

# TE Verg Bescheid 2008/12/9 VKS-8095/08

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 09.12.2008

## Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §13 Abs3

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20 Abs1

WVRG 2007 §22 Abs3

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1 Z6

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 Abs6

WVRG 2007 §39 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §68

BVergG 2006 §126

BVergG 2006 §129

BVergG 2006 §345

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 68 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

## Text

### BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden \*\*\* und die Mitglieder \*\*\* über den Antrag der \*\*\* GmbH, \*\*\*, vertreten durch Dr. Michael Mathes, Rechtsanwalt in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe der „Belieferung der Anstaltsapotheken des Wiener Krankenanstaltenverbundes mit nichtionischen monomeren Röntgenkontrastmitteln“, Ausschreibungsnummer KAVAEG/005- 07/RKN, durch die Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien – Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, KAV-GB-Stabstelle Medizinökonomie und Pharmazie, Thomas-Klestil-Platz 7/1, 1030 Wien vertreten durch Schramm Öhler, Rechtsanwälte in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins  
Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 17.9.2008 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.
1. 2.Ziffer 2  
Die einstweilige Verfügung vom 7.10.2008 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
1. 3.Ziffer 3  
Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

### Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 13 Abs. 3, 18, 19, 20 Abs. 1, 22 Abs. 3, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 6, 25 Abs. 1, 31 Abs. 6, 39 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 2, 5, 68, 126, 129, 345 BVergG 2006. Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 13, Absatz 3, 18, 19, 20, Absatz eins, 22, Absatz 3, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 6, 25, Absatz eins, 31, Absatz 6, 39, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer 2, 5, 68, 126, 129, 345, BVergG 2006.

### Begründung:

Der Magistrat der Stadt Wien, Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund (im Folgenden Antragsgegner genannt) führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Rahmenvertrages zur Belieferung der Anstaltsapotheken mit nichtionischen monomeren Röntgenkontrastmitteln. Es handelt sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich. Der Lieferauftrag ist in zwei Lose geteilt, wobei die Bieter berechtigt waren, beide Lose oder nur eines von beiden Losen anzubieten. Die beiden Lose unterscheiden sich nicht in der Anforderung an das zu liefernde Arzneimittel, sondern nur in den Packungsgrößen (Fläschchen Los 1 zu je 50, 100 und 200 ml-Inhalt, Los 2 zu 500 ml Inhalt). Der Zuschlag soll auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden. Die Zuschlagskriterien

wurden mit 93 % für den Preis, 2 % für die Lieferzeit und 5 % für zusätzliche Indikationen (röntgenologische Darstellung des GI-Traktes, der Gallenwege und Drüsenausführgänge, gewichtet mit 3 % und Myelographie, gewichtet mit 2 %) festgelegt. Das Ende der Angebotsfrist war der 12.8.2008. Für das Los 1 haben sechs Bieter, für das Los 2 fünf Bieter Angebote gelegt, darunter auch die Antragstellerin, die ein Angebot für beide Lose abgegeben hat.

Mit Schreiben vom 17.9.2008, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, zu beabsichtigen, den Zuschlag für beide Lose einem anderen Bieter erteilen zu wollen. Der Zuschlagsentscheidung waren die Kopie des Angebotseröffnungsprotokolls und des Prüfberichtes beigelegt. Nach dem Prüfbericht wurde das Angebot der Antragstellerin beim Los 1 an dritter Stelle, beim Los 2 an vierter Stelle gereiht.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 30.9.2008 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus, dass trotz der nach dem Prüfbericht der Antragsgegnerin erfolgten Reihung ihres Angebotes beim Los 1 an 3. Stelle und beim Los 2 an 4. Stelle, ihre Antragslegitimation gegeben wäre, weil alle vor ihr gereihten Angebote auszuschneiden wären. Diese Ausscheidungen habe die Antragsgegnerin zu Unrecht nicht vorgenommen. Im Einzelnen wäre für das Los 1 das erstgereichte Angebot von \*\*\* und das zweitgereichte Angebote vom \*\*\* sowie für das Los 2 das erstgereichte Angebot von \*\*\*, das zweitgereichte Angebote von \*\*\* und das drittgereichte Angebote von \*\*\* auszuschneiden gewesen. Das Angebot der Antragstellerin für beide Lose sei als einziges der genannten Angebote ausschreibungskonform. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 30.9.2008 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus, dass trotz der nach dem Prüfbericht der Antragsgegnerin erfolgten Reihung ihres Angebotes beim Los 1 an 3. Stelle und beim Los 2 an 4. Stelle, ihre Antragslegitimation gegeben wäre, weil alle vor ihr gereihten Angebote auszuschneiden wären. Diese Ausscheidungen habe die Antragsgegnerin zu Unrecht nicht vorgenommen. Im Einzelnen wäre für das Los 1 das erstgereichte Angebot von \*\*\* und das zweitgereichte Angebote vom \*\*\* sowie für das Los 2 das erstgereichte Angebot von \*\*\*, das zweitgereichte Angebote von \*\*\* und das drittgereichte Angebote von \*\*\* auszuschneiden gewesen. Das Angebot der Antragstellerin für beide Lose sei als einziges der genannten Angebote ausschreibungskonform.

Zum Angebot des für die Zuschlagserteilung für beide Lose vorgesehenen Unternehmens \*\*\* macht die Antragstellerin als Ausscheidungsgründe geltend, dass die Ausschreibung im Punkt 3.4 der besonderen Angebotsbestimmungen die Formulierung enthalte, dass sämtliche Unterlagen des Anbieters zum Angebot in die Prüfung auf Konformität zu den Angebotsbestimmungen einbezogen würden und diese nicht widersprüchlich zu diesen Bestimmungen sein dürften, da dies einen Ausschluss des Angebotes zur Folge hätte. Das für beide Lose für die Zuschlagserteilung vorgesehene Unternehmen hätte jedoch bei beiden Losen ausdrücklich in seinem Angebot erklärt, die röntgenologische Darstellung des GI-Traktes und die Myelographie sei mit dem angebotenen Produkt „\*\*\*“ möglich. Die Antragsgegnerin selbst habe in ihrem Prüfprotokoll festgehalten, dass die Fachinformationen zu diesem Produkt keine Hinweise auf die Anwendung zur Myelographie enthalten würden. Anstatt das Angebot auszuschneiden, habe die Antragsgegnerin das Angebot lediglich mit 0 Punkten bewertet. Auch sei eine orale Anwendung des Produktes auf Basis der Fachinformationen nicht zulässig. Es hätte daher die Antragsgegnerin entsprechend ihren Ausschreibungsbestimmungen, wonach „Widersprüche zwischen den Beilagen zum Angebot oder Informationsmaterial zu einem Ausschluss des Angebotes führen“ das Angebot der erstgereihten Bieterin auszuschneiden gehabt.

