

TE Verg Bescheid 2012/2/2 N/0009-BVA/02/2012-EV8

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 02.02.2012

Norm

BVergG 2006 §3 Abs2 Z2

BVergG 2006 §291 Abs2

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §328

BVergG 2006 §329

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 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. BVergG 2006 § 291 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006, in der Fassung BGBl. I Nr. 15/2010 (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend die Auftragsvergabe "Direktvergabe - Durchführung

von Transporten von bei der stmk. Gebietskrankenkasse Versicherten und deren anspruchsberechtigten Angehörigen zu und von Dialysebehandlungen, ambulanten Behandlungen und Chemo- und Strahlentherapien", des Auftraggebers Steiermärkische Gebietskrankenkasse, Josef Pongratz Platz 1, 8010 Graz, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 25. Jänner 2012 (eingelangt am 26. Jänner 2012), wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 15 aus 2010, (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend die Auftragsvergabe "Direktvergabe - Durchführung von Transporten von bei der stmk. Gebietskrankenkasse Versicherten und deren anspruchsberechtigten Angehörigen zu und von Dialysebehandlungen, ambulanten Behandlungen und Chemo- und Strahlentherapien", des Auftraggebers Steiermärkische Gebietskrankenkasse, Josef Pongratz Platz 1, 8010 Graz, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 25. Jänner 2012 (eingelangt am 26. Jänner 2012), wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge der Auftraggeberin, der Steiermärkischen Gebietskrankenkasse, nach Mitteilung über diesen Antrag mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung in diesem Nachprüfungsverfahren untersagen, das Vergabeverfahren `Durchführung von Transporten von bei der stmk. Gebietskrankenkasse Versicherten und deren anspruchsberechtigten Angehörigen zu und von Dialysebehandlungen, ambulanten Behandlungen und Chemo- und Strahlentherapien` fortzuführen, insbesondere Angebote für diese Leistungen einzuholen, zu öffnen, Verhandlungen zu führen, Zuschlagsentscheidungen zu treffen oder Zuschläge bzw. weitere Direktbeauftragungen jeweils über die antragsgegenständlichen Leistungen zu erteilen," wird insoweit stattgegeben, als dem Auftraggeber im Vergabeverfahren "Direktvergabe - Durchführung von Transporten von bei der stmk. Gebietskrankenkasse Versicherten und deren anspruchsberechtigten Angehörigen zu und von Dialysebehandlungen, ambulanten Behandlungen und Chemo- und Strahlentherapien" bis zur Entscheidung im verfahrensgegenständlichen Nachprüfungsverfahren untersagt wird eingelangte Angebote zu öffnen. Sämtliche Beauftragungen des Auftraggebers an Transportunternehmen, sofern es sich um solche aus bereits aufrechten Vertragsverhältnissen, insbesondere den Vertrag zwischen der Antragstellerin und dem Auftraggeber vom 6.8.2005 samt Zusatzvereinbarungen vom 7.3.2006 und vom 2.9.2008 handelt, bleiben davon unberührt.

Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

Begründung

Mit Schriftsatz vom 25.1.2012 (eingelangt am 26.1.2012) brachte die A***, vertreten durch Y***, (idF Antragstellerin), einen Antrag gerichtet auf die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wie im Spruch wiedergegeben, ein. Mit Schriftsatz vom 25.1.2012 (eingelangt am 26.1.2012) brachte die A***, vertreten durch Y***, in der Fassung Antragstellerin), einen Antrag gerichtet auf die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wie im Spruch wiedergegeben, ein.

Weiters wurde der Antrag gestellt, "A/ das Bundesvergabeamt wolle die Entscheidungen der Auftraggeberin, für die Vergabe der Durchführung von Transporten von bei der stmk.

Gebietskrankenkasse Versicherten und deren anspruchsberechtigten Angehörigen zu und von Dialysebehandlungen, ambulanten Behandlungen und Chemo- und Strahlentherapien

a das Vergabeverfahren `Direktvergabe` zu wählen, für nichtig erklären, in eventu

b das Vergabeverfahren `Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung` zu wählen, für nichtig erklären, in eventu c eine Aufforderung zur Angebotsabgabe vorzunehmen, für nichtig erklären, in eventu

d ein Verfahren ohne Bekanntmachung durchzuführen, für nichtig erklären, in eventu

e sich aus dem Vergabeakt ergebende Zuschlagsentscheidungen für nichtig erklären."

Eventualiter stellte die Antragstellerin für den Fall, dass "B/ das Bundesvergabeamt zu dem Schluss kommt, dass die Auftraggeberin den Auftrag `Durchführung von Transporten von bei der stmk. Gebietskrankenkasse Versicherten und deren anspruchsberechtigten Angehörigen zu und von Dialysebehandlungen, ambulanten Behandlungen und Chemo-

und Strahlentherapien` bereits vergeben hat", den Antrag, "das Bundesvergabeamt wolle betreffend die Durchführung von Transporten von bei der stmk. Gebietskrankenkasse Versicherten und deren anspruchsberechtigten Angehörigen zu und von Dialysebehandlungen, ambulanten Behandlungen und Chemo- und Strahlentherapien feststellen, dass

f der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das BVergG, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, in eventu g die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das BVergG, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war, in eventu

h die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG wegen eines Verstoßes gegen das BVergG, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war, in eventuh die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 131, BVergG wegen eines Verstoßes gegen das BVergG, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war, in eventu

i für den Fall, dass eine Feststellung gemäß der Antragspunkte B/ g) bis h) getroffen werde, den von der Antragsgegnerin abgeschlossenen Vertrag für absolut nichtig erklären."

Schließlich begehrte die Antragstellerin den Ersatz der Pauschalgebühren durch den Auftraggeber sowohl im Nachprüfungsverfahren als auch im Verfahren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung und die Gewährung der Einsichtnahme in den vorzulegenden Vergabeakt.

Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, sie führe ein Gelegenheitsverkehrs - Mietwagenunternehmen, welches insbesondere auf die Beförderung von Patienten von und zu Dialyse- sowie Strahlen- und Chemotherapiebehandlungen in Krankenhäusern spezialisiert sei. Seit 6.9.2005 stehe sie in einer aufrechten Vertragsbeziehung zum Auftraggeber, dem nach eigener Definition größten steirischen Krankenversicherungsträger mit fast 900.000 Anspruchsberechtigten, welcher über seine Vertragspartner (und zum Teil selbst in Ambulatorien) nahezu 74 % der steirischen Landesbevölkerung umfassend medizinisch versorge.

