

TE Verg Bescheid 2013/9/19 VKS-608807/13

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.09.2013

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §20 Abs1

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs4

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §27

WVRG 2007 §28

WVRG 2007 §29 Abs2

WVRG 2007 §31

WVRG 2007 §39 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §19

BVergG 2006 §75 Abs2

BVergG 2006 §78 Abs3

BVergG 2006 §79 Abs3

BVergG 2006 §99 Abs2

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 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 78 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 78 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 79 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 99 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 *** (§ 6 Abs. 3 WVRG 2007) 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 monomeren Röntgenkontrastmitteln" durch die Stadt Wien, Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, vertreten durch die vergebende Stelle Generaldirektion Wiener Krankenanstaltenverbund - 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: Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** (Paragraph 6, Absatz 3, WVRG 2007) 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 monomeren Röntgenkontrastmitteln" durch die Stadt Wien, Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, vertreten durch die vergebende Stelle Generaldirektion Wiener Krankenanstaltenverbund - 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 der Antragsgegnerin betreffend "die Belieferung der Anstaltsapotheken des Wiener Krankenanstaltenverbundes mit nicht ionischen monomeren Röntgenkontrastmitteln" als Ganzes für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Die hilfsweise gestellten Anträge, folgende Bestimmungen der Ausschreibungsunterlage bzw. der geänderten Fassung der Ausschreibungsunterlage vom 8.8.2013 für nichtig zu erklären, und zwar

Punkt 5 des Formblattes SR75 hinsichtlich der Vertragsstrafe;

aus dem Leistungsverzeichnis die Punkte 3.2, Punkt 3.3, Punkt 4.1, Punkt 4.2, Punkt 5.1.2, Punkt 5.1.4 sowie Punkt 5.2.2;

aus den Besonderen Angebotsbestimmungen Punkt 11.1.1.3;

sowie aus Beilage 13.08.1 zum SR75 die Festlegung "Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit bzw. Konkretisierung" hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit

für nichtig zu erklären, werden abgewiesen.

1. 3.Ziffer 3

Die einstweilige Verfügung vom 19.8.2013 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 4.Ziffer 4

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren von Euro 900,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 20 Abs. 1, 23 Abs. 1, 24 Abs. 4, 25 Abs. 1, 27, 28, 29 Abs. 2, 31, 39 WVRG 2007, in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 2, 5, 19, 75 Abs. 2, 78 Abs. 3, 79 Abs. 3 und 99 Abs. 2 BVergG 2006. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 20, Absatz eins, 23, Absatz eins, 24, Absatz 4, 25, Absatz eins, 27,, 28, 29 Absatz 2, 31, 39, WVRG 2007, in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer 2, 5, 19, 75, Absatz 2, 78, Absatz 3, 79, Absatz 3 und 99 Absatz 2, BVergG 2006.

Begründung

Die Stadt Wien - Wiener Krankenanstaltenverbund, vertreten durch die vergebende Stelle Generaldirektion - Stabstelle Medizinökonomie und Pharmazie (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren zum Abschluss eines Rahmenvertrages über die Belieferung ihrer Anstaltsapotheken mit Röntgenkontrastmitteln in den von ihr verwalteten Krankenanstalten in Wien. Die Bekanntmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt (Amtsblatt der EU Zl. 2013/S-156-271807). Das Ende der Angebotsfrist war ursprünglich der 20.8.2013 15:00 Uhr und wurde zuletzt auf den 16.10.2013, 15:00 Uhr erstreckt.

Mit dem am 12.8.2013 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 4 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Nachprüfungsantrag begehrt die Antragstellerin die Ausschreibung für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Hilfsweise begehrt sie näher bezeichnete Festlegungen in der Ausschreibung für nichtig zu erklären. Im Wesentlichen macht die Antragstellerin geltend, die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien im Zusammenhang mit anderen Festlegungen stünden im Widerspruch zu § 79 Abs. 3 BVergG 2006 und würden damit eine vergaberechtskonforme Zuschlagsentscheidung unmöglich machen. Das Vergabeverfahren wäre aus diesem Grunde verpflichtend zu widerrufen. Weiters sei die Angebotsfrist widersprüchlich, weil in der geänderten Fassung der Ausschreibungsunterlage als Ende der Angebotsfrist der 3.9.2013, in den Besonderen Angebotsbestimmungen jedoch der 20.8.2013, jeweils 15:00 Uhr, angeführt werde. Die einzelnen Festlegungen im Angebotsdeckblatt SR75 stünden im Widerspruch zu den Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen (WD 313). Eine sachliche Begründung für diese Abweichungen, insbesondere hinsichtlich der Vertragsstrafe, sei aus den Ausschreibungsunterlagen nicht ersichtlich. Die Höhe der Vertragsstrafe sei überdies sittenwidrig. Die in der Beilage 13.08.1 zum Formblatt SR75 angeführten Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit verletzen das Gebot zur nachvollziehbaren Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit gemäß § 79 Abs. 2 BVergG 2006. Die Festlegungen im Leistungsverzeichnis würden zu einer Unkalkulierbarkeit der Preise führen, ebenso seien die allfälligen Mengenanpassungen unkalkulierbar und stünden im Widerspruch zum Gebot der Wirtschaftlichkeit des Beschaffungsvorganges. Die Ausschreibungsunterlagen würden auch gegen § 19 Abs. 5 BVergG 2006 verstoßen, da sie in keiner Weise die Umweltgerechtigkeit der Leistungen berücksichtigen. Letztlich macht die Antragstellerin geltend, dass in der Antwort auf Frage 15 die Antragsgegnerin unzulässiger Weise ein Zuschlagskriterium während des laufenden Vergabeverfahrens geändert habe. Der aus Anlass der Antwort auf eine Anfrage eines Interessenten geänderte voraussichtliche Leistungsbeginn stelle eine Diskriminierung der Antragstellerin und auch sonstige Mitbewerber da, die sehr wohl in der Lage gewesen wäre, aufgrund ihres Warenlagers bzw. ihrer Produktionskapazitäten den ursprünglich vorgesehenen Termin für den Leistungsbeginn einzuhalten. Aus all diesen Gründen wäre die Ausschreibung zur Gänze für nichtig zu erklären, Hilfsweise jedoch die näher bezeichneten Festlegungen in derselben. Mit dem am 12.8.2013 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Nachprüfungsantrag begehrt die Antragstellerin die Ausschreibung für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Hilfsweise begehrt sie näher bezeichnete Festlegungen in der Ausschreibung für nichtig zu erklären. Im Wesentlichen macht die Antragstellerin geltend, die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien im Zusammenhang mit anderen Festlegungen stünden im Widerspruch zu Paragraph 79, Absatz 3, BVergG 2006 und würden damit eine vergaberechtskonforme Zuschlagsentscheidung unmöglich machen. Das Vergabeverfahren wäre aus diesem Grunde verpflichtend zu widerrufen. Weiters sei die Angebotsfrist widersprüchlich, weil in der geänderten Fassung der Ausschreibungsunterlage als Ende der Angebotsfrist der 3.9.2013, in den Besonderen Angebotsbestimmungen jedoch der 20.8.2013, jeweils 15:00 Uhr, angeführt werde. Die einzelnen

Festlegungen im Angebotsdeckblatt SR75 stünden im Widerspruch zu den Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen (WD 313). Eine sachliche Begründung für diese Abweichungen, insbesondere hinsichtlich der Vertragsstrafe, sei aus den Ausschreibungsunterlagen nicht ersichtlich. Die Höhe der Vertragsstrafe sei überdies sittenwidrig. Die in der Beilage 13.08.1 zum Formblatt SR75 angeführten Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit verletzen das Gebot zur nachvollziehbaren Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 79, Absatz 2, BVergG 2006. Die Festlegungen im Leistungsverzeichnis würden zu einer Unkalkulierbarkeit der Preise führen, ebenso seien die allfälligen Mengenanpassungen unkalkulierbar und stünden im Widerspruch zum Gebot der Wirtschaftlichkeit des Beschaffungsvorganges. Die Ausschreibungsunterlagen würden auch gegen Paragraph 19, Absatz 5, BVergG 2006 verstoßen, da sie in keiner Weise die Umweltgerechtigkeit der Leistungen berücksichtigen. Letztlich macht die Antragstellerin geltend, dass in der Antwort auf Frage 15 die Antragsgegnerin unzulässiger Weise ein Zuschlagskriterium während des laufenden Vergabeverfahrens geändert habe. Der aus Anlass der Antwort auf eine Anfrage eines Interessenten geänderte voraussichtliche Leistungsbeginn stelle eine Diskriminierung der Antragstellerin und auch sonstige Mitbewerber da, die sehr wohl in der Lage gewesen wäre, aufgrund ihres Warenlagers bzw. ihrer Produktionskapazitäten den ursprünglich vorgesehenen Termin für den Leistungsbeginn einzuhalten. Aus all diesen Gründen wäre die Ausschreibung zur Gänze für nichtig zu erklären, hilfsweise jedoch die näher bezeichneten Festlegungen in derselben.

