

TE Verg Bescheid 2006/2/15 07N-05/06-34

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 15.02.2006

Norm

BVergG 2002 §21 Abs1

BVErgG 2002 §52 Abs5 Z1

BVergG 2002 §91

BVergG 2002 §98 Z1

BVergG 2002 §167 Abs1 Z5

BVergG 2002 §177 Abs5

AVG §74 Abs2

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

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, und Dr. Josef Bosina als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Heinz Marschalek als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG), BGBl I Nr. 99/2002, betreffend das Vergabeverfahren "FSME-Virusimpfstoff inaktiviert" der Auftraggeberin Steiermärkische Gebietskrankenkasse, Josef Pongratz-Platz 1, 8010 Graz, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 12. Jänner 2006 sowie über den Antrag der Teilnahmeantragstellerin B***, vertreten durch Z***, vom 20.1.2006, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, und Dr. Josef Bosina als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Heinz Marschalek als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,, betreffend das Vergabeverfahren "FSME-Virusimpfstoff inaktiviert" der Auftraggeberin Steiermärkische Gebietskrankenkasse, Josef Pongratz-Platz 1, 8010 Graz, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 12. Jänner 2006 sowie über den Antrag der Teilnahmeantragstellerin B***, vertreten durch Z***, vom 20.1.2006, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag der A***, vertreten durch Y***, "das Bundesvergabeamt möge die der Antragstellerin am 29.12.2005

mitgeteilte Entscheidung des Auftraggebers, dem Angebot der B*** den Zuschlag erteilen zu wollen, für nichtig erklären", wird zurückgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Der Antrag der A***, vertreten durch Y***, "das Bundesvergabeamt möge dem Auftraggeber auftragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühr für diesen Nachprüfungsantrag zu Händen ihrer Rechtsvertreter binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu bezahlen", wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag der Teilnahmeantragstellerin B***, vertreten durch Z***, vom 20.1.2006, "das Bundesvergabeamt möge den Antrag der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Zuschlagserteilung als unbegründet abweisen", wird zurückgewiesen.

Begründung

Mit EU-weiter Bekanntmachung vom 22.10.2005 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, 2005/S 205-202699, hat die Steiermärkische Gebietskrankenkasse ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich "Lieferung vom FSME-Virusimpfstoff inaktiviert" eingeleitet. Als Schlusstermin für die Abgabe der Angebote wurde der 12.12.2005, 9.00 Uhr, fixiert. Insgesamt reichten vier Bieter Angebote ein, von denen jeweils zwei den Impfstoff "C***" (darunter auch das Angebot der Antragstellerin), bzw. "D***" (darunter jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin) anboten. Die Antragstellerin erreichte, hinter der Teilnahmeantragstellerin gereiht, den zweiten Rang.

Die Angebote waren rechtsgültig sowie mit Firmenstempel versehen zu unterfertigen. Das Angebot der Antragstellerin wurde von E*** mit dem Zusatz "i.V." sowie von F***, unter Hinweis auf deren Prokura, unterfertigt.

Gemäß der Ausschreibungsunterlage sind folgende Kriterien Grundlage für die Bestbieterermittlung:

- -Strichaufzählung
50% Immunogenität, Anwendungsbedingungen, Wechsel- und Nebenwirkungen
- -Strichaufzählung
45% Preis
- -Strichaufzählung
5% Service, Verpackung, Handling

In der Ausschreibungsunterlage ist unter Punkt "Lieferung"

Folgendes vorgesehen:

"Die Bestellungen und Lieferungen erfolgen im allgemeinen in Teilmengen zu 3.000 Stück. Die Lieferungen sind auf Kosten und Gefahr des Bieters an die Steiermärkische Gebietskrankenkasse, 8010 Graz, Friedrichgasse 18, 2. Untergeschoß sowie voraussichtlich je 1 Teillieferung zu ca. 500 Stück an unsere Außenstellen in 8850 Murau, 8990 Bad Aussee und 8970 Schladming zu richten. Ebenso erfolgt die Rückholung der Kühlcontainer auf Kosten des Bieters.

[...]"

Der Gesamtpreis des Angebotes der Antragstellerin beträgt EUR 375.900,--, jener der präsumtiven Zuschlagsempfängerin EUR 425.380,--.

Mit Telefax vom 29.12.2005 verständigte die Auftraggeberin alle Bieter, dass beabsichtigt sei, der B*** den Zuschlag zu erteilen. Daraufhin forderte die Antragstellerin am 10.1.2006 die Auftraggeberin auf, ihr die Gründe für die Nichtberücksichtigung des Angebotes sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben. Mit Telefax vom 10.1.2006 wurde der Antragstellerin dazu insbesondere Folgendes mitgeteilt:

"[...]"

Die Auffrischungsimpfung wird beim Serum "D***" im Intervall von 3 Jahren erst bei über 60jährigen, bei "C***" bereits bei über 49jährigen empfohlen. Beim Serum "D***" treten gemäß Beipackzettel Muskel- und Gelenkschmerzen sowie Kopfschmerzen häufig (von 1 bis 10%), beim Serum "C***" sehr häufig (? 10%) auf.

Dies ergab beim Zuschlagskriterium "Immunogenität, Anwendungsbedingungen, Wechsel- und Nebenwirkungen" eine um 10 Punkte höhere Bewertung zugunsten des von der Firma "B***" angebotenen Impfstoffes "D***" gegenüber

dem von Ihnen angebotenen Impfstoff "C***".

Beim Zuschlagskriterium "Preis", ergab sich aufgrund ihres günstigeren Angebotpreises ein Punktevorteil von 4,83 gegenüber jenem der Firma "B***".

Eine zusätzliche Information der Bevölkerung im Alter zwischen 49 und 60 Jahren über die notwendigen neuen Impfabstände würde zu einer völligen Verwirrung führen und wäre deshalb kontraproduktiv für die zu erreichende Durchimpfungsrate. Das durch Ihr Serum bedingt kürzere Impfintervall bei der oben genannten Bevölkerungsgruppe hätte einen zusätzlichen erhöhten jährlichen Bedarf an Impfungen und somit auch einen höheren Verwaltungsaufwand zur Folge. Diese Umstände bewirken beim Kriterium "Service, Verpackung, Handling" einen Bewertungsvorteil von einem Punkt zugunsten des von der Firma "B***" angebotenen Impfstoffes.

Unter Berücksichtigung der Zuschlagskriterien, deren Gewichtung und den oben angeführten Ausführungen ergab unser Bewertungsschema im Endergebnis bei der Firma "B***" eine Gesamtpunkteanzahl von 95,17 und bei ihrem Angebot von 89 Punkten.

Damit erhielt die Firma "B***" die höchste Punkteanzahl und musste somit als Bestbieter beurteilt werden.

[...]"

Folgende Punkte wurden an die präsumtive Zuschlagsempfängerin und die Antragstellerin vergeben:

Bewertungskriterien	Punkte B***		A***
	D***	C***	
50% Immunogenität,	50	50	40
Anwendungsbedingungen,			
Wechsel- u Nebenwirkungen			
davon			
- Immunogenität a)	20	20	20
Anwendungsbedingungen b)	20	20	12
Allgemeine Anwendung b1)	12	12	12
Impfintervall 49-60 Jährige	wie bisher nur 3 Jahre		
Zusatzkosten Impfserum	(5 Jahre)		
(ein Impfdurchgang mehr			
in 10 Jahren) b2)	8	0	8 5000 Eur. 0
- Wechsel- und Nebenwirkungen c)	10	10	8
Häufigkeit von Muskel-, Gelenks-			
und Kopfschmerzen	1-10%	>=10%	
45% Preis	45	40,17	45
Preis ohne MwSt.	425.380,00	375.900,00	
Skonto	1%	-	
Gesamtpreis ohne Skonto	421.126,20	375.900,00	
5% Service, Verpackung,	5	5	4
Handling			
Gesamt	100	95,17	89,00

Mit Schriftsatz vom 12.1.2006 begehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Inhaltlich brachte sie dazu im Wesentlichen Folgendes vor:

Sie habe fristgerecht ein ausschreibungskonformes Hauptangebot eingereicht und den Impfstoff "C***" angeboten.

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin habe gegenüber dem Angebot der Antragstellerin einen derart großen preislichen Rückstand, dass das Ergebnis der Bestbieterermittlung keinesfalls nachvollziehbar sei. Die Angebote seien offensichtlich falsch bewertet worden, die Bestbieterermittlung sei daher rechtswidrig.

Entsprechend der Bewertung des Auftraggebers sei das Angebot der Antragstellerin beim Zuschlagskriterium "Preis" (lediglich) um 4,83 Punkte höher bewertet als das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Nicht nachvollziehbar sei, warum ihr Angebot beim Zuschlagskriterium "Immunogenität, Anwendungsbedingungen, Wechsel- und Nebenwirkungen" um 10 Punkte und beim Zuschlagskriterium "Service, Verpackung, Handling" um 1 Punkt - jeweils trotz objektiver Vorteile des Angebots der Antragstellerin - schlechter bewertet wurde als das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Lediglich aufgrund dieser offensichtlich unrichtigen Bewertung der Angebote durch den Auftraggeber habe sich daher für das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin insgesamt ein Bewertungsvorteil von 6,17 Punkten ergeben. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre jedoch auch bei den Zuschlagskriterien "Immunogenität, Anwenderbedingungen, Wechsel- und Nebenwirkungen" und "Service, Verpackung, Handling" schlechter als das Angebot der Antragstellerin zu bewerten gewesen. Die Auftraggeberin habe die schlechtere Bewertung beim Zuschlagskriterium "Immunogenität, Anwendungsbedingungen, Wechsel- und Nebenwirkungen" ua. damit begründet, dass die Auffrischungsimpfung im Intervall von 3 Jahren beim "D***" erst bei über 60jährigen und beim von der Antragstellerin angebotenen Impfstoff "C***" bereits bei über 49jährigen empfohlen werde. Unberücksichtigt geblieben sei, dass der Fachinformation zum Impfstoff "D***" zu entnehmen sei, dass eine Auffrischungsimpfung bei unter 60jährigen schon alle 3-5 Jahre vorzunehmen sei. Aus der Fachinformation zum von der Antragstellerin angebotenen Impfstoff "C***" folge hingegen, dass bei unter 49jährigen eindeutig nur alle 5 Jahre eine Auffrischungsimpfung vorzunehmen sei. Dies bedeute, dass das von der Antragstellerin angebotene Produkt im Bereich der bis 49jährigen jedenfalls klar besser als das Produkt der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei. Noch klarer werde dieser Vorteil dadurch, dass ein behandelnder Arzt (angesichts der weitgefassten Empfehlung von 3 bis 5 Jahren) nach dem Grundsatz "primum non nocere" ohnedies den für den Patienten sichereren 3-Jahresabstand wählen müsse. Zusammengefasst sei daher für einen viel längeren Zeitraum (bis 49 Jahre) ein eindeutiger Vorteil (5 Jahre gegenüber 3-5 Jahren) des Angebotes der Antragstellerin festzustellen, wohingegen für einen relativ kurzen Zeitraum (50 bis 60jährige) gleichwertige Intervalle angeboten worden seien (da die Antragstellerin hier aus Gründen der Vorsicht 3 Jahre empfehle und bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aus Gründen der ärztlichen Vorsicht ebenfalls von 3 Jahren auszugehen sei). Es sei daher nicht nachvollziehbar, warum dies zu einem Punktenachteil beim Angebot der Antragstellerin führe. Vielmehr hätte die Antragstellerin in diesem Kriterium einen Bewertungsvorteil erzielen müssen.

