

TE Verg Bescheid 2007/11/8 VKS-6997/07

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 08.11.2007

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §13

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20 Abs1

WVRG 2007 §22 Abs2

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1 Z6

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §12 Abs1 Z1

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

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 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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 *** über den Antrag der *** Ges.m.b.H. Nfg. KG, ***, vertreten durch Dr. Karl Grigkar, Rechtsanwalt in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe des Auftrages zur Belieferung der Anstaltsapotheken des Wiener Krankenanstaltenverbundes mit Paclitaxel, Ausschreibungsnummer KAV-AEG/004-06/TAX durch den Magistrat der Stadt Wien, Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund, vergebende Stelle Stabstelle, Medizinökonomie und Pharmazie für das Apothekeneinkaufsgremium, Thomas-Klestil-Platz 7, 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 20.9.2007 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

2. 2.Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 9.10.2007 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

3. 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, 18, 19, 20 Abs. 1, 22 Abs. 2, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 6, 25 Abs. 1, 31 WVRG 2007 in Verbindung mit § 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 2, 5, 12 Abs. 1 Z 1, 129 Abs. 1 Z 7, 345 BVergG 2006. Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 13, 18, 19, 20, Absatz eins, 22, Absatz 2, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 6, 25, Absatz eins, 31, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer 2, 5, 12, Absatz eins, Ziffer eins, 129, Absatz eins, Ziffer 7, 345, BVergG 2006.

Begründung:

Der Magistrat der Stadt, Wien Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund (im Folgenden Antragsgegnerin genannt), führt ein offenes Verfahren zur Vergabe des Rahmenvertrages zur Belieferung der Anstaltsapotheken des Wiener Krankenanstaltenverbundes mit Paclitaxel. Es handelt sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich. Die Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften ist ordnungsgemäß am 7.6.2007 erfolgt (Zl. 2007/S107-131939). Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Die Vertragslaufzeit beträgt 12 Monate ab dem Zeitpunkt der Auftragsvergabe. Das Ende der Angebotsfrist war der 16.7.2007, 12.30 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Unter anderen Unternehmen hat sich auch die Antragstellerin durch Angebotsabgabe am Vergabeverfahren beteiligt.

Insgesamt wurden fünf Angebote abgegeben. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde das Angebot der Antragstellerin als jenes mit dem zweitniedrigsten Preis verlesen.

Mit Schreiben vom 20.9.2007, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, zu beabsichtigen, den Zuschlag einem anderen Bieter erteilen zu wollen.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 3.10.2007, mit Schriftsatz vom 5.10.2007 verbesserte und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigserklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen bringt die Antragstellerin darin vor, das Angebot des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens wäre auszuschneiden gewesen, da die darin angebotene Arzneispezialität nicht den Mindestanforderungen der Ausschreibungsunterlagen entspreche. Nach den Ausschreibungsunterlagen muss die Entnahme der Fertiglösung mit einem Belüftungs-Filter-Spikesystem oder einem gleichwertigen Entnahmesystem möglich sein. Nach der Produktbeschreibung des von der präsumentiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Arzneimittels dürfen zur Herstellung einer Infusionslösung bei der Entnahme aus den Durchstechflaschen keine Chemo-Pins oder Chemospikes verwendet werden. Damit erfülle das angebotene Produkt nicht die Mindestanforderungen der Ausschreibung. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 3.10.2007, mit Schriftsatz vom 5.10.2007 verbesserte und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigserklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen bringt die Antragstellerin darin vor, das Angebot des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens wäre auszuschneiden gewesen, da die darin angebotene Arzneispezialität nicht den Mindestanforderungen der Ausschreibungsunterlagen entspreche. Nach den Ausschreibungsunterlagen muss die Entnahme der Fertiglösung mit einem Belüftungs-Filter-Spikesystem oder einem gleichwertigen Entnahmesystem möglich sein. Nach der Produktbeschreibung des von der präsumentiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Arzneimittels dürfen zur Herstellung einer Infusionslösung bei der Entnahme aus den Durchstechflaschen keine Chemo-Pins oder Chemospikes verwendet werden. Damit erfülle das angebotene Produkt nicht die Mindestanforderungen der Ausschreibung.

