jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Verg Bescheid 2008/5/21 N/0054-BVA/13/2008-9EV

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 21.05.2008

Norm

BVergG 2006 §328

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG), BGBl I Nr. 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 86/2007, durch die erste Vertreterin des Vorsitzenden des Senates 13, Mag. Kristina Hofer, als einzelnes Mitglied, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Impfstoff gegen Rotaviren"; Zl. 32-GFP- 64.21/08, der Auftraggeberin Republik Österreich, Bundesministerium für Gesundheit, Familie und Jugend, Radetzkystraße 2, 1030 Wien, vertreten durch den Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, Kundmanngasse 21, 1030 Wien, vertreten durch die Y***, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch X***, vom 15. Mai 2008, eingelangt im Bundesvergabeamt am 16. Mai 2008, wie folgt entschieden:Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, durch die erste Vertreterin des Vorsitzenden des Senates 13, Mag. Kristina Hofer, als einzelnes Mitglied, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Impfstoff gegen Rotaviren"; Zl. 32-GFP- 64.21/08, der Auftraggeberin Republik Österreich, Bundesministerium für Gesundheit, Familie und Jugend, Radetzkystraße 2, 1030 Wien, vertreten durch den Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, Kundmanngasse 21, 1030 Wien, vertreten durch die Y***, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch X***, vom 15. Mai 2008, eingelangt im Bundesvergabeamt am 16. Mai 2008, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag "das Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung über den Antrag auf Nichtigerklärung, längstens aber für die Dauer von sechs Wochen ab Antragstellung die Erteilung des Zuschlages für die Lieferung von Rotavirus-Impfstoff zur Immunisierung von 30.000 Kindern im 2. Halbjahr 2008 untersagen", wird s t a t t g e g e b e n.

Der Auftraggeberin Republik Österreich, Bundesministerium für Gesundheit, Familie und Jugend, wird im Vergabeverfahren "Impfstoff gegen Rotaviren", Zl. 32-GFP-64.21/08, für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum Ablauf des 27. Juni 2008, untersagt, den Zuschlag zu erteilen.

Rechtsgrundlage: §§ 312 Abs. 1 und 2 Z 1, 328 Abs. 1 und 329 Abs. 1 BVergGRechtsgrundlage: Paragraphen 312, Absatz eins und 2 Ziffer eins, 328, Absatz eins und 329 Absatz eins, BVergG

Begründung

Mit Schriftsatz vom 15. Mai 2008 beantragte die A*** (im Weiteren: Antragstellerin), die Nichtigerklärung der ihr bekanntgegebenen Zuschlagsentscheidung verbunden mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und mit einem Antrag auf Gebührenersatz.

Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus:

Der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger führe im Auftrag des Bundesministeriums für Gesundheit, Familie und Jugend ein Vergabeverfahren zur Beschaffung eines Impfstoffes gegen Rotaviren im Rahmen des Kinderimpfprogrammes 2008 durch. Die Antragstellerin habe sich an diesem Vergabeverfahren durch Angebotslegung beteiligt. Die Angebotsfrist habe am 28. April 2008 geendet. Am selben Tag sei die Angebotsöffnung erfolgt.

Die Antragstellerin habe mit Nachprüfungsantrag vom 18. April 2008 die Ausschreibung angefochten, da rechtswidrigerweise das Billigstbieterprinzip zur Anwendung komme. Dieses Verfahren wurde beim BVA zur Zahl N/0048-BVA/13/2008 protokolliert.

Am 2. Mai 2008 sei der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** mitgeteilt worden. Diese Zuschlagsentscheidung erweise sich insofern als rechtswidrig, als sie auf rechtswidrigen Festlegungen der Ausschreibung basiere. Die Wahl des Billigtsbieterprinzips sei nur dann zulässig, wenn der Qualitätsstandard einer Leistung klar und eindeutig beschreibbar ist. Die Qualität müsse diesfalls so vorgegeben sein, dass nur hinsichtlich des Preises ein Spielraum bestehe. Nach den Materialien zum BVergG 2006 sei das Billigstbieterprinzip dann unzulässig, wenn Folgekosten berücksichtigt werden. Im vorliegenden Fall habe die Auftraggeberin neben dem niedrigsten Preis auch auf Distributionskosten in Höhe von Euro 12,50 abgestellt. Dabei handle es sich um Folgekosten, sodass sich schon aus den eigenen Festlegungen der Auftraggeberin die Unzulässigkeit des Billigstbieterprinzips zeige. Durch die Bestimmung über die Distributionskosten sollten zufolge der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens N/0048-BVA/13/2008 die Gesamtkosten des Impfprogramms vergleichbar werden. Dies sei aber aufgrund der unterschiedlichen Schutzraten und der nachgewiesenen Schutzdauer und damit einhergehender unterschiedlicher Krankheitsfolgekosten gerade nicht gewährleistet.

