

TE Verg Bescheid 2008/4/25 N/0048-BVA/13/2008-6

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 25.04.2008

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 durch den Vorsitzenden des Senates 13, Mag. Thomas Gruber, im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Impfstoffe gegen Rotaviren"; Zl. 32-GFP- 64.21/08, des Auftraggebers 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 18. April 2008, gerichtet auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 328 BVergG 2006, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13, Mag. Thomas Gruber, im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Impfstoffe gegen Rotaviren"; Zl. 32-GFP- 64.21/08, des Auftraggebers 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 18. April 2008, gerichtet auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, BVergG 2006, wie folgt entschieden:

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wird abgewiesen.

Begründung

Vorbringen der Parteien

Mit Schreiben vom 18. April 2008, am gleichen Tag beim BVA eingelangt, begehrte die Antragstellerin folgendes:

"Das Bundesvergabeamt möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung

1. "a) Litera a
die Ausschreibungsunterlagen der Antragsgegnerin im Vergabeverfahren "Impfstoff gegen Rotaviren" Zl. 32-GFP- 64.21/08 für nichtig erklären;
2. b) Litera b

in eventu Punkt 1.22 Ausschreibungsunterlagen der Antragsgegnerin im Vergabeverfahren "Impfstoff gegen Rotaviren" Zl. 32-GFP-64.21/08 für nichtig erklären;

und

1. c)Litera c

gemäß § 319 BVergG 2006 aussprechen, dass die von der Antragstellerin ordnungsgemäß entrichtete Pauschalgebühr von Euro 2.400,-- für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu Handen der Rechtsvertretung der Antragstellerin von der Antragsgegnerin binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen ist."gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 aussprechen, dass die von der Antragstellerin ordnungsgemäß entrichtete Pauschalgebühr von Euro 2.400,-- für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu Handen der Rechtsvertretung der Antragstellerin von der Antragsgegnerin binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen ist."

Weiters wurde mit gleichem Schriftsatz der Antrag gestellt, "das Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin mit einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung über den Antrag auf Nichtigerklärung, längstens aber für die Dauer von 6 Wochen ab Antragstellung,

1. a)Litera a

die Fortsetzung des gegenständlichen Vergabeverfahrens untersagen und das Vergabeverfahren wie auch die Angebotsfrist aussetzen;

2. b)Litera b

in eventu: die Öffnung und Prüfung der Angebote untersagen;

3. c)Litera c

in eventu: die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung untersagen."

Begründend hat die Antragstellerin im Schreiben vom 18. April 2008 ua ausgeführt:

"Zuschlagskriterien

Gemäß Punkt 1.22 der Ausschreibungsunterlagen wird für das vorliegende Vergabeverfahren das Billigstbieterprinzip angeordnet.

Voraussetzungen für die Wahl des "Billigstbieterprinzips" Gemäß § 80 Abs 3 BVergG kommen zwei mögliche Zuschlagssysteme in Betracht, die einander ausschließen. Das BVergG 2006 folgt dabei der Grundkonzeption, dass vorrangig das Zuschlagssystem des "technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes" zu wählen ist. Lediglich unter besonderen Voraussetzungen, nämlich wenn der Qualitätsstandard der Leistung in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig definiert ist, kann an Stelle des primär vorgesehenen Zuschlagssystems "Bestbieterprinzip" das sekundäre Zuschlagssystem "niedrigster Preis/Billigstbieterprinzip" gewählt werden. Dem öffentlichen Auftraggeber kommt daher keine freie Wahl des Zuschlagssystems zu. Die beiden Zuschlagssysteme stehen vielmehr in einem Regel-/Ausnahmeverhältnis (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 - Kommentar, § 67 Rz 38; EBRV 1171 BlgNR XXII. GP zu § 80). Unzulässigkeiten des "Billigstbieterprinzips" Voraussetzungen für die Wahl des "Billigstbieterprinzips" Gemäß Paragraph 80, Absatz 3, BVergG kommen zwei mögliche Zuschlagssysteme in Betracht, die einander ausschließen. Das BVergG 2006 folgt dabei der Grundkonzeption, dass vorrangig das Zuschlagssystem des "technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes" zu wählen ist. Lediglich unter besonderen Voraussetzungen, nämlich wenn der Qualitätsstandard der Leistung in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig definiert ist, kann an Stelle des primär vorgesehenen Zuschlagssystems "Bestbieterprinzip" das sekundäre Zuschlagssystem "niedrigster Preis/Billigstbieterprinzip" gewählt werden. Dem öffentlichen Auftraggeber kommt daher keine freie Wahl des Zuschlagssystems zu. Die beiden Zuschlagssysteme stehen vielmehr in einem Regel-/Ausnahmeverhältnis (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 - Kommentar, Paragraph 67, Rz 38; EBRV 1171 BlgNR römisch 22. Gesetzgebungsperiode zu Paragraph 80.). Unzulässigkeiten des "Billigstbieterprinzips"