Nach den vom VwGH am 24.02.2010 zu2009/04/0209 herausgearbeiteten Kriterien, handle es sich bei diesem - die Durchführung von Transporten von beim Auftraggeber Versicherten und deren anspruchsberechtigten Angehörigen zu und von Dialysebehandlungen, ambulanten Behandlungen und Chemo- und Strahlentherapien betreffenden - Vertrag um eine Beauftragung im Sinne des Bundesvergabegesetzes. Im Unterschied zu dem vom VfGH beurteilten bloßen "Direktverrechnungsvertrag", wo Verträge über die Kostenübernahme für von Gemeinden gesondert vertraglich beauftragte Beförderungsleistungen gegen-ständlich waren (vgl. E vom 25.11.2002, B46/00), sei in diesem Vertrag die Erbringung der Dienstleistung: "Personenbeförderung" Vertragsgegenstand. Die Antragstellerin werde vom Vertragspartner konkret beauftragt und der Vertrag enthalte Bestimmungen über die Qualität der Leistung sowie Höhe des Entgelts [vgl. "Beförderungspflicht" (§ 3), für in der Anlage zum Vertrag genannte oder im Nachhinein zugeteilte Personen (§ 1 Abs. 1 und 2) zu festgesetzten Tarifen (§ 5) unter Einhaltung qualitativer Vorschriften (§ 4)] und nicht bloß Modalitäten über Fahrtenabrechnung.Nach den vom VwGH am 24.02.2010 zu2009/04/0209 herausgearbeiteten Kriterien, handle es sich bei diesem - die Durchführung von Transporten von beim Auftraggeber Versicherten und deren anspruchsberechtigten Angehörigen zu und von Dialysebehandlungen, ambulanten Behandlungen und Chemo- und Strahlentherapien betreffenden - Vertrag um eine Beauftragung im Sinne des Bundesvergabegesetzes. Im Unterschied zu dem vom VfGH beurteilten bloßen "Direktverrechnungsvertrag", wo Verträge über die Kostenübernahme für von Gemeinden gesondert vertraglich beauftragte Beförderungsleistungen gegen-ständlich waren vergleiche E vom 25.11.2002, B46/00), sei in diesem Vertrag die Erbringung der Dienstleistung: "Personenbeförderung" Vertragsgegenstand. Die Antragstellerin werde vom Vertragspartner konkret beauftragt und der Vertrag enthalte Bestimmungen über die Qualität der Leistung sowie Höhe des Entgelts [vgl. "Beförderungspflicht" (Paragraph 3.), für in der Anlage zum Vertrag genannte oder im Nachhinein zugeteilte Personen (Paragraph eins, Absatz eins und 2) zu festgesetzten Tarifen (Paragraph 5,) unter Einhaltung qualitativer Vorschriften (Paragraph 4,)] und nicht bloß Modalitäten über Fahrtenabrechnung.

Im November 2011 habe der Auftraggeber in einem an die B*** gerichteten Schreiben (bei dieser Firma handle es sich um ein von der Antragstellerin verschiedenes, weiteres Unternehmen der Gesellschafterin der Antragstellerin, W***)

auch gegenüber der Antragstellerin die "Direktverrechnungsmöglichkeit", welche bis dahin fallweise neben dem Vertrag nur für nicht dem Vertrag unterliegende Versicherte in Betracht gekommen sei, aufgekündigt. Weiters sei die Antragstellerin in einem am 20.12.2011 aus diesem Anlass mit Vertretern des Auftraggebers geführten Gespräch darüber informiert worden, dass auch ihr Vertrag gekündigt werden solle. Obwohl dieser Vertrag ein 14- tages Kündigungsrecht ohne weitere Begründung vorsehe, sei diese Vertragskündigung durch den Auftraggeber bis dato nicht erfolgt.

Seit etwa Dezember 2011 erhalte die Antragstellerin vom Auftraggeber aus diesem Vertrag jedoch keine neuen Beauftragungen für Patiententransporte. Am 17.1.2012 sei in einer weiteren Besprechung mit dem Obmann, dem höchsten Organ des Auftraggebers, nicht mehr von einer Vertragskündigung die Rede gewesen, sondern nur ganz allgemein davon, dass die von der Antragstellerin transportierten Patienten "versorgt" würden. Am 25.1.2012 habe der Auftraggeber der Antragstellerin erstmals mündlich mitgeteilt, was er mit "versorgt" gemeint habe; er habe die Antragstellerin darüber informiert, dass sie eine langjährige Dialysepatientin, F***, nicht mehr transportieren dürfe und dass diese Versicherte künftig von einem anderen Unternehmen gefahren werde. Aufgrund dieses Umstandes - es sei erstmalig in der Geschäftsbeziehung, dass der Auftraggeber eine von der Antragstellerin laufend gefahrene Versicherte abziehe, bislang seien einmal zugeteilte Versicherte stets beim gleichen Unternehmer verblieben, selbst wenn sich die Fahrteinteilung geändert oder aufgrund neu zu transportierender Versicherter möglicherweise ein anderer Unternehmer kürzere Wege zur Beförderung eines Patienten gehabt hätte - und nach Erkundigungen in der Branche sowie bei Patienten habe die Antragstellerin erkennen müssen, dass der Auftraggeber nicht mehr vorhabe, den Vertrag aufzukündigen, sondern vielmehr die Antragstellerin "aushungere". Laut dem derzeit bestehenden Vertrag bestehe nämlich keine Pflicht des Auftraggebers zur Patientenzuweisung.

Es liege auf der Hand, dass der "Markt" für solche Patiententransporte sich grundsätzlich wenig verändere. Für Fahrgäste, die etwa nach längerer Erkrankung stationär zur Behandlung aufgenommen werden müssten, oder nur mehr liegend in Rettungsfahrzeugen befördert werden könnten und daher von der Antragstellerin nicht mehr zu transportieren seien, würden in der Regel aufgrund der zunehmenden Überalterung der Bevölkerung vom Auftraggeber mit eher steigender Tendenz neue Versicherte zugeteilt. Anstatt der noch im Jahr 2011 durchschnittlich beförderten 80 Versicherten mit einem Auftragsvolumen von etwa EUR 24.000,- monatlich, habe aber die Antragstellerin per 25.1.2012 nur mehr etwa 50 Versicherte befördert und darüber hinaus vom Auftraggeber keine neuen Aufträge mehr erhalten. Da diese Leistungen nicht überflüssig geworden, sondern von anderen

Unternehmern zu erbringen seien, sei - zumal die Gesamtzahl der

zu transportierenden Personen, wie dargestellt, einigermaßen konstant sei - seit 25.1.2012 davon ausgehen, dass der Auftraggeber den mit der Antragstellerin abgeschlossenen Vertrag über den Patiententransport ohne jede Bekanntmachung und Ausschreibung rechtswidrig entweder direkt oder in einem Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung an andere Unternehmer derzeit vergebe oder bereits vergeben habe. Mangels weiterer Informationen könne die Antragstellerin keine über die hier dargestellten Umstände hinausgehenden Angaben zur Auftragsvergabe machen, insbesondere angeben, ob der Auftraggeber Angebote einhole, Verhandlungen führe oder im Verfahren fortfahre. Auch sei die Antragstellerin nicht in der Lage, eine allfällige Zuschlagsempfängerin zu nennen. Der Auftrag zur Patientenbeförderung sei vom Auftraggeber Europaweit auszuschreiben, er habe sich keinesfalls der Direktvergabe oder eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung zu bedienen. Dabei handle es sich um eine Auftragsvergabe im Oberschwellenbereich. Der Schwellenwert für Dienstleistungsaufträge sei bei Weitem überschritten. Das aufgrund des aufrechten Vertrages mit dem Auftraggeber bisher generierte Volumen an Patiententransporten betrage etwa EUR 24.000,- monatlich (bei ca. 6 Fahrten wöchentlich mit einem Auftragsvolumen von durchschnittlich ca. EUR 300,- pro Patient und Monat für 80 Versicherte). Selbst das Auftragsvolumen von etwa EUR 9.000,- monatlich für die Vergabe der Transportleistungen für nur ca. 30, nun nicht mehr von der Antragstellerin zu befördernden Versicherten, mache die Durchführung einer Direktvergabe oder jedes Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung unzulässig.