Das Angebot von \*\*\* wäre für beide Lose auszuschneiden gewesen, weil der Bieter im Angebot bestätigt habe, dass eine Indikation für röntgenologische Darstellung des GI-Traktes und der Myelographie zugelassen sei. Das Produkt besitze jedoch eine Kontraindikation für Myelographie bei Kindern bis zu 14 Jahren und sei zu dem für die intrathekale Anwendung mit einer Konzentration von 350 mg nicht vorgesehen.

Auch das Angebot von \*\*\* für das Los 2 wäre auszuschneiden gewesen, weil trotz der Bestätigung dieses Bieters im Angebot, dass die Zulassung für beide zusätzlichen Indikationen gegeben wäre, nach den Fachinformationen zu diesem angebotenen Produkt eine Kontraindikation für Myelographie bei der Konzentration 300 mg und 370 mg gegeben sei. Wegen dieser Widersprüche zwischen den Angaben der Bieter und dem Inhalt der Fachinformationen seien alle vor der Antragstellerin gereihten Angebote auszuschneiden.

Sollte ihrem Nichtigerklärungsantrag nicht stattgegeben werden, drohe der Antragstellerin ein Schaden an frustrierten Kosten für die Beteiligung am Vergabeverfahren, an entgangenem Gewinn in branchenüblicher Höhe sowie an den Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung zu entstehen. Dazu käme noch der Verlust eines für sie wichtigen Referenzprojektes.

Abschließend bringt die Antragstellerin vor, „dass wesentliche Falschangaben eines Bieters (unabhängig von den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen) nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung jedenfalls zu einem Ausschluss des Bieters bzw. einem Ausscheiden des Angebotes führen müssen. Die falsche Erklärung eines Bieters bezüglich bewertungsrelevanter Angaben sei ein nicht verbesserungsfähiger Mangel. Bei Vorliegen unbehebbarer Mängel sei der Auftraggeber gleichfalls verpflichtet, die davon betroffenen Angebote auszuschneiden“. Aus all diesen Gründen sei daher die angefochtene Zuschlagsentscheidung rechtswidrig.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 7.10.2008 erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses den Parteien zugekommenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 7.10.2008 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als Teilnahmeberechtigte (§ 22 Abs. 2 WVRG 2007) in das Verfahren eingetreten. Sie beantragt, den Anträgen der Antragstellerin nicht statt zu geben, weil sie ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Gutachten nicht gelegt habe. Der von der Antragstellerin angezogene Punkt der Ausschreibung nehme nur auf § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2007 Bezug, wonach den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden seien. Ein Widerspruch zwischen Teilen der Unterlagen im Angebot sei daher nicht Gegenstand der Regelung des Punktes 3.4 der besonderen Angebotsbestimmungen. Unabhängig davon, dass ein solcher Widerspruch nicht zum Ausscheiden des Angebotes führen könne, bestünden auch keine Widersprüche im Angebot der Teilnahmeberechtigten. Die beiden von der Antragstellerin angeführten Indikationen seien Zuschlagskriterien. Das Nichterfüllen eines dieser Zuschlagskriterien sei lediglich bei der Bewertung der Angebote zu berücksichtigen, könne aber nicht zum Ausscheiden des Angebotes führen. Mit Schriftsatz vom 7.10.2008 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als Teilnahmeberechtigte (Paragraph 22, Absatz 2, WVRG 2007) in das Verfahren eingetreten. Sie beantragt, den Anträgen der Antragstellerin nicht statt zu geben, weil sie ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Gutachten nicht gelegt habe. Der von der Antragstellerin angezogene Punkt der Ausschreibung nehme nur auf Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2007 Bezug, wonach den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden seien. Ein Widerspruch zwischen Teilen der Unterlagen im Angebot sei daher nicht Gegenstand der Regelung des Punktes 3.4 der besonderen Angebotsbestimmungen. Unabhängig davon, dass ein solcher Widerspruch nicht zum Ausscheiden des Angebotes führen könne, bestünden auch keine Widersprüche im Angebot der Teilnahmeberechtigten. Die beiden von der Antragstellerin angeführten Indikationen seien Zuschlagskriterien. Das Nichterfüllen eines dieser Zuschlagskriterien sei lediglich bei der Bewertung der Angebote zu berücksichtigen, könne aber nicht zum Ausscheiden des Angebotes führen.

Das von der Teilnahmeberechtigten angebotene Produkt „\*\*\*“ werde in den Verpackungsformen „Ampullen“ und „Stechampullen“ angeboten, wobei der Verpackungsinhalt derselbe sei. Dieses Produkt verfüge nur in der Verpackungsform „Ampullen“ über eine myelographische Zulassung. Es sei richtig, dass die ausgeschriebene Verpackungsform „Stechampullen“ myelografisch nicht zugelassen sei, dieser Umstand jedoch nur zu einer entsprechenden Bewertung durch die Antragsgegnerin führen könne, nicht aber zur Ausscheidung des Angebotes. Die Angabe der Teilnahmeberechtigten im Angebot selbst sei aber richtig, weil das Produkt (der Inhalt der Fläschchen) myelographisch zugelassen sei. Auch sei das Vorbringen der Antragstellerin falsch, das Produkt sei nicht zur röntgenologischen Darstellung des GI-Traktes zugelassen, denn die Zulassung zur Darstellung von allen Körperhöhlen decke auch die röntgenologische Darstellung des GI-Traktes ab. Für diese Darstellung sei auch die orale Anwendung des angebotenen Kontrastmittels keine Voraussetzung. Im Übrigen beantragt die Teilnahmeberechtigte die Zurückweisung des Antrages auf Nichtigerklärung, weil der Antragstellerin im Hinblick auf ihre Reihung (sie könne nicht Bestbieterin werden) keine Antragslegitimation zukomme.