Die Antragsgegnerin hat in den Ausschreibungsunterlagen zur Begründung für die Wahl des Billigstbieterprinzips angeführt, dass nur Angebote von in Österreich zugelassenen Impfstoffen akzeptiert werden. Mit der Zulassung sei die Eignung des Impfstoffes nachgewiesen, weshalb qualitative Unterschiede für den Auftraggeber nicht von Relevanz sein.

Diese Begründung ist in mehrfacher Hinsicht verfehlt; die Wahl des "Billigstbieterprinzips" ist daher rechtswidrig:

1. a) Litera a

Wie bereits oben ausgeführt, ist die Wahl des Billigstbieterprinzips gemäß § 80 Abs 3 BVergG nur dann zulässig, wenn der Qualitätsstandard einer Leistung klar und eindeutig beschreibbar ist. Die in der Ausschreibung nachgefragte Leistung muss daher eine in den Ausschreibungsunterlagen exakt definierte Qualität aufweisen (vgl. Mayr, Eignungs- und Zuschlagskriterium im Vergaberecht, 215). Die Qualität muss vom Auftraggeber dabei so vorgegeben sein, dass für den Bieter nur hinsichtlich des Preises ein Spielraum besteht (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmarm/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 - Kommentar, § 67 Rz 40). Wie bereits oben ausgeführt, ist die Wahl des Billigstbieterprinzips gemäß Paragraph 80, Absatz 3, BVergG nur dann zulässig, wenn der Qualitätsstandard einer Leistung klar und eindeutig beschreibbar ist. Die in der Ausschreibung nachgefragte Leistung muss daher eine in den Ausschreibungsunterlagen exakt definierte Qualität aufweisen (vergleiche Mayr, Eignungs- und Zuschlagskriterium im Vergaberecht, 215). Die Qualität muss vom Auftraggeber dabei so vorgegeben sein, dass für den Bieter nur hinsichtlich des Preises ein Spielraum besteht (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmarm/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 - Kommentar, Paragraph 67, Rz 40).

Diese besondere Einengung auf klare und eindeutige Kriterien, die keinen weiteren Spielraum der Auftragnehmer bei der Qualität des angebotenen Produkts zulassen, ist deshalb von Bedeutung, da die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt werden muss (§ 79 Abs 3 BVergG 2006). Diese besondere Einengung auf klare und eindeutige Kriterien, die keinen weiteren Spielraum der Auftragnehmer bei der Qualität des angebotenen Produkts zulassen, ist deshalb von Bedeutung, da die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt werden muss (Paragraph 79, Absatz 3, BVergG 2006).

Die Vergleichbarkeit von Angeboten liegt jedoch nur dann vor, wenn entweder entsprechende Zuschlagskriterien genannt sind oder bezüglich des Qualitätsniveaus der einzelnen angebotenen Produkte kein Spielraum besteht und daher der einzige Unterschied im angebotenen Preis bestehen kann.

Aus diesem Grund ist die Wahl des Billigstbieterprinzips sehr eingeschränkt. Die erläuternden Bemerkungen nennen als mögliche Beispiele für die Wahl des Billigstbieterprinzips etwa Rohbauarbeiten, standardisierte Leistungen im Straßenbau, Lieferung von Ware mit einem hohen Standardisierungsgrad und hoch standardisierte Dienstleistungen. Nur in diesen Fällen, in denen also ein Qualitätswettbewerb unter den Auftragnehmern nicht stattfinden kann, da unterschiedliche Qualitäten überhaupt nicht möglich sind, ist die Wahl des Billigstbieterprinzips zulässig.

