

TE Verg Bescheid 2011/4/25 VKS-4052/11

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.04.2011

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §6 Abs3

WVRG 2007 §11

WVRG 2007 §20 Abs1

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §27

WVRG 2007 §28

WVRG 2007 §29 Abs2

WVRG 2007 §31 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitnn

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §10 Z14

BVergG 2006 §345

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

1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** (§ 6 Abs. 3 WVRG 2007) über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch Wolf Theiss, Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe von Medizin- und Pharmaprodukten für den Wiener Krankenanstaltenverbund, durch die Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien - Wiener Krankenanstaltenverbund, Thomas-Klestil-Platz 7/1, 1030 Wien, vertreten durch Schramm Öhler, Rechtsanwälte in Wien, wie folgt entschieden: Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** (Paragraph 6, Absatz 3, WVRG 2007) über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch Wolf Theiss, Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe von Medizin- und Pharmaprodukten für den Wiener Krankenanstaltenverbund, durch die Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien - Wiener Krankenanstaltenverbund, Thomas-Klestil-Platz 7/1, 1030 Wien, vertreten durch Schramm Öhler, Rechtsanwälte in Wien, wie folgt entschieden:

1. 1. Ziffer eins

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

2. 2. Ziffer 2

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher der Auftraggeberin der Abruf von Leistungen unter diesem Rahmenvertrag untersagt wird,

in eventu mit welcher für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens das gegenständliche Vergabeverfahren ausgesetzt wird,

in eventu mit welcher der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagserteilung untersagt wird, wird abgewiesen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 6 Abs. 3, 11, 20 Abs. 1, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 27, 28, 29 Abs. 2, 31 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. nn, 3 Abs. 1 Z 1, 6, 10 Z 14, 345 BVergG 2006. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 6, Absatz 3, 11, 20, Absatz eins, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, 25, Absatz eins, 27, 28, 29, Absatz 2, 31, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, n, n,, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 6, 10, Ziffer 14, 345, BVergG 2006.

Begründung:

Mit dem am 7.4.2011 eingelangten Schriftsatz begehrt die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, die Nichtigerklärung der unzulässigen Wahl des Verfahrens der Direktvergabe, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht sowie Kostenersatz. Hilfsweise begehrt sie die Nichtigerklärung der Aufforderung der Antragsgegnerin zur Angebotsabgabe im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung und weiters Hilfsweise die Feststellung, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war. Im Einzelnen führt sie zur Begründung ihrer Anträge aus, ihr deutsches Schwesterunternehmen habe ihr am 31.3.2011 mit E-Mail mitgeteilt, dass die Antragsgegnerin als neues "Mitglied im Rahmen einer grenzüberschreitenden Kooperation" mit Wirkung vom 1.4.2011 als Mitglied der Einkaufsgemeinschaft Kommunalen Krankenhäuser eG im deutschen Städtetag (= EKK) aufgenommen worden sei. Bei der EKK handle es sich um einen genossenschaftlich organisierten Zusammenschluss von mittlerweile über 60 deutschen Krankenanstalten zur Beschaffung von