Im Hinblick darauf, dass die Antragstellerin mit ihrem Angebot sämtliche Angebotsbedingungen erfülle, sie an zweiter Stelle gereiht wurde, wäre sie nach einem Ausscheiden des Angebotes des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens als preisliche Bestbieterin mit der Auftragserteilung zu berücksichtigen.

Sollte die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten, drohe ihr ein Schaden „in Höhe der Vergabesumme“ (wohl gemeint des von ihr kalkulierten Gewinnes). Die Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich seien entrichtet worden.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 9.10.2007 erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses den Parteien zugekommenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schreiben vom 15.10.2007 hat die Antragsgegnerin zum Antrag auf Nichtigserklärung ihrer Zuschlagsentscheidung Stellung genommen und im Wesentlichen ausgeführt, dass jenes Angebot, das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommen sei, die Ausschreibungsbedingungen erfülle. Bei allen fünf Angeboten haben sich im Zuge der Angebotsprüfung hinsichtlich der Mindestanforderungen im Punkt 3.3.2 des Leistungsverzeichnisses Unklarheiten ergeben. Entscheidend bei der Entnahme des Arzneimittels aus den Fläschchen sei, dass diese Entnahme so erfolge, dass bei Durchstechen des Verschlusses die Keimfreiheit der Lösung garantiert werde. Für die Sterilität der verdünnten gebrauchsfertigen Lösungen sind die Umstände beim Anstechen des Fläschchens entscheidend, sodass der Anwender (und nicht der Lieferant) für die Keimfreiheit der verdünnten gebrauchsfertigen Lösung verantwortlich sei. Die gebrauchsfertigen Lösungen würden in der zentralen Zytostatikerherstellung der Antragsgegnerin hergestellt werden, wodurch die Verwendung von Belüftungs-Filter-Spikentnahmesystemen wie dem Chemo-Spike unbedenklich wäre. Es finde sich zwar in der Fachinformation des für die Zuschlagerteilung in Aussicht genommenen Unternehmens der Hinweis, dass bei der Entnahme aus dem Paclitaxel – Durchstechflaschen keine Chemo-Pins oder Chemo-Spikes verwendet werden sollen, da die Sterilität der Lösung verloren gehen könne, die Aufklärung habe jedoch ergeben, dass dies nur für den Fall der Handhabung in einer nicht-aseptischen Umgebung gelte. Da die Garantie für Keimfreiheit der verdünnten gebrauchsfertigen Lösung bei der Antragsgegnerin liege, die Entnahme der Lösungen zur Herstellung der Infusionen unter aseptischen Bedingungen erfolge, werden durch das von dem für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmen angebotene Produkt die Mindestanforderungen erfüllt.

