

TE Verg Bescheid 2008/7/14 N/0080-BVA/08/2008-EV36

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.07.2008

Norm

BVergG 2006 §328 Abs2 Z4

ABGB §6.

ABGB §7

ABGB §879

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. ABGB Art. 4 § 6 heute
2. ABGB Art. 4 § 6 gültig ab 01.01.2005

1. ABGB Art. 4 § 7 heute
2. ABGB Art. 4 § 7 gültig ab 01.01.2005

1. ABGB § 879 heute
2. ABGB § 879 gültig ab 01.07.1992 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 275/1992

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 8, Mag Reinhard Grasböck, gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 als einzelnes Mitglied betreffend das Nachprüfungsverfahren bezüglich der Auftragsvergabe "Rahmenvereinbarung über Stents" der (öffentlichen) Auftraggeberin und Antragsgegnerin Bundesbeschaffung GmbH (= BBG) und der im bezeichneten Vergabeverfahren angefochtenen Aufforderung zur Angebotsabgabe über den von der (Fünft-) Antragstellerin W*** gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 8, Mag Reinhard Grasböck, gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 als einzelnes Mitglied betreffend das Nachprüfungsverfahren bezüglich der Auftragsvergabe "Rahmenvereinbarung über Stents" der (öffentlichen) Auftraggeberin und Antragsgegnerin Bundesbeschaffung GmbH (= BBG) und der im bezeichneten Vergabeverfahren angefochtenen Aufforderung zur Angebotsabgabe über den von der (Fünft-) Antragstellerin W*** gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie folgt entschieden:

Spruch

Dem ersten Eventualbegehren der Antragstellerin wird unter

Abweisung des Primärbegehrens dahin

stattgegeben,

dass der Antragsgegnerin Bundesbeschaffung GmbH für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens N/0080-BVA/08/2008 die gänzliche Fortführung des Vergabeverfahrens bezüglich der von der Antragsgegnerin durchgeführten derzeitigen Beschaffung betreffend Stents untersagt wird und dieses (Gesamt-) Vergabeverfahren über Stents damit insgesamt ausgesetzt wird, wobei im Sinne einer Einschränkung des Vorstehenden weder der Widerruf des Vergabeverfahrens noch zum Widerruf unabdingbar notwendige Vorbereitungshandlungen von diesem Fortführungsverbot und von dieser Aussetzung umfasst sind.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1, 329 Abs 1, 2 und 3 BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2007/86; § 13 Abs 1 AVG, BGBl 1991/51 idF BGBl I 2008/5; § 879 ABGB
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; Paragraph 13, Absatz eins, AVG, BGBl 1991/51 in der Fassung BGBl römisch eins 2008/5; Paragraph 879, ABGB

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Verfahrensgang und Sachverhalt

Beim Bundesvergabeamt wurden am 3.7.2008 sechs Nachprüfungsanträge und sechs Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV) gestellt, darunter der hier spruchgegenständliche. Bis zum Entscheidungszeitpunkt wurden danach 15 weitere bezüglich Nachprüfungs- und eV-Anträge eingebracht.

Antragsgegnerin ist bei sämtlichen Anträgen die öffentliche Auftraggeberin und zentrale Beschaffungsstelle BBG.

Inhaltlich wird mit den Geschäftszahlen N/0076 bis N/0081- BVA/08/2008 beim Bundesvergabeamt ein vergaberechtlicher Streit dahin ausgefochten, dass die BBG derzeit in eigenem Namen einen Beschaffungsprozess im Interesse anderer Auftraggeber durchführt, bei dem jedenfalls die beim Bundesvergabeamt antragstellenden Unternehmen jeweils am 25.6.2007 zur Angebotsabgabe zur Durchführung eines Verhandlungsverfahrens eingeladen wurden. Mit den angefragten Unternehmen sollen jeweils eigene Rahmenvereinbarungen über Stents insbesondere für den Bereich der Kardiologie abgeschlossen werden, wobei auch über Zubehör kontrahiert werden soll. Stents sind grob gesprochen röhrenförmige Körper aus Draht bzw Körper mit durchgehenden Rohrwänden insbesondere aus Metall, die in die zu behandelnden Arterien oder sonstige Hohlorgane des (menschlichen) Körpers eingebracht werden, um am Einsatzort Gefäß- oder sonstige zu behandelnde Körperhohlraumverengungen durch Abstützung der eigenorganischen Hohlraumwände möglichst zurückzudrängen.

