

TE Verg Bescheid 2008/1/11 N/0007-BVA/05/2008-EV15

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 11.01.2008

Norm

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1

BVergG 2006 §306 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z1

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1 Z7

BVergG 2006 §326

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 306 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 128/2013
2. BVergG 2006 § 306 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 306 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 326 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 326 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2013

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idF BGBl. I Nr. 86/2007 (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senates 5, Mag. Bernhard Ditz, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren „Impfstoffe für Kinderimpfprogramm 2008“ – Los 7 – Impfstoff gegen Rotavirus des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger im Auftrag des Bundesministeriums für Gesundheit, Familie und Jugend, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senates 5, Mag. Bernhard Ditz, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren „Impfstoffe für Kinderimpfprogramm 2008“ – Los 7 – Impfstoff gegen Rotavirus des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger im Auftrag des Bundesministeriums für Gesundheit, Familie und Jugend, wie folgt entschieden:

Spruch

Der Antrag vom 3. Jänner 2008 der A***, vertreten durch X*** „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 Fortsetzung des Vergabeverfahrens

hinsichtlich Los 7 in eventu die Erteilung des Zuschlages für den Impfstoff gegen Rotavirus (120.000 Monodosen)- Los 7 untersagen,“ wird abgewiesen.

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

Begründung

Mit Schriftsatz vom 3. Jänner 2008 (eingelangt im Bundesvergabeamt am selben Tag) beantragte die A*** (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch X***, die Nichtigerklärung der ihr bekanntgegebenen Entscheidung des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger im Auftrag des Bundesministeriums für Gesundheit, Familie und Jugend (im Weiteren: Auftraggeber) vom 20. Dezember 2007, dem Angebot der B*** (im Weiteren:

beabsichtigter Zuschlagsempfänger) für den Impfstoff gegen Rotavirus (120.000 Monodosen) – Los 7 der Ausschreibung „Impfstoffe für Kinderimpfprogramm 2008“ den Zuschlag erteilen zu wollen. Zusätzlich stellte sie auch einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, der im Spruch dieses Bescheides wörtlich wiedergegeben wurde.

Begründet wurde die beantragte Maßnahme damit, dass die Antragstellerin im Zuge des vom Auftraggeber durchgeführten Vergabeverfahrens „Impfstoffe für Kinderimpfprogramm 2008“ unter anderem auch ein Angebot für das Los 7 (Rotavirus) gelegt habe. Neben dem Preis wären in den Ausschreibungsunterlagen als Zuschlagskriterien die Immunogenität, die Schutzrate, die Verträglichkeit und die Darreichungsform festgelegt worden. Im Wesentlichen zusammenfassend wäre ihr Angebot im Bereich des Loses 7 bei den Zuschlagskriterien Darreichungsform und Verträglichkeit widersprüchlich und nicht nachvollziehbar bewertet worden. Bei einer ausschreibungskonformen und richtigen Beurteilung würde ihr Angebot am besten zu bewerten sein. Die Zuschlagsentscheidung müsste vergaberechtskonform auf Ihr Angebot lauten. Die getroffene Zuschlagsentscheidung wäre für nichtig zu erklären. Sie habe ihr Interesse durch die Angebotslegung hinreichend unter Beweis gestellt. Zudem drohe ihr ein Schaden durch den Entgang des Auftrages verbunden mit dem dadurch entgangenen Gewinn bzw. Deckungsbeitrag. Auf Projekt- und Beratungskosten wurde im Nachprüfungsantrag ebenfalls hingewiesen. Der Schaden sei nur durch die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung abzuwenden.

Zur beantragten einstweiligen Verfügung wurde im Nachprüfungsantrag im Wesentlichen 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. Der Auftraggeber selbst habe durch seine sehr späte Zuschlagsentscheidung am 20. Dezember 2007 billigend einen späteren Abruf der Leistung in Kauf genommen. 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. Es bestünde die Möglichkeit, die für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens benötigten Impfstoffe im Wege der Ersatzvornahme zu beschaffen. Aus der Spruchpraxis des Bundesvergabeamtes sei zu entnehmen, dass öffentliche Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes die Möglichkeit von Nachprüfungsverfahren und damit einhergehend eine Verzögerung ins Kalkül zu ziehen hätten.

Das Bundesvergabeamt verständigte den Auftraggeber noch am 3. Jänner 2008 von der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens und veröffentlichte die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens auf der virtuellen Amtstafel des Bundesvergabeamtes. Insbesondere forderte das Bundesvergabeamt mit Telefax den Auftraggeber auf, Angaben darüber zu machen, ob Interessen sonstiger Bewerber oder Bieter des Auftraggebers oder ein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens im Sinne des § 329 Abs. 1 BVergG gegen die Erlassung einzelner oder sämtlicher beantragter einstweiliger Maßnahmen sprechen. Das Bundesvergabeamt verständigte den Auftraggeber noch am 3. Jänner 2008 von der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens und veröffentlichte die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens auf der virtuellen Amtstafel des Bundesvergabeamtes. Insbesondere forderte das Bundesvergabeamt mit Telefax den Auftraggeber auf, Angaben darüber zu machen, ob Interessen sonstiger Bewerber oder Bieter des Auftraggebers oder ein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens im Sinne des Paragraph 329, Absatz eins, BVergG gegen die Erlassung einzelner oder sämtlicher beantragter einstweiliger Maßnahmen sprechen.

Der Auftraggeber legte am 8. Jänner 2008 die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor, übermittelte dazu vom Bundesvergabeamt angeforderte Informationen und erstattete folgende Stellungnahme, die auf Grund ihrer Bedeutung für die Entscheidung über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung an dieser Stelle im Wesentlichen im vollen Wortlaut wiedergegeben wird:

„Sachverhalt

Die Antragsgegnerin beschafft mit der gegenständlichen Ausschreibung die Impfstoffe für das aus öffentlichen Geldern finanzierte Kinderimpfprogramm 2008. Die Impfstoffe werden allen in Österreich lebenden Kindern kostenlos zur Verfügung gestellt. Mit der gegenständlichen Beschaffung soll unter anderem der Jahresbedarf für 2008 an Impfstoffen gegen Rotaviren gedeckt werden. Mit diesem Jahresbedarf sollen 60.000 Kinder gegen Rotaviren immunisiert werden.

Im „Impfplan 2007 Österreich“, herausgegeben vom Obersten Sanitätsrat, dem medizinischen Beratungsgremium des Bundesministeriums für Gesundheit, Familie und Jugend, finden sich zum Rotavirus folgende Ausführungen:

Rotavirus-Brechdurchfall (Gastroenteritis)

Rotaviren sind die häufigsten Erreger von Gastroenteritis (= Brechdurchfall) bei Säuglingen und Kleinkindern; sie verursachen fast die Hälfte aller Durchfallerkrankungen in dieser Altersgruppe. Die Übertragung des Erregers erfolgt meistens fäkal – oral, selten durch Tröpfcheninfektion. Nach einer Inkubationszeit von 24 - 72 Stunden treten Erbrechen, Durchfall und oft auch Fieber, ev. auch Ohrenschmerzen auf. Wegen der

verschiedenen Serotypen (nach den Oberflächen-Antigenen 14 G-Typen und 13 P-Typen) sind wiederholte Erkrankungen möglich und häufig, welche dann zunehmend leichter

verlaufen.

