

TE Bvwg Erkenntnis 2014/2/5 W123 2000167-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 05.02.2014

Entscheidungsdatum

05.02.2014

Norm

BVergG 2006 §138 Abs1

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §325 Abs1

BVergG 2006 §96 Abs1

B-VG Art.133 Abs4

1. BVergG 2006 § 138 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 96 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. B-VG Art. 133 heute

2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018

4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

Spruch

W123 2000167-1/33E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michael ETLINGER als Vorsitzenden sowie die Beisitzer Dr. Friedlich RÖDLER als Mitglied Auftraggeberseite und Mag. Hagen PLEILE als Mitglied der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung Lieferung von Trinknahrung (Lose 1 - 3)" der Auftraggeber 1. Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), Ghegastraße 1, 1030 Wien, 2. Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergau (VAEB), Linke Wienzeile 48-52, 1060 Wien, 3. Versicherungsanstalt öffentlicher Bediensteter (BVA), Josefstädter Straße 80, 1080 Wien, 4. Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK), Esterhazyplatz 3, 7000 Eisenstadt, und 5. Krankenfürsorgeanstalt der Bediensteten der Stadt Wien (KFA), Schlesingerplatz 5, 1080 Wien, alle vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH, Gauermannngasse 2, 1010 Wien, über die Anträge der XXXX, vertreten durch Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH, Schuberting 6, 1010 Wien, vom 30. Oktober 2013 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michael ETLINGER als Vorsitzenden sowie die Beisitzer Dr. Friedlich RÖDLER als Mitglied Auftraggeberseite und Mag. Hagen PLEILE als Mitglied der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung Lieferung von Trinknahrung (Lose 1 - 3)" der Auftraggeber 1. Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), Ghegastraße 1, 1030 Wien, 2. Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergau (VAEB), Linke Wienzeile 48-52, 1060 Wien, 3. Versicherungsanstalt öffentlicher Bediensteter (BVA), Josefstädter Straße 80, 1080 Wien, 4. Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK), Esterhazyplatz 3, 7000 Eisenstadt, und 5. Krankenfürsorgeanstalt der Bediensteten der Stadt Wien (KFA), Schlesingerplatz 5, 1080 Wien, alle vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH, Gauermannngasse 2, 1010 Wien, über die Anträge der römisch 40, vertreten durch Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH, Schuberting 6, 1010 Wien, vom 30. Oktober 2013 zu Recht erkannt:

A.

I. Dem Antrag, die Ausschreibung "Rahmenvereinbarung Lieferung von Trinknahrung" der Auftraggeber für nichtig zu erklären, wird stattgegeben. römisch eins. Dem Antrag, die Ausschreibung "Rahmenvereinbarung Lieferung von Trinknahrung" der Auftraggeber für nichtig zu erklären, wird stattgegeben.

Die Ausschreibung "Rahmenvereinbarung Lieferung von Trinknahrung (Lose 1 - 3)" wird für nichtig erklärt.

Rechtsgrundlage: §§ 19 Abs 1, 96 Abs 1, 138 Abs 1, 312 Abs 2 Z 2, 320 Abs 1 iVm 325 Abs 1 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraphen 19, Absatz eins, 96, Absatz eins, 138, Absatz eins, 312, Absatz 2, Ziffer 2, 320, Absatz eins, in Verbindung mit 325 Absatz eins, BVergG 2006

II. Dem Antrag, den Auftraggebern aufzutragen, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag bzw. für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu bezahlen, wird stattgegeben. römisch zwei. Dem Antrag, den Auftraggebern aufzutragen, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag bzw. für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu bezahlen, wird stattgegeben.

Die Auftraggeber sind verpflichtet, der Antragstellerin zu Händen ihrer rechtsfreundlichen Vertretung die für den Nachprüfungsantrag sowie den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren von insgesamt € 750,00 (= reduzierte Gebühren gemäß BVA-GebV 2012 für die Anfechtung der Ausschreibung) binnen 14 Tagen ab Zustellung des Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG 2006

B.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang

Die Antragstellerin stellte am 30. Oktober 2013, beim (damals zuständigen) Bundesvergabeamt eingelangt am 31. Oktober 2013, die im Spruch ersichtlichen Begehren und brachte insbesondere vor, dass das Zuschlagskriterium "Preis" diskriminierend sei: Bei der Bewertung des angebotenen Preises für die Produkte in den Positionen I.1 bis I.6 des Produktkataloges werde auf die "Energiedichte" abgestellt. Bei der Bewertung des Preises für die Transportdienstleistung werde hingegen nicht mehr auf die Energiedichte, sondern auf bestimmte fixe "Gewichtsklassen" abgestellt. Durch die gegenständliche Regelung des Zuschlagskriteriums "Preis" bzw. "Teilpreises Transportkosten" werde aber außer Acht gelassen, dass das Gewicht der zu transportierenden Trinknahrung unmittelbar von der angebotenen Energiedichte abhängig sei und damit auch Niederschlag in der Bewertung der Transportkosten finden müsse. Sei in einem angebotenen Produkt mehr Energie enthalten (weise es also eine höhere Energiedichte auf), seien weniger Transporte nötig, als bei einem Produkt, das weniger Energie enthalte. Dieser Vorteil könne aber nicht ausgepreist werden, da der Mengenvordersatz samt Gewichtsklassen fix vorgegeben sei. Die Antragstellerin stellte am 30. Oktober 2013, beim (damals zuständigen) Bundesvergabeamt eingelangt am 31. Oktober 2013, die im Spruch ersichtlichen Begehren und brachte insbesondere vor, dass das Zuschlagskriterium "Preis" diskriminierend sei: Bei der Bewertung des angebotenen Preises für die Produkte in den Positionen römisch eins.1 bis römisch eins.6 des Produktkataloges werde auf die "Energiedichte" abgestellt. Bei der Bewertung des Preises für die Transportdienstleistung werde hingegen nicht mehr auf die Energiedichte, sondern auf bestimmte fixe "Gewichtsklassen" abgestellt. Durch die gegenständliche Regelung des Zuschlagskriteriums "Preis" bzw. "Teilpreises Transportkosten" werde aber außer Acht gelassen, dass das Gewicht der zu transportierenden Trinknahrung unmittelbar von der angebotenen Energiedichte abhängig sei und damit auch Niederschlag in der Bewertung der Transportkosten finden müsse. Sei in einem angebotenen Produkt mehr Energie enthalten (weise es also eine höhere Energiedichte auf), seien weniger Transporte nötig, als bei einem Produkt, das weniger Energie enthalte. Dieser Vorteil könne aber nicht ausgepreist werden, da der Mengenvordersatz samt Gewichtsklassen fix vorgegeben sei.

Die Auftraggeber erstatteten am 12. November 2013 eine Stellungnahme zum gesamten Antragsvorbringen und brachten zunächst Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages vor, da dieser verspätet eingebracht worden sei. Im Folgenden traten sie den Behauptungen der Antragstellerin entgegen: Die Antragstellerin ignoriere beim Zuschlagskriterium "Preis", dass ein Paketdienstleister regelmäßig nur auf das Gewicht, nicht aber auf den Inhalt eines Paketes abstelle. Daher werde hinsichtlich des Entgelts für die Transportdienstleistung richtigerweise auf das Gewicht der Pakete abgestellt. Zum einem würde es den Bietern freistehen, ob sie - mit allen Vor- und Nachteilen - hochkalorische oder weniger hochkalorische Trinknahrung anbieten, zum anderen könnten die Bieter die Kosten der drei Paketgrößen selbständig kalkulieren und anbieten.

Mit Schriftsatz vom 21. November 2013 erstattete die Antragstellerin eine Replik zur Stellungnahme des Auftraggebers vom 12. November 2013. Zum Zuschlagskriterium "Preis" führte die Antragstellerin aus, dass die verfahrensgegenständliche Ausschreibung keine Dienstleistungen im Postwesen betreffen würde. Daher sei die Transportkostenkalkulation der Österreichischen Post AG irrelevant. Zudem würde die Antragstellerin weder das Gewicht der Pakete, noch die Gewichtsklassen monieren. Vielmehr werde die Vergaberechtswidrigkeit des starr vorgegebenen Mengenvordersatzes pro Gewichtsklasse (Anzahl der Lieferungen) vorgebracht. Dies könne an einem einfachen Beispiel veranschaulicht werden: Wenn der Bieter etwa aufgrund der höheren Energiedichte der angebotenen Trinknahrung um 1.000 Kartons weniger liefern müsse, dann sollte auch der Angebotspreis um 1.000 Kartons weniger betragen. Der starre und fix vorgegebene Mengenvordersatz zwingt die Bieter aber zur falschen Preiskalkulation.

