

TE Verg Bescheid 2008/5/26 N/0048-BVA/13/2008-14

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 26.05.2008

Norm

BVergG 2006 §328

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13, Mag. Thomas Gruber, sowie Mag. Maria Muntner als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Johannes Schenk als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren „Impfstoffe gegen Rotaviren“; Zl. 32-GFP-64.21/08, des Auftraggebers Republik Österreich, Bundesministerium für Gesundheit, Familie und Jugend, Radetzkystraße 2, 1030 Wien, vertreten durch den Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, Kundmannngasse 21, 1030 Wien, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch X***, vom 18. April 2008, wie folgt entschieden:

I.römisch eins.

Der Antrag die Ausschreibungsunterlagen der Antragsgegnerin im Vergabeverfahren „Impfstoff gegen Rotaviren“ Zl. 32-GFP-64.21/08, in eventu Punkt 1.22 Ausschreibungsunterlagen der Antragsgegnerin im Vergabeverfahren „Impfstoff gegen Rotaviren“ Zl. 32-GFP-64.21/08 für nichtig zu erklären wird gemäß § 320 BVergG 2006 abgewiesen. Der Antrag die Ausschreibungsunterlagen der Antragsgegnerin im Vergabeverfahren „Impfstoff gegen Rotaviren“ Zl. 32-GFP-64.21/08, in eventu Punkt 1.22 Ausschreibungsunterlagen der Antragsgegnerin im Vergabeverfahren „Impfstoff gegen Rotaviren“ Zl. 32-GFP-64.21/08 für nichtig zu erklären wird gemäß Paragraph 320, BVergG 2006 abgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag gerichtet auf Gebührenersatz durch die Auftraggeberin wird gemäß § 319 BVergG 2006 abgewiesen. Der Antrag gerichtet auf Gebührenersatz durch die Auftraggeberin wird gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 abgewiesen.

Begründung

Vorbringen der Parteien

Mit Schreiben vom 18. April 2008, am gleichen Tag beim BVA eingelangt, begehrte die Antragstellerin folgendes:

„Das Bundesvergabeamt möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung

1. a)Litera a
die Ausschreibungsunterlagen der Antragsgegnerin im Vergabeverfahren „Impfstoff gegen Rotaviren“ Zl. 32-GFP-64.21/08 für nichtig erklären;
2. b)Litera b
in eventu Punkt 1.22 Ausschreibungsunterlagen der Antragsgegnerin im Vergabeverfahren „Impfstoff gegen Rotaviren“ Zl. 32-GFP-64.21/08 für nichtig erklären;

und

1. c)Litera c
gemäß § 319 BVergG 2006 aussprechen, dass die von der Antragstellerin ordnungsgemäß entrichtete Pauschalgebühr von € 2.400,-- für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu Handen der Rechtsvertretung der Antragstellerin von der Antragsgegnerin binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen ist."gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 aussprechen, dass die von der Antragstellerin ordnungsgemäß entrichtete Pauschalgebühr von € 2.400,-- für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu Handen der Rechtsvertretung der Antragstellerin von der Antragsgegnerin binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen ist."

Weiters wurde mit gleichem Schriftsatz der Antrag gestellt, "das Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin mit einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung über den Antrag auf Nichtigerklärung, längstens aber für die Dauer von 6 Wochen ab Antragstellung,

1. a)Litera a
die Fortsetzung des gegenständlichen Vergabeverfahrens untersagen und das Vergabeverfahren wie auch die Angebotsfrist aussetzen;
2. b)Litera b
in eventu: die Öffnung und Prüfung der Angebote untersagen;
3. c)Litera c
in eventu: die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung untersagen."

Begründend hat die Antragstellerin im Schreiben vom 18. April 2008 ua ausgeführt:

"Zuschlagskriterien

Gemäß Punkt 1.22 der Ausschreibungsunterlagen wird für das vorliegende Vergabeverfahren das Billigstbieterprinzip angeordnet. Voraussetzungen für die Wahl des „Billigstbieterprinzips“ Gemäß § 80 Abs 3 BVergG kommen zwei mögliche Zuschlagssysteme in Betracht, die einander ausschließen. Das BVergG 2006 folgt dabei der Grundkonzeption, dass vorrangig das Zuschlagssystem des „technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes“ zu wählen ist. Lediglich unter besonderen Voraussetzungen, nämlich wenn der Qualitätsstandard der Leistung in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig definiert ist, kann an Stelle des primär vorgesehenen Zuschlagssystems „Bestbieterprinzip“ das sekundäre Zuschlagssystem „niedrigster Preis/Billigstbieterprinzip“ gewählt werden. Dem öffentlichen Auftraggeber kommt daher keine freie Wahl des Zuschlagssystems zu. Die beiden Zuschlagssysteme stehen vielmehr in einem Regel-/Ausnahmeverhältnis (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 – Kommentar, § 67 Rz 38; EBRV 1171 BlgNR XXII. GP zu § 80). Gemäß Punkt 1.22 der Ausschreibungsunterlagen wird für das vorliegende Vergabeverfahren das Billigstbieterprinzip angeordnet. Voraussetzungen für die Wahl des „Billigstbieterprinzips“ Gemäß Paragraph 80, Absatz 3, BVergG kommen zwei mögliche Zuschlagssysteme in Betracht, die einander ausschließen. Das BVergG 2006 folgt dabei der Grundkonzeption, dass vorrangig das Zuschlagssystem des „technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes“ zu wählen ist. Lediglich unter besonderen Voraussetzungen, nämlich wenn der Qualitätsstandard der Leistung in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig definiert ist, kann an Stelle des primär vorgesehenen Zuschlagssystems „Bestbieterprinzip“ das sekundäre Zuschlagssystem „niedrigster Preis/Billigstbieterprinzip“ gewählt werden. Dem öffentlichen Auftraggeber kommt daher keine freie Wahl des Zuschlagssystems zu. Die beiden Zuschlagssysteme stehen vielmehr in einem Regel-/Ausnahmeverhältnis (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 – Kommentar, Paragraph 67, Rz 38; EBRV 1171 BlgNR römisch 22. Gesetzgebungsperiode zu Paragraph 80.).

