

TE Verg Bescheid 2012/11/5 N/0090-BVA/12/2012-18

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 05.11.2012

Norm

BvergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §78 Abs9

BVergG 2006 §90

BVergG 2006 §138 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §325 Abs1

1. BVergG 2006 § 78 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 78 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 90 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

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

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 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 319 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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 12 bestehend aus Dr. Michael Etlinger als Vorsitzenden sowie Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 betreffend die Auftragsvergabe "Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Applikationsgeräte und Zubehör" der Auftraggeber 1. Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), Ghegastraße 1, 1030 Wien, 2. Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau (VAEB), Linke Wienzeile 48-52, 1060 Wien, 3. Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter (BVA), Josefstädter Straße 80, 1080 Wien, 4. Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK), Esterhazyplatz 3, 7000 Eisenstadt, Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 12 bestehend aus Dr. Michael Etlinger als Vorsitzenden sowie Mag. Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 betreffend die Auftragsvergabe "Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Applikationsgeräte und Zubehör" der Auftraggeber 1. Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), Ghegastraße 1, 1030 Wien, 2. Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau (VAEB), Linke Wienzeile 48-52, 1060 Wien, 3. Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter (BVA), Josefstädter Straße 80, 1080 Wien, 4. Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK), Esterhazyplatz 3, 7000 Eisenstadt,

1. 5.Ziffer 5

Krankenfürsorgeanstalt der Bediensteten der Stadt Wien (KFA), Schlesingerplatz 5, 1080 Wien, alle vertreten durch die vergebende Stelle SVD Büromanagement GmbH, Dresdnerstraße 45, 1200 Wien, diese vertreten durch die X***, eingeleitet über Antrag der A***, vertreten durch Y*** vom 24. September 2012, wie folgt entschieden:

Spruch

1. 1.Ziffer eins

Dem Antrag, "die Ausschreibung "Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Applikationsgeräte und Zubehör" der Auftraggeber für nichtig zu erklären", wird stattgegeben.

Die Ausschreibung "Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Sonden-und Trinknahrung inkl. Applikationsgeräte und Zubehör" wird für nichtig erklärt.

Rechtsgrundlage: §§ 19 Abs 1, 78 Abs 9, 90, 138 Abs 1, 312 Abs 2 Z 2, 320 Abs 1 iVm 325 Abs 1 BergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraphen 19, Absatz eins, 78, Absatz 9, 90, 138, Absatz eins, 312, Absatz 2, Ziffer 2, 320, Absatz eins, in Verbindung mit 325 Absatz eins, BergG 2006

1. 2.Ziffer 2

Dem Antrag, "den Auftraggebern aufzutragen, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren für diesen Nachprüfungsantrag (inkl. 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 € 1.800,00 binnen 14 Tagen ab Zustellung des Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

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

Begründung

Die Antragstellerin stellte am 24. September 2012 das im Spruch ersichtliche Begehren, in eventu einzelne, im Nachprüfungsantrag näher bezeichnete Bestimmungen der Ausschreibung für nichtig zu erklären. Folgende Rechtswidrigkeiten wurden seitens der Antragstellerin behauptet:

- -Strichaufzählung
Diskriminierender Mengenvordersatz
- -Strichaufzählung
Unklarer Ausschreibungsgegenstand (Fehlen der erforderlichen Schulungen bzw. Unklare Zuschlagskriterien)
- -Strichaufzählung
Mehrfacher Verstoß gegen den Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatz - Diskriminierende technische Spezifikationen
- -Strichaufzählung

Verstoß gegen den Grundsatz der Vergleichbarkeit der Angebote

- -Strichaufzählung
Mangelnde Berücksichtigung der Umweltgerechtigkeit der Leistung
- -Strichaufzählung
Sittenwidrige Schadenersatzpflicht des Auftragnehmers
- -Strichaufzählung
Fehlen des datenschutzrechtlichen Dienstleistervertrages

Zum diskriminierenden Mengenvordersatz:

Gemäß Pkt. 1.18.2 der Ausschreibungsunterlage sei der Angebotspreis "gemäß der im Produktkatalog als Anhang 1 des Leistungsverzeichnisses vorgegebenen Preisübersicht [...] zum gesamten Leistungs- und Lieferumfang" zu bilden. In der vorgegebenen Preisübersicht werde der Mengenvordersatz auf den "Jahresbedarf in Liter" abgestellt. Die Auftraggeber würden dabei übersehen, dass die relevanten Produkte der potentiellen, am Markt tätigen Wettbewerber eine erheblich unterschiedliche Energiedichte aufweisen würden. Werde den Patienten ein Produkt mit einer höheren Energiedichte verabreicht, so sei der (Jahres-)Bedarf an der Nahrung natürlich niedriger als bei einem Produkt mit einer niedrigeren Energiedichte. Aufgrund der deutlich abweichenden Zusammensetzung der Produkte der potentiellen Bieter würden die Mengenangaben je nach Produkttyp um 25% - 60% in den einzelnen Positionen variieren. Der Mengenvordersatz "Jahresbedarf in Liter" führe daher zur Diskriminierung jener Bieter, die ein Produkt mit einer höheren Energiedichte aufweisen würden. Dadurch werde der Wettbewerbsgrundsatz gemäß § 19 Abs 1 BVergG sowie der Grundsatz der Vergleichbarkeit der Angebote verletzt. Gemäß Pkt. 1.18.2 der Ausschreibungsunterlage sei der Angebotspreis "gemäß der im Produktkatalog als Anhang 1 des Leistungsverzeichnisses vorgegebenen Preisübersicht [...] zum gesamten Leistungs- und Lieferumfang" zu bilden. In der vorgegebenen Preisübersicht werde der Mengenvordersatz auf den "Jahresbedarf in Liter" abgestellt. Die Auftraggeber würden dabei übersehen, dass die relevanten Produkte der potentiellen, am Markt tätigen Wettbewerber eine erheblich unterschiedliche Energiedichte aufweisen würden. Werde den Patienten ein Produkt mit einer höheren Energiedichte verabreicht, so sei der (Jahres-)Bedarf an der Nahrung natürlich niedriger als bei einem Produkt mit einer niedrigeren Energiedichte. Aufgrund der deutlich abweichenden Zusammensetzung der Produkte der potentiellen Bieter würden die Mengenangaben je nach Produkttyp um 25% - 60% in den einzelnen Positionen variieren. Der Mengenvordersatz "Jahresbedarf in Liter" führe daher zur Diskriminierung jener Bieter, die ein Produkt mit einer höheren Energiedichte aufweisen würden. Dadurch werde der Wettbewerbsgrundsatz gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG sowie der Grundsatz der Vergleichbarkeit der Angebote verletzt.

Zu den diskriminierenden technische Spezifikationen:

Laut Anhang I zum Leistungsverzeichnis beinhalte der Produktkatalog die Positionen 2.2, 2.3 sowie 4.3. Die gegenständlichen Positionen könnten jedoch nur von einem einzigen bzw. von höchstens zwei Unternehmen angeboten werden. Die Leerbeutel in der Position 4.2 des Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis seien zudem für die Leistungserbringung überhaupt nicht erforderlich. Bei der Position 3.4 des Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis könne die Mindestanforderung gemäß Punkt 1.17.3 der Ausschreibungsunterlage überdies von keinem Bieter erfüllt werden. Aufgrund dieser diskriminierenden Festlegungen sei es der Antragstellerin als Marktführerin unmöglich, auch nur ein einziges Los anzubieten (da Teilangebote auf Positionsebene nicht zugelassen worden seien). Die Antragstellerin sei daher von der Ausschreibung gänzlich ausgeschlossen. Laut Anhang römisch eins zum Leistungsverzeichnis beinhalte der Produktkatalog die Positionen 2.2, 2.3 sowie 4.3. Die gegenständlichen Positionen könnten jedoch nur von einem einzigen bzw. von höchstens zwei Unternehmen angeboten werden. Die Leerbeutel in der Position 4.2 des Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis seien zudem für die Leistungserbringung überhaupt nicht erforderlich. Bei der Position 3.4 des Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis könne die Mindestanforderung gemäß Punkt 1.17.3 der Ausschreibungsunterlage überdies von keinem Bieter erfüllt werden. Aufgrund dieser diskriminierenden Festlegungen sei es der Antragstellerin als Marktführerin unmöglich, auch nur ein einziges Los anzubieten (da Teilangebote auf Positionsebene nicht zugelassen worden seien). Die Antragstellerin sei daher von der Ausschreibung gänzlich ausgeschlossen.

Zu den falschen Mengenangaben:

Laut Position 4.1 des Anhangs 1 zum Leistungsverzeichnis würden im Los 2 jährlich 17.110 Stück Überleitgeräte für die

Schwerkraftapplikation benötigt. Das Beschaffungsvolumen für die Sondennahrung betrage im Los 2 jährliche 98.160 Liter. Daraus ergebe sich das Volumen von 5,7 Liter pro Überleitgerät. Laut Position 4.1 des Anhanges 1 zum Leistungsverzeichnis würden im Los 3 jährlich 22.950 Stück Überleitgeräte für die Schwerkraftapplikation benötigt. Das Beschaffungsvolumen für die Sondennahrung betrage im Los 3 jährliche 36.710 Liter. Daraus ergebe sich das Volumen von 1,6 Liter pro Überleitgerät. Daraus folge ein erheblicher Mengenunterschied zwischen dem Los 2 und dem Los 3. Dabei sei nicht nachvollziehbar, warum im Bundesland Niederösterreich rund 3,5-fach mehr Sondennahrung pro Überleitgerät als im Bundesland Burgenland benötigt werde. Der Vergleich mit anderen Losen zeige ebenfalls eindeutige Abweichungen. Die in der Ausschreibungsunterlage angegebenen Mengen würden demnach nicht den tatsächlich relevanten Mengen entsprechen. Die Ausschreibungsunterlage enthalte daher falsche Mengenangaben. Eine seriöse Angebotskalkulation sei jedoch nur auf Basis der tatsächlich richtigen Mengenangaben möglich.

