

TE Verg Bescheid 2012/2/3 N/0004-BVA/10/2012-38

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 03.02.2012

Norm

BVergG 2006 §325

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §2 Z26 litd

BVergG 2006 §118 Abs5 Z2

BVergG 2006 §118 Abs6 Z3

BVergG 2006 §123

BVergG 2006 §125

AMG §59 Abs1

ApothekenG §8a

ABO 2005 §11

ABO 2005 §66a

1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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 § 118 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 118 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 118 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 118 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 118 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 118 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. AMG § 59 heute
2. AMG § 59 gültig ab 01.01.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 186/2023
3. AMG § 59 gültig von 25.06.2015 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 48/2013
4. AMG § 59 gültig von 13.03.2013 bis 24.06.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 48/2013
5. AMG § 59 gültig von 02.01.2006 bis 12.03.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 153/2005
6. AMG § 59 gültig von 01.01.2006 bis 01.01.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 107/2005
7. AMG § 59 gültig von 30.04.2004 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 35/2004
8. AMG § 59 gültig von 01.08.1996 bis 29.04.2004 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 379/1996
9. AMG § 59 gültig von 17.02.1994 bis 31.07.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 107/1994
10. AMG § 59 gültig von 01.01.1989 bis 16.02.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 748/1988

1. ABO 2005 § 11 heute
2. ABO 2005 § 11 gültig ab 04.01.2025 zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 2/2025
3. ABO 2005 § 11 gültig von 28.12.2010 bis 03.01.2025 zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 474/2010
4. ABO 2005 § 11 gültig von 09.03.2005 bis 27.12.2010

1. ABO 2005 § 66a heute
2. ABO 2005 § 66a gültig ab 04.01.2025 zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 2/2025
3. ABO 2005 § 66a gültig von 28.12.2010 bis 03.01.2025 zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 474/2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 10 bestehend aus Mag. Hubert Reisner als Vorsitzendem sowie Dr. Walter Fuchs als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Ulrich E. Zellenberg als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Lieferung von Impfstoff gegen Frühsommermeningoenzephalitis (FSME) samt Impfbedarf" des Auftraggebers Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB) vertreten durch die vergebende Stelle SVD Büromanagement GmbH vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH eingeleitet über Antrag der A*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH vom 9. Jänner 2012 wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag der A***, "die Entscheidung, die Rahmenvereinbarung über die Lieferung von FSME-Impfstoff samt Impfbedarf mit einem Unternehmer, der Bietergemeinschaft Firma B*** und C***, abzuschließen, für nichtig zu erklären", wird insofern stattgegeben, als im Vergabeverfahren "Lieferung von Impfstoff gegen Frühsommermeningoenzephalitis (FSME) samt Impfbedarf" die Entscheidung des Auftraggebers Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), vom 28. Dezember 2012, die Rahmenvereinbarung über die Lieferung von FSME-Impfstoff samt Impfbedarf mit einem Unternehmer, der Bietergemeinschaft Firma B*** und C***, abzuschließen für nichtig erklärt wird.

Rechtsgrundlage: § 325 Abs 1 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 325, Absatz eins, BVergG

II.römisch zwei.

Dem Antrag der A***, "der Auftraggeberin aufzutragen, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren für diesen Nachprüfungsantrag binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu bezahlen", wird stattgegeben. Die Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB) ist verpflichtet, der A*** die entrichteten Pauschalgebühren von Euro 2.627 binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides zu Händen ihres Rechtsvertreters zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergGRechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien und Gang des Verfahrens

Die A*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 9. Jänner 2012 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Eventualanträgen zu durch einstweilige Verfügung anzuordnenden Maßnahmen, Anträge auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG, auf Akteneinsicht gemäß § 17 AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie den Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung, die Rahmenvereinbarung über die Lieferung von FSME-Impfstoff samt Impfbedarf mit einem Unternehmer, der Bietergemeinschaft Firma B*** und C***, abzuschließen. Sie bringt im Wesentlichen vor, dass das Interesse am Vertragsabschluss in der Erlangung eines wesentlichen Referenzprojektes bestehe und sich in der Beteiligung am gegenständlichen Vergabeverfahren und der Einbringung des Nachprüfungsantrags zeige. Der Schaden bestehe im entgangenen Gewinn in der Höhe von etwa 5 % des Gesamtpreises, dem möglicherweise frustrierten Aufwand für die Angebotserstellung in der Höhe von rund Euro 3.600, Rechtsberatungs- und -vertretungskosten in der Höhe von bisher etwa Euro 7.500, den entrichteten Pauschalgebühren und dem Verlust eines maßgeblichen Referenzprojektes. Sie erachtet sich in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie insbesondere im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf vergaberechts- und ausschreibungskonforme Angebotsprüfung und Billigstbieterermittlung, im Recht auf Nichtabweichen von den Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, im Recht auf vergabekonforme Verlesung der Angebote sowie vergaberechtskonforme Abfassung der Niederschrift der Angebotsöffnung, im Recht auf Durchführung einer vergaberechtskonformen vertieften Angebotsprüfung, im Recht auf Ausscheiden eines Angebots, das eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweist, im Recht auf Ausscheiden eines Angebots, das eine ausschreibungswidrige bzw gegen das Arzneimittelgesetz verstoßende Auslieferung von Impfstoffen vorsieht, im Recht auf Ausscheiden eines Angebots wegen unzulässiger

Die A*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 9. Jänner 2012 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Eventualanträgen zu durch einstweilige Verfügung anzuordnenden Maßnahmen, Anträge auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG, auf Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie den Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung, die Rahmenvereinbarung über die Lieferung von FSME-Impfstoff samt Impfbedarf mit einem Unternehmer, der Bietergemeinschaft Firma B*** und C***, abzuschließen. Sie bringt im Wesentlichen vor, dass das Interesse am Vertragsabschluss in der Erlangung eines wesentlichen Referenzprojektes bestehe und sich in der Beteiligung am gegenständlichen Vergabeverfahren und der Einbringung des Nachprüfungsantrags zeige. Der Schaden bestehe im entgangenen Gewinn in der Höhe von etwa 5 % des Gesamtpreises, dem möglicherweise frustrierten Aufwand für die Angebotserstellung in der Höhe von rund Euro 3.600, Rechtsberatungs- und -vertretungskosten in der Höhe von bisher etwa Euro 7.500, den entrichteten Pauschalgebühren und dem Verlust eines maßgeblichen Referenzprojektes. Sie erachtet sich in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie insbesondere im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf vergaberechts- und ausschreibungskonforme Angebotsprüfung und Billigstbieterermittlung, im Recht auf Nichtabweichen von den Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, im Recht auf vergabekonforme Verlesung der Angebote sowie vergaberechtskonforme Abfassung der Niederschrift der Angebotsöffnung, im Recht auf Durchführung einer vergaberechtskonformen vertieften Angebotsprüfung, im Recht auf Ausscheiden eines Angebots, das eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweist, im Recht auf Ausscheiden eines Angebots, das eine ausschreibungswidrige bzw gegen das Arzneimittelgesetz verstoßende Auslieferung von Impfstoffen vorsieht, im Recht auf Ausscheiden eines Angebots wegen unzulässiger

Mehrfachbeteiligung eines Bieters bzw Subunternehmers, im Recht auf Nicht-Abschluss der Rahmenvereinbarung mit der in Aussicht genommen Bietergemeinschaft, im Recht auf Abschluss der Rahmenvereinbarung mit dem tatsächlichen Billigstbieter, im Recht, für den Leistungsabruf aus der Rahmenvereinbarung in Aussicht genommen zu werden, im Recht auf Zuschlagserteilung sowie im Recht auf Teilnahme an einem neuerlichen Vergabeverfahren infolge eines allenfalls gebotenen Widerrufs verletzt. Es werde die Auftraggeberentscheidung der SVB vom 28. Dezember 2011 angefochten.

Die behauptete Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung begründet die Antragstellerin im Wesentlichen damit, dass einem Angebot, dessen wesentliche Teile nicht verlesen worden seien, der Zuschlag nicht erteilt werden dürfe. Das Summenblatt teile sich in fünf Positionspreise, die alle für die Bewertung der Angebote relevant seien. Bei der Angebotsöffnung seien jedoch die einzelnen Positionspreise nicht verlesen worden. Das Angebot der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung weise einen ungewöhnlich niedrigen Angebotspreis auf. Die Auftraggeberin habe die verpflichtende vertiefte Angebotsprüfung unterlassen. Dieser Fehler sei nach Erlassung der angefochtenen Entscheidung nicht mehr sanierbar. Das Angebot der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung sei auch deshalb zwingend auszuschneiden, weil sie neben ihrer Lieferantin ein Angebot gelegt habe. Es handle sich um eine verbotene Mehrfachbeteiligung. Da die Lieferantin die Preisbildung ihres Angebots und jenes der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung beeinflusst habe, liege eine gegen den Wettbewerbsgrundsatz verstoßende Abrede vor. Der Preis der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung liege etwa 30 % unter jenem der Antragstellerin und der drittgereihten Bieterin. Das Angebot könne nicht kostendeckend sein. Der Angebotspreis sei zum Leistungsgegenstand unverhältnismäßig und betriebswirtschaftlich nicht erklärbar. Die in Aussicht genommene Partnerin der Rahmenvereinbarung habe unlängst im Rahmen einer Ausschreibung des Landes Steiermark den ausschreibungsgegenständlichen FSME-Impfstoff mit einem Durchschnittspreis von rund Euro 13 angeboten; dh weit über dem im gegenständlichen Vergabeverfahren angebotenen Durchschnittspreis von Euro 8,94. Der Vertrieb des Impfstoffs habe über eine Apotheke zu erfolgen. Die in die Bietergemeinschaft eingebundene Apotheke verfüge nicht über die notwendigen Fahrzeuge, um den Impfstoff auszuliefern. Die Händlerin verfüge über die notwendigen Fahrzeuge, ihr komme aber die Befugnis zur Auslieferung nicht zu. Daher sei das Angebot auch mangels Befugnis auszuschneiden.

Am 12. Jänner 2011 brachte die Bietergemeinschaft 1. B*** und

1. 2.Ziffer 2

C*** vertreten durch Z*** Rechtsanwälte GmbH, in der Folge in Aussicht genommene Partnerin der Rahmenvereinbarung genannt, eine Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein.

Die Auftraggeberin legte am 12. Jänner 2012 die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

Am 12. Jänner 2012 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und beantragte, den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zurück- oder abzuweisen.

Am 16. Jänner 2012 beantragte die in Aussicht genommene Partnerin der Rahmenvereinbarung die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Am 16. Jänner 2012 brachte die Antragstellerin eine Stellungnahme zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein.

Am 18. Jänner 2012 brachte die in Aussicht genommene Partnerin der Rahmenvereinbarung eine Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein.

Am 18. Jänner 2012 brachte die Auftraggeberin eine Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein.

Am 18. Jänner 2012 erließ das Bundesvergabeamt zur Zahl N/0004-BVA/10/2012-EV19 eine einstweilige Verfügung. Darin untersagte es der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, die Rahmenvereinbarung abzuschließen.

Am 20. Jänner 2012 brachte die Auftraggeberin eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag ein. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die Antragstellerin verabsäumt habe, die von ihr bekämpfte gesondert anfechtbare Entscheidung bestimmt zu bezeichnen und deren Anfechtung zu erklären. Der Nachprüfungsantrag sei daher schon aus diesem Grund zurückzuweisen. Zuschlagskriterium sei einzig der niedrigste Preis bezogen auf den Gesamtangebotspreis gewesen. Es habe daher keinerlei Veranlassung gegeben, andere Positionspreise oder

Einheitspreise zu verlesen, mögen sie auch, wie jeder Preisbestandteil, Einfluss auf den Gesamtpreis gehabt haben. Der Preis, den die als Partnerin der Rahmenvereinbarung genannte Bieterin geboten habe, sei nicht ungewöhnlich niedrig. Er bewege sich im Rahmen der Ausschreibung für 2011. Daher habe keine Veranlassung bestanden, eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen. Ein Produkt könne vom Hersteller und von einem Händler angeboten werden. Es wäre äußerst wettbewerbsbeschränkend, wenn ein Auftraggeber die Ausschreibung so gestaltete, dass die Lieferung eines bestimmten Produkts, beispielsweise eine Softwarelizenz, nur vom jeweiligen Hersteller oder einem einzigen Händler angeboten werden dürfte und der Auftraggeber quasi eine vertikale Wettbewerbsabsprache des jeweiligen Produzenten erzwingt, der seine Händler dazu verhalte, bei einer bestimmten Ausschreibung kein Angebot zu legen. Richtigerweise könne und solle es bei einer EU-weiten Ausschreibung zu einem Wettbewerb zwischen unabhängigen Großhändlern kommen, bei dem zahlreiche Anbieter von Lieferleistungen zueinander in den Wettbewerb träten, auch wenn es nur ein einziges oder wenige Produkte gebe, die von diesen Lieferanten angeboten werden könnten. Abgesehen davon könnte sich der Vorwurf, dass ein Bieter sowohl als Hersteller als auch als Zulieferer eines anderen Bieterkonsortiums anbiete, denklogisch nur gegen die drittgereichte Bieterin wenden. Die präsuntive Bestbieterin habe der drittgereichten Bieterin keine Lieferung angeboten und daher auch keine Kenntnis irgendwelcher Kalkulationsbestandteile des drittgereichten Angebots. Das Nichtausscheiden des drittgereichten Angebots sei auch nicht Gegenstand des vorliegenden Nachprüfungsantrags. Zunächst sei darauf hinzuweisen, dass eine Kooperation zwischen Hersteller oder Großhändler und Apotheke langjährige Praxis und bislang auch von den zuständigen Gesundheitsbehörden nicht beanstandet worden sei. Dass Medikamente durch die Apotheke nicht nur "in" der Apotheke abgegeben werden dürften, sondern auch unter Verwendung von Zustelldiensten "durch" die Apotheke sei in den erläuternden Bemerkungen des Gesetzesgebers ausdrücklich angesprochen. Tatsächlich erfülle die Apotheke alle durch § 59 AMG und § 66a Apothekenbetriebsordnung 2005 vorgegebenen Verpflichtungen. Sie trage die Verantwortung für den gesetzeskonformen Transport, die gesetzeskonforme Lagerung und die gesetzeskonforme Abgabe der Impfstoffe im Sinne des AMG. Dass sich die Apotheke bei der Erfüllung ihrer Aufgaben nicht nur eigener Mitarbeiter und Fahrzeuge sondern auch der Mitarbeiter eines weiteren Mitglieds der jeweiligen Bietergemeinschaft zB eines Großhändlers sowie dessen Fuhrparks bediene, sei nicht zu beanstanden und entspreche der langjährigen Praxis, die auch von den zuständigen Gesundheitsbehörden bislang nie kritisiert worden sei. Ergänzend sei darauf hinzuweisen, dass, wenn dieser Vorwurf berechtigt wäre, er in gleicher Weise das Angebot der Antragstellerin träfe, der dann aus diesem Grund keine Antragslegitimation zukäme, sodass deren Nachprüfungsantrag zurückzuweisen wäre. Im Übrigen sei es nicht die Aufgabe des BVA, als Gesundheitsbehörde die praktische Einhaltung des AMG zu überprüfen. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin habe eine gesetzeskonforme Leistungserbringung angeboten. Die Auftraggeberin habe keine Veranlassung, zu bezweifeln, dass die Apotheke als Mitglied des Bieterkonsortiums ihren gesetzlichen und vertraglichen Verpflichtungen auch ordnungsgemäß nachkommen würde. Ob sie dies tun werde, werden die zuständigen Gesundheitsbehörden zu überprüfen und durchzusetzen haben. Die Auftraggeberin beantragte die Zurück-, in eventu Abweisung des Nachprüfungsantrags. Am 20. Jänner 2012 brachte die Auftraggeberin eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag ein. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die Antragstellerin verabsäumt habe, die von ihr bekämpfte gesondert anfechtbare Entscheidung bestimmt zu bezeichnen und deren Anfechtung zu erklären. Der Nachprüfungsantrag sei daher schon aus diesem Grund zurückzuweisen. Zuschlagskriterium sei einzig der niedrigste Preis bezogen auf den Gesamtangebotspreis gewesen. Es habe daher keinerlei Veranlassung gegeben, andere Positionspreise oder Einheitspreise zu verlesen, mögen sie auch, wie jeder Preisbestandteil, Einfluss auf den Gesamtpreis gehabt haben. Der Preis, den die als Partnerin der Rahmenvereinbarung genannte Bieterin geboten habe, sei nicht ungewöhnlich niedrig. Er bewege sich im Rahmen der Ausschreibung für 2011. Daher habe keine Veranlassung bestanden, eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen. Ein Produkt könne vom Hersteller und von einem Händler angeboten werden. Es wäre äußerst wettbewerbsbeschränkend, wenn ein Auftraggeber die Ausschreibung so gestaltete, dass die Lieferung eines bestimmten Produkts, beispielsweise eine Softwarelizenz, nur vom jeweiligen Hersteller oder einem einzigen Händler angeboten werden dürfte und der Auftraggeber quasi eine vertikale Wettbewerbsabsprache des jeweiligen Produzenten erzwingt, der seine Händler dazu verhalte, bei einer bestimmten Ausschreibung kein Angebot zu legen. Richtigerweise könne und solle es bei einer EU-weiten Ausschreibung zu einem Wettbewerb zwischen unabhängigen Großhändlern kommen, bei dem zahlreiche Anbieter von Lieferleistungen zueinander in den Wettbewerb träten, auch wenn es nur ein einziges oder wenige Produkte gebe, die von diesen Lieferanten angeboten werden könnten. Abgesehen davon könnte sich der Vorwurf, dass ein Bieter sowohl als Hersteller als auch als

Zulieferer eines anderen Bieterkonsortiums anbiete, denklösig nur gegen die drittgereichte Bieterin wenden. Die präsumtive Bestbieterin habe der drittgereichten Bieterin keine Lieferung angeboten und daher auch keine Kenntnis irgendwelcher Kalkulationsbestandteile des drittgereichten Angebots. Das Nichtausscheiden des drittgereichten Angebots sei auch nicht Gegenstand des vorliegenden Nachprüfungsantrags. Zunächst sei darauf hinzuweisen, dass eine Kooperation zwischen Hersteller oder Großhändler und Apotheke langjährige Praxis und bislang auch von den zuständigen Gesundheitsbehörden nicht beanstandet worden sei. Dass Medikamente durch die Apotheke nicht nur "in" der Apotheke abgegeben werden dürften, sondern auch unter Verwendung von Zustelldiensten "durch" die Apotheke sei in den erläuternden Bemerkungen des Gesetzesgebers ausdrücklich angesprochen. Tatsächlich erfülle die Apotheke alle durch Paragraph 59, AMG und Paragraph 66 a, Apothekenbetriebsordnung 2005 vorgegebenen Verpflichtungen. Sie trage die Verantwortung für den gesetzeskonformen Transport, die gesetzeskonforme Lagerung und die gesetzeskonforme Abgabe der Impfstoffe im Sinne des AMG. Dass sich die Apotheke bei der Erfüllung ihrer Aufgaben nicht nur eigener Mitarbeiter und Fahrzeuge sondern auch der Mitarbeiter eines weiteren Mitglieds der jeweiligen Bietergemeinschaft zB eines Großhändlers sowie dessen Fuhrparks bediene, sei nicht zu beanstanden und entspreche der langjährigen Praxis, die auch von den zuständigen Gesundheitsbehörden bislang nie kritisiert worden sei. Ergänzend sei darauf hinzuweisen, dass, wenn dieser Vorwurf berechtigt wäre, er in gleicher Weise das Angebot der Antragstellerin träfe, der dann aus diesem Grund keine Antragslegitimation zukäme, sodass deren Nachprüfungsantrag zurückzuweisen wäre. Im Übrigen sei es nicht die Aufgabe des BVA, als Gesundheitsbehörde die praktische Einhaltung des AMG zu überprüfen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe eine gesetzeskonforme Leistungserbringung angeboten. Die Auftraggeberin habe keine Veranlassung, zu bezweifeln, dass die Apotheke als Mitglied des Bieterkonsortiums ihren gesetzlichen und vertraglichen Verpflichtungen auch ordnungsgemäß nachkommen würde. Ob sie dies tun werde, werden die zuständigen Gesundheitsbehörden zu überprüfen und durchzusetzen haben. Die Auftraggeberin beantragte die Zurück-, in eventu Abweisung des Nachprüfungsantrags.

