

TE Verg Bescheid 2012/3/30 N/0025-BVA/14/2012-28, N/0022-BVA/14/2012-19

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.03.2012

Norm

BVergG 2006 §80 Abs3 1.Satz

BVergG 2006 §90 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs1 1.Satz

BVergG 2006 §324 Abs4

1. BVergG 2006 § 80 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 80 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 80 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 § 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 § 324 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 324 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I Nr. 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010 (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG, betreffend die Auftragsvergabe "Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Zubehör" der Auftraggeber 1. Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), Ghegastraße 1, 1030 Wien, 2. Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA), Wiedner Hauptstraße 84-86, 1051 Wien, 3. Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau (VAEB), Linke Wienzeile 48-52, 1060 Wien, 4. Versicherungsanstalt Öffentlich Bediensteter (BVA), Josefstädter Straße 80, 1080 Wien, 5. Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK), Esterhazyplatz 3, 7000 Eisenstadt und 6. 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***, über die Anträge der A***, vertreten durch Y***, vom

24.2.2012 und über die Anträge der B***, vertreten durch Z***, vom 24.2.2012, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 27.2.2012, und vom 1.3.2012, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 2.3.2012, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG, betreffend die Auftragsvergabe "Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Zubehör" der Auftraggeber 1. Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), Ghegastraße 1, 1030 Wien, 2. Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA), Wiedner Hauptstraße 84-86, 1051 Wien, 3. Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau (VAEB), Linke Wienzeile 48-52, 1060 Wien, 4. Versicherungsanstalt Öffentlich Bediensteter (BVA), Josefstädter Straße 80, 1080 Wien, 5. Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK), Esterhazyplatz 3, 7000 Eisenstadt und 6. 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***, über die Anträge der A***, vertreten durch Y***, vom 24.2.2012 und über die Anträge der B***, vertreten durch Z***, vom 24.2.2012, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 27.2.2012, und vom 1.3.2012, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 2.3.2012, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag der A*** vom 24.2.2012, "die Ausschreibung ´Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Zubehör` der Auftraggeber für nichtig zu erklären", wird stattgegeben.

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

II.römisch zwei.

Dem Antrag der A*** vom 24.2.2012, "den Auftraggebern aufzutragen, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren für diesen Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu bezahlen", wird stattgegeben.

Die Auftraggeber haben der A*** zu Händen ihres Rechtsvertreters, der Y***, die für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt Euro 657,- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

III.römisch drei.

Der Antrag der B*** vom 24.2.2012, "das Bundesvergabeamt möge die Ausschreibung insgesamt für nichtig erklären", wird zurückgewiesen.

IV.römisch vier.

Der Eventualantrag der B*** vom 24.2.2012, "das Bundesvergabeamt möge die in Pkt. 5 des Nachprüfungsantrages angeführten Bestimmungen der Ausschreibung für nichtig erklären", wird zurückgewiesen.

V.römisch fünf.

Dem Antrag der B*** vom 24.2.2012, "das Bundesvergabeamt möge die Antragsgegnerinnen verpflichten, der Antragstellerin die für den Nachprüfungsantrag entrichtete Pauschalgebühr binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Händen ihrer Rechtsvertreterin zu ersetzen" und dem Antrag der B*** vom 1.3.2012, "das Bundesvergabeamt möge die Antragsgegnerinnen verpflichten, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Händen ihrer Rechtsvertretung zu bezahlen", wird stattgegeben.

Die Auftraggeber haben der B*** zu Händen ihres Rechtsvertreters, Z***, die für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt Euro 657,- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Entscheidungsrelevanter Sachverhalt:

Die gegenständliche Ausschreibung wurde am 25.1.2012 unter der Zahl ABI./S 516, 25302-2012-DE (abgesendet am 20.1.2012), im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht. Die Bekanntmachung im Lieferanzeiger erfolgte am 20.1.2012.

Auftraggeber sind die SVB, die SVA, die VAEB, die BVA, die BGKK und die KFA. Vergebende Stelle ist die SVD Büromanagement GmbH.

Ausschreibungsgegenstand ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung pro Los mit einem Unternehmen über die Lieferung von im Leistungsverzeichnis näher angeführter Sonden- und Trinknahrung inkl. Applikationsgeräten und Zubehör.

Los 1 betrifft die Lieferung von Sonden- und Trinknahrung ausgenommen Pädiatrie samt Applikationsgeräten inkl. Zubehör samt Erbringung der damit im Zusammenhang stehenden Dienstleistungen (Pos. 1-4 des Anhangs 1 des Leistungsverzeichnisses), Los 2 betrifft die Lieferung von Sonden- und Trinknahrung in der Pädiatrie samt Applikationsgeräten inkl. Zubehör samt Erbringung der damit im Zusammenhang stehenden Dienstleistungen (Pos. 5-6 des Anhangs 1 des Leistungsverzeichnisses).

Die Vergabe soll nach dem Billigstbieterprinzip in Form eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich als Lieferauftrag erfolgen.

Seitens der Auftraggeber ergingen mehrere Fragebeantwortungen an die Interessenten des Vergabeverfahrens (Beheber der Ausschreibungsunterlagen).

Die Angebotsfrist endete am 12.3.2012. Bis zu diesem Zeitpunkt wurde kein Angebot gelegt.

Mit Schriftsatz vom 24.2.2012 brachte die A***, vertreten durch Y*** (im Folgenden Erstantragsteller), einen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt ein und begehrte wie im Spruchpunkt I wiedergegeben. Weiters wurden ein Eventualantrag auf Nichtigklärung einzelner Bestimmungen der Ausschreibungsunterlage, Anträge auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, auf Akteneinsicht und auf Ersatz der Pauschalgebühren, gestellt. Unter Einem beantragte der Antragsteller für den Fall, dass das BVA seiner Rechtsauffassung nicht folgen und die Ausschreibung nicht für nichtig erklären sollte, das Nachprüfungsverfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Finanzamtes Wien 1/23, Aktenkennzahl 091/1900-BV 25, über den auf die verfahrensgegenständlichen Produkte anwendbaren Umsatzsteuersatz, auszusetzen. Einem mit zit. Schriftsatz ebenfalls gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid des BVA vom 6.3.2012, GZ: N/0022-BVA/14/2012- EV7, teilweise stattgegeben und der Ablauf der Angebotsfrist für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt sowie den Auftraggebern die Öffnung der Angebote untersagt. Mit Schriftsatz vom 24.2.2012 brachte die A***, vertreten durch Y*** (im Folgenden Erstantragsteller), einen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt ein und begehrte wie im Spruchpunkt römisch eins wiedergegeben. Weiters wurden ein Eventualantrag auf Nichtigklärung einzelner Bestimmungen der Ausschreibungsunterlage, Anträge auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, auf Akteneinsicht und auf Ersatz der Pauschalgebühren, gestellt. Unter Einem beantragte der Antragsteller für den Fall, dass das BVA seiner Rechtsauffassung nicht folgen und die Ausschreibung nicht für nichtig erklären sollte, das Nachprüfungsverfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Finanzamtes Wien 1/23, Aktenkennzahl 091/1900-BV 25, über den auf die verfahrensgegenständlichen Produkte anwendbaren Umsatzsteuersatz, auszusetzen. Einem mit zit. Schriftsatz ebenfalls gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid des BVA vom 6.3.2012, GZ: N/0022-BVA/14/2012- EV7, teilweise stattgegeben und der Ablauf der Angebotsfrist für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt sowie den Auftraggebern die Öffnung der Angebote untersagt.

In seinem Schriftsatz vom 24.2.2012 brachte der Erstantragsteller im Wesentlichen vor:

Die Auftraggeber SVB, SVA, VAEB, BVA, BGKK und KFA hätten mit EU-weiter Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 25.1.2012 ein offenes Vergabeverfahren betreffend die "Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Zubehör" aufgrund einer Rahmenvereinbarung im Oberschwellenbereich eingeleitet.

Der Antragsteller sei ein Tochterunternehmen eines weltweit führenden Lebensmittelherstellers. Sein Betätigungsfeld umfasse insbesondere die Produktion und Lieferung von Trink- und Sondennahrung sowie die dazugehörige

Applikationstechnik (HealthCare Nutrition).

Das Interesse des Antragstellers ergebe sich auch aus der Stellung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages.

Die Auftraggeber würden aufgrund ihrer Vielzahl sowie der Zahl ihrer Anspruchsberechtigten einen erheblichen Teil der Gesamtnachfrage auf dem österreichischen Markt für Trink- und Sondennahrung abdecken. Aufgrund der rechtswidrigen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlage würden dem Antragsteller die Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren sowie die Ausarbeitung eines Angebotes unmöglich gemacht.

Der Antragsteller erachte sich durch die Ausschreibungsunterlage generell im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie insbesondere in seinen Rechten auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lautereren Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, auf Gleichbehandlung aller Bieter, auf Festlegung vergaberechtskonformer und nicht diskriminierender Ausschreibungsbedingungen, auf Abgabe eines vergaberechtskonformen Angebotes, auf Angebotslegung mit einem UStkonformen Steuersatz und auf Abschluss der Rahmenvereinbarung mit dem tatsächlichen Bestbieter, verletzt.

Es werde daher die Ausschreibungsunterlage (als Ganzes) angefochten. In eventu würden folgende Bestimmungen der Ausschreibungsunterlage angefochten:

Pkt. 1.1; Pkt. 1.17.1; Pkt. 1.17.2; Pkt. 1.17.3; Pkt. 1.3; Pkt. 1.4.4 lit d); Pkt. 2.8.5; Pkt. 3.3 betreffend die optionale Teilvergabe; Pkt. 3.3.2; Pkt. 3.3.4 betreffend die "geringste Verpackungseinheit"; Pkt. 3.3.4 betreffend die Wahl des Auftragnehmers zwischen Beutel- und Glasflaschensystemen; Pkt. 4; Pkt. 5; Pos. 2.3, Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis; Pos. 3.4, Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis; Pos. 3.6.; Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis; Pos. 4.5, Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis; und Pos. 4.6, Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis. Pkt. 1.1; Pkt. 1.17.1; Pkt. 1.17.2; Pkt. 1.17.3; Pkt. 1.3; Pkt. 1.4.4 Litera d,); Pkt. 2.8.5; Pkt. 3.3 betreffend die optionale Teilvergabe; Pkt. 3.3.2; Pkt. 3.3.4 betreffend die "geringste Verpackungseinheit"; Pkt. 3.3.4 betreffend die Wahl des Auftragnehmers zwischen Beutel- und Glasflaschensystemen; Pkt. 4; Pkt. 5; Pos. 2.3, Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis; Pos. 3.4, Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis; Pos. 3.6.; Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis; Pos. 4.5, Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis; und Pos. 4.6, Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis.

Zu den Rechtswidrigkeiten:

- -Strichaufzählung

Zur unrichtigen Höhe der Umsatzsteuer im Angebotspreis:

Gemäß Pkt. 4 der Ausschreibungsunterlage sei der Angebotspreis "zuzüglich 20% USt" anzugeben. Gemäß § 10 Abs. 2 Z 1 lit.a UStG sei jedoch der ermäßigte Steuersatz in Höhe von 10% einschlägig. Mitbewerber des Antragstellers würden ebenfalls die niedrigere USt in Höhe von 10% verrechnen. Hinsichtlich der Höhe des USt-Satzes sei ein finanzbehördliches Verfahren beim Finanzamt Wien 1/23 anhängig. Die Höhe der USt stelle eine relevante Vorfrage für die Entscheidung des BVA über die Zulässigkeit der Festlegung der Auftraggeber in Pkt. 4 der Ausschreibungsunterlage dar. Gemäß Pkt. 4 der Ausschreibungsunterlage sei der Angebotspreis "zuzüglich 20% USt" anzugeben. Gemäß Paragraph 10, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, UStG sei jedoch der ermäßigte Steuersatz in Höhe von 10% einschlägig. Mitbewerber des Antragstellers würden ebenfalls die niedrigere USt in Höhe von 10% verrechnen. Hinsichtlich der Höhe des USt-Satzes sei ein finanzbehördliches Verfahren beim Finanzamt Wien 1/23 anhängig. Die Höhe der USt stelle eine relevante Vorfrage für die Entscheidung des BVA über die Zulässigkeit der Festlegung der Auftraggeber in Pkt. 4 der Ausschreibungsunterlage dar.

- -Strichaufzählung

Zum Verstoß gegen den Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatz:

§ 19 Abs. 1 BVergG verpflichte den Auftraggeber zu einer Leistungsbeschreibung, aufgrund derer möglichst viele Unternehmer Angebote legen könnten, sodass ein echter Wettbewerb gewährleistet werde. Werde der Bieterkreis durch eine Ausschreibungsbestimmung beträchtlich eingeschränkt, sei hierfür eine sachliche Rechtfertigung notwendig. Die Rechtfertigung habe bereits bei "ungewöhnlichen Spezifikationen" zu erfolgen, die von einer größeren Anzahl von Herstellern nicht angeboten werden könnten. Paragraph 19, Absatz eins, BVergG verpflichte den Auftraggeber zu einer Leistungsbeschreibung, aufgrund derer möglichst viele Unternehmer Angebote legen könnten, sodass ein echter Wettbewerb gewährleistet werde. Werde der Bieterkreis durch eine Ausschreibungsbestimmung beträchtlich

eingeschränkt, sei hierfür eine sachliche Rechtfertigung notwendig. Die Rechtfertigung habe bereits bei "ungewöhnlichen Spezifikationen" zu erfolgen, die von einer größeren Anzahl von Herstellern nicht angeboten werden könnten.

Diskriminierende technische Spezifikationen:

Im Zusammenhang mit der Festlegung technischer Spezifikationen werde in § 96 BVergG ein zweifaches Missbrauchsverbot normiert. Einerseits sei die Leistung eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben. Andererseits dürfe die Leistung nicht so beschrieben werden, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen würden. In diesem Sinne habe das BVA festgehalten, dass die Ausrichtung der Leistungsbeschreibung nach bestimmten Firmenerzeugnissen grundsätzlich den Grundsatz des freien Wettbewerbes verletze. Im Zusammenhang mit der Festlegung technischer Spezifikationen werde in Paragraph 96, BVergG ein zweifaches Missbrauchsverbot normiert. Einerseits sei die Leistung eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben. Andererseits dürfe die Leistung nicht so beschrieben werden, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen würden. In diesem Sinne habe das BVA festgehalten, dass die Ausrichtung der Leistungsbeschreibung nach bestimmten Firmenerzeugnissen grundsätzlich den Grundsatz des freien Wettbewerbes verletze.

Laut Anhang 1 zum LV beinhalte der Produktkatalog die Positionen 2.3, 3.4, 3.6 sowie 4.6, die nur von einem einzigen bzw. höchstens zwei Unternehmen angeboten werden könnten.

Die Leerbeutel in Position 4.5 seien zudem für die Leistungserbringung nicht erforderlich. Für die gegenständlichen Spezifikationen liege keine sachliche Rechtfertigung vor.

Am relevanten Markt für die Trink- und Sondennahrung seien lediglich 4 Hersteller tätig. Obwohl der Antragsteller über einen erheblichen Marktanteil verfüge, könne er die Produkte in den angeführten Positionen nicht anbieten.

Aufgrund der Einschränkung von Bietergemeinschaften gemäß Pkt. 5 der Ausschreibungsunterlage scheide auch die Bildung einer Bietergemeinschaft zwischen den Unternehmern aus, da der Marktanteil für Bagatellkartelle überschritten würde.

Auch eine Lieferung von nicht im eigenen Produktportfolio befindlicher Produkte unter Rückgriff auf Subunternehmer bzw. Lieferanten komme nicht in Betracht, da ein Vertrieb von Fremdprodukten anderer Hersteller schon aus Gründen der Markenpolitik nicht möglich wäre. Selbst wenn man den Unternehmern den Vertrieb von Produkten einer anderen Marke zumuten würde, wären diese Unternehmer bei Teilnahme an der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung durch höhere Kosten aufgrund des Zukaufs von Fremdprodukten bei Konkurrenzunternehmen und durch einen Mehraufwand in den Bereichen Logistik/Lagerhaltung benachteiligt. Hinsichtlich der angeführten diskriminierenden Spezifikationen sei auch das Anbieten von Schulungsleistungen betreffend Fremdprodukte nicht möglich.

Die Beibehaltung der gegenständlichen Leistungsbeschreibung (Produktkatalog) würde daher zu wesentlich weniger bzw. zumindest wesentlich teureren Angeboten als bei einer marktkonformen Zusammensetzung des Leistungskataloges führen. Durch die marktfremde Einbeziehung der Positionen 2.3, 3.4, 3.6, 4.5 sowie 4.6 in den Anhang 1 zum Leistungsverzeichnis werde der Wettbewerb unzulässiger Weise eingeschränkt.

Unzulässige Gewährung eines zusätzlichen Rabattes bei Angebotslegung in beiden Losen:

Gemäß § 96 Abs. 3 BVergG dürfe die Leistung nicht so beschrieben werden, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen würden. Gemäß Paragraph 96, Absatz 3, BVergG dürfe die Leistung nicht so beschrieben werden, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen würden.

Gemäß Pkt. 3.3.4 und gemäß Pkt. 4 der Ausschreibungsunterlage sowie laut den Fragebeantwortungen 2 und 3 könnten Bieter für den Fall der Angebotslegung in beiden Losen einen zusätzlichen Rabatt gewähren. Gemäß Pkt. 1.15 betreffe das Los 2 die Lieferung der Sonden- und Trinknahrung in der Pädiatrie samt Applikationsgeräten inkl. Zubehör sowie die Erbringung der damit zusammenhängenden Dienstleistungen.