Die Auftraggeber erstatteten am 8. Oktober 2012 eine Stellungnahme und brachten zum "angeblich" diskriminierenden Mengenvordersatz vor, dass sie die Ausführungen der Antragstellerin in weiten Teilen nicht teilten. Gleichwohl könnten sich die Auftraggeber - unpräjudiziell - zu diesem Punkt eine vergleichsweise Erledigung vorstellen, indem sie folgende Berichtigung der Ausschreibung vornehmen würden:

Für Zwecke der Bewertung und Ermittlung des Bestbieters wird der Positionspreis in EURO exkl. USt (letzte Spalte der Tabelle in Anhang 1) jeweils mit der festgelegten Mindestenergiedichte in kcal/ml multipliziert und durch die Energiedichte des in der jeweiligen Position angebotenen Produktes in kcal/ml dividiert. Die Mindestenergiedichte für die Position 2.3 wird mit 1,5 kcal/ml festgelegt.

Zum Fehlen von Schulungsleistungen führten sie aus, dass Schulungsleistungen nicht Gegenstand dieser Ausschreibung seien. Sollten die Auftraggeber in Einzelfällen zu dem Ergebnis gelangen, dass sie eine Schulung ihrer Versicherten leisten müssen oder freiwillig leisten wollen, würden sie entscheiden, ob und an wen sie diese Leistung extern vergeben würden. Zu den "angeblich" diskriminierenden technischen Spezifikationen wurde vorgebracht, dass der Auftraggeber den Leistungsgegenstand nach seinem Bedarf festlegen müsse und dürfe. Der Auftraggeber müsse daher nicht Leistungen oder Produkte kaufen, die er so nicht oder nicht optimal einsetzen könne, nur weil diese von einer Vielzahl von Marktteilnehmern angeboten werden. Keineswegs sei verlangt, dass ein Bieter sämtliche benötigten Produkte mit Eigenprodukten anbieten müsse. Warum Bieter Produkte, die am Markt frei verfügbar seien, nicht anbieten können sollten, sei nicht nachvollziehbar. Der Vorhalt der Antragstellerin, die Position "Leerbeutel" sei überhaupt nicht erforderlich, sei unzutreffend. Auch diesbezüglich hätten sich die Auftraggeber am Verbrauch des vergangenen Jahres orientiert. In der Antwort zu Frage 14 hätten die Auftraggeber zudem die ihnen mögliche Flexibilität hinsichtlich Größe und Beschaffenheit der benötigten Leergebinde gewährt. Im Übrigen verfüge die Antragstellerin - entgegen ihrem Vorbringen - sehr wohl über Produkte, welche die Spezifikationen gemäß Pkt. 2.2 sowie Pkt. 1.5 erfüllen könnten. Zu diesem Vorbringen legten die Auftraggeber entsprechende Produktdatenblätter vor. Den Vorhalt der Antragstellerin bezüglich falscher Mengenangaben hätten die Auftraggeber zum Anlass genommen, die diesbezüglichen Verbrauchswerte des Vorjahres nochmals zu hinterfragen und könnten bestätigen, dass die ausgeschriebenen Mengen den tatsächlichen Verbrauchswerten der Vergangenheit entsprechen würden. Weshalb in manchen Bundesländern verhältnismäßig mehr Überleitgeräte benötigt würden als in anderen, sei den Auftraggebern nicht bekannt. Die entsprechend dem tatsächlichen Verbrauch ausgeschriebenen Mengen seien jedenfalls realistisch und stellten eine hinreichende Kalkulationsgrundlage dar.

Mit Schriftsatz vom 12. Oktober 2012 brachte die Antragstellerin vor, dass die Auftraggeber offenbar selbst einräumen würden, dass der Mengenvordersatz "Jahresbedarf in Liter" falsch sei. Durch die vorgeschlagene Berichtigung würde das Zuschlagskriterium "Preis" überdies in unzulässiger Weise nachträglich geändert werden. Richtig sei, dass die Antragstellerin über ausschreibungskonforme Produkte in den Positionen 2.2 und 1.5 verfüge. Die Auftraggeber würden nicht bestreiten, dass die Positionen 2.3, 4.2 und 4.3 nur von einem einzigen bzw. von höchstens zwei Unternehmen angeboten werden könnten. Durch die gegenständlichen Spezifikationen der Ausschreibungsunterlage werde der Bieterkreis massiv reduziert. Im Widerspruch zur klaren Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden würden die Auftraggeber jedoch keine sachliche Rechtfertigung für die Spezifikationen vorbringen. Eine vergaberechtskonforme Regelung würde gebieten, dass die angeführten Positionen aus dem Produktkatalog gestrichen oder in einem eigenen Los vergeben würden.

Am 16. Oktober 2012 fand vor dem Bundesvergabeamt eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, in der der Verhandlungsleiter im Sinne des § 43 Abs 5 AVG auf eine gütliche Einigung zwischen den Parteien hinwirkte. Die

Auftraggeber erklärten ihre Bereitschaft, die Position 2.3 aus der Ausschreibung herauszunehmen und die Ausschreibung entsprechend zu berichtigen. Ferner erklärten sie die Bereitschaft, aus den historisch verfügbaren Daten eine Schätzung des Bedarfs an Mischkartons bekanntzugeben. Die Antragstellerin nahm dieses Vorbringen zur Kenntnis. Ein gütliche Einigung zwischen den Parteien konnte jedoch nicht erzielt werden. Am 16. Oktober 2012 fand vor dem Bundesvergabeamt eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, in der der Verhandlungsleiter im Sinne des Paragraph 43, Absatz 5, AVG auf eine gütliche Einigung zwischen den Parteien hinwirkte. Die Auftraggeber erklärten ihre Bereitschaft, die Position 2.3 aus der Ausschreibung herauszunehmen und die Ausschreibung entsprechend zu berichtigen. Ferner erklärten sie die Bereitschaft, aus den historisch verfügbaren Daten eine Schätzung des Bedarfs an Mischkartons bekanntzugeben. Die Antragstellerin nahm dieses Vorbringen zur Kenntnis. Ein gütliche Einigung zwischen den Parteien konnte jedoch nicht erzielt werden.

Mit Schriftsatz vom 26. Oktober 2012 ("Urkundenvorlage") brachten die Auftraggeber vor, dass sie am 26.10.2012 die 5. Nachsendung an alle Interessenten versendet hätten, in der mehrere Berichtigungen vorgenommen worden seien. Dieser Nachsendung sei auch eine Neufassung der Ausschreibungsunterlage und deren Anhang 1 beigelegt, in die alle bislang vorgenommenen Berichtigungen eingearbeitet worden seien. Damit sei die Antragstellerin hinsichtlich sämtlicher Vorhalte klaglos gestellt. Dem Vorhalt eines diskriminierenden Mengenvordersatzes sei mit der Berichtigung im Punkt 2 der 5. Nachsendung Rechnung getragen worden. Durch die Umrechnung der in der Vergangenheit verbrauchten Mengen anhand des Energiegehalts könne jeder Bieter den Mengenbedarf jedes Produktes exakt berechnen und daher präzise kalkulieren.

Am 30. Oktober 2012 fand vor dem Bundesvergabeamt die zweite öffentliche mündliche Verhandlung statt. Die Auftraggeber führten zum Ausschreibungsgegenstand "Zubehör" aus, dass die Überleitgeräte ein Zubehör für Sonden- und Trinknahrung darstellen würden. Da es der Applikation diene, sei es zugleich ein Applikationsgerät. Zu den gestrichenen Positionen 4.2 und

4.3 merkte er an, dass diese auch als Zubehör zu bezeichnen seien. Die Antragstellerin brachte vor, dass die Ausschreibungsunterlage durch die bisherigen Berichtigungen in den Fragebeantwortungen und 5 Nachsendungen wesentlich geändert worden seien. So seien zahlreiche inhaltlich bedeutsame Änderungen vorgenommen worden, zum Beispiel mehrfache Änderung der Leistungsbeschreibung und der Zuschlagskriterien. Mit der 5. Berichtigung sei jedenfalls das zulässige Ausmaß einer Berichtigung überschritten worden, weshalb ein Widerruf und eine Neuausschreibung vorzunehmen sei. Insbesondere stimme aufgrund der 5. Berichtigung der seinerzeitige Text der Bekanntmachung nicht mehr mit dem ausschreibungsgegenständlichen Leistungsgegenstand überein, da das "Zubehör" nicht mehr ausschreibungsgegenständlich sei. Eine einfache Berichtigung der Ausschreibungsunterlage sei daher nicht mehr ausreichend. Zur Beschwer verwies die Antragstellerin auf den geänderten Mengenvordersatz, insbesondere auf die Antwort 23 der Auftraggeber. Durch die nunmehr erfolgte Berichtigung würde die Formel nicht mehr funktionieren, wenn der Bieter unterschiedliche Produkte mit unterschiedlicher Energiedichte gleichzeitig anbietet. Ferner ändere sich auch die Bewertung der Zuschlagskriterien, da unklar sei, welches Produkt bei der Bewertung der weiteren Zuschlagskriterien herangezogen werde. Die Auftraggeber verwiesen auf die Rechtsprechung des BVA, wonach bei Bieterlücken mehrere Produkte angeboten werden könnten.

Aufgrund der vorliegenden Unterlagen, Stellungnahmen der Parteien sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung wurde nachfolgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Auftraggeber haben das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Applikationsgeräte und Zubehör" im Wege eines offenen Verfahrens EU-weit ausgeschrieben. Die Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union erfolgte am 21. August 2012. Im Anhang B dieser Veröffentlichung wird darauf hingewiesen, dass sich das gegenständliche Vergabeverfahren in insgesamt 10 Lose aufteilt. Jedes Los enthält eine "kurze Beschreibung" (vgl. Punkt 1). In Punkt 3 ("Menge oder Umfang") wird die genaue Zahl der Anspruchsberechtigten genannt und ferner darauf hingewiesen, dass sich näheres zu diesen Losen aus dem Produktkatalog als Anhang 1 der Ausschreibungsunterlage findet. Die Auftraggeber haben das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Applikationsgeräte und Zubehör" im Wege eines offenen Verfahrens EU-weit ausgeschrieben. Die Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union erfolgte am 21. August 2012. Im Anhang B dieser Veröffentlichung wird darauf hingewiesen, dass sich das gegenständliche Vergabeverfahren in insgesamt 10 Lose aufteilt. Jedes Los enthält eine "kurze Beschreibung" vergleiche Punkt 1). In Punkt 3 ("Menge oder Umfang") wird die genaue Zahl der

Anspruchsberechtigten genannt und ferner darauf hingewiesen, dass sich näheres zu diesen Losen aus dem Produktkatalog als Anhang 1 der Ausschreibungsunterlage findet.