Mit Schriftsatz vom 15.10.2007 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als Teilnahmeberechtigte (§ 22 Abs. 2 WVRG 2007) in das Verfahren eingetreten und hat ebenfalls die Abweisung des Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung beantragt. Die zunächst von der Teilnahmeberechtigten erhobenen Einwendungen, die Anfechtung sei verspätet erfolgt, wurden von ihr am Beginn der mündlichen Verhandlung vom 8.11.2007 nicht aufrecht erhalten (Protokoll Seite 2). In der Sache selbst führt die Teilnahmeberechtigte aus, dass das von ihr angebotene Produkt den Ausschreibungsbedingungen entspreche, zumal nach diesen die Entnahme der Fertiglösung mit einem Belüftungs-Filter-Spikesystem (wie zB Chemo-Spike oder Mini-Spike) oder einem gleichwertigen Entnahmesystem möglich sein muss. Es werde zwar in ihrer Produktbeschreibung ausgeführt, dass bei der Entnahme aus dem Paclitaxel – Durchstechflaschen keine Chemo-Pins oder Chemo-Spikes verwendet werden dürfen, weil dadurch der Verschluss der Durchstechflaschen beschädigt werden kann, wodurch die Sterilität der Lösung verloren gehen könnte. Die Verwendung von den ebenfalls aufgezählten Mini-Spikes oder anderen gleichwertigen Belüftungs-Filter-Spikesystemen sei bei den von ihr angebotenen Durchstechflaschen durchaus möglich. In ihrer Fachinformation werde auch darauf hingewiesen, dass die Entnahme unter aseptischen Bedingungen erfolgen soll. „Vernünftigerweise (sei) daher schon bei Betrachtung der Fachinformation als Gesamtes die Entnahme mit Chemo-Spikes und mit Chemo-Pins möglich, wenn diese aseptischen Bedingungen eingehalten werden, da dann auch die Sterilität nicht gefährdet ist – dies selbst im Falle einer Beschädigung des Stopfens der Durchstechflasche“. Das Angebot der Teilnahmeberechtigten entspreche daher der Ausschreibung, da auch nach ihrer Fachinformation eine Kompatibilität mit Belüftungs-Filter-Spike-Systeme gegeben sei, sich aus der Fachinformation ergebe, dass nur unter nichtaseptischen Bedingungen und auch dann nur die Verwendung von spezifisch bezeichneten Spikesystemen, nämlich Chemo-Spikes oder Chemo-Pins nicht zulässig sei und jede andere Art von Belüftungs-Filter-Spike-Systemen auch nach der Fachinformation der Teilnahmeberechtigten zulässig wäre.

Mit Schriftsatz vom 15.10.2007 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als Teilnahmeberechtigte (Paragraph 22, Absatz 2, WVRG 2007) in das Verfahren eingetreten und hat ebenfalls die Abweisung des Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung beantragt. Die zunächst von der Teilnahmeberechtigten erhobenen Einwendungen, die Anfechtung sei verspätet erfolgt, wurden von ihr am Beginn der mündlichen Verhandlung vom 8.11.2007 nicht aufrecht erhalten (Protokoll Seite 2). In der Sache selbst führt die Teilnahmeberechtigte aus, dass das von ihr angebotene Produkt den Ausschreibungsbedingungen entspreche, zumal nach diesen die Entnahme der Fertiglösung mit einem Belüftungs-Filter-Spikesystem (wie zB Chemo-Spike oder Mini-Spike) oder einem gleichwertigen Entnahmesystem möglich sein muss. Es werde zwar in ihrer Produktbeschreibung ausgeführt, dass bei der Entnahme aus dem Paclitaxel – Durchstechflaschen keine Chemo-Pins oder Chemo-Spikes verwendet werden dürfen, weil dadurch der Verschluss der Durchstechflaschen beschädigt werden kann, wodurch die Sterilität der Lösung verloren gehen könnte. Die Verwendung von den ebenfalls aufgezählten Mini-Spikes oder anderen gleichwertigen Belüftungs-Filter-Spikesystemen sei bei den von ihr angebotenen Durchstechflaschen durchaus möglich. In ihrer Fachinformation werde auch darauf hingewiesen, dass die Entnahme unter aseptischen Bedingungen erfolgen soll. „Vernünftigerweise (sei) daher schon bei Betrachtung der Fachinformation als Gesamtes die Entnahme mit Chemo-Spikes und mit Chemo-Pins möglich, wenn diese aseptischen Bedingungen eingehalten werden, da dann auch die Sterilität nicht gefährdet ist – dies selbst im Falle einer Beschädigung des Stopfens der Durchstechflasche“. Das Angebot der Teilnahmeberechtigten entspreche daher der Ausschreibung, da auch nach ihrer Fachinformation eine Kompatibilität mit Belüftungs-Filter-Spike-Systeme gegeben sei, sich aus der Fachinformation ergebe, dass nur unter nichtaseptischen Bedingungen und auch dann nur die Verwendung von spezifisch bezeichneten Spikesystemen, nämlich Chemo-Spikes oder Chemo-Pins nicht zulässig sei und jede andere Art von Belüftungs-Filter-Spike-Systemen auch nach der Fachinformation der Teilnahmeberechtigten zulässig wäre.

