

TE Verg Bescheid 2009/6/26 N/0049-BVA/10/2009-48

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 26.06.2009

Norm

BVergG 2006 §106 Abs1

BVergG 2006 §106 Abs3

BVergG 2006 §107 Abs2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

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

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 15. Mai 2009 der A*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag der A***, "das Bundesvergabeamt möge die angefochtene Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerinnen vom 5. Mai 2009 über die Lieferung von Trink- und Sondennahrung im gegenständlichen offenen Verfahren im Oberschwellenbereich für nichtig erklären", wird zurückgewiesen.

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

II.römisch zwei.

Dem Antrag der A***, "das Bundesvergabeamt möge den Antragsgegnerinnen den Ersatz der von der Auftraggeberin entrichteten Pauschalgebühr von Euro 2.400 gemäß § 19 RAO zu Handen der einschreitenden Vertreter der Antragstellerin binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution auferlegen", wird abgewiesen. Dem Antrag der A***, "das Bundesvergabeamt möge den Antragsgegnerinnen den Ersatz der von der Auftraggeberin entrichteten Pauschalgebühr von Euro 2.400 gemäß Paragraph 19, RAO zu Handen der einschreitenden Vertreter der Antragstellerin binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution auferlegen", wird abgewiesen.

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

Begründung

1. Vorbringen der Parteien und Gang des Verfahrens

Die A*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte, in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 15. Mai 2009 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren samt Anträgen auf Mitteilung der Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes und der Vorteile der erfolgreichen Angebote sowie Anträge auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG und Akteneinsicht den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung in dem Vergabeverfahren "Trink- und Sondennahrung Versorgung für den Bereich der Wiener-, Tiroler- und Kärntner GKK" der Auftraggeberinnen Kärntner Gebietskrankenkasse, Tiroler Gebietskrankenkasse und Wiener Gebietskrankenkasse vertreten durch Kärntner Gebietskrankenkasse vertreten durch X*** Rechtsanwälte. Sie führte darin im Wesentlichen aus, dass sie sich am Vergabeverfahren beteiligt und für alle vier ausgeschriebenen Lose Angebote gelegt habe. Am 5. Mai 2009 sei ihr mit Telefax die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben worden. Diese stelle weder die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin noch die Merkmale und angeblichen Vorteile der erfolgreichen Angebote der beiden für die Firma B*** auftretenden Bieter C*** und D*** nachvollziehbar dar. Sie habe berechtigten Grund zur Annahme, dass die für den Zuschlag in Aussicht genommenen Angebote tatsächlich nur aufgrund einer systematischen, für Mitbewerber ruinösen Preiskalkulation der beiden erfolgreichen Bieter eine günstigere Bewertung erfahren hätten. Weiters seien die hohen Beurteilungsergebnisse für die Angebote der erfolgreichen Bieter und die vergleichsweise ungünstige Bewertung der Antragstellerin ganz offenbar auf eine mangelhafte Prüfung der Angebote und eine unrichtige Bewertung durch die Auftraggeberinnen zurückzuführen. Die Antragstellerin fühle sich aufgrund der getroffenen Zuschlagsentscheidung insbesondere in ihrem Recht auf ein ordentliches Verfahren nach den Grundsätzen des Vergabeverfahrens iSd § 19 BVergG 2006 verletzt, da im vorliegenden Fall die Grundsätze des fairen und lauten Wettbewerbs unter Gleichbehandlung aller Bieter nicht eingehalten worden seien. Die Angebote der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerinnen seien entweder auszuschneiden oder deutlich schlechter zu bewerten gewesen. Es hätte eine vertiefte Angebotsprüfung stattfinden müssen. Eine Vergleichskalkulation der Antragstellerin habe ergeben, dass die Durchführung des Auftrags zu den angebotenen Preisen einen Verlust für den Anbieter B*** in der Höhe von Euro 250.000 ergebe. Dabei seien die Kosten für Ernährungspumpen zur Verabreichung der Sondennahrung in der Größenordnung zwischen Euro 20.000 und Euro 30.000 noch nicht berücksichtigt. Diese aggressive Vorgangsweise sei mit den Grundsätzen des lauten Wettbewerbs nicht vereinbar. Die B*** verfüge nicht über die nötigen Kapazitäten, um den Auftrag zu erfüllen. Da die Bestbieterinnen auf die Produkte der B*** zurückgriffen, könnten sie im Bereich Sondennahrung in der Pädiatrie nicht sämtliche Produkte aus der Ausschreibung angeboten haben. Die B*** beschäftige zu wenige Mitarbeiter, um das Muss-Kriterium "Fachberatung" erfüllen zu können. Die A*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte, in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 15. Mai 2009 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren samt Anträgen auf Mitteilung der Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes und der Vorteile der erfolgreichen Angebote sowie Anträge auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG und Akteneinsicht den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung in dem Vergabeverfahren "Trink- und Sondennahrung Versorgung für den Bereich der Wiener-, Tiroler- und Kärntner GKK" der Auftraggeberinnen Kärntner Gebietskrankenkasse, Tiroler Gebietskrankenkasse und Wiener Gebietskrankenkasse