Mit Schriftsatz vom 10.10.2008 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen und gleichfalls die Zurück- bzw. Abweisung der gestellten Anträge begehrt. Sie führt aus, dass die Teilnahmeberechtigte in beiden Losen das Arzneimittel „\*\*\*-Stechampullen“ mit einer Konzentration von 300 mg/ml und 370 mg/ml angeboten habe. Die

entsprechenden Fachinformationen seien beigelegt worden und die Erfüllung der beiden technischen Zuschlagskriterien von der Teilnahmeberechtigten angekreuzt worden. Der Antragsgegnerin sei bei der Angebotsprüfung aufgefallen, dass die vorgelegte Fachinformation das Anwendungsgebiet der Myelographie nicht genannt habe. Am 17.9.2008 habe die Antragsgegnerin daher schriftlich die Teilnahmeberechtigte zur Aufklärung aufgefordert. Fristgerecht habe die Teilnahmeberechtigte erklärt, dass die myelographische Zulassung für dieses Produkt nur für bestimmte Konzentrationen und Packungsgrößen beantragt und in der Folge auch genehmigt worden sei. Die angebotenen Stechampullen (in anderen Verpackungsgrößen) hätten die myelographische Zulassung daher nicht. Im Hinblick auf diese Erklärung habe die Antragsgegnerin daher das Zuschlagskriterium Myelographie als nicht erfüllt betrachtet und dafür keine Punkte vergeben.

Die „besonderen Angebotsbestimmungen“ enthielten keine Bestimmungen, die das Ausscheiden von Angeboten für den Fall des Widerspruches zwischen den Angaben im Angebot und den Fachinformationen verlangten. Geregelt werde indessen in diesem Punkt die Konformität der angebotenen Leistung mit den Bestimmungen der Ausschreibung. Ein solcher Widerspruch bestehe im vorliegenden Fall nicht, da das von der Teilnahmeberechtigten angebotene Produkt den zwingend zu erfüllenden Leistungskriterien entspreche. Die von der Antragstellerin angezogenen Kriterien seien hingegen Zuschlagskriterien. Es sei auch objektiv unrichtig, dass das Produkt „\*\*\*“ keine Zulassung für die Myelographie-Anwendung besitze, richtig sei, dass bestimmte Verpackungsarten eine solche Zulassung besitze, andere hingegen nicht.

Die röntgenologische Darstellung des GI-Traktes sei mit der Zulassung der „Anwendung in allen Körperhöhlen“ abgedeckt, das angebotene Produkt entspreche daher den Ausschreibungsbedingungen.

Auch bei den Angeboten von \*\*\* und \*\*\* lägen, entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin, keine Ausschreibungsgründe vor. Kontraindikationen bei der Myelographie würden nur für bestimmte Patientengruppen vorliegen, für alle anderen Patienten wären aber Zulassungen ausdrücklich gegeben. Die diesbezüglichen Angaben der Antragstellerin zu dem vorgereichten Bieter seien also falsch.

Letztlich verweist die Antragsgegnerin darauf, dass die Antragstellerin mit ihrem Angebot auch dann nicht zum Zuge gekommen wäre, wenn den vor ihr liegenden Angeboten keine Bewertungspunkte für die technischen Zuschlagskriterien gegeben worden wären, da der Preisabstand zu groß sei.

Auf dieses Vorbringen hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 26.11.2008 repliziert ohne neue, bisher nicht bekannte Gesichtspunkte in das Verfahren einzubringen. Hinsichtlich der Mitbewerber \*\*\* und \*\*\* führt sie aus, diese hätten in den Angeboten wahrheitswidrig angegeben, dass ihre Produkte über die erforderlichen Zulassungen für die Myelographie verfügen würden. Sowohl die Teilnahmeberechtigte als auch \*\*\* und \*\*\* würden „offenbar Produkte ohne entsprechende Zulassung im Sinne des AMG“ anbieten. Bei den Angaben der Teilnahmeberechtigten in ihrem Angebot handle es sich nicht um irrtümliche falsche Angaben, weil sie die jeweilige Zulassung ihrer Präparate kennt und kennen muss. Bei den falschen Angaben der Teilnahmeberechtigten handle es sich auch um nicht verbesserungsfähige Mängel, weshalb deren Angebot auszuschneiden wäre. Immerhin gesteht die Antragstellerin aber in diesem Schriftsatz zu, dass das von der Teilnahmeberechtigten angebotene Produkt \*\*\* Ampullen (10, 20 und 30 ml) für die Indikation „Myelographie“ unbestrittener Weise geeignet wäre. Damit sei aber eine Indikation für \*\*\* Stechampullen (ab 30 ml) nicht gegeben.

Mit Schriftsatz vom 4.12.2008 hat die Antragsgegnerin ebenfalls ihre bereits bekannten Standpunkte wiederholt und ihre Argumentation vertieft. Sie hat insbesondere unterstrichen, dass das von der Teilnahmeberechtigten angebotene Produkt „\*\*\*“ alle im Punkt 3 des Leistungsverzeichnisses angeführten Kriterien erfülle, was bisher auch von der Antragstellerin nicht bestritten worden sei. Aber auch die Produkte der Mitbewerber \*\*\* und \*\*\* würden diesen Kriterien entsprechen, sodass weder das Angebot der Teilnahmeberechtigten noch die Angebote dieser beiden Unternehmer auszuschneiden wären. Damit fehle es aber der Antragstellerin an der Antragslegitimation, da sie selbst bei Stattgebung ihres Nichtigerklärungsantrages nicht zum Zuge kommen könnte. Eine falsche Erklärung der Teilnahmeberechtigten liege ebenfalls nicht vor, weil bei der Legung des Angebotes auf das angebotene Produkt „\*\*\*“ abzustellen gewesen sei. Da dieses Produkt aber grundsätzlich (also in den meisten Gefäßgrößen, Verpackungsformen und Konzentrationsbereichen) die Zulassung für die „röntgenologische Darstellung des GI-Traktes“ und zur „Myelographie“ besitze, habe die Teilnahmeberechtigte die entsprechende Stelle im Angebot mit „ja“ ankreuzen dürfen.

