

TE Verg Bescheid 2006/7/13 VKS-1715/06

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.07.2006

Norm

WVRG §1

WVRG §2

WVRG §11 Abs2 Z2

WVRG §13 Abs1

WVRG §14 Abs1

WVRG §16 Abs2

WVRG §17 Abs1

WVRG §20 Abs1 Z1 litc

WVRG §22 Abs2

WVRG §23

WVRG §30 in Verbindung mit BVergG 2002 §2

BVergG 2002 §7 Abs1 Z2

BVergG 2002 §9 Abs1 Z2

BVergG 2002 §20 Z13 lit a sublitaa

BVergG 2002 §81

BVergG 2002 §83

BVergG 2002 §98 Z8

BVergG 2002 §105

BVergG 2002 §184 Abs2

EuGH vom 2.6.2005. Rsc-15/04 (Koppensteiner)

BVergG 2006 §345 Abs2

AVG §74 Abs2

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

1. AVG § 74 heute

2. AVG § 74 gültig ab 01.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
3. AVG § 74 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** über den Antrag der *** GmbH, vertreten durch Prof. Haslinger & Partner, Rechtsanwälte in Linz, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezüglich der Vergabe des Auftrages zur Belieferung der Spitäler des Wiener Krankenanstaltenverbundes mit humanen leukozyten – depletierten Erythrozytenkonzentraten, Ausschreibungsnummer KAV-AEG/001-05/EK, durch den Magistrat der Stadt Wien, Wiener Krankenanstaltenverbund – Ressort Pharmazie und Medizinprodukte, Schottenring 24, 1010 Wien, vertreten durch Schramm Öhler, Rechtsanwälte OEG in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Dem Antrag, festzustellen, dass das ***, vertreten durch Dorda Brugger Jordis, Rechtsanwälte GmbH in Wien, Partei des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens ist, wird nicht stattgegeben.
2. 2.Ziffer 2
Der Antrag, der Vergabekontrollsenat möge die im gegenständlichen Vergabeverfahren mit Fax vom 11.5.2006 der Antragstellerin zugestellte Widerrufsentscheidung und damit verbunden das Ausscheiden deren Angebotes vom 28.2.2006 für nichtig erklären, wird zurückgewiesen.
3. 3.Ziffer 3
Die einstweilige Verfügung vom 2.6.2006 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
4. 4.Ziffer 4
Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.
5. 5.Ziffer 5
Die Teilnahmeantragstellerin *** hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1, 2, 11 Abs. 2 Z 2, 13 Abs. 1, 14 Abs. 1, 16 Abs. 2, 17 Abs. 1, 20 Abs. 1 Z 1 lit. c, 22 Abs. 2, 23, 30 WVRG in Verbindung mit §§ 2, 7 Abs. 1 Z 2, 9 Abs. 1 Z 2, 20 Z 13 lit. a sublit. aa, 81, 83, 98 Z 8, 105, 184 Abs. 2 BVergG 2002, EuGH vom 2.6.2005, Rsc-15/04 (Koppensteiner), 345 Abs. 2 BVergG 2006 sowie §§ 74 Abs. 2 AVG.Paragraphen eins, 2, 11, Absatz 2, Ziffer 2, 13, Absatz eins, 14, Absatz eins, 16, Absatz 2, 17, Absatz eins, 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c., 22 Absatz 2, 23, 30, WVRG in Verbindung mit Paragraphen 2, 7, Absatz eins, Ziffer 2, 9, Absatz eins, Ziffer 2, 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a., 81, 83, 98 Ziffer 8, 105, 184, Absatz 2, BVergG 2002, EuGH vom 2.6.2005, Rsc-15/04 (Koppensteiner), 345 Absatz 2, BVergG 2006 sowie Paragraphen 74, Absatz 2, AVG.

Begründung:

Die Antragsgegnerin als öffentlicher Auftraggeber führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Lieferauftrages. Gegenstand der ausgeschriebenen Leistungen ist die Belieferung der Spitäler des Wiener Krankenanstaltenverbundes mit humanen leukozyten – depletierten Erythrozytenkonzentraten (im Folgenden EK bezeichnet). Die Antragsgegnerin hat zunächst eine Vorinformation im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 14.6.2005, Nummer 2005/S-113-11906 veröffentlicht. Die Bekanntmachung der Ausschreibung erfolgte im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 10.11.2005 unter der Nummer 2005/S-216-213178. Das Ende der Angebotsfrist war zunächst der 9.12.2005, es wurde von der Antragsgegnerin in der Folge zweimal verlängert, zuletzt wurde es mit 1.3.2006, 12.30 Uhr festgelegt. Der Lieferauftrag ist in fünf Lose gegliedert, es konnten auch Angebote für einzelne Lose abgegeben werden. Zuschlagskriterium ist der „niedrigste Preis“. Die Angebotsöffnung fand im Anschluss an das Ende der Angebotsfrist statt. Am gegenständlichen Verfahren haben sich zwei Bieter beteiligt, wobei die Antragstellerin ein Angebot für das Los 1 und Los 5, der zweite Bieter für alle fünf Lose abgegeben hat. Nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung wurde die Antragstellerin mit ihren Angeboten bezüglich der beiden Lose 1 und 5 preislich jeweils an erster Stelle gereiht.

Mit Schreiben vom 11.5.2006 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin zunächst mitgeteilt, dass deren Angebot gemäß § 98 Z 8 BVergG 2002 ausgeschieden werden musste. Mit Schreiben vom 11.5.2006 hat die Antragsgegnerin der

Antragstellerin zunächst mitgeteilt, dass deren Angebot gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002 ausgeschieden werden musste.

Mit gesonderten Schreiben, gleichfalls vom 11.5.2006, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, das Vergabeverfahren, da nach dem Ausscheiden der Angebote nur ein Angebot übrig geblieben sei, gemäß § 105 Abs. 2 Z 2 BVergG 2002 zu widerrufen. Als Ende der Stillhaltefrist wurde darin der 26.5.2006 angegeben. Mit gesonderten Schreiben, gleichfalls vom 11.5.2006, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, das Vergabeverfahren, da nach dem Ausscheiden der Angebote nur ein Angebot übrig geblieben sei, gemäß Paragraph 105, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2002 zu widerrufen. Als Ende der Stillhaltefrist wurde darin der 26.5.2006 angegeben.

Gegen diese Mitteilungen der Antragsgegnerin richtet sich der am 24.5.2006 und damit unter analoger Anwendung der Bestimmung des § 20 Abs. 1 Z 1 lit. c WVRG rechtzeitig eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung und der damit gleichzeitig verbunden angefochtenen Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin, Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie auf Kostenersatz. Die Antragstellerin führt darin im Wesentlichen aus, bei Angebotseröffnung sei das von ihr bezüglich der Lose 1 und 5 gelegte Angebot als jenes mit dem billigsten Preis verlesen worden. Wäre ihr Angebot nicht ausgeschieden worden, hätte sie den Zuschlag erhalten müssen. Der von der Antragsgegnerin angezogene Ausscheidungsgrund liege nicht vor. Gegen diese Mitteilungen der Antragsgegnerin richtet sich der am 24.5.2006 und damit unter analoger Anwendung der Bestimmung des Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c, WVRG rechtzeitig eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung und der damit gleichzeitig verbunden angefochtenen Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin, Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie auf Kostenersatz. Die Antragstellerin führt darin im Wesentlichen aus, bei Angebotseröffnung sei das von ihr bezüglich der Lose 1 und 5 gelegte Angebot als jenes mit dem billigsten Preis verlesen worden. Wäre ihr Angebot nicht ausgeschieden worden, hätte sie den Zuschlag erhalten müssen. Der von der Antragsgegnerin angezogene Ausscheidungsgrund liege nicht vor.

Wenn auch die Widerrufsentscheidung in § 20 Z 13 lit. a sublit. aa BVergG 2002 nicht genannt werde und damit auch nach den Bestimmungen des WVRG eine Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung nach der derzeitigen Gesetzeslage nicht vorgesehen sei, sei dennoch unter Berücksichtigung der Judikatur des EuGH sowie der aufgrund des Bundesvergabegesetzes 2006 neu geschaffenen Rechtslage die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates gegeben. Der Vergabekontrollsenat habe auch bereits seine Zuständigkeit zur Nichtigerklärung eines rechtswidrigen Widerrufs in anderen Verfahren angenommen. Wenn auch die Widerrufsentscheidung in Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2002 nicht genannt werde und damit auch nach den Bestimmungen des WVRG eine Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung nach der derzeitigen Gesetzeslage nicht vorgesehen sei, sei dennoch unter Berücksichtigung der Judikatur des EuGH sowie der aufgrund des Bundesvergabegesetzes 2006 neu geschaffenen Rechtslage die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates gegeben. Der Vergabekontrollsenat habe auch bereits seine Zuständigkeit zur Nichtigerklärung eines rechtswidrigen Widerrufs in anderen Verfahren angenommen.

