

TE Verg Bescheid 2008/8/5 N/0108-BVA/08/2008-EV08

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 05.08.2008

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 zu obiger Geschäftszahl protokollierte Nachprüfungsverfahren bezüglich der Auftragsvergabe "Verhandlungsverfahren betreffend Stents, BBG GZ 3790.00906" der (öffentlichen) Auftraggeberin und Antragsgegnerin Bundesbeschaffung GmbH (BBG) und der im bezeichneten Vergabeprozess bereits mehrfach unter verschiedenen Gesichtspunkten angefochtenen Aufforderung zur Angebotsabgabe, in diesem Verfahren der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu Gunsten der am*** GmbH über den für die (Dritt-) Antragstellerin M*** Österreich GmbH am 29.7.2008 beim Bundesvergabeamt gemäß § 13 Abs 5 AVG protokollierten 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 zu obiger Geschäftszahl protokollierte Nachprüfungsverfahren bezüglich der Auftragsvergabe "Verhandlungsverfahren betreffend Stents, BBG GZ 3790.00906" der (öffentlichen) Auftraggeberin und Antragsgegnerin Bundesbeschaffung GmbH (BBG) und der im bezeichneten Vergabeprozess bereits mehrfach unter verschiedenen Gesichtspunkten angefochtenen Aufforderung zur Angebotsabgabe, in diesem Verfahren der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu Gunsten der am*** GmbH über den für die (Dritt-) Antragstellerin M*** Österreich GmbH am 29.7.2008 beim Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 13, Absatz 5, AVG protokollierten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wird unter Nicht - Stattgabe eines Primärbegehrens auf Untersagung der Angebotseröffnung und Abweisung des Mehrbegehrens auf uneingeschränkte Aussetzung insoweit stattgegeben, als das derzeit von der Auftraggeberin durchgeführte Verhandlungsverfahren mit der am*** GmbH betreffend Stents für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens (GZ: N/0108-BVA/08/2008) zu Gunsten der M*** Österreich GmbH ausgesetzt - und damit unterbrochen - wird, wobei der Auftraggeberin allerdings die Durchführung des Widerrufs nicht untersagt ist.

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

Verfahrensgang und Sachverhalt

Beim Bundesvergabeamt wurden ab 2.7.2008 sechs Nachprüfungsanträge und sechs Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV) eingebracht, die die iZm der auch hier streitgegenständliche Stentvergabe stehen. Bis zum Zeitpunkt dieser Bescheiderlassung wurden danach 16 weitere bezügliche Nachprüfungs- und eV-Anträge eingebracht, darunter der hier spruchgegenständlichen eV-Antrag mit einem Einbringungsdatum am 28.7.2008 nach Amtsstundenende und einem Einlangensdatum gemäß § 13 Abs 5 AVG vom 29.7.2007. Antragsgegnerin ist bei sämtlichen Anträgen die öffentliche Auftraggeberin und zentrale Beschaffungsstelle BBG. Inhaltlich wird zu den Geschäftszahlen N/0076 bis N/0081- BVA/08/2008 und den weiters hier relevanten Geschäftszahlen N/0085 bis 0091 und 0093 bis 0099-BVA/08/2008 sowie N/0108-BVA/08/2008 beim Bundesvergabeamt ein vergaberechtlicher Streit dahin ausgefochten, dass die BBG derzeit im eigenen Namen, aber im Interesse anderer Auftraggeber einen Beschaffungsprozess durchführt, bei dem jedenfalls die beim Bundesvergabeamt 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 auch für den Bereich der Kardiologie abgeschlossen werden, wobei auch über Zubehör kontrahiert werden soll. Bis zum Zeitpunkt dieser Bescheiderlassung wurden danach 16 weitere bezügliche Nachprüfungs- und eV-Anträge eingebracht, darunter der hier spruchgegenständlichen eV-Antrag mit einem Einbringungsdatum am 28.7.2008 nach Amtsstundenende und einem Einlangensdatum gemäß Paragraph 13, Absatz 5, AVG vom 29.7.2007. Antragsgegnerin ist bei sämtlichen Anträgen die öffentliche Auftraggeberin und zentrale Beschaffungsstelle BBG. Inhaltlich wird zu den Geschäftszahlen N/0076 bis N/0081- BVA/08/2008 und den weiters hier relevanten Geschäftszahlen N/0085 bis 0091 und 0093 bis 0099-BVA/08/2008 sowie N/0108-BVA/08/2008 beim Bundesvergabeamt ein vergaberechtlicher Streit dahin ausgefochten, dass die BBG derzeit im eigenen Namen, aber im Interesse anderer Auftraggeber einen Beschaffungsprozess durchführt, bei dem jedenfalls die beim Bundesvergabeamt 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 auch für den Bereich der Kardiologie abgeschlossen werden, wobei auch über Zubehör kontrahiert werden soll.

