

TE Verg Bescheid 2009/1/26 N/0076-BVA/08/2008-EV214

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 26.01.2009

Norm

BVergG 2006 §329

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 8, Mag Reinhard Grasböck, gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 als einzelnes Mitglied betreffend das Nachprüfungsverfahren bezüglich der Auftragsvergabe "Stents" der (öffentlichen) Auftraggeberin Bundesbeschaffung GmbH (BBG) und der im bezeichneten Vergabeverfahren ergangenen und danach angefochtenen Aufforderung zur Angebotsabgabe über den von der (Erst-) Antragstellerin A1*** gestellten und schließlich nach Wiederaufnahme des Sicherungsverfahrens am 15.1.2009 zuletzt am 23.1.2009 modifizierten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 8, Mag Reinhard Grasböck, gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 als einzelnes Mitglied betreffend das Nachprüfungsverfahren bezüglich der Auftragsvergabe "Stents" der (öffentlichen) Auftraggeberin Bundesbeschaffung GmbH (BBG) und der im bezeichneten Vergabeverfahren ergangenen und danach angefochtenen Aufforderung zur Angebotsabgabe über den von der (Erst-) Antragstellerin A1*** gestellten und schließlich nach Wiederaufnahme des Sicherungsverfahrens am 15.1.2009 zuletzt am 23.1.2009 modifizierten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Sicherungsbegehren der Antragstellerin in der Fassung der Antragsverbesserung vom 23.1.2009, der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens N/0076-BVA/08/2008 die Fortführung des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zu untersagen, wird unter Abweisung des Mehrbegehrens und in Berücksichtigung des gesamten Inhalts des Verbesserungsschriftsatzes vom 23.1.2009 teilweise stattgegeben,

und ist es der Auftraggeberin hiermit bei sonstiger Exekution für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens N/0076-BVA/08/2008 untersagt, das mit etlichen Aufforderungen zur Angebotsabgabe an verschiedene Unternehmerinnen und Unternehmer eingeleitete Vergabeverfahren betreffend Stents, also das Gesamtbeschaffungsverfahren betreffend Stents samt Zubehör, welches mit zumindest 13 Aufforderungen zur Angebotsabgabe im Juni 2008 eingeleitet wurde, fortzusetzen, dies mit Ausnahme der Durchführung eines Widerrufs.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1, 329 Abs 1, 2 und 3 BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2007/86
Paragraphen 328, Absatz eins, 329, Absatz eins, 2 und 3 BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Verfahrensengang und Sachverhalt

Beim Bundesvergabeamt wurden am 3.7.2008 sechs Nachprüfungsanträge und sechs Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV) iZm Stents gestellt, darunter der hier spruchgegenständliche. Bis zum Entscheidungszeitpunkt wurden danach etliche weitere bezügliche Nachprüfungs- und eV-Anträge eingebracht. Antragsgegnerin ist bei sämtlichen Anträgen die öffentliche Auftraggeberin und zentrale Beschaffungsstelle BBG. Inhaltlich wird mit den Geschäftszahlen N/0076 bis N/0081- BVA/08/2008 beim Bundesvergabeamt ein vergaberechtlicher Streit dahin ausgefochten, dass die BBG derzeit in eigenem Namen einen Beschaffungsprozess im Interesse anderer Auftraggeber durchführt, bei dem jedenfalls die beim Bundesvergabeamt zu N/0076 bis 0081- BVA/08/2008 antragstellenden Unternehmen jeweils am 25.6.2007 zur Angebotsabgabe zur Durchführung eines Verhandlungsverfahrens eingeladen wurden. Mit den angefragten Unternehmen sollen jeweils eigene Rahmenvereinbarungen über Stents insbesondere für den Bereich der Kardiologie abgeschlossen werden, wobei auch über Zubehör kontrahiert werden soll.