Durch die diskriminierenden Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen erachtet sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauterem Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter bzw. Bewerber, im Recht auf Festlegung vergaberechtskonformer und nicht diskriminierender Ausschreibungsunterlagen, im Recht auf Festlegung kalkulierbarer Angebotsbestimmungen und eines kalkulierbaren Leistungsverzeichnisses, im Recht auf Berücksichtigung der Umweltgerechtigkeit in den Ausschreibungsunterlagen, im Recht auf Festlegung rechtskonformer Eignungskriterien und Eignungsnachweise, im Recht auf Festlegung einer klaren Angebotsfrist, im Recht auf Abweichung von "geeigneten Leitlinien", im Recht auf Festlegung rechtskonformer Vertragsbedingungen sowie vergaberechtskonformer Zuschlagskriterien, im Recht auf Einhaltung eigener Festlegungen durch die Antragsgegnerin und auf Nichtdiskriminierung, im Recht auf Bewertung vergleichbarer Angebote sowie im Recht auf Abschluss des Rahmenvertrages mit dem tatsächlichen Bestbieter, verletzt.

Sollte die Ausschreibung bzw. die näher bezeichneten Punkte in derselben nicht für nichtig erklärt werden, drohe der Antragstellerin der Verlust des aus dem gegenständlichen Rahmenvertrag zu lukrierenden Gewinnes. Dazu käme der Verlust bisher aufgewendeter Kosten für die Vorbereitung eines Angebotes sowie die Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung und die Gebühren eines Nachprüfungsverfahrens. Auch drohe der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 19.8.2013 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann - um Wiederholungen zu vermeiden - auf den Inhalt dieses beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 22.8.2013 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und zunächst ausgeführt, aufgrund des gegenständlichen Nichtigerklärungsantrages am 14.8.2013 das Ende der Angebotsfrist auf den 16.10.2013 erstreckt zu haben. Die Änderungen der Angebotsfrist seien ordnungsgemäß bekannt gemacht worden. Soweit die Antragstellerin vorbringe, dass im Punkt 11.1.1.3 der Besonderen Angebotsbestimmungen in dem dort angeführten Fallbeispiel Widersprüche zum Zuschlagskriterium des Punktes

5.1.4 des Leistungsverzeichnisses enthalten wären, weshalb das Vergabeverfahren zwingend zu widerrufen wäre, verweist die Antragsgegnerin auf die Beantwortung einer Bieteranfrage vom 22.8.2013, mit der eine entsprechende Klarstellung erfolgt wäre. Ein Widerrufsgrund sei nicht gegeben. Die geltend gemachte Widersprüchlichkeit bei der Angebotsfrist sei auf einen Fehler der Antragsgegnerin rückzuführen. Die Antragsgegnerin habe im Hinblick auf das Nachprüfungsverfahren ohnedies die Angebotsfrist erstreckt. Eine unzulässige Abweichung von geeigneten Leitlinien sei nicht gegeben, da die Festlegungen zur Vertragsstrafe nicht im Widerspruch zu den Bestimmungen der WD 313 stünden. Auch eine behauptete Sittenwidrigkeit der Vertragsstrafe liege nicht vor, da der Auftragnehmer von der Zahlung einer Vertragsstrafe befreit sei, wenn er nachweise, dass er den Verzug nicht verschuldet habe. Die Festlegungen zur technischen Leistungsfähigkeit durch Angabe von zumindest drei Referenzlieferungen an

Krankenanstalten hält die Antragsgegnerin für sachgerecht. Zu der von der Antragstellerin geltend gemachten Unkalkulierbarkeit der Preise weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass im Leistungsverzeichnis ein sehr genaues Mengengerüst enthalten sei, das auf Basis des Bedarfs der Antragsgegnerin in den letzten Jahren erstellt wurde. Dieses Mengengerüst stelle einen realistischen Schätzungsbedarf nach Fläschchengrößen dar. Weiters verweist die Antragsgegnerin auf Punkt 4.3 des Leistungsverzeichnisses, der eine Mengenanpassungsklausel enthält. Entgegen dem Standpunkt der Antragstellerin habe die Antragsgegnerin bei ihren Ausschreibungsbedingungen auch die Umweltgerechtigkeit der Leistung bedacht. Eine unzulässige Änderung von Zuschlagskriterien habe die Antragsgegnerin durch Beantwortung der Frage 15 vom 8.8.2013 nicht vorgenommen, sondern lediglich eine Klarstellung, die überdies während offener Angebotsfrist erfolgt sei. Durch die Erstreckung der Leistungsfrist sei eine Diskriminierung der Bieter nicht erfolgt.

Diese Stellungnahme hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 13.9.2013 beantwortet und im Wesentlichen ihr bereits bekanntes Vorbringen weiter ausgebaut.

Vorrauszuschicken ist, dass die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 19.9.2013 ihre hilfsweise erhobenen Anfechtungspunkte 6.2 (widersprüchliche Angebotsfrist) und 6.10 (Punkt 4 des Formblattes SR75 - Leistungsbeginn September 2013) nicht aufrecht erhalten hat. Damit sind diese beiden hilfsweise geltend gemachten Anfechtungspunkte nicht mehr Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens.

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, entscheidungserhebliche Feststellungen ergänzend 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 offenes Verfahren zum Abschluss eines Rahmenvertrages im Oberschwellenbereich über die Belieferung ihrer Anstaltsapotheken in den von ihr verwalteten Krankenanstalten in Wien mit nichtionischen monomeren Röntgenkontrastmitteln. Die Ausschreibung ist in 2 Lose geteilt. Los 1 betrifft den Abschluss eines Rahmenvertrages über die Belieferung mit dem entsprechenden Röntgenkontrastmittel in Flaschengrößen von 50 bis 200 ml, Los 2 betrifft die Lieferung des Präparats in Gefäßgrößen von 500 ml und einen im Los beschriebenen Anteil von 100 ml Fläschchen. Jedes Angebot für ein Los muss zumindest ein Präparat aus dem Jod - Konzentrationsbereich 300 bis 349 mg Jod/ml als auch ein Präparat aus dem Jod - Konzentrationsbereich 350 bis 400 mg Jod/ml enthalten (LV Punkt 3.1.4 und 3.2 bzw. 3.3). Die Bewertung der Angebote für beide Lose soll nach den Zuschlagskriterien Preis, gewichtet mit 90 %, Lieferzeit, gewichtet mit 3 % und zusätzliche Indikationen gewichtet mit 7 % erfolgen (Punkt 11.1.1 der besonderen Angebotsbestimmungen). Die Kundmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Das Ende der Angebotsfrist war ursprünglich der 20.8.2013, 15:00 Uhr; sie wurde zuletzt auf den 4.9.2013, 15:00 Uhr erstreckt. Nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens hat die Antragsgegnerin die Angebotsfrist am 14.8.2013 auf den 16.10.2013 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 offenes Verfahren zum Abschluss eines Rahmenvertrages im Oberschwellenbereich über die Belieferung ihrer Anstaltsapotheken in den von ihr verwalteten Krankenanstalten in Wien mit nichtionischen monomeren Röntgenkontrastmitteln. Die Ausschreibung ist in 2 Lose geteilt. Los 1 betrifft den Abschluss eines Rahmenvertrages über die Belieferung mit dem entsprechenden Röntgenkontrastmittel in Flaschengrößen von 50 bis 200 ml, Los 2 betrifft die Lieferung des Präparats in Gefäßgrößen von 500 ml und einen im Los beschriebenen Anteil von 100 ml Fläschchen. Jedes Angebot für ein Los muss zumindest ein Präparat aus dem Jod - Konzentrationsbereich 300 bis 349 mg Jod/ml als auch ein Präparat aus dem Jod - Konzentrationsbereich 350 bis 400 mg Jod/ml enthalten (LV Punkt 3.1.4 und 3.2 bzw. 3.3). Die Bewertung der Angebote für beide Lose soll nach den Zuschlagskriterien Preis, gewichtet mit 90 %, Lieferzeit, gewichtet mit 3 % und zusätzliche Indikationen gewichtet mit 7 % erfolgen (Punkt 11.1.1 der besonderen Angebotsbestimmungen). Die Kundmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Das Ende der Angebotsfrist war ursprünglich der 20.8.2013, 15:00 Uhr; sie wurde zuletzt auf den 4.9.2013, 15:00 Uhr erstreckt. Nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens hat die Antragsgegnerin die Angebotsfrist am 14.8.2013 auf den 16.10.2013 erstreckt.