Krankenhausbedarf. Zu diesem Zweck habe die EKK mit den maßgeblichen Lieferanten von Produkten aus dem Angio- und Kardiobedarf mit Sitz in Deutschland einen "Rahmenvertrag" geschlossen, der es den Mitgliedern der EKK ermöglicht, mittels einfachem (direktem) Leistungsabruf, ohne Ausschreibung Produkte aus dem Angio- und Kardiobereich von den Vertragsparteien zu beziehen. Beim Rahmenvertrag der EKK handle es sich um einen Rahmen-Liefervertrag betreffend Medizinprodukte, sohin um einen Lieferauftrag nach § 5 BVergG. Dieser Auftrag werde im Oberschwellenbereich vergeben. Weder die Auftraggeberin noch deren vergebende Stelle hätten die Vergabe des gegenständlichen Lieferauftrages entsprechend bekannt gemacht. Offenbar führe die Antragsgegnerin aufgrund der fehlenden Bekanntmachungen eine Direktvergabe gemäß § 41 BVergG. Der Rahmenvertrag ermögliche der Antragsgegnerin den jederzeitigen Abruf von Leistungen im Angio- und Kardiobereich ohne vorheriges, gesetzeskonformes Vergabeverfahren. Eine öffentliche Ausschreibung sei weder vor Beitritt zum Rahmenvertrag erfolgt, noch soll eine solche vor dem Abruf von Leistungen aus dem Rahmenvertrag folgen. Die EKK sei im Übrigen auch keine öffentliche Auftraggeberin, die als "zentrale Beschaffungsstelle" qualifiziert werden könnte. Ein Abschluss des Rahmenvertrages und der Abruf von Leistungen unter diesem Vertrag ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens durch die Antragsgegnerin selbst, sei daher als Direktvergabe eindeutig unzulässig. Sollte jedoch die Nachprüfungsbehörde die Ansicht vertreten, dass es sich nicht um eine unzulässige Direktvergabe handle, sondern um ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung, habe damit die Antragsgegnerin gleichfalls gegen vergaberechtliche Grundsätze verstoßen. Die Ausnahmebestimmungen des § 29 Abs. 2 BVergG oder des § 38 Abs. 2 BVergG würden nicht vorliegen. Letztlich macht sie geltend, dass der Ablauf des Verfahrens unklar sei, keinerlei Ausschreibungsunterlagen erstellt worden wären und keinerlei Zuschlagskriterien festgelegt worden wären. Damit werde gegen die Grundsätze der Transparenz, der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung verstoßen, wirksame Wettbewerbsbedingungen seien nicht gegeben. Da gesetzliche Ausnahmebestimmungen für die Durchführung einer Direktvergabe oder eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht vorliegen würden, wäre die Rechtswidrigkeit eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung festzustellen. Mit dem am 7.4.2011 eingelangten Schriftsatz begehrt die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, die Nichtigerklärung der unzulässigen Wahl des Verfahrens der Direktvergabe, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht sowie Kostenersatz. Hilfsweise begehrt sie die Nichtigerklärung der Aufforderung der Antragsgegnerin zur Angebotsabgabe im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung und weiters hilfsweise die Feststellung, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war. Im Einzelnen führt sie zur Begründung ihrer Anträge aus, ihr deutsches Schwesterunternehmen habe ihr am 31.3.2011 mit E-Mail mitgeteilt, dass die Antragsgegnerin als neues "Mitglied im Rahmen einer grenzüberschreitenden Kooperation" mit Wirkung vom 1.4.2011 als Mitglied der Einkaufsgemeinschaft Kommunalen Krankenhäuser eG im deutschen Städtetag (= EKK) aufgenommen worden sei. Bei der EKK handle es sich um einen genossenschaftlich organisierten Zusammenschluss von mittlerweile über 60 deutschen Krankenanstalten zur Beschaffung von Krankenhausbedarf. Zu diesem Zweck habe die EKK mit den maßgeblichen Lieferanten von Produkten aus dem Angio- und Kardiobedarf mit Sitz in Deutschland einen "Rahmenvertrag" geschlossen, der es den Mitgliedern der EKK ermöglicht, mittels einfachem (direktem) Leistungsabruf, ohne Ausschreibung Produkte aus dem Angio- und Kardiobereich von den Vertragsparteien zu beziehen. Beim Rahmenvertrag der EKK handle es sich um einen Rahmen-Liefervertrag betreffend Medizinprodukte, sohin um einen Lieferauftrag nach Paragraph 5, BVergG. Dieser Auftrag werde im Oberschwellenbereich vergeben. Weder die Auftraggeberin noch deren vergebende Stelle hätten die Vergabe des gegenständlichen Lieferauftrages entsprechend bekannt gemacht. Offenbar führe die Antragsgegnerin aufgrund der fehlenden Bekanntmachungen eine Direktvergabe gemäß Paragraph 41, BVergG. Der Rahmenvertrag ermögliche der Antragsgegnerin den jederzeitigen Abruf von Leistungen im Angio- und Kardiobereich ohne vorheriges, gesetzeskonformes Vergabeverfahren. Eine öffentliche Ausschreibung sei weder vor Beitritt zum Rahmenvertrag erfolgt, noch soll eine solche vor dem Abruf von Leistungen aus dem Rahmenvertrag folgen. Die EKK sei im Übrigen auch keine öffentliche Auftraggeberin, die als "zentrale Beschaffungsstelle" qualifiziert werden könnte. Ein Abschluss des Rahmenvertrages und der Abruf von Leistungen unter diesem Vertrag ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens durch die Antragsgegnerin selbst, sei daher als Direktvergabe eindeutig unzulässig. Sollte jedoch die Nachprüfungsbehörde die Ansicht vertreten, dass es sich nicht um eine unzulässige Direktvergabe handle, sondern um ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung, habe damit die Antragsgegnerin gleichfalls gegen

vergaberechtliche Grundsätze verstoßen. Die Ausnahmebestimmungen des Paragraph 29, Absatz 2, BVergG oder des Paragraph 38, Absatz 2, BVergG würden nicht vorliegen. Letztlich macht sie geltend, dass der Ablauf des Verfahrens unklar sei, keinerlei Ausschreibungsunterlagen erstellt worden wären und keinerlei Zuschlagskriterien festgelegt worden wären. Damit werde gegen die Grundsätze der Transparenz, der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung verstoßen, wirksame Wettbewerbsbedingungen seien nicht gegeben. Da gesetzliche Ausnahmebestimmungen für die Durchführung einer Direktvergabe oder eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht vorliegen würden, wäre die Rechtswidrigkeit eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung festzustellen.