Die (unsachliche) Bevorzugung von Bieter, welche das Los 2 anbieten könnten, werde durch die Festlegung in Pkt. 1.4.4 lit.d der Ausschreibungsunterlage verdeutlicht. Demnach habe die Bankgarantie im Falle der Legung eines Teilangebotes im Los 1 eine Höhe von Euro 150.000,-- , im Falle der Legung eines Teilangebotes im Los 2 lediglich Euro 3.000,-- aufzuweisen. Die (unsachliche) Bevorzugung von Bieter, welche das Los 2 anbieten könnten, werde durch die

Festlegung in Pkt. 1.4.4 Litera d, der Ausschreibungsunterlage verdeutlicht. Demnach habe die Bankgarantie im Falle der Legung eines Teilangebotes im Los 1 eine Höhe von Euro 150.000,-- , im Falle der Legung eines Teilangebotes im Los 2 lediglich Euro 3.000,-- aufzuweisen.

Da konkret Los 2 nur von 2 Unternehmen angeboten werden könne, könnten diese Bieter aufgrund des mangelnden Wettbewerbes im Los 2 eine Quersubventionierung ihres Angebotes im Los 1 vornehmen. Die Möglichkeit der Gewährung eines zusätzlichen Rabattes im Falle der Angebotslegung in beiden Losen führe zu einer massiven Wettbewerbsverzerrung.

Unzulässige Beschränkung der Bildung von Bietergemeinschaften:

Gemäß Pkt. 5 der Ausschreibungsunterlage sei die Bildung von Bietergemeinschaften dann unzulässig, wenn die betreffenden Marktteilnehmer gemeinsam die Grenzen eines Bagatellkartells überschreiten würden (d.h. 5% Marktanteil bundesweit sowie 25% Marktanteil bezogen auf einen Teilmarkt). Die gegenständliche Regelung sei überschießend, da sie die Beteiligung jeder Bietergemeinschaft mit einem Marktanteil von über 5% pauschal untersage. Gemäß § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG seien nur Angebote von solchen Bietern auszuschneiden, die mit anderen Unternehmen für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Wettbewerbsgrundsatz verstoßende Abreden getroffen hätten. Dies wäre aufgrund der bloßen Gründung einer Bietergemeinschaft etwa dann der Fall, wenn jedes der Mitglieder der Bietergemeinschaft das Angebot auch alleine legen könnte. Durch die pauschale Untersagung der Bildung von Bietergemeinschaften mit einem Marktanteil von über 5% werde gegen den Wettbewerbsgrundsatz verstoßen. Im konkreten Fall könne der Antragsteller aufgrund der wettbewerbswidrigen Leistungsbeschreibung alleine kein aussichtsreiches Angebot legen. Durch die Beschränkung der Bildung von Bietergemeinschaften sei es ihm auch nicht möglich, eine Bietergemeinschaft zu gründen. Der gegenständliche Auftrag könne - wenn überhaupt - von höchstens 4 Unternehmen (teilweise) ausgeführt werden. Aufgrund der Marktverhältnisse im Bereich der Sonden- und Trinknahrung werde die festgelegte Bagatellgrenze gemäß Pkt. 5 der Ausschreibungsunterlage von jedem potenziellen Bieter überschritten. Die Bildung einer Bietergemeinschaft wäre daher für jedes dieser Unternehmen unmöglich. Selbst mit Transport- bzw. Logistikunternehmen könnte keine Bietergemeinschaft eingegangen werden. Gemäß Pkt. 5 der Ausschreibungsunterlage sei die Bildung von Bietergemeinschaften dann unzulässig, wenn die betreffenden Marktteilnehmer gemeinsam die Grenzen eines Bagatellkartells überschreiten würden (d.h. 5% Marktanteil bundesweit sowie 25% Marktanteil bezogen auf einen Teilmarkt). Die gegenständliche Regelung sei überschießend, da sie die Beteiligung jeder Bietergemeinschaft mit einem Marktanteil von über 5% pauschal untersage. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG seien nur Angebote von solchen Bietern auszuschneiden, die mit anderen Unternehmen für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Wettbewerbsgrundsatz verstoßende Abreden getroffen hätten. Dies wäre aufgrund der bloßen Gründung einer Bietergemeinschaft etwa dann der Fall, wenn jedes der Mitglieder der Bietergemeinschaft das Angebot auch alleine legen könnte. Durch die pauschale Untersagung der Bildung von Bietergemeinschaften mit einem Marktanteil von über 5% werde gegen den Wettbewerbsgrundsatz verstoßen. Im konkreten Fall könne der Antragsteller aufgrund der wettbewerbswidrigen Leistungsbeschreibung alleine kein aussichtsreiches Angebot legen. Durch die Beschränkung der Bildung von Bietergemeinschaften sei es ihm auch nicht möglich, eine Bietergemeinschaft zu gründen. Der gegenständliche Auftrag könne - wenn überhaupt - von höchstens 4 Unternehmen (teilweise) ausgeführt werden. Aufgrund der Marktverhältnisse im Bereich der Sonden- und Trinknahrung werde die festgelegte Bagatellgrenze gemäß Pkt. 5 der Ausschreibungsunterlage von jedem potenziellen Bieter überschritten. Die Bildung einer Bietergemeinschaft wäre daher für jedes dieser Unternehmen unmöglich. Selbst mit Transport- bzw. Logistikunternehmen könnte keine Bietergemeinschaft eingegangen werden.

- -Strichaufzählung

Zum Verstoß gegen den Grundsatz der Vergleichbarkeit der Angebote:

Gemäß § 78 Abs. 3 BVergG seien die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt sei und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken ermittelt werden könnten. Gemäß § 96 Abs. 1 BVergG seien die Leistungen so eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet sei. Gemäß Paragraph 78, Absatz 3, BVergG seien die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt sei und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken ermittelt werden könnten. Gemäß Paragraph 96, Absatz eins, BVergG seien die Leistungen so eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben, dass die Vergleichbarkeit der Angebote

gewährleistet sei.

Unterschiedlich große Verpackungseinheiten:

Gemäß Pkt. 3.3.4 der Ausschreibungsunterlage sei zu jeder Position "jeweils die geringste Verpackungseinheit" anzubieten. Es sei unklar, welche messbare Einheit damit gemeint werde (nach der Stückzahl, dem Volumen oder dem Gewicht?). In der Ausschreibungsunterlage würden genaue Angaben zur anzubietenden Stückzahl bzw. Gebindegröße der ausgeschriebenen Produkte fehlen, was für die ordnungsgemäße Kalkulation erforderlich wäre.

Die potenziellen am Markt tätigen Mitbewerber des Antragstellers müssten die Produkte der Sondennahrung im Los 1 in völlig unterschiedlichen Verpackungseinheiten anbieten. Das Portfolio der Unternehmer weise ganz verschiedene Verpackungseinheiten auf. Kleinere Verpackungseinheiten seien teurer als größere Verpackungseinheiten. Bietern mit größeren Verpackungseinheiten werde ein wettbewerbswidriger Vorteil eingeräumt. Umgekehrt würden jene Bieter erheblich benachteiligt, die über kleine Verpackungseinheiten verfügen würden.

Unterschiedliche Eigenschaften der Beutel- und Glasflaschensysteme:

Gemäß Pkt. 3.3.4 der Ausschreibungsunterlage könnten bei den Positionen 1 bis 2 im Los 1 und bei den Pos. 5.1 bis 5.6. im Los 2 nach Wahl des Auftragnehmers sowohl Beutel- als auch Glasflaschensysteme angeboten werden.

Beutel- und Glasflaschensysteme würden sich in der medizinischen Praxis durch unterschiedliche Vor- und Nachteile auszeichnen. Überdies könnten die unterschiedlichen Gestehungskosten der Beutel- und Glasflaschensysteme zu erheblichen Kalkulationsunterschieden führen.

Falsche Angabe des Jahresbedarfes aufgrund unterschiedlicher Energiedichte:

Gemäß Pos. 3.6, Anhang 1 zum LV, habe die Energiedichte $> 1,2 \text{ kcal/ml}$ zu betragen. Der Jahresbedarf sei mit 1.100 Litern festgelegt worden. Im konkreten Fall würden die relevanten Produkte der potenziellen Bieter eine erheblich unterschiedliche Energiedichte aufweisen. Werde den Anspruchsberechtigten ein Produkt mit einer höheren Energiedichte verabreicht, sei deren Jahresbedarf an Flüssigkeitsmenge niedriger als bei einem Produkt mit einer niedrigeren Energiedichte. Laut Verordnung über diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke sei der (durch normale Ernährung nicht ausreichend gedeckte) Energiebedarf maßgeblich. Folglich sei es unrichtig, für Produkte mit einer unterschiedlichen Energiedichte denselben Multiplikator zur Berechnung des Jahresbedarfes anzusetzen.

Unkalkulierbare Schulungen:

Gemäß Pkt. 3.3.2 der Ausschreibungsunterlage seien Schulungen der unmittelbar an der Versorgung beteiligten Personen nach Wahl des Anspruchsberechtigten im Krankenhaus, im Pflegeheim oder zu Hause durchzuführen. Daraus würden sich völlig unterschiedliche Anfahrtszeiten sowie Personalkosten ergeben. Durch die Pflicht zur Durchführung von Schulungen würden unzumutbare Risiken auf die Bieter überwält. Die Angebote der Bieter wären nicht vergleichbar. Eine vergaberechtskonforme Regelung würde verlangen, dass entweder das Schulungsausmaß geregelt oder zumindest (kalkulierbare) Schulungskosten aufwandsbezogen abgegolten würden (d.h. Regiepreise).

Unkalkulierbare Nachbetreuungen und Nachschulungen:

Gemäß Pkt. 3.3.2 der Ausschreibungsunterlage seien "bei Bedarf" telefonische Nachbetreuungen und Nachschulungen durchzuführen. Hierzu sei ausreichend Personal mit fundierten Kenntnissen zur Verfügung zu stellen, das binnen zwei Werktagen ab Anforderung am Erfüllungsort zu sein habe.

Nach der Rechtsprechung des BVA sei eine Preiskalkulation unmöglich, wenn den Bietern nicht einmal ungefähre Leistungsausmaße nach unternehmerisch vernünftigen Gesichtspunkten zur Verfügung gestellt würden. Ferner sei es unzulässig, sämtliche Personalvorhaltekosten auf den Auftragnehmer zu überwälzen. Konkret sei völlig offen, wie viele Nachbetreuungen und Nachschulungen der Bieter im Angebotspreis einzukalkulieren habe. Der konkrete Personalbedarf für die Nachbetreuungen und Nachschulungen sei ebenfalls unklar. Ungeachtet dessen sei in der Ausschreibungsunterlage keine aufwandsbezogene Abrechnung (Regiepreise) der Nachbetreuungen und Nachschulungen vorgesehen.

Sittenwidrige Schadenersatzpflicht des Auftragnehmers:

Gemäß Pkt. 2.8.5 der Ausschreibungsunterlage treffe den Auftragnehmer eine Schadenersatzpflicht hinsichtlich der

Mehrkosten im Zusammenhang mit einer Neuvergabe oder Weitergabe des Auftrages an einen Dritten, wenn der Auftragnehmer die Auflösung der Rahmenvereinbarung "zu vertreten habe". Im konkreten Fall würden dem Auftragnehmer die Mehrkosten unabhängig von seinem Verschulden angelastet werden. Nach der Judikatur des OGH verstoße die verschuldensunabhängige Schadensersatzpflicht gegen die guten Sitten iSd § 879 ABGB. Durch die gegenständliche Regelung würde dem Bieter ein unkalkulierbares Risiko aufgebürdet. Der Grundsatz der Vergleichbarkeit der Angebote iSd § 79 Abs. 3 BVergG werde verletzt. Gemäß Pkt. 2.8.5 der Ausschreibungsunterlage treffe den Auftragnehmer eine Schadenersatzpflicht hinsichtlich der Mehrkosten im Zusammenhang mit einer Neuvergabe oder Weitergabe des Auftrages an einen Dritten, wenn der Auftragnehmer die Auflösung der Rahmenvereinbarung "zu vertreten habe". Im konkreten Fall würden dem Auftragnehmer die Mehrkosten unabhängig von seinem Verschulden angelastet werden. Nach der Judikatur des OGH verstoße die verschuldensunabhängige Schadensersatzpflicht gegen die guten Sitten iSd Paragraph 879, ABGB. Durch die gegenständliche Regelung würde dem Bieter ein unkalkulierbares Risiko aufgebürdet. Der Grundsatz der Vergleichbarkeit der Angebote iSd Paragraph 79, Absatz 3, BVergG werde verletzt.

- -Strichaufzählung

Zur unzulässigen Wahl des Billigstbieterprinzips:

Gemäß § 79 Abs. 3 BVergG könne der niedrigste Preis als einziges Zuschlagskriterium nur dann herangezogen werden, wenn der Qualitätsstandard der Leistung in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig definiert sei. Gemäß Paragraph 79, Absatz 3, BVergG könne der niedrigste Preis als einziges Zuschlagskriterium nur dann herangezogen werden, wenn der Qualitätsstandard der Leistung in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig definiert sei.

In der gegenständlichen Ausschreibungsunterlage würden die (gesetzlichen) Qualitätsvorgaben an das umfassende Produkt- und Leistungsspektrum keinesfalls klar und eindeutig definiert werden. Gemäß Pkt. 3.3.2 sei das Schulungsausmaß nicht geregelt. Überdies seien telefonische Nachbetreuungen nur bei Bedarf durchzuführen. Dabei sei unklar, unter welchen Umständen, wie oft, mit welchem Inhalt und in welcher Dauer eine telefonische Nachbetreuung im Einzelfall zu erfolgen habe. Hinsichtlich der telefonischen Nachbetreuung (Erforderlichkeit, Inhalt, Dauer usw.) würden auch keinerlei gesetzliche Vorgaben existieren. In der Ausschreibungsunterlage werde daher kein klarer und eindeutiger Qualitätsstandard iSd § 79 Abs. 3 BVergG definiert. Die Angebote verschiedener Bieter seien in diesem Punkt folglich auch nicht vergleichbar. In der gegenständlichen Ausschreibungsunterlage würden die (gesetzlichen) Qualitätsvorgaben an das umfassende Produkt- und Leistungsspektrum keinesfalls klar und eindeutig definiert werden. Gemäß Pkt. 3.3.2 sei das Schulungsausmaß nicht geregelt. Überdies seien telefonische Nachbetreuungen nur bei Bedarf durchzuführen. Dabei sei unklar, unter welchen Umständen, wie oft, mit welchem Inhalt und in welcher Dauer eine telefonische Nachbetreuung im Einzelfall zu erfolgen habe. Hinsichtlich der telefonischen Nachbetreuung (Erforderlichkeit, Inhalt, Dauer usw.) würden auch keinerlei gesetzliche Vorgaben existieren. In der Ausschreibungsunterlage werde daher kein klarer und eindeutiger Qualitätsstandard iSd Paragraph 79, Absatz 3, BVergG definiert. Die Angebote verschiedener Bieter seien in diesem Punkt folglich auch nicht vergleichbar.

Ferner sei die Energiedichte in Pos. 3.4 der Ausschreibungsunterlage nur unzureichend definiert. Die Energiedichte eines Nahrungsmittels werde im Wesentlichen durch 3 Elemente (Kohlenhydrate, Eiweiß und Fett) definiert. Die gegenständliche Leistungsbeschreibung enthalte jedoch keine Mindestanforderungen hinsichtlich dieser 3 Elemente. Laut Fragebeantwortung Nr. 19.3 würden die Auftraggeber keine Notwendigkeit sehen, die unzureichend spezifizierte Energiedichte zu präzisieren. Aufgrund des fehlenden klaren und eindeutigen Qualitätsstandards sei die Festlegung des Billigstbieterprinzips unzulässig.

Unzulässige Berücksichtigung von Qualitätskriterien beim Billigstbieterprinzip:

Beim Billigstbieterprinzip dürften neben dem Preis keine anderen Kriterien Einfluss auf den Zuschlag haben. Nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung sei das Billigstbieterprinzip unzulässig, wenn ein Qualitätskriterium in die Zuschlagskriterien einbezogen werde. Demnach sei das Billigstbieterprinzip unzulässig, wenn Folgekosten berücksichtigt würden. Konkret umfasse der Ausschreibungsgegenstand gemäß Pkt. 3.3.2 der Ausschreibungsunterlage auch diverse Schulungen und Nachbetreuungen. Die diesbezüglichen Folgekosten seien jedoch in den Angebotspreis einzubeziehen.

Weiters müsse bei der Festlegung des Billigstbieterprinzips die Qualität vom Auftraggeber derart vorgegeben sein,

dass für den Bieter nur hinsichtlich des Preises ein Spielraum bestehe. Mangels Festlegung eines klaren und eindeutigen Qualitätsstandards könnten die Bieter völlig unterschiedliche Schulungen bzw. Nachbetreuungen (hinsichtlich Dauer, Inhalt sowie Häufigkeit) anbieten. Dadurch werde bei der Angebotsgestaltung ein großer Spielraum eingeräumt, die Vergleichbarkeit der Angebote sei nicht gewährleistet.

Darüber hinaus werde in Pkt. 3.3.4 der Ausschreibungsunterlage die garantierte Lieferzeit geregelt. Dabei bestehe großer Spielraum dahingehend, dass sich die Bieter für eine (garantierte) Lieferzeit von bis zu 20 Stunden frei entscheiden könnten.

