

TE Verg Bescheid 2010/11/30 N/0086-BVA/08/2008-152;, N/0087-BVA/08/2008-152;, N/0088-BVA/08/2008-152

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.11.2010

Norm

BVergG 2006 §29

BVergG 2006 §320

BVergG 2006 §321

BVergG 2006 §325 Abs1 idF BGBl I 2007/86

1. BVergG 2006 § 29 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 29 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
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 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 8 (Mag Reinhard Grasböck als Senatsvorsitzender; Dr Walter Fuchs als Beisitzer aus dem Kreis der Auftraggeber; Mag Alexander Piekniczek als Beisitzer aus dem Kreis der Auftragnehmer), gemäß § 303 Abs 1 BVergG 2006 betreffend diverse Vergabeverfahren der (öffentlichen) Auftraggeberin und Antragsgegnerin Bundesbeschaffung GmbH (= BBG) zum Abschluss von Rahmenvereinbarungen betreffend Stents über diverse Anträge der Erstantragstellerin A1*** GmbH, der Zweitantragstellerin A2*** Vertriebs GmbH und der Drittantragsantragstellerin A3*** Österreich GmbH, jeweils gerichtet auf die Nichtigserklärung von Aufforderungen zur

Angebotsabgabe je vom 25.6.2008, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 8 (Mag Reinhard Grasböck als Senatsvorsitzender; Dr Walter Fuchs als Beisitzer aus dem Kreis der Auftraggeber; Mag Alexander Piekniczek als Beisitzer aus dem Kreis der Auftragnehmer), gemäß Paragraph 303, Absatz eins, BVergG 2006 betreffend diverse Vergabeverfahren der (öffentlichen) Auftraggeberin und Antragsgegnerin Bundesbeschaffung GmbH (= BBG) zum Abschluss von Rahmenvereinbarungen betreffend Stents über diverse Anträge der Erstantragstellerin A1*** GmbH, der Zweitantragstellerin A2*** Vertriebs GmbH und der Drittantragsantragstellerin A3*** Österreich GmbH, jeweils gerichtet auf die Nichtigerklärung von Aufforderungen zur Angebotsabgabe je vom 25.6.2008, wie folgt entschieden:

Spruch

I. Dem zu N/0086-BVA/08/2008 beim Bundesvergabeamt protokollierten Nachprüfungsantrag der A1*** GmbH und weiters dem zu N/0095-BVA/08/2008 protokollierten Nachprüfungsantrag der A2*** Vertriebs-GmbH, gerichtet jeweils auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe an die A3*** Österreich GmbH vom 25.6.2008, wird stattgegeben; und wird die Aufforderung der Bundesbeschaffung GmbH zur Angebotsabgabe vom 25.6.2008 iZm Stents und Zubehör, gerichtet an die A3*** Österreich GmbH, hiermit nichtigerklärt. römisch eins. Dem zu N/0086-BVA/08/2008 beim Bundesvergabeamt protokollierten Nachprüfungsantrag der A1*** GmbH und weiters dem zu N/0095-BVA/08/2008 protokollierten Nachprüfungsantrag der A2*** Vertriebs-GmbH, gerichtet jeweils auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe an die A3*** Österreich GmbH vom 25.6.2008, wird stattgegeben; und wird die Aufforderung der Bundesbeschaffung GmbH zur Angebotsabgabe vom 25.6.2008 iZm Stents und Zubehör, gerichtet an die A3*** Österreich GmbH, hiermit nichtigerklärt.

Rechtsgrundlagen: §§ 320 Abs 1, 324 Abs 4 und 325 Abs 1 BVergG 2006 BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2007/86 iVm § 345 Abs 14 BVergG 2006 idF BGBl I 2010/15
Rechtsgrundlagen: Paragraphen 320, Absatz eins, 324, Absatz 4 und 325 Absatz eins, BVergG 2006 BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86 in Verbindung mit Paragraph 345, Absatz 14, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15

II. Dem zu N/0087-BVA/08/2008 beim Bundesvergabeamt protokollierten Nachprüfungsantrag der A1*** GmbH, dem zu N/0097-BVA/08/2008 protokollierten Nachprüfungsantrag der A2*** Vertriebs-GmbH und dem zu N/0090-BVA/08/2008 protokollierten Nachprüfungsantrag der A3*** Österreich GmbH, jeweils gerichtet auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe an die B1*** Ges.m.b.H. vom 25.6.2008, wird stattgegeben; und wird die Aufforderung der Bundesbeschaffung GmbH zur Angebotsabgabe vom 25.6.2008 iZm Stents und Zubehör, gerichtet an die B1*** Ges.m.b.H., hiermit nichtigerklärt. römisch zwei. Dem zu N/0087-BVA/08/2008 beim Bundesvergabeamt protokollierten Nachprüfungsantrag der A1*** GmbH, dem zu N/0097-BVA/08/2008 protokollierten Nachprüfungsantrag der A2*** Vertriebs-GmbH und dem zu N/0090-BVA/08/2008 protokollierten Nachprüfungsantrag der A3*** Österreich GmbH, jeweils gerichtet auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe an die B1*** Ges.m.b.H. vom 25.6.2008, wird stattgegeben; und wird die Aufforderung der Bundesbeschaffung GmbH zur Angebotsabgabe vom 25.6.2008 iZm Stents und Zubehör, gerichtet an die B1*** Ges.m.b.H., hiermit nichtigerklärt.

Rechtsgrundlagen: §§ 320 Abs 1, 324 Abs 4 und 325 Abs 1 BVergG 2006 BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2007/86 iVm § 345 Abs 14 BVergG 2006 idF BGBl I 2010/15
Rechtsgrundlagen: Paragraphen 320, Absatz eins, 324, Absatz 4 und 325 Absatz eins, BVergG 2006 BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86 in Verbindung mit Paragraph 345, Absatz 14, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15

III. Dem zu N/0088-BVA/08/2008 beim Bundesvergabeamt protokollierten Nachprüfungsantrag der A1*** GmbH, dem zu N/0098-BVA/08/2008 protokollierten Nachprüfungsantrag der A2*** Vertriebs-GmbH und dem zu N/0094-BVA/08/2008 protokollierten Nachprüfungsantrag der A3*** Österreich GmbH, jeweils gerichtet auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe an die B2*** Austria GmbH vom 25.6.2008, wird stattgegeben; und wird die Aufforderung der Bundesbeschaffung GmbH zur Angebotsabgabe vom 25.6.2008 iZm Stents und Zubehör, gerichtet an die B2*** Austria GmbH, hiermit nichtigerklärt. römisch drei. Dem zu N/0088-BVA/08/2008 beim Bundesvergabeamt protokollierten Nachprüfungsantrag der A1*** GmbH, dem zu N/0098-BVA/08/2008 protokollierten Nachprüfungsantrag der A2*** Vertriebs-GmbH und dem zu N/0094-BVA/08/2008 protokollierten Nachprüfungsantrag der A3*** Österreich GmbH, jeweils gerichtet auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur

Angebotsabgabe an die B2*** Austria GmbH vom 25.6.2008, wird stattgegeben; und wird die Aufforderung der Bundesbeschaffung GmbH zur Angebotsabgabe vom 25.6.2008 iZm Stents und Zubehör, gerichtet an die B2*** Austria GmbH, hiermit nichtigerklärt.

Rechtsgrundlagen: §§ 320 Abs 1, 324 Abs 4 und 325 Abs 1 BVergG 2006/BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2007/86 iVm § 345 Abs 14 BVergG 2006 idF BGBl I 2010/15
Rechtsgrundlagen: Paragraphen 320, Absatz eins, 324, Absatz 4 und 325 Absatz eins, BVergG 2006 BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86 in Verbindung mit Paragraph 345, Absatz 14, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15

IV. Dem zu N/0089-BVA/08/2008 beim Bundesvergabeamt protokollierten Nachprüfungsantrag der A1*** GmbH, dem zu N/0099-BVA/08/2008 protokollierten Nachprüfungsantrag der A2*** Vertriebs-GmbH und dem zu N/0093-BVA/08/2008 protokollierten Nachprüfungsantrag der A3*** Österreich GmbH, jeweils gerichtet auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe an die B3*** M GmbH vom 25.6.2008, wird stattgegeben; und wird die Aufforderung der Bundesbeschaffung GmbH zur Angebotsabgabe vom 25.6.2008 iZm Stents und Zubehör, gerichtet an die B3*** M GmbH, hiermit nichtigerklärt.
römisch vier. Dem zu N/0089-BVA/08/2008 beim Bundesvergabeamt protokollierten Nachprüfungsantrag der A1*** GmbH, dem zu N/0099-BVA/08/2008 protokollierten Nachprüfungsantrag der A2*** Vertriebs-GmbH und dem zu N/0093-BVA/08/2008 protokollierten Nachprüfungsantrag der A3*** Österreich GmbH, jeweils gerichtet auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe an die B3*** M GmbH vom 25.6.2008, wird stattgegeben; und wird die Aufforderung der Bundesbeschaffung GmbH zur Angebotsabgabe vom 25.6.2008 iZm Stents und Zubehör, gerichtet an die B3*** M GmbH, hiermit nichtigerklärt.

