

TE Verg Bescheid 2008/7/17 N/0095-BVA/08/2008-EV12, N/0096-BVA/08/2008-EV12, N/0097-BVA/08/2008-EV12

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.07.2008

Norm

BVergG 2006 §328

BVergG 2006 §329

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 8, Mag Reinhard Grasböck gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 als einzelnes Mitglied betreffend die zu obigen Geschäftszahlen protokollierten Nachprüfungsverfahren bezüglich der Auftragsvergabe "Stents" der (öffentlichen) Auftraggeberin und Antragsgegnerin Bundesbeschaffung GmbH (BBG) und der im bezeichneten Vergabeprozedere hier mehrfach angefochtenen Aufforderung zur Angebotsabgabe zu Gunsten bestimmter Unternehmerinnen über die hier seitens der (Zweit-) Antragstellerin BT*** Vertriebs-GmbH am 9.7.2008 per e-mail nach Amtsstundenende eingebrachten und am 10.7.2008 gemäß § 13 Abs 5 AVG protokollierten Anträge 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 die zu obigen Geschäftszahlen protokollierten Nachprüfungsverfahren bezüglich der Auftragsvergabe "Stents" der (öffentlichen) Auftraggeberin und Antragsgegnerin Bundesbeschaffung GmbH (BBG) und der im bezeichneten Vergabeprozedere hier mehrfach angefochtenen Aufforderung zur Angebotsabgabe zu Gunsten bestimmter Unternehmerinnen über die hier seitens der (Zweit-) Antragstellerin BT*** Vertriebs-GmbH am 9.7.2008 per e-mail nach Amtsstundenende eingebrachten und am 10.7.2008 gemäß Paragraph 13, Absatz 5, AVG protokollierten Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie folgt entschieden:

Spruch

Den zu obigen Geschäftszahlen protokollierten Anträgen auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wird unter Abweisung der jeweiligen Mehrbegehren auf uneingeschränkte Untersagung der Vergabeverfahrensfortsetzung dahin stattgegeben, dass der Auftraggeberin untersagt wird, das derzeit von ihr jeweils in Form eines Verhandlungsverfahrens mit nur einem Unternehmer durchgeführte Vergabeverfahren für die Dauer des jeweiligen Nachprüfungsverfahrens betreffend Stents fortzusetzen, dies jeweils mit Ausnahme der Durchführung des Widerrufs; wobei von diesem hier ausgesprochenen Verbot der Vergabeverfahrensfortsetzung die derzeitigen Vergabeverfahren der Auftraggeberin zum Abschluss von Rahmenvereinbarungen betreffend Stents mit jeweils der Bo*** GmbH (Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens N/0096-BVA/08/2008), der M*** Österreich GmbH (Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens N/0095-BVA/08/2008), der Ab*** Ges.m.b.H. (Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens N/0097-BVA/08/2008), der W*** Austria GmbH (Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens N/0098-BVA/08/2008) und der Jo*** Medical Products GmbH (Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens N/0099-BVA/08/2008) umfasst sind.

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

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Verfahrensengang und Sachverhalt

Beim Bundesvergabeamt wurden am 3.7.2008 sechs Nachprüfungsanträge und sechs Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV) gestellt, die die auch hier streitgegenständliche Stentvergabe betreffen.

Bis zum Zeitpunkt dieser Bescheiderlassung wurden danach 15 weitere bezügliche Nachprüfungs- und eV-Anträge eingebracht, darunter hier spruchgegenständlichen eV-Anträge. 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 0099-BVA/08/2008 beim Bundesvergabeamt ein vergaberechtlicher Streit dahin ausgefochten, dass die BBG derzeit in eigenem Namen einen Beschaffungsprozess im Interesse anderer Auftraggeber durchführt, bei dem jedenfalls die beim Bundesvergabeamt 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 röhrenförmige Körper aus Draht bzw Körper mit durchgehenden Rohrwänden insbesondere aus Metall, die in die zu behandelnden Arterien oder sonstige Hohlgorgane des (menschlichen) Körpers eingebracht werden, um am Einsatzort Gefäß- oder sonstige zu behandelnde Körperhohlraumverengungen durch Abstützung der eigenorganischen Hohlraumwände möglichst zurückzudrängen.

