

TE Verg Bescheid 2013/9/19 VKS-546721/13

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.09.2013

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs1 und 2

WVRG 2007 §13

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §24 Abs4

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitdd

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §19

BVergG 2006 §22

BVergG 2006 §25 Abs5

BVergG 2006 §29 Abs1 Z2

BVergG 2006 §96 Abs3

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 22 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 22 gültig von 01.01.2008 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 22 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 29 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 29 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 96 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch Lichtenberger & Partner Rechtsanwälte (GbR) in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe der "Belieferung der Anstaltsapotheken des Wiener Krankenanstaltenverbundes mit nichtionischen dimeren Röntgenkontrastmitteln" durch die Stadt Wien, Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, vertreten durch die vergebende Stelle Generaldirektion - Stabstelle Medizinökonomie und Pharmazie, Thomas-Klestil-Platz 7, 1030 Wien, diese vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1) Ziffer eins

Der Antrag, die Ausschreibung bzw. die Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages (Bewerbungsunterlage) betreffend die "Belieferung der Anstaltsapotheken des Wiener Krankenanstaltenverbundes mit nichtionischen dimeren Röntgenkontrastmitteln" in ihrer Gesamtheit für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

2. 2) Ziffer 2

Der hilfsweise gestellte Antrag, die Bestimmung der Bewerbungsunterlage in Punkt 3 betreffend die Lieferung von "nichtionischen dimeren injizierbaren jodhaltigen Röntgenkontrastmitteln" für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

3. 3) Ziffer 3

Die einstweilige Verfügung vom 23.7.2013 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

4. 4) Ziffer 4

Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 24 Abs. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11 Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20, 24 Abs.

4, 25 Abs. 1, 31, WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. dd, 3 Abs. 1 Z 1, 5, 19, 22, 25 Abs. 5, 29 Abs. 1 Z 2, 96 Abs. 3 BVergG 2006. 4, 25 Absatz eins, 31, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 5, 19, 22, 25, Absatz 5, 29, Absatz eins, Ziffer 2, 96, Absatz 3, BVergG 2006.

Begründung

Die Stadt Wien - Wiener Krankenanstaltenverbund, vertreten durch die vergebende Stelle Generaldirektion - Stabstelle Medizinökonomie und Pharmazie (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung über die Belieferung der Anstaltsapotheken in den von ihr verwalteten Krankenanstalten in Wien. Die Bekanntmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt (Amtsblatt der EU Zl. 2013/S122- 208859). Das Ende der Teilnahmefrist war ursprünglich der 24.07.2013, 15:00 Uhr; er wurde zuletzt auf den 04.09.2013, 10:00 Uhr, erstreckt.

Mit dem am 16.07.2013 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 4 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Nachprüfungsantrag begehrt die Antragstellerin die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages) für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen,

eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Hilfsweise begehrt sie in Punkt 3 der Bewerbungsunterlage die Wortfolge "nichtionischen dimeren injezierbaren jodhaltigen Röntgenkontrastmitteln" für nichtig zu erklären. Zur Begründung ihrer Anträge führt sie im Wesentlichen aus, die Teilnahmeunterlagen würden gegen den Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatz des Vergaberechtes verstoßen. So seien in diesen diskriminierende technische Spezifikationen enthalten, die zu einer massiven Einschränkung des Bewerberkreises führen müssten. Für diese Einschränkung sei keine sachliche Rechtfertigung gegeben. Grundsätzlich werde zwischen dimeren und monomeren Röntgenkontrastmitteln unterschieden. Am Markt für nichtionische (monomere und dimere) Röntgenkontrastmittel seien insbesondere fünf Unternehmer tätig, darunter die Antragstellerin. Nach der Teilnahmeunterlage werde der Ausschreibungsgegenstand auf dimere Röntgenkontrastmittel eingeschränkt, die jedoch nur von einem einzigen Unternehmen angeboten werden. Obwohl die Antragstellerin über einen erheblichen Marktanteil am Markt für nichtionische Röntgenkontrastmittel verfüge und ein wesentlicher Marktteilnehmer sei (genauso wie die übrigen Mitbewerber) könne sie die ausgeschriebenen nichtionischen dimeren Röntgenkontrastmittel nicht anbieten. Die ausschreibungsgegenständlichen dimeren Röntgenkontrastmittel würden aufgrund ihrer höheren Viskosität in der praktischen Anwendung keine Vorteile gegenüber den nichtionischen monomeren Röntgenkontrastmitteln aufweisen. Allfällige Unterschiede zwischen diesen Röntgenkontrastmitteln, insbesondere im Hinblick auf mögliche Anwendungsrisiken und Nebenwirkungen, seien aus medizinischer Sicht vernachlässigbar und klinisch nicht relevant. Da die ausgeschriebenen Röntgenkontrastmittel gegenüber den nichtionischen monomeren Röntgenkontrastmitteln keine relevanten Vorteile aufweisen würden, fehle es an einer sachlichen Rechtfertigung für die Ausschreibung der nichtionischen dimeren Röntgenkontrastmittel. Durch die von ihr näher bezeichneten rechtswidrigen Bestimmungen in den Bewerbungsunterlagen werde der Antragstellerin die Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren sowie die Ausarbeitung eines bestmöglichen Angebotes mit optimalen Erfolgsaussichten für den Abschluss der Rahmenvereinbarung bzw. in der Folge der Zuschlagserteilung unmöglich gemacht. Es wäre daher die Teilnahmeunterlage als Ganzes, zumindest jedoch die in Punkt 3 der Teilnahmeunterlage angefochtene Wortfolge, für nichtig zu erklären.