Die Antragstellerin erstattete am 16. Dezember 2013 einen weiteren Schriftsatz und legte mit diesem ein Gutachten von Univ. Prof. XXXX vor. Ob mit einem Produkt von höherer Energiedichte ein längeres Auslangen gefunden werde

könne, sei eine medizinische (und keine betriebswirtschaftliche) Frage, die nur ein entsprechender medizinischer Sachverständiger beantworten könne. In der Stellungnahme von Univ. Prof. XXXX werde bestätigt, dass mit ärztlicher Verordnung genau festgelegt werde, wie viel der ausgewählten Trinknahrung täglich einzunehmen sei, um den erforderlichen Energie- bzw. Nährstoffbedarf in Form von Trinknahrung zu decken. Basierend auf diesem individuellen Energie- bzw. Nährstoffbedarf wähle ein Arzt eine bestimmte Trinknahrung des (von der Sozialversicherung ausgewählten Herstellers/Lieferanten) und verordne mit ärztlicher Verordnung eine bestimmte erforderliche Menge an Regionalpackungen. Weiters werde in der gutachterlichen Stellungnahme bestätigt, dass ein Patient mit einem Produkt von höherer Energiedichte länger versorgt werden könne, als mit einem Produkt mit niedriger Energiedichte. Daraus folge aber, dass für ein Produkt mit höherer Energiedichte weniger Transporte erforderlich seien, als für ein Produkt mit niedrigerer Energiedichte. Die Auftraggeber würden behaupten, dass die Anzahl der Fahrten immer gleich sei, egal ob es sich um ein Produkt mit hoher Energiedichte oder niedriger Energiedichte handle. Das sei unrichtig: Die Auftraggeber würden in ihrer Fragebeantwortung 1, Antwort 11, selbst zugestehen, dass einem Patienten bei höherer Energiedichte eines Produktes ein entsprechend niedrigeres Volumen an Trinknahrung zugeführt werden müsse, um die gleiche vom Patienten benötigte Energiezufuhr zu bewirken. Dies heiße - im Hinblick auf den Transport - aber nichts anderes, als dass für ein Produkt mit höherer Energiedichte weniger Transporte erforderlich seien, als für ein Produkt mit niedriger Energiedichte. Je höher der Energiegehalt eines Produktes sei, desto weniger Menge an Trinknahrung müsse einem Patienten zugeführt werden und desto weniger Transporte seien erforderlich. Zum seitens der Auftraggeber im Rahmen des Schlichtungsgesprächs vorgelegten Rechenbeispiel sei festzuhalten, dass sämtliche Lieferanten keine einzelnen Flaschen liefern würden, sondern nur normierte Kartons, wobei jeder Normkarton 24 Flaschen à 200 ml enthalten würde. Relevant für die Kalkulation sei daher nicht das Gewicht der Flaschen oder der einzelnen Kartons (alle Lieferanten würden einen Karton mit 24 Flaschen à 200 ml liefern); relevant sei vielmehr, dass im Unterschied zu Produkten mit niedrigerer Energiedichte bei Produkten mit höherer Energiedichte ein längeres Auskommen gefunden werde und daher insgesamt weniger Transporte erforderlich seien. Unrichtig sei weiters die Behauptung der Auftraggeber, dass ein Arzt einem Patient eine Trinkflasche pro Tag verordne. Wie sich aus der gutachterlichen Stellungnahme ergebe, verordne ein Arzt exakt, welche Menge (kcal) an Trinknahrung ein Patient zu sich nehmen müsse/dürfe. Die ärztliche Verordnung erfolge dabei abhängig von den zuzuführenden Kalorien und der jeweiligen Verbrauchsmenge. Die Antragstellerin erstattete am 16. Dezember 2013 einen weiteren Schriftsatz und legte mit diesem ein Gutachten von Univ. Prof. römisch 40 vor. Ob mit einem Produkt von höherer Energiedichte ein längeres Auslangen gefunden werde könne, sei eine medizinische (und keine betriebswirtschaftliche) Frage, die nur ein entsprechender medizinischer Sachverständiger beantworten könne. In der Stellungnahme von Univ. Prof. römisch 40 werde bestätigt, dass mit ärztlicher Verordnung genau festgelegt werde, wie viel der ausgewählten Trinknahrung täglich einzunehmen sei, um den erforderlichen Energie- bzw. Nährstoffbedarf in Form von Trinknahrung zu decken. Basierend auf diesem individuellen Energie- bzw. Nährstoffbedarf wähle ein Arzt eine bestimmte Trinknahrung des (von der Sozialversicherung ausgewählten Herstellers/Lieferanten) und verordne mit ärztlicher Verordnung eine bestimmte erforderliche Menge an Regionalpackungen. Weiters werde in der gutachterlichen Stellungnahme bestätigt, dass ein Patient mit einem Produkt von höherer Energiedichte länger versorgt werden könne, als mit einem Produkt mit niedriger Energiedichte. Daraus folge aber, dass für ein Produkt mit höherer Energiedichte weniger Transporte erforderlich seien, als für ein Produkt mit niedrigerer Energiedichte. Die Auftraggeber würden behaupten, dass die Anzahl der Fahrten immer gleich sei, egal ob es sich um ein Produkt mit hoher Energiedichte oder niedriger Energiedichte handle. Das sei unrichtig: Die Auftraggeber würden in ihrer Fragebeantwortung 1, Antwort 11, selbst zugestehen, dass einem Patienten bei höherer Energiedichte eines Produktes ein entsprechend niedrigeres Volumen an Trinknahrung zugeführt werden müsse, um die gleiche vom Patienten benötigte Energiezufuhr zu bewirken. Dies heiße - im Hinblick auf den Transport - aber nichts anderes, als dass für ein Produkt mit höherer Energiedichte weniger Transporte erforderlich seien, als für ein Produkt mit niedriger Energiedichte. Je höher der Energiegehalt eines Produktes sei, desto weniger Menge an Trinknahrung müsse einem Patienten zugeführt werden und desto weniger Transporte seien erforderlich. Zum seitens der Auftraggeber im Rahmen des Schlichtungsgesprächs vorgelegten Rechenbeispiel sei festzuhalten, dass sämtliche Lieferanten keine einzelnen Flaschen liefern würden, sondern nur normierte Kartons, wobei jeder Normkarton 24 Flaschen à 200 ml enthalten würde. Relevant für die Kalkulation sei daher nicht das Gewicht der Flaschen oder der einzelnen Kartons (alle Lieferanten würden einen Karton mit 24 Flaschen à 200 ml liefern); relevant sei vielmehr, dass im Unterschied zu Produkten mit niedrigerer Energiedichte bei Produkten mit höherer Energiedichte ein längeres Auskommen gefunden werde und daher insgesamt weniger

Transporte erforderlich seien. Unrichtig sei weiters die Behauptung der Auftraggeber, dass ein Arzt einem Patient eine Trinkflasche pro Tag verordne. Wie sich aus der gutachterlichen Stellungnahme ergebe, verordne ein Arzt exakt, welche Menge (kcal) an Trinknahrung ein Patient zu sich nehmen müsse/dürfe. Die ärztliche Verordnung erfolge dabei abhängig von den zuzuführenden Kalorien und der jeweiligen Verbrauchsmenge.

Am 9. Dezember 2013 forderte das Bundesvergabeamt die Auftraggeber auf, zu nachfolgenden Punkten Stellung zu nehmen:

1. Geben sie die Grundlagen für die Erfahrungswerte bekannt, die in Punkt 3.2.2 (Transportleistung) der Ausschreibungsunterlagen der Anzahl der Lieferungen (bis 10 kg - 1.255 Lieferung; 20 kg - 285 Lieferung; 31,2 kg - 103 Lieferungen) zugrunde gelegt wurden.
2. Geben sie außerdem die diesen Lieferungen zugrundeliegenden Energiedichte-Werte bekannt.
3. Welche Unternehmen wurden bei den Lieferungen berücksichtigt?