Darüber hinaus beruhten die in der Fachinformation zum Impfstoff "C***" angegebenen Intervalle für die Auffrischungsimpfungen der unter 49jährigen auf einer aktuellen prospektiven Langzeitstudie der Antragstellerin. Da es für die Gruppe der 50-60jährigen keine aktuelle Langzeitstudie gebe, sei aus Fürsorgepflicht in der Fachinformation vorsichtshalber für diese Personengruppe ein Auffrischungsintervall von 3 Jahren angegeben.

Demgegenüber seien der Fachöffentlichkeit keine prospektiven Langzeitstudien mit dem Konkurrenzprodukt "D***" bekannt. Sämtliche in der Fachinformation zum Impfstoff "D***" angegebenen Auffrischungsimpfintervalle beruhten ausschließlich auf "Analogieschlüssen" der Grundlagenforschung und einer Querschnittsstudie beider Impfstoffe ("D***" und "C***"). Diese lieferten jedoch keinen klaren Beweis für die Personengruppe der 50-60jährigen dahingehend, ob eine Auffrischung im 3-, 4- oder 5-jährigen Intervall erforderlich sei.

Das Angebot der Antragstellerin hätte im Vergleich zum Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin somit jedenfalls besser bewertet werden müssen.

Der Auftraggeber habe die um 10 Punkte bessere Bewertung des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in diesem Zuschlagskriterium weiters damit begründet, dass bei der Verabreichung des Impfstoffes "D***" gemäß Fachinformation Muskel- und Gelenkschmerzen sowie Kopfschmerzen mit einer Häufigkeit von 1 bis 10%, bei der Verabreichung des Serums "C***" aber mit einer Häufigkeit von ? 10% auftreten. Da die Häufigkeit von 10% allerdings nur geringfügig überschritten werde, sei dadurch keinesfalls ein Punktabzug gerechtfertigt.

Der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Impfstoff "D***" weise gemäß der Fachinformation "DJ***" eine Fieberhäufigkeit bei Kindern nach der 1. Impfung von bis zu 36% auf. Bei dem von der Antragstellerin angebotenen Impfstoff "C***" liege die Fieberhäufigkeit bei Kindern hingegen unter 15%. Dies ergebe sich aus der

großen Sicherheitsstudie mit "C***", die für die Zulassung von "C***" eingereicht worden sei. Aufgrund der höheren Fieberhäufigkeit bei Kindern hätte es somit bei der Bewertung des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu einem erheblichen Punkteabzug kommen müssen.

Auch bei der Zusammensetzung des Impfstoffes weise das Angebot der Antragstellerin wesentliche Vorteile gegenüber dem von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auf. Der von der Antragstellerin angebotene Impfstoff "C***" sei weltweit der einzige FSME-Impfstoff, der frei von Fremdproteinen, wie z.B. humanem Albumin, sei. Dadurch werde ein potenzielles Infektionsrisiko ausgeschlossen. Weiters werde das Risiko potenzieller Nebenwirkungen proteinhaltiger Stabilisatoren wie z.B. allergischer Reaktionen eliminiert und die Sicherheit der FSME-Impfung insgesamt weiter erhöht. Gleichzeitig entspreche nur "C***" aktuellen europäischen Anforderungen, wonach der weitestmögliche Verzicht von Plasmaprodukten (wie humanes Albumin) in Arzneimitteln empfohlen werde. Der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Impfstoff "D***" sei hingegen nicht albuminfrei. Auch dies hätte bei der Bewertung zu einem Punkteabzug für das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin führen müssen.

Darüber hinaus sei auch die pharmakodynamische Wirkung des von der Antragstellerin angebotenen Impfstoffes wesentlich besser. Die pharmakodynamische Wirkung des Produkts bestehe darin, ausreichend hohe FSME-Antikörpertiter aufzubauen, die einen Schutz gegen das FSME-Virus gewährleisten. Für das konventionelle Impfschema zur Grundimmunisierung ergebe sich für den von der Antragstellerin angebotenen Impfstoff "C***" gemäß Punkt 5.1. der Fachinformation nach der 2. Teilimpfung folgende Serokonversionsrate (=Parameter für die Immunogenität):

"2 Wochen nach 2. Impfung (Tag 42): ca. 98% der Impflinge"

Gemäß Punkt 5.1. der Fachinformation zum von der präsumtiven Bestbieterin angebotenen Impfstoff werden bei der Serokonversionsrate nach der 2. Teilimpfung 3 Studienwerte angegeben:

Studie 1	88,6%
Studie 2	88,2%
Studie 3	97%

Berechne man den Durchschnitt dieser 3 Studienwerte, folge daraus eine Serokonversionsrate von lediglich 91%. Auch daraus folge, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin schlechter bewertet hätte werden müssen.

Nicht nachvollziehbar sei auch der Bewertungsvorteil von 1 Punkt beim Zuschlagskriterium "Service, Verpackung, Handling" zugunsten des von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Impfstoffes. Gemäß den Ausführungen des Auftraggebers im Telefax vom 10.1.2006 würde eine zusätzliche Information der Bevölkerung im Alter zwischen 49 und 60 Jahren über die neuen Impfabstände zu einer völligen Verwirrung führen und wäre daher kontraproduktiv für die zu erreichende Durchimpfungsrate. Die kürzeren Impfintervalle würden nach der unzutreffenden Ansicht des Auftraggebers einen höheren Verwaltungsaufwand verursachen.

Der Fachinformation zum Impfstoff "D***" sei zu entnehmen, dass eine Auffrischungsimpfung alle 3-5 Jahre bei unter 60jährigen vorzunehmen ist. Daraus folge, dass der Verwaltungsaufwand bei einer derart unklaren Angabe ("Auffrischungsimpfung alle 3-5 Jahre bereits bei unter 60jährigen") wohl eindeutig größer sein dürfte, als bei einer klaren Angabe, wie sie die Fachinformation der Antragstellerin enthalte.

Daraus folge, dass das Angebot der Antragstellerin zu Unrecht um 6,17 Punkte schlechter bewertet worden sei. In Summe führten diese gehäuften Falschbeurteilungen dazu, dass das Angebot der Antragstellerin weniger Punkte von der Auftraggeberin erhalten habe; eine korrekte Bewertung würde aber zu einer deutlich höheren Bepunktung des Angebots der Antragstellerin und damit zu einem Bietersturz führen. Bei rechtskonformer Bestbieterermittlung hätte somit die Antragstellerin als Bestbieter ermittelt werden müssen. Die Zuschlagsentscheidung sei daher für nichtig zu erklären.

Darüber hinaus sei das Schema zur Ermittlung des Bestbieters ungeeignet und rechtswidrig. Die verwendeten Zuschlagskriterien würden mangels Konkretisierung, Transparenz und Gewichtung eine nachvollziehbare Bewertung verunmöglichen. Die Zuschlagsentscheidung sei für nichtig zu erklären und die Ausschreibung zu widerrufen, da völlig unklar sei, was bei den einzelnen Zuschlagskriterien bzw. ungewichteten Subkriterien wie bewertet werden solle.

Das Zuschlagskriterium "Immunogenität, Anwendungsbedingungen, Wechsel- und Nebenwirkungen" sei nicht konkretisiert und eröffne der Auftraggeberin einen unbegrenzten Entscheidungsspielraum bei der Ermittlung des

Bestbieters. Es lasse nicht erkennen, auf welche Anforderungen es der Auftraggeberin ankomme. Für die Bieter sei nicht ersichtlich, was von der Auftraggeberin positiv bewertet werde. Selbst wenn es sich bei den "Anwendungsbedingungen" sowie "Wechsel- und Nebenwirkungen" um Subkriterien handle, seien diese überhaupt nicht konkretisiert und gewichtet. Auch beim Zuschlagskriterium "Service, Verpackung, Handling" sei vollkommen unklar, was bei diesem Zuschlagskriterium wie bewertet werden solle. Falls "Verpackung" und "Handling" Subkriterien seien, seien auch diese völlig vage, unkonzretisiert und ungewichtet. Selbst beim Zuschlagskriterium "Preis" sei nicht nachvollziehbar, wie die Bewertung vorgenommen werde.

Durch die rechtswidrige Vorgangsweise der Auftraggeberin werde die Antragstellerin generell im Recht auf Durchführung einer rechtskonformen Ausschreibung bzw. eines rechtskonformen Vergabeverfahrens mit gesetzmäßiger Bestbieterermittlung sowie insbesondere im Recht

1. a)Litera a
auf Erteilung des Zuschlags,
2. b)Litera b
auf Bekanntgabe einer vergabekonformen Zuschlagsentscheidung,

die sich insbesondere auf objektiv nachvollziehbare Angebotsprüfung- und bewertung stützt,

1. c)Litera c
auf Durchführung einer ordnungsgemäßen Angebotsprüfung und -

bewertung, insbesondere durch eine fachkundige Bewertungs-Kommission,

1. d)Litera d
auf eine nicht diskriminierende und objektiv nachvollziehbare

Bieterbehandlung,

1. e)Litera e
auf Gleichbehandlung aller Bieter,
2. f)Litera f
auf Teilnahme an einem neuerlichen Vergabeverfahren infolge

eines allenfalls gebotenen Widerrufs
verletzt.