Mit dem am 16.07.2013 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Nachprüfungsantrag begehrt die Antragstellerin die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages) für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Hilfsweise begehrt sie in Punkt 3 der Bewerbungsunterlage die Wortfolge "nichtionischen dimeren injezierbaren jodhaltigen Röntgenkontrastmitteln" für nichtig zu erklären. Zur Begründung ihrer Anträge führt sie im Wesentlichen aus, die Teilnahmeunterlagen würden gegen den Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatz des Vergaberechtes verstoßen. So seien in diesen diskriminierende technische Spezifikationen enthalten, die zu einer massiven Einschränkung des Bewerberkreises führen müssten. Für diese Einschränkung sei keine sachliche Rechtfertigung gegeben. Grundsätzlich werde zwischen dimeren und monomeren Röntgenkontrastmitteln unterschieden. Am Markt für nichtionische (monomere und dimere) Röntgenkontrastmittel seien insbesondere fünf Unternehmer tätig, darunter die Antragstellerin. Nach der Teilnahmeunterlage werde der Ausschreibungsgegenstand auf dimere Röntgenkontrastmittel eingeschränkt, die jedoch nur von einem einzigen Unternehmen angeboten werden. Obwohl die Antragstellerin über einen erheblichen Marktanteil am Markt für nichtionische Röntgenkontrastmittel verfüge und ein wesentlicher Marktteilnehmer sei (genauso wie die übrigen Mitbewerber) könne sie die ausgeschriebenen nichtionischen dimeren Röntgenkontrastmittel nicht anbieten. Die ausschreibungsgegenständlichen dimeren Röntgenkontrastmittel würden aufgrund ihrer höheren Viskosität in der praktischen Anwendung keine Vorteile gegenüber den nichtionischen monomeren Röntgenkontrastmitteln aufweisen. Allfällige Unterschiede zwischen diesen Röntgenkontrastmitteln, insbesondere im Hinblick auf mögliche Anwendungsrisiken und Nebenwirkungen, seien aus medizinischer Sicht vernachlässigbar und klinisch nicht relevant. Da die ausgeschriebenen Röntgenkontrastmittel gegenüber den nichtionischen monomeren Röntgenkontrastmitteln keine relevanten Vorteile aufweisen würden, fehle es an einer sachlichen Rechtfertigung für die Ausschreibung der nichtionischen dimeren Röntgenkontrastmittel. Durch die von ihr näher bezeichneten rechtswidrigen Bestimmungen in den Bewerbungsunterlagen werde der Antragstellerin die Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren sowie die Ausarbeitung eines bestmöglichen Angebotes mit optimalen Erfolgsaussichten für den Abschluss der Rahmenvereinbarung bzw. in der Folge der Zuschlagserteilung unmöglich gemacht. Es wäre daher die Teilnahmeunterlage als Ganzes, zumindest jedoch die in Punkt 3 der Teilnahmeunterlage angefochtene Wortfolge, für nichtig zu erklären.

Durch die diskriminierenden Bestimmungen in den Teilnahmeunterlagen erachtet sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lautereren Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter bzw. Bewerber, im Recht auf Festlegung vergaberechtskonformer und nicht diskriminierender Ausschreibungsunterlagen, im Recht auf Abgabe eines vergaberechtskonformen Teilnahmeantrages und im Recht auf Abschluss der Rahmenvereinbarung mit dem tatsächlichen Bestbieter verletzt.

Sollte die Ausschreibung bzw. der näher bezeichnete Punkt in derselben nicht für nichtig erklärt werden, drohe der Antragstellerin der Verlust des aus der gegenständlichen Rahmenvereinbarung zu lukrierenden Gewinnes. Dazu käme der Verlust bisher aufgewendeter Kosten für die Vorbereitung eines Teilnahmeantrages sowie die Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung und die Gebühren eines Nachprüfungsverfahrens.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition begehrte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 23.7.2013 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann - um Wiederholungen zu vermeiden - auf den Inhalt dieses beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 30.07.2013 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und im Wesentlichen vorgebracht, die ausgeschriebenen nichtionischen dimeren Röntgenkontrastmittel würden für bestimmte Gruppen von Patienten und deren Behandlung das sicherste verfügbare Röntgenkontrastmittel darstellen. Daher beschaffe die Antragsgegnerin zwei Arten von Kontrastmitteln, nämlich die ausgeschriebenen und die monomeren Röntgenkontrastmittel als "Standardkontrastmittel".