Bei Impfstoffen handle es sich um nicht standardisierte, komplexe Produkte, die sich ua durch die Schutzdauer, die Schutzrate, die Verträglichkeit, die Darreichungsform und die Immunogenität unterscheiden würden. Die hier vorliegenden beiden Impfstoffe würden unterschiedliche Qualitätsniveaus aufweisen, sodass die Angabe eines Mindeststandards (hier: Zulassung des Impfstoffs in Österreich) nicht ausreiche, um vergleichbare Angebote sicherzustellen. Das Zuschlagsmodell "Billigstbieterprinzip" komme daher bei der Beschaffung von Impfstoffen, die keinen völlig identischen Qualitätsstandard aufweisen, nicht in Frage. Zusammenfassend seien die Ausschreibungsunterlagen und damit auch die Zuschlagsentscheidung auf Grundlage des festgelegten Billigstbieterprinzips als rechtswidrig zu qualifizieren. Im Übrigen wird hinsichtlich des Vorbringens zur Rechtswidrigkeit der Wahl des Zuschlagssystems auf das diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin im Verfahren zur Zahl N/0048-BVA/13/2008 verwiesen.

Der Antragstellerin drohe bei Nichterlangung des Auftrags ein Schaden von ca. Euro 829.800,-, der sich aus dem entgangenen Gewinn und Deckungsbeitrag zusammensetze. Überdies wurde auf frustrierte Angebotslegungs- und Rechtsberatungskosten in der Höhe von Euro 6.000,- und auf den Verlust eines wichtigen Referenzprojektes verwiesen. Dieser Schaden könne nur durch Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung abgewendet werden.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem subjektiven Recht auf rechtskonforme, nicht diskriminierende Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen, auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens und in ihrem subjektiven Recht auf Zuschlagserteilung verletzt.

Zur beantragten einstweiligen Verfügung wurde zusammengefasst ausgeführt, dass nur die vorläufige Untersagung

der Zuschlagserteilung im Rahmen einer einstweiligen Verfügung sicherstelle, dass eine nach Auffassung der Antragstellerin nicht vergaberechtskonforme Zuschlagserteilung unterbleibe. Es würde sich um das gelindeste Mittel handeln. Eine einstweilige Aussetzung würde für die Auftraggeberin keine unverhältnismäßige Belastung darstellen. Öffentliche Interessen, etwa die Gefährdung von Leib und Leben oder Eigentum würden im gegenständlichen Fall die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht zu verhindern vermögen, da keine aktuelle Gefährdung vorliege. Laut Stellungnahme der Auftraggeberin im Verfahren N/0048-BVA/13/2008 würde erst ab Ende Juni 2008 eine Versorgungslücke bestehen, sodass im Hinblick auf die sechswöchige Entscheidungsfrist rein zeitlich diese Gefahr nicht eintreten könne. Eine termingerechte Auftragserteilung bleibe möglich. Die Auftraggeberin selbst habe es verabsäumt, das Vergabeverfahren zeitlich entsprechend zu planen, was aus dem Ablauf des "vorangegangenen" und des hier gegenständlichen Vergabeverfahrens deutlich hervorgehe. Die Auftraggeberin sei offenbar selbst nicht von einer besonderen Dringlichkeit ausgegangen, da sie kein beschleunigtes Verfahren gewählt habe. Entsprechend der Spruchpraxis seien durch Nachprüfungsverfahren bedingte Verzögerungen bei der Erstellung des Zeitplans entsprechend zu berücksichtigen.