Die Antragstellerin habe als Unternehmen, das eben diese vom Auftraggeber nun an Dritte vergebene Beförderungsleistung für Patienten zu Heilbehandlungen anbiete und durch ebensolche Aufträge regelmäßig ihre Erträge erwirtschafte, höchstes Interesse an einem Vertragsabschluss. Bei der zwangsläufig nach einer formalen Aufkündigung des Vertrages nötigen Neuausschreibung der Leistungen hätte sie sich daran beteiligt. Durch diese Auftragsvergabe des Auftraggebers werde sie in ihren Rechten auf ordnungsgemäße Durchführung eines

vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, auf angemessene öffentliche Bekanntmachung geplanter Auftragsvergaben, auf Legung eines Angebotes, auf fairen Wettbewerb, auf Nicht-Durchführung einer Direktvergabe oder eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung für Aufträge mit einem Wert von mehr als EUR 100.000,- und letztlich in ihrem Recht darauf, dass der Auftrag nur an den Best- bzw. Billigstbieter vergeben werde, verletzt.

Zur Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages führte die Antragstellerin insbesondere aus, der gegenständliche Antrag werde gemäß § 321 Abs. 1 Z 6 BVergG binnen 7 Tagen ab 25.1.2012 gestellt, also jenem Zeitpunkt, zu dem sie Kenntnis erlangt habe, dass der Auftraggeber andere Unternehmen mit den bisher von ihr getätigten Beförderungen beauftrage. Der Antrag werde aber auch binnen 7 Tagen ab dem Gespräch beim Auftraggeber am 17.1.2012 gestellt (Postaufgabe 25.1.2012!). Gehe man von einem Beginn des Fristenlaufes per 20.12.2011 aus, werde auch die Frist hinsichtlich des Feststellungsantrages gewahrt. Zur unmittelbar drohenden Schädigung ihrer Interessen führte die Antragstellerin insbesondere aus, sie erleide durch die Auftragsvergabe einen konkreten Schaden in der Form, dass sie vom Auftraggeber keinerlei Aufträge mehr erhalte und gleichzeitig ihre Konkurrenzunternehmen gefördert würden und zwar in Höhe von geschätzt zumindest EUR 50.000,- jährlich. Durch die Beauftragung anderer Unternehmen entgingen der Antragstellerin entsprechende Referenzaufträge. Zur Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages führte die Antragstellerin insbesondere aus, der gegenständliche Antrag werde gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG binnen 7 Tagen ab 25.1.2012 gestellt, also jenem Zeitpunkt, zu dem sie Kenntnis erlangt habe, dass der Auftraggeber andere Unternehmen mit den bisher von ihr getätigten Beförderungen beauftrage. Der Antrag werde aber auch binnen 7 Tagen ab dem Gespräch beim Auftraggeber am 17.1.2012 gestellt (Postaufgabe 25.1.2012!). Gehe man von einem Beginn des Fristenlaufes per 20.12.2011 aus, werde auch die Frist hinsichtlich des Feststellungsantrages gewahrt. Zur unmittelbar drohenden Schädigung ihrer Interessen führte die Antragstellerin insbesondere aus, sie erleide durch die Auftragsvergabe einen konkreten Schaden in der Form, dass sie vom Auftraggeber keinerlei Aufträge mehr erhalte und gleichzeitig ihre Konkurrenzunternehmen gefördert würden und zwar in Höhe von geschätzt zumindest EUR 50.000,- jährlich. Durch die Beauftragung anderer Unternehmen entgingen der Antragstellerin entsprechende Referenzaufträge.

Aufgrund der dargelegten Umstände sei die einstweilige Verfügung das notwendige und einzig geeignete Mittel, die durch die von der Antragstellerin aufgezeigten Rechtswidrigkeiten drohenden Schäden zu verhindern. Da dem Nachprüfungsantrag keine aufschiebende Wirkung zukomme, könne andernfalls der Auftraggeber mit dem Direktverfahren oder einem Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung fortfahren, Angebote einholen, öffnen, Verhandlungen führen und letztlich weiterhin Aufträge, die dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes unterliegen, ohne Beachtung desselben erteilen. Der Anspruch auf Hintanhaltung der dargestellten Rechtswidrigkeiten, auf Beteiligung am Vergabeverfahren und letztlich auf Erhalt des Auftrages könne nur wirksam gesichert werden, wenn das Vergabeverfahren bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes nicht weiter fortgeführt werde. Der einstweiligen Untersagung der Fortführung des Vergabeverfahrens stehe kein besonderes Interesse des Auftraggebers gegenüber.

Mit Stellungnahme vom 30.1.2012 legte der Auftraggeber den zwischen ihm und der Antragstellerin abgeschlossenen Vertrag vom 6.8.2005 sowie die erste und zweite Zusatzvereinbarung vor. Der Transportvertrag vom 6.8.2005 regelt das Verhältnis zwischen den Vertragsparteien auszugsweise wie folgt:

"

VERTRAG

abgeschlossen zwischen dem Geschäftsausschuss der steiermärkischen Krankenversicherungsträger, 8011 Graz, Josef-Pongratz Platz 1, mit Zustimmung der in § 2 dieses Vertrages angeführten Krankenversicherungsträger einerseits und der Firma A***, (im Folgenden kurz Taxiunternehmen) andererseits. abgeschlossen zwischen dem Geschäftsausschuss der steiermärkischen Krankenversicherungsträger, 8011 Graz, Josef-Pongratz Platz 1, mit Zustimmung der in Paragraph 2, dieses Vertrages angeführten Krankenversicherungsträger einerseits und der Firma A***, (im Folgenden kurz Taxiunternehmen) andererseits.

...

§1

Vertragsgegenstand

(1) Dieser Vertrag regelt die notwendige Beförderung der in der Anlage angeführten Versicherten und deren anspruchsberechtigten Angehörigen (kurz Anspruchsberechtigte) zur und von der Dialysebehandlung, die Durchführung von Transporten zur ambulanten Behandlung dieser Anspruchsberechtigten und die Durchführung von Transporten zur Chemo- bzw. Strahlentherapie. Die Anlage gilt als integrierter Bestandteil dieses Vertrages. Die Anlage wird bei Erfordernis vom Krankenversicherungsträger - Koordinierungsstelle für die Transporte ist die Steiermärkische Gebietskrankenkasse - aktualisiert und dem Taxiunternehmen übermittelt.

(2) Die Beförderung von neu hinzukommenden Versicherten ist nur nach vorherigem Ansuchen des Taxiunternehmens oder aufgrund der Zuteilung durch einen Krankenversicherungsträger möglich.