Die Festlegung des Billigstbieterprinzips in Pkt.1.1 der Ausschreibungsunterlage stehe daher im Widerspruch zu den vagen "Qualitätsanforderungen" in Pkt. 3.3 der Ausschreibungsunterlage.

Aufgrund der Berücksichtigung der (Qualitäts)kriterien betreffend die Schulungen und Nachbetreuungen sowie der Lieferzeit sei eine Vergleichbarkeit der Angebotspreise nicht sichergestellt. Folglich verstoße die Festlegung des Billigstbieterprinzips gegen § 79 Abs. 3 BVergG. Aufgrund der Berücksichtigung der (Qualitäts)kriterien betreffend die Schulungen und Nachbetreuungen sowie der Lieferzeit sei eine Vergleichbarkeit der Angebotspreise nicht sichergestellt. Folglich verstoße die Festlegung des Billigstbieterprinzips gegen Paragraph 79, Absatz 3, BVergG.

- -Strichaufzählung

Zur mangelnden Berücksichtigung der Umweltgerechtigkeit der Leistung:

Gemäß § 19 Abs. 5 BVergG sei im Vergabeverfahren zwingend auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung Bedacht zu nehmen. Gemäß § 96 Abs. 4 BVergG habe die Leistungsbeschreibung auch Spezifikationen für die Lieferung von umweltgerechten Produkten oder für die Erbringung von Leistungen im Rahmen umweltgerechter Verfahren zu enthalten. Gemäß Paragraph 19, Absatz 5, BVergG sei im Vergabeverfahren zwingend auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung Bedacht zu nehmen. Gemäß Paragraph 96, Absatz 4, BVergG habe die Leistungsbeschreibung auch Spezifikationen für die Lieferung von umweltgerechten Produkten oder für die Erbringung von Leistungen im Rahmen umweltgerechter Verfahren zu enthalten.

Konkret seien ökologische Aspekte überhaupt nicht berücksichtigt worden. Die mangelnde Berücksichtigung der Umweltgerechtigkeit der Leistung spiele eine wichtige Rolle etwa bei den ausgeschriebenen Transportleistungen.

Gemäß Pkt. 3.3.4 der Ausschreibungsunterlage könnten nach Wahl des Auftragnehmers sowohl Beutel- als auch Glasflaschensysteme angeboten werden. Produktion, Transport sowie Entsorgung der Beutelsysteme einerseits und der Glasflaschensysteme andererseits, würden unterschiedliche Umweltfolgen nach sich ziehen. Die Gleichbehandlung der Beutel- und Glasflaschensysteme verstoße daher gegen § 19 Abs. 5 BVergG. Gemäß Pkt. 3.3.4 der Ausschreibungsunterlage könnten nach Wahl des Auftragnehmers sowohl Beutel- als auch Glasflaschensysteme angeboten werden. Produktion, Transport sowie Entsorgung der Beutelsysteme einerseits und der Glasflaschensysteme andererseits, würden unterschiedliche Umweltfolgen nach sich ziehen. Die Gleichbehandlung der Beutel- und Glasflaschensysteme verstoße daher gegen Paragraph 19, Absatz 5, BVergG.

- -Strichaufzählung

Zur unzulässigen Dauer der Festpreisbindung:

Gemäß Pkt. 1.17.2 der Ausschreibungsunterlage würden die anzubietenden Einheitspreise als unveränderliche Festpreise "jedenfalls" für den Zeitraum der Rahmenvereinbarung (der Abrufe) innerhalb des ersten Jahres gelten.

Gemäß § 24 Abs. 7 BVergG dürfe der Zeitraum für die Geltung fester Preise die Dauer von 12 Monaten grundsätzlich nicht übersteigen. Gemäß Paragraph 24, Absatz 7, BVergG dürfe der Zeitraum für die Geltung fester Preise die Dauer von 12 Monaten grundsätzlich nicht übersteigen.

Im konkreten Fall gebe die oben angeführte Regelung der Ausschreibungsunterlage überhaupt keine fixe zeitliche Befristung für die Geltung fester Preise vor. Daraus könne lediglich abgeleitet werden, dass die Festpreise mindestens ein Jahr gelten sollten. Dies bedeute nicht, dass der Auftragnehmer nach dem Ablauf eines Jahres das Recht auf Preisänderung hätte. Die Regelung der Ausschreibungsunterlage stehe somit im klaren Widerspruch zu § 24 Abs. 7 BVergG. Im konkreten Fall gebe die oben angeführte Regelung der Ausschreibungsunterlage überhaupt keine fixe zeitliche Befristung für die Geltung fester Preise vor. Daraus könne lediglich abgeleitet werden, dass die Festpreise mindestens ein Jahr gelten sollten. Dies bedeute nicht, dass der Auftragnehmer nach dem Ablauf eines Jahres das Recht auf Preisänderung hätte. Die Regelung der Ausschreibungsunterlage stehe somit im klaren Widerspruch zu

Paragraph 24, Absatz 7, BVergG.

- -Strichaufzählung

Zur falschen Festlegung der Preisanpassung:

Gemäß Pkt. 1.17.3 der Ausschreibungsunterlage seien die Einheitspreise wertgesichert. Bei der Preisanpassung sei der "Verbraucherpreisindex Basis 2011 (Wert für den Monat der Angebotsöffnung)" anzuwenden.

Der Verbraucherpreisindex werde (seit dem Jahr 2000) alle 5 Jahre neu gewichtet. Im konkreten Fall wäre daher richtiger Weise der Verbraucherpreisindex Basis 2010 heranzuziehen.

- -Strichaufzählung

Zur sittenwidrigen Vertragsstrafe:

Nach der Rechtsprechung des OGH verstoße die verschuldensunabhängige Vertragsstrafe gegen die guten Sitten, wenn die Vertragsteile nicht in etwa gleich behandelt würden.

In Pkt. 1.3 der Ausschreibungsunterlage werde eine verschuldensunabhängige Vertragsstrafe festgelegt. Die Vertragsstrafe unterliege nicht dem richterlichen Mäßigungsrecht. Laut OGH verstoße die gegenständliche Festlegung gegen die guten Sitten iSd § 879 ABGB. In Pkt. 1.3 der Ausschreibungsunterlage werde eine verschuldensunabhängige Vertragsstrafe festgelegt. Die Vertragsstrafe unterliege nicht dem richterlichen Mäßigungsrecht. Laut OGH verstoße die gegenständliche Festlegung gegen die guten Sitten iSd Paragraph 879, ABGB.

- -Strichaufzählung

Zur unklaren Festlegung betreffend das Vadium:

Gemäß Pkt. 1.4.4 lit. d der Ausschreibungsunterlage sowie laut Fragebeantwortung der Auftraggeber Nr. 12, habe der Bieter "zur Absicherung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit" ein Vadium in der Form einer abstrakten Bankgarantie zu erlegen. Das "Vadium" der jeweiligen Bestbieter (Rahmenvereinbarungspartner) bleibe mit einer Laufzeit bis 8 Wochen nach Ablauf der Rahmenvereinbarung als Kautions zur Absicherung der Leistungspflichten bestehen. Gemäß Pkt. 1.4.4 Litera d, der Ausschreibungsunterlage sowie laut Fragebeantwortung der Auftraggeber Nr. 12, habe der Bieter "zur Absicherung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit" ein Vadium in der Form einer abstrakten Bankgarantie zu erlegen. Das "Vadium" der jeweiligen Bestbieter (Rahmenvereinbarungspartner) bleibe mit einer Laufzeit bis 8 Wochen nach Ablauf der Rahmenvereinbarung als Kautions zur Absicherung der Leistungspflichten bestehen.

Zum Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit werde eine Bankgarantie verlangt, die sowohl als Vadium als auch als Erfüllungsgarantie dienen solle. Es würden somit unterschiedliche Institute vermengt, die als Eignungskriterium festgelegt seien.

Die Auftraggeber nahmen mit Schriftsatz vom 5.3.2012 zum Nachprüfungsantrag des Erstantragstellers zusammengefasst Stellung wie folgt:

- -Strichaufzählung

Zur Höhe der Umsatzsteuer im Angebotspreis:

Abgabenprüfungen seien für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren nicht präjudiziell und daher irrelevant. Entscheidend sei, dass alle Bieter, die derselben gesetzlichen Umsatzsteuer unterliegen würden, gleich behandelt würden. Es könne dahin gestellt bleiben, ob auf Sonden- und Trinknahrung der Umsatzsteuersatz von 20% oder von 10% zur Anwendung gelange.

- -Strichaufzählung

Zum behaupteten Verstoß gegen den Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatz:

Der Auftraggeber könne den Leistungsgegenstand nach seinem Bedarf festlegen. Er habe keine Leistungen zu beschaffen, die er nicht brauchen könne, nur um möglichst vielen Unternehmen die Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen.

- -Strichaufzählung

Zu den angeblich diskriminierenden technischen Spezifikationen:

Die Leistungsbeschreibung sei keineswegs an bestimmten Firmenerzeugnissen ausgerichtet, die Qualitätsfestlegungen würden dem Bedarf der Auftraggeber entsprechen. Dieser Bedarf bestehe unabhängig davon, ob alle am Markt tätigen Unternehmer geeignete Produkte in ihrer Produktpalette führen würden.

- -Strichaufzählung

Zur angeblich unzulässigen Beschränkung der Bildung von Bietergemeinschaften:

Die Bildung einer Bietergemeinschaft scheide nicht nur aufgrund der diesbezüglichen Festlegung in der Ausschreibung, sondern auch aufgrund der kartellrechtlichen Vorschriften aus.

- -Strichaufzählung

Zur angeblich unzulässigen Gewährung eines zusätzlichen Rabattes bei Angebotslegung in beiden Losen:

Bei Anwendung des Billigstbieterprinzips bleibe es jedem Bieter unbenommen, Nachlässe anzubieten. Beauftragte werde gemäß Billigstbieterprinzip die für die Auftraggeber insgesamt billigste Möglichkeit.

- -Strichaufzählung

Zum angeblichen Verstoß gegen den Grundsatz der Vergleichbarkeit der Angebote:

Die Verpackungseinheit sei gerade zur Vermeidung von Diskriminierungen nicht vordefiniert, sondern sei nur festgelegt worden, dass die jeweils geringste Verpackungseinheit anzubieten sei. Durch Angabe der zu erwartenden Literanzahl und der vorgegebenen Berechnungsformel sei sichergestellt, dass der Positionspreis der Bieter vergleichbar sei, da dieser unabhängig von der Größe der Verpackungseinheit den Preis für die zu erwartende Menge in Litern darstelle.

Gerade um keine Bieter zu diskriminieren, sei den Bietern frei gestellt worden, ihre Produkte in Beutel- oder Glasflaschensystemen anzubieten.

Es sei ein qualitativer Mindeststandard der Energiedichte bestimmt worden und die Leistung unzweifelhaft klar und eindeutig definiert worden. Die Festlegungen der Ausschreibungen würden eine Übererfüllung in Bezug auf die qualitativen Mindestanforderungen zulassen. Diese führe aber zu keiner besseren Bewertung.

Schulungsausmaß und Schulungsinhalt seien in der Ausschreibung geregelt worden. Auch zur Häufigkeit der Schulungen hätten die Auftraggeber genaue Angaben gemacht. Dass die Anzahl erforderlicher Nachschulungen davon abhängen, wie gut und klar die eigentliche Schulung durchgeführt worden sei, liege auf der Hand und sei vom Unternehmer selbst gestaltbar.

- -Strichaufzählung

Zur angeblich sittenwidrigen Schadenersatzpflicht des Auftragnehmers:

Die Wendung "den der Auftraggeber zu vertreten hat" (Pkt. 2.8.5 letzter Absatz), impliziere eine Verschuldenshaftung iSd §§ 1295ff ABGB. Dies schließe jedoch die Anwendbarkeit einer verschuldensunabhängigen Ersatzpflicht von Mehrkosten nicht aus, sofern die Auflösung der Rahmenvereinbarung aus wichtigem Grund in Folge einer Verletzung sondergesetzlicher Bestimmungen, die eine verschuldensunabhängige Haftung statuieren würden, möglich sei. Die Wendung "den der Auftraggeber zu vertreten hat" (Pkt. 2.8.5 letzter Absatz), impliziere eine Verschuldenshaftung iSd Paragraphen 1295 f, f, ABGB. Dies schließe jedoch die Anwendbarkeit einer verschuldensunabhängigen Ersatzpflicht von Mehrkosten nicht aus, sofern die Auflösung der Rahmenvereinbarung aus wichtigem Grund in Folge einer Verletzung sondergesetzlicher Bestimmungen, die eine verschuldensunabhängige Haftung statuieren würden, möglich sei.

- -Strichaufzählung

Zur angeblich unzulässigen Wahl des Billigstbieterprinzips:

Der Qualitätsstandard der Leistung sei hinreichend klar und eindeutig definiert. Im Produktkatalog sei für jedes einzelne Produkt dargelegt, welche Inhaltsstoffe notwendig seien bzw. in welcher Bandbreite diese zu liegen hätten. Eine Übererfüllung in Bezug auf die qualitativen Mindestanforderungen sei möglich, führe jedoch zu keiner besseren Bewertung. Auch in Bezug auf das Versorgungsmanagement/Fachberatung sei der Qualitätsstandard hinreichend genau definiert. Pkt. 3.3.2 regle genau den Inhalt einer Schulung, der einer an der Versorgung beteiligten Person anzubieten sei.

Schulungs- und Betreuungsleistungen würden keine Folgekosten der Lieferleistungen darstellen. Diese seien Dienstleistungen, die neben den Lieferleistungen zu erbringen seien.

- -Strichaufzählung

Zur mangelnden Berücksichtigung der Umweltgerechtigkeit der Leistung:

§ 19 Abs. 5 BVergG verpflichte die Auftraggeber, im Vergabeverfahren auf die Umweltgerechtigkeit Bedacht zu nehmen. Damit werde keinesfalls eine unbedingte Pflicht statuiert, im Vergabeverfahren jedenfalls und ausnahmslos ökologische Kriterien zu verfolgen. Im Übrigen sei in der Ausschreibung auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung durchaus Bedacht genommen worden. Paragraph 19, Absatz 5, BVergG verpflichte die Auftraggeber, im Vergabeverfahren auf die Umweltgerechtigkeit Bedacht zu nehmen. Damit werde keinesfalls eine unbedingte Pflicht statuiert, im Vergabeverfahren jedenfalls und ausnahmslos ökologische Kriterien zu verfolgen. Im Übrigen sei in der Ausschreibung auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung durchaus Bedacht genommen worden.

- -Strichaufzählung

Zur angeblich unzulässigen Dauer der Festpreisbindung:

Entgegen dem Vorwurf des Antragstellers, dass der Auftragnehmer nach einem Jahr kein Recht auf Preisänderung hätte, würde Pkt. 1.17.3 vorsehen, dass nach Ende des Zeitraums für die Gültigkeit der Festpreise eine Preisanpassung gemäß Verbraucherpreisindex mit 5%iger Schwankungsbreite gelte.

- -Strichaufzählung

Zur angeblich falschen Festlegung der Preisanpassung:

Die Wertanpassungsklausel in Pkt. 1.17.3 der Ausschreibung sei eindeutig so zu verstehen, dass die Einheitspreise nach dem aktuellen Verbraucherpreisindex 2010 auf Basis des Monats der Angebotsöffnung 2011 wertgesichert seien.

- -Strichaufzählung

Zur angeblich sittenwidrigen Vertragsstrafe:

Nach ständiger Rechtsprechung könnten Vertragsstrafen sittenwidrig sein, sofern sie die wirtschaftliche Existenz des Schuldners vernichten oder seine wirtschaftliche Bewegungsfreiheit übermäßig beeinträchtigen könnten. Dies liege nicht vor. Pkt. 1.3 der Ausschreibungsunterlage sehe eine Höhe der Vertragsstrafe von Euro 5.000,-- vor. Zudem müsse eine Vertragsstrafe kein Verschulden voraussetzen.

- -Strichaufzählung

Zur angeblich unklaren Festlegung betreffend das Vadium:

Eine Nutzung der Bankgarantie zunächst als Vadium und nachfolgend als Kautionswiderrichtung widerspreche keinen vergaberechtlichen Vorgaben.

Mit Schriftsatz vom 13.3.2012 erstattete der Erstantragsteller eine Replik zur Stellungnahme der Auftraggeber zum Nachprüfungsantrag vom 5.3.2012, in der er im Wesentlichen auf sein bisheriges Vorbringen verwies und dieses ergänzte.

Mit Schriftsatz vom 28.3.2012 erstatteten die Auftraggeber eine weitere Replik.

Mit Schriftsatz vom 24.2.2012 brachte die B***, vertreten durch Z*** (im Folgenden Zweitantragsteller), einen (beim Bundesvergabeamt außerhalb der Amtsstunden eingelangten) Nachprüfungsantrag ein und begehrte wie im Spruchpunkt III wiedergegeben. Weiters wurden ein Eventualantrag auf Nichtigerklärung einzelner Bestimmungen der Ausschreibung, Anträge auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, auf Akteneinsicht und auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag gestellt. Einem mit zit. Schriftsatz ebenso gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid des BVA vom 6.3.2012, GZ: N/0025-BVA/14/2012- EV11, stattgegeben und für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens der Lauf der Angebotsfrist ausgesetzt und den Auftraggebern die Öffnung der Angebote untersagt. Mit Schriftsatz vom 24.2.2012 brachte die B***, vertreten durch Z*** (im Folgenden Zweitantragsteller), einen (beim Bundesvergabeamt außerhalb der Amtsstunden eingelangten) Nachprüfungsantrag ein und begehrte wie im Spruchpunkt römisch drei wiedergegeben. Weiters wurden ein Eventualantrag auf Nichtigerklärung einzelner Bestimmungen der Ausschreibung, Anträge auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, auf Akteneinsicht und auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag gestellt. Einem mit zit. Schriftsatz ebenso gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit

Bescheid des BVA vom 6.3.2012, GZ: N/0025-BVA/14/2012- EV11, stattgegeben und für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens der Lauf der Angebotsfrist ausgesetzt und den Auftraggebern die Öffnung der Angebote untersagt.