Die Auftraggeber nahmen am 18. Dezember 2013 zu den Fragen des Bundesvergabeamtes Stellung und führten aus, dass die Werte in Bezug auf das Jahr 2014 nur die Qualität von Schätzungen hätten, weil es innerhalb dieses Zeitraums notwendigerweise zu Fluktuationen bei den Anspruchsberechtigten komme, aber auch die Produktpalette Änderungen erfahren könne. Den Zahlen des Jahres 2012 liege die tatsächliche Verteilung zwischen mehreren Produkten des Jahres 2012 zu Grunde. Durch die gegenständliche Ausschreibung werde es notwendigerweise nur einen Bestbieter geben, dessen Produkte zum Einsatz kommen würden. Dies könne daher zu einer Erhöhung oder Verringerung des benötigten Volumens an Trinknahrung führen, je nachdem, ob die angebotenen Produkte des Bestbieters mehr oder weniger Kaloriengehalt als der Durchschnitt der bisher bezogenen Produkte hätten. Aus der Anlage 2 ergebe sich, dass die 1.415 Patienten insgesamt 4.428 Lieferungen, durchschnittlich daher 3,13 Lieferungen pro Patient erhalten hätten. Eine Packung enthalte durchschnittlich 4,6 Liter. Da jeder Patient durchschnittlich 27,04 Liter erhalten habe und durchschnittlich 3,13 Lieferungen, enthielte eine Lieferung durchschnittlich 8,64 Liter bzw. umfasste durchschnittlich 1,88 Kartons. Tatsächlich seien einzelne Lieferungen, insbesondere zu Pflegeheimen, größer als der Durchschnitt gewesen und hätten auch nicht nur 3,13 Lieferungen pro Jahr, sondern monatliche Lieferungen erhalten. Wenn beispielsweise jenes Unternehmen erfolgreich sei, das schon bislang Liter an Produkten mit einer hohen Energiedichte von 2,0 geliefert habe, ändere sich bezüglich dieses Volumens gar nichts. Damit sei die These der Antragstellerin, dass sich bei Einsatz eines energiereicheren Produktes die Anzahl der Lieferungen verringere oder bei Einsatz eines energieärmeren Produktes die Anzahl der Lieferungen vermehre, widerlegt. Die vielen Patienten, die bislang nur eine Lieferung erhalten hätten, würden auch bei einem energiereicheren Produkt jedenfalls eine Lieferung erhalten, möge dies auch etwas weniger Volumen beinhalten. Patienten, die bislang zwei oder drei Lieferungen erhalten hätten, würden nach der Umstellung auch künftig diese Anzahl erhalten. Pflegeheime, die bislang mit großen Mengen monatlich beliefert worden seien, würden wohl auch künftig monatlich beliefert werden, möge auch die Menge etwas reduziert sein. Daher haben die Auftraggeber in einer Durchschnittsbetrachtung davon ausgehen dürfen, dass sich bei Einsatz energiereicherer oder energieärmerer Produkte nicht die Anzahl der Lieferungen, sondern nur das durchschnittliche Gewicht pro Lieferung ändere.

Die Antragstellerin erstattete zu den Fragebeantwortungen der Auftraggeber am 16. Jänner 2014 eine Stellungnahme. Die Auftraggeber würden selbst zugestehen, dass die Menge an benötigter Trinknahrung vom Kaloriengehalt des jeweiligen Produkts abhängig sei. Umso weniger nachvollziehbar sei es, dass die Auftraggeber in der Folge behaupten würden, dass dieser Unterschied keine Auswirkungen auf die Anzahl der Lieferungen bzw. Transporte und damit auf die Transportkosten hätte. Es würde gerade keine fixe Anzahl an Lieferungen vereinbart; vielmehr würden die Lieferungen selbstverständlich immer abhängig vom konkreten Bedarf des Patienten (wenn er also die vorhergehende Lieferung aufgebraucht habe) erfolgen und seien sohin von der Energiedichte abhängig. Die unterschiedliche Energiedichte würde zudem eine unterschiedliche Lieferhäufigkeit bedingen. Entgegen der Berechnung der Auftraggeber erhalte ein Patient tatsächlich eben nicht 1,88 Kartons pro Monat (wovon die Auftraggeber in ihrer Berechnung aber offenbar ausgehen). Vielmehr erhalte ein Patient selbstverständlich nur "ganze Karton", also Verpackungseinheiten zu je 24 Flaschen; immer wenn einer dieser Kartons entsprechend dem konkret ärztlich verordneten Nahrungsbedarf verbraucht sei, erhalte der Patient einen (ganzen) neuen Karton. In der Realität werde der Patient folglich nicht gleichhäufig mit unterschiedlichen Mengen beliefert, sondern mit gleichbleibenden Mengen (Verpackungseinheiten) in unterschiedlicher Häufigkeit. Weiters sei die Behauptung der Auftraggeber, dass "sich gar

nichts ändere", wenn die bisherigen Lieferanten den Auftrag gewinnen würden, nicht nachvollziehbar. Dies könnte ausschließlich dann zutreffen, wenn das Ergebnis der Ausschreibung exakt die derzeitigen Lieferanteile der aktuellen Lieferanten widerspiegeln würde. Es müsste sohin jeder Bieter im Rahmen der Ausschreibung exakt jenes "Lieferkontingent" gewinnen (und das noch mit dem gleichen Produkt), das er vor der Ausschreibung geliefert habe. Das sei aufgrund des Abschlusses der Rahmenvereinbarungen mit lediglich einer Partei je Los jedoch schon denklogisch vollkommen ausgeschlossen.

Die Auftraggeber erstatten am 28. Jänner 2014 eine Stellungnahme und brachten zu Punkt "Verordnung durch den behandelnden Arzt" vor, dass wesentlich sei, dass Lieferungen nur auf Basis von Verordnungen erfolgen dürften bzw. die Kosten vom Sozialversicherungsträger nur übernommen würden, wenn eine entsprechende ärztliche Verordnung vorliege, und dass diese Verordnung regelmäßig ca. einen Monatsbedarf decke. Zu Punkt "Einfluss der Energiedichte auf die Verbrauchsmenge" führten sie aus, dass ein Patient bei der Verwendung eines Produktes mit einer Energiedichte von 1,5 kcal/ml, das in 200 ml Flaschen abgepackt sei, täglich 1,33 Flaschen bzw. 4 Flaschen innerhalb von drei Tagen benötige. Dies sei unbestritten. Unbestritten sei auch, dass ein Patient bei einem Tagesbedarf von 400 kcal in einem Karton mit 24 Flaschen mit je 300 kcal Kaloriengehalt 18 Tage auskommen werde. Daraus folge, dass der behandelnde Arzt einem Patient mit einem täglichen Energiebedarf von 400 kcal bei einer Bezugsdauer von 12 Monaten bei Verwendung eines Produktes mit 2 kcal/ml 360 Flaschen verordnen werde, was bei Kartons mit je 24 Flaschen 15 Kartons ausmache. Demnach werde der Arzt 3 Mal zwei Kartons und 9 Mal einen Karton (insgesamt 15 Kartons) verordnen. Bei Verwendung eines Produktes mit 1,5 kcal/ml benötige der Patient 480 Flaschen. 480 Flaschen seien in 20 Kartons abgepackt. Daher werde der Arzt 8 Mal 2 Kartons und 4 Mal einen Karton (insgesamt 20 Kartons) verordnen. Dies führe aber nicht zu einer größeren Anzahl von Zustellungen, sondern nur dazu, dass im zweiten Fall 5 Mal öfter zwei Kartons statt einem Karton zugestellt werden müssten. Keineswegs werde diesem Patienten 15 Mal (2 kcal/ml) oder 20 Mal (1,5 kcal/ml) jeweils nur ein einziger Karton verordnet und zugestellt werden, sondern es bleibe bei einer Verordnung und Zustellung pro Monat. Die Prämisse der Antragstellerin, quasi Normpatienten zu unterstellen, die jeweils 12 Monate pro Jahr Trinknahrung beziehen würden, sei völlig unzutreffend. Auch aus diesem Grunde sei eine Veränderung der Häufigkeit von Zustellungen - einmal abgesehen davon, dass die Ärzte weiterhin regelmäßig monatlich verordnen würden -, nicht zu erwarten und durfte von den Antraggeberinnen zu Recht die Häufigkeit auf Basis der Echtzahlen des Jahres 2012 unterstellt werden. Entscheidend sei, dass nicht der Lieferant darüber entscheiden könne, wie oft und für welchen Zeitraum der behandelnde Arzt verordne. Daher könne der Lieferant auch nicht über die Lieferhäufigkeit entscheiden und allenfalls Optimierungen vornehmen. Weder könne er, um Transportkosten zu sparen, entscheiden, dass er allen Patienten jeweils den Bedarf für mehrere Monate auf einmal liefere, noch könne er entscheiden, dass er jeden Karton einzeln ausliefere, um beispielsweise mehr Zustellungen verrechnen zu können. Da der Bieter die Häufigkeit der Transporte daher nicht beeinflussen könne, ist einer aus einer geringeren Anzahl von Transporten entstehender Preisvorteil hypothetisch, unter den gegebenen Voraussetzungen aber nicht real erzielbar. Für alle Bieter gelte, gleich welche Produkte sie anbieten würden, dass die Häufigkeit der jeweiligen Zustellungen von den Verordnungen der behandelnden Ärzte abhängen und für alle Bieter in der Ausschreibung bekannt gegeben worden seien.