Die Ausschreibungsbedingungen der Ausschreibungsunterlage der Auftraggeber lauten auszugsweise:

1.17 Zuschlagskriterien

...

1.17.1 Preis (90 Punkte)

Wie in 1.18.2 der Ausschreibungsunterlage vorgesehen, ist die Transportdienstleistung in den Lieferauftrag einzupreisen. Somit bleibt als Bewertungsgrundlage für das Zuschlagskriterium Preis der Nettogesamtpreis des Lieferauftrages gemäß der Bieterangabe Punkt 4 (Summenblatt).

Die Bewertung des Kriteriums "Preis" erfolgt so, dass das Angebot mit dem niedrigsten Preis die Punkteanzahl von 90 erhält, die nachfolgenden Angebote erhalten proportional weniger Punkte nach der Formel:

niedrigster Preis x 90

angebotener Preis

...

1.17.3 Geschmacksrichtungen Trinknahrung (max. 3 Punkte) Mindestanforderung hinsichtlich der Geschmacksrichtungen bei Trinknahrung ist, dass zumindest ein sortenreiner Karton in fruchtiger und in süßer Geschmacksrichtung geliefert werden kann.

Angebote, die mehr als eine fruchtige Geschmacksrichtung (z.B. Banane, Erdbeere) ermöglichen, erhalten einen Punkt; Angebote, die mehr als eine süße Geschmacksrichtung ermöglichen (z.B. Vanille, Schokolade, Kaffee), erhalten einen Punkt; Angebote, die neben den sortenreinen auch gemischte Kartons anbieten, erhalten einen Punkt.

1.17.4 Größe der Verpackungseinheit (max. 2 Punkte):

Für jede Position des Anhang I zum Leistungsverzeichnis (Produktkatalog) ist die jeweils kleinste Verpackungseinheit anzubieten. Für jede Position des Anhang römisch eins zum Leistungsverzeichnis (Produktkatalog) ist die jeweils kleinste Verpackungseinheit anzubieten.

...

3.3 Leistungsbeschreibung

...

3.3.2 Versorgungsmanagement

Der wesentliche Schulungsinhalt ist auf einem Merkzettel zusammen zu fassen und jedem Patienten mindestens einmalig zu übergeben sowie online verfügbar zu machen.

...

3.3.5 Leistungs- und Lieferumfang

...

Der Preis pro Verpackungseinheit (VE) ist mit zwei Dezimalstellen anzugeben.

Der Positionspreis kaufmännisch gerundet auf ganze Euro errechnet sich wie folgt:

Liter Jahresbedarf/Liter pro VE x Preis per VE = Positionspreis

...

Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis beinhaltet den Produktkatalog zur gegenständlichen Ausschreibung und verweist diesbezüglich auch auf die Ausführungen unter Punkt 3.3 im Leistungsverzeichnis. In der Erläuterung wird auf Punkt 3.3.1 des Leistungsverzeichnisses hingewiesen, wonach die angebotenen Sonden- und Trinknahrungen dem Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz, der Verordnung über diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke sowie der Verordnung über Stoffe, die diätetische Lebensmitteln zu besonderen

Ernährungszwecken zugefügt werden dürfen und über allgemeine Kennzeichnungsvorschriften für diätetische Lebensmittel entsprechen müssen. Die Applikationsgeräte inkl. Zubehör müssen dem Medizinproduktegesetz entsprechen, die angebotenen Produkten der jeweils festgelegten Produktbeschreibung.

Anhang 1 listet ferner die Lose 1 bis 10 auf. Die Lose 1 bis 9 beinhalten insgesamt jeweils 4 Positionen:

- -Strichaufzählung
Position 1: Standard Sondennahrung
- -Strichaufzählung
Position 2: Spezial Sondennahrung
- -Strichaufzählung
Position 3: Trinknahrung
- -Strichaufzählung
Position 4: Applikationsgeräte und Zubehör für Pos. 1 - 3

Die Tabelle für die Sonden- und Trinknahrung (Positionen 1 bis 3) weist folgende Einteilung (Raster) auf:

- -Strichaufzählung
Produktbeschreibung siehe dazu auch die Ausführungen unter Punkt 3.3. (Leistungsbeschreibung im LV)
- -Strichaufzählung
Jahresbedarf in Liter
- -Strichaufzählung
Artikelbezeichnung
- -Strichaufzählung
Artikelnummer
- -Strichaufzählung
Geschmacksrichtungen
- -Strichaufzählung
VE
- -Strichaufzählung
Flaschenbehälter oder Beutel
- -Strichaufzählung
Preis per VE in EURO exkl. Ust.
- -Strichaufzählung
Positionspreis in EURO exkl. Ust. (Jahresbedarf durch VE mal Preis per VE) kaufm. gerundet auf ganze EURO

Die Position 2.3 lautet: Flüssigkeitsreduziert und Elektrolytarm, (bei Nierenerkrankungen)

Die Position 3.4 lautet: Milcheiweißfrei

Die Position 4.2 lautet: Leerbeutel, Größe 1000 ml

Die Position 4.3 lautet: Sondenspritzen 50/60 ml (insbesondere zum Nachspritzen von Wasser nach der Applikation von Sondennahrung)

In der am 20.9.2012 erfolgten "1. Nachsendung zu den Ausschreibungsunterlagen sowie Beantwortung von Bieteranfragen 2 zum Vergabeverfahren" wurde Punkt 3.3.2 der Ausschreibungsunterlage wie folgt geändert ("Berichtigung"):

"3.3.2 Produktbeschreibung:

Im Falle der Lieferung von Geräten zur Schwerkraftapplikation sind mit diesen Gebrauchsanweisungen (Produktbeschreibungen) mitzuliefern, die Auskunft über die richtige Verwendungsweise von Schwerkraftapplikationsgeräte geben."

In der am 27.9.2012 erfolgten "3. Nachsendung zu den Ausschreibungsunterlagen sowie Beantwortung von Bieteranfrage 4 zum Vergabeverfahren" wurde die Ausschreibung wie folgt berichtigt:

In Punkt 1.17.3 Geschmacksrichtungen wird im ersten Absatz folgender Satz eingefügt:

"Diese Mindestanforderung gilt nicht für die Position 3.4 der Lose 1 bis 9."

Am 26. Oktober 2012 übermittelte der Auftraggeber an alle bisherigen Interessenten die "5. Nachsendung zu den Ausschreibungsunterlagen "Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Applikationsgeräte und Zubehör". Darin heißt es auszugsweise:

1. 1.Ziffer eins

Anhang 1 - Losbezeichnung

Die Bezeichnung in Anhang 1 wird dahingehend umbenannt, dass die Lose 1 bis 9 in jeweils vier Gruppen, nämlich "Gruppe 1 - Standard Sondennahrung", "Gruppe 2 - Spezial Sondennahrung", "Gruppe 3 -Trinknahrung" und "Gruppe 4 - Applikationsgeräte und Zubehör" geteilt werden. Das Los 10 wird in zwei Gruppen "Gruppe 1 - Sonden- und Trinknahrung in der Pädiatrie" und "Gruppe 2 - Applikationsgeräte und Zubehör" geteilt.

Ein entsprechend berichtigter Anhang 1 wird beiliegend zur Verfügung gestellt.

1. 2.Ziffer 2

Zu den angegebenen Mengen in Anhang 1 (Produktkatalog):

Nach dem derzeit vorliegenden Anhang 1 wird der Positionspreis für jede Position durch Multiplikation des Jahresbedarfs in Liter dividiert durch die Verrechnungseinheit multipliziert mit dem Preis pro Verrechnungseinheit gebildet.

Dagegen wurde von Bewerberseite eingewendet, dass dabei ein unterschiedlicher Kaloriengehalt unberücksichtigt bleibt und zudem die Bieter nicht die zu erwartende Menge exakt kalkulieren können, weil die Literangabe nicht mit der Information verknüpft ist, welches oder welche Produkte mit jeweils welchem Kaloriengehalt zur Bildung dieser Literangabe herangezogen wurden.

Die Auftraggeber haben nunmehr an Hand der im Jahr 2011 verschriebenen und gelieferten Produkte und Mengen die insgesamt verbrauchten Kalorien aller verbrauchten Produkte je Position (Sonden- und Trinknahrung) errechnet und auf ein Produkt mit dem in der jeweiligen Position festgelegten Mindestenergiegehalt rückgerechnet. Naturgemäß erhöht sich der dabei errechnete Jahresbedarf in Litern. Diese neuen Literangaben wurden in den beiliegenden Anhang 1 neu eingearbeitet. Damit ersehen die Bewerber den konkreten Bedarf auf Basis eines Produkts mit Mindestenergiegehalt und können den Bedarf jedes Produktes mit höherem Energiegehalt leicht errechnen. Zudem wird die Ausschreibung dahingehend berichtigt, dass der Positionspreis durch Multiplikation des Jahresbedarfs in Liter (eines Produktes mit Mindestenergiedichte) multipliziert mit der Mindestenergiedichte dividiert durch die Energiedichte des konkret angebotenen Produkts multipliziert mit dem Preis pro Liter gebildet wird.

In Punkt 1.17.12 Absatz 1 wird der zweite Absatz abgeändert, sodass er lautet:

"Für Zwecke der Bewertung und Ermittlung des Bestbieters wird der in der jeweiligen Position angegebene Jahresbedarf in Liter, der auf Basis der in der Spalte Mindestenergiedichte entsprechend dem tatsächlichen Verbrauch im vergangenen Geschäftsjahr errechnet wurde, mit der in der Spalte Mindestenergiedichte angegebenen Mindestenergiedichte multipliziert und mit der jeweiligen Energiedichte 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 Positionspreise ergeben für jedes Los aufsummiert den Nettogesamtpreis des Lieferauftrages."

Erläuterung: Sollte das angebotene Produkt eine höhere Energiedichte als die geforderte Mindestenergiedichte aufweisen, wird davon ausgegangen, dass der verschreibende Arzt eine entsprechend geringere Menge des angebotenen Produkts verschreibt, weil der bestehende Kalorienbedarf mit einer entsprechend geringeren Menge des angebotenen Produkts gedeckt werden kann.

Anhang 1 wird dahingehend angepasst, dass eine neue Spalte "Mindestenergiedichte" und "Preis pro Liter" hinzugefügt wird.