Der Antragstellerin drohe der Verlust eines wichtigen Referenzprojekts sowie ein erheblicher Schaden, der sich aus frustriertem Aufwand als auch entgangenem Gewinn in Höhe von EUR 37.590,-- zusammensetze. Da der gegenständliche Nachprüfungsantrag subsidiär auf den Widerruf des Verfahrens und die Neuausschreibung des Auftrages ziele, drohe der Antragstellerin bei Nichterlassung der einstweiligen Verfügung auch ein Schaden im Verlust der Möglichkeit, sich an einem neuerlichen Verfahren zu beteiligen.

Mit e-mail vom 20.1.2006, legte die Antragstellerin folgende Handlungsvollmacht für E***, datiert mit Wien, im Oktober 2005, vor, welche vom selbständig vertretungsbefugten Geschäftsführer G***, vom Gesamtprokuristen H***, sowie von E*** unterzeichnet wurde:

"[...]

Sehr geehrte E***!

Die Geschäftsleitung erteilt Ihnen mit Wirkung vom 1. Oktober 2005 die

HANDLUNGSVOLLMACHT.

Wir freuen uns sehr, Ihnen diese Mitteilung machen zu können und verbinden damit unseren Dank für Ihre wertvolle Mitarbeit.

Die Erteilung der Handlungsvollmacht hat auch eine rechtliche Seite, die wir wie folgt zusammenfassen:

Die Handlungsvollmacht ermächtigt Sie zur Vornahme von allen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb unseres Handelsgewerbes bzw. die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt. Die in § 54, Absatz 2, HGB, angeführten Handlungen bedürfen weiterhin der ausdrücklichen Zustimmung der Geschäftsführung. Die

Handlungsvollmacht ermächtigt Sie zur Vornahme von allen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb unseres Handelsgewerbes bzw. die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt. Die in Paragraph 54,, Absatz 2, HGB, angeführten Handlungen bedürfen weiterhin der ausdrücklichen Zustimmung der Geschäftsführung.

Ihre firmenmäßige Zeichnung ist nach außen hin gültig, wenn sie gemeinsam mit einem Geschäftsführer oder Gesamtprokuristen und mit dem Zusatz "i.V." erfolgt; weitere Regelungen zur Vertretungsbefugnis entnehmen Sie bitte unserem Organisationshandbuch.

Die Handlungsvollmacht ist jederzeit widerruflich und bildet keinen Bestandteil Ihres Dienstvertrages.

Wir bitten Sie, die beiliegende Kopie dieses Briefes zum Zeichen Ihrer Kenntnisnahme und Ihres Einverständnisses zu unterschreiben und der Personalabteilung zu übergeben.

[]"

Die Auftraggeberin übermittelte Schriftsätze vom 17.1.2006 und 24.1.2006 und legte fristgerecht den Vergabeakt vor. Der Gesamtauftragswert werde auf EUR 430.000,- (exkl. MwSt.) geschätzt, der Zuschlag sei nicht erteilt, das Vergabeverfahren nicht widerrufen worden. Inhaltlich führte die Auftraggeberin aus, dass der Antragstellerin die Antragslegitimation fehle, da das Angebot der Antragstellerin nicht rechtsgültig gefertigt gewesen sei, da die Vollmachtsurkunde dem Angebot nicht beigegeben gewesen wäre. Dieser Mangel werde in mehreren Entscheidungen des BVA als unbehebbar eingestuft. Die Handlungsvollmacht hätte bereits mit Abgabe des Angebotes vorgelegt werden müssen. Darüber hinaus habe die Benennung eines Subunternehmers gefehlt. Wie die Auftraggeberin im Rahmen der Angebotsprüfung in Erfahrung gebracht habe, beabsichtige die Antragstellerin die erforderlichen Lieferleistungen über die I*** abzuwickeln. Im offenen Verfahren müssten die Subunternehmer jedenfalls zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung genannt werden. Soweit sich das Vorbringen der Antragstellerin auf die vermeintlich rechtswidrigen Zuschlagskriterien beziehe, sei dieses Vorbringen bereits verfristet und daher jedenfalls unzulässig. Darüber hinaus stellten die Festlegungen der Auftraggeberin jedenfalls eine ausreichende Konkretisierung der Zuschlagskriterien dar. Eine objektiv nachvollziehbare Bestbieterermittlung sei möglich.

Zur Punktevergabe führte die Auftraggeberin Folgendes aus:

Das Zuschlagskriterium "Immunogenität, Anwendungsbedingungen, Wechsel- und Nebenwirkungen" mit in Summe maximal erreichbaren 50 Punkten setze sich aus den Subkriterien "Immunogenität" und "Anwendungsbedingungen" mit jeweils 20 Höchstpunkten, sowie "Wechsel- und Nebenwirkungen" mit maximal 10 Punkten zusammen. Das Subkriterium "Anwendungsbedingungen" sei noch weiter unterteilt in "allgemeine Anwendungen laut Beipackzettel" mit der Höchstpunktzahl von 12 und "Impfintervall 49-60-Jährige" mit 8. Hinsichtlich "Immunogenität" sei an beide Bieter jeweils die Höchstpunktzahl von 20 zuerkannt worden. Hinsichtlich der "allgemeinen Anwendungsbedingungen" sei wieder beiden Bietern dieselbe Punktzahl (jeweils 12 Punkte) zuerkannt worden. Bei der Personengruppe der 49-60 Jährigen werde laut Beipacktext der B*** ein Impfintervall von 5 Jahren angegeben, bei der A*** betrage der Impfintervall in dieser Zielgruppe nur 3 Jahre. Daraus resultiere ein zusätzlicher Impfdurchgang in 10 Jahren und damit verbundene Zusatzkosten im Bereich des Impferums. Der zusätzlich erforderliche Impfdurchgang errechne sich aus dem Anteil der 49-60 Jährigen (137.809 Personen) an der gesamten Wohnbevölkerung der Steiermark (1.183.303 Personen) laut aktueller Volkszählung. Bei rund 40.000 Impferen, die für Erwachsene bezogen werden, resultiere somit ein Anteil der Zielgruppe von 11,64% oder rd. 4500 Personen. Bei Kosten des FSME-Serums von Euro 10,20 betrügen die Gesamtkosten eines Jahres rd. Euro 4.794,00. Bei einem Basisbedarf von rd. 40.000 Impferen entstehe bei genannter Zielgruppe ein Bedarf von mehr als einem Impfdurchgang in 10 Jahren mehr, wovon 4700 Personen betroffen wären. In der Berechnung sei ein Mehrbedarf an Seren gerechnet von der Basiszahl mit folgenden Abschlägen bewertet worden:

+ 5% Mehrbedarf an Seren und entsprechende Zusatzkosten - 4 Punkte

+ 10 % Mehrbedarf an Seren und entsprechende Zusatzkosten - 6 Punkte

>+ 10% Mehrbedarf an Seren und entsprechende Zusatzkosten - 8 Punkte

Resultierend aus diesen Überlegungen habe somit die B*** das Punktemaximum von 8 Punkten erreicht, da bei Verwendung des Impfstoffes D*** keine Zusatzkosten anfielen.

Bezüglich der "Wechsel- und Nebenwirkungen" seien max. 10 Punkte erreichbar gewesen. Für die Bewertung sei der Höchstwert für die Fallzahl mit Nebenwirkungen mit 10 Punkten festgelegt worden, Abschlüsse seien mit zunehmender Häufigkeit von Nebenwirkungen mit nachfolgendem Schema vorgenommen worden:

- -Strichaufzählung

Häufigkeit von Nebenwirkungen <10% bedeute ein Maximum von 10

Punkten

- -Strichaufzählung

Häufigkeit von Nebenwirkungen =10% bedeute einen Punkteabzug von

1 Punkt

- -Strichaufzählung

Häufigkeit von Nebenwirkungen >10% bedeute einen Punkteabzug von

2 Punkten

Gemäß der im Beipackzettel der Antragstellerin angegebenen Nebenwirkungshäufigkeiten habe sie anteilige 8 Punkte erhalten.

Das Zuschlagskriterium "Service, Verpackung und Handling" mit in Summe maximal erreichbaren 5 Punkten setze sich aus den Subkriterien "Handling" und "Verpackung" mit jeweils 2 Höchstpunkten sowie "Service" mit maximal 1 Punkt zusammen. Bei den Kriterien "Handling" und "Verpackung" seien beide Bieter gleichwertig und hätten somit je Subkriterium die gleiche Anzahl von 2 Punkten erhalten. Im Bereich Kundendienst sei darauf abgestellt worden, dass die fristgerechte Belieferung des Ambulatoriums in Graz bzw. der einzelnen Außenstellen in der Steiermark aufgrund fehlender Angaben im Angebot der Antragstellerin nicht erörtert worden sei. Die für den Zuschlag in Aussicht genommene Bestbieterin sei mit den Gegebenheiten vor Ort bereits vertraut und könne nach den eigenen Erfahrungen der Auftraggeberin die Versorgung mit eigenen Vertriebsmitteln sicherstellen. Allfällige Kommunikationsprobleme in der Informationskette könnten somit einfacher vermieden werden, eine allfällige Einarbeitungsfrist entfele. Der Antragstellerin sei gegenüber der präsumtiven Zuschlagsempfängerin 1 Punkt bei der Bewertung abgezogen worden.