Die Antragstellerin erstattete am 29. Jänner 2014 eine Replik und führte aus, dass bereits aufgrund der Formulierung "ca." klar sei, dass ein exakter Monatsbedarf eines Patienten nicht verordnet bzw. nicht geliefert werden könne. Der konkrete Monatsbedarf eines Patienten hänge von seinem individuellen Energiebedarf ab. Die Auftraggeber würden in der Stellungnahme (entgegen ihren Ausführungen in den vorhergehenden Stellungnahmen) selbst zugestehen, dass immer nur ganze Kartons ausgeliefert würden und diese stets eine fixe Bestückung (Anzahl an Flaschen) aufweisen würden. Der fix vorgegebene Inhalt der Flaschen, die in einer fixen Anzahl an Flaschen je Karton nur in ganzen Kartons ausgeliefert würden, könne daher niemals exakt dem Bedarf eines Patienten für genau ein Monat entsprechen. Die Behauptung einer monatlichen Belieferung sei auch bereits deshalb abwegig, weil dann jeder Patient immer genau nach Ablauf eines Monats zum Arzt gehen müsste und eine neue Verordnung beantragen müsste (und der Arzt dann wiederum genau bis zum Monatsletzten die Trinknahrung verordnen müsste). Genau diese Abweichung sei jedoch der wesentliche Kostenvorteil, den die Antragstellerin als Anbieter von Produkten mit hoher Energiedichte in wesentlichen Positionen aufgrund der diskriminierenden Mengenvordersätze bei den Transportkosten nicht nützen könne. In Realität würden folglich die Hersteller von Produkten mit niedrigerer Energiedichte höhere Transportkosten abrechnen, als dies im Preisblatt abgebildet worden sei. Richtig sei, dass nicht der Lieferant darüber entscheide, wie oft und für welchen Zeitraum geliefert werde, sondern der verordnende Arzt. Genau aus diesem Grund ist jedoch die

Behauptung der Auftraggeber falsch, dass die Lieferhäufigkeit in der Ausschreibung bekannt gegeben worden wäre. Die Lieferhäufigkeit hänge von dem individuellen Bedarf des Patienten ab, der ausschließlich vom behandelnden Arzt verordnet werde - weder der Lieferant noch die Auftraggeber hätten darauf Einfluss, welche Menge an Originalpackungen in welcher Häufigkeit verordnet werde. Daraus folge klar, dass die Auftraggeber keinen Einfluss auf die Lieferhäufigkeit hätten und die Festlegung der Mengenvordersätze an der Realität vorbeigehend und diskriminierend erfolgt sei. Aus der Berechnung der Auftraggeber ergebe sich, dass sich ein Hersteller eines Produkts mit höherer Energiedichte gegenüber einem Hersteller eines Produktes mit niedrigerer Energiedichte jede zweite Lieferung sparen würde (oder er liefere monatlich und falle dann in die niedrigere Gewichtsklasse). Das Rechenbeispiel der Auftraggeber belege sohin deutlich den Standpunkt der Antragstellerin, wonach Hersteller mit einem Produkt mit höherer Energiedichte seltener liefern müssten (und daher geringere Transportkosten anfallen würden).

Am 30. Jänner 2014 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt. Die Auftraggeber brachten vor, dass typischerweise der behandelnde Arzt die monatliche Liefermenge entsprechend dem konkreten Bedarf der Patienten verordne. Dieser könne auch quartalsmäßig verordnet werden. Im Anhang 2 der Ausschreibung werde in etwa die Verteilung (Anzahl der Patienten und Lieferung) dargelegt. Im Anhang 2 seien jedoch nicht kcal/kg abgebildet. Ein Bieter, der höhere kcal/kg anbiete, werde nicht benachteiligt, weil die Anzahl der Lieferungen gleich bleibe. Die Antragstellerin führte aus, dass die Daten, die im Schriftsatz vom 18.12.2013 von den Auftraggebern vorgelegt worden seien (Energiedichtewerte vom Jahr 2012), nicht in der Ausschreibungsunterlage enthalten gewesen seien. Es sei auch nicht in der Ausschreibungsunterlage bekannt gegeben worden, dass die Mengenvordersätze für die Transportleistung offenbar auf die Mindestenergiewerte herunter gerechnet worden seien. Jedenfalls stammten die Daten nicht von allen Auftraggebern, sondern nur von einigen. Verwiesen wurde diesbezüglich auf die Stellungnahme der Auftraggeber vom 18.12.2013, wo ausgeführt werde, dass die Verteilung auch auf die anderen SV-Träger (Antragsgegnerinnen) hochgerechnet worden seien. Im Übrigen sei selbstverständlich die Anzahl der vom Auftragnehmer tatsächlich auszuführenden Lieferungen relevant für die Kalkulation des Angebotspreises. Unterschiedliche Energiegehalte würden eine unterschiedliche Anzahl von Lieferungen bedingen. Die Auftraggeber brachten ergänzend vor, dass der Produktkatalog (Anlage 1) auf den Gesamtzahlen sämtlicher Träger beruhe und im Produktkatalog die Mengen entsprechend den Energiegehalt der jeweiligen Produkte so umgerechnet worden sei, dass die ausgeschriebenen Mengen gemäß Produktkatalog mit dem angegebenen Mindestenergiegehalt abgestimmt seien. Zum Vorhalt, dass es derzeit keine gelebte Praxis sei, dass die Patientenlieferungen in Pflegeheimen koordiniert würden, wiesen die Auftraggeber daraufhin, dass bislang unterschiedliche Produkte von unterschiedlichen Lieferanten geliefert worden seien und erst aufgrund der gegenständlichen Ausschreibung eine solche Koordinierung möglich sein werde. Die Auftraggeber hätten aufgrund ihrer Möglichkeit, Verschreibungen zu bewilligen durchaus auch die Möglichkeit, auf einen monatlichen Lieferrhythmus hinzuwirken.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen: römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen (Sachverhalt):

Die Auftraggeber haben das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung Lieferung von Trinknahrung" als Lieferauftrag im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich erfolgte am 30.9.2013, die EU-weite am 1.10.2013. Zur Anwendung sollte das Bestbieterprinzip gelangen. Das Ende der Angebotsfrist war mit 7.11.2013 festgelegt.

Die Ausschreibungsbedingungen der Ausschreibungsunterlage lauten auszugsweise:

1.16 Zuschlagskriterien

Die Wahl für den Zuschlag fällt je Los auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot und folgt somit dem Bestbieterprinzip. Insgesamt werden für jedes Los 100 Punkte vergeben. Der Bestbieter wird entsprechend den nachstehenden Zuschlagskriterien ermittelt. Den Zuschlag erhält pro Los jener Bieter, der die höchste Gesamtpunkteanzahl aus den Zuschlagskriterien erreicht. Die Zuschlagskriterien gelten gleichermaßen für alle 3i Lose.

Folgende Zuschlagskriterien mit den entsprechenden Punktezuweisungen werden herangezogen:

1.16.1 Preis (86 Punkte)

Der Nettogesamtpreis pro Los wird 86 Punkten bewertet. Die Transportdienstleistung ist für die einzelnen Gewichtskategorien gesondert auszureisen. Für Zwecke der Bewertung und Ermittlung des Bestbieters wird bei den

angebotenen Produkten der in der jeweiligen Position angegebene Jahresbedarf in Liter mit der in der Spalte Mindestenergiegedichte angegebenen Mindestenergiegedichte multipliziert und mit der jeweiligen Energiegedichte des in der jeweiligen Position angebotenen Produkts dividiert. Der aufgrund dieser Rechenoperation revidierte Jahresbedarf wird mit dem Preis pro Liter multipliziert. Dies ergibt den Positionspreis in Euro. Die Transportdienstleistung ist mit Einheitspreisen pro vorgegebener Gewichtskategorie auszureisen. Die Positionspreise im Summenblatt ergeben für jedes Los aufsummiert den Nettogesamtpreis.

Die Bewertung des Kriteriums "Preis" erfolgt so, dass das Angebot mit dem niedrigsten Nettogesamtpreis die Punktzahl von 86 erhält, die nachfolgenden Angebote erhalten proportional weniger Punkte nach der Formel:

$$\frac{\text{niedrigster Preis}}{\text{angebotener Preis}} \times 86$$

86 _____

angebotener Preis

[...]

3.2.2 Transportdienstleistung

Die Trinknahrung ist an die im Abruf bekanntgegebenen Wohnadressen der Anspruchsberechtigten zuzustellen (siehe dazu näher Punkt 2.4 der Vertragsbedingungen).

Eine regionale Aufteilung der bisherigen Zustelladressen und der Häufigkeit der Zustellungen ist für die Lose 1 bis 3 dem Anhang 2 zu entnehmen. Es wird darauf hingewiesen, dass es sich bei diesen statistischen Daten naturgemäß um vergangenheitsbezogene, veränderliche Daten handelt. Erfahrungsgemäß kommt es aufgrund von Neuerkrankungen und Todesfällen zu einer Fluktuation, deren regionale Verteilung aber im Rahmen des statistisch Erwartbaren liegt.

Es gibt drei Gewichtsklassen, die gesondert auszureisen sind, nämlich Pakete bis 10 kg, bis 20 kg und bis 31,5 kg. Für jedes Los ist die Zustellung innerhalb dieses Loses als Einheitspreis anzubieten. Mit den angebotenen Einheitspreisen sind alle mit der Transportdienstleistung verbundenen Zuschläge und Gebühren wie z.B. Dieseltreibstoffzuschlag und Mautgebühren abgegolten. Für Zwecke der Bewertung wird der angebotene Einheitspreis mit jener Anzahl von Zustellungen multipliziert, die den Auftraggebern aufgrund statischer Auswertungen bisherige Gewichtsverteilungen realistisch erscheint. Dieser Multiplikationsfaktor ist im Folgenden angegeben.

