

TE Verg Bescheid 2008/7/18 N/0082-BVA/04/2008-EV19

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.07.2008

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

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

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 gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr.17/2006 idFBGBl I Nr. 86/2007 (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senats 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend den Beschaffungsvorgang „Gesamtvertrag Direktversorgung mit Medizinprodukten (Versorgung von Colo-, Ileo- und Urostomieversorgung, ableitenden und saugenden Inkontinenzbedarfs)“ der als Antragsgegner genannten 1) Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau Körperschaft des öffentlichen Rechts, Linke Wienzeile 48-52, 1061 Wien, 2) Pensionsversicherungsanstalt (PVA), Friedrich-Hillegeist-Straße 1, 1021 Wien, 3) Kärntner Gebietskrankenkasse (KGKK), Kempfstrasse 8, 9021 Klagenfurt am Wörthersee, 4) Niederösterreichische Gebietskrankenkasse (NÖGKK), Kremser Landstraße 3, 3100 St. Pölten, 5) Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK), Esterhazyplatz 3, 7000 Eisenstadt, 6) Oberösterreichische Gebietskrankenkasse (OÖGKK), Gruberstraße 77, 4021 Linz, 7) Salzburger Gebietskrankenkasse (SGKK), Engelbert-

Weiß-Weg 10, 5020 Salzburg, 8) Steiermärkische Gebietskrankenkasse (STGKK), Josef-Pongratz-Platz 1, 8011 Graz, 9) Tiroler Gebietskrankenkasse (TGKK), Klara-Pölt-Weg 2, 6010 Innsbruck, 10) Wiener Gebietskrankenkasse (WGKK), Wienerbergstraße 15-19, 1100 Wien, 11) Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA), Wiedner Hauptstraße 84-86, 1051 Wien, 12) Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), Ghegastraße 1, 1030 Wien, 13) Versicherungsanstalt des österreichischen Notariats (VANotariat), Florianigasse 2, 1080 Wien, 14) Betriebskrankenkasse der Wiener Verkehrsbetriebe (BKKVB), Leebgasse 17, 1101 Wien, 15) Betriebskrankenkasse Austria Tabak, Thaliastraße 125b, 1160 Wien, 16) Betriebskrankenkasse Mondi, Theresienthalstraße 50, 3363 Ulmerfeld-Hausmening, 17) Betriebskrankenkasse Zeltweg, Alpinestraße 1, 8740 Zeltweg und 18) Betriebskrankenkasse Kapfenberg, Friedrich-Böhler-Straße 11, 8605 Kapfenberg, 19) Versicherungsanstalt öffentlicher Bediensteter (BVA), Josefstädter Straße 80, 1080 Wien, sämtliche vertreten durch Y***, sowie 20) Allgemeine Unfallversicherungsanstalt (AUVA), Adalbert-Stifter-Straße 65, 1201 Wien, 21) Vorarlberger Gebietskrankenkasse (VGKK), Jahngasse 4, 6850 Dornbirn und 22) Betriebskrankenkasse voestalpine Bahnsysteme, Kerpelystraße 201, 8700 Leoben, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 7. Juli 2008, eingelangt am 8. Juli 2008, verbessert eingebracht am 11. Juli 2008, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senats 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend den Beschaffungsvorgang „Gesamtvertrag Direktversorgung mit Medizinprodukten (Versorgung von Colo-, Ileo- und Urostomieversorgung, ableitenden und saugenden Inkontinenzbedarfs)“ der als Antragsgegner genannten 1) Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau Körperschaft des öffentlichen Rechts, Linke Wienzeile 48-52, 1061 Wien, 2) Pensionsversicherungsanstalt (PVA), Friedrich-Hillegeist-Straße 1, 1021 Wien, 3) Kärntner Gebietskrankenkasse (KGKK), Kempfstrasse 8, 9021 Klagenfurt am Wörthersee, 4) Niederösterreichische Gebietskrankenkasse (NÖGKK), Kremser Landstraße 3, 3100 St. Pölten, 5) Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK), Esterhazyplatz 3, 7000 Eisenstadt, 6) Oberösterreichische Gebietskrankenkasse (OÖGKK), Gruberstraße 77, 4021 Linz, 7) Salzburger Gebietskrankenkasse (SGKK), Engelbert-Weiß-Weg 10, 5020 Salzburg, 8) Steiermärkische Gebietskrankenkasse (STGKK), Josef-Pongratz-Platz 1, 8011 Graz, 9) Tiroler Gebietskrankenkasse (TGKK), Klara-Pölt-Weg 2, 6010 Innsbruck, 10) Wiener Gebietskrankenkasse (WGKK), Wienerbergstraße 15-19, 1100 Wien, 11) Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA), Wiedner Hauptstraße 84-86, 1051 Wien, 12) Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), Ghegastraße 1, 1030 Wien, 13) Versicherungsanstalt des österreichischen Notariats (VANotariat), Florianigasse 2, 1080 Wien, 14) Betriebskrankenkasse der Wiener Verkehrsbetriebe (BKKVB), Leebgasse 17, 1101 Wien, 15) Betriebskrankenkasse Austria Tabak, Thaliastraße 125b, 1160 Wien, 16) Betriebskrankenkasse Mondi, Theresienthalstraße 50, 3363 Ulmerfeld-Hausmening, 17) Betriebskrankenkasse Zeltweg, Alpinestraße 1, 8740 Zeltweg und 18) Betriebskrankenkasse Kapfenberg, Friedrich-Böhler-Straße 11, 8605 Kapfenberg, 19) Versicherungsanstalt öffentlicher Bediensteter (BVA), Josefstädter Straße 80, 1080 Wien, sämtliche vertreten durch Y***, sowie 20) Allgemeine Unfallversicherungsanstalt (AUVA), Adalbert-Stifter-Straße 65, 1201 Wien, 21) Vorarlberger Gebietskrankenkasse (VGKK), Jahngasse 4, 6850 Dornbirn und 22) Betriebskrankenkasse voestalpine Bahnsysteme, Kerpelystraße 201, 8700 Leoben, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 7. Juli 2008, eingelangt am 8. Juli 2008, verbessert eingebracht am 11. Juli 2008, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, „Der Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau sowie (nach der Verbesserung) der 2) Pensionsversicherungsanstalt (PVA), Friedrich-Hillegeist-Straße 1, 1021 Wien, 3) Kärntner Gebietskrankenkasse (KGKK), Kempfstrasse 8, 9021 Klagenfurt am Wörthersee, 4) Niederösterreichische Gebietskrankenkasse (NÖGKK), Kremser Landstraße 3, 3100 St. Pölten, 5) Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK), Esterhazyplatz 3, 7000 Eisenstadt, 6) Oberösterreichische Gebietskrankenkasse (OÖGKK), Gruberstraße 77, 4021 Linz, 7) Salzburger Gebietskrankenkasse (SGKK), Engelbert-Weiß-Weg 10, 5020 Salzburg, 8) Steiermärkische Gebietskrankenkasse (STGKK), Josef-Pongratz-Platz 1, 8011 Graz, 9) Tiroler Gebietskrankenkasse (TGKK), Klara-Pölt-Weg 2, 6010 Innsbruck, 10) Wiener Gebietskrankenkasse (WGKK), Wienerbergstraße 15-19, 1100 Wien, 11) Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA), Wiedner Hauptstraße 84-86, 1051 Wien, 12) Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), Ghegastraße 1, 1030 Wien, 13) Versicherungsanstalt des österreichischen Notariats (VANotariat), Florianigasse 2, 1080 Wien, 14) Betriebskrankenkasse der Wiener Verkehrsbetriebe (BKKVB), Leebgasse 17, 1101 Wien, 15) Betriebskrankenkasse Austria Tabak, Thaliastraße 125b, 1160 Wien, 16) Betriebskrankenkasse Mondi,

Theresienthalstraße 50, 3363 Ulmerfeld-Hausmening, 17) Betriebskrankenkasse Zeltweg, Alpinestraße 1, 8740 Zeltweg, 18) Betriebskrankenkasse Kapfenberg, Friedrich-Böhler-Straße 11, 8605 Kapfenberg, 19) Allgemeine Unfallversicherungsanstalt (AUVA), Adalbert-Stifter-Straße 65, 1201 Wien, 20) Vorarlberger Gebietskrankenkasse (VGKK), Jahngasse 4, 6850 Dornbirn, 21) Versicherungsanstalt öffentlicher Bediensteter (BVA), Josefstädter Straße 80, 1080 Wien und 22) Betriebskrankenkasse voestalpine Bahnsysteme, Kerpelystraße 201, 8700 Leoben, wird im Verfahren zur Vergabe von „Gesamtvertrag Direktversorgung mit Medizinprodukten (Versorgung von Colo-, Ileo- und Urostomieversorgung, ableitenden und saugenden Inkontinenzbedarfs)“, bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabebeamten im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution untersagt, das gesamte Vergabeverfahren fortzusetzen“, wird stattgegeben.