Mit Schriftsatz vom 20. Jänner 2006 stellte die präsumtive Zuschlagsempfängerin einen Teilnahmeantrag. Sie sei mit Schreiben vom 13.1.2006 darüber verständigt worden, dass die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt eingebracht habe. Ihr Interesse am Vertragsabschluss sei schon durch die Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten gegeben und beliefe sich vorerst auf einen Betrag in Höhe der Auftragssumme von EUR 425.380,00. Im Falle der Stattgabe des Nachprüfungsantrages der Antragstellerin entginge ihr ein wichtiges Referenzprojekt im Bereich der Impfstoffe. Durch den von der Antragstellerin eingebrachten Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Teilnahmeantragstellerin und das unzutreffende Vorbringen der Antragstellerin erachte sich die Teilnahmeantragstellerin als in Aussicht genommene Bestbieterin insbesondere in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung, in ihrem Recht auf ein faires Vergabeverfahren sowie in ihrem Recht auf Nichtausscheiden ihres Angebotes verletzt. Die Bewertung sämtlicher Angebote sei nach ausführlicher Prüfung durch die Auftraggeberin korrekt und im Einklang mit den in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien erfolgt. Die Antragstellerin hätte allfällige Fehler in der Ausschreibungsunterlage bereits innerhalb der Präklusionsfrist des § 169 BVergG für die Bekämpfung der Ausschreibung geltend machen müssen. Mit Schriftsatz vom 20. Jänner 2006 stellte die präsumtive Zuschlagsempfängerin einen Teilnahmeantrag. Sie sei mit Schreiben vom 13.1.2006 darüber verständigt worden, dass die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt eingebracht habe. Ihr Interesse am Vertragsabschluss sei schon durch die Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten gegeben und beliefe sich vorerst auf einen Betrag in Höhe der Auftragssumme von EUR 425.380,00. Im Falle der Stattgabe des Nachprüfungsantrages der Antragstellerin entginge ihr ein wichtiges Referenzprojekt im Bereich der Impfstoffe. Durch den von der Antragstellerin eingebrachten Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Teilnahmeantragstellerin und das unzutreffende Vorbringen der Antragstellerin erachte sich die Teilnahmeantragstellerin als in Aussicht genommene Bestbieterin insbesondere in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung, in ihrem Recht auf ein faires Vergabeverfahren sowie in ihrem Recht auf Nichtausscheiden ihres Angebotes verletzt. Die Bewertung sämtlicher Angebote sei nach ausführlicher Prüfung durch die Auftraggeberin korrekt und im Einklang

mit den in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien erfolgt. Die Antragstellerin hätte allfällige Fehler in der Ausschreibungsunterlage bereits innerhalb der Präklusionsfrist des Paragraph 169, BVerG für die Bekämpfung der Ausschreibung geltend machen müssen.

In ihrem Schriftsatz vom 30. Jänner 2006 führte die Teilnahmeantragstellerin weiters aus, dass das Produkt D*** sowohl im Juniorbereich als auch in der Altersgruppe der 49-59jährigen – aufgrund des längeren Impfintervalls – einen klaren Vorteil besitze. Eine Impfempfehlung von 3-5 Jahren betreffend die Altersgruppe der 16-59jährigen sei der Fachinformation D*** nicht zu entnehmen.

Grundlage für die EU-weite Zulassung von D*** sei eine in Österreich durchgeführte Langzeitstudie von J*** aus dem Jahre 2004. Die Ergebnisse dieser Studie hätten zur EU-weiten behördlichen Zulassung von D*** geführt. Hinsichtlich der Fieberhäufigkeit entsprächen die im Nachprüfungsantrag angeführten Werte nicht den Tatsachen. So seien der von der Antragstellerin zitierten und der Behörde vorgelegten Fachinformation DJ*** gänzlich andere, deutlich niedrigere Werte zu entnehmen:

"Im Alter von 1 bis 2 Jahren (n=262): leichtes Fieber (38-39°C) bei 27,9%; mäßiges Fieber (39,1-40,0°C) bei 3,4%; kein schweres Fieber (>40°C). Im Alter von 3 bis 15 Jahren (n=2519): leichtes Fieber bei 6,8%; mäßiges Fieber bei 0,6%; kein schweres Fieber...."

"In einer Anwendungsbeobachtung bei Kindern im Alter von 1 bis 12 Jahren lagen die berichteten Fieberraten (das Fieber wurde rektal gemessen) nach der 1. Impfung bei 23,7%, bei den 1-3jährigen (n=1198) und bei 13,7% bei den 4-12jährigen (n=234)..."

Hinsichtlich der Fieberhäufigkeit bei Erwachsenen liege die Fieberhäufigkeit bei D*** zwischen 0,1% und 1%, während C*** laut der eigenen Fachinformation einen deutlich höheren Wert von 1% bis 10% verzeichne. Während Nebenwirkungen bei C*** in den einzelnen "Beschwerdekategorien" überwiegend als "sehr häufig" oder "häufig" verzeichnet seien, führe die Verwendung von D*** weit überwiegend nur "häufig" oder "gelegentlich" zu Nebenwirkungen. Zurzeit seien in Österreich fast 95% aller Impflinge mit D*** geimpft und habe das dafür gültige Impfschema weiteste Verbreitung. Mit etwa 5% Anteil an den FSME-Impfungen habe C*** einen marginalen Stellenwert und bedürfe die Umstellung auf C*** daher einer besonders sorgfältigen Aufklärung des Impfings durch die Auftraggeberin, insbesondere betreffend Impfungen von Kindern, Senioren sowie dem Nebenwirkungsprofil.

Die Antragstellerin führte in ihrem Schreiben vom 30. Jänner 2006 aus, dass das Angebot der Antragstellerin rechtsgültig unterfertigt worden sei. Auf Grund der Handlungsvollmacht sei E*** zur Vornahme von allen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb des Handelsgewerbes bzw. die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt, ermächtigt. Die Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen sei bei Pharmaunternehmen branchenüblich und daher Teil des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes. Darüber hinaus sei E*** Leiterin der Abteilung "Impfstoffe - Mature Products". Gemäß dem Wortlaut der gegenständlichen Handlungsvollmacht sei die rechtsverbindliche firmenmäßige Zeichnung durch E*** nur noch an die Bedingung geknüpft, dass neben ihr ein Geschäftsführer oder Gesamtprokurist unterfertige. Genau diese Bedingung sei erfüllt worden bzw. sei eingetreten. Ausgeübt werde eben die Handlungsvollmacht und gerade nicht die Prokura. E*** habe das Angebot mit dem Zusatz "i.V." gemeinsam mit der Gesamtprokuristin F*** unterfertigt. Der in der Handlungsvollmacht festgelegte Ausübungsmodus sei somit eindeutig eingehalten, es liege daher eine rechtsgültige Unterfertigung des Angebotes vor.

Entgegen der Ansicht der Auftraggeberin sei nach der aktuelleren Spruchpraxis des Bundesvergabeamtes (BVA 20.2.2004, 16N-144/03-36) und der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 26.2.2003, Zl. 2001/04/0037; VwGH 25.2.2004, Zl. 2003/04/0186) der fehlende Nachweis der Vertretungsbefugnis kein unbehebbarer Mangel. Die Auftraggeberin habe offensichtlich nicht am Bindungswillen der Antragstellerin und an der rechtsgültigen Unterfertigung des Angebotes gezweifelt, da sie das Angebot der Antragstellerin weder ausgeschieden, noch diese zur Verbesserung aufgefordert habe. Die Konsequenz der fehlenden Benennung eines Subunternehmers im Angebot der Antragstellerin könne nur darin bestehen, dass sie die Zustellung selbst vornehmen müsse. Die Antragstellerin sei jedenfalls bereit und in der Lage, die Zustellung selbst vorzunehmen.

Gemäß § 91 BVerG habe die Überprüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien zu erfolgen. Gerade dies sei im konkreten Fall nicht erfolgt. Die Auftraggeberin habe (ohne jede Mitteilung, bzw. Offenlegung gegenüber den Bietern) nachträglich eine Gewichtung und Konkretisierung der Subkriterien vorgenommen und zusätzlich neue Subkriterien

eingeführt. Im Ergebnis seien dadurch nicht nur die Zuschlagskriterien (Subkriterien) für den Auftrag nachträglich geändert, sondern sei dies auch noch vor den Bietern geheim gehalten worden. Die Bestbieterermittlung sei daher keinesfalls objektiv nachvollziehbar, sondern diskriminierend und widerspreche massiv dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Schon allein die Tatsache, dass lediglich das Impfintervall "49-60-jährige" gemäß den neu eingeführten Subkriterien berücksichtigt werden solle, sei offensichtlich willkürlich bzw. massiv diskriminierend. Es sei nicht nachvollziehbar, warum die größere Personengruppe der unter 49jährigen bei der Bewertung nicht berücksichtigt werden solle. Das Subkriterium "Wechsel und Nebenwirkungen" sei nachträglich derart konkretisiert worden, dass lediglich die Häufigkeit von Muskel-, Gelenks- und Kopfschmerzen und offenbar nicht die Fieberhäufigkeit berücksichtigt werde. Daraus folge die offensichtliche Diskriminierungsabsicht der Auftraggeberin. Der Punkteabzug beim Zuschlagskriterium "Service, Verpackung, Handling" werde nun im Schriftsatz vom 24.1.2006 vollkommen anders argumentiert als noch im Telefax der Auftraggeberin vom 10.1.2006. Während im Telefax der Auftraggeberin vom 10.1.2006 der Bewertungsvorteil der präsumtiven Zuschlagsempfängerin noch im Wesentlichen damit gerechtfertigt worden sei, dass die kürzeren Impfintervalle nach Ansicht der Auftraggeberin einen höheren Verwaltungsaufwand verursachen würden, werde nun im Schriftsatz vom 24.1.2006 wie folgt argumentiert: Gemäß Paragraph 91, BVergG habe die Überprüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien zu erfolgen. Gerade dies sei im konkreten Fall nicht erfolgt. Die Auftraggeberin habe (ohne jede Mitteilung, bzw. Offenlegung gegenüber den Bietern) nachträglich eine Gewichtung und Konkretisierung der Subkriterien vorgenommen und zusätzlich neue Subkriterien eingeführt. Im Ergebnis seien dadurch nicht nur die Zuschlagskriterien (Subkriterien) für den Auftrag nachträglich geändert, sondern sei dies auch noch vor den Bietern geheim gehalten worden. Die Bestbieterermittlung sei daher keinesfalls objektiv nachvollziehbar, sondern diskriminierend und widerspreche massiv dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Schon allein die Tatsache, dass lediglich das Impfintervall "49-60-jährige" gemäß den neu eingeführten Subkriterien berücksichtigt werden solle, sei offensichtlich willkürlich bzw. massiv diskriminierend. Es sei nicht nachvollziehbar, warum die größere Personengruppe der unter 49jährigen bei der Bewertung nicht berücksichtigt werden solle. Das Subkriterium "Wechsel und Nebenwirkungen" sei nachträglich derart konkretisiert worden, dass lediglich die Häufigkeit von Muskel-, Gelenks- und Kopfschmerzen und offenbar nicht die Fieberhäufigkeit berücksichtigt werde. Daraus folge die offensichtliche Diskriminierungsabsicht der Auftraggeberin. Der Punkteabzug beim Zuschlagskriterium "Service, Verpackung, Handling" werde nun im Schriftsatz vom 24.1.2006 vollkommen anders argumentiert als noch im Telefax der Auftraggeberin vom 10.1.2006. Während im Telefax der Auftraggeberin vom 10.1.2006 der Bewertungsvorteil der präsumtiven Zuschlagsempfängerin noch im Wesentlichen damit gerechtfertigt worden sei, dass die kürzeren Impfintervalle nach Ansicht der Auftraggeberin einen höheren Verwaltungsaufwand verursachen würden, werde nun im Schriftsatz vom 24.1.2006 wie folgt argumentiert:

"Im Bereich Kundendienst wurde darauf abgestellt, dass die fristgerechte Belieferung des Ambulatoriums in Graz bzw. der einzelnen Außenstellen in der Steiermark auf Grund fehlender Angaben im Angebot der Antragstellerin nicht erörtert wurde. Die für den Zuschlag in Aussicht genommene Bestbieterin ist mit den Gegebenheiten vor Ort bereits vertraut und kann nach den eigenen Erfahrungen der Auftraggeberin die Versorgung mit eigenen Vertriebsmitteln sicherstellen."