Mit dem gegenständlichen Nichtigerklärungsantrag wird nicht nur die Ausschreibung primär in ihrer Gesamtheit, sondern hilfsweise auch einzelne Festlegungen in derselben bekämpft. Der Antrag auf Einleitung eines

Nichtigerklärungsverfahrens ist am 12.8.2013 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 4 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach § 25 Abs. 1 WVRG 2007 ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich. Mit dem gegenständlichen Nichtigerklärungsantrag wird nicht nur die Ausschreibung primär in ihrer Gesamtheit, sondern hilfsweise auch einzelne Festlegungen in derselben bekämpft. Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens ist am 12.8.2013 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 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. aa 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 Ausschreibungsbedingungen bekämpft wurden. Dass sie zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen an sich befugt ist, kann als unstrittig angesehen werden, zumal sie derzeit einen Großteil der ausgeschriebenen Präparate an die Antragsgegnerin liefert. 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 Senates 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, a, a, 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 Ausschreibungsbedingungen bekämpft wurden. Dass sie zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen an sich befugt ist, kann als unstrittig angesehen werden, zumal sie derzeit einen Großteil der ausgeschriebenen Präparate an die Antragsgegnerin liefert. 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 Senates nach Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 gegeben.

In ihrem einleitenden Schriftsatz bringt die Antragstellerin zunächst vor, die gesamte Ausschreibung wäre wegen vergaberechtswidriger Zuschlagskriterien zu widerrufen. Sie verweist auf Punkt 11.1.1, wonach als Zuschlagskriterium das mit 7 % gewichtete Kriterium "zusätzliche Indikationen" festgelegt ist. Nach Punkt 5.1.4 des Leistungsverzeichnisses (LV) hätten die Bieter anzugeben, ob das angebotene Röntgenkontrastmittel neben den verpflichtet geforderten Indikationen auch eine Zulassung für drei angeführte, weitere Indikationen besitzt oder nicht. Die Erfüllung oder Nichterfüllung dieser drei weiteren Indikationen werde (neben dem Preis und der Lieferzeit) als Zuschlagskriterium bei der Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes herangezogen. Eine der drei angeführten weiteren Indikationen betreffe die retrograde Darstellung von Drüsenausführgängen und Harnwegen, eine weitere die direkte Kontrastmittelapplikation in Fisteln und Körperhöhlen und Hysterosalpingographie. Die Zusatzindikation retrograde Darstellung werde im Punkt 5.1.4 des Leistungsverzeichnisses, die Zusatzindikation retrograde Darstellung und Körperhöhlen würden im Punkt 5.1.4 des Leistungsverzeichnisses beschrieben. In den Festlegungen zu diesen beiden Zusatzindikationen werde das "Pluralwort Indikationen" verwendet, woraus abzuleiten sei, dass sowohl die Zusatzindikationen retrograde Darstellung als auch die Zusatzindikation Körperhöhlen nur dann als erfüllt angesehen werden können, wenn das angebotene Röntgenkontrastmittel sowohl für die retrograde Darstellung von Drüsenausführgängen als auch für die retrograde Darstellung der Harnwege bzw. sowohl für die direkte Kontrastmittelapplikation in Fisteln und Körperhöhlen als auch Hysterosalpingographie zugelassen sei. Dem gegenüber führe die Antragsgegnerin unter Punkt 11.1.1.3 der Besonderen Angebotsbestimmungen ("Fallbeispiel") aus:

"Hat ein Präparat eine Zulassung für die Indikationen retrograde Darstellungen von Drüsenausführgängen oder der Harnwege so erhält das Angebot 100 Punkte. Diese Punkte werden mit dem Gewichtungsfaktor 0,05 multipliziert. Das Angebot erhält somit 5 gewichtete Punkte". Nach diesem Fallbeispiel solle offenbar die Bewertung der Zusatzindikation retrograde Darstellung mit der maximalen Punktezahl von 100 Punkten ausreichend sein, wenn das

angebotene Röntgenkontrastmittel lediglich eine der beiden Subindikationen "Drüsenausführgänge" oder "Harnwege" erfülle. Diese solle offenbar auch für die Bewertung der Zusatzindikationen Körperhöhlen gelten. Diese Festlegungen stünden klar im Widerspruch zu der Bestimmung im Punkt 5.1.4 des Leistungsverzeichnisses. Damit sei für Bieter aufgrund dieses Widerspruches die Bewertung der Subkriterien des Zuschlagskriteriums "weitere Indikationen" in keinsten Weise nachvollziehbar. Dies stelle einen Verstoß gegen § 79 Abs. 3 BVergG 2006 dar. Eine nachvollziehbare Ermittlung des Bestbieters sei damit nicht gewährleistet. Das Vergabeverfahren wäre daher verpflichtend zu widerrufen."Hat ein Präparat eine Zulassung für die Indikationen retrograde Darstellungen von Drüsenausführgängen oder der Harnwege so erhält das Angebot 100 Punkte. Diese Punkte werden mit dem Gewichtungsfaktor 0,05 multipliziert. Das Angebot erhält somit 5 gewichtete Punkte". Nach diesem Fallbeispiel solle offenbar die Bewertung der Zusatzindikation retrograde Darstellung mit der maximalen Punktezahl von 100 Punkten ausreichend sein, wenn das angebotene Röntgenkontrastmittel lediglich eine der beiden Subindikationen "Drüsenausführgänge" oder "Harnwege" erfülle. Diese solle offenbar auch für die Bewertung der Zusatzindikationen Körperhöhlen gelten. Diese Festlegungen stünden klar im Widerspruch zu der Bestimmung im Punkt 5.1.4 des Leistungsverzeichnisses. Damit sei für Bieter aufgrund dieses Widerspruches die Bewertung der Subkriterien des Zuschlagskriteriums "weitere Indikationen" in keinsten Weise nachvollziehbar. Dies stelle einen Verstoß gegen Paragraph 79, Absatz 3, BVergG 2006 dar. Eine nachvollziehbare Ermittlung des Bestbieters sei damit nicht gewährleistet. Das Vergabeverfahren wäre daher verpflichtend zu widerrufen.

Dazu hat die Antragsgegnerin auf Punkt 3.1.1 des Leistungsverzeichnisses verwiesen, wonach alle anzubietenden Kontrastmittel in Österreich zugelassen sein müssen. Es sei daher leicht ersichtlich, welche Kontrastmittel für eine Angebotsabgabe in Betracht kämen. Die Antragsgegnerin sei daher aufgrund ihrer zugänglichen Fachinformationen davon ausgegangen, dass sämtliche dieser Kontrastmittel entweder eine Zulassung für beide der im Punkt 5.1.4 des Leistungsverzeichnisses genannten Indikationen oder aber überhaupt über keine Zulassung für diese Indikationen aufweisen. Alle Kontrastmittel besitzen also entweder eine Zulassung für die "retrograde Darstellung von Drüsenausführgängen" und die "retrograde Darstellung von Harnwegen" oder weder über eine Zulassung für die "retrograde Darstellung von Drüsenausführgängen" noch eine Zulassung für die "retrograde Darstellung der Harnwege". Der von der Antragstellerin behauptete Widerspruch liege somit nicht vor.

Im Hinblick auf das Vorbringen der Antragstellerin hat die Antragsgegnerin zu Punkt

5.1.4 des Leistungsverzeichnisses im Zuge des Nachprüfungsverfahrens am 18.9.2013 eine "korrigierte Beantwortung" vorgenommen. Darin wird als Antwort auf die Frage 22 klargestellt, dass "bereits die ausdrückliche Zulassung des angebotenen Röntgenkontrastmittels auch nur zu einer einzigen der dort genannten Indikationen bzw. Anwendungsgebieten zu einer vollen Punktezuteilung (also 100 Punkte mit einer Gewichtung von 5 %) führt". Entgegen dem Standpunkt der Antragstellerin handelt es sich bei dieser Klarstellung nicht um eine Änderung der Eignungskriterien, weil die Festlegungen zu Punkt 11.1.1.3 - zusätzliche Indikationen - im Leistungsverzeichnis diese Auslegung zulassen. Nicht nur, dass eine Änderung der Eignungskriterien, die einen zwingenden Widerrufsgrund nach § 138 Abs. 1 BVergG 2006 darstellen würde, nicht vorliegt, wäre eine solche vor Ablauf der Angebotsfrist ohne dies zulässig. Es war daher das Hauptbegehren, die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären, abzuweisen. 5.1.4 des Leistungsverzeichnisses im Zuge des Nachprüfungsverfahrens am 18.9.2013 eine "korrigierte Beantwortung" vorgenommen. Darin wird als Antwort auf die Frage 22 klargestellt, dass "bereits die ausdrückliche Zulassung des angebotenen Röntgenkontrastmittels auch nur zu einer einzigen der dort genannten Indikationen bzw. Anwendungsgebieten zu einer vollen Punktezuteilung (also 100 Punkte mit einer Gewichtung von 5 %) führt". Entgegen dem Standpunkt der Antragstellerin handelt es sich bei dieser Klarstellung nicht um eine Änderung der Eignungskriterien, weil die Festlegungen zu Punkt 11.1.1.3 - zusätzliche Indikationen - im Leistungsverzeichnis diese Auslegung zulassen. Nicht nur, dass eine Änderung der Eignungskriterien, die einen zwingenden Widerrufsgrund nach Paragraph 138, Absatz eins, BVergG 2006 darstellen würde, nicht vorliegt, wäre eine solche vor Ablauf der Angebotsfrist ohne dies zulässig. Es war daher das Hauptbegehren, die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären, abzuweisen.