1. 3.Ziffer 3

Anhang 1 - Anzahl Mischkartons, Punkt 1.17.3 der Ausschreibungsunterlage:

In die Positionen der Gruppe 3 (Trinknahrung) der Lose 1 bis 9 sowie in die Position 1.7 der Gruppe 1 Los 10 wird eine Angabe darüber gemacht, welcher Prozentsatz an Mischkartons in der Vergangenheit verschrieben und geliefert worden war. Vom in etwa gleichen Prozentsatz ist auch künftig auszugehen.

Zu Punkt 1.17.3 der Ausschreibung wird klargestellt, dass, wenn ein Bieter neben sortenreinen auch gemischte Kartons anbietet, er sich verpflichtet, gemischte Kartons, soweit diese verschrieben werden, bis zum angegebenen Prozentsatz ohne Aufpreis zu liefern.

1. 4.Ziffer 4

Anhang 1, Position 2.3 der Lose 1 bis 9:

Die Position zu Pkt. 3 "Flüssigkeitsreduziert und elektrolytarm" wird in den Losen 1 bis 9 ersatzlos gestrichen.

1. 5.Ziffer 5

Anhang 1, Positionen 4.2 und 4.3 der Lose 1 bis 9, Position

2.2 und 2.3 des Loses 10:

Die Positionen 4.2 (Leerbeutel) und 4.3 (Sondenspritzen 50/60 ml) der Lose 1 bis 9 sowie die Positionen 2.2 und 2.3 des Loses 10 werden ersatzlos gestrichen.

1. 6.Ziffer 6

Schulungsleistungen:

Einmal mehr stellen die Auftraggeber klar, dass mit dem gegenständlichen Lieferauftrag keine Schulungsleistungen ausgeschrieben sind.

Die Auftraggeber weisen darauf hin, dass Schulungen zur Verwendung von Überleitgeräten vor der Entlassung im Spital oder durch den behandelnden Arzt zu erfolgen haben. Die Auftragnehmer werden mit dem gegenständlichen Auftrag weder gegenüber den Auftraggebern noch gegenüber deren Versicherten verpflichtet, Schulungsleistungen zu erbringen, zu organisieren oder zu finanzieren.

...

1. 8.Ziffer 8

Zu Punkt 1.17.4 der Ausschreibung

Der erste Absatz von Punkt 1.17.4 der Ausschreibung entfällt. Den Bietern steht es frei, welche Verpackungseinheit sie anbieten. Da sich kleine Verpackungseinheiten für die Auftraggeber als vorteilhaft herausgestellt haben, werden Angebote, die kleine Verpackungseinheiten anbieten, besser bewertet.

...

Die Ausschreibungsbedingungen der Ausschreibungsunterlagen in der berichtigten Version vom "26.12.2012" (gemeint "26.10.2012") lauten auszugsweise:

1.1 Ausschreibungsgegenstand

Ausschreibungsgegenstand ist eine Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmen pro Los über die Lieferung von im Leistungsverzeichnis näher angeführter Sonden- und Trinknahrung inkl. Applikationsgeräte und Zubehör für die im Deckblatt genannten Auftraggeber.

...

1.17 Zuschlagskriterien

...

1.17. 1 Preis (90 Punkte)

Wie in 1.18.2 der Ausschreibungsunterlage vorgesehen, ist die Transportdienstleistung in den Lieferauftrag einzupreisen. Für Zwecke der Bewertung und Ermittlung des Bestbieters wird der in der jeweiligen Position angegebene Jahresbedarf in Liter, der auf Basis der in der Spalte Mindestenergiedichte entsprechend dem tatsächlichen Verbrauch im vergangenen Geschäftsjahr errechnet wurde, mit der in der Spalte Mindestenergiedichte angegebenen Mindestenergiedichte multipliziert und mit der jeweiligen Energiedichte 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 Positionspreise ergeben für jedes Los aufsummiert den Nettogesamtpreis des Lieferauftrages gemäß der Bieterangabe in Punkt 4 (Summenblatt).

Die Bewertung des Kriteriums "Preis" erfolgt so, dass das Angebot mit dem niedrigsten Preis die Punkteanzahl von 90 erhält, die nachfolgenden Angebote erhalten proportional weniger Punkte nach der Formel:

$$\frac{\text{niedrigster Preis}}{\text{angebotener Preis}} \times 90$$

angebotener Preis

...

1.17.3 Geschmacksrichtungen Trinknahrung (max. 3 Punkte) Mindestanforderung hinsichtlich der Geschmacksrichtungen bei Trinknahrung ist, dass zumindest ein sortenreiner Karton in fruchtiger und in süßer Geschmacksrichtung geliefert werden kann. Diese Mindestanforderung gilt jedoch nicht für die Position 3.4 in Gruppe 3 der Lose 1-9.

Angebote, die mehr als eine fruchtige Geschmacksrichtung (z.B. Banane, Erdbeere) ermöglichen, erhalten einen Punkt; Angebote, die mehr als eine süße Geschmacksrichtung ermöglichen (z.B. Vanille, Schokolade, Kaffee), erhalten einen Punkt; Angebote, die neben den sortenreinen auch gemischte Kartons anbieten, erhalten einen Punkt. Eine Mehrzahl an Geschmacksrichtungen muss in jeder Position der Leistungsgruppe 3 der Lose 1-9 (mit Ausnahme der Position 3.4) angeboten sein, damit der jeweilige Qualitätspunkt für fruchtig oder süß vergeben wird. Auch der Mischkarton ist in jeder einzelnen Position der Leistungsgruppe 3 der Lose 1-9 (mit Ausnahme der Position 3.4) erforderlich, um den Qualitätspunkt für gemischte Kartons zu erhalten.

1.17.4 Größe der Verpackungseinheit (max. 2 Punkte):

Für jede Position des Anhangs 1 zum Leistungsverzeichnis (Produktkatalog) ist die Verpackungseinheit des angebotenen Produkts anzuführen. Die Auftraggeber bevorzugen kleine Verpackungseinheiten (500 ml), wobei es den Bieter überlassen bleibt, welche Verpackungseinheiten er anbietet.

...

3.3 Leistungsbeschreibung

...

3.3.2 Produktbeschreibung

Mit der Lieferung von Überleitgeräten sind mit diesen Gebrauchsanweisungen (Produktbeschreibungen) mit zu liefern, die Auskunft über die richtige Verwendungsweise von Überleitgeräten geben.

In der Erläuterung zum Anhang 1 des Leistungsverzeichnisses in der berichtigten Version vom 26.10.2012 findet sich nachfolgender neuer Hinweis:

Es ist zulässig, in einer Bieterlücke zum gleichen Preis mehr als ein ausschreibungskonformes Produkt anzubieten. Jedoch muss die Auswahl des zu liefernden Produktes den Auftraggebern überlassen bleiben, um sicher zu stellen, dass die Versicherten nicht mit mehrfachen Produktumstellungen belastet werden.

Die Tabelle zu den Gruppen 1-3 weist - im Vergleich mit jener der ursprünglichen Version - folgende Änderungen bzw. neue Spalten auf:

- -Strichaufzählung
Mindestenergiedichte (kcal/ml)
- -Strichaufzählung
Energiedichte des angebotenen Produkts (kcal/ml)
- -Strichaufzählung
Angabe Geschmacksrichtungen und Mischkarton
- -Strichaufzählung
VE u. Preis per VE in EURO exkl. Ust
- -Strichaufzählung
Flaschenbehälter oder Beutel und Größe (ml)
- -Strichaufzählung
Preis per Liter in EURO exkl. Ust
- -Strichaufzählung

Positionspreis in EURO exkl. Ust. (((Literpreis* Jahresbedarf)*Mindestenergiedichte)/angebotene Energiedichte)
kaufm. gerundet auf ganze EURO

Gruppe 3 der Lose 1 bis 9 enthält unter der Spalte "Jahresbedarf in Liter" nunmehr prozentmäßige Angaben über die zu liefernden "Mischkartons".

Gruppe 4 der Lose 1 bis 10 bzw. Gruppe 2 der Lose 10 lautet nunmehr:

Applikationsgeräte für die Positionen der Gruppe 1 - 3

Die in der ursprünglichen Ausschreibungsunterlage bezeichnete Wortfolge "und Zubehör" findet sich in der berichtigten Version nicht mehr.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG sind die Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), die Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau (VAEB), die Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter (BVA), die Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK) und die Krankenfürsorgeanstalt der Bediensteten der Stadt Wien (KFA). Es handelt sich bei allen Auftraggebern um Sozialversicherungsträger. Sie sind bundesgesetzlich eingerichtete Körperschaften öffentlichen Rechts. Sie sind als Selbstverwaltungskörperschaften voll rechtsfähig und unterliegen der Aufsicht des Bundes. Sie sind daher öffentliche Auftraggeber nach § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag iSd § 5 BVergG. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG sind die Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), die Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau (VAEB), die Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter (BVA), die Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK) und die Krankenfürsorgeanstalt der Bediensteten der Stadt Wien (KFA). Es handelt sich bei allen Auftraggebern um Sozialversicherungsträger. Sie sind bundesgesetzlich eingerichtete Körperschaften öffentlichen Rechts. Sie sind als Selbstverwaltungskörperschaften voll rechtsfähig und unterliegen der Aufsicht des Bundes. Sie sind daher öffentliche Auftraggeber nach Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag iSd Paragraph 5, BVergG. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit d B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, B-VG ist sohin gegeben.