Unter Wiederholung ihres bereits bekannten Standpunktes hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 22.10.2007 in der Sache ausgeführt, dass nach der aktuellen Fachinformation die Teilnahmeberechtigte die von ihr angebotenen Fläschchen die Mindestanforderungen des Auftraggebers hinsichtlich der Sterilität nicht erfüllen würden.

Mit Schriftsatz vom 30.10.2007 hat dazu die Teilnahmeberechtigte auf ihr bisheriges Vorbringen verwiesen und unterstrichen, dass das von ihr gelegte Angebot der Ausschreibung vollkommen entspreche. Nach der Ausschreibung sei nicht gefordert gewesen, dass gerade diese zwei darin erwähnten Systeme anwendbar seien, sondern lediglich die Anforderung gestellt, dass Kompatibilität mit (irgendeinem) Belüftungs-Filter-Spike-System bestehe.

Im Schriftsatz vom 30.10.2007 hat die Antragsgegnerin auf ihre bisherigen Ausführungen verwiesen.

In einer abschließenden Stellungnahme vom 6.11.2007 hat die Antragstellerin das Vorbringen der Antragsgegnerin bestritten und insbesondere ausgeführt, dass die von ihr angeführten Auskünfte fachkundiger Personen nicht zu berücksichtigen wären, da es sich dabei nicht um Gutachten gerichtlich beeideter Sachverständiger handle.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen, als unstrittig anzusehenden Sachverhalt trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren Richtigkeit nicht bestritten wurde, sowie der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die jeweils auch der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Äußerung zugestellt wurden und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 8.11.2007 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin hat als öffentliche Auftraggeberin europaweit (Amtsblatt der EU vom 7.6.2007, Zl. 2007/S107-131939) den Auftrag zur Belieferung ihrer Anstaltsapotheken mit Paclitaxel ordnungsgemäß ausgeschrieben. Die Vertragslaufzeit beträgt 12 Monate ab Auftragsvergabe, einziges Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis. Es handelt sich um die Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich. Das Ende der Angebotsfrist war der 16.7.2007, 12.30 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich fünf Unternehmen, darunter die Antragstellerin, durch Legung von Angeboten am Verfahren beteiligt.

Folgende, für das Nachprüfungsverfahren bedeutsame Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen sind hervorzuheben:

1. „1.Ziffer eins

Ausschreibungsgegenstand (Beilage 13 Punkt 01) Ausschreibungsgegenstand ist der Abschluss eines Rahmenvertrages über die Lieferung von ca. 387.800 mg Paclitaxel in Form von Lösungen zur Verwendung und onkologischen Therapie an den Anstaltsapotheken des Wiener Krankenanstaltenverbundes (KAV) für den Zeitraum von 12 Monaten".

Unter Punkt 3 der Ausschreibungsbedingungen werden die Mindestanforderungen an den Liefergegenstand beschrieben. Dazu heißt es, dass ein Nichterfüllen einer der angeführten Mindestanforderungen zum Ausscheiden des Angebotes führt.

Im Punkt 3.1.1 Zulassung wird festgelegt:

„Die Paclitaxel – Fertiglösung 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.“ „Die Paclitaxel – Fertiglösung 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.“

Unter Punkt 3.3 wird festgelegt:

„Die Primärverpackung (= das Fläschchen) der Paclitaxel Fertiglösung

Punkt 3.3.1 Bruch- und Auslaufschutz:

Es müssen Vorkehrungen getroffen sein, welche den Bruch der Primärverpackung, die das Arzneimittel enthält, verhindern. Sollte es trotzdem zum Bruch der Primärverpackung kommen, so müssen diese Vorkehrungen das Auslaufen der Fertiglösung verhindern und es darf zu keiner Kontamination des Personals und/oder der Umwelt kommen.

Punkt 3.3.2 Kompatibilität mit einem Belüftungs-Filter-Spike-Entnahmesystem:

Die Entnahme der Fertiglösung muss mit einem Belüftungs-Filter-Spike-System (wie zB Chemo-Spike oder Mini-Spike) oder einem gleichwertigen Entnahmesystem möglich sein.