Als Gründe für die Rechtswidrigkeit macht die Antragstellerin im Wesentlichen geltend, sie habe in ihrem Angebotschreiben eine klarstellende Erklärung aufgenommen, wonach sie die von der Antragsgegnerin geforderten Liefergarantien nur aufgrund der im Zeitpunkt der Angebotslegung (28.2.2006) gegebenen Rechtslage gewährleisten könne. Aufgrund dieser Erklärung sowie der Erklärung der Antragstellerin mit Schreiben vom 5.5.2006 sei ihr Angebot bezüglich dieser beiden Lose unter Berufung auf § 98 Z 8 BVergG 2002 zu Unrecht ausgeschieden worden. Diese Entscheidung der Antragstellerin sei rechtswidrig. In der Ausschreibung seien die rechtlichen Anforderungen an den Liefergegenstand festgelegt worden. Danach müsste der Liefergegenstand „dem österreichischen Arzneiwareneinfuhrgesetz in der geltenden Fassung“ entsprechen. Weiters werde in der Ausschreibung verlangt, dass die zu liefernden Produkte „aus unbezahlt gewonnenen Spenden stammen (im Sinne des Artikels 20 der EU-Richtlinie 2002/98/EG und der darauf basierenden nationalen Gesetze der Mitgliedstaaten der EU)“. Diese Voraussetzungen hätte die Antragstellerin mit ihrem Angebot erfüllt, da sie im Zeitpunkt der Angebotseröffnung in der Lage gewesen sei, den Ausschreibungsgegenstand auf Basis der erwähnten gesetzlichen Bestimmungen zu liefern. Ausschreibungsgegenstand sei jedoch der Abschluss eines Rahmenvertrages über die Lieferung des Ausschreibungsgegenstandes für den Zeitraum von 3 Jahren mit einer Verlängerungsoption um weitere 3 Jahre. Mit

der von der Antragstellerin gewählten Formulierung im Begleitschreiben bezüglich des Punktes 6 der besonderen Vertragsbestimmungen sollte darauf aufmerksam gemacht werden, „dass sie diesen nicht als Garantieverpflichtung, auch für den Fall geänderter Rechtslage“ auffasse. Tatsächlich sei es zu einer Novellierung des Arzneiwareneinfuhrgesetzes 2002 mit BGBl. I Nr. 41/2006, das per 28.3.2006 ausgegeben wurde, gekommen. Danach kann die Einfuhr von Blutprodukten zur direkten Transfusion nur dann genehmigt werden, wenn diese aus „gänzlich unbezahlten“ Spenden stammen würden. Die von der Antragstellerin zu importierenden Blutprodukte stammten jedoch, was auch der Antragsgegnerin bekannt sei, in der Regel von Blutspendeeinrichtungen, die für die Spende eine Aufwandsentschädigung dem Spender zukommen lassen. Die Antragstellerin halte die Novellierung des Arzneiwareneinfuhrgesetzes 2002 als gegen die Grundfreiheit des Warenverkehrs in der EU verstoßend und damit als EUrechtswidrig. Aufgrund des freien Warenverkehrs gelte einerseits ein Verbot der mengenmäßigen Ein- und Ausfuhrbeschränkungen sowie andererseits das Verbot von Maßnahmen gleicher Wirkung. Die zur Novelle ins Treffen geführten Aspekte der „Verbesserung der Wettbewerbschancen der österreichischen Anbieter“ unter „Beibehaltung des hohen Schutzniveaus“ seien aus der Luft gegriffen. „In Wirklichkeit soll dadurch nur die Monopolstellung des Mitbewerbers bestärkt werden“. Im Übrigen sei wissenschaftlich nicht nachgewiesen, dass eine Aufwandsentschädigung für Blut- und Plasmaspenden in Deutschland die Sicherheit der Blut- und Plasmaprodukte beeinträchtigt. Als Gründe für die Rechtswidrigkeit macht die Antragstellerin im Wesentlichen geltend, sie habe in ihrem Angebotschreiben eine klarstellende Erklärung aufgenommen, wonach sie die von der Antragsgegnerin geforderten Liefergarantien nur aufgrund der im Zeitpunkt der Angebotslegung (28.2.2006) gegebenen Rechtslage gewährleisten könne. Aufgrund dieser Erklärung sowie der Erklärung der Antragstellerin mit Schreiben vom 5.5.2006 sei ihr Angebot bezüglich dieser beiden Lose unter Berufung auf Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002 zu Unrecht ausgeschieden worden. Diese Entscheidung der Antragstellerin sei rechtswidrig. In der Ausschreibung seien die rechtlichen Anforderungen an den Liefergegenstand festgelegt worden. Danach müsste der Liefergegenstand „dem österreichischen Arzneiwareneinfuhrgesetz in der geltenden Fassung“ entsprechen. Weiters werde in der Ausschreibung verlangt, dass die zu liefernden Produkte „aus unbezahlt gewonnenen Spenden stammen (im Sinne des Artikels 20 der EU-Richtlinie 2002/98/EG und der darauf basierenden nationalen Gesetze der Mitgliedstaaten der EU)“. Diese Voraussetzungen hätte die Antragstellerin mit ihrem Angebot erfüllt, da sie im Zeitpunkt der Angebotseröffnung in der Lage gewesen sei, den Ausschreibungsgegenstand auf Basis der erwähnten gesetzlichen Bestimmungen zu liefern. Ausschreibungsgegenstand sei jedoch der Abschluss eines Rahmenvertrages über die Lieferung des Ausschreibungsgegenstandes für den Zeitraum von 3 Jahren mit einer Verlängerungsoption um weitere 3 Jahre. Mit der von der Antragstellerin gewählten Formulierung im Begleitschreiben bezüglich des Punktes 6 der besonderen Vertragsbestimmungen sollte darauf aufmerksam gemacht werden, „dass sie diesen nicht als Garantieverpflichtung, auch für den Fall geänderter Rechtslage“ auffasse. Tatsächlich sei es zu einer Novellierung des Arzneiwareneinfuhrgesetzes 2002 mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 41 aus 2006, das per 28.3.2006 ausgegeben wurde, gekommen. Danach kann die Einfuhr von Blutprodukten zur direkten Transfusion nur dann genehmigt werden, wenn diese aus „gänzlich unbezahlten“ Spenden stammen würden. Die von der Antragstellerin zu importierenden Blutprodukte stammten jedoch, was auch der Antragsgegnerin bekannt sei, in der Regel von Blutspendeeinrichtungen, die für die Spende eine Aufwandsentschädigung dem Spender zukommen lassen. Die Antragstellerin halte die Novellierung des Arzneiwareneinfuhrgesetzes 2002 als gegen die Grundfreiheit des Warenverkehrs in der EU verstoßend und damit als EUrechtswidrig. Aufgrund des freien Warenverkehrs gelte einerseits ein Verbot der mengenmäßigen Ein- und Ausfuhrbeschränkungen sowie andererseits das Verbot von Maßnahmen gleicher Wirkung. Die zur Novelle ins Treffen geführten Aspekte der „Verbesserung der Wettbewerbschancen der österreichischen Anbieter“ unter „Beibehaltung des hohen Schutzniveaus“ seien aus der Luft gegriffen. „In Wirklichkeit soll dadurch nur die Monopolstellung des Mitbewerbers bestärkt werden“. Im Übrigen sei wissenschaftlich nicht nachgewiesen, dass eine Aufwandsentschädigung für Blut- und Plasmaspenden in Deutschland die Sicherheit der Blut- und Plasmaprodukte beeinträchtigt.

Die Antragsgegnerin habe im Weiteren ihre Widerrufsentscheidung damit begründet, dass nach Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin nur mehr das Angebot der Mitbewerberin vorhanden sei, weshalb sie zum Widerruf nach § 105 Abs. 2 Z 2 BVergG 2002 berechtigt wäre. Da aber das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin rechtswidrig sei, bestehe auch keine Berechtigung zum Widerruf der Ausschreibung nach § 105 Abs. 2 Z 2 BVergG 2002. Dieser Widerrufsgrund liege zwar im grundsätzlichen Ermessen des Auftraggebers, könne jedoch nur dann ins Treffen geführt werden, wenn nach berechtigtem Ausscheiden von Angeboten nur noch ein Angebot übrig bleibt.

Insofern sei die bekämpfte Widerrufsentscheidung rechtswidrig und daher für nichtig zu erklären. Die Antragsgegnerin habe im Weiteren ihre Widerrufsentscheidung damit begründet, dass nach Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin nur mehr das Angebot der Mitbewerberin vorhanden sei, weshalb sie zum Widerruf nach Paragraph 105, Absatz 2, Ziffer 2, BVerG 2002 berechtigt wäre. Da aber das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin rechtswidrig sei, bestehe auch keine Berechtigung zum Widerruf der Ausschreibung nach Paragraph 105, Absatz 2, Ziffer 2, BVerG 2002. Dieser Widerrufsgrund liege zwar im grundsätzlichen Ermessen des Auftraggebers, könne jedoch nur dann ins Treffen geführt werden, wenn nach berechtigtem Ausscheiden von Angeboten nur noch ein Angebot übrig bleibt. Insofern sei die bekämpfte Widerrufsentscheidung rechtswidrig und daher für nichtig zu erklären.

Sollte die Antragstellerin als Billigstbieterin nicht den Zuschlag erhalten, drohe ihr ein Deckungsbeitrag von 14 Prozent (Schriftsatz vom 30.5.2006) zu entgehen. Sie würde einen Gewinnentgang von zumindest netto EUR 900.050,-- erleiden, weshalb sie auch im Hinblick auf künftige Ausschreibungen des Liefergegenstandes ein massives wirtschaftliches Interesse habe, den Auftrag zu erhalten. Die Antragsgegnerin sei rechtzeitig und vollständig von der beabsichtigten Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens verständigt und die Gebühren seien entrichtet worden.