In seinem Nachprüfungsantrag vom 24.2.2012 brachte der Zweitantragsteller im Wesentlichen vor:

Bei den ausgeschriebenen Produkten würde es sich um nahezu den gesamten Produktkatalog im Bereich der Sonden- und Trinknahrung handeln. Die Produkte würden von unterschiedlichen Herstellern in unterschiedlicher Qualität erzeugt und angeboten werden. Die Produkte würden sich dabei grundsätzlich in ihrer Zusammensetzung (zB. Anteil an Ballaststoffen, Proteinen, Fetten, Glukosetoleranz, laktosefrei etc) und in ihrer Wirkungsweise (zB. zum Aufbau und zur Kräftigung der Darmmukosa, bei gestörter Fettverdauung oder Fettresorption etc), aber auch in Bezug auf das Alter der zu versorgenden Patienten (zB. Kinder) unterscheiden.

Der Antragsteller sei einer der führenden Anbieter von Produkten und Dienstleistungen der enteralen Ernährung einschließlich Trinknahrung in Österreich und ausschließlich in Österreich tätig. Er habe sein Interesse an der gegenständlichen Ausschreibung durch den Bezug der Ausschreibungsunterlagen und durch Anfragen an die Auftraggeber bekundet.

Die Ausschreibung werde zur Gänze, in eventu würden folgende Bestimmungen der Ausschreibung angefochten: Pkt. 1.1 Ausschreibungsgegenstand; Pkt. 1.4.5 Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit; Pkt. 1.6 Zulässigkeit von Bietergemeinschaften; Pkt. 1.15 Gesamt-/Teilvergabe; Pkt. 1.17 Preise; Pkt. 2.1.1 Fehlende Mindestabnahmemenge; Pkt. 2.4 Abänderungen von Leistungen; Pkt. 2.5.6 Zwei Zustellversuche ohne Mehrkosten; Pkt. 2.11.1 Zahlung binnen 30 Tagen unter Abzug von 3% Skonto; Pkt. 3.3.1 Produkthanforderung; Pkt. 3.3.2 Versorgungsmanagement/Fachberatung; Pkt. 3.3.3 Lieferzeit; Pkt. 3.3.4 Optionale Teilvergabe; Pkt. 3.4 Abschluss der Rahmenvereinbarung/Angebotsbewertung (inkl. 2. Fragenbeantwortung); Pkt. 4 Summenblatt in EUR; Pkt. 5 Erklärung des Bieters; Anhang 1 Produktkatalog zur Gänze, in eventu; Anhang 1 Pos. 1.3; Anhang 1 Pos. 1.4; Anhang 1 Pos. 1.5; Anhang 1 Pos. 1.6; Anhang 1 Pos. 1.7; Anhang 1 Pos. 2.1 - 2.3; Anhang 1 Pos. 3-1 - 3-4; Anhang 1 Pos. 3.6; Anhang 1 Pos. 4.4; Anhang 1 Pos. 4.7; Anhang 1 Pos. 5.1 - 5.6; Anhang 1 Pos. 6.4; Anhang 1 Pos. 6.7.

Der Antragsteller erachte sich durch die gegenständliche Ausschreibung in seinem Recht auf Teilnahme und Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie in seinem Recht auf Abschluss einer vergaberechtskonformen Rahmenvereinbarung verletzt.

Im Einzelnen erachte sich der Antragsteller in folgenden Rechten verletzt:

Auf Gleichbehandlung bzw. Nichtdiskriminierung, auf Transparenz der Angebotsbestimmungen, insbesondere des Leistungsverzeichnisses sowie des Leistungsgegenstandes, im Verbot der Überwälzung nicht kalkulierbarer Risiken durch Unterlassung von Festlegungen, mit denen den Bietern nicht kalkulierbare Risiken überwältzt werden, auf Vergleichbarkeit der Angebote durch hinreichend konkrete Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, auf Festlegung vergaberechtskonformer Zuschlagskriterien, auf Einhaltung des Grundsatzes des freien und lauten Wettbewerbes, auf Vergabe zu angemessenen Preisen, auf Unterlassung der Förderung spekulativer Angebote, auf Teilvergabe, auf Vergabe an leistungsfähige Unternehmen sowie auf vergaberechtskonforme Festlegung von Eignungskriterien, auf Einhaltung der Bestimmungen über die Preisbildung und der Bestimmungen betreffend die Leistungsbeschreibung, im Verbot der missbräuchlichen Verwendung der Rahmenvereinbarung, auf vergaberechtskonforme Festlegung der optionalen Teilvergabe, auf vergaberechtskonforme Subunternehmerregelung und in seinem Recht auf gesetzeskonforme Bildung von Bietergemeinschaften.

Rechtswidrigkeiten:

- -Strichaufzählung

Unklare und somit diskriminierende Ausschreibungsbedingungen, die einer Kalkulierbarkeit und Vergleichbarkeit der Angebote entgegenstehen würden:

Fehlende Vergleichbarkeit der Angebote aufgrund unterschiedlicher Mehrwertsteuersätze:

Die Antragsgegnerinnen als Endabnehmer der Produkte der Sparte Sonden- und Trinknahrung seien zum überwiegenden Teil nicht vorsteuerabzugsberechtigt. Im Hinblick auf den bestehenden Wettbewerb sei es von erheblicher Bedeutung, ob auf die ausgeschriebenen Produkte der Sonden- und Trinknahrung der Umsatzsteuersatz von 20% oder der ermäßigte Steuersatz von 10% anzuwenden sei. Die Bieter würden unterschiedliche Steuersätze

verrechnen. Die Angebote seien daher aus diesem Grund nicht vergleichbar und die Ausschreibung bereits aus diesem Grunde für nichtig zu erklären.

Unzureichende Spezifikation der zu liefernden Produkte:

Es gebe keinen gesetzlichen Mindeststandard zB. für Ballaststoffe und sonstige Makroeigenschaften der ausgeschriebenen Produkte.

Gemäß Pkt. 3.3.1 der Ausschreibungsunterlage müssten die während der Dauer der Rahmenvereinbarung zu liefernden Produkte der im Leistungsverzeichnis festgelegten Qualität und allen geforderten Spezifikationen entsprechen. Im Leistungsverzeichnis selbst würden die Zusammensetzung bzw. die ernährungstechnischen Eigenschaften der Produkte jedoch nur rudimentär und zum Teil auch nicht korrekt festgelegt werden, weshalb keine vergleichbaren Angebote gelegt werden könnten.

Als geforderte Mindeststandards seien die Inhaltsstoffe der ausgeschriebenen Sondennahrung im Leistungsverzeichnis mit diversen Makroeigenschaften umschrieben. Pos. 1.3 würde für ein Sondennahrungsprodukt mit der Eigenschaft "energiereich" eine Energiedichte von mindestens 1,5 kcal/ml sowie einen Ballaststoffgehalt von >0,1g/100ml vorsehen. Die bloße Vorgabe der Energiedichte würde den Mindeststandard jedoch nicht ausreichend konkretisieren, da sich die Energiedichte aus mehreren Komponenten (Kohlenhydrate, Proteine und Fett) zusammensetze. Weder die gesetzlichen Vorgaben noch die Ausschreibungsbedingungen würden die Zusammensetzung der Energiedichte so weit konkretisieren, dass vergleichbare Angebote gelegt werden könnten.

Proteinquelle, Verhältnis zwischen tierischen und pflanzlichen Proteinen in der Nahrung:

Im Anhang 1 werde die für vergleichbare Angebote essenzielle Quelle des Proteingehaltes der einzelnen Positionen nicht ausreichend spezifiziert.

Anhang 1 Pos. 5, Sondennahrung für Pädiatrie:

Auch im Bezug auf die Sondennahrung für Pädiatrie sei kein klarer und eindeutiger Qualitätsstandard, der vergleichbare Angebote sicherstelle, festgelegt.

- -Strichaufzählung
Unzulässige Wahl des Billigstbieterprinzips:

Das Billigstbieterprinzip sei nur zulässig, wenn die Ausschreibung einen klaren und eindeutigen Qualitätsstandard auf definiertem Niveau gewährleiste.

Fehlender Mindest(qualitäts)standard in Bezug auf die Inhaltsstoffe der ausgeschriebenen Produkte:

Wesentliche Angaben in Bezug auf die Zusammensetzung der angebotenen Produkte würden außer Acht gelassen. Durch das Fehlen der Angabe von Mindestbestandteilen der ausgeschriebenen Produkte sei die Leistung nicht eindeutig spezifiziert und die Vergleichbarkeit der Produkte nicht sichergestellt, weshalb die Wahl des Billigstbieterprinzips gemäß § 79 Abs. 3 BVergG unzulässig sei. Wesentliche Angaben in Bezug auf die Zusammensetzung der angebotenen Produkte würden außer Acht gelassen. Durch das Fehlen der Angabe von Mindestbestandteilen der ausgeschriebenen Produkte sei die Leistung nicht eindeutig spezifiziert und die Vergleichbarkeit der Produkte nicht sichergestellt, weshalb die Wahl des Billigstbieterprinzips gemäß Paragraph 79, Absatz 3, BVergG unzulässig sei.

Fehlender Mindest(qualitäts)standard in Bezug auf die zu erbringenden Dienstleistungen:

Abgesehen davon, dass bereits bei den ausgeschriebenen Produkten aufgrund deren Zusammensetzung bzw. Eigenschaften Qualitätsunterschiede bestünden, würde es auch bei den ausgeschriebenen Dienstleistungen Qualitätsunterschiede geben (z.B. abhängig von der Anzahl der eingesetzten Mitarbeiter und deren Ausbildung und Erfahrung). Somit würde eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht gewährleistet sein.

Unzulässigkeit des Billigstbieterprinzips aufgrund von zu berücksichtigenden Folgekosten:

Nach der Rechtsprechung des VwGH sei die Verwendung des Billigstbieterprinzips nur zulässig, wenn neben dem Preis keine weiteren Folgekosten zu berücksichtigen seien. Dies sei aber gegenständlich nicht der Fall, da vielmehr auch die Kosten für die Lagerhaltung, die Wartung, die Ersatzteile und die Schulung im Angebotspreis mit zu berücksichtigen

sein. Weiters habe der Bieter in seinem Angebot auch die von ihm garantierte Lieferzeit anzugeben, welche je nach Angebot variieren würde und nicht von Antragsgegnerinnenseite vorgegeben werde. Auch dies seien Folgekosten, die im BVergG ausdrücklich als Kriterien zur Beurteilung des wirtschaftlich günstigsten Angebots genannt würden.

- -Strichaufzählung

Überwälzung unkalkulierbarer Risiken auf den Partner der Rahmenvereinbarung bzw. Auftragnehmer:

Auch im Bezug auf die Rahmenvereinbarung gelte, dass die Anforderungen des BVergG im Bezug auf die Bestimmtheit des Leistungsgegenstandes bzw. der Kalkulierbarkeit und Vergleichbarkeit der Angebote zwingend zu beachten seien.

Nicht kalkulierbare Lieferbedingungen:

Der künftige Auftragnehmer sei verpflichtet, alle Anspruchsberechtigten der Antragsgegnerinnen innerhalb Österreichs flächendeckend frei Haus zu beliefern (Pkt. 2.5.1 der Ausschreibungsunterlage). Die im Leistungsverzeichnis angeführten Dienstleistungen (insbesondere das in Pkt. 3.3.2 angeführte Versorgungsmanagement/Fachberatung) seien mangels anderslautender Ausschreibungsbedingungen für alle Erfüllungsorte gleich anzubieten.

Im konkreten Fall sei die Preisbildung wesentlich von den zu erbringenden Dienstleistungen sowie von den Transportkosten abhängig, zumal der künftige Auftragnehmer verpflichtet sei, innerhalb von maximal 20 Stunden in ganz Österreich eine Bestellung frei Haus auszuführen (vgl. Pkt. 1.17.4 iVm Pkt. 3.3.3 der Ausschreibungsunterlage). Im konkreten Fall sei die Preisbildung wesentlich von den zu erbringenden Dienstleistungen sowie von den Transportkosten abhängig, zumal der künftige Auftragnehmer verpflichtet sei, innerhalb von maximal 20 Stunden in ganz Österreich eine Bestellung frei Haus auszuführen vergleiche Pkt. 1.17.4 in Verbindung mit Pkt. 3.3.3 der Ausschreibungsunterlage).

In der Ausschreibung werde vom Bieter verlangt, die Transportkosten in die Warenpreise einzurechnen, ohne dass dieser mit einer bestimmten fixen Abnahme rechnen könne. Die Ausschreibungsunterlagen würden damit keine Berechnungsgrundlage für eine seriöse und realistische Kalkulation der Transportkosten bieten. Aufgrund der Komplexität der ausgeschriebenen Leistung wäre eine Mindestabnahmemenge abzugeben.

Zwei Zustellversuche ohne Mehrkosten:

Pkt. 2.5.6 der Ausschreibungsunterlage sehe vor, dass jedenfalls zwei Zustellversuche ohne Mehrkosten vorzunehmen seien. Die Antragsgegnerinnen würden jedoch nicht angeben, wie häufig von misslungenen Zustellversuchen auszugehen sei. Dies führe dazu, dass die Bieter eigene Annahmen bezüglich der Zustellversuche treffen müssten, was wiederum nicht vergleichbare Angebote zur Folge habe.

Unrealistische und unzureichende Mengenangaben:

Den Bietern sei die Kalkulation ihrer Angebote auch deshalb nicht möglich, da die in den Ausschreibungsunterlagen angegebene benötigte Menge an Sondennahrung nicht für alle Anspruchsberechtigten auf Sondennahrung ausreichen würde.

Unzureichende Angabe der Betreuungsintensität:

In Bezug auf die Betreuung der Patienten würden wesentliche Informationen fehlen, beispielsweise wie lange ein Patient zu beliefern und wie oft er zu betreuen sei.

Mangelnde Kalkulierbarkeit des Schulungsaufwandes:

Die Ausschreibungsunterlagen würden vorsehen, dass der Auftragnehmer eine Schulung der unmittelbar an der Versorgung beteiligten Personen [...] nach Wahl der Anspruchsberechtigten im Krankenhaus, im Pflegeheim oder zu Hause durchzuführen habe (Pkt. 3.3.2).

Laut Pkt. 3.3.2 der Ausschreibungsunterlage würden die Schulungen nicht nur die Handhabung der jeweiligen Applikation (Schwerkraft-/Ernährungspumpe), sondern auch die Schulung hinsichtlich der Vorbereitung der Nahrung gemäß den Hygienevorschriften, Aufbewahrung und Haltbarkeit der Nahrung, Reinigung und Entsorgung des Materials umfassen.

Da die Sondennahrungen der jeweiligen Anbieter sich in ihrer Anwendung und Aufbewahrung unterscheiden würden, sei selbst dann eine Einschulung notwendig, wenn die Patienten bereits die Handhabung der Geräte beherrschen

würden. Dies bedeute, dass z.B. auch bei Verwendung von bisherigen Pumpen entgegen der Behauptung der Antragsgegnerinnen Schulungen nötig würden.

Es sei davon auszugehen, dass die Bieter unterschiedliche Annahmen bezüglich der tatsächlich durchzuführenden Schulungen treffen würden.

Unrealistische Dauer der Umstellungsphase:

In der Fragebeantwortung vom 22.2.2012 hätten die Antragsgegnerinnen zu Antwort 15 angegeben, dass die Umstellung (bei Patienten ohne Ernährungspumpenbedarf) sukzessive innerhalb von 2 Monaten ab 1.6.2012 (Leistungsbeginn) erfolgen werde. Diese Angabe sei völlig realitäts- und praxisfremd. Bei Nahrungsumstellung müsse aufgrund der unterschiedlichen Nährwerte und Nahrungsinhaltstoffe der verschiedenen Anbieter der jeweilige Patient neu eingestellt werden. Für die Bieter werde diese Position daher nicht kalkulierbar definiert.

- -Strichaufzählung

Unzulässige vorbehaltene Gesamtvergabe:

In Pkt. 3.4 der Ausschreibungsunterlage werde den Antragsgegnerinnen die Möglichkeit eingeräumt, unter gewissen Umständen im Falle der Gewährung eines Gesamtrabattes von der Teilvergabe abzusehen. Daraus resultiere eine Ungleichbehandlung der Bieter, da der Billigstbieter entgegen dem festgelegten Zuschlagskriterium des Billigstbieterprinzips aufgrund der Möglichkeit einer Gesamtvergabe nicht zwingend den Zuschlag erhalten würde. Dies sei vor allem dann der Fall, wenn ein Bieter für ein Los kein Angebot lege und ein weiterer Bieter ein Angebot für beide Lose samt zusätzlicher Rabattierung bei Gesamtvergabe lege. Der Bieter, der eine zusätzliche Rabattierung bei einer Gesamtvergabe anbiete, würde den Zuschlag erhalten, ohne Billigstbieter zu sein.

Auch hinsichtlich der Sondennahrung für Pädiatrie würden technische Gründe für eine getrennte Vergabe sprechen.