Unzulässigkeiten des „Billigstbieterprinzips“

Die Antragsgegnerin hat in den Ausschreibungsunterlagen zur Begründung für die Wahl des Billigstbieterprinzips angeführt, dass nur Angebote von in Österreich zugelassenen Impfstoffen akzeptiert werden. Mit der Zulassung sei die Eignung des Impfstoffes nachgewiesen, weshalb qualitative Unterschiede für den Auftraggeber nicht von Relevanz sein. Diese Begründung ist in mehrfacher Hinsicht verfehlt; die Wahl des „Billigstbieterprinzips“ ist daher rechtswidrig:

1. a) Litera a

Wie bereits oben ausgeführt, ist die Wahl des Billigstbieterprinzips gemäß § 80 Abs 3 BVerG nur dann zulässig, wenn der Qualitätsstandard einer Leistung klar und eindeutig beschreibbar ist. Die in der Ausschreibung nachgefragte Leistung muss daher eine in den Ausschreibungsunterlagen exakt definierte Qualität aufweisen (vgl. Mayr, Eignungs- und Zuschlagskriterium im Vergaberecht, 215). Die Qualität muss vom Auftraggeber dabei so vorgegeben sein, dass für den Bieter nur hinsichtlich des Preises ein Spielraum besteht (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmarm/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 – Kommentar, § 67 Rz 40). Wie bereits oben ausgeführt, ist die Wahl des Billigstbieterprinzips gemäß Paragraph 80, Absatz 3, BVerG nur dann zulässig, wenn der Qualitätsstandard einer Leistung klar und eindeutig beschreibbar ist. Die in der Ausschreibung nachgefragte Leistung muss daher eine in den Ausschreibungsunterlagen exakt definierte Qualität aufweisen (vergleiche Mayr, Eignungs- und Zuschlagskriterium im Vergaberecht, 215). Die Qualität muss vom Auftraggeber dabei so vorgegeben sein, dass für den Bieter nur hinsichtlich des Preises ein Spielraum besteht (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmarm/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 – Kommentar, Paragraph 67, Rz 40).

Diese besondere Einengung auf klare und eindeutige Kriterien, die keinen weiteren Spielraum der Auftragnehmer bei der Qualität des angebotenen Produkts zulassen, ist deshalb von Bedeutung, da die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt werden muss (§ 79 Abs 3 BVerG 2006). Die Vergleichbarkeit von Angeboten liegt jedoch nur dann vor, wenn entweder entsprechende Zuschlagskriterien genannt sind oder bezüglich des Qualitätsniveaus der einzelnen angebotenen Produkte kein Spielraum besteht und daher der einzige Unterschied im angebotenen Preis bestehen kann. Diese besondere Einengung auf klare und eindeutige Kriterien, die keinen weiteren Spielraum der Auftragnehmer bei der Qualität des angebotenen Produkts zulassen, ist deshalb von Bedeutung, da die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt werden muss (Paragraph 79, Absatz 3, BVerG 2006). Die Vergleichbarkeit von Angeboten liegt jedoch nur dann vor, wenn entweder entsprechende Zuschlagskriterien genannt sind oder bezüglich des Qualitätsniveaus der einzelnen angebotenen Produkte kein Spielraum besteht und daher der einzige Unterschied im angebotenen Preis bestehen kann.

Aus diesem Grund ist die Wahl des Billigstbieterprinzips sehr eingeschränkt. Die erläuternden Bemerkungen nennen als mögliche Beispiele für die Wahl des Billigstbieterprinzips etwa Rohbauarbeiten, standardisierte Leistungen im Straßenbau, Lieferung von Ware mit einem hohen Standardisierungsgrad und hoch standardisierte Dienstleistungen. Nur in diesen Fällen, in denen also ein Qualitätswettbewerb unter den Auftragnehmern nicht stattfinden kann, da unterschiedliche Qualitäten überhaupt nicht möglich sind, ist die Wahl des Billigstbieterprinzips zulässig.

Hingegen spielt es keine Rolle, ob es dem Auftraggeber auf eine bestimmte Qualität ankommt oder nicht. Er hat die Ausschreibungsunterlagen gemäß § 79 Abs 3 BVerG 2006 so zu gestalten, dass die Angebote vergleichbar sind. Wählt jedoch der Auftraggeber, weil er der Qualität keine besondere Bedeutung beimisst, das Billigstbieterprinzip bei Produkten, die erhebliche Qualitätsunterschiede aufweisen, so sind die Angebote untereinander nicht vergleichbar. Um die Vergleichbarkeit der Angebote sicherzustellen, muss er in diesem Fall die Leistungsbeschreibung so präzise fassen, dass eine unterschiedliche Qualität der angebotenen Produkte ausscheidet. Der bloße Verweis auf Rechtsvorschriften genügt diesem Erfordernis jedoch nicht. Hingegen spielt es keine Rolle, ob es dem Auftraggeber auf eine bestimmte Qualität ankommt oder nicht. Er hat die Ausschreibungsunterlagen gemäß Paragraph 79, Absatz 3, BVerG 2006 so zu gestalten, dass die Angebote vergleichbar sind. Wählt jedoch der Auftraggeber, weil er der Qualität keine besondere Bedeutung beimisst, das Billigstbieterprinzip bei Produkten, die erhebliche Qualitätsunterschiede aufweisen, so sind die Angebote untereinander nicht vergleichbar. Um die Vergleichbarkeit der Angebote sicherzustellen, muss er in diesem Fall die Leistungsbeschreibung so präzise fassen, dass eine unterschiedliche Qualität der angebotenen Produkte ausscheidet. Der bloße Verweis auf Rechtsvorschriften genügt diesem Erfordernis jedoch nicht.

1. b) Litera b

Im vorliegenden Fall wird der zu erreichende Qualitätsstandard für die anzubietenden Impfstoffe jedoch lediglich mit der Zulassung in Österreich umschrieben.