Hilfsweise hat die Antragstellerin geltend gemacht, dass von ihr näher bezeichnete Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen für nichtig zu erklären wären. Bei Behandlung dieser hilfsweise geltend gemachten Anfechtungsgründe folgt der Senat, um eine bessere Übersichtlichkeit zu gewährleisten, der Systematik im einleitenden Schriftsatz der Antragstellerin. Sie wendet sich zunächst (Punkt 6.3) gegen die Festlegung im Punkt 5 des

Angebotsdeckblattes SR75, soweit sie die Verhängung einer Vertragsstrafe im Verzugsfall vorsieht. Sie macht geltend, dass die von ihr angefochtene Festlegung unzulässiger Weise von der von ihr als geeignet bezeichneten Richtlinie WD 313 abweicht. Die angefochtene Festlegung lautet:

"Die Vertragsstrafe für jeden einzelnen Verzugsfall ist mit 30 % des Auftragswertes (inklusive Umsatzsteuer) der jeweiligen Teilleistung begrenzt"

Die Antragstellerin fühlt sich dadurch beschwert, dass die Antragsgegnerin damit von Punkt 2.5.3.1 der WD 313, die eine Vertragsstrafe mit höchstens 5 % der ursprünglichen Auftragssumme (des zivilrechtlichen Preises) insgesamt begrenzt, abgewichen ist. Eine sachlich begründete massive Abweichung von den Bestimmungen der WD 313 verstoße gegen § 99 Abs. 2 BVergG 2006. Die Antragstellerin fühlt sich dadurch beschwert, dass die Antragsgegnerin damit von Punkt 2.5.3.1 der WD 313, die eine Vertragsstrafe mit höchstens 5 % der ursprünglichen Auftragssumme (des zivilrechtlichen Preises) insgesamt begrenzt, abgewichen ist. Eine sachlich begründete massive Abweichung von den Bestimmungen der WD 313 verstoße gegen Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006.

Dazu hat die Antragsgegnerin vorgebracht, es sei zwar richtig, dass die WD 313 grundsätzlich als geeignete Leitlinie im Sinne des § 99 Abs. 2 BVergG 2006 anzusehen sind. Unrichtig sei, dass von der Deckelung von Vertragsstrafen im Punkt 2.5.3.1, 3. Satz der WD 313, auf 5 % der ursprünglichen Auftragssumme nicht abgewichen werden darf. Dazu hat die Antragsgegnerin vorgebracht, es sei zwar richtig, dass die WD 313 grundsätzlich als geeignete Leitlinie im Sinne des Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 anzusehen sind. Unrichtig sei, dass von der Deckelung von Vertragsstrafen im Punkt 2.5.3.1, 3. Satz der WD 313, auf 5 % der ursprünglichen Auftragssumme nicht abgewichen werden darf.

Der Senat folgt hier der Argumentation der Antragsgegnerin und erblickt darin keine Festlegung, wodurch die Antragstellerin in ihren Rechten beeinträchtigt werden könnte. Zunächst ist darauf zu verweisen, dass in Punkt 2.5.3.1 der WD 313 ausgeführt wird, dass die Vertragsstrafe nur dann mit höchstens 5 % der ursprünglichen Auftragssumme begrenzt sein soll, soweit nichts anderes festgelegt wurde. Eine inhaltliche Beschränkung der Höhe der Deckelung ist damit nicht festgelegt. Selbst wenn man aber den Standpunkt vertreten wollte, dass die WD 313 als geeignete Leitlinie anzuwenden wäre, ist darauf zu verweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung eine Abweichung im einzelnen Fall ohne sachliche Rechtfertigung möglich ist (vgl. VKS Wien 6.6.2012, VKS - 4016/12; VwGH 22.4.2010, 2008/04/0077). Gegenständlich soll ein Rahmenvertrag abgeschlossen werden, der Abrufe von zahlreichen kleinen Einzelleistungen ermöglicht. Dazu kann auf das Mengengerüst der beiden Lose verwiesen werden. Auch der Geschäftsführer der Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass der Wert pro Teillieferung in der Höhe von EUR 3.000 liegen könne, es sei schwer, einen Durchschnitt anzugeben (Protokoll Seite 5). Nun enthält die von der Antragstellerin angefochtene Festlegung ausdrücklich eine Vertragsstrafe von 30 % des Auftragswertes der jeweiligen Teilleistung. Damit ist die Vertragsstrafe nicht von der ursprünglichen Auftragssumme "zu bemessen" sondern vom Wert einer deutlich geringeren Teilleistung. Der Senat hält die angefochtene Festlegung für sachgerecht und vergaberechtlich unbedenklich, zumal es ausschließlich in den Händen des Auftragnehmers liegt, Lieferungsverzögerung zu vermeiden. Dies umso mehr, als es sich um die Belieferung der Anstaltsapotheken der Antragsgegnerin im Wiener Raum handelt, innerhalb welcher eine Zustellung mit PKW innerhalb der Mindestfrist von 3 Werktagen kein Problem darstellen sollte. Auch die von der Antragstellerin geltend gemachte Sittenwidrigkeit der Vertragsstrafe (Punkt 6.4) gemäß Punkt 5 des Angebotsdeckblattes SR75 liegt nach Ansicht des Senates nicht vor. Soweit die Antragstellerin vorbringt, bei dieser Festlegung handelt es sich um eine verschuldensunabhängige Vertragsstrafe, ist sie zunächst auf die Bestimmung des § 1336 ABGB zu verweisen. Danach ist eine Vertragsstrafe als pauschalierter Schadenersatz - wie gegenständlich - verschuldensabhängig. Dazu ist auch auf Punkt 2.5.3.1 der WD 313 zu verweisen, der eine entsprechende Beweislastumkehr vorsieht. Der Auftragnehmer ist nur dann zur Zahlung einer Vertragsstrafe verpflichtet, wenn er nicht nachweist, dass er den Verzug nicht verschuldet hat. Auch das richterliche Mäßigungsrecht nach § 1336 Abs. 2 ABGB wird von den Bestimmungen der hier anzuwendenden WD 313 nicht ausgeschlossen. Nach der Rechtsprechung sind "bei der Beurteilung, ob die vereinbarte Konventionalstrafe Der Senat folgt hier der Argumentation der Antragsgegnerin und erblickt darin keine Festlegung, wodurch die Antragstellerin in ihren Rechten beeinträchtigt werden könnte. Zunächst ist darauf zu verweisen, dass in Punkt 2.5.3.1 der WD 313 ausgeführt wird, dass die Vertragsstrafe nur dann mit höchstens 5 % der ursprünglichen Auftragssumme begrenzt sein soll, soweit nichts anderes festgelegt wurde. Eine inhaltliche Beschränkung der Höhe der Deckelung ist damit nicht festgelegt. Selbst wenn man aber den Standpunkt vertreten wollte, dass die WD 313 als geeignete Leitlinie anzuwenden wäre, ist darauf zu verweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung eine Abweichung im einzelnen Fall ohne sachliche Rechtfertigung