Stents sind grob gesprochen röhrenförmige Körper aus Drahtgeflecht bzw Körper mit durchgehenden Rohrwänden insbesondere aus Metall, die in die zu behandelnden Arterien oder sonstige Hohlgorgane des (menschlichen) Körpers eingebracht werden, um am Einsatzort Gefäß- oder sonstige zu behandelnde Körperhohlraumverengungen durch Abstützung der eigenorganischen Hohlraumwände möglichst zurückzudrängen.

In den sechs genannten Nachprüfungsanträgen vom 3.7.2008 ist jeweils die Aufforderung zur Angebotsabgabe (zumindest erkennbar) als gesondert anfechtbar bezeichnet.

Diesbezüglich ist festzuhalten, dass in den an alle beim Bundesvergabeamt antragstellenden Unternehmen versandten "Kommerziellen Ausschreibungsbedingungen Rahmenvereinbarung" in Punkt 2 auf Seite 6/27 von einem ermittelten Auftragnehmer die Rede ist.

Nach allgemeinem Sprachgebrauch muss - hier bereits in partieller Vorwegnahme der rechtlichen Beurteilung gemäß §§ 863, 914 und 915 ABGB - ein Auftragnehmer nur dann ermittelt werden, wenn parallele

Vertragsanbahnungskontakte mit entsprechender Junktimierung laufen. Denn sonst ist für die BBG die Ermittlung des Auftragnehmers iS der zitierten Seite 6/27 nicht nötig. In Punkt 14.1. der zitierten "Kommerziellen

Ausschreibungsbedingungen", Seite 24/27 ist seitens der BBG davon die Rede, dass die Rahmenvereinbarung mit der rechtskräftigen Entscheidung, mit welchem Unternehmer diese geschlossen wird, zustande kommt. Nach allgemeinem

Sprachgebrauch muss - hier bereits in partieller Vorwegnahme der rechtlichen Beurteilung gemäß Paragraphen 863, 914 und 915 ABGB - ein Auftragnehmer nur dann ermittelt werden, wenn parallele Vertragsanbahnungskontakte mit

entsprechender Junktimierung laufen. Denn sonst ist für die BBG die Ermittlung des Auftragnehmers iS der zitierten Seite 6/27 nicht nötig. In Punkt 14.1. der zitierten "Kommerziellen Ausschreibungsbedingungen", Seite 24/27 ist seitens

der BBG davon die Rede, dass die Rahmenvereinbarung mit der rechtskräftigen Entscheidung, mit welchem Unternehmer diese geschlossen wird, zustande kommt.

Eine Entscheidung, mit wem kontrahiert wird, bedingt - zumindest gemäß der Unklarheitenregelung des § 915 ABGB, dass die zitierten "Kommerziellen Ausschreibungsbedingungen" für sämtliche Unternehmer (-innen) dahin zu verstehen sind, dass die BBG betreffend die Stents aktuell parallele Vertragsanbahnungskontakte mit verschiedenen Unternehmen durchführt und dann ein oder mehrere bestimmte Unternehmen ermitteln will, mit dem bzw denen sie kontrahieren will. Eine Entscheidung, mit wem kontrahiert wird, bedingt - zumindest gemäß der Unklarheitenregelung des Paragraph 915, ABGB, dass die zitierten "Kommerziellen Ausschreibungsbedingungen" für sämtliche Unternehmer (-innen) dahin zu verstehen sind, dass die BBG betreffend die Stents aktuell parallele Vertragsanbahnungskontakte mit verschiedenen Unternehmen durchführt und dann ein oder mehrere bestimmte Unternehmen ermitteln will, mit dem bzw denen sie kontrahieren will.

Die seitens der BBG versandten Vergabeunterlagen tragen alle die Bezeichnung "Stents"; und war für die zu den Zahlen N/0076 bis 0081-BVA/08/2008 sechs antragstellenden Unternehmen insgesamt die BBG - GZ 3790.00906 ohne Zusatzbezeichnungen auf diesen Vergabeunterlagen ersichtlich.