Die Zulassung eines Impfstoffs in Österreich (oder auf europäischer Ebene) stellt lediglich sicher, dass ein Mindeststandard erreicht wird. Ein Mindeststandard kann jedoch schon begrifflich keinen so eindeutigen Leistungsstandard haben, dass damit die Qualität der Leistung eindeutig definiert ist. Hier wird lediglich sichergestellt, dass ein gewisser Standard erreicht oder überschritten wird. In wie weit die einzelnen Angebote den Qualitätsstandard übersteigen, ist durch diese Definition nicht sichergestellt. Es besteht bei Arzneimitteln, auch im vorliegenden Fall, nicht nur ein Spielraum bezüglich des Preises, sondern auch ein Spielraum bezüglich der Qualität. Ein zugelassener Impfstoff kann die für die Zulassung erforderlichen Qualitätskriterien lediglich erreichen, diese aber auch mehr oder weniger übersteigen. Diese Definition als Qualitätsstandard ist daher völlig ungeeignet, vergleichbare Angebote sicherzustellen. Dies wird auch der Auftraggeber nicht leugnen können, da er in vorangegangenen Vergabeverfahren die beiden in Frage kommenden Produkte unterschiedlich bewertet hat.

Im vorangegangenen Vergabeverfahren hat die Antragsgegnerin selbst sowohl betreffend das Kriterium der Immunogenität, als auch der Schutzrate das Produkt der Antragstellerin RotaTeg® qualitativ besser bewertet als das Konkurrenzprodukt Rotarix®. RotaTeg® erhielt jeweils die maximale Punktzahl.

Die qualitativen Unterschiede zwischen RotaTeg® und Rotarix® werden gerade auch durch die Produktinformationen der Impfstoffe, ua abrufbar über die Homepage der EMEA (European Medicines Agency) belegt (vgl. die Punkte 5.1 der Beilagen .D und .E und <http://www.emea.europa.eu/htms/human/epar/r.htm>). Die qualitativen Unterschiede zwischen RotaTeg® und Rotarix® werden gerade auch durch die Produktinformationen der Impfstoffe, ua abrufbar über die Homepage der EMEA (European Medicines Agency) belegt (vergleiche die Punkte 5.1 der Beilagen .D und .E und <http://www.emea.europa.eu/htms/human/epar/r.htm>).

Die beiden Impfstoffe weisen sohin unterschiedliche Qualitätsniveaus auf. Eine Ausschreibung, bei der als einziges Zuschlagskriterium der niedrigste Preis angewandt wird, würde daher zwangsläufig dazu führen, dass die Angebote unterschiedliche Qualitätsniveaus aufweisen und daher nicht vergleichbar sind. Das Zuschlagsmodell „Billigstbieterprinzip“ kommt daher bei der Beschaffung von Impfstoffen, die keinen völlig identischen Qualitätsstandard aufweisen, nicht in Frage. Die Angabe eines Mindeststandards reicht – wie oben gezeigt – nicht aus, um vergleichbare Angebote sicherzustellen.

Zusammenfassend sind die Ausschreibungsunterlagen als rechtswidrig zu qualifizieren.

Die Antragstellerin erachtet sich als zur Angebotsabgabe berechtigtes Unternehmen in ihrem subjektiven Recht auf rechtskonforme, nicht diskriminierende Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen, auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens und in ihrem Recht auf Teilnahme an diesem Verfahren durch Angebotsabgabe verletzt. Interesse am Vertragsabschluss und Schaden

Die Antragstellerin beabsichtigt, wie bereits eingangs ausgeführt, ein Angebot zu legen. Da, wie bereits aus den vorhergehenden Vergabeverfahren bekannt ist, der Impfstoff der Antragstellerin qualitativ höher stehend ist, als die Produkte der Mitbewerber, hat die Antragstellerin auch ein Interesse daran, dass als Zuschlagssystem nicht das „Billigstbieterprinzip“, sondern das „Bestbieterprinzip“ gewählt wird. Bei rechtsrichtigem Verhalten der Antragsgegnerin wäre – wie auch bisher – das „Bestbieterprinzip“ zu wählen.

Der Antragstellerin droht durch die Wahl des Zuschlagssystems ein Schaden durch entgangenen Gewinn bzw. Deckungsbeitrag (vgl. die im Nachprüfungs- und Feststellungsverfahren zur ZI N/0007-BVA/05/2008 und F/0001-BVA/05/2008 vorgelegte Beilage .J))."Der Antragstellerin droht durch die Wahl des Zuschlagssystems ein Schaden durch entgangenen Gewinn bzw. Deckungsbeitrag (vergleiche die im Nachprüfungs- und Feststellungsverfahren zur ZI N/0007-BVA/05/2008 und F/0001-BVA/05/2008 vorgelegte Beilage .J))."

Mit Schreiben vom 23. April 2008 brachte die Auftraggeberin im Wesentlichen vor, dass Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahren „Impfstoffe gegen Rotaviren“; ZI. 32-GFP-64.21/08“ die Republik Österreich, Bundesministerium für Gesundheit, Familie und Jugend, vertreten durch den Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger sei. Es handle sich um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von €

1.920.000,- welcher im Wege eines offenen Verfahrens nach dem Billigstbieterprinzip durchgeführt werde. Die Angebotsöffnung sei nicht erfolgt. Der Ablauf der Angebotsfrist sei für den 28. April 2008 vorgesehen. Gemäß Punkt 1.22 der Ausschreibungsunterlage würden nur Angebote von in Österreich zugelassenen Impfstoffen akzeptiert werden. Der verfahrensgegenständliche Impfstoff gegen Rotaviren unterliege dem Zulassungsverfahren der Europäischen Arzneimittelagentur (European Medicines Agency, kurz: EMEA), einer Agentur der Europäischen Union mit Sitz in London. Auf der Basis ihrer Bewertung erteile die Europäische Kommission einen zustimmenden oder