Da in der Ausschreibungsunterlage keine Angaben zur Art der Zustellung verlangt gewesen seien, könnten dem Angebot der Antragstellerin daher auch keine Angaben fehlen. Auch die Antragstellerin, die seit über 50 Jahren am Arzneimittelsektor tätig sei und seit 1996 verschiedene Krankenhäuser, die Bauernkrankenkasse und auch Ambulatorien beliefere, sei mit den Gegebenheiten bestens vertraut. Die Bestbieterermittlung sei daher keinesfalls objektiv nachvollziehbar, sondern offensichtlich diskriminierend, willkürlich und nicht transparent; sie sei daher jedenfalls rechtswidrig, die Zuschlagsentscheidung daher für nichtig zu erklären.

In der mündlichen Verhandlung vom 2. Februar 2006 führte die Zeugin F*** aus, dass die Lieferungen mit Kühl-LKW's an die Erfüllungsorte erfolgen sollten. Derzeit erfolge die Auslieferung der Produkte der Antragstellerin über die I*** in XXX, die in das SAP System eingebunden ist. Die Antragstellerin habe jedoch überlegt, in diesem Falle das erste Mal direkt zu liefern, weil sie zur Überzeugung gelangt sei, dass bei der Lieferung von Impfstoffen eine Direktbelieferung einen Wettbewerbsvorteil bringen könnte und würde dafür Autos anmieten und mit ihrem eigenen Personal die Waren ausliefern lassen. Es gebe bis dato noch keinen diesbezüglichen Mietvertrag, dieser werde erst bei Zuschlagserteilung abgeschlossen werden. Die A*** verfüge derzeit zumindest über einen Mitarbeiter, der einen LKW-

Führerschein besitze. Dieser Mitarbeiter sei Fahrer für Post und Werbemittel. Die Antragstellerin würde im Falle der Zuschlagserteilung auch weitere Mitarbeiter anstellen. Die Zeugin nehme an, dass für die Durchführung des gegenständlichen Auftrages mindestens zwei Fahrer notwendig wären. In der mündlichen Verhandlung vom 2. Februar 2006 führte die Zeugin F*** aus, dass die Lieferungen mit Kühl-LKW's an die Erfüllungsorte erfolgen sollten. Derzeit erfolge die Auslieferung der Produkte der Antragstellerin über die I*** in römisch 30, die in das SAP System eingebunden ist. Die Antragstellerin habe jedoch überlegt, in diesem Falle das erste Mal direkt zu liefern, weil sie zur Überzeugung gelangt sei, dass bei der Lieferung von Impfstoffen eine Direktbelieferung einen Wettbewerbsvorteil bringen könnte und würde dafür Autos anmieten und mit ihrem eigenen Personal die Waren ausliefern lassen. Es gebe bis dato noch keinen diesbezüglichen Mietvertrag, dieser werde erst bei Zuschlagserteilung abgeschlossen werden. Die A*** verfüge derzeit zumindest über einen Mitarbeiter, der einen LKW-Führerschein besitze. Dieser Mitarbeiter sei Fahrer für Post und Werbemittel. Die Antragstellerin würde im Falle der Zuschlagserteilung auch weitere Mitarbeiter anstellen. Die Zeugin nehme an, dass für die Durchführung des gegenständlichen Auftrages mindestens zwei Fahrer notwendig wären.

Der Auftraggebervertreter brachte vor, dass gemäß § 57 Arzneimittelgesetz der Vertrieb nicht direkt von einem Arzneimittelgroßhändler oder einem Arzneimittelhersteller an den Endabnehmer erfolgen dürfe. Aus diesem Grund habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Schreiben vom 1.12.2005 (Angebot) die K*** als Subunternehmer bekannt gegeben. Dieser Hinweis einer Abgabestelle fehle dem Angebot der Antragstellerin. Das Angebot sei daher auch aus diesem Grund auszuschneiden, die Antragslegitimation liege damit auch aus diesem Grund nicht vor. Dieses Vorbringen wurde von der Antragstellervertreterin bestritten. Die Ausschreibung enthalte keine Anforderung, dass eine Abgabestelle bekannt zu geben sei. Unabhängig davon sei die Antragslegitimation der Antragstellerin gegeben, da offensichtlich nachträglich Subkriterien eingeführt und gewichtet worden seien. Der Auftraggebervertreter brachte weiters vor, dass im Zusammenhang mit der Benennungspflicht von Subunternehmern eine einheitliche Rechtsprechung des BVA vorliege. Daraus ergebe sich, dass auch "zweckmäßige" Subunternehmer jedenfalls im Angebot zu benennen seien. Der Auftraggebervertreter brachte vor, dass gemäß Paragraph 57, Arzneimittelgesetz der Vertrieb nicht direkt von einem Arzneimittelgroßhändler oder einem Arzneimittelhersteller an den Endabnehmer erfolgen dürfe. Aus diesem Grund habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Schreiben vom 1.12.2005 (Angebot) die K*** als Subunternehmer bekannt gegeben. Dieser Hinweis einer Abgabestelle fehle dem Angebot der Antragstellerin. Das Angebot sei daher auch aus diesem Grund auszuschneiden, die Antragslegitimation liege damit auch aus diesem Grund nicht vor. Dieses Vorbringen wurde von der Antragstellervertreterin bestritten. Die Ausschreibung enthalte keine Anforderung, dass eine Abgabestelle bekannt zu geben sei. Unabhängig davon sei die Antragslegitimation der Antragstellerin gegeben, da offensichtlich nachträglich Subkriterien eingeführt und gewichtet worden seien. Der Auftraggebervertreter brachte weiters vor, dass im Zusammenhang mit der Benennungspflicht von Subunternehmern eine einheitliche Rechtsprechung des BVA vorliege. Daraus ergebe sich, dass auch "zweckmäßige" Subunternehmer jedenfalls im Angebot zu benennen seien.

Abschließend beantragte die Antragstellerin die Einvernahme eines Mitglieds des obersten Sanitätsrates, da für beide Produkte gemäß Impfplan 2006 für die Personengruppe der unter 60jährigen Auffrischungsimpfungen im Fünfjahresintervall empfohlen würden.

Mit Schriftsatz vom 3.2.2006 übermittelte die Auftraggeberin eine weitere Stellungnahme und führte darin aus, dass es der Antragstellerin an der Befugnis fehle, Arzneimittel direkt an die Auftraggeberin abzugeben. Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handle es sich unstrittig um die Beschaffung von Arzneimitteln iSd Bundesgesetzes vom 2. März 1983 über die Herstellung und das Inverkehrbringen von Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz), BGBl. Nr. 185/1983 idF BGBl. I Nr. 153/2005 (idF AMG). Gemäß § 59 AMG dürften Arzneimittel nur durch Apotheken abgegeben werden, sofern sich aus den Bestimmungen in den §§ 57, 58 oder 59 AMG nichts anderes ergebe (so genannter Apothekervorbehalt). § 57 AMG regle abschließend, wer an wen große Mengen an Arzneimitteln direkt abgeben dürfe. Die Aufzählung in § 57 AMG der zur Direktannahme von Arzneimitteln Berechtigten sei taxativ und abschließend. Die direkte Belieferung einer Gebietskrankenkasse sei in dieser Aufzählung nicht vorgesehen und damit ausgeschlossen. Die Belieferung könne nur unter Beiziehung einer Apotheke erfolgen. Die Auftraggeberin sei nicht als Gebietskörperschaft iSv § 57 Abs. 1 Z 5 AMG zu qualifizieren. Darüber hinaus sei ausgehend von dem in § 59 AMG normierten grundsätzlichen Apothekervorbehalt die Bestimmung in § 57 Abs. 1 Z 5 AMG eng auszulegen. Die Ausschreibung sehe vor, dass die Lieferung direkt an die Auftraggeberin an deren Sitz in Graz und an die in der

