

TE Verg Bescheid 2005/8/12 VKS-2297/05

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 12.08.2005

Norm

WVRG §11 Abs4
WVRG §13 Abs2 Z1
WVRG §19
WVRG §20 Abs1 Z4 lit a
WVRG §21
WVRG §27
WVRG §30 in Verbindung mit BVergG 2002 §1
BVergG 2002 §7 Abs1 Z2
BVergG 2002 §20 Z13 lit a sublit mm und Z27
BVergG 2002 §23 Abs7
BVergG 2002 §25 Abs1 und 2
BVergG 2002 §27 sowie WStV §74
WStV §72a

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** über den Antrag der ***, vertreten durch Dorda Brugger Jordis Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens betreffend die Lieferung von Medikamenten der Produktpalette Paclitaxel durch die Antragsgegnerin Magistrat der Stadt Wien, Wiener Krankenanstaltenverbund, Direktion, Ressort Pharmazie und Medizinprodukte, Schottenring 24, 1010 Wien, AZ: TKA-DIR-sine/05/RG, in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Festgestellt wird, dass die Wahl des Vergabeverfahrens zur Beschaffung von Medikamenten der Produktpalette Paclitaxel, AZ: TKA-DIR-sine/05/RG, für den Zeitraum vom 1. Juli bis 31. Dezember 2005 durch die Antragsgegnerin im Wege der Direktvergabe am 30.6.2005 nicht zu Recht erfolgte.

1. 2.Ziffer 2

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wird zurückgewiesen.

1. 3.Ziffer 3

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren von Euro 3200,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 11 Abs. 4, 13 Abs. 2 Z 1, 19, 20 Abs. 1 Z 4 lit. a, 21, 27, und 30 WVRG in Verbindung mit §§ 1, 7 Abs. 1 Z 2, 20 Z 13 lit. a sublit. mm und Z 27, 23 Abs. 7, 25 Abs. 1 und 2 und 27 BVergG 2002 sowie §§ 74 und 72a WStV. Paragraphen 11, Absatz 4, 13, Absatz 2, Ziffer eins, 19, 20, Absatz eins, Ziffer 4, Litera a,, 21, 27, und 30 WVRG in Verbindung mit Paragraphen eins, 7, Absatz eins, Ziffer 2, 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, m, m und Ziffer 27, 23, Absatz 7, 25, Absatz eins und 2 und 27 BVergG 2002 sowie Paragraphen 74 und 72 a WStV.

Begründung:

Unbestritten ist, dass nach einem vorhergehenden Verfahren die Antragsgegnerin der Antragstellerin am 18.10.2004 einen Auftrag über die Exklusivbelieferung der einzelnen Krankenanstalten und Geriatriezentren des Wiener Krankenanstaltenverbundes unter anderem mit Paclitaxel-Präparaten für den Zeitraum 1.1.2005 bis 31.12.2005 erteilt hat. Zu diesem Auftrag wurden veränderliche Preise insoweit vereinbart, als die Antragsgegnerin zwar Preiserhöhungen innerhalb der Vertragsdauer nicht akzeptiert, bei einer Senkung der Fabriksabgabepreise des jeweiligen Arzneimittels hingegen der neue Preis als Basis heranzuziehen ist. Für den Fall einer gravierenden Änderung der Marktsituation hat sich die Antragsgegnerin die Neuverhandlung mit der Antragstellerin vorbehalten. Diese Vereinbarung ist im Schreiben der Antragsgegnerin vom 15.7.2004 im Einzelnen dargestellt, auf sie wird, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, verwiesen.

In ihrem am 14.7.2005 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag bringt die Antragstellerin vor, ihr sei von der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 17.6.2005, ohne nähere Begründung, mitgeteilt worden, die Marktlage hätte sich geändert, weshalb das Apothekeneinkaufsgremium (im Folgenden kurz AEG genannt) einstimmig beschlossen habe, die Produktgruppe Paclitaxel für die zweite Jahreshälfte 2005 neu zu verhandeln. Dazu wurde der Antragstellerin eine Frist bis 25.6.2005 für die Mitteilung neuer Konditionen eingeräumt. Gleichzeitig erklärte die Antragsgegnerin, sollte die Antragstellerin keine neuen Konditionen anbieten, so würden die bisherigen Konditionen gemäß dem Schreiben vom 18.10.2004 weiter gelten. Entsprechend der zwischen den Parteien bestehenden vertraglichen Regelungen hat die Antragstellerin der Antragsgegnerin fristgerecht vergünstigte Konditionen angeboten. Die Antragstellerin habe der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 30.6.2005 (ihr am gleichen Tag zugegangen) überraschend die Entscheidung des AEG mitgeteilt, wonach die Exklusivbelieferung mit Paclitaxel-Präparaten im Zeitraum vom 1.7.2005 bis 31.12.2005, also während der Dauer der der Antragstellerin zugesicherten Exklusivität, durch ein anderes Pharmaunternehmen erfolgen werde. Dieses Schreiben sei nicht nur an die Antragstellerin und den neuen Vertragspartner sondern auch an zwei weitere Mitbewerber am Markt gegangen. Durch die Mitteilung der Antragsgegnerin vom 30.6.2005 habe die Antragstellerin erstmals davon erfahren, dass die Antragsgegnerin nicht „Neuverhandlungen“ im Rahmen des bestehenden Vertrages vom 18.10.2004 sondern vielmehr eine Neuvergabe des Vertrages für die zweite Jahreshälfte anstrebe und neben der Antragstellerin auch weitere Mitbewerber am Markt zur Angebotsabgabe eingeladen habe. Die Mitteilung der Antragsgegnerin vom 30.6.2005 sei als Mitteilung der Zuschlagsentscheidung im Sinne des § 100 Abs. 1 BVergG 2002 zu verstehen. Daraus sei für die Antragstellerin erkennbar geworden, dass die Antragsgegnerin ein Vergabeverfahren (offenbar im Wege des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige öffentliche Bekanntmachung) zur Vergabe eines Vertrages über die Exklusivbelieferung mit Paclitaxel-Präparaten für den Zeitraum 1.7.2005 bis 31.12.2005 durchführe. Der Auftragswert überschreite jedenfalls Euro 236.000,-- ohne Umsatzsteuer. Die Bekanntmachung sei weder im Amtsblatt zur Wiener Zeitung noch im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft noch sonst erfolgt. Einzige „Ausschreibungsunterlage“, die die Antragsgegnerin zur Verfügung gestellt habe, sei das Schreiben vom 17.6.2005 gewesen. In ihrem am 14.7.2005 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag bringt die Antragstellerin vor, ihr sei von der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 17.6.2005, ohne nähere Begründung, mitgeteilt worden, die Marktlage hätte sich geändert, weshalb das Apothekeneinkaufsgremium (im Folgenden kurz AEG genannt) einstimmig beschlossen habe, die Produktgruppe Paclitaxel für die zweite Jahreshälfte 2005 neu zu verhandeln. Dazu wurde der Antragstellerin eine Frist bis 25.6.2005 für die Mitteilung neuer Konditionen eingeräumt. Gleichzeitig erklärte die Antragsgegnerin, sollte die Antragstellerin keine neuen Konditionen anbieten, so würden die bisherigen Konditionen gemäß dem Schreiben vom 18.10.2004 weiter gelten. Entsprechend der zwischen den Parteien bestehenden vertraglichen Regelungen hat die Antragstellerin der Antragsgegnerin fristgerecht vergünstigte Konditionen angeboten. Die Antragstellerin habe der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 30.6.2005 (ihr am gleichen Tag zugegangen) überraschend die Entscheidung des AEG mitgeteilt, wonach die Exklusivbelieferung mit Paclitaxel-