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

Schließlich ist festzuhalten, dass der Antrag den formalen

Vorraussetzungen des § 322 Abs 1 BVergG genügt. Ein Grund
Vorraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG genügt. Ein Grund

für die Unzulässigkeit nach § 322 Abs 2 BVergG liegt nicht vor. Soweit die Auftraggeber verneinen, dass die Antragstellerin durch die berichtigte Ausschreibungsunterlage vom 26.10.2012 hinsichtlich "sämtlicher Vorhalte klaglos gestellt" seien, was zwangsläufig zur Folge hätte, dass dieser die Antragslegitimation iSd § 320 Abs 1 BVergG abzusprechen wäre, steht diese Rechtsansicht bereits das Vorbringen der Antragstellerin zum "Fehlen der

erforderlichen Schulungsleistungen" (vgl. Pkt. 6.2.1 des verfahrenseinleitenden Schriftsatzes vom 24. September 2012) offenkundig entgegen. Hinzu kommt, dass die Antragstellerin in der zweiten mündlichen Verhandlung lediglich drei Punkte präzierte, in der sie "kaglos" gestellt worden sei (vgl. Verhandlungsschrift, Seite 2, 3. Absatz). Eine Klaglosstellung hinsichtlich "sämtlicher Vorhalte" kann demnach nicht erkannt werden. Dass aber der Antragstellerin die Antragslegitimation iSd § 320 Abs 1 BVergG aus anderen Gründen abzusprechen wäre, wurde von den Auftraggebern nicht einmal behauptet. Für die Unzulässigkeit nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt nicht vor. Soweit die Auftraggeber verneinen, dass die Antragstellerin durch die berichtigte Ausschreibungsunterlage vom 26.10.2012 hinsichtlich "sämtlicher Vorhalte klaglos gestellt" seien, was zwangsläufig zur Folge hätte, dass dieser die Antragslegitimation iSd Paragraph 320, Absatz eins, BVergG abzusprechen wäre, steht diese Rechtsansicht bereits das Vorbringen der Antragstellerin zum "Fehlen der erforderlichen Schulungsleistungen" vergleiche Pkt. 6.2.1 des verfahrenseinleitenden Schriftsatzes vom 24. September 2012) offenkundig entgegen. Hinzu kommt, dass die Antragstellerin in der zweiten mündlichen Verhandlung lediglich drei Punkte präzierte, in der sie "kaglos" gestellt worden sei (vgl. Verhandlungsschrift, Seite 2, 3. Absatz). Eine Klaglosstellung hinsichtlich "sämtlicher Vorhalte" kann demnach nicht erkannt werden. Dass aber der Antragstellerin die Antragslegitimation iSd Paragraph 320, Absatz eins, BVergG aus anderen Gründen abzusprechen wäre, wurde von den Auftraggebern nicht einmal behauptet.

Inhaltliche Beurteilung des Antrages

1. 1.Ziffer eins

Zu Spruchpunkt 1:

§ 90 BVergG (Berichtigung der Ausschreibung) lautet: Paragraph 90, BVergG (Berichtigung der Ausschreibung) lautet:

Abs. 1: Werden während der Angebotsfrist Änderungen der Ausschreibung erforderlich, so sind die Ausschreibungsunterlagen und erforderlichenfalls die Bekanntmachung zu berichtigen und die Angebotsfrist erforderlichenfalls entsprechend zu verlängern. Absatz eins :, Werden während der Angebotsfrist Änderungen der Ausschreibung erforderlich, so sind die Ausschreibungsunterlagen und erforderlichenfalls die Bekanntmachung zu berichtigen und die Angebotsfrist erforderlichenfalls entsprechend zu verlängern.

Abs. 2: Ist eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen erforderlich, so ist allen Bewerbern oder Bietern die Berichtigung nachweislich zu übermitteln. Ist dies nicht möglich, so ist die Berichtigung in gleicher Weise wie die Ausschreibung bekannt zu machen. Absatz 2 :, Ist eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen erforderlich, so ist allen Bewerbern oder Bietern die Berichtigung nachweislich zu übermitteln. Ist dies nicht möglich, so ist die Berichtigung in gleicher Weise wie die Ausschreibung bekannt zu machen.

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. 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.

Abs. 1 umschreibt den Fall der Änderung der Ausschreibungsunterlagen. Es handelt sich um Umstände, die bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung vorhanden waren, die der Auftraggeber aber nicht wusste (zB erst nachträglich zur Kenntnis gelangte mangelnde budgetäre Bedeckung; die Angebotspreise liegen trotz sorgfältiger Auftragswertschätzung über dem Ansatz; eine Vorfrage wurde rechtskräftig anders entschieden). Auch ein rechtswidriges Zuschlagskriterium kann unter den Tatbestand des Abs. 1 fallen, 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). Absatz eins, umschreibt den Fall der Änderung der Ausschreibungsunterlagen. Es handelt sich um Umstände, die bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung vorhanden waren, die der Auftraggeber aber nicht wusste (zB erst nachträglich zur Kenntnis gelangte mangelnde budgetäre Bedeckung; die Angebotspreise liegen trotz sorgfältiger Auftragswertschätzung über dem Ansatz; eine Vorfrage wurde rechtskräftig anders entschieden). Auch ein rechtswidriges Zuschlagskriterium kann unter den Tatbestand des Absatz

eins, fallen, 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).

Öhler/Schramm führen zu § 90 BVergG aus, dass der Begriff "inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung" im BVergG nicht näher konkretisiert ist. Nach Ansicht der Autoren ist - dem Zweck des § 90 entsprechend, nämlich "vergebliche" Aufwendungen beim Bieter und wohl auch Auftraggeber zu verhindern - dieser Begriff eng und damit die Berichtigungsmöglichkeit weit auszulegen. Denn jeder Widerruf und jedes nachfolgende Vergabeverfahren mit geänderten Unterlagen erzeuge mehr Aufwendungen bei Bietern und vor allem bei dem Auftraggeber als eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen. Dies wäre kaum mit den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit vereinbar. Solange also der Gleichbehandlungs- und Wettbewerbsgrundsatz gewahrt werde, sei der Berichtigung gegenüber dem Widerruf der Vorzug zu geben. Die Wahrung der Gleichbehandlungs- und Wettbewerbsgrundsatz schließe insbesondere die Pflicht zur Übermittlung der Berichtigung an alle Bewerber und - insbesondere falls sich durch die Änderung der Bieterkreis ändern könnte - auch die Berichtigung der Bekanntmachung sowie gegebenenfalls auch die Pflicht zur Verlängerung der Angebotsfrist ein (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel BVergG2 [2009] § 90 Rz 4). Öhler/Schramm führen zu Paragraph 90, BVergG aus, dass der Begriff "inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung" im BVergG nicht näher konkretisiert ist. Nach Ansicht der Autoren ist - dem Zweck des Paragraph 90, entsprechend, nämlich "vergebliche" Aufwendungen beim Bieter und wohl auch Auftraggeber zu verhindern - dieser Begriff eng und damit die Berichtigungsmöglichkeit weit auszulegen. Denn jeder Widerruf und jedes nachfolgende Vergabeverfahren mit geänderten Unterlagen erzeuge mehr Aufwendungen bei Bietern und vor allem bei dem Auftraggeber als eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen. Dies wäre kaum mit den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit vereinbar. Solange also der Gleichbehandlungs- und Wettbewerbsgrundsatz gewahrt werde, sei der Berichtigung gegenüber dem Widerruf der Vorzug zu geben. Die Wahrung der Gleichbehandlungs- und Wettbewerbsgrundsatz schließe insbesondere die Pflicht zur Übermittlung der Berichtigung an alle Bewerber und - insbesondere falls sich durch die Änderung der Bieterkreis ändern könnte - auch die Berichtigung der Bekanntmachung sowie gegebenenfalls auch die Pflicht zur Verlängerung der Angebotsfrist ein (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel BVergG2 [2009] Paragraph 90, Rz 4).

Nach Sturm sind, soweit Änderungen der Ausschreibung in zulässiger Weise im Wege einer Berichtigung erfolgen können, die die Änderung auslösenden Umstände noch nicht als wesentlich anzusehen und sohin keine Gründe, die den Auftraggeber zu einem Widerruf des Vergabeverfahrens verpflichten. Andernfalls bliebe für die Berichtigung der Ausschreibung kein Raum, wenn der Auftraggeber bei Umständen, die zu einer Berichtigung der Ausschreibung führen können, stets zum Widerruf verpflichtet wäre (Sturm in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht3 [2010] Rz 1497).

Demgegenüber ist nach der Rechtsprechung des VwGH eine Berichtigung der Ausschreibung nur insoweit zulässig, als es dadurch nicht zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung kommt. Diesfalls wäre nämlich die Ausschreibung wegen Vorliegens zwingender Gründe zu widerrufen (VwGH 29.6.2005, 2002/04/0180).

Nach der Rechtsprechung des EuGH dürfen die Zuschlagskriterien während des Vergabeverfahrens nicht geändert werden. Somit kann im Fall der Nichtigkeitsklärung 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 und Wienstrom, Rn 93 f).

Auftraggeberentscheidungen, die geeignet sind, den Kreis der Bewerber oder Bieter zu beeinflussen, sind jedenfalls als wesentliche Verletzungen des Vergaberechtes anzusehen. Der AG ist - wenn er die Rechtswidrigkeit seiner Entscheidung erkennt - zum Widerruf der Ausschreibung verpflichtet (Strobl in Gast [Hrsg.], BVergG - Leitsatzkommentar, E 76 zu § 139). Auftraggeberentscheidungen, die geeignet sind, den Kreis der Bewerber oder Bieter zu beeinflussen, sind jedenfalls als wesentliche Verletzungen des Vergaberechtes anzusehen. Der AG ist - wenn er die Rechtswidrigkeit seiner Entscheidung erkennt - zum Widerruf der Ausschreibung verpflichtet (Strobl in Gast [Hrsg.], BVergG - Leitsatzkommentar, E 76 zu Paragraph 139,).

Ein zwingender Grund zum Widerruf ist jedenfalls zu bejahen, wenn eine Änderung bzw. Ergänzung des Leistungsverzeichnisses notwendig wird, welche die Kalkulation nicht unwesentlich beeinflussen kann, bzw. wenn sich die Massenänderungen in Folge einer unterschiedlichen kalkulatorischen Gewichtung der Einzelpositionen auf die

Angebotssummen auswirken können (Strobl in Gast, E 90 zu § 139). Ein zwingender Grund zum Widerruf ist jedenfalls zu bejahen, wenn eine Änderung bzw. Ergänzung des Leistungsverzeichnisses notwendig wird, welche die Kalkulation nicht unwesentlich beeinflussen kann, bzw. wenn sich die Massenänderungen in Folge einer unterschiedlichen kalkulatorischen Gewichtung der Einzelpositionen auf die Angebotssummen auswirken können (Strobl in Gast, E 90 zu Paragraph 139,).

Ein zwingender Grund zum Widerruf der Ausschreibung liegt vor, wenn die Unbestimmtheit des Leistungsumfanges von wesentlichen Teilen der Ausschreibung und die daraus folgende Unvergleichbarkeit der Angebote zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten, sofern sie dem Auftraggeber schon früher bekannt gewesen wären (Strobl in Gast, E 92 zu § 139). Ein zwingender Grund zum Widerruf der Ausschreibung liegt vor, wenn die Unbestimmtheit des Leistungsumfanges von wesentlichen Teilen der Ausschreibung und die daraus folgende Unvergleichbarkeit der Angebote zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten, sofern sie dem Auftraggeber schon früher bekannt gewesen wären (Strobl in Gast, E 92 zu Paragraph 139,).