Die Antragstellerin gehöre zu den weltweit führenden Anbietern auf dem Gebiet der Medizintechnik und stelle ein besonders auf den Vertrieb von Produkten im Bereich Angio- und Kardiobedarf spezialisiertes Unternehmen dar. Die Antragstellerin stehe in diesem Bereich seit vielen Jahren in einer aufrechten Geschäftsbeziehung mit der Antragsgegnerin und liefere jährlich in diesem Bereich Produkte in der Höhe von mehreren Millionen Euro. Die Belieferung des KAV stelle daher ein wesentliches Referenzprojekt dar, der Verlust dieses Auftrages würde auch einen wesentlichen finanziellen Nachteil für die Antragstellerin bedeuten, da sie dadurch die übliche Gewinnspanne, die von ihr näher beziffert wird, verlieren würde. Weiters drohe ihr bei Nichtberücksichtigung durch die Antragsgegnerin ein Schaden in Höhe der Kosten der bisherigen Rechtsverfolgung.

Durch das Verhalten der Antragsgegnerin erachte sich die Antragstellerin generell im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt.

Im Vorgehen der Antragsgegnerin erblickt die Antragstellerin eine unzulässige Wahl der Direktvergabe, in eventu ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung. Als öffentlicher Auftraggeber sei die Antragsgegnerin verpflichtet, bei Beschaffung von Medizin- und Pharmaprodukten die Bestimmungen des BVergG einzuhalten. Die Wahl der Direktvergabe sei nur unter der Voraussetzung zulässig, dass der geschätzte Auftragswert Euro 100.000,-- nicht erreiche oder es sich um ein aus Gemeinschaftsmitteln kofinanziertes Projekt im Unterschwellenbereich handelt. Beide Voraussetzungen wären nicht gegeben. Mit der beschriebenen Vorgehensweise werde daher von der Antragsgegnerin eine Direktvergabe von Aufträgen über Medizin- und Pharmaprodukte angestrebt, die eklatant rechtswidrig wäre. Jeder Abruf von Leistungen von den gelisteten Vertragslieferanten stelle eine erfolgte unzulässige Direktvergabe dar und sei für nichtig zu erklären.

Zur Wahrung ihrer Rechtsposition beantragt die Antragstellerin die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, in der (zusammengefasst) der Antragsgegnerin untersagt werden soll, für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens Leistungen von Vertragslieferanten der EKK oder von dieser im Wege der Direktvergabe zu beziehen.

Zur Rechtzeitigkeit der gestellten Anträge hat die Antragstellerin mit ergänzendem Schriftsatz vom 14.4.2011 vorgebracht, sie habe von der Aufnahme der Antragsgegnerin als neues Mitglied in die EKK gemäß dem Informationsschreiben an die deutsche Schwestergesellschaft vom 30.3.2011 erst am 31.3.2011 durch Übersendung desselben Kenntnis erlangt. Damit habe die Frist erst am 1.4.2011 zu laufen begonnen, weshalb die Antragstellerin die 7-tägige Anfechtungsfrist eingehalten habe.

Mit Schriftsatz vom 12.4.2011 hat die Antragsgegnerin zum Antrag auf einstweilige Verfügung Stellung genommen und dessen Zurückweisung begehrt. Konkret hat sie ausgeführt, dass sie mit dem Beitritt zur Einkaufsgemeinschaft Kommunaler Krankenhäuser eG (EKK) von einem Ausnahmetatbestand des § 10 BVergG 2006, nämlich von Z 14 leg. cit. Gebrauch machen möchte. Dazu sei sie "als Vorbereitungshandlung" der EKK beigetreten. Sie sei zwar der EKK beigetreten, daraus ergebe sich jedoch noch keine Berechtigung (und schon gar keine Verpflichtung) zum Leistungsabruf. Die Rahmenverträge der EKK seien bezüglich der Antragsgegnerin noch nicht gültig, weil diesbezüglich noch ein Abstimmungsbedarf bestehe. Im Übrigen macht die Antragsgegnerin geltend, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 20 WVRG offensichtlich fehlen würden, da sie es unterlassen habe, darzustellen, welche Produkte am Markt sie anbietet und welche Produkte aus ihrem Sortimentinhalt Gegenstand der von ihr angesprochenen Rahmenvereinbarung der deutschen Partnerorganisation sei. Im Übrigen sei ein Nichtigklärungsverfahren nicht zulässig, weil eine gesondert anfechtbare Entscheidung, die nichtig erklärt werden könnte, nicht vorliege. Der Beitritt der Antragsgegnerin zu einer Einkaufsgenossenschaft könne auch niemals den Akt der Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe oder den Akt des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung darstellen. Eine Interessensabwägung würde ein überwiegendes Interesse der Antragsgegnerin