Die BBG hat für den aufgezeigten Beschaffungsprozess keine vorherige Vergabebekanntmachung veranlasst und beruft sich zur Rechtfertigung der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit jeweils nur einem Unternehmer auf das Vorliegen der Voraussetzungen des § 29 Abs 2 Z 2 BVergG 2006. Die BBG hat für den aufgezeigten Beschaffungsprozess keine vorherige Vergabebekanntmachung veranlasst und beruft sich zur Rechtfertigung der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit jeweils nur einem Unternehmer auf das Vorliegen der Voraussetzungen des Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006.

Dazu findet sich in den vorgelegten Vergabeakten jeweils eine undatierte Aktennotiz, bei der diese Aktennotiz für die BBG Autorisierende nicht erkennbar ist, wobei in dem besagten Aktenvermerk jeweils auf drei ärztliche Stellungnahmen Bezug genommen wird, die sich dahin zusammenfassen lassen, dass dem jeweils behandelnden Arzt (nach zwei Stellungnahmen: tendenziell) immer sämtliche am Markt befindlichen Produkte zugänglich sein müssten, um sachgerecht behandeln zu können. Es würden daher technische Gründe vorliegen, die die Verfügbarkeit aller Produkte im strittigen Bereich notwendig machen würden.

Die durch die Finanzprokuratur vertretene BBG geht daher im Wesentlichen von der fehlenden Substituierbarkeit der Stents und dazugehörigen Produkte der jeweiligen Hersteller aus.

Aus der Entscheidung der Europäischen Kommission (= EK) vom 25.8.2005, M.3687, ergibt sich jedoch, dass die EK als Fusionskontrollbehörde bei Stents von differenzierten Produktmärkten dahin ausgeht, dass erstens bei den kardiologisch benötigten Stents zwischen reinen Metallstents und medikamentenbeschichteten Stents zu unterscheiden ist; und dass zweitens weitere Märkte für den Stent - Einsatz im Gehirn, bei Nierenarterien etc, also je Körperregion feststellbar wären. Beim gleichfalls hier strittigen Stent - Zubehör geht die EK tendenziell von einer breitgefächerten Produktpalette der Anbieter am Markt aus.

Vor dem Hintergrund des § 328 Abs 2 Z 4 BVergG 2006, der im Provisorialverfahren keine Tatsachengewissheit für die Behörde verlangt, sondern vielmehr eine Glaubhaftmachung der Gefährdung der Interessen der Antragstellerin durch die angefochtene Entscheidung genügen lässt, und weiters unter Berücksichtigung, dass der vergaberechtliche Parallelwettbewerb Grundsatz und das Verhandlungsverfahren mit nur einem Unternehmer im - hier unstrittigen - Oberschwellenbereich die Ausnahme ist; und daher die fehlende Bescheinigung des Ausnahmetatbestands im Provisorialverfahren zu Lasten desjenigen geht, der sich auf eine Legalausnahme beruft, ist daher bezüglich des strittigen Beschaffungsprozesses betreffend Stents vorbehaltlich entsprechender vollständiger Tatsachenerhebungen im Nachprüfungsverfahren davon auszugehen, Vor dem Hintergrund des Paragraph 328, Absatz 2, Ziffer 4, BVergG 2006, der im Provisorialverfahren keine Tatsachengewissheit für die Behörde verlangt, sondern vielmehr eine Glaubhaftmachung der Gefährdung der Interessen der Antragstellerin durch die angefochtene Entscheidung genügen lässt, und weiters unter Berücksichtigung, dass der vergaberechtliche Parallelwettbewerb Grundsatz und das Verhandlungsverfahren mit nur einem Unternehmer im - hier unstrittigen - Oberschwellenbereich die Ausnahme ist; und daher die fehlende Bescheinigung des Ausnahmetatbestands im Provisorialverfahren zu Lasten desjenigen geht, der sich auf eine Legalausnahme beruft, ist daher bezüglich des strittigen Beschaffungsprozesses betreffend Stents vorbehaltlich entsprechender vollständiger Tatsachenerhebungen im Nachprüfungsverfahren davon auszugehen,