Zu Punkt 1.16.1 der Ausschreibungsunterlagen wurde folgende Frage gestellt:

Gemäß Punkt 1.16.1 Ausschreibungsunterlagen wird das Zuschlagskriterium "Preis" festgelegt. Bei der Bewertung des angebotenen Preises für die Produkte in den Positionen 1.1-1.6. des Produktkataloges wird auf die Energiegedichte abgestellt. Eine Aufgliederung des Preises in Produkt und Transport ist u.E. nicht möglich.

Auf welche Weise wird die unterschiedliche Energiegedichte beim Angebotspreisbestandteil für die Transportdienstleistung berücksichtigt?

Antwort 4 der Fragebeantwortung lautet:

Wie aus dem Summenblatt (Seite 31 der Ausschreibungsunterlage) erkennbar, fließen je Los in den Gesamtpreis NETTO zwei Positionen ein, nämlich die Positionssummen 1.1 - 1.6 aus dem Produktkatalog und die Summe Transportdienstleistung.

Die Transportdienstleistung ist mit Einheitspreisen pro vorgegebener Gewichtskategorie auszureisen (Punkt 1.16.1 Satz 6 der Ausschreibungsunterlage). Die Energiegedichte hat daher für den Preis der Transportdienstleistung keine Relevanz. Die Abrechnung erfolgt nach tatsächlichem Aufwand.

Punkt 11 der Fragebeantwortung 1 lautet:

Ein Bieter stellt bezogen auf Punkt 1.16 Zuschlagskriterien zwar keine Frage, erblickt aber in der Formel für die Preisumrechnung eine unsachliche Benachteiligung.

Er geht von dem Fall aus, dass ein Unternehmer aufgrund der Spezifikationen im Leistungsverzeichnis unter Punkt 1.2 nur ein Produkt mit einer Energiegedichte von 1,5 anbieten könne. Gehe man davon aus, dass dieses Produkt zu einem Preis EUR 1,- angeboten werde, so ergebe sich für einen Mitbewerber, der ein Produkt mit einer Energiegedichte von 2

anbieten könne, ein Angebotspreis von EUR 67.613,-. Rechne man hingegen mit einer Energiedichte von 1,5, betrage der Angebotspreis EUR 90.150,-. Es entstehe somit eine Differenz von EUR 22.537,- somit fast ein 1/3 des Gesamtumsatzes der Position 1.2 in den drei Losen.

Dies sei unsachlich und diskriminierend.

Antwort 11 der Fragebeantwortung lautet:

Diesem Vorhalt ist entgegenzuhalten, dass eine höhere Energiedichte auch einen entsprechend höheren Preis pro Volumen rechtfertigt, weil dem Patienten ein entsprechend niedrigeres Volumen an Trinknahrung zugeführt zu werden braucht, um die gleiche, vom Patienten benötigte Energiezufuhr zu bewirken.

Wenn daher ein Produkt einen um 33,33% höheren Energiegehalt pro Volumeneinheit hat und auch um 33,33% pro Volumeneinheit teurer ist, ist der Preis pro Energieeinheit gleich und das ist auch sachgerecht.

Beispiel: Wenn man mit dem Beispiel des Interessenten davon ausgeht, dass ein Patient einen durch zusätzliche Trinknahrung abzudeckenden Energiebedarf von 6 hat und ein Produkt A mit einem Energiegehalt von 2 EUR 1,- kostet, dann benötigt dieser Patient drei Produkte, es entstehen Kosten von EUR 3,- zur Abdeckung des Energiebedarfs. Von einem anderen Produkt B mit einem Energiegehalt von 1,5 werden hingegen vier Produkte benötigt, um den Energiebedarf von 6 zu decken. Kostengleichheit besteht, wenn diese 4 Produkte B jeweils EUR 0,75 kosten. Dann entstehen auch bei Verwendung des Produkts B Kosten von EUR 3,-, um den Energiebedarf von 6 zu decken.

Dies erscheint sachgerecht, weshalb sich die Auftraggeber nicht veranlasst sehen, diesbezüglich eine Änderung vorzunehmen.

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den vorgelegten Unterlagen bzw. Schriftsätze der Parteien. Es haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A.

3.1. Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I 2013/33 i.d.F. BGBl. I 2013/122, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß 3.1. Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. römisch eins 2013/33 in der Fassung BGBl. römisch eins 2013/122, geregelt (Paragraph eins, leg.cit.). Gemäß

§ 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft. Paragraph 58, Absatz 2, VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte. Gemäß Paragraph 17, VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, Bundesgesetzblatt Nr. 194 aus 1961,, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, Bundesgesetzblatt Nr. 173 aus 1950,, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, Bundesgesetzblatt Nr. 29 aus 1984,, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl. I Nr. 10/2012 wurde mit BGBl. I Nr. 128/2013, kundgemacht am 11.7.2013, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der in der genannten Novelle im § 345

Abs.17 Z 3 angeführten Bestimmungen - mit dem der Kundmachung folgenden Tag, somit am 12.7.2013, in Kraft getreten. Gemäß § 345 Abs.17 Z 2 BVergG idgF sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 128/2013 beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Das Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013,, kundgemacht am 11.7.2013, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der in der genannten Novelle im Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 3, angeführten Bestimmungen - mit dem der Kundmachung folgenden Tag, somit am 12.7.2013, in Kraft getreten. Gemäß Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 2, BVergG idgF sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen.

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Gemäß § 292 Abs 1 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des Paragraph 291,, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten.

Gemäß § 345 Abs 17 Z 3 BVergG tritt ua der der 4. Teil samt Überschrift am 1. Jänner 2014 in Kraft. Gemäß Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 3, BVergG tritt ua der der 4. Teil samt Überschrift am 1. Jänner 2014 in Kraft.

Gemäß § 345 Abs 17 Z 4 BVergG beginnen die im Zeitpunkt des Inkrafttretens gemäß § 345 Abs 17 Z 3 BVergG laufenden Entscheidungsfristen nach dem 4. Teil des BVergG in Verfahren vor dem Bundesvergabeamt, deren Zuständigkeit zur Weiterführung gemäß Art 151 Abs 51 Z 8 B-VG mit Ablauf des 31. Dezember 2013 auf das Bundesverwaltungsgericht übergeht, mit 1. Jänner 2014 neu zu laufen. Gemäß Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 4, BVergG beginnen die im Zeitpunkt des Inkrafttretens gemäß Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 3, BVergG laufenden Entscheidungsfristen nach dem 4. Teil des BVergG in Verfahren vor dem Bundesvergabeamt, deren Zuständigkeit zur Weiterführung gemäß Artikel 151, Absatz 51, Ziffer 8, B-VG mit Ablauf des 31. Dezember 2013 auf das Bundesverwaltungsgericht übergeht, mit 1. Jänner 2014 neu zu laufen.

3.2. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgericht und Zulässigkeit des Antrage

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG sind die Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), 2. Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergau (VAEB), 3. Versicherungsanstalt öffentlicher Bediensteter (BVA), 4. Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK) und 5. Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG sind die Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), 2. Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergau (VAEB), 3. Versicherungsanstalt öffentlicher Bediensteter (BVA), 4. Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK) und 5.

Krankenfürsorgeanstalt der Bediensteten der Stadt Wien (KFA). Diese sind öffentliche Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (BVA 5.11.2012, N/0090-BVA/12/2012-18). Der gegenständliche Auftrag ist als Lieferauftrag iSv § 5 BVergG zu qualifizieren. Nach den Angaben des Auftraggebers überschreitet der geschätzte Auftragswert den relevanten Schwellenwert, sodass es sich gemäß § 12 Abs 1 Z 2 BVergG um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt. Krankenfürsorgeanstalt der Bediensteten der Stadt Wien (KFA). Diese sind öffentliche Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (BVA 5.11.2012, N/0090-BVA/12/2012-18). Der gegenständliche Auftrag ist als Lieferauftrag iSv Paragraph 5, BVergG zu qualifizieren. Nach den Angaben des Auftraggebers überschreitet der geschätzte Auftragswert den relevanten Schwellenwert, sodass es sich gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG.

Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

Zur Behauptung der Auftraggeber, wonach der Nachprüfungsantrag verspätet eingebracht worden sei, ist auf Folgendes hinzuweisen:

Nach § 321 Abs 4 erster Satz BVergG können Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibung sowie der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages über die in den Abs. 1 und 2 genannten Zeiträume hinaus bis spätestens sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist, der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten oder der Teilnahmefrist eingebracht werden, sofern diese Frist mehr als 17 Tage beträgt. Gegenständlich war die Angebotsfrist mit 7.11.2013 festgelegt. Der Antrag wurde per Mail am 30. Oktober 2013 beim Bundesvergabeamt eingebracht, jedoch erst am 31. Oktober 2013 (nach den Amtsstunden der damals zuständigen Behörde) als eingelangt protokolliert. Bei den Fristen im Nachprüfungsverfahren handelt es sich um verfahrensrechtliche Fristen iSd § 32 f AVG. Entscheidend ist somit nicht das Einlangen bei der zuständigen Behörde, sondern das Einbringen durch den Antragsteller. Am 30. Oktober 2013 war die 7-tägige Anfechtungsfrist jedenfalls noch offen, weshalb der Antrag rechtzeitig gestellt worden ist. Nach Paragraph 321, Absatz 4, erster Satz BVergG können Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibung sowie der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages über die in den Absatz eins und 2 genannten Zeiträume hinaus bis spätestens sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist, der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten oder der Teilnahmefrist eingebracht werden, sofern diese Frist mehr als 17 Tage beträgt. Gegenständlich war die Angebotsfrist mit 7.11.2013 festgelegt. Der Antrag wurde per Mail am 30. Oktober 2013 beim Bundesvergabeamt eingebracht, jedoch erst am 31. Oktober 2013 (nach den Amtsstunden der damals zuständigen Behörde) als eingelangt protokolliert. Bei den Fristen im Nachprüfungsverfahren handelt es sich um verfahrensrechtliche Fristen iSd Paragraph 32, f AVG. Entscheidend ist somit nicht das Einlangen bei der zuständigen Behörde, sondern das Einbringen durch den Antragsteller. Am 30. Oktober 2013 war die 7-tägige Anfechtungsfrist jedenfalls noch offen, weshalb der Antrag rechtzeitig gestellt worden ist.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass der Antrag zulässig ist. Ein sonstiger Grund für die Unzulässigkeit iSv § 322 Abs 2 BVergG liegt nicht vor. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass der Antrag zulässig ist. Ein sonstiger Grund für die Unzulässigkeit iSv Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt nicht vor. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

3.3. Inhaltliche Beurteilung

Zu Spruchpunkt A.I.:

Gemäß § 19 Abs 1 BVergG sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs unter Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs unter Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Gemäß § 96 Abs 1 BVergG sind die Leistungen bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung so eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist. Zweck einer detaillierten Leistungsbeschreibung ist es, die aufgrund der Ausschreibung einlangenden Angebote vergleichen und daraus das beste Angebot auswählen zu können. Dies setzt voraus, dass die Leistung für die Bieter kalkulierbar ist. Die Planung muss daher vor der Ausschreibung so weit abgeschlossen sei, dass Inhalt und Umfang der Leistung genau beurteilt werden können (RV 1171 BlgNR 22. GP 74 f). Gemäß Paragraph 96, Absatz eins, BVergG sind die Leistungen bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung so eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist. Zweck einer detaillierten Leistungsbeschreibung ist es, die aufgrund der Ausschreibung

einlangenden Angebote vergleichen und daraus das beste Angebot auswählen zu können. Dies setzt voraus, dass die Leistung für die Bieter kalkulierbar ist. Die Planung muss daher vor der Ausschreibung so weit abgeschlossen sei, dass Inhalt und Umfang der Leistung genau beurteilt werden können Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 74 f).

Der Grundsatz der vollständigen Beschreibung der Leistung bedeutet, dass den Bietern keine unzumutbaren Risiken bei der Erstellung der Angebote zu übertragen sind und die Vergleichbarkeit der Angebote im Hinblick auf den Auftragsgegenstand zu gewährleisten ist. Das bedeutet, dass beim offenen und beim nichtoffenen Verfahren die Beschreibung der Leistung so vollständig sein muss, dass zwar Aufklärung zu den Angeboten zulässig ist, hingegen Verhandlungen über den Leistungsgegenstand oder den Preis nicht notwendig und auch nicht zulässig sind (Pachner/Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg.), § 96 Rz 15). Der Grundsatz der vollständigen Beschreibung der Leistung bedeutet, dass den Bietern keine unzumutbaren Risiken bei der Erstellung der Angebote zu übertragen sind und die Vergleichbarkeit der Angebote im Hinblick auf den Auftragsgegenstand zu gewährleisten ist. Das bedeutet, dass beim offenen und beim nichtoffenen Verfahren die Beschreibung der Leistung so vollständig sein muss, dass zwar Aufklärung zu den Angeboten zulässig ist, hingegen Verhandlungen über den Leistungsgegenstand oder den Preis nicht notwendig und auch nicht zulässig sind (Pachner/Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg.), Paragraph 96, Rz 15).

Leistungen sind eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben. Dies soll dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter zum Durchbruch verhelfen, indem jeder Bieter in die Lage versetzt wird, alleine aufgrund der Angaben in der Leistungsbeschreibung und ohne zusätzlichen Informationen ein technisch und wirtschaftlich optimales Angebot zu legen (Hörmandinger in Gast (Hrsg.), BVergG-Leitsatzkommentar, E 4 zu § 96). Liegt keine neutrale und eindeutige Leistungsbeschreibung vor, so ist mit Widerruf der Ausschreibung seitens des Auftraggebers vorzugehen (Hörmandinger in Gast, E 11 zu § 96). Leistungen sind eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben. Dies soll dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter zum Durchbruch verhelfen, indem jeder Bieter in die Lage versetzt wird, alleine aufgrund der Angaben in der Leistungsbeschreibung und ohne zusätzlichen Informationen ein technisch und wirtschaftlich optimales Angebot zu legen (Hörmandinger in Gast (Hrsg.), BVergG-Leitsatzkommentar, E 4 zu Paragraph 96,). Liegt keine neutrale und eindeutige Leistungsbeschreibung vor, so ist mit Widerruf der Ausschreibung seitens des Auftraggebers vorzugehen (Hörmandinger in Gast, E 11 zu Paragraph 96,).

Gemäß § 138 Abs 1 BVergG ist ein Vergabeverfahren vor Ablauf der Angebotsfrist zu widerrufen, wenn Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten. Die Materialien führen zu dieser Bestimmung aus, dass auch ein rechtswidriges Zuschlagskriterium unter den Tatbestand des Abs 1 fallen kann, da durch ein entsprechendes Erkenntnis einer Vergabekontrollbehörde oder des EuGH nachträglich ein Umstand bekannt wird (nämlich der Umstand, dass ein bestimmtes Kriterium rechtswidrig ist), der die Ausschreibung zumindest in dieser Form ausgeschlossen hätte (RV 1171 BlgNR 22. GP 89). Gemäß Paragraph 138, Absatz eins, BVergG ist ein Vergabeverfahren vor Ablauf der Angebotsfrist zu widerrufen, wenn Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten. Die Materialien führen zu dieser Bestimmung aus, dass auch ein rechtswidriges Zuschlagskriterium unter den Tatbestand des Absatz eins, fallen kann, da durch ein entsprechendes Erkenntnis einer Vergabekontrollbehörde oder des EuGH nachträglich ein Umstand bekannt wird (nämlich der Umstand, dass ein bestimmtes Kriterium rechtswidrig ist), der die Ausschreibung zumindest in dieser Form ausgeschlossen hätte Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 89).

Die Antragstellerin bringt im Wesentlichen vor, dass bei der Bewertung des angebotenen Preises für die Produkte in den Positionen

1.1 bis 1.6 des Produktkataloges auf die "Energiedichte" abgestellt werde, nicht mehr hingegen bei der Bewertung des Preises für die Transportdienstleistung, sondern auf bestimmte fixe "Gewichtsklassen". "Hauptproblem" für die Antragstellerin seien daher die unter Punkt 3.3.2 der Ausschreibung fix vorgegebenen Mengenvordersätze. Ferner wies die Antragstellerin wiederholt darauf hin, dass ein Patient mit einem Produkt von höherer Energiedichte länger versorgt werden könne, als mit einem Produkt von niedriger Energiedichte. Daraus folge, dass für ein Produkt mit höherer Energiedichte weniger Transporte erforderlich seien, als für ein Produkt mit niedrigerer Energiedichte.