Der Unterschied zwischen diesen Kontrastmitteln bestehe in ihrer molekularen Struktur. Die ausgeschriebenen Kontrastmittel würden eine höhere Viskosität und eine niedrigere Osmolalität aufweisen. Die erheblichen Unterschiede zwischen den beiden Kontrastmittelgruppen würden sich sowohl medizinisch als auch klinisch in relevanter Weise auswirken. Im Vordergrund stehe dabei die Gefahr des Auftretens von Nierenschäden, die durch Kontrastmittel verursacht sind. Für bestimmte Gruppen von Risikopatienten und für bestimmte Arten von Behandlungen würden dimere Röntgenkontrastmittel ein geringeres Risiko darstellen, als monomere Kontrastmittel. Unter einem weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass sie auch die zu beschaffenden monomeren Kontrastmittel ausgeschrieben habe. Zusammenfassend hält die Antragsgegnerin die Trennung der Beschaffungsvorgänge in nichtionische dimere Röntgenkontrastmittel und monomere Kontrastmittel für sachlich gerechtfertigt und macht geltend, dass es dem Auftraggeber überlassen sein müsse, Art und Umfang der Leistung zu bestimmen. Solange die Leistungsbeschreibung keine unsachlichen Anforderungen enthalte, stehe sie mit dem Vergaberecht im Einklang. Das Argument der Antragstellerin, dass dimere Kontrastmittel "keine relevanten Vorteile" aufweisen würden und eventuelle Unterschiede "vernachlässigbar und klinisch nicht relevant" seien, sei wissenschaftlich nicht belegbar. Dazu verweist sie auf verschiedene Forschungsergebnisse und Berichte. Abschließend führt sie aus, dass sie verpflichtet sei, eine bestmögliche ärztliche Versorgung zu gewährleisten. Durch die Beschaffung auch eines dimeren Röntgenkontrastmittels komme sie dieser Verpflichtung nach, den Ärzten, die über den Einsatz von Kontrastmitteln zu entscheiden haben, die Möglichkeit zu geben, bei Risikopatienten das sicherste verfügbare Kontrastmittel einzusetzen, soweit ihnen das medizinisch geboten erscheint.

Mit Schriftsatz vom 16.8.2013 hat die Antragstellerin im Zuge ihres Begehrens um Akteneinsicht erstmalig geltend gemacht, "Relevant ist für die Antragstellerin ausschließlich die rein rechtliche Frage, ob die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung gemäß § 29 Abs. 1 BVergG im gegenständlichen Fall überhaupt zulässig ist. Die diesbezüglichen Überlegungen der Antragsgegnerin im Aktenvermerk zur Wahl des Vergabeverfahrens stellen für die Antragstellerin somit jedenfalls relevante Informationen dar, die ihr offenbar jedoch vorenthalten werden sollen". In diesem Schriftsatz hat sie weiters die Einsicht in eine Bieteranfrage begehrt. Ihrem Begehren um Akteneinsicht wurde in der Folge entsprochen (Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 23.8.2013). Mit Schriftsatz vom 16.8.2013 hat die Antragstellerin im Zuge ihres Begehrens um Akteneinsicht erstmalig geltend gemacht, "Relevant ist für die Antragstellerin ausschließlich die rein rechtliche Frage, ob die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung gemäß Paragraph 29, Absatz eins, BVergG im gegenständlichen Fall überhaupt zulässig ist. Die diesbezüglichen Überlegungen der Antragsgegnerin im Aktenvermerk zur Wahl des Vergabeverfahrens stellen für die Antragstellerin somit jedenfalls relevante Informationen dar, die ihr offenbar jedoch vorenthalten werden sollen". In diesem Schriftsatz hat sie weiters die Einsicht in eine Bieteranfrage begehrt. Ihrem Begehren um Akteneinsicht wurde in der Folge entsprochen (Schriftsatz der Antragsgegnerin vom

23.8.2013).

Mit Schriftsatz vom 13.9.2013 hat die Antragstellerin zum Vorbringen der Antragsgegnerin Stellung genommen und zunächst ausgeführt, nach Einsicht in den Aktenvermerk der Antragsgegnerin über die Wahl des Vergabeverfahrens ergebe sich für sie, dass diese Wahl gegen § 29 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 verstoße. Wegen dieser falschen Verfahrenswahl wäre die Ausschreibung zwingend zu widerrufen. Weiters hält sie ihren Standpunkt aufrecht, dass durch die diskriminierende technischen Spezifikationen der Bewerberkreis massiv eingeschränkt werde. Sie hält auch die getrennte Ausschreibung von nichtionischen monomeren und nichtionischen dimeren Röntgenkontrastmitteln für unzulässig und macht geltend, dass ihrer Ansicht nach kein geringeres Risiko bei Anwendung dimerer Röntgenkontrastmittel bestünde. Dazu beruft sie sich ihrerseits auf verschiedene Empfehlungen ärztlicher Stellen sowie verschiedene Berichte. Abschließend unterstreicht sie ihren Standpunkt, dass der Anwendungsbereich monomerer und dimerer Röntgenkontrastmittel identisch sei und damit die gesonderte Ausschreibung ausschließlich dimerer Röntgenkontrastmittel nicht gerechtfertigt werden könnte. Mit Schriftsatz vom 13.9.2013 hat die Antragstellerin zum Vorbringen der Antragsgegnerin Stellung genommen und zunächst ausgeführt, nach Einsicht in den Aktenvermerk der Antragsgegnerin über die Wahl des Vergabeverfahrens ergebe sich für sie, dass diese Wahl gegen Paragraph 29, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 verstoße. Wegen dieser falschen Verfahrenswahl wäre die Ausschreibung zwingend zu widerrufen. Weiters hält sie ihren Standpunkt aufrecht, dass durch die diskriminierende technischen Spezifikationen der Bewerberkreis massiv eingeschränkt werde. Sie hält auch die getrennte Ausschreibung von nichtionischen monomeren und nichtionischen dimeren Röntgenkontrastmitteln für unzulässig und macht geltend, dass ihrer Ansicht nach kein geringeres Risiko bei Anwendung dimerer Röntgenkontrastmittel bestünde. Dazu beruft sie sich ihrerseits auf verschiedene Empfehlungen ärztlicher Stellen sowie verschiedene Berichte. Abschließend unterstreicht sie ihren Standpunkt, dass der Anwendungsbereich monomerer und dimerer Röntgenkontrastmittel identisch sei und damit die gesonderte Ausschreibung ausschließlich dimerer Röntgenkontrastmittel nicht gerechtfertigt werden könnte.