dass nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt die BBG gegenständlich in Wahrheit einen einzigen zusammengehörigen Beschaffungsprozess betreffend Stents mit mehreren Unternehmen durchführt, bei welchem zur Vermeidung eines eigentlich zu veranstaltenden vergaberechtlichen Parallelwettbewerbs - § 19 Abs 1 BVergG 2006 - ohne vorherige Vergabebekanntmachung jeweils mit einzelnen potentiellen Lieferanten allein über den Abschluss einer Rahmenvereinbarung verhandelt werden soll. Eine fehlende Substituierbarkeit der Stents der jeweilig potentiellen Lieferanten ist in diesem Provisorialverfahren bislang nicht als bescheinigt anzusehen. dass nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt die BBG gegenständlich in Wahrheit einen einzigen zusammengehörigen Beschaffungsprozess betreffend Stents mit mehreren Unternehmen durchführt, bei welchem zur Vermeidung eines eigentlich zu veranstaltenden vergaberechtlichen Parallelwettbewerbs - Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 - ohne vorherige Vergabebekanntmachung jeweils mit einzelnen potentiellen Lieferanten allein über den Abschluss einer Rahmenvereinbarung verhandelt werden soll. Eine fehlende Substituierbarkeit der Stents der jeweilig potentiellen Lieferanten ist in diesem Provisorialverfahren bislang nicht als bescheinigt anzusehen.

Dieses Tatsachenergebnis wird auch durch die eingeholte Amtshilfeauskunft, erteilt durch die Sektion III des BMGFJ, bestätigt, worin - ähnlich wie bei den Ausführungen der EK in der zitierten Merger - Entscheidung - zwar auf die

fehlende Substituierbarkeit der je Behandlungszone im Körper entwickelten Stents in anderen Behandlungszonen hingewiesen wird; bzw auf differenzierte Einsatzbereiche für reine Metall- und medikamentenbeschichtete Stents; jedoch eine fehlende Substituierbarkeit der Produkte der Anbieter je Einsatzbereich bzw Behandlungszone gleichfalls nicht anklingt. Dieses Tatsachenergebnis wird auch durch die eingeholte Amtshilfeauskunft, erteilt durch die Sektion römisch drei des BMGFJ, bestätigt, worin - ähnlich wie bei den Ausführungen der EK in der zitierten Merger - Entscheidung - zwar auf die fehlende Substituierbarkeit der je Behandlungszone im Körper entwickelten Stents in anderen Behandlungszonen hingewiesen wird; bzw auf differenzierte Einsatzbereiche für reine Metall- und medikamentenbeschichtete Stents; jedoch eine fehlende Substituierbarkeit der Produkte der Anbieter je Einsatzbereich bzw Behandlungszone gleichfalls nicht anklingt.

Vor dem Hintergrund dieses Bescheinigungsergebnisses ist weiters als bescheinigt anzunehmen, dass die Interessen der sechs jeweiligen Antragsteller (-innen) vom 3.7.2008 beim Bundesvergabeamt und damit auch die Interessen der hier zu beamtshandelnden Antragstellerin dadurch gefährdet sind, dass mit einzelnen Lieferanten Rahmenvereinbarungen bzw Lieferaufträge kontrahiert werden könnten, die dazu führen, dass die Gesamtnachfrage am Markt sinkt und damit die Absatzchancen der Antragstellerin vor Durchführung eines vergaberechtlichen Parallelwettbewerbs zumindest teilweise zunichte gemacht werden. Der Antragstellerin droht daher auf Basis der derzeit vorgefundenen Bescheinigungslage der Verlust einer Absatzchance inklusive des Verlusts von Referenzaufträgen auf dem Markt betreffend Stents und allenfalls auch Zubehör.