In Ergänzung des eingangs wiedergegebenen Sachverhaltes, der als unstrittig angesehen werden kann, trifft der Vergabekontrollsenat an Hand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren inhaltliche Richtigkeit an sich nicht bestritten wurde, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Äußerung zugestellt wurden, sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 9.12.2008 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Lieferauftrages (§ 5 BVergG 2006), nämlich zur Belieferung der in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Anstaltsapotheken mit nichtionischen monomeren Röntgenkontrastmitteln. Der Lieferauftrag ist in zwei Lose geteilt, wobei die Bieter berechtigt waren, beide Lose oder nur eines von beiden Losen anzubieten. Der Zuschlag soll auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden. Die beiden Lose unterscheiden sich nicht im Inhalt des zu liefernden Arzneimittels, sondern nur in den Packungsgrößen und der jeweils benötigten Anzahl an Packungseinheiten (Fläschchen Los 1 zu je 50, 100 und 200 ml-Inhalt, Los 2 zu 500 ml-Inhalt). Die Zuschlagskriterien sehen für beide Lose eine Vergabe an das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot vor, wobei neben dem Preis (Gewichtung 93 %) als technische Zuschlagskriterien die Lieferzeit (Gewichtung 2 %) und festgelegte zusätzliche Indikatoren nämlich röntgenologische Darstellung des GI-Traktes, der Gallenwege und der Drüsenausführgänge, (Gewichtung 3 %) sowie für die Myelographie (Gewichtung 2 %) festgelegt sind. Das Ende der Angebotsfrist war der 12.8.2008. Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Lieferauftrages (Paragraph 5, BVergG 2006), nämlich zur Belieferung der in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Anstaltsapotheken mit nichtionischen monomeren Röntgenkontrastmitteln. Der Lieferauftrag ist in zwei Lose geteilt, wobei die Bieter berechtigt waren, beide Lose oder nur eines von beiden Losen anzubieten. Der Zuschlag soll auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden. Die beiden Lose unterscheiden sich nicht im Inhalt des zu liefernden Arzneimittels, sondern nur in den Packungsgrößen und der jeweils benötigten Anzahl an Packungseinheiten (Fläschchen Los 1 zu je 50, 100 und 200 ml-Inhalt, Los 2 zu 500 ml-Inhalt). Die Zuschlagskriterien sehen für beide Lose eine Vergabe an das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot vor, wobei neben dem Preis (Gewichtung 93 %) als technische Zuschlagskriterien die Lieferzeit (Gewichtung 2 %) und festgelegte zusätzliche Indikatoren nämlich röntgenologische Darstellung des GI-Traktes, der Gallenwege und der Drüsenausführgänge, (Gewichtung 3 %) sowie für die Myelographie (Gewichtung 2 %) festgelegt sind. Das Ende der Angebotsfrist war der 12.8.2008.

Für das Los 1 sind insgesamt 6 Angebote, für das Los 2 insgesamt 5 Angebote eingelangt. Die Antragstellerin hat für beide Lose ein Angebot gelegt.

Die für das Nachprüfungsverfahren maßgeblichen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen werden nachstehend wie folgt wiedergegeben:

Auszüge aus dem Leistungsverzeichnis:

1. 1.Ziffer eins

Ausschreibungsgegenstand

Ausschreibungsgegenstand ist der Abschluss eines Rahmenvertrages über die Leistung von nichtionischen monomeren injizierbaren jodhaltigen Röntgenkontrastmittel, die bei Erwachsenen unter anderem im Rahmen von

- -Strichaufzählung  
Röntgenologischen Blutgefäßdarstellungen (Intraarterielle digitale Subtraktionsangiographie und Venographie)
- -Strichaufzählung  
Kontrastverstärkungen bei der Computertomographie
- -Strichaufzählung  
Intravenöse Urographie

zum Einsatz gelangen, an die Anstaltsapotheken des Wiener Krankenanstaltenverbundes (KAV) für einen Zeitraum von 24 Monaten.

1. 3.Ziffer 3

Mindestanforderungen an den Liefergegenstand

Erläuterung:

Ein Nichterfüllen einer der unten angeführten Mindestanforderungen führt zum Ausscheiden des Angebots.

### 3.1 Mindestkriterien für alle Lose

#### 3.1.1 Zulassung

Das Präparat muss in Österreich zum Inverkehrbringen zugelassen sein bzw. darf aufgrund einer Genehmigung durch die Gemeinschaft im Sinne der Verordnung (EG) 726/2004 in Verkehr gebracht werden. Das Präparat muss in Österreich zum Inverkehrbringen zugelassen sein bzw. darf aufgrund einer Genehmigung durch die Gemeinschaft im Sinne der Verordnung (EG) 726 aus 2004, in Verkehr gebracht werden.

#### 3.1.3 Zugelassene Indikationen

Das Präparat muss für folgende Indikationen zugelassen sein:

- -Strichaufzählung  
Röntgenologische Blutgefäßdarstellung: Intraarterielle digitale Subtraktionsangiographie und Venographie
- -Strichaufzählung  
Kontrastverstärkung bei der Computertomographie
- -Strichaufzählung  
Intravenöse Urographie

#### 3.2 Mindestkriterium für das Los 1

Das Präparat muss zumindest in folgenden Gefäßgrößen geliefert werden:

50ml, 100ml und 200ml, wobei die in der Tabelle angeführten Mengenteile zu erfüllen sind.

#### 3.3 Mindestkriterium für das Los 2

Das Präparat muss zumindest in folgenden Gefäßgrößen geliefert werden:

500ml und ein in der Tabelle (s.u.) beschriebener Anteil an 100ml Fläschchen. Zusätzliche Indikationen

Das angebotene Produkt besitzt eine Zulassung für

folgende Indikation:

10                      ( ) ja              ( ) nein

Röntgenologische Darstellung des GI Traktes und der Gallenwege sowie der Drüsenausführgänge

Das angebotene Produkt besitzt eine Zulassung für

folgende Indikation:

11                      ( ) ja              ( ) nein

Myelographie (intrathekale Anwendung)

Aus den besonderen Angebotsbestimmungen:

#### 3.4 Zusätzliche Unterlagen zum Angebot

Werden dem Angebot zusätzliche Unterlagen des Anbieters beigegeben, so sind diese, sofern es sich um Unterlagen handelt, die in der technischen Leistungsbeschreibung gefordert wurden, als „Beilage zum Angebot“ und falls nicht gefordert, als „Informationsmaterial“ zu kennzeichnen. Die Unterlagen zum Angebot werden in die Prüfung auf Konformität zu den Angebotsbestimmungen einbezogen und dürfen daher nicht widersprüchlich zu diesen Bestimmungen sein, da dies einen Ausschluss des Angebotes zur Folge hätte.