(3) Von Seiten des Geschäftsausschusses der steiermärkischen Krankenversicherungsträger können bei Notwendigkeit Gemeinschaftstransporte zusammengestellt bzw. koordiniert werden. Werden dabei Anspruchsberechtigte verschiedener Versicherungsträger transportiert, so hat eine anteilmäßige Verrechnung der Transportkosten (laut der entsprechenden Anlage) zu erfolgen.

(4) Transporte zur ambulanten Behandlung sind Transporte zu Behandlungen, ausgenommen Dialysefahrten, bei denen der Patient sitzend transportiert wird und bei denen ohne Schaden für die Gesundheit des Patienten die Benützung eines Krankentransportfahrzeuges nicht notwendig ist, andererseits aber dem Patienten die Benützung eines öffentlichen Verkehrsmittels (zB Bus, Bahn etc.) bzw. die Zurücklegung des Weges zu Fuß nach den Umständen des Falles nicht möglich oder nicht zumutbar ist.

§2

Krankenversicherungsträger

An diesem Vertrag sind folgende Krankenversicherungsträger beteiligt:

1. 1)Ziffer eins

Steiermärkische Gebietskrankenkasse,

8011 Graz, Josef-Pongratz-Platz 1, Postfach 900

1. 2)Ziffer 2

Betriebskrankenkasse Austria Tabak,

1060 Wien, Thaliastraße 125B,

1. 3)Ziffer 3

Betriebskrankenkasse Donawitz,

8700 Leoben-Donawitz, Kerpelystraße 201

1. 4)Ziffer 4

Betriebskrankenkasse Zeltweg,

8740 Zeltweg, Alpinestraße 1

1. 5)Ziffer 5

Betriebskrankenkasse Kindberg,

8650 Kindberg, Vösendorfplatz 1

1. 6)Ziffer 6

Betriebskrankenkasse Kapfenberg,

8605 Kapfenberg, Friedrich-Böhler-Straße 11, Postfach 94

1. 7)Ziffer 7

Sozialversicherungsanstalt der Bauern,

1031 Wien, Ghegastraße 1

1. 8)Ziffer 8

Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter,

1081 Wien, Josefstädter Straße 80

1. 9)Ziffer 9

Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau, 1061 Wien, Linke Wienzeile 48 - 52

2. 10)Ziffer 10

Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, 1051 Wien, Wiedner Hauptstraße 48 - 52

3. 11)Ziffer 11

Krankenfürsorgeanstalt für die Beamten der Landeshauptstadt Graz,

8010 Graz, Schmiedgasse 26

§3

Beförderungspflicht

...

§4

Qualitätssicherung

...

§5

Tarife

...

§6

EDV-Abrechnung

...

(2) Die Kosten für die im Laufe eines Monats durchgeführten Transporte sind unter Anschluss der Transportanträge bis zum 10. des folgenden Kalendermonates mit dem jeweils zuständigen Krankenversicherungsträger direkt abzurechnen.

...

§7

Gültigkeitsdauer/Beendigung des Vertrages

(1) Dieser Vertrag tritt mit 01.10.2005 in Kraft. Er kann jeweils mit Ablauf eines Kalendermonates unter Einhaltung einer 14-tägigen Kündigungsfrist von jeder Vertragspartei mittels eingeschriebenen Briefes gekündigt werden.

(2) Einvernehmliche Änderungen der Anlage oder einzelner Bestimmungen des Vertrages können ohne Aufkündigung vereinbart werden; in diesen Fällen bleiben die übrigen Bestimmungen des Vertrages unverändert.

(3) Das Übereinkommen vom 16.12.1987 samt Zusatzübereinkommen tritt mit 30.09.2005 außer Kraft."

In der einen integrierenden Bestandteil dieses Vertrages bildenden Anlage sind insgesamt 77 Personen namentlich genannt, welche auf Rechnung der in § 2 des Vertrages genannten Krankenversicherungsträger von der Antragstellerin zu befördern sind. Für jeden verzeichneten Patienten sind der Anlage überdies zu entnehmen: Versicherungsnummer, Krankenversicherungsträger, Adresse, Behandlungsart, -termine und -ort. Die gleichfalls beigebrachten zwei Zusatzvereinbarungen, datiert mit 7.3.2006 und mit 2.9.2008, beschränken sich jeweils auf Änderungen zu § 2 (Reduzierung der Anzahl von im Transportvertrag erfassten Krankenversicherungsträgern aufgrund von deren Zusammenlegung) und zu § 5 (Tarifanpassungen) des Transportvertrages. Ergänzend führte der Auftraggeber hiezu insbesondere aus, dass er nicht verpflichtet sei, Neu-Zuteilungen an die Antragstellerin in einem bestimmten Umfang bzw von einer (Mindest-)Anzahl von Patienten vorzunehmen. Auch obliege es dem Geschäftsausschuss beim Auftraggeber Änderungen bei bereits bestehenden Zuteilungen von konkret betroffenen Anspruchsberechtigten gegenüber der Antragstellerin vorzunehmen und auf diese Weise eine Neu-Zuteilung zu bewirken. In der Praxis berücksichtige der Auftraggeber bei der Neu-Zuteilung von Anspruchsberechtigten organisatorische und betriebswirtschaftliche Parameter. Daher habe die Antragstellerin mit Sitz in Graz allfällige Neu-Zuteilungen von Anspruchsberechtigten im Wesentlichen nur aus dem Raum Groß-Graz und nicht aus der Obersteiermark erhalten. Ändere beispielsweise ein Anspruchsberechtigter seinen Wohnort, werde die Neu-Zuteilung von bestehenden Zuweisungen nach denselben Kriterien vorgenommen. Auch der von der Antragstellerin vorgebrachte "Abzug" einer