Bei seiner Entscheidung ist der Senat vom übereinstimmenden Vorbringen der Parteien, wie es eingangs des Bescheides wiedergegeben wurde, sowie vom unbedenklichen Inhalt des Vergabeaktes und der im Zuge des Nachprüfungsverfahrens erstatteten Schriftsätze der Parteien, die auch jeweils der anderen Seite mit der Möglichkeit zur Stellungnahme übermittelt wurden, sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 19.9.2013 ausgegangen. Danach werden folgende ergänzende Feststellungen getroffen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie führt ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung im Oberschwellenbereich über die Belieferung der Anstaltsapotheken in den von ihr verwalteten Krankenanstalten in Wien. Ausschreibungsgegenstand ist die Belieferung mit nichtionischen dimeren Röntgenkontrastmitteln. Die Kundmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Das Ende der Teilnahmefrist war ursprünglich der 24.7.2013, 15:00 Uhr; sie wurde zuletzt auf den 4.9.2013, 10:00 Uhr erstreckt. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führt ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung im Oberschwellenbereich über die Belieferung der Anstaltsapotheken in den von ihr verwalteten Krankenanstalten in Wien. Ausschreibungsgegenstand ist die Belieferung mit nichtionischen dimeren Röntgenkontrastmitteln. Die Kundmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Das Ende der Teilnahmefrist war ursprünglich der 24.7.2013, 15:00 Uhr; sie wurde zuletzt auf den 4.9.2013, 10:00 Uhr erstreckt.

Mit dem gegenständlichen Nichtigkeitsantrag wird nicht nur die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages) primär in ihrer Gesamtheit, sondern hilfsweise auch eine einzelne Festlegung in derselben bekämpft. Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigkeitsverfahrens ist am 16.7.2013 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 4 VWRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach § 25 Abs. 1 VWRG 2007 ist ebenso nachgewiesen wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich. Mit dem gegenständlichen Nichtigkeitsantrag wird nicht nur die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages) primär in ihrer Gesamtheit, sondern hilfsweise auch eine einzelne Festlegung in derselben bekämpft. Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigkeitsverfahrens ist am 16.7.2013 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 4, VWRG 2007) in der

Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 ist ebenso nachgewiesen wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich.

Der Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG 2006. In ihrem einleitenden Schriftsatz hat die Antragstellerin sowohl ihr Interesse am Vertragsabschluss als auch den ihr allenfalls drohenden Schaden ausreichend dargestellt, wobei zu berücksichtigen war, dass von ihr die Teilnahmebedingungen bekämpft wurden. Dass sie zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen an sich befugt ist, kann als unstrittig angesehen werden. Ihr Antrag entspricht auch sonst den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007 wie bereits vor Erlassung der einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die dabei festgestellten Verfahrensvoraussetzungen für den Nachprüfungsantrag liegen weiterhin vor. Da die Ausschreibung der Antragsgegnerin angefochten wird, ist die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates nach § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 gegeben. Der Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2006. In ihrem einleitenden Schriftsatz hat die Antragstellerin sowohl ihr Interesse am Vertragsabschluss als auch den ihr allenfalls drohenden Schaden ausreichend dargestellt, wobei zu berücksichtigen war, dass von ihr die Teilnahmebedingungen bekämpft wurden. Dass sie zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen an sich befugt ist, kann als unstrittig angesehen werden. Ihr Antrag entspricht auch sonst den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007 wie bereits vor Erlassung der einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die dabei festgestellten Verfahrensvoraussetzungen für den Nachprüfungsantrag liegen weiterhin vor. Da die Ausschreibung der Antragsgegnerin angefochten wird, ist die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates nach Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 gegeben.

Nach dem Inhalt der Vergabeakten hat sich die Antragsgegnerin vor Einleitung ihres Beschaffungsvorganges auch mit der Frage der Wahl des Vergabeverfahrens auseinandergesetzt. In ihrem Amtsvermerk vom 20.6.2013 führt sie dazu aus, dass "ein Verhandlungsverfahren gewählt (wurde), da Lieferleistungen ausgeschrieben sind, die ihrer Natur nach oder wegen der mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen (§ 29 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006)." Nach dem Inhalt der Vergabeakten hat sich die Antragsgegnerin vor Einleitung ihres Beschaffungsvorganges auch mit der Frage der Wahl des Vergabeverfahrens auseinandergesetzt. In ihrem Amtsvermerk vom 20.6.2013 führt sie dazu aus, dass "ein Verhandlungsverfahren gewählt (wurde), da Lieferleistungen ausgeschrieben sind, die ihrer Natur nach oder wegen der mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen (Paragraph 29, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006)."

Für die Antragsgegnerin ist es im vorliegenden Verfahren besonders wichtig, das Verfahren offen für Parallelimporteure zu gestalten. Welche Importeure sich am Verfahren beteiligen, ist für die Antragsgegnerin ebenso wenig absehbar, wie die Gebindegrößen, die von Parallelimporteuren angeboten werden können. Daher ist die für die Antragsgegnerin erforderliche optimale Aufteilung des Bedarfs auf tatsächlich verfügbare Gebindegrößen erst abschätzbar, wenn bekannt ist, welche Importeure sich beteiligen und welche Gebindegrößen sie anbieten können. Erst diese Informationen ermöglichen es der Antragsgegnerin, alle Umstände der Leistungserbringung zu beschreiben und die Preisgestaltung vorzunehmen, was naturgemäß am ehesten in einem Verhandlungsverfahren umgesetzt werden kann.