Ausschreibungsunterlage bekannt gegebenen Außenstellen zu erfolgen habe. In der Ausschreibungsunterlage werde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass vom Bieter sämtliche in Österreich geltenden einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere über Arzneiwaren und das Inverkehrbringen von Arzneiwaren zu beachten und einzuhalten seien. Damit die Antragstellerin die ausgeschriebene Leistung erbringen könne, müsste diese entweder selbst eine Befugnis zur Weitergabe der Arzneimittel an die Auftraggeberin haben, oder sich einer befugten Person als Subunternehmerin bedienen. Die Antragstellerin habe jedoch bis zur Angebotsöffnung weder eine Befugnis zur Weitergabe von Arzneimitteln an die Auftraggeberin nachgewiesen, noch einen Subunternehmer zur Leistungserbringung benannt. Mit Schriftsatz vom 3.2.2006 übermittelte die Auftraggeberin eine weitere Stellungnahme und führte darin aus, dass es der Antragstellerin an der Befugnis fehle, Arzneimittel direkt an die Auftraggeberin abzugeben. Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handle es sich unstrittig um die Beschaffung von Arzneimitteln iSd Bundesgesetzes vom 2. März 1983 über die Herstellung und das Inverkehrbringen von Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz), Bundesgesetzblatt Nr. 185 aus 1983, idgF Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 153 aus 2005, in der Fassung AMG). Gemäß Paragraph 59, AMG dürften Arzneimitteln nur durch Apotheken abgegeben werden, sofern sich aus den Bestimmungen in den Paragraphen 57, 58, oder 59 AMG nichts anderes ergebe (so genannter Apothekervorbehalt). Paragraph 57, AMG regle abschließend, wer an wen große Mengen an Arzneimitteln direkt abgeben dürfe. Die Aufzählung in Paragraph 57, AMG der zur Direktannahme von Arzneimitteln Berechtigten sei taxativ und abschließend. Die direkte Belieferung einer Gebietskrankenkasse sei in dieser Aufzählung nicht vorgesehen und damit ausgeschlossen. Die Belieferung könne nur unter Beiziehung einer Apotheke erfolgen. Die Auftraggeberin sei nicht als Gebietskörperschaft iSv Paragraph 57, Absatz eins, Ziffer 5, AMG zu qualifizieren. Darüber hinaus sei ausgehend von dem in Paragraph 59, AMG normierten grundsätzlichen Apothekervorbehalt die Bestimmung in Paragraph 57, Absatz eins, Ziffer 5, AMG eng auszulegen. Die Ausschreibung sehe vor, dass die Lieferung direkt an die Auftraggeberin an deren Sitz in Graz und an die in der Ausschreibungsunterlage bekannt gegebenen Außenstellen zu erfolgen habe. In der Ausschreibungsunterlage werde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass vom Bieter sämtliche in Österreich geltenden einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere über Arzneiwaren und das Inverkehrbringen von Arzneiwaren zu beachten und einzuhalten seien. Damit die Antragstellerin die ausgeschriebene Leistung erbringen könne, müsste diese entweder selbst eine Befugnis zur Weitergabe der Arzneimittel an die Auftraggeberin haben, oder sich einer befugten Person als Subunternehmerin bedienen. Die Antragstellerin habe jedoch bis zur Angebotsöffnung weder eine Befugnis zur Weitergabe von Arzneimitteln an die Auftraggeberin nachgewiesen, noch einen Subunternehmer zur Leistungserbringung benannt.

Die Antragstellerin übermittelte mit Schriftsatz vom 3.2.2006 eine Stellungnahme zu § 57 AMG. Nach § 57 Abs. 1 Z 5 lit. a AMG dürften Arzneimitteln von Arzneimittelherstellern und Arzneimittelgroßhändlern (wie der Antragstellerin) an Gebietskörperschaften im Zusammenhang mit Aufgaben der Impfprophylaxe abgegeben werden. Zweck dieser Ausnahmeregelung sei die Erleichterung der Durchführung behördlicher Maßnahmen. Hierzu zählten vor allem Impfkationen im Humanbereich wie beispielsweise gegen FSME. Gleiche Erwägungen müssten daher auch im Verhältnis zur Auftraggeberin gelten, auch diese führe als Gebietskrankenkasse Impfkationen im Humanbereich zur Impfprophylaxe gegen FSME durch. Die Gebietskrankenkassen würden von den Gebietskörperschaften mit Aufgaben der Impfprophylaxe betraut bzw. würden die Aufgaben der Impfprophylaxe von den Gebietskörperschaften an die Gebietskrankenkassen übertragen werden. § 57 Abs. 1 Z 5 lit. a AMG sei daher so zu interpretieren, dass von dieser Ausnahmeregelung auch Gebietskrankenkassen umfasst seien. Die Antragstellerin übermittelte mit Schriftsatz vom 3.2.2006 eine Stellungnahme zu Paragraph 57, AMG. Nach Paragraph 57, Absatz eins, Ziffer 5, Litera a, AMG dürften Arzneimitteln von Arzneimittelherstellern und Arzneimittelgroßhändlern (wie der Antragstellerin) an Gebietskörperschaften im Zusammenhang mit Aufgaben der Impfprophylaxe abgegeben werden. Zweck dieser Ausnahmeregelung sei die Erleichterung der Durchführung behördlicher Maßnahmen. Hierzu zählten vor allem Impfkationen im Humanbereich wie beispielsweise gegen FSME. Gleiche Erwägungen müssten daher auch im Verhältnis zur Auftraggeberin gelten, auch diese führe als Gebietskrankenkasse Impfkationen im Humanbereich zur Impfprophylaxe gegen FSME durch. Die Gebietskrankenkassen würden von den Gebietskörperschaften mit Aufgaben der Impfprophylaxe betraut bzw. würden die Aufgaben der Impfprophylaxe von den Gebietskörperschaften an die Gebietskrankenkassen übertragen werden. Paragraph 57, Absatz eins, Ziffer 5, Litera a, AMG sei daher so zu interpretieren, dass von dieser Ausnahmeregelung auch Gebietskrankenkassen umfasst seien.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes:römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes:

Wenngleich sich - im Gegensatz zum BVergG 1997 - im BVergG 2002 keine ausdrückliche Nennung der Sozialversicherungsträger findet, ist die Steiermärkische Gebietskrankenkasse zweifellos als öffentliche Auftraggeberin anzusehen (siehe Bericht des Verfassungsausschusses, 1118 BlgNR 21. GP 18). Sämtliche der in § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG 2002 kumulativ angeführten Voraussetzungen werden erfüllt. Gemäß § 23 Abs. 5 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG, BGBl Nr. 189/1955 idgF, obliegt es den Trägern der Krankenversicherung insbesondere, ausreichend Vorsorge für die Krankenbehandlung der Versicherten und ihrer Familienangehörigen zu treffen. Die Auftraggeberin als Träger der Krankenversicherung nach § 23 Abs. 1 Z 1 ASVG erfüllt daher eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher Art. Sie ist nach § 32 Abs. 1 ASVG eine gesetzlich eingerichtete Körperschaft öffentlichen Rechts und Selbstverwaltungskörper (Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³ [1996] 383). Nach § 448 Abs. 1 ASVG unterliegen Gebietskrankenkassen der Aufsicht des Bundes, vertreten durch die Bundesministerin für Gesundheit und Frauen (BMGF). Die Steiermärkische Gebietskrankenkasse erfüllt daher die Merkmale eines öffentlichen Auftraggebers nach § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG 2002. Aufgrund deren bundesgesetzlicher Errichtung und Regelung sowie der Aufsicht des Bundes zählt sie gemäß § 135 Abs. 2 BVergG 2002 iVm Art 14b Abs. 2 Z 1 lit. d B-VG zum Vollziehungsbereich des Bundes. Wenngleich sich - im Gegensatz zum BVergG 1997 - im BVergG 2002 keine ausdrückliche Nennung der Sozialversicherungsträger findet, ist die Steiermärkische Gebietskrankenkasse zweifellos als öffentliche Auftraggeberin anzusehen (siehe Bericht des Verfassungsausschusses, 1118 BlgNR 21. Gesetzgebungsperiode 18). Sämtliche der in Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002 kumulativ angeführten Voraussetzungen werden erfüllt. Gemäß Paragraph 23, Absatz 5, Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG, Bundesgesetzblatt Nr. 189 aus 1955, idgF, obliegt es den Trägern der Krankenversicherung insbesondere, ausreichend Vorsorge für die Krankenbehandlung der Versicherten und ihrer Familienangehörigen zu treffen. Die Auftraggeberin als Träger der Krankenversicherung nach Paragraph 23, Absatz eins, Ziffer eins, ASVG erfüllt daher eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher "Art". Sie ist nach Paragraph 32, Absatz eins, ASVG eine gesetzlich eingerichtete Körperschaft öffentlichen Rechts und Selbstverwaltungskörper (Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³ [1996] 383). Nach Paragraph 448, Absatz eins, ASVG unterliegen Gebietskrankenkassen der Aufsicht des Bundes, vertreten durch die Bundesministerin für Gesundheit und Frauen (BMGF). Die Steiermärkische Gebietskrankenkasse erfüllt daher die Merkmale eines öffentlichen Auftraggebers nach Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002. Aufgrund deren bundesgesetzlicher Errichtung und Regelung sowie der Aufsicht des Bundes zählt sie gemäß Paragraph 135, Absatz 2, BVergG 2002 in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, B-VG zum Vollziehungsbereich des Bundes.

Dem konkreten Vergabeverfahren liegt die Erbringung von Lieferungen iSd § 2 BVergG 2002 zugrunde. Gemäß § 9 Abs. 1 Z 2 leg.cit. iVm § 1 Z 2 der Schwellenwerte-Verordnung 2005, BGBl II Nr. 56/2005, gilt als Oberschwellenbereich im Sinne dieses Bundesgesetzes bei allen übrigen Lieferaufträgen (d.s. die nicht in Z 1 genannten Lieferaufträge), wenn der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer mindestens EUR 236.000,-- beträgt. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt EUR 430.000,-- (exkl. MwSt.), womit der einschlägige Schwellenwert jedenfalls als überschritten anzusehen ist. Dem konkreten Vergabeverfahren liegt die Erbringung von Lieferungen iSd Paragraph 2, BVergG 2002 zugrunde. Gemäß Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 2, leg.cit. in Verbindung mit Paragraph eins, Ziffer 2, der Schwellenwerte-Verordnung 2005, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 56 aus 2005,, gilt als Oberschwellenbereich im Sinne dieses Bundesgesetzes bei allen übrigen Lieferaufträgen (d.s. die nicht in Ziffer eins, genannten Lieferaufträge), wenn der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer mindestens EUR 236.000,-- beträgt. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt EUR 430.000,-- (exkl. MwSt.), womit der einschlägige Schwellenwert jedenfalls als überschritten anzusehen ist.

Nach den Angaben der Auftraggeberin wurde das gegenständliche Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag nicht erteilt. Das Bundesvergabeamt ist zur Behandlung der Anträge zuständig. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin wurde der Antrag der Teilnahmeantragstellerin fristgerecht gemäß § 165 Abs. 2 2. Satz BVergG eingebracht, da die Verständigung der Auftraggeberin von der Einbringung des Nachprüfungsantrages per Fax am 13.1.2006 erfolgte. Nach den Angaben der Auftraggeberin wurde das gegenständliche Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag nicht erteilt. Das Bundesvergabeamt ist zur Behandlung der Anträge zuständig. Entgegen

der Ansicht der Antragstellerin wurde der Antrag der Teilnahmeantragstellerin fristgerecht gemäß Paragraph 165, Absatz 2, 2. Satz BVergG eingebracht, da die Verständigung der Auftraggeberin von der Einbringung des Nachprüfungsantrages per Fax am 13.1.2006 erfolgte.

