

TE Verg Bescheid 2009/6/30 N/0051-BVA/10/2009-42

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 30.06.2009

Norm

BvergG 2006 §101 Abs4

BVergG 2006 §106 Abs1

BVergG 2006 §106 Abs2

BVergG 2006 §107 Abs2

BvergG 2006 §108 Abs2 Z1

BvergG 2006 §108 Abs2

BvergG 2006 §126 Abs1

BvergG 2006 §129 Abs1 Z2

BvergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

ABGB §914

ABGB §915

AVG §52

1. BVergG 2006 § 106 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 106 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 107 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

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

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

3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 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 § 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. ABGB § 914 heute

2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

1. ABGB § 915 heute
2. ABGB § 915 gültig ab 01.01.1812
1. AVG § 52 heute
2. AVG § 52 gültig ab 01.01.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 82/2025
3. AVG § 52 gültig von 01.01.2002 bis 27.11.2001 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995
4. AVG § 52 gültig von 01.07.1998 bis 31.12.2025 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995
5. AVG § 52 gültig von 01.07.1998 bis 30.06.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995
6. AVG § 52 gültig von 01.07.1995 bis 30.06.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995
7. AVG § 52 gültig von 01.02.1991 bis 30.06.1995

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 10 bestehend aus Mag. Hubert Reisner als Vorsitzendem sowie Sabine Prewein, MAS als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Ulrich E. Zellenberg als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Trink- und Sondennahrung Versorgung für den Bereich der Wiener-, Tiroler- und Kärntner GKK" der Auftraggeberinnen Tiroler Gebietskrankenkasse, Kärntner Gebietskrankenkasse und Wiener Gebietskrankenkasse alle vertreten durch die Kärntner Gebietskrankenkasse vertreten durch X*** Rechtsanwälte, eingeleitet über Antrag vom 19. Mai 2009 der A*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag der A***, "das BVA möge die Entscheidung der Auftraggeber, dem Angebot der B*** im Vergabeverfahren 'Lieferung von Trink- und Sondennahrung' für das Los 1 sowie der C*** für das Los 3 den Zuschlag erteilen zu wollen, für nichtig erklären", wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 320 Abs 1 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 320, Absatz eins, BVergG

II.römisch zwei.

Die Anträge der A***, "das BVA möge den Auftraggebern auftragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühren von EUR 1.600,00 gemäß § 19 BVergG zu Handen ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreter zu ersetzen" und "weilers möge das BVA den Auftraggebern auftragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühr von EUR 800,- für diesen Antrag auf einstweilige Verfügung entsprechend § 319 BVergG zu Handen deren ausgewiesenen Rechtsvertreter zu ersetzen", werden abgewiesen. Die Anträge der A***, "das BVA möge den Auftraggebern auftragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühren von EUR 1.600,00 gemäß Paragraph 19, BVergG zu Handen ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreter zu ersetzen" und "weilers möge das BVA den Auftraggebern auftragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühr von EUR 800,- für diesen Antrag auf einstweilige Verfügung entsprechend Paragraph 319, BVergG zu Handen deren ausgewiesenen Rechtsvertreter zu ersetzen", werden abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 Abs 1 und 2 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG

Begründung

1. Vorbringen der Parteien und Gang des Verfahrens

1.1 Die A*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH, in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 19. Mai 2009 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG, auf Akteneinsicht gemäß § 17 AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung hinsichtlich der Lose 1 und 3 im Vergabeverfahren "Trink- und Sondennahrung Versorgung für den Bereich der Wiener-, Tiroler- und Kärntner GKK" der Auftraggeberinnen Kärntner Gebietskrankenkasse, Tiroler Gebietskrankenkasse und Wiener Gebietskrankenkasse, alle im Vergabeverfahren vertreten durch die Kärntner Gebietskrankenkasse. Nach Darstellung des Sachverhaltes macht die Antragstellerin den Verlust der Chance auf Erteilung des Zuschlags in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und der Beteiligung an einem fairen und lauten Wettbewerb zur Vergabe der Leistungen, den entgangenen Gewinn und den Verlust eines wichtigen

Referenzprojekts als drohenden Schaden geltend. Sie erachtet sich in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens unter anderem gemäß § 19 Abs 1 BVergG, insbesondere in ihrem Recht auf ordnungsgemäße und vergaberechtskonforme Bewertung der Angebote, ihrem Recht auf Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung bei Vorliegen unangemessen niedriger Preise (insbesondere hinsichtlich der Angebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerinnen) und auf Erteilung des Zuschlags auf ein Angebot mit einem angemessenen Preis verletzt. Darüber hinaus erachtet sie sich in ihrem Recht auf ordnungsgemäße und vergaberechtskonforme Begründung der Zuschlagsentscheidung, in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlags und der Teilnahme an einem mit den Grundsätzen des Vergaberechts übereinstimmenden Vergabeverfahren sowie in ihrem Recht auf Gleichbehandlung verletzt. Die angefochtenen Entscheidungen, den Zuschlag hinsichtlich des Loses 1 dem Angebot der B*** und hinsichtlich des Loses 3 dem Angebot der C*** erteilen zu wollen, seien für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlicher Bedeutung. Als Gründe für die Rechtswidrigkeit nannte sie im Wesentlichen, dass die mitgeteilte Begründung der Zuschlagsentscheidung mangelhaft sei. Die mitgeteilten Informationen erlaubten nicht, die Vorteile des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Angebots zu erkennen und zu beurteilen, ob die Zuschlagsentscheidung rechtens getroffen worden sei. Mangels verbaler Begründung sei sie nicht nachvollziehbar. Die Mitteilung zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei daher mangels Erfüllung der inhaltlichen Mindestvoraussetzungen des § 131 Abs 1 BVergG fehlerhaft und somit mit Rechtswidrigkeit belastet und für nichtig zu erklären. Aufgrund der auffallend niedrigen Preise hätten die Auftraggeberinnen eine vertiefte Angebotsprüfung bei den erstgereichten Angeboten in den Losen 1 und 3 durchführen müssen, da das Angebot der B*** in Los 1 den Durchschnittspreis der Angebote um etwa 40 % und jenes der C*** in Los 3 den Durchschnittspreis der Angebote um etwa 44 % unterschreite. Die durchschnittlich üblichen Marktpreise für vergleichbare Leistungen würden sogar um bis zu 45 % unterschritten. Dieser Umstand müsse ins Auge fallen. Bei ordnungsgemäßer Durchführung der Angebotsprüfung wären die Angebote auszuschneiden gewesen. Die Angebote seien betriebswirtschaftlich nicht erklärbar. Es handle sich bei Vergleich mit dem übrigen Markt um Unterangebote. Die in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerinnen hätten damit spekuliert, dass bestimmte in den einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses vorgesehene Mengen nicht zur Ausführung gelangten. Die Angebote seien unvollständig, da der Antragstellerin aus der Branchenkenntnis bekannt sei, dass die beiden in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerinnen nicht alle anzubietenden Produkte anbieten könnten.

1.1 Die A*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH, in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 19. Mai 2009 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG, auf Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung den Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung hinsichtlich der Lose 1 und 3 im Vergabeverfahren "Trink- und Sondennahrung Versorgung für den Bereich der Wiener-, Tiroler- und Kärntner GKK" der Auftraggeberinnen Kärntner Gebietskrankenkasse, Tiroler Gebietskrankenkasse und Wiener Gebietskrankenkasse, alle im Vergabeverfahren vertreten durch die Kärntner Gebietskrankenkasse. Nach Darstellung des Sachverhaltes macht die Antragstellerin den Verlust der Chance auf Erteilung des Zuschlags in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und der Beteiligung an einem fairen und lauten Wettbewerb zur Vergabe der Leistungen, den entgangenen Gewinn und den Verlust eines wichtigen Referenzprojekts als drohenden Schaden geltend. Sie erachtet sich in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens unter anderem gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG, insbesondere in ihrem Recht auf ordnungsgemäße und vergaberechtskonforme Bewertung der Angebote, ihrem Recht auf Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung bei Vorliegen unangemessen niedriger Preise (insbesondere hinsichtlich der Angebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerinnen) und auf Erteilung des Zuschlags auf ein Angebot mit einem angemessenen Preis verletzt. Darüber hinaus erachtet sie sich in ihrem Recht auf ordnungsgemäße und vergaberechtskonforme Begründung der Zuschlagsentscheidung, in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlags und der Teilnahme an einem mit den Grundsätzen des Vergaberechts übereinstimmenden Vergabeverfahren sowie in ihrem Recht auf Gleichbehandlung verletzt. Die angefochtenen Entscheidungen, den Zuschlag hinsichtlich des Loses 1 dem Angebot der B*** und hinsichtlich des Loses 3 dem Angebot der C*** erteilen zu wollen, seien für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlicher Bedeutung. Als Gründe für die Rechtswidrigkeit nannte sie im Wesentlichen, dass die mitgeteilte Begründung der Zuschlagsentscheidung mangelhaft sei. Die mitgeteilten Informationen erlaubten nicht, die Vorteile des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Angebots zu erkennen und zu beurteilen, ob die Zuschlagsentscheidung rechtens getroffen worden sei. Mangels verbaler Begründung sei sie nicht nachvollziehbar. Die Mitteilung zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei daher mangels Erfüllung der inhaltlichen

Mindestvoraussetzungen des Paragraph 131, Absatz eins, BVergG fehlerhaft und somit mit Rechtswidrigkeit belastet und für nichtig zu erklären. Aufgrund der auffallend niedrigen Preise hätten die Auftraggeberinnen eine vertiefte Angebotsprüfung bei den erstgereihten Angeboten in den Losen 1 und 3 durchführen müssen, da das Angebot der B*** in Los 1 den Durchschnittspreis der Angebote um etwa 40 % und jenes der C*** in Los 3 den Durchschnittspreis der Angebote um etwa 44 % unterschreite. Die durchschnittlich üblichen Marktpreise für vergleichbare Leistungen würden sogar um bis zu 45 % unterschritten. Dieser Umstand müsse ins Auge fallen. Bei ordnungsgemäßer Durchführung der Angebotsprüfung wären die Angebote auszuschneiden gewesen. Die Angebote seien betriebswirtschaftlich nicht erklärbar. Es handle sich bei Vergleich mit dem übrigen Markt um Unterangebote. Die in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerinnen hätten damit spekuliert, dass bestimmte in den einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses vorgesehene Mengen nicht zur Ausführung gelangten. Die Angebote seien unvollständig, da der Antragstellerin aus der Branchenkenntnis bekannt sei, dass die beiden in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerinnen nicht alle anzubietenden Produkte anbieten könnten.

1.2 Mit Schriftsatz vom 22. Mai 2009 teilten die Auftraggeberinnen die Vertretungsvollmacht mit, erteilten die erbetenen Auskünfte zum Vergabeverfahren. Sie gaben weiter an, im Hinblick auf eine rasche Entscheidungsfindung keine Einwände gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu haben, stellten die Vorlage der Unterlagen des Vergabeverfahrens und eine inhaltliche Stellungnahme in Aussicht und beantragten die Zurück-, in eventu Abweisung sämtlicher Anträge der Antragstellerin.

1.3 Mit Schriftsatz vom 25. Mai 2009 teilte die B*** die rechtliche Vertretung mit, nahm zur Einsicht in ihr Angebot Stellung und stellte einen Teilnahmeantrag in Aussicht.

1.4 Am 26. Mai 2009 erließ das Bundesvergabeamt zur Zahl N/0051-BVA/10/2009-EV16 eine einstweilige Verfügung. Darin untersagte es den Auftraggeberinnen die Zuschlagserteilung hinsichtlich der Lose 1 und 3 für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens.