abschlägigen Bescheid auf die von Arzneimittelherstellern mittels des zentralen Verfahrens gestellten Zulassungsanträge. Der verfahrensgegenständliche Impfstoff werde folglich von der EMEA im Zuge des zentralisierten Verfahrens überprüft und für den Fall eines zustimmenden Bescheides der Europäischen Kommission gelte dieser Impfstoff auch in Österreich als zugelassen. Die EMEA prüfe im Zuge des Zulassungsverfahrens einerseits die Nebenwirkungen und andererseits die Wirksamkeit des Impfstoffes an sich. Dies geschehe nach vorgegebenen Kriterien und Richtlinien. Sofern keine schweren Nebenwirkungen bestünden und der Impfstoff wirksam sei, erfolge eine bescheidmäßige Zulassung durch die Europäische Kommission. Durch das vorbezeichnete Zulassungssystem sei für den verfahrensgegenständlichen Impfstoff ein hoher Standardisierungsgrad zu bejahen und folglich auch die Voraussetzungen für die Wahl des Billigstbieterprinzips. Dem Auftraggeber sei lediglich im Sinne der Überprüfungstätigkeit der EMEA wesentlich, dass das Produkt keine schweren Nebenwirkungen aufweise und darüber hinaus wirksam sei. Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der von der EMEA überprüfte Standard überschritten werde, sei für den Auftraggeber nicht relevant. Der Qualitätsstandard des Impfstoffes sei durch die Zulassung der EMEA ausreichend festgelegt und würden die Ausführung der in der Antragstellerin im Hinblick auf die mangelnde Vergleichbarkeit der Angebote nicht überzeugen. Auf dem Markt für Impfstoffe gegen Rotaviren würden lediglich zwei Produkte existieren. Einerseits das Produkt der Antragstellerin "Rotateq" und andererseits das Konkurrenzprodukt "Rotarix". Nachdem lediglich zwei Anbieter am Markt vorhanden seien, stehe die Wahl des Billigstbieterprinzips auch mit dem Grundsatz des fairen Wettbewerbes in Einklang.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 8. Mai 2008 brachte diese im Wesentlichen vor, dass die bloße Standardisierung des Zulassungsverfahrens bei Impfstoffen § 80 Abs. 3 BVerG nicht entspreche. Durch die Voraussetzungen der Zulassung der Impfstoffe werde lediglich ein Mindestniveau festgelegt, welches aber nicht ausreichend sei, die Vergleichbarkeit und die Gleichwertigkeit der Angebote sicherzustellen. Erst über die Festlegung von Zuschlagskriterien könne die "bessere" oder "schlechtere" Qualität der Impfstoffe festgestellt werden. Mit Schreiben der Antragstellerin vom 8. Mai 2008 brachte diese im Wesentlichen vor, dass die bloße Standardisierung des Zulassungsverfahrens bei Impfstoffen Paragraph 80, Absatz 3, BVerG nicht entspreche. Durch die Voraussetzungen der Zulassung der Impfstoffe werde lediglich ein Mindestniveau festgelegt, welches aber nicht ausreichend sei, die Vergleichbarkeit und die Gleichwertigkeit der Angebote sicherzustellen. Erst über die Festlegung von Zuschlagskriterien könne die "bessere" oder "schlechtere" Qualität der Impfstoffe festgestellt werden.

Am 14. Mai fand im Bundesvergabeamt darüber eine mündliche Verhandlung statt. Die Antragstellerin brachte darin vor, dass es bei den Zulassungen von Rotaviren-Impfstoffen nur EMEA-Zulassungen gebe, was der Antragstellerin auch klar gewesen sei. Das Billigstbieterprinzip sei unzulässig, wenn Folgekosten Berücksichtigung finden würden (vgl. Erläuternde Bemerkungen zu § 80 Abs. 3 BVerG 2006). Die Auftraggeberin berücksichtige in den Ausschreibungsunterlagen sogenannte Distributionskosten (vgl. Pkt. 4 der Ausschreibungsunterlagen). Auch daraus ergebe sich, dass das Billigstbieterprinzip im Widerspruch zu den Vorgaben des BVerG 2006 stehe. Die abgefragten Distributionskosten würden keine vollständige Auflistung der mit der Impfstoffbeschaffung im Zusammenhang stehenden Folgekosten aufweisen. Die EMEA-Zulassung würde nur einen Mindeststandard bestätigen. Die EMEA-Zulassung sei zwar ein Qualitätsstandard, aber bloß notwendige Voraussetzung um einen Impfstoff überhaupt in Verkehr zu bringen. Es macht den Impfstoff aber nicht zu einem standardisierten Produkt, der bloß über den Preis vergleichbar wäre. Alleine die Tatsache der Zulassung eines Impfstoffes stelle keine ausreichende Standardisierung dar, da sowohl Schutzdauer als auch Schutzraten erhebliche Abweichungen zeigen können. Der Rotavirus Impfstoff der Antragstellerin "Rotateq" biete Schutz bereits ab 8 Wochen und die Schutzdauer sei für 3 Jahre nachgewiesen. Beim Impfstoff des Mitbewerbers "Rotarix" beginne nach Angaben des Mitbewerbers der Schutz mit 12 Wochen und es würden für 2 Jahre Schutzdaten vorliegen. Die Auftraggeberin brachte in der mündlichen Verhandlung vor, dass in Pkt. 1.22 und 3.2 der Ausschreibungsunterlagen auf die EMEA-Zulassung abgestellt werde, was jedem verständigen Bieter aus der Branche bewusst sein müsse und der Antragstellerin auch bewusst gewesen sei. Der Auftraggeberin bleibe es unbenommen sich mit dem durch die EMEA-Zulassung bestätigten Mindeststandard eines Produktes zu begnügen. Der Auftraggeberin sei es im gegenständlichen Verfahren nur wichtig gewesen, dass der Impfstoff keine schweren Nebenwirkungen zeige und wirksam sei. Dies werde durch die EMEA-Zulassung bestätigt. Die Distributionskosten seien gemäß Pkt. 1.22 der Ausschreibungsunterlage mit € 12,50 pro Teilimpfung festgelegt worden, welcher Betrag von der Auftraggeberin dem Angebotspreis jedes Bieters in exakt gleicher Höhe zugerechnet werde, unabhängig von der jeweiligen Höhe des Angebotspreises und den tatsächlichen Distributionskosten. Dabei handle es sich um einen fixen unabänderbaren Pauschalbetrag der an der Vergleichbarkeit der Angebote nichts zu ändern vermöge. Zum Beweis der