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

In den sechs Nachprüfungsanträgen zu N/0076 bis 0081-BVA/08/2008 ist jeweils die Aufforderung zur Angebotsabgabe (zumindest erkennbar) als gesondert anfechtbar bezeichnet.

Gleiches ist in dem hier relevanten Verfahren N/0108-BVA/08/2008 der Fall, wobei nach dem Antragstext für dieses Provisorialverfahren als geklärt angesehen werden kann, dass die Antragstellerin mit ihrer zu N/0108-BVA/08/2008 protokollierten Eingabe selektiv gegen die Aufforderung zur Angebotsabgabe zu Gunsten der am*** GmbH vorgehen will.

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 am 25.6.2008 versandten Vergabeunterlagen tragen alle die Bezeichnung "Stents"; und war dabei für die aktuell sechs beim Bundesvergabeamt antragstellenden Unternehmen insgesamt die BBG - GZ 3790.00906 ohne Zusatzbezeichnungen 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 dem der diese Aktennotiz für die BBG Autorisierende nicht erkennbar ist, wobei in dem Aktenvermerk jeweils auf drei ärztliche Stellungnahmen Bezug genommen wird, die sich dahin zusammenfassen lassen, dass dem jeweils behandelnden Arzt 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. In den drei ärztlichen Stellungnahmen ist aber zB weder dargetan, dass sämtliche Operateure in Österreich, die Stents verwenden, immer die Produkte aller Hersteller bei ihren Operationen unter Verwendung von Stents vorrätig haben;

noch; dass ausgeschlossen werden kann, dass verschiedene Hersteller ihre Produkte über verschiedene Vertriebswege platzieren;

noch, dass Stents verschiedener Hersteller für einen bestimmten Einsatzbereich nicht einmal grundsätzlich substituierbar und damit über Zuschlagskriterien qualifizierbar sind - Schramm/Öhler in Schramm et al, BVergG 2002 § 25 Rz 36 unter Hinweis auf EuGH 28.3.1995, Rs C-324/93; noch, dass Stents verschiedener Hersteller für einen bestimmten Einsatzbereich nicht einmal grundsätzlich substituierbar und damit über Zuschlagskriterien qualifizierbar sind - Schramm/Öhler in Schramm et al, BVergG 2002 Paragraph 25, Rz 36 unter Hinweis auf EuGH 28.3.1995, Rs C-324/93;

noch, dass ein Einarbeitungsaufwand für neue Stents bei bisher anderweitig gewöhnten Ärzten im Vergleich zum Anschaffungspreis unverhältnismäßig hohe Kosten verursachen würde - BVA 19.10.2006, N/0074-BVA/08/2006-65, bestätigt durch VwGH 2006/04/0233-7, der zitierte BVA - Bescheid ua zur Hubschraubertypenumschulung. Die durch die Finanzprokuratur vertretene BBG geht in bisherigen Eingaben zu den Nachprüfungsverfahren oben kurz bezeichneten Nachprüfungsverfahren weiterhin im Wesentlichen von der fehlenden Substituierbarkeit der Stents der in den Beschaffungsprozess einbezogenen Unternehmen bei den relevanten Stent - Einsatzgebieten aus.