Die Auftraggeberin übermittelte mit Schriftsatz vom 19. Mai 2008 die angefragten allgemeinen Auskünfte. Zur begehrten Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte sie im Wesentlichen wie bereits in den Verfahren N/0007-BVA/05/2008 und N/0048- BVA/13/2008 aus, dass Österreich mit der Zurverfügungstellung von Gratis-Impfstoff gegen das Rotavirus die Vorgaben der UN-Kinderrechtskonvention erfülle. Durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde bereits ab Ende Mai 2008 eine Versorgungslücke beim Rotavirus-Impfstoff entstehen. Bereits in der KW 20 seien die Vorräte in Wien und Vorarlberg ausgegangen, sodass erstmals die 125%ige Liefermarge in Anspruch genommen werden musste. Kleinkinder, die während der Dauer dieser Versorgungslücke das 6. Lebensmonat vollenden und noch keine Impfung erhalten haben bzw bei denen die Impfserie nicht abgeschlossen ist, könnten nicht bzw nicht im maximal möglichen Ausmaß gegen das Rotavirus immunisiert werden. Das öffentliche Interesse auf ein Höchstmaß an Gesundheit würde bei Erlassung der beantragten Sicherungsmaßnahme verletzt. Gegenüber den finanziellen Interessen der Antragstellerin würde der Schutz der körperlichen Sicherheit das höherwertige Rechtsgut darstellen. Weiters würden durch einen mit einer fehlenden Immunisierung drohenden Anstieg der Spitalsaufenthalte erhebliche Kosten, die von der öffentlichen Hand zu tragen wären, entstehen. Das Interesse, diese Kosten zu senken, sei im Hinblick auf die finanziell angespannte Situation der Sozialversicherungen wesentlich höher einzustufen als das von der Antragstellerin geltend gemachte Interesse. Eine "Ersatzbeschaffung" sei nicht möglich, da das BVergG für dringliche Beschaffungen in einer Größenordnung von Euro 320.000,- (exkl. USt) pro Monat kein geeignetes Verfahren vorsehe, insbesondere kein Verfahren, das bis Ende Mai 2008 abgeschlossen werden könnte. Zumal ein Nachprüfungsverfahren - gerade im Falle der Beiziehung eines hier wohl notwendigen Sachverständigen - auch länger als sechs Wochen dauern könne, sei entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin nicht davon auszugehen, dass im Hinblick auf die behördliche Entscheidungsfrist keine Versorgungslücke entstehe.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin äußerte sich mit Stellungnahme vom 20. Mai 2008. Sie sei ab Jänner 2008 für das gesamte Jahr 2008 lieferbereit gewesen. Entgegen den Festlegungen in der ersten Rotaviren-Ausschreibung habe die Auftraggeberin aber den Zuschlag lediglich für das erste Halbjahr 2008 erteilt. Sie sei daher zu Umplanungen gezwungen gewesen. Weiters habe sie den Preis für ein Jahr kalkuliert und musste nun für ein halbes Jahr zu diesem Preis liefern. Darüber hinaus könnten bereits produzierte Impfstoffe wegen des Ablaufdatums nicht geliefert werden. Die daraus erwachsenden Nachteile könnten durch Nichterlassen der einstweiligen Verfügung vermieden werden. Weitere Verzögerungen würden weitere unzumutbare Umplanungen erfordern. Sollte das Bundesvergabeamt die Bedenken der Antragstellerin teilen, so habe dies eine neuerliche - dritte - Ausschreibung zur Folge. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin müsste wohl wieder als "Lückenbüßer" fungieren. Auch dies greife in unzumutbarer Weise in ihre Interessen ein, zumal sie für einige Monate liefern müsste, ohne hinsichtlich des 2. Halbjahres Planungssicherheit zu haben. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin wäre wiederum mit frustriertem Wareneinsatz und Lageraufwand konfrontiert. Da im Falle einer gänzlich neuen Ausschreibung keinesfalls bis Ende Juni ein neuer Auftragnehmer mit der Lieferung des Impfstoffes für das 2. Halbjahr 2008 beauftragt werden könnte, drohe sehr wohl ein Versorgungsengpass. Das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei auch insofern als gering zu betrachten, als nach Aufhebung der Ausschreibung ein neuerliches Vergabeverfahren im offenen Verfahren durchgeführt werden müsste und die Antragstellerin lediglich die Möglichkeit hätte, sich in Konkurrenz mit anderen Unternehmern an diesem Verfahren zu beteiligen.