### 11. Bewertung der Angebote (für beide Lose)

#### 11.1.4 Zusätzliche Indikationen

Sollte ein Präparat zusätzlich zu den in den Mindestanforderungen geforderten Indikationen (i) Röntgenologische Blutgefäßdarstellung: Intraarterielle digitale Subtraktionsangiographie und Venographie, (ii) Kontrastverstärkung bei der Computertomographie und (iii) Intravenöse Urographie) eine oder beide der folgenden zugelassenen Indikationen

besitzen, so wird es wie folgt bewertet:

- -Strichaufzählung  
Röntgenologische Darstellung des GI Traktes und der Gallenwege sowie der Drüsenausführgänge

(100 Punkte mit einer Gewichtung von 3%)

- -Strichaufzählung  
Myelographie (intrathekale Anwendung)

(100 Punkte mit einer Gewichtung von 2%)

Die von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten enthalten Unterlagen zur Bedarfserhebung, eine Datenbankabfrage über zugelassene nichtionische monomere Röntgenkontrastmittel vom 16.6.2008, den Entwurf des Leistungsverzeichnisses und die Nachweise der Veröffentlichungen. Einige Fragen eines Bewerbers zwischen 28.7.2008 und 6.8.2008 wurden von der Antragsgegnerin beantwortet und die Fragen sowie die Antworten darauf auf der Homepage der Antragsgegnerin veröffentlicht. Die Fragen haben keinen Bezug zum Gegenstand dieses Nachprüfungsverfahrens.

Dem Anhang zur Niederschrift zur Angebotseröffnung vom 12.8.2008 ist zu entnehmen, dass die Teilnahmeberechtigte zu ihrem Angebot ausdrücklich festgestellt hat, dass in diesem nur \*\*\* angeboten wird. Auch die dem Angebot der Teilnahmeberechtigten angeschlossene CD ist mit „\*\*\* 300, 370“ bezeichnet.

Die Teilnahmeberechtigte hat auf Seite 19 von 44 des Leistungsverzeichnisses im Abschnitt „zusätzliche Indikationen“ die Spalte 7.11 „das angebotene Produkt besitzt eine Zulassung für folgende Indikation: Myelographie (intrathekale Anwendung)“ im zutreffenden Feld „ja“ angekreuzt.

Weitere Bestandteile des sorgfältig geführten Vergabeaktes sind neben den eingelangten Angeboten die Unterlagen über die Angebotsprüfung inklusive der Berechnung der Zuschlagskriterien. Weiters findet sich eine Aufforderung der Antragsgegnerin um Aufklärung an die Teilnahmeberechtigte bezüglich der Differenzen zwischen den Angaben zu den Zuschlagskriterien und den beigelegten Fachinformationen vom 17.9.2008. Darin führt die Antragsgegnerin aus, dass die Teilnahmeberechtigte auf Seite 19 von 44 angekreuzt habe, dass das von ihr angebotene Präparat eine Zulassung für die Anwendung zur Myelographie besitzt. Allerdings hätte die Antragsgegnerin in der von der Teilnahmeberechtigten vorgelegten Fachinformation für das angebotene Präparat keinen Hinweis dafür finden können.

Die Teilnahmeberechtigte hat dieses Ersuchen noch am gleichen Tage wie folgt beantwortet:

„Wir sehen keine Diskrepanz bei unserem Angebot, bitten Sie jedoch zu berücksichtigen, dass die myelographische Zulassung für dieses Produkt sehr zielgerichtet, d.h. für die empfohlenen Kontrastmittelmengen (10 bis 15 ml) und Packungsgrößen beantragt (und in der Folge auch genehmigt) wurde. Konsequenterweise haben die Produkte \*\*\* Ampullen (10 bis 30 ml) die myelographische Zulassung, die Produkte Stechampullen (von 30 bis 50 ml) jedoch nicht (siehe Attachements).“ Dazu hat die Antragsgegnerin in ihrer Niederschrift zur Angebotsprüfung festgehalten, dass das von der Teilnahmeberechtigten angebotene Produkt „zwar....die erste in den Ausschreibungsunterlagen geforderte Indikation (röntgenologische Darstellung des GI-Traktes und der Gallenwege sowie der Drüsenausführgänge) durch eine Zulassung für die Darstellung von allen Körperhöhlen abdeckt, jedoch findet sich darin kein Hinweis auf die Anwendung zur Myelographie. Aus diesem Grund wurde der Bieter schriftlich um Klarstellung ersucht. In der schriftlichen Stellungnahme hält der Bieter fest, dass in der Fachinformation des von ihm angebotenen Präparates in Ampullen sehr wohl die Anwendung zur Myelographie beschrieben steht. Da in den Ausschreibungsunterlagen jedoch von Fläschchen bzw. Flaschen die Rede ist und die dem Angebot beigelegte Fachinformation für Stechampullen diese Indikation nicht enthält, ist dieses Kriterium streng formal nicht erfüllt und die entsprechenden Punkte werden nicht zur Bewertung herangezogen“. Schließlich hat die Punktebewertung ergeben, dass das Angebot der Teilnahmeberechtigten sowohl beim Los 1 als auch beim Los 2 mit 98 Punkten an 1. Stelle zu reihen war, das Angebot der Antragstellerin beim Los 1 mit 78,24 Punkten an 3. Stelle und beim Los 2 mit 80,14 Punkten an 4. Stelle zu reihen war. Das Angebot des beim Los 1 an

#### 1. 2.Ziffer 2

Stelle gereihten Bieters \*\*\* hat 76,03 Punkte, die Angebote der vor der Antragstellerin beim Los 2 gereihten Bieter, nämlich \*\*\* mit 86,34 und \*\*\* mit 80,46 Punkten zu liegen kamen. Die Antragstellerin hat sowohl beim

Los 1 als auch beim Los 2 beim Kriterium „zusätzliche Indikationen“ sowohl bei der röntgenologischen Darstellung des GI-Traktes und der Gallenwege sowie der Drüsenausführgänge sowie der Myelographie (intratekale Anwendung) jeweils „nein“ angekreuzt und demgemäß bei diesem Kriterium keine Punkte erhalten.