Präparaten im Zeitraum vom 1.7.2005 bis 31.12.2005, also während der Dauer der der Antragstellerin zugesicherten Exklusivität, durch ein anderes Pharmaunternehmen erfolgen werde. Dieses Schreiben sei nicht nur an die Antragstellerin und den neuen Vertragspartner sondern auch an zwei weitere Mitbewerber am Markt gegangen. Durch die Mitteilung der Antragsgegnerin vom 30.6.2005 habe die Antragstellerin erstmals davon erfahren, dass die Antragsgegnerin nicht „Neuverhandlungen“ im Rahmen des bestehenden Vertrages vom 18.10.2004 sondern vielmehr eine Neuvergabe des Vertrages für die zweite Jahreshälfte anstrebe und neben der Antragstellerin auch weitere Mitbewerber am Markt zur Angebotsabgabe eingeladen habe. Die Mitteilung der Antragsgegnerin vom 30.6.2005 sei als Mitteilung der Zuschlagsentscheidung im Sinne des Paragraph 100, Absatz eins, BVergG 2002 zu verstehen. Daraus sei für die Antragstellerin erkennbar geworden, dass die Antragsgegnerin ein Vergabeverfahren (offenbar im Wege des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige öffentliche Bekanntmachung) zur Vergabe eines Vertrages über die Exklusivbelieferung mit Paclitaxel-Präparaten für den Zeitraum 1.7.2005 bis 31.12.2005 durchführe. Der Auftragswert überschreite jedenfalls Euro 236.000,-- ohne Umsatzsteuer. Die Bekanntmachung sei weder im Amtsblatt zur Wiener Zeitung noch im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft noch sonst erfolgt. Einzige „Ausschreibungsunterlage“, die die Antragsgegnerin zur Verfügung gestellt habe, sei das Schreiben vom 17.6.2005 gewesen.

Mit Schreiben vom 11.7.2005 habe die Antragstellerin der Antragsgegnerin mitgeteilt, dass sie diese Zuschlagsentscheidung für rechtswidrig halte und aus diesem Grunde einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beabsichtige. Der Antragsgegnerin seien auch die Gründe dafür bekannt gegeben worden. Wollte die Antragsgegnerin den Zuschlag, wie beabsichtigt, einem anderen Bieter erteilen, entstünde der Antragstellerin ein Schaden durch den Entgang des neuen Auftrages und durch den Verlust des alten Auftrages. Abgesehen davon habe der Gegenstand der Ausschreibung einen bedeutenden Referenzauftrag dargestellt und sei daher von besonderem Wert für die Antragstellerin und ihre Stellung am Markt gewesen.

Die Antragstellerin fühlt sich vor allem in ihrem Recht auf Durchführung eines Vergabeverfahrens, rechtmäßige Wahl der Verfahrensart, Bekanntmachung der Vergabe von Leistungen und rechtmäßige Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen verletzt. Da der Auftragswert Euro 236.000,-- übersteige, hätte die Antragsgegnerin ein Vergabeverfahren entsprechend den Bestimmungen des BVergG 2002 durchzuführen gehabt. Bei der Vergabe dieses Lieferauftrages hätte die Antragsgegnerin zumindest ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchzuführen gehabt, was im Ergebnis nicht geschehen sei. Letztlich hätte die Antragsgegnerin, weil die Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 BVergG 2002 nicht vorgelegen seien, das offene oder das nicht offene Verfahren wählen müssen, was nicht geschehen sei. Eine Bekanntmachung zur Vergabe von Leistungen sei ebenfalls nicht erfolgt. Die Antragstellerin hat daher zunächst beantragt, die Zuschlagsentscheidungen der Antragsgegnerin vom 30.6.2005 für nichtig zu erklären und der Antragsgegnerin den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren aufzutragen. Damit verbunden ist ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Die Antragstellerin fühlt sich vor allem in ihrem Recht auf Durchführung eines Vergabeverfahrens, rechtmäßige Wahl der Verfahrensart, Bekanntmachung der Vergabe von Leistungen und rechtmäßige Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen verletzt. Da der Auftragswert Euro 236.000,-- übersteige, hätte die Antragsgegnerin ein Vergabeverfahren entsprechend den Bestimmungen des BVergG 2002 durchzuführen gehabt. Bei der Vergabe dieses Lieferauftrages hätte die Antragsgegnerin zumindest ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchzuführen gehabt, was im Ergebnis nicht geschehen sei. Letztlich hätte die Antragsgegnerin, weil die Voraussetzungen des Paragraph 25, Absatz eins, BVergG 2002 nicht vorgelegen seien, das offene oder das nicht offene Verfahren wählen müssen, was nicht geschehen sei. Eine Bekanntmachung zur Vergabe von Leistungen sei ebenfalls nicht erfolgt. Die Antragstellerin hat daher zunächst beantragt, die Zuschlagsentscheidungen der Antragsgegnerin vom 30.6.2005 für nichtig zu erklären und der Antragsgegnerin den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren aufzutragen. Damit verbunden ist ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Die Antragsgegnerin hat in ihrem Schriftsatz vom 20.7.2005 die von ihr gewählte Vorgangsweise zur Beschaffung von Medikamenten dargestellt. Dabei führt sie aus, dass im Wiener KAV ein Apothekeneinkaufsgremium (AEG) seit 1994 eingerichtet sei, von dem zentrale Preiskonditionsverhandlungen geführt würden. „Dabei handelt es sich nicht um Ausschreibungen (im Sinne des BVergG 2002), sondern um Festlegungen von Einkaufskonditionen bis auf Widerruf. Diese Vorgangsweise hat sich auf Grund der extremen Beweglichkeit des Pharmamarktes einerseits und der signifikanten Schwankungen im Bedarf der Anstaltsapotheken andererseits als notwendig und nützlich erwiesen.“ Sie

