

# TE Bvwg Erkenntnis 2019/10/3 W131 2222178-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 03.10.2019

## Entscheidungsdatum

03.10.2019

## Norm

ABGB §7

BVergG 2006 §325 Abs2

BVergG 2018 §20

BVergG 2018 §327

BVergG 2018 §328 Abs1

BVergG 2018 §333

BVergG 2018 §342

BVergG 2018 §346

BVergG 2018 §347 Abs1 Z2

B-VG Art. 133 Abs4

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §25

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

## Spruch

W131 2222178-2/31E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Vorsitzenden, durch die fachkundige Laienrichterin MMag Dr Annemarie MILLE als Beisitzerin der Auftragnehmerseite und durch den fachkundigen Laienrichter Mag Franz PACHNER als Beisitzer der Auftraggeberseite betreffend das Vergabeverfahren "Kinderimpfstoffe - Pneumokokken (13-valent)" (BBG-interne GZ: 3701.03460), der Auftraggeberin Republik Österreich (Bund) (= AG) über den Nachprüfungsantrag der anwaltlich vertretenen Antragstellerin (= ASt) XXXX GmbH, die Ausschreibungsunterlagen für nichtig zu erklären bzw Teile der Ausschreibungsunterlage zu [streichen], sowie über eine strittige Parteistellung im Nachprüfungsverfahren, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

I. Es wird festgestellt, dass die XXXX insoweit Einwendungspartei und damit Verfahrenspartei des Nachprüfungsverfahrens gemäß § 346 Abs 2 und Abs 3 BVergG 2018 ist, als darin die Frage des Erfordernisses eines 13-valenten Impfstoffs als zulässig zu erörtern ist.

II. Dem Nachprüfungsantrag,

die Ausschreibungsunterlagen im Vergabeverfahren "Kinderimpfstoffe - Pneumokokken (13-valent)" zur Gänze für nichtig zu erklären;

in eventu, (A) die Wortfolge "(13-valent)", "13-valent" oder "13-valenter" in sämtlichen Dokumenten der Ausschreibungsunterlagen, insbesondere (i) am Deckblatt und bei den Rz 29, 84 und 89 bei den "Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen" sowie (ii) am Deckblatt und bei den Rz 12, 14, 15, 16, 20 und 22 der "Kommerziellen Ausschreibungsbedingungen" für nichtig zu erklären und (B) die Wortfolge "wird mit Ausnahme des bewertungsrelevanten Preises zur vollen Wahrung der Preisvertraulichkeit" in Rz 125 sowie die gesamte Rz 136 der "Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen" für nichtig zu erklären,

wird im Punkte des Primärbegehrens teilweise stattgegeben und wird in den Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen des gegenständlichen offenen Vergabeverfahrens betreffend den Abschluss der Rahmenvereinbarung: Kinderimpfstoffe - Pneumokokken (13-valent) Folgendes gestrichen:

II.1. in der Rz 125 dieser Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen die Wortfolge: mit Ausnahme des bewertungsrelevanten Preises zur vollen Wahrung der Preisvertraulichkeit;

II.2. die gesamte Rz 136 dieser Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen, die lautet:

Zum Schutz öffentlicher Interessen bzw. berechtigter Geschäftsinteressen der Bieter wird der bewertungsrelevante Preis des erfolgreichen Angebotes nicht bekannt gegeben.

und

II.3. in der Rz 144 dieser Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen die Wortfolge:

Der bewertungsrelevante Preis des erfolgreichen Angebotes

III. Das darüber hinausgehende Mehrbegehren des gestellten Nichtigerklärungsbegehrens inklusive des diesbezüglichen darüber hinausgehenden Eventualbegehrens wird abgewiesen.

B)

I. Die Revision gegen Spruchpunkt A) I. ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig.

II. Die Revision gegen Spruchpunkt A) II. ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig.

III. Die Revision gegen Spruchpunkt A) III. ist gemäß Art 133 Abs 4 BVergG nicht zulässig.

## **Text**

### **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:**

I. Verfahrensgang:

1. Die ASt brachte betreffend das im Entscheidungskopf ersichtliche offene Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung zwecks Möglichkeit des Bezugs von Lungenentzündungsimpfstoff einen Nachprüfungsantrag ein.

Begehrt wurde die Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen bzw [interpretiert] die Streichung von Teilen daraus.

Die ASt bestritt im weiteren Verfahren die Parteistellung einer Einwendungspartei im weiteren Verfahrensgeschehen, welche aktuell einen 13-valenten Impfstoff anbietet; die ASt vertrat insoweit die Zurückweisungsnotwendigkeit der Einwendungen.

Im Nachprüfungsantrag kritisierte die ASt insb das Erfordernis eines

13 - valenten Impfstoffs einerseits und Passagen betreffend die

Geheimhaltung des Angebotspreises andererseits und sind insb folgende Ausführungen enthalten:

...

## D. SACHVERHALT

Die Auftraggeberin hat ein offenes Verfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung über 4 Jahre über Lieferleistungen mit einem Unternehmer eingeleitet.

Auftragsgegenstand der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung ist die Lieferung von Kinderimpfstoffen - konjugierter Pneumokokken-Impfstoff (13-valent) in ganz Österreich.

In der Ausschreibung wird festgehalten, dass zum Schutz öffentlicher Interessen bzw berechtigter Geschäftsinteressen der Bieter der bewertungsrelevante Preis des erfolgreichen Angebotes nicht bekannt gegeben wird.

Die Antragstellerin ist ein befähigtes und befugtes Unternehmen und beabsichtigt daher am gegenständlichen Vergabeverfahren teilzunehmen - somit hat die Antragstellerin auch die Ausschreibungsunterlagen abgerufen und alleine schon dadurch besteht der Wille der Antragstellerin an gegenständlicher Ausschreibung teilzunehmen.

Beweis: [...]

## E. RECHSWIDRIGKEIT

### E.I. EINSCHRÄNKUNG AUF EINEN 13-VALENTEN IMPFSTOFF

In der Ausschreibung wird lediglich ein 13-valenter Impfstoff zugelassen. Dies bedeutet, dass lediglich ein Impfstoff, welcher Antigene gegen 13 Serotypen der Pneumokokken enthält, angeboten werden darf. Somit wird der Kreis der möglichen Bieter auf jene eingeschränkt, die einen solchen 13-valenten Impfstoff anbieten können. Das ist derzeit ein Bieter, nämlich der Hersteller des Impfstoffs "Prevenar 13(r)". Hierfür bestehen aber keine sachlichen Rechtfertigungsgründe, wie folgend noch näher ausgeführt wird:

#### 1. Keine sachliche Rechtfertigung der Einschränkung auf 13-valenten Impfstoff

##### 1.1. Grundsätzliche Wahlfreiheit des Auftraggebers bei sachlicher Rechtfertigung

Dem Auftraggeber kommt grundsätzlich ein Ermessensspielraum und Wahlfreiheit hinsichtlich der Formulierung und Gestaltung der Ausschreibung und der Auswahl des Leistungsgegenstands zu. Jedoch finden sich im BVergG auch unterschiedliche Regelungen, die diese Wahlfreiheit einschränken. Ganz zentral ist hier der vergaberechtliche Wettbewerbsgrundsatz in § 20 leg cit, der auch ein striktes Gleichbehandlungsgebot und ein Diskriminierungsverbot beinhaltet. Das Ermessen des Auftraggebers und seine Wahlfreiheit hinsichtlich des Leistungsgegenstands endet sohin dort, wo der Vergabewettbewerb in diskriminierender Weise zugunsten eines oder mehrerer Bieter beschränkt wird, ohne dass es dafür eine sachliche Rechtfertigung gibt. Das ergibt sich zudem aus weiteren Bestimmungen des BVergG, wie zB § 104 leg cit, der eine klare, neutrale und damit ebenfalls nichtdiskriminierende Leistungsbeschreibung fordert. Weiters - so zumindest hinsichtlich der Wahl des Auftraggebers betreffend die getrennte oder gemeinsame Vergabe - besteht die Wahlfreiheit nur so lange, als sich der Auftraggeber nicht von unsachlichen Überlegungen leiten lässt.