Rotaviren sind weltweit verbreitet und verursachen unter ungünstigen Versorgungsmöglichkeiten wegen des Flüssigkeitsverlustes zahlreiche Todesfälle bei Kindern:

Rotavirus-Enteritis pro Jahr

weltweit

Erkrankungen

im Spital

Todesfälle

134,000.000

18,000.000

800.000

The World Health Report 1997; Science 265: 1389-91, 1994;

Science 272: 46-8, 1996

Wegen dieser Erkrankung werden jährlich in Österreich

2.900 bis 4.400 Kinder ins Spital eingewiesen.

Die Schluckimpfung schützt zu >70% vor Rotavirus-Durchfallerkrankung und zu >90% vor schwerem Rotavirus-Brechdurchfall.

Impfung gegen Rotavirus-Brechdurchfall

Für alle Säuglinge

empfohlen

Anwendungshinweise:

Der Impfstoff ist

für Kinder von der

7. Woche bis zum

vollendeten 6. Lebensmonat

zugelassen. Er kann

gleichzeitig mit den

anderen für diese Altersgruppe

empfohlenen

Impfungen

verabreicht werden.

Spätere

Auffrischungsimpfung

en sind nicht

empfohlen. Bei

verspätetem Beginn

der Impfsreihe

sollten fehlende

Dosen nach dem 6. Lebensmonat nicht

mehr verabreicht

werden.

Zusammenfassend ergibt sich, dass Rotaviren fast die Hälfte der Durchfallerkrankungen von Säuglingen und Kleinkindern verursachen. In Österreich werden jährlich 2.900 bis 4.400 Kinder wegen dieser Durchfallerkrankung ins Spital eingewiesen. Die Impfung schützt zu mehr als 70% vor Rotavirus-Durchfallerkrankung und zu mehr als 90% vor schwerem Rotavirus-Brechedurchfall. Säuglinge können lediglich von der 7. Woche bis zum 6. Lebensmonat gegen Rotaviren geimpft werden.

Beweis: - Teilkopie Impfplan 2007 Österreich,

Der Impfstoff gegen Rotaviren wurde im Sommer 2007 in das Gratis-Kinderimpfprogramm aufgenommen. Die Beschaffung des Bedarfs an Impfstoff für das Jahr 2007 erfolgte durch die Antragsgegnerin im Juni 2007 im Vergabeverfahren „Impfstoff gegen Rotaviren“. In diesem Vergabeverfahren erhielt die Antragstellerin als Bestbieterin den Zuschlag.

Der auf unterschiedliche Stellen in Österreich verteilte Vorrat an Impfstoff gegen Rotaviren reicht maximal bis Mitte Jänner 2008. Die vorhandenen Vorräte werden dazu verwendet, mit RotaTaq begonnene Impfsreihen zu komplettieren. Noch nicht angeimpfte Kinder können bereits jetzt nicht geimpft werden. Nach dem Verbrauch dieses Vorrates kann kein Gratis-Impfstoff zur Verfügung gestellt werden.

Der von der Antragsgegnerin ermittelte Bestbieter im gegenständlichen Vergabeverfahren hat den Jahresbedarf an Impfstoff gegen Rotaviren zu einem Preis von EUR 3.840.000,-- exklusive USt angeboten. Der Verbrauch des Impfstoffes erfolgt in etwa gleichmäßig über das Jahr verteilt. Es werden daher etwa 5.000 Kinder pro Monat gegen Rotaviren geimpft. Somit ergibt sich ein monatlicher Bedarf an Impfstoff im Wert von EUR 320.000,00 exklusive USt.

Beweis: - Angebot der B*** vom 9.11.2007

Die Erteilung des Zuschlages war zur Sicherung des Bedarfs für den 4.1.2008 geplant.

Interessenabwägung

Öffentliches Interesse

Nach Artikel 24 der UN-Kinderrechtskonvention, die von der Vollversammlung der Vereinten Nationen im November 1989 verabschiedet und von Österreich im Jahr 1992 ratifiziert wurde, anerkennt Österreich unter anderem das Recht des Kindes auf das erreichbare Höchstmaß an Gesundheit. Österreich hat sich darum zu bemühen, geeignete Maßnahmen zu treffen, um die Säuglings- und Kindersterblichkeit zu verringern sowie sicherzustellen, dass alle Kinder die notwendige Gesundheitsfürsorge erhalten.

Mit der Zurverfügungstellung von Gratis-Impfstoff gegen das Rotavirus erfüllt Österreich die Vorgaben der UN-Kinderrechtskonvention. Durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde eine Versorgungslücke beim Rotavirus-Impfstoff entstehen und Kleinkinder, die während der Dauer dieser Versorgungslücke das 6. Lebensmonat vollenden und noch keine Impfung erhalten haben bzw bei denen die Impfsreihe nicht abgeschlossen ist, können nicht bzw nicht im maximal möglichen Ausmaß gegen das Rotavirus immunisiert werden.

Wie im Impfplan 2007 ausgeführt, können Rotaviren unter ungünstigen Versorgungsmöglichkeiten (800.000 Todesfälle pro Jahr weltweit) wegen des Flüssigkeitsverlustes auch zum Tod des Kindes führen. Obwohl die medizinische

Versorgung in Österreich weitreichend ist und sich auf einem hohen Niveau befindet, kann nicht ausgeschlossen werden, dass es auf Grund der mit der Erkrankung einhergehenden Dehydrierung zu Todesfällen kommt.

Auf Grund der UN-Kinderrechtskonvention besteht ein von Österreich anerkanntes Recht der Kinder auf ein Höchstmaß an Gesundheit, zu dem sich Österreich durch die Zurverfügungstellung unter anderem von Rotavirus-Impfstoff bekannt hat. Durch die durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung aufklaffende Versorgungslücke beim Rotavirus-Impfstoff wird ein öffentliches Interesse, nämlich jenes der Kinder und deren Eltern auf ein Höchstmaß an Gesundheit verletzt. Bei der Interessenabwägung ist der Schutz der körperlichen Sicherheit – und insbesondere auch der Gesundheit von Kleinkindern – als das höherwertige Rechtsgut über die finanziellen Interessen der Antragstellerin zu stellen (BVA 17.9.1997, N-19/97-6, BVA 14.8.2003, 14N-78/03-10). Die drohenden Nachteile der Erlassung einer einstweiligen Verfügung sind objektiv zu betrachten. Daher haben allfällige Verzögerungen des Vergabeverfahrens – auch wenn sie durch den Auftraggeber verursacht worden sind – bei der Beurteilung der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung außer Betracht zu bleiben (BVA 11.12.2000, N-58/00-12). Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wird daher auch auf Grund des höherwertigen öffentlichen Interesses an der Fortführung des Vergabeverfahrens abzuweisen sein.