hält diese von ihr geübte Vorgangsweise für zweckmäßig, weil sie nur so rasch auf Änderungen am Pharmamarkt reagieren könne. Das Prozedere des AEG bestehe dabei zunächst aus der Einladung an die Pharmafirmen, Preiskonditionen für den in der Einladung genannten Zeitraum anzugeben. Bei der schriftlichen Erklärung werde explizit darauf hingewiesen, dass es bei einer deutlichen Änderung der Marktlage zu Neuverhandlungen der Preiskonditionen komme. Das AEG habe das Einlangen der Bekanntgabe der entsprechenden angebotenen Preiskonditionen als gleichzeitiges Akzeptieren dieser Bedingungen durch die Pharmaunternehmen angesehen. Diese Praxis sei seit 1994 üblich und stelle „natürlich kein starres Schema dar, sondern hat sich im Laufe der Jahre weiter entwickelt.“ Dabei seien Veränderungen nicht einseitig nur von Seiten der Antragsgegnerin durchgeführt worden, sondern in Kooperation mit Vertretern der pharmazeutischen Industrie. Die letzten versandten Einladungen zur Mitteilung von Preiskonditionen seien genau in Übereinkunft mit dem Geschäftsführer bzw. dem Generalsekretär der Vereinigung Pharmazeutischer Unternehmern abgegeben worden. Durch die Einbeziehung aller Beteiligten habe erst die Komplexität der Problematik in der Versorgung von Krankenanstalten mit Arzneimitteln erkannt werden können. Durch das Projekt sei auch aufgezeigt worden, dass die bisher übliche Praxis im Interesse aller Beteiligten sei und eine Änderung hin zu einer starren Methode, wie sie das BVergG 2002 vorsehe, nicht wünschenswert wäre. Die Akzeptanz der Vergabemethode lasse sich auch daran ermessen, dass es bisher noch nie „zu juristischen Komplikationen gekommen“ sei.

Gegenständlich sei es im Laufe des Geschäftsjahres (offenbar 2005) durch das Auftreten eines Generika-Anbieters zu einem dramatischen Verfall der Preise für die Produktgruppe Paclitaxel gekommen. Es seien durch einen Mitbewerber die Konditionen um 29 % gesenkt worden. Das AEG sei daher einstimmig zum Beschluss gekommen, dies als deutliche Änderung der Marktlage anzusehen und habe infolgedessen am 17.6.2005 neuerlich mehrere Firmen angeschrieben, um neue Preiskonditionen zu legen. Die Folge sei eine weitere Senkung der Preiskonditionen durch einen Mitbewerber um sogar 46 % gewesen. In einem Gesprächstermin am 27.6.2005 habe die Antragstellerin erstmalig darauf hingewiesen, dass das gegenständlich eingehaltene Prozedere neuerlich mehrere Firmen zu kontaktieren nicht den Vorschriften des BVergG 2002 entsprechen würde.

Diesbezüglich führt die Antragsgegnerin aus:

„Die Vertreter der Firma wurden dahingehend aufgeklärt, dass das AEG bemüht ist sich in seiner Vorgehensweise an die Grundprinzipien der EU-Richtlinien für das öffentliche Beschaffungswesen anzunähern und dass über diese Strategie im Laufe der letzten Jahre immer Einverständnis mit allen Beteiligten bestand. Sollte die Firma BMS (= Antragstellerin) die bisher übliche und lang bewährte Praxis nun nicht mehr akzeptieren können, so bliebe dem AEG nur die laufende Konditionsverhandlung über Paclitaxel abubrechen und sofort eine Ausschreibung der Produktgruppe Paclitaxel gemäß BVergG 2002 durchzuführen. Dies wurde jedoch ausdrücklich von den Vertretern der Firma BMS abgelehnt. Mit Schreiben vom 28.6.2005 hat die Firma BMS schließlich dem AEG die neuen Preiskonditionen mitgeteilt, was das AEG, sowie schon im Falle des Einholens von Preiskonditionen im Sommer 2004, als Akzeptieren der im ausgesendeten Brief angeführten Bedingungen und Einverständnis für das Beibehalten des bisher verwendeten Prozedere durch die Firma BMS verstanden hat. Erst als sich abzeichnete, dass die Firma BMS nicht die günstigsten Preiskonditionen gewähren konnte, wurde von der Firma BMS der Wiener Vergabekontrollsenat eingeschaltet.“

Letztlich führt die Antragsgegnerin aus, dass dann, wenn der Wiener Vergabekontrollsenat „die Unrechtmäßigkeit der bisher üblichen Verhandlungen von Preiskonditionen erkennen und das Prozedere für nichtig erklären“ sollte, so wären nach Ansicht der Antragsgegnerin bezüglich Paclitaxel alle Vereinbarungen für 2005 betroffen und demzufolge als ungültig anzusehen. In einer derartigen Situation wäre die Antragsgegnerin letztlich gezwungen die benötigten Mengen an Paclitaxel durch die Anstaltsapotheken vom jeweils günstigsten Anbieter zu beziehen, was jedoch keine Garantie für eine ökonomisch bestmögliche Versorgung der Patienten darstellen könne.

Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens hat sich eindeutig ergeben, dass die Antragsgegnerin bereits mit dem Schreiben vom 30.6.2005 den Lieferauftrag für den Zeitraum 1.7.2005 bis 31.12.2005 an ein anderes Unternehmen gegeben hat. Da dieser Umstand der Antragstellerin mit Schreiben vom 9.8.2005 mitgeteilt wurde, hat diese am 10.8.2005 ihren Antrag auf Nichtigklärung in einem Antrag auf Feststellung abgeändert und führt dazu aus, dass aufgrund der Mitteilung des VKS über die erfolgte Auftragsvergabe von einer unzulässigen Direktvergabe auszugehen sei. Die Wahl der Direktvergabe verstoße in jeglicher Hinsicht gegen vergaberechtliche Bestimmungen, zumal es sich um die Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich handle. Nach § 11 Abs. 4 WVRG sei der Vergabekontrollsenat

nach Zuschlagserteilung zuständig festzustellen, ob die Wahl des Vergabeverfahrens zu Recht erfolgt sei. Aus den bereits im einleitenden Schriftsatz dargelegten Gründen verstoße die Direktvergabe, wie sie die Antragsgegnerin vorgenommen hat, gegen zwingende Bestimmungen des Bundesvergaberechtes. Es werde daher der Antrag gestellt, der Vergabekontrollsenat möge feststellen, dass im Vergabeverfahren der Antragsgegnerin mit der GZ: TKA-DIR-sine/05/RG die Wahl der Direktvergabe nicht zu Recht erfolgte. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde nicht zurückgenommen. Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens hat sich eindeutig ergeben, dass die Antragsgegnerin bereits mit dem Schreiben vom 30.6.2005 den Lieferauftrag für den Zeitraum 1.7.2005 bis 31.12.2005 an ein anderes Unternehmen gegeben hat. Da dieser Umstand der Antragstellerin mit Schreiben vom 9.8.2005 mitgeteilt wurde, hat diese am 10.8.2005 ihren Antrag auf Nichtigklärung in einem Antrag auf Feststellung abgeändert und führt dazu aus, dass aufgrund der Mitteilung des VKS über die erfolgte Auftragsvergabe von einer unzulässigen Direktvergabe auszugehen sei. Die Wahl der Direktvergabe verstoße in jeglicher Hinsicht gegen vergaberechtliche Bestimmungen, zumal es sich um die Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich handle. Nach Paragraph 11, Absatz 4, WVRG sei der Vergabekontrollsenat nach Zuschlagserteilung zuständig festzustellen, ob die Wahl des Vergabeverfahrens zu Recht erfolgt sei. Aus den bereits im einleitenden Schriftsatz dargelegten Gründen verstoße die Direktvergabe, wie sie die Antragsgegnerin vorgenommen hat, gegen zwingende Bestimmungen des Bundesvergaberechtes. Es werde daher der Antrag gestellt, der Vergabekontrollsenat möge feststellen, dass im Vergabeverfahren der Antragsgegnerin mit der GZ: TKA-DIR-sine/05/RG die Wahl der Direktvergabe nicht zu Recht erfolgte. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde nicht zurückgenommen.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen, auf Grund des beiderseitigen Vorbringens als unstrittig anzusehenden Sachverhaltes trifft der Vergabekontrollsenat anhand der vorgelegten Vergabeunterlagen sowie des Vorbringens der Parteien nachstehende weitere Feststellungen:

Die Antragsgegnerin, vertreten durch den Wiener Krankenanstaltenverbund, Ressort Pharmazie und Medizinprodukte, hat das sogenannte Apothekeneinkaufsgremium (AEG) im Jahre 1994 eingerichtet, dessen vornehmliche Aufgabe es ist, im Rahmen der Versorgung der Wiener Krankenanstalten und Geriatrieheimen Medikamentenpreiskonditionsverhandlungen zu führen und entsprechende Vereinbarungen mit ausgewählten Unternehmen zu schließen. Bei Bedarf hat das AEG zunächst Einladungen an Lieferfirmen gerichtet, bezüglich bestimmter Produkte ihre Preiskonditionen für den jeweils in der Einladung genannten Zeitraum anzugeben. Dabei werden die eingeladenen Unternehmen bereits darauf hingewiesen, dass es bei einer deutlichen Änderung der Marktlage zu Neuverhandlungen der Preiskonditionen kommen wird. Der Inhalt und die Ausformung einer derartigen Vereinbarung ist dem Schreiben der Antragsgegnerin an die Antragstellerin vom 15.7.2004 zu entnehmen.

Mit Schreiben vom 18.10.2004 wurde das Angebot der Antragstellerin bezüglich der Produktpalette Paclitaxel angenommen und mit der Antragstellerin eine Vereinbarung zur „Exklusivbelieferung der einzelnen Krankenanstalten und Geriatriezentren des Wiener Krankenanstaltenverbundes“ mit diesen Medikamenten für den Zeitraum vom 1.1. bis 31.12.2005 abgeschlossen. Gleichzeitig wurde die Antragstellerin darauf hingewiesen, dass „Preiserhöhungen innerhalb des Gestaltungszeitraumes der Vereinbarung ... vom KAV nicht akzeptiert werden“ können, „d.h. bei einer eventuellen FAP-Erhöhung sind daher die angebotenen Konditionen entsprechend zu adaptieren. Bei einer eventuellen FAP-Senkung hingegen wird der neue Preis als Basis für die angebotenen Konditionen herangezogen. Wir ersuchen Sie allfällige FAP-Änderungen rechtzeitig dem Apothekeneinkaufsgremium bekannt zu geben, da es dadurch zu einer neuen Reihung kommen kann.“ Weiters wird in diesem Schreiben ausgeführt:

„Sollte sich die Marktsituation während der Laufzeit der Vereinbarung gravierend ändern, so behält sich das Apothekeneinkaufsgremium eine Neuverhandlung der entsprechenden Produktgruppe vor“.

Den Verpflichtungen aus dieser Vereinbarung hat die Antragstellerin zumindest bis Ende Juni 2005 entsprochen und die Krankenanstalten und Geriatriezentren, die dem KAV angehören, entsprechend beliefert.

Nachdem sich am Markt bezüglich der gegenständlichen Produktgruppe ein Generikaanbieter gefunden hat, ist es zu einem Preisverfall der Produktgruppe Paclitaxel gekommen. Das AEG hat daher am 17.6.2005 beschlossen, neuerlich mehrere Firmen anzuschreiben, damit diese neue Preiskonditionen legen. Dazu wurde eine Frist mit 25.6.2005 gesetzt und ausgeführt, dass diese Konditionen vom 1.7. bis 31.12.2005 gültig sein sollen (Schreiben vom 17.6.2005). In diesem Schreiben wurde auch angeführt, „sollten wir von Ihnen keine Antwort erhalten, so gehen wir davon aus, dass Ihr

bisheriges Angebot weiterhin Gültigkeit hat". Ein derartiges Schreiben hat auch die Antragstellerin erhalten. Aus dem Schreiben ist nicht ersichtlich, dass auch andere Mitbewerber am Markt verständigt und zur Vorlage von Konditionen aufgefordert wurden.