Aufgrund der in diesem Verfahren vorgelegten Stellungnahmen, der darauf Bezug nehmenden Beilagen und der Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie der relevanten Aktenbestandteile der Verfahren N/0007-BVA/05/2008 und N/0048-BVA/13/2008 wird im Rahmen des Provisorialverfahrens folgender Sachverhalt festgestellt:

Die Republik Österreich, Bundesministerium für Gesundheit, Familie und Jugend, vertreten durch den Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, schrieb im September 2007 die Lieferung von Impfstoffen für das aus öffentlichen Geldern finanzierte Kinderimpfprogramm 2008 aus; darunter auch den Jahresbedarf an Impfstoffen gegen Rotaviren zur Immunisierung von 60.000 Kindern (Vergabeverfahren "Impfstoffe für Kinderimpfprogramm 2008", Zl. 32-GFP-64.21/07; Los 7). Die in diesem Vergabeverfahren bekannt gegebene Entscheidung, der B*** den Zuschlag erteilen zu wollen, wurde von der A*** mit Antrag vom 3. Jänner 2008 angefochten. Dem mit dem Nachprüfungsantrag verbundenen Sicherungsantrag wurde nicht stattgegeben, da durch eine Untersagung der Fortführung des Vergabeverfahrens bzw. durch eine Untersagung der Zuschlagserteilung "nicht sichergestellt ist, dass die körperliche Unversehrtheit von Kleinstkindern weiterhin im gleichen Umfang wie bisher sichergestellt wäre und dass es infolge unterlassener Immunisierungen gegen Rotaviren zu einer Beeinträchtigung von Leib und Leben von Kleinstkindern kommen könnte" (BVA vom 11. Jänner 2008, N/0011-BVA/05/2008-15). Am 11. Jänner 2008 erteilte die Auftraggeberin der B*** auf Basis des Vergabeverfahrens "Impfstoffe für Kinderimpfprogramm 2008", Zl. 32-GFP-64.21/07, den Zuschlag für die Lieferung von Rotavirus-Impfstoff für den Zeitraum Jänner bis einschließlich Juni 2008 im Umfang von 60.000 Dosen. Im Gegenschlussbrief wird seitens der B*** bestätigt, dass sie für den Fall, dass bei der Versorgung mit Gratis-Impfstoff gegen Rotaviren auf Grund eines Vergabekontrollverfahrens im Vergabeverfahren über die Beschaffung von Impfstoff gegen Rotaviren für den Zeitraum Juli bis einschließlich Dezember 2008 eine Versorgungslücke entsteht, den zur Überbrückung der Versorgungslücke erforderlichen Rotavirus-Impfstoff liefern werden (Beilage zu N/0007- BVA/05/2008-16). Im Hinblick auf die vorgesehenen Teilimpfungen (2 Dosen) entspricht die in Auftrag gegebene Menge von 60.000 Dosen der zur Immunisierung von 30.000 Kindern notwendigen Menge.

Mitte März 2008 schrieb die Auftraggeberin zur Beschaffung von Impfstoffen gegen Rotaviren zur Immunisierung von 30.000 Kindern einen weiteren Lieferauftrag im Wege eines offenen Verfahrens mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 1.920.000,- ohne USt nach dem "Billigstbieterprinzip" aus (Vergabeverfahren "Impfstoff gegen Rotaviren", Zl. 32-GFP-64.21/08; Amtlicher Lieferanzeiger L-413177-8310; Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union 2008/S 49-067551). Die Angebotsfrist endete am 28. April 2008. Mit Antrag vom 18. April 2008 begehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Ausschreibung bzw. in eventu eines Teiles der Ausschreibung. Begründet wurde dies damit, dass die Wahl des Billigstbieterprinzips mangels Vergleichbarkeit der Angebote nicht zulässig sei. Das betreffende Nachprüfungsverfahren wird zur Zahl N/0048- BVA/13/2008 geführt. Die Antragstellerin beteiligte sich unterdessen am gegenständlichen Vergabeverfahren durch Angebotslegung. Nunmehr bekämpft sie die am 2. Mai 2008 zugunsten der B*** bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung.