Am 20. Jänner 2012 brachte die in Aussicht genommene Partnerin der Rahmenvereinbarung einen mit "Begründete Einwendungen" betitelten Schriftsatz ein. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass das BVergG keine Verpflichtung normiere, über den Angebotspreis hinaus in Zusammenhang mit dem Preis weitere Angebotsbestandteile bei der Angebotsöffnung zu verlesen. Auch aus den Festlegungen der Ausschreibung ergebe sich keine Verpflichtung zur Verlesung der Positionspreise. Mit Mail vom 21. Dezember 2011 habe die vergebende Stelle eine Übermittlung einer schriftlichen Aufklärung der Preisgestaltung bis 23. Dezember 2011, 12.00 Uhr, angefordert. Die in Aussicht genommene Partnerin der Rahmenvereinbarung habe den Preis damit erklärt, dass sie als Großhändlerin besondere Konditionen bekomme, die sie bei der Angebotslegung weitergeben könne. Die vergebende Stelle habe eine den gesetzlichen Vorgaben entsprechende vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen. Eine verbotene Mehrfachbeteiligung liege nur dann vor, wenn es tatsächlich zu einem Wettbewerbsvorteil gekommen sei. Es müsse eine Einzelfallbetrachtung vorgenommen werden. Der Auftraggeber habe etwaiges wettbewerbswidriges Verhalten konkret nachzuweisen. Könne der Auftraggeber diesen Nachweis nicht erbringen, so sei er nicht berechtigt, das betroffene Angebot auszuschneiden. Die in Aussicht genommene Partnerin der Rahmenvereinbarung könne nur einen der beiden in Österreich zugelassenen Impfstoffe anbieten, wenn sie sich an der gegenständlichen Ausschreibung beteiligen wolle. Die Abgabe von Arzneimitteln sei nicht nur "in" Apotheken sondern auch "durch" Apotheken zulässig, wobei sich die Apotheker zur Zustellung auf ihre Verantwortung auch Dritter bedienen könnten. Es liege daher kein Mangel bei der Befugnis vor. Die in Aussicht genommene Partnerin der Rahmenvereinbarung beantragt, den Nachprüfungsantrag zurück-, in eventu abzuweisen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen und näher bezeichnete Aktenteile von der Akteneinsicht auszunehmen.

Am 20. Jänner 2012 nahm die Antragstellerin zum Umfang der Akteneinsicht Stellung.

Am 26. Jänner 2012 nahm die Antragstellerin zum bisherigen Vorbringen der übrigen Verfahrensparteien Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die gesondert anfechtbare Entscheidung in Punkt 1.3 des Nachprüfungsantrags wörtlich wiedergegeben worden und damit genau bezeichnet sei. Die Bestimmung in Punkt 1.17.2 der Ausschreibungsunterlage lege fest, dass die "anzubietenden Einheitspreise [...] gem. der unter Pkt. 3.4 vorgegebenen Preisübersicht zu bilden [sind]". Daraus ergebe sich, dass sämtliche (fünf) Positionspreise bewertungsrelevant seien und daher auch zu verlesen gewesen wären. Überdies seien entgegen § 118 Abs 6 BVergG die Namen der Anwesenden nicht in die Niederschrift über die Angebotsöffnung aufgenommen worden. Die Angabe der Auftraggeberin, sie habe keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt, sondern die Preise lediglich "hinterfragt",

sei unrichtig. Wie sich aus dem E-Mail vom 21. Dezember 2012 ergebe, habe sie eine schriftliche Aufklärung der Preisbildung angefordert. Eine derartige Aufklärung habe nicht stattgefunden, weil sie inhaltsleer sei. Das Angebot der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung sei auszuschneiden gewesen. Auch habe die Auftraggeberin inhaltlich keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt. Sie hätte den Preis des Impfstoffs im Angebot der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung wegen des deutlich höheren Preises des identen Impfstoffs im Angebot der Herstellerin dieses Impfstoffs hinterfragen müssen. Die Auftraggeberin hätte einen Sachverständigen beiziehen müssen. Die in Aussicht genommene Partnerin der Rahmenvereinbarung habe dadurch gegen Punkt 3.5 der Ausschreibung verstoßen, dass sie selbst und nicht eine Auslieferungspothke die Lieferung durchführen wolle. Daher wäre das Angebot aus diesem Grund auszuschneiden. Die Beteiligung eines Pharmagroßhändlers und eines Herstellers an derselben Ausschreibung, wobei dasselbe Produkt zu stark unterschiedlichen Preisen angeboten werde, deute auf eine gegen den Wettbewerbsgrundsatz verstoßende Vereinbarung hin. Es werde auf die Kalkulation sowohl des erst- als auch des drittgerihten Bieters bestimmend Einfluss genommen. Diese Angebote seien wegen einer Verletzung des Wettbewerbsgrundsatzes iSd § 129 Abs 1 Z 8 BVergG oder wegen einer Vereinbarung über die Preisbildung iSd PunktesAm 26. Jänner 2012 nahm die Antragstellerin zum bisherigen Vorbringen der übrigen Verfahrensparteien Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die gesondert anfechtbare Entscheidung in Punkt 1.3 des Nachprüfungsantrag wörtlich wiedergegeben worden und damit genau bezeichnet sei. Die Bestimmung in Punkt 1.17.2 der Ausschreibungsunterlage lege fest, dass die "anzubietenden Einheitspreise [...] gem. der unter Pkt. 3.4 vorgegebenen Preisübersicht zu bilden [sind]". Daraus ergebe sich, dass sämtliche (fünf) Positionspreise bewertungsrelevant seien und daher auch zu verlesen gewesen wären. Überdies seien entgegen Paragraph 118, Absatz 6, BVergG die Namen der Anwesenden nicht in die Niederschrift über die Angebotsöffnung aufgenommen worden. Die Angabe der Auftraggeberin, sie habe keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt, sondern die Preise lediglich "hinterfragt", sei unrichtig. Wie sich aus dem E-Mail vom 21. Dezember 2012 ergebe, habe sie eine schriftliche Aufklärung der Preisbildung angefordert. Eine derartige Aufklärung habe nicht stattgefunden, weil sie inhaltsleer sei. Das Angebot der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung sei auszuschneiden gewesen. Auch habe die Auftraggeberin inhaltlich keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt. Sie hätte den Preis des Impfstoffs im Angebot der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung wegen des deutlich höheren Preises des identen Impfstoffs im Angebot der Herstellerin dieses Impfstoffs hinterfragen müssen. Die Auftraggeberin hätte einen Sachverständigen beiziehen müssen. Die in Aussicht genommene Partnerin der Rahmenvereinbarung habe dadurch gegen Punkt 3.5 der Ausschreibung verstoßen, dass sie selbst und nicht eine Auslieferungspothke die Lieferung durchführen wolle. Daher wäre das Angebot aus diesem Grund auszuschneiden. Die Beteiligung eines Pharmagroßhändlers und eines Herstellers an derselben Ausschreibung, wobei dasselbe Produkt zu stark unterschiedlichen Preisen angeboten werde, deute auf eine gegen den Wettbewerbsgrundsatz verstoßende Vereinbarung hin. Es werde auf die Kalkulation sowohl des erst- als auch des drittgerihten Bieters bestimmend Einfluss genommen. Diese Angebote seien wegen einer Verletzung des Wettbewerbsgrundsatzes iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG oder wegen einer Vereinbarung über die Preisbildung iSd Punktes

1.9.6 der Ausschreibung auszuschneiden. Die Auslieferung der Impfstoffe müsse gemäß § 59 Abs 1 AMG durch Apotheken erfolgen. Diese können sich nur des apothekeneigenen Zustelldienstes bedienen. Die Heranziehung Dritter sei unzulässig. Auch sei die Apotheke nur befugt, dringend benötigte Arzneimittel in einem engen Umkreis um die Apotheke auszuliefern. Es bedürfe einer Genehmigung der örtlich zuständigen Landesgeschäftsstelle der Österreichischen Apothekerkammer. Eine solche Genehmigung liege für keines der beiden Mitglieder der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung vor. Die Impfstoffe seien keine dringend benötigten Arzneimittel. Im Angebot der Antragstellerin werde die Lieferung der Impfstoffe durch die Apotheke selbst durchgeführt. Es sei Aufgabe des Bundesvergabeamtes zu prüfen, ob der Auftraggeber sichergestellt habe, dass die Leistungserbringung im Einklang mit der Rechtsordnung erfolge. 1.9.6 der Ausschreibung auszuschneiden. Die Auslieferung der Impfstoffe müsse gemäß Paragraph 59, Absatz eins, AMG durch Apotheken erfolgen. Diese können sich nur des apothekeneigenen Zustelldienstes bedienen. Die Heranziehung Dritter sei unzulässig. Auch sei die Apotheke nur befugt, dringend benötigte Arzneimittel in einem engen Umkreis um die Apotheke auszuliefern. Es bedürfe einer Genehmigung der örtlich zuständigen Landesgeschäftsstelle der Österreichischen Apothekerkammer. Eine solche Genehmigung liege für keines der beiden Mitglieder der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung

vor. Die Impfstoffe seien keine dringend benötigten Arzneimittel. Im Angebot der Antragstellerin werde die Lieferung der Impfstoffe durch die Apotheke selbst durchgeführt. Es sei Aufgabe des Bundesvergabebeamten zu prüfen, ob der Auftraggeber sichergestellt habe, dass die Leistungserbringung im Einklang mit der Rechtsordnung erfolge.

Am 27. Jänner 2012 nahm die in Aussicht genommene Partnerin der Rahmenvereinbarung zum Schriftsatz der Auftraggeberin Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass § 8a Apothekengesetz nicht anwendbar sei, weil es sich bei den Impfstoffen nicht um dringend benötigte Arzneimittel handle. Bei Beschränkung auf apothekeneigene Zustelleinrichtungen könne die Antragstellerin nur im Umkreis von 4 km um den Standort der Apotheke zustellen und den Auftrag nicht durchführen. Ihr Nachprüfungsantrag wäre mangels Antragslegitimation zurückzuweisen. Am 27. Jänner 2012 nahm die in Aussicht genommene Partnerin der Rahmenvereinbarung zum Schriftsatz der Auftraggeberin Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass Paragraph 8 a, Apothekengesetz nicht anwendbar sei, weil es sich bei den Impfstoffen nicht um dringend benötigte Arzneimittel handle. Bei Beschränkung auf apothekeneigene Zustelleinrichtungen könne die Antragstellerin nur im Umkreis von 4 km um den Standort der Apotheke zustellen und den Auftrag nicht durchführen. Ihr Nachprüfungsantrag wäre mangels Antragslegitimation zurückzuweisen.

Am 30. Jänner 2012 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabebeamten statt. Der Rechtsvertreter der Antragstellerin brachte zur Stellungnahme der präsuntiven Zuschlagsempfängerin vor, § 59 Abs 2 Arzneimittelgesetz behalte die Abgabe von Arzneimitteln an Patienten den Apotheken vor. Die Abgabe durch Arzneimittelgroßhändler wie der B*** sei nur im Rahmen des § 57 Abs 1 AMG und die dort taxativ aufgezählten Abnehmer erlaubt. Daraus ergebe sich aber, dass der B*** die direkte Abgabe von Arzneimitteln an Sozialversicherungsträger - wie der Auftraggeberin - untersagt sei. Dies gelte umso mehr, wenn die Ausführungen der präsuntiven Zuschlagsempfängerin der Stellungnahme vom 27. Jänner 2012, dass § 8a Apothekengesetz im gegenständlichen Fall nicht anwendbar sei, richtig seien. Am 30. Jänner 2012 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabebeamten statt. Der Rechtsvertreter der Antragstellerin brachte zur Stellungnahme der präsuntiven Zuschlagsempfängerin vor, Paragraph 59, Absatz 2, Arzneimittelgesetz behalte die Abgabe von Arzneimitteln an Patienten den Apotheken vor. Die Abgabe durch Arzneimittelgroßhändler wie der B*** sei nur im Rahmen des Paragraph 57, Absatz eins, AMG und die dort taxativ aufgezählten Abnehmer erlaubt. Daraus ergebe sich aber, dass der B*** die direkte Abgabe von Arzneimitteln an Sozialversicherungsträger - wie der Auftraggeberin - untersagt sei. Dies gelte umso mehr, wenn die Ausführungen der präsuntiven Zuschlagsempfängerin der Stellungnahme vom 27. Jänner 2012, dass Paragraph 8 a, Apothekengesetz im gegenständlichen Fall nicht anwendbar sei, richtig seien.

Dass in § 59 Abs 1 AMG nicht mehr von der Abgabe in Apotheken, sondern durch Apotheken die Rede sei, ändere nichts daran, dass Arzneimittelgroßhändler nicht direkt an Sozialversicherungsträger oder deren regionalen Stellen liefern dürften. Wäre dies anders, dann würde § 57 Abs 1 AMG seines Anwendungsbereiches beraubt. Dass in Paragraph 59, Absatz eins, AMG nicht mehr von der Abgabe in Apotheken, sondern durch Apotheken die Rede sei, ändere nichts daran, dass Arzneimittelgroßhändler nicht direkt an Sozialversicherungsträger oder deren regionalen Stellen liefern dürften. Wäre dies anders, dann würde Paragraph 57, Absatz eins, AMG seines Anwendungsbereiches beraubt.

Das Angebot der präsuntiven Zuschlagsempfängerin sei daher auszuschneiden, daran vermöge auch der Verweis der präsuntiven Zuschlagsempfängerin in ihrer Stellungnahme vom 27. Jänner 2012 auf die Entscheidung des OGH vom 22. 6. 1999, 4 Ob 129/99w, nichts zu ändern. Dabei handle es sich lediglich um einen Beschluss des OGH in einem Sicherungsverfahren auf Basis eines Revisionsrekurses gegen eine einstweilige Verfügung. Entscheidungsgegenständlich sei dabei nur die Frage gewesen, ob eine bestimmte Vertriebsform als Versandhandel iSd § 59 Abs 9 AMG zu qualifizieren sei. Nur diese Frage sei vom OGH geprüft worden. Keinesfalls sei vom OGH ausgesprochen worden, dass Lieferungen schon dann dem AMG entsprächen, wenn sie im Auftrag einer Apotheke erfolgten. Die Entscheidung des OGH sei daher für den gegenständlichen Fall unerheblich und vermöge die Auslieferung durch die B*** nicht zu rechtfertigen. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin irre in Punkt 2.3 ihrer Stellungnahme, wenn sie meine, dass das Angebot der Antragstellerin gesetzwidrig sei. Im Angebot der Antragstellerin sei die Abgabe durch Apotheken vorgesehen. Arzneimittel dürften gemäß § 11 ABO überdies nicht nur im Rahmen apothekeneigener Zustelleinrichtungen, sondern auch in begründeten Einzelfällen außerhalb der Apotheke ohne Beschränkung des Umkreises zugestellt werden. Das Angebot der Antragstellerin sei daher gesetzes- und ausschreibungskonform. Das Angebot der präsuntiven Zuschlagsempfängerin sei daher auszuschneiden, daran vermöge auch der Verweis der präsuntiven Zuschlagsempfängerin in ihrer Stellungnahme vom 27. Jänner 2012 auf die

Entscheidung des OGH vom 22. 6. 1999, 4 Ob 129/99w, nichts zu ändern. Dabei handle es sich lediglich um einen Beschluss des OGH in einem Sicherungsverfahren auf Basis eines Revisionsrekurses gegen eine einstweilige Verfügung. Entscheidungsgegenständlich sei dabei nur die Frage gewesen, ob eine bestimmte Vertriebsform als Versandhandel iSd Paragraph 59, Absatz 9, AMG zu qualifizieren sei. Nur diese Frage sei vom OGH geprüft worden. Keinesfalls sei vom OGH ausgesprochen worden, dass Lieferungen schon dann dem AMG entsprächen, wenn sie im Auftrag einer Apotheke erfolgten. Die Entscheidung des OGH sei daher für den gegenständlichen Fall unerheblich und vermöge die Auslieferung durch die B*** nicht zu rechtfertigen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin irre in Punkt 2.3 ihrer Stellungnahme, wenn sie meine, dass das Angebot der Antragstellerin gesetzwidrig sei. Im Angebot der Antragstellerin sei die Abgabe durch Apotheken vorgesehen. Arzneimittel dürften gemäß Paragraph 11, ABO überdies nicht nur im Rahmen apothekeneigener Zustelleinrichtungen, sondern auch in begründeten Einzelfällen außerhalb der Apotheke ohne Beschränkung des Umkreises zugestellt werden. Das Angebot der Antragstellerin sei daher gesetztes- und ausschreibungskonform.

Der amtlich geregelte Fabriksabgabepreis liege derzeit über Euro 22 ohne USt. Der derzeit gültige Aktionspreis liegt nach Abzug eines Herstellerrabatts bei Euro 16,90.

Der Fabriksabgabepreis sei von 2011 auf 2012 um 5 % erhöht worden.

Der Rechtsvertreter der Auftraggeberin brachte vor, dass die Angebotsverlesung fehlerlos erfolgt sei, zumal alle Teilnehmer in einer Unterschriftenliste registriert worden seien. Eine Übertragung der Unterschriftenliste in das Angebotsöffnungsprotokoll, sofern ein Daranklammern als nicht ausreichend angesehen würde, stelle keine unzulässige Ergänzung der Angebotsöffnung dar.

Wegen der Preise der Impfkationen der letzten Jahre, insbesondere 2007 und 2011, sei der Preis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht auffallend niedrig und es habe keine vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen werden müssen. Das Volumen der gegenständlichen Ausschreibung sei etwa das Dreifache des Vorjahres, weshalb eine Reduktion der Stückpreise zu erwarten gewesen sei. Zum Vorbringen betreffend angebliches Fehlen einer gesetzeskonformen Abgabe der Impfstoffe der präsumtiven Bestbieterin wandte der Auftraggebervertreter ein, dass in der Ausschreibung eine gesetzeskonforme und ordnungsgemäße Lieferung unter Verwendung einer Auslieferungapotheke gefordert gewesen sei. Diesem Anspruch seien alle Bieter gerecht geworden. Ein angeblicher Verstoß der präsumtiven Bestbieterin gegen das AMG oder Apothekengesetz wäre allenfalls von der Antragstellerin im Rahmen eines UWG-Verfahrens geltend zu machen. Die Auftraggeberin habe keine mangelnde Zuverlässigkeit wegen Verstößen oder Bestrafungen eines der Bieter feststellen können. Im Übrigen werde auf die Ausführungen der präsumtiven Bestbieterin vom 27.1.2012 verwiesen, denen sich die Auftraggeberin anschließe.

Zum angeblichen Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz durch die erst- und drittgeriehete Bieterin: die Beweislast für einen allfälligen Ausscheidensgrund treffe die Auftraggeberin. Weder aus dem Vergabeakt noch aus anderen Informationen sei für die Auftraggeberin erkennbar geworden, dass die präsumtive Biestbieterin über die Kalkulation oder den Preis der drittgeriehten Bieterin vor Angebotsabgabe Kenntnis erlangt hätte. Gerade die heute getätigten Ausführungen der Antragstellerin über den amtlich geregelten Fabriksabgabepreis könnten eine Erklärung für die Preisgestaltung der drittgeriehten Bieterin sein, zumal diese selbst Herstellerin sei; eine wettbewerbsbeschränkende Absprache zwischen diesen beiden Bietern sei für die Auftraggeberin weder erkennbar noch indiziert.