1.5 Am 27. Mai 2009 erstatteten die Auftraggeberinnen eine Stellungnahme. Darin verwiesen sie auf die Urkundenvorlage zu N/0049-BVA/10/2009. Sie führten im Wesentlichen aus, dass die Trink- und Sondennahrung kein Arzneimittel sei. Die Überleitungsgeräte zur Verabreichung der Trink- und Sondennahrung seien Medizinprodukte. Diese Ernährungsformen würden zu Hause und im Spital angewandt. Eine Ausschreibung dieses Beschaffungsvorhabens durch die Kärntner und die Tiroler Gebietskrankenkasse im Jahr 2005 habe Ersparnisse von 50 % gebracht. Deshalb habe sich die Wiener Gebietskrankenkasse der Ausschreibung angeschlossen. Die Ausschreibung erfolge losweise. Die Auftraggeberinnen verwiesen auf die beiden Nachprüfungsverfahren betreffend die gegenständliche Ausschreibung zu den Zahlen N/0005-BVA/10/2009 und N/0006-BVA/10/2009. Nach Wiedergabe der Ergebnisse der Angebotsöffnung und der Angebotsbewertung gab die Antragstellerin an, dass die Preise der erst- und zweitmitbeteiligten Partei jeweils ca 40 % unter den recht nahe beieinander liegenden Preisen der übrigen Bieter gelegen seien. Der Antragstellerin komme keine Antragslegitimation zu, da sie an dritter Stelle gereiht sei und keine Chance auf den Zuschlag habe. Auch komme ihr keine Antragslegitimation zu, weil sie den für die Belieferung notwendigen Subunternehmer D*** in ihrem Angebot nicht genannt habe. Die Antragstellerin habe keine Nachfragen zur Erklärung der Zuschlagsentscheidung gestellt. Der Antragstellerin hätte aufgrund des in den Ausschreibungsunterlagen genau beschriebenen Bewertungssystems und der Kenntnis ihres eigenen Angebotes bzw dessen Schwächen (offensichtliche Hochpreisigkeit und Nachweis von lediglich 13 Fachberatungspersonen; für 15 Fachberatungspersonen ist die maximal erreichbare Punkteanzahl angesetzt) seit Angebotsöffnung und der Verlesung der angebotenen Preise klar sein müssen, dass ihr Angebot nicht zum Zug habe kommen können. Für die Bewertungsunterschiede seien daher offensichtliche Umstände maßgeblich gewesen, welche keiner weiteren ("ausführlicheren") Erörterung durch die Auftraggeberinnen in der Zuschlagsentscheidung bedurft hätten. Die Ausführungen in der Zuschlagsentscheidung seien den Vorgaben des BVergG entsprechend ausreichend. Bei dem Vorbringen der Antragstellerin, dass die in den Leistungspositionen 2.1, 2.5, 4.11 und 4.12 angebotenen Produkte der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerinnen nicht den Festlegungen der Ausschreibung entsprächen, könne mangels konkreten Vorbringens der Antragstellerin nicht eingegangen werden. Zur Leistungsposition 2.1. Spezialsondennahrung zum Aufbau und zur Kräftigung der Darmmukosa mit löslichen Ballaststoffen sei auszuführen, dass das von den präsumentiven Zuschlagsempfängerinnen angebotene E*** lösliche Ballaststoffe enthalte, die zum Aufbau der Darmmukosa geeignet seien. Ausschreibungsgegenständlich sei kein Produkt gewesen, das ausschließlich lösliche Ballaststoffe enthalte, sondern eines, das auch lösliche Ballaststoffe enthalte. Diese Bedingung erfülle E***. In

den Ausschreibungsunterlagen sei im Übrigen auch kein Mindestgehalt an löslichen Ballaststoffen angegeben. Somit sei die Position korrekt angeboten. Zur Leistungsposition 2.5 - F*** - sei auszuführen, dass die Mindestanforderung an Eiweiß bei Kranken 1 g Eiweiß pro kg Körpergewicht betrage; diese Anforderung sei mit F*** voll erfüllt. Vom Kalorienbedarf ausgehend sei die Mindestanforderung 25 Kcal / kg Körpergewicht meist jedoch höher. Zu bedenken sei auch, dass Vitamine, Mineralstoffe und Spurenelemente ab 1500 ml ebenfalls in allen Sondennahrungen enthalten seien. Ein Patient könne nämlich nur unter Einhaltung dieser Vorgaben ausreichend ernährt werden. Das von den präsumtiven Zuschlagsempfängerinnen angebotene F*** entspreche demnach den Anforderungen der Ausschreibungsunterlagen. Zu den Leistungspositionen 4.11 und 4.12 sei zur Erklärung hervorzuheben, dass die präsumtiven Zuschlagsempfängerinnen nicht nur Produkte der G***, sondern – sofern notwendig, weil zB deren Produkt-Palette nicht alle ausgeschriebenen Trink- und Sondennahrungen umfasse - die Produkte anderer Hersteller bzw Lieferanten angeboten hätten, welche diese aufgrund einer Großhandelslizenz der G*** zukaufen könnten. Die Auftraggeberinnen beantragten die Zurück-, in eventu Abweisung des Nachprüfungsantrags.

1.6 Am 28. Mai 2009 erhob die C*** vertreten durch Z*** Rechtsanwälte, die zweitmitbeteiligte Partei, begründete Einwendungen. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass sie fristgerecht ein Angebot für die Lose 3 und 4 gelegt habe und für diese Lose als Bestbieterin ermittelt worden sei. Ihr drohe ein Schaden in der Höhe des entgangenen Gewinns. Die Antragstellerin sei nicht antragslegitimiert, da sie nur an dritter Stelle gereiht sei und kein Vorbringen zum Ausscheiden der vor ihre zweitgereihten Bieterin erstattet habe. Beim Vergleich der Preise dürfe nicht auf die Preise der Mitbieter abgestellt werden. Es sei nicht ausgeführt, warum die Angebotsbewertung mangelhaft sein solle. Die zweitmitbeteiligte Partei sei ausreichend leistungsfähig. Sie verfüge über eine ausreichende Zahl von Mitarbeitern. Sie habe ausschreibungskonform sämtliche Produkte angeboten. Sie beantragte, den Nachprüfungsantrag als unzulässig zurück , in eventu als unbegründet abzuweisen, eine mündliche Verhandlung sowie Akteneinsicht.

1.7 Am 29. Mai 2009 erhob die B*** vertreten durch W*** Rechtsanwälte OG, die erstmitbeteiligte Partei, begründete Einwendungen. Sie führte im Wesentlichen aus, dass sie für die Lose 1 und 2 ein Angebot gelegt habe. Ihr drohe durch die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ein Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns. Die Anforderungen an den Inhalt einer derartigen Mitteilung dürften nicht überspannt werden. Sofern nämlich aus der Mitteilung die vom Gesetz geforderten Informationen zumindest implizit entnommen werden könnten, erfordere § 131 Satz 4 BVergG keine individualisierten Mitteilungen hinsichtlich der Gründe für die Ablehnung des jeweiligen Angebotes (EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 86). Die geforderte Nachvollziehbarkeit enthalte die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung durch die jeweiligen Vergabesummen der erfolgreichen Angebote. Auch enthält die Mitteilung die Information, dass die jeweils erfolgreichen Angebote die Maximalgewichtung von 100 % (also die maximale Punktezah von 100 Punkten) erreicht haben sowie ebenso die Information, welche Punkteanzahl A*** bei den von ihr angebotenen Losen erzielt hat. Hinsichtlich der Vergabesumme (des Angebotspreises) bedürfe es keiner näheren (verbalen) Erläuterung, dass die B*** bei Los 1 den niedrigsten Angebotspreis angeboten hat und dadurch beim Zuschlagskriterium Preis 100 Punkte mit einer Gewichtung von 70 % erreicht habe. Auch die von A*** bei diesem Kriterium erreichten Punkte könnten dann leicht errechnet werden. Wie sich aus der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung weiters klar ergebe, habe die B*** auch bei den anderen Zuschlagskriterien einschließlich der Subkriterien die maximale Punktezah erreicht, andernfalls hätte sie nie die maximale Punktezah erreichen können. Somit sei klar und für die Bieter (mehr als nur implizit) zu erkennen, dass B*** eine (Regulär-)Lieferzeit von 24 Stunden angeboten habe, einen seit zumindest 36 Monaten laufenden Referenzauftrag nachweisen könne und 15 speziell ausgebildete und geschulte Mitarbeiter als Fachpersonal zur Verfügung stellen könne und somit bei sämtlichen (Sub-)Kriterien die maximale Punktezah erreicht habe. Wäre dies nicht der Fall gewesen, wäre eine Gewichtung von 100 % nicht denkbar. Darüber hinausgehende Informationen zu verlangen, wäre übertriebener Formalismus. Die Preise seien zu Marktkonditionen kalkuliert. Es drohe kein Verlust. Der Vergleich mit anderen Angeboten im selben Vergabeverfahren sei unzulässig und könne die mangelnde betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit nicht begründen. Auch könnten ihrem Angebot nicht die gleichen Produkt-, Personal- und Logistikkosten wie jenem der Antragstellerin unterstellt werden. Die Preise enthielten einen positiven Deckungsbeitrag. Die Preise der Ausschreibung aus dem Jahr 2005 lägen deutlich unter jenen Preisen, die sie jetzt angeboten habe. Sie wickle derzeit bereits Aufträge in der Größenordnung des ausgeschriebenen Auftrags ab, weshalb die Zweifel an der Leistungsfähigkeit nicht nachvollziehbar seien. Sie könne alle Produkte anbieten, da sie jene Produkte, die G*** nicht anbiete, auf dem Markt zukaufe. Daher beantragte sie die Zurückbzw Abweisung des Nachprüfungsantrags.1.7 Am 29. Mai 2009 erhob die B*** vertreten durch W*** Rechtsanwälte OG, die erstmitbeteiligte Partei, begründete Einwendungen. Sie führte im Wesentlichen aus, dass sie für die Lose 1 und 2 ein

Angebot gelegt habe. Ihr drohe durch die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ein Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns. Die Anforderungen an den Inhalt einer derartigen Mitteilung dürften nicht überspannt werden. Sofern nämlich aus der Mitteilung die vom Gesetz geforderten Informationen zumindest implizit entnommen werden könnten, erfordere Paragraph 131, Satz 4 BVergG keine individualisierten Mitteilungen hinsichtlich der Gründe für die Ablehnung des jeweiligen Angebotes (EBRV 1171 BlgNR römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 86). Die geforderte Nachvollziehbarkeit enthalte die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung durch die jeweiligen Vergabesummen der erfolgreichen Angebote. Auch enthält die Mitteilung die Information, dass die jeweils erfolgreichen Angebote die Maximalgewichtung von 100 % (also die maximale Punktezahl von 100 Punkten) erreicht haben sowie ebenso die Information, welche Punkteanzahl A*** bei den von ihr angebotenen Losen erzielt hat. Hinsichtlich der Vergabesumme (des Angebotspreises) bedürfe es keiner näheren (verbalen) Erläuterung, dass die B*** bei Los 1 den niedrigsten Angebotspreis angeboten hat und dadurch beim Zuschlagskriterium Preis 100 Punkte mit einer Gewichtung von 70 % erreicht habe. Auch die von A*** bei diesem Kriterium erreichten Punkte könnten dann leicht errechnet werden. Wie sich aus der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung weiters klar ergebe, habe die B*** auch bei den anderen Zuschlagskriterien einschließlich der Subkriterien die maximale Punktezahl erreicht, andernfalls hätte sie nie die maximale Punktezahl erreichen können. Somit sei klar und für die Bieter (mehr als nur implizit) zu erkennen, dass B*** eine (Regulär-)Lieferzeit von 24 Stunden angeboten habe, einen seit zumindest 36 Monaten laufenden Referenzauftrag nachweisen könne und 15 speziell ausgebildete und geschulte Mitarbeiter als Fachpersonal zur Verfügung stellen könne und somit bei sämtlichen (Sub-)Kriterien die maximale Punktezahl erreicht habe. Wäre dies nicht der Fall gewesen, wäre eine Gewichtung von 100 % nicht denkbar. Darüber hinausgehende Informationen zu verlangen, wäre übertriebener Formalismus. Die Preise seien zu Marktkonditionen kalkuliert. Es drohe kein Verlust. Der Vergleich mit anderen Angeboten im selben Vergabeverfahren sei unzulässig und könne die mangelnde betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit nicht begründen. Auch könnten ihrem Angebot nicht die gleichen Produkt-, Personal- und Logistikkosten wie jenem der Antragstellerin unterstellt werden. Die Preise enthielten einen positiven Deckungsbeitrag. Die Preise der Ausschreibung aus dem Jahr 2005 lägen deutlich unter jenen Preisen, die sie jetzt angeboten habe. Sie wickle derzeit bereits Aufträge in der Größenordnung des ausgeschriebenen Auftrags ab, weshalb die Zweifel an der Leistungsfähigkeit nicht nachvollziehbar seien. Sie könne alle Produkte anbieten, da sie jene Produkte, die G*** nicht anbiete, auf dem Markt zukaufe. Daher beantragte sie die Zurückbzw Abweisung des Nachprüfungsantrags.

