

TE Verg Bescheid 2008/7/10 N/0077-BVA/08/2008-EV32

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.07.2008

Norm

BVergG 2006 §329

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

Text

BESCHEID

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

Spruch

Dem Antrag auf Untersagung der Angebotseröffnung samt Untersagung der Zuschlagserteilung samt "im besten Fall zusätzlicher Aussetzung des Ablaufs der Angebotsfrist" wird unter Abweisung des Mehrbegehrens

teilweise dahin

stattgegeben,

dass der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens N/0077-BVA/08/2008 die Angebotsöffnung bei den von ihr derzeit durchgeführten Stent - Beschaffungen untersagt wird.

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

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 bezügliche Nachprüfungs- und eV-Anträge eingebracht.

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

Inhaltlich wird mit den Geschäftszahlen N/0076 bis N/0081- BVA/08/2008 beim Bundesvergabeamt ein vergaberechtlicher Streit dahin ausgefochten, dass die BBG derzeit 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 eine 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 ohne vorherige Vergabebekanntmachung jeweils mit einzelnen potentiellen Lieferanten allein über den Abschluss einer Rahmenvereinbarung verhandelt werden soll. Eine fehlende Substituierbarkeit der Stents der jeweilig potentiellen Lieferanten ist in diesem Provisorialverfahren bislang nicht als bescheinigt anzusehen. Dieses Tatsachenergebnis wird auch durch die eingeholte Amtshilfeauskunft, erteilt durch die Sektion III des BMGFJ, bestätigt, worin - ähnlich wie bei den Ausführungen der EK in der zitierten Merger - Entscheidung - zwar auf die fehlende Substituierbarkeit der Stents 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 gleichfalls nicht anklingt. 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 ohne vorherige Vergabebekanntmachung jeweils mit einzelnen potentiellen Lieferanten allein über den Abschluss einer Rahmenvereinbarung verhandelt werden soll. Eine fehlende Substituierbarkeit der Stents der jeweilig potentiellen Lieferanten ist in diesem Provisorialverfahren bislang nicht als bescheinigt anzusehen. Dieses Tatsachenergebnis wird auch durch die eingeholte Amtshilfeauskunft, erteilt durch die Sektion 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 Metall- und medikamentenbeschichtete Stents; jedoch eine fehlende Substituierbarkeit der Produkte der einzelnen Anbieter gleichfalls nicht anklingt.

Vor dem Hintergrund dieses Bescheinigungsergebnisses ist weiters als bescheinigt anzunehmen, dass die Interessen

der sechs jeweiligen Antragsteller (-innen) vom 3.7.2008 beim Bundesvergabeamt dadurch gefährdet sind, dass mit einzelnen Lieferanten Rahmenvereinbarungen bzw Lieferaufträge kontrahiert werden, die dazu führen, dass die Gesamtnachfrage am Markt sinkt und deren Absatzchancen vor Durchführung eines vergaberechtlichen Parallelwettbewerbs zumindest teilweise zunichte gemacht werden. Den einzelnen Antragsteller(-innen) beim Bundesvergabeamt droht daher auf Basis der derzeit vorgefundenen Bescheinigungslage der Verlust einer Absatzchance inklusive des Verlusts von Referenzaufträgen.

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.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamts und Zulässigkeit des Antrags

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

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

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

3.2 Inhaltliche Beurteilung des Antrags

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 hindert, 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 droht, war als gelindestes Mittel die Untersagung der Angebotseröffnung der bei der BBG bereits erliegenden Angebote betreffend Stents zu verfügen.

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. 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.

Die Abweisung des Mehrbegehrens gründet sich darin, dass derzeit nicht bescheinigt ist, dass die BBG verbotswidrig Angebote öffnen und sonst unumkehrbare Tatsachen zum Nachteil der Antragstellerin schaffen würde, zumal die Antragstellerin - rücksichtlich des Begehrens auf Aussetzung des Ablaufs der Angebotsfrist - nach den unwidersprochenen Angaben der BBG selbst bereits ein Angebot gelegt hat.

Schlagworte

wahrer wirtschaftlicher Gehalt, Gesetzesumgehung, Bescheinigungslage;

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