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

Gleiches ist in den hier relevanten Verfahren N/0095-0099-BVA/08/2008 der Fall.

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 am 25.6.2008 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, dort ua zur Hubschraubertypenumschulung.

Die durch die Finanzprokuratur vertretene BBG geht auch in entsprechenden Schriftsätzen vom 17.7.2008 zu den Nachprüfungsverfahren N/0085 bis 0094-BVA/08/2008 im Wesentlichen von der fehlenden Substituierbarkeit der Stents je in den Beschaffungsprozess für Stents einbezogenen Unternehmen und je 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 zumindest für dieses Provisorialverfahren, dass die EK als Fusionskontrollbehörde bei Stents von differenzierten Produktmärkten dahin ausgeht, dass erstens bei den kardiologisch benötigten Stents zwischen reinen Metallstents (BMS) und medikamentenbeschichteten Stents (DES) 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 einem vergaberechtlichen Parallelwettbewerb zu rügen.

Dieses Bescheinigungsergebnis wird auch nicht durch den am 17.7.2008 kurz vor erlassung dieses Bescheids eingebrachten Einwendungsschriftsatz zu den Verfahren N/0076 bis 0081- BVA/08/2008 erschüttert, in welchem die zu den gerade genannten Zahlen auf Seiten der BBG beitretende X*** GmbH die fehlende Substituierbarkeit eines von ihr vertriebenen Koronar - Stents offenbar va mit einem Alleinvertriebsrecht für Österreich dartun will, ohne dass dazu in irgendeiner Weise das Alleinvertriebsrecht durch einen - hinsichtlich seiner Zulässigkeit gesondert zu prüfenden - Alleinvertriebsvertrag bescheinigt worden wäre. Die Auftraggeberin vertritt - wiederholend - in ihren Stellungnahmen zu den Nachprüfungsanträgen N/0076 bis 81- BVA/08/2008 vom 15.7.2008 und in ihren Eingaben vom 17.7.2008 zu den Zahlen N/0085 bis 0094-BVA/08/2008 weiterhin den Standpunkt der fehlenden Substituierbarkeit der jeweiligen Stents. Vor dem Hintergrund des aufgezeigt zu Grunde gelegten Bescheinigungsergebnisses ist weiters als bescheinigt anzunehmen, dass die Interessen der jeweiligen Antragsteller beim Bundesvergabeamt durch das gewählte Beschaffungsprozedere grundsätzlich dadurch gefährdet sind, dass mit einzelnen Lieferanten Rahmenvereinbarungen bzw Lieferaufträge kontrahiert werden, die dazu führen können, 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 der hier gegenständlichen Nachprüfungs- und eV-Anträgen und insbesondere die hier spruchgegenständlichen eV-Anträge zu folgenden weiteren Feststellungen:

Mit den Nachprüfungsanträgen zu N/0095 bis N/0099-BVA/08/2008 ficht die (Zweit-) Antragstellerin jeweils die Aufforderung zur Angebotsabgabe zu Gunsten der Antragstellerinnen in den Verfahren N/0076 und 0078 bis 0081/BVA/08/2008 an.

Eine fehlende Substituierbarkeit der Produkte dieser jeweiligen Unternehmerinnen, die hier jeweils gemeinsam mit der Auftraggeberin als dreipersonal streitverfangen zu betrachten sind, ist - gleichfalls- noch nicht bescheinigt.

Die hier antragstellende (Zweit-) Antragstellerin hat nach dieser an sie ergangenen Aufforderung zu Angebotsabgabe nach den - nunmehr - übereinstimmenden Angaben der Auftraggeberin und dieser Antragstellerin kein Angebot gelegt.

