

# TE Verg Bescheid 2007/8/30 VKS-6116/07

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.08.2007

## Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §6 Abs3

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §20 Abs1

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs2 Z2

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §27

WVRG 2007 §28

WVRG 2007 §29 Abs3

WVRG 2007 §31 in Verbindung mit BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitee

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §354

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

## Text

### BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden \*\*\* (Senat nach § 6 Abs. 3 WVRG ) über den Antrag der \*\*\* GmbH, \*\*\*, vertreten durch Heid Schiefer, Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe eines Auftrages zur Lieferung von Arzneimitteln, Auftragsnummer KAV-GD-sine/2007/MPH, Apothekeneinkaufsgremium für 2008, durch die Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien – Wiener Krankenanstaltenverbund, Thomas-Klestil-Platz 7/1, 1030 Wien, vertreten durch Schramm Öhler, Rechtsanwälte in Wien, in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden: Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden \*\*\* (Senat nach Paragraph 6, Absatz 3, WVRG ) über den Antrag der \*\*\* GmbH, \*\*\*, vertreten durch Heid Schiefer, Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe eines Auftrages zur Lieferung von Arzneimitteln, Auftragsnummer KAV-GD-sine/2007/MPH, Apothekeneinkaufsgremium für 2008, durch die Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien – Wiener Krankenanstaltenverbund, Thomas-Klestil-Platz 7/1, 1030 Wien, vertreten durch Schramm Öhler, Rechtsanwälte in Wien, in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Zur Prüfung der von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten wird ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet.

2. 2.Ziffer 2

Folgende einstweilige Verfügung wird erlassen:

Der Antragsgegnerin Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien – Wiener Krankenanstaltenverbund, Thomas-Klestil-Platz 7, 1030 Wien, vertreten durch Schramm Öhler, Rechtsanwälte in Wien wird im Verfahren zur Vergabe des Auftrages zur Lieferung von Arzneimitteln, Ausschreibungsnummer KAV-GD-sine/2007/MPH, Apothekeneinkaufsgremium für 2008, für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens für die Dauer von 6 Wochen, untersagt, allfällige eingelangte Angebote zu öffnen sowie den Zuschlag zu erteilen.

Gemäß § 31 Abs. 2 WVRG 2007 ist diese Verfügung sofort vollstreckbar. Gemäß Paragraph 31, Absatz 2, WVRG 2007 ist diese Verfügung sofort vollstreckbar.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 6 Abs. 3, 11 Abs. 2, 20 Abs. 1, 23 Abs. 1, 24 Abs. 2 Z 2, 25 Abs. 1, 27, 28, 29 Abs. 3, 31 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. ee, 3 Abs. 1 Z 1, 354 BVergG 2006. Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 6, Absatz 3, 11, Absatz 2, 20, Absatz eins, 23, Absatz eins, 24, Absatz 2, Ziffer 2, 25, Absatz eins, 27, 28, 29, Absatz 3, 31, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e,, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 354, BVergG 2006.

Begründung:

Der Magistrat der Stadt Wien – Wiener Krankenanstaltenverbund (im Folgenden Antragsgegner genannt) führt ein Verhandlungsverfahren zur Vergabe eines Auftrages zur Lieferung von Arzneimitteln, insbesondere von Röntgenkontrastmitteln. Es handelt sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich. Eine Kundmachung im Amtsblatt der EU oder im Amtsblatt der Stadt Wien dürfte nicht erfolgt sein. Mit Schreiben vom 3.7.2007 hat der Antragsgegner unter anderem auch die Antragstellerin unter Bekanntgabe mehrere Arzneimittelkategorien aufgefordert bis „spätestens Donnerstag, den 6. September 2007, 10.00 Uhr, ein schriftliches Angebot" der Konditionen für den Gültigkeitszeitraum 1.1.2008 – 31.12.2008 zu legen. Nach dem Inhalt dieses Schreibens ist vom Antragsgegner offenbar beabsichtigt, diesen Lieferauftrag für das Jahr 2008 in den wesentlichen Produktgruppen „zu verhandeln". In diesem Schreiben wurde den eingeladenen Unternehmen auch mitgeteilt, dass sich der Antragsgegner vorbehält, die Angebote anzunehmen oder abzulehnen, „der Beschluss über die Vergabe der Produkte wird größtenteils bis Ende Oktober 2007 gefällt" und unverzüglich mitgeteilt werden. In Bedarfsfall sei vorgesehen, die Unternehmen zu persönlichen Gesprächen (allfällige Termine 18.10, 15.11.) einzuladen. Diese Aufforderung zur Angebotsabgabe ist der Antragstellerin am 3.7.2007 zugegangen.

