

**Entscheidende Behörde**

Bundesvergabeamt

**Entscheidungsdatum**

06.06.2008

**Geschäftszahl**

N/0054-BVA/13/2008-26

**Text****BESCHIED**

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13 Mag. Thomas Gruber sowie Mag. Maria Muntner als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Verena Becker als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren „Impfstoff gegen Rotaviren“, Zl. 32-GFP-64.21/08, der Auftraggeberin Republik Österreich, Bundesministerium für Gesundheit, Familie und Jugend, Radetzkystraße 2, 1030 Wien, vertreten durch den Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, Kundmangasse 21, 1030 Wien, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund der Anträge der A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, vom 15. Mai 2008, wie folgt entschieden:

**I.**

Der Antrag "die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 2.5. 2008, dem Angebot der B\*\*\* für die Lieferung von Rotavirus-Impfstoff zur Immunisierung von 30.000 Kindern im 2. Halbjahr 2008 zuschlagen zu wollen" für nichtig zu erklären wird gemäß § 320 BVergG 2006 abgewiesen.

**II.**

Der Antrag gerichtet auf Gebührenersatz wird gemäß § 319 BVergG 2006 abgewiesen.

**Begründung****Vorbringen der Parteien**

Mit Schreiben vom 15. Mai 2008, beim BVA eingelangt am 16. Mai 2008, begehrte die Antragstellerin folgendes:

„Das Bundesvergabeamt möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung

- a) die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 2.5. 2008, dem Angebot der B\*\*\* für die Lieferung von Rotavirus-Impfstoff zur Immunisierung von 30.000 Kindern im 2. Halbjahr 2008 zuschlagen zu wollen, für nichtig erklären; und
- b) gemäß § 319 BVergG 2006 aussprechen, dass die von der Antragstellerin ordnungsgemäß entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von € 2.080,- (Beilage ./D) für den Nachprüfungsantrag und Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu Händen der Rechtsvertretung der Antragstellerin binnen 14 Tagen (§ 19a RAO) zu ersetzen ist."

Begründend hat die Antragstellerin im Schreiben vom 15. Mai 2008 im Wesentlichen ausgeführt: Der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger führe im Auftrag des Bundesministeriums für Gesundheit, Familie und Jugend ein Vergabeverfahren zur Beschaffung eines Impfstoffes gegen Rotaviren im Rahmen des Kinderimpfprogrammes 2008 durch. Die Antragstellerin habe sich an diesem Vergabeverfahren durch Angebotslegung beteiligt. Die Angebotsfrist habe am 28. April 2008 geendet. Am selben Tag sei die Angebotsöffnung erfolgt.

Die Antragstellerin habe mit Nachprüfungsantrag vom 18. April 2008 die Ausschreibung angefochten, da rechtswidrigerweise das Billigstbieterprinzip zur Anwendung komme. Dieses Verfahren sei beim BVA zur Zahl N/0048-BVA/13/2008 protokolliert worden.

Am 2. Mai 2008 sei der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung zugunsten der B\*\*\* mitgeteilt worden. Diese Zuschlagsentscheidung erweise sich insofern als rechtswidrig, als sie auf rechtswidrigen Festlegungen der Ausschreibung basiere. Die Wahl des Billigstbieterprinzips sei nur dann zulässig, wenn der Qualitätsstandard einer Leistung klar und eindeutig beschreibbar sei. Die Qualität müsse diesfalls so vorgegeben sein, dass nur hinsichtlich des Preises ein Spielraum bestehe. Nach den Materialien zum BVergG 2006 sei das Billigstbieterprinzip dann unzulässig, wenn Folgekosten berücksichtigt würden. Im vorliegenden Fall habe die Auftraggeberin neben dem niedrigsten Preis auch auf Distributionskosten in Höhe von € 12,50 abgestellt. Dabei handle es sich um Folgekosten, sodass sich schon aus den eigenen Festlegungen der Auftraggeberin die Unzulässigkeit des Billigstbieterprinzips zeige. Durch die Bestimmung über die Distributionskosten sollten zufolge der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens N/0048-BVA/13/2008 die Gesamtkosten des Impfprogramms vergleichbar werden. Dies sei aber aufgrund der unterschiedlichen Schutzraten und der nachgewiesenen Schutzdauer und damit einhergehender unterschiedlicher Krankheitsfolgekosten gerade nicht gewährleistet.

Bei Impfstoffen handle es sich um nicht standardisierte, komplexe Produkte, die sich ua durch die Schutzdauer, die Schutzrate, die Verträglichkeit, die Darreichungsform und die Immunogenität unterscheiden würden. Die hier vorliegenden beiden Impfstoffe würden unterschiedliche Qualitätsniveaus aufweisen, sodass die Angabe eines Mindeststandards (hier: Zulassung des Impfstoffs in Österreich) nicht ausreiche, um vergleichbare Angebote sicherzustellen. Das Zuschlagsmodell „Billigstbieterprinzip“ komme daher bei der Beschaffung von Impfstoffen, die keinen völlig identischen Qualitätsstandard aufweisen, nicht in Frage. Zusammenfassend seien die Ausschreibungsunterlagen und damit auch die Zuschlagsentscheidung auf Grundlage des festgelegten Billigstbieterprinzips als rechtswidrig zu qualifizieren.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem subjektiven Recht auf rechtskonforme, nicht diskriminierende Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen, auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens und in ihrem subjektiven Recht auf Zuschlagserteilung verletzt.