Rechtsgrundlagen: §§ 320 Abs 1, 324 Abs 4 und 325 Abs 1 BVergG 2006/BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2007/86 iVm § 345 Abs 14 BVergG 2006 idF BGBl I 2010/15
Rechtsgrundlagen: Paragraphen 320, Absatz eins, 324, Absatz 4 und 325 Absatz eins, BVergG 2006 BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86 in Verbindung mit Paragraph 345, Absatz 14, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15

V. Dem zu N/0096-BVA/08/2008 beim Bundesvergabeamt protokollierten Nachprüfungsantrag der A2*** Vertriebs-GmbH und dem zu N/0091-BVA/08/2008 protokollierten Nachprüfungsantrag der A3*** Österreich GmbH, jeweils gerichtet auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe an die A1*** GmbH vom 25.6.2008, wird stattgegeben; und wird die Aufforderung der Bundesbeschaffung GmbH zur Angebotsabgabe vom 25.6.2008 iZm Stents und Zubehör, gerichtet an die A1*** GmbH, hiermit nichtigerklärt.
römisch fünf. Dem zu N/0096-BVA/08/2008 beim Bundesvergabeamt protokollierten Nachprüfungsantrag der A2*** Vertriebs-GmbH und dem zu N/0091-BVA/08/2008 protokollierten Nachprüfungsantrag der A3*** Österreich GmbH, jeweils gerichtet auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe an die A1*** GmbH vom 25.6.2008, wird stattgegeben; und wird die Aufforderung der Bundesbeschaffung GmbH zur Angebotsabgabe vom 25.6.2008 iZm Stents und Zubehör, gerichtet an die A1*** GmbH, hiermit nichtigerklärt.

Rechtsgrundlagen: §§ 320 Abs 1, 324 Abs 4 und 325 Abs 1 BVergG 2006/BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2007/86 iVm § 345 Abs 14 BVergG 2006 idF BGBl I 2010/15
Rechtsgrundlagen: Paragraphen 320, Absatz eins, 324, Absatz 4 und 325 Absatz eins, BVergG 2006 BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86 in Verbindung mit Paragraph 345, Absatz 14, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15

Begründung

1. Verfahrensgang und Sachverhalt

Beim Bundesvergabeamt (= BVA) wurden am 3.7.2008 sechs Nachprüfungsanträge und sechs Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV) zu den

Geschäftszahlen N/0076 bis 0081/BVA/08/2008 protokolliert, die in Zusammenhang mit dem hier streitgegenständlichen Stentvergabegeschehen stehen, bei dem die BBG Rahmenvereinbarungen über Stents (samt Zubehör) mit jedenfalls 13 Unternehmen anstrebt.

Danach wurden zu den GZZ des BVA N/0085 bis 0099, 0108 und 0118-BVA/08/2008 weitere Nachprüfungsanträge iZm diesem streitigen Stent - Vergabegeschehen eingebracht.

Die Verfahren N/0078, 0080, 0081, 0092, 0108 und 0118/BVA/08/2008 erscheinen nach dem Aktenstand derzeit endgültig erledigt.

Das BVA wählte 2009 das Nachprüfungsverfahren N/0078-BVA/08/2008 als "führendes" Nachprüfungsverfahren aus und verhandelte letztlich auch mit den Parteien der hier zu entscheidenden Nachprüfungsverfahren am 11.2.2009 und 10.3.2009 die anstehenden Sach- und Rechtsfragen aus dem streitigen Vergabegeschehen formell im Nachprüfungsverfahren N/0078-BVA/08/2008.

Das BVA erklärte am 17.3.2009 mit dem Bescheid N/0078-BVA/08/2008-347 eine Aufforderung zur Angebotsabgabe der BBG iZm Stents vom 25.6.2008 für nichtig und ging in diesem Nichtigerklärungsbescheid tragend von einem einheitlichen Vergabeverfahren der BBG betreffend Stents und einer mehrseitigen, an mindestens 13 UnternehmerInnen gerichteten Aufforderung zur Angebotsabgabe aus.

Die Verfahrensparteien auch dieser Verfahren verzichteten letztlich bis zu drei Wochen ab Ergehen der Entscheidung im Bescheidbeschwerdeverfahren (gegen den genannten Nichtigerklärungsbescheid) beim VwGH ZI 2009/04/0129 auf die Geltendmachung der Entscheidungspflicht in den restlichen anhängigen Nachprüfungsverfahren iZm Stents, zumal mit der ausgesprochenen Nichtigerklärung vorbehaltlich einer Bescheidkassation durch den VwGH jedem der restlichen Nachprüfungsanträge iZm Stents der Anfechtungsgegenstand fehlte. Der VwGH hob den Nichtigerklärungsbescheid des BVA vom 17.3.2009 mit dem am 31.8.2009 an das BVA zugestellten Erkenntnis zur ZI 2009/04/0129 auf und begründete dies tragend damit, dass im streitigen Beschaffungsgeschehen nicht eine einzige Aufforderung zur Angebotsabgabe existiere, sondern - wegen unterschiedlicher Leistungsverzeichnisse in den am 25.6.2008 versandten Angebotseinladungen vielmehr - von 13 einzelnen Aufforderungen zur Angebotsabgabe und damit von 13 Einzelvergabeverfahren auszugehen wäre. Relevantes Ergebnis des VwGH - Verfahrens ZI 2009/04/0129 war maW, dass die Antragstellerin zu N/0078-BVA/08/2008 nicht eine gesamtheitliche Aufforderung zur Angebotsabgabe an verschiedene Unternehmen angefochten gehabt hatte, sondern so wie die Antragstellerinnen zu N/0076, 0077, 0079, 0080 und 0081-BVA/08/2008 lediglich die an sie selbst ergangene Einladung zur Angebotslegung.

Das BVA wies im Ersatzbescheidverfahren zu N/0078-BVA/08/2008 den Nachprüfungsantrag zu N/0078-BVA/08/2008 in Bindung an die Rechtsauffassung des VwGH gemäß § 63 VwGG mangels Rechtsverletzungsmöglichkeit der Antragstellerin zurück, weil die Antragstellerin zu N/0078-BVA/08/2008 eben nur die eigene Aufforderung zur Angebotsabgabe angefochten gehabt hätte. Mit einem beim VfGH zu B 1446/10 angefochtenen Bescheid vom 21.9.2010 wies das BVA schließlich den Nachprüfungsantrag zu N/0080-BVA/08/2008 zurück, wobei für diese Zurückweisung tragend war, dass auch die Antragstellerin zu N/0080-BVA/08/2008 - ident wie die Antragstellerin zu N/0078-BVA/08/2008 - nur die an sie selbst gerichtete Aufforderung zur Angebotsabgabe angefochten hätte. Das BVA wies im Ersatzbescheidverfahren zu N/0078-BVA/08/2008 den Nachprüfungsantrag zu N/0078-BVA/08/2008 in Bindung an die Rechtsauffassung des VwGH gemäß Paragraph 63, VwGG mangels Rechtsverletzungsmöglichkeit der Antragstellerin zurück, weil die Antragstellerin zu N/0078-BVA/08/2008 eben nur die eigene Aufforderung zur Angebotsabgabe angefochten gehabt hätte. Mit einem beim VfGH zu B 1446/10 angefochtenen Bescheid vom 21.9.2010 wies das BVA schließlich den Nachprüfungsantrag zu N/0080-BVA/08/2008 zurück, wobei für diese Zurückweisung tragend war, dass auch die Antragstellerin zu N/0080-BVA/08/2008 - ident wie die Antragstellerin zu N/0078-BVA/08/2008 - nur die an sie selbst gerichtete Aufforderung zur Angebotsabgabe angefochten hätte.

Die Antragstellerin zu N/0080-BVA/08/2008 focht den Zurückweisungsbescheid zu N/0080-BVA/08/2008, der in Übernahme der Rechtsauffassung des VwGH zu ZI 2009/04/0129 erging, nunmehr wie gesagt beim VfGH an. Der VfGH erkannte jedoch dieser Bescheidbeschwerde mit einem am 15.11.2010 an das BVA zugestellten Beschluss, B 1446/10-7, keine aufschiebende Wirkung zu. Ua auch die hier zu entscheidenden Nachprüfungsverfahren wurden mit Bescheid des BVA v 22.10.2010 für die Dauer des Verfahrens über die allfällige Zuerkennung von aufschiebender Wirkung zuzüglich zweier Wochen - letztlich im Einvernehmen mit der Auftraggeberin - ausgesetzt und sind sohin vom BVA nunmehr zu entscheiden.

Mit Bescheid vom 26.11.2010 wurde die Aufforderung zur Angebotsabgabe an die B4*** GmbH im Verfahren N/0108-BVA/08/2008 über Antrag der Drittantragstellerin bereits nichtigerklärt, wobei dieses Nachprüfungsverfahren wegen unterschiedlicher Parteistruktur keiner mit den hier entschiedenen Verfahren gemeinsamen Enderledigung zugeführt wurde.

Vor dem gerade genannten Aussetzungsbescheid und vor Bekanntwerden der Anfechtung des Endbescheids zu

N/0080-BVA/08/2008 beim VfGH verhandelte das BVA am 1.10.2010 und am 4.10.2010 die hier entschiedenen Nachprüfungsverfahren; jeweils zur Verhandlung (teilweise) verbunden mit dem Nachprüfungsverfahren N/0108-BVA/08/2008, wobei das Nachprüfungsverfahren N/0108-BVA/08/2008 wegen unterschiedlicher Parteienstruktur wie gesagt aus Zweckmäßigkeitsgründen wiederum getrennt entschieden wurde.