Mit eV-Bescheiden zu den Verfahren N/0076 bis 0079-BVA/08/2008 sowie dem weiteren eV-Bescheid zu N/0081-BVA/08/2008 wurde die Öffnung der Angebote im Gesamtbeschaffungsprozess betreffend Stents untersagt, wobei diese eV's partiell wegen irrtümlich durch eine Kanzleikraft des Bundesvergabeamts erfolgter Angebotseröffnung und partiell trotz irrtümlicher Prozessbehauptungen der Auftraggeberin wegen in Wahrheit gar nicht erfolgter Angebotslegung zumindest teilweise gegenstandslos und damit zumindest einer Teilaufhebung anheim gestellt sind; soweit die betroffenen Angebote bislang überhaupt bekannt sind. Dieses Prozedere der Wiederaufnahme bzw (Teil-) Aufhebung findet derzeit parallel statt, zumal seit dem Auftreten einer weiteren Verfahrenspartei auf Seiten der Auftraggeberin gemäß § 324 Abs 2 BVergG 2006 bescheinigt ist, dass jedenfalls weitere Unternehmer Adressaten einer Aufforderung zur Angebotsabgabe betreffend Stents waren, ohne dass die BBG insoweit bislang Vergabeunterlagen vorgelegt hat. Mit eV-Bescheiden zu den Verfahren N/0076 bis 0079-BVA/08/2008 sowie dem weiteren eV-Bescheid zu N/0081-BVA/08/2008 wurde die Öffnung der Angebote im Gesamtbeschaffungsprozess betreffend Stents untersagt, wobei diese eV's partiell wegen irrtümlich durch eine Kanzleikraft des Bundesvergabeamts erfolgter Angebotseröffnung und partiell trotz irrtümlicher Prozessbehauptungen der Auftraggeberin wegen in Wahrheit gar nicht erfolgter Angebotslegung zumindest teilweise gegenstandslos und damit zumindest einer Teilaufhebung anheim gestellt sind; soweit die betroffenen Angebote bislang überhaupt bekannt sind. Dieses Prozedere der Wiederaufnahme bzw (Teil-) Aufhebung findet derzeit parallel statt, zumal seit dem Auftreten einer weiteren Verfahrenspartei auf Seiten der Auftraggeberin gemäß Paragraph 324, Absatz 2, BVergG 2006 bescheinigt ist, dass jedenfalls weitere Unternehmer Adressaten einer Aufforderung zur Angebotsabgabe betreffend Stents waren, ohne dass die BBG insoweit bislang Vergabeunterlagen vorgelegt hat.

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, ohne dass dieser Bescheid - dies in Vorwegnahme der rechtlichen Beurteilung - derzeit von Wiederaufnahms- und Aufhebungsanträgen betroffen ist. Der gerade bezogene Bescheid besteht aber nur zu Gunsten der Antragstellerin zu N/0080-BVA/08/2008.

Rücksichtlich der hier zu behandelnden eV-Anträge vertritt die Auftraggeberin in ihren Eingaben vom jeweils 11.7.2008 die Auffassung, dass die Nachprüfungsanträge zu N/0095 bis 0099- BVA/08/2008 verfristet wären und eine Wahl der Direktvergabe nicht vorliegen würde. Überdies wäre das Sicherungsinteresse - nach dem nunmehr teilweise überholten Standpunkt der Auftraggeberin vom 11.7.2008 - durch eine anderweitig erlassene eV, welche die Angebotsöffnung untersagt, bereits befriedigt. Das Begehren auf Untersagung der Vergabeverfahrensfortsetzung wäre zudem nicht das gelindeste Mittel.

Inhaltlich hat die Auftraggeberin in ihren Stellungnahmen zu den eV-Anträgen, erstattet jeweils am 11.7.2008, 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 sowie aus den Akten N/0085 bis 0099-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 bislang nicht bescheinigt wurde, dass je Lieferant ein eigener Produktmarkt für Stents besteht, zumal diese Beurteilung insbesondere dann als glaubhaft zu betrachten ist, sofern man insoweit berücksichtigt, dass der Vergabewettbewerb grundsätzlich aufrecht zu erhalten ist, wenn man zB über Zuschlagskriterien eine entsprechende Qualitätsselektion erreichen kann - siehe dazu nochmals Schramm/Öhler in Schramm et al, BVergG 2002 § 36 Rz 36 mH auf EuGH 28.3.1995, C-324/93. Das Interesse am Vertragsabschluss und der drohende Schaden können bei der Antragstellerin derzeit nicht verneint werden, da bislang nicht bescheinigt wurde, dass je Lieferant ein eigener Produktmarkt für Stents besteht, zumal diese Beurteilung insbesondere dann als glaubhaft zu betrachten ist, sofern man insoweit berücksichtigt, dass der Vergabewettbewerb grundsätzlich aufrecht zu erhalten ist, wenn man zB über Zuschlagskriterien eine entsprechende Qualitätsselektion erreichen kann - siehe dazu nochmals Schramm/Öhler in Schramm et al, BVergG 2002 Paragraph 36, Rz 36 mH auf EuGH 28.3.1995, C-324/93.