ergeben, da sich "am Markt für Medizinprodukte in Österreich derzeit in grob Mit Schriftsatz vom 12.4.2011 hat die Antragsgegnerin zum Antrag auf einstweilige Verfügung Stellung genommen und dessen Zurückweisung begehrt. Konkret hat sie ausgeführt, dass sie mit dem Beitritt zur Einkaufsgemeinschaft Kommunaler Krankenhäuser eG (EKK) von einem Ausnahmetatbestand des Paragraph 10, BVergG 2006, nämlich von Ziffer 14, leg. cit. Gebrauch machen möchte. Dazu sei sie "als Vorbereitungshandlung" der EKK beigetreten. Sie sei zwar der EKK beigetreten, daraus ergebe sich jedoch noch keine Berechtigung (und schon gar keine Verpflichtung) zum Leistungsabruf. Die Rahmenverträge der EKK seien bezüglich der Antragsgegnerin noch nicht gültig, weil diesbezüglich noch ein Abstimmungsbedarf bestehe. Im Übrigen macht die Antragsgegnerin geltend, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 20, WVRG offensichtlich fehlen würden, da sie es unterlassen habe, darzustellen, welche Produkte am Markt sie anbietet und welche Produkte aus ihrem Sortimentinhalt Gegenstand der von ihr angesprochenen Rahmenvereinbarung der deutschen Partnerorganisation sei. Im Übrigen sei ein Nichtigerklärungsverfahren nicht zulässig, weil eine gesondert anfechtbare Entscheidung, die nichtig erklärt werden könnte, nicht vorliege. Der Beitritt der Antragsgegnerin zu einer Einkaufsgenossenschaft könne auch niemals den Akt der Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe oder den Akt des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung darstellen. Eine Interessensabwägung würde ein überwiegendes Interesse der Antragsgegnerin ergeben, da sich "am Markt für Medizinprodukte in Österreich derzeit in grob

rechtswidriger Weise Preisunterschiede bei medizinischen Produkten ... von

teilweise über 50 %" ergeben würden. Darin liege auch ein besonderes öffentliches Interesse, dass die Antragsgegnerin medizinische Produkte zu angemessenen Preisen erwerben könne.

Zur Untermauerung ihres Standpunktes hat die Antragsgegnerin Informationsrundschriften sowie Unterlagen "strategische Partnerschaften im Einkauf", die von ihr erstellt wurden, vorgelegt.

Ausgehend vom Vorbringen der Parteien sowie nach Einsicht in die von ihnen vorgelegten Urkunden wird folgender Sachverhalt als bescheinigt angesehen:

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie beabsichtigt über den Beitritt zur EKK Medizin- und Pharmaprodukte zu den Bedingungen der von der Einkaufsgenossenschaft ausgehandelten Rahmenverträge zu beschaffen. Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie beabsichtigt über den Beitritt zur EKK Medizin- und Pharmaprodukte zu den Bedingungen der von der Einkaufsgenossenschaft ausgehandelten Rahmenverträge zu beschaffen.

Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 bzw. § 36 WVRG 2007). Die Verständigung der Antragsgegnerin durch die Antragstellerin im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 ist erfolgt. Die Beibringung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Die Antragstellerin hat den ihr allenfalls drohenden Schaden bei Nichterlangung des gegenständlichen Auftrages plausibel (vgl. VwGH vom 23.5.2007, Zl. 2007/04/0010) dargelegt. Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens entspricht formal auch sonst den Bestimmungen der §§ 20 Abs. 1, 23 Abs. 1 WVRG 2007. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, bzw. Paragraph 36, WVRG 2007). Die Verständigung der Antragsgegnerin durch die Antragstellerin im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 ist erfolgt. Die Beibringung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Die Antragstellerin hat den ihr allenfalls drohenden Schaden bei Nichterlangung des gegenständlichen Auftrages plausibel (vergleiche VwGH vom 23.5.2007, Zl. 2007/04/0010) dargelegt. Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens entspricht formal auch sonst den Bestimmungen der Paragraphen 20, Absatz eins, 23, Absatz eins, WVRG 2007.