Die beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 2.6.2006 erlassen. Diesbezüglich wird auf den Inhalt des beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 6.6.2006 hat die Antragsgegnerin die Zurückweisung der gestellten Anträge begehrt und im Ergebnis ausgeführt, das Angebot der Antragstellerin sei zu Recht ausgeschieden worden, es mangle ihr daher an der entsprechenden Antragslegitimation zur Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung. Mindestanforderung für die gesamte Vertragsdauer sei unter anderem gewesen, dass der Liefergegenstand dem österreichischen Arzneiwareneinfuhrgesetz in der geltenden Fassung entsprechen müsse. Dazu habe die Antragstellerin in dem Angebotsbegleitschreiben ausgeführt, dass sie keine wie auch immer geartete Haftung, insbesondere auch im Hinblick auf allfällige Mehr- oder Folgekosten im Sinne des Punktes 6 der besonderen Vertragsbestimmungen übernehme. Die Mindestanforderungen würden die Entsprechung der EK mit den Bestimmungen des Arzneimittelgesetzes und des Arzneiwareneinfuhrgesetzes, jeweils in der geltenden Fassung, verlangen, eine zeitliche Beschränkung auf den Zeitpunkt der Angebotseröffnung sei den Ausschreibungsunterlagen nicht zu entnehmen. Es dürften daher auch nur solche EK geliefert werden, die auch nach bzw. in Österreich legal eingeführt und verwendet werden dürfen. Wollte man aber die Forderung der Gesetzeskonformität der anzubietenden EK nur auf den Zeitpunkt der Angebotsöffnung verlegen (was nicht der Fall sei), so wäre für die Antragstellerin nichts gewonnen, weil sie dann aufgrund der von ihr vorgenommenen Einschränkungen für den Fall der Gesetzesänderung keinen verbindlichen Preis angeboten hätte. Wenn auch die Antragsgegnerin die Bedenken der Antragstellerin betreffend der EU- Rechtswidrigkeit der Änderung des Arzneiwareneinfuhrgesetzes teile, sei dies für das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin nicht relevant. Entscheidend für das Ausscheiden sei der Widerspruch im Angebotsbegleitschreiben der Antragstellerin zu den Ausschreibungsbedingungen gewesen. Die Erklärung im Angebotsbegleitschreiben sei klar und widerspreche den Ausschreibungsbestimmungen, sodass das Angebot auch ohne Änderung des Arzneiwareneinfuhrgesetzes bereits unmittelbar bei Angebotsprüfung auszuschneiden gewesen wäre. Da sohin die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin zu Recht erfolgt sei, sei ein Widerruf nach § 105 Abs. 2 Z 2 BVerG 2002 jedenfalls gerechtfertigt. Mit Schriftsatz vom 6.6.2006 hat die Antragsgegnerin die Zurückweisung der gestellten Anträge begehrt und im Ergebnis ausgeführt, das Angebot der Antragstellerin sei zu Recht ausgeschieden worden, es mangle ihr daher an der entsprechenden Antragslegitimation zur Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung. Mindestanforderung für die gesamte Vertragsdauer sei unter anderem gewesen, dass der Liefergegenstand dem österreichischen Arzneiwareneinfuhrgesetz in der geltenden Fassung entsprechen müsse. Dazu habe die Antragstellerin in dem Angebotsbegleitschreiben ausgeführt, dass sie keine wie auch immer geartete Haftung, insbesondere auch im Hinblick auf allfällige Mehr- oder Folgekosten im Sinne des Punktes 6 der besonderen Vertragsbestimmungen übernehme. Die Mindestanforderungen würden die Entsprechung der EK mit den Bestimmungen des Arzneimittelgesetzes und des Arzneiwareneinfuhrgesetzes, jeweils in der geltenden Fassung, verlangen, eine zeitliche Beschränkung auf den Zeitpunkt der Angebotseröffnung sei den Ausschreibungsunterlagen nicht zu entnehmen. Es dürften daher auch nur solche EK geliefert werden, die auch nach bzw. in Österreich legal eingeführt und verwendet werden dürfen. Wollte man aber die Forderung der Gesetzeskonformität der anzubietenden EK nur auf den Zeitpunkt der Angebotsöffnung verlegen (was nicht der Fall sei), so wäre für die Antragstellerin nichts gewonnen, weil sie dann aufgrund der von ihr

vorgenommenen Einschränkungen für den Fall der Gesetzesänderung keinen verbindlichen Preis angeboten hätte. Wenn auch die Antragsgegnerin die Bedenken der Antragstellerin betreffend der EU- Rechtswidrigkeit der Änderung des Arzneiwareneinfuhrgesetzes teile, sei dies für das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin nicht relevant. Entscheidend für das Ausscheiden sei der Widerspruch im Angebotsbegleitschreiben der Antragstellerin zu den Ausschreibungsbedingungen gewesen. Die Erklärung im Angebotsbegleitschreiben sei klar und widerspreche den Ausschreibungsbestimmungen, sodass das Angebot auch ohne Änderung des Arzneiwareneinfuhrgesetzes bereits unmittelbar bei Angebotsprüfung auszuschneiden gewesen wäre. Da sohin die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin zu Recht erfolgt sei, sei ein Widerruf nach Paragraph 105, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2002 jedenfalls gerechtfertigt.

Dazu hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 12.6.2006 unter Wiederholung ihres bisherigen Vorbringens ergänzend ausgeführt, dass § 83 Abs. 1 Z 6 BVergG 2002 vorsehe, dass vom Bieter für notwendig erachtete Vorbehalte gemacht werden können. Das Begleitschreiben zum Angebot der Antragstellerin stehe nicht im Widerspruch zu den Ausschreibungsvorgaben, vielmehr sei darin auf einen aus Sicht der Antragstellerin für die weitere Vertragserfüllung maßgeblichen wesentlichen Aspekt aufmerksam gemacht worden. In ihrer klarstellenden Erklärung zum Angebotsschreiben vom 28.2.2006 habe sie lediglich aufgezeigt, dass sie im Zeitpunkt der Angebotsabgabe in der Lage sei, den Ausschreibungsgegenstand zu liefern. In diesem Zusammenhang sei keine Einschränkung der Verpflichtung, welche Punkt 6 der besonderen Vertragsbestimmungen vorgebe, vorgenommen worden. Weder in diesem Begleitschreiben noch im Nachprüfungsantrag habe die Antragstellerin in irgendeiner Weise zu erkennen gegeben, dass sie schon derzeit ihre Lieferverpflichtung im Falle der Zuschlagserteilung nicht nachkommen könne. Eine Unmöglichkeit der Leistungserbringung sei bis dato nicht eingetreten. Sollte ein solcher Umstand während der Vertragslaufzeit eintreten, wäre dies auch nicht Gegenstand vergaberechtlicher Erwägungen, sondern rein zivilrechtlicher, welche vor den ordentlichen Gerichten abzuhandeln wären. Der Standpunkt der Antragsgegnerin, wonach diese die Bedenken betreffend der EU-Rechtswidrigkeit der Änderung des Arzneiwareneinfuhrgesetzes teile, werde begrüßt. Da nach § 21 Abs. 1 BVergG 2002 Vergabeverfahren unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten abzuführen sind, würde die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin diesem Grundsatz zuwider laufen. Der Ausschreibungstext würde nunmehr im Nachhinein auf Grund einer den Grundfreiheiten widersprechenden Gesetzesänderung in eine der Warenverkehrsfreiheit (Artikel 26 EGV) widersprechende Garantie für die Vertragslaufzeit umgedeutet. Dem gegenüber sei die Ausschreibung unabhängig von einer allfälligen nachträglichen „Aufklärungskorrespondenz“ sowie des subjektiven Erklärungsverständnisses der Antragsgegnerin nach dem objektiven Gehalt der abgegebenen Erklärungen gemäß der Auslegungsregel der §§ 914, 915 ABGB auszulegen. Dabei sei anzumerken, da die Ausschreibung eine Erklärung des Antragsgegners ist, dass bei Undeutlichkeit derselben eine geringere Verpflichtung der Bieter anzunehmen sei. Dazu hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 12.6.2006 unter Wiederholung ihres bisherigen Vorbringens ergänzend ausgeführt, dass Paragraph 83, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG 2002 vorsehe, dass vom Bieter für notwendig erachtete Vorbehalte gemacht werden können. Das Begleitschreiben zum Angebot der Antragstellerin stehe nicht im Widerspruch zu den Ausschreibungsvorgaben, vielmehr sei darin auf einen aus Sicht der Antragstellerin für die weitere Vertragserfüllung maßgeblichen wesentlichen Aspekt aufmerksam gemacht worden. In ihrer klarstellenden Erklärung zum Angebotsschreiben vom 28.2.2006 habe sie lediglich aufgezeigt, dass sie im Zeitpunkt der Angebotsabgabe in der Lage sei, den Ausschreibungsgegenstand zu liefern. In diesem Zusammenhang sei keine Einschränkung der Verpflichtung, welche Punkt 6 der besonderen Vertragsbestimmungen vorgebe, vorgenommen worden. Weder in diesem Begleitschreiben noch im Nachprüfungsantrag habe die Antragstellerin in irgendeiner Weise zu erkennen gegeben, dass sie schon derzeit ihre Lieferverpflichtung im Falle der Zuschlagserteilung nicht nachkommen könne. Eine Unmöglichkeit der Leistungserbringung sei bis dato nicht eingetreten. Sollte ein solcher Umstand während der Vertragslaufzeit eintreten, wäre dies auch nicht Gegenstand vergaberechtlicher Erwägungen, sondern rein zivilrechtlicher, welche vor den ordentlichen Gerichten abzuhandeln wären. Der Standpunkt der Antragsgegnerin, wonach diese die Bedenken betreffend der EU-Rechtswidrigkeit der Änderung des Arzneiwareneinfuhrgesetzes teile, werde begrüßt. Da nach Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 Vergabeverfahren unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten abzuführen sind, würde die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin diesem Grundsatz zuwider laufen. Der Ausschreibungstext würde nunmehr im Nachhinein auf Grund einer den Grundfreiheiten widersprechenden Gesetzesänderung in eine der Warenverkehrsfreiheit (Artikel 26 EGV) widersprechende Garantie für die Vertragslaufzeit umgedeutet. Dem gegenüber sei die Ausschreibung unabhängig

von einer allfälligen nachträglichen „Aufklärungskorrespondenz“ sowie des subjektiven Erklärungsverständnisses der Antragsgegnerin nach dem objektiven Gehalt der abgegebenen Erklärungen gemäß der Auslegungsregel der Paragraphen 914, 915, ABGB auszulegen. Dabei sei anzumerken, da die Ausschreibung eine Erklärung des Antragsgegners ist, dass bei Undeutlichkeit derselben eine geringere Verpflichtung der Bieter anzunehmen sei.

Darauf hat die Antragsgegnerin mit Stellungnahme vom 20.6.2006 geantwortet und neuerlich darauf hingewiesen, dass der Inhalt des Begleitschreibens eindeutig im Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen stehe. Diese Erklärung besage klar, dass das Angebot „im Zeitpunkt der Angebotslegung“ den Anforderungen der Ausschreibungsbestimmungen entspricht. In Abgrenzung und in Umkehrung dazu besage diese Erklärung weiter, dass „hinsichtlich der künftigen Rechtslage“ – also hinsichtlich des Zeitraumes nach dem Zeitpunkt der Angebotslegung – „jedoch keine Gewährleistung bzw. Garantie übernommen werden“ könne. Damit sei klar, dass die Antragstellerin keine Zusage abgebe, dass die vorgegebenen Anforderungen der Ausschreibungsbestimmungen (insbesondere die Einhaltung des Arzneiwareneinfuhrgesetzes) auch zukünftig von ihr eingehalten werden. Dies sei ein klarer Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen, da diese naturgemäß die Einhaltung des Arzneimittelgesetzes und des Arzneiwareneinfuhrgesetzes in der jeweils geltenden Fassung für die gesamte Dauer des Rahmenvertrages fordern. Mit ihrer Erklärung, für den Fall der Änderung der Gesetzeslage „keine wie auch immer geartete Haftung, insbesondere auch im Hinblick auf allfällige Mehr- oder Folgekosten“ übernehmen zu wollen habe die Antragstellerin im Ergebnis ein Angebot mit einem unverbindlichen Preis abgegeben. Der Widerspruch sei als unbehebbarer Mangel einzustufen.