Der Rechtsvertreter der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung brachte zu den soeben gebrachten Ausführungen der Antragstellerin zu den §§ 59 Abs 1 AMG iVm 57 Abs 1 AMG vor, dass festzuhalten sei, dass diese Ausführungen ins Leere gingen. Dies insbesondere aus dem Grund, weil die präsumtive Bestbieterin die Arzneimittel nicht abgebe, und somit kein Großhändler die Arzneimittel abgebe. Vielmehr sei es die C***, die die Arzneimittel abgebe. Ein Ausscheiden der präsumtiven Bestbieterin aus diesem Grund, wie die Antragstellerin beantrage, scheide somit aus. Der Rechtsvertreter der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung brachte zu den soeben gebrachten Ausführungen der Antragstellerin zu den Paragraphen 59, Absatz eins, AMG in Verbindung mit 57 Absatz eins, AMG vor, dass festzuhalten sei, dass diese Ausführungen ins Leere gingen. Dies insbesondere aus dem Grund, weil die präsumtive Bestbieterin die Arzneimittel nicht abgebe, und somit kein Großhändler die Arzneimittel abgebe. Vielmehr sei es die C***, die die Arzneimittel abgebe. Ein Ausscheiden der präsumtiven Bestbieterin aus diesem Grund, wie die Antragstellerin beantrage, scheide somit aus.

Zum Vorbringen der Antragstellerin zur von der präsumtiven Bestbieterin zitierten OGH-Entscheidung sei angemerkt,

dass es in dieser zwar in der Tat um eine Frage des Versandhandels gehe. Von der dahinterstehenden Wertung her sei diese Entscheidung indes sehr wohl auf den gegenständlichen Fall anzuwenden. Nämlich insbesondere aus dem Grund, dass der OGH in dieser Entscheidung ausgesprochen habe, dass kein Versandhandel vorliege, weil eben kein direkter Kontakt zwischen Patienten und Lieferanten bestehe, sondern ein Arzt "dazwischengeschaltet" sei, der es nämlich sei, der ein schriftliches Angebot bekomme. Gemäß dem OGH gebe es also keinen direkten Kontakt zwischen Verkäufer und Patient. Dies sei genauso wie in unserem Fall, daher erkläre der OGH solche Lieferkonstellationen auch als zulässig.

Zur von der Antragstellerin vorgebrachten Berufung auf eine Abgabe "durch" Apotheken iSd § 11 ABO sei anzumerken, dass aus dieser Bestimmung für die Antragstellerin nichts zu gewinnen sei. In der genannten Bestimmung gehe es um Anlassfälle, die "begründete Einzelfälle" darstellten. Ein solcher begründeter Einzelfall liege bei einer dauerhaften Liefertätigkeit auf dem gesamten Bundesgebiet, wie im vorliegenden Fall, indes nicht vor. Auch aus diesem Grund halte die präsumtive Bestbieterin ihren Antrag nach dem Ausscheiden der Antragstellerin wie in Punkt 2.3 der Stellungnahme vom 27. Jänner 2012 vorgebracht, aufrecht. Zur von der Antragstellerin vorgebrachten Berufung auf eine Abgabe "durch" Apotheken iSd Paragraph 11, ABO sei anzumerken, dass aus dieser Bestimmung für die Antragstellerin nichts zu gewinnen sei. In der genannten Bestimmung gehe es um Anlassfälle, die "begründete Einzelfälle" darstellten. Ein solcher begründeter Einzelfall liege bei einer dauerhaften Liefertätigkeit auf dem gesamten Bundesgebiet, wie im vorliegenden Fall, indes nicht vor. Auch aus diesem Grund halte die präsumtive Bestbieterin ihren Antrag nach dem Ausscheiden der Antragstellerin wie in Punkt 2.3 der Stellungnahme vom 27. Jänner 2012 vorgebracht, aufrecht.

Der Projektverantwortliche der Auftraggeberin gab an, dass auf Grund der erstmalig flächendeckend durchgeführten FSME Impfkation mit etwa dreimal so viel zu Impfenden zu rechnen sei.

Der Rechtsvertreter der Auftraggeberin brachte vor, dass sich aus einem internen Aktenvermerk ergebe, dass die Kosten der Einzelspritze mit dem Preis der Impfkation 2011 und einem Aufschlag von 10 % geschätzt worden seien.

Der Rechtsvertreter der Antragstellerin brachte vor, dass die Auftraggeberin die Angebote der Erst- und Drittgereichten auf das Vorliegen wettbewerbswidriger Absprachen hätte prüfen müssen, weil im Fall, dass diese Angebote an erster und zweiter Stelle zu liegen kämen, der erstgereichte Bieter sein Angebot zurückziehen hätte können.

Der Rechtsvertreter der Auftraggeberin brachte vor, das Angebot der B*** sei rechtsgültig unterfertigt und für die Zuschlagsfrist verbindlich gewesen. B*** habe keine Möglichkeit der Zurückziehung gehabt und wäre von der Auftraggeberin selbstverständlich auf Vertragszuhaltung geklagt worden.

Der Rechtsvertreter der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung brachte zu den von der Antragstellerin geäußerten Ausführungen zur vermeintlich unzulässigen Mehrfachbeteiligung vor, dass in diesem Zusammenhang wesentlich sei, dass es nicht hinreiche, dass ein mehrfach beteiligter Bieter möglicherweise Kenntnis über den Inhalt mehrerer (zumindest zweier) eingereichter Angebote gehabt habe. Vielmehr müsse der mehrfach beteiligte Bieter die Preisgestaltung der Angebote tatsächlich beeinflusst haben. Davon könne im gegenständlichen Fall keine Rede sein. Die bloße Kenntnis von anderen Angeboten bzw selbst deren konkreten Inhalts begründe kein wettbewerbswidriges Verhalten (BVA 2. 10. 2001, N-80/01-19). Hinzuweisen sei weiters darauf, dass es am Auftraggeber liege, das Vorliegen verbotener Abreden nachzuweisen. Ein bloßer Verdacht genüge daher nicht. In diesem Sinn dürfe auch das zweimalige Heranziehen der C*** keinesfalls als Indiz einer tatsächlich wettbewerbswidrigen Absprache gewertet werden. Abschließend sei in diesem Zusammenhang noch darauf hingewiesen, dass, falls überhaupt ein Ausscheiden aus dem Grunde in Betracht käme, was nicht der Fall sei, dies höchstens die drittgereichte Partei betreffen könnte, nicht jedoch die präsumtive Bestbieterin. Zur Klarstellung zum E-Mail an die vergebende Stelle vom 22. Dezember 2011, in dem vom Festsetzen wettbewerbsfähiger Preise mit dem Hersteller die Rede sei, sei betont, dass diese Formulierung von einem Nichtjuristen verfasst worden sei und sich selbstverständlich auf den ursprünglichen Lieferpreis nicht jedoch auf die finale Preisgestaltung im Rahmen des Vergabeverfahrens bezogen habe.

2. Sachverhalt

Die Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB) beabsichtigt, ihre Versicherten gegen Frühsommermeningoenzephalitis (FSME) zu impfen. Die erste der drei Teilimpfungen soll am 1. Februar 2012 stattfinden. (Auskunft der Auftraggeberin; eidesstattige Erklärung von D***, leitender Arzt der

Sozialversicherungsanstalt der Bauern, Beilage zu OZ 11) Es ist auch möglich, die zweite Teilimpfung bereits 14 Tage nach der ersten zu geben. (Blg ./3 zu OZ 15)

Eine vollständige Immunisierung gegen FSME erfordert drei Teilimpfungen. Die zweite Teilimpfung kann vier bis zwölf Wochen nach der ersten Teilimpfung stattfinden. Die dritte Teilimpfung soll neun bis zwölf Monate nach der zweiten Teilimpfung stattfinden. (eidesstattige Erklärung von D***, leitender Arzt der Sozialversicherungsanstalt der Bauern, Beilage zu OZ 11; Information auf der Homepage der Auftraggeberin, Blg ./1 zu OZ 15)

Neben der von der Auftraggeberin organisierten Impfkation kann jeder Versicherte sich bei einem niedergelassenen praktischen Arzt gegen FSME impfen lassen. Den nötigen Impfstoff bekommt er in jeder Apotheke. Lieferschwierigkeiten bestehen nicht. (Übereinstimmendes Vorbringen der Antragstellerin und der Auftraggeberin; Information auf der Homepage der Auftraggeberin, Blg ./1 zu OZ 15)

Im Jahr 2011 fand in den Monaten Jänner bis März eine vergleichbare Impfkation gegen FSME für etwa 32.500 Versicherte durch die Auftraggeberin statt. (übereinstimmendes Vorbringen der Antragstellerin und der Auftraggeberin; eidesstattige Erklärung von E***, Abteilungsleiter der Auftraggeberin, Beilage zu OZ 11) Diese Impfkation wurde ausgewertet, auf wesentlich mehr Versicherte ausgeweitet, die sich anmelden mussten und danach die vorliegende Ausschreibung vorbereitet. (Vorbringen der Auftraggeberin; eidesstattige Erklärung von E***, Abteilungsleiter der Auftraggeberin, Beilage zu OZ 11)

Die Kosten pro Spritze lagen im Jahre 2007 unter dem Angebot der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung, in den Jahren 2008 und 2009 deutlich darüber und im Jahr 2010 auch darüber. (Aussage des Vertreters der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung)

Die Impfkation 2012 erfasst etwa dreimal so viele Versicherte wie die Impfkation 2011. (Aussage von D***, Chefarzt der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung)

Zur Beschaffung des Impfstoffs bedient sich die Auftraggeberin der SVD Büromanagement GmbH als vergebende Stelle. (Auskunft der Auftraggeberin; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Auftraggeberin hat eine Rahmenvereinbarung über die Lieferung von unter der Bezeichnung "Lieferung von Impfstoff gegen Frühsommermeningoenzephalitis (FSME) samt Impfbedarf" in einem offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip nach den Regeln für den Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Die Bekanntmachung erfolgte im Amtsblatt der Europäischen Union vom 9. November 2011, 2011/S 215-350713, abgesandt am 7. November 2011, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger zur Zahl L-498195-1b7, abgesandt am 7. November 2011. (Amtliche Einschau unter ted.europa.eu und unter auftrag.at; Auskunft der Auftraggeberin; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Ausschreibung lautet auszugsweise:

"[...]

1.4 Eignungsanforderungen und Eignungsnachweise

1.4.1 Der Bieter und die an Bietergemeinschaften beteiligten Unternehmen müssen für die Durchführung dieses Auftrages die notwendige

- -Strichaufzählung
Befugnis;
- -Strichaufzählung
allgemeine berufliche Zuverlässigkeit;
- -Strichaufzählung
finanzielle und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sowie
- -Strichaufzählung
technische Leistungsfähigkeit

aufweisen und haben hierfür die nachfolgend definierten Eignungskriterien zu erfüllen. Diesbezüglich werden die im Pkt. 1.42. bis 1.4.5. genannten Nachweise festgelegt.

Die vollständigen Nachweise zur technischen Leistungsfähigkeit gemäß Pkt. 1.4.5 sind bereits dem Angebot beizulegen.

Der Bieter bzw. das federführende Mitglied einer Bietergemeinschaft hat seine Eignung und die Eignung von allfälligen Subunternehmern gem. diesen Bedingungen mittels rechtsgültiger Unterfertigung dieser Ausschreibungsunterlagen lt. Pkt. 5 zu bestätigen.

Jede Bietergemeinschaft muss insgesamt über die erforderliche Eignung verfügen. Bei der Bildung von Bietergemeinschaften hat jedes weitere Mitglied dieser Bietergemeinschaft die Eignung der Bietergemeinschaft insgesamt sowie die jeweils eigene Eignung für den selbst übernommenen Leistungsteil mittels der im Anhang (Pkt. 6) befindlichen Erklärung zu bestätigen.

Auf Aufforderung des Auftraggebers sind seitens des Bieters für ihn (bzw. der Mitglieder der Bietergemeinschaft) sowie für allfällige Subunternehmer (auch wenn es sich um ein mit dem Bieter verbundenes Unternehmen handelt) die Nachweise für die Eignung gemäß Punkt 1.4.2., 1.4.3, und 1.4.4 unverzüglich beizubringen.

1.4.2 Nachweis der Befugnis

- -Strichaufzählung

Der Bieter muss nach den Vorschriften seines Herkunftslandes für die Erbringung der angebotenen Leistung befugt sein. Als Nachweis der Befugnis ist nach Maßgabe der Vorschriften des Herkunftslandes des Bieters eine Urkunde über die Eintragung im betreffenden in Anhang VII des BVergG 2006 angeführten Berufs- oder Handelsregister des Herkunftslandes oder die Vorlage der betreffenden in Anhang VII genannten Bescheinigung oder eidesstattlichen Erklärung einzureichen. Für das Herkunftsland Österreich: Der Bieter muss nach den Vorschriften seines Herkunftslandes für die Erbringung der angebotenen Leistung befugt sein. Als Nachweis der Befugnis ist nach Maßgabe der Vorschriften des Herkunftslandes des Bieters eine Urkunde über die Eintragung im betreffenden in Anhang römisch sieben des BVergG 2006 angeführten Berufs- oder Handelsregister des Herkunftslandes oder die Vorlage der betreffenden in Anhang römisch sieben genannten Bescheinigung oder eidesstattlichen Erklärung einzureichen. Für das Herkunftsland Österreich:

- -Strichaufzählung

Firmenbuchauszug (max. 6 Monate alt) und Gewerbeberechtigung

- -Strichaufzählung

Firmenbuchauszug (max, 6 Monate alt) und Gewerbeberechtigung (Konzessionsurkunde) der Lieferapotheke(n)

- -Strichaufzählung

[...]

1.4.3 Nachweis der allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit

- [...]

1.4.4 Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit

- [...]

1.4.5 Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit

Zum Nachweis für die geforderte technische Leistungsfähigkeit hat der Bieter gleichzeitig mit dem Angebot folgende Nachweise vorzulegen:

- -Strichaufzählung

Bescheid(e) des für das Gesundheitswesen zuständige Bundesministeriums über die Zulassung der Impfstoffe in Österreich;

- -Strichaufzählung

Gebrauchsinformation oder Fachinformation über die Impfstoffe, aus der die Zusammensetzung sowie die Eigenschaften und Wirksamkeit hervorgehen.

Die technische Leistungsfähigkeit ist dann gegeben, wenn der Bieter die vorstehend angeführten Nachweise zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe vorlegt.

[...]

1.7 Angebotserstellung, Adresse für die Einreichung, Angebotsöffnung

1.7.1 Die Bedingungen hinsichtlich der Angebotserstellung, der Angebotsfrist, der Einreichung des Angebotes sowie der Angebotsöffnung sind dem Deckblatt der Ausschreibungsunterlagen zu entnehmen.

[...]

1.7.4 Ein Angebot gilt nur dann als ausschreibungsgemäß, wenn es auf den übermittelten Ausschreibungsunterlagen erstellt und in kompletter Form samt geforderten Beilagen, eingereicht wurde. Die Ausschreibungsunterlage ist in allen Teilen vollständig auszufüllen. Die Eintragungen des Bieters sind in dunkler, kopierfähiger Farbe vorzunehmen, wobei die Farben Rot und Grün unzulässig sind.

[...]

1.9 Unterfertigung und Vollständigkeit des Angebotes

[...]

1.9.6 Der Bieter erklärt ausdrücklich, dass er mit anderen Unternehmen keine Vereinbarung über die Preisbildung getroffen hat, und ist sich bewusst, dass eine falsche Abgabe der Erklärung seinen Ausschluss von weiteren Lieferungen bzw. Leistungen zur Folge hat.

1.10 Widersprüche oder Fehler in den Ausschreibungsunterlagen

[...]

1.10.4 Allfällige Berichtigungen und Ergänzungen oder Aufklärungen bei Unklarheiten zu den Ausschreibungsunterlagen bilden einen integrierenden Bestandteil des Angebotes.

1.11 Änderung von Angeboten

Bis zur Angebotsöffnung kann der Bieter sein Angebot ändern oder zurückziehen, wobei alle Änderungen entsprechend dem Angebot gegliedert und übersichtlich sein müssen und der endgültige Angebotspreis leicht und eindeutig erkennbar sein muss. Allfällige Korrekturen von Angaben müssen eindeutig sein und sind unter Angabe des Datums durch Unterschrift zu bestätigen.

1.12 Ausscheiden von Angeboten

Es gelten die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 i.d.g.F. Insbesondere führen folgende Umstände zum Ausscheiden aus dem Verfahren:

- Verweigerung bzw. Nichteinhaltung des Termins für die Erbringung der Eignungsnachweise des Bieters und deren Subunternehmer bzw. der Mitglieder einer Bietergemeinschaft nach Aufforderung des Auftraggebers (siehe Pkt. 1.4.1)

1.13 Leistungsbeschreibung

1.13.1 Die Angebote haben die im Leistungsverzeichnis genannten Zielsetzungen und Grundvoraussetzungen zu berücksichtigen.

1.13.2 Alle in der Ausschreibungsunterlage definierten Kriterien und Anforderungen sind zwingend zu erfüllen. Eine Nichterfüllung führt zum Ausscheiden des Angebotes.

[...]

1.15 Gesamt-/Teilvergabe

Die ausgeschriebenen Leistungen werden als Gesamtleistung in Form einer Rahmenvereinbarung vergeben, wobei mit der gegenständlichen Rahmenvereinbarung für den Auftraggeber keine Abnahmeverpflichtung verbunden ist. Die Legung von Teilangeboten ist unzulässig.

[...]

1.17 Preise

1.17.1 Das Angebot ist vollständig in EURO, ohne Umsatzsteuer, zu erstellen. Lediglich auf dem Summenblatt ist die Angebotssumme inklusive der gesetzlich gültigen Umsatzsteuer anzuführen.

1.17.2 Die anzubietenden Einheitspreise sind gern. der unter Pkt 3.4 vorgegebenen Preisübersicht zu bilden und gelten als unveränderliche Festpreise jedenfalls

[...]

2. VERTRAGSBEDINGUNGEN

[...]

2.1.4 Grundlagen des Vertrages bilden (in der Gültigkeit der Reihe nach):

Abrufschreiben (konkrete Bestellung) des Auftraggebers;

das Angebot des Rahmenvereinbarungspartners;

die Rahmenvereinbarung bzw. die vorliegende Ausschreibung (einschließlich aller Beilagen, Anhänge und allfälliger Berichtigungen und zusätzlichen Ergänzungen seitens der Auftraggeber);

einschlägige österreichische Rechtsvorschriften und die dazu ergangenen Verordnungen sowie

einschlägige europäische Normen, soweit sie die zu erbringende Leistung betreffen.

[...]

2.3 Abruf von Leistungen

[...]

Der Auftraggeber hat die Option, die Rahmenvereinbarung zweimal um jeweils ein Jahr, bis zu einem Maximalausmaß von 3 Jahren, zu verlängern. Diesbezüglich wird spätestens 6 Wochen vor Ablauf der Rahmenvereinbarung eine schriftliche Erklärung hinsichtlich der Verlängerung abgegeben.

[...]

3. LEISTUNGSVERZEICHNIS

[...]

3.2 Ausschreibungsgegenstand

3.2.1 Gegenstand dieser Ausschreibung ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmen mit der Sozialversicherungsanstalt der Bauern über die

Lieferung von Impfstoffen gegen Frühsommermeningoenzephalitis (FSME) samt Impfbedarf

für die im Bereich der Regionalbüros Niederösterreich/Wien, Burgenland, Steiermark, Kärnten, Oberösterreich, Salzburg, Tirol und Vorarlberg des Auftraggebers durchzuführende Zeckenschutzimpfaktion.

3.2.2 Der Auftraggeber verfügt über keine Anstaltsapothek. In Wahrung der rechtlichen Lage hat der Bieter daher den Bezug der FSME-Impfstoffe über eine (oder mehrere) öffentliche Apotheke(n) zu ermöglichen. Der Bieter hat die Apotheke(n) anzuführen (siehe Punkt 3.5) sowie deren Eignung nachzuweisen (siehe dazu Punkt 1.4), wobei bei Nennung mehrerer Apotheken die jeweilige Lieferzuständigkeit bekannt zu geben ist.

3.2.3 Der von der SVB festzulegende Impfzeitraum wird sich über einen Zeitraum vom 10.01. bis 30.04. jeden Kalenderjahres (= erster und letzter Impftermin) erstrecken. Im Pkt. 3.4 wird die Gesamt-Anzahl der Impfstoffe sowie der zusätzliche Impfbedarf, welcher auf Grundlage der Anmeldungen seitens der Versicherten zur Impfaktion 2012 ermittelt wurde, als Kalkulationsgrundlage bekannt gegeben.