Den als Antragsgegner bezeichneten 1) Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau Körperschaft des öffentlichen Rechts, Linke Wienzeile 48-52, 1061 Wien, 2) Pensionsversicherungsanstalt (PVA), Friedrich-Hillegeist-Straße 1, 1021 Wien, 3) Kärntner Gebietskrankenkasse (KGKK), Kempfstrasse 8, 9021 Klagenfurt am Wörthersee, 4) Niederösterreichische Gebietskrankenkasse (NÖGKK), Kremser Landstraße 3, 3100 St. Pölten, 5) Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK), Esterhazyplatz 3, 7000 Eisenstadt, 6) Oberösterreichische Gebietskrankenkasse (OÖGKK), Gruberstraße 77, 4021 Linz, 7) Salzburger Gebietskrankenkasse (SGKK), Engelbert-Weiß-Weg 10, 5020 Salzburg, 8) Steiermärkische Gebietskrankenkasse (STGKK), Josef-Pongratz-Platz 1, 8011 Graz, 9) Tiroler Gebietskrankenkasse (TGKK), Klara-Pölt-Weg 2, 6010 Innsbruck, 10) Wiener Gebietskrankenkasse (WGKK), Wienerbergstraße 15-19, 1100 Wien, 11) Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA), Wiedner Hauptstraße 84-86, 1051 Wien, 12) Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), Ghegastraße 1, 1030 Wien, 13) Versicherungsanstalt des österreichischen Notariats (VANotariat), Florianigasse 2, 1080 Wien, 14) Betriebskrankenkasse der Wiener Verkehrsbetriebe (BKKVB), Leebgasse 17, 1101 Wien, 15) Betriebskrankenkasse Austria Tabak, Thaliastraße 125b, 1160 Wien, 16) Betriebskrankenkasse Mondi, Theresienthalstraße 50, 3363 Ulmerfeld-Hausmening, 17) Betriebskrankenkasse Zeltweg, Alpinestraße 1, 8740 Zeltweg, 18) Betriebskrankenkasse Kapfenberg, Friedrich-Böhler-Straße 11, 8605 Kapfenberg, 19) Allgemeine Unfallversicherungsanstalt (AUVA), Adalbert-Stifter-Straße 65, 1201 Wien, 20) Vorarlberger Gebietskrankenkasse (VGKK), Jahngasse 4, 6850 Dornbirn, 21) Versicherungsanstalt öffentlicher Bediensteter (BVA), Josefstädter Straße 80, 1080 Wien und 22) Betriebskrankenkasse voestalpine Bahnsysteme, Kerpelystraße 201, 8700 Leoben, wird für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens untersagt, das gegenständliche „Vergabeverfahren“ fortzusetzen.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1 und 329 Abs 1, 2 und 3 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 328, Absatz eins und 329 Absatz eins, 2 und 3 BVergG

Begründung

Die A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 7. Juli 2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 8. Juli 2008, verbessert mit Schriftsatz vom 11. Juli 2008, einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben, sowie Anträge auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe und sonstiger diverser eventualiter gestellter Nichtigerklärungen, auf diverse Feststellungen, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren.

Mit Schriftsatz vom 7. Juli 2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 8. Juli 2008, brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass sie ein Unternehmen sei, das unter anderem die Lieferung von Heilmitteln einschließlich von Medizinprodukten zur Colo-, Ileo- und Urostomieversorgung, ableitenden und saugenden Inkontinenzbedarfs etc am Markt anbietet. Sie habe daher Interesse, die hier relevanten Aufträge auszuführen.

Am 17.6.2008 habe die Antragstellerin gerüchteweise gehört, dass der Hauptverband der Sozialversicherungsträger (in der Folge HV) beabsichtige, einen Rahmenvertrag über die Lieferung von Stoma-Produkten zur Versorgung von künstlichen Darmausgängen und Inkontinenzartikeln zu vergeben. Diese Produkte hätten demnach im Wege des Versandhandels an Dritte ausgeliefert werden sollen. Der geschätzte Auftragswert – soweit für die Antragstellerin erkennbar – belaufe sich auf mindestens Euro 230.000,-- (ohne USt).

Der HV führe jedoch kein Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durch. Im Gegenteil würde der HV ein Verfahren ohne jegliche Öffentlichkeit durchführen. Die Antragstellerin habe daher am 18.6.2008 die Wirtschaftskammer Steiermark, Landesinnung der Augenoptiker, Orthopädietechniker, Bandagisten und Hörgeräteakustiker, über die gerüchteweise bekannt gewordenen Absichten des HV informiert. Die

Wirtschaftskammer habe daraufhin mit Schreiben vom 19.6.2008 den HV mit den dargestellten Gerüchten konfrontiert und ersucht, von der möglichen Vergabe Abstand zu nehmen. Der HV habe diese Gerüchte mit Schreiben vom 20.6.2008 nicht dementiert, sondern lediglich folgendes mitgeteilt:

Betreff: Abschluss von Direktversorgungsverträgen mit einzelnen

Unternehmen

Bezug: Ihr Schreiben vom 19. Juni 2008/Mag. XXXBezug: Ihr Schreiben vom 19. Juni 2008/Mag. römisch 30

Sehr geehrte Damen und Herren!

Zu Ihrem Schreiben dürfen wir Ihnen mitteilen, dass keine Versandhandelsorganisation bei bzw. mit den genannten Unternehmen besteht, auch das von Ihnen übermittelte Schreiben des Wirtschaftsministeriums beschäftigt sich nur mit anzupassenden "Heilbehelfen". Der Hauptverband ist sehr daran interessiert, faire und wettbewerbsneutrale Rahmenbedingungen im gegebenen Markt zu beachten, wir stehen den Vertretern der Wirtschaftskammer daher gerne für Gespräche zur Verfügung und haben dies auch schon unter Beweis gestellt. Da Sie in Ihrem Schreiben die Möglichkeit eines vergaberechtlichen Verfahrens andeuten, bitten wir jedoch um Verständnis, dass wir diesbezüglich keine Äußerungen im Vorfeld abgeben können.

Der Antragstellerin sei nicht bekannt gewesen, ob der HV ein oder mehrere Unternehmer zu diesem Vergabeverfahren eingeladen habe. Aufgrund von Gerüchten habe jedoch die Vermutung bestanden, dass der Antragstellerin namentlich bekannte Firmen zum Vergabeverfahren eingeladen worden seien. Ob eine schriftliche Aufforderung zur Angebotsabgabe bestehe und welchen Inhalt diese gegebenenfalls habe bzw. gehabt haben könnte, sei der Antragstellerin nicht bekannt. Die Antragstellerin habe daher auch nicht gewusst, ob eine und gegebenenfalls welche Teilnahme- oder Angebotsfrist für die Abgabe allfälliger Teilnahmeanträge oder Angebote bestanden hätte.

Aus diesem Grund habe die Antragstellerin am 23.6.2008 einen entsprechenden Nachprüfungsantrag und Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim Bundesvergabeamt eingebracht. Dieser richte sich gegen den Auftraggeber "Hauptverband der Sozialversicherungsträger" und laufe unter der GZ. N/0070- BVA/02/2008. Das Bundesvergabeamt habe im bezeichneten Verfahren am 30.6.2008 eine einstweilige Verfügung erlassen. Im erwähnten EV-Bescheid gehe das BVA davon aus, dass der Hauptverband der Österreichischen Sozialversicherungsträger sowie die Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau als Auftraggeber der gegenständlich in Prüfung gezogenen Beschaffungsvorgänge anzusehen seien. Wem im konkreten Fall die Auftraggebereigenschaft zukomme, könne im Provisorialverfahren nicht abschließend geprüft werden. Diese Prüfung erfolge im Rahmen des Hauptverfahrens.

Diese Beurteilung durch das Bundesvergabeamt gründe offenbar auf den Ausführungen des Antragsgegners in der Stellungnahme vom 25.6.2008. Darin heiße es:

Für diese Zwecke sei bei der Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau ein rechtlich unselbständiges „Competence Center (CC) Heilbehelfe/Hilfsmittelstelle“ eingerichtet, zu dessen Kompetenzen unter anderem die Ausarbeitung bzw. Überarbeitung und Verhandlung von Gesamtverträgen zählen.

Das CC habe auf Ersuchen der B*** um Abschluss von Verträgen zur Belieferung von Anspruchsberechtigten mit Medizinprodukten für die Colo-, Ileo- und Urostomieversorgung sowie für die Versorgung mit Produkten aus dem Bereich des ableitenden und saugenden Inkontinenzbedarfs vertragsvorbereitende Maßnahmen in der Form gesetzt, dass die CC einen entsprechenden Entwurf ausgearbeitet habe, welcher vom HV allen Versicherungsträgern zur Stellungnahme bis 16.6.2008 zugeleitet worden sei. Ein Teil der Krankenversicherungsträger hätten dem Vertragsentwurf bereits zugestimmt.

Da die Antragstellerin mit Zustellung des genannten EV-Bescheides erstmals Kenntnis von jedenfalls einem möglichen anderen Auftraggeber, nämlich der Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau, erhalten habe, bringe sie nun die gegenständlichen Anträge ein.

Da im oben genannten EV-Bescheid von "einzelnen Krankenversicherungsträgern" die Rede sei, welche angeblich Auftraggeber seien, hätte die Antragstellerin auch diese einzelnen Krankenversicherungsträger als Auftraggeber bezeichnet. Eine nähere Konkretisierung der einzelnen Krankenversicherungsträger könne erst nach vollständiger Vorlage des Vergabeaktes erfolgen.