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

1.920.000,- welcher im Wege eines offenen Verfahrens nach dem Billigstbieterprinzip durchgeführt werde. Die Angebotsöffnung sei am 28. April 2008 erfolgt. Die Zuschlagsentscheidung sei den Bietern am 2. Mai 2008 nachweislich per Telefax zugestellt worden.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 21. Mai 2008, GZ N/0054- BVA/13/2008-9EV, wurde der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum Ablauf des 27. Juni 2008, untersagt, den Zuschlag zu erteilen.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 23. Mai 2008 führte diese im Detail aus, warum die Wahl des Billigstbieterprinzips zu Recht erfolgte.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 26. Mai 2008, N/0048- BVA/13/2008-14, wurde der Antrag der A\*\*\* die Ausschreibungsunterlagen der Antragsgegnerin im Vergabeverfahren „Impfstoff gegen Rotaviren“ Zl. 32-GFP-64.21/08, in eventu Punkt 1.22 Ausschreibungsunterlagen der Antragsgegnerin im Vergabeverfahren „Impfstoff gegen Rotaviren“ Zl. 32- GFP-64.21/08 für nichtig zu erklären, abgewiesen.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 27. Mai 2008 stellte diese den Antrag auf Aufhebung des Bescheides vom 21. Mai 2008, GZ N/0054- BVA/13/2008-9EV.

Mit Schreiben der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin B\*\*\* vom 30. Mai 2008 erhob diese begründete Einwendungen gegen die von der Antragstellerin begehrte Entscheidung und beantragte die Zurück- in eventu Abweisung des Antrages der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung.

Mit Schreiben der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin vom 3. Juni 2008 stellte diese den Antrag auf Aufhebung des Bescheides vom 21. Mai 2008, GZ N/0054-BVA/13/2008-9EV.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 4. Juni 2008 erläuterte diese erneut ihren Standpunkt zur Frage der Unzulässigkeit der Wahl des Billigstbieterprinzips.

Am 6. Juni 2008 hat darüber im Bundesvergabeamt eine mündliche Verhandlung stattgefunden.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

#### Sachverhalt

Wie sich aus den von der Auftraggeberin vorgelegten Vergabeverfahrensakt sowie den Schriftsätzen der Auftraggeberin ergibt, hat die Republik Österreich, Bundesministerium für Gesundheit, Familie und Jugend, vertreten durch den Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, zur Beschaffung von Impfstoffen gegen Rotaviren einen Lieferauftrag im Wege eines offenen Verfahrens mit einem geschätzten Auftragswert von € 1.920.000,- ohne USt – somit im Oberschwellenbereich - nach dem "Billigstbieterprinzip" ausgeschrieben. Gegenstand des Vergabeverfahrens ist die Lieferung und Distribution von Rotavirus-Impfstoff im Rahmen der von Bund, Ländern und Sozialversicherung gemeinsam getragene Kinderimpfprogramms für das Jahr 2008 (Punkt 1.2. der Ausschreibungsunterlagen). Sowohl die Antragstellerin als auch die B\*\*\* haben ein Angebot gelegt. Am 28. April 2008 ist die Angebotsöffnung erfolgt. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 2. Mai 2008 hat die Auftraggeberin eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B\*\*\* beiden Bietern bekannt gegeben.

#### Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung vom 2. Mai 2008 mit der Begründung, dass diese Zuschlagsentscheidung auf rechtswidrigen Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage basiere. Da die Ausschreibungsunterlage aufgrund der unzulässigen Anwendung des "Billigstbieterprinzips" rechtswidrig sei, sei in weiterer Folge auch die Zuschlagsentscheidung vom 2. Mai 2008 rechtswidrig.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 26. Mai 2008, N/0048- BVA/13/2008-14, wurde zur gegenständlichen Ausschreibungsunterlage und zur Frage der Zulässigkeit der Anwendung des "Billigstbieterprinzips" in dieser unter anderem ausgeführt:

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

Da somit das Bundesvergabeamt mit Bescheid vom 26. Mai 2008, N/0048- BVA/13/2008-14, (inzwischen) klargestellt hat, dass die gegenständliche Ausschreibungsunterlage aufgrund der Anwendung des Billigstbieterprinzips nicht rechtswidrig ist, ist eine Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung vom 2. Mai 2008 aufgrund der von der Antragstellerin behaupteten unzulässigen Anwendung des "Billigstbieterprinzips" in der Ausschreibungsunterlage nicht gegeben.

#### Ersatz der Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin

§ 319 BVergG 2006 lautet:

#### Gebührenersatz

§ 319. (1) Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

- (2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn
1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
  2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.
- (3) Über den Gebührenersatz hat das Bundesvergabeamt spätestens drei Wochen ab jenem Zeitpunkt zu entscheiden, ab dem feststeht, dass ein Anspruch auf Gebührenersatz besteht.

Da zwar dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 21. Mai 2008, GZ N/0054- BVA/13/2008-9EV, stattgegeben, jedoch dem Hauptantrag nicht stattgegeben wurde und die Antragstellerin auch nicht klaglos gestellt wurde, war der Antrag auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG abzuweisen.