möglich ist vergleiche VKS Wien 6.6.2012, VKS - 4016/12; VwGH 22.4.2010, 2008/04/0077). Gegenständlich soll ein Rahmenvertrag abgeschlossen werden, der Abrufe von zahlreichen kleinen Einzelleistungen ermöglicht. Dazu kann auf das Mengengerüst der beiden Lose verwiesen werden. Auch der Geschäftsführer der Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass der Wert pro Teillieferung in der Höhe von EUR 3.000 liegen könne, es sei schwer, einen Durchschnitt anzugeben (Protokoll Seite 5). Nun enthält die von der Antragstellerin angefochtene Festlegung ausdrücklich eine Vertragsstrafe von 30 % des Auftragswertes der jeweiligen Teilleistung. Damit ist die Vertragsstrafe nicht von der ursprünglichen Auftragssumme "zu bemessen" sondern vom Wert einer deutlich geringeren Teilleistung. Der Senat hält die angefochtene Festlegung für sachgerecht und vergaberechtlich unbedenklich, zumal es ausschließlich in den Händen des Auftragnehmers liegt, Lieferungsverzögerung zu vermeiden. Dies umso mehr, als es sich um die Belieferung der Anstaltsapotheken der Antragsgegnerin im Wiener Raum handelt, innerhalb welcher eine Zustellung mit PKW innerhalb der Mindestfrist von 3 Werktagen kein Problem darstellen sollte. Auch die von der Antragstellerin geltend gemachte Sittenwidrigkeit der Vertragsstrafe (Punkt 6.4) gemäß Punkt 5 des Angebotsdeckblattes SR75 liegt nach Ansicht des Senates nicht vor. Soweit die Antragstellerin vorbringt, bei dieser Festlegung handelt es sich um eine verschuldensunabhängige Vertragsstrafe, ist sie zunächst auf die Bestimmung des Paragraph 1336, ABGB zu verweisen. Danach ist eine Vertragsstrafe als pauschalierter Schadenersatz - wie gegenständlich - verschuldensabhängig. Dazu ist auch auf Punkt 2.5.3.1 der WD 313 zu verweisen, der eine entsprechende Beweislastumkehr vorsieht. Der Auftragnehmer ist nur dann zur Zahlung einer Vertragsstrafe verpflichtet, wenn er nicht nachweist, dass er den Verzug nicht verschuldet hat. Auch das richterliche Mäßigungsrecht nach Paragraph 1336, Absatz 2, ABGB wird von den Bestimmungen der hier anzuwendenden WD 313 nicht ausgeschlossen. Nach der Rechtsprechung sind "bei der Beurteilung, ob die vereinbarte Konventionalstrafe

übermäßig, also überhöht ist ... vor allem die Verhältnismäßigkeit dieser Strafe, die

wirtschaftlichen oder sozialen Verhältnisse des Arbeitnehmers, insbesondere seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse, ferner Art und Ausmaß seines Verschuldens an der Vertragsverletzung, sowie die Höhe des durch die Vertragsverletzung dem Arbeitgeber entstandenen Schadens entsprechend zu berücksichtigen" (OGH 4.4.1990, 9ObA 78/90 u.a.). Dieser Rechtssatz ist auch auf die vorliegende Vertragsgestaltung anzuwenden, sodass kein Anlass dafür besteht, in der angefochtenen Festlegung die behauptete Sittenwidrigkeit zu erblicken. Der Senat hält daher die angefochtenen Festlegungen in Punkt 5 des Angebotsdeckblattes des SR75 als sachlich gerechtfertigt und für einen Auftragnehmer nicht belastend, insbesondere kein nicht kalkulierbares Risiko darstellend, weshalb einer Nichtigserklärung derselben nicht stattzugeben war.

Die Antragstellerin fühlt sich weiters dadurch belastet (Punkt 6.5), dass die Anforderung eines Nachweises über die "Angabe von zumindest drei Referenzbelieferungen von Krankenanstalten" mangels "Spezifizierung" den Bestimmungen des § 79 Abs. 2 BVergG 2006 widersprechen würde. So sei nicht festgelegt, welche Produkte bei diesen geforderten "Referenzbelieferungen" geliefert werden mussten. Zwar sei anzunehmen, dass "wohl nur Belieferungen von Krankenanstalten mit monomeren Röntgenkontrastmitteln als Referenzlieferungen zulässig sind, es sei jedoch weder erkennbar, wie viele Fläschchen von Röntgenkontrastmitteln für eine gültige Referenz geliefert werden, noch welche Jodkonzentration die gelieferten Röntgenkontrastmitteln aufweisen mussten. Ebenso sei nicht erkennbar, in welchem Zeitraum die Referenzaufträge abgearbeitet worden sein mussten. Durch diese Festlegungen werde das Gebot zur nachvollziehbaren Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit gemäß § 79 Abs. 2 BVergG 2006 verletzt. Die Antragstellerin fühlt sich weiters dadurch belastet (Punkt 6.5), dass die Anforderung eines Nachweises über die "Angabe von zumindest drei Referenzbelieferungen von Krankenanstalten" mangels "Spezifizierung" den Bestimmungen des Paragraph 79, Absatz 2, BVergG 2006 widersprechen würde. So sei nicht festgelegt, welche Produkte bei diesen geforderten "Referenzbelieferungen" geliefert werden mussten. Zwar sei anzunehmen, dass "wohl nur Belieferungen von Krankenanstalten mit monomeren Röntgenkontrastmitteln als Referenzlieferungen zulässig sind, es sei jedoch weder erkennbar, wie viele Fläschchen von Röntgenkontrastmitteln für eine gültige Referenz geliefert werden, noch welche Jodkonzentration die gelieferten Röntgenkontrastmitteln aufweisen mussten. Ebenso sei nicht erkennbar, in welchem Zeitraum die Referenzaufträge abgearbeitet worden sein mussten. Durch diese Festlegungen werde das Gebot zur nachvollziehbaren Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 79, Absatz 2, BVergG 2006 verletzt.

Dazu hat die Antragsgegnerin vorgebracht, dass eine nähere Spezifizierung des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit vom BVergG 2006 nicht gefordert werde. Eine nähere Spezifizierung dieser Nachweise in den Ausschreibungsunterlagen sei daher nicht geboten.

Gemäß § 75 Abs. 5 Z 1 BVergG 2006 kann der Auftraggeber als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei Lieferaufträgen eine Liste der wesentlichen, in den letzten drei Jahren erbrachten Lieferungen verlangen. Eine nähere Definition, wie diese Nachweise zu erbringen sind und in welcher Qualität sie auszustatten sind, enthält diese Bestimmung nicht. Die Festlegung eines "Mindestniveaus" ist nicht erforderlich, zumal sich aus der Leistungsbeschreibung eindeutig ergibt - wie auch von der Antragstellerin zutreffend angenommen - dass es sich bei diesen Referenzlieferungen um die Belieferung von Krankenanstalten mit Medizinprodukten, auch monomeren Röntgenkontrastmitteln, handelt. Dazu ist auf die auch von der Antragsgegnerin zitierte Entscheidung des Vergabekontrollsenates Wien vom 20.1.2006 zu verweisen, in der der Senat ausgeführt hat: "Selbst wenn man mit der Antragstellerin davon ausgehen wollte, dass entsprechende Referenzen zu ungenau gefasst seien, kann doch von jedem verständigen Bieter erwartet werden zu erkennen, dass sich der Inhalt der verlangten Referenzen am Leistungsinhalt orientiert". Die angefochtene Festlegung ist eindeutig dahingehend zu verstehen, dass die Auftraggeberin darauf Wert gelegt hat, dass ein Bieter den Nachweis erbringt, in der Lage zu sein, Medizinprodukte, insbesondere die ausschreibungsgegenständlichen Röntgenkontrastmitteln entsprechend den Bestimmungen des Arzneimittelgesetzes auszuliefern. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Beantwortung vom 8.8.2013 auf die Bieterfrage 21 zu verweisen, in der der Begriff der Krankenanstalt näher definiert und überdies klargestellt wird, dass der Auftragswert dieser Lieferungen für die Referenz nicht ausschlaggebend ist. Der Senat hält die angefochtene Bestimmung als vergaberechtlich unbedenklich, wobei für ihn nicht erkennbar ist, wieso die Antragstellerin durch diese Festlegung bei der Ausarbeitung ihres Angebotes beeinträchtigt sein könnte, zumal sie unstrittig die ausgeschriebenen Produkte bereits jetzt aufgrund eines früheren Rahmenvertrages liefert. Die Anfechtung erweist sich daher als nicht berechtigt. Gemäß Paragraph 75, Absatz 5, Ziffer eins, BVergG 2006 kann der Auftraggeber als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei Lieferaufträgen eine Liste der wesentlichen, in den letzten drei Jahren erbrachten Lieferungen verlangen. Eine nähere Definition, wie diese Nachweise zu erbringen sind und in welcher Qualität sie auszustatten sind, enthält diese Bestimmung nicht. Die Festlegung eines "Mindestniveaus" ist nicht erforderlich, zumal sich aus der Leistungsbeschreibung eindeutig ergibt - wie auch von der Antragstellerin zutreffend angenommen - dass es sich bei diesen Referenzlieferungen um die Belieferung von Krankenanstalten mit Medizinprodukten, auch monomeren Röntgenkontrastmitteln, handelt. Dazu ist auf die auch von der Antragsgegnerin zitierte Entscheidung des Vergabekontrollsenates Wien vom 20.1.2006 zu verweisen, in der der Senat ausgeführt hat: "Selbst wenn man mit der Antragstellerin davon ausgehen wollte, dass entsprechende Referenzen zu ungenau gefasst seien, kann doch von jedem verständigen Bieter erwartet werden zu erkennen, dass sich der Inhalt der verlangten Referenzen am Leistungsinhalt orientiert". Die angefochtene Festlegung ist eindeutig dahingehend zu verstehen, dass die Auftraggeberin darauf Wert gelegt hat, dass ein Bieter den Nachweis erbringt, in der Lage zu sein, Medizinprodukte, insbesondere die ausschreibungsgegenständlichen Röntgenkontrastmitteln entsprechend den Bestimmungen des Arzneimittelgesetzes auszuliefern. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Beantwortung vom 8.8.2013 auf die Bieterfrage 21 zu verweisen, in der der Begriff der Krankenanstalt näher definiert und überdies klargestellt wird, dass der Auftragswert dieser Lieferungen für die Referenz nicht ausschlaggebend ist. Der Senat hält die angefochtene Bestimmung als vergaberechtlich unbedenklich, wobei für ihn nicht erkennbar ist, wieso die Antragstellerin durch diese Festlegung bei der Ausarbeitung ihres Angebotes beeinträchtigt sein könnte, zumal sie unstrittig die ausgeschriebenen Produkte bereits jetzt aufgrund eines früheren Rahmenvertrages liefert. Die Anfechtung erweist sich daher als nicht berechtigt.