Gleichwertigkeit der Impfstoffe und den hohen Standardisierungsgrad durch die EMEA-Zulassung werde die Einholung eines Gutachtens aus dem Bereich der Pharmakologie beantragt. Am 14. Mai fand im Bundesvergabeamt darüber eine mündliche Verhandlung statt. Die Antragstellerin brachte darin vor, dass es bei den Zulassungen von Rotaviren-Impfstoffen nur EMEA-Zulassungen gebe, was der Antragstellerin auch klar gewesen sei. Das Billigstbieterprinzip sei unzulässig, wenn Folgekosten Berücksichtigung finden würden (vergleiche Erläuternde Bemerkungen zu Paragraph 80, Absatz 3, BVergG 2006). Die Auftraggeberin berücksichtige in den Ausschreibungsunterlagen sogenannte Distributionskosten (vergleiche Pkt. 4 der Ausschreibungsunterlagen). Auch daraus ergebe sich, dass das Billigstbieterprinzip im Widerspruch zu den Vorgaben des BVergG 2006 stehe. Die abgefragten Distributionskosten würden keine vollständige Auflistung der mit der Impfstoffbeschaffung im Zusammenhang stehenden Folgekosten aufweisen. Die EMEA-Zulassung würde nur einen Mindeststandard bestätigen. Die EMEA-Zulassung sei zwar ein Qualitätsstandard, aber bloß notwendige Voraussetzung um einen Impfstoff überhaupt in Verkehr zu bringen. Es macht den Impfstoff aber nicht zu einem standardisierten Produkt, der bloß über den Preis vergleichbar wäre. Alleine die Tatsache der Zulassung eines Impfstoffes stelle keine ausreichende Standardisierung dar, da sowohl Schutzdauer als auch Schutzraten erhebliche Abweichungen zeigen können. Der Rotavirus Impfstoff der Antragstellerin "Rotateq" biete Schutz bereits ab 8 Wochen und die Schutzdauer sei für 3 Jahre nachgewiesen. Beim Impfstoff des Mitbewerbers "Rotarix" beginne nach Angaben des Mitbewerbers der Schutz mit 12 Wochen und es würden für 2 Jahre Schutzdaten vorliegen. Die Auftraggeberin brachte in der mündlichen Verhandlung vor, dass in Pkt. 1.22 und 3.2 der Ausschreibungsunterlagen auf die EMEA-Zulassung abgestellt werde, was jedem verständigen Bieter aus der Branche bewusst sein müsse und der Antragstellerin auch bewusst gewesen sei. Der Auftraggeberin bleibe es unbenommen sich mit dem durch die EMEA-Zulassung bestätigten Mindeststandard eines Produktes zu begnügen. Der Auftraggeberin sei es im gegenständlichen Verfahren nur wichtig gewesen, dass der Impfstoff keine schweren Nebenwirkungen zeige und wirksam sei. Dies werde durch die EMEA-Zulassung bestätigt. Die Distributionskosten seien gemäß Pkt. 1.22 der Ausschreibungsunterlage mit € 12,50 pro Teilimpfung festgelegt worden, welcher Betrag von der Auftraggeberin dem Angebotspreis jedes Bieters in exakt gleicher Höhe zugerechnet werde, unabhängig von der jeweiligen Höhe des Angebotspreises und den tatsächlichen Distributionskosten. Dabei handle es sich um einen fixen unabänderbaren Pauschalbetrag der an der Vergleichbarkeit der Angebote nichts zu ändern vermöge. Zum Beweis der Gleichwertigkeit der Impfstoffe und den hohen Standardisierungsgrad durch die EMEA-Zulassung werde die Einholung eines Gutachtens aus dem Bereich der Pharmakologie beantragt.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

Sachverhalt

Die Republik Österreich, Bundesministerium für Gesundheit, Familie und Jugend, vertreten durch den Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, hat zur Beschaffung von Impfstoffen gegen Rotaviren einen Lieferauftrag im Wege eines offenen Verfahrens mit einem geschätzten Auftragswert von € 1.920.000,- ohne USt – somit im Oberschwellenbereich – nach dem "Billigstbieterprinzip" ausgeschrieben. Gegenstand des Vergabeverfahrens ist die Lieferung und Distribution von Rotavirus-Impfstoff im Rahmen der von Bund, Ländern und Sozialversicherung gemeinsam getragene Kinderimpfprogramme für das Jahr 2008 (Punkt 1.2. der Ausschreibungsunterlagen).

Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen

Die Antragstellerin bekämpft das in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehene Billigstbieterprinzip. Nur in den Fällen in denen ein Qualitätswettbewerb unter den Auftragnehmer nicht stattfinden könne, da unterschiedliche Qualitäten nicht möglich seien, sei die Wahl des Billigstbieterprinzips zulässig. Wähle jedoch der Auftraggeber das Billigstbieterprinzip bei Produkten die erhebliche Qualitätsunterschiede aufweisen würden, so seien Angebote untereinander nicht vergleichbar. Die beiden am Markt befindlichen Rotaviren-Impfstoffe würden unterschiedliche Qualitätsniveaus aufweisen, weshalb die diesbezüglichen Angebote nicht vergleichbar seien. Das Billigstbieterprinzip komme daher bei der Beschaffung von Impfstoffen, die keinen völlig identischen Qualitätsstandard aufweisen würden, nicht in Frage.

Punkt 1.22 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"Es gibt das Billigstbieterprinzip. Begründung: Es werden nur Angebote von in Österreich zugelassenen Impfstoffen akzeptiert. Mit der Zulassung ist die Eignung des Impfstoffes nachgewiesen, daher sind qualitative Unterschiede für den Auftraggeber nicht von Relevanz.

Für den Preisvergleich wird folgender Preis herangezogen: Der Gesamtpreis laut Angebot auf dem Preisblatt (Impfstoff und allfälliger Preis für die Distribution zu den Abgabestellen) für die Immunisierung von 30.000 Kindern zuzüglich eines Betrages von 12,50 Euro, das entspricht den durchschnittlichen Administrationskosten pro Impfung (Arzthonoraren und Verteilung von den Abgabestellen zu den Ärzten), pro benötigter Teilimpfung laut Gebrauchsinformation.