Falls die Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau sowie die (Anm: in der Verbesserung genannten)

einzelnen Krankenversicherungsträger ihre Entscheidung, den verfahrensgegenständlichen Auftrag in einem Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung und überhaupt ohne jegliche Öffentlichkeit zu vergeben, aufrecht halte, so verletze sie das Recht der Antragstellerin auf Beteiligung an einem rechtskonformen Vergabeverfahren und deren Chance auf Erhalt des Zuschlags. Der monetäre Schaden sei mangels Kenntnis des konkreten Auftragsgegenstandes nicht genau bezifferbar. Selbst wenn die bestehenden Tarife durch diesen Vertrag bzw. diese Verträge nicht angegriffen werden sollten, wäre nach kurzer Anlaufphase mit einer dramatischen Umlenkung der zur Bewilligung eingesandten Verordnungsscheine zu rechnen. In diesem Fall rechne die Antragstellerin mit einem Umsatzrückgang von ca. Euro 1.500.000,-- Falls die Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau sowie die Anmerkung, in der Verbesserung genannten) einzelnen Krankenversicherungsträger ihre Entscheidung, den verfahrensgegenständlichen Auftrag in einem Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung und überhaupt ohne jegliche Öffentlichkeit zu vergeben, aufrecht halte, so verletze sie das Recht der Antragstellerin auf Beteiligung an einem rechtskonformen Vergabeverfahren und deren Chance auf Erhalt des Zuschlags. Der monetäre Schaden sei mangels Kenntnis des konkreten Auftragsgegenstandes nicht genau bezifferbar. Selbst wenn die bestehenden Tarife durch diesen Vertrag bzw. diese Verträge nicht angegriffen werden sollten, wäre nach kurzer Anlaufphase mit einer dramatischen Umlenkung der zur Bewilligung eingesandten Verordnungsscheine zu rechnen. In diesem Fall rechne die Antragstellerin mit einem Umsatzrückgang von ca. Euro 1.500.000,--

.

Die vergabegegenständlichen Leistungen würden einen wesentlichen Teil des Umsatzes der Antragstellerin darstellen, sodass diese gezwungen sein könnte, 35 MitarbeiterInnen zu kündigen. In weiter Folge könnte der Antragstellerin auch ein (teilweiser) Verlust ihrer wirtschaftlich/finanziellen sowie technischen Leistungsfähigkeit drohen. Schließlich drohe jedenfalls ein Schaden durch den Verlust eines wesentlichen Referenzprojektes.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere der Wahl eines Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung und auf Beteiligung an einem solchen, unter anderem gem. § 19 Abs 1 BVergG, verletzt. Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere der Wahl eines Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung und auf Beteiligung an einem solchen, unter anderem gem. Paragraph 19, Absatz eins, BVergG, verletzt.

Die Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau sowie die (Anm: in der Verbesserung genannten) einzelnen Krankenversicherungsträger würden die Vergabe von Aufträgen in einem Verfahren unter Beteiligung von einem oder mehreren Unternehmern beabsichtigen. Diese würden daher ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung oder eine Direktvergabe durchführen. Aus Gründen der anwaltlichen Vorsicht würden zunächst die gesondert anfechtbare Entscheidung der Aufforderung zur Angebotsabgabe gem. § 2 Z 16 lit a sublit ee BVergG einschließlich der darin festgelegten Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung, angefochten. Darüber hinaus würden eventualiter auch die Entscheidung der Wahl der Direktvergabe gem. § 2 Z 16 lit a sublit nn BVergG angefochten. Für den Fall, dass das Bundesvergabeamt die auftragsgegenständliche Leistung als nicht prioritäre Dienstleistung qualifizieren sollte, würde auch die Entscheidung der genannten Antragsgegner angefochten, ein Verfahren ohne Bekanntmachung durchzuführen, die Ausschreibung, sowie die Entscheidung, die Antragstellerin nicht zur Angebotsabgabe bzw. zu Verhandlungen oder dergleichen einzuladen. Die Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau sowie die Anmerkung, in der Verbesserung genannten) einzelnen Krankenversicherungsträger würden die Vergabe von Aufträgen in einem Verfahren unter Beteiligung von einem oder mehreren Unternehmern beabsichtigen. Diese würden daher ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung oder eine Direktvergabe durchführen. Aus Gründen der anwaltlichen Vorsicht würden zunächst die gesondert anfechtbare Entscheidung der Aufforderung zur Angebotsabgabe gem. Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e, BVergG einschließlich der darin festgelegten Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung, angefochten. Darüber hinaus würden eventualiter auch die Entscheidung der Wahl der Direktvergabe gem. Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, n, n, BVergG angefochten. Für den Fall, dass das Bundesvergabeamt die auftragsgegenständliche Leistung als nicht prioritäre Dienstleistung qualifizieren sollte, würde auch die Entscheidung der genannten Antragsgegner angefochten, ein Verfahren ohne Bekanntmachung durchzuführen, die Ausschreibung, sowie die Entscheidung, die Antragstellerin nicht zur Angebotsabgabe bzw. zu Verhandlungen oder dergleichen einzuladen.

Die Antragstellerin beabsichtigte, gegen die sich an der gegenständlichen Vergabe beteiligenden Unternehmer eine Klage auf Unterlassung nach UWG geltend zu machen. Da ein derartiger Anspruch jedoch nach § 341 Abs 2 BVergG

eine vorhergehende Feststellung des Bundesvergabeamtes voraussetze, dass die Wahl der Direktvergabe bzw. des Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht zu Recht erfolgt sei, beantrage die Antragstellerin unter einem eine entsprechende Feststellung des Bundesvergabeamtes. Die Antragstellerin beabsichtige, gegen die sich an der gegenständlichen Vergabe beteiligenden Unternehmer eine Klage auf Unterlassung nach UWG geltend zu machen. Da ein derartiger Anspruch jedoch nach Paragraph 341, Absatz 2, BVergG eine vorhergehende Feststellung des Bundesvergabeamtes voraussetze, dass die Wahl der Direktvergabe bzw. des Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht zu Recht erfolgt sei, beantrage die Antragstellerin unter einem eine entsprechende Feststellung des Bundesvergabeamtes.

Insoweit § 312 Abs 3 Z 3 BVergG eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes nur nach Zuschlagserteilung vorsehe, bringe die Antragstellerin vor, dass diese Beschränkung als gemeinschaftsrechtswidrig nicht anzuwenden sei. Insoweit Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes nur nach Zuschlagserteilung vorsehe, bringe die Antragstellerin vor, dass diese Beschränkung als gemeinschaftsrechtswidrig nicht anzuwenden sei.

Die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung sei nur aus den in den §§ 29 Abs 2 bzw. 30 Abs 2 BVergG sowie aus den in § 38 Abs 2 und 3 BVergG genannten Gründen zulässig. Keiner dieser Gründe liege jedoch gegenständlich vor. Die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung sei bzw. wäre somit rechtswidrig. Es liege auch keine Vergabe eines Direktverrechnungsvertrages vor, der nach einer Entscheidung des BVA vom 20.10.2005, 07N-83/05-33, zulässig wäre. Die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung sei nur aus den in den Paragraphen 29, Absatz 2, bzw. 30 Absatz 2, BVergG sowie aus den in Paragraph 38, Absatz 2 und 3 BVergG genannten Gründen zulässig. Keiner dieser Gründe liege jedoch gegenständlich vor. Die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung sei bzw. wäre somit rechtswidrig. Es liege auch keine Vergabe eines Direktverrechnungsvertrages vor, der nach einer Entscheidung des BVA vom 20.10.2005, 07N-83/05-33, zulässig wäre.

Gemäß § 41 Abs 2 BVergG sei die Wahl der Direktvergabe nur bei einem geschätzten Auftragswert von Euro 40.000,-- (sowie bei bestimmten aus Gemeinschaftsmitteln ko-finanzierten Projekten) zulässig. Der geschätzte Auftragswert belaufe sich jedoch – soweit für die Antragstellerin erkennbar – auf ein Vielfaches dieses Betrages. Die Wahl der Direktvergabe sei bzw. wäre daher rechtswidrig. Gemäß Paragraph 41, Absatz 2, BVergG sei die Wahl der Direktvergabe nur bei einem geschätzten Auftragswert von Euro 40.000,-- (sowie bei bestimmten aus Gemeinschaftsmitteln ko-finanzierten Projekten) zulässig. Der geschätzte Auftragswert belaufe sich jedoch – soweit für die Antragstellerin erkennbar – auf ein Vielfaches dieses Betrages. Die Wahl der Direktvergabe sei bzw. wäre daher rechtswidrig.

Für den Fall, dass das Bundesvergabeamt die auftragsgegenständliche Leistung als nicht prioritäre Dienstleistung qualifizieren sollte, werde eventualiter vorgebracht, dass gemäß § 141 Abs 2 und 3 BVergG sowie der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes derartige Dienstleistungsaufträge grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet sei, zu vergeben seien. Von einer Bekanntmachung könne nur in wenigen Ausnahmefällen abgesehen werden. Die Entscheidung der Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau sowie einzelner bestimmter Krankenversicherungsträger n. n., ein Verfahren ohne Bekanntmachung durchzuführen, die Entscheidung der Ausschreibung, sowie die Entscheidung die Antragstellerin nicht zur Angebotsabgabe bzw. zu Verhandlungen oder dergleichen einzuladen, sei bzw. wären daher rechtswidrig. Für den Fall, dass das Bundesvergabeamt die auftragsgegenständliche Leistung als nicht prioritäre Dienstleistung qualifizieren sollte, werde eventualiter vorgebracht, dass gemäß Paragraph 141, Absatz 2 und 3 BVergG sowie der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes derartige Dienstleistungsaufträge grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet sei, zu vergeben seien. Von einer Bekanntmachung könne nur in wenigen Ausnahmefällen abgesehen werden. Die Entscheidung der Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau sowie einzelner bestimmter Krankenversicherungsträger n. n., ein Verfahren ohne Bekanntmachung durchzuführen, die Entscheidung der Ausschreibung, sowie die Entscheidung die Antragstellerin nicht zur Angebotsabgabe bzw. zu Verhandlungen oder dergleichen einzuladen, sei bzw. wären daher rechtswidrig.