Gegen dieses Schreiben richtet sich der am 27.8.2007 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigserklärung der Ausschreibungsunterlagen sowie der Wahl des Vergabeverfahrens, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Kostenersatz. Im Wesentlichen bringt die Antragstellerin darin vor, dass nach dem Inhalt des ihr zugekommenen Aufforderungsschreibens vom 3.7.2007 vom Antragsgegner offenbar die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens zur Beschaffung von Arzneimitteln beabsichtigt sei, ohne dass eine entsprechende Kundmachung erfolgt wäre. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe verstoße generell gegen die in § 19 Abs. 1 BVergG 2006 normierten Grundsätze. Soweit in dem angefochtenen Schreiben mitgeteilt werde, dass weitere Gespräche nach der Angebotsfrist geplant seien, sei abzuleiten, dass der Antragsgegner die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung beabsichtigt. Dies sei vergaberechtswidrig. Dem Aufforderungsschreiben sei an keiner Stelle zu entnehmen welche Eignungskriterien die Bieter zu erfüllen hätten und welche Eignungsnachweise vorzulegen wären. Zuschlagskriterien seien im Aufforderungsschreiben nicht festgelegt, die vergaberechtlich geforderte Transparenz des Verfahrens damit nicht gewährleistet. Soweit in den Ausführungen im Aufforderungsschreiben nur rudimentär festgelegte Zuschlagskriterien erkannt werden können, würden diese der vergaberechtlich gebotenen Konkretisierungspflicht nicht gerecht werden. Eine eindeutige, vollständige und neutrale Leistungsbeschreibung sei ebenfalls nicht gegeben, ebenso wenig eine Bestimmbarkeit der zu liefernden Röntgenkontrastmittel. Das Vorgehen des Antragsgegners beim gegenständlichen Beschaffungsvorgang verstoße daher mehrfach und massiv gegen zwingende Grundsätze des

Vergaberechtes. Gegen dieses Schreiben richtet sich der am 27.8.2007 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen sowie der Wahl des Vergabeverfahrens, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Kostenersatz. Im Wesentlichen bringt die Antragstellerin darin vor, dass nach dem Inhalt des ihr zugekommenen Aufforderungsschreibens vom 3.7.2007 vom Antragsgegner offenbar die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens zur Beschaffung von Arzneimitteln beabsichtigt sei, ohne dass eine entsprechende Kundmachung erfolgt wäre. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe verstoße generell gegen die in Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 normierten Grundsätze. Soweit in dem angefochtenen Schreiben mitgeteilt werde, dass weitere Gespräche nach der Angebotsfrist geplant seien, sei abzuleiten, dass der Antragsgegner die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung beabsichtigt. Dies sei vergaberechtswidrig. Dem Aufforderungsschreiben sei an keiner Stelle zu entnehmen welche Eignungskriterien die Bieter zu erfüllen hätten und welche Eignungsnachweise vorzulegen wären. Zuschlagskriterien seien im Aufforderungsschreiben nicht festgelegt, die vergaberechtlich geforderte Transparenz des Verfahrens damit nicht gewährleistet. Soweit in den Ausführungen im Aufforderungsschreiben nur rudimentär festgelegte Zuschlagskriterien erkannt werden können, würden diese der vergaberechtlich gebotenen Konkretisierungspflicht nicht gerecht werden. Eine eindeutige, vollständige und neutrale Leistungsbeschreibung sei ebenfalls nicht gegeben, ebenso wenig eine Bestimmbarkeit der zu liefernden Röntgenkontrastmittel. Das Vorgehen des Antragsgegners beim gegenständlichen Beschaffungsvorgang verstoße daher mehrfach und massiv gegen zwingende Grundsätze des Vergaberechtes.

Die Antragstellerin, die grundsätzlich geeignet und in der Lage sei zumindest einen Teil der ausgeschriebenen Arzneimittel zu liefern beabsichtige sich jedenfalls an einer vergaberechtskonformen Ausschreibung durch Legung von Angeboten zu beteiligen. Durch die vorliegenden Rechtswidrigkeiten entgehe der Antragstellerin die Möglichkeit an einer erfolgreichen Beteiligung in einem rechtskonformen Vergabeverfahren, somit auch die Möglichkeit auf Zuschlagserteilung und Erzielung eines angemessenen Gewinnes. Die Höhe des unternehmerischen Gewinnes könne im Hinblick auf den unzureichenden spezifizierten Leistungsgegenstand und -umfang derzeit nicht seriös beziffert werden. Dazu kämen an drohendem Schaden die bisherigen Kosten der Rechtsverfolgung sowie letztlich der Verlust eines Referenzprojektes.