Werden die Angebote der Teilnehmereberechtigten, Antragstellerin, \*\*\* und \*\*\* nur nach Preis und Lieferzeit bewertet, liegt die Teilnehmereberechtigte mit jeweils 95 Punkten weiterhin an 1. Stelle, das Angebot des Unternehmens \*\*\* kommt mit 80,11 Punkten an 2. Stelle und das Angebot der Antragstellerin mit 78,24 Punkten an

1. 3.Ziffer 3

Stelle zu liegen. Beim Los 2 ist unter Berücksichtigung nur dieser beiden Kriterien das Angebot von \*\*\* mit 81,34 Punkten an 2. Stelle, das Angebot der Antragstellerin mit 81,14 Punkten an 3. Stelle zu reihen.

Die Zuschlagsentscheidung vom 17.9.2008 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen. Dieser Zuschlagsentscheidung waren angeschlossen die Bewertungstabellen betreffend beide Lose, aus denen sich auch die Reihung der abgegebenen Angebote ergibt.

Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist am 30.9.2008 in der Geschäftsstelle des VKS eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich. Diese Feststellungen gründen sich vornehmlich auf den Inhalt der sorgfältig und gründlich geführten Vergabeakten, deren Richtigkeit nicht bestritten wurde, sowie auf die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung. Danach war als erwiesen anzunehmen, dass die Teilnehmereberechtigte als Röntgenkontrastmittel „\*\*\*“ angeboten hat, das grundsätzlich den Ausschreibungsbedingungen entspricht. Weiters hat das Verfahren ergeben, dass dieses Produkt in verschiedenen großen Behältnissen (Ampullen und Stechampullen) abgefüllt ist, wobei nicht für alle Verpackungsgrößen eine Zulassung nach dem AMG gegeben ist. Dass das angebotene Röntgenkontrastmittel auch zur oralen Anwendung geeignet sein muss, ist den Ausschreibungsbestimmungen nicht zu entnehmen. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin konnte auch nicht festgestellt werden, dass die ihrem Angebot vorgereichten Angebote auszuschneiden wären. Damit ergibt sich aber unzweifelhaft die Reihung ihres Angebotes beim Los 1 an 3. Stelle, beim Los 2 an 4. Stelle. Die Richtigkeit der ihr von der Antragsgegnerin mit der Zuschlagsentscheidung mitgeteilten Angebotsbewertung wurde von der Antragstellerin nicht in Zweifel gezogen.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Die Vergabe der gegenständlichen Leistungen wurden als Lieferauftrag im Sinne des § 5 BVergG 2006 ordnungsgemäß europaweit bekannt gemacht. Es handelt sich um die Vergabe eines Auftrages im Oberschwellenbereich. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Die Vergabe der gegenständlichen Leistungen wurden als Lieferauftrag im Sinne des Paragraph 5, BVergG 2006 ordnungsgemäß europaweit bekannt gemacht. Es handelt sich um die Vergabe eines Auftrages im Oberschwellenbereich. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 20 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse an der Teilnahme am Vergabeverfahren, die behaupteten Rechtswidrigkeiten der Zuschlagsentscheidung wie auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 rechtzeitig nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühr für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits anlässlich der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Gemäß Paragraph 20, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des

BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse an der Teilnahme am Vergabeverfahren, die behaupteten Rechtswidrigkeiten der Zuschlagsentscheidung wie auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 rechtzeitig nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühr für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits anlässlich der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Da der Antragsstellerin die Zuschlagsentscheidung vom 17.9.2008 am gleichen Tage zugekommen ist, ist ihr am 30.9.2008 eingelangter Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007. Da der Antragsstellerin die Zuschlagsentscheidung vom 17.9.2008 am gleichen Tage zugekommen ist, ist ihr am 30.9.2008 eingelangter Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007.

Der Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung ist jedoch nicht berechtigt.

Die Antragstellerin vertritt den Standpunkt, dass das Angebot der Teilnehmereberechtigten nach Punkt 3.4 der besonderen Angebotsbestimmungen betreffend „zusätzliche Unterlagen zum Angebot“ auszuschneiden sei, weil ein Widerspruch zwischen den beigelegten Fachinformationen (welche die Myelographie nicht als Indikation erwähnen) einerseits und den Angaben der Antragstellerin zu den Zuschlagskriterien im Punkt 7 des Leistungsverzeichnisses andererseits bestünden.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass grundsätzlich zwischen Eignungskriterien, die jedenfalls erfüllt sein müssen, und Zuschlagskriterien zu unterscheiden ist, die bei der Bewertung der Angebote zu berücksichtigen sind. Jene Umstände, die zum Ausscheiden eines Angebotes führen müssen, sind im § 129 BVergG 2006 umfassend und erschöpfend dargestellt. Ein Auftraggeber darf daher rechtmäßig nur Angebote ausschneiden, die einen der in dieser Bestimmung beschriebenen Tatbestand erfüllen. Weder das Nichterfüllen eines Zuschlagskriteriums noch auch Widersprüche zwischen einzelnen Teilen eines Angebotes bilden einen Ausscheidungsgrund. Alle inhaltlichen Einwände der Antragstellerin gegen die beanstandeten Angebote betreffen Zuschlagskriterien, deren Erfüllung oder Nichterfüllung in die Bewertung und somit in die Bestbieterermittlung einzufließen haben, deren Nichterfüllung aber keinesfalls das Ausscheiden eines Angebotes nach sich ziehen kann. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass grundsätzlich zwischen Eignungskriterien, die jedenfalls erfüllt sein müssen, und Zuschlagskriterien zu unterscheiden ist, die bei der Bewertung der Angebote zu berücksichtigen sind. Jene Umstände, die zum Ausscheiden eines Angebotes führen müssen, sind im Paragraph 129, BVergG 2006 umfassend und erschöpfend dargestellt. Ein Auftraggeber darf daher rechtmäßig nur Angebote ausschneiden, die einen der in dieser Bestimmung beschriebenen Tatbestand erfüllen. Weder das Nichterfüllen eines Zuschlagskriteriums noch auch Widersprüche zwischen einzelnen Teilen eines Angebotes bilden einen Ausscheidungsgrund. Alle inhaltlichen Einwände der Antragstellerin gegen die beanstandeten Angebote betreffen Zuschlagskriterien, deren Erfüllung oder Nichterfüllung in die Bewertung und somit in die Bestbieterermittlung einzufließen haben, deren Nichterfüllung aber keinesfalls das Ausscheiden eines Angebotes nach sich ziehen kann.