Punkt 3.3.3 Kompatibilität mit geschlossenen Systemen zur sicheren Entnahme von gefährlichen Substanzen:

Die angebotene Fertiglösung muss in Behältnissen geliefert werden, die mit geschlossenen Systemen zur sicheren Entnahme von gefährlichen Substanzen (wie zB PhaSeal oder Tevadaptor) kompatibel sind."

In der von der Teilnahmerechtigten mit ihrem Angebot vorgelegten Produktinformation wird zur Herstellung der Infusionslösung ausgeführt:

„Für die Verdünnung des Konzentrates zur Herstellung einer Infusionslösung dürfen bei der Entnahme aus der Paclitaxel – Durchstechflasche keine Chemo-Pins oder Chemo-Spikes verwendet werden, da diese den Stopfen der Durchstechflasche beschädigen können, wodurch die Sterilität der Lösung verloren geht ...“

Im Zuge der Angebotseröffnung wurde das Angebot der Teilnehmberechtigten als jenes mit dem niedrigsten Preis, das Angebot der Antragstellerin als jenes mit dem zweitniedrigsten Preis verlesen.

Zu diesen Angaben in der Produktinformation wurde die Teilnehmberechtigte von der Antragsgegnerin unter anderem aufgefordert die Frage zu beantworten, ob die Entnahme der Paclitaxel – Lösung mit Chemo-Spike möglich ist. In ihrer Beantwortung vom 16.7.2007 hat die Teilnehmberechtigte daraufhin gewesen, dass laut ihrer Fachinformation dies an sich nicht möglich sei, allerdings positive Erfahrungen einer maßgeblichen österreichischen Anstaltsapotheke vorlägen, die diese Möglichkeit bejahen. Dazu hat die Teilnehmberechtigte eine Erklärung der Anstaltsapotheke des Landeskrankenhauses Klagenfurt vom 13.7.2007 vorgelegt.

In der mit dem Angebot vorgelegten Produktinformation der Antragstellerin findet sich zu der Frage der Kompatibilität des Entnahmesystems kein Hinweis. Es wird in dieser Fachinformation lediglich ausgeführt, dass die mikrobiologische Stabilität nicht untersucht wurde, „da diese im Verantwortungsbereich des Fachpersonals“ liege. Nach dem übereinstimmenden Vorbringen der Parteien ist es bei der Entnahme des Arzneimittels Paclitaxel aus den angelieferten Fläschchen entscheidend, dass dabei die Keimfreiheit sowohl des Fläschcheninhaltes als auch der verdünnten gebrauchsfertigen Lösung gewährleistet werden kann. Die Entnahme des Arzneimittels zur Herstellung von Infusionslösungen erfolgt bei der Antragsgegnerin zentral im Labor zur Zystostatikaherstellung unter aseptischen Bedingungen. Es wird dabei auf eigenen dafür vorgesehenen Werkbänken, wo unter aseptischen Bedingungen gearbeitet werden kann, der Inhalt der Fläschchen entnommen. Die Entnahme erfolgt großteils über Chemo-Spike oder Mini-Spike im Gegensatz zu Kanülen oder mit Nadeln. Sofern die Arznei in Fläschchen in der Standardgröße ausgeliefert werde, kann für die Entnahme des Inhaltes für alle das gleiche Entnahmesystem verwendet werden. Insgesamt gibt es sieben oder acht gleichwertige Entnahmesysteme auf dem Markt, deren wesentliche Funktion nämlich eine aseptische Entnahme, ident ist. Ob eine Entnahme aseptisch erfolgt, hängt von den Bedingungen, unter denen sie vorgenommen wird, ab. Grundsätzlich hat der Anwender für die Keimfreiheit bei der Entnahme der Arznei zur Herstellung verdünnter, gebrauchsfertiger Lösungen zu sorgen. (Protokoll der mündlichen Verhandlung).