bestimmten Patientin sei ausschließlich aus organisatorischen und betriebswirtschaftlichen Überlegungen erfolgt. Der Auftraggeber stütze sich dabei auf die ihm gemäß § 1 Abs 3 des Transportvertrages eingeräumten Rechte. Wie im Transportvertrag zum Ausdruck käme (nach § 5 Abs 2 Transportvertrag sind Anfahrts- bzw Abfahrtskilometer zu und von der Wohnanschrift beim Transport von Anspruchsberechtigten mit einem Wohnort außerhalb des Raumes Groß-Graz nicht verrechenbar), sei für den verfahrensgegenständlichen Sachverhalt wesentlich, dass die Transporte jeweils den Raum Groß-Graz beträfen. Daher habe der Auftraggeber für diesen örtlichen Vertragsgegenstand im Raum Groß-Graz entsprechende Transportverträge mit insgesamt drei Taxiunternehmen - den Vertrag mit der Antragstellerin eingeschlossen - jeweils vor mehreren Jahren abgeschlossen. In der einen integrierenden Bestandteil dieses Vertrages bildenden Anlage sind insgesamt 77 Personen namentlich genannt, welche auf Rechnung der in Paragraph 2, des Vertrages genannten Krankenversicherungsträger von der Antragstellerin zu befördern sind. Für jeden verzeichneten Patienten sind der Anlage überdies zu entnehmen: Versicherungsnummer, Krankenversicherungsträger, Adresse, Behandlungsart, -termine und -ort. Die gleichfalls beigebrachten zwei Zusatzvereinbarungen, datiert mit 7.3.2006 und mit 2.9.2008, beschränken sich jeweils auf Änderungen zu Paragraph 2, (Reduzierung der Anzahl von im Transportvertrag erfassten Krankenversicherungsträgern aufgrund von deren Zusammenlegung) und zu Paragraph 5, (Tarifanpassungen) des Transportvertrages. Ergänzend führte der Auftraggeber hiezu insbesondere aus, dass er nicht verpflichtet sei, Neu-Zuteilungen an die Antragstellerin in einem bestimmten Umfang bzw von einer (Mindest-)Anzahl von Patienten vorzunehmen. Auch obliege es dem Geschäftsausschuss beim Auftraggeber Änderungen bei bereits bestehenden Zuteilungen von konkret betroffenen Anspruchsberechtigten gegenüber der Antragstellerin vorzunehmen und auf diese Weise eine Neu-Zuteilung zu bewirken. In der Praxis berücksichtige der Auftraggeber bei der Neu-Zuteilung von Anspruchsberechtigten organisatorische und betriebswirtschaftliche Parameter. Daher habe die Antragstellerin mit Sitz in Graz allfällige Neu-Zuteilungen von Anspruchsberechtigten im Wesentlichen nur aus dem Raum Groß-Graz und nicht aus der Obersteiermark erhalten. Ändere beispielsweise ein Anspruchsberechtigter seinen Wohnort, werde die Neu-Zuteilung von bestehenden Zuweisungen nach denselben Kriterien vorgenommen. Auch der von der Antragstellerin vorgebrachte "Abzug" einer bestimmten Patientin sei ausschließlich aus organisatorischen und betriebswirtschaftlichen Überlegungen erfolgt. Der Auftraggeber stütze sich dabei auf die ihm gemäß Paragraph eins, Absatz 3, des Transportvertrages eingeräumten Rechte. Wie im Transportvertrag zum Ausdruck käme (nach Paragraph 5, Absatz 2, Transportvertrag sind Anfahrts- bzw Abfahrtskilometer zu und von der Wohnanschrift beim Transport von Anspruchsberechtigten mit einem Wohnort außerhalb des Raumes Groß-Graz nicht verrechenbar), sei für den verfahrensgegenständlichen Sachverhalt wesentlich, dass die Transporte jeweils den Raum Groß-Graz beträfen. Daher habe der Auftraggeber für diesen örtlichen Vertragsgegenstand im Raum Groß-Graz entsprechende Transportverträge mit insgesamt drei Taxiunternehmen - den Vertrag mit der Antragstellerin eingeschlossen - jeweils vor mehreren Jahren abgeschlossen.

Darüber hinaus habe der Auftraggeber vor allem in den letzten sechs Monaten vor Einleitung des vorliegenden Nachprüfungs- bzw Feststellungsverfahrens weder ein Vergabeverfahren durchgeführt bzw einen weiteren Vertrag abgeschlossen, noch Aufträge direkt vergeben. Demzufolge sei nicht nur der Feststellungsantrag gemäß § 332 Abs 2 BVergG verfristet, sondern sowohl der Antrag auf Nachprüfung, als auch jener auf Feststellung als unzulässig zurückzuweisen. Darüber hinaus habe der Auftraggeber vor allem in den letzten sechs Monaten vor Einleitung des vorliegenden Nachprüfungs- bzw Feststellungsverfahrens weder ein Vergabeverfahren durchgeführt bzw einen weiteren Vertrag abgeschlossen, noch Aufträge direkt vergeben. Demzufolge sei nicht nur der Feststellungsantrag gemäß Paragraph 332, Absatz 2, BVergG verfristet, sondern sowohl der Antrag auf Nachprüfung, als auch jener auf Feststellung als unzulässig zurückzuweisen.

Demzufolge sei auch die Vorlage von Unterlagen eines Vergabeverfahrens nicht möglich; einen Vergabeakt im sonst üblichen Sinn gäbe es für den verfahrensgegenständlichen Sachverhalt nicht und der Auftraggeber beabsichtige nicht, zukünftig Leistungen außerhalb der bereits abgeschlossenen Transportverträge zu vergeben. Nach den ihm vorliegenden Informationen hätten auch die übrigen Krankenversicherungsträger, mit denen der Transportvertrag abgeschlossen worden sei, weder Leistungen direkt vergeben, noch bestehe bei diesen die Absicht, solche Leistungen zu vergeben. Zur inhaltlichen Unbegründetheit des vorliegenden Nachprüfungs bzw Feststellungsantrages brachte der Auftraggeber insbesondere vor, dass die Zuteilung von neuen Anspruchsberechtigten gegenüber den Vertragspartnern des Auftraggebers nicht jeweils den Abschluss von neuen Verträgen zwischen dem Auftraggeber und den Transportunternehmen bewirke. Allfällige Neu-Zuteilungen stellten vielmehr sowohl vergabe- als auch zivilrechtlich bloße Bestellungen aus den bereits abgeschlossenen Transportverträgen dar. Die Antragstellerin wolle,

wie sich aus ihrem Vorbringen ergebe, mit dem vorliegenden Antrag die fehlenden Bestellungen "aus dem Vertrag" bekämpfen. Im Ergebnis versuche sie damit die zivilrechtliche Vertragsvollziehung zu beeinträchtigen. Bei genauer Lektüre des Nachprüfungs- bzw Feststellungsantrages zeige sich aber auch, dass eine Auftragsvergabe von der Antragstellerin nicht einmal begründet werde, sodass der vorliegende Nachprüfungs- bzw Feststellungsantrag auch wegen fehlenden vergabespezifischen Rechtsschutzbedürfnisses der Antragstellerin zurück- bzw abzuweisen sei.