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

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

Nach allgemeinem Sprachgebrauch muss - hier bereits in partieller Vorwegnahme der rechtlichen Beurteilung gemäß §§ 863, 914 und 915 ABGB - ein Auftragnehmer nur dann ermittelt werden, wenn parallele Vertragsanbahnungskontakte mit entsprechender Junktimierung laufen. Denn sonst ist für die BBG die Ermittlung des Auftragnehmers iS der zitierten Seite 6/27 nicht nötig. In Punkt 14.1. der zitierten "Kommerziellen Ausschreibungsbedingungen", Seite 24/27 ist seitens der BBG davon die Rede, dass die Rahmenvereinbarung mit der rechtskräftigen Entscheidung, mit welchem Unternehmer diese geschlossen wird, zustande kommt. Nach allgemeinem Sprachgebrauch muss - hier bereits in partieller Vorwegnahme der rechtlichen Beurteilung gemäß Paragraphen 863, 914 und 915 ABGB - ein Auftragnehmer nur dann ermittelt werden, wenn parallele Vertragsanbahnungskontakte mit entsprechender Junktimierung laufen. Denn sonst ist für die BBG die Ermittlung des Auftragnehmers iS der zitierten Seite 6/27 nicht nötig. In Punkt 14.1. der zitierten "Kommerziellen Ausschreibungsbedingungen", Seite 24/27 ist seitens der BBG davon die Rede, dass die Rahmenvereinbarung mit der rechtskräftigen Entscheidung, mit welchem Unternehmer diese geschlossen wird, zustande kommt.

Eine Entscheidung, mit wem kontrahiert wird, bedingt - zumindest gemäß der Unklarheitenregelung des § 915 ABGB, dass die zitierten "Kommerziellen Ausschreibungsbedingungen" für sämtliche Unternehmer (-innen) dahin zu verstehen sind, dass die BBG betreffend die Stents aktuell parallele Vertragsanbahnungskontakte mit verschiedenen

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

Die seitens der BBG versandten Vergabeunterlagen tragen alle die Bezeichnung "Stents"; und war für die aktuell sechs 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. Die durch die Finanzprokuratur vertretene BBG geht daher im Wesentlichen von der fehlenden Substituierbarkeit der Stents und dazugehörigen Produkte der jeweiligen Hersteller aus.

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

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

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

Dieses Bescheinigungsergebnis wird weiters auch durch die eingeholte Amtshilfeauskunft, erteilt durch die Sektion III

des BMGFJ, bestätigt, worin - ähnlich wie bei den Ausführungen der EK in der zitierten Merger - Entscheidung - zwar auf die fehlende Substituierbarkeit der Stents je Behandlungszone im menschlichen Körper hingewiesen wird; bzw auf differenzierte Einsatzgebiete für reine Metall- und medikamentenbeschichtete Stents; jedoch eine fehlende Substituierbarkeit der Produkte der einzelnen Anbieter nicht einmal ansatzweise ersichtlich ist. Dieses Bescheinigungsergebnis wird weiters auch durch die eingeholte Amtshilfeauskunft, erteilt durch die Sektion römisch drei des BMGFJ, bestätigt, worin - ähnlich wie bei den Ausführungen der EK in der zitierten Merger - Entscheidung - zwar auf die fehlende Substituierbarkeit der Stents je Behandlungszone im menschlichen Körper hingewiesen wird; bzw auf differenzierte Einsatzgebiete für reine Metall- und medikamentenbeschichtete Stents; jedoch eine fehlende Substituierbarkeit der Produkte der einzelnen Anbieter nicht einmal ansatzweise ersichtlich ist.

