

TE Verg Bescheid 2011/4/25 VKS-4176/11

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 *** Ges.m.b.H., ***, vertreten durch Heid Schiefer, Rechtsanwälte 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 *** Ges.m.b.H., ***, vertreten durch Heid Schiefer, Rechtsanwälte 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 der der Auftraggeberin im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren untersagt wird, das Vergabeverfahren in Form der Direktvergabe von Medizin- und Pharmaprodukten über Abruf von Leistungen von Vertragslieferanten der EKK fortzusetzen;

in eventu mit der der Auftraggeberin im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren untersagt wird, Abrufe aus den Rahmenvereinbarungen mit den Vertragslieferanten der EKK zu treffen;

in eventu mit der der Auftraggeberin untersagt wird, einen Zuschlag im Wege der Direktvergabe zu erteilen;

wobei die einstweilige Verfügung jeweils für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll, 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 11.4.2011 eingelangten Schriftsatz begehrt die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, die Nichtigerklärung der Entscheidung der Antragsgegnerin in Form der Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe durch Beitritt in die Einkaufsgemeinschaft Kommunaler Krankenhäuser eG im deutschen Städtetag (kurz: EKK) mit der Absicht, Leistungen im Bereich von Medizin- und Pharmaprodukten direkt von den Vertragslieferanten abzurufen, für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Hilfsweise begehrt sie die Entscheidung der Auftraggeberin die Aufforderung zur Angebotsabgabe einschließlich der darin festgelegten Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. ee BVergG für nichtig zu erklären. Weiters stellt sie Hilfsweise Anträge auf Feststellung dahingehend, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zur

Beschaffung von Medizin- und Pharmaprodukten über Abruf von Leistungen von Vertragslieferanten einer Einkaufsgemeinschaft wegen eines Verstoßes gegen das BVergG, die dazu ergangene Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war und daher den Beitritt der Antragsgegnerin zur EKK für nichtig zu erklären. Die Antragstellerin begründet ihre Anträge damit, dass ihre deutsche Schwestergesellschaft sowie zahlreiche andere Hersteller von Medizinprodukten Rahmenvereinbarungspartner der EKK wären und damit Mitgliedskrankenhäuser mit Medizinprodukten beliefern würden. Die EKK vertrete in Deutschland mehr als 60 Mitglieder und erreiche ein Umsatzvolumen von mehr als 650 Millionen Euro. Die Mitgliedskrankenhäuser der EKK wären verpflichtet, die gelisteten Produkte bei Bedarf ausschließlich über die EKK, d.h. von den Rahmenvereinbarungspartnern dieser Einkaufsgemeinschaft abzurufen. Die mit den Vertragslieferanten ausgehandelten Konditionen würden allen Mitgliedskrankenhäusern im gleichen Ausmaß zu Gute kommen, unabhängig davon, welcher Umsatz vom konkreten Krankenhaus über die EKK erzielt werde. Mit dem am 11.4.2011 eingelangten Schriftsatz begehrt die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, die Nichtigkeitserklärung der Entscheidung der Antragsgegnerin in Form der Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe durch Beitritt in die Einkaufsgemeinschaft Kommunalen Krankenhäuser eG im deutschen Städtetag (kurz: EKK) mit der Absicht, Leistungen im Bereich von Medizin- und Pharmaprodukten direkt von den Vertragslieferanten abzurufen, für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Hilfsweise begehrt sie die Entscheidung der Auftraggeberin die Aufforderung zur Angebotsabgabe einschließlich der darin festgelegten Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e, BVergG für nichtig zu erklären. Weiters stellt sie hilfsweise Anträge auf Feststellung dahingehend, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zur Beschaffung von Medizin- und Pharmaprodukten über Abruf von Leistungen von Vertragslieferanten einer Einkaufsgemeinschaft wegen eines Verstoßes gegen das BVergG, die dazu ergangene Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war und daher den Beitritt der Antragsgegnerin zur EKK für nichtig zu erklären. Die Antragstellerin begründet ihre Anträge damit, dass ihre deutsche Schwestergesellschaft sowie zahlreiche andere Hersteller von Medizinprodukten Rahmenvereinbarungspartner der EKK wären und damit Mitgliedskrankenhäuser mit Medizinprodukten beliefern würden. Die EKK vertrete in Deutschland mehr als 60 Mitglieder und erreiche ein Umsatzvolumen von mehr als 650 Millionen Euro. Die Mitgliedskrankenhäuser der EKK wären verpflichtet, die gelisteten Produkte bei Bedarf ausschließlich über die EKK, d.h. von den Rahmenvereinbarungspartnern dieser Einkaufsgemeinschaft abzurufen. Die mit den Vertragslieferanten ausgehandelten Konditionen würden allen Mitgliedskrankenhäusern im gleichen Ausmaß zu Gute kommen, unabhängig davon, welcher Umsatz vom konkreten Krankenhaus über die EKK erzielt werde.