Es war daher das von der Antragstellerin begehrte Nachprüfungsverfahren einzuleiten.

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

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung war aus folgenden Erwägungen nicht stattzugeben:

Die Antragsgegnerin hat die Absicht, über eine Mitgliedschaft bei der Einkaufsgemeinschaft Kommunalen Krankenhäuser eG im deutschen Städtetag (EKK) aufgrund des gegebenen großen Beschaffungsvolumens zu günstigeren Konditionen Medizin- und Pharmaprodukte zu erwerben. Über ihren Antrag wurde die Antragsgegnerin von der EKK in ihrer Sitzung vom 25.2.2011 als Mitglied ab dem 1.4.2011 aufgenommen. Die Antragsgegnerin hat die Mitgliedsnummer 101 erhalten. Im Zusammenhang mit der Aufnahme hatte die Antragsgegnerin Euro 3.000,-- (entspricht 10 % der zu zahlenden Kapitaleinlage, = 10 Geschäftsanteile, á 3.000,-- Euro gemäß § 35 der Satzung) sowie "das Eintrittsgeld in Höhe von Euro 5.200,--," zu entrichten (Kopie des Schreibens der EKK an die Antragsgegnerin vom 2.3.2011). Der Abschluss eines Rahmenvertrages mit der EKK war durch die Antragsgegnerin nicht beabsichtigt, noch ist ein solcher etwa im Wege der Direktvergabe erfolgt. Die Antragsgegnerin hat die Absicht, über eine Mitgliedschaft bei der Einkaufsgemeinschaft Kommunalen Krankenhäuser eG im deutschen Städtetag (EKK) aufgrund des gegebenen großen Beschaffungsvolumens zu günstigeren Konditionen Medizin- und Pharmaprodukte zu erwerben. Über ihren Antrag wurde die Antragsgegnerin von der EKK in ihrer Sitzung vom 25.2.2011 als Mitglied ab dem 1.4.2011 aufgenommen. Die Antragsgegnerin hat die Mitgliedsnummer 101 erhalten. Im Zusammenhang mit der Aufnahme hatte die Antragsgegnerin Euro 3.000,-- (entspricht 10 % der zu zahlenden Kapitaleinlage, = 10 Geschäftsanteile, á 3.000,-- Euro gemäß Paragraph 35, der Satzung) sowie "das Eintrittsgeld in Höhe von Euro 5.200,--," zu entrichten (Kopie des Schreibens der EKK an die Antragsgegnerin vom 2.3.2011). Der Abschluss eines Rahmenvertrages mit der EKK war durch die Antragsgegnerin nicht beabsichtigt, noch ist ein solcher etwa im Wege der Direktvergabe erfolgt.

Von der EKK werden die von den Mitgliedern benötigten Medizin- und Pharmaprodukte entweder selbst erworben und diese Produkte anschließend an Mitglieder weiter verkauft oder es werden von der Einkaufsgemeinschaft für andere Auftraggeber bzw. die Mitglieder der Einkaufsgemeinschaft Vergabeverfahren durchgeführt. Dabei tritt die EKK als "vergebende Stelle" auf. Sofern es sich um eine zentrale Beschaffungsstelle im Sinne des § 2 Z 48 BVerG 2006 handelt, hat die Beschaffung nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes zu erfolgen. Von der EKK werden die von den Mitgliedern benötigten Medizin- und Pharmaprodukte entweder selbst erworben und diese Produkte anschließend an Mitglieder weiter verkauft oder es werden von der Einkaufsgemeinschaft für andere Auftraggeber bzw. die Mitglieder der Einkaufsgemeinschaft Vergabeverfahren durchgeführt. Dabei tritt die EKK als "vergebende Stelle" auf. Sofern es sich um eine zentrale Beschaffungsstelle im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 48, BVerG 2006 handelt, hat die Beschaffung nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes zu erfolgen.

Von der Aufnahme der Antragsgegnerin als neues Mitglied in die EKK wurde zunächst die deutsche Schwestergesellschaft der Antragstellerin verständigt, die ihrerseits die Antragstellerin mit E-Mail vom 31.3.2011 unterrichtet hat.