In den gerade genannten Verhandlungsterminen am 1.10.2010 und 4.10.2010 blieb letztlich insbesondere strittig, ob die Nachprüfungsanträge rechtzeitig eingebracht wurden; und zu welchem Zeitpunkt entweder die BBG oder aber das BVA den Nachweis der Rechtfertigung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung singulär mit jeweils einer Unternehmerin gemäß § 29 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 erbracht haben muss bzw überhaupt ermitteln muss. Jedoch ist insb seitens der BBG gerade nicht bestritten, dass wegen der 13 unterschiedlichen Leistungsverzeichnisse im gesamten streitgegenständlichen Nachprüfungs- und Vergabegeschehen laut Vergabeakten von 13 verschiedenen Einzelvergabeverfahren auszugehen ist, denen jene zB auch jene fünf Aufforderungen zur Angebotsabgabe zuzurechnen sind, die im Spruch dieser Bescheidausfertigung nichtigerklärt wurden. In den gerade genannten Verhandlungsterminen am 1.10.2010 und 4.10.2010 blieb letztlich insbesondere strittig, ob die Nachprüfungsanträge rechtzeitig eingebracht wurden; und zu welchem Zeitpunkt entweder die BBG oder aber das BVA den Nachweis der Rechtfertigung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung singulär mit jeweils einer Unternehmerin gemäß Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 erbracht haben muss bzw überhaupt ermitteln muss. Jedoch ist insb seitens der BBG gerade nicht bestritten, dass wegen der 13 unterschiedlichen Leistungsverzeichnisse im gesamten streitgegenständlichen Nachprüfungs- und Vergabegeschehen laut Vergabeakten von 13 verschiedenen Einzelvergabeverfahren auszugehen ist, denen jene zB auch jene fünf Aufforderungen zur Angebotsabgabe zuzurechnen sind, die im Spruch dieser Bescheidausfertigung nichtigerklärt wurden.

Bei diesen fünf hier nichtigerklärten Aufforderungen zur Angebotsabgabe handelt es sich um jene Angebotseinladungen, die die BBG am 25.6.2008 an die Antragstellerinnen anderer zusammenhängender Nachprüfungsverfahren, protokolliert zu N/0076-BVA/08/2008 (dortige Antragstellerin A1*** GmbH), zu N/0078-BVA/08/2008 (dortige Antragstellerin A3*** Österreich GmbH), zu N/0079-BVA/08/2008 (dortige Antragstellerin B1*** Ges.m.b.H.), N/0080-BVA/08/2008 (dortige Antragstellerin B2*** Austria GmbH) und zu N/0081-BVA/08/2008 (dortige Antragstellerin B3*** M GmbH) versandt hatte.

Die Erst-, Zweit und Drittantragstellerin laut Bescheidkopf haben - erstmals am 9.7.2008 - in den den Nichtigerklärungen dieses Bescheids zu Grunde liegenden Nachprüfungsanträgen Nichtigerklärungsanträge gegen die im vorigen Absatz beschriebenen Aufforderungen zur Angebotsabgabe gestellt - soweit nicht die jeweils selbst erhaltene Aufforderung zur Angebotsabgabe in Frage stand, nachdem zuvor die Nachprüfungsverfahren zu N/0076 und 0078 bis 0081-BVA/08/2008 am 3.7.2008 gemäß § 323 Abs 1 BVergG 2006 auf der Homepage des BVA kundgemacht worden waren; Die Erst-, Zweit und Drittantragstellerin laut Bescheidkopf haben - erstmals am 9.7.2008 - in den den Nichtigerklärungen dieses Bescheids zu Grunde liegenden Nachprüfungsanträgen Nichtigerklärungsanträge gegen die im vorigen Absatz beschriebenen Aufforderungen zur Angebotsabgabe gestellt - soweit nicht die jeweils selbst erhaltene Aufforderung zur Angebotsabgabe in Frage stand, nachdem zuvor die Nachprüfungsverfahren zu N/0076 und 0078 bis 0081-BVA/08/2008 am 3.7.2008 gemäß Paragraph 323, Absatz eins, BVergG 2006 auf der Homepage des BVA kundgemacht worden waren;

und derart die drei Antragstellerinnen über das Nachprüfungsgeschehen definitiv von diesen gleichfalls zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmerinnen, welche gleichfalls Nachprüfungsanträge wegen einer an sie am 25.6.2008 zugegangenen Aufforderung zur Angebotsabgabe an das BVA gestellt hatten, erfahren hatten.

In den mit dieser Bescheiderledigung entschiedenen Nachprüfungsverfahren sind keine Einwendungsparteien gemäß §324 Abs 3 BVergG 2006 aufgetreten, wobei diese Nachprüfungsverfahren wegen jeweils mehrfacher Anfechtung der jeweils gleichen Aufforderung zur Angebotsabgabe durch zwei bzw drei Antragstellerinnen gemäß § 324 Abs 4 BVergG 2006 bzw gemäß § 39 Abs 2 AVG wegen mehrfacher Antragstellung der Antragstellerinnen bzw wegen großteils identer Sach- und Rechtsfragen zur gemeinsamen Entscheidung verbunden wurden. In den mit dieser Bescheiderledigung entschiedenen Nachprüfungsverfahren sind keine Einwendungsparteien gemäß §324 Absatz 3, BVergG 2006 aufgetreten, wobei diese Nachprüfungsverfahren wegen jeweils mehrfacher Anfechtung der jeweils gleichen Aufforderung zur Angebotsabgabe durch zwei bzw drei Antragstellerinnen gemäß Paragraph 324, Absatz 4, BVergG 2006 bzw gemäß Paragraph 39, Absatz 2, AVG wegen mehrfacher Antragstellung der Antragstellerinnen bzw wegen großteils identer Sach- und Rechtsfragen zur gemeinsamen Entscheidung verbunden wurden.

Für die hier entschiedenen Nachprüfungsverfahren stehen - über die vorstehenden Tatsachen und insb den das aufgezeigte Verfahrensgeschehen hinaus - folgende Tatsachen fest:

Die fünf im Spruch nichtigerklärten Aufforderungen zur Angebotsabgabe entstammen jeweils einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Oberschwellenbereich.

Stents sind medizinische Implantate zur Behandlung von Gefäßverengungen idR aus Metalllegierungen, bei denen zwei große Gruppen zu unterscheiden sind, nämlich

reine Metallstents (= Bare Metal Stents = BMS) und medikamentenbeschichtete

Stents (= Drug Eluting Stents = DES). Bei letzteren wird im Bereich des Gefäßes,

wo das Implantat letztlich eingesetzt wird, über die Zeitachse - über den durch das Implantat insb bewirkten Gefäßwandstütz- bzw ausdehnungseffekt hinaus - ein auf dem Implantat aufgebrachtes Medikament an die Implantatumgebung abgegeben, womit bestimmte weitere medizinische Ziele verfolgt werden.

Die Erst-, Zweit- und Drittantragstellerin sind unstrittig im Geschäftsbereich des Vertriebs von insbesondere auch Stents für den kardiologischen Bereich tätig.

Vor dem Hintergrund von VwGH2009/04/0207: Ausweislich der vorgelegten Vergabeakten hat die BBG keine Vergabeunterlagen vorgelegt, aus welchen auf sachverständiger Ebene insb durch gemeinschaftsweite und sachverständige Nachforschungen der BBG ersichtlich wäre, dass die Erst-, Zweit- und Drittantragstellerin keine Produkte in ihrer Angebotspalette hätten, die medizinisch vertretbar in den gleichen Einsatzfällen einsetzbar wären wie die Stent - Implantate jener (jeweils anderen) Unternehmen, deren Aufforderung zur Angebotsabgabe im Spruch nichtig erklärt worden ist.

Die BBG hat den beabsichtigten Abschluss einer Rahmenvereinbarung über Stents inklusive Zubehör mit denjenigen Unternehmen, deren jeweilige Aufforderung zur Angebotsabgabe in den obigen Spruchpunkten nichtigerklärt worden ist, nicht durch eine Vergabebekanntmachung im Oberschwellenbereich vorab kundgemacht; und sich für die Unterlassung der vorherigen Vergabebekanntmachung bereits im Jahr 2008 auf § 29 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 gestützt. Die BBG hat den beabsichtigten Abschluss einer Rahmenvereinbarung über Stents inklusive Zubehör mit denjenigen Unternehmen, deren jeweilige Aufforderung zur Angebotsabgabe in den obigen Spruchpunkten nichtigerklärt worden ist, nicht durch eine Vergabebekanntmachung im Oberschwellenbereich vorab kundgemacht; und sich für die Unterlassung der vorherigen Vergabebekanntmachung bereits im Jahr 2008 auf Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 gestützt.

Die BBG stützt ihre Vorgangsweise dabei bei der streitigen Stent - Beschaffung insb auf die Expertisen dreier Kardiologen.

Eine diesbezügliche Aktennotiz - auch - in den Vergabeunterlagen, die speziell die fünf unternehmensspezifischen Aufforderungen zur Angebotsabgabe betreffen, die im Spruch dieser Bescheidausfertigung nichtigerklärt wurden, hat folgenden tragenden Inhalt:

" ... Nachdem ausschließlich der behandelnde Arzt im konkreten Einzelfall für

den jeweiligen Patienten und dessen Indikation in seiner ärztlichen Verantwortung nach den allgemein anerkannten Regeln der Wissenschaft die Entscheidung treffen kann, welcher am Markt erhältliche Stent im Einzelfall aufgrund der technischen Einmaligkeit des jeweiligen Stents sowie aufgrund der "technischen" Einmaligkeit der Anatomie sowie des Krankheitsbildes des jeweiligen Patienten aus medizinischer Sicht womöglich der einzig "Einsetzbare" ist, und es demnach aus medizinischen Gründen erforderlich ist, dass dem behandelnden Arzt sämtliche erhältlichen Geräte aller Hersteller zur Verfügung stehen, um im konkreten Einzelfall den entsprechenden Stent auswählen zu können und andernfalls eine fachgerechte Behandlung gar nicht möglich wäre, sind als Vergabeverfahren Verhandlungsverfahren gemäß § 29 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 durchzuführen. den jeweiligen Patienten und dessen Indikation in seiner ärztlichen Verantwortung nach den allgemein anerkannten Regeln der Wissenschaft die Entscheidung treffen kann, welcher am Markt erhältliche Stent im Einzelfall aufgrund der technischen Einmaligkeit des jeweiligen Stents sowie aufgrund der "technischen" Einmaligkeit der Anatomie sowie des Krankheitsbildes des jeweiligen Patienten aus medizinischer Sicht womöglich der einzig "Einsetzbare" ist, und es demnach aus medizinischen Gründen erforderlich ist, dass dem behandelnden Arzt sämtliche erhältlichen Geräte aller Hersteller zur Verfügung stehen, um im konkreten Einzelfall den

entsprechenden Stent auswählen zu können und andernfalls eine fachgerechte Behandlung gar nicht möglich wäre, sind als Vergabeverfahren Verhandlungsverfahren gemäß Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 durchzuführen.