Die Antragstellerin habe im Rahmen einer Veranstaltung der Austromed am 04.04.2011 informell erfahren, dass die Stadt Wien, Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) mit Wirkung vom 1.4.2011 als neues Mitglied aufgenommen wurde. Die Feststellungsbegehren seien jedenfalls in der Frist gemäß § 33 Abs. 1 Z 2 bis 4 WVRG 2007 gestellt worden. Die Antragstellerin habe im Rahmen einer Veranstaltung der Austromed am 04.04.2011 informell erfahren, dass die Stadt Wien, Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) mit Wirkung vom 1.4.2011 als neues Mitglied aufgenommen wurde. Die Feststellungsbegehren seien jedenfalls in der Frist gemäß Paragraph 33, Absatz eins, Ziffer 2 bis 4 WVRG 2007 gestellt worden.

In diesem Vorgang 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 cofinanziertes 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.

Da die Antragsgegnerin durch Beitritt zur Einkaufsgenossenschaft verpflichtet sei, ihren Bedarf an Medizin- und Pharmaprodukten nur bei den Vertragslieferanten zu decken, werde jedenfalls der Auftragswert von Euro 100.000,--

um ein Vielfaches überschritten. Der Beitritt der Antragsgegnerin in die Einkaufsgemeinschaft EKK und die damit verbundene Möglichkeit auf bestehende Rahmenvereinbarungen zuzugreifen, sei als versteckter Beschaffungsvorgang zu werten, bei dessen Abwicklung ein Vergabeverfahren nicht durchgeführt werde, weshalb er für nichtig zu erklären sei. Eine Ausnahme der zentralen Beschaffungsstelle im Sinne des § 10 Z 14 BVergG liege nicht vor, weil die EKK ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren zur Vergabe der bestehenden Rahmenvereinbarungen mit den Vertragslieferanten nicht durchgeführt habe. Dazu komme, dass sie zur Einhaltung der Bestimmungen des BVergG nach dem Wortlaut des § 10 Z 14 BVergG 2006 verpflichtet gewesen wäre. Da keine Ausnahmeregelungen zur Anwendung komme und kein Vergabeverfahren durchgeführt worden sei, sei die Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe bzw. die erfolgte Direktvergabe unzulässig und für nichtig zu erklären. Da die Antragsgegnerin durch Beitritt zur Einkaufsgenossenschaft verpflichtet sei, ihren Bedarf an Medizin- und Pharmaprodukten nur bei den Vertragslieferanten zu decken, werde jedenfalls der Auftragswert von Euro 100.000,-- um ein Vielfaches überschritten. Der Beitritt der Antragsgegnerin in die Einkaufsgemeinschaft EKK und die damit verbundene Möglichkeit auf bestehende Rahmenvereinbarungen zuzugreifen, sei als versteckter Beschaffungsvorgang zu werten, bei dessen Abwicklung ein Vergabeverfahren nicht durchgeführt werde, weshalb er für nichtig zu erklären sei. Eine Ausnahme der zentralen Beschaffungsstelle im Sinne des Paragraph 10, Ziffer 14, BVergG liege nicht vor, weil die EKK ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren zur Vergabe der bestehenden Rahmenvereinbarungen mit den Vertragslieferanten nicht durchgeführt habe. Dazu komme, dass sie zur Einhaltung der Bestimmungen des BVergG nach dem Wortlaut des Paragraph 10, Ziffer 14, BVergG 2006 verpflichtet gewesen wäre. Da keine Ausnahmeregelungen zur Anwendung komme und kein Vergabeverfahren durchgeführt worden sei, sei die Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe bzw. die erfolgte Direktvergabe unzulässig und für nichtig zu erklären.