vertreten durch Kärntner Gebietskrankenkasse vertreten durch X*** Rechtsanwälte. Sie führte darin im Wesentlichen aus, dass sie sich am Vergabeverfahren beteiligt und für alle vier ausgeschriebenen Lose Angebote gelegt habe. Am 5. Mai 2009 sei ihr mit Telefax die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben worden. Diese stelle weder die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin noch die Merkmale und angeblichen Vorteile der erfolgreichen Angebote der beiden für die Firma B*** auftretenden Bieter C*** und D*** nachvollziehbar dar. Sie habe berechtigten Grund zur Annahme, dass die für den Zuschlag in Aussicht genommenen Angebote tatsächlich nur aufgrund einer systematischen, für Mitbewerber ruinösen Preiskalkulation der beiden erfolgreichen Bieter eine günstigere Bewertung erfahren hätten. Weiters seien die hohen Beurteilungsergebnisse für die Angebote der erfolgreichen Bieter und die vergleichsweise ungünstige Bewertung der Antragstellerin ganz offenbar auf eine mangelhafte Prüfung der Angebote und eine unrichtige Bewertung durch die Auftraggeberinnen zurückzuführen. Die Antragstellerin fühle sich aufgrund der getroffenen Zuschlagsentscheidung insbesondere in ihrem Recht auf ein ordentliches Verfahren nach den Grundsätzen des Vergabeverfahrens iSd Paragraph 19, BVergG 2006 verletzt, da im vorliegenden Fall die Grundsätze des fairen und lautereren Wettbewerbs unter Gleichbehandlung aller Bieter nicht eingehalten worden seien. Die Angebote der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerinnen seien entweder auszuschneiden oder deutlich schlechter zu bewerten gewesen. Es hätte eine vertiefte Angebotsprüfung stattfinden müssen. Eine Vergleichskalkulation der Antragstellerin habe ergeben, dass die Durchführung des Auftrags zu den angebotenen Preisen einen Verlust für den Anbieter B*** in der Höhe von Euro 250.000 ergebe. Dabei seien die Kosten für Ernährungspumpen zur Verabreichung der Sondennahrung in der Größenordnung zwischen Euro 20.000 und Euro 30.000 noch nicht berücksichtigt. Diese aggressive Vorgangsweise sei mit den Grundsätzen des lautereren Wettbewerbs nicht vereinbar. Die B*** verfüge nicht über die nötigen Kapazitäten, um den Auftrag zu erfüllen. Da die Bestbieterinnen auf die Produkte der B*** zurückgriffen, könnten sie im Bereich Sondennahrung in der Pädiatrie nicht sämtliche Produkte aus der Ausschreibung angeboten haben. Die B*** beschäftige zu wenige Mitarbeiter, um das Muss-Kriterium "Fachberatung" erfüllen zu können.