Am 27.6.2005 fand zwischen Vertretern der AEG und der Antragstellerin ein Gespräch bezüglich der Neuverhandlung der Produktgruppe „Paclitaxel“ statt. Diesbezüglich ist auf den Amtsvermerk vom gleichen Tage zu verweisen. In diesem wird unter anderem festgehalten: „Diskussion, Neuverhandlung der Produktgruppe – unterschiedliche Rechtsauffassung von BMS und KAV

BMS: Neuverhandeln = BMS behält die Produktgruppe, wenn Preis XX geboten wird
BMS: Neuverhandeln = BMS behält die Produktgruppe, wenn Preis römisch zwanzig geboten wird

KAV: gleiche Chance für alle am Markt befindlichen Anbieter.

G. erklärt, dass BMS dem KAV entweder ein neues Angebot legen kann und damit die seit 1994 gängige Vorgangsweise des KAV akzeptiert oder aber auf der Aufrechterhaltung der Belieferung des KAV mit Paclitaxel bestehen kann. In diesem Fall würde sich für 2005 nichts mehr ändern, allerdings müsste die Produktgruppe Paclitaxel für 2006 einer Ausschreibung zugeführt werden. BMS erklärt, dass dies nicht der Wunsch der Firma sei."

Am 28.6.2005 hat die Antragstellerin ein Angebot für die Produktgruppe Paclitaxel gelegt und dabei reduzierte Preise angeboten.

Mit Schreiben vom 30.6.2005, der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, „die Exklusivbelieferung der einzelnen Krankenanstalten und Geriatriezentren des Wiener Krankenanstaltenverbundes mit Paclitaxel-Präparaten erfolgt durch die Firma

*** Ges.m.b.H. Nfg. KG.

Diese Vereinbarung gilt für den Zeitraum vom 1.7. bis 31.12.2005 (vorbehaltlich der unten angeführten Hinweise).

Der Beschluss des Apothekeneinkaufsgremiums ist bindend für den Einkauf durch die Krankenhausapotheken des Wiener Krankenanstaltenverbundes".

Die Antragstellerin hat die Antragsgegnerin rechtzeitig und ordnungsgemäß von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens verständigt, die Pauschalgebühren nach § 30 WVRG wurden von ihr entrichtet. Die Antragsgegnerin hat die Antragsgegnerin rechtzeitig und ordnungsgemäß von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens verständigt, die Pauschalgebühren nach Paragraph 30, WVRG wurden von ihr entrichtet.

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den vorgelegten Urkunden, deren inhaltliche Richtigkeit nicht in Zweifel gezogen wurde. Die Parteien hatten durch Schriftsatzwechsel ausreichend Gelegenheit ihre Standpunkte darzulegen und ein entsprechendes Vorbringen – auch in rechtlicher Hinsicht – zu erstatten. Bei dieser Sachlage bedurfte es nicht der Durchführung der von der Antragstellerin eventualiter beantragten öffentlichen mündlichen Verhandlung, weil sich bereits auf Grund der Aktenlage und des Vorbringens der Parteien ergeben hat, dass dem Nachprüfungsantrag statt zu geben ist (§ 24 Abs. 2 Z 2 WVRG). Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den vorgelegten Urkunden, deren inhaltliche Richtigkeit nicht in Zweifel gezogen wurde. Die Parteien hatten durch Schriftsatzwechsel ausreichend Gelegenheit ihre Standpunkte darzulegen und ein entsprechendes Vorbringen – auch in rechtlicher Hinsicht – zu erstatten. Bei dieser Sachlage bedurfte es nicht der Durchführung der von der Antragstellerin eventualiter beantragten öffentlichen mündlichen Verhandlung, weil sich bereits auf Grund der Aktenlage und des Vorbringens der Parteien ergeben hat, dass dem Nachprüfungsantrag statt zu geben ist (Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG).

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Vergabekontrollsenat erwogen:

§ 72a der Verfassung der Bundeshauptstadt Wien – Wiener Stadtverfassung – WStV in der Fassung LGBl. Nr. 22/2003, bestimmt, dass dem Wiener Krankenanstaltenverbund keine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt. Auftraggeber im Sinne des § 20 Z 4 BVergG 2002 ist damit die Stadt Wien. Die Antragsgegnerin als mit der Vergabe betraute Organisationseinheit der Stadt Wien ist als vergebende Stelle im Sinne des § 20 Z 36 BVergG 2002 zu qualifizieren. Bei der gegenständlich ausgeschriebenen Leistung handelt es sich um die Vergabe eines Lieferauftrages durch einen öffentlichen Auftraggeber im Oberschwellenbereich im Sinne des § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG 2002. Paragraph 72 a, der Verfassung der Bundeshauptstadt Wien – Wiener Stadtverfassung – WStV in der Fassung Landesgesetzblatt Nr. 22 aus 2003,, bestimmt, dass dem Wiener Krankenanstaltenverbund keine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt.

Auftraggeber im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 4, BVergG 2002 ist damit die Stadt Wien. Die Antragsgegnerin als mit der Vergabe betraute Organisationseinheit der Stadt Wien ist als vergebende Stelle im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 36, BVergG 2002 zu qualifizieren. Bei der gegenständlich ausgeschriebenen Leistung handelt es sich um die Vergabe eines Lieferauftrages durch einen öffentlichen Auftraggeber im Oberschwellenbereich im Sinne des Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002.

Die Mitteilung von der beabsichtigten Vergabe des Lieferauftrages ist der Antragstellerin am 30.6.2005 im Faxwege zugegangen. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und die Anfechtung der Entscheidung der Antragsgegnerin ist am 14.7.2005 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Der zunächst auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung, nach Abänderung auf Feststellung, dass die Wahl der Direktvergabe nicht zu Recht erfolgte, gerichtete Antrag, ist damit gemäß den §§ 20 Abs. 1 Z 4 lit. a bzw. § 21 WVRG rechtzeitig. Der der Antragstellerin drohende Schaden wurde zwar nicht ziffernmäßig dargestellt, aber doch gerade noch ausreichend glaubhaft gemacht. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach § 14 Abs. 1 WVRG ist rechtzeitig und in entsprechender Art und Weise erfolgt. Pauschalgebühren nach § 30 WVRG wurden entrichtet. Der (abgeänderte) Antrag entspricht auch sonst den Anforderungen des § 19 Abs. 1 WVRG. Die Mitteilung von der beabsichtigten Vergabe des Lieferauftrages ist der Antragstellerin am 30.6.2005 im Faxwege zugegangen. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und die Anfechtung der Entscheidung der Antragsgegnerin ist am 14.7.2005 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Der zunächst auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung, nach Abänderung auf Feststellung, dass die Wahl der Direktvergabe nicht zu Recht erfolgte, gerichtete Antrag, ist damit gemäß den Paragraphen 20, Absatz eins, Ziffer 4, Litera a, bzw. Paragraph 21, WVRG rechtzeitig. Der der Antragstellerin drohende Schaden wurde zwar nicht ziffernmäßig dargestellt, aber doch gerade noch ausreichend glaubhaft gemacht. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach Paragraph 14, Absatz eins, WVRG ist rechtzeitig und in entsprechender Art und Weise erfolgt. Pauschalgebühren nach Paragraph 30, WVRG wurden entrichtet. Der (abgeänderte) Antrag entspricht auch sonst den Anforderungen des Paragraph 19, Absatz eins, WVRG.