Da das gegenständliche Nachprüfungsverfahren seit 12.1.2006 beim Bundesvergabeamt anhängig ist, ist dieses Verfahren gemäß § 345 Abs. 4 BVergG 2006 nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 fortzuführen. Da das gegenständliche Nachprüfungsverfahren seit 12.1.2006 beim Bundesvergabeamt anhängig ist, ist dieses Verfahren gemäß Paragraph 345, Absatz 4, BVergG 2006 nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 fortzuführen.

1. 1.Ziffer eins

Zu Spruchpunkt I.1.:Zu Spruchpunkt römisch eins.1.:

Vorliegen der technischen Leistungsfähigkeit:

Gemäß § 21 Abs. 1 BVergG sind Aufträge über Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Gemäß Paragraph 21, Absatz eins, BVergG sind Aufträge über Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben.

Gemäß § 52 Abs. 5 Z 1 BVergG muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beim offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Gemäß Paragraph 52, Absatz 5, Ziffer eins, BVergG muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beim offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen.

Nach § 91 Abs. 1 leg.cit. hat die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien zu erfolgen. Nach Paragraph 91, Absatz eins, leg.cit. hat die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien zu erfolgen.

Nach § 91 Abs. 2 Z 2 leg.cit. ist im Einzelnen die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters zu prüfen. Nach Paragraph 91, Absatz 2, Ziffer 2, leg.cit. ist im Einzelnen die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters zu prüfen.

Nach § 98 Z 1 leg.cit. hat die vergebende Stelle auf Grund der Ergebnisse der Prüfung Angebote von Bieter auszuscheiden, bei welchen die Befugnis oder die finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder die Zuverlässigkeit nicht gegeben ist. Nach Paragraph 98, Ziffer eins, leg.cit. hat die vergebende Stelle auf Grund der Ergebnisse der Prüfung Angebote von Bieter auszuscheiden, bei welchen die Befugnis oder die finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder die Zuverlässigkeit nicht gegeben ist.

Gemäß dem Punkt "Lieferung" in der Ausschreibungsunterlage erfolgen die Bestellungen und Lieferungen im Allgemeinen in Teilmengen zu 3.000 Stück. Die Lieferungen sind auf Kosten und Gefahr des Bieters an die Steiermärkische Gebietskrankenkasse, 8010 Graz, Friedrichgasse 18, 2. Untergeschoß sowie voraussichtlich je 1 Teillieferung zu ca 500 Stück an die Außenstellen in 8850 Murau, 8990 Bad Aussee und 8970 Schladming zu richten. Ebenso hat die Rückholung der Kühlcontainer auf Kosten des Bieters zu erfolgen.

Die Lieferung ist somit - auch wenn sie auf Kosten des Bieters zu erfolgen hat - Teil des Ausschreibungsgegenstandes.

Wie die Zeugin F*** in der mündlichen Verhandlung vom 2.2.2006 ausführte, erfolge die Auslieferung der Produkte der Antragstellerin derzeit über die I*** in XXX, die in das SAP System eingebunden sei. Die Antragstellerin beabsichtige jedoch im gegenständlichen Falle das erste Mal direkt zu liefern, weil sie zur Überzeugung gelangt sei, dass die Direktbelieferung bei der Lieferung von Impfstoffen einen Wettbewerbsvorteil schaffen könnte. Dafür würde die Antragstellerin Autos anmieten und mit ihrem eigenen Personal die Waren ausliefern lassen. Bis dato gebe es jedoch noch keinen diesbezüglichen Mietvertrag, dieser solle erst bei Zuschlagserteilung abgeschlossen werden. Die

A*** verfüge derzeit zumindest über einen Mitarbeiter, der einen LKW-Führerschein besitze. Die Antragstellerin beabsichtige jedoch im Falle der Zuschlagserteilung auch weitere Mitarbeiter anzustellen. Wie die Zeugin F*** in der mündlichen Verhandlung vom 2.2.2006 ausführte, erfolge die Auslieferung der Produkte der Antragstellerin derzeit über die I*** in römisch 30, die in das SAP System eingebunden sei. Die Antragstellerin beabsichtige jedoch im gegenständlichen Falle das erste Mal direkt zu liefern, weil sie zur Überzeugung gelangt sei, dass die Direktbelieferung bei der Lieferung von Impfstoffen einen Wettbewerbsvorteil schaffen könnte. Dafür würde die Antragstellerin Autos anmieten und mit ihrem eigenen Personal die Waren ausliefern lassen. Bis dato gebe es jedoch noch keinen diesbezüglichen Mietvertrag, dieser solle erst bei Zuschlagserteilung abgeschlossen werden. Die A*** verfüge derzeit zumindest über einen Mitarbeiter, der einen LKW-Führerschein besitze. Die Antragstellerin beabsichtige jedoch im Falle der Zuschlagserteilung auch weitere Mitarbeiter anzustellen.

Aus der Aussage der Zeugin F*** ergibt sich, dass die Antragstellerin beabsichtigt, die Lieferung der Impfstoffe direkt mit eigenem Personal durchzuführen. Die erforderlichen Fahrzeuge hierfür sollen jedoch erst nach Zuschlagserteilung angemietet, das erforderliche Personal erst nach Zuschlagserteilung angestellt werden.

Da im offenen Verfahren die Leistungsfähigkeit spätestens zum Zeitpunkt der Öffnung der Angebote vorliegen muss, die Antragstellerin jedoch zu diesem Zeitpunkt weder über das erforderliche Personal noch über die erforderlichen Fahrzeuge verfügte, war somit die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin zum maßgeblichen Zeitpunkt der Öffnung der Angebote nicht gegeben.

Das Angebot der Antragstellerin wäre daher gemäß § 98 Z 1 BVerG auszuscheiden gewesen. Von der Einvernahme eines Mitglieds des obersten Sanitätsrates konnte abgesehen werden. Das Angebot der Antragstellerin wäre daher gemäß Paragraph 98, Ziffer eins, BVerG auszuscheiden gewesen. Von der Einvernahme eines Mitglieds des obersten Sanitätsrates konnte abgesehen werden.

Antragslegitimation der Antragstellerin:

Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung, gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und der hierzu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist – wie der Verwaltungsgerichtshof, sowie dem folgend, das Bundesvergabeamt bereits wiederholt ausgesprochen haben – die Antragslegitimation iSv § 163 Abs. 1 BVerG 2002 zu verneinen (vgl. VwGH 3.1.2005, 2003/04/0039; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 5.8.2005, 04N-70/05-26). Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung, gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes und der hierzu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist – wie der Verwaltungsgerichtshof, sowie dem folgend, das Bundesvergabeamt bereits wiederholt ausgesprochen haben – die Antragslegitimation iSv Paragraph 163, Absatz eins, BVerG 2002 zu verneinen (vergleiche VwGH 3.1.2005, 2003/04/0039; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 5.8.2005, 04N-70/05-26).

Der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit war auch Gegenstand der mündlichen Verhandlung am 2.2.2006. Der Antragstellerin wurde Gelegenheit gegeben, dazu und damit auch zur Stichhaltigkeit des vom Bundesvergabeamt herangezogenen Ausscheidungsgrundes Stellung zu nehmen [vgl. EUGH 19.6.2003, Rs C- 249/01 (Hackermüller); VwGH 1.3.2005, 2003/04/0039; 16.2.2005, 2004/04/0030]. Wie die Ermittlungen des Bundesvergabeamtes ergaben, lag die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin zum Zeitpunkt der Öffnung der Angebote nicht vor, das Angebot war also für einen Zuschlag keinesfalls in Betracht zu ziehen.

Mangels fristgerechter Anfechtung haben bisherige Entscheidungen des Auftraggebers, wie die Ausschreibung einschließlich der Festlegung der Zuschlagskriterien, Bestandskraft erlangt. Die Auftraggeberin hat zwar, wie die Antragstellerin richtig vorbringt, in den Ausschreibungsunterlagen die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung bekanntgegeben, jedoch nachträglich gewichtete Subkriterien eingeführt. Wenn die Antragstellerin jedoch vermeint, dass aus dem Urteil des EuGH 25.4.1996, Rs C- 87/94 (Kommission/Belgien) abzuleiten sei, dass ein Abweichen von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen einen zwingenden Widerrufsgrund darstelle, ist diesem Vorbringen entgegenzuhalten, dass diesem Urteil eine andere Sachverhaltskonstellation zugrunde lag. Der EuGH setzte sich insbesondere mit der Frage der Gleichbehandlung der Bieter und dem Grundsatz der Transparenz auseinander, das Problem eines möglichen zwingenden Widerrufs wurde jedoch im genannten Urteil nicht angesprochen. Inwiefern ein zwingender Widerrufsgrund im gegenständlichen Verfahren vorliegen soll, ist für den erkennenden Senat nicht nachvollziehbar.

Zu Spruchpunkt I.2.:Zu Spruchpunkt römisch eins.2.:

Gemäß § 74 Abs. 2 erster Satz AVG bestimmen die Verwaltungsvorschriften, inwiefern einem Beteiligten – abweichend von der allgemeinen Regelung des Abs. 1, wonach jeder Beteiligte seine Kosten selbst zu tragen hat – ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht. Bei § 177 Abs. 5 BVergG 2002 handelt es sich um eine Verwaltungsvorschrift iSd. § 74 Abs. 2 AVG, nach der einem Beteiligten (dem auch nur teilweise obsiegenden Antragsteller im Nachprüfungsverfahren) ein Kostenersatzanspruch (Anspruch auf Ersatz der entrichteten Gebühren) gegen einen anderen Beteiligten (den Antragsgegner, das ist regelmäßig der Auftraggeber), zusteht. Gemäß Paragraph 74, Absatz 2, erster Satz AVG bestimmen die Verwaltungsvorschriften, inwiefern einem Beteiligten – abweichend von der allgemeinen Regelung des Absatz eins., wonach jeder Beteiligte seine Kosten selbst zu tragen hat – ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht. Bei Paragraph 177, Absatz 5, BVergG 2002 handelt es sich um eine Verwaltungsvorschrift iSd. Paragraph 74, Absatz 2, AVG, nach der einem Beteiligten (dem auch nur teilweise obsiegenden Antragsteller im Nachprüfungsverfahren) ein Kostenersatzanspruch (Anspruch auf Ersatz der entrichteten Gebühren) gegen einen anderen Beteiligten (den Antragsgegner, das ist regelmäßig der Auftraggeber), zusteht.

Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass die für die Hauptsache zuständige Behörde – in der Regel in dem die Hauptsache erledigenden Bescheid – auch über den gemäß § 74 Abs. 2 AVG in den Verwaltungsvorschriften normierten Kostenersatzanspruch eines Beteiligten gegen einen anderen zu entscheiden hat, ohne dass es hierzu einer ausdrücklichen Normierung der Kompetenz für diese Kostenentscheidung im jeweiligen Materiengesetz bedarf (vgl. VwGH 6.4.2005, 2004/04/0091, 0092; Thienel/Bratschovsky Gebührenersatz nach § 177 Abs. 5 BVergG – wirklich bei Gericht einzuklagen?, ZVB 2004, 102ff; BVA 13.5.2005, 04N-17/05-49, 17.5.2005, 04N-17/05-50; 19.5.2005, 06N-33/05-22; 20.5.2005, 17N-23/05-42 ua.). Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass die für die Hauptsache zuständige Behörde – in der Regel in dem die Hauptsache erledigenden Bescheid – auch über den gemäß Paragraph 74, Absatz 2, AVG in den Verwaltungsvorschriften normierten Kostenersatzanspruch eines Beteiligten gegen einen anderen zu entscheiden hat, ohne dass es hierzu einer ausdrücklichen Normierung der Kompetenz für diese Kostenentscheidung im jeweiligen Materiengesetz bedarf vergleiche VwGH 6.4.2005, 2004/04/0091, 0092; Thienel/Bratschovsky Gebührenersatz nach Paragraph 177, Absatz 5, BVergG – wirklich bei Gericht einzuklagen?, ZVB 2004, 102ff; BVA 13.5.2005, 04N-17/05-49, 17.5.2005, 04N-17/05-50; 19.5.2005, 06N-33/05-22; 20.5.2005, 17N-23/05-42 ua.).

Gemäß § 177 Abs. 5 BVergG 2002 hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Abs. 1 oder 3 entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner. Gemäß Paragraph 177, Absatz 5, BVergG 2002 hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Absatz eins, oder 3 entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner.

Für den am 12.1.2006 eingebrachten Antrag auf Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung wurde von der Antragstellerin nachweislich eine Pauschalgebühr in Höhe von Euro 1.600,-- entrichtet. Wie sich aus dem Spruchpunkt I.1 des gegenständlichen Bescheides ergibt, wurde der Antrag der Antragstellerin zurückgewiesen. Es kann daher nicht von einem "teilweisen Obsiegen" der Antragstellerin im Sinne von § 177 Abs. 5 leg.cit. ausgegangen werden, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war. Für den am 12.1.2006 eingebrachten Antrag auf Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung wurde von der Antragstellerin nachweislich eine Pauschalgebühr in Höhe von Euro 1.600,-- entrichtet. Wie sich aus dem Spruchpunkt römisch eins.1 des gegenständlichen Bescheides ergibt, wurde der Antrag der Antragstellerin zurückgewiesen. Es kann daher nicht von einem "teilweisen Obsiegen" der Antragstellerin im Sinne von Paragraph 177, Absatz 5, leg.cit. ausgegangen werden, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war.

1. 3.Ziffer 3

Zu Spruchpunkt II.:Zu Spruchpunkt römisch zwei.:

Gemäß § 162 Abs. 2 Z 2 BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig. Gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig.

§ 174 Abs. 1 leg.cit. bestimmt, dass das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene

Entscheidung eines Auftraggebers unter Bedachtnahme auf die allenfalls in derselben Sache ergangene Empfehlung eines Schlichtungssenates der Bundes-Vergabekontrollkommission mit Bescheid für nichtig zu erklären hat, wenn sie Paragraph 174, Absatz eins, leg.cit. bestimmt, dass das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers unter Bedachtnahme auf die allenfalls in derselben Sache ergangene Empfehlung eines Schlichtungssenates der Bundes-Vergabekontrollkommission mit Bescheid für nichtig zu erklären hat, wenn sie

1. 1.Ziffer eins

im Widerspruch zu Bestimmungen dieses Bundesgesetzes oder der

hierzu erlassenen Verordnungen steht und

1. 2.Ziffer 2

für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss

ist.

Gemäß § 167 Abs. 1 Z 5 leg.cit. hat ein Antrag gemäß § 165 Abs. 2 oder 4 ein bestimmtes Begehren zu enthalten. Gemäß Paragraph 167, Absatz eins, Ziffer 5, leg.cit. hat ein Antrag gemäß Paragraph 165, Absatz 2, oder 4 ein bestimmtes Begehren zu enthalten.

Die Regelung des § 167 Abs. 1 Z 5 BVergG, wonach der Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren ein bestimmtes Begehren zu enthalten hat, wäre überflüssig, wenn das Bundesvergabeamt daran nicht gebunden wäre. Eine rechtliche Grundlage für ein amtswegiges Umdeuten eines von vornherein verfehlten Begehrens lässt sich aus dem Gesetz nicht ableiten (VwGH 30.6.2004, 2004/04/0028; 24.1.2001, 2001/04/0004). Bei antragsbedürftigen Verwaltungsakten ist es unzulässig, entgegen dem erklärten Willen der Partei, ihrem Begehren eine Deutung zu geben, die aus dem Wortlaut nicht unmittelbar erschlossen werden kann, mag auch das Begehren, so wie es gestellt worden ist, von vornherein aussichtslos oder gar unzulässig sein (VwGH 20.10.2004, 2004/04/0105). Die Regelung des Paragraph 167, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG, wonach der Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren ein bestimmtes Begehren zu enthalten hat, wäre überflüssig, wenn das Bundesvergabeamt daran nicht gebunden wäre. Eine rechtliche Grundlage für ein amtswegiges Umdeuten eines von vornherein verfehlten Begehrens lässt sich aus dem Gesetz nicht ableiten (VwGH 30.6.2004, 2004/04/0028; 24.1.2001, 2001/04/0004). Bei antragsbedürftigen Verwaltungsakten ist es unzulässig, entgegen dem erklärten Willen der Partei, ihrem Begehren eine Deutung zu geben, die aus dem Wortlaut nicht unmittelbar erschlossen werden kann, mag auch das Begehren, so wie es gestellt worden ist, von vornherein aussichtslos oder gar unzulässig sein (VwGH 20.10.2004, 2004/04/0105).

Die Antragstellerin stellte in ihrem Schriftsatz vom 20.1.2006 das Begehren, "das Bundesvergabeamt möge den Antrag der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Zuschlagserteilung" als unbegründet abweisen. Begehrt wurde somit ausdrücklich die Abweisung des Antrags der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Zuschlagserteilung.

Das vor der Zuschlagserteilung gestellte Begehren, den Antrag der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Zuschlagserteilung als unbegründet abzuweisen, kann nicht in ein zulässiges Begehren umgedeutet werden, zumal der Antrag der Antragstellerin nicht auf die Nichtigerklärung der Zuschlagserteilung sondern auf die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung gerichtet ist.

Innerhalb des Anwendungsbereichs des BVergG besteht zwischen dem "Zuschlag" (§ 20 Z 41 BVergG) und der "Zuschlagsentscheidung" (§ 20 Z 42 leg. cit.) ein wesentlicher Unterschied. Nur die Zuschlagsentscheidung ist eine gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers, die einer Überprüfung im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens zugänglich ist. Beruft sich der Antragsteller in seinem Begehren ausdrücklich auf den "Zuschlag", so kann nicht zum Zweck der Erhaltung der Zulässigkeit des Antrages eine Umdeutung in "Zuschlagsentscheidung" erfolgen. Innerhalb des Anwendungsbereichs des BVergG besteht zwischen dem "Zuschlag" (Paragraph 20, Ziffer 41, BVergG) und der "Zuschlagsentscheidung" (Paragraph 20, Ziffer 42, leg. cit.) ein wesentlicher Unterschied. Nur die Zuschlagsentscheidung ist eine gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers, die einer Überprüfung im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens zugänglich ist. Beruft sich der Antragsteller in seinem Begehren ausdrücklich auf den "Zuschlag", so kann nicht zum Zweck der Erhaltung der Zulässigkeit des Antrages eine Umdeutung in "Zuschlagsentscheidung" erfolgen.

In seinem Erkenntnis vom 30.6.2004, 2004/04/0028, sprach der VwGH aus, dass sich der Antragsteller bei seinem

Begehren, die Zuschlagsentscheidung für rechtswidrig (anstatt für nichtig) zu erklären, lediglich im Ausdruck vergriffen habe. Im Falle dieses Erkenntnisses stand jedoch das Objekt, auf das sich das Begehren richten sollte, nämlich die Zuschlagsentscheidung, außer Zweifel. Der vorliegende Sachverhalt ist somit mit jenem, dem obgenannten Erkenntnis zugrundeliegenden Sachverhalt, nicht vergleichbar. Der vorliegende Sachverhalt entspricht vielmehr jenem Sachverhalt, der dem bereits erwähnten Erkenntnis des VwGH vom 24.1.2001, 2001/04/0004, zugrundelag, sodass eine Umdeutung des verfehlten Begehrens unzulässig ist.

Es handelt sich hierbei auch nicht um einen Mangel des Anbringens, der nach § 13 Abs. 3 AVG einer Verbesserung durch die Behörde zuzuleiten wäre, da ein Antrag gestellt wurde, dem es an der gesetzlichen Grundlage mangelt. Auf dem Boden des Beschwerdevorbringens war daher der Antrag als unzulässig zurückzuweisen. Es handelt sich hierbei auch nicht um einen Mangel des Anbringens, der nach Paragraph 13, Absatz 3, AVG einer Verbesserung durch die Behörde zuzuleiten wäre, da ein Antrag gestellt wurde, dem es an der gesetzlichen Grundlage mangelt. Auf dem Boden des Beschwerdevorbringens war daher der Antrag als unzulässig zurückzuweisen.

Dokumentnummer

VERGT_20060215_07N_05_06_34_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