Zur Schätzung des Auftragswertes führt die Antragsgegnerin aus, dass diese auf den Verbrauch des Krankenanstaltenverbundes im Jahr 2012 mit rund EUR 200.000,-

beruhe. Daraus ergibt sich auf die Laufzeit des auszuschreibenden Vertrages umgelegt, ein Auftragswert von rund EUR 400.000,-.

In ihrem einleitenden Schriftsatz hat die Antragstellerin vor allem geltend gemacht, die gesamte Ausschreibung wäre für nichtig zu erklären, weil die Einschränkung auf nichtionische dimere Röntgenkontrastmittel eine massive Einschränkung des Bewerberkreises bedeuten würde und eine diskriminierende technische Spezifikation darstelle. Es sei keine sachliche Rechtfertigung für die wettbewerbseinschränkende Ausschreibung von nichtionischen dimeren Röntgenkontrastmitteln gegeben. Abgesehen davon, dass die Antragstellerin nicht in der Lage ist, die ausgeschriebenen Röntgenkontrastmittel zu liefern, macht sie geltend, dass allfällige Unterschiede zwischen den nichtionischen monomeren und den dimeren Röntgenkontrastmitteln hinsichtlich der Produktqualität aus medizinischer Sicht vernachlässigbar und klinisch nicht relevant wären.

Dazu hat die Antragsgegnerin geltend gemacht, nicht nur, dass es ihr zukomme, den Leistungsgegenstand zu bestimmen, sei die Ausschreibung der nachgefragten Mittel sachlich gerechtfertigt, weil für bestimmte Gruppen von Risikopatienten und für bestimmte Arten von Behandlungen dimere Röntgenkontrastmittel ein geringeres Risiko bedeuten als monomere. Dazu hat sich die Antragsgegnerin auf entsprechende Studien berufen.

Die Antragstellerin ihrerseits beruft sich auf von ihr vorgelegte Fachinformationen und Studien aus denen sich ergeben soll, dass praktisch zwischen monomeren und dimeren Röntgenkontrastmitteln kein Unterschied in der Wirkung bestünde.

Nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens ist festzustellen, dass der Unterschied zwischen dimeren und monomeren Kontrastmitteln im Wesentlichen in ihren physikalischen Eigenschaften liegt. Dimere Kontrastmittel weisen eine höhere Viskosität auf als monomere Kontrastmittel. Dimere Kontrastmittel besitzen auch eine niedrigere Osmolalität (=Anzahl der osmotisch wirksamen Teile einer Lösung) als monomere Kontrastmittel. Diese Eigenschaft dimerer Kontrastmittel entspricht bei einer bestimmten Konzentration der Osmolalität des menschlichen Blutes, sie sind blutisoton, was für ein Kontrastmittel eine wünschenswerte Eigenschaft ist (vgl. Breitenseer/Pokiser/Lechner, Lehrbuch der radiologisch - klinischen Diagnostik 2, Seite 88). Monomere Kontrastmittel weisen dagegen eine höhere Osmolalität auf als das menschliche Blut. Von der Universitätsklinik für Innere Medizin II, Kardiologie, des AKH werden wegen höherer Patientensicherheit überwiegend iso-osmolare dimerische nichtionische Kontrastmittel eingesetzt (ärztliche Stellungnahme in den Vergabeakten mit zahlreichen Referenznachweisen). Darin wird ein näher bezeichnetes dimeres Kontrastmittel als nach der aktuellen Datenlage das "derzeit sicherste verfügbare Kontrastmittel" bezeichnet. Nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens ist festzustellen, dass der Unterschied zwischen dimeren und monomeren Kontrastmitteln im Wesentlichen in ihren physikalischen Eigenschaften liegt. Dimere Kontrastmittel weisen eine höhere Viskosität auf als monomere Kontrastmittel. Dimere Kontrastmittel besitzen auch eine niedrigere Osmolalität (=Anzahl der osmotisch wirksamen Teile einer Lösung) als monomere Kontrastmittel. Diese Eigenschaft dimerer Kontrastmittel entspricht bei einer bestimmten Konzentration der Osmolalität des menschlichen Blutes, sie sind blutisoton, was für ein Kontrastmittel eine wünschenswerte Eigenschaft ist (vergleiche Breitenseer/Pokiser/Lechner, Lehrbuch der radiologisch - klinischen Diagnostik 2, Seite 88). Monomere Kontrastmittel weisen dagegen eine höhere Osmolalität auf als das menschliche Blut. Von der Universitätsklinik für Innere Medizin römisch zwei, Kardiologie, des AKH werden wegen höherer Patientensicherheit überwiegend iso-osmolare dimerische nichtionische Kontrastmittel eingesetzt (ärztliche Stellungnahme in den Vergabeakten mit zahlreichen Referenznachweisen). Darin wird ein näher bezeichnetes dimeres Kontrastmittel als nach der aktuellen Datenlage das "derzeit sicherste verfügbare Kontrastmittel" bezeichnet.