Mit Schriftsatz vom 2.6.2006 hat das ***, das als zweiter Bieter im Verfahren aufgetreten ist, einen Teilnahmeantrag gestellt und beantragt, den Anträgen der Antragstellerin nicht Folge zu geben. Es habe sein Interesse an der Auftragserteilung durch die Teilnahme am Vergabeverfahren und Legung eines, im Gegensatz zur Antragstellerin ausschreibungskonformen Angebotes für sämtliche Teillöse ausreichend nachgewiesen. Es sei darüber hinaus daran interessiert „dass das gegenständliche Vergabeverfahren unter genauester Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen vorgenommen wird und daher ausschreibungswidrige Angebote – wie jenes der Antragstellerin – jedenfalls ausgeschieden werden“. Andernfalls würden vergaberechtlich unzulässige Angebote eine Grundlage für die Zuschlagserteilung bilden, wodurch die Teilnahmeantragstellerin im Bezug auf die Teillöse 1 und 5 einen unmittelbaren enormen wirtschaftlichen Schaden erleiden würde. Die Teilnahmeantragstellerin beliefe bereits derzeit die Antragsgegnerin mit deren gesamten Bedarf an EK, der Verlust oder auch nur die Einschränkung dieser ständigen Geschäftsbeziehung würde schon als solcher einen beträchtlichen Schaden für sie darstellen, weil sie enorme wirtschaftliche Einbußen hätte. Die Teilnahmeantragstellerin würde bei Obsiegen der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren in ihrem Recht auf eine rechtmäßige und vergaberechtskonforme Prüfung und Bewertung der Angebote und ihrem Recht auf Ausscheiden von unzulässigen Angeboten verletzt. Zum Antrag der Antragstellerin bringt sie vor, dass deren Angebot zu Recht ausgeschieden wurde weil sie in ihrem Begleitschreiben zum Ausdruck gebracht hätte, dass sie bei Änderungen der Gesetzeslage nicht weiter an ihre Verpflichtungen aus den Vertrag gebunden sein möchte. Im Hinblick auf die Novellierung des Arzneiwareneinfuhrgesetzes 2002, das mit 1.3.2006 in Kraft getreten sei, stelle sich daher im Hinblick auf die Erklärungen der Antragstellerin die Frage, für welchen Zeitraum deren Angebote überhaupt bindend für die Auftraggeberin sein sollten. In einer weiteren Stellungnahme vom 20.6.2006 bringt das „***“ vor, beim Inhalt im Angebotsschreiben vom 28.2.2006 handle es sich um einen unzulässigen Vorbehalt. Die Antragstellerin habe „nur im Sinn auf diesen Weg einen Haftungsausschluss zu vereinbaren!“. In ihrem Schreiben vom 5.5.2006 habe die Antragstellerin nachweislich dargelegt, die geforderte Lieferzusage „zur Zeit“ (somit nach einer Einreichung des Angebotes aber vor dem eigentlichen Vertragsbegehen) nicht abgeben zu können. Damit habe sie eingestanden, die in der Ausschreibung geforderten Zusagen nicht abgeben zu können.

Ergänzend zum eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, der als unstrittig anzusehen ist, trifft der Vergabekontrollsenat anhand der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten sowie den Schriftsätzen der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Stellungnahme übermittelt wurden und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 13.7.2006 folgende weitere Feststellungen:

Die Antragsgegnerin hat als öffentliche Auftraggeberin mit Bekanntmachung im Amtsblatt der europäischen Gemeinschaften vom 10.11.2005, Nummer 2005/S-216- 213178 die Vergabe von Rahmenverträgen zur Belieferung der Spitäler des Wiener Krankenanstaltenverbundes mit humanen leukozyten - depletierten Erythrozytenkonzentraten ausgeschrieben. Die Rahmenverträge sollen eine Laufzeit von 3 Jahren mit einer einmaligen Verlängerungsoption um 3

weitere Jahre, haben. Es handelt sich um die Vergabe von Lieferaufträgen im Oberschwellenbereich, wobei der Leistungsgegenstand in 5 Lose gegliedert ist. Teilangebote waren zugelassen, Alternativangebote sind nicht zugelassen. Das zunächst mit 9.12.2005 festgelegte Ende der Angebotsfrist wurde von der Antragsgegnerin in der Folge zweimal verlängert, zuletzt mit Schreiben vom 14.2.2006 auf den 1.3.2006, 12.30 Uhr.

Die für das gegenständliche Verfahren wesentlichen Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen lauten wie folgt:

„ 2. Mindestanforderungen an den Auftragsgegenstand Da die folgenden Abfragen als Mindestanforderungen gelten, führt bereits eine Beantwortung mit Nein zum Ausscheiden des Angebotes.

2.2. Der Liefergegenstand muss

..

1. 2)Ziffer 2
dem österreichischen Arzneiwareneinfuhrgesetz in der geltenden Fassung

..

1. 5)Ziffer 5
aus unbezahlt gewonnenen Spenden stammen und
2. 6)Ziffer 6
dem Stand der Wissenschaft entsprechen."

In den besonderen Vertragsbestimmungen wird unter Punkt 6 festgelegt:

1. „6.Ziffer 6
Ausfall der Lieferung

Der Auftragnehmer ist verpflichtet, die Versorgung sicher zu stellen. Sollte es dennoch zu einem Verzug oder Ausfall der Lieferung kommen, ist der Wiener Krankenanstaltenverbund (aufgrund seiner Versorgungsverpflichtung) berechtigt, benötigte leukozyten-depletierte Erythrozytenkonzentrate außerhalb des Rahmenvertrages zu besorgen, wobei die dadurch entstehenden Mehr- und Folgekosten der Auftragnehmer zu tragen hat" (Seite 27 von 36).

Einziges Zuschlagskriterium ist der billigste Preis.

Am Verfahren haben sich zwei Bieter beteiligt, wobei die Antragstellerin Angebote für das Los 1 (37.000 Stück EK zum Gesamtpreis von EUR 3.589.000,--) und für das Los 5 (33.00 Stück EK zum Gesamtpreis von EUR 3.201.000,--) gelegt hat. Die Teilnahmeantragstellerin hat ein Angebot für alle fünf Lose gelegt.

Nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung vom 1.3.2006, 12.30 Uhr hat die Antragstellerin bezüglich der Lose 1 und 5 das billigste Angebot gelegt. In ihrem Angebot hat die Antragstellerin zu Punkt 6 der besonderen Vertragsbestimmungen auf ihr „Angebotsbegleitschreiben" verwiesen. In diesem Angebotsbegleitschreiben vom 28.2.2006 führt die Antragstellerin unter anderem aus:

„Zur Erläuterung und Klarstellung verweisen wir auf Folgendes:

Wir bestätigen hiermit, dass wir derzeit über sämtliche erforderlichen Bewilligungen zur Erbringung der angebotenen Leistung verfügen. Damit ist gewährleistet, dass der Liefergegenstand den im Punkt 2.2. des Leistungsverzeichnisses (Seite 7 von 36 der Ausschreibungsunterlage) vorgegebenen Anforderungen im Zeitpunkt der Angebotslegung entspricht. Hinsichtlich der künftigen Rechtslage kann jedoch keine Gewährleistung bzw. Garantie übernommen werden. Sollte durch eine Änderung der Gesetzeslage, insbesondere durch Änderung des Arzneiwareneinfuhrgesetzes (BGBl I Nr. 28/2002 idF BGBl. I Nr. 153/2005), eine Unmöglichkeit der Einhaltung der Lieferverpflichtung erfolgen, so übernehmen wir keine wie immer geartete Haftung, insbesondere auch im Hinblick auf allfällige Mehr- und Folgekosten im Sinne des Punktes 6 der Besonderen Vertragsbestimmungen (Seite 27 von 36 der Ausschreibungsunterlage)."Wir bestätigen hiermit, dass wir derzeit über sämtliche erforderlichen Bewilligungen zur Erbringung der angebotenen Leistung verfügen. Damit ist gewährleistet, dass der Liefergegenstand den im Punkt 2.2. des Leistungsverzeichnisses (Seite 7 von 36 der Ausschreibungsunterlage) vorgegebenen Anforderungen im Zeitpunkt der Angebotslegung entspricht. Hinsichtlich der künftigen Rechtslage kann jedoch keine Gewährleistung bzw. Garantie übernommen werden. Sollte durch eine Änderung der Gesetzeslage, insbesondere durch Änderung des Arzneiwareneinfuhrgesetzes (BGBl römisch eins Nr. 28 aus 2002, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 153 aus 2005,), eine Unmöglichkeit der Einhaltung der Lieferverpflichtung erfolgen, so übernehmen wir keine wie immer

geartete Haftung, insbesondere auch im Hinblick auf allfällige Mehr- und Folgekosten im Sinne des Punktes 6 der Besonderen Vertragsbestimmungen (Seite 27 von 36 der Ausschreibungsunterlage)."

Im Zuge der Angebotsprüfung hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 24.4.2006 folgendes Ersuchen um Aufklärung an die Antragstellerin gerichtet:

„Aufgrund der Änderung des Arzneiwareneinfuhrgesetzes 2002 am 28.3.2006 stellt sich für uns die Frage, ob im Falle des Zuschlages an Sie eine Einhaltung der Lieferverbindlichkeiten erfolgen kann.

Aus diesem Grund ersuchen wir Sie uns schriftlich mitzuteilen, ob nach der nunmehrigen Änderung des Arzneiwareneinfuhrgesetzes, die Möglichkeit der Einhaltung der Lieferverpflichtung und das Akzeptieren aller in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Bestimmungen ohne Einschränkung Ihrerseits bestätigt werden kann."

Dieses Schreiben wurde von der Antragstellerin am 5.5.2006 wie folgt beantwortet:

„Bezugnehmend auf Ihr Schreiben vom 24.04.2006 dürfen wir mitteilen, dass wie auch bereits im Angebot festgehalten, die Liefermöglichkeit grundsätzlich besteht. Die Änderung des Arzneiwareneinfuhrgesetzes ist aus unserer Sicht EUrechtswidrig. Das EU-Recht ist dabei stärker als das nationale Recht.