Unter Punkt 6.6 und 6.7 macht die Antragstellerin geltend, dass im Leistungsverzeichnis sowohl beim Los 1 (Punkt 5.1.2) als auch beim Los 2 (Punkt 5.2.2) der angebotene Preis pro Milligramm Jod in Euro anzugeben ist. Dieser angebotene Preis werde gemäß Punkt 11.1.1.1 der Besonderen Angebotsbestimmungen als Zuschlagskriterium zur Bewertung des Angebotes herangezogen. Nach Punkt 3.2. des Leistungsverzeichnisses werde als Mindestkriterium für das Los 1 die Lieferung des Präparates in verschiedenen Gefäßgrößen festgelegt, wobei die in der Tabelle (Mengengerüst) angeführten Mengenanteile zu erfüllen wären. Für Los 2 werde gemäß Punkt 3.3 des Leistungsverzeichnisses als Mindestkriterium die Lieferung des Präparates in zwei Gefäßgrößen festgelegt, wobei auch hier die in der Tabelle (Mengengerüst) angeführten Mengenanteile zu erfüllen sind. Aus Punkt 4.1 des Leistungsverzeichnisses (Mengengerüst für Los 1) sei jedoch ersichtlich, dass sich im Konzentrationsbereich 300 bis

349 mg Jod/ml die Mengenanteile für die Fläschchen zu 50 ml und 100 ml ungefähr in der gleichen Größenordnung bewegen, jedoch für die Fläschchen zu 200 ml deutlich geringer sind. Im Konzentrationsbereich 350 bis 400 mg Jod/ml bestünden wiederum erhebliche Unterschiede zwischen den Mengenanteilen für alle drei Fläschchengrößen. Aus Punkt 4.2 des Leistungsverzeichnisses (Mengengerüst für Los 2) sei ersichtlich, dass hier zwischen den Mengenanteilen für die Fläschchen zu 500 ml und 100 ml noch erhebliche Unterschiede bestünden. Aufgrund dieser Angaben in den Mengengerüsten sei es der Antragstellerin nicht möglich, ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken einen Preis pro Milligramm Jod anzubieten, der dann zur Bewertung des Angebotes herangezogen wird. Nachdem es sich um einen Rahmenvertrag mit einer Laufzeit von zwei Jahren handle, könnten die Bieter nicht davon ausgehen, dass genau die im Mengengerüst angegebenen Mengen an Röntgenkontrastmitteln in genau der aufgrund dieser Mengen errechneten Stückzahl an Fläschchen der verschiedenen Größen (also entsprechend dem in den Ausschreibungsunterlagen angegebenen Verhältnis zwischen den einzelnen Fläschchen) abgerufen werden. Dass dies nicht der Fall sein wird, ergebe sich bereits aus Punkt 4.3 des Leistungsverzeichnisses, wonach bei der tatsächlich abgerufenen Menge eine Schwankungsbreite von +/- 20 %, ausgehend von der im Mengengerüst angegebenen Menge, zulässig ist, und dass innerhalb dieser Schwankungsbreite der angebotene Preis pro Milligramm Jod gelten solle. Gegenständlich würde sich jedoch nicht nur rein die Menge an zu lieferndem Milligramm Jod, sondern auch die Anzahl, der in den jeweiligen Größen zu liefernden Fläschchen ändern. Dabei werde nicht berücksichtigt, dass die Preise der einzelnen Gefäßgrößen sich erheblich voneinander unterscheiden würden. Mit diesen Festlegungen verstoße die Antragsgegnerin gegen § 78 Abs. 3 BVergG 2006, weil damit verbotener Weise unkalkulierbare Risiken auf die Bieter überwältzt würden. Unter Punkt 6.6 und 6.7 macht die Antragstellerin geltend, dass im Leistungsverzeichnis sowohl beim Los 1 (Punkt 5.1.2) als auch beim Los 2 (Punkt 5.2.2) der angebotene Preis pro Milligramm Jod in Euro anzugeben ist. Dieser angebotene Preis werde gemäß Punkt 11.1.1.1 der Besonderen Angebotsbestimmungen als Zuschlagskriterium zur Bewertung des Angebotes herangezogen. Nach Punkt 3.2. des Leistungsverzeichnisses werde als Mindestkriterium für das Los 1 die Lieferung des Präparates in verschiedenen Gefäßgrößen festgelegt, wobei die in der Tabelle (Mengengerüst) angeführten Mengenanteile zu erfüllen wären. Für Los 2 werde gemäß Punkt 3.3 des Leistungsverzeichnisses als Mindestkriterium die Lieferung des Präparates in zwei Gefäßgrößen festgelegt, wobei auch hier die in der Tabelle (Mengengerüst) angeführten Mengenanteile zu erfüllen sind. Aus Punkt 4.1 des Leistungsverzeichnisses (Mengengerüst für Los 1) sei jedoch ersichtlich, dass sich im Konzentrationsbereich 300 bis 349 mg Jod/ml die Mengenanteile für die Fläschchen zu 50 ml und 100 ml ungefähr in der gleichen Größenordnung bewegen, jedoch für die Fläschchen zu 200 ml deutlich geringer sind. Im Konzentrationsbereich 350 bis 400 mg Jod/ml bestünden wiederum erhebliche Unterschiede zwischen den Mengenanteilen für alle drei Fläschchengrößen. Aus Punkt 4.2 des Leistungsverzeichnisses (Mengengerüst für Los 2) sei ersichtlich, dass hier zwischen den Mengenanteilen für die Fläschchen zu 500 ml und 100 ml noch erhebliche Unterschiede bestünden. Aufgrund dieser Angaben in den Mengengerüsten sei es der Antragstellerin nicht möglich, ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken einen Preis pro Milligramm Jod anzubieten, der dann zur Bewertung des Angebotes herangezogen wird. Nachdem es sich um einen Rahmenvertrag mit einer Laufzeit von zwei Jahren handle, könnten die Bieter nicht davon ausgehen, dass genau die im Mengengerüst angegebenen Mengen an Röntgenkontrastmitteln in genau der aufgrund dieser Mengen errechneten Stückzahl an Fläschchen der verschiedenen Größen (also entsprechend dem in den Ausschreibungsunterlagen angegebenen Verhältnis zwischen den einzelnen Fläschchen) abgerufen werden. Dass dies nicht der Fall sein wird, ergebe sich bereits aus Punkt 4.3 des Leistungsverzeichnisses, wonach bei der tatsächlich abgerufenen Menge eine Schwankungsbreite von +/- 20 %, ausgehend von der im Mengengerüst angegebenen Menge, zulässig ist, und dass innerhalb dieser Schwankungsbreite der angebotene Preis pro Milligramm Jod gelten solle. Gegenständlich würde sich jedoch nicht nur rein die Menge an zu lieferndem Milligramm Jod, sondern auch die Anzahl, der in den jeweiligen Größen zu liefernden Fläschchen ändern. Dabei werde nicht berücksichtigt, dass die Preise der einzelnen Gefäßgrößen sich erheblich voneinander unterscheiden würden. Mit diesen Festlegungen verstoße die Antragsgegnerin gegen Paragraph 78, Absatz 3, BVergG 2006, weil damit verbotener Weise unkalkulierbare Risiken auf die Bieter überwältzt würden.