Zur Sicherung ihrer Rechtsposition begehrt die Antragstellerin die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Zur Begründung dazu stützt sie sich auf ihr Vorbringen zum Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wobei sie darauf verweist, dass sie im Falle einer Zuschlagserteilung auf Grund des Inhaltes des angefochtenen Aufforderungsschreibens keine Chance mehr hätte, selbst den Auftrag zu erhalten. Ein die Interessen der Antragstellerin überwiegendes Interesse des Antragsgegners sei nicht erkennbar.

Mit Schriftsatz vom 30.8.2007 hat der Antragsgegner zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung genommen und zunächst vorgebracht, dass es sich gegenständlich um ein „Verhandlungsverfahren zur Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich“ handle. Aus Sicht des Antragsgegners würden keine besonderen Interessen gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen.

Ausgehend von dem inhaltlich nicht bestrittenen Vorbringen der Antragstellerin sowie nach Einsicht in die von ihr vorgelegten Urkunden hat der Vergabekontrollsenat zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung folgendes als bescheinigt angenommen:

Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Er führt ein „Verhandlungsverfahren zur Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich“. Mit Schreiben vom 3.7.2007 hat er mehrere Unternehmen, darunter auch die Antragstellerin aufgefordert bis 6.9.2007, 10.00 Uhr, schriftliche Angebote über Konditionen der Lieferung von in diesem Schreiben näher bezeichneten Arzneimitteln zu legen. Dieses Schreiben ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen. Der am 27.8.2007 eingelangte Nachprüfungsantrag ist rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007. Der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Er führt ein „Verhandlungsverfahren zur Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich“. Mit Schreiben vom 3.7.2007 hat er mehrere Unternehmen, darunter auch die Antragstellerin aufgefordert bis 6.9.2007, 10.00 Uhr, schriftliche Angebote über Konditionen der Lieferung von in diesem Schreiben näher bezeichneten Arzneimitteln zu legen. Dieses Schreiben ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen. Der am 27.8.2007 eingelangte Nachprüfungsantrag ist rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007.

Der Antrag auf Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens ist auch zulässig, da damit eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. ee BVergG 2006 bekämpft wird. Ausgehend von dem im Aufforderungsschreiben vom 3.7.2007 erkennbaren Leistungsbild hat die Antragstellerin auch die Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich entrichtet. Die Antragstellerin hat den ihr allenfalls drohenden Schaden bei Nichterlangung des gegenständlichen Auftrages – wiederum ausgehend von den mangelhaften Angaben im Aufforderungsschreiben – ausreichend dargelegt. Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens entspricht auch sonst den Bestimmungen der §§ 20 Abs. 1, 23 Abs. 1 WVRG 2007. Es war daher das von der Antragstellerin begehrte Nachprüfungsverfahren einzuleiten. Der Antrag auf Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens ist auch zulässig, da damit eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e, BVergG 2006 bekämpft wird. Ausgehend von dem im Aufforderungsschreiben vom 3.7.2007 erkennbaren Leistungsbild hat die Antragstellerin auch die Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich entrichtet. Die Antragstellerin hat den ihr allenfalls drohenden Schaden bei Nichterlangung des gegenständlichen Auftrages – wiederum ausgehend von den mangelhaften Angaben im Aufforderungsschreiben – ausreichend dargelegt. Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens entspricht auch sonst den Bestimmungen der Paragraphen 20, Absatz eins, 23, Absatz eins, WVRG 2007. Es war daher das von der Antragstellerin begehrte Nachprüfungsverfahren einzuleiten.

Für die Behandlung des gegenständlichen Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates gemäß § 11 Abs. 2 WVRG 2007 gegeben, wobei der Senat in der in § 6 Abs. 3 WVRG 2007 vorgesehenen Zusammensetzung als „Dreier-Senat“ zu entscheiden hatte. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entspricht auch grundsätzlich den Bestimmungen des § 29 Abs. 2 WVRG 2007. Für die Behandlung des gegenständlichen Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates gemäß Paragraph 11, Absatz 2, WVRG 2007 gegeben, wobei der Senat in der in Paragraph 6, Absatz 3, WVRG 2007 vorgesehenen Zusammensetzung als „Dreier-Senat“ zu entscheiden hatte. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entspricht auch grundsätzlich den Bestimmungen des Paragraph 29, Absatz 2, WVRG 2007.