- -Strichaufzählung

Unzulässige Beschränkung der Bildung von Bietergemeinschaften:

Gemäß Pkt. 5 der Ausschreibungsunterlage sei die Bildung von Bietergemeinschaften nur zwischen solchen Marktteilnehmern zulässig, die gemeinsam die Grenzen eines Bagatellkartells nicht überschreiten würden. Dies seien 5% Marktanteil bundesweit sowie 25% Marktanteil bezogen auf einen Teilmarkt. Durch diese Beschränkung der Bildung von Bietergemeinschaften werde aufgrund der bestehenden Marktverhältnisse im Bereich der Sonden- und Trinknahrung die Bildung einer Bietergemeinschaft auch mit Transport- und Logistikunternehmen unmöglich gemacht.

Mit ergänzendem Schriftsatz vom 27.2.2012 machte der Zweit Antragsteller darüber hinaus die Vergaberechtswidrigkeit der Subunternehmerregelung, unzulässige bzw. unzureichende Teilvergabe und einen Verstoß gegen Preisbildungsregelungen geltend.

Mit Schriftsatz vom 1.3.2012, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 2.3.2012, stellte der Zweit Antragsteller einen Antrag auf Erstattung der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Mit Schriftsatz vom 5.3.2012 erstattete der Zweit Antragsteller eine weitere ergänzende Stellungnahme.

Die Auftraggeber nahmen mit Schriftsatz vom 5.3.2012 zum Nachprüfungsantrag des Zweit Antragstellers zusammengefasst wie folgt Stellung:

Zum Vorwurf der angeblich fehlenden Vergleichbarkeit der Angebote aufgrund unterschiedlicher Mehrwertsteuersätze, der angeblich unzureichenden Spezifikation der zu liefernden Produkte, der angeblich fehlenden Mindestqualitätsstandards in Bezug auf die zu erbringenden Dienstleistungen, der angeblichen Überwälzung unkalkulierbarer Risiken auf den Partner der Rahmenvereinbarung, der angeblich unzulässig vorbehaltenen Gesamtvergabe, der angeblich unzulässigen Beschränkung der Bildung von Bietergemeinschaften usw. erstatteten die Auftraggeber im Wesentlichen den Ausführungen ihrer Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag des Erstantragstellers inhaltlich entsprechende Ausführungen. Hinsichtlich der Folgekosten wiesen die Auftraggeber erneut darauf hin, dass die Lieferung, Wartung sowie die Schulung auf die Applikationsgeräte Kosten der Leistungserbringung und keine Folgekosten darstellen würden.

Zu den Mindestlieferfristen führten die Auftraggeber aus, dass es den Bietern frei stehe, noch kürzere Lieferfristen anzubieten. Dies würde jedoch zu keiner besseren Bewertung führen.

Zur behaupteten unzureichenden Angabe der Betreuungsintensität und mangelnden Kalkulierbarkeit des Schulungsaufwandes verwiesen die Auftraggeber darauf, dass in der Ausschreibung umfassend dargelegt werde, mit welcher Anzahl neu zu versorgender Anspruchsberechtigter zu rechnen sei.

Mit Schriftsatz vom 13.3.2012 erstattete der Zweitantragsteller eine Replik zur Stellungnahme der Auftraggeber vom 5.3.2012:

In Ergänzung seines bisherigen Vorbringens führte der Zweitantragsteller unter anderem zu den vom Bieter zu berücksichtigenden Folgekosten aus, dass die Wahl des Billigstbieterprinzips unzulässig sei, da neben dem Preis auch qualitätsabhängige Folgekosten (für Lagerhaltung, Wartung, Ersatzteile und Schulung sowie produktqualitativer Unterschiede) für den niedrigsten Preis und damit für die Zuschlagsentscheidung heran gezogen werden sollten. Das Ausmaß dieser Folgekosten sei bei den am Markt befindlichen Produkten unterschiedlich. Ein qualitativ höherwertiges Gerät erfordere naturgemäß weniger Wartung und weniger Ersatzteile, besser qualifizierte Mitarbeiter für Schulungen würden mehr kosten etc. Damit liege das Zuschlagskriterium nicht allein im angebotenen Preis.

Sofern bei Leistungen auch Folgekosten wie Betriebs- und Erhaltungskosten (hier Lagerhaltung, Wartung, Ersatzteile, Produktqualität) ein Zuschlagskriterium darstellen sollten, könne das Zuschlagsprinzip "niedrigster Preis" nicht zum Tragen kommen. Durch die Einbeziehung dieser Folgekosten in den Gesamtpreis würden Faktoren Bedeutung erlangen, welche die erforderliche Dauer der Lagerhaltung und die Anzahl von Wartungsleistungen, Ersatzteillieferungen und Schulungen sowie die Qualität der Produkte widerspiegeln würden. Die Zuschlagsentscheidung solle in Wahrheit nicht ausschließlich nach dem niedrigsten Preis erfolgen, sondern werde auch durch die Qualitätsmerkmale der zu liefernden Produkte bestimmt, deren Berücksichtigung beim Billigstbieterprinzip keinen Platz finde (vgl. VwGH 14.4.2011, Zl. 2008/04/0104). Im zit. Erkenntnis habe der VwGH ausgesprochen, dass die Einbeziehung sogenannter Distributionskosten in die Zuschlagskriterien dem Billigstbieterprinzip entgegen stehe, da damit ein Faktor Bedeutung erlangen würde, der ein Qualitätskriterium widerspiegle. Der dem VwGH damals zur Beurteilung vorgelegene Sachverhalt sei dem gegenständlichen Fall vergleichbar. Sofern bei Leistungen auch Folgekosten wie Betriebs- und Erhaltungskosten (hier Lagerhaltung, Wartung, Ersatzteile, Produktqualität) ein Zuschlagskriterium darstellen sollten, könne das Zuschlagsprinzip "niedrigster Preis" nicht zum Tragen kommen. Durch die Einbeziehung dieser Folgekosten in den Gesamtpreis würden Faktoren Bedeutung erlangen, welche die erforderliche Dauer der Lagerhaltung und die Anzahl von Wartungsleistungen, Ersatzteillieferungen und Schulungen sowie die Qualität der Produkte widerspiegeln würden. Die Zuschlagsentscheidung solle in Wahrheit nicht ausschließlich nach dem niedrigsten Preis erfolgen, sondern werde auch durch die Qualitätsmerkmale der zu liefernden Produkte bestimmt, deren Berücksichtigung beim Billigstbieterprinzip keinen Platz finde (vergleiche VwGH 14.4.2011, Zl. 2008/04/0104). Im zit. Erkenntnis habe der VwGH ausgesprochen, dass die Einbeziehung sogenannter Distributionskosten in die Zuschlagskriterien dem Billigstbieterprinzip entgegen stehe, da damit ein Faktor Bedeutung erlangen würde, der ein Qualitätskriterium widerspiegle. Der dem VwGH damals zur Beurteilung vorgelegene Sachverhalt sei dem gegenständlichen Fall vergleichbar.

Unter Einem beantragte der Zweitantragsteller die Bestellung eines Sachverständigen aus dem Bereich der Sonden- und Trinknahrung zum Beweis darüber, dass die geforderten Nebenleistungen Lagerhaltung, Wartung, Ersatzteile und Schulung qualitätsabhängige Folgekosten verursachen und die gegenständlichen Produktspezifikationen keinen Mindeststandard gewährleisten, sondern ebenso erhebliche Folgekosten nach sich ziehen würden.

Die Auftraggeber erstatteten mit Schriftsatz vom 13.3.2012 eine Replik zu den ergänzenden Stellungnahmen des Zweitantragstellers vom 27.2.2012 und vom 5.3.2012, in der sie - unter Verweis auf ihr bisheriges Vorbringen - die vom Zweitantragsteller behaupteten Rechtsverstöße als nicht zutreffend qualifizierten.

Mit Schriftsatz vom 28.3.2012 erstatteten die Auftraggeber eine weitere Replik.

Am 29.3.2012 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt, in der die Parteien, soweit entscheidungsrelevant, ergänzend vorbrachten:

-Zu den Schulungs- und Betreuungsmaßnahmen:

Auftraggebervertreter:

Diese seien vom konkreten Produkt unabhängig und würden sich nach der pro Los, Jahr und Bundesland

angegebenen geschätzten Anzahl der neu zu versorgenden Personen sowie der Bekanntgabe der bundeslandbezogenen statistischen regionalen Aufteilung und nach dem in der Ausschreibung festgeschriebenen Schulungsinhalt richten. Schulungen würden bereits regelmäßig im Krankenhaus vor der Entlassung der Patienten vorgenommen werden, sodass die in der Ausschreibung vorgesehenen Schulungsmaßnahmen in Wahrheit den Ausnahmefall darstellen würden. Der Bedarf an Schulungsmaßnahmen sei in der Ausschreibung "großzügig" dimensioniert worden.

Erstantragsteller (Herr C***):

Der Schulungsaufwand sei von mehreren Faktoren abhängig: Von der Komplexität der Erkrankung des Anspruchsberechtigten (z.B. Zugangsweg), dessen Bildungsniveau und sozialem Status. Vielfach handle es sich um hochbetagte Menschen, deren Aufnahmefähigkeit nicht im erforderlichen Maße gegeben sei, um Alkoholranke etc. Häufig erfolge in den Krankenhäusern eine "Spontanentlassung" am Freitagnachmittag. Weiters sei die Schulung davon abhängig, was verordnet werde. Vielfach würden verschiedene Produkte gleichzeitig verordnet werden. All dies seien Faktoren, die Schulungen vor Ort erforderlich machen würden. Ebenso sei bei konkreten Problemen der Anspruchsberechtigten (z.B. Erbrechen) vor Ort durch Schulung einzuschreiten. Der Schulungsaufwand hänge vor allem auch von der Grunderkrankung des Patienten ab. So etwa könne eine Pumpe verschiedene Programmierungen haben, die zu bedienen seien.

Der Zweitantragsteller (Herr D***) bestätigt, dass der Schulungsbedarf u.a. von der Grunderkrankung abhängt.

Zweitantragsteller (Herr E***):

Schulungsmaßnahmen seien entgegen der Darstellung der Auftraggeber in Frage 27 nicht nur bei Pumpenapplikationen erforderlich. Sowohl bei Pumpenpatienten als auch bei Patienten mit Schwerkraftapplikation seien Schulungen vor Ort durchzuführen. Dies sei schon deshalb unabdingbar, da der Lieferant die Haftung zu übernehmen habe. Die Angabe in der Fragebeantwortung des Auftraggebers (20% Schulungsbedarf) sei irreführend und würde nicht abschätzbare Folgekosten verursachen.

Erstantragsteller (Herr C***):

Zudem sei nicht gesichert, dass eine einmalige Schulung ausreichend sei, sondern könnten Nachschulungen erforderlich werden.

Die AKE-Richtlinien, die Fachempfehlungen für die Homecare-Versorgung enthalten, würden Maßnahmen vor Ort vorsehen.

Zweitantragsteller (Herr D***):

Der Aufwand für Schulungen hänge auch von der Art des Produktes ab (wie Pumpe, Nasensonde etc.), da es unterschiedlich technisch komplexe Produkte gebe (z.B. unterschiedliche Magensonden).

Auftraggebervertreter:

Der Schulungsaufwand für Pumpenpatienten sei in das monatliche Mietentgelt für den Pumpeneinsatz in die jeweilige Preisposition aufzunehmen. Die sich pro Preisposition ergebenden Positionssummen seien in das Summenblatt aufzunehmen. Bei den Schwerkraftapplikationen sei der Schulungsaufwand in die Einheitspreise für die Sonden- und Trinknahrung einzukalkulieren.

Der Schulungsaufwand sei in den Gesamtangebotspreis einzukalkulieren und damit gesamtangebotspreisbildende Komponente.

Erstantragstellervertreter:

Würden Bieter Fremdprodukte (Pumpen) anbieten, hätten diese einen Wettbewerbsvorteil, da der Schulungsaufwand nicht in die Angebotsbewertung einfließen würde.

Zweitantragstellervertreter:

Für den Fall, dass Fremd Pumpen verwendet werden sollten, könnten die Schulungskosten nicht in das Mietentgelt einkalkuliert werden.

Der Auftraggebervertreter repliziert, dass es unter Pkt. 4.4 ein Mietentgelt gebe, in das der Schulungsaufwand einzukalkulieren sei.

- -Strichaufzählung

Zur Position "Optionale Teilvergabe":

Vorsitzende:

Der neue Lieferant habe die Möglichkeit, die vom bisherigen Rahmenvereinbarungspartner genutzten Pumpen für maximal 5 Monate weiterzuverwenden. Diesfalls würden die Auftraggeber die Option beim bisherigen Lieferanten ziehen.

Zweitantragstellervertreter:

Sofern eine alte Pumpe weiterverwendet würde, sei unklar, wo die Schulungskosten für die Nahrung einkalkuliert werden sollten.

Pumpenlieferant und Ernährungslieferant seien unterschiedlich. Dies bringe haftungsrechtliche Probleme.

Der Auftraggebervertreter bestreitet dies, da der Pumpenbereitsteller für Wartung, Service und Funktionalität verantwortlich sei und die Kosten in das Mietentgelt einzurechnen habe.

Zur Pumpe müsse keine neue Einschulung erfolgen.

Der bisherige Rahmenvereinbarungspartner, dessen Pumpen bislang im Einsatz stünden, habe die optionale Position verpflichtend anzubieten.

Ein potenzieller Bieter, der das nicht wünsche, könne am gegenständlichen Vergabeverfahren nicht teilnehmen.

Vorsitzende:

Ein Bieter, der bisher Rahmenvereinbarungspartner gewesen sei und der mit seinem Angebot nicht zum Zug komme, habe dennoch einen Teil seines ansonsten unberücksichtigt gebliebenen Angebotes (nämlich die optionale Leistungsposition), weiterhin anzubieten, da die Auftraggeber auf Wunsch des neuen Lieferanten die Option der Weiterverwendung der alten Pumpen ziehen könnten.

Erstantragstellervertreter:

Es handle sich um eine verpflichtend anzubietende "optionale" Position, die in die Angebotsbewertung keinen Eingang finde.

-Zur Lieferfrist:

Vergebende Stelle (Frau F***):

Die Abfrage der vom Bieter angebotenen Lieferfrist erfolge allein aus Informationsgründen.

Die Verhandlung wurde um 11.40 Uhr zum Zweck der Führung eines Vergleichsgespräches zwischen Auftraggebern und Antragstellern zum Thema "optionale Leistungsposition" unterbrochen.

Um 11.50 Uhr wurde die Verhandlung wieder aufgenommen.

Als Ergebnis der Besprechung schlug der Auftraggebervertreter den Antragstellern die Vornahme folgender 4 Berichtigungen der Ausschreibung vor:

1. 1.Ziffer eins
die Anfrage nach den Lieferfristen ersatzlos zu streichen,
2. 2.Ziffer 2
die Optionspositionen 4.7 und 6.7 ersatzlos zu streichen,
3. 3.Ziffer 3
den bisherigen Umstellungszeitraum von 2 Monaten auf 3 Monate zu verlängern und
4. 4.Ziffer 4
hinsichtlich der Umsatzsteuersätze auf eine Nettobewertung umzustellen.

Beide Antragstellervertreter geben zu Protokoll, dass damit die Nachprüfungsanträge keineswegs obsolet seien. Der Auftraggebervertreter stellt hiezu fest, dass die vorgeschlagenen Berichtigungen dessen ungeachtet vorgenommen

würden. Die Berichtigungen würden den bisherigen Interessenten des Vergabeverfahrens umgehend bekannt gegeben werden.

Der Erstantragstellervertreter hält fest, dass dies keine Klaglosstellung bewirken und eine Neuausschreibung erfordern würde. Dies könne nicht im Wege einer Berichtigung im laufenden Vergabeverfahren erfolgen. Es sei grundsätzlich ein Widerruf der Ausschreibung erforderlich. Die Ankündigung der Berichtigung gegenüber den hier anwesenden Interessenten sei nicht ausreichend.

Der Zweitantragstellervertreter stellt fest, dass durch die von den Auftraggebern beabsichtigte und nunmehr den anwesenden Interessenten bereits mitgeteilte Vorgangsweise eine Ungleichbehandlung der Bieter eintreten würde. Aus diesem Grunde sei die Ausschreibung zu widerrufen.

1. 2.Ziffer 2

RECHTLICHE BEURTEILUNG.

A. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit der Nachprüfungsanträge:

Die Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA), 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) sind Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG. Die Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA), 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) sind Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG.