Die Antragstellerin habe mit Zustellung des Bescheides auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu N/0070-BVA/02/2008 am 30.6.2008 von möglichen anderen Auftraggebern Kenntnis erlangt. Die Frist für die Anfechtung der Wahl der Direktvergabe könne daher frühestens am 7.7.2008 enden.

Das bisherige Vorbringen werde auch zum Vorbringen für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben. Halte der Auftraggeber seine angefochtenen Entscheidungen aufrecht, so verletze er damit das Recht der Antragstellerin auf Beteiligung an einem rechtskonformen Vergabeverfahren und damit deren Chance auf Zuschlagserhalt. In diesem Fall entstünde der Antragstellerin auch ein Schaden in der Höhe des entgangenen Deckungsbeitrages bzw. Gewinns. Weiters würde der Antragstellerin und vor allem deren MitarbeiterInnen ein Schaden in Gestalt ihrer Kündigung bzw. des drohenden teilweisen Verlustes der wirtschaftlich/finanziellen sowie technischen Leistungsfähigkeit drohen. Darüber hinaus drohe ein Schaden durch Verlust einer Vielzahl von Referenzprojekten. Dem stünden keine besonderen Interessen des Auftraggebers oder der Öffentlichkeit entgegen.

Jeder öffentliche Auftraggeber habe mit der Möglichkeit eines Nachprüfungsverfahrens einschließlich der Verzögerung des Verfahrens durch eine einstweilige Verfügung zu rechnen. Dies sei bei der Zeitplanung der Ausschreibung entsprechend zu berücksichtigen. Auch in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter sei ein öffentliches Interesse zu erblicken, welches bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen sei.

Mit Schriftsatz vom 10. Juli 2008 erteilte die Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau allgemeine Auskünfte zum "Vergabeverfahren" und legte die "Unterlagen des Vergabeverfahrens" vor. Der Antragsgegner führte aus, dass es ihm mangels Vorliegens eines Beschaffungsvorgangs im Sinne des Vergaberechtes unmöglich sei, auftragsgemäß die vom BVA geforderten allgemeinen Auskünfte zu einem Vergabeverfahren zu erteilen. Aus diesem Grund müssten sich die Ausführungen des Auftraggebers auf eine allgemein gehaltene Darstellung des Sachverhalts beschränken.

Der Hauptverband der Österreichischen Sozialversicherungsträger (in der Folge HV), in welchem alle österreichischen Sozialversicherungsträger zusammengefasst seien, sei gemäß § 31 Abs 3 Z 5 ASVG ausdrücklich zur Vertretung der Sozialversicherungsträger "in gemeinsamen Angelegenheiten" berufen. In diesem Sinne schließe der HV auch in Vertretung der einzelnen Sozialversicherungsträger Gesamt- bzw. Rahmenverträge gemäß §§ 338 ff ASVG (insbesondere § 349 Abs 3 ASVG betreffend andere Vertragspartner) ab. Der HV dürfe die einzelnen Sozialversicherungsträger beim Abschluss der Verträge gemäß § 349 ASVG nur vertreten, wenn diese ihre Zustimmung zum jeweiligen Vertragsabschluss erteilt hätten. Der Hauptverband der Österreichischen Sozialversicherungsträger (in der Folge HV), in welchem alle österreichischen Sozialversicherungsträger zusammengefasst seien, sei gemäß Paragraph 31, Absatz 3, Ziffer 5, ASVG ausdrücklich zur Vertretung der Sozialversicherungsträger "in gemeinsamen Angelegenheiten" berufen. In diesem Sinne schließe der HV auch in Vertretung der einzelnen Sozialversicherungsträger Gesamt- bzw. Rahmenverträge gemäß Paragraphen 338, ff ASVG (insbesondere Paragraph 349, Absatz 3, ASVG betreffend andere Vertragspartner) ab. Der HV dürfe die einzelnen Sozialversicherungsträger beim Abschluss der Verträge gemäß Paragraph 349, ASVG nur vertreten, wenn diese ihre Zustimmung zum jeweiligen Vertragsabschluss erteilt hätten.

Als Gesamtverträge würden jene Verträge bezeichnet, welchen alle in Betracht kommenden Sozialversicherungsträger ihre Zustimmung erteilt hätten, als Rahmenverträge würden jene bezeichnet, welchen nur ein Teil der Träger ihre Zustimmung erteilt hätte.

Der HV sei aber nicht dazu berufen, Maßnahmen der einzelnen Sozialversicherungsträger betreffend die Bereitstellung von verfahrensgegenständlichen "Heilbehelfe/Hilfsmittel" im Auftrag und in Vertretung der Krankenversicherungsträger vorzubereiten. Zu diesem Zweck sei bei der Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau ein (rechtlich unselbständiges) Competenz Center (CC) „Heilbehelfe/Hilfsmittel“ eingerichtet. Dessen Kernleistungen würden die Erarbeitung und Abstimmung einheitlicher Leistungskataloge der Sozialversicherungsträger aus den Angeboten der Hersteller/Vertreiber von Medizinprodukten bzw. der Vertragspartner, die Ausarbeitung/Überarbeitung und Verhandlung von Gesamtverträgen, die leistungsrechtliche Abklärung von Produkten, den Betrieb, die Wartung und Weiterentwicklung der zentralen Datenbank für Heilbehelfe und Hilfsmittel sowie die Durchführung von Vertragspartner- und Versorgungskontrollen, umfassen. Diese Kernleistungen würden allen Krankenversicherungsträgern als Kunden des CC angeboten.

Der HV lasse allen in Betracht kommenden Sozialversicherungsträgern einen Vertragsentwurf mit dem Ersuchen um Stellungnahme zukommen. Nach Einlagen der Stellungnahmen bzw. nach (Nicht-)Erteilung der Zustimmung durch die einzelnen Sozialversicherungsträger werde der Beschluss gefasst, dass der HV - in Vertretung der zustimmenden Träger - den jeweiligen Vertrag unterzeichne.

Die B*** sei an das CC mit dem Ersuchen um Abschluss von Verträgen zur Belieferung von Anspruchsberechtigten mit

Medizinprodukten für die Colo-, Ileo- und Urostomieversorgung sowie für die Versorgung von Produkten aus dem Bereich des ableitenden und saugenden Inkontinenzbedarfes herangetreten. Angesichts seines Leistungskataloges habe ausschließlich das bei der Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau angesiedelte CC vertragsvorbereitenden Maßnahmen gesetzt, einen entsprechenden Entwurf für einen Direktverrechnungsvertrag ausgearbeitet und dem HV mit der Bitte übermittelt, den Entwurf allen Krankenversicherungsträgern zur Stellungnahme weiterzuleiten. Diesem Ersuchen sei der HV mit Schreiben vom 02.06.2008 nachgekommen. Die Frist für das Einlangen der Stellungnahmen der einzelnen Krankenversicherungsträger habe am 16.06.2008 geendet.

Im gegebenen Zusammenhang sei wesentlich, dass die Verträge der einzelnen Sozialversicherungsträger zu ihren Vertragspartnern nach herrschender Lehre zivilrechtlich nicht als Leistungs- oder Lieferungsverträge, sondern als Vorverträge zu Gunsten Dritter im Rahmen der Bemühungspflichten der Versicherung zur Gestaltung der Sachleistungsvorsorge zu beurteilen seien. Nach dieser Konzeption würden die Vertragspartner von den Krankenversicherungsträgern verpflichtet, mit den Anspruchsberechtigten Verträge abzuschließen. Das Vertragsverhältnis betreffend den Bezug der Sachleistung (angebliches Beschaffungsverhältnis) entstehe somit nicht zwischen den einzelnen Krankenversicherungsträgern und dem jeweiligen Anbieter, sondern zwischen dem anspruchsberechtigten Patienten und dem jeweiligen Anbieter, welcher seine Leistungen im Einklang mit dem Vertrag zu den Krankenversicherungsträgern (Gesamt- bzw. Rahmenvertrag) abzuwickeln habe und die von der Krankenversicherung zu tragenden Kosten direkt mit dem betroffenen Krankenversicherungsträger vertragskonform abrechne. Die Krankenversicherungsträger würden sohin nicht „beschaffen“, sondern lediglich Anbieter „organisieren“, bei welchen die Anspruchsberechtigten bei Bedarf die jeweilige Leistung zu standardisierten Bedingungen abrufen könnten. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers des ASVG solle die österreichische Krankenversicherung den Heilbedarf des Versicherten bzw. der Anspruchsberechtigten grundsätzlich in Form von Sachleistungen decken. Zu diesem Zweck verschaffe der Sozialversicherungsträger dem Versicherten die Krankenbehandlung über eigene Einrichtungen zu deren Lasten oder über „seine Vertragspartner“ gegen direkte Verrechnung der Kosten mit dem Vertragspartner.

Die Krankenversicherungsträger seien verpflichtet, für die Krankenbehandlung der Versicherten und ihrer Familienangehörigen ausreichend Vorsorge zu treffen. Nach herrschender Auffassung müssten die Sachleistungen aber nicht in „natura“ erbracht werden. Soweit die Krankenversicherungsträger nicht eigene Einrichtungen (Ambulatorien) betreiben würden, in welchen entsprechende Krankenbehandlungen angeboten würden, würden diese ihrer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung betreffend die Vorsorge für die Krankenbehandlung dadurch nachkommen, dass diese entweder

- -Strichaufzählung
Verträge mit Dritten schließen, in welchen sich diese dazu bereit erklären würden, Krankenbehandlungen an die Anspruchsberechtigten auf Kosten des Versicherungsträgers zu erbringen, oder
- -Strichaufzählung
die Kosten der privaten Inanspruchnahme von Krankenbehandlungen erstatten würden.