(vgl. beiliegende Expertisen von Prim. Univ. Prof. G***, Prim. Univ. Prof. W*** sowie Prim. Univ. Prof. Z***) (vgl. beiliegende Expertisen von Prim. Univ. Prof. G***, Prim. Univ. Prof. W*** sowie Prim. Univ. Prof. Z***)"

Die Ausführungen und Aussagen des von der BBG im Kalenderjahr 2008 vor Vergabeverfahrenseinleitung befassten Primarius Univ Prof Dr Z***, die für den Standpunkt der BBG ansatzweise zur Rechtfertigung herangezogen werden könnten, lassen sich wie folgt beschreiben:

In der Expertise Dris Z*** ist idS trotz des Postulats der Erforderlichkeit aller Stents aller Hersteller gleichzeitig vom Erfordernis einer breiten Produktpalette die Rede, ohne dass darin die Produktpalette herstellerspezifisch aufgeschlüsselt wäre.

Vielmehr begründet Dr Z*** das von ihm verlangte breite Produktportfolio mit stentspezifischen, patientenspezifischen und ärztespezifischen abstrakten Faktoren, ohne dass rücksichtlich der Kausalität dieser Faktoren wie gesagt einzelne herstellerspezifische Produkte schlüssig zur Begründung herangezogen wurden, dass in bestimmten Behandlungssituationen eben nur ein einziges herstellerspezifisches Stentprodukt als medizinisch möglich zum Einsatz kommen kann.

Dies insbesondere auch nicht durch die beiden vom Zeugen Dr Z*** in seinen Einvernahmen vorgelegten Katheterprotokolle, da er wie gesagt 2008 bei weitem nicht die Stents aller Hersteller in seinem Behandlungsbereich zur Verfügung hatte und in seiner Expertise auch nicht schlüssig darlegt, warum auch nur in einem einzigen Fall unter Berücksichtigung aller am Markt insgesamt erhältlichen Produkte gerade nur ein einziges Produkt das einzig einsetzbare wäre. Wenn nämlich dieser Kardiologe die Herstelleranzahl bloß auf 15 bis 20 Hersteller schätzte, kann auf Basis dieser vagen Schätzung der Gesamtherstellierzahl logisch nicht ausgesagt werden, dass in bestimmten Situationen einzelne Produkte die einzig einsetzbaren wären, da der Zeuge damit eingestand, dass er eben nicht alle Produkte kennt.

Primarius Univ Prof Dr Z*** wurde am 31.7.2008 zwecks Abklärung von Tatsachen iZm Provisorialverfahren; und am 10.3.2009 im Verfahren N/0078-BVA/08/2008 auch unter Gewährleistung von Fragemöglichkeiten für die hier streitverfangenen Parteien als Zeuge einvernommen, ohne dass durch diese Einvernahmen der Nachweis erbracht wurde, dass seine Expertise dahin zu verstehen wäre, dass ein Arzt tatsächlich immer alle Stents aller Hersteller vorrätig haben müsste, um eben genau eines dieser medizinischen Implantate zur Gefäßbehandlung bei einem medizinischen Eingriff verwenden und nur damit fachgerecht behandeln zu können.

In der Expertise des Primarius Univ Prof Dr W*** findet sich das Postulat, dass dem behandelnden Arzt vor Ort (= im Katheterlabor) prinzipiell sämtliche etablierten Produkte aller Hersteller zur Verfügung stehen müssten, um im Einzelfall den entsprechenden Stent auswählen zu können. Welche diese sämtlichen etablierten Produkte sind, findet sich in den Ausführungen von Primarius Prof Dr W*** nicht.

In den Einvernahmen des Primarius Prof Dr W*** vom 30.7.2008 und 11.2.2009 ergab sich gerade nicht, dass die Position der BBG laut oben dargestellter Aktennotiz richtig wäre.

Der dritte von der BBG befasste Kardiologe Primarius Univ Prof Dr G*** führte am

11.6.2008 in seiner Expertise tragend aus: "... Demnach ist es aus medizinischen

Gründen erforderlich, dass dem behandelnden Arzt die von ihm benötigten Geräte aller von ihm als wesentlich betrachteten Hersteller vor Ort (=im Katheterlabor) zur Verfügung stehen, um ..."

Auch der 2008 im X***KH tätige Primarius Prof Dr G*** stellte sohin auf als wesentlich erachtete Hersteller ab, ohne dass in dessen Ausführungen, wie in den Vergabeunterlagen abgelegt, dargestellt worden wäre, welcher Hersteller von Stents irgendwelche Stents herstellen würde, die nicht durch Stents aller Hersteller im medizinischen Verwendungsfall ersetzt werden könnten.

Wenn die drei von der BBG befassten Kardiologen - unbeschadet der Frage deren Sachverständigeneigenschaft für Stents außerhalb des Bereichs der Kardiologie - zudem in ihren Expertisen immer auf Hersteller abstellen, ist damit erwiesen, dass die BBG in den Vergabeunterlagen keine Nachweise erbracht hat, dass die Produkte einzelner

Hersteller immer auch nur durch einen einzigen Lieferanten geliefert hätten werden können, ohne dass also zugleich schlüssig in den Vergabeunterlagen zB auch die Parallelimportsmöglichkeit einzelner Produkte widerlegt worden wäre.

Zum Zeitpunkt der Einbringung der streitgegenständlichen Nachprüfungsanträge und zu deren hinreichender Bestimmtheit und Rechtzeitigkeit ist auf Tatsachenebene auszuführen, dass in den Verhandlungsterminen am 1.10.2010 und 4.10.2010 letztlich Ergebnis war, dass die hier erledigten Nachprüfungsanträge insb auch nach dem Akteninhalt von der BBG als eindeutig auf die Nichtigerklärung der im Spruch jeweils nichtigerklärten Aufforderungen zur Angebotsabgabe gerichtet bewertet wurden.

Zum anderen, dass im Ermittlungsverfahren nicht erweislich war, dass die drei Antragstellerinnen definitiv vor dem 3.7.2008 davon gewusst haben, wer aller am 25.6.2008 zur Angebotslegung aufgefordert wurde, womit dies die drei Antragstellerinnen umso weniger bereits am 26.6.2008 wussten.

In den Vergabeunterlagen der BBG befinden sich Markterkundungsunterlagen, Bedarfserhebungen der BBG auf Nachfragerseite und insbesondere auch Fragebögen, worin die Befragung verschiedener Lieferunternehmen und insbesondere auch jener Unternehmen, deren Aufforderung zur Angebotsabgabe oben nichtigerklärt wurde, durch BBG - Mitarbeiter dokumentiert ist, wobei die anfragenden BBG - Mitarbeiter keine medizinischen Fachleute auf dem Gebiet der Stent - Implantation gewesen sind, sondern innerhalb der BBG mit Medizinproduktebeschaffung befasst (gewesen) sind.

1. 2.Ziffer 2

Beweismittel und Beweiswürdigung

Der Sachverhalt ergibt sich aus den Verwaltungsakten N/0076 bis N/0081- BVA/08/2008 sowie aus den weiteren Verwaltungsakten N/0085 bis 0099-BVA/08/2008 bzw N/0108 und 0118-BVA/08/2008 und den vorgelegten Vergabeunterlagen; bzw weiters aus den Beschwerdeverfahrensakten des BVA Vw/0017-BVA/08/2008; Vw/0014-BVA/08/2009 und Vf/0001-BVA/08/2010.

Soweit die Rechtzeitigkeit insbesondere vor dem Hintergrund des - ohnehin nicht einschlägigen § 321 Abs 2 BVergG 2006 - bestritten wurde, ist darauf zu verweisen, dass insoweit keine Zeugen und insb auch nicht die BBG - Mitarbeiterin P*** ausgesagt hat, dass die drei Antragstellerinnen vor dem 3.7.2008 von den Aufforderungen zur Angebotsabgabe an jene Unternehmerinnen gewusst haben, deren Aufforderungen zur Angebotsabgabe im Spruch jeweils nichtigerklärt wurden.Soweit die Rechtzeitigkeit insbesondere vor dem Hintergrund des - ohnehin nicht einschlägigen Paragraph 321, Absatz 2, BVergG 2006 - bestritten wurde, ist darauf zu verweisen, dass insoweit keine Zeugen und insb auch nicht die BBG - Mitarbeiterin P*** ausgesagt hat, dass die drei Antragstellerinnen vor dem 3.7.2008 von den Aufforderungen zur Angebotsabgabe an jene Unternehmerinnen gewusst haben, deren Aufforderungen zur Angebotsabgabe im Spruch jeweils nichtigerklärt wurden.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

Für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren kommt über § 345 Abs 14 BVergG 2006 idFBGBl I 2010/15 wegen der Nachprüfungsantragstellung im Juli 2008 und der Vergabeverfahrenseinleitung im Juni 2008 das BVergG 2006 BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2007/86 weiterhin zur Gänze zur Anwendung. Zitate des BVergG 2006 beziehen sich daher auf diese Fassung des BVergG 2006 idF BGBl I 2007/86, wenn nichts Gegenteiliges angegeben wird.Für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren kommt über Paragraph 345, Absatz 14, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2010/15 wegen der Nachprüfungsantragstellung im Juli 2008 und der Vergabeverfahrenseinleitung im Juni 2008 das BVergG 2006 BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86 weiterhin zur Gänze zur Anwendung. Zitate des BVergG 2006 beziehen sich daher auf diese Fassung des BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86, wenn nichts Gegenteiliges angegeben wird.