Das Vorbringen der Antragstellerin stellt sich für den Senat im Ergebnis als plausibel und nachvollziehbar dar. Dies aus nachfolgenden Erwägungen:

Zunächst ist festzuhalten, dass sich die seitens der Auftraggeber in den Schriftsätzen erteilten Auskünfte hinsichtlich "Anzahl der Lieferungen" nicht in abschließender Weise in den Ausschreibungsbedingungen wiederfinden. So behaupten die Auftraggeber in der Stellungnahme vom 28. Jänner 2014, dass "die Häufigkeit der jeweiligen Zustellungen von den Verordnungen der behandelnden Ärzte abhängt und für alle Bieter in der Ausschreibung bekannt gegeben wurden". Ferner wiesen sie in dieser Stellungnahme darauf hin, dass (offenbar) stets nur eine Verordnung und Zustellung pro Monat erfolgen soll. Dies steht jedoch im Widerspruch zu den Ausführungen vom 18. Dezember 2013, wonach zwar die Pflegeheime monatlich beliefert würden, offenbar aber die übrigen Patienten nur 3,13 Lieferungen pro Jahr erhalten sollen. Diese Widersprüche sind vor allem deshalb gravierend, da in der Ausschreibung keinerlei Regelungen über die Häufigkeit der Lieferungen (einmal pro Monat?) bekannt gemacht wurden. Da dies aber ein wesentlicher Punkt ist, entspricht die Ausschreibung schon aus diesem Grunde nicht dem Gebot der eindeutigen Leistungsbeschreibung iSd § 96 Abs 1 BVergG. Zunächst ist festzuhalten, dass sich die seitens der Auftraggeber in den Schriftsätzen erteilten Auskünfte hinsichtlich "Anzahl der Lieferungen" nicht in abschließender Weise in den Ausschreibungsbedingungen wiederfinden. So behaupten die Auftraggeber in der Stellungnahme vom 28. Jänner 2014, dass "die Häufigkeit der jeweiligen Zustellungen von den Verordnungen der behandelnden Ärzte abhängt und für alle Bieter in der Ausschreibung bekannt gegeben wurden". Ferner wiesen sie in dieser Stellungnahme darauf hin, dass (offenbar) stets nur eine Verordnung und Zustellung pro Monat erfolgen soll. Dies steht jedoch im Widerspruch zu den Ausführungen vom 18. Dezember 2013, wonach zwar die Pflegeheime monatlich beliefert würden, offenbar aber die übrigen Patienten nur 3,13 Lieferungen pro Jahr erhalten sollen. Diese Widersprüche sind vor allem deshalb gravierend, da in der Ausschreibung keinerlei Regelungen über die Häufigkeit der Lieferungen (einmal pro Monat?) bekannt gemacht wurden. Da dies aber ein wesentlicher Punkt ist, entspricht die Ausschreibung schon aus diesem Grunde nicht dem Gebot der eindeutigen Leistungsbeschreibung iSd Paragraph 96, Absatz eins, BVergG.

Aber auch das Vorbringen der Antragstellerin zum Zuschlagskriterium "Preis" (iVm Punkt 3.3.2 "Transportdienstleistung") konnten die Auftraggeber nicht plausibel und nachvollziehbar entkräften. Zunächst bestätigen die Auftraggeber in der Fragebeantwortung 1, dass die Transportleistung mit Einheitspreisen pro vorgegebener Gewichtskategorie auszupreisen seien und die Energiedichte für den Preis der Transportdienstleistungen keine Relevanz habe, da die Abrechnung nach tatsächlichem Aufwand erfolge. Dann wiederum gestehen sie in Antwort 11 der Fragebeantwortung 1 zu, dass eine höhere Energiedichte auch einen entsprechend höheren Preis pro Volumen rechtfertige, weil dem Patienten ein entsprechend niedrigeres Volumen an Trinknahrung zugeführt zu werden braucht, um die gleiche, vom Patienten benötigte Energiezufuhr zu bewirken. Ebenso halten sie in der Beantwortung zur Frage 1 des Bundesvergabeamtes abschließend fest, dass es durch die gegenständliche Ausschreibung "notwendigerweise" nur einen Bestbieter geben werde, dessen Produkte zum Einsatz kommen würden. Dies könne daher zu einer Erhöhung oder Verringerung des benötigten Volumens an Trinknahrung führen, je nachdem, ob die angebotenen Produkte des Bestbieters mehr oder weniger Kaloriengehalt als der Durchschnitt der bisher bezogenen Produkte hätten. Schließlich bestätigen sie indirekt den Hauptvorwurf der Antragstellerin, wonach für ein Produkt mit höherer Energiedichte weniger Transporte erforderlich seien als für ein Produkt mit niedrigerer Energiedichte, wenn sie in ihrem Schriftsatz vom 29. Jänner 2014 zum "Einfluss der Energiedichte auf die Verbrauchsmenge" anhand eines Beispiels ausführen, dass bei Verwendung eines Produktes mit 1,5 kcal/ml dem Patienten 20 Kartons geliefert werden müssten, hingegen bei Verwendung eines Produktes mit 2 kcal/ml insgesamt 15 Kartons zuzustellen seien (siehe dazu auch die nachvollziehbaren Ausführungen der Antragstellerin in der Replik vom 29. Jänner 2014, Rz 2.5). Aber auch das Vorbringen der Antragstellerin zum Zuschlagskriterium "Preis" in Verbindung mit Punkt 3.3.2 "Transportdienstleistung") konnten die Auftraggeber nicht plausibel und nachvollziehbar entkräften. Zunächst bestätigen die Auftraggeber in der Fragebeantwortung 1, dass die Transportleistung mit Einheitspreisen pro vorgegebener Gewichtskategorie auszupreisen seien und die Energiedichte für den Preis der Transportdienstleistungen keine Relevanz habe, da die Abrechnung nach tatsächlichem Aufwand erfolge. Dann wiederum gestehen sie in Antwort 11 der Fragebeantwortung 1 zu, dass eine höhere Energiedichte auch einen entsprechend höheren Preis pro Volumen rechtfertige, weil dem Patienten ein entsprechend niedrigeres Volumen an Trinknahrung zugeführt zu werden braucht, um die gleiche, vom Patienten benötigte Energiezufuhr zu bewirken. Ebenso halten sie in der Beantwortung zur Frage 1 des Bundesvergabeamtes abschließend fest, dass es durch die gegenständliche Ausschreibung "notwendigerweise" nur einen Bestbieter geben werde, dessen Produkte

zum Einsatz kommen würden. Dies könne daher zu einer Erhöhung oder Verringerung des benötigten Volumens an Trinknahrung führen, je nachdem, ob die angebotenen Produkte des Bestbieters mehr oder weniger Kaloriengehalt als der Durchschnitt der bisher bezogenen Produkte hätten. Schließlich bestätigen sie indirekt den Hauptvorwurf der Antragstellerin, wonach für ein Produkt mit höherer Energiedichte weniger Transporte erforderlich seien als für ein Produkt mit niedrigerer Energiedichte, wenn sie in ihrem Schriftsatz vom 29. Jänner 2014 zum "Einfluss der Energiedichte auf die Verbrauchsmenge" anhand eines Beispiels ausführen, dass bei Verwendung eines Produktes mit 1,5 kcal/ml dem Patienten 20 Kartons geliefert werden müssten, hingegen bei Verwendung eines Produktes mit 2 kcal/ml insgesamt 15 Kartons zuzustellen seien (siehe dazu auch die nachvollziehbaren Ausführungen der Antragstellerin in der Replik vom 29. Jänner 2014, Rz 2.5).

Die Auftraggeber konnten überdies das Vorbringen der Antragstellerin bezüglich Anzahl der Zustellungen nicht plausibel widerlegen. Sie vermeinen, dass eine Veränderung der Häufigkeit von Zustellungen nicht zu erwarten sei und daher zu Recht die Häufigkeit auf Basis der Echtzahlen des Jahres 2012 unterstellt werden hätte können. Entscheidend sei, dass nicht der Lieferant darüber entscheiden könne, wie oft und für welchen Zeitraum der behandelnde Arzt verordne. Da der Bieter die Häufigkeit der Transporte nicht beeinflussen könne, ist ein aus einer geringen Anzahl von Transporten entstehender Preisvorteil hypothetisch, unter den gegebenen Voraussetzungen aber nicht real erzielbar. Schon aus den vagen Formulierungen ("nicht zu erwarten" bzw. "hypothetisch" und "nicht real erzielbar") wird verdeutlicht, dass nicht allein aufgrund der Echtzahlen des Jahres 2012 ausgegangen werden kann. Vielmehr besteht eine (zumindest theoretische) Möglichkeit von Änderungen hinsichtlich Anzahl der Transporte. Das Vorbringen der Auftraggeber steht im Zusammenhang mit jener in der Stellungnahme vom 18. Dezember 2013, wonach sich in der Praxis für die bisherigen Lieferanten nichts ändern würde. Folgte man diesem Vorbringen, so müsste man die gesamte nunmehrige Ausschreibung in Zweifel ziehen. Dass eine Neuausschreibung (aufgeteilt in drei Lose mit je drei verschiedenen Bestbiestern) keine "Änderung" mit sich brächte, erscheint als nicht gerade realistisches Szenarium.