Mit Schriftsatz vom 18. Mai 2009 teilten die Auftraggeberinnen das Vertretungsverhältnis mit, gaben an, keinen Einwand gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu haben, und stellten die Erteilung der allgemeinen Auskünfte, die Aktenvorlage sowie eine inhaltliche Stellungnahme in Aussicht.

Am 19. Mai 2009 teilte die C***, in der Folge erstmitbeteiligte Partei genannt, mit, dass sie durch die Z*** Rechtsanwälte OG vertreten werde, ersuchte um Zustellung der Beilagen zum Nachprüfungsantrag, stellte die Erhebung begründeter Einwendungen in Aussicht und ersuchte, ihr Angebot von der Akteneinsicht durch andere Bieter auszunehmen.

Am 22. Mai 2009 erließ das Bundesvergabeamt zur Zahl N/0049-BVA/10/2009-EV16 eine einstweilige Verfügung. Darin setzte es die Zuschlagsentscheidung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens aus und untersagte den Auftraggeberinnen die Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens.

Am 27. Mai 2009 legten die Auftraggeberinnen die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor und nahmen zu dem Nachprüfungsantrag Stellung. Darin führten sie 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 gaben die Auftraggeberinnen an, dass die Preise der erst- und zweitmitbeteiligten Partei jeweils ca 40 % unter den recht nahe beieinander liegenden Preisen der übrigen Bieter gelegen seien. Die Antragstellerin habe in ihrem Angebot die Positionen K 2.1 in Los 3, K 6.15 in Los 4 Optionen, T 2.1 in Los 3, T 6.15 in Los 4 Optionen, W 2.1 in Los 1 und T 6.15 in Los 2 Optionen nicht angeboten. Ein "Nachreichen" von Preisen hätte zu einer Änderung des Gesamtpreises und damit zu einer Veränderung der Wettbewerbsstellung geführt. Dies stelle einen unbehebaren Mangel dar. Das Angebot sei gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden. Der Antragstellerin fehle die Antragslegitimation. Es lägen die Voraussetzungen für eine vertiefte Angebotsprüfung nicht vor, da die Auftraggeberinnen davon ausgegangen seien, dass die Preise im Bereich der Kärntner und der Tiroler Gebietskrankenkasse um 11 - 14 %, im Bereich der Wiener Gebietskrankenkasse um 21 - 24 % steigen würden.