Für die Feststellung der benötigten Mengenkontingente für die jährlichen Impfaktionen wird seitens des Auftraggebers im

4. Quartal des laufenden Jahres eine entsprechende Erhebung für das jeweilige Folgejahr vorgenommen. Die Bedarfe an Seren sowie des zusätzlichen Impfbedarfes für die Impfaktion in den Jahren 2013 und 2014 werden daher erst im November/Dezember des laufenden Jahres für das Folgejahr bekannt gegeben.

Die detaillierte Aufteilung der Impfstoffe (Anzahl der Impfstoffe pro Anlieferstelle sowie pro Anlieferung; Verpackungseinheiten pro Anlieferung) sowie des Impfbedarfes wird im Zuge der Bestellung (Abruf) bekannt gegeben. Da es alljährlich zu Ausfällen von Patienten kommt, die im Vorhinein nicht abschätzbar sind, ist dem Auftraggeber ein Rückgaberecht einzuräumen.

Zur besseren Einschätzung des Impfbedarfes des Auftraggebers werden informativ auch die Mengengerüste der Impfaktionen der Jahre 2010 und 2011 bekannt gegeben:

Mengengerüst Impfaktion 2010

Regionale Verteilung Impfstoff

Erwachsene 0,5 ml Impfstoff

Kinder 0,25 ml

NÖ/Bgld 10.600 640

Stmk 4.300 250

Ktn 2.300 150

Mengengerüst Impfaktion 2011

Regionale Verteilung Impfstoff

Erwachsene 0,5 ml Impfstoff

Kinder 0,25 ml

NÖ/Bgld 11.400 500

OÖ / Stmk 10.200 580

Ktn / Sbg 4.700 520

Tirol / Vbg 3.700 400

Anzumerken ist dazu, dass die Impfaktion 2010 nur in den Bundesländern Niederösterreich, Burgenland, Steiermark und Kärnten durchgeführt wurde. Die Impfaktion 2011 wurde im Rahmen eines Pilotprojektes flächendeckender vorgenommen, wobei hier aus allen Bundesländern ausgewählte Bezirke einbezogen wurden. Dies begründet den Anstieg an benötigten Seren des Jahres 2010 zu 2011. Für die Impfaktion 2012 ist nunmehr geplant, das Pilotprojekt generell auf alle Bundesländer ohne bezirksmäßige Einschränkung auszurollen, wodurch sich die im Leistungsverzeichnis angeführten Mengengerüste ergeben. Es ist davon auszugehen, dass der unter Pkt. 3.4. angeführte Bedarf an Seren für die Impfaktion 2012 in den Folgejahren nicht mehr ansteigen wird.

3.2.4 Laut Bundesministerium für Gesundheit sind derzeit in Österreich folgende FSME-Impfstoffe zugelassen:

- -Strichaufzählung
Für Erwachsene und Kinder ab dem vollendeten 16. Lebensjahr der Impfstoff der Firma F*** G*** 0,5 ml;
- -Strichaufzählung
für Erwachsene und Kinder ab dem vollendeten 12. Lebensjahr der Impfstoff der Firma A*** H*** 0,5 ml;
- -Strichaufzählung
für Kinder bis zum vollendeten 16. Lebensjahr der Impfstoff der Firma F*** G*** 0,25 ml;
- -Strichaufzählung
für Kinder bis zum vollendeten 12. Lebensjahr der Impfstoff der Firma A*** H*** 0,25 ml.

Zur Anbotslegung werden die Impfstoffe beider Hersteller zugelassen, wobei aber für Erwachsene und Kinder jeweils der Impfstoff des gleichen Herstellers anzubieten ist.

3.3 Abschluss Rahmenvereinbarung / Angebotsbewertung

Die Bewertung der Angebote erfolgt nach dem Billigstbieterprinzip. Die Rahmenvereinbarung wird mit jenem Bieter abgeschlossen, der das Angebot mit dem niedrigsten Preis gelegt hat.

Für das Bewertungskriterium Preis werden die im Summenblatt ausgewiesenen Positionspreise = Positionssumme und die daraus resultierenden Gesamtsumme (ohne Umsatzsteuer) herangezogen.

3.4 Angebot

Pos. 1) 85.000 Stück in Österreich zugelassener Impfstoff gegen FSME für Erwachsene, Fertigspritze 0,5 ml zu 10 Dosen oder einzeln verpackt

(siehe auch Punkt 2.5.7 der Vertragsbedingungen)

Angebotenes Produkt:

Hersteller:

zum Abgabepreis von Euro/Spritze/exkl. MWSt.

Pos. 2) 5.000 Stück in Österreich zugelassener Impfstoff gegen FSME

für Kinder, Fertigspritze 0,25 ml zu 10 Dosen oder einzeln verpackt

(siehe auch Punkt 2.5.7 der Vertragsbedingungen)

Angebotenes Produkt:

Hersteller:

zum Abgabepreis von Euro/Spritze/exkl. MWSt.

Pos. 3) 32 Pkg. 10 x 500 ml **** Hautdesinfektion H farblos

Preis Euro/5.000 ml/exkl. MWSt.

Pos. 4) 100 Pkg. Zellstofftupfer *****

Rauscher 4 x 5 cm 2 Rollen = 1.000 Stück

Preis Euro/2 Rollen = 1.000 Stück/exkl. MWSt.

Pos. 5) 820 Pkg. Injektionspflaster Nr. *****, 19 x 50 mm zu 100

Stück

Preis Euro/Packung zu 100 Stück/exkl. MWSt.

3.5 Angaben des Bieters hinsichtlich Auslieferungspothke(n) (siehe auch Punkt 1.4 Eignungsanforderungen und Eignungsnachweise)

Die Lieferung und Rechnungslegung erfolgt durch

☐ eine oder ☐ mehrere Apotheken.

Auslieferungspothke:

Anschrift: _____

Ansprechpartner: _____

Telefon-Nr.: _____

FAX-Nr.: _____

Erfüllungsort(e): _____

Auslieferungspothke:

Anschrift: _____

Ansprechpartner: _____

Telefon-Nr.: _____

FAX-Nr.: _____

Erfüllungsort(e): _____

SUMMENBLATT

Pos. 1) 85.000 Stück Impfstoff gegen FSME für Erwachsene Fertigspritze 0,5 ml

EUR _____

Pos. 2) 5.000 Stück Impfstoff gegen FSME für Kinder

Fertigspritze 0,25 ml

EUR _____

Pos. 3) 32 Pkg. 10 x 500 ml ****

EUR _____

Pos. 4) 100 Pkg. Zellstofftupfer ****

EUR _____

Pos. 5) 820 Pkg. Injektionspflaster

EUR _____

Gesamtsumme EUR _____ *)

10 % UST EUR _____

20 % UST EUR _____

Angebotssumme EUR _____

*) Basis für das Zuschlagskriterium: 'niedrigster Preis'

[...]"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 14. Dezember 2011 beantwortete die Auftraggeberin Fragen der Bieter wie folgt:

"Fragebeantwortung im Vergabeverfahren

Ausschreibung FSME-Impfstoff samt Impfbedarf

an alle Interessenten

Sehr geehrte Damen und Herren,

zum obigen Vergabeverfahren sind nachstehend angeführte Fragestellungen an die ausschreibende Stelle ergangen, welche unter Hinweis auf die Gleichbehandlung aller Bieter im Vergabeverfahren hiermit wie folgt beantwortet werden:

Frage 1

[...]

Frage 4

Eine weitere Frage wurde in Hinblick auf das zu erwartende Mengengerüst pro Liefertermin und Lieferstelle für die Impfkation 2012 formuliert.

Antwort

Zu dieser Frage werden wir uns erlauben, Sie am Mittwoch, den 14.12.2011 näher zu informieren."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 14. Dezember 2011 beantwortete die Auftraggeberin Fragen der Bieter wie folgt:

"Fragebeantwortung im Vergabeverfahren

Ausschreibung von FSME-Impfstoff samt Impfbedarf

an alle Interessenten

Sehr geehrte Damen und Herren,

zum obigen Vergabeverfahren wurde nachstehend angeführte Fragestellung an die ausschreibende Stelle gerichtet, welche unter Hinweis auf die Gleichbehandlung aller Bieter im Vergabeverfahren hiermit wie folgt beantwortet wird:

Frage

Unter Punkt 2.5 wurden die Liefertermine für die Impfkation 2012 angegeben, jedoch noch keine detaillierten Mengenangaben. Können Sie mitteilen, mit welchem Mengengerüst pro Liefertermin und Lieferstelle zu rechnen ist und ob von einer Mindestmenge ausgegangen werden kann?

Antwort

Wie bereits angekündigt, übermitteln wir beiliegend das Mengengerüst des voraussichtlich maximal benötigten Impfstoffes pro Liefertermin und Lieferstelle. Auf Grund der bisher vorliegenden Daten kann für 2012 von einer benötigten Mindestmenge von 60.000 Stk. ausgegangen werden.

[...]

Impfstoff für FSME-Impfkation 2012

Bundesland Lieferadresse 1. Lieferung 2. Lieferung

Niederösterreich Hauptstelle E: 13.500 E: 9.000

K: 700 K: 500

Burgenland RB Burgenland E: 7.500 E: 2.500

K: 200 K: 0

Oberösterreich RB Oberösterreich E: 9.000 E: 4.500

K: 900 K: 400

Salzburg RB Salzburg E: 2.000 E: 1.000

K: 400 K: 0

Tirol RB Tirol E: 2.500 E: 1.500

K: 300 K: 200

Vorarlberg RB Vorarlberg E: 1.000

K: 200 E: 1.500

K: 0

Steiermark RB Steiermark E: 10.500

K: 400 E: 10.500

K: 400

Kärnten RB Kärnten E: 5.000

K: 200 E: 4.500

K: 200

Liefertermine: Montag, 30.01.2012 Vormittags

Montag, 27.02.2012 Vormittags

Mindestmenge: 60.000 Stk.

SVA der Bauern, RB Burgenland

7000 Eisenstadt, Krautgartenweg 4"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Angebotsöffnung fand am 20. Dezember 2011, 10.45 Uhr, in den Räumlichkeiten der vergebenden Stelle statt. Drei

Bieter gaben Angebote ab. Vertreter aller drei Bieter waren bei der Angebotsöffnung anwesend. Die in Aussicht genommene Partnerin der Rahmenvereinbarung gab ein Angebot mit einer Angebotssumme von Euro

804.150 ohne USt, die Antragstellerin eines mit einer Angebotssumme von Euro 1,150.000 ohne USt und die F*** eines mit einer Angebotssumme von Euro 1,165.000 ohne USt ab. Die in Aussicht genommene Partnerin der Rahmenvereinbarung und die F*** bieten einen Impfstoff der F*** an, der in beiden Angeboten gleich bezeichnet ist. Die Antragstellerin bietet einen Impfstoff der A*** an. Im Angebot der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung soll die Großhändlerin die Logistik und die Gesamtabwicklung und die Apotheke die Aufgabe der Lieferapotheke übernehmen. Im Angebot der Antragstellerin soll die als Subunternehmerin genannte Apotheke die Auslieferung und die Rechnungslegung durchführen. Dem Angebot der F*** fehlen alle Nachweise und Beilagen, insbesondere die Zulassungsbescheide und Gebrauchshinweise für die Impfstoffe. Die Niederschrift über die Angebotsöffnung enthält auf ihrer Titelseite die Namen und Unterschriften der Kommissionsmitglieder. Sie enthält keine Anwesenheitsliste. In den Unterlagen des Vergabeverfahrens findet sich eine händisch ausgefüllte und von allen Anwesenden unterschriebene Anwesenheitsliste, aus der hervorgeht, dass neben den drei Kommissionsmitgliedern je ein Vertreter jedes Bieters anwesend war. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit E-Mail vom 21. Dezember 2011 forderte die vergebende Stelle die in Aussicht genommene Partnerin der Rahmenvereinbarung zur Vorlagen von Eignungsnachweisen bis 23. Dezember 2011, 12.00 Uhr, auf. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 21. Dezember 2011 sandte die vergebende Stelle folgendes Mail an die in Aussicht genommene Partnerin der Rahmenvereinbarung:

"Ausschreibung: FSME-Impfstoff samt Impfbedarf

Auftraggeber: Sozialversicherungsanstalt der Bauern

Sehr geehrte Bietergemeinschaft!

Die SVD Büromanagement GmbH als vergebende Stelle im Vergabeverfahren 'FSME-Impfstoff samt Impfbedarf' für die Sozialversicherungsanstalt der Bauern bedankt sich für Ihre Angebotslegung im gegenständlichen Verfahren.

Im Zug der vertieften Angebotsprüfung - Prüfung der Angemessenheit der Preise ist auffällig, dass sich die von Ihnen angebotene Gesamtsumme beträchtlich von jener des zweitgereihten Angebotes abhebt (in Folge natürlich auch die Preisansätze / Spritze sowohl beim Impfstoff für Erwachsenen als auch bei dem für Kinder).

Unter Hinweis auf die Ausführung im BVergG 2006 zur Thematik der Prüfung der Angemessenheit der Preise ersuchen wir Sie daher um Übermittlung einer schriftlichen Aufklärung zur Preisgestaltung. (§125 BVergG 2006).

Als Termin für den Erhalt Ihrer Erklärung merken wir Freitag, 23.12.2011, 12.00 Uhr, vor."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 22. Dezember 2011 sandte die in Aussicht genommene Partnerin der Rahmenvereinbarung folgendes E-Mail an die vergebende Stelle:

"Gerne bestätigen wir den Erhalt Ihres Mails und dürfen umgehend die Beantwortung übermitteln.

Als marktführender Arzneimittelgroßhändler und Arzneimittellogistiker im Bereich der Impfstoffausschreibungen arbeiten wir sehr eng mit unseren Lieferanten zusammen. Dies ermöglicht auch die vertrauensvolle Abwicklung von Sonderpreisen.

Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um die derzeit in Österreich volumensgrößte Ausschreibung für Zeckenimpfstoff. Diese Tatsache und die erstmalig ebenfalls ausgeschriebene Verlängerungsoption, machte für uns die Belieferung besonders attraktiv. Aus diesem Grund ist es uns gelungen, gemeinsam mit dem Hersteller, einen besonders wettbewerbsfähigen Preis für die ausgeschriebenen Positionen festzusetzen.

Wir hoffen mit dieser Beschreibung entsprechende Information gegeben zu haben und verbleiben

mit freundlichen Grüßen

(Beilage ./2 zu OZ 24; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 23. Dezember 2011 sandte die in Aussicht genommene Partnerin der Rahmenvereinbarung der vergebenden Stelle die verlangten Eignungsnachweise. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit 21. Dezember 2012 erstellt die vergebende Stelle folgenden Vergabebericht für die Auftraggeberin:

"Vergabebericht

SVD Büromanagement GmbH für SVB

Vorgesehene Lieferfirma

B***

Gegenstand der Beschaffung (Menge und Art) Rahmenvereinbarung über FSME-Impfstoff samt Impfbedarf; Auftragswert (in Euro, ohne Umsatzsteuer, ohne Skonto, inkl. Nachlässe)

Euro 804.150,00

Ansatz laut I-Plan (in Euro, ohne Umsatzsteuer)

Euro

Begründung bei Überschreitung:

I-Plan Nr. Beilagen 0 Bestbieterermittlung (Scoring) 0 Protokoll 0 Angebote

0 Aktenvermerk 1 Preisspiegel

Bericht (fachspezifisch) - dient nach Beendigung des Vergabeverfahrens als Vergabevermerk gemäß § 136 (1) BVergG 2006
Bericht (fachspezifisch) - dient nach Beendigung des Vergabeverfahrens als Vergabevermerk gemäß Paragraph 136, (1) BVergG 2006

Für die Durchführung der Impfkation 2012 der SVB wurde - gleichlautend wie in den Jahren davor - die SVD Büromanagement GmbH mit der Beschaffung des benötigten FSME-Zeckenschutzimpfstoffes beauftragt. Aufgrund des geschätzten Auftragswertes wurde für die Beschaffung der Impfsereen ein Vergabeverfahren nach den Bestimmungen des BVergG 2006 für den Oberschwellenbereich und der dazu ergangenen Verordnungen in Form eines offenen Verfahrens vorgenommen. Erstmalig wurde dafür auch der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einer Laufzeit von zwei Jahren mit optionaler Verlängerung auf ein weiteres Jahr angestrebt. Dadurch wird die rechtliche Grundlage für einen Abruf der Impfsereen für die Impfkationen 2012 bis 2014 geschaffen und gleichzeitig der kritische Zeitfaktor (Erhebung der benötigten Impfsereen zu den sehr früh im Kalenderjahr angesetzten Impfterminen; Durchlaufzeit eines Vergabeverfahrens etc.) entschärft. Der SVB wurde jedoch ein Kündigungsrecht nach Ablauf von 12 Kalendermonaten eingeräumt, sodass die Rahmenvereinbarung im Anlassfall auch vor Ablauf des Rahmenzeitraumes beendet werden kann.

Da die genauen Bedarfe an Impfstoffen zu Wettbewerbsbeginn noch nicht feststanden, wurde jeweils eine Gesamtmenge für Erwachsenen- und Kinderimpfstoffen in den Ausschreibungsunterlagen angeführt. Diese betrug für Erwachsene 85.000 Stück Fertigspritzen, für Kinder 5.000 Stück Fertigspritzen. Bezüglich der detaillierten Angaben zu Liefermenge und Liefertermine pro Regionalbüro wurde auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Beauftragung verwiesen, welche dem Billigstbieter aus diesem Vergabeverfahren termingerecht übermittelt wird. Diese Mengenangaben decken den Bedarf für die Impfkation 2012 für die Versicherten im gesamten Bundesgebiet, die Impftermine wurden mit 31.01.2012 und 27.02.2012 festgelegt Da sich die angeführten Mengen zu einem Teil aus Rückmeldungen der Versicherten, zum Anderen aus diversen Auswertungen zusammensetzen und daher nicht konkret bekannt gegeben werden können wurde eine entsprechende Rücknahmeverpflichtung von nicht benötigten Impfstoffen in der Ausschreibungsunterlage formuliert.

Laut Bundesministerium für Gesundheit sind - unverändert zu den Vorjahren - derzeit in Österreich zwei FSME-Impfstoffe zugelassen:

Für Erwachsene und Kinder ab dem vollendeten 12. bzw. 16. Lebensjahr

> Firma F*** - G*** 0 5 ml, Z.Nr.:2-00174;

> Firma A*** - H*** 0,5 ml, Z.Nr.: 2-00236;

Für Kinder bis zum vollendeten 12. bzw. 16. Lebensjahr

> Firma F*** - G*** 0,25 ml, Z.Nr.: 2-00269;

> Firma A*** - H*** 0,25 ml, Z.Nr.: 2-00268;

Da laut Herrn Chefarzt D*** beide Impfstoffe als gleichwertig zu sehen sind, wurde hinsichtlich der Zuschlagskriterien in der Ausschreibung das Billigstbieterprinzip festgelegt.

Insgesamt haben vier Firmen die Angebotsunterlagen behoben, drei Firmen haben letztendlich termingerecht ein Angebot eingereicht. Von den Firmen F*** und der Bietergemeinschaft B***/ C*** wurde der Impfstoff G*** angeboten, von der Firma A*** der Impfstoff H***.

Die Bietergemeinschaft B***/ C*** hat mit einer Gesamtsumme von EUR 804.150,00 zuzgl. USt das billigste Angebot gelegt, das Angebot des Zweitgereihten, der Firma A*** liegt bei EUR 1.150.500,00 zuzgl. USt. Diese Gesamtkosten beziehen sich nunmehr auf die bekannt gegebenen Mengen für die Impfkation 2012, wobei die Abrechnung nur über den tatsächlichen Verbrauch erfolgt. Die erzielte Einsparung alleine schon für die Impfkation 2012 liegt somit in einer Größenordnung von EUR 346.350,00 zuzgl. USt. Dem zuzurechnen ist noch das gleichfalls im Wettbewerb angeführte Impfzubehör (Desinfektion, Zellstofftupfer und Pflaster), welches mit einem Gesamtwert in Höhe von ~ EUR 6.500,00 bereits im Gesamtangebotspreis inkludiert ist.