Es ist aber damit zu rechnen, dass auf Grund dieser gesetzlichen Bestimmung entweder von Behördenseite oder von dritter Stelle behördliche und/oder gerichtliche Maßnahmen erhoben werden, weshalb dann gegebenenfalls die Einfuhren aus Deutschland nicht erfolgen können bzw. untersagt werden und dann keine Liefermöglichkeit besteht. Auf diese behördlichen Schritte besteht naturgemäß keine Einflussmöglichkeit.

Bei der Europäischen Kommission wurde mittlerweile auch bereits gegen diese Regelung im Arzneiwareneinfuhrgesetz Beschwerde erhoben. Ob und inwieweit die Kommission tätig wird, ist zur Zeit ebenfalls noch nicht absehbar.

Wir bemühen uns zur Zeit sehr um eine Klärung dieser Rechtslage in Zusammenhang mit den europäischen Normen. Auf Grund der derzeitigen gesetzlichen Norm des Arzneiwareneinfuhrgesetzes in der Fassung der Novelle 2006 müssen wir uns aber zunächst gesetzeskonform verhalten, bis die Rechtslage abschließend geklärt ist. Es kann daher, wie bereits im Angebot selbst dargelegt, die Liefergarantie zur Zeit nicht abgegeben werden."

Mit Schreiben vom 11.5.2006 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin mitgeteilt, dass deren Angebot „im Sinne des BVergG 2002 § 98 Z 8 ausgeschieden" werden musste. Gleichfalls mit Schreiben vom 11.5.2006 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin mitgeteilt, dass „nach dem Ausscheiden von Angeboten nur ein Angebot geblieben ist. Es wird daher beabsichtigt, dass Vergabeverfahren gemäß § 105 Abs. 2 Z 2 BVergG 2002 zu widerrufen. Die Stillhaltefrist endet am 26. Mai 2006". Die beiden Schreiben sind der Antragstellerin jeweils am gleichen Tage zugekommen. Mit Schreiben vom 11.5.2006 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin mitgeteilt, dass deren Angebot „im Sinne des BVergG 2002 Paragraph 98, Ziffer 8, ausgeschieden" werden musste. Gleichfalls mit Schreiben vom 11.5.2006 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin mitgeteilt, dass „nach dem Ausscheiden von Angeboten nur ein Angebot geblieben ist. Es wird daher beabsichtigt, dass Vergabeverfahren gemäß Paragraph 105, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2002 zu widerrufen. Die Stillhaltefrist endet am 26. Mai 2006". Die beiden Schreiben sind der Antragstellerin jeweils am gleichen Tage zugekommen.

Nach Angebotsöffnung wurde das Arzneiwareneinfuhrgesetz 2002 auf Grund eines parlamentarischen Initiativantrages mit BGBl I Nr. 41/2006 mit Wirkung vom 1.3.2006, unter anderem wie folgt geändert. Nach Angebotsöffnung wurde das Arzneiwareneinfuhrgesetz 2002 auf Grund eines parlamentarischen Initiativantrages mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 41 aus 2006, mit Wirkung vom 1.3.2006, unter anderem wie folgt geändert:

In § 7 wird nach Abs. 1 folgender Absatz 1a eingefügt. In Paragraph 7, wird nach Absatz eins, folgender Absatz 1a eingefügt:

„(1a) Bei der Einfuhr von Blutprodukten zur direkten Transfusion ist die Verkehrsfähigkeit jedenfalls nicht gegeben, wenn die Blutspende, abgesehen von Fällen, in denen der Spender aufgrund eines unmittelbaren Bedarfs in einer akuten Notfallsituation von der Blutspendeeinrichtung zur unverzüglichen Spende aufgefordert wurde, nicht gänzlich unbezahlt erfolgt ist. Dies gilt nicht, wenn die Einfuhr zur Sicherung der Versorgung mit äußerst seltenen Blutgruppen erforderlich ist."

In § 7 Abs. 3 wird in Z 2 das Wort „und" durch einen Beistrich ersetzt und folgendes Paragraph 7, Absatz 3, wird in Ziffer 2, das Wort „und" durch einen Beistrich ersetzt und folgende

Z 2a eingefügt: Ziffer 2 a, eingefügt:

1. „2a. Ziffer 2 a

dass bei Blutprodukten zur direkten Transfusion die Spende gänzlich unbezahlt erfolgt ist, oder in Fällen, in denen der Spender aufgrund eines unmittelbaren Bedarfs in einer akuten Notfallsituation von der Blutspendeeinrichtung zur unverzüglichen Spende aufgefordert wurde, nur ein Aufwendersatz geleistet wurde, und".

Die Antragstellerin bezieht die von ihr angebotenen EK von der *** AG. Diese Produkte stammen jedoch nicht überwiegend aus „gänzlich unbezahlten“ Spenden und entsprechen damit nicht den ab 1.3.2006 geltenden Bestimmungen des Arzneiwareneinfuhrgesetzes 2002 in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 41/2006. Die Antragstellerin bezieht die von ihr angebotenen EK von der *** AG. Diese Produkte stammen jedoch nicht überwiegend aus „gänzlich unbezahlten“ Spenden und entsprechen damit nicht den ab 1.3.2006 geltenden Bestimmungen des Arzneiwareneinfuhrgesetzes 2002 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 41 aus 2006,.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung vom 11.5.2006 und damit verbunden des Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin ist am 24.5.2006 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Am 2.6.2006 hat das ***, das sich durch Legung eines Angebotes bezüglich aller fünf Lose am Vergabeverfahren beteiligt hat, einen Teilnahmeantrag gestellt. Darin wird ausgeführt, dass die Teilnahmeantragstellerin die Antragsgegnerin bisher mit praktisch deren gesamten Bedarfes an EK beliefert hat. Sie habe ein enormes Interesse daran, diesen Auftrag weiter zu erhalten. Würden der Zuschlagsentscheidung unzulässige Angebote zugrunde gelegt, bestünde die Gefahr, dass die Teilnahmeantragstellerin mit ihrem Angebot nicht zum Zuge kommen könnte, wodurch ihr ein nicht unbeträchtlicher finanzieller Schaden drohe. Bei Obsiegen der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren wäre die Teilnahmeantragstellerin in ihrem Recht auf eine rechtmäßige und vergaberechtskonforme Prüfung und Bewertung der Angebote und in ihrem Recht auf Ausscheiden von unzulässigen Angeboten verletzt. Die für den Teilnahmeantrag erforderlichen Gebühren seien entrichtet worden. In der Sache selbst führt die Teilnahmeantragstellerin aus, das Angebot der Antragstellerin wäre zwingend auszuscheiden, weil diese in ihrem Begleitschreiben zum Angebot einen wesentlichen Vorbehalt abgegeben habe, nämlich, dass nur gewährleistet sei, dass der Liefergegenstand im Zeitpunkt der Angebotslegung (somit am 1.3.2006) den im Leistungsverzeichnis vorgegebenen Punkten entspreche. Hinsichtlich der künftigen Rechtslage habe die Antragstellerin jedoch keine Gewährleistung bzw. Garantie übernommen und insbesondere ausgeführt, dass sie bei einer Änderung der Gesetzeslage, insbesondere durch eine Änderung des Arzneiwareneinfuhrgesetzes keine wie immer geartete Haftung, insbesondere auch im Hinblick auf allfällige Mehr- und Folgekosten im Sinne des Punktes 6 der Besonderen Vertragsbestimmungen übernehmen könne. Durch diese Formulierung sei das Angebot der Antragstellerin in seiner Bindungswirkung beeinträchtigt, weshalb es zwingend auszuscheiden wäre. Jede Änderung – auch nur der kaufmännischen Bedingungen (z.B. der Begrenzung der Haftung) – führe zum Ausschluss des Angebotes. Da das Angebot der Antragstellerin zwingend auszuscheiden sei, fehle es ihr auch an der Antragslegitimation bezüglich ihres Begehrens auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung. In einer weiteren Stellungnahme vom 20.6.2006 hat die Teilnahmeantragstellerin zusammengefasst ausgeführt, dass aufgrund des Schreibens der Antragstellerin vom 5.5.2006 eindeutig feststehe, dass diese eine „Liefergarantie zur Zeit nicht abgeben“ könne. Ein deutlicheres Eingeständnis, die in der Ausschreibung geforderten Zusagen nicht abgeben zu können, sei wohl kaum denkbar.

Diese Feststellungen gründen sich auf den Inhalt der Vergabeakten, deren Richtigkeit nicht in Zweifel gezogen wurde, sowie auf die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung. Ein weiteres Beweisverfahren hat sich damit als nicht erforderlich erwiesen, zumal es sich gegenständlich ausschließlich um die Beurteilung von Rechtsfragen handelt.

Dazu hat der Vergabekontrollsenat erwo-gen:

Es trifft zu, dass im Hinblick auf die Einleitung des Vergabeverfahrens nach der noch anzuwendenden Bestimmung des § 20 Z 13 BVergG 2002 der Widerruf einer Ausschreibung (ob vor Ablauf oder nach Ablauf der Angebotsfrist) nicht zu den gesondert anfechtbaren Entscheidungen zählt. Gegenständlich beabsichtigt die Antragsgegnerin ihre Ausschreibung nach Ablauf der Angebotsfrist und nach Öffnung der Angebote zu widerrufen und hat sich dabei in ihrer Widerrufsentscheidung auf die Bestimmung des § 105 Abs. 2 Z 2 BVergG 2002 bezogen. Es trifft zu, dass im Hinblick auf die Einleitung des Vergabeverfahrens nach der noch anzuwendenden Bestimmung des Paragraph 20, Ziffer 13, BVergG 2002 der Widerruf einer Ausschreibung (ob vor Ablauf oder nach Ablauf der Angebotsfrist) nicht zu

den gesondert anfechtbaren Entscheidungen zählt. Gegenständlich beabsichtigt die Antragsgegnerin ihre Ausschreibung nach Ablauf der Angebotsfrist und nach Öffnung der Angebote zu widerrufen und hat sich dabei in ihrer Widerrufsentscheidung auf die Bestimmung des Paragraph 105, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2002 bezogen.