Das Fehlen eines zur Kalkulation geeigneten, nachvollziehbaren Mengengerüsts führt dazu, dass die Vergleichbarkeit der Angebote nicht gewährleistet und eine Bestbieterermittlung nicht möglich ist. Damit liegt ein den Auftraggeber zum Widerruf berechtigter Grund vor (Strobl in Gast, E 93 zu § 139). Das Fehlen eines zur Kalkulation geeigneten, nachvollziehbaren Mengengerüsts führt dazu, dass die Vergleichbarkeit der Angebote nicht gewährleistet und eine Bestbieterermittlung nicht möglich ist. Damit liegt ein den Auftraggeber zum Widerruf berechtigter Grund vor (Strobl in Gast, E 93 zu Paragraph 139,).

Aufgrund der seit Veröffentlichung der gegenständlichen Ausschreibung zahlreich erfolgten Änderungen, insbesondere der

1. 5. Ziffer 5

Nachsendung vom 26.10.2012, die eine umfassende berichtigte Version der Ausschreibungsunterlage beinhaltet, wird im vorliegenden Fall die Rechtsfrage aufgeworfen, ob es sich bei den vorgenommenen Änderungen in den Ausschreibungsbedingungen (noch) um eine zulässige Berichtigung iSd § 90 BVergG handelt oder vielmehr der Auftraggeber bereits zum Widerruf gemäß § 138 Abs 1 BVergG verpflichtet gewesen wäre.

Entscheidungsrelevante Frage im konkreten Sachverhalt ist somit die Abgrenzung zwischen (noch zulässiger) Berichtigung und zwingendem Widerruf. Nachsendung vom 26.10.2012, die eine umfassende berichtigte Version der Ausschreibungsunterlage beinhaltet, wird im vorliegenden Fall die Rechtsfrage aufgeworfen, ob es sich bei den vorgenommenen Änderungen in den Ausschreibungsbedingungen (noch) um eine zulässige Berichtigung iSd Paragraph 90, BVergG handelt oder vielmehr der Auftraggeber bereits zum Widerruf gemäß Paragraph 138, Absatz eins, BVergG verpflichtet gewesen wäre. Entscheidungsrelevante Frage im konkreten Sachverhalt ist somit die Abgrenzung zwischen (noch zulässiger) Berichtigung und zwingendem Widerruf.

Die oben zitierte Rechtsauffassung von Öhler/Schramm bzw. Sturm zu § 90 BVergG liefe nach Ansicht des Senates im Ergebnis darauf hinaus, dass die Bestimmung des § 138 Abs 1 BVergG im Wesentlichen sinnentleert wäre. Wenn beispielsweise - nach Ansicht von Öhler/Schramm - auch im Falle einer Änderung des Bieterkreises eine Berichtigung im Sinne des § 90 BVergG zulässig sein soll, so tritt offenkundig zutage, dass für eine Anwendung des § 138 Abs 1 BVergG kein Raum mehr verbliebe. Abgesehen davon, dass diese Rechtsmeinung der oben zitierten Rechtsprechung widerspricht, steht dieser auch die Bestimmung des § 325 Abs 1 Z 2 BVergG entgegen. Demnach hat das BVA eine gesondert anfechtbare Entscheidung dann für nichtig zu erklären, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Nach den Materialien ist ein wesentlicher Einfluss bereits dann anzunehmen, wenn die festgestellte Rechtswidrigkeit Auswirkungen auf den Verfahrensausgang haben "könnte" (RV 1171 BlgNR 22. GP 141). Es genügt somit eine bloß potentielle Relevanz für den Ausgang des Vergabeverfahrens (siehe dazu Walter/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Rz 2048 und die dort zitierte Judikatur). Bei Anfechtung einer Ausschreibung, die sich nachträglich als rechtswidrig herausstellt, ist bezüglich des Zeitpunktes der Wesentlichkeit somit auf die ursprüngliche Einleitung eines Vergabeverfahrens abzustellen und zu prüfen, ob die Änderung der Ausschreibung dergestalt ist, dass möglicherweise andere Bieter ihr Interesse am Vergabeverfahren bekundet hätten. Die Bestimmung des § 90 BVergG kann somit nicht solcherart (weit) ausgelegt werden, dass für das Erfordernis des Auftraggebers, eine Ausschreibung iSd § 138 Abs 1 BVergG zu widerrufen, kein Spielraum mehr übrigbliebe, zumal die Berichtigung nicht dazu verwendet werden darf, einen verpflichteten Widerruf der Ausschreibung zu umgehen (Auprich in Heid/Preslmayr, Handbuch Rz 1315). Die oben zitierte Rechtsauffassung von Öhler/Schramm bzw. Sturm zu

Paragraph 90, BVergG liefe nach Ansicht des Senates im Ergebnis darauf hinaus, dass die Bestimmung des Paragraph 138, Absatz eins, BVergG im Wesentlichen sinnentleert wäre. Wenn beispielsweise - nach Ansicht von Öhler/Schramm - auch im Falle einer Änderung des Bieterkreises eine Berichtigung im Sinne des Paragraph 90, BVergG zulässig sein soll, so tritt offenkundig zutage, dass für eine Anwendung des Paragraph 138, Absatz eins, BVergG kein Raum mehr verbliebe. Abgesehen davon, dass diese Rechtsmeinung der oben zitierten Rechtsprechung widerspricht, steht dieser auch die Bestimmung des Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG entgegen. Demnach hat das BVA eine gesondert anfechtbare Entscheidung dann für nichtig zu erklären, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Nach den Materialien ist ein wesentlicher Einfluss bereits dann anzunehmen, wenn die festgestellte Rechtswidrigkeit Auswirkungen auf den Verfahrensausgang haben "könnte" (Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 141). Es genügt somit eine bloß potentielle Relevanz für den Ausgang des Vergabeverfahrens (siehe dazu Walter/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Rz 2048 und die dort zitierte Judikatur). Bei Anfechtung einer Ausschreibung, die sich nachträglich als rechtswidrig herausstellt, ist bezüglich des Zeitpunktes der Wesentlichkeit somit auf die ursprüngliche Einleitung eines Vergabeverfahrens abzustellen und zu prüfen, ob die Änderung der Ausschreibung dergestalt ist, dass möglicherweise andere Bieter ihr Interesse am Vergabeverfahren bekundet hätten. Die Bestimmung des Paragraph 90, BVergG kann somit nicht solcherart (weit) ausgelegt werden, dass für das Erfordernis des Auftraggebers, eine Ausschreibung iSd Paragraph 138, Absatz eins, BVergG zu widerrufen, kein Spielraum mehr übrigbliebe, zumal die Berichtigung nicht dazu verwendet werden darf, einen verpflichteten Widerruf der Ausschreibung zu umgehen (Auprich in Heid/Preslmayr, Handbuch Rz 1315).

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass der Wortlaut des § 138 Abs 1 BVergG (vgl. die Wortfolge "ist zu widerrufen") dem Auftraggeber keinen Spielraum lässt. Wenn also die Voraussetzungen vorliegen (in concreto "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") ist der Auftraggeber zum Widerruf verpflichtet und kann nicht - alternativ - mit einer bloßen Berichtigung nach § 90 BVergG das Vergabeverfahren fortführen. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass der Wortlaut des Paragraph 138, Absatz eins, BVergG (vergleiche die Wortfolge "ist zu widerrufen") dem Auftraggeber keinen Spielraum lässt. Wenn also die Voraussetzungen vorliegen (in concreto "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") ist der Auftraggeber zum Widerruf verpflichtet und kann nicht - alternativ - mit einer bloßen Berichtigung nach Paragraph 90, BVergG das Vergabeverfahren fortführen.

Die Antragstellerin hat in der zweiten mündlichen Verhandlung folgendes vorgebracht: "Weiters wurde die Ausschreibungsunterlage durch die bisherigen Berichtigungen in den Fragebeantwortungen und 5 Nachsendungen wesentlich geändert. So wurden zahlreiche inhaltlich bedeutsame Änderungen vorgenommen, zum Beispiel mehrfache Änderung der Leistungsbeschreibung und der Zuschlagskriterien. Mit der 5. Berichtigung wurde jedenfalls das zulässige Ausmaß einer Berichtigung überschritten, weshalb ein Widerruf und eine Neuausschreibung vorzunehmen sind. Insbesondere stimmt aufgrund der 5. Berichtigung der seinerzeitige Text der Bekanntmachung nicht mehr mit dem ausschreibungsgegenständlichen Leistungsgegenstand überein, da das Zubehör nicht mehr ausschreibungsgegenständlich ist. Eine einfache Berichtigung der Ausschreibungsunterlage ist daher nicht mehr ausreichend". Das Vorbringen der Antragstellerin ist im Ergebnis zutreffend. Dies aus nachfolgenden Erwägungen:

Das BVA hat in der Entscheidung vom 15.3.2012, N/0006- BVA/12/2012-29, ausgesprochen, dass es - ausgenommen in den Grenzen einer formalisierten Berichtigung - grundsätzlich unzulässig ist, die Leistungsbeschreibung im Laufe des Vergabeverfahrens zu verändern (unter Verweis auf Heid/Kurz in Heid/Preslmayr, Handbuch Rz 966) und eine Berichtigung (nur) immer dann sinnvoll ist, wenn eine widersprechende oder unklare Ausschreibung vorliegt und die Auswirkungen auf die Angebotsinhalte nicht unverhältnismäßig groß sind (Reckerzügl/Schwarz, Handlungsalternativen bei mangelhaften Ausschreibungen aus Sicht des Vergaberechts, Teil 1, RPA 2001, 62). Nach Ansicht des Senates wurden die Grenzen einer lediglich "formalen" Berichtigung im gegenständlichen Vergabeverfahren bei weitem überschritten.