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

Der gefertigte Senatsvorsitzende geht - unvorgreiflich der Senatsentscheidung im Nachprüfungsverfahren auch von der Rechtzeitigkeit des zu sichernden Nachprüfungsantrags aus, da die Aufforderung zur Angebotsabgabe zu Gunsten eines anderen Unternehmers nach dem Gesetzeszweck nicht der Fristenregelung des § 321 Abs 2 unterstellt werden kann, weil § 321 Abs 2 BVergG 2006 gerade jene Sachverhalte umfassen will, in denen ein Unternehmer Ausschreibungsunterlagen oder Gleichzuhaltendes zu seiner eigenen Angebotslegung 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 - vom Fristenregime des § 321 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 anzusehen, wonach im hier unstrittigen Oberschwellenbereich binnen 14 Tagen ab Kenntnis(-möglichkeit) anzufechten ist. 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, unterstellt werden kann, weil Paragraph 321, Absatz 2, BVergG 2006 gerade jene Sachverhalte umfassen will, in denen ein Unternehmer Ausschreibungsunterlagen oder Gleichzuhaltendes zu seiner eigenen Angebotslegung 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 - vom Fristenregime des Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 anzusehen, wonach im hier unstrittigen Oberschwellenbereich binnen 14 Tagen ab Kenntnis(-möglichkeit) anzufechten ist.

Insoweit hat die Auftraggeberin aber bislang nicht schlüssig belegt, dass die Antragstellerin von den anderen Aufforderungen zur Angebotsabgabe bereits vor dem 25.6.2008 wissen konnte, so dass von der Rechtzeitigkeit der Anfechtung der anderweitig ergangenen Aufforderung zur Angebotsabgabe auszugehen ist.

Die Einbringung am 9.7.2008 nach Amtsstundenende und damit Protokollierung am 10.7.2008 führt nach der hier vertretenen Auffassung auch rücksichtlich des novellierten § 13 Abs 5 AVG idF BGBl I 2008/5 im Lichte von VfGH B-460/00 gleichfalls nicht zur Antragsverfristung. Die Einbringung am 9.7.2008 nach Amtsstundenende und damit Protokollierung am 10.7.2008 führt nach der hier vertretenen Auffassung auch rücksichtlich des novellierten Paragraph 13, Absatz 5, AVG in der Fassung BGBl römisch eins 2008/5 im Lichte von VfGH B-460/00 gleichfalls nicht zur Antragsverfristung.

Die Aufforderung zur Angebotsabgabe ist gemäß § 2 Z 16 lit a sublit ee iVm sublit ii jedenfalls gesondert anfechtbar. Die Wahl der Direktvergabe wurde nur eventualiter angefochten, so dass diesbezüglich eine endgültige Erledigungs- und damit Beurteilungspflicht erst eintritt, sobald der Antrag betreffend die Aufforderung zur Angebotsabgabe erledigt ist. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe ist gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e, in Verbindung mit Sub-Litera, i, i, jedenfalls gesondert anfechtbar. Die Wahl der Direktvergabe wurde nur eventualiter angefochten, so dass diesbezüglich eine endgültige Erledigungs- und damit Beurteilungspflicht erst eintritt, sobald der Antrag betreffend die Aufforderung zur Angebotsabgabe erledigt ist.