Im Falle eines Widerrufs besteht nach § 13 Abs. 2 WVRG für einen Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2002 unterliegenden Vertrages hatte, lediglich die Möglichkeit zu einem Antrag auf Feststellung, dass (Z 3) der Widerruf einer Ausschreibung wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2002 rechtswidrig war. Eine Nichtigerklärung des „Widerrufes“ ist expressis verbis nach der hier noch anzuwendenden Gesetzeslage weder im Bundesvergabegesetz 2002 noch in sonstigen Bestimmungen des nationalen Rechtes vorgesehen. Im Falle eines Widerrufs besteht nach Paragraph 13, Absatz 2, WVRG für einen Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2002 unterliegenden Vertrages hatte, lediglich die Möglichkeit zu einem Antrag auf Feststellung, dass (Ziffer 3,) der Widerruf einer Ausschreibung wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2002 rechtswidrig war. Eine Nichtigerklärung des „Widerrufes“ ist expressis verbis nach der hier noch anzuwendenden Gesetzeslage weder im Bundesvergabegesetz 2002 noch in sonstigen Bestimmungen des nationalen Rechtes vorgesehen.

Zur Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates zur Entscheidung über den gegenständlichen Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung, zur formalen Antragslegitimation der Antragstellerin sowie zu den formalen Voraussetzungen nach § 17 Abs. 1 WVRG wird – um Wiederholungen zu vermeiden – auf die Ausführungen im Bescheid vom 2.6.2006 (einstweilige Verfügung), der auch allen Beteiligten zugegangen ist, verwiesen. Danach bejaht der Vergabekontrollsenat unter Anwendung der Judikatur des EuGH (Urteil vom 2.6.2005, RsC 15/04 – Koppensteiner) sowie auf Grund der Bestimmungen der unmittelbar anwendbaren Rechtsmittelrichtlinie RL 89/655 EWG seine Zuständigkeit zur Anfechtung der Widerrufsentscheidung auch in jenen Fällen, in denen noch die Bestimmungen des BVergG 2002 anzuwenden sind (vgl. VKS – 2792/05, 2793/05 ua.). Der Vergabekontrollsenat sieht keinen Anlass von dieser mehrfach vertretenen Rechtsansicht abzugehen, weshalb zur Behandlung der gegenständlichen Anträge die Zuständigkeit des VKS bejaht wird. Zur Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates zur Entscheidung über den gegenständlichen Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung, zur formalen Antragslegitimation der Antragstellerin sowie zu den formalen Voraussetzungen nach Paragraph 17, Absatz eins, WVRG wird – um Wiederholungen zu vermeiden – auf die Ausführungen im Bescheid vom 2.6.2006 (einstweilige Verfügung), der auch allen Beteiligten zugegangen ist, verwiesen. Danach bejaht der Vergabekontrollsenat unter Anwendung der Judikatur des EuGH (Urteil vom 2.6.2005, RsC 15/04 – Koppensteiner) sowie auf Grund der Bestimmungen der unmittelbar anwendbaren Rechtsmittelrichtlinie RL 89/655 EWG seine Zuständigkeit zur Anfechtung der Widerrufsentscheidung auch in jenen Fällen, in denen noch die Bestimmungen des BVergG 2002 anzuwenden sind (vergleiche VKS – 2792/05, 2793/05 ua.). Der Vergabekontrollsenat sieht keinen Anlass von dieser mehrfach vertretenen Rechtsansicht abzugehen, weshalb zur Behandlung der gegenständlichen Anträge die Zuständigkeit des VKS bejaht wird.

Unter analoger Anwendung der Bestimmungen des WVRG ist der am 24.5.2006 eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens rechtzeitig (§ 20 Abs. 1 Z 1 lit. c WVRG). Die Verständigung der Antragsgegnerin gemäß § 14 Abs. 1 WVRG ist rechtzeitig und vollständig erfolgt. Der Antrag auf Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens entspricht auch sonst der analog anzuwendenden Bestimmung des § 17 Abs. 1 WVRG. Insbesondere hat die Antragstellerin den ihr bei Nichtberücksichtigung ihres Angebotes drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Unter analoger Anwendung der Bestimmungen des WVRG ist der am 24.5.2006 eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens rechtzeitig (Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c, WVRG). Die Verständigung der Antragsgegnerin gemäß Paragraph 14, Absatz eins, WVRG ist rechtzeitig und vollständig erfolgt. Der Antrag auf Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens entspricht auch sonst der analog anzuwendenden Bestimmung des Paragraph 17, Absatz eins, WVRG. Insbesondere hat die Antragstellerin den ihr bei Nichtberücksichtigung ihres Angebotes drohenden Schaden ausreichend dargelegt.

Da der Widerruf noch nicht erklärt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß den §§ 11 Abs. 2, 13 Abs. 1 WVRG zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Da der Widerruf noch nicht erklärt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß den Paragraphen 11, Absatz 2, 13, Absatz eins, WVRG zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Ausschreibende Stelle und Auftraggeber ist der Magistrat der Stadt Wien, Wiener Krankenanstaltenverbund. § 72a der

Verfassung der Bundeshauptstadt Wien (Wiener Stadtverfassung – WStV in der Fassung LGBl. Nr. 22/2003) bestimmt, dass dem Wiener Krankenanstaltenverbund keine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt. Auftraggeber im Sinne des § 7 Abs. 1 Z 1 BVergG 2002 ist somit die Stadt Wien. Die Antragsgegnerin als mit der Vergabe betraute Organisationseinheit der Stadt Wien ist als vergebende Stelle im Sinne des § 20 Z 36 BVergG 2002 zu qualifizieren. Nach § 1 Abs. 1 WVRG regelt dieses Landesgesetz die Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch den öffentlichen Auftraggeber (§ 3 Abs. 1 BVergG 2006) Wien als Land oder Gemeinde. Nach § 2 Abs. 1 WVRG unterliegt die Vergabe von Aufträgen nach dem BVergG 2002 durch das Land bzw. der Gemeinde Wien der Nachprüfung durch den Wiener Vergabekontrollsenat. Ausschreibende Stelle und Auftraggeber ist der Magistrat der Stadt Wien, Wiener Krankenanstaltenverbund. Paragraph 72 a, der Verfassung der Bundeshauptstadt Wien (Wiener Stadtverfassung – WStV in der Fassung Landesgesetzblatt Nr. 22 aus 2003,) bestimmt, dass dem Wiener Krankenanstaltenverbund keine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2002 ist somit die Stadt Wien. Die Antragsgegnerin als mit der Vergabe betraute Organisationseinheit der Stadt Wien ist als vergebende Stelle im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 36, BVergG 2002 zu qualifizieren. Nach Paragraph eins, Absatz eins, WVRG regelt dieses Landesgesetz die Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch den öffentlichen Auftraggeber (Paragraph 3, Absatz eins, BVergG 2006) Wien als Land oder Gemeinde. Nach Paragraph 2, Absatz eins, WVRG unterliegt die Vergabe von Aufträgen nach dem BVergG 2002 durch das Land bzw. der Gemeinde Wien der Nachprüfung durch den Wiener Vergabekontrollsenat.

Die Antragstellerin bekämpft primär die Ausscheidung ihres Angebotes. Dabei handelt es sich im Hinblick auf die hier noch anzuwendende Gesetzeslage nicht um eine selbstständig anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin. Richtig wird von der Antragstellerin daher die nächste, als selbstständig anfechtbar zu wertende Widerrufsentscheidung der Auftraggeberin angefochten. Im Rahmen der Prüfung der Berechtigung des Antrages auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung ist daher zunächst zu prüfen, ob die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin zu Recht erfolgt ist oder nicht. Dabei ist von folgenden Überlegungen auszugehen:

Grund für die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin war, dass sie in ihrem

Begleitschreiben zum Angebot zu Punkt 6 der besonderen Vertragsbestimmungen

ausgeführt hat, dass von ihr „hinsichtlich der künftigen Rechtslage... jedoch keine

Gewährleistung bzw. Garantie übernommen werden" kann. „Sollte durch eine

Änderung der Gesetzeslage, insbesondere durch Änderung des

Arzneiwareneinfuhrgesetzes... eine Unmöglichkeit der Einhaltung der

Lieferverpflichtung erfolgen, so übernehmen wir keine wie immer geartete Haftung, insbesondere auch im Hinblick auf allfällige Mehr- und Folgekosten im Sinne des Punktes 6 der Besonderen Vertragsbestimmungen". Diesen Standpunkt hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 5.5.2006 wiederholt und ausdrücklich ausgeführt, dass „aufgrund der derzeitigen gesetzlichen Norm des Arzneiwareneinfuhrgesetzes in der Fassung der Novelle 2006... wir uns aber zunächst gesetzeskonform verhalten" müssen „bis die Rechtslage abschließend geklärt ist. Es kann daher, wie bereits im Angebot selbst dargelegt, die Liefergarantie zur Zeit nicht abgegeben werden".

Die Antragstellerin führt zwar aus, dass nach § 81 Abs. 1 BVergG 2002 der Text einer Ausschreibung weder geändert noch ergänzt werden dürfe. Ihrer Ansicht nach handelt es sich bei den von ihr abgegebenen Erklärungen jedoch um einen nach § 83 Abs. 1 Z 6 BVergG 2002 zulässigen Vorbehalt. Wegen einer möglicherweise (und in der Folge auch tatsächlich eingetretenen) Änderungen der Bestimmungen des Arzneiwareneinfuhrgesetzes habe sich die Antragstellerin für verpflichtete erachtet, diesen Vorbehalt zu machen. Im Zeitpunkt der Angebotslegung (28.2.2006) sowie im Zeitpunkt der Angebotsöffnung sei die Antragstellerin jedenfalls in der Lage gewesen, den Ausschreibungsgegenstand auf Basis der damals geltenden gesetzlichen Bestimmungen zu liefern. Da der Ausschreibungsgegenstand jedoch der Abschluss eines Rahmenvertrages über die Lieferung von EK für den Zeitraum von drei Jahren mit einer Verlängerungsoption um weitere drei Jahre sei, sei sie zu dem Vorbehalt genötigt gewesen. Es handelt sich dabei auch nicht um einen Widerspruch zu den Ausschreibungsvorgaben sondern darum, dass die Antragstellerin auf einen aus ihrer Sicht für die weitere Vertragserfüllung maßgeblichen wesentlichen Aspekt aufmerksam machen wollte. Mit ihrer klarstellenden Erklärung im Angebotschreiben vom 28.2.2006 will die Antragstellerin lediglich aufgezeigt haben, „dass sie zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe in der Lage ist, den