5 Dies - nämlich das Verbot, sich bei der Auftragsvergabe von unsachlichen Überlegungen leiten zu lassen - gilt im vorliegenden Fall auch.

Der Hintergrund ist der folgende: Gegenständlich hält der Impfplan 2019 fest, dass für Kinder zwei Kojugatimpfstoffe zugelassen sind - ein 10-valenter Impfstoff ("PCV10", Synflorix(r); PCV: Pneumococcal Conjugate Vaccine) und ein 13-valenter Impfstoff ("PCV13", Prevenar 13(r)). Eine Empfehlung zugunsten eines der beiden Impfstoffe enthält der Impfplan nicht. Trotzdem hat der Auftraggeber die Ausschreibung aber auf den 13-valenten Impfstoff beschränkt. Eine sachliche Rechtfertigung dafür existiert nicht. Vielmehr ist davon auszugehen, dass wenn der Impfplan beide Impfstoffe zulässt, der gegenständlichen Einschränkung auf den 13-valenten Impfstoff keine sachliche Rechtfertigung zugrunde liegen kann.

Vorab sei festzuhalten, dass bei der Erstellung der Ausschreibung - sofern dies erforderlich ist, weil der Auftraggeber oder die vergebende Stelle selbst nicht über den erforderlichen Sachverstand verfügt - externe Sachverständige beizuziehen sind. Insbesondere bei komplexen Ausschreibungen oder Ausschreibungen, die besonderes wissenschaftliches Wissen voraussetzen, ist davon auszugehen, dass auch Sachverständige für die Ausarbeitung der Ausschreibung erforderlich sind. Im konkreten Fall gibt es - darauf wird noch näher einzugehen sein - eine

sachverständige Festlegung betreffend des auszuschreibenden Impfstoffes bereits: den österreichischen Impfplan; von dem wick die Auftraggeberin bzw die ausschreibende Stelle aber ohne sachlichen Grund und wissenschaftliche Fundierung ab.

## 1.2. Der österreichische Impfplan 2019

Der österreichische Impfplan wird vom Bundesministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz - somit von einer öffentlichen Stelle - herausgegeben und veröffentlicht.

Somit stammt der Impfplan letztlich von einem Bundesministerium und somit einer Stelle, die dem Bund zuzurechnen ist, welcher im konkreten Fall auch als Auftraggeberin fungiert. Erarbeitet wird dieser von Expertinnen und Experten des Nationalen Impfgremiums, die Top-Fachleute im Bereich des Impfwesens sind, und regelmäßig aktualisiert. Das Ministerium greift dabei auf besonderen Sachverstand, teilweise intern, aber auch auf externe Experten des Impfwesens zurück. Aufgrund dieser regelmäßigen Aktualisierungen und Überarbeitungen durch Experten handelt es sich beim Impfplan um den aktuellen Stand der medizinischen Wissenschaften; Abweichungen davon benötigen sohin besonders gute Gründe. So hält auch der Impfplan selbst fest, dass es sich hierbei um evidenzbasierte Empfehlungen handelt bzw dass dieser den neuesten wissenschaftlichen Erkenntnissen entsprechend aktualisiert und überarbeitet wird.

Hinsichtlich der Immunisierung gegen Pneumokokken legt der Impfplan folgendes fest:

"Für Kinder sind zwei Konjugatimpfstoffe zugelassen, ein 10-valenter Impfstoff (PCV10, Synflorix) und ein 13-valenter Impfstoff (PCV13, Prevenar13)".

Somit ist klar erkennbar und völlig unbestreitbar, dass das den Impfplan erstellende Expertengremium von einer Gleichwertigkeit dieser beiden Impfstoffe ausgeht. Sonst hätte das Impfgremium bei Bestehen von Vorteilen eines der beiden Impfstoffe den anderen aus dem Impfplan gestrichen.

Synflorix ist seit 2012, als alle Kinder in den Impfschutz des Kinderimpfprogrammes aufgenommen wurden, im Impfprogramm. Seitdem wurden rund 1,4 Millionen Impfdosen verkauft. Dieser Impfstoff ist somit seit einigen Jahren bereits fester Bestandteil des Impfplanes und gelangte bisher unzählige Male zur Anwendung.

### 1.2.1. "Bindung" an den Impfplan

Die den Impfplan erstellenden Experten des Impfgremiums - vormals als Oberster Sanitätsrat bezeichnet - ist eine Kommission gemäß § 8 Bundesministeriengesetz. Dieses beratende Gremium des Gesundheitsministeriums, das den Impfplan erstellt, ist zwar kein zur Normensetzung befugtes Rechtssetzungsorgan, womit dem Impfplan grundsätzlich keine unmittelbare normative Wirkung zukommen kann. Das wäre auch - verfassungsrechtlich - nicht möglich, weil ein oberstes Organ - wie ein Bundesminister - nicht an Willensäußerungen anderer Organe gebunden sein kann. Das bedeutet aber - im Umkehrschluss - keinesfalls, dass der österreichische Impfplan unbeachtlich wäre und beliebig davon abgewichen werden kann.

Es ist ein in der österreichischen Verwaltungsorganisation üblicher Vorgang, dass sachverständige Gremien mit besonderer Fachkunde eingerichtet werden, um Verwaltungsorgane zu beraten. Dies ist immer dann der Fall, wenn Entscheidungen zu treffen sind, die wissenschaftlich oder technisch besonders komplex sind, wie es hier auch zutrifft. In solchen Konstellationen soll die Verwaltung von Expertise von außen profitieren, um die Qualität der Entscheidungen zu gewährleisten. Solche - von beratenden Expertengremien - gegebene Empfehlungen können, wie bereits ausgeführt, keine unmittelbare rechtliche Geltung haben; sie sind keine Rechtsverordnungen oder sonstige verbindliche verwaltungsbehördliche Enunziationen. Sie stellen aber einen Stand der Wissenschaft (oder Technik) fest, bilden somit einen Verwaltungsstandard und haben damit - wie Raschauer es nennt - subnormative Geltung. Abweichungen davon bedürfen einer besonderen sachlichen Rechtfertigung, die mit demselben Sachverstand und derselben Fachkunde begründet werden müssen, über den das den österreichischen Impfplan erstellende nationale Impfgremium verfügt. Es kann schon an dieser Stelle bezweifelt werden, dass die vergebende Stelle über dieses Expertenwissen verfügt.