Sowohl Spike-Systeme als auch Kanülen-Systeme dienen dazu, dem bei der Entnahme der Flüssigkeit entstehenden Unterdruck in den Fläschchen auszugleichen, und zwar in einer Form, dass keine verkeimte Luft in die Fläschchen gelangen kann bzw. schädliche Dämpfe dabei nicht austreten können. Sowohl Chemo-Spikes als Chemo-Pins können zur Entnahme aus den angebotenen Durchstechflaschen verwendet werden, wobei bei einer Entnahme unter aseptischen Bedingungen die Keimfreiheit gewährleistet ist. Sowohl bei den von der Antragstellerin als auch von der Teilnehmberechtigten angebotenen Fläschchen können aber auch Mini-Spikes und andere, am Markt befindliche gleichwertige Entnahme-Systeme verwendet werden.

Die Zuschlagsentscheidung vom 20.9.2007 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen. Der Antrag auf Nichtigerklärung dieser Zuschlagsentscheidung ist am 3.10.2007 eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach § 25 Abs. 1 WVRG 2007 ist nicht nachgewiesen, die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist erfolgt. Die Zuschlagsentscheidung vom 20.9.2007 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen. Der Antrag auf Nichtigerklärung dieser Zuschlagsentscheidung ist am 3.10.2007 eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 ist nicht nachgewiesen, die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist erfolgt.

Diese Feststellungen gründen sich vor allem auf den Inhalt der Vergabeakten, deren Richtigkeit nicht bestritten wurde, sowie auf die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 8.11.2007. Danach konnte als erwiesen angenommen werden, dass zwar in der Information der Teilnehmberechtigten ausgeführt wird, dass bei der Entnahme des Konzentrates zur Herstellung einer Infusionslösung aus den von ihr angebotenen Paclitaxel – Durchstechflaschen keine Chemo-Pins oder Chemo-Spikes verwendet werden sollen, um die Sterilität der Lösung zu gewährleisten. Andererseits hat das Verfahren in diesem Zusammenhang, auch aufgrund der Ausführungen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung (Protokoll Seite 3), ergeben, dass von den Bietern für die Keimfreiheit im Zusammenhang „mit der Ingebrauchnahme der Fläschchen“ keine Garantie abgegeben werden kann. So hat in Übereinstimmung sowohl mit der Teilnehmberechtigten als auch der Antragsgegnerin die Antragstellerin vorgebracht, dass die Art und

Weise „wie der Apotheker bei der Zubereitung der Infusionslösung handelt“ nicht „in unserem Bereich liegt. Dazu gäbe es eine Standardanwendungsvorschrift, die von den Apotheken einzuhalten ist“. Der einzige Unterschied zwischen einem Chemo-Spike und Mini-Spike liege in der Art des Durchmessers der Nadel und in der Anbringung der Entlüftung.

Der Senat ist daher zum Ergebnis gelangt, dass bei allen von den Bietern angebotenen Fläschchen die Entnahme auch mit anderen Entnahmesystemen möglich ist, als den in der Ausschreibung unter Punkt 3.3.2 beispielsweise angeführten Systemen eines Chemo-Spike oder Mini-Spike. Dass es mehrere derartige, gleichwertige Systeme am Markt gibt, die auch zum Einsatz gelangen können, ergibt sich aus dem Vorbringen der Teilnahmeberechtigten in der mündlichen Verhandlung, das von den beiden anderen Parteien nicht bestritten wurde. Ebenso unbestritten blieb seitens der Antragstellerin das Vorbringen der Antragsgegnerin, dass die Zystostatikaherstellung im Bereich der Antragsgegnerin zentral erfolgt und zwar unter aseptischen Bedingungen auf eigens dafür vorgesehenen Werkbänken. Übereinstimmend haben die Parteien auch vorgebracht, dass dann, wenn die Entnahme des Inhaltes aus den Fläschchen unter aseptischen Bedingungen erfolgt, auch die Verwendung von Chemo-Spikes oder Chemo-Pins möglich ist (Protokoll der mündlichen Verhandlung).