Hingegen spielt es keine Rolle, ob es dem Auftraggeber auf eine bestimmte Qualität ankommt oder nicht. Er hat die Ausschreibungsunterlagen gemäß § 79 Abs 3 BVergG 2006 so zu gestalten, dass die Angebote vergleichbar sind. Wählt jedoch der Auftraggeber, weil er der Qualität keine besondere Bedeutung beimisst, das Billigstbieterprinzip bei Produkten, die erhebliche Qualitätsunterschiede aufweisen, so sind die Angebote untereinander nicht vergleichbar. Um die Vergleichbarkeit der Angebote sicherzustellen, muss er in diesem Fall die Leistungsbeschreibung so präzise fassen, dass eine unterschiedliche Qualität der angebotenen Produkte ausscheidet. Der bloße Verweis auf Rechtsvorschriften genügt diesem Erfordernis jedoch nicht. Hingegen spielt es keine Rolle, ob es dem Auftraggeber auf eine bestimmte Qualität ankommt oder nicht. Er hat die Ausschreibungsunterlagen gemäß Paragraph 79, Absatz 3, BVergG 2006 so zu gestalten, dass die Angebote vergleichbar sind. Wählt jedoch der Auftraggeber, weil er der Qualität keine besondere Bedeutung beimisst, das Billigstbieterprinzip bei Produkten, die erhebliche Qualitätsunterschiede aufweisen, so sind die Angebote untereinander nicht vergleichbar. Um die Vergleichbarkeit der Angebote sicherzustellen, muss er in diesem Fall die Leistungsbeschreibung so präzise fassen, dass eine unterschiedliche Qualität der angebotenen Produkte ausscheidet. Der bloße Verweis auf Rechtsvorschriften genügt diesem Erfordernis jedoch nicht.

1. b) Litera b

Im vorliegenden Fall wird der zu erreichende Qualitätsstandard für die anzubietenden Impfstoffe jedoch lediglich mit der Zulassung in Österreich umschrieben. Die Zulassung eines Impfstoffs in Österreich (oder auf europäischer Ebene) stellt lediglich sicher, dass ein Mindeststandard erreicht wird. Ein Mindeststandard kann jedoch schon begrifflich keinen so eindeutigen Leistungsstandard haben, dass damit die Qualität der Leistung eindeutig definiert ist. Hier wird lediglich sichergestellt, dass ein gewisser Standard erreicht oder überschritten wird. In wie weit die einzelnen Angebote den Qualitätsstandard übersteigen, ist durch diese Definition nicht sichergestellt. Es besteht bei Arzneimitteln, auch im vorliegenden Fall, nicht nur ein Spielraum bezüglich des Preises, sondern auch ein Spielraum bezüglich der Qualität. Ein zugelassener Impfstoff kann die für die Zulassung

erforderlichen Qualitätskriterien lediglich erreichen, diese aber auch mehr oder weniger übersteigen. Diese Definition als Qualitätsstandard ist daher völlig ungeeignet, vergleichbare Angebote sicherzustellen.

Dies wird auch der Auftraggeber nicht leugnen können, da er in vorangegangenen Vergabeverfahren die beiden in Frage kommenden Produkte unterschiedlich bewertet hat.