Wie ausgeführt, führt die fehlende Immunisierung gegen Rotaviren zu einer Erhöhung der Spitalsaufenthalte und damit zu höheren Kosten, die von den Sozialversicherungen zu tragen sind. Angesichts der angespannten finanziellen Situation der Sozialversicherungen, ist wahrscheinlich, dass die Mittel zur Begleichung dieser Kosten durch Erhöhung der Sozialversicherungsbeiträge oder aus öffentlichen Mitteln aufgebracht werden. Damit sind auch in dieser Hinsicht öffentliche Interessen beeinträchtigt.

Nach Rechtsprechung und Literatur sind unter öffentlichen Interessen die Gefährdung von Leib, Leben, Gesundheit und Eigentum sowie die Gefährdung volkswirtschaftlicher Interessen zu verstehen (BVA 29.12.2003, 02N-147/03-5; RPA 2001, 129 [132]; RPA 2004, 285 [293]). Durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung wären sowohl Leib, Leben, Gesundheit als auch volkswirtschaftliche Interessen gefährdet.

Interessen des Auftraggebers

Die Erkrankung eines Säuglings oder Kleinkindes an Brechdurchfall, der durch das Rotavirus ausgelöst wird, ist häufig mit einer Spitalsaufnahme des Kindes und eines Elternteils verbunden. Nach den Angaben im Impfplan 2007 werden in Österreich jährlich 2.900 bis 4.400 Kinder wegen dieser Erkrankung ins Spital eingewiesen. Die Kosten für einen Hospitalisierungsfall liegen zwischen EUR 1.698,36 und EUR 2.562,26. Kosten verursacht auch die ambulante Betreuung von leichter verlaufenden Erkrankungsfällen. Deren Inzidenz ist sehr hoch, es sind allerdings keine genauen Daten verfügbar. Laut Univ.-Prof. Dr. Kollaritsch, Medizinische Universität Wien, kann davon ausgegangen werden, dass in Österreich so gut wie jedes Kind bis zum vollendeten 3. Lebensjahr zumindest ein Mal an Rotaviren erkrankt (H. Kollaritsch/K. Möstl, Ratgeber Impfen 2006, Wien, Dr. Peter Müller Verlag). Aus gesamtgesellschaftlicher Sicht sind außerdem die indirekten Kosten der Erkrankungen zu berücksichtigen, vor allem der Pflegeaufwand der Eltern (Arbeitsausfall). Die Kosten für den Spitalsaufenthalt sind damit wesentlich höher als die Kosten für den Rotavirus-Impfstoff von etwa EUR 64,-- exklusive USt pro Kind.

Am 16. Österreichischen Impftag am 24.3.2007, veranstaltet vom Österreichischen Grünen Kreuz für Vorsorgemedizin gemeinsam mit der Österreichischen Gesellschaft für Kinder- und Jugendheilkunde, der Österreichischen Ärztekammer und der Österreichischen Apothekerkammer, wurde von Experten die Ansicht vertreten, dass Immunisierungen – unter anderem die Impfung gegen Rotaviren – Spitalsbetten leeren könnten.

Beweis: - Artikel „Immunisierungen könnten Spitalsbetten leeren“, Der Standard vom 26.3.2007

Durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde ab Mitte Jänner 2008 eine Versorgungslücke beim Rotavirus-Impfstoff entstehen. 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, können nicht bzw nicht im medizinisch möglichen Ausmaß gegen das Rotavirus immunisiert werden. Ausgehend vom bestehenden Vorrat an Rotavirus-Impfstoff und einer Verfahrensdauer von 6 Wochen nach § 326 BVergG ist zumindest eine Versorgungslücke von 4 Wochen gegeben. In diesem Zeitraum kann die Impfung von 5.000 Säuglingen nicht erfolgen. Auf Grund der fehlenden Immunisierung dieser Kinder ist mit einem erheblichen Anstieg der Krankenhausaufenthalte und der damit verbundenen Kosten zu rechnen. Angesichts der erhobenen Kosten für einen Spitalsaufenthalt auf Grund einer Rotavirus-Erkrankung von etwa EUR $(1.698,36 + 2.562,26 = 4.260,62 / 2 \sim) 2.130,--$ und durchschnittlich $(2.900 + 4.400 =$

7.300 / 2 =) Durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde ab Mitte Jänner 2008 eine Versorgungslücke beim Rotavirus-Impfstoff entstehen. Kleinkinder, die während der Dauer dieser Versorgungslücke das 6. Lebensmonat vollenden und noch keine Impfung erhalten haben bzw bei denen die Impfsérie nicht abgeschlossen ist, können nicht bzw nicht im medizinisch möglichen Ausmaß gegen das Rotavirus immunisiert werden. Ausgehend vom bestehenden Vorrat an Rotavirus-Impfstoff und einer Verfahrensdauer von 6 Wochen nach Paragraph 326, BVerG ist zumindest eine Versorgungslücke von 4 Wochen gegeben. In diesem Zeitraum kann die Impfung von 5.000 Säuglingen nicht erfolgen. Auf Grund der fehlenden Immunisierung dieser Kinder ist mit einem erheblichen Anstieg der Krankenhausaufenthalte und der damit verbundenen Kosten zu rechnen. Angesichts der erhobenen Kosten für einen Spitalsaufenthalt auf Grund einer Rotavirus-Erkrankung von etwa EUR (1.698,36 + 2.562,26 = 4.260,62 / 2 ~) 2.130,-- und durchschnittlich (2.900 + 4.400 = 7.300 / 2 =)

3.650 Spitalaufhalten pro Jahr ergeben sich für jeden Monat, in dem der Impfstoff nicht zur Verfügung gestellt werden kann, Kosten für Spitalsaufhalte von EUR (3.650 / 12 x 2.130,-- =) 647.520,--.

Das Interesse der Antragsgegnerin, die Kosten für Spitalsaufhalte, die von den im Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger organisierten Krankenversicherungsträgern zu tragen sind, zu senken, ist wesentlich höher einzustufen als das von der Antragstellerin geltend gemachte Interesse an entgangenem Gewinn bzw Deckungsbeitrag. Dies insbesondere aus dem Grund, da die finanzielle Ausstattung der Sozialversicherungen, wie allgemein bekannt ist, überaus angespannt ist und die Sozialversicherungen angehalten sind, die hohen Kosten im Gesundheitsbereich, insbesondere für Spitalsaufhalte, zu senken. Die Interessenabwägung hat daher zugunsten der Antragsgegnerin auszufallen, da die Fortführung des Vergabeverfahrens zur zeitgerechten Beschaffung des Rotavirus-Impfstoffes erforderlich ist.

Das von der Antragstellerin vorgebrachte Argument, dass der Antragsgegnerin für den Fall einer Versorgungslücke eine „Ersatzbeschaffung“ des Impfstoffes gegen Rotaviren möglich ist, geht ins Leere, da das BVerG für dringliche Beschaffungen in einer Größenordnung von EUR 320.000,00 exklusive USt pro Monat kein geeignetes Verfahren vorsieht, insbesondere kein Verfahren, das bis Mitte Jänner 2008 abgeschlossen werden könnte. Die Antragsgegnerin hat damit keine Möglichkeit zur gesetzeskonformen Beschaffung von Impfstoff zur Überbrückung der Versorgungslücke. Insofern überwiegt das Interesse der Antragsgegnerin an der Fortführung des Verfahrens das rein finanzielle Interesse der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Interessen der Auftraggeberin und das öffentliche Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens die rein finanziellen Interessen der Antragstellerin beträchtlich überwiegen. Die Erlassung der einstweiligen Verfügung wäre angesichts der drohenden Nachteile unverhältnismäßig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wird daher abzuweisen sein.