Sollte ein Abruf von Leistungen aus den Rahmenvereinbarungen bereits erfolgt sein oder sollte der Vergabekontrollsenat bereits den Beitritt bei einer Einkaufsgemeinschaft als unzulässige Direktvergabe werten, sei von der Auftraggeberin ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt worden. In diesem Fall werde hilfsweise die Feststellung begehrt, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen Verstoßes gegen das BVergG, die dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig gewesen sei.

Die Antragstellerin sei einer der führenden Anbieter im Medizinprodukte-Bereich in Österreich. Ihr Interesse am Vertragsabschluss ergebe sich einerseits daraus, dass die Lieferung von Medizin- und Pharmaprodukten ein wesentlicher Geschäftszweig der Antragstellerin sei und ihr durch die Rechtswidrigkeit im Zuge der Auftragsvergaben ein Schaden entstand bzw. zu entstehen drohe. Die Antragstellerin habe daher ein großes Interesse an der Belieferung der Antragsgegnerin mit Medizinprodukten. Bisher seien ihr zur Wahrung ihrer Rechtsposition Kosten in Höhe von zumindest Euro 10.000,-- angefallen, wozu noch die für das Nachprüfungsverfahren zu entrichtenden Pauschalgebühren kämen. Darüber hinaus entgehe der Antragstellerin durch die vorliegenden Rechtswidrigkeiten die Möglichkeit auf eine erfolgreiche Beteiligung an einem rechtskonformen Vergabeverfahren sowie auch die Möglichkeit auf Zuschlagserteilung und Erzielung eines angemessenen Gewinns, der von ihr im Schriftsatz näher konkretisiert wird. Dazu käme letztlich der Verlust wichtiger Referenzen für künftige Vergabeverfahren.

Durch das Verhalten der Antragsgegnerin erachtet sich die Antragstellerin in ihren Rechten auf Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG, auf Bekanntmachung des Vergabeverfahrens, sowie auf ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens und auf Gleichbehandlung der Bieter verletzt.

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 im Wege der Direktvergabe zu beziehen.

Mit Schriftsatz vom 15.4.2011 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 Nichtigkeitsverfahren 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 15.4.2011 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 Ausnahmestatbestand 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 Nichtigkeitsverfahren 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 im Wege eines Beitritts zu einer Einkaufsgemeinschaft die laufende Beschaffung von Medizin- und Pharmaprodukten. Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie beabsichtigt im Wege eines Beitritts zu einer Einkaufsgemeinschaft die laufende Beschaffung von Medizin- und Pharmaprodukten.

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 Nichtigkeitsverfahrens 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 Nichtigkeitsverfahrens entspricht formal auch sonst den Bestimmungen der Paragraphen 20, Absatz eins, 23, Absatz eins, WVRG 2007.

Es war daher das von der Antragstellerin begehrte Nachprüfungsverfahren einzuleiten.

Für die Behandlung des gegenständlichen Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist die Zuständigkeit

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

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

Die Antragsgegnerin hat die Absicht über eine Mitgliedschaft bei der Einkaufsgemeinschaft Kommunaler 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). Die Antragsgegnerin hat die Absicht über eine Mitgliedschaft bei der Einkaufsgemeinschaft Kommunaler 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).