Das System der "Gesamt- und Einzelverträge" sei auch für das Verhältnis der Krankenversicherungsträger zu den Erbringern von Heilbehelfen und Hilfsmitteln vorgesehen. Aus diesem Grund sei das Sachleistungsprinzip auch bei den Heilbehelfen dadurch gekennzeichnet, dass der Krankenversicherungsträger lediglich die erforderlichen organisatorischen Maßnahmen zu treffen habe, um die Sachgüter oder Dienstleistungen auf Rechnung des Krankenversicherungsträgers zu sichern. Der OGH habe in diesem Sinne bereits mehrmals bestätigt, dass die Anspruchsberechtigten keinen durchsetzbaren Anspruch auf Sachleistung hätten. Ein klagbarer Anspruch bestünde nur im Hinblick auf die Übernahme der Kosten.

Bei den verfahrensgegenständlichen Verträgen handle es sich daher um Direktverrechnungsverträge, welche nicht in den Anwendungsbereich des BVergG fallen würden. Dies hätten sowohl der VfGH (25.11.2002, B 146/00) als auch das BVA (20.10.2005, 07N- 83/05-33) klargestellt.

Auftraggeber für die Lieferung der verfahrensgegenständlichen Produkte sei jeweils der Versicherte, für den der Krankenversicherungsträger unter bestimmten Voraussetzungen die Kosten bzw einen Zuschuss zu leisten habe. Durch die bestehende bzw beabsichtigte Gesamtlösung werde für bestimmte Fälle eine Direktverrechnung der Zuschussleistungen geregelt. Ein solcher Direktverrechnungsvertrag betreffe daher nicht entgeltliche Lieferungen an

die Krankenversicherungsträger, sondern bloß die Abwicklung des dem Versicherten zustehenden Zuschusses. Der Abschluss eines Direktversicherungsvertrages unterliege somit keinesfalls dem sachlichen Geltungsbereich des BVergG.

Im Zusammenhang mit der Abwicklung der Leistungsverpflichtung zwischen dem Krankenversicherungsträger und dem Versicherten hätten die Krankenversicherungsträger - vertreten durch den HV - eine Vereinbarung geschlossen bzw. würden sie deren Abschluss beabsichtigen, auf Grund welcher der Kostenzuschuss für Heilbehelfe und Hilfsmittel zu den in der Anlage der jeweiligen Vereinbarung angeführten Tarifsätzen von den Krankenversicherungsträgern mit dem jeweiligen Vertragspartner direkt verrechnet würde. Die Anspruchsberechtigten bedürften, um in den Genuss des Erhalts des Zuschusses zu gelangen, einer ärztlichen Verordnung. Mit einem derartigen Vertrag werde seitens der Krankenversicherungsträger aber weder generell für den Einzelfall ein Auftrag zur Erbringung einer Leistung erteilt. Auftraggeber für die Lieferung der vertragsgegenständlichen Produkte sei jeweils der Versicherte, für den der Krankenversicherungsträger unter bestimmten Voraussetzungen die Kosten bzw. einen Zuschuss für seine Anschaffung zu leisten habe. Durch die bestehende bzw. beabsichtigte Gesamtlösung werde für bestimmte Fälle eine Direktverrechnung der Zuschussleistungen geregelt. Ein solcher Direktverrechnungsvertrag betreffe daher nichtentgeltliche Lieferungen an die Krankenversicherungsträger, sondern bloß die Abwicklung des dem Versicherten gegenüber dem Krankenversicherungsträger zustehenden Zuschusses. Der Abschluss eines Direktverrechnungsvertrages unterliege somit keinesfalls dem sachlichen Geltungsbereich des BVergG. Entgegen den Behauptungen der Antragstellerin handle es sich bei den verfahrensgegenständlichen Verträgen bzw. Vertragsentwürfen um Vorverträge zu Gunsten Dritter bzw. Direktverrechnungsverträge, welche nicht dem Vergaberegime unterliegen würden.

Hintergrund der Direktverrechnungsverträge mit einzelnen Lieferanten sei die Realisierung von Kostensenkungen, zumal der einzelne Vertragspartner Vertragsbedingungen biete, die im Vergleich zu anderen Vertragspartnern (zB. Bundesinnung der Orthopädietechniker) eine Ersparnis von bis zu 20% bedeuten würden. Kein verfahrensgegenständlicher Gesamt- oder Rahmenvertrag im sozialversicherungsrechtlichen Sinn sehe eine Exklusivitätsklausel zu Gunsten des jeweiligen Vertragspartners der einzelnen Krankenversicherungsträger vor. Die Anspruchsberechtigten der Krankenversicherungsträger seien demnach nicht verpflichtet, die vertragsgegenständlichen Leistungen bei dem konkreten Vertragspartner der Krankenversicherungsträger zu kaufen. Diese könnten nach wie vor die Sachleistung bei einem Bandagisten beziehen, welcher dem zB. Bundes- oder Landesinnung der Orthopädietechniker bestehenden Verträge unterliege und zu den darin vorgesehenen Konditionen die nachgefragten Sachleistungen erbringe.

Wie die Vertragspartner könne im Übrigen auch jeder andere befugte Anbieter (zB. Bandagist) der vertragsgegenständlichen Leistungen an die Krankenversicherungsträger herantreten und den Abschluss eines solchen Vertrages zu gleichwertigen Konditionen anbieten. Biete der Abschluss eines solchen Vertrages den Anspruchsberechtigten und den Krankenversicherungsträgern dieselben Vorteile (Kostensenkung), stehe einem Vertragsabschluss seitens der Krankenversicherungsträger - vertreten durch den HV - nichts entgegen.

Alle Anträge der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 07.07.2008 seien auch aus weiteren Gründen ab- bzw. zurückzuweisen. Dies betreffe vor allem eine mögliche Verfristung der Anträge bzw. unrichtige Nichtigerklärungs- bzw. Feststellungstatbestände. Insbesondere werde die Antragsgegnerin den Nachweis dafür zu führen haben, dass alle relevanten vergaberechtlichen Vorgaben von der Antragsgegnerin in der Sache selbst eingehalten würden. Bei den verfahrensgegenständlichen Gesamt- bzw. Rahmenverträgen würde es sich nämlich entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin nicht um Lieferaufträge, sondern entweder um nicht prioritäre Dienstleistungen oder um Dienstleistungskonzessionsverträge handeln. Hiezu werde vor allem auf das jüngste Vorabentscheidungsersuchen des OLG Düsseldorf einzugehen sein. Sämtliche Anträge der Antragstellerin wären sowohl bei Einordnung als nicht prioritäre Dienstleistung als auch bei Einordnung als Dienstleistungskonzession, ab - bzw. zurückzuweisen.

Zur Interessensabwägung sei festzuhalten, dass es notorisch sei, dass sich die Krankenversicherungsträger in nachhaltigen finanziellen Schwierigkeiten befänden. Die einzelnen Krankenversicherungsträger seien daher gezwungen, neue Mittel aufzutreiben bzw. die Kosten zu senken. Bei der Wiener Gebietskrankenkasse werde im Februar 2009 ein Schuldenstand von EURO 617 Millionen erreicht. Der derzeitige Schuldenstand betrage EURO 543 Millionen, somit 22 % des Jahresumsatzes. Insgesamt betrage der Liquiditätsbedarf aller Krankenkassen zusammen EURO 1 Milliarde. Vor diesem Hintergrund würden die Krankenversicherungsträger unter anderem durch ein

gemeinsames, abgestimmtes Vorgehen im Rahmen von sogenannten Gesamt- oder Rahmenverträgen mit den einzelnen Anbietern von Heilbehelfen/Hilfsmittel Synergiepotentiale suchen und andere Kosteneinsparungen realisieren.

Durch die verfahrensgegenständlichen Verträge gelinge es den beteiligten Krankenversicherungsträgern bei den Sachleistungen für Heilbehelfe/Hilfsmittel eine Kostenreduzierung im Vergleich zu bestehenden Verträge im Ausmaß von durchschnittlich 20 % zu generieren. Die Erlassungen einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens würde den Einsparungseffekt um zumindest EURO 5 Mio. zunichte machen.

Unter öffentlichen Interessen seien die Gefährdung von Leib, Leben, Gesundheit und Eigentum sowie die Gefährdung volkswirtschaftlicher Interessen zu verstehen. Durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung wären (mittelbar) sowohl Leib, Leben, Gesundheit als auch (unmittelbar) volkswirtschaftliche Interessen gefährdet. Das Bundesvergabeamt habe in diesem Sinne bereits festgestellt, dass eine zusätzliche Belastung des Bundeshaushalts durch eine Verzögerung eines Vertragsabschlusses insbesondere ein öffentliches Interesse darstellen könne. Einem Antrag auf Erlassung im einstweiligen Verfügen sei dann nicht statt zu geben, wenn der Schaden des Auftraggebers bei weitem den Schaden des Antragstellers überwiegen würde. Das Interesse der Antragsgegnerin bzw. der Krankenversicherungsträger, die Kosten für Heilbehelfe und Hilfsmittel zu senken, sei wesentlich höher einzustufen, als die von der Antragstellerin geltend gemachten Interessen an entgangenem Gewinn bzw. Deckungsbeitrag. Die Antragstellerin gehe ja selbst von aufrechten Vertragsverhältnissen mit den Krankenversicherungsträgern aus, aus denen sie offensichtlich laufend Gewinne erziele.