1.8 Am 12. Juni 2009 erstattete die Antragstellerin eine weitere Stellungnahme. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die Reihung an dritter Stelle für die Frage der Antragslegitimation ohne Bedeutung sei. Sie habe eine "echte Chance" auf Erteilung des Zuschlags, da die Auftraggeberinnen vorgebracht haben, dass die zweitgereichte Bieterin auszuscheiden sei. Zum vorgebrachten Ausscheidensgrund gab die Antragstellerin an, dass der "Distributionspartner" D*** lediglich in dem Fall zum Einsatz kommen solle, in dem eine reguläre Zustellung und Belieferung durch die Antragstellerin oder eines Konzernunternehmens aus unvorhersehbaren Gründen ausnahmsweise nicht möglich sei. Die Antragstellerin verfüge auch über die hierfür erforderlichen Kapazitäten, nämlich über eine Flotte von über 50 LKWs und 5 Umschlaglager innerhalb Österreichs, sodass diese auf die Leistungen von D*** weder technisch noch wirtschaftlich angewiesen sei. D*** sei als nicht notwendiger Subunternehmer nicht bekannt zu geben. D*** erfülle lediglich eine Hilfsfunktion. Die Logistik erfordere weitaus mehr Leistungen als bloß die Zustellung. Hauptleistung des Auftrags sei die Lieferung von Trink- und Sondennahrung. D*** leiste daher bloße "Hilfsleistungen" zur Erfüllung des Auftrags. Selbst die Nennung als Subunternehmer stelle noch keinen Ausscheidensgrund dar. Die Auftraggeberinnen hätten die Antragstellerin zur Aufklärung auffordern sollen. Mangels Verfügbarkeit der Informationen sei es der Antragstellerin nicht möglich, die Zuschlagsentscheidung nachzuvollziehen. Es fehle der individualisierte Vergleich. Aufgrund der Diskrepanz zwischen den geschätzten Preissteigerungen und den Angebotspreisen sei eine vertiefte Angebotsprüfung notwendig. Nach herrschender Lehre und Judikatur würde bereits eine Abweichung von über 15 % eine vertiefte Angebotsprüfung notwendig machen. Gegenüber dem Vertrag aus 2005 wäre nach den prognostizierten Kostensteigerungen im Bericht des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger vom 10. September 2009 eine Kostensteigerung von zumindest 25 % zu erwarten. Die Auftraggeberinnen hätten lediglich mit einer Kostensteigerung von 11 - 14 % gerechnet. Die Preise der WGKK aus den Jahren 2005 und 2008 würden um mehr als 50 % unterschritten. Auch die Synergieeffekte könnten den Preisunterschied nicht erklären. Der Lieferant der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerinnen beliefere andere Sozialversicherungsträger zu weit höheren Preisen. Eine vertiefte Angebotsprüfung wäre daher unerlässlich gewesen. Die angebotenen Preise könne ein seriös

kalkulierender Unternehmer nicht anbieten. Die Angebote der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerinnen seien in den Positionen 2.1 und 2.5 fehlerhaft. In Position 2.1 sei statt einer Spezial-Sondennahrung eine Standard-Sondennahrung angeboten worden. In Position 2.5 sei statt einer "Spezialsondennahrung Aufbaunahrung, energie- und eiweißreduziert, ballaststofffrei, laktosefrei" eine "isokalorische Spezialsondennahrung" angeboten worden. Diese sei keine "hypokalorische Spezialsondennahrung".

1.9 Am 15. Juni 2009 brachte die C*** eine Stellungnahme ein. Darin führte sie aus, dass der Antragstellerin die Antragslegitimation fehle, weil sie - entgegen der Ausschreibung - in den Losen 1 und 3 an dritter Stelle gereiht sei und es offensichtlich unterlassen habe, D*** als Subunternehmer anzugeben.

1.10 Am 19. Juni 2009 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabebeamten statt. Gegenstand waren das vorliegende Verfahren und das gegen dieselbe Zuschlagsentscheidung gerichtete Verfahren N/0049-BVA/10/2009. Ihr Inhalt wird hier so weit wiedergegeben, wie er für das gegenständliche Verfahren von Bedeutung ist. Der Verhandlungsleiter hielt der A*** vor, dass sie in ihrem Angebot den Subunternehmer, der die Logistik durchführt, nicht genannt hat. Dies könnte die Ausscheidensgründe des § 129 Abs 1 Z 2 und 7 BVergG erfüllen und zur Zurückweisung des Nachprüfungsantrags führen. Der Verhandlungsleiter forderte die A*** zur Stellungnahme unter diesem Aspekt auf. H***, Rechtsvertreter der A***, verwies auf das Vorbringen im Schriftsatz N/0051-BVA/10/2009-30. Herr I***, Mitarbeiter der A***, gab an, dass J*** von A*** übernommen und voll integriert worden sei. Zur Abwicklung des Auftrags sei beabsichtigt, auf die bei A*** vorhandenen Ressourcen zuzugreifen. Es sei richtig, dass die Angaben im Angebot in diesem Punkt unvollständig seien. Derzeit würden die Entgegennahme der Bestellungen und die Abrechnung der Bestellungen selbst durchgeführt. Bei der Zustellung bediene sich die A*** unterschiedlicher Vertriebspartner. Derzeit werde die Zustellung noch nicht selbst gemacht. Für den ausgeschriebenen Auftrag solle die Zustellung von der A*** Logistik, der firmeneigenen Logistik, vorgenommen werden. H*** brachte vor, dass sich das Vorbringen im Schriftsatz N/0051-BVA/10/2009-30 auf beide Angebote beziehe, da die Auftraggeberin vorgebracht habe, dass beide diese Produkte angeboten haben. K***, Rechtsvertreter der C***, wies darauf hin, dass die angebotenen Produkte von der Auftraggeberin geprüft und für geeignet gehalten worden seien. Herr L***, Mitarbeiter der Kärntner GKK, gab an, dass das Ergebnis des Vergabeverfahrens nach der Angebotsöffnung so klar gewesen sei, dass kein Angebot ausgeschieden worden sei. H*** brachte vor, dass in den Positionen W 1.1, W 2.5 und K 1.1, K 2.5 und T 1.1 und T 2.5 die gleichen Produkte angeboten worden seien, obwohl einmal Standardsondennahrung und einmal energiereduzierte Sondennahrung verlangt worden sei. Herr M***, Leitung Homecare, Produktmanager Klinische Ernährung, G***, geboren am **, **** in Klagenfurt, wurde von der B*** als Zeuge stellig gemacht und vernommen. Er gab an, dass bei der Sondenernährung zwischen nährstoffdefinierten Diäten und chemischen Diäten unterschieden werde. F*** sei eine isokalorische Standardsondennahrung. Es enthalte 1 kcal/ml Nahrung. Es enthalte keine Ballaststoffe und sei lactosefrei. Es enthalte relativ wenig Eiweiß. Es werde als Startsondennahrung und als normale Ernährung verwendet. Die Anwendung geschehe unter medizinischer Kontrolle. Heutzutage geschehe der Nahrungsaufbau langsam. Die meisten Patienten seien geriatrische Patienten. Herr N***, Mitarbeiter der O***, brachte vor, dass Sondennahrung mit 1 kcal/ml nicht energiereduziert sondern eine Standardnahrung sei. Herr P***, Mitarbeiter der O***, gab an, dass Spezialsondennahrung gefordert sei. Diese habe die O*** nicht im Portfolio. Spezialnahrung sollte Spezialnahrung bleiben. Standardnahrung sollte nicht als Spezialnahrung angeboten werden. Über Befragung von K*** gab Herr M*** an, dass das angebotene Produkt beiden Kategorien entspreche. Es sei gängige Praxis, es für beide Anwendungen zu verwenden. Die Einteilung in Standard- und Spezialnahrung sei willkürlich. Sie komme aus Deutschland. Spezialnahrung werde meist teurer als Standardnahrung angeboten. Die Abgrenzung erfolge nicht nach Nährstoffgehalten. Q*** brachte vor, dass hinsichtlich der anzubietenden Produkte die näheren Daten in den Beilagen anzugeben seien. H*** beantragte die Bestellung eines Sachverständigen zur Klärung der Fragen, ob es sich bei den in den Positionen 1.1 und 2.5 angebotenen Produkten in den Angeboten der Bestbieterinnen um Standard- oder Spezialsondennahrung handle sowie ob diese Produkte isokalorisch oder hypokalorisch seien. Q*** sprach sich gegen die Bestellung eines Sachverständigen aus, weil die genannten Positionen nicht die Erörterten gewesen seien. Der Antrag diene lediglich der Verzögerung. K*** verwies darauf, dass den Antragstellerinnen keine Antragslegitimation zukomme. Die Auftraggeberinnen verfügten über ausreichend Sachverstand, um die Angebote zu prüfen. Eine ergänzende Bestellung eines Sachverständigen sei daher nicht erforderlich. Herr R***, B***, legte eine Kalkulation des Angebotes vor. Daraus ergab sich, dass die B*** einen Gewinn macht. Q*** brachte vor, dass sich aus dem Preisniveau der bisherigen Ausschreibungen ergebe, dass sich durch die Ausschreibung von Produkten 30 - 50 % an Preisreduktion erzielen ließen, daher bestehe kein Anlass, eine vertiefte

Angebotsprüfung vorzunehmen. Dies könne die Kärntner GKK in den Bereichen Inkontinenzversorgung, Verbandstoffe, Rollstuhlversorgung und Trink- und Sondennahrung erzielen. Herr Morgner beantragte, bei der Beurteilung der Preisangemessenheit der Angebote der Bestbieter auch die Kosten des Lieferanten und Subunternehmers mitzuberechnen. Herr Dreher verwies darauf, dass die B*** vermutlich einen Deckungsbeitrag und keinen Gewinn aufweise. S*** bestritt dies und verwies auf die vorgelegte Detailkalkulation. Über Befragen von Herrn I*** gab Herr R*** an, dass die Beratung wie in der Steiermark durch Mitarbeiter von G*** gemacht werde. Herr I*** merkte an, dass die Beratung kalkuliert werden müsse.

1.10 Am 19. Juni 2009 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt. Gegenstand waren das vorliegende Verfahren und das gegen dieselbe Zuschlagsentscheidung gerichtete Verfahren N/0049-BVA/10/2009. Ihr Inhalt wird hier so weit wiedergegeben, wie er für das gegenständliche Verfahren von Bedeutung ist. Der Verhandlungsleiter hielt der A*** vor, dass sie in ihrem Angebot den Subunternehmer, der die Logistik durchführt, nicht genannt hat. Dies könnte die Ausscheidungsgründe des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2 und 7 BVergG erfüllen und zur Zurückweisung des Nachprüfungsantrags führen. Der Verhandlungsleiter forderte die A*** zur Stellungnahme unter diesem Aspekt auf. H***, Rechtsvertreter der A***, verwies auf das Vorbringen im Schriftsatz N/0051-BVA/10/2009-30. Herr I***, Mitarbeiter der A***, gab an, dass J*** von A*** übernommen und voll integriert worden sei. Zur Abwicklung des Auftrags sei beabsichtigt, auf die bei A*** vorhandenen Ressourcen zuzugreifen. Es sei richtig, dass die Angaben im Angebot in diesem Punkt unvollständig seien. Derzeit würden die Entgegennahme der Bestellungen und die Abrechnung der Bestellungen selbst durchgeführt. Bei der Zustellung bediene sich die A*** unterschiedlicher Vertriebspartner. Derzeit werde die Zustellung noch nicht selbst gemacht. Für den ausgeschriebenen Auftrag solle die Zustellung von der A*** Logistik, der firmeneigenen Logistik, vorgenommen werden. H*** brachte vor, dass sich das Vorbringen im Schriftsatz N/0051-BVA/10/2009-30 auf beide Angebote beziehe, da die Auftraggeberin vorgebracht habe, dass beide diese Produkte angeboten haben. K***, Rechtsvertreter der C***, wies darauf hin, dass die angebotenen Produkte von der Auftraggeberin geprüft und für geeignet gehalten worden seien. Herr L***, Mitarbeiter der Kärntner GKK, gab an, dass das Ergebnis des Vergabeverfahrens nach der Angebotsöffnung so klar gewesen sei, dass kein Angebot ausgeschieden worden sei. H*** brachte vor, dass in den Positionen W 1.1, W 2.5 und K 1.1, K 2.5 und T 1.1 und T 2.5 die gleichen Produkte angeboten worden seien, obwohl einmal Standardsondennahrung und einmal energiereduzierte Sondennahrung verlangt worden sei. Herr M***, Leitung Homecare, Produktmanager Klinische Ernährung, G***, geboren am **, **** in Klagenfurt, wurde von der B*** als Zeuge stellig gemacht und vernommen. Er gab an, dass bei der Sondenernährung zwischen nährstoffdefinierten Diäten und chemischen Diäten unterschieden werde. F*** sei eine isokalorische Standardsondennahrung. Es enthalte 1 kcal/ml Nahrung. Es enthalte keine Ballaststoffe und sei lactosefrei. Es enthalte relativ wenig Eiweiß. Es werde als Startsondennahrung und als normale Ernährung verwendet. Die Anwendung geschehe unter medizinischer Kontrolle. Heutzutage geschehe der Nahrungsaufbau langsam. Die meisten Patienten seien geriatrische Patienten. Herr N***, Mitarbeiter der O***, brachte vor, dass Sondennahrung mit 1 kcal/ml nicht energiereduziert sondern eine Standardnahrung sei. Herr P***, Mitarbeiter der O***, gab an, dass Spezialsondennahrung gefordert sei. Diese habe die O*** nicht im Portfolio. Spezialnahrung sollte Spezialnahrung bleiben. Standardnahrung sollte nicht als Spezialnahrung angeboten werden. Über Befragung von K*** gab Herr M*** an, dass das angebotene Produkt beiden Kategorien entspreche. Es sei gängige Praxis, es für beide Anwendungen zu verwenden. Die Einteilung in Standard- und Spezialnahrung sei willkürlich. Sie komme aus Deutschland. Spezialnahrung werde meist teurer als Standardnahrung angeboten. Die Abgrenzung erfolge nicht nach Nährstoffgehalten. Q*** brachte vor, dass hinsichtlich der anzubietenden Produkte die näheren Daten in den Beilagen anzugeben seien. H*** beantragte die Bestellung eines Sachverständigen zur Klärung der Fragen, ob es sich bei den in den Positionen 1.1 und 2.5 angebotenen Produkten in den Angeboten der Bestbieterinnen um Standard- oder Spezialsondennahrung handle sowie ob diese Produkte isokalorisch oder hypokalorisch seien. Q*** sprach sich gegen die Bestellung eines Sachverständigen aus, weil die genannten Positionen nicht die Erörterten gewesen seien. Der Antrag diene lediglich der Verzögerung. K*** verwies darauf, dass den Antragstellerinnen keine Antragslegitimation zukomme. Die Auftraggeberinnen verfügten über ausreichend Sachverstand, um die Angebote zu prüfen. Eine ergänzende Bestellung eines Sachverständigen sei daher nicht erforderlich. Herr R***, B***, legte eine Kalkulation des Angebotes vor. Daraus ergab sich, dass die B*** einen Gewinn macht. Q*** brachte vor, dass sich aus dem Preisniveau der bisherigen Ausschreibungen ergebe, dass sich durch die Ausschreibung von Produkten 30 - 50 % an Preisreduktion erzielen ließen, daher bestehe kein Anlass, eine vertiefte Angebotsprüfung vorzunehmen. Dies könne die Kärntner GKK in den Bereichen Inkontinenzversorgung, Verbandstoffe, Rollstuhlversorgung und Trink- und

Sondennahrung erzielen. Herr Morgner beantragte, bei der Beurteilung der Preisangemessenheit der Angebote der Bestbieter auch die Kosten des Lieferanten und Subunternehmers mitzuberücksichtigen. Herr Dreher verwies darauf, dass die B*** vermutlich einen Deckungsbeitrag und keinen Gewinn aufweise. S*** bestritt dies und verwies auf die vorgelegte Detailkalkulation. Über Befragen von Herrn I*** gab Herr R*** an, dass die Beratung wie in der Steiermark durch Mitarbeiter von G*** gemacht werde. Herr I*** merkte an, dass die Beratung kalkuliert werden müsse.