Im Übrigen ist eine weitere Diskrepanz zwischen Ausschreibung und nachträglichen Auskünften der Auftraggeber festzustellen. In der Antwort zur Frage 2 des Bundesvergabeamtes vom 18. Dezember 2013 gaben die Auftraggeber die Energiedichtewerte der Lieferungen im Jahr 2012 an. Zwar finden sich im Produktkatalog des Anhangs 1 eine vorgegebene Mindestenergiedichte (kcal/ml). Im Anhang 2, worauf sich die Anfrage des Bundesvergabeamtes bezog (Jahr 2012), sind jedoch die von den Auftraggebern nunmehr bekannt gegebenen Energiedichtewerte nicht ersichtlich. Anhang 2 gibt ausschließlich die Erfahrungswerte bezüglich Anzahl der Patienten und Lieferungen aus dem Jahr 2012 bekannt. Ein (offenkundig) wesentliches Kriterium, nämlich die Energiedichte, wurde den Bewerbern jedoch vorenthalten. Im Übrigen klaffen auch die vorgegebenen kcal/ml im Anhang 2 mit jenen in der Fragebeantwortung 2 (nachträglich bekannt) gegebenen auseinander. Finden sich doch darin auch deutlich höhere Werte als in jener des Produktkataloges. Auch aus diesem Grunde ist die Ausschreibung nicht eindeutig und vollständig beschrieben (siehe dazu auch die Ausführung der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 30. Jänner 2014).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die nicht vollständige Beschreibung der Leistung, vor allem aber die seitens der Antragstellerin aufgezeigte Problematik, nämlich der Nichtberücksichtigung der Energiedichte bei Bewertung des Preises hinsichtlich der Transportdienstleistung, den Grundsätzen der Transparenz und Gleichbehandlung iSv § 19 Abs 1 BVergG entgegensteht. Dass ein starr vorgegebener Mengenvordersatz (wie in Punkt 3.3.2 der Ausschreibung geregelt) hinsichtlich der Anzahl an Lieferungen die in der Praxis naturgemäß eintretenden unterschiedlichen Energiegehalte nicht berücksichtigen kann, liegt auf der Hand. Ein Produkt mit höherer Energiedichte erfordert (denklogischer Weise) weniger Transporte, als ein entsprechend niedrigeres Volumen an Trinknahrung. Dies wurde im Grundsatz auch von den Auftraggebern nicht bestritten. Die Regelung in Punkt 3.3.2 berücksichtigt diesen wesentlichen Aspekt aber nicht, weshalb es - im Falle der Beibehaltung dieser Regelungen in der Ausschreibung - zu spekulativer Preisgestaltung kommen könnte, der im Widerspruch zu § 19 Abs 1 BVergG steht. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die nicht vollständige Beschreibung der Leistung, vor allem aber die seitens der Antragstellerin aufgezeigte Problematik, nämlich der Nichtberücksichtigung der Energiedichte bei Bewertung des Preises hinsichtlich der Transportdienstleistung, den Grundsätzen der Transparenz und Gleichbehandlung iSv Paragraph 19, Absatz eins, BVergG entgegensteht. Dass ein starr vorgegebener Mengenvordersatz (wie in Punkt 3.3.2 der Ausschreibung geregelt) hinsichtlich der Anzahl an Lieferungen die in der Praxis naturgemäß eintretenden unterschiedlichen Energiegehalte nicht berücksichtigen kann, liegt auf der Hand. Ein Produkt mit höherer Energiedichte erfordert (denklogischer Weise) weniger Transporte, als ein entsprechend niedrigeres Volumen an Trinknahrung. Dies wurde im Grundsatz auch von

den Auftraggebern nicht bestritten. Die Regelung in Punkt 3.3.2 berücksichtigt diesen wesentlichen Aspekt aber nicht, weshalb es - im Falle der Beibehaltung dieser Regelungen in der Ausschreibung - zu spekulativer Preisgestaltung kommen könnte, der im Widerspruch zu Paragraph 19, Absatz eins, BVergG steht.

Die Antragstellerin beantragte die Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung. Wie bereits oben ausgeführt, ist ein rechtswidriges Zuschlagskriterium unter den Tatbestand des § 138 Abs 1 BVergG zu subsumieren, da durch eine entsprechende Entscheidung einer Vergabekontrollbehörde oder des EuGH nachträglich ein Umstand bekannt wird (nämlich der Umstand, dass ein bestimmtes Kriterium rechtswidrig ist), der die Ausschreibung zumindest in dieser Form ausgeschlossen hätte (Strobl in Gast, E 52 zu § 139). Die gegenständliche Ausschreibung ist somit gemäß § 138 Abs 1 BVergG zwingend zu widerrufen. Die Antragstellerin beantragte die Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung. Wie bereits oben ausgeführt, ist ein rechtswidriges Zuschlagskriterium unter den Tatbestand des Paragraph 138, Absatz eins, BVergG zu subsumieren, da durch eine entsprechende Entscheidung einer Vergabekontrollbehörde oder des EuGH nachträglich ein Umstand bekannt wird (nämlich der Umstand, dass ein bestimmtes Kriterium rechtswidrig ist), der die Ausschreibung zumindest in dieser Form ausgeschlossen hätte (Strobl in Gast, E 52 zu Paragraph 139,). Die gegenständliche Ausschreibung ist somit gemäß Paragraph 138, Absatz eins, BVergG zwingend zu widerrufen.

Gemäß § 325 Abs 1 BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs 1 Z 5 geltenden gemachten Recht verletzt (Z 1), und die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist (Z 2). Die Rechtswidrigkeit der gesondert anfechtbaren Entscheidung "Ausschreibung" wurde bereits aufgezeigt. Die Entscheidung ist aber auch für den weiteren Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss. Durch die Verpflichtung der Auftraggeber, das Vergabeverfahren zu widerrufen und (im Falle einer Neuausschreibung) insbesondere das Zuschlagskriterium "Preis" neu zu definieren, ist schon aus diesem Grunde ein anderer Ausgang möglich, weshalb die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären war. Gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, geltenden gemachten Recht verletzt (Ziffer eins,), und die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist (Ziffer 2,). Die Rechtswidrigkeit der gesondert anfechtbaren Entscheidung "Ausschreibung" wurde bereits aufgezeigt. Die Entscheidung ist aber auch für den weiteren Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss. Durch die Verpflichtung der Auftraggeber, das Vergabeverfahren zu widerrufen und (im Falle einer Neuausschreibung) insbesondere das Zuschlagskriterium "Preis" neu zu definieren, ist schon aus diesem Grunde ein anderer Ausgang möglich, weshalb die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären war.

Zu Spruchpunkt A.II.:

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Gemäß § 319 Abs 2 BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung 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.

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der gesetzlich geschuldeten Höhe tatsächlich bezahlt. Das Bundesvergabeamt erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Die Antragstellerin hat mit ihrem Nachprüfungsantrag obsiegt, da das Bundesvergabeamt dem Nachprüfungsantrag stattgegeben hat. Der Ersatz der Pauschalgebühr gemäß § 319 Abs 2 BVergG findet daher statt. Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der gesetzlich geschuldeten Höhe tatsächlich bezahlt. Das Bundesvergabeamt erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Die Antragstellerin hat mit ihrem Nachprüfungsantrag obsiegt, da das Bundesvergabeamt dem Nachprüfungsantrag stattgegeben hat. Der Ersatz der Pauschalgebühr gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG findet daher statt.

Zu B) (Un)Zulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Nach der Rechtsprechung des EuGH verlangen der Grundsatz der Gleichbehandlung und der sich daraus ergebende Grundsatz der Transparenz, dass für jeden Auftrag der Gegenstand und die Zuschlagskriterien eindeutig festgelegt sein müssen (EuGH 14.10.2002, Rs C-340/02, Kommission/Frankreich). Die Verpflichtung des Auftraggebers, die ausgeschriebenen Leistungen eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben, wurde bereits vom Verwaltungsgerichtshof beantwortet (VwGH 26.4.2007, 2005/04/0189). Nach der Rechtsprechung des EuGH dürfen Zuschlagskriterien während des Vergabeverfahrens nicht geändert werden. Somit kann im Fall der Nichtigerklärung einer Entscheidung bezüglich eines Zuschlagskriteriums durch die Nachprüfungsinstanz der öffentliche Auftraggeber das Vergabeverfahren nicht unter Außerachtlassung dieses Kriteriums fortsetzen, da dies auf eine Änderung der in dem fraglichen Verfahren anwendbaren Kriterien hinausläufe (EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01, EVN AG, Rn 93 f)

Die Entscheidung hängt daher weder von der Lösung einer Rechtsfrage ab, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, noch weicht sie von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs bzw. des EuGH ab oder ist diese als uneinheitlich zu beurteilen. Die ordentliche Revision ist daher gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig. Die Entscheidung hängt daher weder von der Lösung einer Rechtsfrage ab, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, noch weicht sie von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs bzw. des EuGH ab oder ist diese als uneinheitlich zu beurteilen. Die ordentliche Revision ist daher gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Schlagworte

Beschreibung der Leistung, Grundsatz der Gleichbehandlung, Grundsatz der Transparenz, Nichtigerklärung der Ausschreibung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2014:W123.2000167.1.00

Zuletzt aktualisiert am

27.06.2014

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at