Tatsächlich seien sie bei den billigsten Angeboten um 19 - 23 % im Bereich der Kärntner und der Tiroler Gebietskrankenkasse gestiegen. Die Steiermärkische Gebietskrankenkasse erhalte weit günstigere Preise. Es seien daher keine Zweifel an der betriebswirtschaftlichen Erklärbarkeit entstanden. Die Preise für Wien seien wohl wegen des höheren Logistikaufwandes um bis zu 27 % höher. Die Bestbieterin für den Bereich der Kärntner und der Tiroler Gebietskrankenkasse könne wahrscheinlich durch die Belieferung von Patienten mit anderen Produkten Synergieeffekte erzielen. Die Auftraggeberinnen könnten daher davon ausgehen, dass die angebotenen Preise angemessen seien. Die Leistungsfähigkeit sei durch die bisherigen Lieferungen gegeben. Der Vergleich von Marktanteilen könne keine Aussage über die Leistungsfähigkeit der erst- und zweitmitbeteiligten Partei treffen. Letztere hätten auch Produkte anderer Hersteller angeboten, die sie über die Großhandelslizenz der Subunternehmerin zukaufen könnten. Auch hätten sie die Höchstzahl an Fachberatern angeboten, die nicht nur aus fest angestellten Mitarbeitern, sondern zulässigerweise auch aus freien Mitarbeitern bestünden. Am 27. Mai 2009 legten die Auftraggeberinnen die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor und nahmen zu dem Nachprüfungsantrag Stellung. Darin führten sie 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 gaben die Auftraggeberinnen an, dass die Preise der erst- und zweitmitbeteiligten Partei jeweils ca 40 % unter den recht nahe beieinander liegenden Preisen der übrigen Bieter gelegen seien. Die Antragstellerin habe in ihrem Angebot die Positionen K 2.1 in Los 3, K 6.15 in Los 4 Optionen, T 2.1 in Los 3, T 6.15 in Los 4 Optionen, W 2.1 in Los 1 und T 6.15 in Los 2 Optionen nicht angeboten. Ein "Nachreichen" von Preisen hätte zu einer Änderung des Gesamtpreises und damit zu einer Veränderung der Wettbewerbsstellung geführt. Dies stelle einen unbehebaren Mangel dar. Das Angebot sei gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden. Der Antragstellerin fehle die Antragslegitimation. Es lägen die Voraussetzungen für eine vertiefte Angebotsprüfung nicht vor, da die Auftraggeberinnen davon ausgegangen seien, dass die Preise im Bereich der Kärntner und der Tiroler Gebietskrankenkasse um 11 - 14 %, im Bereich der Wiener Gebietskrankenkasse um 21 - 24 % steigen würden. Tatsächlich seien sie bei den billigsten Angeboten um 19 - 23 % im Bereich der Kärntner und der Tiroler Gebietskrankenkasse gestiegen. Die Steiermärkische Gebietskrankenkasse erhalte weit günstigere Preise. Es seien daher keine Zweifel an der betriebswirtschaftlichen Erklärbarkeit entstanden. Die Preise für Wien seien wohl wegen des höheren Logistikaufwandes um bis zu 27 % höher. Die Bestbieterin für den Bereich der Kärntner und der Tiroler Gebietskrankenkasse könne wahrscheinlich durch die Belieferung von Patienten mit anderen Produkten Synergieeffekte erzielen. Die Auftraggeberinnen könnten daher davon ausgehen, dass die angebotenen Preise angemessen seien. Die Leistungsfähigkeit sei durch die bisherigen Lieferungen gegeben. Der Vergleich von Marktanteilen könne keine Aussage über die Leistungsfähigkeit der erst- und zweitmitbeteiligten Partei treffen. Letztere hätten auch Produkte anderer Hersteller angeboten, die sie über die Großhandelslizenz der Subunternehmerin zukaufen könnten. Auch hätten sie die Höchstzahl an Fachberatern angeboten, die nicht nur aus fest angestellten Mitarbeitern, sondern zulässigerweise auch aus freien Mitarbeitern bestünden.

Am 28. Mai 2009 erhob die D*** vertreten durch W*** 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. Der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, weil er mangelhaft sei. Es fehlten Behauptung und Belegung des Interesses und Schadens sowie die Bezeichnung des Bestbieters. 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.

Am 29. Mai 2009 erhob die C*** vertreten durch Z*** 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. Der Antragstellerin

fehle die Antragslegitimation, da sie - wie bei der Angebotsöffnung hervorgekommen sei, die Position W 2.1 überhaupt nicht angeboten habe und ein derartiges Teilangebot nach Punkt 1.6 der Ausschreibungsunterlagen nicht zulässig sei. Die erstmitbeteiligte Partei habe selbst ein Angebot gelegt. Bieter sei nicht die "B***". 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 B*** nicht anbiete, auf dem Markt zukaufe. Es müssten nicht für jede Alterklasse unterschiedliche Produkte angeboten werden. Die angebotenen Produkte müssten für die jeweilige Altersklasse geeignet sein. Die erstmitbeteiligte Partei bediene sich für den Leistungsteil Fachberatung der Ressourcen des Subunternehmers, sodass ihr insgesamt 28 Fachpersonen zur Verfügung stünden. Daher beantragte sie die Zurück- bzw Abweisung des Nachprüfungsantrags.