2. Sachverhalt

Die Kärntner Gebietskrankenkasse, die Tiroler Gebietskrankenkasse und die Wiener Gebietskrankenkasse beschaffen Trink- und Sondennahrung. Die Kärntner Gebietskrankenkasse ist dabei die vergebende Stelle. Die Ausschreibung erfolgt in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich. (Auskunft der Auftraggeberinnen; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Der geschätzte Auftragswert beträgt mindestens Euro 850.000 jährlich. (Auskunft der Auftraggeberinnen)

Am 14. November 2008 sandten die Auftraggeber eine Vorinformation ab, die im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 18. November 2008, 2008/S 224 298035, nationale Erkennungsnummer L-447173-8b14, veröffentlicht wurde. (amtliche Einschau unter ted.europa.eu; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 16. Jänner 2009 sandten die Auftraggeber die Bekanntmachung des Auftrags ab, die im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 17. Jänner 2009, 2009/S 11 014836, nationale Erkennungsnummer L-449808-9116, veröffentlicht wurde. Die erste Berichtigung der Ausschreibung wurde am 28. Jänner 2009 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, 2009/S 18-024497, veröffentlicht. Als ergänzende Information machten die Antragstellerinnen im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 20. Februar 2009, 2009/S 35 050281, nationale Erkennungsnummer L 451853 9218, bekannt, dass wegen eines Nachprüfungsverfahrens die Angebotsfrist vorerst ausgesetzt war. Die zweite Berichtigung der Ausschreibung wurde am 19. März 2009 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, 2009/S 54-076991, nationale Erkennungsnummer L 453596-9317, veröffentlicht. Darin wurde der Punkt 4.3 der Ausschreibung geändert, Erläuterung zu Punkt 2.2.2 der Ausschreibung gegeben und ein neues Ende der Angebotsfrist und eine neuer Termin für die Angebotsöffnung festgelegt. Zusammengefasst ergibt sich, dass die Bezeichnung des Auftrags durch den Auftraggeber nach Punkt II.1.1 "Trink- und Sondennahrung Versorgung für den Bereich der Wiener-, Tiroler- und Kärntner GKK" lautet. Unter Punkt II.1.2 wird der Auftrag als "Lieferung", "Kauf", "Hauptlieferort: Bundesländer - Wien, Kärnten und Tirol", "NUTS-Code: AT" bezeichnet. Es handelt sich nach Punkt II.1.3 um einen öffentlichen Auftrag. Als kurze Beschreibung des Auftrags oder Beschaffungsvorhabens ist in Punkt II.1.5 "Trink- und Sondennahrung - Versorgung für die Bereiche der Wiener-, Tiroler- und Kärntner Gebietskrankenkasse" genannt. Der CPV-Code ist nach Punkt II.1.6 15880000, besondere Nahrungsmittel. Nach Punkt II.1.8 ist der Auftrag in Lose aufgeteilt und es können Angebote für ein oder mehrere Lose eingereicht werden. Varianten/Alternativangebote sind nach Punkt II.1.9 zulässig. Nach Punkt II.2.2 sind Optionen in den Positionen K5, K6, T5, T6, W5 und W6 laut Leistungsverzeichnis vorgesehen. Die Vertragslaufzeit soll nach Punkt II.3 24 Monate ab Auftragsvergabe betragen. Bei den Angaben zu den Losen finden sich lediglich zwei Lose mit den Bezeichnungen für "LOS-NR. 1" "Los 1 - Wiener GKK; Los 2 - Kärntner und Tiroler GKK" sowie "LOS-NR. 2" "Versorgung für den Bereich der Wiener-, Tiroler- und Kärntner GKK". Nach Punkt IV.1.1 findet ein offenes Verfahren statt. Der Zuschlag soll gemäß Punkt IV.2.1 dem wirtschaftlich günstigsten Angebot in Bezug auf die Kriterien, die in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführt sind, erteilt werden. Der Schlusstermin für die Anforderung oder die Einsicht in Unterlagen war nach Punkt IV.3.3 der 26. März 2009, 12.00 Uhr. Das Ende der Angebotsfrist war nach Punkt IV.3.4 der 3. April 2009, 10.00 Uhr. Die Angebotsöffnung sollte nach Punkt IV.3.8 am 3. April 2009, 10.15 Uhr, stattfinden. (amtliche Einschau unter ted.europa.eu; Auskunft der Auftraggeberinnen; Unterlagen des Vergabeverfahrens) Am 16. Jänner 2009 sandten die Auftraggeber die Bekanntmachung des Auftrags ab, die im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 17. Jänner 2009, 2009/S 11 014836, nationale Erkennungsnummer L-449808-9116, veröffentlicht wurde. Die erste Berichtigung der Ausschreibung wurde am 28. Jänner 2009 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, 2009/S 18-024497, veröffentlicht. Als ergänzende Information machten die Antragstellerinnen im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 20. Februar 2009, 2009/S 35 050281, nationale Erkennungsnummer L 451853 9218, bekannt, dass wegen eines Nachprüfungsverfahrens die Angebotsfrist vorerst ausgesetzt war. Die zweite Berichtigung der Ausschreibung wurde am 19. März 2009 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, 2009/S 54-076991, nationale Erkennungsnummer L 453596-9317, veröffentlicht. Darin wurde der Punkt 4.3 der Ausschreibung geändert, Erläuterung zu Punkt 2.2.2 der

Ausschreibung gegeben und ein neues Ende der Angebotsfrist und eine neuer Termin für die Angebotsöffnung festgelegt. Zusammengefasst ergibt sich, dass die Bezeichnung des Auftrags durch den Auftraggeber nach Punkt römisch zwei.1.1 "Trink- und Sondennahrung Versorgung für den Bereich der Wiener-, Tiroler- und Kärntner GKK" lautet. Unter Punkt römisch zwei.1.2 wird der Auftrag als "Lieferung", "Kauf", "Hauptlieferort: Bundesländer - Wien, Kärnten und Tirol", "NUTS-Code: AT" bezeichnet. Es handelt sich nach Punkt römisch zwei.1.3 um einen öffentlichen Auftrag. Als kurze Beschreibung des Auftrags oder Beschaffungsvorhabens ist in Punkt römisch zwei.1.5 "Trink- und Sondennahrung - Versorgung für die Bereiche der Wiener-, Tiroler- und Kärntner Gebietskrankenkasse" genannt. Der CPV-Code ist nach Punkt römisch zwei.1.6 15880000, besondere Nahrungsmittel. Nach Punkt römisch zwei.1.8 ist der Auftrag in Lose aufgeteilt und es können Angebote für ein oder mehrere Lose eingereicht werden. Varianten/Alternativangebote sind nach Punkt römisch zwei.1.9 zulässig. Nach Punkt römisch zwei.2.2 sind Optionen in den Positionen K5, K6, T5, T6, W5 und W6 laut Leistungsverzeichnis vorgesehen. Die Vertragslaufzeit soll nach Punkt römisch zwei.3 24 Monate ab Auftragsvergabe betragen. Bei den Angaben zu den Losen finden sich lediglich zwei Lose mit den Bezeichnungen für "LOS-NR. 1" "Los 1 - Wiener GKK; Los 2 - Kärntner und Tiroler GKK" sowie "LOS-NR. 2" "Versorgung für den Bereich der Wiener-, Tiroler- und Kärntner GKK". Nach Punkt römisch vier.1.1 findet ein offenes Verfahren statt. Der Zuschlag soll gemäß Punkt römisch vier.2.1 dem wirtschaftlich günstigsten Angebot in Bezug auf die Kriterien, die in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführt sind, erteilt werden. Der Schlusstermin für die Anforderung oder die Einsicht in Unterlagen war nach Punkt römisch vier.3.3 der 26. März 2009, 12.00 Uhr. Das Ende der Angebotsfrist war nach Punkt römisch vier.3.4 der 3. April 2009, 10.00 Uhr. Die Angebotsöffnung sollte nach Punkt römisch vier.3.8 am 3. April 2009, 10.15 Uhr, stattfinden. (amtliche Einschau unter ted.europa.eu; Auskunft der Auftraggeberinnen; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

In Punkt 1.1 der Ausschreibungsunterlagen sind als Auftraggeber die Kärntner Gebietskrankenkasse, die Tiroler Gebietskrankenkasse und die Wiener Gebietskrankenkasse genannt. Das Vergabeverfahren führt die Kärntner Gebietskrankenkasse durch. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 1.2 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen lautet:

"1.2 Ausschreibungsunterlagen

Das Angebot ist auf Basis folgender Ausschreibungsunterlagen zu erstellen:

- den allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen (Punkt 0 bis 3 der Ausschreibungsunterlagen);
- den Vertragsbestimmungen (Punkt 4 der Ausschreibungsunterlagen)
- dem Leistungsverzeichnis (Beilage .1 der Ausschreibungsunterlagen);
- den sonstigen in Punkt 5 angeführten Beilagen;
- allfälligen Fragenbeantwortungen und Berichtigungen zu den Ausschreibungsunterlagen.

Die Ausschreibungsunterlagen werden kostenlos an die Bieter übergeben. Die Ausschreibungsunterlagen sind urheberrechtlich geschützt. Die Weitergabe der Ausschreibungsunterlagen im Original oder als Kopie ist nicht gestattet."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Nach Punkt 1.4 versorgt die Tiroler Gebietskrankenkasse derzeit ca 450 Patienten, die Wiener Gebietskrankenkasse ca 1630 Patienten, davon ca 400 Patienten in Pflegeheimen und die Kärntner Gebietskrankenkasse ca 550 Patienten, davon ca 310 Patienten an privater Adresse, sowie in 92 Heimen ca 240 Patienten, ständig mit den im Leistungsverzeichnis enthaltenen Artikeln. Die Daten stammen aus 2007. Nach Punkt 1.5. wird das Verfahren als offenes Verfahren im Oberschwellenbereich durchgeführt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Punkte 1.6 und 1.7 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen lauten:

"1.6 Teilangebote und Teilvergabe

Eine Teilvergabe ist möglich. Teilangebote sind für folgende Lose zulässig:

Wiener Gebietskrankenkasse

Los 1: Positionen 1 - 3 (Standard-, Spezialsonden- und Trinknahrung) und Position 5 (Überleitgeräte für Pos. 1-3) einschließlich Optionen

Los 2: Position 4 (Sondennahrung in der Pädiatrie) und Position 6 (Überleitgeräte für Pos. 4)

Kärntner Gebietskrankenkasse und Tiroler Gebietskrankenkasse

Los 3: Positionen 1 - 3 (Standard-, Spezialsonden- und Trinknahrung) und Position 5 (Überleitgeräte für Pos. 1-3) einschließlich Optionen

Los 4: Position 4 (Sondennahrung in der Pädiatrie) und Position 6 (Überleitgeräte für Pos. 4)

Erläuterung zu den Losvergabemöglichkeiten:

Sollte ein Bieter in den Positionen 1 - 3 (einschließlich Pos. 5) (Los 1 bzw 3) und Position 4 (einschließlich Position 6) (Los 2 bzw 4) Bestbieter sein, so werden diese Positionen als Gesamtauftrag ergaben. Dies gilt auf in dem Fall, dass das Angebot dieses Bestbieters nicht in allen Positionen das Bestangebot enthält. Vorstehende Regelung gilt gleichermaßen für beide Pakete (WGKK sowie KGKK/TGKK).