Nach der von der Antragsgegnerin vorgelegten Arbeitsunterlage "strategische Partnerschaften im Einkauf" ist als bescheinigt anzunehmen, dass neben der EKK noch zumindest zwei weitere Unternehmen als mögliche Kooperationspartner für die Beschaffungsvorgänge der Antragsgegnerin in Frage kommen. Bei der Antragstellerin handelt es sich um einen führenden Anbieter im Medizinprodukte-Bereich in Österreich, die in der Lage ist Medizinprodukte auch an die Antragsgegnerin zu liefern und bisher auch tatsächlich geliefert hat.

Dieser als bescheinigt anzusehende Sachverhalt ergibt sich zunächst, was den Beitritt der Antragsgegnerin zur Einkaufsgemeinschaft Kommunalen Krankenhäuser eG im deutschen Städtetag betrifft, aus dem Inhalt des von der Antragsgegnerin vorgelegten Verständigungsschreibens dieser Gemeinschaft vom 2.3.2011. Danach war als bescheinigt anzunehmen, dass der Beitritt der Antragsgegnerin zu dieser Einkaufsgemeinschaft abgeschlossen ist und in diesem Zusammenhang von der Antragsgegnerin Leistungen erbracht werden mussten. Dass weitere, ähnlich konstruierte Kooperationspartner am Markt vorhanden sind, ergibt sich aus den von der Antragsgegnerin vorgelegten Strategieunterlagen. Die Rechtzeitigkeit der Antragstellung konnte aufgrund der, von der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 14.4.2011 vorgelegten E-Mail Ausdrucke, als bescheinigt angesehen werden.

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der der Antragsgegnerin "der Abruf von Leistungen unter diesem Rahmenvertrag untersagt" werden sollte, in eventu womit das gegenständliche Vergabeverfahren ausgesetzt wird,

in eventu der Antragsgegnerin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens eine Zuschlagserteilung untersagt werden soll, war aus folgenden Überlegungen nicht stattzugeben:

Primär richtet sich der Nachprüfungsantrag (soweit erkennbar) gegen den Abschluss eines Rahmenvertrages über den Bezug medizintechnischer Produkte, den die Antragsgegnerin im Wege der Direktvergabe mit der EKK abgeschlossen haben soll. Auszugehen ist davon, dass die Antragsgegnerin aufgrund des zitierten Aufnahmeschreibens seit 1.4.2011 Mitglied der Einkaufsgemeinschaft ist, sie für die Aufnahme in die Einkaufsgemeinschaft auch die Leistungen erbringen musste, um sich ihrerseits der Leistungen der Einkaufsgemeinschaft bedienen zu können und diesen Vorgang, obwohl mehrere mögliche Einkaufsgemeinschaften europaweit vorhanden sein dürften (siehe Unterlagen, die von der Antragsgegnerin vorgelegt wurden), jedenfalls nicht unter Einhaltung vergaberechtlicher Bestimmungen durchgeführt hat. Es ist davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin der EKK als Mitglied beigetreten ist, um sich über diese Mitgliedschaft, ohne als öffentliche Auftraggeberin ein Vergabeverfahren nach den Vorschriften des BVergG 2006 durchführen zu müssen, Leistungen auf dem Gebiet der Medizin- und Pharmaprodukte zu beschaffen.