Das ist - mag es prima facie - so scheinen in der österreichischen Verwaltungsorganisation und im Verwaltungsverfahren (auch wenn ein Vergabeverfahren natürlich kein Verwaltungsverfahren im engeren Sinn ist) nichts Neues: Auch aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht ist bekannt, dass man nicht ohne weiteres von einem Gutachten eines Sachverständigen abweichen kann - hierzu bedarf es viel mehr einem Entgegentreten auf gleicher

fachlicher Ebene. Das gilt nicht nur für die Parteien des Verfahrens, sondern auch für die Behörde (das Entscheidungsorgan) selbst. Die Behörde hat nämlich - das ist durchaus eine Parallele zum Vergabeverfahren - dem Verfahren einen (Amts-) Sachverständigen beizuziehen, wenn sie selbst nicht über das erforderliche Fachwissen verfügt. Das impliziert dann natürlich auch, dass die Behörde dann vom Gutachten des Sachverständigen nicht abweichen darf, weil sie ja das zur Ermittlung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts erforderliche Expertenwissen nicht hat. Manchmal wird Behörden sogar direkt in das Entscheidungsorgan besonderer Sachverstand beigegeben. Es bedarf also auch hier einer sachlichen Rechtfertigung und vor allem belastbarer fachlicher Argumente. Ebenso verhält es sich bei dem Impfplan, der sogar von mehreren Sachverständigen zugleich erstellt wird.

Mit anderen Worten: Der österreichische Impfplan ist eine auf besonderem Sachverstand beruhende Empfehlung eines beratenden Gremiums, der durch die Veröffentlichung durch den Gesundheitsminister verwaltungsinterne Geltung in Form der Selbstbindung, ähnlich einem Selbstbindungsgesetz, entfaltet. Davon abzuweichen ist der Verwaltung zwar nicht schlechterdings verwehrt, aber - wie bereits mehrfach dargetan - nur mit einer wissenschaftlich fundierten Begründung möglich, an der es - wie weiter unten dargestellt werden wird - im konkreten Fall fehlt.

Es liegt somit eine Willensäußerung des Ministeriums vor, die als generelle Weisung an die Stellen der Verwaltung anzusehen ist. Auch dies spricht dafür, dass eine Abweichung davon im Rahmen der gegenständlichen Ausschreibung nur dann zulässig sein kann, wenn dafür eine sachliche Rechtfertigung gegeben ist. Eine solche Rechtfertigung kann nur dann der Fall sein, wenn der Impfplan tatsächlich nicht dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Wissenschaften entsprechen würde, was aber nicht der Fall ist.

Dass vergaberechtliche Ausschreibungen nicht dem Bereich der Hoheits-, sondern der Privatwirtschaftsverwaltung zuzuordnen sind, bedeutet nicht, dass das oben Gesagte nicht gelten würde. Fakt ist im Gegenteil, dass der Bund im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung diese Ausschreibung durchführt und die Empfehlung Impfplan durch ein dem Bund zuzurechnendes Bundesministerium erstattet wird. Somit handelt es sich um ein von einer Behörde stammendes Dokument, welches auch dem Bund als ausschreibende Stelle bekannt ist und diesen - wie dargetan - bindet. Insofern besteht bei der Auftraggeberin ein verschriftlichtes Fachwissen eines der Auftraggeberin zuzurechnenden Expertengremiums. Demzufolge besteht eine Bindungswirkung - wie bereits mehrfach dargetan - zumindest dahingehend, dass es einer sachlichen und fundierten Begründung bedarf, wenn derselbe Bund, der den nationalen Impfplan erlassen hat, im Rahmen einer Ausschreibung davon abweichen will. Gegenständlich ist eben dies erfolgt, indem, obwohl durch den Impfplan sowohl der 10-valente als auch der 13-valente Impfstoff als gleichwertig bewertet werden, vom Impfplan abgegangen wurde und die Ausschreibung auf den 13-valenten Impfstoff beschränkt wurde. Eine durch Expertenwissen fundierte Begründung dafür ist der Antragstellerin nicht bekannt und auch den Ausschreibungsunterlagen nicht zu entnehmen.

Aus all dem ist abzuleiten, dass die Einschränkung in der Ausschreibung auf einen 13-valenten Impfstoff einer qualifizierten sachlichen Begründung bedarf. Da eine solche nicht gegeben ist - weil, wie nachfolgend ausgeführt wird, keine medizinischen oder sonstigen Gründe dafür existieren - ist die Ausschreibung rechtswidrig und daher für nichtig zu erklären.

#### 1.2.2. Keine sachliche Rechtfertigung

Vorweg gilt es festzuhalten, dass es insgesamt um die 90 verschiedenen Serotypen von Pneumokokken gibt. Ein umfassender und meist ausreichender Impfschutz erfolgt somit bereits durch die Bildung von Antikörpern gegen nur wenige Serotypen. Darüber hinaus sind die Fallzahlen von invasiven Pneumokokken-Erkrankungen bei Kindern seit Jahren stabil - ob generell oder durch den Serotyp 19A verursacht (siehe Tabelle 1) Darüber hinaus kommt eine rezente populationsbasierte Studie aus Österreich zu dem Schluss, dass in der Altersgruppe unter 5 Jahre seit der Einführung des 10-valenten Impfstoffes 55 Fälle von invasiver Pneumokokken-Erkrankung verhindert werden konnten.

[...]

Studien belegen, dass es gegenständlich nicht gerechtfertigt ist, dass die Ausschreibung auf den 13-valenten Impfstoff eingeschränkt wurde, da keine signifikanten Unterschiede der beiden Impfstoffe hinsichtlich des generellen Schutzes vor invasiven Pneumokokken-Erkrankungen feststellbar sind:

- Eine Studie aus Kanada von 2015 verglich bei Kindern im Alter zwischen 2 und 59 Monaten die Effektivität verschiedener Pneumokokken-Impfungen, die nacheinander in der Region Quebec eingeführt wurden. Sie zeigt ein

hohes Maß an Kreuzprotektion für den 10-valenten Impfstoff gegen durch Serotyp 19A hervorgerufene invasive Pneumokokken-Erkrankungen (71%), welche mit dem Schutz durch den 13-valenten Impfstoff vergleichbar war (74%). Darüber hinaus vergleicht die Studie die Effektivität der Impfstoffe hinsichtlich der invasiven Pneumokokken-Erkrankungen wobei keine substanziellen Unterschiede zwischen den Impfschemata gefunden wurden, welche alleine den 10-valenten Impfstoff, den 13-valenten Impfstoff oder beide Impfstoffe verwenden.