Im vorangegangenen Vergabeverfahren hat die Antragsgegnerin selbst sowohl betreffend das Kriterium der Immunogenität, als auch der Schutzrate das Produkt der Antragstellerin RotaTeq[®] qualitativ besser bewertet als das Konkurrenzprodukt Rotarix[®]. RotaTeq[®] erhielt jeweils die maximale Punktzahl. Die qualitativen Unterschiede zwischen RotaTeq[®] und Rotarix[®] werden gerade auch durch die Produktinformationen der Impfstoffe, ua abrufbar über die Homepage der EMA (European Medicines Agency) belegt (vgl. die Punkte 5.1 der Beilagen .D und .E und <http://www.ema.europa.eu/htms/human/epar/r.htm>). Die beiden Impfstoffe weisen sohin unterschiedliche Qualitätsniveaus auf. Eine Ausschreibung, bei der als einziges Zuschlagskriterium der niedrigste Preis angewandt wird, würde daher zwangsläufig dazu führen, dass die Angebote unterschiedliche Qualitätsniveaus aufweisen und daher nicht vergleichbar sind. Das Zuschlagsmodell "Billigstbieterprinzip" kommt daher bei der Beschaffung von Impfstoffen, die keinen völlig identischen Qualitätsstandard aufweisen, nicht in Frage. Die Angabe eines Mindeststandards reicht - wie oben gezeigt - nicht aus, um vergleichbare Angebote sicherzustellen. Zusammenfassend sind die Ausschreibungsunterlagen als rechtswidrig zu qualifizieren. Im vorangegangenen Vergabeverfahren hat die Antragsgegnerin selbst sowohl betreffend das Kriterium der Immunogenität, als auch der Schutzrate das Produkt der Antragstellerin RotaTeq[®] qualitativ besser bewertet als das Konkurrenzprodukt Rotarix[®]. RotaTeq[®] erhielt jeweils die maximale Punktzahl. Die qualitativen Unterschiede zwischen RotaTeq[®] und Rotarix[®] werden gerade auch durch die Produktinformationen der Impfstoffe, ua abrufbar über die Homepage der EMA (European Medicines Agency) belegt (vgl. die Punkte 5.1 der Beilagen .D und .E und <http://www.ema.europa.eu/htms/human/epar/r.htm>). Die beiden Impfstoffe weisen sohin unterschiedliche Qualitätsniveaus auf. Eine Ausschreibung, bei der als einziges Zuschlagskriterium der niedrigste Preis angewandt wird, würde daher zwangsläufig dazu führen, dass die Angebote unterschiedliche Qualitätsniveaus aufweisen und daher nicht vergleichbar sind. Das Zuschlagsmodell "Billigstbieterprinzip" kommt daher bei der Beschaffung von Impfstoffen, die keinen völlig identischen Qualitätsstandard aufweisen, nicht in Frage. Die Angabe eines Mindeststandards reicht - wie oben gezeigt - nicht aus, um vergleichbare Angebote sicherzustellen. Zusammenfassend sind die Ausschreibungsunterlagen als rechtswidrig zu qualifizieren.

Die Antragstellerin erachtet sich als zur Angebotsabgabe berechtigtes Unternehmen in ihrem subjektiven Recht auf rechtskonforme, nicht diskriminierende Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen, auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens und in ihrem Recht auf Teilnahme an diesem Verfahren durch Angebotsabgabe verletzt.

Interesse am Vertragsabschluss und Schaden

Die Antragstellerin beabsichtigt, wie bereits eingangs ausgeführt, ein Angebot zu legen. Da, wie bereits aus den vorhergehenden Vergabeverfahren bekannt ist, der Impfstoff der Antragstellerin qualitativ höher stehend ist, als die Produkte der Mitbewerber, hat die Antragstellerin auch ein Interesse daran, dass als Zuschlagssystem nicht das "Billigstbieterprinzip", sondern das "Bestbieterprinzip" gewählt wird.

Bei rechtsrichtigem Verhalten der Antragsgegnerin wäre - wie auch bisher - das "Bestbieterprinzip" zu wählen. Der Antragstellerin droht durch die Wahl des Zuschlagssystems ein Schaden durch entgangenen Gewinn bzw. Deckungsbeitrag (vgl. die im Nachprüfungs- und Feststellungsverfahren zur ZI N/0007- BVA/05/2008 und F/0001- BVA/05/2008 vorgelegte Beilage .J)). Da die Antragstellerin beabsichtigt, sich auch in Zukunft an öffentlichen Vergabeverfahren zu beteiligen, liegt die Auftragserteilung auch deshalb in ihrem Interesse, da es zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit Referenzprojekte, die von der öffentlichen Hand beauftragt worden sind, vorweisen muss. Da - wie oben ausgeführt - das gewählte Zuschlagssystem mit hoher Wahrscheinlichkeit dazu führen würde, dass kein Wettbewerb vergleichbarer Angebote sichergestellt wird und dadurch die Chancen der Antragstellerin auf Zuschlagserteilung rechtswidriger Weise beeinträchtigt werden, kann dieser Schaden nur durch Nichtigkeitsklärung der Ausschreibungsunterlagen abgewendet werden. Der Antragstellerin droht durch die Wahl des Zuschlagssystems ein Schaden durch entgangenen Gewinn bzw. Deckungsbeitrag (vgl. die im Nachprüfungs- und Feststellungsverfahren zur ZI N/0007- BVA/05/2008 und F/0001- BVA/05/2008 vorgelegte Beilage .J)). Da die Antragstellerin beabsichtigt, sich auch in Zukunft an öffentlichen Vergabeverfahren zu beteiligen, liegt die Auftragserteilung auch deshalb in ihrem Interesse, da es zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit Referenzprojekte, die