Aus der Entscheidung der Europäischen Kommission (= EK) vom 25.8.2005, M.3687, ergibt sich jedoch nach der hier vertretenen Auffassung, 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 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, dass nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt die BBG gegenständlich einen Beschaffungsprozess betreffend Stents mit mehreren Unternehmen durchführt, der nur zur Umgehung des vergaberechtlichen Parallelwettbewerbs dem Schein nach jeweils mit einzelnen potentiellen Lieferanten allein durchgeführt wird. Eine fehlende Substituierbarkeit der Stents der jeweilig potentiellen Lieferanten ist bislang nicht als bescheinigt anzusehen. Dieses Tatsachenergebnis wird auch durch die eingeholte Amtshilfeauskunft, erteilt durch die Sektion III des BMGFJ bestätigt, worin gleichfalls auf die fehlende Substituierbarkeit der Stent je Behandlungszone im menschlichen Körper hingewiesen wird; bzw auf differenzierte Einsatzgebiete für Metall- und medikamentenbeschichtete Stents; jedoch eine fehlende Substituierbarkeit der Produkte der einzelnen Anbieter nicht einmal anklingt. 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 einen Beschaffungsprozess betreffend Stents mit mehreren Unternehmen durchführt, der nur zur Umgehung des vergaberechtlichen Parallelwettbewerbs dem Schein nach jeweils mit einzelnen potentiellen Lieferanten allein durchgeführt wird. Eine fehlende Substituierbarkeit der Stents der jeweilig potentiellen Lieferanten ist bislang nicht als bescheinigt anzusehen. Dieses Tatsachenergebnis wird auch durch die eingeholte Amtshilfeauskunft, erteilt durch die Sektion römisch drei des BMGFJ bestätigt, worin gleichfalls auf die fehlende Substituierbarkeit der Stent je Behandlungszone im menschlichen Körper hingewiesen wird; bzw auf differenzierte Einsatzgebiete für Metall- und medikamentenbeschichtete Stents; jedoch eine fehlende Substituierbarkeit der Produkte der einzelnen Anbieter nicht einmal anklingt.

Dieses Tatsachenergebnis wird weiters noch durch eine von einer anderen Antragstellerin vorgelegte Ausschreibungsunterlage des Universitätsspitals Zürich unterstützt, mit welcher diese Schweizer Institution ein offenes Vergabeverfahren betreffend Stents durchführt. Diese der Auftraggeberin zwischenzeitig bekannte Ausschreibungsunterlage wurde bislang seitens der Auftraggeberin nicht zum Anlass genommen, explizit deren Untauglichkeit zu rügen.

Das diesem Bescheid zu Grunde gelegte Bescheinigungsergebnis, dass eben nicht glaubhaft ist, dass je herstellerepezifischem Stent ein Beschaffungsmarkt besteht, wird auch durch die Eingabe der am*** GmbH gemäß § 324 Abs 3 BVergG 2006 nicht falsifiziert, da in dieser Eingabe zwar ein Alleinvertriebsrecht für ein einzigartiges Stent-Produkt behauptet wird, jedoch diesbezüglich das Alleinvertriebsrecht nicht einmal ansatzweise dargetan wird. Das zu Grunde gelegte Bescheinigungsergebnis wurde auch durch die zeugenschaftliche Abhörung der drei von der BBG vorab beigezogenen Mediziner nicht widerlegt, zumal alle drei Ärzte einzuräumen hatten, dass in ihrem jeweiligen kardiologischen Arbeitsbereich keinesfalls die Produkte sämtlicher Hersteller verfügbar wären. Herr a Univ Prof Dr Gl*** gab - für dieses Verfahren relevant - am 30.7.2008 sogar an, dass das Krankenhaus 1*** derzeit zB gar keine am*** Stents verwenden würde. Das diesem Bescheid zu Grunde gelegte Bescheinigungsergebnis, dass eben nicht glaubhaft ist, dass je herstellerepezifischem Stent ein Beschaffungsmarkt besteht, wird auch durch die Eingabe der am*** GmbH gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG 2006 nicht falsifiziert, da in dieser Eingabe zwar ein