Entsprechend den bisherigen Informationen wurde weder der Zuschlag erteilt noch ein Widerruf des Vergabeverfahrens ausgesprochen.

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG. Vertragsgegenstand ist die Lieferung von Rotavirus-Impfstoff. Es handelt sich somit um einen Lieferauftrag gemäß § 5 BVergG, der im Wege eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich (§ 12 Abs. 1 Z 1 BVergG) vergeben werden soll. Der gegenständliche Auftrag fällt somit in den Geltungsbereich des BVergG 2006.Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Vertragsgegenstand ist die Lieferung von Rotavirus-Impfstoff. Es handelt sich somit um einen Lieferauftrag gemäß Paragraph 5, BVergG, der im Wege eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich (Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG) vergeben werden soll. Der gegenständliche Auftrag fällt somit in den Geltungsbereich des BVergG 2006.

Von einem in § 328 Abs. 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs. 1 leg.cit. ist nicht auszugehen. Auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVergG sind als erfüllt anzusehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG verbunden und innerhalb der gemäß § 321 Abs. 1 Z 7 leg.cit. vorgesehenen Frist beim Bundesvergabeamt

eingebracht, sodass der Antrag jedenfalls als rechtzeitig zu qualifizieren ist (§ 328 Abs. 3 und 4 BVergG). Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (§ 318 Abs. 1 Z 4 und 5 BVergG). Das Vergabeverfahren wurde weder widerrufen noch wurde der Zuschlag erteilt, sodass das Bundesvergabeamt zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 291 Abs. 2 BVergG iVm § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG zuständig ist.Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist nicht auszugehen. Auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG sind als erfüllt anzusehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG verbunden und innerhalb der gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, leg.cit. vorgesehenen Frist beim Bundesvergabeamt eingebracht, sodass der Antrag jedenfalls als rechtzeitig zu qualifizieren ist (Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG). Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 4 und 5 BVergG). Das Vergabeverfahren wurde weder widerrufen noch wurde der Zuschlag erteilt, sodass das Bundesvergabeamt zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 291, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG zuständig ist.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antragesrömisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 BVergG 2006 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 Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 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 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 Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Die Antragstellerin hat die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung vom 2. Mai 2008 behauptet und dies mit der Rechtswidrigkeit der Ausschreibung begründet. Die Ausschreibung selbst hat die Antragstellerin mit Antrag vom 18. April 2008 angefochten. Das betreffende Vergabekontrollverfahren, Zahl N/0048-BVA/13/2008, ist gegenwärtig noch nicht abgeschlossen. Die Beschlussfassung des Senates über den betreffenden Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung bzw. eines Teiles derselben steht unmittelbar bevor. Bis dahin ist grundsätzlich von einem nicht unbegründeten Sicherungsbedürfnis auszugehen, welches es erfordert, das Vergabeverfahren in einem Stand zu halten, der die grundsätzliche Möglichkeit der Zuschlagserteilung an die Antragstellerin wahrt.

Im Rahmen der auf der Aktenlage im Provisorialverfahren basierenden Interessenabwägung gemäß § 329 Abs. 1

BVergG ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin auf frustrierte Angebotslegungs- und Rechtsberatungskosten, den entgangenen Gewinn und Deckungsbeitrag sowie auf den Verlust eines wichtigen Referenzprojektes verweist.Im Rahmen der auf der Aktenlage im Provisorialverfahren basierenden Interessenabwägung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin auf frustrierte Angebotslegungs- und Rechtsberatungskosten, den entgangenen Gewinn und Deckungsbeitrag sowie auf den Verlust eines wichtigen Referenzprojektes verweist.