Dieses Ergebnis bleibe unverändert, selbst wenn man die Neu-Zuteilungen von Anspruchsberechtigten tatsächlich als echte und eigenständige Vertragsabschlüsse ansehe, denn die Antragstellerin habe 2009 vierzehn, 2010 neunzehn und 2011 sieben neue Anspruchsberechtigte zugeteilt erhalten, wobei diese Zahlen auch für die davor liegenden und damit auch für die künftigen Jahre repräsentativ seien. Auf Basis des nach Ansicht des Auftraggebers von der Antragstellerin (deutlich) zu hoch angesetzten monatlichen Kostenanteiles, pro Patient von EUR 300,-, werde damit jedoch infolge dieser Zahlen an Neu-Zuteilungen von Anspruchsberechtigten pro Jahr der vergaberechtlich maßgebliche Sub-Schwellenwert für Direktvergaben nicht erreicht. Das Netto-Jahres-Auftragsvolumen für Neu-Zuteilungen von Anspruchsberechtigten betrage nach dem für die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes bei regelmäßig wiederkehrenden Leistungen maßgeblichen § 16 Abs 3 BVergG für 2009: EUR 50.400,-, für 2010: EUR 68.400,- und für 2011: EUR 61.200,-. Beachtlich für die vergaberechtliche Berechnung des Schwellenwertes seien ausschließlich Neu-Zuteilungen von Anspruchsberechtigten, denn die Gesamtzahl der Anspruchsberechtigten, die insgesamt von den jeweiligen Vertragspartnern transportiert würden, sei, da diese ohne jegliche Vertragsänderung durch die jeweiligen Vertragspartner, also auch etwa durch die Antragstellerin versorgt würden, nicht einzubeziehen. Dieses Ergebnis bleibe unverändert, selbst wenn man die Neu-Zuteilungen von Anspruchsberechtigten tatsächlich als echte und eigenständige Vertragsabschlüsse ansehe, denn die Antragstellerin habe 2009 vierzehn, 2010 neunzehn und 2011 sieben neue Anspruchsberechtigte zugeteilt erhalten, wobei diese Zahlen auch für die davor liegenden und damit auch für die künftigen Jahre repräsentativ seien. Auf Basis des nach Ansicht des Auftraggebers von der Antragstellerin (deutlich) zu hoch angesetzten monatlichen Kostenanteiles, pro Patient von EUR 300,-, werde damit jedoch infolge dieser Zahlen an Neu-Zuteilungen von Anspruchsberechtigten pro Jahr der vergaberechtlich maßgebliche Sub-Schwellenwert für Direktvergaben nicht erreicht. Das Netto-Jahres-Auftragsvolumen für Neu-Zuteilungen von Anspruchsberechtigten betrage nach dem für die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes bei regelmäßig wiederkehrenden Leistungen maßgeblichen Paragraph 16, Absatz 3, BVergG für 2009: EUR 50.400,-, für 2010: EUR 68.400,- und für 2011: EUR 61.200,-. Beachtlich für die vergaberechtliche Berechnung des Schwellenwertes seien ausschließlich Neu-Zuteilungen von Anspruchsberechtigten, denn die Gesamtzahl der Anspruchsberechtigten, die insgesamt von den jeweiligen Vertragspartnern transportiert würden, sei, da diese ohne jegliche Vertragsänderung durch die jeweiligen Vertragspartner, also auch etwa durch die Antragstellerin versorgt würden, nicht einzubeziehen.

Zur Unbegründetheit des Antrages auf Erlassung der einstweiligen Verfügung führte der Auftraggeber im Wesentlichen aus, das tatsächliche Untersagen der beantragten Maßnahmen durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung sei nachdem er keinerlei Maßnahmen durchgeführt habe und nicht beabsichtige solche Maßnahmen zukünftig durchzuführen, für ihn irrelevant. Er spreche sich jedoch, obwohl die von der Antragstellerin beantragten äußerst umfangreichen und im Ergebnis weit überschießenden Maßnahmen nicht zur Sicherung ihrer Rechte erforderlich seien, nicht gegen die beantragte einstweilige Verfügung unter der Voraussetzung aus, dass im Bescheid klar ausgesprochen werde, dass allfällige Neu-Zuteilungen von Anspruchsberechtigten, die jeweils im Rahmen und auf Basis der abgeschlossenen Transportverträge erfolgten, nicht von der einstweiligen Verfügung betroffen seien.

Zudem stünden einer einstweiligen Verfügung, mit welcher dem Auftraggeber auch Neu-Zuteilungen von Anspruchsberechtigten in Vollziehung der bestehenden Transportverträge untersagt würden, besondere öffentliche Interessen gemäß § 329 Abs 1 BVergG entgegen. In diesem Fall könne der Auftraggeber seine Versorgungspflichten, neue Anspruchsberechtigte zu den lebensnotwendigen Behandlungen zu transportieren, nicht mehr erfüllen, womit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch mehrere Todesfälle verbunden seien. Demgegenüber sei das von der Antragstellerin ins Treffen geführte Rechtsschutzbedürfnis von völlig untergeordneter Bedeutung. Auf Aufforderung des Bundesvergabeamtes vom 31.1.2012, wiederholte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 1.2.2012 im Wesentlichen ihr bisheriges Vorbringen und führte ergänzend insbesondere aus, der Stand an von ihr zu befördernden Versicherten habe sich allein aufgrund der nicht mehr erfolgten Neu-Zuteilungen durch den Auftraggeber von Juni 2011 bis heute von ca 80 auf ca 50 zu transportierende Versicherte verringert. Da die Gesamtzahl der Transporte erfahrungsgemäß nicht abnehme, seien daher allein in den letzten sechs Monaten diese

30 Fuhren nicht an die Antragstellerin, sondern an andere Unternehmer, und zwar nicht nur an schon bestehende Vertragspartner des Auftraggebers, vergeben worden. Zudem stünden einer einstweilige Verfügung, mit welcher dem Auftraggeber auch Neu-Zuteilungen von Anspruchsberechtigten in Vollziehung der bestehenden Transportverträge untersagt würden, besondere öffentliche Interessen gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG entgegen. In diesem Fall könne der Auftraggeber seine Versorgungspflichten, neue Anspruchsberechtigte zu den lebensnotwendigen Behandlungen zu transportieren, nicht mehr erfüllen, womit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch mehrere Todesfälle verbunden seien. Demgegenüber sei das von der Antragstellerin ins Treffen geführte Rechtsschutzbedürfnis von völlig untergeordneter Bedeutung. Auf Aufforderung des Bundesvergabebeamtes vom 31.1.2012, wiederholte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 1.2.2012 im Wesentlichen ihr bisheriges Vorbringen und führte ergänzend insbesondere aus, der Stand an von ihr zu befördernden Versicherten habe sich allein aufgrund der nicht mehr erfolgten Neu-Zuteilungen durch den Auftraggeber von Juni 2011 bis heute von ca 80 auf ca 50 zu transportierende Versicherte verringert. Da die Gesamtzahl der Transporte erfahrungsgemäß nicht abnehme, seien daher allein in den letzten sechs Monaten diese 30 Fuhren nicht an die Antragstellerin, sondern an andere Unternehmer, und zwar nicht nur an schon bestehende Vertragspartner des Auftraggebers, vergeben worden.