Alleinvertriebsrecht für ein einzigartiges Stent-Produkt behauptet wird, jedoch diesbezüglich das Alleinvertriebsrecht nicht einmal ansatzweise dargetan wird. Das zu Grunde gelegte Bescheinigungsergebnis wurde auch durch die zeugenschaftliche Abhörung der drei von der BBG vorab beigezogenen Mediziner nicht widerlegt, zumal alle drei Ärzte einzuräumen hatten, dass in ihrem jeweiligen kardiologischen Arbeitsbereich keinesfalls die Produkte sämtlicher Hersteller verfügbar wären. Herr a Univ Prof Dr Gl*** gab - für dieses Verfahren relevant - am 30.7.2008 sogar an, dass das Krankenhaus 1*** derzeit zB gar keine am*** Stents verwenden würde.

Vor dem Hintergrund des aufgezeigt zu Grunde gelegten Bescheinigungsergebnisses ist weiters als bescheinigt anzunehmen, dass die Interessen der jeweiligen Antragsteller beim Bundesvergabeamt grundsätzlich dadurch gefährdet sind, dass mit einzelnen Lieferanten Rahmenvereinbarungen bzw Lieferaufträge kontrahiert werden, die dazu führen, dass die Gesamtnachfrage am Markt sinkt und deren Absatzchancen vor Durchführung eines vergaberechtlichen Parallelwettbewerbs zumindest teilweise zunichte gemacht werden. Den einzelnen Antragstellern beim Bundesvergabeamt droht daher auf Basis der derzeit vorgefundenen Bescheinigungslage der Verlust einer Absatzchance inklusive des Verlusts von Referenzaufträgen.

Dies führt rücksichtlich des hier gegenständlichen Nachprüfungs- und eV-Antrags zu folgenden weiteren Feststellungen:

Mit dem Nachprüfungsantrag zu N/0108-BVA/08/2008 ficht die Drittantragstellerin die Aufforderung zur Angebotsabgabe zu Gunsten der am*** GmbH an.

Eine fehlende Substituierbarkeit der Produkte dieser Unternehmerin im Vergleich zu den Produkten der Drittantragstellerin im streitigen Bereich ist - gleichfalls - noch nicht bescheinigt. Mit der eV zu N/0080-BVA/08/2008 wurde der Auftraggeberin am 14.7.2008 die Fortsetzung des Gesamtbeschaffungsprozesses - bis auf eine Widerrufsdurchführung - untersagt. Der gerade bezogene Bescheid besteht aber nur zu Gunsten der auch hier gegenständlichen (Fünft-) Antragstellerin zu N/0080-BVA/08/2008. Zu Gunsten der hier antragstellenden Drittantragstellerin besteht aktuell gleichfalls eine umfassende Aussetzung des Gesamt - Beschaffungsprozesses durch die BBG zur Geschäftszahl N/0078- BVA/08/2008.

Rücksichtlich des hier zu behandelnden eV-Antrags vertritt die Auftraggeberin in ihren Eingaben vom jeweils 31.7.2008 die Auffassung, dass der Nachprüfungsantrag zu N/0108-BVA/08/2008 verfristet wäre. Überdies wäre das Sicherungsinteresse - durch eine anderweitig erlassene eV bereits befriedigt.

Das Begehren auf Untersagung der Vergabeverfahrensaussetzung wäre zudem nicht das gelindeste Mittel.

Inhaltlich hat die Auftraggeberin in ihren Stellungnahmen zum gegenständlichen eV-Antrag am 31.7.2008, nichts vorgebracht, was die bereits zitierte Bescheinigungslage betreffend Stent - Gesamtbeschaffungsprozedere hinausgeht oder dieses Bescheinigungsergebnis in Zweifel zieht.