Bei allen Auftraggebern handelt es sich um bundesgesetzlich eingerichtete Körperschaften öffentlichen Rechts, die als Selbstverwaltungskörperschaften voll rechtsfähig sind und der Aufsicht des Bundes unterliegen. Als solche sind alle Auftraggeber daher öffentliche Auftraggeber nach § 3 Abs 1 Z 2 BVergG, die nach Art 14b Abs 2 Z 1 lit d B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes und nach § 291 Abs 2 BVergG unter die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nachprüfung von Vergabeverfahren fallen (st Rspr zB VfGH 28.2.2000, B 2184/98; 25.3.2002, B 457/02; 10.1.2003, B 14/03; VwGH 7.11.2005, 2003/04/0109; 21.12.2005, 2003/04/0048; 27.6.2007, 2005/04/0111; BVA 3.6.2005, 17N-50/05-15; 25.4.2006, N/0013-BVA/08/2006-73; 23.1.2008, N/0125-BVA/10/2007-026; 5.8.2008, F/0003-BVA/10/2008-42, 10.6.2011, N/0045-BVA/05/2011-EV6). Bei allen Auftraggebern handelt es sich um bundesgesetzlich eingerichtete Körperschaften öffentlichen Rechts, die als Selbstverwaltungskörperschaften voll rechtsfähig sind und der Aufsicht des Bundes unterliegen. Als solche sind alle Auftraggeber daher öffentliche Auftraggeber nach Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, die nach Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes und nach Paragraph 291, Absatz 2, BVergG unter die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nachprüfung von Vergabeverfahren fallen (st Rspr zB VfGH 28.2.2000, B 2184/98; 25.3.2002, B 457/02; 10.1.2003, B 14/03; VwGH 7.11.2005, 2003/04/0109; 21.12.2005, 2003/04/0048; 27.6.2007, 2005/04/0111; BVA 3.6.2005, 17N-50/05-15; 25.4.2006, N/0013-BVA/08/2006-73; 23.1.2008, N/0125-BVA/10/2007-026; 5.8.2008, F/0003-BVA/10/2008-42, 10.6.2011, N/0045-BVA/05/2011-EV6).

Der gegenständliche Auftrag wurde als Lieferauftrag iSd § 5 BVergG ausgeschrieben und als solcher EU-weit bekannt gemacht. Es handelt sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich, das in Form eines offenen Verfahrens abgewickelt werden soll. Der gegenständliche Auftrag wurde als Lieferauftrag iSd Paragraph 5, BVergG ausgeschrieben und als solcher EU-weit bekannt gemacht. Es handelt sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich, das in Form eines offenen Verfahrens abgewickelt werden soll.

Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, das Vergabeverfahren nicht widerrufen.

Die Nachprüfungsanträge wurden rechtzeitig innerhalb der Frist des § 321 Abs. 4 BVergG eingebracht (Ablauf der Angebotsfrist 12.3.2012) und erfüllen die formalen Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 322 Abs. 1 BVergG. Die Nachprüfungsanträge wurden rechtzeitig innerhalb der Frist des Paragraph 321, Absatz 4, BVergG eingebracht (Ablauf der Angebotsfrist 12.3.2012) und erfüllen die formalen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG.

Die Nachprüfungsanträge sind daher zulässig und das Bundesvergabeamt zu deren Behandlung zuständig.

Haben mehrere Unternehmer dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers angefochten, kommt

ihnen gemäß § 324 Abs. 4 BVergG in allen Nachprüfungsverfahren betreffend diese Entscheidung Parteistellung zu. Der Erstantragsteller hat demnach auch im auf Antrag des Zweitantragstellers anhängig gemachten Nachprüfungsverfahren Parteistellung wie auch dem Zweitantragsteller im auf Antrag des Erstantragstellers anhängig gemachten Nachprüfungsverfahren Parteistellung zukommt. Haben mehrere Unternehmer dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers angefochten, kommt ihnen gemäß Paragraph 324, Absatz 4, BVergG in allen Nachprüfungsverfahren betreffend diese Entscheidung Parteistellung zu. Der Erstantragsteller hat demnach auch im auf Antrag des Zweitantragstellers anhängig gemachten Nachprüfungsverfahren Parteistellung wie auch dem Zweitantragsteller im auf Antrag des Erstantragstellers anhängig gemachten Nachprüfungsverfahren Parteistellung zukommt.

B. Zu den Anträgen im Einzelnen:

Vorausgeschickt wird, dass die von den Auftraggebern im Zuge der mündlichen Verhandlung am 29.3.2012 angekündigten Ausschreibungsberichtigungen nicht mehr vorgenommen werden dürfen. Wie sich aus § 90 Abs.1 BVergG ergibt, (arg. "Werden während der Angebotsfrist Änderungen der Ausschreibung erforderlich, so sind die Ausschreibungsunterlagen und erforderlichenfalls auch die Bekanntmachung zu berichtigen und die Angebotsfrist erforderlichenfalls entsprechend zu verlängern") ist eine Ausschreibungsberichtigung nur bis zum Ablauf der Angebotsfrist zulässig; vgl. [Auprich] in Heid/Preslmayr, Handbuch3 Vergaberecht (2010) [1315]. Vorausgeschickt wird, dass die von den Auftraggebern im Zuge der mündlichen Verhandlung am 29.3.2012 angekündigten Ausschreibungsberichtigungen nicht mehr vorgenommen werden dürfen. Wie sich aus Paragraph 90, Absatz eins, BVergG ergibt, (arg. "Werden während der Angebotsfrist Änderungen der Ausschreibung erforderlich, so sind die Ausschreibungsunterlagen und erforderlichenfalls auch die Bekanntmachung zu berichtigen und die Angebotsfrist erforderlichenfalls entsprechend zu verlängern") ist eine Ausschreibungsberichtigung nur bis zum Ablauf der Angebotsfrist zulässig; vergleiche [Auprich] in Heid/Preslmayr, Handbuch3 Vergaberecht (2010) [1315].

Die Angebotsfrist ist bereits am 12.3.2012 abgelaufen.

1. a) Litera a

Zu Spruchpunkt I:

Gemäß § 80 Abs. 3 1. Satz BVergG ist in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben, ob der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder - sofern der Qualitätsstandard der Leistung in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig definiert ist - dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll. Gemäß Paragraph 80, Absatz 3, 1. Satz BVergG ist in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben, ob der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder - sofern der Qualitätsstandard der Leistung in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig definiert ist - dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll.

In der gegenständlichen Ausschreibung ist als Zuschlagsprinzip das "Billigstbieterprinzip" festgelegt. Vgl. Pkt. 1.1, 3. Absatz, 2. Satz (Ausschreibungsgegenstand): Im Hinblick auf den für die Leistungserbringung festgelegten Mindeststandard verbleibt als sinnvolles Zuschlagskriterium der Preis.

Angesichts der vorgenommenen Ausschreibungsgestaltung erweist sich die Wahl des Billigstbieterprinzips jedoch aus folgenden Gründen als rechtswidrig:

- -Strichaufzählung

Unzulässige Einbeziehung von Qualitätsmerkmalen in die Vergabeentscheidung:

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes besteht beim Vergabeprinzip des Billigstbieterprinzips für die Berücksichtigung von Qualitätsmerkmalen kein Raum, sondern hat die Zuschlagsentscheidung ausschließlich nach dem niedrigsten Preis zu erfolgen. Die Einbeziehung eines Qualitätskriteriums in die Zuschlagskriterien ist unzulässig (vgl. VwGH 14.4.2011, Zl. 2008/04/0104). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes besteht beim Vergabeprinzip des Billigstbieterprinzips für die Berücksichtigung von Qualitätsmerkmalen kein Raum, sondern hat die Zuschlagsentscheidung ausschließlich nach dem niedrigsten Preis zu erfolgen. Die Einbeziehung eines Qualitätskriteriums in die Zuschlagskriterien ist unzulässig (vergleiche VwGH 14.4.2011, Zl. 2008/04/0104).

Dieser Grundsatz wird bei der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung vergaberechtswidriger Weise durchbrochen. Dies zeigt sich etwa daran, dass der Bieter in seinem Angebot für die Lieferung seiner Produkte eine Maximallieferfrist anzugeben hat, die er bei sonstiger Pönalezahlung nicht überschreiten darf.

Pkt. 3.3.3 des Leistungsverzeichnisses (Lieferzeit) lautet:

Im Angebot hat der Bieter für die Lieferung der vertragsgemäßen Produkte eine garantierte Lieferzeit ab Abruf (max. 20 Stunden zulässig) anzugeben.

Für den Fall der Überschreitung der angebotenen Lieferzeit wird auf den Punkt 2.8.6 der Vertragsbedingungen betreffend Pönale verwiesen!

Pkt. 3.5.5 des Leistungsverzeichnisses [Garantierte Maximallieferzeit (max. 20. Stunden zulässig)] lautet:

Ab Erhalt der Bestellung bis Einlangen der Lieferung beim Anspruchsberechtigten (erster Zustellversuch)

max Stunden

Der Bieter hat sich somit innerhalb des von den Auftraggebern vorgegebenen, jedenfalls nicht zu überschreitenden Maximallieferzeitrahmens von 20 Stunden in seinem Angebot in der hierfür vorgesehenen Bieterlücke ganz konkret "stundenmäßig" zu deklarieren, welche Lieferzeit er anbietet und

damit garantiert (arg. "max Stunden").

Damit geben die Auftraggeber selbst zu erkennen, dass es in Wahrheit nicht allein auf den Preis, sondern auch auf das Qualitätsmerkmal der vom Bieter angebotenen und zu garantierenden Maximallieferzeit ankommt. Der Umstand, dass die vom jeweiligen Bieter individuell angebotene Maximallieferzeit ihren Niederschlag im Angebotspreis findet, der alleiniges Zuschlagskriterium sein soll, vermag hieran nichts zu ändern. Liegt es doch auf der Hand, dass die angebotene Lieferzeitdauer - und damit unzweifelhaft ein Qualitätsaspekt - ein in die Angebotspreisgestaltung einfließender und diese mitbestimmender Faktor ist. Dass ein Unterschreiten der von den Auftraggebern vorgegebenen Maximallieferfrist durch den Bieter durch Angabe einer kürzeren Lieferfrist im Angebot, insofern bewertungsneutral sein soll, als eine Übererfüllung der vorgeschriebenen Mindestqualität zu keiner Betterbewertung führt, ist ohne Belang.

Die Zuschlagsentscheidung soll somit in Wahrheit nicht ausschließlich nach dem niedrigsten Preis erfolgen, sondern wird - beim Billigstbieterprinzip unzulässiger Weise - auch durch das Qualitätsmerkmal der für die Lieferungen seitens des Bieters konkret garantierten Lieferzeit bestimmt (vgl. VwGH 14.4.2011, Zl. 2008/04/0104). Die Zuschlagsentscheidung soll somit in Wahrheit nicht ausschließlich nach dem niedrigsten Preis erfolgen, sondern wird - beim Billigstbieterprinzip unzulässiger Weise - auch durch das Qualitätsmerkmal der für die Lieferungen seitens des Bieters konkret garantierten Lieferzeit bestimmt vergleiche VwGH 14.4.2011, Zl. 2008/04/0104).

Darüber hinaus liegt eine beim Billigstbieterprinzip unzulässige Einbeziehung von Qualitätsaspekten in die Zuschlagsentscheidung in weiterer Hinsicht vor:

Pkt. 3.2 (Ausschreibungsumfang) des Leistungsverzeichnisses lautet:

3.2 Ausschreibungsumfang

Gegenstand dieser Ausschreibung ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung pro Los mit einem Unternehmen mit den im Deckblatt genannten Auftraggebern über die österreichweite Lieferung von im Leistungsverzeichnis und Produktkatalog als Anhang 1 des Leistungsverzeichnisses näher angeführter Sonden- und Trinknahrung inkl. Applikationsgeräte und Zubehör sowie die unmittelbar damit im Zusammenhang stehende Dienstleistung gemäß den definierten Ausführungen zur Versorgung der Anspruchsberechtigten der Auftraggeber.

Die Auftraggeber versorgen insgesamt ca. 4.737 Anspruchsberechtigte pro Jahr mit den im Produktkatalog angeführten Artikeln.

Die Gesamtanzahl der zu versorgenden Anspruchsberechtigten pro Jahr verteilt sich wie folgt:

LOS 1 - betrifft die österreichweite Lieferung von Sonden- und Trinknahrung, Applikationsgeräte inkl. Zubehör (Positionen 1 bis 4 im Produktkatalog als Anhang 1 des Leistungsverzeichnisses) außer für Pädiatrie

Bundesland Anzahl der zu versorgenden Anspruchsberechtigten

	SVB	SVA	VAEB	BVA	BGKK	KFA	GESAMT
Wien	5	180	103	289	1	95	673
NO	199	211	248	345	2	43	1.048
Burgenland	46	40	23	74	85	3	271
Oberösterreich	46	165	197	166	0	1	675
Salzburg	28	82	46	98	0	0	254
Tirol	37	148	98	133	0	0	416
Vorarlberg	9	19	24	46	0	0	98
Steiermark	172	94	238	289	1	2	796
Kärnten	49	94	136	99	0	0	378
Gesamt	691	1.033	1.113	1.539	89	144	4.609

LOS 2 - betrifft die österreichweite Lieferung von Sonden- und Trinknahrung in der Pädiatrie, Applikationsgeräte inkl. Zubehör (Positionen 5 und 6 im Produktkatalog als Anhang 1 des Leistungsverzeichnisses)

Bundesland Anzahl der zu versorgenden Anspruchsberechtigten

	SVB	SVA	VAEB	BVA	BGKK	KFA	GESAMT
Wien	0	8	1	9	0	3	21
NO	3	6	3	7	0	1	20
Burgenland	1	1	2	1	5	0	10
Oberösterreich	6	5	4	4	0	0	19
Salzburg	1	7	2	1	0	0	11
Tirol	1	5	3	6	0	0	15
Vorarlberg	2	2	2	0	0	0	6
Steiermark	1	5	4	7	0	0	17
Kärnten	1	4	3	1	0	0	9
Gesamt	16	43	24	36	5	4	128

Eine statistische regionale Aufteilung hinsichtlich der Lieferadressen und der Häufigkeit der Zustellung getrennt nach Sonden- und Trinknahrung ist für Los 1 dem Anhang 2 des Leistungsverzeichnisses und für Los 2 dem Anhang 3 des Leistungsverzeichnisses zu entnehmen, wobei darauf hingewiesen wird, dass es sich bei diesen statistischen Daten naturgemäß um veränderliche Daten handelt.

Die zu versorgenden Anspruchsberechtigten sind im Regelfall mit einem Monatsbedarf zu beliefern.

Die im Produktkatalog als Anhang 1 des Leistungsverzeichnisses angeführten Mengen pro Position stellen jeweils einen geschätzten Jahresbedarf dar. Die tatsächlich bestellten Mengen können von diesen im Leistungsverzeichnis angegebenen geschätzten Gesamtmengen abweichen.

3.3 Leistungsbeschreibung

3.3.1 Qualitätsfestlegungen

Die angebotenen Sonden- und Trinknahrungen müssen dem Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz (LMSVG, BGBl. I Nr. 13/2006), der Verordnung über diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke (BGBl. II Nr. 415/2000 i.d.F. BGBl. II Nr. 78/2008) sowie der Verordnung über Stoffe, die diätetischen Lebensmitteln zu besonderen Ernährungszwecken zugefügt werden dürfen und über allgemeine Kennzeichnungsvorschriften für diätetische Lebensmittel (BGBl. II Nr. 162/2006 i.d.F. BGBl. II Nr. 85/2010) entsprechen. Die Applikationsgeräte inkl. Zubehör müssen dem Medizinproduktegesetz (BGBl. Nr. 657/1996 i.d.F. BGBl. I Nr. 143/2009) entsprechen.

angebotenen Sonden- und Trinknahrungen müssen dem Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz (LMSVG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 13 aus 2006,, der Verordnung über diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 415 aus 2000, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 78 aus 2008,) sowie der Verordnung über Stoffe, die diätetischen Lebensmitteln zu besonderen Ernährungszwecken zugefügt werden dürfen und über allgemeine Kennzeichnungsvorschriften für diätetische Lebensmittel Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 162 aus 2006, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 85 aus 2010,) entsprechen. Die Applikationsgeräte inkl. Zubehör müssen dem Medizinproduktegesetz Bundesgesetzblatt Nr. 657 aus 1996, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 143 aus 2009,) entsprechen.

Alle angebotenen Produkte müssen die im Produktkatalog als Anlage 1 des Leistungsverzeichnisses festgelegten Inhaltsstoffe enthalten bzw. innerhalb der festgelegten Bandbreiten liegen. Eine Nichterfüllung führt zum Ausscheiden des Angebotes. Eine Übererfüllung hinsichtlich einzelner Inhaltsstoffe ist zulässig, führt aber zu keiner besseren Bewertung (Billigstbieterprinzip).

3.3.2 Versorgungsmanagement/Fachberatung

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

Der Auftragnehmer hat eine Schulung der unmittelbar an der Versorgung beteiligten Personen (Anspruchsberechtigte, Angehörige, Pflegepersonen, Pflegepersonal etc.) nach Wahl der Anspruchsberechtigten im Krankenhaus, im Pflegeheim oder zu Hause durchzuführen. Die Schulung beinhaltet:

- -Strichaufzählung
Vorbereitung der Nahrung gemäß den Hygienevorschriften, Aufbewahrung und Haltbarkeit der Nahrung
- -Strichaufzählung
Handhabung der Geräte: Pumpen, Überleitgeräte, Spritzen
- -Strichaufzählung
Verabreichen der künstlichen Nahrung, Spülen
- -Strichaufzählung
vorbeugende Maßnahmen gegen Sonden- bzw. Katheterverschöpfung
- -Strichaufzählung
Reinigung und Entsorgung des Materials
- -Strichaufzählung
Pflege der Sondeneintrittsstelle, bzw. des Katheters

Es ist davon auszugehen, dass alle Pumpenpatienten bzw. deren Angehörige/Pflegeperson auf den Gebrauch und die Hygienemaßnahmen von Pumpen geschult werden müssen, wobei in den meisten Fällen Schulungen vor Ort vorzunehmen sein werden, meist im Zusammenhang mit der Lieferung und Aufstellung des Geräts. Der Aufwand für diese Schulung ist in das anzubietende monatliche Mietentgelt für den Einsatz enteraler Ernährungspumpen einzukalkulieren.