Welches Kontrastmittel im konkreten Anwendungsfall eingesetzt wird, hat der jeweils behandelnde Arzt zu entscheiden. Die Antragsgegnerin ist aufgrund ihres gesetzlichen Auftrages verpflichtet, dem ärztlichen Personal, das für eine optimale medizinische Behandlung benötigte Material zur Verfügung zu stellen. Wenn daher die Antragsgegnerin, wie bereits vor Einleitung des Beschaffungsvorganges von ihr festgehalten, ausgeführt, dass das ausgeschriebene Kontrastmittel "unbedingt erforderlich (ist) um Risikopatienten behandeln zu können (das sind Patienten, bei denen ein erhöhtes Risiko des Eintritts einer durch Kontrastmittel verursachten Schädigung der Niere - Kontrastmittelinduzierte Nephropathie=KIN besteht)" ist dies von der Antragsgegnerin nachvollziehbar nachgewiesen. Die sachliche Rechtfertigung für den von ihr eingeleiteten Beschaffungsvorgang liegt in ihrer Begründung, dass für eine bestimmte Patientengruppe dimere jodhaltige Röntgenkontrastmittel die beste Wahl sind. Dazu führt sie aus, dass aufgrund der verfügbaren Studien davon auszugehen ist, dass injizierbare nichtionische dimere jodhaltige Röntgenkontrastmittel insbesondere bei intraarterieller Anwendung, in Fällen, in denen größere Mengen an Kontrastmitteln verabreicht werden müssen und bei Akutpatienten, die auf den Einsatz von Kontrastmittel nicht vorbereitet werden können, die sicherste Wahl der Kontrastmittel darstellt. Dazu weisen diese nichtionischen dimeren jodhaltigen Röntgenkontrastmittel nach den Ergebnissen verfügbarer Studien eine bessere Verträglichkeit auf, als nichtionische monomere jodhaltige Röntgenkontrastmittel.

Es kann somit nicht gesagt werden, dass die Teilnahmeunterlagen gegen die Bestimmungen des § 19 Abs. 1 BVergG 2006 verstoßen würden, weil der Leistungsgegenstand ohne sachliche Rechtfertigung in diskriminierender Art und Weise eingeschränkt wäre. Das Verfahren hat dazu ergeben, dass entgegen dem Standpunkt der Antragstellerin sehr wohl ein Unterschied in der medizinischen Anwendung der beiden in Frage stehenden Kontrastmittel gegeben ist. Die Antragsgegnerin konnte dazu auch schlüssig und nachvollziehbar nachweisen, dass bei bestimmten Patientengruppen

und in bestimmten Behandlungssituationen die Anwendung des ausgeschriebenen Kontrastmittels mit geringerem Risiko für den Patienten verbunden ist, als der Einsatz eines monomeren Kontrastmittels. Dass auch ein echter Bedarf an den ausgeschriebenen Kontrastmitteln gegeben ist, ergibt sich schon aus der Feststellung, dass im Jahr 2012 dimere Kontrastmittel im Wert von rund EUR 200.000,-Es kann somit nicht gesagt werden, dass die Teilnahmeunterlagen gegen die Bestimmungen des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 verstoßen würden, weil der Leistungsgegenstand ohne sachliche Rechtfertigung in diskriminierender Art und Weise eingeschränkt wäre. Das Verfahren hat dazu ergeben, dass entgegen dem Standpunkt der Antragstellerin sehr wohl ein Unterschied in der medizinischen Anwendung der beiden in Frage stehenden Kontrastmittel gegeben ist. Die Antragsgegnerin konnte dazu auch schlüssig und nachvollziehbar nachweisen, dass bei bestimmten Patientengruppen und in bestimmten Behandlungssituationen die Anwendung des ausgeschriebenen Kontrastmittels mit geringerem Risiko für den Patienten verbunden ist, als der Einsatz eines monomeren Kontrastmittels. Dass auch ein echter Bedarf an den ausgeschriebenen Kontrastmitteln gegeben ist, ergibt sich schon aus der Feststellung, dass im Jahr 2012 dimere Kontrastmittel im Wert von rund EUR 200.000,-

zum Einsatz gekommen sind.

Nach ständiger Judikatur des Höchstgerichtes ist es Sache des öffentlichen Auftraggebers, die Mindestanforderungen der Leistung, die er beschaffen will, festzulegen (VwGH 14.4.2011, 2008/04/0104; VWGH 28.3.2008, 2006/04/0030). Es mag zutreffen, dass trotz der europaweiten Ausschreibung nur wenige Unternehmen in der Lage sind, die ausgeschriebenen Kontrastmittel zu liefern. Der Umstand, dass die Antragstellerin selbst diese Kontrastmittel nicht in ihrem Programm führt, ist nicht geeignet, die Bewerbungsunterlagen oder die Festlegung in deren Punkt 3 für nichtig zu erklären.