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Die Vergabe der gegenständlichen Leistungen wurde als Lieferauftrag im Sinne des § 5 BVergG 2006 ordnungsgemäß bekannt gemacht. Es handelt sich um die Vergabe eines Auftrages im Oberschwellenbereich (§ 12 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006). 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 Antragstellerin handelt es sich unstrittig um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Die Vergabe der gegenständlichen Leistungen wurde als Lieferauftrag im Sinne des Paragraph 5, BVergG 2006 ordnungsgemäß bekannt gemacht. Es handelt sich um die Vergabe eines Auftrages im Oberschwellenbereich (Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006). 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 § 28 Abs. 1 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 im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt (zum behaupteten Schaden vgl. VwGH 23.5.2007, 2007/04/0010). 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 Gebühren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Gemäß Paragraph 28, Absatz eins, 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 im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt (zum behaupteten Schaden vergleiche VwGH 23.5.2007, 2007/04/0010). Ihr Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Da die Zuschlagsentscheidung der Antragstellerin am 20.9.2007 zugegangen ist, ist der am 3. Oktober 2007 eingelangte, über Aufforderung nach § 13 Abs. 3 AVG mit Schriftsatz vom 5.10.2007 verbesserte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007. Da die Zuschlagsentscheidung der Antragstellerin am 20.9.2007 zugegangen ist, ist der am 3. Oktober 2007 eingelangte, über Aufforderung nach Paragraph 13, Absatz 3, AVG mit Schriftsatz vom 5.10.2007 verbesserte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6,

WVRG 2007.

Nach Punkt 3.3.2 der Ausschreibungsbestimmungen war gefordert, dass die Entnahme der Fertiglösung aus den gelieferten Fläschchen mit einem Belüftungs-Filter-Spike-System (wie zB Chemo-Spike oder Mini-Spike) oder einem gleichwertigen Entnahme-System möglich sein muss. Nun hat das Verfahren ergeben, dass in der Produktinformation der Teilnahmeberechtigten ausgeführt wird, dass bei einer Entnahme aus den Paclitaxel – Durchstechflaschen keine Chemo-Pins oder Chemo-Spikes verwendet werden sollen. Diesen Hinweis in der Produktinformation der Teilnahmeberechtigten hat die Antragstellerin aufgegriffen und vorgebracht, dass deshalb die von der Teilnahmeberechtigten angebotenen Arzneimittel nicht den Ausschreibungsbestimmungen entsprechen würden, das Angebot der Teilnahmeberechtigten daher auszuschneiden wäre.