Im Falle der Verabreichung mittels Schwerkraftapplikation hat die bisherige Praxis gezeigt, dass Vor-Ort-Schulungen maximal in ca. 20% der Fälle erforderlich sind, weil (i) vielfach fachlich versiertes und auf Schwerkraftapplikation geschultes Pflegepersonal zum Einsatz kommt, das keine Schulung vor Ort benötigt oder (ii) Angehörige schon im Zuge der Entlassung im Spital geschult werden und zusätzlich keine weiteren Schulungen vor Ort erforderlich sind. Der Schulungsaufwand für Patienten mit Schwerkraftapplikationen ist in die Einheitspreise für Sonden- und Trinknahrung einzukalkulieren.

Für LOS 1:

Geschätzte Übersicht der neu versorgten Anspruchsberechtigten mit Pumpenbedarf pro Jahr (diese Anzahl ist in der Gesamtanzahl der zu versorgenden Anspruchsberechtigten enthalten):

Bundesland Anzahl der neu versorgten Anspruchsberechtigten

SVB SVA VAEB BVA BGKK KFA GESAMT

Wien 0 3 2 5 0 2 12

NÖ	3	4	3	5	0	1	16
Burgenland	1	1	0	1	3	0	6
Oberösterreich	2	2	3	3	0	0	10
Salzburg	1	2	2	2	0	0	7
Tirol	0	0	2	1	0	0	3
Vorarlberg	0	0	0	0	0	0	0
Steiermark	2	4	2	3	0	0	11
Kärnten	1	1	2	1	0	0	5
Gesamt	10	17	16	21	3	3	70

Geschätzte Übersicht der neu versorgten Anspruchsberechtigten pro Jahr (diese Anzahl ist in der Gesamtanzahl der zu versorgenden Anspruchsberechtigten enthalten):

Bundesland Anzahl der neu versorgten Anspruchsberechtigten

SVB SVA VAEB BVA BGKK KFA GESAMT

Wien	2	60	34	96	0	32	224
NÖ	66	70	83	115	1	14	349
Burgenland	15	13	8	25	29	1	91
Oberösterreich	49	55	66	55	0	0	225
Salzburg	9	27	15	33	0	0	84
Tirol	12	49	33	44	0	0	138
Vorarlberg	3	6	8	15	0	0	32
Steiermark	57	31	79	96	0	1	264
Kärnten	16	31	45	33	0	0	125
Gesamt	229	342	371	512	30	48	1.532

Für LOS 2:

Geschätzte Übersicht der neu versorgten Anspruchsberechtigten mit Pumpenbedarf pro Jahr (diese Anzahl ist in der Gesamtanzahl der zu versorgenden Anspruchsberechtigten enthalten):

Bundesland Anzahl der neu versorgten Anspruchsberechtigten

SVB SVA VAEB BVA BGKK KFA GESAMT

Wien	0	1	1	2	0	1	5
NÖ	1	2	0	1	0	0	4
Burgenland	0	0	0	0	1	0	1
Oberösterreich	1	1	1	1	0	0	4
Salzburg	0	1	0	1	0	0	2
Tirol	0	0	0	0	0	0	0
Vorarlberg	0	0	0	0	0	0	0
Steiermark	1	1	1	1	0	0	4
Kärnten	0	1	1	0	0	0	2
Gesamt	3	7	4	6	1	1	22

Geschätzte Übersicht der neu versorgten Anspruchsberechtigten pro Jahr (diese Anzahl ist in der Gesamtanzahl der zu versorgenden Anspruchsberechtigten enthalten):

Bundesland Anzahl der neu versorgten Anspruchsberechtigten

	SVB	SVA	VAEB	BVA	BGKK	KFA	GESAMT
Wien	0	2	0	3	0	1	6
NÖ	2	2	2	2	0	1	9
Burgenland	0	0	0	0	2	0	2
Oberösterreich	2	2	1	2	0	0	7
Salzburg	0	2	1	0	0	0	3
Tirol	0	2	1	2	0	0	5
Vorarlberg	0	1	0	0	0	0	1
Steiermark	1	2	2	3	0	0	8
Kärnten	0	1	1	1	0	0	3
Gesamt	5	14	8	13	2	2	44

Darüber hinaus sind bei Bedarf telefonische Nachbetreuungen der Anspruchsberechtigten durchzuführen.

Der Bieter muss für die Durchführung der notwendigen, in deutscher Sprache vorzunehmenden Schulungen und Betreuungen eine ausreichende Anzahl an Personal mit fundierten Kenntnissen im Bereich der Sonden- und Trinknahrung sowie der Applikationstechnik inkl. des Zubehörs zur Verfügung bereithalten. Dieses Personal muss innerhalb von 2 Werktagen (Montag bis Freitag) ab Anforderung am jeweiligen Erfüllungsort verfügbar sein. Die Erreichbarkeit des benötigten Personals muss an Werktagen von 8.00 Uhr bis 18.00 Uhr gewährleistet sein.

Für alle Anfragen hat der Bieter im Leistungsverzeichnis eine deutschsprachige kostenlose Telefonhotline, die von 8.00 Uhr bis 18.00 Uhr - auch an Wochenenden - erreichbar sein muss, einzurichten und bekanntzugeben.

Nach Abschluss der Rahmenvereinbarung gewährt der Auftragnehmer dem Auftraggeber die volle Unterstützung und Kooperation bei der Sicherstellung der Umstellungsqualität (von den derzeit zur Versorgung der Anspruchsberechtigten zur Verfügung gestellten Produkten auf die Produkte des neuen Auftragnehmers), wie z.B. die Vorlage einer aktuellen Produktliste in elektronischer Form sowie die Ausarbeitung einer Entsprechungstabelle der angebotenen Produkte des Auftragnehmers zu den vom Auftraggeber bekannt zu gebenden bisher bezogenen Produkten. Des Weiteren sind für die Information der Verordner und der Anspruchsberechtigten über die Produktpalette (Artikelbezeichnung, Art usw.) vom Auftragnehmer dem Auftraggeber auf Anforderung kostenlos entsprechende Unterlagen zur Verfügung zu stellen.

Anzubietender, in den Gesamtpreis einzukalkulierender Leistungsinhalt ist demnach nicht nur die Lieferung der Sonden- und Trinknahrungsprodukte inkl. Applikationsgeräte und Zubehör, sondern auch die Erbringung der zur Versorgung der Anspruchsberechtigten erforderlichen Schulungs- und Nachbetreuungsleistungen. So hat der Auftragnehmer eine Schulung der unmittelbar an der Versorgung beteiligten Personen (Anspruchsberechtigte, Angehörige, Pflegepersonen, Pflegepersonal etc.) nach Wahl der Anspruchsberechtigten im Krankenhaus, im Pflegeheim oder zu Hause durchzuführen. Bei "Pumpenpatienten", bei denen die Schulung laut Ausschreibung in der Regel vor Ort durchzuführen sein soll, ist der diesbezügliche Aufwand in das monatliche Mietentgelt für den Einsatz enteraler Ernährungspumpen einzukalkulieren, wobei das monatliche Pumpenmietentgelt in die jeweiligen Positionspreise einzurechnen ist. Die Einzelpositionspreise sind in die Positionssumme aufzunehmen, die im Summenblatt des Angebotes darzustellen ist. Bei Patienten mit "Schwerkraft-Applikationen", bei denen laut Ausschreibung überwiegend keine vor Ort-Schulung erforderlich sein soll, ist der Schulungsaufwand in die Einheitspreise für die Sonden- und Trinknahrung, also wiederum in die einzelnen Positionspreise einzukalkulieren, die ebenso in die Positionssumme aufzunehmen und im Summenblatt des Angebotes auszuweisen ist (siehe auch Auftraggebervertreter mündliche Verhandlung). Über diese (Erst)schulungen hinaus sind bei Bedarf weitere telefonische Nachbetreuungen der Anspruchsberechtigten durchzuführen.

Der für die Schulungsleistungen zu veranschlagende Aufwand richtet sich nicht allein nach der von den Auftraggebern geschätzten Anzahl der neu zu versorgenden Anspruchsberechtigten pro Jahr (aufgegliedert nach Los), nach der bundeslandbezogenen statistischen regionalen Aufteilung und nach dem in der Ausschreibung festgelegten Schulungsinhalt:

Das Ausmaß der vom Bieter zur erbringenden Schulungsleistungen - und somit der hierfür zu kalkulierende Aufwand - sind nämlich ua. auch vom konkret eingesetzten Produkt abhängig. So führte der Zweitantragsteller (Herr D***), in der mündlichen Verhandlung von den Auftraggebern unwidersprochen geblieben aus, dass der Schulungsaufwand auch von der Art des Produktes (zB. Pumpe, Nasensonde) abhängt, da es in Bezug auf die technische Komplexität unterschiedliche Produkte gibt (zB. bei Magensonden).

Der Schulungsaufwand variiert weiters mit den individuellen Gegebenheiten des Anspruchsberechtigten, wie insbesondere seiner (Grund)erkrankung, aber auch mit seiner geistigen Aufnahmefähigkeit (Erfordernis der Einweisung hochbetagter und alkoholkranker Personen etc.) und mit allfälligen beim zu Versorgenden individuell auftretenden Problemen wie zB. Erbrechen. (Vgl. hierzu die Ausführungen des Erstantragstellers, Herr C*** und des Zweitantragstellers, Herr D***, in der mündlichen Verhandlung). Dass es sich hierbei um Fälle handelt, die ein Einschreiten des Lieferanten vor Ort erforderlich machen, wurde schließlich von den Auftraggebern gar nicht in Abrede gestellt.

Daneben ist die Qualität des vom Bieter für die Schulungs- und Betreuungsleistungen eingesetzten Personals ein Faktor, der von Einfluss auf die Schulungskosten ist. Die Ausschreibung, Pkt. 3.3.2, normiert hierzu lediglich, dass der Bieter für die Durchführung der notwendigen Schulungen und Betreuungen eine ausreichende Anzahl an Personal mit fundierten Kenntnissen im Bereich der Sonden- und Trinknahrung sowie der Applikationstechnik inkl. des Zubehörs zur Verfügung bereitzuhalten hat. Unterschiede in der Qualität des für die Schulungsleistungen heran gezogenen Personals sind durch die solcher Art normierten Anforderungen jedenfalls nicht ausgeschlossen. Dies räumen die Auftraggeber selbst ein, indem sie in ihrer Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag des Erstantragstellers vom 5.3.2012 vorbringen: "Dass die Anzahl erforderlicher Nachschulungen [Anm.: Und damit die Schulungskosten] davon abhängt, wie gut und klar die eigentliche Schulung durchgeführt wurde, liegt auf der Hand und ist vom Unternehmer gestaltbar."

Da die Schulungsmaßnahmen in den Gesamtangebotspreis - in das anzubietende monatliche Mietentgelt für den Einsatz der Pumpen bzw. in die Einheitspreise für die Sonden- und Trinknahrung - einzurechnen sind, sind die Schulungsmaßnahmen als angebotspreisbildende Komponente anzusehen (vgl. Auftraggebervertreter mündliche Verhandlung: "Der Schulungsaufwand sei in den Gesamtangebotspreis einzukalkulieren und damit gesamtangebotspreisbildende Komponente"). Da die Schulungsmaßnahmen in den Gesamtangebotspreis - in das anzubietende monatliche Mietentgelt für den Einsatz der Pumpen bzw. in die Einheitspreise für die Sonden- und Trinknahrung - einzurechnen sind, sind die Schulungsmaßnahmen als angebotspreisbildende Komponente anzusehen vergleiche Auftraggebervertreter mündliche Verhandlung: "Der Schulungsaufwand sei in den Gesamtangebotspreis einzukalkulieren und damit gesamtangebotspreisbildende Komponente").

Auch hier werden über den Umweg des Angebotspreises mittelbar qualitätsbezogene Kriterien in die Angebotsbewertung einbezogen, die damit letztlich für die Zuschlagsentscheidung von Bedeutung sind. Durch die Berücksichtigung der Schulungskosten im Gesamtpreis erlangt ein Faktor Bedeutung, der die individuelle qualitative Beschaffenheit des vom Bieter angebotenen Produktes bzw. der damit im Zusammenhang stehenden Dienstleistungen widerspiegelt.

- -Strichaufzählung

Unzulässige Einbeziehung von Folgekosten in die Vergabeentscheidung:

Die Wahl des Billigstbieterprinzips ist auch aus einem weiteren Grund rechtswidrig:

Wie in den Erläuterungen (Blg Nr. 1171 GP XXII, 68) zu § 80 BVergG 2006 ausgeführt wird, kann das Zuschlagsprinzip des "niedrigsten Preises" nicht zum Tragen kommen, sofern bei Leistungen Folgekosten, wie Betriebs- und Erhaltungskosten sowie kostenmäßige Auswirkungen auf andere, in inhaltlichem Zusammenhang stehende Leistungen ein Zuschlagskriterium darstellen sollen. Wie in den Erläuterungen (Blg Nr. 1171 Gesetzgebungsperiode römisch 22 , 68) zu Paragraph 80, BVergG 2006 ausgeführt wird, kann das Zuschlagsprinzip des "niedrigsten Preises" nicht zum Tragen kommen, sofern bei Leistungen Folgekosten, wie Betriebs- und Erhaltungskosten sowie kostenmäßige

Auswirkungen auf andere, in inhaltlichem Zusammenhang stehende Leistungen ein Zuschlagskriterium darstellen sollen.

Wie im Folgenden dargelegt wird, handelt es sich bei den erwähnten Schulungsmaßnahmen und den hierfür vom Bieter zu veranschlagenden Kosten um Folgekosten, die eine Anwendung des Billigstbieterprinzips ausschließen. Das Vorbringen der Auftraggeber, dass es sich bei den Schulungskosten - wie auch bei den Kosten für die Lieferung, Lagerhaltung und die Wartung der Applikationsgeräte - um Kosten der Leistungserbringung und um keine Folgekosten handeln solle, geht unter Heranziehung des vom VfGH im zit. Erkenntnis vom 14.4.2011, Zl. 2008/04/0104, zu Grunde gelegten, auch hier maßgeblichen Begriffsverständnisses der Folgekosten, ins Leere.

In dem dem zit. VfGH-Erkenntnis zugrundeliegenden Fall war ein Impfstoff gegen Rotaviren zu liefern. Der Gesamtangebotspreis setzte sich dabei aus dem Preis für die Immunisierung der vom Auftraggeber vorgegebenen Anzahl an Kindern und dem sich aus der je nach angebotenen Impfstoff laut Gebrauchsinformation für die Herstellung des Impfschutzes benötigten, variierenden Anzahl an Teilimpfungen ergebenden Betrag, zusammen. Ausschreibungsgemäß zu erbringende Leistung war demnach die Lieferung von Impfstoff für die je nach angebotenen Impfstoff zur Erreichung des Impfschutzes erforderliche Anzahl an Teilimpfungen. Der VfGH hat hiezu ausgesprochen, dass durch die Einbeziehung dieser Distributionskosten in den Gesamtpreis, ein Faktor Bedeutung erlangt, der die erforderliche Anzahl an Teilimpfungen - somit ein Qualitätskriterium - widerspiegelt (siehe hierzu bereits oben).

Darüber hinaus führte der VfGH im zit. Erkenntnis aus, dass durch dieses Qualitätsmerkmal Folgekosten in die Zuschlagskriterien einbezogen werden, deren Berücksichtigung im Rahmen des Billigstbieterprinzips keinen Platz findet und erklärte die Berücksichtigung derartiger Folgekosten im Rahmen des Billigstbieterprinzips für unzulässig (vgl. dem folgend VfGH 22.11.2011, Zl. 2007/04/0078). Darüber hinaus führte der VfGH im zit. Erkenntnis aus, dass durch dieses Qualitätsmerkmal Folgekosten in die Zuschlagskriterien einbezogen werden, deren Berücksichtigung im Rahmen des Billigstbieterprinzips keinen Platz findet und erklärte die Berücksichtigung derartiger Folgekosten im Rahmen des Billigstbieterprinzips für unzulässig vergleiche dem folgend VfGH 22.11.2011, Zl. 2007/04/0078).

Ebenso verhält es sich im ausschreibungsgegenständlichen Fall, in dem die Lieferung von Sonden- und Trinknahrungsprodukten samt Applikationsgeräten und Zubehör und ua die für die Versorgung der Anspruchsberechtigten erforderlichen Schulungsmaßnahmen geschuldet werden (vgl. Pkt. 3.2 des Leistungsverzeichnisses, Ausschreibungsumfang: Gegenstand dieser Ausschreibung ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung pro Los mit einem Unternehmen über die österreichweite Lieferung von im Leistungsverzeichnis und Produktkatalog als Anhang 1 des Leistungsverzeichnisses näher angeführter Sonden- und Trinknahrung inkl. Applikationsgeräte und Zubehör sowie die unmittelbar damit im Zusammenhang stehende Dienstleistung gemäß den definierten Ausführungen zur Versorgung der Anspruchsberechtigten der Auftraggeber). Ebenso verhält es sich im ausschreibungsgegenständlichen Fall, in dem die Lieferung von Sonden- und Trinknahrungsprodukten samt Applikationsgeräten und Zubehör und ua die für die Versorgung der Anspruchsberechtigten erforderlichen Schulungsmaßnahmen geschuldet werden vergleiche Pkt. 3.2 des Leistungsverzeichnisses, Ausschreibungsumfang: Gegenstand dieser Ausschreibung ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung pro Los mit einem Unternehmen über die österreichweite Lieferung von im Leistungsverzeichnis und Produktkatalog als Anhang 1 des Leistungsverzeichnisses näher angeführter Sonden- und Trinknahrung inkl. Applikationsgeräte und Zubehör sowie die unmittelbar damit im Zusammenhang stehende Dienstleistung gemäß den definierten Ausführungen zur Versorgung der Anspruchsberechtigten der Auftraggeber).