Es erfolgt eine Gesamtvergabe aller vier Lose an denselben Bestbieter, wenn dieser Bieter insgesamt das Bestangebot für alle vier Lose gemeinsam gelegt hat. Dies gilt auch in dem Fall, dass das Angebot dieses Bieters nicht in allen Losen das Bestangebot enthält.

Die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen sind daher in Teilleistungen unterteilt. Die Teilleistungen und die diesen zugeordneten Produkte bzw. Mengen sind im Leistungsverzeichnis in der Beilage ./1 ersichtlich gemacht.

1.7 Subunternehmer

Die Weitergabe von Teilen der Leistung an Subunternehmer ist zulässig. Die Weitergabe des gesamten Auftrags ist - ausgenommen bei Kaufverträgen - unzulässig. Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist überdies nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die allgemeine und besondere berufliche Zuverlässigkeit besitzt.

Der Bieter hat nur hinsichtlich wesentlicher Teile des Auftrages die beabsichtigte Vergabe von Subaufträgen bekannt zu geben. Dies gilt insbesondere für den Fall, in dem sich der Bieter für die Erbringung der erforderlichen Logistikleistungen eines anderen Unternehmers bedient.

Der Bieter hat dazu in seinem Angebot unter Verwendung der Beilage ./6 jeweils

die Person des Subunternehmers,

den Einsatzbereich (Leistungsteil) und

den Wert der Subunternehmerleistung in Prozent vom

Gesamtangebotswert anzugeben.

Auftragsteile sind dann wesentlich, wenn der Bieter für diese nicht selbst über die erforderliche Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit verfügt und aus diesem Grund einen entsprechend geeigneten Subunternehmer namhaft macht ("notwendiger Subunternehmer"). Für diese notwendigen Subunternehmer sind dem Angebot weiters folgende Nachweise beizulegen:

Nachweis, dass dem Bieter für die Ausführung des Auftrages die beim Subunternehmer vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

Erklärung über die solidarische Haftung des Subunternehmers gegenüber dem Auftraggeber, falls sich der Bieter zum Nachweis seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten des Subunternehmers stützt.

Alle Eignungsnachweise, die vom Bieter gefordert sind, soweit sie für den Leistungsteil des Subunternehmers relevant sind.

Ein Wechsel des Subunternehmers ist nur mit Zustimmung des Auftraggebers zulässig. Der Auftraggeber wird einem Wechsel des Subunternehmers zustimmen, wenn die Gleichwertigkeit der Subunternehmer gewährleistet ist, wofür der Bieter beweispflichtig ist."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 1.9 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen lautet:

"1.9 Angebotsabgabe und Einreichform

[...]

Das Angebot ist durch Ausfüllen der Vordrucke des Auftraggebers in kopierfähiger, farbbeständiger Block- oder Maschinenschrift ohne Korrekturen zu erstellen. Die Verwendung von Korrekturlack oder Radierungen und dergleichen ist unzulässig. Korrekturen müssen deutlich erkennbar sein und vom Bieter unter Angabe des Datums gesondert rechtsgültig unterfertigt sowie im Begleitschreiben angeführt werden. Falls bei einem Punkt zu wenig Platz vorhanden ist, sind Ergänzungsblätter zu verwenden. Der Auftraggeber macht ausdrücklich darauf aufmerksam, dass nur vollständig ausgefüllte und mit allen Unterlagen versehene Angebote bewertet werden. Die Bieter haften für die Vollständigkeit und Richtigkeit aller in den Angeboten gemachten Angaben. Falsche Angaben und fehlende Nachweise führen - gegebenenfalls nach einer Nachfristsetzung - zum Ausschluss des Bieters vom Vergabeverfahren. [...]"
(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 1.16 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen lautet:

"1.16 Offenlegung der Kalkulation

Im Fall einer vertieften Angebotsprüfung gemäß § 125 BVergG hat der Bieter seine Kalkulation offen zu legen. Auf Aufforderung des Auftraggebers hat der Bieter insbesondere sämtliche Positionen seiner Angebotspreise anzugeben (wesentliche Positionen)."Im Fall einer vertieften Angebotsprüfung gemäß Paragraph 125, BVergG hat der Bieter seine Kalkulation offen zu legen. Auf Aufforderung des Auftraggebers hat der Bieter insbesondere sämtliche Positionen seiner Angebotspreise anzugeben (wesentliche Positionen)."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 2.1 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen lautet auszugsweise:

"2.1 Befugnis

Bietergemeinschaft und Subunternehmer

[...]

Der Nachweis der Befugnis eines Subunternehmers ist - für den Fall, dass der Bieter den Subunternehmer für den Nachweis seiner Eignung nicht benötigt ("zweckmäßiger Subunternehmer") - für jeglichen Leistungsteil, den der Subunternehmer ausführen soll, zu erbringen. Dieser Verweis auf die Befugnis eines Subunternehmers ersetzt für jenen Leistungsteil, den der Subunternehmer ausführen soll, den Nachweis der Befugnis des Bieters. [...]"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 3 der Ausschreibung lautet:

"3 Muss-Kriterien sowie Zuschlagskriterien und deren Gewichtung

Die Vergabe erfolgt nach dem Bestbieterprinzip. Der bzw. die Bestbieter (das bzw. die wirtschaftlich und technisch günstigsten Angebote) der gegenständlichen Ausschreibung werden über die angebotenen Preise sowie über die Patientensicherheit (Logistikkonzept, Versorgungssicherheit, Fachberatung) der angebotenen Leistung ermittelt (Zuschlagskriterien). Die Bewertung und Bestbieterermittlung erfolgt jeweils getrennt nach Losen.

3.1 Gewichtung

Die Zuschlagskriterien werden von der Auftraggeberin wie folgt gewichtet:

Zuschlagskriterium Gewichtung

1 Gesamtpreis (100 Bewertungspunkte) 70

2 Logistik/Versorgungssicherheit (100 Bewertungspunkte) 20

3 Fachberatung (100 Bewertungspunkte) 10

Gesamt 100

Je Zuschlagskriterium werden maximal 100 Bewertungspunkte vergeben. Die im jeweiligen Zuschlagskriterium vergebenen Punkte werden nach der in der obigen Tabelle angeführten Gewichtung gewichtet und gesondert addiert.

Als das wirtschaftlich und technisch günstigste Angebot geht jenes Angebot hervor, das in Summe die höchste Punktezahl erreicht.

Im Hinblick auf die Möglichkeit einer Gesamtvergabe aller vier Lose an einen Bieter werden in einem zweiten Schritt die Punkte der jeweils besten Angebote (je Los) addiert und die sich hieraus ergebende Summe jener Summe gegenübergestellt, welche sich aus der jeweiligen Punkteanzahl je Los für das Gesamtangebot (für alle vier Lose) ergibt.

Die in diesem Bewertungssystem geforderten Nachweise müssen dem Angebot beigeschlossen werden. Es wird darauf hingewiesen, dass die Nicht-Vorlage von bewertungsrelevanten Nachweisen, die vom Bieter nach Angebotsabgabe verändert werden könnten, einen unbehebbarer Mangel darstellt. Die Auftraggeberin empfiehlt daher dringend, auf die Vollständigkeit der Angebotsunterlagen zu achten.

3.2 Gesamtpreis (maximal 100 Bewertungspunkte)

Das Angebot mit dem niedrigsten Gesamtpreis erhält (je Los) das Punktemaximum von 100 Punkten. Angebote, die den niedrigsten Gesamtpreis (je Los) um das Doppelte überschreiten, erhalten 0 Punkte. Es werden keine Negativpunkte vergeben. Zwischen dem niedrigsten und dem doppelt so teuren Angebotspreis wird die Punktevergabe linear interpoliert.

3.3 Logistik/Versorgungssicherheit (maximal 100 Bewertungspunkte)

Das Kriterium Logistik/Versorgungssicherheit (maximal 100 Bewertungspunkte) teilt sich in zwei Subkriterien, nämlich das Subkriterium der garantierten (Regulär-)Lieferzeit (40 Bewertungspunkte) sowie das Subkriterium der Versorgungssicherheit (60 Bewertungspunkte)

Subkriterium Garantierte Lieferzeit (maximal 40 Bewertungspunkte)

Für das Kriterium garantierte Lieferzeit (ab Zugang der Bestellung beim Bieter bis zum ersten Zustellversuch an den Patienten) gilt:

Die Lieferung hat jedenfalls innerhalb von 2 Tagen ab Zugang der Bestellung beim Bieter zu erfolgen (Muss-Kriterium). Für jede Unterschreitung der Maximallieferzeit um 12 h bis zu realistisch kürzest möglichen Lieferzeit von 24 Stunden erhält der Bieter 20 Punkte. Bei der kürzesten von der Auftraggeberin als realistisch machbar angesehenen Regulärlieferzeit von 24 h sind daher maximal 40 Punkte erreichbar.

Lieferung innerhalb von 2 Tagen 0 Punkte (Muss-Kriterium)

Lieferung innerhalb von 36 Stunden 20 Punkte

Lieferung innerhalb von 24 Stunden 40 Punkte

Subkriterium Versorgungssicherheit (Logistikkonzept bzw Referenzen; maximal 60 Bewertungspunkte)

Zum Nachweis der Erfüllung des der Auftraggeberin als neben dem Preis vordringlichstes Beschaffungsziel definierten Versorgungssicherheit hat der Bieter ein Logistikkonzept zu erstellen, aus dem hervorgeht, dass er in der Lage ist, die Versicherten der Auftraggeberin innerhalb der von ihm angegebenen garantierten (Regulär) Lieferzeit mit den angebotenen Produkten zu beliefern. Aufgrund des Umfanges der Lieferungen, ist ein fundiertes, kapazitätsmäßig ausreichendes und funktionierendes schlüssiges Logistikmodell erforderlich.

Logistikkonzept

Der Bieter hat in seinem Konzept nachzuweisen, wie er mit seinem Konzept die Anforderungen der Auftraggeberin bestmöglich zu erfüllen gedenkt; das Logistikkonzept hat jedenfalls Ausführungen zu den Maßnahmen des Bieters, mit denen die ständige Verfügbarkeit der im Leistungsverzeichnis ausgeschriebenen und vom Bieter angebotenen Produkte gewährleistet werden kann sowie Maßnahmen zur Sicherstellung der termingerechten Auslieferung/Zustellung, insbesondere unter Nachweis der Logistikkette vom Hersteller - Händler - Logistiker - Patient und Nachweis der verfügbaren Lagerkapazitäten, Standorte der Lager, verfügbaren Transportmittel etc und Nachweis der Vorkehrungen bei Ausfall des EDV-unterstützten Bestell- und Abrechnungswesens, zu enthalten.

Subkriterium Garantierte Lieferzeit (maximal 40 Bewertungspunkte)

Für das Kriterium garantierte Lieferzeit (ab Zugang der Bestellung beim Bieter bis zum ersten Zustellversuch an den Patienten) gilt:

Die Lieferung hat jedenfalls innerhalb von 2 Tagen ab Zugang der Bestellung beim Bieter zu erfolgen (Muss-Kriterium). Für jede Unterschreitung der Maximallieferzeit um 12 h bis zu realistisch kürzest möglichen Lieferzeit von 24 Stunden erhält der Bieter 20 Punkte. Bei der kürzesten von der Auftraggeberin als realistisch machbar angesehenen Regulärlieferzeit von 24 h sind daher maximal 40 Punkte erreichbar.

Lieferung innerhalb von 2 Tagen 0 Punkte (Muss-Kriterium)

Lieferung innerhalb von 36 Stunden 20 Punkte

Lieferung innerhalb von 24 Stunden 40 Punkte

Subkriterium Versorgungssicherheit (Logistikkonzept bzw Referenzen; maximal 60 Bewertungspunkte)

Zum Nachweis der Erfüllung des der Auftraggeberin als neben dem Preis vordringlichstes Beschaffungsziel definierten Versorgungssicherheit hat der Bieter ein Logistikkonzept zu erstellen, aus dem hervorgeht, dass er in der Lage ist, die Versicherten der Auftraggeberin innerhalb der von ihm angegebenen garantierten (Regulär) Lieferzeit mit den angebotenen Produkten zu beliefern. Aufgrund des Umfanges der Lieferungen, ist ein fundiertes, kapazitätsmäßig ausreichendes und funktionierendes schlüssiges Logistikmodell erforderlich.

Logistikkonzept

Der Bieter hat in seinem Konzept nachzuweisen, wie er mit seinem Konzept die Anforderungen der Auftraggeberin bestmöglich zu erfüllen gedenkt; das Logistikkonzept hat jedenfalls Ausführungen zu den Maßnahmen des Bieters, mit denen die ständige Verfügbarkeit der im Leistungsverzeichnis ausgeschriebenen und vom Bieter angebotenen Produkte gewährleistet werden kann sowie Maßnahmen zur Sicherstellung der termingerechten Auslieferung/Zustellung, insbesondere unter Nachweis der Logistikkette vom Hersteller - Händler - Logistiker - Patient und Nachweis der verfügbaren Lagerkapazitäten, Standorte der Lager, verfügbaren Transportmittel etc und Nachweis der Vorkehrungen bei Ausfall des EDV-unterstützten Bestell- und Abrechnungswesens, zu enthalten.