Die BBG ist - unbeanstandet auch durch VwGH2009/04/0129 - eine öffentliche Auftraggeberin, die der Vergabekontrolle des BVA unterliegt - § 291 Abs 2 BVergG 2006.Die BBG ist - unbeanstandet auch durch VwGH 2009/04/0129 - eine öffentliche Auftraggeberin, die der Vergabekontrolle des BVA unterliegt - Paragraph 291, Absatz 2, BVergG 2006.

Dass die BBG jeweils ein Vergabeverfahren gemäß § 1 BVergG 2006 allein mit jeweils einem Unternehmen aus dem Kreis der am 25.6.2008 insgesamt jedenfalls 13 Unternehmen durchführt, ergibt sich daraus, dass die BBG in den am 25.6.2008 an verschiedene Unternehmen iZm Stents versandten Angebotsaufforderungen trotz identer kommerzieller

Angebotsbedingungen partiell unterschiedliche Leistungsverzeichnisse versandte. Wegen dieser unterschiedlichen Leistungsverzeichnisse ist unter Zugrundelegung des VwGH - Erkenntnisses zu 2009/04/0129 eben von 13 Einzelvergabeverfahren; und damit von 13 jeweils einem eigenen Vergabeverfahren zurechenbaren Aufforderungen zur Angebotsabgabe auszugehen, so dass jedenfalls auch von jenen fünf unterschiedlichen Aufforderungen zur Angebotsabgabe auszugehen war, die in den fünf Spruchpunkten dieser Bescheiderledigung nichtigerklärt wurden. Dass die BBG jeweils ein Vergabeverfahren gemäß Paragraph eins, BVergG 2006 allein mit jeweils einem Unternehmen aus dem Kreis der am 25.6.2008 insgesamt jedenfalls 13 Unternehmen durchführt, ergibt sich daraus, dass die BBG in den am 25.6.2008 an verschiedene Unternehmen iZm Stents versandten Angebotsaufforderungen trotz identer kommerzieller Angebotsbedingungen partiell unterschiedliche Leistungsverzeichnisse versandte. Wegen dieser unterschiedlichen Leistungsverzeichnisse ist unter Zugrundelegung des VwGH - Erkenntnisses zu 2009/04/0129 eben von 13 Einzelvergabeverfahren; und damit von 13 jeweils einem eigenen Vergabeverfahren zurechenbaren Aufforderungen zur Angebotsabgabe auszugehen, so dass jedenfalls auch von jenen fünf unterschiedlichen Aufforderungen zur Angebotsabgabe auszugehen war, die in den fünf Spruchpunkten dieser Bescheiderledigung nichtigerklärt wurden.

Die fünf nichtigerklärten Aufforderungen zur Angebotsabgabe je vom 25.6.2008 sind fünf verschiedenen Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zuzurechnen und in diesen Vergabeverfahren jeweils die erste gesondert anfechtbare Entscheidung - § 2 Z 16 lit a sublit ee iVm sublit ii BVergG 2006, die nach VwGH, ZI 2009/04/0207, anzufechten ist, insb wenn vorangehende nicht gesondert anfechtbare Handlungen der Auftraggeberseite rechtswidrig erachtet werden - zB VwGH 2005/04/0025. Diese Aufforderungen jeweils an eine andere Unternehmerin laut den Spruchpunkten dieses Bescheids erscheinen dabei gerade auch im Lichte von VwGH 2005/04/0025 für die gegenständlichen Antragstellerinnen anfechtbar. Die fünf nichtigerklärten Aufforderungen zur Angebotsabgabe je vom 25.6.2008 sind fünf verschiedenen Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zuzurechnen und in diesen Vergabeverfahren jeweils die erste gesondert anfechtbare Entscheidung - Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e, in Verbindung mit Sub-Litera, i, i, BVergG 2006, die nach VwGH, ZI 2009/04/0207, anzufechten ist, insb wenn vorangehende nicht gesondert anfechtbare Handlungen der Auftraggeberseite rechtswidrig erachtet werden - zB VwGH 2005/04/0025. Diese Aufforderungen jeweils an eine andere Unternehmerin laut den Spruchpunkten dieses Bescheids erscheinen dabei gerade auch im Lichte von VwGH 2005/04/0025 für die gegenständlichen Antragstellerinnen anfechtbar.

Zur Frage der Rechtzeitigkeit ist auszuführen, dass nicht erweislich war, dass die Antragstellerinnen die jeweiligen Aufforderungen zur Angebotsabgabe vor dem 3.7.2008 und damit umso weniger vor dem 26.6.2008 gekannt hätten oder kennen hätte müssen, zumal die BBG selbst vor dem BVA bestrebt war und ist, noch nicht bekannte, obwohl gleichfalls am 25.6.2008 zur Angebotslegung eingeladene Unternehmen nicht offenzulegen. Insoweit ist nicht ersichtlich, wieso die Antragstellerin vor dem 26.6.2008 von den Aufforderungen zur Angebotsabgabe an jene Unternehmen wissen hätte können, die Erklärungsadressat jener Aufforderungen zur Angebotsabgabe waren, die in den fünf Spruchpunkten dieses Bescheids nichtigerklärt worden sind.

Eine Verfristungsargumentation dahin, dass die Antragstellerinnen die jeweils an andere Unternehmen ergangene Aufforderungen zur Angebotsabgabe vor dem 26.6.2008 kennen hätten können, würde nämlich zu einer dem Gebot des effektiven Vergaberechtsschutzes widersprechenden Überspannung von Nachforschungspflichten hinsichtlich des Ergehens von Auftraggeberentscheidungen führen, die auftraggeberseits nicht einmal an die jeweiligen Antragstellerinnen selbst ergangen sind.

In rechtlicher Hinsicht ist strittig, ob gegenständlich die Anfechtungsfrist für Ausschreibungsunterlagen nach § 321 Abs 2 BVergG 2006 oder aber die Anfechtungsfrist gemäß § 321 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 zur Anwendung kommt, wobei insb die BBG die Aufforderung zur Angebotsabgabe den Ausschreibungsunterlagen in § 321 Abs 2 BVergG 2006 gleichsetzen möchte. In rechtlicher Hinsicht ist strittig, ob gegenständlich die Anfechtungsfrist für Ausschreibungsunterlagen nach Paragraph 321, Absatz 2, BVergG 2006 oder aber die Anfechtungsfrist gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 zur Anwendung kommt, wobei insb die BBG die Aufforderung zur Angebotsabgabe den Ausschreibungsunterlagen in Paragraph 321, Absatz 2, BVergG 2006 gleichsetzen möchte.

Die österreichischen Vergabekontrollgesetzgeber und insb der Bundesgesetzgeber und der oö Landesgesetzgeber haben beginnend ab 2002 parallel entweder Fristen zur Anfechtung von Auftraggeberentscheidungen ab deren Kenntnisnahme (-möglichkeit), maW subjektive Anfechtungsfristen in Relation zum Anfechtenden, oder aber solche

Anfechtungsfristen vorgesehen, bei denen sich die Anfechtungsfrist objektiv letztlich zurückgehend auf eine über eine vorherige Vergabebekanntmachung erschließbare Angebotsfrist (Teilnahantragsfrist) berechnen ließ.

Der VwGH hat zu ZI2005/04/0025 zum § 9 OÖ Vergabenachprüfungsgesetz LGBl 2002/153 betreffend ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung die Frist zur Anfechtung der Aufforderung zur Angebotsabgabe aus der Anlage zu § 9 dieses Gesetzes aus deren Teil I Z 4 entnommen und sohin eine Anfechtungsfrist herangezogen, die subjektiv auf den Zugang der Aufforderung zur Angebotsabgabe abstellt, wobei der VwGH gemeinschaftsrechtskonform, da auch die dortige Antragstellerin nicht selbst zur Angebotsabgabe eingeladen worden war, auf die Kenntnisnahme der dortigen Antragstellerin abstellte. Der VwGH hat zu ZI 2005/04/0025 zum Paragraph 9, OÖ Vergabenachprüfungsgesetz LGBl 2002/153 betreffend ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung die Frist zur Anfechtung der Aufforderung zur Angebotsabgabe aus der Anlage zu Paragraph 9, dieses Gesetzes aus deren Teil römisch eins Ziffer 4, entnommen und sohin eine Anfechtungsfrist herangezogen, die subjektiv auf den Zugang der Aufforderung zur Angebotsabgabe abstellt, wobei der VwGH gemeinschaftsrechtskonform, da auch die dortige Antragstellerin nicht selbst zur Angebotsabgabe eingeladen worden war, auf die Kenntnisnahme der dortigen Antragstellerin abstellte.