Der Antrag richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers im Sinne des § 20 Z 13 lit. a sublit. mm BVergG 2002. Der Antrag richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, m, m, BVergG 2002.

Gemäß § 13 Abs. 2 Z 1 WVRG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2002 unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist, die Feststellung beantragen, dass die Wahl der Direktvergabe nicht zu Recht erfolgte. Gemäß § 11 Abs. 4 WVRG ist der Vergabekontrollsenat bei Direktvergaben nach Zuschlagserteilung nur mehr zuständig festzustellen, ob die Wahl des Vergabeverfahrens zu Recht erfolgt ist. Gemäß Paragraph 13, Absatz 2, Ziffer eins, WVRG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2002 unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist, die Feststellung beantragen, dass die Wahl der Direktvergabe nicht zu Recht erfolgte. Gemäß Paragraph 11, Absatz 4, WVRG ist der Vergabekontrollsenat bei Direktvergaben nach Zuschlagserteilung nur mehr zuständig festzustellen, ob die Wahl des Vergabeverfahrens zu Recht erfolgt ist.

Die Antragstellerin hat zunächst nachgewiesen, dass sie mit der Antragsgegnerin im Jahre 2004 einen Vertrag über die Exklusivbelieferung der einzelnen Krankenanstalten und Geriatriezentren des KAV mit Paclitaxel-Präparaten für den Zeitraum vom 1. 1.2005 bis 31.12.2005 abgeschlossen und zumindest bis Ende Juni 2005 erfüllt hat. Nach dem festgestellten Sachverhalt hat die Antragsgegnerin wegen von ihr festgestellter Preisänderungen bei dieser Produktgruppe ein Verfahren zur Ermittlung neuer Preiskonditionen durchgeführt, und dazu auch die Antragstellerin eingeladen. Da die Antragstellerin nicht in der Lage war entsprechend niedrige Preise anzubieten, hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 30.6.2005 den Auftrag für die zweite Hälfte des Jahres 2005 an ein anderes Unternehmen vergeben. Dass aus dieser Vorgangsweise der Antragstellerin durch den Entfall des Lieferauftrages für die zweite Hälfte des Jahres 2005 zumindest ein Schaden in Höhe ihres unternehmerischen Gewinns entstehen muss, ist offenkundig. Der Vergabekontrollsenat hält daher die Ausführungen der Antragstellerin zum eingetretenen Schaden als gerade noch ausreichend im Sinne des § 19 Abs. 1 Z 4. Die Antragstellerin hat zunächst nachgewiesen, dass sie mit der Antragsgegnerin im Jahre 2004 einen Vertrag über die Exklusivbelieferung der einzelnen Krankenanstalten und Geriatriezentren des KAV mit Paclitaxel-Präparaten für den Zeitraum vom 1. 1.2005 bis 31.12.2005 abgeschlossen und zumindest bis Ende Juni 2005 erfüllt hat. Nach dem festgestellten Sachverhalt hat die Antragsgegnerin wegen von ihr

festgestellter Preisänderungen bei dieser Produktgruppe ein Verfahren zur Ermittlung neuer Preiskonditionen durchgeführt, und dazu auch die Antragstellerin eingeladen. Da die Antragstellerin nicht in der Lage war entsprechend niedrige Preise anzubieten, hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 30.6.2005 den Auftrag für die zweite Hälfte des Jahres 2005 an ein anderes Unternehmen vergeben. Dass aus dieser Vorgangsweise der Antragstellerin durch den Entfall des Lieferauftrages für die zweite Hälfte des Jahres 2005 zumindest ein Schaden in Höhe ihres unternehmerischen Gewinns entstehen muss, ist offenkundig. Der Vergabekontrollsenat hält daher die Ausführungen der Antragstellerin zum eingetretenen Schaden als gerade noch ausreichend im Sinne des Paragraph 19, Absatz eins, Ziffer 4

WVRG.

Unstrittig handelt es sich bei der Antragsgegnerin um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG 2002. Nach § 1 BVergG 2002 hat ein öffentlicher Auftraggeber für die Verfahren zur Beschaffung von Leistungen (Vergabeverfahren) die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes einzuhalten. Gemäß § 21 Abs. 1 BVergG 2002 dürfen Aufträge über Leistungen von öffentlichen Auftraggebern nur nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren vergeben werden. § 23 BVergG 2002 gibt an, in welchen der dort genannten zulässigen Verfahrensarten Leistungen vergeben werden dürfen. Vorliegend steht fest – was letztlich auch von der Antragsgegnerin zugestanden wurde – dass ein von ihr in welcher Form auch immer geführtes Vergabeverfahren zur Lieferung von Paclitaxel-Präparaten für die zweite Hälfte des Jahres 2005 nicht durchgeführt wurde. Fest steht lediglich, dass das AEG im Schreiben vom 17.6.2005 mehrere Pharmaunternehmen aufgefordert hat, auf Grund der geänderten Marktlage neue Preise für die Produktgruppe Paclitaxel für die zweite Jahreshälfte 2005 bekannt zu geben, worüber beabsichtigt sei, „zu verhandeln“. Weiters steht fest, dass es sich bei der für die zweite Hälfte 2005 vorgesehenen Lieferung um einen Auftragswert von über Euro 200.000,-- handelt. Unstrittig handelt es sich bei der Antragsgegnerin um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002. Nach Paragraph eins, BVergG 2002 hat ein öffentlicher Auftraggeber für die Verfahren zur Beschaffung von Leistungen (Vergabeverfahren) die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes einzuhalten. Gemäß Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 dürfen Aufträge über Leistungen von öffentlichen Auftraggebern nur nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren vergeben werden. Paragraph 23, BVergG 2002 gibt an, in welchen der dort genannten zulässigen Verfahrensarten Leistungen vergeben werden dürfen. Vorliegend steht fest – was letztlich auch von der Antragsgegnerin zugestanden wurde – dass ein von ihr in welcher Form auch immer geführtes Vergabeverfahren zur Lieferung von Paclitaxel-Präparaten für die zweite Hälfte des Jahres 2005 nicht durchgeführt wurde. Fest steht lediglich, dass das AEG im Schreiben vom 17.6.2005 mehrere Pharmaunternehmen aufgefordert hat, auf Grund der geänderten Marktlage neue Preise für die Produktgruppe Paclitaxel für die zweite Jahreshälfte 2005 bekannt zu geben, worüber beabsichtigt sei, „zu verhandeln“. Weiters steht fest, dass es sich bei der für die zweite Hälfte 2005 vorgesehenen Lieferung um einen Auftragswert von über Euro 200.000,-- handelt.