Das aufgezeigte Bescheinigungsergebnis der Umgehung des gebotenen Parallelwettbewerbs brauchte daher - in diesbezüglicher Vorwegnahme der Begründung der Verfahrensführung gemäß § 39 Abs 3 AVG - nicht noch zusätzlich darauf gestützt werden, dass zB die Antragstellerin zu N/0078-BVA/08/2008 eine Ausschreibung des Universitätsspitals Zürich vorgelegt hat, wo diese Schweizer Institution Stents offenbar in einem offenen Vergabeverfahren, also im Parallelwettbewerb vergeben will, wohingegen namens BBG mit der Unmöglichkeit eines vergaberechtlichen Parallelwettbewerbs argumentiert wird. Eine diesbezüglich entsprechende Erörterung unterblieb daher mangels Spruchrelevanz zumindest für dieses eV - Verfahren. Das aufgezeigte Bescheinigungsergebnis der Umgehung des gebotenen Parallelwettbewerbs brauchte daher - in diesbezüglicher Vorwegnahme der Begründung der Verfahrensführung gemäß Paragraph 39, Absatz 3, AVG - nicht noch zusätzlich darauf gestützt werden, dass zB die Antragstellerin zu N/0078-BVA/08/2008 eine Ausschreibung des Universitätsspitals Zürich vorgelegt hat, wo diese Schweizer Institution Stents offenbar in einem offenen Vergabeverfahren, also im Parallelwettbewerb vergeben will, wohingegen namens BBG mit der Unmöglichkeit eines vergaberechtlichen Parallelwettbewerbs argumentiert wird. Eine diesbezüglich entsprechende Erörterung unterblieb daher mangels Spruchrelevanz zumindest für dieses eV - Verfahren.

Vor dem Hintergrund des festgestellten Bescheinigungsergebnisses ist weiters als bescheinigt anzunehmen, dass die Interessen der sechs jeweiligen Antragsteller (-innen) vom 3.7.2008 beim Bundesvergabeamt 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 Antragsteller(-innen) beim Bundesvergabeamt droht daher auf Basis der derzeit vorgefundenen Bescheinigungslage der Verlust einer Absatzchance inklusive des Verlusts von Referenzaufträgen bzw Referenzauftragsmöglichkeiten.

Rücksichtlich der Tatsachen betreffend die Zulässigkeit eines eV - Abspruchs ist festzuhalten, dass die Antragstellerin bereits bei Antragseinbringung einen Überweisungsbeleg betreffend die Pauschalgebühren in Höhe von 2.400 Euro vorlegte, jedoch diesen ursprünglichen Betrag unter Verwendung einer unrichtigen Kontonummer zur Anweisung brachte, womit der Betrag beim Bundesvergabeamt nicht eingelangt ist.

Das Bundesvergabeamt erließ diesbezüglich gemäß § 328 Abs 7 BVergG 2006 einen Verbesserungsauftrag. Das Bundesvergabeamt erließ diesbezüglich gemäß Paragraph 328, Absatz 7, BVergG 2006 einen Verbesserungsauftrag.

Die Antragstellerin legte danach am 11.7.2008 mit der lfd Nr 34 einen zusätzlichen Beleg vor, in welchem die Anweisung weiterer 2.400 Euro auf das richtige Bundesvergabeamtskonto dokumentiert ist.

Die Auftraggeberin legte am 11.7.2008 fünf Urkundenkonvolute samt Kuverts vor, in denen jeweils Angebote laut den eigenen Stellungnahmen der Auftraggeberin vom 7.7.2008 enthalten sein sollen, wobei in diesen Urkundenvorlagen bereits geöffnete Kuverts enthalten sind.