von der öffentlichen Hand beauftragt worden sind, vorweisen muss. Da - wie oben ausgeführt - das gewählte Zuschlagssystem mit hoher Wahrscheinlichkeit dazu führen würde, dass kein Wettbewerb vergleichbarer Angebote sichergestellt wird und dadurch die Chancen der Antragstellerin auf Zuschlagserteilung rechtswidriger Weise beeinträchtigt werden, kann dieser Schaden nur durch Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen abgewendet werden.

Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Die Angebotsfrist im gegenständlichen Vergabeverfahren endet am 28.4.2008. Ab diesem Zeitpunkt hat die Antragstellerin die Möglichkeit, aufgrund der bisher dahin eingelangten Angebote den Zuschlag zu erteilen. Daraus ergibt sich für die Antragstellerin eine unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen. Die Antragstellerin wäre gezwungen auf Basis der rechtswidrigen Ausschreibungsunterlagen ein Angebot zu erstellen und dieses abzugeben. Die Antragstellerin erklärt diesbezüglich ihr Vorbringen unter Punkt I. ("Nachprüfungsantrag") der gegenständlichen Eingabe ausdrücklich auch zum Vorbringen im Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Die Antragstellerin erklärt diesbezüglich ihr Vorbringen unter Punkt römisch eins. ("Nachprüfungsantrag") der gegenständlichen Eingabe ausdrücklich auch zum Vorbringen im Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Einer einstweiligen Untersagung der Fortführung des Vergabeverfahrens ua durch Aussetzung der Angebotsfrist steht ein allfälliges besonderes Interesse der Antragsgegnerin nicht entgegen. In den Ausschreibungsunterlagen findet sich kein Hinweis, dass mit dem Vorhaben nicht bis zum Ende des Nachprüfungsverfahrens zugewartet werden könnte.

Eine einstweilige Aussetzung stellt daher für die Antragsgegnerin keine unverhältnismäßige Belastung dar.

Öffentliche Interessen, etwa die Gefährdung von Leib und Leben oder Eigentum, vermögen in diesem Fall nicht die Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu hindern, da im konkreten Fall keine aktuelle Gefährdung vorliegt. Als Zuschlagfrist sieht die Antragsgegnerin selbst einen Zeitraum von zumindest drei Monaten vor (vgl. Punkt 1.11 der Ausschreibungsunterlagen, wonach die Zuschlagsfrist fünf Monate beträgt und Punkt 1.22 der Ausschreibungsunterlagen, in welchem eine Bindungsfrist von drei Monaten vorgesehen wird). Nach ihren eigenen Ausführungen benötigt sie den Impfstoff erst für das zweite Halbjahr 2008. Bis dahin können das Nachprüfungsverfahren und auch das Vergabeverfahren selbst ohne weiteres beendet werden." Öffentliche Interessen, etwa die Gefährdung von Leib und Leben oder Eigentum, vermögen in diesem Fall nicht die Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu hindern, da im konkreten Fall keine aktuelle Gefährdung vorliegt. Als Zuschlagfrist sieht die Antragsgegnerin selbst einen Zeitraum von zumindest drei Monaten vor (vergleiche Punkt 1.11 der Ausschreibungsunterlagen, wonach die Zuschlagsfrist fünf Monate beträgt und Punkt 1.22 der Ausschreibungsunterlagen, in welchem eine Bindungsfrist von drei Monaten vorgesehen wird). Nach ihren eigenen Ausführungen benötigt sie den Impfstoff erst für das zweite Halbjahr 2008. Bis dahin können das Nachprüfungsverfahren und auch das Vergabeverfahren selbst ohne weiteres beendet werden."