Die Vorlage der Logistikkonzepte hat getrennt nach den ausgeschriebenen Losen der Wiener Gebietskrankenkasse und der Tiroler- und Kärntner Gebietskrankenkasse zu erfolgen, da anzunehmen ist, dass der Bieter eventuell unterschiedliche Logistikketten benötigt. Falls der Bieter jedoch für alle drei ausschreibenden Sozialversicherungsträger dasselbe geeignete Logistikkonzept vorsieht, ist dies in den Angebotsunterlagen deutlich zu dokumentieren.

Ein besonderes Augenmerk wird im Logistikkonzept auf die Lagerfähigkeit und die zeitliche Waren-Umschlagshäufigkeit und die personelle Kapazität zur gesicherten Erreichung der Lieferzeiten gestellt.

Die Vorlage eines schlüssigen Logistikkonzepts ist zwingende Voraussetzung für die Auftragserteilung (Muss-Kriterium; 0 Punkte).

Referenzen

Kann der Bieter anstelle des Logistikkonzeptes bereits auf erfolgreich laufende Referenzen zurückgreifen, gehen diese Referenzen einem noch nicht umgesetzten Logistik-Konzept vor und werden wie folgt bewertet:

Die Vorlage des Logistikkonzeptes kann durch den Nachweis von Referenzen bei der Erbringung von vergleichbaren Leistungen (siehe dazu sogleich weiter unten) innerhalb der letzten 3 Jahre (gerechnet rückwirkend ab dem Tag der Absendung der Bekanntmachung) ersetzt werden (Beilage ./4). Die Referenzen müssen jedenfalls folgende Angaben enthalten:

Name und Sitz des Referenzauftraggebers sowie Name einer auskunftsbereiten Auskunftsperson;

Wert der Leistung;

Zeit und Ort der Leistungserbringung;

Vom Bieter erbrachter Anteil an der Leistungserbringung (Anteil am Referenzauftragswert), wenn die Referenz in einer Arbeitsgemeinschaft erbracht wurde;

Angabe, ob die Leistung fachgerecht und ordnungsgemäß ausgeführt

wurde;

sonstige in Beilage ./4 abgefragte Angaben.

Die Erbringung der in Beilage ./4 beschriebenen Leistungen ist durch eine Bescheinigung des Referenzauftraggebers nachzuweisen (z.B. Bestätigungsvermerk des Referenzauftraggebers auf der Beilage ./4). Das gilt dann nicht, wenn der Referenzauftraggeber kein öffentlicher Auftraggeber ist und von diesem eine Bescheinigung nicht erhältlich ist. In diesem Fall genügt die in Beilage ./4 abgegebene Erklärung des Unternehmers, die von der Auftraggeberin überprüft werden kann.

Die Referenzaufträge müssen, um mit dem gegenständlichen Projekt vergleichbar zu sein, jedenfalls folgende Leistungen/Merkmale enthalten/aufweisen:

Lieferung von den in der Ausschreibung enthaltenen Artikel an eine Gesundheitseinrichtung wie beispielsweise ein Krankenhaus oder eine Pflegeanstalt oder einen Sozialversicherungsträger auf Grund eines Dauer- oder Rahmenvertrages

bei dem insgesamt mindestens 750 Einzellieferungen p.a. an zumindest 80 verschiedene Adressen bereits erbracht wurden

Unter "Dauer- oder Rahmenvertrag" versteht die Auftraggeberin Vertragsverhältnisse mit einer Laufzeit von mindestens 6 Monaten, bei denen der Auftragnehmer bestimmte Produkte zu gleich bleibenden (vertraglich geregelten) Konditionen auf Grund von mehreren Einzelabrufen liefert.

Aktuell laufende Aufträge sind als Referenzen zugelassen, sofern die oben beschriebenen Leistungen/Merkmale vorliegen. Referenzprojekte, bei denen die letzte Einzellieferung (gemessen vom Ende der Angebotsfrist) vor mehr als 3 Jahren erfolgt ist (Zeitpunkt der letzten Wareneinstellung) oder die mangels Detailangaben nicht überprüfbar sind, werden nicht als Referenzen gewertet.

Der Bieter erklärt sich einverstanden, dass die Auftraggeberin zur Überprüfung der angegebenen Referenzdaten mit dem entsprechenden Referenzpartner (Ansprechpartner beim ehemaligen Auftraggeber) Kontakt aufnimmt.

Der Bieter bzw. die Bietergemeinschaft hat unabhängig von der Zahl der Mitglieder der Bietergemeinschaft und/oder der Zahl der Subunternehmer Referenzaufträge, die den obigen Anforderungen entsprechen, mindestens (Muss-Kriterium) in folgendem Umfang nachzuweisen:

Der Wert (Preis exkl. Ust) der bereits gelieferten Artikel des oder der nachgewiesenen Referenzaufträge muss insgesamt EUR 1 Mio erreichen und aufweisen.

Die Bewertung dieses Subkriteriums erfolgt nach folgendem Punkteschema:

Eine laufende Referenz, die die Mindestlaufzeit erfüllt, wird wie ein schlüssiges Logistikkonzept mit 0 Punkten bewertet. Kann der Bieter den Nachweis eines seit drei Jahren (somit seit zumindest 36 Monaten) laufenden Referenzauftrags durch entsprechende Bestätigung des Referenzauftraggebers erbringen, erhält der Bieter für diese Referenz das Punktemaximum von 60 Punkten. Für jedes Monat kürzere Laufzeit erhält der Bieter einen Punkteabzug von 2,00 Punkten.

Zum Verständnis dient folgende beispielhafte Darstellung:

Anzahl der Monate Anzahl der Punkte

36 60

26 40

16 30

6 0

3.4 Fachberatung (maximal 100 Bewertungspunkte)

Der Bieter muss für den notwendigen Einsatz (fallweise bei Patienten bzw. für Beratungen von Pflegepersonal bzw. Veranstaltungen der Auftraggeberin vor Ort) mindestens fünf Mitarbeiter/WGKK, sowie jeweils drei Mitarbeiter/ TGKK u. KGKK (Muss-Kriterium - insgesamt also 11 Mitarbeiter - mit einer Ausbildung zur diplomierten

Gesundheitskrankenschwester bzw., diplomierten Gesundheitskrankenpfleger (bzw Diätassistentin - für Beratung) mit zumindest dreijähriger Berufserfahrung (Muss-Kriterium) zur Verfügung bereit halten.

Die Erreichbarkeit des vorstehend genannten Fachpersonals muss an Werktagen von 8.00 Uhr bis 16.00 Uhr gewährleistet sein. Bei Auftragserteilung hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber die Telefonnummer der entsprechenden Hotline bekanntzugeben.

Die ausgebildeten Fachkräfte müssen an Arbeitstagen innerhalb von 24 h ab Anforderung durch die Auftraggeberin am jeweiligen Erfüllungsort verfügbar sein.

Für telefonische Anfragen, ist eine Auskunftsstelle zu nennen, welche auch am Wochenende erreichbar sein muss.

Für jedes Fachpersonal, das der Bieter über die geforderte Mindestanzahl hinaus, in Beilage ./2 nachweislich zur Leistungserbringung zur Verfügung stellen kann, erhält der Bieter 25 Zusatzpunkte (maximal 4 zusätzliche speziell ausgebildete und geschulte Fachkräfte).

Anzahl Personal Punkte

11 speziell ausgebildete und geschulte Mitarbeiter 0 12 speziell ausgebildete und geschulte Mitarbeiter 25 13 speziell ausgebildete und geschulte Mitarbeiter 50 14 speziell ausgebildete und geschulte Mitarbeiter 75 15 speziell ausgebildete und geschulte Mitarbeiter 100

3.5 Entlassungsmanagement

Spätestens bis zum Entlassungstag hat eine Schulung aller an der Versorgung beteiligten Personen (Patient, Angehörige, Pflegepersonen, Pflegepersonal in den Heimen etc.) optional im Krankenhaus oder zu Hause zu erfolgen. Die Schulung beinhaltet Einschulung in die Applikationstechnik, Pumpen und Sondenpflege sowie Unterweisung der Angehörigen in hygienischen Richtlinien der Sondenhandhabung.

Regelmäßige telefonische Nachbetreuung der enteral ernährten Patienten durch diplomiertes Pflegepersonal und bei Bedarf persönliche Patientenbesuche für Nachschulungen haben zu erfolgen. Vor der Erstversorgung bzw. nach Erteilung des Zuschlages an den Bestbieter, sind alle Anspruchsberechtigten über die Produktpalette (Name, Art, etc.) zu informieren.

Zur Sicherstellung der Umstellungsqualität (von den derzeit zur Versorgung der Patienten zur Verfügung gestellten Produkte auf die Produkte eines eventuellen neuen Bestbieters) muss der Auftragnehmer eine aktuelle Produktliste in elektronischer Form übermitteln. Zu den jeweiligen Erzeugnissen müssen die vergleichbaren Präparate, aller in Österreich angebotenen Produkte sämtlicher Konkurrenzfirmen angeführt werden.

Erstellen Sie bitte ein Konzept, wie Sie sich die Umstellung jener Patienten vorstellen, die bereits mit Produkten anderer Firmen versorgt werden (Muss-Kriterium).

3.6 Punktegleichstand

Bei gleicher Gesamtpunkteanzahl (diese liegt auch dann vor, wenn maximal 1 Punkte Abstand zwischen dem erst- und dem zweitgereihten Angebot bestehen) wird jenem Angebot der Vorzug gegeben, das im Zuschlagskriterium "Logistik/Versorgungssicherheit" die höhere Punktzahl erreicht hat."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 4.2 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen lautet:

"4.2 Vertragsgrundlagen

Grundlagen und Bestandteile des Liefervertrages sind in der nachstehenden Reihenfolge

- (a) die schriftliche Zuschlagserteilung (Angebotsannahme) durch die Auftraggeberin
- (b) von der Auftraggeberin im Vergabeverfahren erteilte zusätzliche Auskünfte und Berichtigungen zu den Ausschreibungsunterlagen
- (c) Ausschreibungsunterlagen samt Beilagen
- (d) das für die Zuschlagserteilung ausgewählte Angebot des Auftragnehmers

Bei Widersprüchen zwischen diesen Vertragsbestandteilen gilt der jeweils vorgereichte Vertragsbestandteil.

Allfällige Allgemeine Geschäftsbedingungen des Auftragnehmers werden nicht Vertragsbestandteil.

Die Vertragsgrundlagen gelten auch für allfällige Nachtrags- oder Zusatzaufträge, ohne dass es einer gesonderten Vereinbarung bedarf."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

In der Beantwortung von Bewerberanfragen vom 5. Februar 2009, die per E-Mail an alle Bewerber gesandt wurde, führten die Auftraggeberinnen aus, welche Formen der Angebotslegung zulässig sind. Daraus ergibt sich, dass die Lose jeweils komplett angeboten werden müssen. Weiters ist festgehalten: "Die Bieter haben sämtliche Subunternehmer (somit auch 'zweckmäßige Subunternehmer') namhaft zu machen, welche wesentliche Teile des Auftrags (insbesondere Logistikleistungen) im Rahmen eines Subauftrages übernehmen (Antwort zu Frage 2.1). Die Bieter haben bezüglich 'zweckmäßiger' Subunternehmer' (das sind solche, die der Bieter für den Nachweis seiner Eignung nicht benötigt) sämtliche Angaben zu machen, welche auch für sonstige Subunternehmer zu machen sind (Antwort zu Frage 2.2.)" (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 3. April 2009 fand die Angebotsöffnung statt. Es wurden Angebote von fünf Bietern geöffnet. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die A*** bot die Lose 1 und 3 an. Los 1 hatte einen Angebotspreis von Euro 1.291.593,90 ohne USt, Los 3 einen von Euro 1.439.270,50 ohne USt. Sie bot eine Lieferzeit von 24 Stunden und 13 Berater an. Sie machte keine Subunternehmer namhaft. Sie verwies auf bestehende Lieferungen als Referenzen. Aus einer dem Angebot beigelegten Präsentation ergab sich, dass die Waren aus der Produktion in T*** und dem Lager in T*** in das Verteilzentrum U*** oder das Lager V*** und von dort zu Kunden gebracht werden. Die Logistik führt eine VV*** Internationale Speditionsgesellschaft durch. Die Zustellung der Waren erfolgt durch D***. Den Referenzaufträgen fehlt die von der Ausschreibung geforderte schriftliche Bestätigung des jeweiligen Auftraggebers. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Alle Referenzaufträge wurden mit verschiedenen Subunternehmern abgewickelt. (Aussage von Herrn I*** in der mündlichen Verhandlung)