Die am 10.7.2008 zu Gunsten der fünf anderen Antragstellerinnen verfügte Untersagung der Angebotseröffnung geht damit jedenfalls hinsichtlich der dem Bundesvergabeamt am 11.7.2008 vorgelegten Angebote ins Leere, da sich die BBG zumindest teilweise nicht jedenfalls einmal um das Verbot der Angebotsöffnung bei einer Verständigung gemäß § 328 Abs 5 und 6 gekümmert hat. Bescheinigungsbezüglich ist zusätzlich festzuhalten, dass kein Umschlag mit einem Angebot der zu N/0077-BVA/08/2008 auftretenden Antragstellerin vorgelegt wurde, obwohl die durch die Finanzprokurator vertretene Auftraggeberin in ihrer Eingabe vom 7.7.2008, lfd Nr 13 des Akts N/0077-BVA/08/2008 vorgebracht hat, dass auch die Antragstellerin zu N/0077-BVA/08/2008 ein Angebot gelegt hätte. Die am 10.7.2008 zu Gunsten der fünf anderen Antragstellerinnen verfügte Untersagung der Angebotseröffnung geht damit jedenfalls

hinsichtlich der dem Bundesvergabeamt am 11.7.2008 vorgelegten Angebote ins Leere, da sich die BBG zumindest teilweise nicht jedenfalls einmal um das Verbot der Angebotsöffnung bei einer Verständigung gemäß Paragraph 328, Absatz 5 und 6 gekümmert hat. Bescheinigungsbezüglich ist zusätzlich festzuhalten, dass kein Umschlag mit einem Angebot der zu N/0077-BVA/08/2008 auftretenden Antragstellerin vorgelegt wurde, obwohl die durch die Finanzprokuratur vertretene Auftraggeberin in ihrer Eingabe vom 7.7.2008, lfd Nr 13 des Akts N/0077-BVA/08/2008 vorgebracht hat, dass auch die Antragstellerin zu N/0077-BVA/08/2008 ein Angebot gelegt hätte.

1. 2.Ziffer 2

Beweismittel und Beweiswürdigung

Der zumindest als bescheinigt angenommene Sachverhalt ergibt sich aus den Verwaltungsakten N/0076 bis N/0081-BVA/08/2008 und den vorgelegten Vergabeunterlagen; und dort insbesondere jeweils aus den ausdrücklich bezogenen Unterlagen; bzw aus notorischen Tatsachen. Die zusätzliche Stützung und damit Erörterung der Bescheinigungslage hinsichtlich eines offenen Vergabeverfahrens des Universitätsspitals Zürich betreffend koronare Stent - Systeme, wie seitens der Antragstellerin zu N/0078-BVA/08/2008 am 10.7.2008 am Nachmittag im Wege einer Urkundenvorlage dokumentiert, war daher nicht mehr notwendig.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamts und Zulässigkeit des Antrags

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

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

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

Die eV-Entscheidung mit einem Datum 14.7.2008 ergibt sich daraus, dass gegenüber der Antragstellerin ein Verbesserungsauftrag auch betreffend ihr eV-Begehren erlassen werden musste, so dass die Entscheidungsfrist unter Berücksichtigung des § 330 Abs 3 BVergG 2006 iVm § 33 Abs 2 AVG erst an diesem Tag endet. Die eV-Entscheidung mit einem Datum 14.7.2008 ergibt sich daraus, dass gegenüber der Antragstellerin ein Verbesserungsauftrag auch betreffend ihr eV-Begehren erlassen werden musste, so dass die Entscheidungsfrist unter Berücksichtigung des Paragraph 330, Absatz 3, BVergG 2006 in Verbindung mit Paragraph 33, Absatz 2, AVG erst an diesem Tag endet.

Die Tatsachenannahme der nunmehrigen Entrichtung der Pauschalgebühren - § 328 Abs 7 BVergG 2006 - ergibt sich aus der Urkundenvorlage, lfd Nr 34 des Akts iVm dem Umstand, dass mangels Sondervorschrift die Zahlung durch Banküberweisung gemäß § 905 Abs 2 ABGB als vorgenommen zu betrachten ist. Die Tatsachenannahme der nunmehrigen Entrichtung der Pauschalgebühren - Paragraph 328, Absatz 7, BVergG 2006 - ergibt sich aus der Urkundenvorlage, lfd Nr 34 des Akts in Verbindung mit dem Umstand, dass mangels Sondervorschrift die Zahlung durch Banküberweisung gemäß Paragraph 905, Absatz 2, ABGB als vorgenommen zu betrachten 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.