Wie auch die Antragsgegnerin offenbar erkannt hat, wäre die Vergabe dieses Lieferauftrages von ihr nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 auszuschreiben gewesen. Allein der Umstand, dass sie sich bemüht hat, bei der Beschaffung der Medikamente „gesetzeskonform“ vorzugehen und dabei sich „an die Grundprinzipien der EU-Richtlinien für das öffentliche Beschaffungswesen anzunähern“ reicht nicht aus, sie von der Verpflichtung der Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen, noch dazu im Oberschwellenbereich, zu entheben.

Im vorliegenden Fall handelt es sich um die Vergabe eines Lieferauftrages und zwar zur Belieferung der diversen Krankenanstalten und Geriatriezentren der Antragsgegnerin mit Paclitaxel-Präparaten. Ein Ausnahmetatbestand, wie er im § 6 Abs. 1 BVergG 2002 enthalten ist, liegt gegenständlich nicht vor. Der geschätzte Auftragswert übersteigt Euro 200.000,--, somit kommen für die Vergabe die Bestimmungen des BVergG 2002 für den Oberschwellenbereich zum Tragen. Gemäß § 23 Abs. 1 BVergG 2002 hat die Vergabe von Aufträgen über Leistungen im Wege eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens, eines Verhandlungsverfahrens, einer Direktvergabe, einer elektronischen Auktion oder einer Rahmenvereinbarung zu erfolgen. Die Antragsgegnerin als öffentlicher Auftraggeber wäre daher grundsätzlich verpflichtet gewesen, den Lieferauftrag entweder im Wege eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens oder im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens (mit vorheriger oder ohne vorherige Bekanntmachung) zu vergeben. Dabei ist zunächst grundsätzlich das offene oder nicht offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung zu wählen, andere Verfahrensarten dürfen nur dann durchgeführt werden, wenn die in den §§ 25 und 29 BVergG 2002 geregelten spezifischen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. Schwartz Bundesvergabegesetz RZ 2 zu § 25). Im

vorliegenden Fall handelt es sich um die Vergabe eines Lieferauftrages und zwar zur Belieferung der diversen Krankenanstalten und Geriatriezentren der Antragsgegnerin mit Paclitaxel-Präparaten. Ein Ausnahmetatbestand, wie er im Paragraph 6, Absatz eins, BVergG 2002 enthalten ist, liegt gegenständlich nicht vor. Der geschätzte Auftragswert übersteigt Euro 200.000,--, somit kommen für die Vergabe die Bestimmungen des BVergG 2002 für den Oberschwellenbereich zum Tragen. Gemäß Paragraph 23, Absatz eins, BVergG 2002 hat die Vergabe von Aufträgen über Leistungen im Wege eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens, eines Verhandlungsverfahrens, einer Direktvergabe, einer elektronischen Auktion oder einer Rahmenvereinbarung zu erfolgen. Die Antragsgegnerin als öffentlicher Auftraggeber wäre daher grundsätzlich verpflichtet gewesen, den Lieferauftrag entweder im Wege eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens oder im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens (mit vorheriger oder ohne vorherige Bekanntmachung) zu vergeben. Dabei ist zunächst grundsätzlich das offene oder nicht offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung zu wählen, andere Verfahrensarten dürfen nur dann durchgeführt werden, wenn die in den Paragraphen 25 und 29 BVergG 2002 geregelten spezifischen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind vergleiche Schwartz Bundesvergabegesetz RZ 2 zu Paragraph 25,).