Für diese (zukünftigen) Beschaffungsvorgänge beabsichtigt die Antragsgegnerin die Leistungen der EKK in Anspruch zu nehmen, sei es durch direkte Anschaffung bei dieser Einkaufsgemeinschaft, sei es dadurch, dass sie diese Einkaufsgemeinschaft mit der Durchführung eines Beschaffungsvorganges betraut, sei es, dass sie Leistungen unmittelbar von den Vertragspartnern der EKK bezieht. Dieser Sachverhalt (Beitritt zur Einkaufsgemeinschaft) stellt sich vergaberechtlich gesehen als Vergabe entweder eines Lieferauftrages oder eines Liefer- und Dienstleistungsauftrages dar, weil für jene Leistungen, die von der EKK für die Antragsgegnerin erbracht werden sollen, von dieser ein Entgelt entrichtet wurde und wird, nämlich einerseits durch Entrichtung einer Kapitaleinlage, andererseits durch Zahlung eines "Eintrittsgeldes". Durch die Aufnahme der Antragsgegnerin in die Einkaufsgemeinschaft wird diese in die Lage versetzt, nach Abstimmung noch offener Fragen, über die EKK Leistungen unmittelbar von deren Vertragspartnern zu beziehen, auch wenn die mit der EKK früher abgeschlossenen Verträge formlos zu Stande gekommen sind. Obwohl die Antragstellerin selbst keine Trennung der vergaberechtlich zu beurteilenden Vorgänge vornimmt, ist zunächst davon auszugehen, dass es sich bei dem Beitritt der Antragsgegnerin zur EKK um einen vergaberechtlich als Direktvergabe zu beurteilenden Vorgang handelt, der für sich allein und abgeschlossen beurteilt werden muss. Da nach den vorliegenden Bescheinigungsmitteln, insbesondere dem Schreiben der EKK an die Antragsgegnerin davon auszugehen ist, dass diese in der Sitzung vom 25.2.2011 als Mitglied mit Wirkung vom 1.4.2011 aufgenommen worden ist, kommt die von der Antragstellerin primär gewünschte Nichtigkeitsklärung der Wahl des Vergabeverfahrens (§ 2 Z 16 lit. a sublit. nn BVergG 2006) bezogen auf den Beitritt zur EKK nicht mehr in Frage. Für den hilfsweise gestellten Antrag die Aufforderung zur Angebotsabgabe im Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung für nichtig zu erklären, fehlt jegliche substantielle Grundlage. Die Antragstellerin hat die Problematik ihres Begehrens auf Nichtigkeitsklärung offenbar erkannt, indem sie begehrt, festzustellen, dass die Antragsgegnerin durch ihre Vorgangsweise gegen das BVergG bzw. dazu ergangene Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht verstoßen hat. Für diese (zukünftigen) Beschaffungsvorgänge beabsichtigt die Antragsgegnerin die Leistungen der EKK in Anspruch zu nehmen, sei es durch direkte Anschaffung bei dieser Einkaufsgemeinschaft, sei es dadurch, dass sie diese Einkaufsgemeinschaft mit der Durchführung eines Beschaffungsvorganges betraut, sei es, dass sie Leistungen unmittelbar von den Vertragspartnern der EKK bezieht. Dieser Sachverhalt (Beitritt zur Einkaufsgemeinschaft) stellt sich vergaberechtlich gesehen als Vergabe entweder eines Lieferauftrages oder eines Liefer- und Dienstleistungsauftrages dar, weil für jene Leistungen, die von der EKK für die Antragsgegnerin erbracht werden sollen, von dieser ein Entgelt entrichtet wurde und wird, nämlich einerseits durch Entrichtung einer Kapitaleinlage, andererseits durch Zahlung eines "Eintrittsgeldes". Durch die Aufnahme der Antragsgegnerin in die Einkaufsgemeinschaft wird diese in die Lage versetzt, nach Abstimmung noch offener Fragen, über die EKK Leistungen unmittelbar von deren Vertragspartnern zu beziehen, auch wenn die mit der EKK früher abgeschlossenen Verträge formlos zu Stande gekommen sind. Obwohl die Antragstellerin selbst keine Trennung der vergaberechtlich zu beurteilenden Vorgänge vornimmt, ist zunächst davon auszugehen, dass es sich bei dem Beitritt der Antragsgegnerin zur EKK um einen vergaberechtlich als Direktvergabe zu beurteilenden Vorgang handelt, der für sich allein und abgeschlossen beurteilt werden muss. Da nach den vorliegenden Bescheinigungsmitteln, insbesondere dem Schreiben der EKK an die Antragsgegnerin davon auszugehen ist, dass diese in der Sitzung vom 25.2.2011 als Mitglied mit Wirkung vom 1.4.2011 aufgenommen worden ist, kommt die von der Antragstellerin primär gewünschte Nichtigkeitsklärung der Wahl des Vergabeverfahrens (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, n, n, BVergG 2006) bezogen auf den Beitritt zur EKK nicht mehr in Frage. Für den hilfsweise gestellten Antrag die Aufforderung zur Angebotsabgabe im Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung für nichtig zu erklären, fehlt jegliche substantielle Grundlage. Die Antragstellerin hat die Problematik ihres Begehrens auf

Nichtigerklärung offenbar erkannt, indem sie begehrt, festzustellen, dass die Antragsgegnerin durch ihre Vorgangsweise gegen das BVergG bzw. dazu ergangene Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht verstoßen hat.