- Systematische Reviews supranationaler Organisationen kommen zu dem Schluss, dass es keine Belege für die Überlegenheit eines Impfstoffes gegenüber dem anderen hinsichtlich der generellen invasiven Pneumokokken-Erkrankung gibt:

- o Die Pan American Health Organization (PAHO) publizierte 2016 eine systematische Überprüfung von 22 Studien aus Lateinamerika und der Karibik. Hier wurde die Effektivität und Wirkung (impact) der Impfungen bei Kindern unter 5 Jahren hinsichtlich Hospitalisierung und Tod untersucht. Diese Studie kommt zu dem Schluss, dass beide Impfstoffe eine signifikante Wirkung hinsichtlich der analysierten Parameter haben, wobei es keine Belege für die Überlegenheit eines Impfstoffes gegenüber dem anderen in Bezug auf die Verringerung des Krankenhausaufenthaltes von Kindern unter 5 Jahren bei Lungenentzündung, Meningitis oder invasiver Pneumokokken-Erkrankungen gegeben habe.

- o Das kürzlich überarbeitete Positionspapier der WHO (WHO, 2019) stützt sich ebenfalls auf eine systematische Literatursuche und bestätigt die PAHO-Studie. Die WHO kam zu dem Schluss, dass obwohl der 13-valente Impfstoff zusätzliche Serotypen enthält, es keine Belege dafür gibt, dass es zwischen den beiden Produkten unterschiedliche Auswirkungen auf die gesamten Pneumokokken-Erkrankungen gibt. Der 13-valente Impfstoff kann lediglich in Umgebungen, in denen eine auf Serotyp 19A zurückführende Krankheit ein erhebliches Problem der öffentlichen Gesundheit darstellt, einen möglichen Nutzen haben. Wie gezeigt, hat sich die Situation hinsichtlich dem Serotyp 19A bei Kindern in Österreich über die letzten Jahre nicht verändert. Wobei hinsichtlich der Fallzahlen noch hinzugefügt werden muss, dass der Impfstatus der erkrankten Kinder häufig nicht erhoben werden kann und es daher nicht bekannt ist, ob überhaupt und mit welchem Impfstoff die Kinder geimpft wurden.

- Eine Studie aus Schweden analysierte 2017 die Wirkung des 10-valenten Impfstoffes und des 13-valenten Impfstoffes. Diese Studie kommt einer Head to Head Studie am nächsten, da in Schweden in unterschiedlichen Regionen zur gleichen Zeit die verschiedenen Impfstoffe verwendet wurden. Diese Studie bekräftigt, dass hinsichtlich der generellen Auswirkungen auf die invasiven Pneumokokken-Erkrankungen kein signifikanter Unterschied zwischen den beiden Impfstoffen festgestellt werden konnte.

Festzuhalten ist hier überdies, dass der 10-valente Impfstoff den Serotyp 19F enthält und aufgrund einer Kreuzprotektion auch gegen den Serotyp 19A schützt. Zusätzlich sind die Fallzahlen der an 19A erkrankten Kinder in Österreich sehr gering und es zeigt sich in den letzten Jahren auch keine Steigerung dieser Fallzahlen. Somit liegt hier auch kein erhebliches Problem der öffentlichen Gesundheit vor, wo der 13-valente Impfstoff einen eventuell möglichen Vorteil bieten könnte, der aber bisher nicht statistisch signifikant nachgewiesen wurde.

Schließlich bestehen auch, wie den Fachinformationen der beiden Impfstoffe zu entnehmen ist, hinsichtlich der Verträglichkeit und möglicher Nebenwirkungen keine signifikanten Unterschiede zwischen den beiden Impfstoffen.

Beweis: Österreichische Impfplan 2019 [...]

## 2. Einschränkung des Bieter-Wettbewerbs

Aufgrund der Marktkennntnis der Antragstellerin ist bekannt, dass es nur ein in Frage kommendes Unternehmen gibt, das in der Lage ist, einen 13-valenten Impfstoff zu liefern und somit bei der derzeitigen Ausschreibung ein der Ausschreibung nicht widersprechendes Angebot anzugeben. Dies führt nicht nur zu einer massiven Einschränkung des Wettbewerbs, sondern vielmehr zu einem kompletten Ausschluss jeglichen Wettbewerbs. Dadurch kann der (derzeit) einzig in Frage kommende Bieter als Monopolist handeln und seine Preise frei gestalten. Dies ist weder aus vergaberechtlicher noch aus wettbewerbsrechtlicher Sicht geboten bzw gewünscht und es ist - wie gerade oben nachgewiesen wurde - auch medizinisch und damit sachlich nicht gerechtfertigt. Die Ausschreibung ist daher nicht nur deshalb (vergabe-)rechtswidrig, weil sie - ohne Grund - vom österreichischen Impfplan abweicht, sondern auch deshalb, da sie den freien und lautereren Vergabewettbewerb - unzulässigerweise - ausschließt.

Auch wenn die Rechtsprechung teilweise eine erhebliche Einschränkung des Wettbewerbs für zulässig erachtet hat, dies aber eben nur, wenn es sachlich gerechtfertigt ist, ist die gegenständliche komplette Ausschaltung des

Wettbewerbes nicht zulässig. Aber selbst eine Einschränkung des Wettbewerbs muss gewisse Voraussetzungen erfüllen, damit diese zulässig sein kann. So muss eine Ermessensentscheidung des Auftraggebers in vertretbarer Weise erfolgen - ansonsten handelt der Auftraggeber willkürlich. In vertretbarer Weise erfolgt eine Entscheidung des Auftraggebers dann, wenn seine Ermessensentscheidung nach wirtschaftlichen oder technischen Gesichtspunkten vertretbar ist, nicht gegen die Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbs unter Gleichbehandlung aller Bieter verstößt und nicht in der Absicht ausgeübt wird, die Anwendbarkeit vergaberechtlicher Bestimmungen zu verhindern oder zu behindern.

Gegenständlich wird der Wettbewerb komplett ausgeschaltet, wodurch auch gegen vergaberechtliche Bestimmungen verstoßen wird, da das Vergaberecht Praktiken unterbinden soll, die zu einer Einschränkung des Wettbewerbs führen. Wie oben angeführt, bestehen auch keine sachlichen und medizinisch fundierten Rechtfertigungsgründe, weshalb die Einschränkung auf den 13-valenten Wirkstoff auch in unvertretbarer Weise erfolgt ist und darin auch eine Ungleichbehandlung der Bieter zugrunde liegt.

Die vorliegende Ausschaltung des Wettbewerbs erfolgt somit zu Unrecht und stellt die derzeitige Gestaltung der Ausschreibung einen Verstoß gegen das Vergaberecht dar.

## E.II. NICHTBEKANNGABE DES BEWERTUNGSRELEVANTEN PREISES

In der Ausschreibung wird festgehalten, dass zum Schutz öffentlicher Interessen bzw berechtigter Geschäftsinteressen der Bieter der bewertungsrelevante Preis des erfolgreichen Angebotes nicht bekannt gegeben wird. Gemäß § 143 Abs 1 BVergG sind den verbleibenden Bietern unter anderem der Gesamtpreis bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen eines Unternehmers widersprechen oder dem freien und lauten Wettbewerb schaden würde.