Mit Schreiben vom 23. April 2008 brachte die Auftraggeberin im Wesentlichen vor, dass Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahren "Impfstoffe gegen Rotaviren"; Zl. 32-GFP- 64.21/08" die Republik Österreich, Bundesministerium für Gesundheit, Familie und Jugend, vertreten durch den Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger sei. Es handle sich um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 1.920.000,- welcher im Wege eines offenen Verfahrens nach dem Billigstbieterprinzip durchgeführt werde. Die Angebotsöffnung sei nicht erfolgt. Der Ablauf der Angebotsfrist sei für den 28. April 2008 vorgesehen. Die begehrte einstweilige Verfügung, der Auftraggeberin die Fortführung des Vergabeverfahrens zu untersagen, sei nicht zulässig, da diese einstweilige Verfügung nicht das gelindesten Mittel darstellen würde. Aufgrund der UN-Kinderrechtskonvention bestehe ein von Österreich anerkanntes Recht der Kinder auf ein Höchstmaß an Gesundheit, zu dem sich Österreich durch die Zurverfügungstellung ua von Rotavirus Impfstoff bekannt habe. Durch die durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung aufklaffende Versorgungslücke beim Rotavirus Impfstoff werde ein öffentliches Interesse, nämlich jenes der Kinder und deren Eltern auf ein Höchstmaß an Gesundheit verletzt. Bei der Interessenabwägung sei der Schutz der körperlichen Sicherheit - und insbesondere auch der Gesundheit von Kleinkindern - als das höherwertige Rechtsgut über die finanziellen Interessen der Antragstellerin zu stellen. Durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung wären sowohl Leib, Leben, Gesundheit als auch volkswirtschaftliche Interessen gefährdet. Durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde ab Ende Juni 2000 81 Versorgungslücke beim Rotavirus Impfstoff entstehen. Kleinkinder, die während der Dauer dieser Versorgungslücke das 6.. Lebensmonat vollenden und noch keine Impfung erhalten hätten bzw bei denen die in Serie nicht abgeschlossen sei, könnten nicht bzw nicht im medizinisch möglichen Ausmaß gegen das Rotavirus immunisiert werden. Aufgrund der fehlenden

Immunisierung dieser Kinder sei mit einem erheblichen Anstieg der Krankenhausaufenthalte und der damit verbundenen Kosten zu rechnen. Die Auftraggeberin stellte den Antrag auf Zurück- in eventu Abweisung der Sicherungsanträge.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

Sachverhalt

Die Republik Österreich, Bundesministerium für Gesundheit, Familie und Jugend, vertreten durch den Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, hat zur Beschaffung von Impfstoffen gegen Rotaviren einen Lieferauftrag im Wege eines offenen Verfahrens mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 1.920.000,- ohne USt - somit im Oberschwellenbereich - nach dem "Billigstbieterprinzip" ausgeschrieben. Die Antragstellerin beabsichtigt ein Angebot zu legen. Die Angebotsfrist läuft am 28. April 2008 ab. Ein Nachprüfungsantrag und ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurden am 18. April 2008 gestellt.

Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrages auf einstweilige Verfügung ist gemäß § 328 Abs 1 BVergG 2006 zu prüfen, ob der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Ablauf der Angebotsfrist befindet, dass die Rechtswidrigkeit von gesondert anfechtbaren Entscheidungen - nämlich der Ausschreibung - behauptet wurde, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet hat, sowie dass der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden drohen könnte. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG ist somit nicht gegeben. Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrages auf einstweilige Verfügung ist gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 zu prüfen, ob der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Ablauf der Angebotsfrist befindet, dass die Rechtswidrigkeit von gesondert anfechtbaren Entscheidungen - nämlich der Ausschreibung - behauptet wurde, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet hat, sowie dass der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden drohen könnte. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG ist somit nicht gegeben.

Gemäß § 321 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen in allen übrigen Fällen spätestens 7 Tagen vor Ablauf der Angebotsfrist einzubringen. Die Angebotsfrist läuft am 28. April 2008 ab. Der Nachprüfungsantrag wurde am 18. April 2008 gestellt und somit rechtzeitig eingebracht. Der Antrag wurde auch ordnungsgemäß vergebührt und erfüllt - soweit im Provisorialverfahren ersichtlich - auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen. Gemäß Paragraph 321, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen in allen übrigen Fällen spätestens 7 Tagen vor Ablauf der Angebotsfrist einzubringen. Die Angebotsfrist läuft am 28. April 2008 ab. Der Nachprüfungsantrag wurde am 18. April 2008 gestellt und somit rechtzeitig eingebracht. Der Antrag wurde auch ordnungsgemäß vergebührt und erfüllt - soweit im Provisorialverfahren ersichtlich - auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

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.