Wenn der Bundesgesetzgeber vorerst in § 2 Z 16 BVergG 2006 begrifflich die Ausschreibung von der Aufforderung zur Angebotsabgabe in den Katalogen gesondert anfechtbarer Entscheidungen stets differenziert; Wenn der Bundesgesetzgeber vorerst in Paragraph 2, Ziffer 16, BVergG 2006 begrifflich die Ausschreibung von der Aufforderung zur Angebotsabgabe in den Katalogen gesondert anfechtbarer Entscheidungen stets differenziert;

und danach in § 321 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 eine 14 - tägige Anfechtungsfrist nach Kenntnisnahme (-möglichkeit) der gesondert anfechtbaren Entscheidung fest schreibt, hat nach der hier zu Grunde gelegten Auffassung bereits das BVA zu N/0100-BVA/02/2006-28 zutreffend und übereinstimmend mit dem Wortlaut des BVergG 2006 (idF BGBl I 2006/17) entschieden, dass bei der Anfechtung der Aufforderung zur Angebotsabgabe nicht die Anfechtungsfrist des § 321 Abs 2 BVergG 2006 einschlägig ist, sondern diejenige des § 321 Abs 1 Z 7 BVergG 2006. Da sich die Fassung des § 321 BVergG 2006 idF BGBl I 2006/17 und die hier einschlägige Fassung gemäß BGBl I 2007/86 aber insoweit systematisch nicht unterscheiden, geht das BVA auch für den vorliegenden Fall davon aus, dass in Übereinstimmung mit dem Wortlaut der §§ 2 Z 16 und 321 BVergG 2006 idF BGBl I 2007/86 von der Einschlägigkeit der Anfechtungsfrist des § 321 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 idF BGBl I 2007/86 auszugehen ist, zumal dem Gesetzgeber in gemeinschaftsrechtskonformer (nunmehr: unionsrechtskonformer) Auslegung zwecks Gewährleistung von effektivem Vergaberechtsschutz nicht zugesehen werden kann, dass er für einen Fall wie dem vorliegenden eine Anfechtungsfrist gemäß § 321 Abs 2 BVergG 2006 angewendet wissen wollte, die nach dem Sinn und der Teleologie und Systematik des Gesetzes nur dann zur Anwendung zu kommen hat, wenn in einem Vergabeverfahren zuvor eine Vergabebekanntmachung vorgenommen wurde, über welche der anfechtungsinteressierte Unternehmer insb die Anfechtungsfrist für die Ausschreibung bzw gleichartige vorherige Bekanntmachungen berechnen kann. Die Antragstellerinnen haben daher ihre Nachprüfungsanträge innerhalb der 14 - täglichen Frist des § 321 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 am 9.7.2008 rechtzeitig gestellt. und danach in Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 eine 14 - tägige Anfechtungsfrist nach Kenntnisnahme (-möglichkeit) der gesondert anfechtbaren Entscheidung fest schreibt, hat nach der hier zu Grunde gelegten Auffassung bereits das BVA zu N/0100-BVA/02/2006-28 zutreffend und übereinstimmend mit dem Wortlaut des BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2006/17) entschieden, dass bei der Anfechtung der Aufforderung zur Angebotsabgabe nicht die Anfechtungsfrist des Paragraph 321, Absatz 2, BVergG 2006 einschlägig ist, sondern diejenige des Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006. Da sich die Fassung des Paragraph 321, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2006/17 und die hier einschlägige Fassung gemäß BGBl römisch eins 2007/86 aber insoweit systematisch nicht unterscheiden, geht das BVA auch für den vorliegenden Fall davon aus, dass in Übereinstimmung mit dem Wortlaut der Paragraphen 2, Ziffer 16 und 321 BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86 von der Einschlägigkeit der Anfechtungsfrist des Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86 auszugehen ist, zumal dem Gesetzgeber in gemeinschaftsrechtskonformer (nunmehr: unionsrechtskonformer) Auslegung zwecks Gewährleistung von effektivem Vergaberechtsschutz nicht zugesehen werden kann, dass er für einen Fall wie dem vorliegenden eine Anfechtungsfrist gemäß Paragraph 321, Absatz 2, BVergG 2006 angewendet wissen wollte, die nach dem Sinn und der Teleologie und Systematik des Gesetzes nur dann zur Anwendung zu kommen hat, wenn in einem Vergabeverfahren zuvor eine Vergabebekanntmachung vorgenommen wurde, über welche der anfechtungsinteressierte Unternehmer insb die Anfechtungsfrist für die

Ausschreibung bzw gleichartige vorherige Bekanntmachungen berechnen kann. Die Antragstellerinnen haben daher ihre Nachprüfungsanträge innerhalb der 14 - tägigen Frist des Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 am 9.7.2008 rechtzeitig gestellt.

Ausgehend von der gerade aufgezeigten Rechtzeitigkeit ist den Antragstellerinnen das in § 320 Abs 1 BVergG 2006 angesprochene Interesse am Vertragsabschluss gemeinschaftsrechtskonform iSd effektiven Rechtsschutzes jeweils pro Nichtigerklärungsbegehren deshalb zuzusprechen, weil sie gerade durch die Nachprüfungsantrag nachgewiesen haben, dass sie eben ein Interesse haben, auch um jene Liefermöglichkeiten in einen Wettbewerb eintreten zu wollen, der ansonsten durch einen Rahmenvereinbarungsabschluss mit jeweils denjenigen anderen Unternehmen unterbliebe, die (scil: andere Unternehmen) jeweils Adressat jener Aufforderungen zur Angebotsabgabe gewesen sind, die in den fünf Spruchpunkten dieser Bescheidausfertigung nichtigerklärt worden sind. Ausgehend von der gerade aufgezeigten Rechtzeitigkeit ist den Antragstellerinnen das in Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 angesprochene Interesse am Vertragsabschluss gemeinschaftsrechtskonform iSd effektiven Rechtsschutzes jeweils pro Nichtigerklärungsbegehren deshalb zuzusprechen, weil sie gerade durch die Nachprüfungsantrag nachgewiesen haben, dass sie eben ein Interesse haben, auch um jene Liefermöglichkeiten in einen Wettbewerb eintreten zu wollen, der ansonsten durch einen Rahmenvereinbarungsabschluss mit jeweils denjenigen anderen Unternehmen unterbliebe, die (scil: andere Unternehmen) jeweils Adressat jener Aufforderungen zur Angebotsabgabe gewesen sind, die in den fünf Spruchpunkten dieser Bescheidausfertigung nichtigerklärt worden sind.

Der Erst-, Zweit- und Drittantragstellerin droht - abseits der jeweils an sie selbst gerichteten Aufforderung zur Angebotsabgabe - durch das jeweilige Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung samt der darin ergangenen Aufforderung zur Angebotsabgabe aber auch ein Schaden iSv § 320 Abs 1 BVergG durch die angefochtene Entscheidung. Der Erst-, Zweit- und Drittantragstellerin droht - abseits der jeweils an sie selbst gerichteten Aufforderung zur Angebotsabgabe - durch das jeweilige Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung samt der darin ergangenen Aufforderung zur Angebotsabgabe aber auch ein Schaden iSv Paragraph 320, Absatz eins, BVergG durch die angefochtene Entscheidung.

Wie nämlich der VwGH bereits zu ZI2009/04/0209 - auch gegenständlich einschlägig - ausgeführt hat, kann sich eine Auftraggeberseite nicht dadurch ihrer Ausschreibungspflicht entziehen, dass sie kundtut bzw faktisch derart vorgeht, dass sie Rahmenverträge mit etlichen Marktteilnehmern abschließt bzw abschließen wird.

Wie dabei zusätzlich aus VwGH ZI2009/04/0207 ersichtlich, kann überdies auch den hier streitverfangenen Antragstellerinnen ihr Schaden und damit ihre Antragslegitimation nicht abgesprochen werden, so lange die BBG nicht bereits in den an das BVA vorgelegten Vergabeunterlagen - ohne Sachverständigenbestellungsnotwendigkeit iSv VwGH 2007/04/0095 - nachgewiesen hat, dass die Antragstellerinnen vergaberechtskonform für jene Lieferungen nie in Betracht kämen, die Gegenstand der nicht an sie selbst gerichteten insgesamt jedenfalls 12; bzw somit der mit diesem Bescheid nichtigerklärten fünf (anderen) Aufforderungen zur Angebotsabgabe gewesen sind. Dass insoweit die Antragstellerinnen jeweils keine Produkte liefern könnten, die mit denjenigen der Konkurrentinnen aus Nachfragersicht substituierbar wären - womit jeweils ein Vergabewettbewerb ausgeschlossen wäre, ergibt sich aber gerade nicht aus den Vergabeunterlagen iSv § 313 BVergG 2006. Der Antragstellerinnen ist sohin die Antragslegitimation in Relation zu den nicht an sie selbst gerichteten Aufforderungen zur Angebotsabgabe zuzubilligen, da an Hand der von der BBG geschaffenen Aktenlage des Vergabeverfahrens nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerinnen mit ihren jeweiligen (Stent -) Produkten im Wettbewerb zu den anderen von der BBG am 25.6.2008 zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmen stehen. Wie dabei zusätzlich aus VwGH ZI 2009/04/0207 ersichtlich, kann überdies auch den hier streitverfangenen Antragstellerinnen ihr Schaden und damit ihre Antragslegitimation nicht abgesprochen werden, so lange die BBG nicht bereits in den an das BVA vorgelegten Vergabeunterlagen - ohne Sachverständigenbestellungsnotwendigkeit iSv VwGH 2007/04/0095 - nachgewiesen hat, dass die Antragstellerinnen vergaberechtskonform für jene Lieferungen nie in Betracht kämen, die Gegenstand der nicht an sie selbst gerichteten insgesamt jedenfalls 12; bzw somit der mit diesem Bescheid nichtigerklärten fünf (anderen) Aufforderungen zur Angebotsabgabe gewesen sind. Dass insoweit die Antragstellerinnen jeweils keine Produkte liefern könnten, die mit denjenigen der Konkurrentinnen aus Nachfragersicht substituierbar wären - womit jeweils ein Vergabewettbewerb ausgeschlossen wäre, ergibt sich aber gerade nicht aus den Vergabeunterlagen iSv Paragraph 313, BVergG 2006. Der Antragstellerinnen ist sohin die Antragslegitimation in Relation zu den nicht an sie selbst gerichteten Aufforderungen zur Angebotsabgabe zuzubilligen, da an Hand der von der BBG geschaffenen

Aktenlage des Vergabeverfahrens nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerinnen mit ihren jeweiligen (Stent -) Produkten im Wettbewerb zu den anderen von der BBG am 25.6.2008 zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmen stehen.