Ausschreibungsgegenstand zu liefern". Eine Einschränkung der Verpflichtung, welche Punkt 6 der Besonderen Vertragsbestimmungen vorsehe, sei darin nicht zu erblicken. Die Antragstellerin habe lediglich von ihrem Recht Gebrauch gemacht, jene Transparenz, welche der Ausschreibungsunterlage fehlt, durch ihre Klarstellung im Angebotsbegleitschreiben herzustellen. Die Antragstellerin führt zwar aus, dass nach Paragraph 81, Absatz eins, BVergG 2002 der Text einer Ausschreibung weder geändert noch ergänzt werden dürfe. Ihrer Ansicht nach handelt es sich bei den von ihr abgegebenen Erklärungen jedoch um einen nach Paragraph 83, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG 2002 zulässigen Vorbehalt. Wegen einer möglicherweise (und in der Folge auch tatsächlich eingetretenen) Änderungen der Bestimmungen des Arzneiwareneinfuhrgesetzes habe sich die Antragstellerin für verpflichtete erachtet, diesen Vorbehalt zu machen. Im Zeitpunkt der Angebotslegung (28.2.2006) sowie im Zeitpunkt der Angebotsöffnung sei die Antragstellerin jedenfalls in der Lage gewesen, den Ausschreibungsgegenstand auf Basis der damals geltenden gesetzlichen Bestimmungen zu liefern. Da der Ausschreibungsgegenstand jedoch der Abschluss eines Rahmenvertrages über die Lieferung von EK für den Zeitraum von drei Jahren mit einer Verlängerungsoption um weitere drei Jahre sei, sei sie zu dem Vorbehalt genötigt gewesen. Es handelt sich dabei auch nicht um einen Widerspruch zu den Ausschreibungsvorgaben sondern darum, dass die Antragstellerin auf einen aus ihrer Sicht für die weitere Vertragserfüllung maßgeblichen wesentlichen Aspekt aufmerksam machen wollte. Mit ihrer klarstellenden Erklärung im Angebotschreiben vom 28.2.2006 will die Antragstellerin lediglich aufgezeigt haben, „dass sie zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe in der Lage ist, den Ausschreibungsgegenstand zu liefern". Eine Einschränkung der Verpflichtung, welche Punkt 6 der Besonderen Vertragsbestimmungen vorsehe, sei darin nicht zu erblicken. Die Antragstellerin habe lediglich von ihrem Recht Gebrauch gemacht, jene Transparenz, welche der Ausschreibungsunterlage fehlt, durch ihre Klarstellung im Angebotsbegleitschreiben herzustellen.

Nach § 83 Abs. 1 BVergG 2002 muss jedes Angebot insbesondere enthalten .. „Z 6 sonstige für die Beurteilung des Angebotes geforderte oder vom Bieter für notwendig erachtete Erläuterungen, besondere Erklärungen oder Vorbehalte". Was in diesem Zusammenhang unter „Vorbehalten" zu verstehen ist, ist dem Gesetz nicht weiter zu entnehmen. Es kann sich dabei nur um solche Ausführungen handeln, mit denen wesentliche Ausschreibungsbestandteile weder abgeändert noch sonst abbedungen werden. Wenn in diesem Zusammenhang die Antragstellerin ausführt, der Ausschreibungsunterlage habe es an der erforderlichen Transparenz gefehlt, kann ihr Standpunkt nicht geteilt werden. Abgesehen davon, dass die Antragstellerin nicht näher ausführt, in welchem Sinn sie eine ausreichende Transparenz der Ausschreibungsunterlage vermisst, erweist sich diese in der Festlegung des Liefergegenstandes eindeutig und klar. Der Liefergegenstand wird in Punkt 2.2 der Ausschreibungsunterlage genau definiert, insbesondere, dass er „dem österreichischen Arzneiwareneinfuhrgesetz in der geltenden Fassung" entsprechen muss. Im Hinblick darauf, dass Gegenstand der Ausschreibung der Abschluss eines Rahmenvertrages mit einer Laufzeit von zumindest drei Jahren ist, musste jedem Bieter, auch der Antragstellerin klar sein, dass die zu liefernden EK jeweils den Bestimmungen des Arzneiwareneinfuhrgesetzes bzw. des österreichischen Arzneimittelgesetzes entsprechen müssen. Dass dies die Antragstellerin auch so verstanden hat, ergibt sich nicht zuletzt aus dem Begleitschreiben zum Angebot worin sie unter Hinweis auf eine mögliche Änderung der Gesetzeslage, insbesondere des Arzneiwareneinfuhrgesetzes, die Übernahme einer wie immer gearteten Haftung, insbesondere auch im Hinblick auf allfällige Mehr- und Folgekosten im Sinne des Punktes 6 der Besonderen Vertragsbestimmungen ablehnt. Diesen Standpunkt hat sie über Aufklärungsersuchen der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 5.5.2006 bestätigt und sogar noch verstärkt, in dem sie ausdrücklich angeführt hat, dass eine „Liefergarantie zur Zeit nicht abgegeben werden" kann. Diese Erklärungen können nicht anders verstanden werden, als dass die Antragstellerin die diesbezüglichen Bestimmungen insbesondere des Punktes 6 der Besonderen Vertragsbedingungen für sich im Auftragsfalle nicht gelten lassen will. Bei der Beurteilung, ob ein Angebot den Ausschreibungsbestimmungen widerspricht ist im Sinne der für die Auslegung privatrechtlicher Willenserklärungen geltenden Vertrauenstheorie § 863 ABGB maßgebend. Weder die Motive des Bieters noch das subjektive Verständnis des Erklärungsempfängers sind beachtlich, sondern nur jene Bedeutung des Angebotschreibens, die sich bei Berücksichtigung aller Umstände nach dem objektiven Erklärungswert des Textes des Angebotes ergibt. Bei Anwendung dieses Maßstabes ergibt sich, dass die bereits im Begleitschreiben zum Angebot vorgenommene Einschränkung der Geltung des Punktes 6 der Besonderen Vertragsbestimmungen im eindeutigen Widerspruch zum Ausschreibungstext steht. Bei dieser Erklärung handelt es sich auch nicht – wie die Antragstellerin vermeint – um besondere Vorbehalte im Sinne des § 83 Abs. 1 Z 6 BVergG 2002 weil diese Ausführungen eben in einem eindeutigen Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen stehen. Als „Vorbehalte" die kein Ausschreibungswiderspruch sind kommen allfällige Meinungsäußerungen zu

technischen Details (jedoch ohne Änderung des Textes der Ausschreibungsunterlagen), weiters allfällige Bedenken, Äußerungen im Sinne einer Prüf- und Warnpflicht in Frage (vgl. Schramm, Aicher, Fruhmann, Thienel, Bundesvergabegesetz 2002, RZ 213 zu § 98). Nach Paragraph 83, Absatz eins, BVergG 2002 muss jedes Angebot insbesondere enthalten .. „Z 6 sonstige für die Beurteilung des Angebotes geforderte oder vom Bieter für notwendig erachtete Erläuterungen, besondere Erklärungen oder Vorbehalte“. Was in diesem Zusammenhang unter „Vorbehalten“ zu verstehen ist, ist dem Gesetz nicht weiter zu entnehmen. Es kann sich dabei nur um solche Ausführungen handeln, mit denen wesentliche Ausschreibungsbestandteile weder abgeändert noch sonst abbedungen werden. Wenn in diesem Zusammenhang die Antragstellerin ausführt, der Ausschreibungsunterlage habe es an der erforderlichen Transparenz gefehlt, kann ihr Standpunkt nicht geteilt werden. Abgesehen davon, dass die Antragstellerin nicht näher ausführt, in welchem Sinn sie eine ausreichende Transparenz der Ausschreibungsunterlage vermisst, erweist sich diese in der Festlegung des Liefergegenstandes eindeutig und klar. Der Liefergegenstand wird in Punkt 2.2 der Ausschreibungsunterlage genau definiert, insbesondere, dass er „dem österreichischen Arzneiwareneinfuhrgesetz in der geltenden Fassung“ entsprechen muss. Im Hinblick darauf, dass Gegenstand der Ausschreibung der Abschluss eines Rahmenvertrages mit einer Laufzeit von zumindest drei Jahren ist, musste jedem Bieter, auch der Antragstellerin klar sein, dass die zu liefernden EK jeweils den Bestimmungen des Arzneiwareneinfuhrgesetzes bzw. des österreichischen Arzneimittelgesetzes entsprechen müssen. Dass dies die Antragstellerin auch so verstanden hat, ergibt sich nicht zuletzt aus dem Begleitschreiben zum Angebot worin sie unter Hinweis auf eine mögliche Änderung der Gesetzeslage, insbesondere des Arzneiwareneinfuhrgesetzes, die Übernahme einer wie immer gearteten Haftung, insbesondere auch im Hinblick auf allfällige Mehr- und Folgekosten im Sinne des Punktes 6 der Besonderen Vertragsbestimmungen ablehnt. Diesen Standpunkt hat sie über Aufklärungsersuchen der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 5.5.2006 bestätigt und sogar noch verstärkt, in dem sie ausdrücklich angeführt hat, dass eine „Liefergarantie zur Zeit nicht abgegeben werden“ kann. Diese Erklärungen können nicht anders verstanden werden, als dass die Antragstellerin die diesbezüglichen Bestimmungen insbesondere des Punktes 6 der Besonderen Vertragsbedingungen für sich im Auftragsfalle nicht gelten lassen will. Bei der Beurteilung, ob ein Angebot den Ausschreibungsbestimmungen widerspricht ist im Sinne der für die Auslegung privatrechtlicher Willenserklärungen geltenden Vertrauenstheorie Paragraph 863, ABGB maßgebend. Weder die Motive des Bieters noch das subjektive Verständnis des Erklärungsempfängers sind beachtlich, sondern nur jene Bedeutung des Angebotschreibens, die sich bei Berücksichtigung aller Umstände nach dem objektiven Erklärungswert des Textes des Angebotes ergibt. Bei Anwendung dieses Maßstabes ergibt sich, dass die bereits im Begleitschreiben zum Angebot vorgenommene Einschränkung der Geltung des Punktes 6 der Besonderen Vertragsbestimmungen im eindeutigen Widerspruch zum Ausschreibungstext steht. Bei dieser Erklärung handelt es sich auch nicht – wie die Antragstellerin vermeint – um besondere Vorbehalte im Sinne des Paragraph 83, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG 2002 weil diese Ausführungen eben in einem eindeutigen Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen stehen. Als „Vorbehalte“ die kein Ausschreibungswiderspruch sind kommen allfällige Meinungsäußerungen zu technischen Details (jedoch ohne Änderung des Textes der Ausschreibungsunterlagen), weiters allfällige Bedenken, Äußerungen im Sinne einer Prüf- und Warnpflicht in Frage vergleiche Schramm, Aicher, Fruhmann, Thienel, Bundesvergabegesetz 2002, RZ 213 zu Paragraph 98,).