Eine solche Festlegung kann aber gar nicht von vorn herein in den Ausschreibungen getroffen werden. Die Entscheidung, ob öffentliche Interessen oder berechnigte Geschäftsinteressen einer Bekanntgabe entgegenstehen ist vielmehr eine Einzelfallentscheidung und kann nicht vorweg - also schon zu Beginn des Ausschreibungsverfahrens - festgelegt werden. Dies lässt sich auch daraus ableiten, dass sich aus dem Gesetz nicht ergibt, dass die Nicht-Bekanntgabe in der Ausschreibung festgelegt werden müsste. Auch ohne Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen hat der Auftraggeber die Möglichkeit eine Bekanntgabe unter den gesetzlich festgelegten Gründen zu unterlassen. Ein weiteres Argument, dass diese Ansicht stützt ist, dass die Bestimmung des § 143 unter dem 8. Abschnitt "Das Zuschlagsverfahren" geregelt ist und nicht unter dem 5. Abschnitt "Die Ausschreibung".

Die Vorenthaltung von bestimmten Informationen ist nur in bestimmten Fällen zur Wahrung der Grundrechte eines Dritten oder zum Schutz wichtiger Interessen der Allgemeinheit erforderlich. Der EuGH hat dazu festgehalten, dass das Hauptziel der Vorschriften über das öffentliche Auftragswesen ein unverfälschter Wettbewerb ist. Um dieses Ziel zu erreichen, dürfen die öffentlichen Auftraggeber keine das Vergabeverfahren betreffende Informationen preisgeben, deren Inhalt dazu verwendet werden könnte, den Wettbewerb entweder im laufenden Vergabeverfahren oder in späteren Vergabeverfahren zu verfälschen.

Vor dem Hintergrund dieser Aussage des EuGH ist nicht ersichtlich, warum gegenständlich der bewertungsrelevante Preis nicht genannt werden sollte. Berechnigte Geschäftsinteressen sind nicht erkennbar - vor allem auch deshalb nicht, weil es sich gegenständlich um eine Rahmenvereinbarung für die Dauer von 4 Jahren handelt und es innerhalb dieses Zeitraums zu Änderungen der Preise für Impfstoffe kommen kann. Auch das Vorliegen öffentlicher Interessen ist nicht gegeben - hier ist sogar noch vom Gegenteil auszugehen. Dies deshalb, weil die Republik Österreich (Bund) als Auftraggeber der Prüfung durch den Rechnungshof unterliegt und die Prüfberichte veröffentlicht werden. Außerdem bestünde die Möglichkeit parlamentarischer Anfragen, dessen Beantwortung auch veröffentlicht werden. Insofern überwiegt sogar das öffentliche Interesse an einer Bekanntgabe des bewertungsrelevanten Preises des erfolgreichen Angebotes.

Im Ergebnis ist somit die Festlegung unter Rz 136 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen vergaberechtswidrig und daher für nichtig zu erklären.

[...]

## I. BEZEICHNUNG DER RECHTE IN DENEN SICH DIE ANTRAGSTELLERIN VERLETZT

ERACHTET

Durch die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung der Auftraggeberin erachtet sich die Antragstellerin in ihren subjektiven Rechten auf

- auf eine rechtskonforme, nichtdiskriminierende Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlage;
- auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens;
- auf Teilnahme an diesem Verfahren durch Angebotsabgabe; und
- Bekanntgabe der bewertungsrelevanten Preises

verletzt.

Die Antragstellerin ficht daher die Ausschreibung der Auftraggeberin an. Die angefochtene Entscheidung ist für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, weil die Antragstellerin nur dadurch ihre Möglichkeit an einer erfolgversprechenden Teilnahme am Vergabeverfahren und somit ihre Chance auf einen Abschluss der Rahmenvereinbarung wahren kann. Bei Einhaltung des BVergG wäre die Ausschreibung in der Art und Weise gestaltet worden, die der Antragstellerin eine Möglichkeit an der erfolgreichen Teilnahme am Vergabeverfahren ermöglicht hätte.

[...]

2. Dem wurden folgende Argumente entgegen gestellt:

2.1. Von der Auftraggeberseite in deren Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag insb:

...

I. Sachverhalt

A. Die Bundesbeschaffung GmbH ("BBG") führt im Oberschwellenbereich ein offenes Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung betreffend "Kinderimpfstoffe - Pneumokokken (13-valent)" durch (BBG-interne GZ: 3701.03460).

B. Auftraggeberin ist die Republik Österreich (Bund), im Vergabeverfahren vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH als vergebende Stelle.<sup>1</sup>

C. [...]

E. Bereits erfolgte Verfahrensschritte:

- Veröffentlichung der Ausschreibungsunterlagen am 16.07.2019;
- Veröffentlichung der 1. Fragenbeantwortung und Berichtigung am 31.07.2019.

II. Management Summary

Für das österreichische Bundesgebiet sind lediglich zwei Pneumokokken-Impfstoffe für Kinder unter zwei Jahren zugelassen und erhältlich:

- "Synflorix"; 10-valenter Konjugat-Impfstoff der Antragstellerin;
- "Prevenar 13"; 13-valenter Konjugat-Impfstoff eines Konkurrenzunternehmens.

In den Impfstoffen sind folgende Serotypen enthalten:

- 1, 4, 5, 6B, 7F, 9V, 14, 18C, 19F, 23F in "Synflorix" ("PCV10") und
- 1, 3, 4, 5, 6A, 6B, 7F, 9V, 14, 18C, 19A, 19F, 23F in "Prevenar 13" ("PCV13").

Bei einer invasiven Pneumokokkenerkrankung handelt es sich um ein schweres Krankheitsbild mit potentiell, dauerhaften Folgeschäden, welche auch tödlich enden können und ist es aus Sicht der Auftraggeberin und der vergebenden Stelle unzulässig, derartige Fälle nicht mit den bestmöglichen, verfügbaren Mitteln zu vermeiden.

Die beiden in Österreich zugelassenen Impfstoffe unterscheiden sich - wie oben dargestellt -



durch die Serotypen 3, 6A und 19A und findet sich hierin auch die sachliche Rechtfertigung in der Beschaffung eines 13-valenten Impfstoffes, zumal hinsichtlich dieser Serotypen innerhalb des österreichischen Bundesgebietes ein signifikantes Gesundheitsproblem besteht. III. Rechtliche Ausführungen  
A. Zur sachlichen Begründung der Beschaffung eines 13-valenten Impfstoffes

[...]

C. Zur Nichtbekanntgabe des Angebotspreises

1. Zum Vorbringen der Antragstellerin

Seitens der Antragstellerin wird dazu im Wesentlichen ausgeführt, dass die in den Ausschreibungsbedingungen festgelegte Nichtbekanntgabe des Gesamtpreises lediglich im Wege einer Einzelfallentscheidung und nicht vorweg in den AAB getroffen werden könne.

Der Antragstellerin ist zu entgegnen, wie folgt:

2. Eine Einzelfallentscheidung wurde bereits vorgenommen

Zur Nichtbekanntgabe des Angebotspreises wird in den gegenständlichen AAB nachfolgende Regelung getroffen:

"Zum Schutz öffentlicher Interessen bzw. berechtigter Geschäftsinteressen der Bieter wird der bewertungsrelevante Preis des erfolgreichen Angebotes nicht bekannt gegeben."