Stellungnahme der Auftraggeberin zur weiteren Vorgangsweise

Angesichts der Dringlichkeit der Beschaffung des Impfstoffes gegen das Rotavirus und des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens hat die Auftraggeberin Szenarien zur weiteren Vorgangsweise ausgearbeitet, um die Versorgung mit Rotavirus-Impfstoff in jedem Fall sicher zu stellen. Dabei geht die Auftraggeberin im Sinne eines zeitlichen „Worst-case-Szenariums“ davon aus, dass im Nachprüfungsverfahren ein Sachverständiger zur Beurteilung der medizinischen und allenfalls pharmazeutischen Fragen beizuziehen sein wird und daher die sechswöchige Entscheidungsfrist der angerufenen Behörde unter Umständen zur Gänze erforderlich sein könnte.

Die Auftraggeberin räumt in diesem Zusammenhang zwar ein, dass bei der Dokumentation der Angebotsbewertung durch die Expertenkommission der Auftraggeberin gewisse Unschärfen vorliegen. Diese sind jedoch rein „manipulativer“ Art und könnten jedenfalls durch eine ergänzende Angebotsprüfung behoben werden. Die Auftraggeberin geht weiters aus inhaltlicher Sicht davon aus, dass eine ergänzte Angebotsprüfung nach den bisherigen Informationen zu keiner Änderung des Bewertungsergebnisses führen würde und daher für die Antragstellerin insofern nichts gewonnen wäre. Darüber hinaus ist in diesem Zusammenhang auch auf den Umstand zu verweisen, dass die Antragstellerin selbst bei hypothetischem Zuspruch der maximalen Qualitätspunkte durch den im Preis klar gegebenen Abstand noch immer an zweiter Stelle zu reihen wäre. Demnach fehlt es der Antragstellerin an der für einen Nachprüfungsantrag (bzw für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) möglichen Verletzung eines subjektiven Rechts.

Unter der – aus reinen Vorsichtsgründen anzustellenden – Annahme, dass das BVA dem Antrag auf Erlassung der

einstweiligen Verfügung stattgibt, beabsichtigt die Auftraggeberin daher die Zuschlagsentscheidung hinsichtlich Los 7 zurückzuziehen und der Expertenkommission die umgehende Verbesserung der Dokumentation der Angebotsbewertung aufzutragen, um auf diesem Weg die Versorgungssicherheit so rasch wie möglich wiederherzustellen. Nach dieser Verbesserung würde die Zuschlagsentscheidung neuerlich bekannt gegeben werden. Auch bei dieser Vorgangsweise könnte jedoch infolge weiterer vergabekontrollrechtlicher Schritte der Antragstellerin eine Lücke bei der Versorgung mit Rotavirus-Impfstoff nicht völlig ausgeschlossen werden.

Die oben angeführten Unschärfen in der Dokumentation der Angebotsbewertung haben die Auftraggeberin jedoch dazu bewogen, im Fall der Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung – und der damit gesicherten Versorgung der Kleinkinder – der präsumtiven Zuschlagsempfängerin lediglich den Bedarf an Rotavirus-Impfstoff für den Zeitraum Jänner bis einschließlich Juni 2008 zuzuschlagen (also die Laufzeit des Vertrages um die Hälfte zu reduzieren). Diese Vorgangsweise ist mit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bereits abgestimmt und würde von dieser mit Gegenschlussbrief bestätigt werden, sodass insofern auch eine Rechtsverbindlichkeit „nach Außen“ entstünde.

Die Auftraggeberin würde den diesfalls versorgungssicheren Zeitraum bis Mitte 2008 dazu nutzen, umgehend eine Neuausschreibung in Angriff zu nehmen, mit der die Abwicklung eines einwandfreien Vergabeverfahrens gewährleistet wäre. Diese Ausschreibung würde sich zweckmäßigerweise nicht nur auf den verbleibenden Zeitraum der zweiten Hälfte des Jahres 2008 beziehen, sondern zusätzlich auch auf das komplette Jahr 2009. Dieser Zeitraum von rund 6 Monaten für eine Neuausschreibung würde nach allen Erfahrungswerten – und insbesondere auch unter Berücksichtigung einer allfälligen nochmaligen Vergabekontrolle – jedenfalls ausreichend sein, um die Versorgungssicherheit durchgehend (!) zu gewährleisten.“

Mit Schriftsatz vom 9. Jänner 2008 wurde von der Antragstellerin auf das Vorbringen des Auftraggebers vom 8. Jänner 2008 repliziert. Im Sinne der Gleichbehandlung der Parteien im Provisorialverfahren wird dieses Vorbringen ebenfalls weitgehend (Fußnotenankmerkungen werden nicht wiedergegeben) wortident an dieser Stelle wiedergegeben:

„Zum zeitlichen Verlauf des Vergabeverfahrens

Einleitend ist hervorzuheben, dass es die Antragsgegnerin verabsäumt hat sowohl eine dem BVergG 2006 entsprechende Zuschlagsentscheidung zu treffen als auch ihr Vergabeverfahren zeitlich derart zu planen und zu strukturieren, dass der von ihr nunmehr ins Treffen geführte Engpass nicht entsteht.

Nach ständiger Judikatur der Vergabekontrollbehörden sowie auch der Höchstgerichte hat jeder öffentliche Auftraggeber mit der Möglichkeit eines Nachprüfungsverfahrens, einschließlich der Verzögerung des Vergabeverfahrens durch eine einstweilige Verfügung, zu rechnen.

Wie der Verfassungsgerichtshof aussprach, ist die Sicherstellung der Auftragserteilung nach einem fairen und lauten Wettbewerb und damit an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessensabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtsschutz als im öffentlichen Interesse gelegen zu bewerten.

Wenn daher die Antragsgegnerin ua die Möglichkeit eines Nachprüfungsverfahrens bei ihrer zeitlichen Planung nicht ausreichend berücksichtigt hat, kann dies nicht zu Lasten der Antragstellerin gehen.

Vielmehr hat die Antragstellerin sogar auf das zeitlich bevorstehende Ende der Zuschlagsfrist hingewiesen (vgl. Beilage ./D). Die – noch dazu rechtswidrige – Zuschlagsentscheidung wurde dennoch erst mit 20.12.2007 bekannt gegeben. Vielmehr hat die Antragstellerin sogar auf das zeitlich bevorstehende Ende der Zuschlagsfrist hingewiesen (vergleiche Beilage ./D). Die – noch dazu rechtswidrige – Zuschlagsentscheidung wurde dennoch erst mit 20.12.2007 bekannt gegeben.

Zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung

Nunmehr räumt die Antragsgegnerin sogar selbst ein, dass „bei der Dokumentation der Angebotsbewertung durch die Expertenkommission der Auftraggeberin gewisse Unschärfen vorliegen. Diese sind jedoch rein ‚manipulativer‘ Art und könnten jedenfalls durch eine ergänzende Angebotsprüfung behoben werden.“ Weiters wird ausgeführt, dass dies aber „nach den bisherigen Informationen“ zu keiner Änderung des Bewertungsergebnisses führen würde.

Zunächst ist fraglich, wie durch eine „ergänzende Angebotsprüfung“ Unschärfen bei der „Dokumentation der Angebotsbewertung durch die Expertenkommission“ behoben werden können.

Aus diesen Ausführungen ergibt sich jedenfalls, dass die Antragsgegnerin selbst davon ausgeht, die Bewertung nicht in Entsprechung der Vorgaben des BVergG 2006 vorgenommen zu haben.

Zum einen hat es die Antragsgegnerin offensichtlich verabsäumt eine objektiv nachvollziehbare Bewertung und Zuschlagsentscheidung zu treffen. Nach der ständigen Spruchpraxis bedarf es aber bei einer ziffernmäßigen Bewertung der Angebote (vgl. Beilage ./H) einer detaillierten verbalen Darstellung für die Gründe dieser Bewertung, um die gerichtliche Überprüfbarkeit der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers zu ermöglichen. Schon aus diesem Grunde ist die Zuschlagsentscheidung, nach den eigenen Ausführungen der Antragsgegnerin, offenkundig rechtswidrig. Zum anderen hat es die Antragsgegnerin offensichtlich verabsäumt eine objektiv nachvollziehbare Bewertung und Zuschlagsentscheidung zu treffen. Nach der ständigen Spruchpraxis bedarf es aber bei einer ziffernmäßigen Bewertung der Angebote (vgl. Beilage ./H) einer detaillierten verbalen Darstellung für die Gründe dieser Bewertung, um die gerichtliche Überprüfbarkeit der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers zu ermöglichen. Schon aus diesem Grunde ist die Zuschlagsentscheidung, nach den eigenen Ausführungen der Antragsgegnerin, offenkundig rechtswidrig.

Unabhängig davon sind auch das Ergebnis der Bewertung und damit die Zuschlagsentscheidung, wie im Nachprüfungsantrag ausführlich dargelegt, weder nachvollziehbar noch rechtskonform. Die Widersprüchlichkeit der Bewertung ergibt sich schon aus Beilage ./H: Obwohl das Produkt der Antragstellerin mit 5,76 Punkten (2. bis 5. Zuschlagskriterien) bewertet wurde und Rotarixâ lediglich 5,32 Punkte erhielt, schließt die Antragsgegnerin auf die qualitative Gleichwertigkeit der Impfstoffe. Die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung ist evident.

Zum anderen dürfte es nach Ansicht der Antragsgegnerin „nach den bisherigen Informationen“ zu keiner Änderung des Bewertungsergebnisses kommen, dezidiert ausgeschlossen wird dies allerdings nicht! Wiederum ist den Ausführungen der Antragsgegnerin zu entnehmen, dass eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der Antragstellerin und damit ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens nicht ausgeschlossen werden kann. Die Zuschlagsentscheidung ist offenkundig rechtswidrig.

Keine Versorgungslücke – Impfstoff am Markt verfügbar

Die Antragsgegnerin führt als drohenden Nachteil der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung an, dass durch diese „eine Versorgungslücke beim Rotavirus-Impfstoff“ entstehen würde und eine Immunisierung von Kleinkindern nicht mehr erfolgen könne.

Festzuhalten ist jedoch, dass RotaTeq® in ausreichenden Mengen frei am Markt verfügbar ist. Wenn die Antragsgegnerin auf eine mit der GlaxoSmithKline abgestimmte Vorgangsweise verweist, so muss auch Rotarixâ für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens in ausreichenden Mengen zur Verfügung stehen. Eine Beschaffung des Rotavirus-Impfstoffes ist daher auch bei Erlassung einer einstweiligen Verfügung durchgängig sichergestellt. Eine Versorgungslücke infolge mangelnder Verfügbarkeit von Rotavirus-Impfstoff liegt daher nicht vor.

Schließlich führt die Antragsgegnerin aus, dass ihr eine vergaberechtskonforme Beschaffung von Impfstoffen im Wege der Ersatzvornahme für die Dauer einer einstweiligen Verfügung nicht möglich sei. Nach der Judikatur des EuGH ist ein öffentlicher Auftraggeber, dessen Vergabeverfahren auszusetzen war und dies zu einer Verzögerung führt, die zB „den Betrieb eines öffentlichen Krankenhauses beeinträchtigen und damit die öffentliche Gesundheit gefährden kann“, jedoch berechtigt, „unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit alle vorläufigen Maßnahmen zu treffen, die notwendig sind, damit er das für den reibungslosen Betrieb des Krankenhauses erforderliche Material beschaffen kann“.

Zur Möglichkeit der Ersatzvornahme durch die Antragsgegnerin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens wird darauf hingewiesen, dass die im Vertrag 2007 mit der Antragstellerin vereinbarten Mengen nicht vollständig abgerufen wurden. Es liegen aber von bezugsberechtigten Stellen noch offene Bestellungen auf, die durch den Abrechnungsschluss des Hauptverbandes per 19.12.2007 nicht mehr bedient werden konnten. Diese Mengen könnten zur Überbrückung der Lieferlücke problemlos zur Verfügung gestellt werden. Es besteht daher weiterhin die Möglichkeit, Impfstoffe von der Antragstellerin zu beziehen.“

Auf der Grundlage der Stellungnahmen der Antragstellerin samt Beilagen vom 3. Jänner 2008 (OZ 1 und OZ 2) und vom 9. Jänner 2008 (OZ 11 sowie OZ 13) und der Stellungnahme des Auftraggebers vom 8. Jänner 2008 (OZ 7) sowie den vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens wurde nachfolgender für den verfahrensgegenständlichen Antrag auf

Erlassung einer einstweiligen Verfügung entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Der Auftraggeber führt unter der Bezeichnung „Impfstoffe für Kinderimpfprogramm 2008“ ein im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Union am 21. September 2007 bekanntgemachtes Vergabeverfahren (Lieferauftrag im Oberschwellenwertbereich) durch. Gegenstand der Beschaffung sind Impfstoffe für das aus öffentlichen Geldern finanzierte Kinderimpfprogramm 2008. Die Impfstoffe werden allen in Österreich lebenden Kindern kostenlos zur Verfügung gestellt.

Die Ausschreibung sieht insgesamt sieben Lose

Los 1 - Sechsfachimpfstoff;

Los 2 - Impfstoff gegen Masern/Mumps/Röteln;

Los 3 – Impfstoff gegen Hepatitis B;

Los 4 – Impfstoff gegen Diphtherie/Tetanus/Poliomyelitis;

Los 5 – Impfstoff gegen Diphtherie/Tetanus/Pertussis;

Los 6 – Impfstoff gegen Pneumokokken (PNC);

Los 7 – Impfstoff gegen Rotavirus

vor.