Nach § 11 Abs. 2 WVRG 2007 ist der Vergabekontrollsenat nur bis zur Zuschlagserteilung oder Widerrufserklärung zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Die Aufnahme der Antragsgegnerin in die Einkaufsgemeinschaft stellt sich als abgeschlossene Direktvergabe, die einer Zuschlagserteilung gleichzuhalten ist dar, weshalb mangels Zuständigkeit des angerufenen Senates zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung der diesbezügliche Antrag sowie die Eventualanträge abzuweisen waren. Nach Paragraph 11, Absatz 2, WVRG 2007 ist der Vergabekontrollsenat nur bis zur Zuschlagserteilung oder Widerrufserklärung zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Die Aufnahme der Antragsgegnerin in die Einkaufsgemeinschaft stellt sich als abgeschlossene Direktvergabe, die einer Zuschlagserteilung gleichzuhalten ist dar, weshalb mangels Zuständigkeit des angerufenen Senates zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung der diesbezügliche Antrag sowie die Eventualanträge abzuweisen waren.

Soweit die Antragstellerin in ihrem einleitenden Schriftsatz erkennen lässt, die Gefahr von künftigen Direktvergaben sei auch darin zu erblicken, dass die Antragsgegnerin von ihren Mitgliedschaftsrechten Gebrauch machen werde und in Form der Direktvergabe von Medizin- und Pharmaprodukten über Abruf von Leistungen von Vertragslieferanten der EKK ihr rechtswidriges Verhalten fortsetzen werde bzw. Abrufe aus den Rahmenvereinbarungen den Vertragslieferanten zur EKK treffen werde, handelt es sich bei diesem von der Antragstellerin befürchteten Vorgehen der Antragsgegnerin nicht um gesondert anfechtbare, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen der Auftraggeberin. Das diesbezügliche Vorbringen ist ohne jeglichen konkreten Inhalt. Um welche konkreten, von der Antragstellerin befürchteten möglichen Vergabevorgänge es sich handeln soll, wird nicht dargelegt (§ 29 Abs. 2 WVRG 2007). Dass die Antragsgegnerin unmittelbar mit der EKK oder einem ihrer Vertragspartner einen Rahmenvertrag abgeschlossen hätte, ist nicht bescheinigt. Soweit die Antragstellerin in ihrem einleitenden Schriftsatz erkennen lässt, die Gefahr von künftigen Direktvergaben sei auch darin zu erblicken, dass die Antragsgegnerin von ihren Mitgliedschaftsrechten Gebrauch machen werde und in Form der Direktvergabe von Medizin- und Pharmaprodukten über Abruf von Leistungen von Vertragslieferanten der EKK ihr rechtswidriges Verhalten fortsetzen werde bzw. Abrufe aus den Rahmenvereinbarungen den Vertragslieferanten zur EKK treffen werde, handelt es sich bei diesem von der Antragstellerin befürchteten Vorgehen der Antragsgegnerin nicht um gesondert anfechtbare, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen der Auftraggeberin. Das diesbezügliche Vorbringen ist ohne jeglichen konkreten Inhalt. Um welche konkreten, von der Antragstellerin befürchteten möglichen Vergabevorgänge es sich handeln soll, wird nicht dargelegt (Paragraph 29, Absatz 2, WVRG 2007). Dass die Antragsgegnerin unmittelbar mit der EKK oder einem ihrer Vertragspartner einen Rahmenvertrag abgeschlossen hätte, ist nicht bescheinigt.

Ob durch den Beitritt der Antragsgegnerin zur EKK vergaberechtliche Bestimmungen verletzt wurden und ob durch die von der Antragsgegnerin ins Auge gefassten Beschaffungsvorgänge im Wege der EKK österreichisches Vergaberecht verletzt werden kann, wird im Verfahren über den Hauptantrag ebenso zu prüfen sein, wie die Frage, ob die von der Antragsgegnerin über die EKK geplanten Beschaffungsvorgänge von der Anwendung vergaberechtlicher Bestimmungen im Sinne des § 10 Z 14 BVergG 2006 ausgenommen sind. Ob durch den Beitritt der Antragsgegnerin zur EKK vergaberechtliche Bestimmungen verletzt wurden und ob durch die von der Antragsgegnerin ins Auge gefassten Beschaffungsvorgänge im Wege der EKK österreichisches Vergaberecht verletzt werden kann, wird im Verfahren über den Hauptantrag ebenso zu prüfen sein, wie die Frage, ob die von der Antragsgegnerin über die EKK geplanten Beschaffungsvorgänge von der Anwendung vergaberechtlicher Bestimmungen im Sinne des Paragraph 10, Ziffer 14, BVergG 2006 ausgenommen sind.

Aus diesen Gründen war, wie aus dem Spruche ersichtlich, zu entscheiden.

Schlagworte

Einstweilige Verfügung; Abweisung; Beitritt zur Einkaufsgemeinschaft als abgeschlossene Direktvergabe;

Zuletzt aktualisiert am

27.01.2012

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at