Das Bundesvergabeamt hat wegen dieser aufgezeigten Interessensgefährdung ursprünglich die Angebotsöffnung untersagt. Wie aber die Auftraggeberin in ihrer Eingabe vom 23.7.2008 zugestanden hat, hat die Auftraggeberin die Angebote von mehreren iZm Stents anbietenden Unternehmen bereits vor dem 10.7.2008 geöffnet gehabt, genauso wie der Kanzlist des Bundesvergabeamts die Kuverts der Angebote der Antragstellerinnen zu N/0076 und 0078 bis 0081-BVA/08/2008 irrtümlich gelegentlich der Vorlage dieser Vergabeunterlagen durch die BBG in der Kanzlei des Bundesvergabeamts geöffnet hatte.

Unbeschadet der Frage von Missverständnissen über die Sperrwirkung des § 328 Abs 5 BVergG 2006 in Bezug auf vor dem 10.7.2008 durch die Auftraggeberin geöffneten Angebote hat dies zur Wiederaufnahme des Sicherungsverfahrens am 15.1.2009 geführt, nachdem zuvor andere Verfahrenshandlungen mit Bezug zu den gegenständlichen Nachprüfungs- und eV-Verfahren vorzunehmen und insbesondere ein Zwischenverfahren gemäß § 296 Abs 2 BVergG 2006 zu durchlaufen waren. Unbeschadet der Frage von Missverständnissen über die Sperrwirkung des Paragraph 328, Absatz 5, BVergG 2006 in Bezug auf vor dem 10.7.2008 durch die Auftraggeberin geöffneten Angebote hat dies zur Wiederaufnahme des Sicherungsverfahrens am 15.1.2009 geführt, nachdem zuvor andere Verfahrenshandlungen mit Bezug zu den gegenständlichen Nachprüfungs- und eV-Verfahren vorzunehmen und insbesondere ein Zwischenverfahren gemäß Paragraph 296, Absatz 2, BVergG 2006 zu durchlaufen waren.

Das Bundesvergabeamt räumte den Parteien des Sicherungsverfahrens nach Wiederaufnahme am 15.1.2009 neuerlich rechtliches Gehör durch ausdrückliche Freistellung einer weiteren Stellungnahme ein und teilte zusätzlich die Teilnahmemöglichkeit an kontradiktorischen Befragungen zweier medizinischer Universitätsprofessoren am 19.1.2009 und 21.1.2009 mit, deren Zweck die Abklärung der Tatsachenwahrnehmungen dieser beiden Professoren zur Frage der Möglichkeit eines Parallelwettbewerbs am Stent - Markt und die Verifizierung der Tatsachenangaben bereits einvernommener Mediziner (im Punkte der Wettbewerbsmöglichkeit) gewesen wäre; bzw bei einem Universitätsprofessor auch historische Geschehnisse hinsichtlich der danach in den Vergabeunterlagen befindlichen Dokumente zur Frage der Anwendbarkeit des § 29 Abs 2 Z 2 BVergG 2006. Das Bundesvergabeamt räumte den Parteien des Sicherungsverfahrens nach Wiederaufnahme am 15.1.2009 neuerlich rechtliches Gehör durch ausdrückliche Freistellung einer weiteren Stellungnahme ein und teilte zusätzlich die Teilnahmemöglichkeit an kontradiktorischen Befragungen zweier medizinischer Universitätsprofessoren am 19.1.2009 und 21.1.2009 mit, deren Zweck die Abklärung der Tatsachenwahrnehmungen dieser beiden Professoren zur Frage der Möglichkeit eines Parallelwettbewerbs am Stent - Markt und die Verifizierung der Tatsachenangaben bereits einvernommener Mediziner (im Punkte der Wettbewerbsmöglichkeit) gewesen wäre; bzw bei einem Universitätsprofessor auch historische Geschehnisse hinsichtlich der danach in den Vergabeunterlagen befindlichen Dokumente zur Frage der Anwendbarkeit des Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006.