Zutreffend ist, dass gemäß § 96 Abs. 3 BVerG 2006 der Auftraggeber die nachgefragte Leistung so zu beschreiben hat, dass nicht von vornherein bestimmte Bewerber bzw. Bieter Wettbewerbsvorteile genießen. Dies ist im konkreten Fall gegeben. Die Antragsgegnerin hat einen sachlich begründeten Bedarf an nichtionischen dimeren Röntgenkontrastmitteln, den sie europaweit ausgeschrieben hat. Alle Unternehmen, die in der Lage sind, diese Röntgenkontrastmittel zu liefern, können sich uneingeschränkt am Verfahren beteiligen. Dass ein Bieter "aufgrund seiner betrieblichen Umstände dazu nicht in der Lage ist" macht die Beschreibung einer Leistung nicht diskriminierend und stellt auch keinen Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen dar (VWGH 20.12.2005, 2003/04/0149). Welche Art der Leistung der Auftraggeber benötigt und welche Anforderungen er im Rahmen seines Beschaffungsvorganges festlegt, muss grundsätzlich seiner Dispositionsfreiheit überlassen bleiben (VKS Wien 18.12.2012, VKS-11729/12 u.a.). Eine Diskriminierung würde nur dann vorliegen, "wenn festgestellt werde könnte, dass das festgelegte Kriterium im Hinblick auf die Art des Auftrages und die Bedürfnisse einer Auftraggeberin objektiv nicht gerechtfertigt war. Alles andere würde eine Auftraggeberin dazu zwingen, bei der Festlegung der Kriterien Rücksicht auf die potentiellen Bieter zu nehmen. Das ließe aber das Recht einer Auftraggeberin auf freie Wahl.....leerlaufen" (BVA 22.5.2006, N/0022-BVA/15/2006-25).Zutreffend ist, dass gemäß Paragraph 96, Absatz 3, BVerG 2006 der Auftraggeber die nachgefragte Leistung so zu beschreiben hat, dass nicht von vornherein bestimmte Bewerber bzw. Bieter Wettbewerbsvorteile genießen. Dies ist im konkreten Fall gegeben. Die Antragsgegnerin hat einen sachlich begründeten Bedarf an nichtionischen dimeren Röntgenkontrastmitteln, den sie europaweit ausgeschrieben hat. Alle Unternehmen, die in der Lage sind, diese Röntgenkontrastmittel zu liefern, können sich uneingeschränkt am Verfahren beteiligen. Dass ein Bieter "aufgrund seiner betrieblichen Umstände dazu nicht in der Lage ist" macht die Beschreibung einer Leistung nicht diskriminierend und stellt auch keinen Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen dar (VWGH 20.12.2005, 2003/04/0149). Welche Art der Leistung der Auftraggeber benötigt und welche Anforderungen er im Rahmen seines Beschaffungsvorganges festlegt, muss grundsätzlich seiner Dispositionsfreiheit überlassen bleiben (VKS Wien 18.12.2012, VKS-11729/12 u.a.). Eine Diskriminierung würde nur dann vorliegen, "wenn festgestellt werde könnte, dass das festgelegte Kriterium im Hinblick auf die Art des Auftrages und die Bedürfnisse einer Auftraggeberin objektiv nicht gerechtfertigt war. Alles andere würde eine Auftraggeberin dazu zwingen, bei der Festlegung der Kriterien Rücksicht auf die potentiellen Bieter zu nehmen. Das ließe aber das Recht einer Auftraggeberin auf freie Wahl.....leerlaufen" (BVA 22.5.2006, N/0022-BVA/15/2006-25).

Nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens war festzustellen, dass sich der Anwendungsbereich dimerer und monomerer Röntgenkontrastmittel erheblich unterscheidet. Die Antragsgegnerin konnte auch schlüssig darstellen, in welchem Umfang und für welche besonderen Zwecke der Einsatz dimerer Röntgenkontrastmittel erforderlich ist,

wobei sie darauf hingewiesen hat, dass sie verpflichtet sei, die für eine möglichst risikofreie Behandlung erforderlichen Mittel zur Verfügung zu stellen, wobei über den Einsatz der Mittel der jeweils behandelnde Arzt selbständig zu entscheiden hat. Im Hinblick auf diesen Sachverhalt kann nicht gesagt werden, dass die Ausschreibung der Beschaffung nichtionischer dimerer Röntgenkontrastmittel unsachlich wäre. Da somit ein Verstoß gegen den Grundsatz des § 19 Abs. 1 BVergG 2006 nicht vorliegt, kommt eine Nichtigerklärung der Teilnahmeunterlage bzw. der im Punkt 3 derselben enthaltenen Festlegungen nicht in Frage. Nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens war festzustellen, dass sich der Anwendungsbereich dimerer und monomerer Röntgenkontrastmittel erheblich unterscheidet. Die Antragsgegnerin konnte auch schlüssig darstellen, in welchem Umfang und für welche besonderen Zwecke der Einsatz dimerer Röntgenkontrastmittel erforderlich ist, wobei sie darauf hingewiesen hat, dass sie verpflichtet sei, die für eine möglichst risikofreie Behandlung erforderlichen Mittel zur Verfügung zu stellen, wobei über den Einsatz der Mittel der jeweils behandelnde Arzt selbständig zu entscheiden hat. Im Hinblick auf diesen Sachverhalt kann nicht gesagt werden, dass die Ausschreibung der Beschaffung nichtionischer dimerer Röntgenkontrastmittel unsachlich wäre. Da somit ein Verstoß gegen den Grundsatz des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 nicht vorliegt, kommt eine Nichtigerklärung der Teilnahmeunterlage bzw. der im Punkt 3 derselben enthaltenen Festlegungen nicht in Frage.