Die Antragstellerin vermeint darin eine rechtswidrige Festlegung zu erkennen, da ihrer Ansicht nach die Nichtbekanntgabe lediglich im Wege einer Einzelfallentscheidung getroffen werden könne. So führt die Antragstellerin weiters aus, dass "auch ohne Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen" der Auftraggeber die Möglichkeit hat "eine Bekanntgabe unter den gesetzlich festgelegten Gründen zu unterlassen".

Der Antragstellerin ist jedoch sehr wohl bewusst, dass im österreichischen Bundesgebiet lediglich zwei Kinder-Pneumokokken-Impfstoffe arzneimittelrechtlich zugelassen sind. Hinzu kommt, dass sich diese beiden die dahingehende Zulassung innehabenden Unternehmen laufend genauso in Vergabeverfahren in anderen Mitgliedsstaaten und auch außerhalb des Unionsgebietes gegenüberstehen. Da sämtliche Qualitätsmerkmale der Impfstoffe aufgrund der arzneimittelrechtlichen Zulassung öffentlich bekannt und frei verfügbar sind, ist umso mehr der Angebotspreis die entscheidende und damit vertrauliche Angebotsinformation auch für zukünftige Vergaben.

Eine Offenlegung des Angebotspreises würde daher jedenfalls die berechtigten Geschäftsinteressen der Bieter und den lauterer Wettbewerb iSd § 20 Abs 1 BVergG 2018 beeinträchtigen, da Mitbewerber durch Kenntnis der Angebotspreise in der Lage wären, die im gegenständlichen Vergabeverfahren in Frage kommenden Bieter in anderen Ausschreibungen aus dem jeweiligen Markt zu verdrängen.

Aufgrund dieser spezifischen Wettbewerbssituation hat die Antragsgegnerin bereits im Vorfeld die Berücksichtigung der Preisvertraulichkeit erkannt und die entsprechende Festlegung in Rz 136 AAB in die Ausschreibungsunterlagen aufgenommen. Die von der Antragstellerin angesprochene Einzelfallentscheidung konnte sohin auf Grundlage der Marktkennntnis schon im Vorfeld durchgeführt werden und wurde dementsprechend bereits in den AAB die

entsprechende Regelung festgelegt.

Gänzlich unverständlich ist daher, inwiefern die Antragstellerin in ihrer Rechtsposition verletzt sein kann und ist aus Sicht der Antragsgegnerin sohin fraglich, ob die Antragstellerin die Anfechtung der dahingehenden Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen lediglich nur zwecks des Anfechtungswillens vornimmt, wenn sie selbst ausführt, dass es jedem Auftraggeber im Wege einer Einzelfallentscheidung zustehen würde, die dahingehenden Preisinformationen nicht bekanntzugeben.

In diesem Sinne verweist die Antragstellerin auch richtigerweise auf die von den Rechtsvertretern der Antragsgegnerin in einem der führenden Literaturwerke angeführte EuGH-Entscheidung "Varec" und führt sie hierzu selbst aus, dass die Vorenthaltung von bestimmten Informationen in bestimmten Fällen sogar erforderlich ist. Wenn die Antragstellerin im Weiteren sodann aber vermeint, dass es vor dem Hintergrund der zitierten EuGH - Entscheidung "Varec" nicht ersichtlich sei, warum gegenständlich der bewertungsrelevante Preis nicht genannt werden sollte, so ist ihr zu entgegnen, dass sie die grundlegende Aussage des EuGH geflissentlich verkennt:

"Im Übrigen hat der Gerichtshof den Schutz von Geschäftsgeheimnissen als einen allgemeinen Grundsatz anerkannt [...].

Schließlich stellt die Wahrung eines lautereren Wettbewerbs im Rahmen der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge ein wichtiges Interesse der Allgemeinheit dar, dessen Schutz [...] anerkannt wird.

Daraus folgt, dass der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens den Parteien im Rahmen einer Klage gegen eine Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers betreffend ein Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags keinen Anspruch auf unbegrenzten und uneingeschränkten Zugang zu allen bei der Nachprüfungsinstanz eingereichten und dieses Vergabeverfahren betreffenden Informationen verleiht. Vielmehr ist dieses Zugangsrecht gegen das Recht anderer Wirtschaftsteilnehmer auf Schutz ihrer vertraulichen Angaben und ihrer Geschäftsgeheimnisse abzuwägen."

Wie oben bereits ausgeführt, sind sämtliche die Qualitätsmerkmale der Impfstoffe aufgrund der arzneimittelrechtlichen Zulassung öffentlich bekannt und frei verfügbar. Der Angebotspreis ist daher die entscheidende und damit vertrauliche Angebotsinformation auch für zukünftige

Vergaben und würde eine Offenlegung des Angebotspreises daher jedenfalls die berechtigten Geschäftsinteressen der Bieter und den lautereren Wettbewerb iSd § 20 Abs 1 BVergG 2018

beeinträchtigen. Ausdrücklich festzuhalten ist daher, dass seitens der Auftraggeberin bzw der vergebenden Stelle eine der oben zitierten EuGH-Entscheidung entsprechende Abwägung bzw

Einzelfallbetrachtung bereits im Vorfeld vorgenommen wurde und zu Recht zum Entschluss gelangt ist, dass im gegenständlichen Fall der Angebotspreis nicht bekanntzugeben ist.

### 3. Keine objektive Rechtmäßigkeitskontrolle

Die Antragstellerin ist unter diesem Punkt auch darauf hinzuweisen, dass ein Nachprüfungsverfahren ausschließlich der Durchsetzung subjektiver Rechte von Bietern dient, nicht aber der objektiven Rechtmäßigkeitskontrolle.

Sollte daher das BVwG die im gegenständlichen Fall als Vorfrage zu behandelnde Festlegung betreffend den Leistungsgegenstand als rechtmäßig erkennen, kann die Antragstellerin nicht in ihren subjektiven Rechten verletzt sein, zumal sie sodann kein den Ausschreibungsbedingungen entsprechendes Angebot abgeben kann.

Festzuhalten ist daher, dass es der Antragstellerin in diesem Nachprüfungspunkt bereits zweifelsohne an der notwendigen Beschwer fehlt und geht daher ebenso der diesbezügliche

Einwand schon alleine deshalb ins Leere.

[...]

2.2. Von der Konkurrentin der ASt, sprich der Einwendungsparter wurde vorgebracht insb wie folgt:

[...]

#### I. BEGRÜNDETE EINWENDUNGEN:

##### 1. Maßgeblicher Sachverhalt

Die Antragsgegnerin, vertreten durch die BBG als Vergebende Stelle, hat ein EU-weites offenes Vergabeverfahren betreffend Abschluss einer Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Kin-derimpfstoffen - konjugierter Pneumokokken-Impfstoff für öffentliche Auftraggeber eingeleitet. Die Veröffentlichung [...]

Die mitbeteiligte Partei behob die Ausschreibung [...] und hat bereits fristgerecht ein elektronisches Angebot für 13-valent Pneumokokken Impfstoffe auf der Vergabeplattform abgegeben.