Zur Frage der Vergaberechtswidrigkeit gemäß §§ 29 Abs 2 Z 2 und § 325 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 ist vorerst auf den EuGH in der Rs C-275/08 hinzuweisen, wonach (hier:) die BBG vor den Vergabeverfahrenseinleitungen durch gemeinschaftsweite und insb sachverständige Nachforschungen nachzuweisen gehabt hätte, dass die Stent - Produkte der am 25.6.2008 zur Angebotsabgabe eingeladenen Unternehmen in bestimmten medizinischen Verwendungsfällen die einzig einsetzbaren wären. Zur Frage der Vergaberechtswidrigkeit gemäß Paragraphen 29, Absatz 2, Ziffer 2 und Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 ist vorerst auf den EuGH in der Rs C-275/08 hinzuweisen, wonach (hier:) die BBG vor den Vergabeverfahrenseinleitungen durch gemeinschaftsweite und insb sachverständige Nachforschungen nachzuweisen gehabt hätte, dass die Stent - Produkte der am 25.6.2008 zur Angebotsabgabe eingeladenen Unternehmen in bestimmten medizinischen Verwendungsfällen die einzig einsetzbaren wären.

§ 29 Abs 2 Z 2 BVergG 2006, auf den sich die BBG hier gestützt hat, erlaubt nämlich nach seinem Wortlaut nur dann ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung, wenn technische Gründe, künstlerische Gründe oder aber der Schutz von Ausschließlichkeitsrechten es ausschließen, dass ein vergaberechtlicher Parallelwettbewerb nach vorheriger Vergabebekanntmachung überhaupt stattfinden kann. Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006, auf den sich die BBG hier gestützt hat, erlaubt nämlich nach seinem Wortlaut nur dann ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung, wenn technische Gründe, künstlerische Gründe oder aber der Schutz von Ausschließlichkeitsrechten es ausschließen, dass ein vergaberechtlicher Parallelwettbewerb nach vorheriger Vergabebekanntmachung überhaupt stattfinden kann.

Wenn das Gesetz nunmehr das Unterbleiben einer vorangehenden Vergabebekanntmachung nur dann zulässt, wenn bestimmte Tatsachen einen Vergabewettbewerb sinnlos erscheinen lassen, sind diese Tatsachen Voraussetzung für das Unterbleiben der Vergabebekanntmachung.

Der VfGH hat zu G 113/08 ausgeführt, dass es nicht hinreicht, dass sich die BBG auf die einschlägigen Tatbestände des § 29 Abs 2 Z 2 BVergG beruft, sondern dass die BBG beweispflichtig für diese Tatsachen ist, die die Unterlassung einer vorherigen Vergabebekanntmachung rechtfertigen. Der VfGH hat zu G 113/08 ausgeführt, dass es nicht hinreicht, dass sich die BBG auf die einschlägigen Tatbestände des Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG beruft, sondern dass die BBG beweispflichtig für diese Tatsachen ist, die die Unterlassung einer vorherigen Vergabebekanntmachung rechtfertigen.

Wenn daher das BVA gemäß der RL 89/665/EWG zur gerichtsäquivalenten Überprüfung von Auftraggeberentscheidungen geschaffen ist, wie obiter Art 47 der Grundrechtscharta der EU über Art 6 EUV aktuell immer eine gerichtlichen Rechtsschutz für unionsrechtliche Rechte verlangt, so ist § 29 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 nach der hier vertretenen Auffassung dahin auszulegen, dass die BBG für eine Rechtfertigung ihrer Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung iZm Stents bereits in den Unterlagen des Vergabeverfahrens den sachverständigen Nachweis für ihre Position der tatsächlichen Alleinstellung der Produkte jener Unternehmen erbringen hätte müssen, deren Aufforderungen zur Angebotsabgabe im Spruch nichtig erklärt worden sind. Wenn daher das BVA gemäß der RL 89/665/EWG zur gerichtsäquivalenten Überprüfung von Auftraggeberentscheidungen geschaffen ist, wie obiter Artikel 47, der Grundrechtscharta der EU über Artikel 6, EUV aktuell immer eine gerichtlichen Rechtsschutz für unionsrechtliche Rechte verlangt, so ist Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 nach der hier vertretenen Auffassung dahin auszulegen, dass die BBG für eine Rechtfertigung ihrer Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung iZm Stents bereits in den Unterlagen des Vergabeverfahrens den sachverständigen Nachweis für ihre Position der tatsächlichen Alleinstellung der Produkte jener Unternehmen erbringen hätte müssen, deren Aufforderungen zur Angebotsabgabe im Spruch nichtig erklärt worden sind,

da das Gesetz eben diesen Nachweis bereits dazu verlangt, um intransparent vergeben zu dürfen.

Wollte man gegenteilig verlangen, dass das BVA quasi als Erfüllungsgehilfe der BBG im Nachprüfungsverfahren die Rechtfertigung für die intransparente Vergabe - Vorgangsweise der BBG nachträglich, und insbesondere nach der jeweils angefochtenen Entscheidung, sucht, würde man zum einen wider das Gebot eines wirksamen Vergaberechtsschutzes nach Art 1 RL 89/665/EWG handeln; und zum anderen die Gerichtsäquivalenz des BVA iSv Art 2 der RL 89/665/EWG in Frage stellen, zumal Gerichtsqualität iSd letztgenannten Bestimmung ein Organ voraussetzt,

da s s streitentscheidend zwischen kontradiktorischen Positionen entscheidet, aber gerade kein Streitentscheidungsorgan, das nachträglich nach Gründen sucht, die den Standpunkt einer Partei erstmals rechtfertigen könnten. Wollte man gegenteilig verlangen, dass das BVA quasi als Erfüllungsgehilfe der BBG im Nachprüfungsverfahren die Rechtfertigung für die intransparente Vergabe - Vorgangsweise der BBG nachträglich, und insbesondere nach der jeweils angefochtenen Entscheidung, sucht, würde man zum einen wider das Gebot eines wirksamen Vergaberechtsschutzes nach Artikel eins, RL 89/665/EWG handeln; und zum anderen die Gerichtsäquivalenz des BVA iSv Artikel 2, der RL 89/665/EWG in Frage stellen, zumal Gerichtsqualität iSd letztgenannten Bestimmung ein Organ voraussetzt, dass streitentscheidend zwischen kontradiktorischen Positionen entscheidet, aber gerade kein Streitentscheidungsorgan, das nachträglich nach Gründen sucht, die den Standpunkt einer Partei erstmals rechtfertigen könnten.

Da die BBG sohin in den diversen streitgegenständlichen Einzel - Vergabeverfahren keinen Nachweis erbracht hat, dass die am 25.6.2008 zur Angebotsabgabe aufgeforderten fünf Unternehmerinnen, deren Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 25.6.2008 in den fünf Spruchpunkten dieser Bescheiderledigung nichtigerklärt worden ist, tatsächlich (Stent-) Produkte vertreiben würden, die rücksichtlich von Ausschließlichkeitsrechten oder aber aus technischen oder aber künstlerischen Gründen einen Wettbewerb mit den (Stent-) Produkten der (jeweilig anderen) Antragstellerinnen ausschließen, waren die in den hier erledigten Nachprüfungsverfahren angefochtenen Aufforderungen zur Angebotsabgabe rechtswidrig iSv § 325 Abs 1 Z 1 BVergG 2006. Da die BBG sohin in den diversen streitgegenständlichen Einzel - Vergabeverfahren keinen Nachweis erbracht hat, dass die am 25.6.2008 zur Angebotsabgabe aufgeforderten fünf Unternehmerinnen, deren Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 25.6.2008 in den fünf Spruchpunkten dieser Bescheiderledigung nichtigerklärt worden ist, tatsächlich (Stent-) Produkte vertreiben würden, die rücksichtlich von Ausschließlichkeitsrechten oder aber aus technischen oder aber künstlerischen Gründen einen Wettbewerb mit den (Stent-) Produkten der (jeweilig anderen) Antragstellerinnen ausschließen, waren die in den hier erledigten Nachprüfungsverfahren angefochtenen Aufforderungen zur Angebotsabgabe rechtswidrig iSv Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006.