Gemäß § 28 WVRG 2007 hat der Vergabekontrollsenat sobald ein Nichtigerklärungsverfahren eingeleitet ist, auf Antrag durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers oder der Antragstellerin zu beseitigen oder zu verhindern. Die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten sind bei ihrem Vorliegen durchaus geeignet, im Ergebnis die Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe, bzw. des vom Antragsgegner gewählte Vergabeverfahrens herbeizuführen. Dazu bedarf es aber einer eingehenden Prüfung der von der Antragsgegnerin vorzulegenden Vergabeakten sowie der Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung. Sollten die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten vorliegen, hätte sie tatsächlich keine Möglichkeit ein vergaberechtlichen Bestimmungen entsprechendes Angebot zu legen. Gemäß Paragraph 28, WVRG 2007 hat der Vergabekontrollsenat sobald ein Nichtigerklärungsverfahren eingeleitet ist, auf Antrag durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers oder der Antragstellerin zu beseitigen oder zu verhindern. Die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten sind bei ihrem Vorliegen durchaus geeignet, im Ergebnis die Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe, bzw. des vom Antragsgegner gewählte Vergabeverfahrens herbeizuführen. Dazu bedarf es aber einer eingehenden Prüfung der von der Antragsgegnerin vorzulegenden Vergabeakten sowie der Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung. Sollten die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten vorliegen, hätte sie tatsächlich keine Möglichkeit ein vergaberechtlichen Bestimmungen entsprechendes Angebot zu legen.

Gemäß § 31 Abs. 4 WVRG 2007 hat der Vergabekontrollsenat vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahmen für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers oder der Antragstellerin, der sonstigen Bewerber oder Bewerberinnen oder Bieter oder Bieterinnen und des Auftraggebers oder der Auftraggeberin sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Eine derartige Interessensabwägung konnte im Hinblick auf die Erklärung der Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 30.8.2007 entfallen, da von dieser weder zwingende öffentliche

Interessen noch besondere Interessen an der raschen Fortführung des Vergabeverfahrens geltend gemacht wurden. Nach Ansicht des Vergabekontrollsenates wird es möglich sein, innerhalb der aus dem Spruch ersichtlichen Frist über den Antrag auf Nichtigklärung zu entscheiden. Gemäß Paragraph 31, Absatz 4, WVRG 2007 hat der Vergabekontrollsenat vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahmen für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers oder der Antragstellerin, der sonstigen Bewerber oder Bewerberinnen oder Bieter oder Bieterinnen und des Auftraggebers oder der Auftraggeberin sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Eine derartige Interessensabwägung konnte im Hinblick auf die Erklärung der Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 30.8.2007 entfallen, da von dieser weder zwingende öffentliche Interessen noch besondere Interessen an der raschen Fortführung des Vergabeverfahrens geltend gemacht wurden. Nach Ansicht des Vergabekontrollsenates wird es möglich sein, innerhalb der aus dem Spruch ersichtlichen Frist über den Antrag auf Nichtigklärung zu entscheiden.

Gemäß § 31 Abs. 5 WVRG 2007 ist im Rahmen einer einstweiligen Verfügung die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme anzuordnen. Nach Ansicht des Vergabekontrollsenates reicht in diesem Zusammenhang die Untersagung der Öffnung allfällig eingelangter Angebote sowie der Zuschlagserteilung für den im Spruch genannten Zeitraum vollkommen aus. Gemäß Paragraph 31, Absatz 5, WVRG 2007 ist im Rahmen einer einstweiligen Verfügung die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme anzuordnen. Nach Ansicht des Vergabekontrollsenates reicht in diesem Zusammenhang die Untersagung der Öffnung allfällig eingelangter Angebote sowie der Zuschlagserteilung für den im Spruch genannten Zeitraum vollkommen aus.

Nach § 31 Abs. 6 WVRG 2007 ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Nach Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen.

Der Hinweis auf die sofortige Vollstreckbarkeit der einstweiligen Verfügung gründet sich auf § 31 Abs. 7 WVRG 2007. Der Hinweis auf die sofortige Vollstreckbarkeit der einstweiligen Verfügung gründet sich auf Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007.

Aus diesen Gründen war daher die beantragte einstweilige Verfügung wie aus dem Spruche ersichtlich zu erlassen.

#### **Schlagworte**

Einstweilige Verfügung.

#### **Dokumentnummer**

VERGT\_20070830\_6116\_07\_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](http://www.jusline.at)