Erwägungsgrund 46 der Richtlinie 2004/18/EG lautet auszugsweise:

(46) Die Zuschlagserteilung sollte auf der Grundlage objektiver Kriterien erfolgen, die die Einhaltung der Grundsätze der Transparenz, der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung gewährleisten und sicherstellen, dass die Angebote unter wirksamen Wettbewerbsbedingungen bewertet werden. Dementsprechend sind nur zwei Zuschlagskriterien zuzulassen: das des „niedrigsten Preises“ und das des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“.

Art. 53 Abs 1 der Richtlinie 2004/18/EG lautet: Artikel 53, Absatz eins, der Richtlinie 2004/18/EG lautet:

(1) Der öffentliche Auftraggeber wendet unbeschadet der für die Vergütung von bestimmten Dienstleistungen geltenden einzelstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften bei der Erteilung des Zuschlags folgende Kriterien an:

1. a) Litera a

entweder - wenn der Zuschlag auf das aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt - verschiedene mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien, z.B. Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- oder Ausführungsfrist

2. b) Litera b

oder ausschließlich das Kriterium des niedrigsten Preises.

§ 80 Abs. 3 BVergG 2006 lautet: Paragraph 80, Absatz 3, BVergG 2006 lautet:

(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.

§ 80 Abs. 3 BVergG 2006 überlässt dem Auftraggeber die Wahl, ob der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot (Bestbieterprinzip) oder dem Angebot dem niedrigen Preis (Billigstbieterprinzip) erteilt werden soll. Das Billigstbieterprinzip kann vom Auftraggeber grundsätzlich gewählt werden, sofern der Qualitätsstandard der Leistung in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig definiert ist. Diese Regelung setzt Art 53 der Richtlinie 2004/18/EG um (EB 1171 der Beilagen XXII. GP 67). Entsprechend Art. 53 der Richtlinie 2004/18/EG hat der Auftraggeber die (uneingeschränkte) Wahl zwischen dem Bestbieterprinzip und dem Billigstbieterprinzip. Entsprechend Erwägungsgrund 46 der genannten Richtlinie ist jedoch darauf zu achten, dass die Zuschlagserteilung auf der Grundlage objektiver Kriterien erfolgt, die die Einhaltung der Grundsätze der Transparenz, der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung gewährleisten und sicherstellen, dass die Angebote unter wirksamen Wettbewerbsbedingungen bewertet werden. Paragraph 80, Absatz 3, BVergG 2006 überlässt dem Auftraggeber die Wahl, ob der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot (Bestbieterprinzip) oder dem Angebot dem niedrigen Preis (Billigstbieterprinzip) erteilt werden soll. Das Billigstbieterprinzip kann vom Auftraggeber grundsätzlich gewählt werden, sofern der Qualitätsstandard der Leistung in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig definiert ist. Diese Regelung setzt Artikel 53, der Richtlinie 2004/18/EG um (EB 1171 der Beilagen römisch 22. Gesetzgebungsperiode 67). Entsprechend Artikel 53, der Richtlinie 2004/18/EG hat der Auftraggeber die (uneingeschränkte) Wahl zwischen dem Bestbieterprinzip und dem

Billigstbieterprinzip. Entsprechend Erwägungsgrund 46 der genannten Richtlinie ist jedoch darauf zu achten, dass die Zuschlagserteilung auf der Grundlage objektiver Kriterien erfolgt, die die Einhaltung der Grundsätze der Transparenz, der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung gewährleisten und sicherstellen, dass die Angebote unter wirksamen Wettbewerbsbedingungen bewertet werden.

Ein nationales Gericht muss, soweit es bei der Anwendung des nationalen Rechts dieses Recht auszulegen hat, seine Auslegung soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie ausrichten, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen (etwa Rs C-54/96, Dorsch Consult, Rn 43; hinsichtlich Wortlaut Rs C-373/00, Truley, Rn 35): Dabei besteht das aus Art 10 und Art 249 Abs 3 EG abgeleiteten Gebot gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung nationalen Rechts für alle Träger öffentlicher Gewalt (nochmals Rs C-54/96, Dorsch Consult, Rn 43) (G. Gruber in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht (2005) 43). Ein nationales Gericht muss, soweit es bei der Anwendung des nationalen Rechts dieses Recht auszulegen hat, seine Auslegung soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie ausrichten, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen (etwa Rs C-54/96, Dorsch Consult, Rn 43; hinsichtlich Wortlaut Rs C-373/00, Truley, Rn 35): Dabei besteht das aus Artikel 10 und Artikel 249, Absatz 3, EG abgeleiteten Gebot gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung nationalen Rechts für alle Träger öffentlicher Gewalt (nochmals Rs C-54/96, Dorsch Consult, Rn 43) (G. Gruber in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht (2005) 43).

Das (über den Wortlaut von Art. 53 der Richtlinie 2004/18/EG hinausgehende) Erfordernis in § 80 Abs. 3 BVergG 2006, wonach vom Auftraggeber der Qualitätsstandard der Leistung in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig zu definieren ist, ist daher richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass damit kein vom Wortlaut und Zweck der Richtlinie abweichendes und damit möglicherweise EU-rechtswidriges Zulässigkeitskriterium aufgestellt werden soll, sondern lediglich sichergestellt werden soll, dass die Zuschlagserteilung auf der Grundlage objektiver Kriterien erfolgt, die die Einhaltung der Grundsätze der Transparenz, der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung gewährleisten und sicherstellen, dass die Angebote unter wirksamen Wettbewerbsbedingungen bewertet werden. Bei der Beurteilung der Frage, ob vom Auftraggeber mit der Wahl des Billigstbieterprinzips der Qualitätsstandard der Leistung klar und eindeutig definiert worden ist, ist daher kein allzu strenger Maßstab anzulegen, sondern ist diese Beurteilung vielmehr auf die Prüfung der Einhaltung der in Erwägungsgrund 46 der Richtlinie 2004/18/EG genannten Grundsätze zu reduzieren. Das (über den Wortlaut von Artikel 53, der Richtlinie 2004/18/EG hinausgehende) Erfordernis in Paragraph 80, Absatz 3, BVergG 2006, wonach vom Auftraggeber der Qualitätsstandard der Leistung in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig zu definieren ist, ist daher richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass damit kein vom Wortlaut und Zweck der Richtlinie abweichendes und damit möglicherweise EU-rechtswidriges Zulässigkeitskriterium aufgestellt werden soll, sondern lediglich sichergestellt werden soll, dass die Zuschlagserteilung auf der Grundlage objektiver Kriterien erfolgt, die die Einhaltung der Grundsätze der Transparenz, der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung gewährleisten und sicherstellen, dass die Angebote unter wirksamen Wettbewerbsbedingungen bewertet werden. Bei der Beurteilung der Frage, ob vom Auftraggeber mit der Wahl des Billigstbieterprinzips der Qualitätsstandard der Leistung klar und eindeutig definiert worden ist, ist daher kein allzu strenger Maßstab anzulegen, sondern ist diese Beurteilung vielmehr auf die Prüfung der Einhaltung der in Erwägungsgrund 46 der Richtlinie 2004/18/EG genannten Grundsätze zu reduzieren.