Die Rechtsvertretung der BBG legte danach am 16.1.2009 nach Amtsstundenende eine eidesstattige Erklärung der BBG vor, dass die BBG für die Dauer der Nachprüfungsverfahren N/0076, 0077 und 0081- BVA/08/2008 sämtliche

Vergabeverfahren hinsichtlich der Beschaffung von Stents samt Zubehör, mit Ausnahme der Durchführung des Widerrufs, nicht fortsetzen würde.

Die Rechtsvertretung der BBG teilte gelegentlich der Vorlage dieser eidesstattigen Erklärung in einem Schriftsatz mit, dass keine Einwände gegen die begehrte einstweilige Verfügung hinsichtlich des zuletzt Ende Juli 2008 bedingt modifizierten Sicherungsbegehrens bestehen würden. Die Einvernahmen vom 19.1.2009 und 21.1.2009 wären daher wohl obsolet und wolle die Auftraggeberin über die Abberaumung der Einvernahmen informiert werden.

Das Bundesvergabeamt beraumte die geplanten Zeugeneinvernahmen nach diesem Schriftsatz samt der eidesstattigen Erklärung der BBG rücksichtlich der damit unstrittigen Interessenlage ab. Nach Erteilung eines Verbesserungsauftrags an die Antragstellerin gemäß § 13 Abs 3 AVG modifizierte die Antragstellerin ihr Provisorialbegehren am 23.1.2009 wie im Spruch ersichtlich, wobei die Antragstellerin auch diverse Eventualbegehren stellte. Die Auftraggeberin teilte dem Bundesvergabeamt nach dieser Modifikation am 26.1.2009 mit, dass keine Einwände gegen das modifizierte Begehren im Punkte des Fortführungsverbots bezüglich des Verhandlungsverfahrens erhoben würden, sofern zumindest die Durchführung eines Widerrufs weiterhin gestattet wäre, wobei die BBG dabei auf die eidesstattige Erklärung mit dem - bis auf den Widerruf - abgegebenen Fortsetzungsverzicht betreffend sämtliche Verhandlungsverfahren von Stents verwies, die nach der vom Bundesvergabeamt angelegten Betrachtungsweise nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt auf Basis der aktuellen Bescheinigungslage eben als einziger Gesamtbeschaffungsprozess für Stents bewertet werden. Das Bundesvergabeamt beraumte die geplanten Zeugeneinvernahmen nach diesem Schriftsatz samt der eidesstattigen Erklärung der BBG rücksichtlich der damit unstrittigen Interessenlage ab. Nach Erteilung eines Verbesserungsauftrags an die Antragstellerin gemäß Paragraph 13, Absatz 3, AVG modifizierte die Antragstellerin ihr Provisorialbegehren am 23.1.2009 wie im Spruch ersichtlich, wobei die Antragstellerin auch diverse Eventualbegehren stellte. Die Auftraggeberin teilte dem Bundesvergabeamt nach dieser Modifikation am 26.1.2009 mit, dass keine Einwände gegen das modifizierte Begehren im Punkte des Fortführungsverbots bezüglich des Verhandlungsverfahrens erhoben würden, sofern zumindest die Durchführung eines Widerrufs weiterhin gestattet wäre, wobei die BBG dabei auf die eidesstattige Erklärung mit dem - bis auf den Widerruf - abgegebenen Fortsetzungsverzicht betreffend sämtliche Verhandlungsverfahren von Stents verwies, die nach der vom Bundesvergabeamt angelegten Betrachtungsweise nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt auf Basis der aktuellen Bescheinigungslage eben als einziger Gesamtbeschaffungsprozess für Stents bewertet werden.

Seit dem Sommer 2008 bestehen zudem zB auch zu den Zahlen N/0079 und 0080-BVA/08/2008 umfassende einstweilige Verfügungen, die der BBG im wesentlichen die Fortsetzung des strittigen Gesamtbeschaffungsvorgangs bis auf eine Widerrufsdurchführung untersagen.