Zunächst ist die Antragstellerin darauf zu verweisen, dass in der von ihr aufgegriffenen Produktinformation der Teilnahmeberechtigten nur ausgeführt wird, dass keine „Chemo-Pins oder Chemo-Spikes“ verwendet werden sollen, die Verwendung der beispielsweise in der Ausschreibung erwähnten Mini-Spike nach dieser Information nicht ausgeschlossen ist. Dazu kommt, dass das Nachprüfungsverfahren eindeutig ergeben hat, dass neben diesen beiden, in der Ausschreibung erwähnten Belüftungs-Filter-Spike-Systemen noch andere, gleichwertige Entnahme-Systeme am Markt vorhanden sind. Letztlich ist aber entscheidend, dass – selbst nach dem Vorbringen der Antragstellerin – die Gewährleistung der Keimfreiheit bei der Entnahme der Lösungen beim Anwender, das heißt bei der Auftraggeberin liegt. Die Antragsgegnerin hat unwidersprochen ausgeführt, dass bei ihr die Entnahme in einer zentralen Laborstelle unter aseptischen Bedingungen unter Einsatz von Werkbänken erfolgt, sodass eine absolute Keimfreiheit gewährleistet werden könne. Unter diesen Bedingungen sei auch die Verwendung von Chemo-Pins oder Chemo-Spikes unbedenklich. Da die Frage der Keimfreiheit in Zusammenhang mit der Entnahme der Lösung aus den Fläschchen ausschließlich im Bereich der Auftraggeberin liegt, sowohl die von der Antragstellerin als auch die von der Teilnahmeberechtigten angebotenen Fläschchen die Verwendung der verschiedensten Belüftungs-Filter-Spike-Entnahme-Systeme zulassen, also auch die Verwendung von Chemo-Pins oder Chemo-Spikes, sofern die Entnahme unter aseptischen Bedingungen erfolgt, liegt ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot der Teilnahmeberechtigten, das von der Antragsgegnerin auszuschneiden gewesen wäre, nicht vor (§ 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006). Zunächst ist die Antragstellerin darauf zu verweisen, dass in der von ihr aufgegriffenen Produktinformation der Teilnahmeberechtigten nur ausgeführt wird, dass keine „Chemo-Pins oder Chemo-Spikes“ verwendet werden sollen, die Verwendung der beispielsweise in der Ausschreibung erwähnten Mini-Spike nach dieser Information nicht ausgeschlossen ist. Dazu kommt, dass das Nachprüfungsverfahren eindeutig ergeben hat, dass neben diesen beiden, in der Ausschreibung erwähnten Belüftungs-Filter-Spike-Systemen noch andere, gleichwertige Entnahme-Systeme am Markt vorhanden sind. Letztlich ist aber entscheidend, dass – selbst nach dem Vorbringen der Antragstellerin – die Gewährleistung der Keimfreiheit bei der Entnahme der Lösungen beim Anwender, das heißt bei der Auftraggeberin liegt. Die Antragsgegnerin hat unwidersprochen ausgeführt, dass bei ihr die Entnahme in einer zentralen Laborstelle unter aseptischen Bedingungen unter Einsatz von Werkbänken erfolgt, sodass eine absolute Keimfreiheit gewährleistet werden könne. Unter diesen Bedingungen sei auch die Verwendung von Chemo-Pins oder Chemo-Spikes unbedenklich. Da die Frage der Keimfreiheit in Zusammenhang mit der Entnahme der Lösung aus den Fläschchen ausschließlich im Bereich der Auftraggeberin liegt, sowohl die von der Antragstellerin als auch die von der Teilnahmeberechtigten angebotenen Fläschchen die Verwendung der verschiedensten Belüftungs-Filter-Spike-Entnahme-Systeme zulassen, also auch die Verwendung von Chemo-Pins oder Chemo-Spikes, sofern die Entnahme unter aseptischen Bedingungen erfolgt, liegt ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot der Teilnahmeberechtigten, das von der Antragsgegnerin auszuschneiden gewesen wäre, nicht vor (Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006).

Einziges Zuschlagskriterium war der niedrigste Preis. Da nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens Gründe, die eine Ausscheidung des Angebotes der Teilnahmeberechtigten rechtfertigen könnten, nicht vorliegen, hat die Antragsgegnerin zutreffend ihre Zuschlagsentscheidung auf das Angebot der Teilnahmeberechtigten als jenem mit dem niedrigsten Preis getroffen. Aus diesen Gründen war daher der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung als unbegründet abzuweisen.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 die einstweilige Verfügung vom 9.10.2007 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 9.10.2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Fristen zur Anrufung vor den Höchstgerichten des öffentlichen Rechtes beginnen jedoch erst mit der Zustellung der schriftlichen Ausfertigung dieses Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Fristen zur Anrufung vor den Höchstgerichten des öffentlichen Rechtes beginnen jedoch erst mit der Zustellung der schriftlichen Ausfertigung dieses Bescheides zu laufen.

Die Teilnahmeberechtigte, die sich mit Schriftsatz vom 15.10.2007 am Verfahren beteiligt hat, ist gemäß § 22 Abs. 2 WVRG 2007 jedenfalls Partei des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens, ohne dass dies bescheidmäßig festzustellen gewesen wäre. Die Teilnahmeberechtigte, die sich mit Schriftsatz vom 15.10.2007 am Verfahren beteiligt hat, ist gemäß Paragraph 22, Absatz 2, WVRG 2007 jedenfalls Partei des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens, ohne dass dies bescheidmäßig festzustellen gewesen wäre.

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.

Schlagworte

Abweisung des Nichtigerklärungsantrages; Ausschreibungsbedingungen erfüllt.

Dokumentnummer

VERGT_20071108_6997_07_00

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