##### 2. Parteistellung und Zulässigkeit

Gemäß § 346 Abs 2 BVergG 2018 sind Parteien des Nachprüfungsverfahrens ferner jene Unter-nehmer, die durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können.

Anfang dieses Jahres beschäftigte sich der VwGH mit eben diesem Thema und sprach (zur Re-vision der vermutlich nunmehrigen Antragstellerin) aus, dass die Geheimhaltungspflicht betreffend Namen und Anzahl der Bieter bis zur Angebotsöffnung im Nachprüfungsverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht keine Anwendung findet, und nach dem Willen des Gesetzgebers einer Unternehmerin, die sich bereits am Vergabeverfahren beteiligt und ihr Interesse am Vertragsabschluss manifestiert hat, in einem von einer Mitbieterin initiierten Nachprüfungsverfahren, in dem die Ausschreibung angefochten wurde, Parteistellung zu kommt.

Die mitbeteiligte Partei ist als österreichische Tochtergesellschaft von XXXX . für den Vertrieb des durch XXXX produzierten 13-valenten Pneumokokkenimpfstoffes am Österreichischen Markt zuständig. Sie hat sich bereits am vorliegenden Vergabeverfahren beteiligt und ihr Interesse am Vertragsabschluss manifestiert durch Registrierung auf der Vergabeplattform der Antragsgegnerin, Behebung der Ausschreibungsunterlagen, Stellung von Bieterfragen und gemeinsam mit den von ihr in Aussicht genommenen Subunternehmern Beschaffung aller geforderten

Nachweise, und hat fristgerecht auf der Vergabeplattform ein elektronisches Angebot abgegeben (siehe Abgabebestätigung Beilage./I).

Das besondere Interesse am Vertragsabschluss ergibt sich auch aus dem Umstand, dass die Republik Österreich (Bund) bei weitem der größte Nachfrager am österreichischen Markt ist und damit die gegenständliche Rahmenvereinbarung über die vorgesehene Laufzeit von vier Jahren mit einem geschätzten Auftragswert in Millionenhöhe im Wesentlichen den Gesamtbedarf an Pneumokokkenimpfstoffen für Kinder abdeckt. Die mitbeteiligte Partei beabsichtigt zudem, sich auch in Hinkunft an Ausschreibungen zu beteiligen, insbesondere solchen für Pneumokokkenimpfstoffe im Rahmen nationaler Impfkonzeppte in anderen Ländern. Demnach liegt die Erlangung des Auftrags und Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen auch deshalb in ihrem Interesse, weil sie zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit vielfach Referenzprojekte, die von der öffentlichen Hand beauftragt worden sind, vorweisen muss. Darüber hinaus sind der mitbeteiligten Partei bereits Kosten der Angebotserstellung von rund EUR 6.000,00 entstanden, die vom Vertreter der mitbeteiligten Partei mit Unterfertigung der gegenständlichen Eingabe bescheinigt werden.

Bei erfolgreicher Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen wäre die mitbeteiligte Partei nun gehindert, ein erfolgsversprechendes Angebot für den von ihr vertriebenen 13-valenten Pneumokokkenimpfstoff zu legen. Dieser drohende Schaden ist nur dadurch zu verhindern, dass die Anträge des Antragstellers zurückgewiesen, in eventu als unbegründet abgewiesen werden.

Der mitbeteiligten Partei hat daher im Sinne der zitierten Rechtsprechung des VwGH Partei-stellung in dem vom Antragsteller eingeleiteten Nachprüfungsverfahren zur Bekämpfung der Ausschreibung.

Am 09.08.2019 wurde der Eingang eines Nachprüfungsantrages bezüglich der Anfechtung der

Ausschreibungsunterlagen dieses Verfahrens vom Bundesverwaltungsgericht im Internet auf der Amtstafel bekannt gemacht. Die Erhebung der vorliegenden begründeten Einwendungen erfolgt daher fristgerecht binnen der 10-Tages-Frist.

### 3. Begründete Einwendungen gegen die begehrte Entscheidung

Der Inhalt des Nachprüfungsantrags ist der mitbeteiligten Partei noch nicht bekannt und die mitbeteiligte Partei behält sich ergänzende Ausführungen vor, sobald ihr der Nachprüfungsantrag zugestellt wurde und ihr damit die konkreten geltend gemachten vermeintlichen Rechtswidrigkeiten der Ausschreibung bekannt sind.

Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH und EuGH ist es Sache des öffentlichen Auftraggebers, die Mindestanforderungen der Leistung, die er beschaffen will, festzulegen. Es stellt insbesondere nicht schon dann eine diskriminierende Beschreibung der Leistung dar, wenn ein Bieter nicht in der Lage ist die Anforderungen zu erfüllen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Erkenntnis vom 13.10.2016, W131 2134132-2, unter Verweis auf diese ständige Rechtsprechung des VwGH zu ZI 2008/04/0104 sowie ZI Ra 2014/04/0036 mwN, zur Beschaffung konkret von Pneumokokkenimpfstoff im Rahmen des Kinderimpfkonzepts bereits ausgesprochen, dass es Sache der Antragsgegnerin ist, welchen Impfstoff mit welcher Serotypenabdeckung sie beschaffen will.

Eben dies muss auch für die nun vorliegende Neuanssschreibung gelten.

Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, worin eine Rechtswidrigkeit der gegenständlichen Ausschreibung bestehen könnte. Die Ausschreibungsunterlagen sind im Lichte dieser Rechtspre-chung vielmehr mit keinerlei Rechtswidrigkeiten behaftet und die Anträge der Antragstellerin (die mitbeteiligte Partei geht davon aus, dass es sich um XXXX han-delt) zurück, in eventu abzuweisen.

Die mitbeteiligte Partei stellt daher die

#### ANTRÄGE

[...]

3. In Erwiderung der anderweitigen Verfahrenspositionen replizierte die ASt wie folgt:

[...]

#### R E P L I K

und führt wie folgt aus:

#### 0. Einleitende Bemerkungen

##### 0.1. Unzulässigkeit der Einwendungen der mitbeteiligten Partei

Die begründeten Einwendungen der mitbeteiligten Partei enthalten - naheliegenderweise - keine inhaltlichen Ausführungen zum Nachprüfungsantrag.

Die Einwendungen der mitbeteiligten Partei sind allerdings unzulässig und vermögen daher nicht die Parteistellung im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren zu begründen; dies deshalb, weil die mitbeteiligte Partei im dritten Absatz auf Seite 3 ihres Schriftsatzes - unzutreffenderweise - ausführt, bei erfolgreicher Anfechtung der Ausschreibung "wäre die mitbeteiligte Partei nun gehindert, ein erfolgversprechendes Angebot für den für ihren vertriebenen 13-valenten Pneumokokken-Impfstoff zu legen. Dieser drohende Schaden ist nur dadurch zu verhindern, dass die Anträge des Antragstellers zurückgewiesen, in eventu als unbegründet abgewiesen werden."