Wenn auch die Antragstellerin in ihrem einleitenden Schriftsatz vom 16.7.2013 nicht geltend gemacht hat, die Antragsgegnerin hätte eine falsche Verfahrenswahl getroffen sondern dies erst mit Schriftsatz vom 13.9.2013, und damit verspätet (§ 23 Abs. 1 Z 5 in Verbindung mit § 24 Abs. 4 WVRG 2007) getan hat, sei dennoch kurz darauf eingegangen. Die Antragsgegnerin hat für das gegenständliche Vergabeverfahren ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gewählt. Sie hat dies unter Hinweis auf § 29 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 damit begründet, dass die ausgeschriebenen Lieferleistungen "ihrer Natur nach oder wegen der mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen". In ihrem Schriftsatz vom 13.9.2013 führt die Antragstellerin dazu aus, die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung wäre unzulässig und stelle eine falsche Verfahrenswahl dar, die zwingend zum Widerruf führen müsste. Im Hinblick auf die von ihr als unzutreffend bezeichnete Wahl des Vergabeverfahrens fühlt sich die Antragstellerin "im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lautereren Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens sowie im Recht auf Festlegung vergaberechtskonformer und nicht diskriminierender Ausschreibungsbedingungen" verletzt. Trotz ihrer umfangreichen Ausführungen zu dem nach Ansicht des Senates verspätet geltend gemachten Beschwerdepunkt unterlässt es die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz darzulegen, worin für sie die konkret eine Beschwer in der Wahl des Vergabeverfahrens liegt. Durch diese Wahl des Vergabeverfahrens ist die Antragstellerin nicht vom Verfahren ausgeschlossen. Dass allenfalls weniger Bieter auftreten als in einem offenen Verfahren, kann ihr nicht zum Nachteil gereichen. Welche sonstigen Nachteile sie persönlich hat, und die sie nach § 23 Abs. 1 Z 5 WVRG 2007 vorzubringen gehabt hätte, können weder ihren schriftlichen Ausführungen noch ihrem Vorbringen in der mündlichen Verhandlung entnommen werden. Es trifft zwar zu, dass eine inhaltliche Rechtswidrigkeit auch dann aufzugreifen ist, wenn sie vom Beschwerdeführer weder ausdrücklich noch nach dem Inhalt der Beschwerde geltend gemacht wurde, jedoch unter der Voraussetzung, dass sie mit einem konkreten Nachteil für den Antragsteller verbunden wäre und für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss sein kann (§ 26 Abs. 1 WVRG 2007). Wenn auch die Antragstellerin in ihrem einleitenden Schriftsatz vom 16.7.2013 nicht geltend gemacht hat, die Antragsgegnerin hätte eine falsche Verfahrenswahl getroffen sondern dies erst mit Schriftsatz vom 13.9.2013, und damit verspätet (Paragraph 23, Absatz eins, Ziffer 5, in Verbindung mit Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007) getan hat, sei dennoch kurz darauf eingegangen. Die Antragsgegnerin hat für das gegenständliche Vergabeverfahren ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gewählt. Sie hat dies unter Hinweis auf Paragraph 29, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 damit begründet, dass die ausgeschriebenen Lieferleistungen "ihrer Natur nach oder wegen der mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen". In ihrem Schriftsatz vom 13.9.2013 führt die Antragstellerin dazu aus, die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung wäre unzulässig und stelle eine falsche Verfahrenswahl dar, die zwingend zum Widerruf führen müsste. Im Hinblick auf die von ihr als unzutreffend bezeichnete Wahl des Vergabeverfahrens fühlt sich die Antragstellerin "im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lautereren Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens sowie im Recht auf Festlegung vergaberechtskonformer und nicht diskriminierender Ausschreibungsbedingungen" verletzt. Trotz ihrer umfangreichen Ausführungen zu dem nach

Ansicht des Senates verspätet geltend gemachten Beschwerdepunkt unterlässt es die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz darzulegen, worin für sie die konkret eine Beschwerde in der Wahl des Vergabeverfahrens liegt. Durch diese Wahl des Vergabeverfahrens ist die Antragstellerin nicht vom Verfahren ausgeschlossen. Dass allenfalls weniger Bieter auftreten als in einem offenen Verfahren, kann ihr nicht zum Nachteil gereichen. Welche sonstigen Nachteile sie persönlich hat, und die sie nach Paragraph 23, Absatz eins, Ziffer 5, WVRG 2007 vorzubringen gehabt hätte, können weder ihren schriftlichen Ausführungen noch ihrem Vorbringen in der mündlichen Verhandlung entnommen werden. Es trifft zwar zu, dass eine inhaltliche Rechtswidrigkeit auch dann aufzugreifen ist, wenn sie vom Beschwerdeführer weder ausdrücklich noch nach dem Inhalt der Beschwerde geltend gemacht wurde, jedoch unter der Voraussetzung, dass sie mit einem konkreten Nachteil für den Antragsteller verbunden wäre und für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss sein kann (Paragraph 26, Absatz eins, WVRG 2007).

Aus diesen Gründen war sowohl das Hauptbegehren, die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit für nichtig zu erklären, wie auch der hilfsweise gestellte Antrag, in Punkt 3 derselben die Wortfolge "nichtionischen dimeren injizierbaren jodhaltigen Röntgenkontrastmitteln" als nichtig zu streichen, abzuweisen. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 23.7.2013 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Aus diesen Gründen war sowohl das Hauptbegehren, die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit für nichtig zu erklären, wie auch der hilfsweise gestellte Antrag, in Punkt 3 derselben die Wortfolge "nichtionischen dimeren injizierbaren jodhaltigen Röntgenkontrastmitteln" als nichtig zu streichen, abzuweisen. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 23.7.2013 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor.

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Ausschreibung bzw. die Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages (Bewer- bungsunterlage); Abweisung; Sachlich begründeter Bedarf an ausgeschriebener Leistung;

Zuletzt aktualisiert am

29.11.2013

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at