Auch die Festlegung im Punkt 3.4 der besonderen Angebotsbestimmungen besagt nichts anderes, als dass die Unterlagen zum Angebot „in die Prüfung auf Konformität zu den Angebotsbestimmungen einbezogen (werden) und daher nicht widersprüchlich zu diesen Bestimmungen sein“ dürfen. Nun hat das Verfahren ergeben, dass beim Angebot der Teilnehmereberechtigten allenfalls ein Widerspruch bei der zusätzlichen Indikation „zu den mit dem Angebot vorgelegten Unterlagen“ formal gegeben war. Ein Angebot, dessen Beilagen den Angaben im Angebot widersprechen, ist daher nicht auszuschneiden. Zutreffend hat daher auch die Antragsgegnerin diesen Umstand als verbesserungsfähigen Mangel erkannt und die Teilnehmereberechtigte um Stellungnahme ersucht. Im Ergebnis zutreffend hat die Antragsgegnerin letztlich auch der Teilnehmereberechtigten im Rahmen der Bewertung keine Punkte gegeben.

Nach dem Leistungsverzeichnis mussten die Bieter die Röntgenkontrastmittel in verschiedenen Gefäßgrößen und mit

unterschiedlichen Jod-Konzentrationen anbieten. Nach Punkt 7 des Leistungsverzeichnisses – zusätzliche Indikationen – hatten die Bieter in der Spalte 11 mit „ja“ oder „nein“ anzugeben, ob „das angebotene Produkt“ eine Zulassung für die Indikation Myelographie besitzt oder nicht. In diesem Zusammenhang hat die Antragstellerin geltend gemacht, die Teilnehmerechte habe die Frage der zusätzlichen Indikation für Myelographie bewusst unrichtig mit „ja“ beantwortet. Mit der Teilnehmerechten vertritt der Senat die Ansicht, dass bei der Beantwortung dieser Frage auf „das angebotene Produkt“ ungeachtet der Konzentrationsform, Verpackungsform oder Gefäßgröße abzustellen war. Unstrittig ist, dass das von der Teilnehmerechten angebotene Produkt „\*\*\*“ grundsätzlich geeignet ist, für diese zusätzlichen Indikationen verwendet zu werden, jedoch nicht in den in der Ausschreibung zumindest verlangten Verpackungsgrößen zugelassen ist. Wenn daher die Teilnehmerechte die Frage, ob das angebotene Produkt zur Durchführung der Myelographie geeignet ist, mit „ja“ beantwortet hat, hat sie damit weder wissentlich noch schuldhaft eine unrichtige Erklärung abgegeben. Der von der Antragstellerin diesbezüglich angezogene Ausschlussgrund des § 68 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 liegt danach gleichfalls nicht vor. Die Teilnehmerechte konnte daher zutreffend bei der Ausarbeitung ihres Angebotes auf das Produkt „\*\*\*“ abstellen und, da das angebotene Produkt wie aus den Vergabeakten ersichtlich und auch von der Antragstellerin nicht ausdrücklich bestritten, grundsätzlich (also in den meisten Gefäßgrößen, Verpackungsformen und Konzentrationsbereichen) die Zulassung für die röntgenologische Darstellung des GI-Traktes und zur „Myelographie“ besitzt, die Abfrage nach zusätzlichen Indikationen an der entsprechenden Stelle mit „ja“ ankreuzen. Das Produkt „\*\*\*“ ist in verschiedenen Jod-Konzentrationen, Gefäßgrößen und Verpackungsformen zur „Myelographie“ zugelassen, die Angabe der Teilnehmerechten, dass dieses von ihr angebotene Produkt die zusätzliche Indikation „Myelographie“ erfüllt, ist daher richtig. Ob das angebotene Produkt „\*\*\*“ zur oralen Anwendung zugelassen ist, war nicht näher zu prüfen, da diese Anforderung weder im Leistungsverzeichnis noch in den besonderen Angebotsbestimmungen enthalten ist. Nach dem Leistungsverzeichnis mussten die Bieter die Röntgenkontrastmittel in verschiedenen Gefäßgrößen und mit unterschiedlichen Jod-Konzentrationen anbieten. Nach Punkt 7 des Leistungsverzeichnisses – zusätzliche Indikationen – hatten die Bieter in der Spalte 11 mit „ja“ oder „nein“ anzugeben, ob „das angebotene Produkt“ eine Zulassung für die Indikation Myelographie besitzt oder nicht. In diesem Zusammenhang hat die Antragstellerin geltend gemacht, die Teilnehmerechte habe die Frage der zusätzlichen Indikation für Myelographie bewusst unrichtig mit „ja“ beantwortet. Mit der Teilnehmerechten vertritt der Senat die Ansicht, dass bei der Beantwortung dieser Frage auf „das angebotene Produkt“ ungeachtet der Konzentrationsform, Verpackungsform oder Gefäßgröße abzustellen war. Unstrittig ist, dass das von der Teilnehmerechten angebotene Produkt „\*\*\*“ grundsätzlich geeignet ist, für diese zusätzlichen Indikationen verwendet zu werden, jedoch nicht in den in der Ausschreibung zumindest verlangten Verpackungsgrößen zugelassen ist. Wenn daher die Teilnehmerechte die Frage, ob das angebotene Produkt zur Durchführung der Myelographie geeignet ist, mit „ja“ beantwortet hat, hat sie damit weder wissentlich noch schuldhaft eine unrichtige Erklärung abgegeben. Der von der Antragstellerin diesbezüglich angezogene Ausschlussgrund des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 liegt danach gleichfalls nicht vor. Die Teilnehmerechte konnte daher zutreffend bei der Ausarbeitung ihres Angebotes auf das Produkt „\*\*\*“ abstellen und, da das angebotene Produkt wie aus den Vergabeakten ersichtlich und auch von der Antragstellerin nicht ausdrücklich bestritten, grundsätzlich (also in den meisten Gefäßgrößen, Verpackungsformen und Konzentrationsbereichen) die Zulassung für die röntgenologische Darstellung des GI-Traktes und zur „Myelographie“ besitzt, die Abfrage nach zusätzlichen Indikationen an der entsprechenden Stelle mit „ja“ ankreuzen. Das Produkt „\*\*\*“ ist in verschiedenen Jod-Konzentrationen, Gefäßgrößen und Verpackungsformen zur „Myelographie“ zugelassen, die Angabe der Teilnehmerechten, dass dieses von ihr angebotene Produkt die zusätzliche Indikation „Myelographie“ erfüllt, ist daher richtig. Ob das angebotene Produkt „\*\*\*“ zur oralen Anwendung zugelassen ist, war nicht näher zu prüfen, da diese Anforderung weder im Leistungsverzeichnis noch in den besonderen Angebotsbestimmungen enthalten ist.