Da derzeit entgegen dem Standpunkt der BBG vom 7.7.2008 nicht davon auszugehen ist, dass sich die Antragstellerin nur im Vorantreiben der eigenen Rahmenvereinbarung hindern würde und sohin kein Sicherungsinteresse bestünde, sondern auf Basis der aufgezeigten Bescheinigungslage davon auszugehen ist, dass mangels Sicherungsmaßnahmen das Nachfragevolumen am Markt betreffend Stents vor Entscheidung in der Hauptsache verringert werden könnte und daher der Antragstellerin ein Rechtsnachteil durch Vernichtung von Absatz- und Referenzchancen droht, waren entsprechende Sicherungsmaßnahmen zu verhängen.

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, zumal das Bundesvergabeamt gemäß der RL 89/665/EWG effektiven Primärrechtsschutz zu gewähren hat und damit jene staatliche Institution ist, die über entsprechende Individualrechtsschutzanträge dafür zu sorgen hat, dass Auftragsvergaben - bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen - verhindert werden, bis über die in Frage stehende Vergaberechtswidrigkeit entschieden ist. 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, zumal das Bundesvergabeamt gemäß der RL 89/665/EWG effektiven Primärrechtsschutz zu gewähren hat und damit jene staatliche Institution ist, die über entsprechende Individualrechtsschutzanträge dafür zu sorgen hat, dass Auftragsvergaben - bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen - verhindert werden, bis über die in Frage stehende Vergaberechtswidrigkeit entschieden ist.

Diesbezüglich war auch in diesem eV - Verfahren das dem Bundesvergabeamt bereits bekannte Geschehen, dass die Antragsgegnerin - ohne aktuelle Bescheinigung der Ausnahme des § 29 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 - eben auf Basis der vorliegenden Bescheinigungslage verschiedene gesetzesumgehende Einzel - Rahmenvereinbarungen abzuschließen bestrebt ist, auf Grund der im Verfahrensregime des AVG gebotenen Amtswegigkeit und materiellen Wahrheit - mangels Vorliegens von Sondervorschriften wie der des § 328 Abs 2 Z 4 BVergG 2006 - zu verwerten und weiters zu berücksichtigen, dass die Antragsgegnerin zumindest einige der bei ihr eingelangten Angebote betreffend Stents - entgegen dem gesetzlichen Verbot des § 328 Abs 5 BVergG 2006 wegen diesbezüglich erfolgter entsprechender Verständigungen durch das Bundesvergabeamt - bereits geöffnet hat. Diesbezüglich war auch in diesem eV - Verfahren das dem Bundesvergabeamt bereits bekannte Geschehen, dass die Antragsgegnerin - ohne aktuelle Bescheinigung der Ausnahme des Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 - eben auf Basis der vorliegenden Bescheinigungslage verschiedene gesetzesumgehende Einzel - Rahmenvereinbarungen abzuschließen bestrebt ist, auf Grund der im Verfahrensregime des AVG gebotenen Amtswegigkeit und materiellen Wahrheit - mangels Vorliegens von Sondervorschriften wie der des Paragraph 328, Absatz 2, Ziffer 4, BVergG 2006 - zu verwerten und weiters zu berücksichtigen, dass die Antragsgegnerin zumindest einige der bei ihr eingelangten Angebote betreffend Stents - entgegen dem gesetzlichen Verbot des Paragraph 328, Absatz 5, BVergG 2006 wegen diesbezüglich erfolgter entsprechender Verständigungen durch das Bundesvergabeamt - bereits geöffnet hat.