Von der Bietergemeinschaft B***/ C*** wurde der Impfstoff des Herstellers F***, Wien, angeboten. Der Angebotspreis für eine Fertigspritze G*** 0,5 ml (Erwachsene) beträgt EUR 8,99 zuzgl. USt, für eine Fertigspritze G*** 0,25 ml (Kinder) EUR 8,00 zuzgl. USt. Ein Aktions-FAP-Preis für die Impfkation 2012 ist noch nicht bekannt. Unter der Annahme (laut eingeholter Informationen), dass der FAP für den Erwachsenen-Impfstoff in etwa bei EUR 21,20 liegen wird und davon EUR 4,30 (=Industriezuschuss) in Abzug gebracht werden kann, wird sich der Aktions-FAP bei ca. EUR 16,90 bewegen. Dies bedeutet, dass alleine bei der benötigten Serenmenge des Erwachsenenimpfstoffes (85.000 Stück) ein Wettbewerbserfolg (Differenz Aktions-FAP zu Angebotspreis laut Ausschreibung) von 46,8 % erzielt werden konnte, welchen man jedenfalls als hervorragendes Ergebnis für die SVB bezeichnen kann.

Aufgrund des Ausschreibungsergebnisses wird seitens der SVD vorgeschlagen, die Rahmenvereinbarung mit der Bietergemeinschaft B***/C***

abzuschließen und gleichzeitig den Auftrag über die benötigten Impfserien für die Impfkation 2012 zu erteilen.

Die SVD Büromanagement GmbH ersucht daher um Zustimmung, dass - vorbehaltlich der positiven vertieften Angebotsprüfung der laut BVergG bereits eingeforderten Nachweise - die Rahmenvereinbarung abgeschlossen und gleichzeitig der Abruf der benötigten Impfstoffe für die Impfkation 2012 vorgenommen werden kann."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die vergebende Stelle erstellte den folgenden Prüfbericht vom 28. Dezember 2011:

"[...]

BIETER 2 - Firma A***

Das Angebot ist rechnerisch richtig und entspricht den Grundsätzen gemäß BVergG 2006 § 19 Abs.1. Das Angebot ist formrichtig und vollständig. Das Angebot ist rechnerisch richtig und entspricht den Grundsätzen gemäß BVergG 2006 Paragraph 19, Absatz eins, Das Angebot ist formrichtig und vollständig.

Subunternehmer: J*** für die Auslieferung und Rechnungslegung

Beilagen:

Zusammensetzung und Merkmale des Arzneimittels H*** 0,5 ml

Zusammensetzung und Merkmale des Arzneimittels H*** 0,25 ml Bescheid über die Zulassung der Arzneyspezialität H*** Z.Nr. *- *****

Zusammensetzung über 1 Impfdosis (0,5 ml)

Kennzeichnung der Außenverpackung und Kennzeichnung der Innenverpackung Fachinformation über Impfstoff Fertigspritze 0,5 ml Bescheid über die Zulassung der Arzneyspezialität H*** 0,25 ml für Kinder Z.Nr. *****

Da die Firma A*** preislich an 2. Stelle liegt, werden die Nachweise gemäß der Punkte 1.4.2, 1.4.3 und 1.4.4 (für die Befugnis, der allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit und der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit) nicht nachgefordert.

BIETER 3 -

Bietergemeinschaft Firma B*** und C***

Das Angebot ist rechnerisch richtig und entspricht den Grundsätzen gemäß BVergG 2006 § 19 Abs.1. Das Angebot ist formrichtig und vollständig. Die Eignungsanforderungen sind erfüllt. Das Angebot ist rechnerisch richtig und entspricht den Grundsätzen gemäß BVergG 2006 Paragraph 19, Absatz eins, Das Angebot ist formrichtig und vollständig. Die Eignungsanforderungen sind erfüllt.

Bietergemeinschaft: B*** und C***, bevollmächtigter Vertreter B***, rechtsgültige Unterfertigung aller Mitglieder der Bietergemeinschaft vorhanden

Beilagen

Handlungsvollmacht für I***

Bescheid über die Zulassung der Arzneispezialität G*** 0,5 ml Kennzeichnung der Außenverpackung für G*** 0,5 ml Fachinformation über G*** 0,5 ml Gebrauchsinformation über G*** 0,5 ml

Bescheid über die Zulassung der Arzneispezialität G*** 0,25 ml

Junior

Kennzeichnung der Außenverpackung für G*** 0,25 ml Junior Fachinformation über G*** 0,25 ml Junior Gebrauchsinformation über G*** 0,25 ml Junior

Aufforderung zur Vorlage von Eignungsnachweisen gem. § 70 Abs. 3 BVergG 2006 am 21.12.2011 Aufforderung zur Vorlage von Eignungsnachweisen gem. Paragraph 70, Absatz 3, BVergG 2006 am 21.12.2011

Auf Aufforderung wurden fristgemäß folgende Eignungsnachweise nachgereicht:

Umsatzentwicklung von 2008 bis 2010 - Mindestanforderung für finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ist erfüllt Firmenbuchauszüge über beide Firmen der Bietergemeinschaft Konzessionsbescheide über beide Firmen der Bietergemeinschaft Kontoauszüge der WGKK über beide Firmen der Bietergemeinschaft Finanzamtsbestätigungen über beide Firmen der Bietergemeinschaft KSV-Auskunft, Gesamtbewertung: KSV-Rating 174 - kein Risiko; die Mindestanforderung für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ist damit erfüllt.

Nachweis über bestehende Betriebs- und Produkthaftpflichtversicherung

Hinsichtlich der Angemessenheit der angebotenen Gesamtsumme (insbesondere auch der Einzelpreise / Fertigspritze):

1. 1) Ziffer eins

Die deutlich geringeren Einzelpreise pro Fertigspritze gegenüber den Mitbieterinnen werden in Hinblick auf das Ausschreibungsergebnis des Vorjahres (Vergabeverfahren: Angebotsöffnung am 10.12.2010); Erwachsenen- und Kinderimpfstoff/Fertigspritze: EUR 9,90/Stück.

2. 2) Ziffer 2

auf die deutliche höhere Bezugsmenge für die Impfkation 2012 im Vergleich zum Vorjahr; ausgeschriebene Menge für Impfkation 2011:
insgesamt 34.310 Stk.

3. 3) Ziffer 3

auf den längeren Vereinbarungszeitraum (Rahmenvereinbarung) als durchaus angemessen angesehen.

Dennoch wurde die Bietergemeinschaft im Sinne des § 125 Abs.5 BVergG um eine verbindliche schriftliche Aufklärung zur Preisgestaltung aufgefordert. Diese Aufforderung wurde via Mail am 21.12.2011 versendet und fristgerecht beantwortet. In der Beantwortung dieser Anfrage hat die Bietergemeinschaft nachvollziehbar dargelegt, dass aufgrund des Volumens an benötigten Impfspritzen und die erstmals ausgeschriebene Verlängerungsoption ein besonders wettbewerbsfähiger Preis angeboten werden konnte. Dennoch wurde die Bietergemeinschaft im Sinne des Paragraph 125, Absatz 5, BVergG um eine verbindliche schriftliche Aufklärung zur Preisgestaltung aufgefordert. Diese

Aufforderung wurde via Mail am 21.12.2011 versendet und fristgerecht beantwortet. In der Beantwortung dieser Anfrage hat die Bietergemeinschaft nachvollziehbar dargelegt, dass aufgrund des Volumens an benötigten Impfsen und die erstmals ausgeschriebene Verlängerungsoption ein besonders wettbewerbsfähiger Preis angeboten werden konnte.

Schlussfeststellung / Vergabeempfehlung

Aufgrund der vorgenommenen Prüfung der Angebote, insbesondere jenes des Billigstbieters, der Bietergemeinschaft B*** / C***, sowie nach Vervollständigung der noch nachzureichenden Nachweise und Aufklärungen durch den Billigstbieter ist die Rahmenvereinbarung mit folgendem Bieter abzuschließen:

Bietergemeinschaft

Firma B***

C***."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Es wurde kein Angebot ausgeschieden. (Auskünfte der Auftraggeberin; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 28. Dezember 2011 teilte die Auftraggeberin allen Bietern per Telefax wie folgt mit, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll:

"Ausschreibung Rahmenvereinbarung 'Lieferung von FSME-Impfstoff samt Impfbedarf' für die Sozialversicherungsanstalt der Bauern

Mitteilung über die Entscheidung, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll

Sehr geehrter Bieter!

Sehr geehrte Damen und Herren!

Die SVD Büromanagement GmbH teilt als ausschreibende Stelle im obgenannten Vergabeverfahren im Namen des Auftraggebers, der Sozialversicherungsanstalt der Bauern, mit, dass nach Ablauf der Stillhaltefrist die Rahmenvereinbarung über die Lieferung von FSME-Impfstoff samt Impfbedarf mit einem Unternehmer, der Bietergemeinschaft Firma B*** und C***, abgeschlossen werden soll.

Ihr Angebot wurde nicht berücksichtigt, weil das erfolgreiche Angebot auf Grund folgender Merkmale bzw. Vorteile entsprechend dem festgelegten Zuschlagskriterium (niedrigster Preis hinsichtlich des festgelegten Mengengerüstes) besser zu bewerten war:

Die Angebotssumme beträgt EUR 804.150,00 exkl. UST

Wir bedanken uns für Ihre Teilnahme am genannten Vergabeverfahren, bei dem die Stillhaltefrist am 09.01.2012, 24:00 Uhr abläuft und würden Sie bei künftigen Ausschreibungen der SVD Büromanagement GmbH wieder gerne begrüßen."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. (Auskunft der Auftraggeberin)

Die Antragstellerin bezahlte Euro 2.627 an Pauschalgebühren. (gegenständlicher Verfahrensakt)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Soweit Schriftstücke von der Antragstellerin vorgelegt wurden, spricht der Anschein für ihre Echtheit. Aussagen in der mündlichen Verhandlung wurden nur so weit herangezogen, als sie unwidersprochen blieben. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Würdigung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB). Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fällt (zB BVA 15. 7. 2011, N/0052-BVA/10/2011-26; 15. 7. 2011, N/0054-BVA/10/2011-25). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB). Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fällt (zB BVA 15. 7. 2011, N/0052-BVA/10/2011-26; 15. 7. 2011, N/0054-BVA/10/2011-25). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit d B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

3.2 Zulässigkeit des Antrags

Die Auftraggeberin bringt vor, dass die Antragstellerin die angefochtene Entscheidung nicht hinreichend klar bezeichnet habe. Die Antragstellerin bezeichnete im Punkt 4 des Nachprüfungsantrags, der mit "Bestimmte Bezeichnung des verletzten Rechts / Beschwerdepunkte / angefochtene Entscheidung" betitelt ist, die angefochtene gesondert anfechtbare Entscheidung mit "Auftraggeberentscheidung (der SVB) vom 28.12.2011". Im Sachverhalt des Nachprüfungsantrags ist die Entscheidung in Punkt 1.3 wörtlich wiedergegeben. Schließlich beantragte sie in Punkt 7.1 des Nachprüfungsantrags die Nichtigerklärung der "Entscheidung, die Rahmenvereinbarung über die Lieferung von FSME-Impfstoff samt Impfbedarf mit einem Unternehmer, der Bietergemeinschaft Firma B*** und C***, abzuschließen". Daraus ergibt sich eindeutig, dass die Entscheidung der Auftraggeberin, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, angefochten wird. Sie ist durch die wörtliche Wiedergabe auch genau bezeichnet und hinlänglich konkretisiert. Dass Punkt 4 des Nachprüfungsantrags lediglich auf die Wiedergabe in Punkt 1.3 verweist, schadet nicht. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit ii BVergG. Auch kamen dem BVA weder bei der Verständigung der Auftraggeberin noch bei der Bekanntmachung auf der Homepage Zweifel hinsichtlich der gesondert anfechtbaren Entscheidung. Die angefochtene gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 322 Abs 1 Z 1 BVergG ist daher hinlänglich deutlich bezeichnet. Die Auftraggeberin bringt vor, dass die Antragstellerin die angefochtene Entscheidung nicht hinreichend klar bezeichnet habe. Die Antragstellerin bezeichnete im Punkt 4 des Nachprüfungsantrags, der mit "Bestimmte Bezeichnung des verletzten Rechts / Beschwerdepunkte / angefochtene Entscheidung" betitelt ist, die angefochtene gesondert anfechtbare Entscheidung mit "Auftraggeberentscheidung (der SVB) vom 28.12.2011". Im Sachverhalt des Nachprüfungsantrags ist die Entscheidung in Punkt 1.3 wörtlich wiedergegeben. Schließlich beantragte sie in Punkt 7.1 des Nachprüfungsantrags die Nichtigerklärung der "Entscheidung, die Rahmenvereinbarung über die Lieferung von FSME-Impfstoff samt Impfbedarf mit einem Unternehmer, der Bietergemeinschaft Firma B*** und C***, abzuschließen". Daraus ergibt sich eindeutig, dass die Entscheidung der Auftraggeberin, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, angefochten wird. Sie ist durch die wörtliche Wiedergabe auch genau bezeichnet und hinlänglich konkretisiert. Dass Punkt 4 des Nachprüfungsantrags lediglich auf die Wiedergabe in Punkt 1.3 verweist, schadet nicht. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß

Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, i, i, BVergG. Auch kamen dem BVA weder bei der Verständigung der Auftraggeberin noch bei der Bekanntmachung auf der Homepage Zweifel hinsichtlich der gesondert anfechtbaren Entscheidung. Die angefochtene gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG ist daher hinlänglich deutlich bezeichnet.

Der geltend gemachte drohende Schaden in Form der Kosten der Angebotserstellung, des entgangenen Gewinns, der Rechtsberatungskosten, der entrichteten Pauschalgebühr und des Verlusts eines Referenzprojekts ist hinreichend dargelegt. So stellen nicht nur reine Vermögensschäden wie die Kosten einer frustrierten Angebotserstellung oder entgangener Gewinn, sondern auch der drohende Verlust eines Referenzprojektes einen drohenden Schaden iSd § 328 Abs 1 BVergG dar (VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065; BVA 11. 11. 2011, N/0084-BVA/10/2011-62). Die Behauptung muss bloß plausibel sein und muss nicht im Einzelnen dargelegt werden (VwGH 24. 2. 2006, 2004/04/0127, VwSlg 16.842 A/2006). Der drohende Schaden ist im Nachprüfungsantrag nachvollziehbar dargestellt. Eines detaillierten Nachweises bedarf es nicht, zumal dem Bundesvergabeamt auch nicht die Zuständigkeit zukommt, diesen Schaden dem Grunde und der Höhe nach verbindlich festzustellen oder seinen Ersatz vorzuschreiben. Schließlich liegt ein drohender Schaden bereits dann vor, wenn die Möglichkeit des Antragstellers, am Vergabeverfahren teilzunehmen, durch die behauptete Rechtswidrigkeit beeinträchtigt werden kann (VwGH 24. 2. 2010, 2008/04/0239; 22. 6. 2011, 2009/04/0128; unter Verweis auf Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG2 [2009] § 320 Rz 7). Der geltend gemachte drohende Schaden in Form der Kosten der Angebotserstellung, des entgangenen Gewinns, der Rechtsberatungskosten, der entrichteten Pauschalgebühr und des Verlusts eines Referenzprojekts ist hinreichend dargelegt. So stellen nicht nur reine Vermögensschäden wie die Kosten einer frustrierten Angebotserstellung oder entgangener Gewinn, sondern auch der drohende Verlust eines Referenzprojektes einen drohenden Schaden iSd Paragraph 328, Absatz eins, BVergG dar (VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065; BVA 11. 11. 2011, N/0084-BVA/10/2011-62). Die Behauptung muss bloß plausibel sein und muss nicht im Einzelnen dargelegt werden (VwGH 24. 2. 2006, 2004/04/0127, VwSlg 16.842 A/2006). Der drohende Schaden ist im Nachprüfungsantrag nachvollziehbar dargestellt. Eines detaillierten Nachweises bedarf es nicht, zumal dem Bundesvergabeamt auch nicht die Zuständigkeit zukommt, diesen Schaden dem Grunde und der Höhe nach verbindlich festzustellen oder seinen Ersatz vorzuschreiben. Schließlich liegt ein drohender Schaden bereits dann vor, wenn die Möglichkeit des Antragstellers, am Vergabeverfahren teilzunehmen, durch die behauptete Rechtswidrigkeit beeinträchtigt werden kann (VwGH 24. 2. 2010, 2008/04/0239; 22. 6. 2011, 2009/04/0128; unter Verweis auf Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG2 [2009] Paragraph 320, Rz 7).

Die übrigen Antragsvoraussetzungen gemäß § 322 Abs 1 BVergG sind erfüllt. Es liegt auch kein Grund für die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags gemäß § 322 Abs 2 BVergG vor. Die übrigen Antragsvoraussetzungen gemäß Paragraph 322, Absatz eins, BVergG sind erfüllt. Es liegt auch kein Grund für die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags gemäß Paragraph 322, Absatz 2, BVergG vor.

3.3 Parteistellung der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung

Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006), BGBl I 17/2006 idF BGBl II 433/2011, lauten: Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, 17 aus 2006, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, 433 aus 2011,, lauten:

Parteien des Nachprüfungsverfahrens

§ 324. (1) Parteien des Nachprüfungsverfahrens vor dem Bundesvergabeamt sind jedenfalls der Antragsteller und der Auftraggeber. Paragraph 324, (1) Parteien des Nachprüfungsverfahrens vor dem Bundesvergabeamt sind jedenfalls der Antragsteller und der Auftraggeber.

(2) Parteien des Nachprüfungsverfahrens sind ferner jene Unternehmer, die durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlichen geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können (Antragsgegner); insbesondere ist im Falle der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung der für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter Partei des Nachprüfungsverfahrens.

(3) Der in einer Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter verliert seine Parteistellung, wenn er seine begründeten Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrte Entscheidung nicht binnen zehn Tagen ab Zustellung der persönlichen Verständigung über die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens (§ 323 Abs. 4)

erhebt. Andere Parteien im Sinne des Abs. 2 verlieren ihre Parteistellung, wenn sie ihre begründeten Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrte Entscheidung nicht binnen zehn Tagen ab Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung nach § 323 Abs. 1 erheben. Sofern eine mündliche Verhandlung vor Ablauf dieser Fristen stattfindet, können die Einwendungen spätestens in der mündlichen Verhandlung erhoben werden. § 42 Abs. 3 AVG gilt sinngemäß.(3) Der in einer Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter verliert seine Parteistellung, wenn er seine begründeten Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrte Entscheidung nicht binnen zehn Tagen ab Zustellung der persönlichen Verständigung über die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens (Paragraph 323, Absatz 4,) erhebt. Andere Parteien im Sinne des Absatz 2, verlieren ihre Parteistellung, wenn sie ihre begründeten Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrte Entscheidung nicht binnen zehn Tagen ab Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung nach Paragraph 323, Absatz eins, erheben. Sofern eine mündliche Verhandlung vor Ablauf dieser Fristen stattfindet, können die Einwendungen spätestens in der mündlichen Verhandlung erhoben werden. Paragraph 42, Absatz 3, AVG gilt sinngemäß.

(4) ...

Die in Aussicht genommene Partnerin der Rahmenvereinbarung erhob innerhalb der Frist von zehn Tagen ab Verständigung durch das Bundesvergabeamt begründete Einwendungen. Sie lassen erkennen, dass sie sich gegen den Nachprüfungsantrag wenden. Als für den Abschluss der Rahmenvereinbarung vorgesehenes Unternehmen hat die in Aussicht genommene Partnerin der Rahmenvereinbarung ein Interesse, diese Position zu behalten und die Rahmenvereinbarung mit der Auftraggeberin abzuschließen. Dabei handelt es sich um ein vom BVergG geschütztes Interesse. Sie hat daher ihre Parteistellung erhalten (Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 1812 ff).

3.4 Inhaltliche Beurteilung

Die Antragstellerin rügt zusammengefasst Fehler bei der Verlesung der Angebote, einen zu niedrigen Gesamtpreis, die Unterlassung einer vertieften Angebotsprüfung, eine unzureichende Befugnis und eine unzulässige Mehrfachbeteiligung.

Die einschlägigen Bestimmungen des BVergG lauten:

Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgendeParagraph 2, Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende

Begriffsbestimmungen maßgebend:

1. 1.Ziffer eins

...