Mit Schriftsatz vom 11. Juli 2008 brachte die Antragstellerin die ihr auftragene Verbesserung ein. Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahren seien neben der bereits bezeichneten Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau folgende Versicherungsträger:

1. 1.)1,ins,
Allgemeine Unfallversicherungsanstalt AUVA Adalbert-Stifter-Straße 65,1201 Wien

1. 2.)2,
Pensionsversicherungsanstalt (PVA) Friedrich-Hillegeist-Straße 1, 1021 Wien

1. 3.)3,
Kärntner Gebietskrankenkasse (KGKK)

Kämpfstraße 8, 9021 Klagenfurt

1. 4.)4,
Niederösterreichische Gebietskrankenkasse (NÖGKK) Kremser Landstraße 3, 3100 St. Pölten

1. 5.)5,
Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK)

Esterházyplatz 3, 7000 Eisenstadt

1. 6.)6,
Oberösterreichische Gebietskrankenkasse (OÖGKK) Gruberstraße 77, 4021 Linz

1. 7.)7,
Salzburger Gebietskrankenkasse (SGKK) Engelbert-Weis-Weg 10, 5020 Salzburg

1. 8.)8,
Steiermärkische Gebietskrankenkasse (STGKK) Josef-Pongratz-Platz 1, 8011 Graz

1. 9.)9,
Tiroler Gebietskrankenkasse (TGKK)

Klara-Pölt-Weg 2, 6010 Innsbruck

1. 10.)10,
Vorarlberger Gebietskrankenkasse (VGKK)

Jahngasse 4, 6850 Dornbirn

1. 11.)11,
Wiener Gebietskrankenkasse (WGKK)

Wienerbergstraße 15-19, 1100 Wien

1. 12.)12,
Sozialversicherungsanstalt der Gewerblichen Wirtschaft (SVA) Wiedner Hauptstraße 84-86, 1051 Wien
1. 13.)13,
Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB)

Ghegastraße 1, 1030 Wien

1. 14.)14,
Versicherungsanstalt öffentlicher Bediensteter (BVA) Josefstädter Straße 80, 1080 Wien
1. 15.)15,
Versicherungsanstalt des österreichischen Notariats (VANotariat)

Florianigasse 2, 1080 Wien

1. 16.)16,
Betriebskrankenkasse der Wr. Verkehrsbetriebe (BKKVB) Leebgasse 17, 1101 Wien
1. 17.)17,
Betriebskrankenkasse Austria Tabak

Thaliastraße 125b, 1160 Wien

1. 18.)18,
Betriebskrankenkasse Mondi Theresienthalstraße 50, 3363 Ulmerfeld-Hausmening
1. 19.)19,
Betriebskrankenkasse Voest Alpine Bahnsystem Kerpelystraße 201, 8700 Leoben
1. 20.)20,
Betriebskrankenkasse Zeltweg

Alpinestraße 1, 8740 Zeltweg

1. 21.)21,
Betriebskrankenkasse Kapfenberg Friedrich-Böhler-Straße 11, 8605 Kapfenberg

Dies seien alle dem Hauptverband angehörenden Sozialversicherungsträger. Dies ergebe sich einerseits aus der Stellungnahme der Erstantragsgegnerin vom 10.7.2008, wonach der Hauptverband der Österreichischen Sozialversicherungsträger „in Vertretung der einzelnen Sozialversicherungsträger Gesamt- bzw. Rahmenverträge gemäß §§ 338 ff ASVG“ abschließe. Weiters gebe die Erstantragsgegnerin darin bekannt, dass „Gesamtverträge jene Verträge bezeichnen würden, welchen alle in Betracht kommenden Sozialversicherungsträger ihre Zustimmung erteilt hätten und Rahmenverträge jene Verträge bezeichnen würden, welche nur ein Teil der in Betracht kommenden Sozialversicherungsträger ihre Zustimmung erteilt hätten“. Auf Seite 5 ihrer Stellungnahme teile die Erstantragsgegnerin zum Prozedere des Abschlusses vom Gesamt- bzw. Rahmenverträgen mit, dass vom Verbandsvorstand der Beschluss gefasst werde, dass der Hauptverband – in Vertretung der zustimmenden Sozialversicherungsträger – den jeweiligen Gesamt- bzw. Rahmenvertrag unterzeichne. Weiters gehe aus der Stellungnahme hervor, dass die B*** um Abschluss von Gesamtverträgen für die umseits bezeichneten Leistungen ersucht habe. Dies seien alle dem Hauptverband angehörenden Sozialversicherungsträger. Dies ergebe sich einerseits aus der Stellungnahme der Erstantragsgegnerin vom 10.7.2008, wonach der Hauptverband der Österreichischen Sozialversicherungsträger „in Vertretung der einzelnen Sozialversicherungsträger Gesamt- bzw. Rahmenverträge gemäß Paragraphen 338, ff ASVG“ abschließe. Weiters gebe die Erstantragsgegnerin darin bekannt, dass „Gesamtverträge jene Verträge bezeichnen würden, welchen alle in Betracht kommenden Sozialversicherungsträger ihre Zustimmung erteilt hätten und Rahmenverträge jene Verträge bezeichnen würden, welche nur ein Teil der in

Betracht kommenden Sozialversicherungsträger ihre Zustimmung erteilt hätten“. Auf Seite 5 ihrer Stellungnahme teile die Erstantragsgegnerin zum Prozedere des Abschlusses vom Gesamt- bzw. Rahmenverträgen mit, dass vom Vorstand der Beschluss gefasst werde, dass der Hauptverband – in Vertretung der zustimmenden Sozialversicherungsträger – den jeweiligen Gesamt- bzw. Rahmenvertrag unterzeichne. Weiters gehe aus der Stellungnahme hervor, dass die B*** um Abschluss von Gesamtverträgen für die umseits bezeichneten Leistungen ersucht habe.

Zudem sei der Antragstellerin im Rahmen eines weiteren, derzeit beim Bundesvergabeamt anhängigen Vergabekontrollverfahrens (N/0070-BVA/02/2008) drei Entwürfe für Gesamtentwürfe bekannt geworden, welche der Hauptverband als Antragsgegner im dortigen Verfahren vorgelegt habe. Bei dem, das gegenständliche Nachprüfungsverfahren betreffenden Entwurf für einen Gesamtvertrag, abgeschlossen zwischen dem Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger mit Zustimmung und Wirkung für alle dem Hauptverband angehörigen Sozialversicherungsträger, habe folgenden Gegenstand: Versorgung der Versicherten der Versicherungsträger und deren anspruchsberechtigten Angehörigen mit Colo-, Ileo- und Urostomieversorgung (Medizinprodukten) Beilage 1; Entwurf Gesamtvertrag „Versorgung mit ableitenden Inkontinenzprodukten (Medizinprodukten), Beilage 2; Entwurf Gesamtvertrag „Versorgung der Versicherten der Versicherungsträger und deren anspruchsberechtigten Angehörigen mit saugenden Inkontinenzprodukten (Medizinprodukten), Beilage 3.

Mit Schriftsatz vom 15.7.2008 brachte die Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter (BVA) vor, dass die Aufgabe der Betreuung der einschlägigen Leistungsthemen der eigens dafür geschaffenen Competenc Center der Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau (VAEB) übertragen worden sei. Die BVA habe keine detaillierten Informationen über die Vorgangsweise, die in den gegenständlichen Vertragsentwurf gemündet hätte. Sie könne daher weder konkrete Angaben erstatten noch Unterlagen zur Verfügung stellen. Die BVA verfüge lediglich über den Entwurf des Gesamtvertrages und habe ihre Zustimmung zu den darin abgebildeten Ergebnissen bzw die Möglichkeit eines Beitrittes signalisiert.

Mit Schriftsatz vom 15. Juli 2008 brachten 1.) die Pensionsversicherungsanstalt (PVA), Friedrich-Hillegeist-Straße 1, 1021 Wien, 2.) die Kärntner Gebietskrankenkasse (KGKK), Kempfstrasse 8, 9021 Klagenfurt, die Niederösterreichische Gebietskrankenkasse (NÖGKK) Kremser Landstraße 3, 3100 St. Pölten,

1. 4.)4,

die Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK), Esterhazyplatz 3, 7000 Eisenstadt, 5.) die Oberösterreichische Gebietskrankenkasse (OÖGKK), Gruberstraße 77, 4021 Linz, 6.) die Salzburger Gebietskrankenkasse (SGKK), Engelbert-Weiß-Weg 10, 5020 Salzburg, 7.) die Steiermärkische Gebietskrankenkasse (STGKK), Josef-Pongratz-Platz 1, 8011 Graz, 8.) die Tiroler Gebietskrankenkasse (TGKK), Klara-Pölt-Weg 2, 6010 Innsbruck, 9.) die Wiener Gebietskrankenkasse (WGKK), Wienerbergstraße 15-19, 1100 Wien, 10.) die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA), Wiedner Hauptstraße 84-86, 1051 Wien, 11.) die Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), Ghegastraße 1, 1030 Wien, 12.) die Versicherungsanstalt des österreichischen Notariats (VANotariat), Florianigasse 2, 1080 Wien, 13.) die Betriebskrankenkasse der Wiener Verkehrsbetriebe (BKKVB), Leebgasse 17, 1101 Wien, 14.) die Betriebskrankenkasse Mondi, Theresienthalstraße 50, 3363 Ulmerfeld-Hausmening, 15.) die Betriebskrankenkasse Zeltweg, Alpinestraße 1, 8740 Zeltweg, und

2. 16.)16,

Betriebskrankenkasse Kapfenberg, Friedrich-Böhler-Straße 11, 8605 Kapfenberg, sämtliche nunmehr vertreten durch Y***, eine Stellungnahme ein. Hinsichtlich der aufgetragenen Aktenvorlage verweise sie auf die bereits von der Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau vorgelegten Unterlagen.