Mit der gegenständlichen Beschaffung soll unter anderem in einem Los 7 der Jahresbedarf für 2008 an Impfstoffen gegen Rotaviren gedeckt werden. Mit diesem Jahresbedarf sollen 60.000 Kinder gegen Rotaviren immunisiert werden.

Die Angebotsöffnung war am 12. November 2007. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung erfolgte hinsichtlich aller Lose an alle Bieter am 20. Dezember 2007 via Telefax. Eine losweise Auftragserteilung war möglich und ist hinsichtlich der anderen Lose zwischenzeitig am 4. Jänner 2008 erfolgt. Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen. Es liegt auch keine Widerrufsentscheidung vor.

Die Antragstellerin hat im Vergabeverfahren unter anderem auch ein Angebot für Los 7 abgegeben. Dieses Angebot wurde im Vergabeverfahren nicht ausgeschieden. Zudem hat die Antragstellerin Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung von gesamt EUR 2.400.-- entrichtet.

Dem vorliegenden Sachverhalt liegt folgende Beweiswürdigung zugrunde:

Der Sachverhalt ergibt sich aus den Angaben der Parteien bzw. den vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens. Inhaltliche Widersprüchlichkeiten liegen keine vor.

Der vorliegende Sachverhalt ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Der Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahren ist unter Berücksichtigung von § 3 Abs. 1 BVergG jedenfalls ein öffentlicher Auftraggeber. Der Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahren ist unter Berücksichtigung von Paragraph 3, Absatz eins, BVergG jedenfalls ein öffentlicher Auftraggeber.

Die Antragstellerin hat am 3. Jänner 2008 die Nichtigerklärung der ihr mit Telefax am 20. Dezember 2007 mitgeteilten Entscheidung, einem Mitbewerber im Vergabeverfahren „Impfstoffe für Kinderimpfprogramm 2008“ hinsichtlich des Loses 7 – Rotaviren – den Zuschlag zu erteilen (Zuschlagsentscheidung) beantragt. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG. Die Antragstellerin hat am 3. Jänner 2008 die Nichtigerklärung der ihr mit Telefax am 20. Dezember 2007 mitgeteilten Entscheidung, einem Mitbewerber im Vergabeverfahren „Impfstoffe für Kinderimpfprogramm 2008“ hinsichtlich des Loses 7 – Rotaviren – den Zuschlag zu erteilen (Zuschlagsentscheidung) beantragt. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG.

Der Antrag auf Nichtigerklärung ist unter Berücksichtigung von § 321 Abs. 1 Z 7 BVergG rechtzeitig. Der Antrag auf Nichtigerklärung ist unter Berücksichtigung von Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG rechtzeitig.

Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt. Das Bundesvergabeamt ist daher gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt. Das Bundesvergabeamt ist daher gemäß Paragraph 312, Absatz 2,

Ziffer eins, BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 leg.cit. 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 hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. 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.

Das Bundesvergabeamt kommt im Zuge der Prüfung der Antragsvoraussetzungen zum Ergebnis, dass diese vorhanden sind, sodass über das Antragsbegehren auf Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens in eventu auf Untersagung der Zuschlagserteilung inhaltlich abzusprechen ist.

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG 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. Der Auftraggeber verweist in seiner Stellungnahme vom 8. Jänner 2008 auf die Notwendigkeit zur Aufrechterhaltung aller erforderlichen Maßnahmen, damit eine lückenlose Impfung von Kleinkindern in einem bestehenden System gegen Rotaviren durchgeführt werden kann. Er führt sehr nachdrücklich und eindrucksvoll aus, dass im Falle einer Untersagung der Zuschlagserteilung im Rahmen einer einstweiligen Verfügung zumindest die Möglichkeit entstehen könnte, dass nicht alle in Frage kommenden Kleinkinder gegen Rotaviren geimpft werden können; in einem solchen Fall bestünde zumindest die Möglichkeit, dass Kleinkinder erkranken, was im schlimmsten Fall zum Tod dieser Kleinkinder führen könnte. Der Auftraggeber weist sehr eindrucksvoll und durchaus nachvollziehbar darauf hin, dass im Falle einer nicht erfolgenden Impfung gegen Rotaviren der Leib bzw. das Leben dieser Kleinkinder gefährdet sein könnte. Der Auftraggeber führt auch noch zusätzliche volkswirtschaftliche bzw. gesundheitspolitische Notwendigkeiten an, die gegen die Untersagung der Fortführung des Vergabeverfahrens bzw. die Untersagung der Zuschlagserteilung und somit gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung sprechen. Der Auftraggeber weist auch unter Hinweis auf eine nur mehr zweiwöchige Verfügbarkeit von noch vorhandenem Impfstoff gegen Rotaviren bei den für Impfungen zuständigen Stellen auf die Dringlichkeit zu einer möglichst raschen Auftragsabwicklung hin. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 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. Der Auftraggeber verweist in seiner Stellungnahme vom 8. Jänner 2008 auf die Notwendigkeit zur Aufrechterhaltung aller erforderlichen Maßnahmen, damit eine lückenlose Impfung von Kleinkindern in einem bestehenden System gegen Rotaviren durchgeführt werden kann. Er führt sehr nachdrücklich und eindrucksvoll aus, dass im Falle einer Untersagung der Zuschlagserteilung im Rahmen einer einstweiligen Verfügung zumindest die Möglichkeit entstehen könnte, dass nicht alle in Frage kommenden Kleinkinder gegen Rotaviren geimpft werden können; in einem solchen Fall bestünde zumindest die Möglichkeit, dass Kleinkinder erkranken, was im schlimmsten Fall zum Tod dieser Kleinkinder führen könnte. Der Auftraggeber weist sehr eindrucksvoll und durchaus nachvollziehbar darauf hin, dass im Falle einer nicht erfolgenden Impfung gegen Rotaviren der Leib bzw. das Leben dieser Kleinkinder gefährdet sein könnte. Der Auftraggeber führt auch noch zusätzliche volkswirtschaftliche bzw. gesundheitspolitische Notwendigkeiten an, die gegen die Untersagung der Fortführung des Vergabeverfahrens bzw. die Untersagung der Zuschlagserteilung und somit gegen die Erlassung

der beantragten einstweiligen Verfügung sprechen. Der Auftraggeber weist auch unter Hinweis auf eine nur mehr zweiwöchige Verfügbarkeit von noch vorhandenem Impfstoff gegen Rotaviren bei den für Impfungen zuständigen Stellen auf die Dringlichkeit zu einer möglichst raschen Auftragsabwicklung hin.