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 BVergG 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, BVergG 2006 handelt, hat die Beschaffung nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes zu erfolgen.

Von der Aufnahme der Antragsgegnerin als neues Mitglied in die EKK hat die Antragstellerin im Zuge einer Veranstaltung der Austromed Vereinigung der Medizinprodukte - Unternehmen Österreichs am 04.04.2011 erfahren.

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 der führenden Anbieter im Medizinprodukte-Bereich in Österreich, die in der Lage ist, Medizinprodukte auch an die Antragsgegnerin zu liefern.

Dieser als bescheinigt anzusehende Sachverhalt ergibt sich zunächst, was den Beitritt der Antragsgegnerin zur Einkaufsgemeinschaft Kommunaler 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 ihrer unbestritten gebliebenen Angaben als bescheinigt angesehen werden.

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit dem der Antragsgegnerin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt werden sollte, "das Vergabeverfahren in Form der Direktvergabe" fortzusetzen, hilfsweise untersagt werden sollte, Abrufe aus den Rahmenvereinbarungen mit dem Vertragslieferanten der EKK zu

treffen oder einen Zuschlag im Wege der Direktvergabe zu erteilen, war aus folgenden Überlegungen nicht stattzugeben:

Primär richtet sich der Nachprüfungsantrag (soweit erkennbar) dagegen, 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. Dieser Beitritt zur Einkaufsgemeinschaft stellt sich vergaberechtlich gesehen als Vergabe eines Dienstleistungsauftrages dar, weil für jene Leistungen, die von der EKK für die Antragsgegnerin erbracht werden, von dieser ein Entgelt entrichtet wurde, 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 von deren Vertragspartnern zu beziehen, auch wenn die mit der EKK zu anderen Unternehmen bestehenden Verträge formlos abgeschlossen worden 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 dem 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 Nichtigerklärung der Wahl des Vergabeverfahrens (§ 2 Z 16 lit. a sublit. nn BVergG 2006) nicht mehr in Frage. Für den hilfsweise gestellten Antrag "die Entscheidung der Auftraggeberin in Form der Aufforderung zur Angebotsabgabe einschließlich der darin festgelegten Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. ee BVergG 2006 für nichtig zu erklären", fehlt jegliche substantielle Grundlage. Die Antragstellerin hat die Problematik ihres Begehrens auf Nichtigerklärung erkannt, indem sie im Sinne des § 36a WVRG 2007 begehrt festzustellen, dass die Antragsgegnerin durch ihre Vorgangsweise gegen das BVergG bzw. dazu ergangene Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht verstoßen hat.

Primär richtet sich der Nachprüfungsantrag (soweit erkennbar) dagegen, 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. Dieser Beitritt zur Einkaufsgemeinschaft stellt sich vergaberechtlich gesehen als Vergabe eines Dienstleistungsauftrages dar, weil für jene Leistungen, die von der EKK für die Antragsgegnerin erbracht werden, von dieser ein Entgelt entrichtet wurde, 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 von deren Vertragspartnern zu beziehen, auch wenn die mit der EKK zu anderen Unternehmen bestehenden Verträge formlos abgeschlossen worden 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 dem 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 Nichtigerklärung der Wahl des Vergabeverfahrens (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, n, n, BVergG 2006) nicht mehr in Frage. Für den hilfsweise gestellten Antrag "die Entscheidung der Auftraggeberin in Form der Aufforderung zur Angebotsabgabe einschließlich der darin festgelegten Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e, BVergG 2006 für nichtig zu erklären", fehlt jegliche substantielle Grundlage. Die Antragstellerin hat die Problematik ihres Begehrens auf Nichtigerklärung erkannt, indem sie im Sinne des Paragraph 36 a, WVRG 2007 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 geltend macht, 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. 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). Soweit die Antragstellerin in ihrem einleitenden Schriftsatz geltend macht, 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. 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).

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 zu Einkaufsgemeinschaft als abgeschlossene Direktvergabe;

Zuletzt aktualisiert am

19.12.2011

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