Zu den Angeboten der Bieter \*\*\* und \*\*\* bringt die Antragstellerin eher allgemein gehalten vor, diese Bieter hätten innere Widersprüche in ihren Angeboten aufzuweisen, die zwingend zum Ausscheiden der Angebote hätten führen müssen. Die von der Antragstellerin vermuteten Mängel betreffen auch bei diesen Angeboten die Zuschlagskriterien. Selbst wenn man derartige Mängel annehmen wollte, wäre die Auftraggeberin zunächst verpflichtet gewesen, allenfalls Aufklärung im Sinne des § 126 BVergG 2006 zu verlangen. Die Prüfung der Vergabeakten ergibt, dass offenbare Gründe, die zur Ausscheidung der Angebote dieser beiden Bieter führen müssten, nicht gegeben sind. Es trifft zwar zu, dass es in den Fachinformationen im Angebot von \*\*\* heißt, dass bei Kindern bis zu 14 Jahren eine Kontraindikation besteht. Bei allen anderen Patienten besteht aber eine ausdrückliche Zulassung. Dies gilt auch für die Produkte des

Bieters \*\*\*. Selbst wenn man aber davon ausgehen wollte, dass die Vermutungen der Antragstellerin bezüglich dieser Angebote zutreffen, hätte dies lediglich zur Folge, dass sowohl die Bieterin \*\*\* als auch \*\*\* für diese zusätzlichen Indikationen keine Bewertungspunkte erhalten könnten. Damit wäre aber für die Antragstellerin nichts gewonnen, weil der Preisabstand zwischen ihr und den Bieterinnen \*\*\* und \*\*\* so groß ist, dass sie auch in diesem Falle nicht für eine Zuschlagserteilung in Frage käme. Nach der Aktenlage ist überdies davon auszugehen, dass selbst bei einer Nichtbewertung der zusätzlichen Indikationen die Teilnahmeberechtigte weiterhin bei beiden Losen an 1. Stelle zu liegen käme, die Antragstellerin beim Los 1 weiterhin an 3. Stelle gereiht bleibt und beim Los 2 von der 4. auf die 3. Stelle vorrückt. Damit wären aber die Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 Z 2 WVRG 2007 nicht gegeben. Zu den Angeboten der Bieterinnen \*\*\* und \*\*\* bringt die Antragstellerin eher allgemein gehalten vor, diese Bieter hätten innere Widersprüche in ihren Angeboten aufzuweisen, die zwingend zum Ausscheiden der Angebote hätten führen müssen. Die von der Antragstellerin vermuteten Mängel betreffen auch bei diesen Angeboten die Zuschlagskriterien. Selbst wenn man derartige Mängel annehmen wollte, wäre die Auftraggeberin zunächst verpflichtet gewesen, allenfalls Aufklärung im Sinne des Paragraph 126, BVergG 2006 zu verlangen. Die Prüfung der Vergabeakten ergibt, dass offenbare Gründe, die zur Ausscheidung der Angebote dieser beiden Bieterinnen führen müssten, nicht gegeben sind. Es trifft zwar zu, dass es in den Fachinformationen im Angebot von \*\*\* heißt, dass bei Kindern bis zu 14 Jahren eine Kontraindikation besteht. Bei allen anderen Patienten besteht aber eine ausdrückliche Zulassung. Dies gilt auch für die Produkte der Bieterin \*\*\*. Selbst wenn man aber davon ausgehen wollte, dass die Vermutungen der Antragstellerin bezüglich dieser Angebote zutreffen, hätte dies lediglich zur Folge, dass sowohl die Bieterin \*\*\* als auch \*\*\* für diese zusätzlichen Indikationen keine Bewertungspunkte erhalten könnten. Damit wäre aber für die Antragstellerin nichts gewonnen, weil der Preisabstand zwischen ihr und den Bieterinnen \*\*\* und \*\*\* so groß ist, dass sie auch in diesem Falle nicht für eine Zuschlagserteilung in Frage käme. Nach der Aktenlage ist überdies davon auszugehen, dass selbst bei einer Nichtbewertung der zusätzlichen Indikationen die Teilnahmeberechtigte weiterhin bei beiden Losen an 1. Stelle zu liegen käme, die Antragstellerin beim Los 1 weiterhin an 3. Stelle gereiht bleibt und beim Los 2 von der 4. auf die 3. Stelle vorrückt. Damit wären aber die Voraussetzungen des Paragraph 26, Absatz eins, Ziffer 2, WVRG 2007 nicht gegeben.

Da die Antragsgegnerin entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin eine mit den vergaberechtlichen Bestimmungen in Einklang stehende Zuschlagsentscheidung getroffen hat, war der Antrag auf deren Nichtigerklärung als unbegründet abzuweisen.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 die einstweilige Verfügung vom 7.10.2008 mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 die einstweilige Verfügung vom 7.10.2008 mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

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

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

### **Schlagworte**

Zuschlagsentscheidung; Verbesserungsfähiger Mangel; Nichterfüllung eines Zuschlagskriteriums ist kein Ausscheidungsgrund; Widersprüche zwischen einzelnen Teilen eines Angebotes kein Ausscheidungsgrund; Kein Ausschlussgrund § 68 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006; Zuschlagskriterien – Eignungskriterien.

### **Zuletzt aktualisiert am**

22.04.2009

© 2026 JUSLINE

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

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