Diese Rechtswidrigkeit des jeweils unterlassenen Nachweises der technischen, künstlerischen oder aber ausschließlichsrechtsbedingten Einzigartigkeit der jeweiligen (Stent -) Produkte war aber jeweils auch von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des jeweiligen Vergabeverfahrens iSv § 325 Abs 1 Z 2 BVergG 2006, da bei gehöriger Beweisführung durch die BBG bereits im jeweiligen Vergabeverfahren betreffend die fraglichen Alleinstellungsmerkmale in § 29 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 eine andere vergaberechtliche Vorgangsweise der BBG in Bezug auf die fünf vom Spruch dieses Bescheids betroffenen Einzelvergabeverfahren und insbesondere ein jeweiliger Vergabewettbewerb durch vorherige Vergabebekanntmachung nicht ausgeschlossen werden kann. Diese Rechtswidrigkeit des jeweils unterlassenen Nachweises der technischen, künstlerischen oder aber ausschließlichsrechtsbedingten Einzigartigkeit der jeweiligen (Stent -) Produkte war aber jeweils auch von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des jeweiligen Vergabeverfahrens iSv Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006, da bei gehöriger Beweisführung durch die BBG bereits im jeweiligen Vergabeverfahren betreffend die fraglichen Alleinstellungsmerkmale in Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 eine andere vergaberechtliche Vorgangsweise der BBG in Bezug auf die fünf vom Spruch dieses Bescheids betroffenen Einzelvergabeverfahren und insbesondere ein jeweiliger Vergabewettbewerb durch vorherige Vergabebekanntmachung nicht ausgeschlossen werden kann.

Zum Beweisbestreben insb der BBG, welche insbesondere noch weitere Sachverständigenbestellungen durch das BVA zB auch für Experten der Stentimplantation über die Kardiologie hinaus anstrebte, ist im Lichte des § 39 Abs 3 AVG auszuführen, dass dies nicht mehr geboten war. Wie aufgezeigt, verlangt nämlich der auf einer Richtlinienbestimmung der RL 2004/18/EG beruhende § 29 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 bereits zum Zeitpunkt der Einleitung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung, dass (hier:) die BBG dargetan hat, dass insb durch gemeinschaftsweite Erhebungen nachgewiesen ist, dass ein bestimmter Bedarf aus technischen Gründen, künstlerischen Gründen oder aus Gründen des Schutzes von Ausschließlichsrechten gerade nur von einem einzigen Unternehmen und daher maW nur von einem einzigen Lieferanten gedeckt werden kann. Die BBG hat in ihren Vergabeunterlagen samt den von der BBG befragten Kardiologen aber auf Hersteller abgestellt, womit insoweit die Lieferantenfrage umso weniger sachverständig bzw sonst schlüssig aufbereitet erscheint. Zum Beweisbestreben insb der BBG, welche insbesondere noch weitere Sachverständigenbestellungen durch das BVA zB auch für Experten

der Stentimplantation über die Kardiologie hinaus anstrebte, ist im Lichte des Paragraph 39, Absatz 3, AVG auszuführen, dass dies nicht mehr geboten war. Wie aufgezeigt, verlangt nämlich der auf einer Richtlinienbestimmung der RL 2004/18/EG beruhende Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 bereits zum Zeitpunkt der Einleitung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung, dass (hier:) die BBG dargetan hat, dass insb durch gemeinschaftsweite Erhebungen nachgewiesen ist, dass ein bestimmter Bedarf aus technischen Gründen, künstlerischen Gründen oder aus Gründen des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten gerade nur von einem einzigen Unternehmen und daher maW nur von einem einzigen Lieferanten gedeckt werden kann. Die BBG hat in ihren Vergabeunterlagen samt den von der BBG befragten Kardiologen aber auf Hersteller abgestellt, womit insoweit die Lieferantenfrage umso weniger sachverständig bzw sonst schlüssig aufbereitet erscheint.

Dass gegenständlich fünf Aufforderungen zur Angebotsabgabe aufgehoben werden, ohne dass weitere Beweise durch die Vergabekontrolle aufgenommen worden wären, erscheint auch verfassungsrechtlich unbedenklich, da der Gesetzgeber das Nachprüfungsverfahren dazu geschaffen hat, um Unternehmen für drohende Schäden durch potentiell für sie nachteilige Auftraggeberentscheidungen einen Rechtsschutz (aktuell nunmehr auch gemäß Art 47 Charta der Grundrechte der EU) bereitzustellen, und insoweit nach dieser gesetzlichen Wertentscheidung die vergabekontrollbehördliche Überprüfung des Vergabehandels vergaberechtsunterworfener Auftraggeber sachgerecht und verhältnismäßig nicht ausschließt, dass seitens der Vergabekontrolle (nur) überprüft wird, ob (hier:) seitens der BBG die gemäß § 29 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 (iSv EuGH C-275/08 bzw iSv VfGH zu G 113/08) erforderlichen Tatsachennachweise bereits vor Unterlassung der jeweiligen Vergabebekanntmachung und damit vor den intransparenten Vergabeverfahrensschritten erbracht wurden. Dass gegenständlich fünf Aufforderungen zur Angebotsabgabe aufgehoben werden, ohne dass weitere Beweise durch die Vergabekontrolle aufgenommen worden wären, erscheint auch verfassungsrechtlich unbedenklich, da der Gesetzgeber das Nachprüfungsverfahren dazu geschaffen hat, um Unternehmen für drohende Schäden durch potentiell für sie nachteilige Auftraggeberentscheidungen einen Rechtsschutz (aktuell nunmehr auch gemäß Artikel 47, Charta der Grundrechte der EU) bereitzustellen, und insoweit nach dieser gesetzlichen Wertentscheidung die vergabekontrollbehördliche Überprüfung des Vergabehandels vergaberechtsunterworfener Auftraggeber sachgerecht und verhältnismäßig nicht ausschließt, dass seitens der Vergabekontrolle (nur) überprüft wird, ob (hier:) seitens der BBG die gemäß Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 (iSv EuGH C-275/08 bzw iSv VfGH zu G 113/08) erforderlichen Tatsachennachweise bereits vor Unterlassung der jeweiligen Vergabebekanntmachung und damit vor den intransparenten Vergabeverfahrensschritten erbracht wurden.

Würde man dies anders und im Sinne weiterer Beweiserhebungsnotwendigkeiten des BVA sehen, würde dies dazu führen, dass ein potentiell rechtswidrig im Bereich des § 29 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 um seine Auftragschance gebrachter Unternehmer vorerst idR durch Zufall vom intransparenten Vergabegeschehen erfahren muss, und danach, sofern überhaupt noch vor Rahmenvereinbarungsabschluss bzw vor Zuschlagserteilung allenfalls rechtzeitig, einen mit Aufwand verbundenen Vergabekontrollantrag stellen muss, wobei diesem rechtsschutzsuchenden Unternehmer dann auch noch das Beweisrisiko für Nachweise auferlegt würde, die nach dem Gesetzeswortlaut und der Rsp des EuGH bereits im Vergabeverfahren geschaffen worden sein müssen. Nicht umsonst beschränkt der EuGH in C-406/08 den Streitgegenstand des Nachprüfungsverfahrens aus Gründen des effektiven Vergaberechtsschutzes auf die Begründung, die der Auftraggeber für seine jeweilige Vergabeentscheidung liefert. Würde man dies anders und im Sinne weiterer Beweiserhebungsnotwendigkeiten des BVA sehen, würde dies dazu führen, dass ein potentiell rechtswidrig im Bereich des Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 um seine Auftragschance gebrachter Unternehmer vorerst idR durch Zufall vom intransparenten Vergabegeschehen erfahren muss, und danach, sofern überhaupt noch vor Rahmenvereinbarungsabschluss bzw vor Zuschlagserteilung allenfalls rechtzeitig, einen mit Aufwand verbundenen Vergabekontrollantrag stellen muss, wobei diesem rechtsschutzsuchenden Unternehmer dann auch noch das Beweisrisiko für Nachweise auferlegt würde, die nach dem Gesetzeswortlaut und der Rsp des EuGH bereits im Vergabeverfahren geschaffen worden sein müssen. Nicht umsonst beschränkt der EuGH in C-406/08 den Streitgegenstand des Nachprüfungsverfahrens aus Gründen des effektiven Vergaberechtsschutzes auf die Begründung, die der Auftraggeber für seine jeweilige Vergabeentscheidung liefert.

Gleichzubewertend erscheint es daher auch hier jeweils geboten, aus Gründen des effektiven Vergaberechtsschutzes iSd Art 1 der RL 89/665/EWG im Vergabekontrollverfahren nur die tatsächlich in den Vergabeunterlagen geschaffenen Entscheidungsbegründungen des Auftraggebers dahin zu prüfen, ob diese zutreffend - hier einschlägig -

eine Stützung auf §§ 29 Abs 2 Z 2 iVm 36 BVergG 2006 zulassen. Gleichzubewertend erscheint es daher auch hier jeweils geboten, aus Gründen des effektiven Vergaberechtsschutzes iSd Artikel eins, der RL 89/665/EWG im Vergabekontrollverfahren nur die tatsächlichen in den Vergabeunterlagen geschaffenen Entscheidungsbegründungen des Auftraggebers dahin zu prüfen, ob diese zutreffend - hier einschlägig - eine Stützung auf Paragraphen 29, Absatz 2, Ziffer 2, in Verbindung mit 36 BVergG 2006 zulassen.

Derartige Nachweise hat die BBG aber in den Vergabeverfahren vor Ergehen der hier nichtigerklärten Entscheidungen und auch bislang nicht erbracht, strebt sie doch selbst mit ihren Beweisanträgen insb auf Sachverständigenbestellung erst jetzt eine derartige Nachweisführung durch das BVA an.

Schlagworte

Aufforderung zur Angebotsabgabe, Rechtzeitigkeit des Nichtigerklärungsantrags, Beweislast;

Zuletzt aktualisiert am

19.01.2011

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