Nach den von der Antragstellerin nach dem 17.1.2012 eingeholten Erkundigungen, suche der Auftraggeber aktiv Fuhrunternehmer für die Übernahme der Patienten der Antragstellerin. Eine von der Antragstellerin telefonisch anonym kontaktierte Firma im Raum Graz habe bestätigt, sie sei von "der Krankenkasse" darüber informiert worden, dass die Antragstellerin "nicht mehr Vertragspartner" des Auftraggebers wäre und der Auftraggeber habe angefragt, ob "einige Patienten" übernommen werden könnten. Auf eine von der Antragstellerin - gleichfalls anonym - beim Auftraggeber getätigten Telefonanfrage betreffend die Beförderung einer Strahlenpatientin, habe dieser geantwortet, dass es im Raum Graz für solche Fälle nur zwei Unternehmen als "Vertragspartner" gebe (unter Angabe der Telefonnummern), bei denen der Versicherte nicht selbst zu zahlen habe. Selbst auf Nachfrage der Antragstellerin sei vom Auftraggeber ihr eigenes Unternehmen mit keinem Wort erwähnt worden. Mitarbeiter der Antragstellerin hätten überdies im Zuge ihrer Tätigkeit von Mitarbeitern anderer Taxi- und Mietwagenunternehmen erfahren, dass Listen mit den Namen der bisher von der Antragstellerin beförderten Personen bei anderen Unternehmen kursierten, um diese Versicherten auf andere Firmen "aufzuteilen". Die vom Auftraggeber genannten beiden anderen Unternehmen im Raum Groß-Graz, mit einem aufrechten Vertragsverhältnis über die verfahrensgegenständlichen Leistungen, hätten keine ausreichenden Kapazitäten, um alle Fahrgäste der Antragstellerin zu übernehmen, oder auch nur jene Patienten zusätzlich zu transportieren, die der Antragstellerin nun nicht mehr regelmäßig zugeteilt würden. Bislang habe der Auftraggeber auch bei geänderten Verhältnissen, wo ein anderes Transportunternehmen diese Versicherten organisatorisch günstiger oder wirtschaftlicher befördern hätte können, sämtliche einmal einem Unternehmen zugeteilte Versicherte bei diesem belassen und nicht abgezogen. So sei zB die von der Antragstellerin beförderte G*** im Jahr 2011 aus Lieboch nach Stainz umgezogen, wo sie von der dort ansässigen Firma "C***" - nach Wissen der Antragstellerin ebenfalls eine Vertragspartnerin des Auftraggebers - weit wirtschaftlicher zu befördern wäre. Auch H*** könne von einem Konkurrenten weit ökonomischer befördert werden, als von der Antragstellerin, da dieser Mitbewerber in derselben Gegend ohnehin weitere Personen aufnehme. Im Gegensatz dazu habe es bei der von der Antragstellerin abgezogenen Versicherten, F*** keinerlei Veränderung gegeben, die eine Zuteilung zu einem anderen Unternehmen "wirtschaftlicher" machen würde. Für den Fall, dass der Auftraggeber tatsächlich Aufträge nur an Unternehmen vergebe, mit denen er eine aufrechte Vertragsbeziehung unterhalte, wären diese Leistungen aber schon aufgrund ihres Umfanges ausschreibungspflichtig. Eine solche Ausweitung von Auftragsverhältnissen löse nach den vom EuGH zu RS C-454/06 vom 19.06.2008 (Presstext Nachrichtenagentur) herausgearbeiteten Kriterien jedenfalls die Verpflichtung zur Ausschreibung aus. Damit würden Bedingungen eingeführt, die die Zulassung anderer, als die ursprünglichen Bieter zur Folge hätten und die eine Annahme anderer, als die ursprünglich angenommenen Angebote erlaube. Dies verändere das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrages in einer im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehenen Weise zu Gunsten dieser anderen Auftragnehmer. Daher sei der Auftraggeber offensichtlich im Begriff, eine Direktvergabe oder ein Vergabeverfahren ohne Bekanntmachung durchzuführen.

Das Bundesvergabeamt hat im Rahmen des Provisorialverfahrens erwogen:

1. 1.Ziffer eins

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Die Steiermärkische Gebietskrankenkasse ist eine Körperschaft öffentlichen Rechts. Ihre Tätigkeit ist die

Erbringung von Sozialversicherungsleistungen. Als Selbstverwaltungskörperschaft ist sie voll rechtsfähig und unterliegt der Aufsicht des Bundes. Daher ist sie ein Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG, der nach Art 14b Abs 2 Z 1 lit d B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes und nach § 291 Abs 2 BVergG in die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nachprüfung von Vergabeverfahren fällt (vgl. BVA, F/0003-BVA/10/2008 vom 5.8.2008 unter Hinweis auf die ständige Rechtsprechung zB VfGH 28.2.2000, B2184/98; VfGH 25.3.2002, B 457/02; VfGH 10.1.2003, B 14/03; VwGH 7.11.2005, 2003/04/0109; VwGH 21.12.2005, 2003/04/0048; VwGH 27.6.2007, 2005/04/0111; BVA 23.1.2008, N/0125-BVA/10/2007-026 u.a.) Die Steiermärkische Gebietskrankenkasse ist eine Körperschaft öffentlichen Rechts. Ihre Tätigkeit ist die Erbringung von Sozialversicherungsleistungen. Als Selbstverwaltungskörperschaft ist sie voll rechtsfähig und unterliegt der Aufsicht des Bundes. Daher ist sie ein Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, der nach Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Literal d, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes und nach Paragraph 291, Absatz 2, BVergG in die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nachprüfung von Vergabeverfahren fällt vergleiche BVA, F/0003-BVA/10/2008 vom 5.8.2008 unter Hinweis auf die ständige Rechtsprechung zB VfGH 28.2.2000, B2184/98; VfGH 25.3.2002, B 457/02; VfGH 10.1.2003, B 14/03; VwGH 7.11.2005, 2003/04/0109; VwGH 21.12.2005, 2003/04/0048; VwGH 27.6.2007, 2005/04/0111; BVA 23.1.2008, N/0125-BVA/10/2007-026 u.a).

Nach den Angaben der Antragstellerin handelt es sich im gegenständlichen Fall um die Direktvergabe von Transportdienstleistungen bzw. um deren Vergabe in einem Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung, diese Verfahren unterliegen dem Anwendungsbereich des BVergG. Der Auftraggeber gibt an, er habe in den letzten sechs Monaten vor der verfahrensgegenständlichen Antragstellung solche Dienstleistungen weder direkt noch in einem Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung, wie von der Antragstellerin behauptet, vergeben. Sämtliche von ihm getätigten Beauftragungen in diesem Zeitraum seien jeweils einem, der von ihm bereits vor Jahren mit Transportunternehmen abgeschlossenen Verträge zuzurechnen. Aufgrund der derzeit im Provisorialverfahren der Senatsvorsitzenden vorliegenden einander widersprechenden Aussagen und Informationen, geht das Bundesvergabeamt im Sinne des Rechtsschutzes, unvoregreiflich eines anders lautenden Ergebnisses der Ermittlungen im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens, davon aus, dass es sich beim vorliegenden Auftrag im Ergebnis um einen Dienstleistungsauftrag iS von § 6 BVergG handelt, welcher dem Oberschwellenbereich zuzuordnen ist und der im Wege eines Direktauftrages zur Vergabe gelangt. Nach den Angaben der Antragstellerin handelt es sich im gegenständlichen Fall um die Direktvergabe von Transportdienstleistungen bzw. um deren Vergabe in einem Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung, diese Verfahren unterliegen dem Anwendungsbereich des BVergG. Der Auftraggeber gibt an, er habe in den letzten sechs Monaten vor der verfahrensgegenständlichen Antragstellung solche Dienstleistungen weder direkt noch in einem Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung, wie von der Antragstellerin behauptet, vergeben. Sämtliche von ihm getätigten Beauftragungen in diesem Zeitraum seien jeweils einem, der von ihm bereits vor Jahren mit Transportunternehmen abgeschlossenen Verträge zuzurechnen. Aufgrund der derzeit im Provisorialverfahren der Senatsvorsitzenden vorliegenden einander widersprechenden Aussagen und Informationen, geht das Bundesvergabeamt im Sinne des Rechtsschutzes, unvoregreiflich eines anders lautenden Ergebnisses der Ermittlungen im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens, davon aus, dass es sich beim vorliegenden Auftrag im Ergebnis um einen Dienstleistungsauftrag iS von Paragraph 6, BVergG handelt, welcher dem Oberschwellenbereich zuzuordnen ist und der im Wege eines Direktauftrages zur Vergabe gelangt.