Mangels Vorliegen eines Beschaffungsvorganges im Sinne des Vergaberechts durch die Antragsgegnerin sei es dieser unmöglich, die geforderten allgemeinen Auskünfte zu einem Vergabeverfahren zu erteilen.

Zu den vom Hauptverband übermittelten Vertragsentwürfen hätte die jeweilige Antragsgegnerin wie folgt Position bezogen:

Pensionsversicherungsanstalt (PVA):

Als Pensionsversicherungsanstalt erbringe PVA keine Krankenversicherungsleistungen.

Kärntner Gebietskrankenkasse (KGKK):

Die KGKK habe den Vertragsentwürfen keine Zustimmung erteilt und niemals die Absicht gehabt, einem solchen Vertrag ihre Zustimmung zu erteilen bzw. beizutreten.

Niederösterreichische Gebietskrankenkasse (NÖGKK):

Die NÖGKK habe ihre Zustimmung zu den Vertragsentwürfen erteilt.

Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK):

Die BGKK habe den Vertragsentwürfen mit Ausnahme des Gesamtvertrages über saugenden Inkontinenzbedarf ihre Zustimmung erteilt.

Oberösterreichische Gebietskrankenkasse (OÖGKK):

Die OÖGKK habe den Vertragsentwürfen keine Zustimmung erteilt und die Erteilung der Zustimmung nur in Erwägung gezogen, falls diese Versorgungsmöglichkeit zusätzlich zu bereits bestehenden Versorgungssystemen angeboten würden.

Salzburger Gebietskrankenkasse (SGKK):

Die SGKK habe den Vertragsentwürfen keine Zustimmung erteilt und niemals die Absicht gehabt, einem solchen Vertrag ihre Zustimmung zu erteilen bzw. beizutreten.

Steiermärkische Gebietskrankenkasse (STGKK):

Die STGKK habe den Vertragsentwürfen keine Zustimmung erteilt, aber – mit Ausnahme des Bereiches der saugenden Inkontinenz – ihr Interesse bekundet.

Tiroler Gebietskrankenkasse (TGKK):

Die TGKK habe den Vertragsentwürfen keine Zustimmung erteilt und niemals die Absicht gehabt, einem solchen Vertrag ihre Zustimmung zu erteilen bzw. beizutreten.

Wiener Gebietskrankenkasse (WGKK):

Die WGKK habe den Vertragsentwürfen keine Zustimmung erteilt und niemals die Absicht gehabt, einem solchen Vertrag ihre Zustimmung zu erteilen bzw. beizutreten.

Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA):

Die SVA habe ihre Zustimmung zu den Vertragsentwürfen erteilt.

Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB):

Die SVB habe den Vertragsentwürfen keine Zustimmung erteilt und niemals die Absicht gehabt, einem solchen Vertrag ihre Zustimmung zu erteilen bzw. beizutreten.

Versicherungsanstalt des österreichischen Notariats (VANotariat):

Als Pensionsversicherungsanstalt erbringe VANotariat keine Krankenversicherungsleistungen.

Betriebskrankenkasse der Wr. Verkehrsbetriebe (BKKVB):

Die BKKVB habe den Vertragsentwürfen keine Zustimmung erteilt und niemals die Absicht gehabt, einem solchen Vertrag ihre Zustimmung zu erteilen bzw. beizutreten.

Betriebskrankenkasse Mondi:

Die BKK Mondi habe ihre Zustimmung zu den Vertragsentwürfen erteilt.

Betriebskrankenkasse Zeltweg:

Die BKK Zeltweg habe den Vertragsentwürfen keine Zustimmung erteilt und niemals die Absicht gehabt, einem solchen Vertrag ihre Zustimmung zu erteilen bzw. beizutreten.

Betriebskrankenkasse Kapfenberg:

Die BKK Kapfenberg habe den Vertragsentwürfen keine Zustimmung erteilt und niemals die Absicht gehabt, einem solchen Vertrag ihre Zustimmung zu erteilen bzw. beizutreten.

Die Anbieter von Gesundheitsdienstleistungen wie Ärzte, Apotheker, Bandagisten, Orthopädietechniker usw. seien nicht Erfüllungsgehilfen des Krankenversicherungsträgers, sondern selbständige Partner des Behandlungsvertrages mit dem Patienten. Die Rahmenbedingungen für die Behandlungsverträge würden nach den gesetzlichen Bestimmungen nach den §§ 338 ff ASVG vereinbart. Für Krankenanstalten sei dies nicht anders. Die gesetzlich begründete Beziehung aus dem Sozialversicherungsrecht – der Sozialversicherungsschutz beruhe auf Gesetz, nicht auf Versicherungsverträgen – sei etwas anderes als die privatrechtliche Beziehung aus dem Behandlungsvertrag. Im Übrigen erschöpfte sich das Vorbringen in der Stellungnahme vom 15. Juli 2008 auf eine Wiederholung der Vorbringen im Schriftsatz vom 10. Juli 2008. Die Anbieter von Gesundheitsdienstleistungen wie Ärzte, Apotheker, Bandagisten, Orthopädietechniker usw. seien nicht Erfüllungsgehilfen des Krankenversicherungsträgers, sondern selbständige Partner des Behandlungsvertrages mit dem Patienten. Die Rahmenbedingungen für die Behandlungsverträge würden nach den gesetzlichen Bestimmungen nach den Paragraphen 338, ff ASVG vereinbart. Für Krankenanstalten sei dies nicht anders. Die gesetzlich begründete Beziehung aus dem Sozialversicherungsrecht – der Sozialversicherungsschutz beruhe auf Gesetz, nicht auf Versicherungsverträgen – sei etwas anderes als die privatrechtliche Beziehung aus dem Behandlungsvertrag. Im Übrigen erschöpfte sich das Vorbringen in der Stellungnahme vom 15. Juli 2008 auf eine Wiederholung der Vorbringen im Schriftsatz vom 10. Juli 2008.

Mit Schriftsatz vom 16. Juli 2008 brachte die Betriebskrankenkasse Austria Tabak, Thaliastraße 125b, 1160 Wien, eine Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein. Neben einer Wiederholung der mit Schriftsatz vom 15. Juli 2008, OZ 14, erstatteten Vorbringen, brachte der Antragsgegnervertreter ergänzend vor, dass die Betriebskrankenkasse Austria Tabak zu den vom Hauptverband übermittelten Vertragsentwürfen ihre Zustimmung erteilt habe. Die Betriebskrankenkasse Austria Tabak beantrage die Zurück- in eventu die Abweisung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Mit Schriftsatz vom 17. Juli 2008 brachte die Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter (BVA), Josefstädter Straße 80, 1081 Wien, eine Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein. Neben einer Wiederholung der mit Schriftsätzen OZ 14 und 15 jeweils erstatteten Vorbringen, brachte der Antragsgegnervertreter ergänzend vor, dass die BVA zu den vom Hauptverband übermittelten Vertragsentwürfen zu dem darin abgebildeten Ergebnis ihre Zustimmung bzw die Möglichkeit eines Eintrittes signalisiert habe. Die BVA beantrage die Zurück- in eventu die Abweisung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Rechtliche Würdigung:

Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Ob der von der Antragstellerin genannte Beschaffungsvorgang in den sachlichen Geltungsbereich des BVergG fällt oder nicht, kann im Zuge des Provisorialverfahrens aufgrund der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit nicht abschließend geklärt werden. Nach Angaben der Antragsgegner soll es sich gegenständlich um einen sog. Direktverrechnungsvertrag handeln, der nicht dem Anwendungsbereich des BVergG unterliege. Die Klärung dieser Frage bleibt dem Hauptverfahren vorbehalten.

Auch die Frage, wer tatsächlich Auftraggeber des gegenständlichen Beschaffungsvorganges ist, wird im Hauptverfahren zu klären sein. Die Antragstellerin hat 22 Antragsgegner genannt. Wer aber tatsächlich den Beschaffungsvorgang durchführt bzw welche der genannten Antragsgegner einem möglichen Vertrag beitreten, ist zum derzeitigen Zeitpunkt reine Spekulation.

Bei den von der Antragstellerin in ihrem Antrag bzw in der Verbesserung genannten insgesamt 22 Antragsgegnern handelt es sich aber grundsätzlich um öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl BVA vom 7.6.2004, 07N-39/04-29 u.a.). Bei den von der Antragstellerin in ihrem Antrag bzw in der Verbesserung genannten insgesamt 22 Antragsgegnern handelt es sich aber grundsätzlich um öffentliche Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA vom 7.6.2004, 07N-39/04-29 u.a.).

Die Antragstellerin bezeichnet den verfahrensgegenständlichen Auftrag als Lieferauftrag (siehe Antrag vom 7.7.2008, OZ 1). Die Antragsgegner gehen in ihren Stellungnahmen, siehe zB Schriftsatz vom 10.7.2008 (OZ 6), hingegen vom Vorliegen einer nichtprioritären Dienstleistung bzw einer Dienstleistungskonzession aus. Auch die Klärung dieser Frage bleibt dem Hauptverfahren vorbehalten.

Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens wurde von der Antragstellerin mit zumindest € 230.000,- ohne USt angegeben und wäre somit vom Vorliegen eines Verfahrens im Oberschwellenbereich auszugehen.