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 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 eins, BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG 2006 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamts über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

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

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

Voranzustellen ist weiters, dass eV - Anträge zu den Zahlen N/0095 bis 0099-BVA/08/2008 nach ihrem objektiven Zweck nur die Rechtsgestaltungsbegehren der (Zweit-) Antragstellerin gegen die Aufforderungen zur Angebotsabgabe an die Erst- und Dritt- bis Sechstantragstellerin sichern sollen, sofern als Verfahrensergebnis zu den Verfahren N/0076 bis

0081-BVA/08/2008 hervorkommen sollte, dass die dort angefochtene Aufforderung zur Angebotsabgabe nicht mit erga omnes - Wirkung nichtig erklärt würde.

Rücksichtlich der Aufforderungen zur Angebotsabgabe zu Gunsten der im Spruch neben der (Zweit-) Antragstellerin und der Auftraggeberin genannten Unternehmerinnen war jeweils unter Abweisung des Mehrbegehrens die Fortführung des insoweit geführten Vergabeverfahrens mit Ausnahme der Durchführung eines Widerspruchsprozesses zu untersagen, da auf Basis der bislang bekannten bzw. bescheinigten Tatsachen nicht ausgeschlossen werden kann, dass zwischen der Auftraggeberin und den jeweilig anderen Antragstellerinnen Handlungen vorgenommen würden, die sich nachmalig als rechtsnachteilig für die Zweit-antragstellerin herausstellen könnten, bevor über die jeweiligen fünf Nachprüfungsanträge zu N/0095 bis N/0099-BVA/08/2008 entschieden ist.

Diese Maßnahme war als notwendiges Mittel zu verhängen, um beim vorliegenden Vergabesachverhalt, bei dem insbesondere die zentrale Frage der Substituierbarkeit der von den jeweiligen Antragstellerinnen und sonstigen Unternehmern vertriebenen strittigen Medizinprodukte besteht, zu vermeiden, dass die Antragstellerin Geschäftsnachteile erleidet, bevor geklärt ist, ob die von ihr vertriebenen Produkte - hier relevant - mit denjenigen der jeweilig anderen Antragstellerinnen substituierbar sind, so dass insoweit ein vergaberechtlicher Parallelwettbewerb geboten sein könnte.

Das Mehrbegehren war abzuweisen, da derzeit eine Interessensbeeinträchtigung durch einen Widerruf nicht erkennbar ist;

und weiters ein minus nach allgemeinen Grundsätzen zugesprochen werden kann und das Verbot der Fortsetzung exklusive Widerrufsmöglichkeit im Antrag auf ein umfassendes Fortsetzungsverbot enthalten ist;

und schließlich rücksichtlich der vom Wortlaut her nicht nur auf die jeweilig anderen Anbieter von Stents bezogenen Sicherungsbegehren, insbesondere wenn man von einem einheitlich bescheinigten Beschaffungsprozess ausgehen sollte, nach dem Zweck der eV gemäß §§ 328f BVergG 2006 - als Absicherung des jeweils gestellten Rechtsgestaltungsbegehrens - in den hier relevanten Nachprüfungsverfahren jeweils nur das Nichtigerklärungsbegehren betreffend die jeweils an einzelne andere Unternehmerinnen gerichtete Aufforderung zur Angebotsabgabe zu sichern war. und schließlich rücksichtlich der vom Wortlaut her nicht nur auf die jeweilig anderen Anbieter von Stents bezogenen Sicherungsbegehren, insbesondere wenn man von einem einheitlich bescheinigten Beschaffungsprozess ausgehen sollte, nach dem Zweck der eV gemäß Paragraphen 328 f, BVergG 2006 - als Absicherung des jeweils gestellten Rechtsgestaltungsbegehrens - in den hier relevanten Nachprüfungsverfahren jeweils nur das Nichtigerklärungsbegehren betreffend die jeweils an einzelne andere Unternehmerinnen gerichtete Aufforderung zur Angebotsabgabe zu sichern war.

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. 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.

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 trotz teilweise vorkommender Nachteilsbefürchtungen mit der Notwendigkeit zB der Aussetzung der Angebotsfrist, die bereits abgelaufen ist, oA auf Basis des Gebots der Gewährung von effektivem Primärrechtsschutz vor dem Hintergrund der Richtlinie 89/665/EWG amtswegig verwertet hat.

Schlagworte

Untersagung, Fortsetzung des Vergabeverfahrens;

Zuletzt aktualisiert am

16.10.2008

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