Das eV - Begehren der Antragstellerin war im Lichte des § 13 Abs 1 AVG und vor dem Hintergrund insbesondere auch des Vorbringens der Antragstellerin, dass die Antragsgegnerin in den am 25.6.2008 versandten Angebotsunterlagen auch verschwiegen hat, ob sie die Rahmenvereinbarung mit einem oder mehreren Unternehmen abschließen möchte, ist des im Zweifel gebotenen Rechtsschutzes dahin auszulegen, dass die Antragstellerin verhindern möchte, dass vor Bescheidung über ihren Nachprüfungsantrag eine Vertrags- und damit Absatzchance am Markt für Stents zu Lasten der Antragstellerin zunichte gemacht wird, weil allenfalls bereits Beschaffungsverträge über Stents mit anderen Unternehmen abgeschlossen worden wären. Das eV - Begehren der Antragstellerin war im Lichte des Paragraph 13, Absatz eins, AVG und vor dem Hintergrund insbesondere auch des Vorbringens der Antragstellerin, dass die Antragsgegnerin in den am 25.6.2008 versandten Angebotsunterlagen auch verschwiegen hat, ob sie die Rahmenvereinbarung mit einem oder mehreren Unternehmen abschließen möchte, ist des im Zweifel gebotenen Rechtsschutzes dahin auszulegen, dass die Antragstellerin verhindern möchte, dass vor Bescheidung über ihren Nachprüfungsantrag eine Vertrags- und damit Absatzchance am Markt für Stents zu Lasten der Antragstellerin zunichte gemacht wird, weil allenfalls bereits Beschaffungsverträge über Stents mit anderen Unternehmen abgeschlossen worden wären.

Da sohin nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt - in Anwendung der Normzwecklehre gemäß § 879 ABGB - derzeit eine Gesamtbeschaffung von Stents durch die Auftraggeberin abläuft, die von der Antragsgegnerin mangels aktueller Bescheinigung der fehlenden Substituierbarkeit von Stents verschiedener Lieferanten nicht auf § 29 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 und auch auf sonst keinen Rechtsfertigungsgrund gestützt werden kann, Da sohin nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt - in Anwendung der Normzwecklehre gemäß Paragraph 879, ABGB - derzeit eine Gesamtbeschaffung von Stents durch die Auftraggeberin abläuft, die von der Antragsgegnerin mangels aktueller Bescheinigung der fehlenden Substituierbarkeit von Stents verschiedener Lieferanten nicht auf Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 und auch auf sonst keinen Rechtsfertigungsgrund gestützt werden kann,

womit diese Vergabe - derzeit - gemäß § 916 ABGB nur dem Schein nach sowie gesetzesumgehend in mehrere Einzelbeschaffungen unterteilt zu beurteilen ist, womit diese Vergabe - derzeit - gemäß Paragraph 916, ABGB nur dem Schein nach sowie gesetzesumgehend in mehrere Einzelbeschaffungen unterteilt zu beurteilen ist,

war mit diesem eV - Bescheid - insbesondere auch rücksichtlich des zwingenden öffentlichen Interesses der Republik an einer gemeinschaftsrechtskonformen Vorgangsweise bzw rücksichtlich der Verantwortlichkeit der Republik gegenüber der EG für eine solche Vorgangsweise gemäß Art 10 EGV iZm der strittigen Stent - Beschaffung, wie derzeit eben von der Antragsgegnerin durchgeführt, die Fortsetzung des (Gesamt-) Vergabeverfahrens betreffend Stents zu

untersagen und das diesbezüglich als bescheinigt anzusehende (Gesamt-) Vergabeverfahren betreffend Rahmenvereinbarung (-en) über Stents auszusetzen, war mit diesem eV - Bescheid - insbesondere auch rücksichtlich des zwingenden öffentlichen Interesses der Republik an einer gemeinschaftsrechtskonformen Vorgangsweise bzw rücksichtlich der Verantwortlichkeit der Republik gegenüber der EG für eine solche Vorgangsweise gemäß Artikel 10, EGV iZm der strittigen Stent - Beschaffung, wie derzeit eben von der Antragsgegnerin durchgeführt, die Fortsetzung des (Gesamt-) Vergabeverfahrens betreffend Stents zu untersagen und das diesbezüglich als bescheinigt anzusehende (Gesamt-) Vergabeverfahren betreffend Rahmenvereinbarung (-en) über Stents auszusetzen,