In der Angebotsbewertung der Auftraggeberinnen vom 20. April 2009 ist zum Angebot der A*** festgehalten, dass FSMP und CE Kennzeichnungen der Produkte fehlen. Das Logistikkonzept liegt durch die Präsentation "Supply Chain Organisation" vor. Den Referenzaufträgen der SV der Gewerblichen Wirtschaft, SV der Bauern, OÖGKK, WGKK und BVA haben alle eine Auftragssumme von mehr als Euro 100.000. Ihnen fehlt jedoch die schriftliche Bestätigung. Zusammenfassend ist festgehalten, dass die Angebote zu Los 1 und Los 3 vollständigen vorliegen und bewertet werden können. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Auftraggeberinnen bewerteten die Angebote und gaben allen Bietern die Zuschlagsentscheidung am 5. Mai 2009 per Telefax bekannt. Darin wurde die B*** als in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin für die Lose 1 und 2 und die C*** als in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin für Lose 3 und 4 bekannt gegeben. Die Angebote hatten jeweils die Gewichtung 100 %. Das Angebot der Nutricia wurde wie folgt bewertet: Los 1: 73,29 %, Los 2: 83,71 %, Los 3: 64,34 %, Los 4: 88,03%. Das Angebot der A*** zu den einzelnen Losen wurde wie folgt bewertet: Los 1: 57,10 %, Los 3: 64,34 %. Das Ende der Stillhaltefrist wurde mit 19. Mai 2009 angegeben. Die Auftraggeberinnen gaben die jeweiligen Gesamtpreise der für den Zuschlag in den jeweiligen Losen vorgesehen Angebote bekannt. Weiters findet sich in der Zuschlagsentscheidung folgender Satz: "Die Merkmale und Vorteile der erfolgreichen Teilangebote ergeben sich aus dem jeweils höchsten Beurteilungsergebnis aufgrund der Bewertung der Zuschlagskriterien in Form eines Scoring-Modells." Weitere Angaben enthielt die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung nicht. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. (Auskünfte der Auftraggeberinnen)

Die Antragstellerin bezahlte Euro 2.400 an Pauschalgebühren. (gegenständlicher Verfahrensakt)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die in Kopie vorgelegte Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung, die Unterlagen des Vergabeverfahrens, Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann, und unbestritten gebliebene Aussagen in der mündlichen Verhandlung. Soweit Schriftstücke von der Antragstellerin vorgelegt wurden, spricht der Anschein für ihre

Echtheit. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

3. Rechtliche Würdigung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG sind die Kärntner Gebietskrankenkasse, die Tiroler Gebietskrankenkasse und die Wiener Gebietskrankenkasse. Sie sind Körperschaften öffentlichen Rechts. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG sind die Kärntner Gebietskrankenkasse, die Tiroler Gebietskrankenkasse und die Wiener Gebietskrankenkasse. Sie sind Körperschaften öffentlichen Rechts.

Sie sind nach ständiger Rechtsprechung öffentliche Auftraggeber

gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (VfGH 28.2.2000, B 2184/98, VfSlg 15.714

= BVergSlg 32.41 = ZfVB 2000/1976 = ZfVB 2000/2014; 25.3.2002,

B 457/02; 10.1.2003, B 14/03; VwGH 7.11.2005, 2003/04/0109, ZfVB

2007/168; 21.12.2005, 2003/04/0048; 27.6.2007, 2005/04/0111, RPA

2007, 276 (Papst) = ZVB 2007/89 [Hackl] = ZVB-LSK 2007/106 =

ZVB-LSK 2007/107; BVA 3.6.2005, 17N 50/05 15, RPA-Slg 2005/43 = ZVB

2005/79 [Grasböck] = ZVB-LSK 2005/83 = ZVB-LSK 2005/87; 25.4.2006,

N/0013 BVA/08/2006 73; 23.1.2008, N/0125 BVA/10/2007 026). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. N/0013 BVA/08/2006 73; 23.1.2008, N/0125 BVA/10/2007 026). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

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

Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberinnen das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberinnen das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Das gegenständliche Verfahren wurde mit dem Verfahren N/0049- BVA/10/2009 zur gemeinsamen Verhandlung verbunden, da es sich um die Nachprüfung derselben Zuschlagsentscheidung handelt und die Antragsteller wechselseitig Parteistellung genießen. Da sich die Entscheidung ausschließlich mit der Antragslegitimation und damit nur mit den Angebot der Antragstellerin beschäftigt, liegt es im Interesse der Zweckmäßigkeit, Einfachheit und Kostenersparnis iSd § 320 Abs 4 BVergG, getrennt zu entscheiden (in diesem Sinne Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG² [2009] § 320 Rz 109). Das gegenständliche Verfahren wurde mit dem Verfahren N/0049- BVA/10/2009 zur gemeinsamen Verhandlung verbunden, da es sich um die Nachprüfung derselben Zuschlagsentscheidung handelt und die Antragsteller wechselseitig Parteistellung genießen. Da sich die Entscheidung

ausschließlich mit der Antragslegitimation und damit nur mit den Angebot der Antragstellerin beschäftigt, liegt es im Interesse der Zweckmäßigkeit, Einfachheit und Kostenersparnis iSd Paragraph 320, Absatz 4, BVergG, getrennt zu entscheiden (in diesem Sinne Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG² [2009] Paragraph 320, Rz 109).

3.2 Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags

Die relevanten Bestimmungen des BVergG lauten:

Ablauf des offenen Verfahrens

§ 101. (1) [...]Paragraph 101, (1) [...]

(4) Während eines offenen Verfahrens darf mit den Bietern über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden.

Allgemeine Bestimmungen

§ 106. (1) Der Bieter hat sich bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden.Paragraph 106, (1) Der Bieter hat sich bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden.

(2) Sofern in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausdrücklich anderes festgelegt wird, ist das Angebot mit sämtlichen dazugehörigen Unterlagen (zB Prüfsertifikate) in deutscher Sprache und in Euro zu erstellen.

(3) [...]

Form der Angebote

§ 107. (1) [...]Paragraph 107, (1) [...]

(2) Angebote sind vollständig sowie frei von Zahlen- und Rechenfehlern abzugeben.

Inhalt der Angebote

§ 108. (1) Jedes Angebot muss insbesondere enthalten:Paragraph 108, (1) Jedes Angebot muss insbesondere enthalten:

1. 1.Ziffer eins

[...]

2. 2.Ziffer 2

Bekanntgabe der Subunternehmer, deren Leistungsfähigkeit für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich ist, unter Beilage der erforderlichen Bescheinigungen und dem Nachweis, dass der Bieter über deren Kapazitäten bzw. bei der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Auftraggeber über die zur Durchführung des Gesamtauftrages erforderlichen Sicherheiten verfügt. Bekanntgabe aller Teile oder - sofern der Auftraggeber dies in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen hat - nur der wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt. Die in Frage kommenden Subunternehmer sind unter Nachweis ihrer Befugnis und beruflichen Zuverlässigkeit bekannt zu geben. Die Nennung mehrerer Subunternehmer je Leistungsteil ist zulässig. Die Haftung des Auftragnehmers wird durch diese Angabe nicht berührt;

3. 3.Ziffer 3

[...]

4. 7.Ziffer 7

die Aufzählung der dem Angebot beigegebenen Unterlagen, der Nachweise für die Befugnis, die Zuverlässigkeit, die finanzielle und wirtschaftliche sowie die technische Leistungsfähigkeit, die gemäß den §§ 71, 72, 74 und 75 verlangt wurden, sowie jener Unterlagen, die gesondert eingereicht werden (zB Proben, Muster);die Aufzählung der dem Angebot beigegebenen Unterlagen, der Nachweise für die Befugnis, die Zuverlässigkeit, die finanzielle und wirtschaftliche sowie die technische Leistungsfähigkeit, die gemäß den Paragraphen 71, 72, 74 und 75 verlangt wurden, sowie jener Unterlagen, die gesondert eingereicht werden (zB Proben, Muster);

5. 8.Ziffer 8

[...]

(2) Mit der Abgabe seines Angebotes erklärt der Bieter, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen

kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Ausführung des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt, und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet.

Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote

§ 126. (1) Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Sofern der geschätzte Auftragswert 120 000 Euro nicht erreicht, kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden. Paragraph 126, (1) Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Sofern der geschätzte Auftragswert 120 000 Euro nicht erreicht, kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden.

(2) [...]

Ausscheiden von Angeboten

§ 129. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden: Paragraph 129, (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

1. 1.Ziffer eins
[...]
2. 2.Ziffer 2
Angebote von Bieter, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;
3. 3.Ziffer 3
Angebote, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) aufweisen;
4. 4.Ziffer 4
[...]
5. 7.Ziffer 7
den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind; [...]

Einleitung des Verfahrens

§ 320. (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern Paragraph 320, (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. 1.Ziffer eins
er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und
2. 2.Ziffer 2

ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

(2) [...]

3.2.1 Der Nachprüfungsantrag genügt den formalen Voraussetzungen des § 322 Abs 1 BVergG. Ein Grund für seine Unzulässigkeit gemäß § 322 Abs 2 BVergG ist nicht hervorgetreten. 3.2.1 Der Nachprüfungsantrag genügt den formalen Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG. Ein Grund für seine Unzulässigkeit gemäß Paragraph 322, Absatz 2, BVergG ist nicht hervorgetreten.

3.2.2 Die Antragstellerin ist in den angebotenen Losen an dritter Stelle gereiht. Sie hat selbst kein Vorbringen zum Ausscheiden der vor ihr liegenden zweitgereihten Bieterin erstattet. Zum Zeitpunkt der Stellung des Nachprüfungsantrags konnte dies von ihr nicht verlangt werden, da in der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung keine Informationen über die Reihung enthalten waren. Sie konnte daher nicht wissen, ob und gegebenenfalls welche anderen Bieter vor ihr gereiht waren. Im Lauf des Nachprüfungsverfahrens erhielt sie erst durch die Stellungnahme der Auftraggeberinnen die Information über ihre eigene Reihung. Allerdings brachten die Schriftsätze der Auftraggeberinnen im Parallelverfahren N/0049-BVA/10/2009, in dem die Antragstellerin gemäß § 324 Abs 4 BVergG selbst Parteistellung genießt, vor, dass das Angebot der vor ihr gereihten Bieterin auszuschneiden sei. Sie konnte daher vom Bestehen von Ausscheidensgründen ausgehen. Unter der Annahme, dass dieses Angebot auszuschneiden ist, hat die Antragstellerin bei Zutreffen ihrer Behauptungen eine Chance auf Erteilung des Zuschlags. 3.2.2 Die Antragstellerin ist in den angebotenen Losen an dritter Stelle gereiht. Sie hat selbst kein Vorbringen zum Ausscheiden der vor ihr liegenden zweitgereihten Bieterin erstattet. Zum Zeitpunkt der Stellung des Nachprüfungsantrags konnte dies von ihr nicht verlangt werden, da in der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung keine Informationen über die Reihung enthalten waren. Sie konnte daher nicht wissen, ob und gegebenenfalls welche anderen Bieter vor ihr gereiht waren. Im Lauf des Nachprüfungsverfahrens erhielt sie erst durch die Stellungnahme der Auftraggeberinnen die Information über ihre eigene Reihung. Allerdings brachten die Schriftsätze der Auftraggeberinnen im Parallelverfahren N/0049-BVA/10/2009, in dem die Antragstellerin gemäß Paragraph 324, Absatz 4, BVergG selbst Parteistellung genießt, vor, dass das Angebot der vor ihr gereihten Bieterin auszuschneiden sei. Sie konnte daher vom Bestehen von Ausscheidensgründen ausgehen. Unter der Annahme, dass dieses Angebot auszuschneiden ist, hat die Antragstellerin bei Zutreffen ihrer Behauptungen eine Chance auf Erteilung des Zuschlags.

3.2.3 Vorgebracht wurde, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden sei, weil entgegen den Festlegungen der Ausschreibung ein notwendiger Subunternehmer nicht namhaft gemacht wurde.

Die Ausschreibung wurde nicht angefochten. Ihre Festlegungen binden

daher nach ständiger Rechtsprechung alle am Vergabeverfahren

beteiligten Parteien (zB VwGH 12.9.2007, 2005/04/0236, 0237, 0238,

RPA-Slg 2008/1 = ZfVB 2008/736; BVA 24.11.2008,

N/0143-BVA/05/2008-18; 28.11.2008, N/0131-BVA/12/2008-29, RPA 2009,

33 [Hofer] = ZVB 2009/14 [Grasböck] = ZVB-LSK 2009/4 = ZVB-LSK

2009/5; 22.12.2008, N/0147-BVA/10/2008-39, RPA-Slg 2009/6 = ZVB

2009/20 [Hackl] = ZVB-LSK 2009/17 = ZVB-LSK 2009/18).