Der gegenständliche Gesamtvertrag befindet sich derzeit (nach den vorgelegten Unterlagen) im Entwurfsstadium. Ein „Zuschlag“ wurde nach Auskunft der Antragsgegner noch nicht erteilt, das „Verfahren“ auch nicht widerrufen. Das Bundesvergabeamt geht im Provisorialverfahren – unvorgreiflich anderer Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens – vorläufig davon aus, dass seine Zuständigkeit zur Überprüfung des Beschaffungsvorganges und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG gegeben ist. Der gegenständliche Gesamtvertrag befindet sich derzeit (nach den vorgelegten Unterlagen) im Entwurfsstadium. Ein „Zuschlag“ wurde nach Auskunft der Antragsgegner noch nicht erteilt, das „Verfahren“ auch nicht widerrufen. Das Bundesvergabeamt geht im Provisorialverfahren – unvorgreiflich anderer Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens – vorläufig davon aus, dass seine Zuständigkeit zur Überprüfung des Beschaffungsvorganges und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, B-VG gegeben ist.

Die Verfahrensart (Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung, Direktvergabe etc) ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht feststellbar. Bei den von der Antragstellerin angefochtenen Entscheidungen handelt es sich hingegen jedenfalls um gesondert anfechtbare Entscheidungen gemäß § 2 Z 16 lit a BVergG. Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Die Verfahrensart (Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung, Direktvergabe etc) ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht feststellbar. Bei den von der Antragstellerin angefochtenen Entscheidungen handelt es sich hingegen jedenfalls um gesondert anfechtbare Entscheidungen gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, BVergG. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG.

Gemäß § 321 Abs 1 Z 7 BVergG sind Anträge auf Nichtigklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich binnen 14 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Antragstellerin hat den Bescheid des BVA, N/00 70-BVA/02/2008 am 30.6.2008 erhalten. Der Nachprüfungsantrag wurde am 7.7.2008 eingebracht und ist daher jedenfalls rechtzeitig. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG sind Anträge auf Nichtigklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich binnen 14 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Antragstellerin hat den Bescheid des BVA, N/00 70-BVA/02/2008 am 30.6.2008 erhalten. Der Nachprüfungsantrag wurde am 7.7.2008 eingebracht und ist daher jedenfalls rechtzeitig.

Die Pauschalgebühr (Anm: für einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich) wurde entrichtet. Der Antrag ist daher zulässig. Die Pauschalgebühr (Anmerkung, für einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich) wurde entrichtet. Der Antrag ist daher zulässig.

Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG 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 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 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 eins, BVergG 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 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes 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 329, Absatz 2, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes 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 leg.cit. 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 Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Nach Paragraph 329, Absatz 3, leg.cit. 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 Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass seitens der Antragsgegner beabsichtigt sein könnte, einen sog. Gesamt- bzw Rahmenvertrag abzuschließen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sich die Antragstellerin an einem rechtskonformen Vergabeverfahren beteiligen könnte und in der Folge auch für einen Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die zeitlich befristete Untersagung der Fortsetzung des „Vergabeverfahrens“ abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass seitens der Antragsgegner beabsichtigt sein könnte, einen sog. Gesamt- bzw Rahmenvertrag abzuschließen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sich die Antragstellerin an einem rechtskonformen Vergabeverfahren beteiligen könnte und in der Folge auch für einen Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die zeitlich befristete Untersagung der Fortsetzung des „Vergabeverfahrens“ abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Antragsgegner sprachen sich gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung aus. Sie brachten hiezu im Wesentlichen vor, dass es notorisch sei, dass sich die Krankenversicherungsträger in größten finanziellen

Schwierigkeiten befänden. Es müssten neue Finanzmittel aufgetrieben bzw Kosten gesenkt werden. Insgesamt liege der Liquiditätsbedarf aller Krankenkassen gemeinsam bei insgesamt € 1 Milliarde. Durch die verfahrensgegenständlichen Verträge gelinge es, den Krankenkassenträgern eine Kostenreduzierung im Vergleich zu bestehenden Gesamtverträgen von durchschnittlich 20% zu generieren. Der jährliche Einsparungseffekt hinsichtlich der Produktgruppe Stoma- und Inkontinenzprodukte sei mit € 686.520,44 zu beziffern. Falls dieser „Schnitt“ auch bei allen anderen Krankenversicherungsträgern greife, betrage das jährliche Einsparungspotenzial bei dieser Produktgruppe ca € 10 Mio. Wenn auch weitere Produktgruppen einbezogen würden, ergäbe sich eine Ausgabenentlastung von etwa € 30 Mio pro Jahr. Die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens würde den Einsparungseffekt um ca € 5 Mio zunichte machen.

Unter öffentlichen Interessen sei auch die Gefährdung volkswirtschaftlicher Interessen zu subsumieren. Es wären mittelbar Leib, Leben und Gesundheit und unmittelbar volkswirtschaftliche Interessen gefährdet. Eine zusätzliche Belastung des Bundeshaushaltes durch eine Verzögerung eines Vertragsabschlusses könne ein öffentliches Interesse darstellen. Darüber hinaus sei einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung dann nicht statt zu geben, wenn der Schaden des Auftraggebers bei Weitem den Schaden des Antragstellers überwiege.

Die Antragstellerin hat den ihr drohenden Schaden dargelegt. Dieser bestehe einerseits im Verlust des Deckungsbeitrages bzw Gewinnes und andererseits im Verlust einer Vielzahl von Referenzprojekten. Überdies würde der Verlust von 35 Arbeitsplätzen drohen. Auch würde der Antragstellerin im Falle des Nichterhaltes des Zuschlages der Verlust ihrer wirtschaftlichen/finanziellen sowie technischen Leistungsfähigkeit drohen. Einer zeitlich befristeten Aussetzung des Vergabeverfahrens würden keine besonderen Interessen der Antragsgegner oder der Öffentlichkeit entgegenstehen.

Hiezu ist Folgendes anzumerken:

Beim Verlust eines Referenzprojektes handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (siehe etwa BVA 21.2.2007, N/0012-BVA/07/2007-EV13; BVA 17.3.2008, N/0029- BV/09/2008-EV12).

Im Rahmen einer einstweiligen Verfügung ist der drohende Schaden (nur) glaubhaft zu machen. Dies hat die Antragstellerin in einer dem Gesetz genügenden Art und Weise auch getan. Das Vorbringen des möglichen Verlustes von 35 Arbeitsplätzen ist zu unsubstanziert, um im Rahmen der Interessensabwägung berücksichtigt werden zu können. Gleiches gilt für das Vorbringen zum angeblich drohenden Verlust der Leistungsfähigkeit der Antragstellerin.

Zu den Vorbringen der Antragsgegner, die sich alle gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung ausgesprochen haben, ist Folgendes anzumerken:

Verfehlt ist das Ansinnen auf Nichterlassung der einstweiligen Verfügung und damit einer Nichtgewährung von Rechtsschutz aus Gründen einer möglichen Kostenersparnis für die öffentliche Hand. Versäumnisse in diesem Bereich können nicht dem Rechtsschutzsuchenden zum Nachteil gereichen.

Weiters ist anzumerken, dass die Erlassung einer einstweiligen Verfügung in der Regel mit einem finanziellen Mehraufwand für den Auftraggeber verbunden sein wird. Wollte man dieses „Faktum“ im Rahmen der Interessenabwägung jedoch als „überwiegend“ werten, würde dies im Ergebnis zu einer - nicht gewollten - völligen Ausschaltung des vorläufigen Rechtsschutzes führen (vgl BVA 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8; BVA 11.12.2006, N/0100- BVA/02/2006-EV10,; BVA 17.3.2008, N/0029-BVA/09/2008-EV12). Weiters ist anzumerken, dass die Erlassung einer einstweiligen Verfügung in der Regel mit einem finanziellen Mehraufwand für den Auftraggeber verbunden sein wird. Wollte man dieses „Faktum“ im Rahmen der Interessenabwägung jedoch als „überwiegend“ werten, würde dies im Ergebnis zu einer - nicht gewollten - völligen Ausschaltung des vorläufigen Rechtsschutzes führen (vergleiche BVA 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8; BVA 11.12.2006, N/0100- BVA/02/2006-EV10,; BVA 17.3.2008, N/0029-BVA/09/2008-EV12).

Wenn die Antragsgegner weiters vorbringen, dass bei Erlassung der einstweiligen Verfügung mittelbar Leib, Leben und Gesundheit gefährdet wären, so stellt dies eine reine Behauptung dar, die durch nichts untermauert wurde. Es ist im Gegenteil davon auszugehen, dass aufgrund der derzeit bestehenden Verträge die Versorgung der Anspruchsberechtigten mit den entsprechenden Medizinprodukten gewährleistet ist.

Im Übrigen ist auch auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur

Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen (vgl. EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG; EuGH 18.6.2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure; BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.v.a.). Im Übrigen ist auch auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen (vergleiche EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG; EuGH 18.6.2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure; BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.v.a.).

Zudem ist auch die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, wonach bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu beachten ist (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01, dem folgend u.a. BVA vom 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.a.). Zudem ist auch die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, wonach bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu beachten ist (vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01, dem folgend u.a. BVA vom 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.a.).

Unter Zugrundelegung des oben Gesagten ist ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung nicht gegeben. Die angeordnete vorläufige Maßnahme ist die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme.

Der Abspruch über den Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG erfolgt im Endbescheid. Der Abspruch über den Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG erfolgt im Endbescheid.

Zuletzt aktualisiert am

23.10.2008

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