Das Auftragsverhältnis mit der nunmehrigen Antragstellerin als bisherigem Lieferanten des erforderlichen Impfstoffes endete mit Ablauf des Jahres 2007. Die Antragstellerin hat selbst in ihrer letzten ergänzenden Stellungnahme vom 9. Jänner 2007 ausgeführt, dass durch den Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger bereits per 19. Dezember 2007 ein Abrechnungsschluss durchgeführt wurde. Gleichzeitig wird jedoch von der Antragstellerin auch über diesen Abrechnungsschluss hinaus angeboten, weitere Leistungen zu erbringen. Die Antragstellerin unterlässt es jedoch darzulegen aus welchem vergaberechtskonform zustandegekommenen Beschaffungsvorgang und unter welchen Bedingungen, Lieferkonditionen, etc. ein solcher Auftragsabruf zu tätigen wäre. Ein derartiges einseitiges Angebot ohne entsprechende Annahme durch den Auftraggeber aus dem offensichtlich erkennbar sein könnte, dass keine Verschlechterung für die betroffenen Kleinkinder eintreten kann, vermag das Bundesvergabeamt nicht zu erkennen. Offensichtlich geht die Antragstellerin davon aus, dass das Bundesvergabeamt eine vergaberechtlich gebotene Interessensabwägung nicht vornimmt und daher zur Auffassung gelangt, dass die einstweilige Verfügung erlassen wird. In einem solchen Fall wäre dann quasi im Notverordnungswege unter Außerachtlassung vergaberechtlicher Bestimmungen eine Beschaffung auch von der Antragstellerin möglich. Dazu ist jedoch seitens des Bundesvergabeamtes zu entgegnen, dass es sich seiner Verantwortung sehr bewusst ist und die entsprechende Interessenabwägung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG vornimmt. Das Auftragsverhältnis mit der nunmehrigen Antragstellerin als bisherigem Lieferanten des erforderlichen Impfstoffes endete mit Ablauf des Jahres 2007. Die Antragstellerin hat selbst in ihrer letzten ergänzenden Stellungnahme vom 9. Jänner 2007 ausgeführt, dass durch den Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger bereits per 19. Dezember 2007 ein Abrechnungsschluss durchgeführt wurde. Gleichzeitig wird jedoch von der Antragstellerin auch über diesen Abrechnungsschluss hinaus angeboten, weitere Leistungen zu erbringen. Die Antragstellerin unterlässt es jedoch darzulegen aus welchem vergaberechtskonform zustandegekommenen Beschaffungsvorgang und unter welchen Bedingungen, Lieferkonditionen, etc. ein solcher Auftragsabruf zu tätigen wäre. Ein derartiges einseitiges Angebot ohne entsprechende Annahme durch den Auftraggeber aus dem offensichtlich erkennbar sein könnte, dass keine Verschlechterung für die betroffenen Kleinkinder eintreten kann, vermag das Bundesvergabeamt nicht zu erkennen. Offensichtlich geht die Antragstellerin davon aus, dass das Bundesvergabeamt eine vergaberechtlich gebotene Interessensabwägung nicht vornimmt und daher zur Auffassung gelangt, dass die einstweilige Verfügung erlassen wird. In einem solchen Fall wäre dann quasi im Notverordnungswege unter Außerachtlassung vergaberechtlicher Bestimmungen eine Beschaffung auch von der Antragstellerin möglich. Dazu ist jedoch seitens des Bundesvergabeamtes zu entgegnen, dass es sich seiner Verantwortung sehr bewusst ist und die entsprechende Interessenabwägung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG vornimmt.

Vom zur Entscheidung berufenen Senatsvorsitzenden wird dabei nicht außer Betracht gelassen, dass die Untersagung der Zuschlagserteilung nicht bedeuten würde, dass Impfstoff gegen Rotaviren in Österreich nicht mehr vorhanden sein würde und damit zumindest für einzelne Kleinkinder die Möglichkeit gegeben wäre, die erforderliche Schutzimpfung gegen Rotaviren zu erhalten. Ob bei einer Untersagung der Zuschlagerteilung in weiterer Folge genügend Impfstoff vorhanden wäre bzw. an den hierfür erforderlichen Stellen verfügbar wäre, kann an dieser Stelle nur vermutet werden aber nicht mit Sicherheit festgestellt werden. Ein Risiko eines Engpasses und damit verbunden ein erhöhtes Risiko für die äußerst schützenswerte Bevölkerungsschicht der sich in Österreich aufhaltenden Kleinstkinder ist zumindest nicht auszuschließen. Eine Garantie, dass alle Kleinkinder, die gegen Rotaviren immunisiert werden können, tatsächlich gegen Rotaviren geimpft werden, vermag das Bundesvergabeamt auch im bisher bestehenden System nicht zu erkennen. Wenn jedoch dieses System – und sei es auch nur für eine kurze Zeit – verlassen wird, muss davon ausgegangen werden, dass noch weniger Kinder gegen Rotaviren geimpft werden und es dadurch vermehrt zu einer Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit von einzelnen Kleinkindern kommen kann. Die Ursachen würden zum großen Teil in einer mangelnden Information der betroffenen Eltern und der damit zusammenhängenden Unwissenheit begründet liegen. Die Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit würde eine umfassende und ausreichende Information nicht zulassen. Ob in einem geänderten und sehr kurzfristig (innerhalb von nur wenigen Tagen) aufzusetzenden System alle erforderlichen Voraussetzungen geschaffen werden könnten, damit der Schutz der Kleinkinder nicht vermindert werden würde, wird vom Bundesvergabeamt angezweifelt.

Wenn die Antragstellerin auf die Möglichkeit einer Ersatzbeschaffung für einen kurzen Zeitraum verweist, so wird darauf hingewiesen, dass ein Nachprüfungsverfahren auch länger als sechs Wochen dauern kann. Erforderlichenfalls ist ein Sachverständiger beizuziehen. Die vom Gesetzgeber in § 326 BVergG festgelegte Entscheidungsfrist ist in einem solchen Falle kaum zu halten, sodass sich ein Nachprüfungsverfahren auch über mehrere Monate hinziehen kann. Dem Argument des Auftraggebers, dass eine Ersatzbeschaffung mit einem monatlichen Auftragsvolumen in der Größenordnung von EUR 320.000.-- exklusive USt nicht innerhalb weniger Stunden bzw. weniger Tage vergaberechtskonform abwickeln lässt, ist unter Hinweis auf das BVergG, das je nach Verfahrensart Minimalfristen und andere Minimalerfordernisse vorsieht, beizupflichten. Wenn die Antragstellerin auf die Möglichkeit einer Ersatzbeschaffung für einen kurzen Zeitraum verweist, so wird darauf hingewiesen, dass ein Nachprüfungsverfahren auch länger als sechs Wochen dauern kann. Erforderlichenfalls ist ein Sachverständiger beizuziehen. Die vom Gesetzgeber in Paragraph 326, BVergG festgelegte Entscheidungsfrist ist in einem solchen Falle kaum zu halten, sodass sich ein Nachprüfungsverfahren auch über mehrere Monate hinziehen kann. Dem Argument des Auftraggebers, dass eine Ersatzbeschaffung mit einem monatlichen Auftragsvolumen in der Größenordnung von EUR 320.000.-- exklusive USt nicht innerhalb weniger Stunden bzw. weniger Tage vergaberechtskonform abwickeln lässt, ist unter Hinweis auf das BVergG, das je nach Verfahrensart Minimalfristen und andere Minimalerfordernisse vorsieht, beizupflichten.