Da es sich bei der Ausschreibung um eine Erklärung des

Auftraggebers und beim Angebot um eine Erklärung des Bieters

handelt, ist ihr Inhalt von Bedeutung. Dieser ist nach ständiger

Rechtsprechung und der Literatur nach den Regeln der §§ 914f ABGB

zu ermitteln (BVA 25.1.2000, F-17/98-32, BVergSlg 3.35 = BVergSlg

11.9 = BVergSlg 17.32 = BVergSlg 21.18; 8.7.2003, 14N-64/03-11,

BVergSlg 27.138 = RPA 2003, 222 [Mugli-Maschek] = wbl 2004/67;

14.11.2003, 09N-100/03-19, BVergSlg 12.23 = BVergSlg 30.50;

23.12.2003, 17N-129/03-21, ZVB 2004/27 [Stiefelmeyer] = ZVB-LSK

2004/25; 23.7.2004, 04N-50/04-46, RPA 2004, 320 [Estermann];

7.9.2004, 11N-65/04-12, RPA 2004, 384 [Blaha]; 22.3.2005, 16N-9/05-19, RPA-Slg 2005/24 = ZVB 2005/60 [Grasböck] = ZVB-LSK 2005/64; 11.4.2005, 04N-6/05-76; 18.12.2006, N/0091-BVA/10/2006-038; 21.4.2008, N/0030-BVA/10/2008-036 ua; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Es kommt nämlich nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern es ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend (VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144; BVA 29.6.2007, N/0057-BVA/11/2007-25, RPA 2007, 229 [Etlinger]).

Lässt sich ein solcher eindeutiger Inhalt nicht ermitteln, kommt die Zweifelsregel zur Anwendung (für viele OGH 27.1.1998, 2 Ob 36/98b, RS0109295 = MietSlg 50.086). Bedient sich bei einem zweiseitig verbindlichen Vertrag eine Partei einer undeutlichen Äußerung, ist diese nach § 915 ABGB zu ihrem Nachteil auszulegen. Das Angebot ist eine einseitige empfangsbedürftige Erklärung. Auch auf solche Erklärungen gelangen die Auslegungsregeln des § 915 ABGB zur Anwendung (OGH 26.9.1956, 2 Ob 515/56). Auf die Angaben in einem Angebot ist diese Auslegungsregel somit auch anzuwenden. Für das Vergabeverfahren ergibt sich daraus, dass - unter der Voraussetzung, dass eine Verbesserung oder Ergänzung ausgeschlossen ist - ein Bieter, der unklare oder undeutliche Angaben macht, sich die daraus entstehenden Nachteile zurechnen lassen muss. Sind daher aus den Angaben über Referenzprojekte jene Tatsachen nicht erkennbar, die Grundlage einer Punktbewertung sind, können diese Referenzen nicht mit Bewertungspunkten bedacht werden. Lässt sich ein solcher eindeutiger Inhalt nicht ermitteln, kommt die Zweifelsregel zur Anwendung (für viele OGH 27.1.1998, 2 Ob 36/98b, RS0109295 = MietSlg 50.086). Bedient sich bei einem zweiseitig verbindlichen Vertrag eine Partei einer undeutlichen Äußerung, ist diese nach Paragraph 915, ABGB zu ihrem Nachteil auszulegen. Das Angebot ist eine einseitige empfangsbedürftige Erklärung. Auch auf solche Erklärungen gelangen die Auslegungsregeln des Paragraph 915, ABGB zur Anwendung (OGH 26.9.1956, 2 Ob 515/56). Auf die Angaben in einem Angebot ist diese Auslegungsregel somit auch anzuwenden. Für das Vergabeverfahren ergibt sich daraus, dass - unter der Voraussetzung, dass eine Verbesserung oder Ergänzung ausgeschlossen ist - ein Bieter, der unklare oder undeutliche Angaben macht, sich die daraus entstehenden Nachteile zurechnen lassen muss. Sind daher aus den Angaben über Referenzprojekte jene Tatsachen nicht erkennbar, die Grundlage einer Punktbewertung sind, können diese Referenzen nicht mit Bewertungspunkten bedacht werden.

Insbesondere aus Punkt 3.2 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen ergibt sich, dass den Auftraggeberinnen das Funktionieren des Logistikkonzepts besonders wichtig ist. Dieser Punkt findet sich in Zusammenhang mit den Zuschlagskriterien, deren Zweck ist, hervorzuheben, welche Aspekte den Auftraggeberinnen von besonderer Bedeutung sind (RV 1171 BlgNR XXII. GP 16 f). Dem Auftraggeber steht dabei Ermessen zu (Hackl/Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 80 Rz 68). Insbesondere aus Punkt 3.2 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen ergibt sich, dass den Auftraggeberinnen das Funktionieren des Logistikkonzepts besonders wichtig ist. Dieser Punkt findet sich in Zusammenhang mit den Zuschlagskriterien, deren Zweck ist, hervorzuheben, welche Aspekte den Auftraggeberinnen von besonderer Bedeutung sind Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 16 f). Dem Auftraggeber steht dabei Ermessen zu (Hackl/Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel Paragraph 80, Rz 68).

Die Antragstellerin belegte das Funktionieren von gleichartiger Logistik mit Referenzen. Bei diesen bedient sie sich unterschiedlicher Subunternehmer. Sie legte darüber hinaus ein - sehr grobes - Logistikkonzept dem Angebot bei. Darin waren eine *** als Logistikdienstleister und D*** als durchführende Firma für die Zustellung genannt. Die Angaben genügen jedoch, sich ein Bild von der beabsichtigten Auftragsdurchführung zu machen. Aufgrund der Angaben konnten die Auftraggeberinnen daher zu Recht davon ausgehen, dass die Antragstellerin die Logistik nicht selbst vornehmen will.

Allerdings hat die Antragstellerin keinen Subunternehmer namhaft gemacht. Unter Zugrundelegung der mit dem Angebot abgegebenen Erklärung, die Leistung in der beschriebenen Form erbringen zu wollen, waren

Subunternehmer für die Logistik vorgesehen und daher nach den Festlegungen in den Punkten 1.7 und 2.1 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen und der Fragebeantwortung vom 5. Februar 2009 jedenfalls anzugeben, auch wenn sie für die Leistungsfähigkeit nicht erforderlich sind. Die Ausführungen der Antragstellerin im Schriftsatz vom 12. Juni 2009 und in der mündlichen Verhandlung, dass das Angebot insofern unvollständig ist und sie die Logistik selbst vornehmen will, können daran nichts ändern, da es sich um eine Verpflichtung durch die bestandsfest gewordene Ausschreibung handelt.

Punkt 3.1 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen legt fest, wann ein Angebot einen unverbesserbaren Mangel aufweist. Das ist dann der Fall, wenn ein bewertungsrelevanter Nachweis von einem Bieter nicht vorgelegt wird, den der Bieter nach Angebotsabgabe noch verändern kann.

Die Nachweise über die Logistik bestehen nach Punkt 3.3. der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen entweder aus einem ausgearbeiteten Logistikkonzept oder Referenzen. Die Referenzen lagen dem Angebot bei. Sie sind bewertungsrelevant. Eine Änderung ist nicht beabsichtigt und wurde auch nicht vorgenommen. Sie entsprechen jedoch mangels Bestätigung durch den jeweiligen Auftraggeber nicht den Anforderungen der Ausschreibung.

Die Vorlage von Referenzen zeigt, dass der Bieter die Logistik wie in den genannten Referenzen erbringen möchte. In den Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung hat die Antragstellerin im Wesentlichen darauf verwiesen, dass sie die Logistik selbst durchführen will. Die Vorlage von Referenzen befreit den Bieter jedoch nicht von der Verpflichtung, Subunternehmer zu nennen. Gegenüber dem Angebot stellt dies eine wesentliche Änderung der Modalitäten der Durchführung des Auftrags dar, zumal die Auftraggeberinnen zum Ausdruck gebracht haben, dass die Logistik einen wesentlichen Bestandteil des Auftrags darstellt. Diese Gewichtungen festzulegen ist Sache des Auftraggebers. Daran können auch die Ausführungen der Antragstellerin über den Hauptgegenstand der Ausschreibung nichts ändern.

Beabsichtigt nun die Antragstellerin, die Logistik - anders als angeboten - selbst durchzuführen, stellt dies eine Änderung des Angebots dar, die unter das Verbandsverbot des § 101 Abs 4 BVergG fällt. Sie ist daher unzulässig. Beabsichtigt nun die Antragstellerin, die Logistik - anders als angeboten - selbst durchzuführen, stellt dies eine Änderung des Angebots dar, die unter das Verbandsverbot des Paragraph 101, Absatz 4, BVergG fällt. Sie ist daher unzulässig.

Die fehlende Nennung von Subunternehmern für die Logistik und der fehlende Nachweis ihrer Eignung stellen Verstöße gegen die Festlegungen der Ausschreibung dar. Aufgrund der Festlegungen in Punkt 2.1 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen, dass in jenen Bereichen, in denen Subunternehmer zum Einsatz kommen sollen, die Befugnis ausschließlich durch den Subunternehmer nachgewiesen wird und eine eigene Befugnis unbeachtlich ist, ist auch die Befugnis der Antragstellerin zur eigenständigen Durchführung der Logistik ohne Bedeutung.

Da sie weder Subunternehmer für die Logistik genannt noch deren Befugnis nachgewiesen hat, setzt sie sich in Widerspruch zu den Festlegungen der Ausschreibung und erfüllt die Ausscheidensgründe des § 129 Abs 1 Z 2 und 7 BVergG. Da sie weder Subunternehmer für die Logistik genannt noch deren Befugnis nachgewiesen hat, setzt sie sich in Widerspruch zu den Festlegungen der Ausschreibung und erfüllt die Ausscheidensgründe des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2 und 7 BVergG.

Erfüllt ein Angebot einen Ausscheidensgrund, kommt es für die

Zuschlagserteilung nicht in Betracht. Daher kann dem Bieter aus der

Zuschlagsentscheidung nach ständiger Rechtsprechung des

Verwaltungsgerichtshofes kein Schaden entstehen (zB VwGH 23.5.2007,

2005/04/0214, RPA 2007, 218 [Keisler] = ZVB 2007/79 [Hackl] =

ZVB-LSK 2007/90 = ZVB-LSK 2007/158). Ihm kommt somit hinsichtlich

der Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung keine

Antragslegitimation zu (zB VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095; 12.9.2007,

2005/04/0181, JusGuide 2007/44/398 (VwGH) = RPA-Slg 2007/42 = ZfVB

2008/735; 1.3.2005, 2003/04/0039, ZVB 2005/73 [G. Gruber/Pachner] =

ZVB-LSK 2005/80; 16.2.2005, 2004/04/0030, RPA 2005, 101 [Latzenhofer] = ZfVB 2006/669; 25.6.2003, 2001/04/0202, VwSlg 16.121 A/2003 = ZfVB 2004/1391 = ZVB 2004/5 [G. Gruber] = ZVB-LSK 2004/5; 27.2.2002, 2000/04/0050, bbl 2001/22 = wbl 2001/165 = ZfVB 2001/1739).

Dieser Ausscheidungsgrund wurde der Antragstellerin entsprechend der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 28.3.2007,

2005/04/0200, bbl 2007/142 = RdW 2007/638 = RPA 2007, 176 [Reisner]

= ZfVB 2008/484 = ZVB 2007/87 [Malin] = ZVB-LSK 2007/105)

vorgehalten. Ihr wurde Gelegenheit gegeben, dazu Stellung zu nehmen und sich zu verteidigen. Die gegebene Rechtfertigung ist im Bescheid oben wiedergegeben und in der obigen Würdigung berücksichtigt.

Wie oben ausgeführt ist das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden. Ihr kommt keine Antragslegitimation zur Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung zu. Der Nachprüfungsantrag ist daher zurückzuweisen.

Die Bestellung von Sachverständigen, wie sie in den Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung beantragt wurden, ist anhand dieses Ergebnisses des Verfahrens nicht notwendig im Sinne des § 52 AVG. Ein gesonderter Abspruch darüber kann daher unterbleiben (VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200, bbl 2007/142 = RdW 2007/638 = RPA 2007, 176 [Reisner] = ZfVB 2008/484 = ZVB 2007/87 [Malin] = ZVB-LSK 2007/105). Die Bestellung von Sachverständigen, wie sie in den Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung beantragt wurden, ist anhand dieses Ergebnisses des Verfahrens nicht notwendig im Sinne des Paragraph 52, AVG. Ein gesonderter Abspruch darüber kann daher unterbleiben (VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200, bbl 2007/142 = RdW 2007/638 = RPA 2007, 176 [Reisner] = ZfVB 2008/484 = ZVB 2007/87 [Malin] = ZVB-LSK 2007/105).

Gemäß § 59 Abs 1 AVG gelten mit der Erledigung des verfahrenseinleitenden Nachprüfungsantrages sämtliche Einwendungen als miterledigt. Gemäß Paragraph 59, Absatz eins, AVG gelten mit der Erledigung des verfahrenseinleitenden Nachprüfungsantrages sämtliche Einwendungen als miterledigt.

3.3 Ersatz der Pauschalgebühr

Die einschlägigen Bestimmungen des BVergG lauten:

Gebührenersatz

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

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

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

(3) [...]

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der gesetzlich geschuldeten Höhe tatsächlich bezahlt. Das Bundesvergabeamt erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Die Antragstellerin hat mit ihrem Nachprüfungsantrag auch nicht zumindest teilweise obsiegt, da das Bundesvergabeamt den Nachprüfungsantrag zurückwies. Der Ersatz der Pauschalgebühr findet daher nicht statt.

Schlagworte

Unvollständigkeit des Angebots; Mangelhaftigkeit des Angebots; Widersprüchlichkeit des Angebots;

Antragslegitimation;

Zuletzt aktualisiert am

14.08.2009

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