Die Antragstellerin hat ihr Interesse am gegenständlichen Vergabeverfahren dargelegt. Sie behauptet die Rechtswidrigkeit der Vergabe von Transportleistungen im Wege einer Direktvergabe bzw in einem Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen und dem derzeit im Provisorialverfahren vorliegenden Akteninhalt nicht denkunmöglich. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin in weiterer Folge im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren letztlich bei einer ordnungsgemäßen Ausschreibung für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommt. Da nach Ablauf der Angebotsfrist vom Auftraggeber die Angebote zu öffnen wären, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für die Erteilung des Zuschlages in Betracht käme, droht ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache, wo die Richtigkeit der Behauptung der Antragstellerin zu beurteilen sein wird, durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen

Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG eingebracht und ist daher e contrario § 328 Abs. 3 und 4 BVergG rechtzeitig (vgl. BVA 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7, 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8 u.a.). Unvorgreiflich anderslautender Ermittlungsergebnisse im Hauptverfahren, geht das Bundesvergabeamt für das Provisorialverfahren weiters von keinem offensichtlichen Fehlen von den in § 328 Abs. 1 BVergG genannten Voraussetzungen des § 320 Abs. 1 leg cit aus. Die Pauschalgebühr für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und die Nachprüfung einer Direktvergabe für einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich wurde ordnungsgemäß entrichtet. Die weiteren sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVergG sind erfüllt. Das Bundesvergabeamt ist zur Erlassung der einstweiligen Verfügung zuständig. Die Antragstellerin hat ihr Interesse am gegenständlichen Vergabeverfahren dargelegt. Sie behauptet die Rechtswidrigkeit der Vergabe von Transportleistungen im Wege einer Direktvergabe bzw in einem Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen und dem derzeit im Provisorialverfahren vorliegenden Akteninhalt nicht denkunmöglich. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin in weiterer Folge im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren letztlich bei einer ordnungsgemäßen Ausschreibung für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommt. Da nach Ablauf der Angebotsfrist vom Auftraggeber die Angebote zu öffnen wären, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für die Erteilung des Zuschlages in Betracht käme, droht ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache, wo die Richtigkeit der Behauptung der Antragstellerin zu beurteilen sein wird, durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht und ist daher e contrario Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG rechtzeitig vergleiche BVA 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7, 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8 u.a.). Unvorgreiflich anderslautender Ermittlungsergebnisse im Hauptverfahren, geht das Bundesvergabeamt für das Provisorialverfahren weiters von keinem offensichtlichen Fehlen von den in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, leg cit aus. Die Pauschalgebühr für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und die Nachprüfung einer Direktvergabe für einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich wurde ordnungsgemäß entrichtet. Die weiteren sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG sind erfüllt. Das Bundesvergabeamt ist zur Erlassung der einstweiligen Verfügung zuständig.

1. 2.Ziffer 2

Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Gemäß § 328 Abs.1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß § 329 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegen einander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß § 329 Abs. 3 leg.cit können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigserklärung vorübergehend ausgesetzt und sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren

Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegen einander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, leg.cit können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt und sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 329 Abs. 4 leg.cit ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag der Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Der Auftraggeber hat sich grundsätzlich nicht gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausgesprochen. Seinem Vorbringen, die Erlassung einer "zu weit gehenden" einstweiligen Verfügung würde Leib, Leben und Gesundheit von Versicherten gefährden, ist durch die erfolgte Beschränkung der Untersagung der Angebotsöffnung auf das von der Antragstellerin konkret bezeichnete Vergabeverfahren "Direktvergabe - Durchführung von Transporten von bei der stmk. Gebietskrankenkasse Versicherten und deren anspruchsberechtigten Angehörigen zu und von Dialysebehandlungen, ambulanten Behandlungen und Chemo- und Strahlentherapien" genüge getan. Da alle Aufträge des Auftraggebers an Transportunternehmer, die dieser im Rahmen eines derzeit aufrechten Vertragsverhältnisses, wie insbesondere dem Vertrag zwischen der Antragstellerin und dem Auftraggeber vom 6.8.2005 samt Zusatzvereinbarungen vom 7.3.2006 und vom 2.9.2008 tätigt, von den einstweilig verfügten Maßnahmen unberührt sind, bleibt die Versorgung der Versicherten mit Transportleistungen, soweit diese nicht verfahrensgegenständlich sind, gesichert. Darüber hinaus wurde weder eine besondere Dringlichkeit noch ein anderes gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechendes öffentliches Interesse oder ein sonstiges Interesse anderer Bieter geltend gemacht, und ist auch der erkennenden Senatsvorsitzenden keines bekannt. Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes stellt bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz die Sicherstellung der Auftrags-erteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse dar (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechts, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 224.7.2008, N/0103-BVA/14/2008-10EV; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG somit nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Gemäß Paragraph 329, Absatz 4, leg.cit ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag der Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Der Auftraggeber hat sich grundsätzlich nicht gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausgesprochen. Seinem Vorbringen, die Erlassung einer "zu weit gehenden" einstweiligen Verfügung würde Leib, Leben und Gesundheit von Versicherten gefährden, ist durch die erfolgte Beschränkung der Untersagung der Angebotsöffnung auf das von der Antragstellerin konkret bezeichnete Vergabeverfahren "Direktvergabe - Durchführung von Transporten von bei der stmk. Gebietskrankenkasse Versicherten und deren anspruchsberechtigten Angehörigen zu und von Dialysebehandlungen, ambulanten Behandlungen und Chemo- und Strahlentherapien" genüge getan. Da alle Aufträge des Auftraggebers an Transportunternehmer, die dieser im Rahmen eines derzeit aufrechten Vertragsverhältnisses, wie insbesondere dem Vertrag zwischen der Antragstellerin und dem Auftraggeber vom 6.8.2005 samt Zusatzvereinbarungen vom 7.3.2006

und vom 2.9.2008 tätig, von den einstweilig verfüzten Maßnahmen unberührt sind, bleibt die Versorgung der Versicherten mit Transportleistungen, soweit diese nicht verfahrensgegenständlich sind, gesichert. Darüber hinaus wurde weder eine besondere Dringlichkeit noch ein anderes gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechendes öffentliches Interesse oder ein sonstiges Interesse anderer Bieter geltend gemacht, und ist auch der erkennenden Senatsvorsitzenden keines bekannt. Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes stellt bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz die Sicherstellung der Auftrags-erteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse dar vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechts, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist vergleiche BVA 224.7.2008, N/0103-BVA/14/2008-10EV; 25.4.2006, N/0025- BVA/04/2006-EV7 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG somit nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten.

Die ua beantragte Untersagung der Angebotsöffnung durch den Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens stellt im vorliegenden Fall im Hinblick auf den Informationsstand im Provisorialverfahren die gelindeste, noch zum Ziel führende Maßnahme dar.

Schlagworte

Einstweilige Verfügung, Untersagung Angebotsöffnung, Direktvergabe;

Zuletzt aktualisiert am

14.03.2012

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