Gemäß Pkt. 1.1 der Ausschreibungsbedingungen (in der ursprünglichen und berichtigten Version) ist Ausschreibungsgegenstand "eine Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmen pro Los über die Lieferung von im Leistungsverzeichnis näher angeführter Sonden- und Trinknahrung inkl. Applikationsgeräte und Zubehör". Jedoch divergiert diese Angabe mit jenen neuen (gemäß berichtigter Version vom 26.10.2012 getroffenen) Festlegungen im

Anhang 1. Während in der ursprünglichen Ausschreibungsunterlage die Position 4 die Überschrift "Applikationsgeräte und Zubehör für Pos. 1 - 3" enthielt, lautet nunmehr die Gruppe 4: "Applikationsgeräte für die Positionen der Gruppe 1 bis 3". Das Wort "Zubehör" findet sich in der berichtigten Version der Ausschreibungsunterlage vom 26.10.2012 somit nicht wieder. Die Positionen 4.2 ("Leerbeutel") und 4.3 ("Sondenspritzen"), die offenkundig ursprünglich den "Zubehör" bilden sollten, sind demnach auch herausgefallen. Wenn nunmehr die Auftraggeber verneinen, dass die in Position 4.1 verbliebene "Überleitgeräte für Schwerkraftapplikation" auch unter das sog. "Zubehör" zu subsumieren wären und damit offenkundig zum Ausdruck bringen möchten, dass die Ausschreibung durch diese Berichtigung keine Änderung erfahren hat, so erscheinen diese Ausführungen bereits aufgrund der vorgelegten Vergabeunterlagen als wenig glaubwürdig. Andernfalls hätten die Auftraggeber wohl nicht das Wort "Zubehör" in der Überschrift der berichtigten Version vom 26.10.2012 herausgenommen. Schon diese Änderung der Ausschreibungsunterlage überschreitet aber das Ausmaß einer lediglich "formalen" Berichtigung, da der im Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis verbliebene Ausschreibungsgegenstand in der Gruppe 4 der einzelnen Lose (Position 4.1, "Überleitgeräte für Schwerkraftapplikation") nicht mehr mit jener Version vom 21.8.2012 übereinstimmt, die auch die Grundlage für die EU-weite Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union bildet. Die Herausnahme der Position 4.2 ("Leerbeutel") steht überdies im Widerspruch zum Vorbringen der Auftraggeber vom 8. Oktober 2012, wo diese noch ausführten, dass der Vorhalt der Antragstellerin, die Position "Leerbeutel" sei überhaupt nicht erforderlich, unzutreffend sei, da sich die Auftraggeber diesbezüglich am Verbrauch des vergangenen Jahres orientiert hätten.

Soweit die Auftraggeber mehrfach betonen, dass Schulungsleistungen nicht ausschreibungsgegenständlich seien, vermag dies nach der Berichtigung vom 20.9.2012 (vgl. Antwort zu Frage 9) des Punktes 3.3.2 zutreffen. In der ursprünglichen Ausschreibungsunterlage sollten Schulungsleistungen offenkundig doch erbracht werden, andernfalls die Bestimmung des Punktes

Soweit die Auftraggeber mehrfach betonen, dass Schulungsleistungen nicht ausschreibungsgegenständlich seien, vermag dies nach der Berichtigung vom 20.9.2012 (vergleiche Antwort zu Frage 9) des Punktes 3.3.2 zutreffen. In der ursprünglichen Ausschreibungsunterlage sollten Schulungsleistungen offenkundig doch erbracht werden, andernfalls die Bestimmung des Punktes

3.3.2 ("Versorgungsmanagement"), wonach "der wesentliche Schulungsinhalt auf einem Merkzettel zusammen zu fassen und jedem Patienten zumindest einmalig zu übergeben ist sowie online verfügbar zu machen ist", nicht zur Bedingung erhoben worden wäre. In der Klarheit und Eindeutigkeit, wie nunmehr die Auftraggeber in den Schriftsätzen das Nichterfordernis von Schulungselementen für die gegenständliche Ausschreibung betonen, ist dies den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen jedenfalls nicht zu entnehmen.

Noch schwerer wiegen jedoch die Änderungen, die die Auftraggeber im Zusammenhang mit dem Zuschlagskriterium "Preis" in Punkt

1.17.1 iVm Anhang 1 vorgenommen haben. Wenngleich es richtig ist, dass der Einwand bezüglich Nichtberücksichtigung des Kaloriengehaltes in der ursprünglichen Ausschreibungsversion von Bewerberseite, insbesondere auch der Antragstellerin, vorgebracht wurde und die Auftraggeber mit der 5. Nachsendung nunmehr versucht haben, diese zu berücksichtigen, so gestehen diese gleichzeitig indirekt ein, dass die Ausschreibung im Zeitpunkt der ursprünglichen Bekanntmachung (offenkundig) nicht mit der nötigen Sorgfalt erstellt worden ist (vgl. in diesem Zusammenhang § 78 Abs 9 BVergG, wonach "die Ausschreibung nur solchen Personen zu übertragen ist, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen"). Andernfalls wäre es nicht notwendig gewesen, dass "die Auftraggeber nunmehr anhand der im Jahr 2011 verschriebenen und gelieferten Produkte und Mengen die insgesamt verbrauchten Kalorien aller verbrauchten Produkte je Position (Sonden- und Trinknahrung) errechnet" hätten (vgl. Punkt 2 der 5. Nachsendung, 3. Absatz). Diese Erhebungen hätten aber bereits im Zeitpunkt der ursprünglichen Bekanntmachung durchgeführt werden müssen.

1.17.1 in Verbindung mit Anhang 1 vorgenommen haben. Wenngleich es richtig ist, dass der Einwand bezüglich Nichtberücksichtigung des Kaloriengehaltes in der ursprünglichen Ausschreibungsversion von Bewerberseite, insbesondere auch der Antragstellerin, vorgebracht wurde und die Auftraggeber mit der 5. Nachsendung nunmehr versucht haben, diese zu berücksichtigen, so gestehen diese gleichzeitig indirekt ein, dass die Ausschreibung im Zeitpunkt der ursprünglichen Bekanntmachung (offenkundig) nicht mit der nötigen Sorgfalt erstellt worden ist (vergleiche in diesem Zusammenhang Paragraph 78, Absatz 9, BVergG, wonach "die Ausschreibung nur solchen Personen zu übertragen ist, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen"). Andernfalls wäre es nicht notwendig gewesen, dass "die Auftraggeber nunmehr anhand der im Jahr 2011 verschriebenen und gelieferten Produkte und Mengen die insgesamt verbrauchten Kalorien aller verbrauchten

Produkte je Position (Sonden- und Trinknahrung) errechnet" hätten vergliche Punkt 2 der 5. Nachsendung, 3. Absatz). Diese Erhebungen hätten aber bereits im Zeitpunkt der ursprünglichen Bekanntmachung durchgeführt werden müssen.

In einer Gegenüberstellung des Anhang 1 der ursprünglichen Version der Ausschreibungsunterlage mit jener der berichtigten tritt jedenfalls deutlich zutage, dass die Änderungen nicht von derart untergeordneter Bedeutung sind, dass sie keinen Einfluss auf die Kalkulationsgrundlage für die Angebotslegung hätten. Allein durch die in der berichtigten Version neu hinzugefügten Positionen in der ersten Tabellenzeile, die im Zusammenhang mit der neuen Berechnung des Zuschlagskriteriums "Preis" stehen, wird offenkundig, dass diese nunmehr eine gänzlich andere Kalkulationsgrundlage für die Bieter bei Erstellung ihres Angebotes bilden. Nach der oben zitierten Judikatur ist aber ein zwingender Grund zum Widerruf jedenfalls zu bejahen, wenn eine Änderung bzw. Ergänzung des Leistungsverzeichnisses notwendig wird, welche die Kalkulation nicht unwesentlich beeinflussen kann (Strobl in Gast, E 90 zu § 139). In einer Gegenüberstellung des Anhang 1 der ursprünglichen Version der Ausschreibungsunterlage mit jener der berichtigten tritt jedenfalls deutlich zutage, dass die Änderungen nicht von derart untergeordneter Bedeutung sind, dass sie keinen Einfluss auf die Kalkulationsgrundlage für die Angebotslegung hätten. Allein durch die in der berichtigten Version neu hinzugefügten Positionen in der ersten Tabellenzeile, die im Zusammenhang mit der neuen Berechnung des Zuschlagskriteriums "Preis" stehen, wird offenkundig, dass diese nunmehr eine gänzlich andere Kalkulationsgrundlage für die Bieter bei Erstellung ihres Angebotes bilden. Nach der oben zitierten Judikatur ist aber ein zwingender Grund zum Widerruf jedenfalls zu bejahen, wenn eine Änderung bzw. Ergänzung des Leistungsverzeichnisses notwendig wird, welche die Kalkulation nicht unwesentlich beeinflussen kann (Strobl in Gast, E 90 zu Paragraph 139,).

Selbst wenn man jedoch davon ausginge, dass die obigen Erwägungen nicht ausreichen, um einen zwingenden Widerruf im gegenständlichen Vergabeverfahren anzunehmen, entspricht die Neuregelung der Bewertung im Zusammenhang mit dem Zuschlagskriterium "Preis" nicht den Erfordernissen der Transparenz iSd § 19 Abs 1 BVergG: Selbst wenn man jedoch davon ausginge, dass die obigen Erwägungen nicht ausreichen, um einen zwingenden Widerruf im gegenständlichen Vergabeverfahren anzunehmen, entspricht die Neuregelung der Bewertung im Zusammenhang mit dem Zuschlagskriterium "Preis" nicht den Erfordernissen der Transparenz iSd Paragraph 19, Absatz eins, BVergG:

Die Antragstellerin hat in der zweiten mündlichen Verhandlung folgende Behauptung aufgestellt: "Durch die nunmehr erfolgte Berichtigung würde die Formel nicht mehr funktionieren, wenn der Bieter unterschiedliche Produkte mit unterschiedlicher Energiedichte gleichzeitig anbietet. Ferner ändert sich auch die Bewertung der Zuschlagskriterien, da unklar ist, welches Produkt bei der Bewertung der weiteren Zuschlagskriterien herangezogen wird." Die Ausführungen der Antragstellerin laufen - plausibel und nachvollziehbar - darauf hinaus, dass bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums "Preis" den Auftraggebern durch die nunmehrige Bewertungsmethode ein Ermessensspielraum eingeräumt wird, der möglicherweise zu sachlich nicht gerechtfertigten Ergebnissen führen könnte. In der Fragebeantwortung 23 (vgl. 3. Nachsendung) stellten die Auftraggeber klar, dass es "zulässig ist, in einer Bieterlücke zum gleichen Preis mehr als ein ausschreibungskonformes Produkt anzubieten. Jedoch muss die Auswahl des zu liefernden Produktes den Auftraggebern überlassen bleiben, um sicherzustellen, dass die Versicherten nicht mit mehrfachen Produktumstellungen belastet werden". Diese Festlegung wird nunmehr auch in den Erläuterungen zum Anhang 1 in der berichtigten Version der Ausschreibungsunterlagen (wortident) bekräftigt. Die Antragstellerin hat in der zweiten mündlichen Verhandlung folgende Behauptung aufgestellt: "Durch die nunmehr erfolgte Berichtigung würde die Formel nicht mehr funktionieren, wenn der Bieter unterschiedliche Produkte mit unterschiedlicher Energiedichte gleichzeitig anbietet. Ferner ändert sich auch die Bewertung der Zuschlagskriterien, da unklar ist, welches Produkt bei der Bewertung der weiteren Zuschlagskriterien herangezogen wird." Die Ausführungen der Antragstellerin laufen - plausibel und nachvollziehbar - darauf hinaus, dass bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums "Preis" den Auftraggebern durch die nunmehrige Bewertungsmethode ein Ermessensspielraum eingeräumt wird, der möglicherweise zu sachlich nicht gerechtfertigten Ergebnissen führen könnte. In der Fragebeantwortung 23 (vgl. 3. Nachsendung) stellten die Auftraggeber klar, dass es "zulässig ist, in einer Bieterlücke zum gleichen Preis mehr als ein ausschreibungskonformes Produkt anzubieten. Jedoch muss die Auswahl des zu liefernden Produktes den

Auftraggebern überlassen bleiben, um sicherzustellen, dass die Versicherten nicht mit mehrfachen Produktumstellungen belastet werden". Diese Festlegung wird nunmehr auch in den Erläuterungen zum Anhang 1 in der berichtigten Version der Ausschreibungsunterlagen (wortident) bekräftigt.

Wenn die Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung darauf hinweisen, dass die Rechtsprechung des BVA es zulasse, dass bei Vorhandensein von Bieterlücken mehrere Produkte angeboten werden könnten und sich aus dieser Rechtsprechung gleichfalls ergebe, dass, wenn ein Bieter sich die Entscheidung vorbehält, welches Produkt er liefert, in die Angebotsbewertung dass am schlechtesten bewertete Produkt heranzuziehen sei, hingegen, wenn diese Auswahl dem Auftraggeber obliege, in die Angebotsbewertung das beste Produkt heranzuziehen sei und sich seine Vorgehensweise danach richten werde, so ist eine solch (bestandskräftige) Festlegung den Ausschreibungsbedingungen jedenfalls nicht zu entnehmen. Setzt beispielsweise ein Bieter in einer Position zwei verschiedenartige Produkte ein, bleibt die Frage offen, welches Produkt der Auftraggeber für die konkrete Berechnung nach der Formel 1.17.1 (siehe auch Punkt 3.3.5) heranzieht. Auch wenn - nach der Festlegung des Auftraggebers - die Bedingung für die Möglichkeit, mehr als ein ausschreibungskonformes Produkt anzubieten, der "gleiche Preis" ist, wird es sich wohl bei den einzusetzenden Artikeln (von zwei oder mehr Herstellern) um unterschiedliche Produkte handeln, andernfalls das Anbieten von verschiedenen Produkten keinen Sinn ergeben würde. Dies auch vor dem Hintergrund, dass mit der zu berücksichtigenden Energiedichte de facto ein qualitatives Element in die Bewertung beim Zuschlagskriterium "Preis" mit einfließt. Der zweite Satz der Fragebeantwortung bzw. Erläuterung im Anhang 1 bezieht sich wohl erst auf die (spätere) Auswahl des zu liefernden Produktes. Das ändert aber nichts an der Tatsache, dass durch die nunmehrige Möglichkeit, mehrere Produkte verschiedener Hersteller anzubieten, die Auftraggeber bereits bei der Bewertung eine Auswahl zu treffen haben, diese aber den Auftraggebern - ungeachtet der Zusage in der mündlichen Verhandlung - einen Gestaltungsspielraum verschaffen, der mit den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Transparenz iSd § 19 Abs 1 BVergG nicht im Einklang steht. Wenn die Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung darauf hinweisen, dass die Rechtsprechung des BVA es zulasse, dass bei Vorhandensein von Bieterlücken mehrere Produkte angeboten werden könnten und sich aus dieser Rechtsprechung gleichfalls ergebe, dass, wenn ein Bieter sich die Entscheidung vorbehält, welches Produkt er liefert, in die Angebotsbewertung dass am schlechtesten bewertete Produkt heranzuziehen sei, hingegen, wenn diese Auswahl dem Auftraggeber obliege, in die Angebotsbewertung das beste Produkt heranzuziehen sei und sich seine Vorgehensweise danach richten werde, so ist eine solch (bestandskräftige) Festlegung den Ausschreibungsbedingungen jedenfalls nicht zu entnehmen. Setzt beispielsweise ein Bieter in einer Position zwei verschiedenartige Produkte ein, bleibt die Frage offen, welches Produkt der Auftraggeber für die konkrete Berechnung nach der Formel 1.17.1 (siehe auch Punkt 3.3.5) heranzieht. Auch wenn - nach der Festlegung des Auftraggebers - die Bedingung für die Möglichkeit, mehr als ein ausschreibungskonformes Produkt anzubieten, der "gleiche Preis" ist, wird es sich wohl bei den einzusetzenden Artikeln (von zwei oder mehr Herstellern) um unterschiedliche Produkte handeln, andernfalls das Anbieten von verschiedenen Produkten keinen Sinn ergeben würde. Dies auch vor dem Hintergrund, dass mit der zu berücksichtigenden Energiedichte de facto ein qualitatives Element in die Bewertung beim Zuschlagskriterium "Preis" mit einfließt. Der zweite Satz der Fragebeantwortung bzw. Erläuterung im Anhang 1 bezieht sich wohl erst auf die (spätere) Auswahl des zu liefernden Produktes. Das ändert aber nichts an der Tatsache, dass durch die nunmehrige Möglichkeit, mehrere Produkte verschiedener Hersteller anzubieten, die Auftraggeber bereits bei der Bewertung eine Auswahl zu treffen haben, diese aber den Auftraggebern - ungeachtet der Zusage in der mündlichen Verhandlung - einen Gestaltungsspielraum verschaffen, der mit den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Transparenz iSd Paragraph 19, Absatz eins, BVergG nicht im Einklang steht.

Zwar haben die Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung auf die Rechtsprechung des BVA hingewiesen, wonach bei Bieterlücken mehrere Produkte angeboten werden können. Soweit die Entscheidung des BVA vom 15.2.2012, N/0120-BVA/05/2009-52, gemeint war, hat das BVA zwar - wie die Auftraggeber zu Recht festhalten - ausgeführt, dass die Mehrfachnennung von verschiedenen Produkten in einer Bieterlücke zulässig ist, wenn aus dem Gesamtzusammenhang der Ausschreibung nichts gegenteiliges abzuleiten ist. Jedoch lassen sich dieser Entscheidung nicht die weiteren Behauptungen der Auftraggeber, wonach dann, "wenn sich ein Bieter die Entscheidung vorbehält, welches Produkt er liefert, in die Angebotsbewertung dass am schlechtesten bewertete Produkt heranzuziehen sei, hingegen, wenn diese Auswahl dem Auftraggeber obliege, in die Angebotsbewertung das beste Produkt heranzuziehen sei", entnehmen. Demgegenüber hat das BVA festgehalten, dass im Falle der Mehrfachnennung alle diese angebotenen Fabrikate ausschreibungskonform sein müssen. Wenn auch nur ein einziges von mehreren angebotenen

Fabrikaten, das im Auftragsfall zum Einsatz kommen könnte, Anforderungen, die in der Ausschreibung enthalten sind, nicht erfüllt, ist dieses Angebot auszuschneiden (siehe dazu auch Estermann, Entscheidungsanmerkung in RPA 2010, 149).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass aufgrund der oben aufgezeigten wesentlichen Änderungen seit der EU-weiten Veröffentlichung der Ausschreibung am 21.8.2012, insbesondere jener der 5. Nachsendung (berichtigte Ausschreibungsunterlage vom 26.10.2012) in Verbindung mit dem nicht transparent gestalteten Zuschlagskriteriums "Preis" die Ausschreibung iSd § 138 Abs 1 BVergG zwingend zu widerrufen ist und nicht mit einer bloßen Berichtigung gemäß § 90 BVergG das Auslangen gefunden werden kann. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass aufgrund der oben aufgezeigten wesentlichen Änderungen seit der EU-weiten Veröffentlichung der Ausschreibung am 21.8.2012, insbesondere jener der 5. Nachsendung (berichtigte Ausschreibungsunterlage vom 26.10.2012) in Verbindung mit dem nicht transparent gestalteten Zuschlagskriteriums "Preis" die Ausschreibung iSd Paragraph 138, Absatz eins, BVergG zwingend zu widerrufen ist und nicht mit einer bloßen Berichtigung gemäß Paragraph 90, BVergG das Auslangen gefunden werden kann.

Zu Spruchpunkt 2:

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg cit entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. 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 eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg cit entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn

1. 1.Ziffer eins
dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. 2.Ziffer 2
dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Wie sich aus Spruch Punkt 1 dieses Bescheides ergibt, wurde dem auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen gerichteten Nachprüfungsbegehren stattgegeben. Da auch dem auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gerichteten Antragsbegehren mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 28.9.2012, N/0090- BVA/12/2012-EV4, stattgegeben wurde, war auch gemäß § 319 Abs 1 und 2 BVergG dem Begehren auf Ersatz der ordnungsgemäß entrichteten Pauschalgebühren stattzugeben. Wie sich aus Spruch Punkt 1 dieses Bescheides ergibt, wurde dem auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen gerichteten Nachprüfungsbegehren stattgegeben. Da auch dem auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gerichteten Antragsbegehren mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 28.9.2012, N/0090- BVA/12/2012-EV4, stattgegeben wurde, war auch gemäß Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG dem Begehren auf Ersatz der ordnungsgemäß entrichteten Pauschalgebühren stattzugeben.

Schlagworte

Ausschreibung, Berichtigung, zwingender Widerruf, Antragslegitimation, Schaden, Zuschlagskriterien, gesondert anfechtbare Entscheidung, Nichtigerklärung, wesentlicher Einfluss;

Zuletzt aktualisiert am

12.12.2012

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>