Die Antragstellerin hat in ihrem Antrag dargelegt, dass die Antragstellerin (gemeint wohl: Auftraggeberin) ab dem Ende der Angebotsfrist am 28.4.2008 die Möglichkeit hätte, aufgrund der bis dahin eingelangten Angebote den Zuschlag zu erteilen. Daraus ergebe sich für die Antragstellerin eine unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen.

Dem ist entgegenzuhalten, dass der Antragstellerin im derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens der von ihr behauptete Schaden durch die Erteilung des Zuschlages nicht unmittelbar droht. Dies deshalb, weil die Auftraggeberin im konkreten Fall gemäß § 131 ff BVergG einen wirksamen Zuschlag nur nach vorheriger Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung und Abwarten der entsprechenden Stillhaltefrist erteilen kann. Sollte die Auftraggeberin in der Folge tatsächlich eine Zuschlagsentscheidung bekannt geben, steht der Antragstellerin jedenfalls die Möglichkeit offen, neuerlich einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu stellen. Deshalb ist im konkreten Fall derzeit eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausschreibung entstandene oder sonstige unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin, die iSd § 328 Abs 1 BVergG zu beseitigen oder zu verhindern wäre, nicht ersichtlich. Dem ist entgegenzuhalten, dass der Antragstellerin im derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens der von ihr behauptete Schaden durch die Erteilung des Zuschlages nicht unmittelbar droht. Dies deshalb, weil die Auftraggeberin im konkreten Fall gemäß Paragraph 131, ff BVergG einen wirksamen Zuschlag nur nach vorheriger Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung und Abwarten der entsprechenden Stillhaltefrist erteilen kann. Sollte die Auftraggeberin in der Folge tatsächlich eine Zuschlagsentscheidung bekannt geben, steht der Antragstellerin jedenfalls die Möglichkeit offen, neuerlich einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu stellen. Deshalb ist im konkreten Fall derzeit eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausschreibung entstandene oder sonstige unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin, die iSd Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zu beseitigen oder zu verhindern wäre, nicht ersichtlich.

Weiters verweist die Antragstellerin darauf, dass der ihr drohende Schaden im entgangenen Gewinn und Verlust eines Referenzprojektes bestünde. Auch hier gilt, dass dieser möglicherweise drohende Schaden im derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens keine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausschreibungsunterlagen entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin, die iSd § 328 Abs 1 BVergG derzeit zu beseitigen oder zu verhindern wäre, darstellt. Weiters verweist die Antragstellerin darauf, dass der ihr drohende Schaden im entgangenen Gewinn und Verlust eines Referenzprojektes bestünde. Auch hier gilt, dass dieser möglicherweise drohende Schaden im derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens keine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausschreibungsunterlagen entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin, die iSd Paragraph 328, Absatz eins, BVergG derzeit zu beseitigen oder zu verhindern wäre, darstellt.

Die Antragstellerin bringt weiters vor, dass sie gezwungen wäre auf Basis der rechtswidrigen Ausschreibungsunterlagen ein Angebot zu erstellen und dieses abzugeben. Dass dies eine entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin iSd § 328 Abs 1 BVergG bedeuten würde führt diese nicht konkret aus und ist dies auch nicht ersichtlich. Die Antragstellerin bringt weiters vor, dass sie gezwungen wäre auf Basis der rechtswidrigen Ausschreibungsunterlagen ein Angebot zu erstellen und dieses abzugeben. Dass dies eine entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin iSd Paragraph 328, Absatz eins, BVergG bedeuten würde führt diese nicht konkret aus und ist dies auch nicht ersichtlich.

Da somit eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausschreibungsunterlagen entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin iSd § 328 Abs 1 BVergG derzeit nicht vorliegt, war der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzuweisen. Da somit eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausschreibungsunterlagen entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin iSd Paragraph 328, Absatz eins, BVergG derzeit nicht vorliegt, war der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzuweisen.

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