2. 26.Ziffer 26

Preis:

1. a)Litera a

...

2. d)Litera d

Gesamtpreis ist die Summe der Positionspreise (Menge mal Einheitspreis oder Pauschalpreis) unter Berücksichtigung allfälliger Nachlässe und Aufschläge. Der Gesamtpreis ist das "Entgelt" im Sinne des Umsatzsteuergesetzes 1994 und bildet die Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer.

3. e)Litera e

...

Grundsätze des Vergabeverfahrens

§ 19. (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.Paragraph 19, (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der

gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

(2) ...

Inhalt der Ausschreibungsunterlagen

§ 79. (1) ...Paragraph 79, (1) ...

(3) In der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen ist anzugeben, ob der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder - sofern der Qualitätsstandard der Leistung in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig definiert ist - dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll. Soll der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden, so hat der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben. Diese Angabe kann auch im Wege der Festlegung einer Marge, deren größte Bandbreite angemessen sein muss, erfolgen. Ist die Festlegung der Zuschlagskriterien im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung aus nachvollziehbaren Gründen nach Ansicht des Auftraggebers nicht möglich, so hat der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben. Sofern in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen keine Festlegung betreffend das Zuschlagsprinzip erfolgt, ist der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen. Öffnung der Angebote

§ 118. (1) Bei offenen und bei nicht offenen Verfahren sind die Angebote am festgesetzten Ort und zur festgesetzten Zeit sowie, ausgenommen in begründeten Ausnahmefällen, unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist zu öffnen. Die Öffnung hat durch eine Kommission zu erfolgen, die aus mindestens zwei sachkundigen Vertretern des Auftraggebers besteht. Die Bieter sind grundsätzlich berechtigt, an der Öffnung teilzunehmen. Sie dürfen nur aus triftigen Gründen von der Öffnung der Angebote ausgeschlossen werden. In diesem Fall ist die Öffnung durch eine aus mindestens drei sachkundigen Vertretern des Auftraggebers bestehende Kommission vorzunehmen. Paragraph 118, (1) Bei offenen und bei nicht offenen Verfahren sind die Angebote am festgesetzten Ort und zur festgesetzten Zeit sowie, ausgenommen in begründeten Ausnahmefällen, unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist zu öffnen. Die Öffnung hat durch eine Kommission zu erfolgen, die aus mindestens zwei sachkundigen Vertretern des Auftraggebers besteht. Die Bieter sind grundsätzlich berechtigt, an der Öffnung teilzunehmen. Sie dürfen nur aus triftigen Gründen von der Öffnung der Angebote ausgeschlossen werden. In diesem Fall ist die Öffnung durch eine aus mindestens drei sachkundigen Vertretern des Auftraggebers bestehende Kommission vorzunehmen.

(2) ...

(5) Aus den Angeboten - auch Alternativ- und Abänderungsangeboten - sind folgende Angaben vorzulesen und in der Niederschrift festzuhalten:

1. 1.Ziffer eins
Name und Geschäftssitz des Bieters;
2. 2.Ziffer 2
der Gesamtpreis oder der Angebotspreis mit Angabe des Ausmaßes allfälliger Nachlässe und Aufschläge und, wenn die Vergabe in Teilen oder für die ganze Leistung oder für Teile derselben Varianten vorgesehen waren, auch die Teilgesamtpreise oder Teilangebotspreise sowie die Variantenangebotspreise;
3. 3.Ziffer 3
wesentliche Erklärungen der Bieter;
4. 4.Ziffer 4
sonstige im Hinblick auf andere Zuschlagskriterien als dem Preis relevante in Zahlen ausgedrückte Bieterangaben, deren sofortige Verlesung möglich und zumutbar ist und in den Ausschreibungsunterlagen angekündigt wurde.

Aus Schreiben der Bieter, mit welchen einzelne Preise oder der Gesamtpreis des Angebotes abgeändert werden, dürfen nur die geänderten einzelnen Einheits- oder Positionspreise sowie der geänderte Gesamtpreis oder Angebotspreis bekannt gegeben werden. Andere Angaben dürfen den Bietern nicht zur Kenntnis gebracht werden.

Wenn auf Grund der Vielzahl der Preise ein Verlesen derselben untunlich wäre, so sind den Bietern, die dies beantragen, die Preise binnen drei Arbeitstagen nachweislich bekannt zu geben.

(6) Es ist eine Niederschrift aufzunehmen, in welche zusätzlich zu den nach Abs. 3 bis 5 erforderlichen Angaben einzutragen ist: (6) Es ist eine Niederschrift aufzunehmen, in welche zusätzlich zu den nach Absatz 3 bis 5 erforderlichen Angaben einzutragen ist:

1. 1.Ziffer eins
Datum und Uhrzeit von Beginn und Ende der Öffnung;
2. 2.Ziffer 2
Geschäftszahl, Gegenstand und Hinweis auf die Art des Verfahrens;
3. 3.Ziffer 3
die Namen der Anwesenden;
4. 4.Ziffer 4
zwingend verlangte, aber nicht vorhandene Beilagen;
5. 5.Ziffer 5
Vermerke über offensichtliche Angebotsmängel.

Die Niederschrift ist von den Mitgliedern der Kommission zu unterfertigen. Auf formlose Aufforderung ist den Bietern - so sie an der Öffnung teilnahmeberechtigt waren - eine Abschrift der Niederschrift auszufolgen.

(7) ...

Vorgehen bei der Prüfung

§ 123. (1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien. Paragraph 123, (1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien.

(2) Bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, ist im Einzelnen zu prüfen,

1. 1.Ziffer eins
ob den in § 19 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde; ob den in Paragraph 19, Absatz eins, angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;
2. 2.Ziffer 2
nach Maßgabe des § 70 die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. - bei der Weitergabe von Leistungen - der namhaft gemachten Subunternehmer; nach Maßgabe des Paragraph 70, die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. - bei der Weitergabe von Leistungen - der namhaft gemachten Subunternehmer;
3. 3.Ziffer 3
ob das Angebot rechnerisch richtig ist;
4. 4.Ziffer 4
die Angemessenheit der Preise;
5. 5.Ziffer 5
ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist. Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung

§ 125. (1) Die Angemessenheit der Preise ist in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen. Paragraph 125, (1) Die Angemessenheit der Preise ist in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen.

(2) Bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen.

(3) Der Auftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Abs. 4 und 5 vertieft prüfen, wenn (3) Der Auftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Absatz 4 und 5 vertieft prüfen, wenn

1. 1.Ziffer eins

Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen,

2. 2.Ziffer 2

Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen gemäß § 79 Abs. 4 aufweisen,

oder Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen gemäß Paragraph 79, Absatz 4, aufweisen, oder

3. 3.Ziffer 3

nach Prüfung gemäß Abs. 2 begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehennach Prüfung gemäß Absatz 2, begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen.

(4) Bei einer vertieften Angebotsprüfung ist zu prüfen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Geprüft werden kann insbesondere, ob

1. 1.Ziffer eins

im Preis aller wesentlichen Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze nachvollziehbar sind;

2. 2.Ziffer 2

der Einheitspreis (Pauschalpreis, Regiepreis) für höherwertige Leistungen grundsätzlich höher angeboten wurde als für geringerwertige Leistungen;

3. 3.Ziffer 3

die gemäß § 97 Abs. 3 Z 3 geforderte oder vom Bieter gemäß § 109 Abs. 2 vorgenommene Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist. die gemäß Paragraph 97, Absatz 3, Ziffer 3, geforderte oder vom Bieter gemäß Paragraph 109, Absatz 2, vorgenommene Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist.

(5) Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung muss der Auftraggeber vom Bieter eine verbindliche schriftliche - bei minder bedeutsamen Unklarheiten auch mündliche oder telefonische - Aufklärung verlangen. Die anschließende Prüfung hat unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen bzw. der vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise zu erfolgen. Der Auftraggeber hat insbesondere Erläuterungen in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit des gewählten Fertigungs- oder Bauverfahrens bzw. der Erbringung der Dienstleistung, die gewählten technischen Lösungen, außergewöhnlich günstige Bedingungen, über die der Bieter bei der Erbringung der Leistung verfügt, die Originalität der vom Bieter angebotenen Leistung, die am Ort der Leistungserbringung geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen oder die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an den Bieter bei der Überprüfung entsprechend zu berücksichtigen. Die vom Bieter erteilten Auskünfte sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Sofern der geschätzte Auftragswert 120 000 Euro nicht erreicht, kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden.

(6) ...

Aufklärungsgespräche und Erörterungen

§ 127. (1) Während eines offenen oder eines nicht offenen Verfahrens sind nur Aufklärungsgespräche zum Einholen von Auskünften über die finanzielle und wirtschaftliche oder die technische Leistungsfähigkeit sowie Auskünfte, die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten erforderlich sind, zulässig. Paragraph 127, (1) Während eines offenen oder eines nicht offenen Verfahrens sind nur Aufklärungsgespräche zum Einholen von Auskünften über die finanzielle und wirtschaftliche oder die technische Leistungsfähigkeit sowie Auskünfte, die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten erforderlich sind, zulässig.

(2) ...

(3) Aufklärungsgespräche und Erörterungen sind kommissionell zu führen. Gründe und Ergebnisse sind in einer Niederschrift festzuhalten.

Niederschrift über die Prüfung

§ 128. (1) Über die Prüfung der Angebote und ihr Ergebnis ist eine Niederschrift zu verfassen, in welcher alle für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umstände festzuhalten sind. Paragraph 128, (1) Über die Prüfung der Angebote

und ihr Ergebnis ist eine Niederschrift zu verfassen, in welcher alle für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umstände festzuhalten sind.

(2) Über die Gesamtpreise, die sich nach Prüfung der Angebote ergeben - bei Teilvergabe auch über die betreffenden Teilgesamtpreise -, ist jedem Bieter, der berechtigt war, an der Angebotsöffnung teilzunehmen, Auskunft zu geben. Jeder Bieter kann in sein allenfalls berechtigtes Angebot oder in die Durchrechnung seines Angebotes Einsicht nehmen.

(3) Der Bieter kann in den sein Angebot betreffenden Teil der Niederschrift Einsicht nehmen. Bei der Gestaltung der Niederschrift ist darauf Bedacht zu nehmen.

Ausscheiden von Angeboten

§ 129. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden: Paragraph 129, (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

1. 1.Ziffer eins

...

2. 2.Ziffer 2

Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;

3. 3.Ziffer 3

Angebote, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) aufweisen;

4. 4.Ziffer 4

...

5. 7.Ziffer 7

den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind;

6. 8.Ziffer 8

Angebote von Bietern, die mit anderen Unternehmern für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstößende Abreden getroffen haben;

7. 9.Ziffer 9

...

(2) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung kann der Auftraggeber Angebote von Bietern ausschneiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Von einem Bieter, der im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens oder in der Schweiz ansässig ist, können auch Aufklärungen über die Zulässigkeit der Ausübung der Tätigkeit in Österreich verlangt werden.

Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers

§ 325. (1) Das Bundesvergabeamt hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn Paragraph 325, (1) Das Bundesvergabeamt hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn

1. 1.Ziffer eins

sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs. 1 Z 5 geltenden gemachten Recht verletzt, und sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, geltenden gemachten Recht verletzt, und

2. 2.Ziffer 2

die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

(2) ...

Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 2. März 1983 über die Herstellung und das Inverkehrbringen von Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz - AMG), BGBl 185/1983 idF BGBl I 146/2009, lauten: Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 2. März 1983 über die Herstellung und das Inverkehrbringen von Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz - AMG), Bundesgesetzblatt 185 aus 1983, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 146 aus 2009,, lauten:

Abgabe im Kleinen

§ 59. (1) Arzneimittel dürfen nur durch Apotheken abgegeben werden, sofern in den §§ 57 und 58 oder im folgenden nichts anderes bestimmt ist. Paragraph 59, (1) Arzneimittel dürfen nur durch Apotheken abgegeben werden, sofern in den Paragraphen 57 und 58 oder im folgenden nichts anderes bestimmt ist.

(2) ...

Die einschlägigen Bestimmungen des Gesetzes vom 18. Dezember 1906, betreffend die Regelung des Apothekenwesens (Apothekengesetz), RGBl 5/1907 idF BGBl I 135/2009, lauten: Die einschlägigen Bestimmungen des Gesetzes vom 18. Dezember 1906, betreffend die Regelung des Apothekenwesens (Apothekengesetz), RGBl 5 aus 1907, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 135 aus 2009,, lauten:

§ 8a. Innerhalb des in § 10 Abs. 3 und 4 genannten Umkreises dürfen dringend benötigte Arzneimittel an Patienten durch apothekeneigene Zustelleinrichtungen zugestellt werden. Paragraph 8 a, Innerhalb des in Paragraph 10, Absatz 3 und 4 genannten Umkreises dürfen dringend benötigte Arzneimittel an Patienten durch apothekeneigene Zustelleinrichtungen zugestellt werden.

Sachliche Voraussetzungen der Konzessionserteilung

§ 10. (1) ... Paragraph 10, (1) ...

(3) Ein Bedarf gemäß Abs. 2 Z 1 besteht auch dann nicht, wenn sich zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der öffentlichen Apotheke (3) Ein Bedarf gemäß Absatz 2, Ziffer eins, besteht auch dann nicht, wenn sich zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Gemeinde der in Aussicht genommenen Betriebsstätte der öffentlichen Apotheke

1. 1. Ziffer eins

eine ärztliche Hausapotheke und

2. 2. Ziffer 2

eine Vertragsgruppenpraxis befindet, die versorgungswirksam höchstens eineinhalb besetzten Vertragsstellen nach Abs. 2 Z 1 entspricht und in der Gemeinde keine weitere Vertragsstelle nach § 342 Abs. 1 ASVG von einem Arzt für Allgemeinmedizin besetzt ist. eine Vertragsgruppenpraxis befindet, die versorgungswirksam höchstens eineinhalb besetzten Vertragsstellen nach Absatz 2, Ziffer eins, entspricht und in der Gemeinde keine weitere Vertragsstelle nach Paragraph 342, Absatz eins, ASVG von einem Arzt für Allgemeinmedizin besetzt ist.

(3a) ...

(4) Zu versorgende Personen gemäß Abs. 2 Z 3 sind die ständigen Einwohner aus einem Umkreis von vier Straßenkilometern von der Betriebsstätte der bestehenden öffentlichen Apotheke, die auf Grund der örtlichen Verhältnisse aus dieser bestehenden öffentlichen Apotheke weiterhin zu versorgen sein werden. (4) Zu versorgende Personen gemäß Absatz 2, Ziffer 3, sind die ständigen Einwohner aus einem Umkreis von vier Straßenkilometern von der Betriebsstätte der bestehenden öffentlichen Apotheke, die auf Grund der örtlichen Verhältnisse aus dieser bestehenden öffentlichen Apotheke weiterhin zu versorgen sein werden.

(5) ...

Die einschlägigen Bestimmungen der Verordnung der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen über den Betrieb von Apotheken und ärztlichen und tierärztlichen Hausapotheken (Apothekenbetriebsordnung 2005 - ABO 2005), BGBl II 65/2005 idF BGBl II 474/2010, lauten: Die einschlägigen Bestimmungen der Verordnung der Bundesministerin für

Gesundheit und Frauen über den Betrieb von Apotheken und ärztlichen und tierärztlichen Hausapotheken (Apothekenbetriebsordnung 2005 - ABO 2005), Bundesgesetzblatt Teil 2, 65 aus 2005, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, 474 aus 2010,, lauten:

Abgabe der Arzneimittel

§ 11. (1) Arzneimittel dürfen nur in der Offizin abgegeben werden. Eine Zustellung ist nur im Rahmen apothekeneigener Zustelleinrichtungen (§ 8a Apothekengesetz) oder in begründeten Einzelfällen zulässig. Paragraph 11, (1) Arzneimittel dürfen nur in der Offizin abgegeben werden. Eine Zustellung ist nur im Rahmen apothekeneigener Zustelleinrichtungen (Paragraph 8 a, Apothekengesetz) oder in begründeten Einzelfällen zulässig.

(2) ...

8. Abschnitt

Transport von Arzneimitteln

§ 66a. (1) Arzneimittel sind so zu transportieren, dass Paragraph 66 a, (1) Arzneimittel sind so zu transportieren, dass

1. 1.Ziffer eins
die Kennzeichnung nicht verloren geht,
2. 2.Ziffer 2
sie weder andere Erzeugnisse oder Materialien kontaminieren oder durch diese kontaminiert werden,
3. 3.Ziffer 3
ausreichende Vorkehrungen gegen Auslaufen, Beschädigung und Diebstahl bestehen,
4. 4.Ziffer 4
sie weder in unvertretbarem Maße Hitze, Kälte, Licht, Feuchtigkeit oder einem anderen schädlichen Einfluss noch mikrobiellem Befall oder Ungeziefer ausgesetzt sind,
5. 5.Ziffer 5
sie beim Be- und Entladen vor Witterungseinflüssen geschützt sind, und
6. 6.Ziffer 6
sie sicher vor Zugriff durch Unbefugte sind.

(2) Allen Lieferungen von Arzneimitteln müssen folgende Unterlagen beigelegt werden, aus denen mindestens folgende Angaben zu entnehmen sind:

1. 1.Ziffer eins
Datum der Lieferung,
2. 2.Ziffer 2
Name und pharmazeutische Form des Arzneimittels,
3. 3.Ziffer 3
gelieferte Menge, und
4. 4.Ziffer 4
Name und Anschrift des Lieferanten und des Empfängers. Bei der Lieferung neuverblisterter Arzneimittel sind die Angaben nach Z 1 und 4 ausreichend. Name und Anschrift des Lieferanten und des Empfängers. Bei der Lieferung neuverblisterter Arzneimittel sind die Angaben nach Ziffer eins und 4 ausreichend.

(3) Bei allen Lieferungen ist sicherzustellen, dass die festzulegenden Transportbedingungen, insbesondere die Transportdauer und Transporttemperatur eingehalten werden, die Behältnisse unbeschädigt bleiben und die Lieferung mit der Bestellung übereinstimmt. Arzneimittel, für die besondere Lagerbedingungen gelten, sind entsprechend zu kennzeichnen.

(4) Transportmittel und Transportverpackung sind zu qualifizieren, der Transportprozess ist auf Grundlage eines Qualitätsrisikomanagements zu validieren.

(5) Die Anforderungen nach Abs. 1, 3 und 4 gelten auch, wenn ein Dritter mit dem Transport beauftragt wird. (5) Die Anforderungen nach Absatz eins, 3 und 4 gelten auch, wenn ein Dritter mit dem Transport beauftragt wird.

3.4.1 Zur Verlesung der Angebote

Die Antragstellerin rügt, dass gegen die Festlegungen der Ausschreibung lediglich der Gesamtpreis der Angebote, nicht

jedoch die einzelnen Positionspreise verlesen wurden, und dass die Nennung der bei der Angebotsöffnung anwesenden Vertreter der Bieter in der Niederschrift unterblieben ist.

Der Auftraggeber muss gemäß § 118 Abs 5 Z 2 BVergG den Gesamtpreis oder den Angebotspreis verlesen. Es sind alle bewertungsrelevanten Teilpreise zu verlesen (VwGH 17. 9. 2010, 2009/04/0289), wobei es nicht schadet, wenn bei der Vergabe in Losen nur der Angebotspreis verlesen wird, wenn der Bieter nur für ein Los bietet und dieser Angebotspreis damit auch den Preis für das angebotene Los darstellt (VwGH 30. 4. 2008, 2006/04/0065). Die Unterlassung der Verlesung dieser Preise stellt einen Mangel bei der Angebotsöffnung dar, der im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens nicht mehr saniert werden kann (VwGH 23. 5. 2007, 2005/04/0214) und zur Nichtigkeitsklärung der angefochtenen Entscheidung führt (VwGH 17. 9. 2010, 2009/04/0289). Welche Angaben zu verlesen sind, ergibt sich auch daraus, nach welchen Kriterien die Auftraggeberin das Angebot für den Abschluss der Rahmenvereinbarung ermitteln will und welche Festlegungen sie über zu verlesende Angaben der Bieter in der Ausschreibung gemacht hat. Der Auftraggeber muss gemäß Paragraph 118, Absatz 5, Ziffer 2, BVergG den Gesamtpreis oder den Angebotspreis verlesen. Es sind alle bewertungsrelevanten Teilpreise zu verlesen (VwGH 17. 9. 2010, 2009/04/0289), wobei es nicht schadet, wenn bei der Vergabe in Losen nur der Angebotspreis verlesen wird, wenn der Bieter nur für ein Los bietet und dieser Angebotspreis damit auch den Preis für das angebotene Los darstellt (VwGH 30. 4. 2008, 2006/04/0065). Die Unterlassung der Verlesung dieser Preise stellt einen Mangel bei der Angebotsöffnung dar, der im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens nicht mehr saniert werden kann (VwGH 23. 5. 2007, 2005/04/0214) und zur Nichtigkeitsklärung der angefochtenen Entscheidung führt (VwGH 17. 9. 2010, 2009/04/0289). Welche Angaben zu verlesen sind, ergibt sich auch daraus, nach welchen Kriterien die Auftraggeberin das Angebot für den Abschluss der Rahmenvereinbarung ermitteln will und welche Festlegungen sie über zu verlesende Angaben der Bieter in der Ausschreibung gemacht hat.