Sollte der Impfstoff gegen Rotaviren mangels eines vergaberechtskonform zustandegekommenen Beschaffungsverhältnisses nicht mehr beziehbar sein, würde das bedeuten, dass - will jemand ein Kleinkind gegen Rotaviren immunisieren - diese Person sich den entsprechenden Impfstoff selbst am freien Markt besorgen müsste. Eine Recherche bei der Heimatapotheke des Senatsvorsitzenden ergab, dass für das von der Antragstellerin angebotene Medikament für eine Verabreichung (es werden laut geltendem Arzneimittelkodex für eine Immunisierung drei Verabreichungen empfohlen) am freien Markt EUR 86,30 zu bezahlen sind, während für eine Verabreichung des angebotenen Medikaments der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin (der Arzneimittelkodex empfiehlt für eine vollständige Immunisierung zwei Verabreichungen) EUR 122,60 zu bezahlen wären. Selbst bei einem einzigen zu impfenden Kleinkind (auf Mehrfachgeburten wird in diesem Zusammenhang lediglich hingewiesen) entstünden Kosten in beträchtlicher Höhe. Als Gegenargument könnte ins Rennen geführt werden, dass man sich diese Impfstoffe auch auf Krankenschein verschreiben lassen könnte. Das würde aber dazu führen, dass unter Zugrundelegung der in der Stellungnahme des Auftraggebers angeführten monatlichen Kostenschätzung von weit über EUR 300.000.-- von den entsprechenden Sozialversicherungsträgern zusätzliche Kosten in dieser Höhe zu tragen wären, gegen die sich diese angesichts des gerade in letzter Zeit von politischer Seite geforderten Auftrages zur Kosteneinsparung zur Wehr setzen würden. Das Bundesvergabeamt vermag nicht zu erkennen, dass in einem solchen Szenario die unentgeltliche Finanzierung des Impfstoffes und damit zusammenhängend die Aufrechterhaltung der bisherigen Gesundheitsvorsorge für Kleinstkinder sichergestellt wäre. Hinzu kommt, dass ein solches oder ein vergleichbares System einen zusätzlichen Aufwand auch für Eltern oder sonstige Erziehungsberechtigte bedeuten würde. Das Bundesvergabeamt geht davon aus, dass die überwiegende Mehrzahl dieser Personen zum Wohle der Kleinkinder auch diesen zusätzlichen Aufwand auf sich nehmen würde. Es wäre jedoch nicht sichergestellt, dass alle Eltern oder die entsprechenden Erziehungsberechtigten eine solche Mühe auf sich nehmen. Dies birgt daher ebenfalls zumindest die Möglichkeit einer Verschlechterung der Gesundheitssituation von Kleinstkindern in sich.

Zusammenfassend kommt daher das Bundesvergabeamt zur Auffassung, dass durch eine Untersagung der Fortführung des Vergabeverfahrens bzw. in gleicher Art und Weise durch eine Untersagung der Zuschlagserteilung jedenfalls 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. Damit eng in Zusammenhang stehend drohen auch vom Auftraggeber in seiner Stellungnahme vom 8. Jänner 2008 vorgetragene volkswirtschaftlich zu beachtende Nachteile für das Gesundheitswesen in Österreich und somit für die Republik Österreich.

Demgegenüber stehen das öffentliche Interesse an einer vergaberechtsrichtigen Entscheidung in einem Vergabeverfahren (vgl. VfGH vom 15. Oktober 2001, B 1369/01) und die wirtschaftlichen Interessen der Antragstellerin. Demgegenüber stehen das öffentliche Interesse an einer vergaberechtsrichtigen Entscheidung in einem Vergabeverfahren vergleiche VfGH vom 15. Oktober 2001, B 1369/01) und die wirtschaftlichen Interessen der Antragstellerin.

Dem Auftraggeber ist beizupflichten, wenn er unter Hinweis auf Judikatur des Bundesvergabeamtes (BVA 17.9.1997, N-19/97-6, BVA 14.8.2003, 14N-78/03-10) ausführt, dass bei der Interessenabwägung der Schutz der körperlichen Sicherheit – und insbesondere auch der Gesundheit von Kleinkindern – als das höherwertige Rechtsgut über finanzielle Interessen eines Antragstellers zu stellen ist. Die Zuschlagserteilung stellt einen unumkehrbaren Schritt in einem Vergabeverfahren dar. Mit der Zuschlagserteilung verliert ein in der Zuschlagsentscheidung nicht genannter Bieter die Möglichkeit einen Auftrag zu erhalten. Seine Möglichkeiten in einem Vergabekontrollverfahren beschränken sich im Wesentlichen nur mehr auf die Möglichkeiten, die ein Feststellungsverfahren samt einem daran anschließenden Schadenersatzverfahren vor den Zivilgerichten bieten.

Dem zur Entscheidung berufenen Senatsvorsitzenden ist bewusst, dass bei einer Untersagung der Zuschlagserteilung die Antragstellerin die Möglichkeit hätte, den Auftrag zu erhalten. Erfolgsaussichten sind zumindest theoretisch vorhanden, zumal auch der Auftraggeber selbst von Schwachstellen im durchgeführten Vergabeverfahren ausgeht. Es ist dem Senatsvorsitzenden auch bewusst, dass das Verschulden hinsichtlich des nunmehr vorliegenden Zeitdruckes aufgrund eines aus vergaberechtlicher Sicht nicht zu billigenden Versäumnisses hinsichtlich eines rechtzeitigeren Beginnes bzw. Abschlusses des Vergabeverfahrens (vgl. bspw. zuletzt BVA vom 8. Jänner 2008, N/0002-BVA/13/2008-9) ausschließlich beim Auftraggeber zu suchen und zu finden ist. Die anzustellende Interessenabwägung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG erfordert es aber von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung auf Untersagung der Fortführung des Vergabeverfahrens bzw. in eventu auf Untersagung der Zuschlagserteilung Abstand zu nehmen. Dem zur Entscheidung berufenen Senatsvorsitzenden ist bewusst, dass bei einer Untersagung der Zuschlagserteilung die Antragstellerin die Möglichkeit hätte, den Auftrag zu erhalten. Erfolgsaussichten sind zumindest theoretisch vorhanden, zumal auch der Auftraggeber selbst von Schwachstellen im durchgeführten Vergabeverfahren ausgeht. Es ist dem Senatsvorsitzenden auch bewusst, dass das Verschulden hinsichtlich des nunmehr vorliegenden Zeitdruckes aufgrund eines aus vergaberechtlicher Sicht nicht zu billigenden Versäumnisses hinsichtlich eines rechtzeitigeren Beginnes bzw. Abschlusses des Vergabeverfahrens vergleiche bspw. zuletzt BVA vom 8. Jänner 2008, N/0002-BVA/13/2008-9) ausschließlich beim Auftraggeber zu suchen und zu finden ist. Die anzustellende Interessenabwägung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG erfordert es aber von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung auf Untersagung der Fortführung des Vergabeverfahrens bzw. in eventu auf Untersagung der Zuschlagserteilung Abstand zu nehmen.

Schlagworte

Interessenabwägung, Gefährdung von Leib und Leben, einstweilige Verfügung, Wertigkeit,

Dokumentnummer

VERGT_20080111_N_0007_BVA_05_2008_EV15_00

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