1. 2.Ziffer 2

Beweis- bzw Bescheinigungsmittel und Beweiswürdigung

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

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 als bescheinigt anzusehen ist, dass je Lieferant ein eigener Produktmarkt für Stents besteht. Diese Antragsvoraussetzungen fehlen daher nicht offensichtlich.

Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamts für Vergaben der Auftraggeberin BBG im eigenen Namen steht außer Streit. Der gefertigte Senatsvorsitzende geht - unvorgreiflich der Senatsentscheidung im Nachprüfungsverfahren, auch von der Rechtzeitigkeit des zu sichernden Nachprüfungsantrags aus, da die Aufforderung zur Angebotsabgabe zu Gunsten eines anderen Unternehmers nach dem Gesetzeszweck nicht der Fristenregelung des § 321 Abs 2 BVergG 2006

unterstellt werden kann, weil § 321 Abs 2 BVergG gerade jene Sachverhalte umfassen will, in denen ein Unternehmer Ausschreibungsunterlagen oder Gleichzuhaltendes zu seiner eigenen Vergabeverfahrensteilnahme übermittelt erhält. Die ohnehin bereits vom Wortlaut des § 321 Abs 2 nicht umfasste Aufforderung zur Angebotsabgabe an einen anderen Unternehmer ist vielmehr - mangels Einschlägigkeit anderer Tatbestände - jedenfalls gegenständlich vom Fristenregime des § 321 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 umfasst anzusehen, wonach im hier zwischen den Parteien des eV - Verfahrens unstrittigen Oberschwellenbereich binnen 14 Tagen ab Kenntnis (-möglichkeit) anzufechten ist. Insoweit hat die Auftraggeberin aber bislang nicht schlüssig belegt dartun können, dass die (Dritt-) Antragstellerin von der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu Gunsten der am*** GmbH bereits vor dem 15.7.2008 wissen konnte, so dass nach dem derzeit bekannten Tatsachenstand von der Rechtzeitigkeit der Anfechtung der hier gegenständlichen (Einzel-) Aufforderung zur Angebotsabgabe auszugehen ist. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamts für Vergaben der Auftraggeberin BBG im eigenen Namen steht außer Streit. Der gefertigte Senatsvorsitzende geht - unvorgreiflich der Senatsentscheidung im Nachprüfungsverfahren, auch von der Rechtzeitigkeit des zu sichernden Nachprüfungsantrags aus, da die Aufforderung zur Angebotsabgabe zu Gunsten eines anderen Unternehmers nach dem Gesetzeszweck nicht der Fristenregelung des Paragraph 321, Absatz 2, BVergG 2006 unterstellt werden kann, weil Paragraph 321, Absatz 2, BVergG gerade jene Sachverhalte umfassen will, in denen ein Unternehmer Ausschreibungsunterlagen oder Gleichzuhaltendes zu seiner eigenen Vergabeverfahrensteilnahme übermittelt erhält. Die ohnehin bereits vom Wortlaut des Paragraph 321, Absatz 2, nicht umfasste Aufforderung zur Angebotsabgabe an einen anderen Unternehmer ist vielmehr - mangels Einschlägigkeit anderer Tatbestände - jedenfalls gegenständlich vom Fristenregime des Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 umfasst anzusehen, wonach im hier zwischen den Parteien des eV - Verfahrens unstrittigen Oberschwellenbereich binnen 14 Tagen ab Kenntnis (-möglichkeit) anzufechten ist. Insoweit hat die Auftraggeberin aber bislang nicht schlüssig belegt dartun können, dass die (Dritt-) Antragstellerin von der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu Gunsten der am*** GmbH bereits vor dem 15.7.2008 wissen konnte, so dass nach dem derzeit bekannten Tatsachenstand von der Rechtzeitigkeit der Anfechtung der hier gegenständlichen (Einzel-) Aufforderung zur Angebotsabgabe auszugehen ist.