Da die zu liefernden Medikamente offenbar vorgegeben waren und die Antragsgegnerin offenkundig allein und ausschließlich nur an Verhandlungen über die Preiskonditionen interessiert war, wäre sie verpflichtet gewesen - selbst wenn sie das Risiko der Nichteinhaltung des mit der Antragstellerin abgeschlossenen Exklusivlieferungsvertrages für die zweite Hälfte 2005 eingehen wollte - die von ihr gesuchten Leistungen im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung im Sinne des § 23 Abs. 6 BVergG 2002 zu vergeben. Beim Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Sinne des § 23 Abs. 6 leg. cit. entfällt die Aufforderung an potentielle Interessenten zur Teilnahme am Vergabeverfahren. Der Auftraggeber lädt gleich eine beschränkte Anzahl von Unternehmen zur Angebotsabgabe ein, wobei die Zahl der eingeladenen Unternehmer - sofern kein Ausnahmetatbestand vorliegt - grundsätzlich nicht unter drei liegen darf. Ab Einlangen der Angebote läuft auch dieses Verfahren wie ein offenes Verfahren ab. Hinsichtlich der Regelung des Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung ist auf die Bestimmung des § 25 Abs. 2 BVergG 2002 zu verweisen. Die dort genannten Voraussetzungen zumindest der Ziffer 5 des Abs. 2 leg. cit. liegen offenkundig vor. Weitere Erörterungen zur Wahl des Vergabeverfahrens können jedoch auf sich beruhen, da die Antragsgegnerin, wie sich im Zuge des Nachprüfungsverfahrens herausgestellt hat, den Lieferauftrag für die zweite Hälfte des Jahres 2005 im Wege der „Direktvergabe“ vergeben hat. Bei der Direktvergabe wird eine Leistung formfrei unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen (§ 23 Abs. 7 BVergG 2002). Eine Direktvergabe ist jedoch nur in den im § 27 Abs. 1 BVergG 2002 taxativ aufgezählten Fällen zulässig und unterliegt aus Rechtsschutz- und Transparenzerwägungen strengen Dokumentationspflichten. Die Antragsgegnerin hat zwar durch Vorlage von Tabellen über die von ihr erhobenen Preiskonditionen (Schriftsatz vom 26.7.2005) eine Dokumentation zur Wahl des neuen Zuschlagsempfängers vorgelegt. Damit wird aber dem im § 27 Abs. 2 BVergG 2002 formierten Dokumentationserfordernis nicht entsprochen. Der Auftraggeber muss bei Wahl der Direktvergabe auch die für deren Durchführung maßgeblichen Gründe schriftlich festhalten, was gegenständlich von der Antragsgegnerin nicht nachgewiesen wurde. Dieser Verstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften kann jedoch auf sich beruhen, weil die Direktvergabe gemäß § 27 Abs. 1 Z 2 BVergG 2002 jedenfalls unzulässig war, da der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer Euro 20.000,-- um ein Mehrfaches überschritten hat. Damit erweist sich die Vorgangsweise der Antragsgegnerin als unzulässige Direktvergabe, weil sie bei der Vergabe des beabsichtigten Lieferauftrages die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 als öffentlicher Auftraggeber einzuhalten gehabt hätte und diese Leistungen nur nach einem Verfahren, wie sie im § 23 BVergG 2002, ausgenommen dessen Absatz 7, genannt sind, hätte vergeben dürfen. Da die zu liefernden Medikamente offenbar vorgegeben waren und die Antragsgegnerin offenkundig allein und ausschließlich nur an Verhandlungen über die Preiskonditionen interessiert war, wäre sie verpflichtet gewesen - selbst wenn sie das Risiko der Nichteinhaltung des mit der Antragstellerin abgeschlossenen Exklusivlieferungsvertrages für die zweite Hälfte 2005 eingehen wollte - die von ihr gesuchten Leistungen im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung im Sinne des Paragraph 23, Absatz 6, BVergG 2002 zu vergeben. Beim Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Sinne des Paragraph 23, Absatz 6, leg. cit. entfällt die Aufforderung an potentielle Interessenten zur Teilnahme am Vergabeverfahren. Der Auftraggeber lädt gleich eine beschränkte Anzahl von Unternehmen zur Angebotsabgabe ein, wobei die Zahl der eingeladenen Unternehmer - sofern kein Ausnahmetatbestand vorliegt - grundsätzlich nicht unter drei liegen darf. Ab Einlangen der Angebote läuft auch dieses Verfahren wie ein offenes Verfahren ab. Hinsichtlich der Regelung des Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung ist auf die Bestimmung des Paragraph 25, Absatz 2, BVergG

2002 zu verweisen. Die dort genannten Voraussetzungen zumindest der Ziffer 5 des Absatz 2, leg. cit. liegen offenkundig vor. Weitere Erörterungen zur Wahl des Vergabeverfahrens können jedoch auf sich beruhen, da die Antragsgegnerin, wie sich im Zuge des Nachprüfungsverfahrens herausgestellt hat, den Lieferauftrag für die zweite Hälfte des Jahres 2005 im Wege der „Direktvergabe“ vergeben hat. Bei der Direktvergabe wird eine Leistung formfrei unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen (Paragraph 23, Absatz 7, BVergG 2002). Eine Direktvergabe ist jedoch nur in den im Paragraph 27, Absatz eins, BVergG 2002 taxativ aufgezählten Fällen zulässig und unterliegt aus Rechtsschutz- und Transparenzerwägungen strengen Dokumentationspflichten. Die Antragsgegnerin hat zwar durch Vorlage von Tabellen über die von ihr erhobenen Preiskonditionen (Schriftsatz vom 26.7.2005) eine Dokumentation zur Wahl des neuen Zuschlagsempfängers vorgelegt. Damit wird aber dem im Paragraph 27, Absatz 2, BVergG 2002 formierten Dokumentationserfordernis nicht entsprochen. Der Auftraggeber muss bei Wahl der Direktvergabe auch die für deren Durchführung maßgeblichen Gründe schriftlich festhalten, was gegenständlich von der Antragsgegnerin nicht nachgewiesen wurde. Dieser Verstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften kann jedoch auf sich beruhen, weil die Direktvergabe gemäß Paragraph 27, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002 jedenfalls unzulässig war, da der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer Euro 20.000,-- um ein Mehrfaches überschritten hat. Damit erweist sich die Vorgangsweise der Antragsgegnerin als unzulässige Direktvergabe, weil sie bei der Vergabe des beabsichtigten Lieferauftrages die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 als öffentlicher Auftraggeber einzuhalten gehabt hätte und diese Leistungen nur nach einem Verfahren, wie sie im Paragraph 23, BVergG 2002, ausgenommen dessen Absatz 7, genannt sind, hätte vergeben dürfen.

Da die Erlassung einer einstweiligen Verfügung die Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens voraussetzt, gegenständlich, nach Änderung des Anfechtungsantrages, jedoch ein Feststellungsverfahren durchgeführt wurde, fehlte es an den Voraussetzungen zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Der diesbezüglich gestellte Antrag war daher zurückzuweisen.

Die Antragstellerin ist mit ihrem Antrag auf Feststellung durchgedrungen, weshalb ihr die Antragsgegnerin gemäß den §§ 74 AVG, 30 WVRG die von ihr entrichteten Gebühren zu ersetzen hat. Der Antragsgegnerin waren dabei auch die auf die Antragstellung auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entfallenden Gebühren aufzuerlegen, weil dieser mit dem ursprünglichen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung verbundene Antrag zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war und sich erst im Zuge des Nachprüfungsverfahrens ergeben hat, dass die Antragsgegnerin einen Lieferauftrag schon am 30.6.2005 vergeben hat. Die Antragstellerin ist mit ihrem Antrag auf Feststellung durchgedrungen, weshalb ihr die Antragsgegnerin gemäß den Paragraphen 74, AVG, 30 WVRG die von ihr entrichteten Gebühren zu ersetzen hat. Der Antragsgegnerin waren dabei auch die auf die Antragstellung auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entfallenden Gebühren aufzuerlegen, weil dieser mit dem ursprünglichen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung verbundene Antrag zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war und sich erst im Zuge des Nachprüfungsverfahrens ergeben hat, dass die Antragsgegnerin einen Lieferauftrag schon am 30.6.2005 vergeben hat.

Es war daher wie im Spruch ersichtlich zu entscheiden.

Schlagworte

Unzulässige Direktvergabe.

Dokumentnummer

VERGT_20050812_2297_05_00

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>