Demgegenüber weist die Auftraggeberin - im Wesentlichen wie in den Verfahren N/0007-BVA/05/2008 und N/0048-BVA/13/2008 - vorrangig auf die Gefahr einer Versorgungslücke und damit die möglicherweise drohende Gefährdung der Gesundheit von Kleinkindern hin. Die Auftraggeberin äußert die Befürchtung, dass es ab Ende Mai 2008 zu einem Engpass kommen könnte, da die Vorräte bereits in der KW 20 in Wien und Vorarlberg ausgegangen seien und erstmals die 125%ige Liefermarge in Anspruch genommen werden musste. Dieses allgemein gehaltene Vorbringen vermag mangels entsprechender Nachweise nicht zu überzeugen. Auch kann daraus keinesfalls die Schlussfolgerung gezogen werden, dass eine ausreichende Immunisierung ab Ende Mai 2008 nicht mehr gewährleistet werden kann. Denn die Vorräte in den übrigen Bundesländern wurden offenbar noch nicht aufgebraucht, sodass insofern Potential besteht, durch Umschichtungen zwischen den Bundesländern eine Versorgungslücke zu vermeiden.

Abgesehen davon hat die Auftraggeberin für den Fall eines möglicherweise bis zur Beauftragung der zweiten Marge des Rotavirus-Impfstoffes eintretenden Versorgungsengpasses ohnehin Vorsorge getroffen. Denn die B*** hat sich bei Zuschlagserteilung betreffend die Lieferung für das erste Halbjahr 2008 auch dazu bereit erklärt, bei Verzögerungen im Beschaffungsvorgang für das zweite Halbjahr 2008 die Lieferung nötigenfalls fortzusetzen. In diesem Sinne äußert sich auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin, indem sie auf ihre Rolle als "Lückenbüßerin", die für einige Monate weiter liefern müsste, verweist. Es ist somit davon auszugehen, dass - nötigenfalls mittels eines "außerplanmäßigen" Beschaffungsvorganges - die Immunisierung von Kleinkindern lückenlos sichergestellt werden kann. Dies erscheint auch im Lichte der Judikatur des EuGH nicht bedenklich. So spricht der EuGH im Zusammenhang mit einem Vergabeverfahren zur Beschaffung von mit der CE-Kennzeichnung versehenen Medizinprodukten aus, dass durch die Einleitung eines Schutzverfahrens nach der Medizinprodukte-Richtlinie 93/42/EWG bedingte Verzögerungen eines Vergabeverfahrens, die eine Gefährdung der öffentlichen Gesundheit mit sich bringen können, den Auftraggeber unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu allen vorläufigen Maßnahmen berechtigen, die zur Beschaffung des für den reibungslosen Krankenhausbetrieb erforderlichen Materials notwendig sind (EuGH vom 14. Juni 2007, Rs C-6/07, Medipac-Kazantzidis, Rnr 62).

Da folglich ein Versorgungsengpass entweder gar nicht eintreten wird oder einem solchen zumindest entsprechend abgeholfen werden kann, kann eine möglicherweise drohende Gefährdung der körperlichen Sicherheit von Kleinkindern ausgeschlossen werden.

Da Kostensteigerungen durch Spitalsaufenthalte nur für den Fall zu erwarten sind, dass tatsächlich keine ausreichende Immunisierung der Kleinkinder gewährleistet werden kann, war auch das geltend gemachten Interesse an einer Kostensenkung bei den Leistungen der Sozialversicherungen nicht in die Interessenabwägung einzubeziehen.

Nicht unerwähnt bleiben soll, dass entgegen dem Vorbringen der Auftraggeberin eine Versorgungslücke, die aber - wie oben dargestellt - jedenfalls vermieden werden kann, nicht durch Erlassung einer einstweiligen Verfügung bedingt wäre. Vielmehr könnte dies die Konsequenz aus der ihrerseits zu verantwortenden Planung des gesamten Beschaffungsvorhabens sein, die letztendlich sogar eine möglichenfalls zu gering veranschlagte Menge des zu beschaffenden Impfstoffes für das Jahr 2008 offenbart. Denn im ersten Halbjahr 2008 könnten ebenso wie im zweiten Halbjahr 2008 entsprechend den Vorgaben in den Ausschreibungen jeweils maximal 37.500 Kinder immunisiert werden. Trotz der bekannten allfälligen Versorgungsproblematik scheint die Auftraggeberin der gegenständlichen Beschaffung auch keine besondere Dringlichkeit beigemessen zu haben. Im Sinne der ständigen Rechtsprechung ist an dieser Stelle darauf zu verweisen, dass ein gewissenhafter Auftraggeber, die durch die Einleitung von Vergabekontrollverfahren allenfalls eintretenden zeitlichen Verzögerungen bei der Ablaufplanung einzukalkulieren hat (siehe etwa BVA vom 9. Jänner 2004, 10N-3/04-4; BVA vom 11. Dezember 2006, N/0100-BVA/02/2006-10 mwN).