Im Ergebnis hat die Antragstellerin, abweichend von den Besonderen Vertragsbestimmungen, die Rechtslage im Zeitpunkt der Angebotslegung festschreiben und zur Vertragsgrundlage machen wollen. Damit wäre es ihr bei einer Gesetzesänderung möglich gewesen, wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage das Vertragsverhältnis i.S.d. § 901 ABGB zu beenden. Im Ergebnis hat die Antragstellerin, abweichend von den Besonderen Vertragsbestimmungen, die Rechtslage im Zeitpunkt der Angebotslegung festschreiben und zur Vertragsgrundlage machen wollen. Damit wäre es ihr bei einer Gesetzesänderung möglich gewesen, wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage das Vertragsverhältnis i.S.d. Paragraph 901, ABGB zu beenden.

Die Antragstellerin hält – in Übereinstimmung mit der Antragsgegnerin – zwar die Bestimmungen der Novelle 2006 zum Arzneiwareneinfuhrgesetz für diskriminierend und EU-rechtswidrig. Da das Angebot der Antragstellerin zutreffend deshalb ausgeschieden wurde, weil es aufgrund des Inhaltes des Begleitschreibens im Widerspruch zu den Ausschreibungsbedingungen steht, hat es sich erübrigt, auf die Frage ob die behauptete EU-Rechtswidrigkeit tatsächlich vorliegt, näher einzugehen.

Gemäß § 20 Z 2 BVergG 2002 ist das Angebot die Erklärung eines Bieters, eine bestimmte Leistung gegen Entgelt unter

Einhaltung festgelegter Bedingungen erbringen zu wollen. Der Bieter hat sich, sofern nicht ein Verhandlungsverfahren durchgeführt wird, bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden (§ 81 Abs. 1 BVergG 2002). Diesen Anforderungen hat die Antragstellerin insoweit nicht entsprochen, als sie im Begleitschreiben zu ihrem Angebot ausdrücklich eine nicht unwesentliche Einschränkung ihrer Haftung im Falle der Auftragserteilung vorgenommen hat. Dazu kommt, dass sie nach Bekanntmachung der Novelle zum Arzneiwareneinfuhrgesetz mit BGBl. I Nr. 41/2006 vom 28.3.2006 über Aufforderung der Antragsgegnerin, in wie weit diese gesetzliche Änderung Auswirkungen auf ihr Angebot habe, mit Schreiben vom 5.5.2006 ausdrücklich und abschließend erklärt hat, dass „wie bereits im Angebot selbst dargelegt, die Liefergarantie zur Zeit nicht abgegeben werden“ kann. Damit hat sie die im Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen stehende Erklärung im Begleitschreiben zum Angebot vom 28.2.2006 nicht nur bestätigt sondern noch ausdrücklich erklärt, auf Grund der durch die Novelle zum Arzneiwareneinfuhrgesetz geänderte Rechtslage eine Liefergarantie nicht abgeben zu können. Dies bedeutet aber im Ergebnis, dass die Antragstellerin zu den in den Ausschreibungsbestimmungen festgelegten Voraussetzungen die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen nicht garantieren kann, sodass ein zuschlagsfähiges, § 81 Abs. 1 BVergG 2002 entsprechendes Angebot nicht vorliegt. Damit hat die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin bezüglich der Lose 1 und 5 in Übereinstimmung mit der Rechtslage zutreffend nach § 98 Z 8 BVergG 2002 ausgeschieden. Gemäß Paragraph 20, Ziffer 2, BVergG 2002 ist das Angebot die Erklärung eines Bieters, eine bestimmte Leistung gegen Entgelt unter Einhaltung festgelegter Bedingungen erbringen zu wollen. Der Bieter hat sich, sofern nicht ein Verhandlungsverfahren durchgeführt wird, bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden (Paragraph 81, Absatz eins, BVergG 2002). Diesen Anforderungen hat die Antragstellerin insoweit nicht entsprochen, als sie im Begleitschreiben zu ihrem Angebot ausdrücklich eine nicht unwesentliche Einschränkung ihrer Haftung im Falle der Auftragserteilung vorgenommen hat. Dazu kommt, dass sie nach Bekanntmachung der Novelle zum Arzneiwareneinfuhrgesetz mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 41 aus 2006, vom 28.3.2006 über Aufforderung der Antragsgegnerin, in wie weit diese gesetzliche Änderung Auswirkungen auf ihr Angebot habe, mit Schreiben vom 5.5.2006 ausdrücklich und abschließend erklärt hat, dass „wie bereits im Angebot selbst dargelegt, die Liefergarantie zur Zeit nicht abgegeben werden“ kann. Damit hat sie die im Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen stehende Erklärung im Begleitschreiben zum Angebot vom 28.2.2006 nicht nur bestätigt sondern noch ausdrücklich erklärt, auf Grund der durch die Novelle zum Arzneiwareneinfuhrgesetz geänderte Rechtslage eine Liefergarantie nicht abgeben zu können. Dies bedeutet aber im Ergebnis, dass die Antragstellerin zu den in den Ausschreibungsbestimmungen festgelegten Voraussetzungen die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen nicht garantieren kann, sodass ein zuschlagsfähiges, Paragraph 81, Absatz eins, BVergG 2002 entsprechendes Angebot nicht vorliegt. Damit hat die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin bezüglich der Lose 1 und 5 in Übereinstimmung mit der Rechtslage zutreffend nach Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002 ausgeschieden.

Da die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin somit zurecht erfolgt ist, fehlt es ihr an der Legitimation zur Antragstellung zur Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung, da sie nicht mehr aussichtsreicher Bieter im Vergabeverfahren ist (vgl. VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050). Hinsichtlich der Lose 2 bis 4 ist ihr eine Antragslegitimation mangels Bieterstellung ohnedies nicht zugekommen. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung war daher zurückzuweisen. Da die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin somit zurecht erfolgt ist, fehlt es ihr an der Legitimation zur Antragstellung zur Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung, da sie nicht mehr aussichtsreicher Bieter im Vergabeverfahren ist (vergleiche VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050). Hinsichtlich der Lose 2 bis 4 ist ihr eine Antragslegitimation mangels Bieterstellung ohnedies nicht zugekommen. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung war daher zurückzuweisen.

Zum Teilnahmeantrag der Mitbewerberin:

Gemäß § 16 Abs. 2 WVRG sind auch jene Bieter Parteien des Nachprüfungsverfahrens, deren rechtliche Interessen durch die Entscheidung des Vergabekontrollsenates unmittelbar berührt werden könnten. Der Antrag auf Teilnahme am Nichtigerklärungsverfahren ist rechtzeitig im Sinne des § 16 Abs. 2 WVRG gestellt worden, die Pauschalgebühr wurde entrichtet. Dem Antrag war jedoch nicht stattzugeben. Gemäß Paragraph 16, Absatz 2, WVRG sind auch jene Bieter Parteien des Nachprüfungsverfahrens, deren rechtliche Interessen durch die Entscheidung des

Vergabekontrollsenates unmittelbar berührt werden könnten. Der Antrag auf Teilnahme am Nichtigerklärungsverfahren ist rechtzeitig im Sinne des Paragraph 16, Absatz 2, WVRG gestellt worden, die Pauschalgebühr wurde entrichtet. Dem Antrag war jedoch nicht stattzugeben.

Gegenständlich wird die Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung begehrt. Welche rechtlichen Interessen der Teilnahmeantragstellerin in Bezug auf das konkrete Vergabeverfahren bei Ab- bzw. Zurückweisung des Antrages auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung berührt sein könnten, werden von ihr nicht näher ausgeführt. Wird die Widerrufsentscheidung nicht für nichtig erklärt, ist das Vergabeverfahren beendet, sodass auch die Teilnahmeantragstellerin mit ihrem Angebot nicht zum Zuge kommen könnte. Ihr Interesse hätte nur dann als gegeben angenommen werden können, wenn sie sich dem Antrag der Antragstellerin angeschlossen hätte. Da dies nicht der Fall ist, war ihre Parteistellung nach § 16 Abs. 2 WVRG nicht anzunehmen. Gegenständlich wird die Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung begehrt. Welche rechtlichen Interessen der Teilnahmeantragstellerin in Bezug auf das konkrete Vergabeverfahren bei Ab- bzw. Zurückweisung des Antrages auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung berührt sein könnten, werden von ihr nicht näher ausgeführt. Wird die Widerrufsentscheidung nicht für nichtig erklärt, ist das Vergabeverfahren beendet, sodass auch die Teilnahmeantragstellerin mit ihrem Angebot nicht zum Zuge kommen könnte. Ihr Interesse hätte nur dann als gegeben angenommen werden können, wenn sie sich dem Antrag der Antragstellerin angeschlossen hätte. Da dies nicht der Fall ist, war ihre Parteistellung nach Paragraph 16, Absatz 2, WVRG nicht anzunehmen.

Mit der Zurückweisung des Antrages auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher die einstweilige Verfügung vom 2.6.2006 gemäß § 23 Abs. 5 WVRG mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Mit der Zurückweisung des Antrages auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher die einstweilige Verfügung vom 2.6.2006 gemäß Paragraph 23, Absatz 5, WVRG mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

Da die Antragstellerin mit ihrem Begehren unterlegen ist, hat sie die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen. Kosten waren der Teilnahmeantragstellerin nicht zuzusprechen, da die Voraussetzungen des § 30 Abs. 5 WVRG nicht vorliegen. Da die Antragstellerin mit ihrem Begehren unterlegen ist, hat sie die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen. Kosten waren der Teilnahmeantragstellerin nicht zuzusprechen, da die Voraussetzungen des Paragraph 30, Absatz 5, WVRG nicht vorliegen.

Schlagworte

Widerruf einer Ausschreibung nach Angebotsöffnung; Änderung der Rechtslage nach Angebotsöffnung; Begleitschreiben im Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen; Arzneiwareneinfuhrgesetz.

Dokumentnummer

VERGT_20060713_1715_06_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