Die Ausschreibung wurde innerhalb der Frist des § 321 Abs 4 BVergG nicht angefochten. Sie ist daher bestandsfest (st Rspr, zB VwGH 26. 11. 2010, 2008/04/0027, 0036; BVA 2. 5. 2011, N/0021-BVA/10/2011-33). Alle Einwendungen gegen die Ausschreibung, insbesondere gegen die Art und Aktualität der zu erbringenden Eignungsnachweise und die Leistungs- und Funktionsanforderungen sind daher präkludiert (st Rspr, zB VwGH 22. 6. 2011, 2011/04/0007; BVA 5. 8. 2011, N/0060-BVA/04/2011-20). Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind ebenso wie das Bundesvergabeamt an die Festlegungen der Ausschreibung gebunden (st Rspr, zB VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065; BVA 28. 7. 2010, N/0051-BVA/10/2010-37). Allfällige Rechtswidrigkeiten können auch von der Vergabekontrollbehörde nicht mehr aufgegriffen werden (zB VwGH 7. 11. 2005, 2003/04/0135; 27. 6. 2007, 2005/04/0234). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibungsunterlagen auszugehen (BVA 30. 4. 2009, N/0021-BVA/10/2009-28; 2. 5. 2011, N/0021-BVA/10/2011-33), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorläge (zB BVA 28. 11. 2008, N/0131-BVA/12/2008-29). Die Ausschreibung wurde innerhalb der Frist des Paragraph 321, Absatz 4, BVergG nicht angefochten. Sie ist daher bestandsfest (st Rspr, zB VwGH 26. 11. 2010, 2008/04/0027, 0036; BVA 2. 5. 2011, N/0021-BVA/10/2011-33). Alle Einwendungen gegen die Ausschreibung, insbesondere gegen die Art und Aktualität der zu erbringenden Eignungsnachweise und die Leistungs- und Funktionsanforderungen sind daher präkludiert (st Rspr, zB VwGH 22. 6. 2011, 2011/04/0007; BVA 5. 8. 2011, N/0060-BVA/04/2011-20). Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind ebenso wie das Bundesvergabeamt an die Festlegungen der Ausschreibung gebunden (st Rspr, zB VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065; BVA 28. 7. 2010, N/0051-BVA/10/2010-37). Allfällige Rechtswidrigkeiten können auch von der Vergabekontrollbehörde nicht mehr aufgegriffen werden (zB VwGH 7. 11. 2005, 2003/04/0135; 27. 6. 2007, 2005/04/0234). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibungsunterlagen auszugehen (BVA 30. 4. 2009, N/0021-BVA/10/2009-28; 2. 5. 2011, N/0021-BVA/10/2011-33), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorläge (zB BVA 28. 11. 2008, N/0131-BVA/12/2008-29).

Da es sich bei der Ausschreibung um eine Erklärung des Auftraggebers handelt, ist ihr Inhalt von Bedeutung. Dieser ist nach ständiger Rechtsprechung und der Literatur nach den Regeln der §§ 914 f ABGB zu ermitteln (zB BVA 15. 6. 2010, N/0038-BVA/10/2010-44; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war (OGH 26. 4. 1961, 5 Ob 135/61) und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Es kommt nämlich nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern es sind vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung und des

Angebots maßgebend (st Rspr, zB VwGH 22. 11. 2011, 2006/04/0024; BVA 10. 7. 2009, N/0058-BVA/10/2009-25; Heid/Kurz in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 961). Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen, hier des BVergG 2006, zu lesen (zB VwGH 12. 5. 2011, 2008/04/0087). Da es sich bei der Ausschreibung um eine Erklärung des Auftraggebers handelt, ist ihr Inhalt von Bedeutung. Dieser ist nach ständiger Rechtsprechung und der Literatur nach den Regeln der Paragraphen 914, f ABGB zu ermitteln (zB BVA 15. 6. 2010, N/0038-BVA/10/2010-44; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war (OGH 26. 4. 1961, 5 Ob 135/61) und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Es kommt nämlich nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern es sind vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung und des Angebots maßgebend (st Rspr, zB VwGH 22. 11. 2011, 2006/04/0024; BVA 10. 7. 2009, N/0058-BVA/10/2009-25; Heid/Kurz in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ [2010] Rz 961). Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen, hier des BVergG 2006, zu lesen (zB VwGH 12. 5. 2011, 2008/04/0087).

Nach Punkt 1.17.2 der Ausschreibung sind Einheitspreise gemäß der unter Punkt 3.4 vorgegebenen Preisübersicht anzubieten. Nach Punkt

3.3 der Ausschreibung wird die Rahmenvereinbarung mit jenem Bieter abgeschlossen, der das Angebot mit dem niedrigsten Preis gelegt hat. Diese Formulierung legt nahe, dass der Gesamtpreis iSd § 2 Z 26 lit d BVergG, den die Ausschreibung in ihrem Punkt 4 als Gesamtsumme bezeichnet, alleine bewertungsrelevant ist. Für das Bewertungskriterium Preis werden nach Punkt 3.3 der Ausschreibung die Positionspreise und die daraus resultierende Gesamtsumme ohne Umsatzsteuer herangezogen. Im Summenblatt ist die Gesamtsumme, die sich aus der Addition der Positionspreise ergibt, als "Basis für das Zuschlagskriterium 'niedrigster Preis'" gekennzeichnet. Ebenso ist die verlesene Gesamtsumme in der Niederschrift über die Angebotsöffnung als "Basis für das Zuschlagskriterium 'niedrigster Preis'" gekennzeichnet. Das Billigstbieterprinzip besteht gemäß § 79 Abs 3 BVergG darin, dass der Zuschlag jenem Angebot erteilt wird, das den niedrigsten Preis hat. Dieser Preis darf sich ausschließlich auf die zu erbringende Leistung beziehen (zB VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0104; 22. 11. 2011, 2007/04/0078). Es gibt daher nur ein Kriterium. Dieses kann sich denkmöglich nur auf den Gesamtpreis, hier die Gesamtsumme, beziehen (idS Pesendorfer in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG2 [2009] § 80 Rz 137). Die zu erbringende Leistung besteht aus der Lieferung aller im Leistungsverzeichnis genannten Produkte. Die Festlegung im Summenblatt, dass die Gesamtsumme Grundlage für die Ermittlung des Angebots für den Abschluss der Rahmenvereinbarung ist, entspricht daher § 79 Abs 3 BVergG. 3.3 der Ausschreibung wird die Rahmenvereinbarung mit jenem Bieter abgeschlossen, der das Angebot mit dem niedrigsten Preis gelegt hat. Diese Formulierung legt nahe, dass der Gesamtpreis iSd Paragraph 2, Ziffer 26, Literatur d, BVergG, den die Ausschreibung in ihrem Punkt 4 als Gesamtsumme bezeichnet, alleine bewertungsrelevant ist. Für das Bewertungskriterium Preis werden nach Punkt 3.3 der Ausschreibung die Positionspreise und die daraus resultierende Gesamtsumme ohne Umsatzsteuer herangezogen. Im Summenblatt ist die Gesamtsumme, die sich aus der Addition der Positionspreise ergibt, als "Basis für das Zuschlagskriterium 'niedrigster Preis'" gekennzeichnet. Ebenso ist die verlesene Gesamtsumme in der Niederschrift über die Angebotsöffnung als "Basis für das Zuschlagskriterium 'niedrigster Preis'" gekennzeichnet. Das Billigstbieterprinzip besteht gemäß Paragraph 79, Absatz 3, BVergG darin, dass der Zuschlag jenem Angebot erteilt wird, das den niedrigsten Preis hat. Dieser Preis darf sich ausschließlich auf die zu erbringende Leistung beziehen (zB VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0104; 22. 11. 2011, 2007/04/0078). Es gibt daher nur ein Kriterium. Dieses kann sich denkmöglich nur auf den Gesamtpreis, hier die Gesamtsumme, beziehen (idS Pesendorfer in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG2 [2009] Paragraph 80, Rz 137). Die zu erbringende Leistung besteht aus der Lieferung aller im Leistungsverzeichnis genannten Produkte. Die Festlegung im Summenblatt, dass die Gesamtsumme Grundlage für die Ermittlung des Angebots für den Abschluss der Rahmenvereinbarung ist, entspricht daher Paragraph 79, Absatz 3, BVergG.

Die Gesamtsumme wurde verlesen und in der Niederschrift über die Angebotsöffnung korrekt dokumentiert. Beim Gesamtpreis handelt es sich inhaltlich um die Summe der Positionspreise unter Berücksichtigung von Aufschlägen und Nachlässen ohne Umsatzsteuer entsprechend der Definition in § 2 Z 26 lit d BVergG. Der unter der Bezeichnung

Gesamtsumme verlesene Preis entspricht dieser Definition und ist dementsprechend sowohl im Summenblatt der Angebote als auch in der Niederschrift zur Angebotsöffnung als Grundlage für die Ermittlung des "besten" Angebots gekennzeichnet. Damit verfügt der Bieter über alle Informationen, die er bei einer Ausschreibung nach dem Billigstbieterprinzip benötigt, um die Reihung der Angebote bei der Angebotsöffnung erkennen zu können. Die Gesamtsumme wurde verlesen und in der Niederschrift über die Angebotsöffnung korrekt dokumentiert. Beim Gesamtpreis handelt es sich inhaltlich um die Summe der Positionspreise unter Berücksichtigung von Aufschlägen und Nachlässen ohne Umsatzsteuer entsprechend der Definition in Paragraph 2, Ziffer 26, Litera d, BVergG. Der unter der Bezeichnung Gesamtsumme verlesene Preis entspricht dieser Definition und ist dementsprechend sowohl im Summenblatt der Angebote als auch in der Niederschrift zur Angebotsöffnung als Grundlage für die Ermittlung des "besten" Angebots gekennzeichnet. Damit verfügt der Bieter über alle Informationen, die er bei einer Ausschreibung nach dem Billigstbieterprinzip benötigt, um die Reihung der Angebote bei der Angebotsöffnung erkennen zu können.

Die Ausschreibung enthält fünf Leistungspositionen. Sie sieht die Gesamtvergabe der ausgeschriebenen Leistungen vor. Der Auftraggeber muss gemäß § 118 Abs 5 Z 2 BVergG Teilangebotspreise nur dann verlesen, wenn die Vergabe der Leistung in Teilen vorgesehen ist. Die Verlesung von Teilangebotspreisen kommt im gegenständlichen Vergabeverfahren schon deshalb nicht in Frage, weil weder eine Teilvergabe vorgesehen ist, noch sie in der Ausschreibung angekündigt wurde. Variantenangebotspreise muss er verlesen, wenn die Vergabe von Varianten vorgesehen ist. Varianten sind jedoch ebenso wenig wie Alternativangebote vorgesehen. Die Ausschreibung enthält fünf Leistungspositionen. Sie sieht die Gesamtvergabe der ausgeschriebenen Leistungen vor. Der Auftraggeber muss gemäß Paragraph 118, Absatz 5, Ziffer 2, BVergG Teilangebotspreise nur dann verlesen, wenn die Vergabe der Leistung in Teilen vorgesehen ist. Die Verlesung von Teilangebotspreisen kommt im gegenständlichen Vergabeverfahren schon deshalb nicht in Frage, weil weder eine Teilvergabe vorgesehen ist, noch sie in der Ausschreibung angekündigt wurde. Variantenangebotspreise muss er verlesen, wenn die Vergabe von Varianten vorgesehen ist. Varianten sind jedoch ebenso wenig wie Alternativangebote vorgesehen.

Bei der vorliegenden Ausschreibung ist das billigste Angebot jenes mit der niedrigsten "Gesamtsumme". Sie enthält die Preise aller anzubietenden Leistungen. Insofern gibt es keine anderen bewertungsrelevanten Angaben des Angebots. Dieser Verpflichtung ist der Auftraggeber nachgekommen. Daher entspricht die ausschließliche Verlesung der "Gesamtsumme" den Anforderungen von § 118 Abs 5 Z 2 BVergG. Bei der vorliegenden Ausschreibung ist das billigste Angebot jenes mit der niedrigsten "Gesamtsumme". Sie enthält die Preise aller anzubietenden Leistungen. Insofern gibt es keine anderen bewertungsrelevanten Angaben des Angebots. Dieser Verpflichtung ist der Auftraggeber nachgekommen. Daher entspricht die ausschließliche Verlesung der "Gesamtsumme" den Anforderungen von Paragraph 118, Absatz 5, Ziffer 2, BVergG.

Die Positionspreise bilden in ihrer Summe den Gesamtpreis. Sie sind keine vom Gesamtpreis getrennten Angaben, sondern setzt sich dieser aus ihnen zusammen. Sie sind damit keine wesentlichen Erklärung des Bieters iSd § 118 Abs 5 Z 3 BVergG, die nach dieser Bestimmung bei der Angebotsöffnung zu verlesen wären. Die Positionspreise bilden in ihrer Summe den Gesamtpreis. Sie sind keine vom Gesamtpreis getrennten Angaben, sondern setzt sich dieser aus ihnen zusammen. Sie sind damit keine wesentlichen Erklärung des Bieters iSd Paragraph 118, Absatz 5, Ziffer 3, BVergG, die nach dieser Bestimmung bei der Angebotsöffnung zu verlesen wären.

Der Auftraggeber ist gemäß § 118 Abs 5 Z 4 BVergG verpflichtet, sonstige im Hinblick auf andere Zuschlagskriterien als dem Preis in Zahlen ausgedrückte Bieterangaben zu verlesen. Da es bei einer Billigstbieterausschreibung schon definitionsgemäß keine anderen Zuschlagskriterien als den Preis gibt, kommt die Anwendung dieser Bestimmung ungeachtet aller - im gegenständlichen Fall auch nicht vorliegenden - Festlegungen nicht in Frage (VwGH 22. 2. 2011, 2007/04/0003). Der Auftraggeber ist gemäß Paragraph 118, Absatz 5, Ziffer 4, BVergG verpflichtet, sonstige im Hinblick auf andere Zuschlagskriterien als dem Preis in Zahlen ausgedrückte Bieterangaben zu verlesen. Da es bei einer Billigstbieterausschreibung schon definitionsgemäß keine anderen Zuschlagskriterien als den Preis gibt, kommt die Anwendung dieser Bestimmung ungeachtet aller - im gegenständlichen Fall auch nicht vorliegenden - Festlegungen nicht in Frage (VwGH 22. 2. 2011, 2007/04/0003).

Insgesamt war die Auftraggeberin daher nicht verpflichtet, die Positionspreise bei der Angebotsöffnung zu verlesen.

Die Antragstellerin bemängelt, dass die bei der Angebotsöffnung Anwesenden in der Niederschrift über die Angebotsöffnung unvollständig genannt sind. In der Niederschrift über die Angebotsöffnung sind nur die Mitglieder

der Kommission der Auftraggeberin genannt. Die teilnehmenden Vertreter der Bieter sind darin nicht erwähnt, obwohl eine händisch ausgefüllte Anwesenheitsliste in den Unterlagen des Vergabeverfahrens aufliegt, die jedoch dem Protokoll nicht angeschlossen wurde. Damit verstößt die Niederschrift über die Angebotsöffnung gegen § 118 Abs 6 Z 3 BVergG. Allerdings könnte auch die Nennung der Anwesenden keine Auswirkung auf den Ausgang des Vergabeverfahrens haben. Die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist daher gemäß § 325 Abs 1 Z 2 BVergG ausgeschlossen. Die Antragstellerin bemängelt, dass die bei der Angebotsöffnung Anwesenden in der Niederschrift über die Angebotsöffnung unvollständig genannt sind. In der Niederschrift über die Angebotsöffnung sind nur die Mitglieder der Kommission der Auftraggeberin genannt. Die teilnehmenden Vertreter der Bieter sind darin nicht erwähnt, obwohl eine händisch ausgefüllte Anwesenheitsliste in den Unterlagen des Vergabeverfahrens aufliegt, die jedoch dem Protokoll nicht angeschlossen wurde. Damit verstößt die Niederschrift über die Angebotsöffnung gegen Paragraph 118, Absatz 6, Ziffer 3, BVergG. Allerdings könnte auch die Nennung der Anwesenden keine Auswirkung auf den Ausgang des Vergabeverfahrens haben. Die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist daher gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG ausgeschlossen.

3.4.2 Zum zu niedrigen Gesamtpreis

Die Antragstellerin rügt angesichts der bei der Angebotsöffnung offensichtlich gewordenen großen Unterschiede der Angebotspreise, dass das Angebot der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung einen zu niedrigen Angebotspreis aufweise.

Gemäß § 123 Abs 2 Z 4 BVergG muss die Auftraggeberin die Angemessenheit der Preise prüfen. Gemäß Paragraph 123, Absatz 2, Ziffer 4, BVergG muss die Auftraggeberin die Angemessenheit der Preise prüfen.

Die in Aussicht genommene Partnerin der Rahmenvereinbarung bietet die ausgeschriebene Rahmenvereinbarung um Euro 804.150, die Antragstellerin um Euro 1,150.000 und die Drittgereihte um Euro 1,165.000 jeweils ohne USt an. Das Angebot der Antragstellerin ist damit um Euro 345.850 oder 43,01 %, jenes der Drittgereihten um Euro 360.850 oder 44,87 % teurer als jenes der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung. Ungeachtet der Preise in früheren Ausschreibungen ist der Preisunterschied auffällig, zumal die Erst- und die Drittgereihte dasselbe Produkt anbieten. Es ist zwar zu berücksichtigen, dass der geschätzte Auftragswert nur Euro 175.950 oder 21,88 % über dem Preis des Angebots der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung oder jenes 17,95 % unter dem geschätzten Auftragswert liegt. Nun stellt aber schon ein Preisunterschied von 15 % eine grobe Abweichung dar (VwGH 22. 6. 2011, 2011/04/0011, unter Verweis auf Kropik in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG² [2009] § 125 Rz 28) und erweckt den Verdacht, dass der Angebotspreis zu niedrig ist § 125 BVergG ist. Das trifft auch für die Positionspreise in den Positionen 1 und 2 zu. Hinzu tritt, dass - wie bei allen anderen Bietern - die Positionen 3 bis 5 mit Euro 0 ausgepreist sind. Dadurch entsteht der Verdacht, dass die Kosten in diesen Positionen in andere Positionen umgelagert worden sind. Schließlich hatten die Bieter auch die Kosten der Zustellung zu kalkulieren, die bei Medikamenten zweifellos höher als bei anderen Waren sind. Da die Kosten der in der mündlichen Verhandlung genannten Impfaktionen der Jahre 2007 bis 2011 untereinander zumindest um 56 % differieren, stellen sie kein einheitliches Preisniveau dar. Aus ihnen kann nicht zuletzt deshalb, weil es sich nur um vier Werte mit einer großen Preisschwankung handelt, keine verlässliche Aussage über die Angemessenheit der Preise getroffen werden. Dabei ist auch der trotz der gestiegenen Inflation deutlich niedrigere Preis des Angebots der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung gegenüber der Impfaktion 2011 zu berücksichtigen. Die Voraussetzungen für die Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung gemäß § 125 Abs 3 Z 1 und 3 BVergG liegen daher vor. Die in Aussicht genommene Partnerin der Rahmenvereinbarung bietet die ausgeschriebene Rahmenvereinbarung um Euro 804.150, die Antragstellerin um Euro 1,150.000 und die Drittgereihte um Euro 1,165.000 jeweils ohne USt an. Das Angebot der Antragstellerin ist damit um Euro 345.850 oder 43,01 %, jenes der Drittgereihten um Euro 360.850 oder 44,87 % teurer als jenes der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung. Ungeachtet der Preise in früheren Ausschreibungen ist der Preisunterschied auffällig, zumal die Erst- und die Drittgereihte dasselbe Produkt anbieten. Es ist zwar zu berücksichtigen, dass der geschätzte Auftragswert nur Euro 175.950 oder 21,88 % über dem Preis des Angebots der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung oder jenes 17,95 % unter dem geschätzten Auftragswert liegt. Nun stellt aber schon ein Preisunterschied von 15 % eine grobe Abweichung dar (VwGH 22. 6. 2011, 2011/04/0011, unter Verweis auf Kropik in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG² [2009] Paragraph 125, Rz 28) und erweckt den Verdacht, dass der Angebotspreis zu niedrig ist Paragraph 125, BVergG ist. Das trifft auch für die Positionspreise in den Positionen 1 und 2 zu. Hinzu tritt, dass - wie bei allen anderen Bietern - die Positionen 3 bis 5 mit

Euro 0 ausgepreist sind. Dadurch entsteht der Verdacht, dass die Kosten in diesen Positionen in andere Positionen umgelagert worden sind. Schließlich hatten die Bieter auch die Kosten der Zustellung zu kalkulieren, die bei Medikamenten zweifellos höher als bei anderen Waren sind. Da die Kosten der in der mündlichen Verhandlung genannten Impfkationen der Jahre 2007 bis 2011 untereinander zumindest um 56 % differieren, stellen sie kein einheitliches Preisniveau dar. Aus ihnen kann nicht zuletzt deshalb, weil es sich nur um vier Werte mit einer großen Preisschwankung handelt, keine verlässliche Aussage über die Angemessenheit der Preise getroffen werden. Dabei ist auch der trotz der gestiegenen Inflation deutlich niedrigere Preis des Angebots der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung gegenüber der Impfkation 2011 zu berücksichtigen. Die Voraussetzungen für die Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung gemäß Paragraph 125, Absatz 3, Ziffer eins und 3 BVergG liegen daher vor.