Die Antragsgegnerin hat dazu den Standpunkt vertreten, dass Punkt 4 des Leistungsverzeichnisses eine außergewöhnlich detaillierte und exakte Mengenangabe auf Basis des Bedarfes der Antragsgegnerin in den letzten Jahren enthalte. Dabei seien nicht nur die einzelnen Konzentrationsbereiche des Kontrastmittels Jod aufgegliedert,

sondern auch die auf die Kommastelle genaue Anzahl der Fläschchengrößen. Der Natur eines Rahmenvertrages entsprechend stelle dieses Mengengerüst eine realistische Schätzung des Auftraggebers nicht nur im Hinblick auf die absolute Menge in mg Jod, sondern auch im Hinblick auf die Fläschchengröße dar.

Auch in diesem Punkt hält der Senat den Antrag auf Nichtigerklärung der angeführten Festlegungen im Leistungsverzeichnis für nicht berechtigt.

Nach § 78 Abs. 3 BVergG 2006 sind die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können. Diesen Anforderungen werden die Festlegungen im Leistungsverzeichnis unter Punkt 4 (Mengengerüste - Jahresmengen) gerecht. Die Antragstellerin ist dazu zunächst auf die Festlegung zu Punkt 4.3 des Leistungsverzeichnisses betreffend Mengenanpassungen zu verweisen. Diese Festlegung lautet: Nach Paragraph 78, Absatz 3, BVergG 2006 sind die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können. Diesen Anforderungen werden die Festlegungen im Leistungsverzeichnis unter Punkt 4 (Mengengerüste - Jahresmengen) gerecht. Die Antragstellerin ist dazu zunächst auf die Festlegung zu Punkt 4.3 des Leistungsverzeichnisses betreffend Mengenanpassungen zu verweisen. Diese Festlegung lautet:

Die genannten Mengen entsprechen dem voraussichtlichen Jahresbedarf in den auftragsgegenständlichen zwei Jahren sowie optional weiteren zwei Jahren.

Der Auftraggeber verpflichtet sich, zumindest eine Menge von 80 % der genannten Menge des jeweiligen Loses zu dem angebotenen Preis pro mg Jod anzufordern (Mindestmenge). Der Auftraggeber ist berechtigt, eine Menge von bis zu 120 % der genannten Mengen der beiden Lose zu dem angebotenen Preis pro mg Jod anzufordern (Maximalmenge)".

In Ergänzung dieser Festlegung hat die Antragsgegnerin in Beantwortung der Bieteranfrage 12 festgelegt, dass die Mengenanpassung für alle Fläschchen, also unabhängig von der Fläschchengröße, gilt. Auf diese Festlegung ist auch der Geschäftsführer der Antragstellerin zu verweisen, soweit er in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat (Protokoll Seite 6), die Antragstellerin würde "für eine richtige Kalkulation als Zusatz zu den Mengenangaben in der Ausschreibung eine Menge, deren Abnahme garantiert wird, benötigen. Eine Abnahmegarantie ist in der Ausschreibung nicht enthalten". Der Senat hält die Mengengarantie, wie sie im Punkt 4.3 des Leistungsverzeichnisses festgelegt ist, für die Kalkulation eines angemessenen Angebotes als ausreichend, zumal die Parteien übereinstimmend vorgebracht haben (Protokoll Seite 6/7), dass das gegenständliche Mengengerüst auch die Grundlage für eine vor-angegangene Ausschreibung in genau derselben Zusammensetzung gewesen ist. Die damalige Ausschreibung, der genau das gegenständliche Mengengerüst zugrunde lag, hat die Antragstellerin gewonnen, sodass sie durch die nunmehr angefochtenen Festlegungen kaum beschert sein kann.

Dazu hat die Antragstellerin vorgebracht, dass sich in der Ausführung dieses Auftrages gezeigt habe, dass es innerhalb der unterschiedlichen Packungsgrößen große Abweichungen gegeben habe, die innerhalb der einzelnen Packungsgrößen über 20 % gelegen seien. Für den Geschäftsführer der Antragstellerin wäre eine Kalkulation dann möglich, "wenn wir eine entsprechende Abnahmegarantie für jede Packungsgruppe hätten". Daraufhin hat die Antragsgegnerin vorgebracht, dass die in der Anfragebeantwortung 11 und 12 abgegebene Garantie alle Verpackungsgrößen betreffen würde. Diese in der Anfragebeantwortung 11 und 12 abgegebene Garantie ist als Ergänzung der Ausschreibungsunterlagen Teil derselben geworden und muss daher bei Zustandekommen des Rahmenvertrages auch von der Antragsgegnerin entsprechend beachtet werden. In diesem Zusammenhang hat die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung auch erklärt, dass sie die Garantieerklärung einhalten werde, zumal ihr dadurch keine Nachteile entstehen könnten. Sollte am Ende der Zweijahreslaufzeit des Rahmenvertrages noch eine abzunehmende Menge offen sein, würde dies kein Problem darstellen, weil die Antragsgegnerin diese Fläschchen wegen ihrer Haltbarkeit auf Lager legen könnte (Protokoll Seite 8). Damit stellt sich das Problem der Mengenanpassung, wie es von der Antragstellerin behauptet wurde, nicht. Damit ist eine ausreichende detaillierte und kalkulierbare Leistungsbeschreibung gegeben (vgl. VwGH 28.3.2008, 2006/04/0030), weshalb der Beschwerde auch in diesen beiden Punkten nicht stattzugeben war. Dazu hat die Antragstellerin vorgebracht, dass sich in der Ausführung dieses Auftrages gezeigt habe, dass es innerhalb der unterschiedlichen Packungsgrößen große Abweichungen gegeben habe, die innerhalb der einzelnen Packungsgrößen über 20 % gelegen seien. Für den Geschäftsführer der

Antragstellerin wäre eine Kalkulation dann möglich, "wenn wir eine entsprechende Abnahmegarantie für jede Packungsgruppe hätten". Daraufhin hat die Antragsgegnerin vorgebracht, dass die in der Anfragebeantwortung 11 und 12 abgegebene Garantie alle Verpackungsgrößen betreffen würde. Diese in der Anfragebeantwortung 11 und 12 abgegebene Garantie ist als Ergänzung der Ausschreibungsunterlagen Teil derselben geworden und muss daher bei Zustandekommen des Rahmenvertrages auch von der Antragsgegnerin entsprechend beachtet werden. In diesem Zusammenhang hat die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung auch erklärt, dass sie die Garantieerklärung einhalten werde, zumal ihr dadurch keine Nachteile entstehen könnten. Sollte am Ende der Zweijahreslaufzeit des Rahmenvertrages noch eine abzunehmende Menge offen sein, würde dies kein Problem darstellen, weil die Antragsgegnerin diese Fläschchen wegen ihrer Haltbarkeit auf Lager legen könnte (Protokoll Seite 8). Damit stellt sich das Problem der Mengenanpassung, wie es von der Antragstellerin behauptet wurde, nicht. Damit ist eine ausreichende detaillierte und kalkulierbare Leistungsbeschreibung gegeben vergleiche VwGH 28.3.2008, 2006/04/0030), weshalb der Beschwerde auch in diesen beiden Punkten nicht stattzugeben war.

Unter Punkt 6.8 bringt die Antragstellerin vor, dass nach § 19 Abs. 5 BVergG 2006 im Vergabeverfahren zwingend auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung Bedacht zu nehmen sei. Im konkreten Fall "wurden ökologische Aspekte jedoch überhaupt nicht berücksichtigt." Unter Punkt 6.8 bringt die Antragstellerin vor, dass nach Paragraph 19, Absatz 5, BVergG 2006 im Vergabeverfahren zwingend auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung Bedacht zu nehmen sei. Im konkreten Fall "wurden ökologische Aspekte jedoch überhaupt nicht berücksichtigt."

Dies wird von der Antragsgegnerin entschieden bestritten und ausgeführt, wie ein öffentlicher Auftraggeber dieser in den allgemeinen Grundsätzen eines Vergabeverfahrens festgehaltenen Zielbestimmung des BVergG 2006 entspreche, ihm überlassen sei. Alles andere würde im Widerspruch zu anderen gesetzlich verbindlichen Zielen wie z.B. den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit stehen.