1. 2.Ziffer 2

Beweismittel und Beweiswürdigung

Der zumindest als bescheinigt angenommene Sachverhalt ergibt sich aus den Verwaltungsakten N/0076 bis N/0081-BVA/08/2008 und den vorgelegten Vergabeunterlagen; und dort insbesondere jeweils aus den ausdrücklich bezogenen Unterlagen; bzw weiters aus den weiteren Verwaltungsakten N/0085 bis 0099, 0108 und 0118- BVA/08/2008.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamts und Zulässigkeit des Antrags

Das Interesse am Vertragsabschluss und der drohende Schaden können bei der Antragstellerin derzeit nicht verneint werden, da nicht bescheinigt wurde, dass je Lieferant ein eigener Produktmarkt für Stents bzw Zubehör besteht.

Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamts für Vergaben der BBG steht außer Streit.

Der gefertigte Senatsvorsitzende geht - unvorgreiflich der Senatsentscheidung im Nachprüfungsverfahren - auch von der Rechtzeitigkeit des zu sichernden Nachprüfungsantrags aus.

3.2 Inhaltliche Beurteilung des Antrags

Vor dem Hintergrund des gesamten Verfahrensgangs ist die Eingabe der (Erst-) Antragstellerin vom 23.1.2009 gemäß § 13 AVG im Sinne der gebotenen rechtsschutzfreundlichen Auslegung gemäß VwGH zu den Zlen 92/07/0070 bzw 2004/04/0028 dahin zu interpretieren, dass diese Antragstellerin den Gesamtvergabevorgang der BBG betreffend

Stents stoppen möchte, wobei durch die Wiederaufnahme vom 15.1.2009 der am 10.7.2008 erlassene eV-Bescheid beseitigt wurde - Thienel, Verwaltungsverfahrensrecht, 4 318 mit Hinweisen auf die hM. Vor dem Hintergrund des gesamten Verfahrensgangs ist die Eingabe der (Erst-) Antragstellerin vom 23.1.2009 gemäß Paragraph 13, AVG im Sinne der gebotenen rechtsschutzfreundlichen Auslegung gemäß VfGH zu den Zlen 92/07/0070 bzw 2004/04/0028 dahin zu interpretieren, dass diese Antragstellerin den Gesamtvergabevergahng der BBG betreffend Stents stoppen möchte, wobei durch die Wiederaufnahme vom 15.1.2009 der am 10.7.2008 erlassene eV-Bescheid beseitigt wurde - Thienel, Verwaltungsverfahrensrecht, 4 318 mit Hinweisen auf die hM.

Die am 23.1.2009 zu den Geschäftszahlen N/0085 bis 0089- BVA/08/2008 abgegebenen Prozesserkklärungen der Antragstellerin sind für das Provisorialverfahren zu N/0076-BVA/08/2008 nach der hier vertretenen Auffassung auf Basis der bekannten Tatsachen rechtlich nicht erheblich.

Der Spruch zur Erledigung des zur GZ N/0076-BVA/08/2008 wieder aufgenommenen Provisorialverfahrens war danach auf Basis des erkannten Sinns des Begehrens entsprechend den gebotenen Auslegungsmaximen abzufassen - § 59 Abs 1 AVG, BGBl 1991/51 idF BGBl I 2008/5, um effektiven Primärrechtsschutz iSv VfGH B 1160/00 zu gewähren, zumal die Antragstellerin ausweislich ihrer Eventualbegehren vom 23.1.2009 eindeutig Provisorialrechtsschutz auch rücksichtlich der Vergabehandlungen der BBG im Verhältnis zu anderen Stent - Lieferanten anstrebt. Der Spruch zur Erledigung des zur GZ N/0076-BVA/08/2008 wieder aufgenommenen Provisorialverfahrens war danach auf Basis des erkannten Sinns des Begehrens entsprechend den gebotenen Auslegungsmaximen abzufassen - Paragraph 59, Absatz eins, AVG, BGBl 1991/51 in der Fassung BGBl römisch eins 2008/5, um effektiven Primärrechtsschutz iSv VfGH B 1160/00 zu gewähren, zumal die Antragstellerin ausweislich ihrer Eventualbegehren vom 23.1.2009 eindeutig Provisorialrechtsschutz auch rücksichtlich der Vergabehandlungen der BBG im Verhältnis zu anderen Stent - Lieferanten anstrebt.