Die Kenntnisnahme der Drittantragstellerin von dieser (Einzel-) Aufforderung zur Angebotsabgabe an die am*** GmbH am 15.7.2008 wurde im Übrigen bislang auch nicht substantiiert bestritten. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe ist gegenständlich bereits nach dem Gesetzeswortlaut gemäß § 2 Z 16 lit a sublit ee iVm sublit ii BVergG 2006 gesondert anfechtbar. Die Kenntnisnahme der Drittantragstellerin von dieser (Einzel-) Aufforderung zur Angebotsabgabe an die am*** GmbH am 15.7.2008 wurde im Übrigen bislang auch nicht substantiiert bestritten. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe ist gegenständlich bereits nach dem Gesetzeswortlaut gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e, in Verbindung mit Sub-Litera, i, i, BVergG 2006 gesondert anfechtbar.

Die Anfechtbarkeit dieser Entscheidung zu Gunsten der am*** GmbH für die hier antragstellende Drittantragstellerin erscheint zudem auch auf Basis der Ausführungen des EuGH vom 11.1.2005, Rs C-26/03 "Stadt Halle", Rdnri 34 bis 36 gemeinschaftsrechtlich geboten.

3.2 Inhaltliche Beurteilung des Antrags

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 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 Nichtigkeitserklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. 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 Nichtigkeitserklärung 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 Nichtigkeitserklärung 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 Nichtigkeitserklärung 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.

Voranzustellen ist weiters, dass der eV - Antrag zur Zahl N/0108- BVA/08/2008 nach seinem objektiven Zweck nur das auf Nichtigkeitserklärung lautende Rechtsgestaltungsbegehren der Drittantragstellerin gegen die Aufforderung zur Angebotsabgabe an die am*** GmbH sichern soll, sofern eben als Verfahrensergebnis zu N/0076 bis 0081- BVA/08/2008 hervorkommen sollte, dass die dort angefochtene Aufforderung zur Angebotsabgabe nicht mit erga omnes - Wirkung nichtig erklärt würde - in einem solchem Fall erschiene die Aufforderung zur Angebotsabgabe an die am*** GmbH nämlich bereits auf Grund dieser anderen Nachprüfungsverfahren aufgehoben. So lange daher in den Verfahren N/0076 bis 0081-BVA/08/2008 nicht entschieden ist, kann daher maW der Drittantragstellerin auch das berechnete Interesse an der (Einzel-) Anfechtung der Aufforderung an die am*** GmbH nicht abgesprochen werden, zumal ja gerade die BBG in ihren Eingaben vertritt, es gebe keine einheitlichen Märkte für Stents aller Hersteller.

Rücksichtlich der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu Gunsten der am*** GmbH war unter Abweisung des Primär- und Mehrbegehrens die Aussetzung des insoweit geführten Vergabeverfahrens mit Ausnahme der Durchführung eines Widerrufsprozederes zu verfügen, da auf Basis der bislang bekannten bzw bescheinigten Tatsachen nicht ausgeschlossen werden kann, dass zwischen der Auftraggeberin und der am*** GmbH Handlungen vorgenommen werden könnten, die sich nachmalig als rechtsnachteilig für die Drittantragstellerin herausstellen könnten, bevor über den Nachprüfungsantrag zu N/0108-BVA/08/2008 entschieden ist.

Dies insbesondere auch deshalb, da die BBG der Antragstellerin bislang noch keinen vollstreckbaren vorläufigen Unterlassungsvergleich in Notariatsaktsform iS einer Zusicherung der Unterlassung der Fortführung des Vergabeverfahrens angeboten hat, was rechtsvergleichend zu einer Gerichtspraxis zum UWG - OGH 9.3.1999, 5 Ob 227/98p, 7 Ob 78/96f uva - allenfalls zum Entfall der Tatbegehungs- bzw Wiederholungsgefahr und damit zum Entfall des gerechtfertigten Interesses an einer eV führen hätte können. Die Verhängung einer (weiteren) Sicherungsmaßnahme zu Gunsten der (Dritt-) Antragstellerin war auch nicht zu versagen, weil bereits eine andere Sicherungsmaßnahme zu Gunsten der Drittantragstellerin besteht, da der insoweit relevante eV-Bescheid vom 30.7.2008, N/0078-BVA/08/2008-EV131 wegfallen könnte, bevor über den hier gegenständlichen Nachprüfungsantrag abgesprochen ist. Insoweit erscheinen auch gegenständlich parallele Sicherungsmaßnahmen zur Gewährung des effektiven einstweiligen Primärrechtsschutzes geboten - siehe dazu nur vergleichend VwGH 11.12.2007, AW 2007/04/0054-4.