In der gegenständlichen Sache wurde von der Auftraggeberin das Billigstbieterprinzip gewählt und in Punkt 1.22 der Ausschreibung vorgeschrieben, dass nur Angebote von in Österreich zugelassenen Impfstoffen akzeptiert werden. Dies bedeutet - und dies ist zwischen den Parteien unstrittig - dass der verfahrensgegenständliche Impfstoff von der Europäischen Arzneimittel-Agentur im Zuge eines zentralisierten Verfahrens überprüft und mit Bescheid der Europäischen Kommission genehmigt worden sein muss, damit der Impfstoff auch in Österreich als zugelassen gilt.

§ 7 Abs 1 Arzneimittelgesetz lautet: Paragraph 7, Absatz eins, Arzneimittelgesetz lautet:

Zulassung von Arzneispezialitäten

§ 7. (1) Arzneispezialitäten dürfen im Inland erst abgegeben oder für die Abgabe im Inland bereitgehalten werden, wenn sie vom Bundesamt für Sicherheit im Gesundheitswesen zugelassen sind, es sei denn, es handelt sich um Paragraph 7, (1) Arzneispezialitäten dürfen im Inland erst abgegeben oder für die Abgabe im Inland bereitgehalten werden, wenn sie vom Bundesamt für Sicherheit im Gesundheitswesen zugelassen sind, es sei denn, es handelt sich um

1. 1.Ziffer eins

gemäß der Verordnung (EG) Nr. 726/2004 zugelassene Arzneispezialitäten, gemäß der Verordnung (EG) Nr. 726 aus 2004, zugelassene Arzneispezialitäten,

2. 2.Ziffer 2

Arzneispezialitäten, deren Einfuhr nach dem Arzneiwareneinfuhrgesetz 2002, BGBl. I Nr. 28, bewilligt wurde oder meldepflichtig ist oder deren Einfuhr nach § 5 Arzneiwareneinfuhrgesetz 2002 erfolgt, oder Arzneispezialitäten, deren Einfuhr nach dem Arzneiwareneinfuhrgesetz 2002, Bundesgesetzblatt römisch eins Nr. 28, bewilligt wurde oder meldepflichtig ist oder deren Einfuhr nach Paragraph 5, Arzneiwareneinfuhrgesetz 2002 erfolgt, oder

3. 3.Ziffer 3

Arzneispezialitäten, für die eine Bewilligung gemäß § 12 Tierseuchengesetz, RGBl. Nr. 177/1909, erteilt wurde. Arzneispezialitäten, für die eine Bewilligung gemäß Paragraph 12, Tierseuchengesetz, RGBl. Nr. 177 aus 1909,, erteilt wurde.

Erwägungsgrund 19 der Verordnung (EG) Nr. Nr. 726/2004 vom 31. März 2004 zur Festlegung von Gemeinschaftsverfahren für die Genehmigung und Überwachung von Human- und Tierarzneimitteln und zur Errichtung einer Europäischen Arzneimittel-Agentur lautet: Erwägungsgrund 19 der Verordnung (EG) Nr. Nr. 726 aus 2004, vom 31. März 2004 zur Festlegung von Gemeinschaftsverfahren für die Genehmigung und Überwachung von Human- und Tierarzneimitteln und zur Errichtung einer Europäischen Arzneimittel-Agentur lautet:

Die Hauptaufgabe der Agentur sollte darin bestehen, den Gemeinschaftsorganen und den Mitgliedstaaten wissenschaftliche Gutachten auf möglichst hohem Niveau bereitzustellen, damit diese die Befugnisse hinsichtlich der Genehmigung und Überwachung von Arzneimitteln ausüben können, die ihnen durch die Gemeinschaftsvorschriften im Arzneimittelbereich übertragen wurden. Erst nachdem die Agentur eine einheitliche wissenschaftliche Beurteilung der Qualität, Sicherheit und Wirksamkeit von technologisch hochwertigen Arzneimitteln auf möglichst hohem Niveau vorgenommen hat, sollte die Gemeinschaft in einem beschleunigten Verfahren, das eine enge Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten gewährleistet, eine Genehmigung für das Inverkehrbringen erteilen.

Wie sich aus Erwägungsgrund 19 der Verordnung (EG) Nr. Nr. 726/2004 ergibt, besteht die Hauptaufgabe der Europäischen Arzneimittel-Agentur darin, den Gemeinschaftsorganen und den Mitgliedstaaten wissenschaftliche Gutachten auf möglichst hohem Niveau bereitzustellen, damit diese die Befugnisse hinsichtlich der Genehmigung und Überwachung von Arzneimitteln ausüben können. Die Genehmigung für das Inverkehrbringen wird von der Europäischen Arzneimittel-Agentur versagt, wenn sich ergibt, dass der Antragsteller die Qualität, die Sicherheit oder die Wirksamkeit des Arzneimittels nicht angemessen oder ausreichend nachgewiesen hat (Art 12 Abs 1 der Verordnung (EG) Nr. Nr. 726/2004). Wie sich aus Erwägungsgrund 19 der Verordnung (EG) Nr. Nr. 726 aus 2004, ergibt, besteht die Hauptaufgabe der Europäischen Arzneimittel-Agentur darin, den Gemeinschaftsorganen und den Mitgliedstaaten wissenschaftliche Gutachten auf möglichst hohem Niveau bereitzustellen, damit diese die Befugnisse hinsichtlich der Genehmigung und Überwachung von Arzneimitteln ausüben können. Die Genehmigung für das Inverkehrbringen wird von der Europäischen Arzneimittel-Agentur versagt, wenn sich ergibt, dass der Antragsteller die Qualität, die Sicherheit oder die Wirksamkeit des Arzneimittels nicht angemessen oder ausreichend nachgewiesen hat (Artikel 12, Absatz eins, der Verordnung (EG) Nr. Nr. 726 aus 2004,).