Wie die Ausschreibungsunterlagen erweisen, hat die Antragsgegnerin ihrer Verpflichtung zur Berücksichtigung der Umweltgerechtigkeit der Leistung ohnedies entsprochen. Dazu ist auf Punkt 8 der Besonderen Angebotsbestimmungen zu verweisen, in der ausdrücklich die "Umweltgerechtigkeit der angebotenen Produkte" verlangt wird. Danach sind etwa Produkte bzw. Verpackungsmaterialien, die PVC oder andere halogenierte Kunststoffe oder halogenierte Kohlenwasserstoffe enthalten, unerwünscht und dürfen nicht angeboten werden. Die Bieter werden verhalten, über Verlangen des Auftraggebers auf ihre Kosten ein Zertifikat beizubringen, in dem bestätigt wird, dass alle Leistungspositionen keine PVC-haltigen Produkte, keine anderen halogenierten Kunststoffe sowie keine Produkte enthalten, die unter Verwendung von halogenierten Kohlenwasserstoffen hergestellt wurden. Auch bei der Wahl der Fläschchengröße hat die Antragsgegnerin auf Umweltgesichtspunkte Rücksicht genommen um zu vermeiden, dass bei größeren Gebinden bereits angebrochene, aber nur teilweise verwendete Fläschchen, ausgeschieden werden müssen.

Nach Ansicht des Senates verstößt die Ausschreibung nicht gegen die Bestimmung des § 19 Abs. 5 BVergG 2006, weil von der Antragsgegnerin ökologische Gesichtspunkte in ausreichender Weise berücksichtigt wurden. Nach Ansicht des Senates verstößt die Ausschreibung nicht gegen die Bestimmung des Paragraph 19, Absatz 5, BVergG 2006, weil von der Antragsgegnerin ökologische Gesichtspunkte in ausreichender Weise berücksichtigt wurden.

Unter Punkt 6.9. macht die Antragstellerin eine unzulässige Änderung von Zuschlagskriterien geltend, weil die Antragsgegnerin in der mit 8.8.2013 datierten Beantwortung der Frage 15 ausgeführt hat:

"Die Bewertung dieses Zuschlagskriteriums wird insofern klargestellt, als im Punkt

11.1.2 ("Lieferzeit") ein zweiter Absatz mit folgendem Wortlaut eingefügt wird:

Da dieses Kriterium mit 3 % gewichtet ist, wird die erhaltene Punktezahl mit dem Faktor 1,5 multipliziert". In dieser Anfragebeantwortung erblickt die Antragstellerin eine unzulässige Änderung eines Zuschlagskriteriums während des laufenden Vergabeverfahrens.

Dazu hat die Antragsgegnerin vorgebracht, bei dieser Anfragebeantwortung handle es sich um eine "Klarstellung von zwei - bis dahin wohl missverständlichen - Regelungen in den Ausschreibungsunterlagen. Einerseits sah Punkt 7.2 "Lieferzeit" des Leistungsverzeichnisses eine maximal erreichbare Punkteanzahl von zwei (für die Verkürzung der Lieferzeit auf einen Werktag) vor, andererseits gewichtete Punkt

11.1.1 der Besonderen Angebotsbestimmungen dieses Zuschlagskriterium mit 3 %. Durch die mit der Anfragebeantwortung vom 8.8.2013 eingeführte Festlegung würden diese missverständlichen Regelungen im Wege

einer Gewichtungsregelung (Einführung eines Faktors von 1,5) klargestellt." Dabei handle es sich um eine Änderung während offener Angebotsfrist.

Die Argumentation der Antragsgegnerin wird vom Senat geteilt. Gegenständlich hat die Antragstellerin die Ausschreibung der Antragsgegnerin fristgerecht angefochten. Die Angebotsfrist wurde von der Antragsgegnerin aufgrund dieser Anfechtung entsprechend verlängert. Eine Änderung der Ausschreibungsbedingungen innerhalb offener Angebotsfrist ist der Auftraggeberin jederzeit möglich. Ein Verbot der Änderung von Zuschlagskriterien gilt nach ständiger Rechtsprechung ausschließlich für die Zeit nach Ablauf der Angebotsfrist. Zutreffend verweist die Antragsgegnerin auch darauf, dass in der von der Antragstellerin angefochtenen Änderung eine derart weitgehende Abänderung des Zuschlagskriteriums bzw. der Ausschreibungsbedingungen, die zu einem Widerruf der Ausschreibung verpflichten würden, nicht vorliegt. Durch die Einführung des Faktors wird weder der Bieterkreis geändert noch stellt sie sich sonst als wesentliche Änderung der Ausschreibungsbedingungen dar (VwGH 29.6.2005, 2002/04/0180).

Aus diesen Gründen war der Anfechtung der Antragstellerin in diesem Punkt gleichfalls nicht Folge zu geben.

Nachdem bereits im Zuge der Behandlung der einzelnen, von der Antragstellerin als rechtswidrig angefochtenen Festlegungen in der Ausschreibung jeweils auch eine konkrete rechtliche Beurteilung vorgenommen wurde, ist ergänzend auszuführen:

Nach § 78 Abs. 3 BVergG 2006 sind die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und - sofern nicht eine funktionale Leistungsbeschreibung gemäß § 95 Abs. 3 erfolgt - ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können. Dazu hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass die von der Antragstellerin hilfsweise geltend gemachten Rechtswidrigkeiten einzelner Festlegungen im Leistungsverzeichnis bzw. den Angebotsbestimmungen nicht vorliegen. Vielmehr erweisen sich die Ausschreibungsunterlagen in ihrer Gesamtheit als durchaus geeignet, den Vorgaben des Vergaberechts entsprechend, zu vergleichbaren Angeboten zu führen. Nach Ansicht des Senates wird durch keine der angefochtenen Bestimmungen ein Bieter daran gehindert, sein Angebot ohne Übernahme nicht vertretbarer oder unzumutbarer Risiken zu kalkulieren. Aus diesen Gründen war daher sowohl der Antrag auf Nichtigklärung der gesamten Ausschreibung als auch die hilfsweise gestellten Anträge auf Nichtigklärung einzelner Festlegungen abzuweisen. Nach Paragraph 78, Absatz 3, BVergG 2006 sind die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und - sofern nicht eine funktionale Leistungsbeschreibung gemäß Paragraph 95, Absatz 3, erfolgt - ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können. Dazu hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass die von der Antragstellerin hilfsweise geltend gemachten Rechtswidrigkeiten einzelner Festlegungen im Leistungsverzeichnis bzw. den Angebotsbestimmungen nicht vorliegen. Vielmehr erweisen sich die Ausschreibungsunterlagen in ihrer Gesamtheit als durchaus geeignet, den Vorgaben des Vergaberechts entsprechend, zu vergleichbaren Angeboten zu führen. Nach Ansicht des Senates wird durch keine der angefochtenen Bestimmungen ein Bieter daran gehindert, sein Angebot ohne Übernahme nicht vertretbarer oder unzumutbarer Risiken zu kalkulieren. Aus diesen Gründen war daher sowohl der Antrag auf Nichtigklärung der gesamten Ausschreibung als auch die hilfsweise gestellten Anträge auf Nichtigklärung einzelner Festlegungen abzuweisen.

Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 19.8.2013 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 19.8.2013 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

Die Entscheidung über das Kostenersatzbegehren gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; da die Antragsgegnerin nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens (12.8.2013) dem Anfechtungsbegehren der Antragstellerin (Anfechtungspunkt 6.2) insoweit entsprochen hat, als sie das gerügte Ende der Angebotsfrist auf den 16.10.2013 erstreckt hat, hat sie die Antragstellerin diesbezüglich klaglos gestellt. Damit hat sie aber der somit teilweise obsiegenden Antragstellerin gemäß § 19 Abs. 1 WVRG 2007 die von dieser entrichteten Pauschalgebühren wie aus dem Spruche ersichtlich, zu ersetzen. Die Entscheidung über das Kostenersatzbegehren gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; da die Antragsgegnerin nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens (12.8.2013) dem Anfechtungsbegehren der Antragstellerin (Anfechtungspunkt 6.2) insoweit entsprochen hat, als sie

das gerügte Ende der Angebotsfrist auf den 16.10.2013 erstreckt hat, hat sie die Antragstellerin diesbezüglich klaglos gestellt. Damit hat sie aber der somit teilweise obsiegenden Antragstellerin gemäß Paragraph 19, Absatz eins, WVRG 2007 die von dieser entrichteten Pauschalgebühren wie aus dem Spruche ersichtlich, zu ersetzen.

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; Abweisung; Keine Änderung der Eignungskriterien; Vergaberechtliche unbedenkliche Bestimmungen;

Zuletzt aktualisiert am

21.01.2014

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