Dass "Aussetzen" dabei synonym mit "Unterbrechen" zu verstehen ist, ergibt sich aus der Rückübersetzung des Richtlinienbegriffs "Aussetzen" aus dem romanischen Sprachbereich.

Diese Maßnahme war als notwendiges Mittel zu verhängen, um beim vorliegenden Vergabesachverhalt, bei dem insbesondere auch die Frage der Substituierbarkeit der von der (Dritt-) Antragstellerin und am*** vertriebenen strittigen Medizinprodukte besteht, zu vermeiden, dass die Antragstellerin Geschäftsnachteile erleidet, bevor geklärt ist, ob die von ihr vertriebenen Produkte mit denjenigen der am*** GmbH substituierbar sind, so dass insoweit ein vergaberechtlicher Parallelwettbewerb geboten und damit das Verhandlungsverfahren mit der am*** GmbH allein unzulässig wäre. Dem Primärbegehren war wegen des bei der am*** GmbH seitens der Auftraggeberin bereits am 11.7.2008 geöffneten Angebots nicht stattzugeben.

Das Mehrbegehren war abzuweisen, da derzeit keine Interessensbeeinträchtigung der Antragstellerin durch einen Widerruf erkennbar ist;

und ausgehend vom Zweck der eV - als der Absicherung des jeweils gestellten Rechtsgestaltungsbegehrens in dem hier relevanten Nachprüfungsverfahren derzeit nur die an die am*** GmbH ad personam gerichtete Aufforderung zur Angebotsabgabe angefochten ist.

Die beim bescheinigten Sachverhalt vorgenommene Betrachtungsweise nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt ergibt sich aus den §§ 6,7 und 879 ABGB iVm dem grundsätzlich zwingenden Charakter des BVergG 2006, wobei zB auch der EuGH in der Rs C-454/06 in der Rdnr 48 eindeutig eine Beurteilung von Vergabesachverhalten nach den wirtschaftlich wahren Verhältnissen - und gerade nicht nach dem geschaffenen Anschein (der Vergaberechtsfreiheit) verlangt. IdS judiziert auch der VfGH eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamts zur Gewährung von effektiven Primärrechtsschutz - VfGH B1160/00. Die beim bescheinigten Sachverhalt vorgenommene Betrachtungsweise nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt ergibt sich aus den Paragraphen 6,,7 und 879 ABGB in Verbindung mit dem grundsätzlich zwingenden Charakter des BVergG 2006, wobei zB auch der EuGH in der Rs C-454/06 in der Rdnr 48 eindeutig eine Beurteilung von Vergabesachverhalten nach den wirtschaftlich wahren Verhältnissen - und gerade nicht nach dem geschaffenen Anschein (der Vergaberechtsfreiheit) verlangt. IdS judiziert auch der VfGH eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamts zur Gewährung von effektiven Primärrechtsschutz - VfGH B1160/00.

Die ausgesprochenen Sicherungsmaßnahmen wurden vor dem Hintergrund der derzeit gegenüber dem Bundesvergabeamt zumindest bescheinigten Sachverhalt ausgesprochen, wobei das Bundesvergabeamt diesbezüglich - im Verfahrensregime des AVG - den aufgezeigten, zumindest bescheinigten Sachverhalt unbeschadet teilweise vorgebrachter sonstiger Nachteilsbefürchtungen auf Basis des Gebots der Gewährung von effektivem Primärrechtsschutz vor dem Hintergrund der Richtlinie 89/665/EWG amtswegig verwertet hat.

Schlagworte

Aussetzen, Aussetzung;

Zuletzt aktualisiert am

16.10.2008

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at