Es gibt bei Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund zu zweifeln, dass die Zulassung einer Rotavirus Impfung durch die Europäische Kommission auf der Basis von wissenschaftlichen Gutachten der Europäischen Arzneimittel-Agentur auf hohem Niveau erfolgt und dass dabei durch den Antragsteller die Qualität, die Sicherheit oder die Wirksamkeit des Arzneimittels angemessen oder ausreichend nachgewiesen werden muss. Mit dem Erfordernis einer solchen Zulassung einer Rotavirus Impfung ist somit der Qualitätsstandard der Leistung klar, eindeutig, transparent und für alle Bieter in gleicher Weise geltend definiert. Es gibt daher keinen Anhaltspunkt anzunehmen, dass mit diesem Qualitätsstandard die Einhaltung der Grundsätze der Transparenz, der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung nicht gewährleistet wären oder nicht sicherstellt wäre, dass die Angebote unter wirksamen Wettbewerbsbedingungen bewertet werden können.

Mit dem Vorbringen der Antragstellerin, dass das Billigstbieterprinzip nur bei der Beschaffung von Impfstoffen mit völlig identischem Qualitätsstandard in Frage käme übersieht sie, dass es dem Auftraggeber grundsätzlich freisteht, höhere oder geringere Qualität zu beschaffen. Wie die Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung angegeben hat,

ist es ihr im gegenständlichen Verfahren nur wichtig, dass der Impfstoff keine schweren Nebenwirkungen zeigt und wirksam ist. Dies wird durch die oben beschriebene Zulassung jedenfalls bestätigt. Hat die Auftraggeberin das Billigstbieterprinzip gewählt, so spielt eine über den gewählten Qualitätsstandard hinausgehende höhere oder geringere Überschreitung dieses festgelegten Mindeststandards für den Zuschlag keine Rolle mehr. Es steht der Auftraggeberin aufgrund § 80 Abs 3 BVergG 2006 unter Berücksichtigung von Art. 53 der Richtlinie 2004/18/EG eben gerade zu, nur einen Mindeststandard festzulegen und einen über den gewählten Qualitätsstandard hinausgehenden Vergleich der Qualitätsniveaus auszuklammern. Gerade das übersieht die Antragstellerin auch wenn sie darauf hinweist, dass die Distributionskosten von € 12,50 pro Teilimpfung die Krankheitsfolgekosten aufgrund unterschiedlicher Schutzraten und nachgewiesener Schutzdauer nicht berücksichtigen würden, denn der Vergleich der unterschiedlichen Schutzraten und unterschiedlichen Schutzdauer der beiden am Markt befindlichen zugelassenen Rotaviren Impfungen stellt einen (hier nicht relevanten) über den gewählten Qualitätsstandard hinausgehenden Vergleich der Qualitätsniveaus dar. Im Übrigen sind die Distributionskosten nicht vom Bieter zu tragen, sondern dienen lediglich dazu, die Gesamtkosten des Impfprogrammes vergleichbar zu machen. Mit dem Vorbringen der Antragstellerin, dass das Billigstbieterprinzip nur bei der Beschaffung von Impfstoffen mit völlig identischem Qualitätsstandard in Frage käme übersieht sie, dass es dem Auftraggeber grundsätzlich freisteht, höhere oder geringere Qualität zu beschaffen. Wie die Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung angegeben hat, ist es ihr im gegenständlichen Verfahren nur wichtig, dass der Impfstoff keine schweren Nebenwirkungen zeigt und wirksam ist. Dies wird durch die oben beschriebene Zulassung jedenfalls bestätigt. Hat die Auftraggeberin das Billigstbieterprinzip gewählt, so spielt eine über den gewählten Qualitätsstandard hinausgehende höhere oder geringere Überschreitung dieses festgelegten Mindeststandards für den Zuschlag keine Rolle mehr. Es steht der Auftraggeberin aufgrund Paragraph 80, Absatz 3, BVergG 2006 unter Berücksichtigung von Artikel 53, der Richtlinie 2004/18/EG eben gerade zu, nur einen Mindeststandard festzulegen und einen über den gewählten Qualitätsstandard hinausgehenden Vergleich der Qualitätsniveaus auszuklammern. Gerade das übersieht die Antragstellerin auch wenn sie darauf hinweist, dass die Distributionskosten von € 12,50 pro Teilimpfung die Krankheitsfolgekosten aufgrund unterschiedlicher Schutzraten und nachgewiesener Schutzdauer nicht berücksichtigen würden, denn der Vergleich der unterschiedlichen Schutzraten und unterschiedlichen Schutzdauer der beiden am Markt befindlichen zugelassenen Rotaviren Impfungen stellt einen (hier nicht relevanten) über den gewählten Qualitätsstandard hinausgehenden Vergleich der Qualitätsniveaus dar. Im Übrigen sind die Distributionskosten nicht vom Bieter zu tragen, sondern dienen lediglich dazu, die Gesamtkosten des Impfprogrammes vergleichbar zu machen.

Ersatz der Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin

§ 319 BVergG 2006 lautet: Paragraph 319, BVergG 2006 lautet:

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) Über den Gebührenersatz hat das Bundesvergabeamt spätestens drei Wochen ab jenem Zeitpunkt zu entscheiden, ab dem feststeht, dass ein Anspruch auf Gebührenersatz besteht.

Da weder dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung noch dem Hauptantrag stattgegeben und die Antragstellerin auch nicht klaglos gestellt wurde, war der Antrag auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG

abzuweisen. Da weder dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung noch dem Hauptantrag stattgegeben und die Antragstellerin auch nicht klaglos gestellt wurde, war der Antrag auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG abzuweisen.

Zuletzt aktualisiert am

08.07.2008

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