Ebenso wie in dem im zit. VfGH-Erkenntnis behandelten Fall die Anzahl der benötigten Teilimpfungen - und damit die Menge des insgesamt zu liefernden Impfstoffes und der sich daraus ergebende Gesamtangebotspreis - vom jeweils verwendeten Impfstoff abhängig waren, sind auch im vorliegenden Fall Art, Ausmaß und Dauer der vom Bieter zu erbringenden Schulungsleistungen unter anderem von den Eigenheiten des vertriebenen Produktes und vom Geschick und der Kompetenz des die Schulung vornehmenden Personals abhängig (siehe oben). Die durch die (Nach)Schulungsmaßnahmen verursachten Distributionskosten sind in das mit dem Angebot anzubietende Mietentgelt für den Einsatz enteraler Ernährungspumpen bzw. bei "Schwerkraftapplikationspatienten", in die Einheitspreise für Sonden- und Trinknahrung, einzurechnen. Vgl. in diesem Zusammenhang auch die dies bestätigende Fragebeantwortung Nr. 28 der Auftraggeber vom 22.2.2012, wonach die Schulungskosten für die Pumpenpatienten in das Pumpenmietentgelt einzukalkulieren sind und der Schulungsaufwand für Patienten mit Schwerkraftapplikation als Zuschlagssatz auf die Sondennahrung der jeweiligen Lose umzulegen sein wird.

Es liegt somit ein der dem VwGH seinerzeit vorgelegenen Sachverhaltskonstellation vergleichbarer Sachverhalt vor. Die Schulungsaufwendungen sind ebenso als Distributionskosten zu qualifizieren, wie die im seinerzeitigen VwGH-Erkenntnis durch die benötigte Anzahl an Teilimpfungen auflaufenden Impfstoffkosten. Auch im vorliegenden Fall schließt die Einbeziehung von Folgekosten in Gestalt der Kosten für die erforderlichen (Nach)Schulungsmaßnahmen die Anwendung des Vergabepinzips des billigsten Preises iSd Rechtsprechung des VwGH aus.

Eine beim Billigstbieterprinzip unzulässige Berücksichtigung von Folgekosten erfolgt gegenständlich weiters in Gestalt der vom Bieter in den Angebotspreis einzukalkulierenden Kosten für die Lieferung, Lagerhaltung und Wartung der Pumpen und weiters durch die Umstellungskosten auf die Produkte des neuen Lieferanten.

Zum Qualitätsmerkmal der zu garantierenden Lieferzeit, durch das ebenso Folgekosten in die Zuschlagskriterien einbezogen werden, siehe oben.

In Pkt. 3.3.2 des Leistungsverzeichnisses (Versorgungsmanagement/Fachberatung), ist festgelegt, dass der Schulungsaufwand in bezug auf Pumpenpatienten in das anzubietende monatliche Mietentgelt einzurechnen ist. Daraus folgt, dass der Auftragnehmer seine Pumpen nicht an die Auftraggeber verkaufen kann, sondern die Pumpen den Auftraggebern gegen Inrechnungstellung eines Mietentgeltes zu vermieten hat.

In ihrer Fragebeantwortung Nr. 23 vom 22.2.2012 führten die Auftraggeber zur Frage, "Aus welchem Grunde können Pumpen nur vermietet und nicht verkauft werden?", wie folgt aus: "Antwort 23: Die Auftraggeberinnen haben sich unter Abwägung aller Aspekte entschlossen, auf eigene Lagerhaltung und Wartung von Pumpen zu verzichten und dieses Service seitens des Lieferanten in Anspruch zu nehmen." Unter "Antwort 24" lautet es: "Die Wartung von Ernährungspumpen ist jeweils durch jenen Unternehmer vorzunehmen, der die Pumpe bereit stellt und dafür auch das Mietentgelt erhält."

Das Pumpenmietentgelt ist beim jeweiligen Positionspreis zu berücksichtigen und demnach in den Gesamtangebotspreis einzukalkulieren.

Die den Auftraggebern durch die Wahl des Mietkonstruktes für die Lagerhaltung und Wartung der Pumpen ersparten Aufwendungen, stellen als Betriebs- und Erhaltungskosten typische Folgekosten für den Bieter dar, deren Berücksichtigung nach den Erläuterungen (BlgNR 1171 GP XXII, 68) zu § 80 BVergG 2006 und dem auf diese Bezug nehmenden zit. VwGH-Erkenntnis beim Billigstbieterprinzip verpönt ist. Die den Auftraggebern durch die Wahl des Mietkonstruktes für die Lagerhaltung und Wartung der Pumpen ersparten Aufwendungen, stellen als Betriebs- und Erhaltungskosten typische Folgekosten für den Bieter dar, deren Berücksichtigung nach den Erläuterungen (BlgNR 1171 Gesetzgebungsperiode römisch 22, 68) zu Paragraph 80, BVergG 2006 und dem auf diese Bezug nehmenden zit. VwGH-Erkenntnis beim Billigstbieterprinzip verpönt ist.

Gleiches gilt für die vom Auftragnehmer in seinen Angebotspreis einzukalkulierenden, sich aus der Umstellungsphase ergebenden Kosten.

Gemäß Pkt. 3.3.2 letzter Absatz des Leistungsverzeichnisses hat der Auftragnehmer nach Abschluss der Rahmenvereinbarung nicht nur die in Pkt. 3.3.2 beschriebene Schulung in Bezug auf das von ihm gelieferte Produkt durchzuführen und dementsprechend preislich einzukalkulieren, sondern auch die zur Umstellung der Versorgung der Anspruchsberechtigten von den von ihnen bisher benutzten Produkten auf die vom Lieferanten verwendeten Produkte erforderlichen Unterstützungshandlungen zu erbringen. Vgl. Pkt. 3.3.2, letzter Absatz, des Leistungsverzeichnisses, wonach der Auftragnehmer den Auftraggebern die volle Unterstützung und Kooperation bei der Sicherstellung der Umstellungsqualität (von den derzeit zur Versorgung der Anspruchsberechtigten zur Verfügung gestellten Produkten auf die Produkte des neuen Auftragnehmers) zu gewähren hat. Hiezu ist vom neuen Auftragnehmer neben weiteren Maßnahmen unter anderem eine "Entsprechungstabelle" der von ihm angebotenen Produkte zu den von den Auftraggebern bisher bezogenen Produkten auszuarbeiten.

Auch hierbei handelt es sich um Distributionskosten, für deren Berücksichtigung im Rahmen des Billigstbieterprinzips kein Raum besteht.

Abgesehen davon sind Umstellungskosten vom Bieter selbst für den Fall anzubieten, dass er Bieter mit seinem Angebot nicht zum Zug kommen sollte.

Gemäß Pkt. 3.3.4 des Leistungsverzeichnisses ("Umstellungsphase in Bezug auf Ernährungspumpen inkl.

Überleitgeräten") hat der Auftragnehmer im Zuge der Vertragsumstellung die Wahl, entweder alle Pumpen mit Vertragsbeginn gegen eigene Pumpen auszutauschen oder die bestehenden Pumpen weiterzuverwenden, indem die Auftraggeber auf sein Ersuchen von der optionalen Teilvergabe "Monatliche Zurverfügungstellung noch funktionsfähiger Pumpen beim Patienten inklusive Lieferung kompatibler Überleitgeräte" Gebrauch machen und der Auftragnehmer erst sukzessive über einen Umstellungszeitraum von max. 5 Monaten auf seine eigenen Pumpen umstellt.

Gemäß Pkt. 3.3.4, 3. Absatz des Leistungsverzeichnisses hat ein Bieter, der derzeit Ernährungspumpen bei Anspruchsberechtigten der Auftraggeber im Einsatz hat, zwingend die Position "Optionale Teilvergabe für die Belassung noch funktionsfähiger Pumpen" (Los 1, Pos. 4.7 bzw. Los 2, Pos. 6.7) mit einem monatlichen Pumpenmietentgelt anzubieten. Die angebotenen Kosten werden preislich bei der Angebotsbewertung nicht berücksichtigt. Diese Optionsposition ist eine wesentliche Position, sodass eine vertiefte Angebotsprüfung auf diese Optionsposition möglich ist.

Ein Bieter, dessen Pumpen derzeit in Verwendung stehen (bisheriger Rahmenvereinbarungspartner), hat also die Weiterverwendung seiner Pumpen für einen Zeitraum von maximal 5 Monaten - in einer gesonderten, obligatorisch anzubietenden "optionalen" Position - selbst für den Fall anzubieten, dass er nicht Partner der abzuschließenden Rahmenvereinbarung wird. Die Verpflichtung, die Position "Optionale Teilvergabe" anzubieten, bedeutet, dass solche Bieter im Widerspruch zum Gleichbehandlungsgrundsatz einen gegenüber den übrigen Bietern erweiterten Leistungsumfang anzubieten haben, der zudem "bewertungsneutral" sein soll. Die zwangsweise anzubietende Optionsposition wird zwar bei der Angebotsbewertung preislich nicht berücksichtigt (Anm.: Beim Billigstbieterprinzip ist der Preis alleiniges Zuschlagskriterium!), gleichzeitig soll diese Position jedoch Gegenstand einer vertieften Angebotsprüfung bilden. Ist ein betroffener Bieter mit seinem Angebot nicht erfolgreich, sodass er nicht Partner der Rahmenvereinbarung wird, hat er dessen ungeachtet gegebenenfalls eine von den Auftraggebern aus seinem - ansonsten unberücksichtigt gebliebenen - Angebot herausgelöste Teilleistung zu erbringen. Ein Bieter, dessen Pumpen derzeit in Verwendung stehen (bisheriger Rahmenvereinbarungspartner), hat also die Weiterverwendung seiner Pumpen für einen Zeitraum von maximal 5 Monaten - in einer gesonderten, obligatorisch anzubietenden "optionalen" Position - selbst für den Fall anzubieten, dass er nicht Partner der abzuschließenden Rahmenvereinbarung wird. Die Verpflichtung, die Position "Optionale Teilvergabe" anzubieten, bedeutet, dass solche Bieter im Widerspruch zum Gleichbehandlungsgrundsatz einen gegenüber den übrigen Bietern erweiterten Leistungsumfang anzubieten haben, der zudem "bewertungsneutral" sein soll. Die zwangsweise anzubietende Optionsposition wird zwar bei der Angebotsbewertung preislich nicht berücksichtigt. Anmerkung, Beim Billigstbieterprinzip ist der Preis alleiniges Zuschlagskriterium!), gleichzeitig soll diese Position jedoch Gegenstand einer vertieften Angebotsprüfung bilden. Ist ein betroffener Bieter mit seinem Angebot nicht erfolgreich, sodass er nicht Partner der Rahmenvereinbarung wird, hat er dessen ungeachtet gegebenenfalls eine von den Auftraggebern aus seinem - ansonsten unberücksichtigt gebliebenen - Angebot herausgelöste Teilleistung zu erbringen.

Ist ein potenzieller Bieter mit dieser Vorgangsweise nicht einverstanden, verbleibt ihm nur die Möglichkeit, von einer Angebotslegung im gegenständlichen Vergabeverfahren Abstand zu nehmen. Vgl. die Fragebeantwortung Nr. 21 des Auftraggebers vom 22.2.2012, "dass kein Unternehmer, der derzeit Pumpen in Verwendung hat, gezwungen ist, überhaupt ein Angebot zu legen und es daher in der Hand hat, seine Zusammenarbeit mit der Neuvergabe zu beenden und die eigenen Pumpen nicht weiter verfügbar zu halten. Wenn aber Unternehmer ein Angebot legen, müssen sie auch die Weiterverwendung ihrer Pumpen für maximal 5 Monate anbieten. Diesfalls besteht dann sehr wohl das Optionsrecht des erfolgreichen Bieters, von der befristeten Nutzung dieser Pumpen Gebrauch zu machen."

- -Strichaufzählung
Schlussfolgerungen:

Die Ausschreibung war im Hinblick auf die aufgezeigte, in mehrfacher Hinsicht zu Unrecht erfolgte Wahl des Vergabepinzips des Billigstbieterprinzips zur Gänze für nichtig zu erklären.

Die Wahl des Zuschlagsprinzips ist auch für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss iSd § 325 Abs. 1 BVergG, da sich danach bestimmt, welchem Angebot der Zuschlag erteilt werden soll (VwGH 1.3.2005. 2002/04/0125; BVA 12.12.2008, N/0104-BVA/07/2008-23). Die Wahl des Zuschlagsprinzips ist auch für den Ausgang des

Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss iSd Paragraph 325, Absatz eins, BVergG, da sich danach bestimmt, welchem Angebot der Zuschlag erteilt werden soll (VwGH 1.3.2005.2002/04/0125; BVA 12.12.2008, N/0104-BVA/07/2008-23).

Die Bestellung eines Sachverständigen aus dem Bereich der Sonden- und Trinknahrung u.a zum Beweis dafür, dass die geforderten Nebenleistungen Lagerhaltung, Wartung, Ersatzteile und Schulung qualitätsabhängige Folgekosten verursachen würden, hatte schon deshalb zu unterbleiben, da es sich hierbei um Rechtsfragen handelt, die der Beurteilung durch einen Sachverständigen entzogen sind.

Abschließend wird angemerkt, dass für die Auftraggeber selbst mit den - zum gegenwärtigen Zeitpunkt ohnehin nicht mehr zulässigen - Ausschreibungsberichtigungen nichts gewonnen wäre. Die der Anwendung des Billigstbieterprinzips jedenfalls entgegen stehenden Punkte, insbesondere die Thematik der Folgekosten, hätten nämlich, vom Aspekt der Lieferfristen abgesehen, keiner Abänderung unterzogen werden sollen.

1. b)Litera b

Zu Spruchpunkt II:

Gemäß § 319 Abs. 1 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, 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 dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde. Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Der Erstantragsteller hat, wie sich aus Spruchpunkt I ergibt, mit seinem Nachprüfungsantrag zur Gänze obsiegt. Dem Nachprüfungsantrag wurde stattgegeben. Dem für den Nachprüfungsantrag geltend gemachten Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren (Auferlegung an den Auftraggeber) war daher ebenso stattzugeben wie dem für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemacht Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren. Der Erstantragsteller hat, wie sich aus Spruchpunkt römisch eins ergibt, mit seinem Nachprüfungsantrag zur Gänze obsiegt. Dem Nachprüfungsantrag wurde stattgegeben. Dem für den Nachprüfungsantrag geltend gemachten Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren (Auferlegung an den Auftraggeber) war daher ebenso stattzugeben wie dem für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemacht Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren.

1. c)Litera c

Zu Spruchpunkt III:

Eine abermalige Nichtigklärung der bereits mit Spruchpunkt I zur Gänze für nichtig erklärten Ausschreibung kommt nicht in Betracht. Der Antrag des Zweitantragstellers ist daher ins Leere gerichtet und war somit zurück zuweisen. Eine abermalige Nichtigklärung der bereits mit Spruchpunkt römisch eins zur Gänze für nichtig erklärten Ausschreibung kommt nicht in Betracht. Der Antrag des Zweitantragstellers ist daher ins Leere gerichtet und war somit zurück zuweisen.

1. d)Litera d

Zu Spruchpunkt IV:

Eine Nichtigklärung einzelner Ausschreibungsbestimmungen kommt im Hinblick auf die bereits mit Spruchpunkt I zur Gänze für nichtig erklärte Ausschreibung ebenfalls nicht in Betracht, sodass auch dieser Antrag - als ins Leere gerichtet - zurück zuweisen war. Eine Nichtigklärung einzelner Ausschreibungsbestimmungen kommt im Hinblick auf die bereits mit Spruchpunkt römisch eins zur Gänze für nichtig erklärte Ausschreibung ebenfalls nicht in Betracht, sodass auch dieser Antrag - als ins Leere gerichtet - zurück zuweisen war.

1. e)Litera e

Zu Spruchpunkt V:

Der Antrag des Zweitantragstellers auf Nichtigerklärung der Ausschreibung war allein aus dem Grund zurück zuweisen, da die vom Zweitantragsteller begehrte Nichtigerklärung der Ausschreibung bereits mit Spruchpunkt I vorgenommen wurde. In Bezug auf die für die Erstattung des Kostenersatzes maßgebliche inhaltliche Sichtweise ist der Zweitantragsteller daher so zu stellen, als hätte er mit seinem Nachprüfungsantrag obsiegt. Den Anträgen auf Auferlegung des Ersatzes der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung war daher stattzugeben (zu den Rechtsgrundlagen siehe oben unter b) Zu Spruchpunkt II. Der Antrag des Zweitantragstellers auf Nichtigerklärung der Ausschreibung war allein aus dem Grund zurück zuweisen, da die vom Zweitantragsteller begehrte Nichtigerklärung der Ausschreibung bereits mit Spruchpunkt römisch eins vorgenommen wurde. In Bezug auf die für die Erstattung des Kostenersatzes maßgebliche inhaltliche Sichtweise ist der Zweitantragsteller daher so zu stellen, als hätte er mit seinem Nachprüfungsantrag obsiegt. Den Anträgen auf Auferlegung des Ersatzes der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung war daher stattzugeben (zu den Rechtsgrundlagen siehe oben unter b) Zu Spruchpunkt römisch zwei.

Zuletzt aktualisiert am

23.07.2012

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at