3.4.3 Zur vertieften Angebotsprüfung

Die Antragstellerin bringt vor, dass die Auftraggeberin zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtet gewesen wäre, diese jedoch unterlassen oder nicht ausreichend geführt habe.

Die Auftraggeberin war wohl - entgegen der im Nachprüfungsverfahren geäußerten Meinung - im Zuge des Vergabeverfahrens sehr wohl der Ansicht, dass eine vertiefte Angebotsprüfung erforderlich war, und forderte die in Aussicht genommene Partnerin der Rahmenvereinbarung auch tatsächlich zur Erklärung der Preise auf. Die Antwort, die die in Aussicht genommene Partnerin der Rahmenvereinbarung gab, entbehrt jedoch jeden Erklärungswerts hinsichtlich der Höhe der angebotenen Preise. Sie enthält keinerlei Angaben über die konkrete Kalkulation, etwa der Angabe des Einstandspreises oder von Aufschlägen, Kosten der weiteren zu liefernden Produkte oder Kosten der Lieferung an die Impfstellen, die die Preise nachvollziehbar machen würden. Sie beschränkt sich auf die Angabe, dass im Zusammenwirken mit den Hersteller und Lieferanten besonders gute Konditionen erreicht worden wären. Damit sind aber die gemäß § 125 Abs 4 BVergG notwendigen Prüfschritte mangels konkreter Angaben unmöglich durchführbar. Die Auftraggeberin hätte sich mit dieser Auskunft nicht begnügen dürfen und entweder ergänzende Auskünfte verlangen oder das Angebot der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung ausscheiden müssen. Die Auftraggeberin war wohl - entgegen der im Nachprüfungsverfahren geäußerten Meinung - im Zuge des Vergabeverfahrens sehr wohl der Ansicht, dass eine vertiefte Angebotsprüfung erforderlich war, und forderte die in Aussicht genommene Partnerin der Rahmenvereinbarung auch tatsächlich zur Erklärung der Preise auf. Die Antwort, die die in Aussicht genommene Partnerin der Rahmenvereinbarung gab, entbehrt jedoch jeden Erklärungswerts hinsichtlich der Höhe der angebotenen Preise. Sie enthält keinerlei Angaben über die konkrete Kalkulation, etwa der Angabe des Einstandspreises oder von Aufschlägen, Kosten der weiteren zu liefernden Produkte oder Kosten der Lieferung an die Impfstellen, die die Preise nachvollziehbar machen würden. Sie beschränkt sich auf die Angabe, dass im Zusammenwirken mit den Hersteller und Lieferanten besonders gute Konditionen erreicht worden wären. Damit sind aber die gemäß Paragraph 125, Absatz 4, BVergG notwendigen Prüfschritte mangels konkreter Angaben unmöglich durchführbar. Die Auftraggeberin hätte sich mit dieser Auskunft nicht begnügen dürfen und entweder ergänzende Auskünfte verlangen oder das Angebot der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung ausscheiden müssen.

§ 125 Abs 5 BVergG spricht von einer verbindlichen schriftlichen Aufklärung. Insofern erscheint es naheliegend, die zu § 129 Abs 1 Z 7 BVergG in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze (zB BVA 16. 12. 2011, N/0112-BVA/10/2011-32) auf § 125 Abs 5 BVergG zu übertragen. Damit hätte die als Partnerin der Rahmenvereinbarung in Aussicht genommene Bieterin kein zweites Mal zur schriftlichen Erklärung der Preise aufgefordert werden dürfen. Allerdings wäre es der Auftraggeberin gemäß § 127 Abs 1 BVergG auch offen gestanden, ein Aufklärungsgespräch zu führen, zumal diese Norm ein kommissionell geführtes Bietergespräch unter Beachtung des Verhandlungsverbotes im offenen Verfahren ausdrücklich auch zur Prüfung der Angemessenheit der Preise zulässt. Von dieser Möglichkeit hat sie jedoch auch nicht Gebrauch gemacht, sondern sich mit der erteilten - nicht aussagekräftigen - Auskunft begnügt. Paragraph 125, Absatz 5, BVergG spricht von einer verbindlichen schriftlichen Aufklärung. Insofern erscheint es naheliegend, die zu Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze (zB BVA 16. 12. 2011, N/0112-BVA/10/2011-32) auf Paragraph 125, Absatz 5, BVergG zu übertragen. Damit hätte die als Partnerin der Rahmenvereinbarung in Aussicht genommene Bieterin kein zweites Mal zur schriftlichen Erklärung der Preise aufgefordert werden dürfen. Allerdings wäre es der Auftraggeberin gemäß Paragraph 127, Absatz eins, BVergG auch offen gestanden, ein Aufklärungsgespräch zu führen, zumal diese Norm ein kommissionell geführtes Bietergespräch

unter Beachtung des Verhandlungsverbotes im offenen Verfahren ausdrücklich auch zur Prüfung der Angemessenheit der Preise zulässt. Von dieser Möglichkeit hat sie jedoch auch nicht Gebrauch gemacht, sondern sich mit der erteilten - nicht aussagekräftigen - Auskunft begnügt.

Nun ist es nicht Aufgabe des Bundesvergabeamts, Bieter zur Aufklärung aufzufordern (zB BVA 9. 12. 2011, N/0109-BVA/08/2011-51). Die Erklärung der Preise muss im Vergabeverfahren und nicht im Nachprüfungsverfahren erfolgen (zB VwGH 28. 9. 2011, 2007/04/0102). Die Vergabekontrollbehörde kann die Angemessenheit der Preise auch durch Beiziehung eines Sachverständigen, der gemäß § 52 Abs 1 AVG im Verfahren als Hilfsorgan der Behörde einen zur Ermittlung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts notwendigen Beweis aufnimmt (zB VwGH 17. 8. 2010, 2009/06/0039; 30. 6. 2011, 2010/03/0069), nur auf Grundlage der im Vergabeverfahren zur Verfügung gestandenen Unterlagen und Erklärungen prüfen (zB VwGH 22. 6. 2011, 2007/04/0076). Die im Vergabeverfahren vorliegenden Unterlagen reichen jedoch dazu nicht aus. Damit ist es im vorliegenden Fall dem Bundesvergabeamt unmöglich, die Angemessenheit der Preise zu prüfen. Auch ein Sachverständiger könnte mangels konkreter Angaben zum Zustandekommen der angebotenen Preise deren Nachvollziehbarkeit und betriebswirtschaftliche Erklärbarkeit nicht beurteilen. Weiterführende Ermittlungen wären ihm - ebenso wie dem Bundesvergabeamt - mangels Möglichkeit, den Bieter zu ergänzenden Erläuterungen aufzufordern, verwehrt. Die Auftraggeberin hat die gebotene vertiefte Angebotsprüfung zwar begonnen, jedoch nicht entsprechend zu Ende geführt. Die von ihr getroffene Beurteilung des Angebotspreises der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung ist auf den vorliegenden Grundlagen nicht erklär- oder nachvollziehbar. Die Auftraggeberin hätte allenfalls ein Aufklärungsgespräch durchführen oder den Bieter gemäß § 129 Abs 2 BVergG ausscheiden müssen. Nun ist es nicht Aufgabe des Bundesvergabeamts, Bieter zur Aufklärung aufzufordern (zB BVA 9. 12. 2011, N/0109-BVA/08/2011-51). Die Erklärung der Preise muss im Vergabeverfahren und nicht im Nachprüfungsverfahren erfolgen (zB VwGH 28. 9. 2011, 2007/04/0102). Die Vergabekontrollbehörde kann die Angemessenheit der Preise auch durch Beiziehung eines Sachverständigen, der gemäß Paragraph 52, Absatz eins, AVG im Verfahren als Hilfsorgan der Behörde einen zur Ermittlung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts notwendigen Beweis aufnimmt (zB VwGH 17. 8. 2010, 2009/06/0039; 30. 6. 2011, 2010/03/0069), nur auf Grundlage der im Vergabeverfahren zur Verfügung gestandenen Unterlagen und Erklärungen prüfen (zB VwGH 22. 6. 2011, 2007/04/0076). Die im Vergabeverfahren vorliegenden Unterlagen reichen jedoch dazu nicht aus. Damit ist es im vorliegenden Fall dem Bundesvergabeamt unmöglich, die Angemessenheit der Preise zu prüfen. Auch ein Sachverständiger könnte mangels konkreter Angaben zum Zustandekommen der angebotenen Preise deren Nachvollziehbarkeit und betriebswirtschaftliche Erklärbarkeit nicht beurteilen. Weiterführende Ermittlungen wären ihm - ebenso wie dem Bundesvergabeamt - mangels Möglichkeit, den Bieter zu ergänzenden Erläuterungen aufzufordern, verwehrt. Die Auftraggeberin hat die gebotene vertiefte Angebotsprüfung zwar begonnen, jedoch nicht entsprechend zu Ende geführt. Die von ihr getroffene Beurteilung des Angebotspreises der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung ist auf den vorliegenden Grundlagen nicht erklär- oder nachvollziehbar. Die Auftraggeberin hätte allenfalls ein Aufklärungsgespräch durchführen oder den Bieter gemäß Paragraph 129, Absatz 2, BVergG ausscheiden müssen.

3.4.4 Zur Befugnis

Die Antragstellerin bringt zur Befugnis der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung vor, dass die Abgabe von Medikamenten nur über Apotheken erfolgen dürfe. Der Auftrag verlange Lieferungen in ganz Österreich. Ein Mitglied der Bietergemeinschaft sei zwar Apotheker, verfüge aber nicht über den dazu nötigen Fuhrpark. Diesen müsse ein Dritter bereitstellen, weshalb die Abgabe nicht über einen Apotheker erfolgen solle.

Die Auftraggeberin wendet dagegen ein, dass es nicht Aufgabe der Vergabekontrollbehörde sei, die Einhaltung anderer Vorschriften als jener des Vergaberechts zu kontrollieren.

Vorerst ist dazu festzuhalten, dass nach den allgemeinen Grundsätzen des Vergaberechts die Vergabe nur an befugte Bieter erfolgen darf. Die zur Durchführung des Auftrags erforderliche Befugnis ist anhand des Auftragsgegenstandes zu prüfen. Das Fehlen der Befugnis zum relevanten Zeitpunkt stellt einen unbehebaren Mangel dar, der zum Ausscheiden des Angebots führt (zB VwGH 12. 5. 2011, 2008/04/0087). Daher ist das Vorliegen der Befugnis zum einschlägigen Zeitpunkt zu prüfen, der gemäß § 68 Z 1 BVergG im offenen Verfahren die Angebotsöffnung, hier der 20. Dezember 2011 ist. Vorerst ist dazu festzuhalten, dass nach den allgemeinen Grundsätzen des Vergaberechts die Vergabe nur an befugte Bieter erfolgen darf. Die zur Durchführung des Auftrags erforderliche Befugnis ist anhand des Auftragsgegenstandes zu prüfen. Das Fehlen der Befugnis zum relevanten Zeitpunkt stellt einen unbehebaren

Mangel dar, der zum Ausscheiden des Angebots führt (zB VwGH 12. 5. 2011, 2008/04/0087). Daher ist das Vorliegen der Befugnis zum einschlägigen Zeitpunkt zu prüfen, der gemäß Paragraph 68, Ziffer eins, BVergG im offenen Verfahren die Angebotsöffnung, hier der 20. Dezember 2011 ist.

Gegenstand des Auftrags ist die Lieferung von Fertigspritzen zur Immunisierungsimpfung gegen FSME samt Tupfern, Desinfektionsmittel und Impfpflastern. Die Auftraggeberin verfügt nach Punkt 3.2.2 der Ausschreibung nicht über eine eigene Apotheke. Deshalb legt sie in diesem Punkt der Ausschreibung fest, dass der Bezug der FSME-Impfstoffe über eine oder mehrere Apotheken zu ermöglichen und deren Eignung nachzuweisen ist.

Gemäß § 59 Abs 1 AMG dürfen Arzneimittel nur von Apotheken abgegeben werden. Von den in §§ 57, 58 und 59 Abs 2 bis 9 AMG festgelegten Ausnahmen von diesem Grundsatz trifft im vorliegenden Fall keine zu. Abgabe ist gemäß § 2 Abs 11 AMG eine Form des Inverkehrbringens. Apotheken dürfen gemäß § 8a Apothekengesetz dringend benötigte Arzneimittel an Patienten nur innerhalb eines beschränkten Umkreises von 4 km mit apothekeneigenen Zustelldiensten zustellen. Diese Bestimmung ist schon deshalb nicht einschlägig, weil es sich bei den Impfstoffen nicht um dringend benötigte Arzneimittel handelt, die Abgabe nicht direkt an Patienten erfolgt und damit Tatbestandsvoraussetzungen für die Anwendung dieser Bestimmung fehlen. Gemäß Paragraph 59, Absatz eins, AMG dürfen Arzneimittel nur von Apotheken abgegeben werden. Von den in Paragraphen 57, 58 und 59 Absatz 2 bis 9 AMG festgelegten Ausnahmen von diesem Grundsatz trifft im vorliegenden Fall keine zu. Abgabe ist gemäß Paragraph 2, Absatz 11, AMG eine Form des Inverkehrbringens. Apotheken dürfen gemäß Paragraph 8 a, Apothekengesetz dringend benötigte Arzneimittel an Patienten nur innerhalb eines beschränkten Umkreises von 4 km mit apothekeneigenen Zustelldiensten zustellen. Diese Bestimmung ist schon deshalb nicht einschlägig, weil es sich bei den Impfstoffen nicht um dringend benötigte Arzneimittel handelt, die Abgabe nicht direkt an Patienten erfolgt und damit Tatbestandsvoraussetzungen für die Anwendung dieser Bestimmung fehlen.

§ 11 ABO 2005 erlaubt die Abgabe von Arzneimitteln nur ausnahmsweise in der Form durch Zustellung. Eine solche Ausnahme ist vorliegend gegeben. Daher hat die Apotheke beim Transport von Arzneimitteln § 66a ABO 2005 zu beachten. § 66a Abs 5 ABO 2005 erlaubt uneingeschränkt den Transport der Arzneimittel durch von der Apotheke Dritte, wenn - unter Verantwortung der Apotheke - die Voraussetzungen des § 66a Abs 1, 3 und 4 ABO 2005 eingehalten werden. Damit ist es der Apotheke möglich, sich Dritter, etwa des anderen Mitglieds der Bietergemeinschaft oder einen Subunternehmer, für den Transport der Impfstoffe zu bedienen. Sie hat dabei nur sicherzustellen, dass der Transport fach- und sachgerecht vorgenommen wird. Paragraph 11, ABO 2005 erlaubt die Abgabe von Arzneimitteln nur ausnahmsweise in der Form durch Zustellung. Eine solche Ausnahme ist vorliegend gegeben. Daher hat die Apotheke beim Transport von Arzneimitteln Paragraph 66 a, ABO 2005 zu beachten. Paragraph 66 a, Absatz 5, ABO 2005 erlaubt uneingeschränkt den Transport der Arzneimittel durch von der Apotheke Dritte, wenn - unter Verantwortung der Apotheke - die Voraussetzungen des Paragraph 66 a, Absatz eins, 3 und 4 ABO 2005 eingehalten werden. Damit ist es der Apotheke möglich, sich Dritter, etwa des anderen Mitglieds der Bietergemeinschaft oder einen Subunternehmer, für den Transport der Impfstoffe zu bedienen. Sie hat dabei nur sicherzustellen, dass der Transport fach- und sachgerecht vorgenommen wird.

Damit kommt der in Aussicht genommenen Partnerin der Rahmenvereinbarung die Befugnis zur Durchführung des Auftrags zu.

3.4.5 Nichtigerklärung - Spruchpunkt I.3.4.5 Nichtigerklärung - Spruchpunkt römisch eins.

Die Unterlassung der Durchführung einer vollständigen vertieften Angebotsprüfung widerspricht § 125 BVergG. Die Vornahme einer vollständigen vertieften Angebotsprüfung kann aber zu einem anderen Ergebnis des Vergabeverfahrens führen und ist somit für den Ausgang des Vergabeverfahrens wesentlich. Da die Voraussetzungen des § 325 Abs 1 BVergG vorliegen, ist die daher Entscheidung der Auftraggeberin, mit welchem Bieter die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, für nichtig zu erklären. Ein Eingehen auf die übrigen behaupteten Rechtswidrigkeiten erübrigt sich angesichts dieses Ergebnisses. Die Unterlassung der Durchführung einer vollständigen vertieften Angebotsprüfung widerspricht Paragraph 125, BVergG. Die Vornahme einer vollständigen vertieften Angebotsprüfung kann aber zu einem anderen Ergebnis des Vergabeverfahrens führen und ist somit für den Ausgang des Vergabeverfahrens wesentlich. Da die Voraussetzungen des Paragraph 325, Absatz eins, BVergG vorliegen, ist die

daher Entscheidung der Auftraggeberin, mit welchem Bieter die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, für nichtig zu erklären. Ein Eingehen auf die übrigen behaupteten Rechtswidrigkeiten erübrigt sich angesichts dieses Ergebnisses.

3.5 Ersatz der Pauschalgebühr

Die einschlägigen Bestimmungen des BVergG lauten:

Gebührenersatz

§ 319. (1) Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Paragraph 319, (1) Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1. 1.Ziffer eins
dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. 2.Ziffer 2
dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

(3) [...]

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der gesetzlich geschuldeten Höhe tatsächlich bezahlt. Das Bundesvergabeamt erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Die Antragstellerin hat mit ihrem Nachprüfungsantrag zumindest teilweise obsiegt, da das Bundesvergabeamt dem Nachprüfungsantrag stattgab. Die Auftraggeberinnen sind daher verpflichtet, die bezahlte Pauschalgebühr zu ersetzen.

Schlagworte

Niederschrift über die Angebotsöffnung, Anwesenheitsliste, Wesentlichkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens;

Zuletzt aktualisiert am

14.03.2012

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