Die Betrachtungsweise nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt findet in den §§ 7 und 879 ABGB ihre Grundlage. Die Betrachtungsweise nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt findet in den Paragraphen 7 und Paragraph 879, ABGB ihre Grundlage.

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß § 329 Abs 2 BVergG 2006 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamts über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG 2006 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen

des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamts über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Nach § 329 Abs 3 BVergG 2006 ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamts über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Nach Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamts über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Hinsichtlich der relativen Dauer der Provisorialmaßnahme schließt sich der gefertigte Senatsvorsitzende der überwiegenden Spruchpraxis anderer Senatsvorsitzender an, dass die Befristung der eV mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens als in § 329 Abs 3 BVergG 2006 geforderte Befristung ausreicht. Hinsichtlich der relativen Dauer der Provisorialmaßnahme schließt sich der gefertigte Senatsvorsitzende der überwiegenden Spruchpraxis anderer Senatsvorsitzender an, dass die Befristung der eV mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens als in Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 geforderte Befristung ausreicht.

Da die BBG gemäß ihrer Eingabe an das Bundesvergabeamt vom 26.1.2009 letztlich keine Einwände gegen die verfügte Provisorialmaßnahme hat, wie insbesondere die Aufrechterhaltung der Aussage der eidesstattigen Erklärung vom 16.1.2009 zeigt, sind die Sicherungsinteressen der Erstantragstellerin jedenfalls als überwiegend zu bewerten.

Eine gelindere und trotzdem geeignete Sicherungsmaßnahme, die die Interessen der Antragstellerin dennoch derart umfassend und wie begehrt schützt, kam nicht in Betracht, zumal auch überwiegende andere Interessen weder behauptet noch erkennbar waren. Sonstige gegen die Provisorialmaßnahme sprechende, gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 relevante, die Interessen der Antragstellerin überwiegende Interessen sind gleichfalls weder behauptet noch bekannt. Die Teilabweisung zur Ermöglichung der Durchführung eines Widerrufs war jedoch mangels erkennbarer Interessen der Antragstellerin in Abweichung zu ihrem aktuellen Sicherungsbegehren auszusprechen. Eine gelindere und trotzdem geeignete Sicherungsmaßnahme, die die Interessen der Antragstellerin dennoch derart umfassend und wie begehrt schützt, kam nicht in Betracht, zumal auch überwiegende andere Interessen weder behauptet noch erkennbar waren. Sonstige gegen die Provisorialmaßnahme sprechende, gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 relevante, die Interessen der Antragstellerin überwiegende Interessen sind gleichfalls weder behauptet noch bekannt. Die Teilabweisung zur Ermöglichung der Durchführung eines Widerrufs war jedoch mangels erkennbarer Interessen der Antragstellerin in Abweichung zu ihrem aktuellen Sicherungsbegehren auszusprechen.

Diese eV war - nach vorangehender Verbindung der Provisorialverfahren zu N/0076, 0077 und 0081-BVA/08/2008 im Wiederaufnahmepunkte - wieder getrennt von den Parallelverfahren zu erlassen, da zu den beiden anderen Geschäftszahlen anders gefasste Sicherungsbegehren zu erledigen gewesen sind.

Schlagworte

effektiver Rechtsschutz, einstweilige Verfügung;

Zuletzt aktualisiert am

29.04.2009

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