Auf das Vorbringen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ist zu entgegnen, dass die geltend gemachten wirtschaftlichen Interessen gleichermaßen auf die Antragstellerin zutreffen dürften. Es ist anzunehmen, dass auch die Antragstellerin für eine allfällige Beauftragung entsprechende Vorkehrungen getroffen hat und mit dem Problem der

Haltbarkeit des Impfstoffes konfrontiert ist. Auch kann das Vorbringen zur Benachteiligung infolge Lieferung der Impfstoffe für das erste Halbjahr zu dem für ein ganzes Jahr kalkulierten Preis und infolge der allfälligen Funktion einer "Lückenbüßerin" nicht überzeugen. Denn die B*** hat im nunmehr verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren für - lediglich - ein weiteres halbes Jahr das betreffende Präparat sogar günstiger angeboten als im Zuge der "ersten" Ausschreibung. Aus einer fortgesetzten Lieferung auf Basis der Bedingungen der "ersten" Ausschreibung würde ihr demnach kein Nachteil erwachsen. Weiters ist darauf zu verweisen, dass im Nachprüfungsverfahren zur Zahl N/0048-BVA/13/2008 die Beschlussfassung über den Nachprüfungsantrag unmittelbar bevor steht, sodass im Hinblick auf die gleichermaßen im Verfahren N/0048-BVA/13/2008 und im gegenständlichen Vergabekontrollverfahren geltend gemachte Rechtswidrigkeit mit einer raschen Entscheidungsfindung zu rechnen ist. Verzögerungen können insoweit jedenfalls gering gehalten werden. Auch der Argumentation, das Interesse der Antragstellerin sei deshalb als gering einzustufen, weil sie sich ohnehin nur an einem neuerlichen Vergabeverfahren beteiligen könnte, kann nicht gefolgt werden. Denn der Antragstellerin kommt es gerade darauf an, an einem aus ihrer Sicht vergaberechtskonformen Vergabeverfahren teilnehmen zu können. Die Möglichkeit zur Anfechtung der Ausschreibung verbunden mit entsprechenden Sicherungsanträgen würde gänzlich ihres Sinnes entleert, wenn das in diesfalls zentrale Interesse an der Beteiligung am Verfahren als gering eingestuft wird. Abgesehen davon stehen dem Interesse der Antragstellerin hier gerade keine maßgeblichen Interessen des Auftraggebers oder sonstiger Bieter oder öffentliche Interessen gegenüber.

Im Übrigen ist im Rahmen der Interessenabwägung auch auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs hinsichtlich des Vorrangs des primären - durch Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen zu gewährleistenden - Rechtschutzes (EuGH vom 28. Oktober 1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG ua; EuGH vom 18. Juni 2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH) sowie die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs, wonach auch in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtsschutz ein öffentliches Interesse liegt (VfGH vom 25. Oktober 2002, B1369/01; siehe insb auch BVA vom 25. Jänner 2002, N-128/01-45), Bedacht zu nehmen.

Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend anzusehen.Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend anzusehen.

Es war daher die Erteilung des Zuschlages zu untersagen, was sich als gelindeste, noch zum Ziel führende Maßnahme darstellt.

Zur Dauer der begehrten Maßnahmen ist anzumerken, dass diese mit der voraussichtlichen Dauer des Nachprüfungsverfahrens unter Berücksichtigung der gesetzlichen Höchstdauer gemäß § 326 BVergG bis 27. Juni 2008 zu befristen war (siehe etwa auch BVA vom 4. Juni 2007, N/0055-BVA/08/2007-16).Zur Dauer der begehrten Maßnahmen ist anzumerken, dass diese mit der voraussichtlichen Dauer des Nachprüfungsverfahrens unter Berücksichtigung der gesetzlichen Höchstdauer gemäß Paragraph 326, BVergG bis 27. Juni 2008 zu befristen war (siehe etwa auch BVA vom 4. Juni 2007, N/0055-BVA/08/2007-16).

Zuletzt aktualisiert am

30.12.2008

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