Die mitbeteiligte Partei begründet den drohenden Schaden somit darin, dass sie bei erfolgreicher Anfechtung der Ausschreibungsunterlage kein erfolgversprechendes Angebot legen könnte. Dies ist aber von vornherein unzutreffend, weil im unwahrscheinlichen Falle der Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibungsunterlage das Vergabeverfahren zu wiederholen wäre. Die mitbeteiligte Partei könnte daher, selbst wenn bei der zweiten Ausschreibung die Beschränkung auf den 13-valenten Impfstoff wegfiel, sehr wohl ihren 13-valenten Impfstoff anbieten. Dasselbe gilt, würde das Bundesverwaltungsgericht die Ausschreibung teilweise für nichtig erklären und das Erfordernis streichen, einen 13- valenten Impfstoff anbieten zu müssen. Auch in diesem Fall könnten sowohl die Antragstellerin als auch die mitbeteiligte Partei ihren jeweiligen Pneumokokken-Impfstoff anbieten.

In beiden denkbaren Konstellationen droht der mitbeteiligten Partei sohin nicht der Schaden, dass sie ihren 13-

valenten Impfstoff nicht mehr anbieten kann. Daher liegt überhaupt kein Schaden und damit auch kein Eingriff in Rechtspositionen der mitbeteiligten Partei vor. Da die Parteistellung der mitbeteiligten Partei im Nachprüfungsverfahren - wie die Parteistellung im Allgemeinen - einen Eingriff in subjektive Rechte voraussetzt, kann der mitbeteiligten Partei im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren, wie gerade ausgeführt, keine Parteistellung zukommen, weil in ihrem subjektiven Rechte, egal wie das Nachprüfungsverfahren ausgeht, nicht eingegriffen wird.

Auch die Ausschreibung aus dem Jahr 2016 (Beilage ./6), welche die Grundlage des Erkenntnisses des Bundesverwaltungsgerichts zur GZ W131 2134132-2 bildete, schrieb allgemein einen Pneumokokken-Impfstoff aus und beschränkte den Leistungsgegenstand - dies wäre auch völlig widersinnig - nicht auf einen 10-valenten Impfstoff. Es hätte sohin also schon bei der Ausschreibung 2016 neben dem 10- auch ein 13-valenter Impfstoff angeboten werden können.

Hinzu kommt, dass selbst wenn ausdrücklich ein 10-valenter Pneumokokken-Impfstoff ausgeschrieben wäre, das Angebot eines 13-valenten Impfstoffs zulässig ist und kein der Ausschreibung widersprechendes Angebot wäre, weil ein 13-valenter Impfstoff ja auch das Mindestanforderung erfüllt, 10 Serotypen abzudecken.

Dies führt zum Ergebnis, dass die mitbeteiligte Partei auch bei gesamter oder teilweise Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlage jedenfalls ein Angebot abgeben kann. Deshalb droht ihr kein Schaden. Es findet - wie bereits dargelegt - kein Eingriff in subjektive Rechte statt. Die mitbeteiligte Partei hat daher keine Parteistellung. Ihre Einwendungen sind als unzulässig zurückzuweisen.

Dies vorausgeschickt ist zur Stellungnahme der Auftraggeberin Folgendes anzumerken:

#### 0.2. Ausschreibungsgegenständlich ist nur die Immunisierung von Kindern

Gegenstand des Vergabeverfahrens ist - ausweislich des Punktes 2.1., Rz 3 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen die Lieferung eines "Kinderimpfstoffes". Dafür haben die Bieter im Rahmen der technischen Leistungsfähigkeit den Nachweis zu erbringen, dass sie eine gültige Arzneimittelzulassung für einen Kinderimpfstoff für Pneumokokken haben (Punkt 5.3.1., Rz 82 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen). Grundlage der Ausschreibung ist der österreichische Impfplan 2019.

Dort ist auf Seite 65 Folgendes zu lesen:

"Pneumokokken

#### Kostenfreies Impfprogramm und Kinderimpfung

Die Impfung ist für Kinder bis zum vollendeten 2. Lebensjahr im kostenfreien Impfprogramm enthalten. Es wird mit einem Konjugatimpfstoff nach dem Schema 2+1 Schema im 3., 5., und 12. (-14.) Lebensmonat geimpft. Auch Kinder mit Risiken (...) werden nach dem 2+1 Schema geimpft. Diesen Kindern steht die kostenfreie Impfung bis zum vollendeten 5. Lebensjahr zur Verfügung. Für Kinder sind zwei Konjugatimpfstoffe zugelassen, ein 10-valenter Impfstoff (PNC10, Synflorix) und ein 13-valenter Impfstoff (PNC13, Prevenar13). Im großen freien Impfprogramm ist derzeit der 10-valente Impfstoff enthalten. Impfserien sollen mit demselben Impfstoff (PNC10 oder PNC13) komplettiert werden, mit welchem sie begonnen wurden. ...

#### Erwachsenenimpfung

Nach der Grundimmunisierung im Säuglings/Kleinkindalter mit dem konjugierten Impfstoff sind bei Personen ohne erhöhtes Risiko bis zum vollendeten 50. Lebensjahr keine weiteren Auffrischungsimpfungen notwendig. Die Impfung wird Erwachsenen ab dem vollendeten 50. Lebensjahr empfohlen, da das Risiko für schwere Pneumokokkenkrankungen ab diesem Alter deutlich ansteigt..."

Daraus ergibt sich ganz eindeutig, dass ausschließlich ein Kinderimpfstoff ausgeschrieben ist und sich der Leistungsgegenstand auf die Immunisierung von Kindern gegen Pneumokokken beschränkt. Dass der österreichische Impfplan verbindlich ist, wurde bereits im Nachprüfungsantrag dargelegt (siehe dazu auch Punkt 2). Dass ausschreibungsgegenständlich "ausschließlich die Impfung von Kleinkindern" ist, hat auch das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung (zur GZ W131 2134132-2) ausdrücklich festgehalten.

Dies ist deshalb von Bedeutung, weil sich die Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme (insb auf S 12 ff) bei Pneumokokkenkrankungen - in irreführender Weise - ständig auf die "Gesamtfallzahlen" bezieht, obwohl ausschreibungsgegenständlich ausschließlich die Immunisierung von Kindern ist. Daher können - wenn überhaupt -

nur die Erkrankungen von Kindern unter 5 Jahren für die Betrachtung relevant sein.

Irrelevant sind aus diesem Grund auch die Ausführungen der Auftraggeberin zum "Herdenschutz"<sup>2</sup>. Sicherlich ist - medizinisch betrachtet - ein möglichst hohes Ausmaß an Herdenschutz wünschenswert; ausschreibungs- und daher verfahrensgegenständlich ist allerdings nicht die Immunisierung der Population ("Herde"), sondern lediglich jene von Kindern. Daher ist für die vorliegende Betrachtung ausschließlich der Schutzeffekt der verfahrensgegenständlichen Pneumokokken-Impfstoffe für Kinder bis 5 Jahren relevant (und nicht der für ältere Menschen). Etwaige weitere (positive) Effekte für nicht-geimpfte Personen können und dürfen im vorliegenden Verfahren keine Rolle spielen. Solche Effekte sind weiters von der zugelassenen Indikation beider Impfstoffe nicht abgedeckt und können von keine

**Quelle:** Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)