zumal die Antragsgegnerin am 11.7.2008 einige geöffnete Kuverts mit Angeboten vorgelegt hat, obwohl die Antragsgegnerin am 3.7.2008 vom Bundesvergabeamt ausdrücklich und mehrfach darauf hingewiesen wurde, dass einlangende Angebote nicht geöffnet werden dürfen - siehe zB die Verständigung, lfd Nr 2 des Akts N/0080-BVA/08/2008. Die Antragsgegnerin hat damit mehrfach zumindest das gesetzliche Verbot der Angebotsöffnung gemäß § 328 Abs 5 BVergG 2006 ignoriert. zumal die Antragsgegnerin am 11.7.2008 einige geöffnete Kuverts mit Angeboten vorgelegt hat, obwohl die Antragsgegnerin am 3.7.2008 vom Bundesvergabeamt ausdrücklich und mehrfach darauf hingewiesen wurde, dass einlangende Angebote nicht geöffnet werden dürfen - siehe zB die Verständigung, lfd Nr 2 des Akts N/0080- BVA/08/2008. Die Antragsgegnerin hat damit mehrfach zumindest das gesetzliche Verbot der Angebotsöffnung gemäß Paragraph 328, Absatz 5, BVergG 2006 ignoriert.

Der Ausspruch des Verbots der Fortführung des Vergabeverfahrens samt Aussetzung des Vergabeverfahrens war das gelindeste, aber gemeinschaftsrechtskonform jedenfalls notwendige Mittel innerhalb der Zuständigkeiten des Bundesvergabeamts, um die Vertragsabschluss- bzw Absatzchance der Antragstellerin betreffend die derzeit seitens der Antragsgegnerin insgesamt nachgefragten Stents zu wahren, zumal auch durch allfällige Rechtsschutzanträge gemäß § 331 Abs 1 Z 4 BVergG 2006 anderweitige Stentlieferungen nur sehr schwer bzw uU gar nicht mehr rückgängig gemacht werden könnten. Der Ausspruch des Verbots der Fortführung des Vergabeverfahrens samt Aussetzung des Vergabeverfahrens war das gelindeste, aber gemeinschaftsrechtskonform jedenfalls notwendige Mittel innerhalb der Zuständigkeiten des Bundesvergabeamts, um die Vertragsabschluss- bzw Absatzchance der Antragstellerin betreffend die derzeit seitens der Antragsgegnerin insgesamt nachgefragten Stents zu wahren, zumal auch durch allfällige Rechtsschutzanträge gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2006 anderweitige Stentlieferungen nur sehr schwer bzw uU gar nicht mehr rückgängig gemacht werden könnten.

In rechtlicher Hinsicht konnten die vorstehend zu Lasten der BBG angenommenen Schein- bzw Umgehungshandlungen zusätzlich auch auf § 313 Abs 2 BVergG 2006 gestützt werden, da die BBG zwar eine Angebotslegung durch die Antragstellerin zu N/0077-BVA/08/2008 behauptet, jedoch entgegen § 313 Abs 1 BVergG 2006 das diesbezügliche Angebot dieser genannten Einschreiterin nicht vorgelegt hat. In rechtlicher Hinsicht konnten die vorstehend zu Lasten der BBG angenommenen Schein- bzw Umgehungshandlungen zusätzlich auch auf Paragraph 313, Absatz 2, BVergG 2006 gestützt werden, da die BBG zwar eine Angebotslegung durch die Antragstellerin zu N/0077-BVA/08/2008 behauptet, jedoch entgegen Paragraph 313, Absatz eins, BVergG 2006 das diesbezügliche Angebot dieser genannten Einschreiterin nicht vorgelegt hat.

Die Nichtstattgabe des erstrangigen Primärbegehrens gründet sich darauf, dass auf Basis der aufgezeigten Bescheinigungslage nicht ersichtlich ist, wie die Antragstellerin durch einen Widerruf rechtserheblich in ihren Interessen beeinträchtigt werden könnte.

Schlagworte

gesetzesumgehende Scheineinzelvergaben, effektiver Primärrechtsschutz;

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