Am 9. Juni 2009 nahm die Antragstellerin zu den begründeten Einwendungen der C*** und zur Stellungnahme der Auftraggeberinnen in getrennten, aber inhaltsgleichen Schriftsätzen Stellung. Sie führte darin im Wesentlichen aus, dass die C*** bei der Position 2.1 selbst ein Produkt anbiete, welches nicht den Spezifikationen aus der Ausschreibung entspreche, da nicht nur lösliche Ballaststoffe angeboten würden, sondern bloß ein Produkt mit anteilig löslichen Ballaststoffen. Gemäß Punkt 1.6. der Ausschreibung seien Teilangebote für die Lose 1 bis 4 ausdrücklich für zulässig erklärt worden. Bei der fehlenden Angabe der Position

2.1 handle es sich allerdings um keinen unbehebbarer Mangel. Die Wettbewerbsposition der Antragstellerin würde sich vielmehr durch ein nachträgliches Ausfüllen der Position 2.1 insofern verschlechtern, als dies den von der Antragstellerin angebotenen Gesamtpreis erhöhen würde. Aus den genannten Gründen sei die fehlende Angabe zu Position 2.1 als behebbarer Mangel zu qualifizieren, der nicht zu einem zwingenden Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin führe. Die Ausführungen über den behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden seien ausreichend. Bei der C*** und bei der D*** handle es sich um Vertragshändler der Firma B***, die großteils Produkte der Firma B*** im Rahmen dieser Ausschreibung anbieten und in sonstigen Fällen bei Bedarf Fremdprodukte unter Nutzung der Großhandelslizenz der Firma B*** zukaufen würden. Sie bediene sich bei dem wesentlichen Leistungsteil Fachberatung des Subunternehmers B***. Es habe keine vertiefte Angebotsprüfung und damit keine Erklärung der Preise der C*** stattgefunden. Die Angemessenheit und auch betriebswirtschaftlich Erklär- und Nachvollziehbarkeit könne letztendlich wohl nur ein im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens zu bestellender Sachverständiger beantworten. Die Angebote im Jahr 2005 seien bereits ungewöhnlich niedrig gewesen. Entscheidend für die Leistungsfähigkeit der C*** sei, dass sie in der vorgesehenen Zeit ausreichende Mengen der konkret in dieser Ausschreibung geforderten Produkte an die betreffenden Patienten liefern und die damit zusammenhängende Betreuung durch entsprechend geschultes Fachpersonal leisten könne. Die Altersdifferenzierung der Produkte könne bei Produkten, die nur ganz allgemein für Kinder von 1 bis 12 Jahren geeignet sind, nicht erreicht werden. Die Personen, die die Fachberatung für die C*** und die D*** durchführten, könnten unmöglich für beide Bieter voll gerechnet werden.

Am 9. Juni 2009 nahm die Antragstellerin zu den begründeten Einwendungen der D*** Stellung. Sie führte darin im Wesentlichen aus, dass der Nachprüfungsantrag ordnungsgemäß ausgeführt und sowohl der drohende Schaden als auch die in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger ordnungsgemäß bezeichnet seien. Der Antragstellerin komme Antragslegitimation zu. Die D*** sei bisher jeden Nachweis darüber schuldig geblieben, dass ihre Preise tatsächlich betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien und dass sie in diesem Fall auch einen Gewinn erwirtschaftete. Die Auftraggeberinnen hätten eine vertiefte Angebotsprüfung vornehmen müssen. Die Angebote im Jahr 2005 seien bereits ungewöhnlich niedrig gewesen. Die Personen, die die Fachberatung für die C*** und die D*** durchführten, könnten unmöglich für beide Bieter voll gerechnet werden. Die D*** erstatte kein Vorbringen zur Sache.

Am 15. Juni 2009 brachte die D*** erneut einen Schriftsatz ein. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin mangels Angabe des Schadens und der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger unzulässig sei. Die Antragstellerin habe die Positionen 2.1 und 6.15 in ihrem Angebot nicht angeboten. Dies sei jedoch aufgrund der Anfragenbeantwortung der Auftraggeberin vom 5.2.2009 unzulässig. Es

handle sich um einen unbehebbarer Mangel. Aus diesem Grund sei die Auftraggeberin auch nicht zur Durchführung eines Aufklärungsverfahrens gemäß § 126 BVergG 2006 verpflichtet gewesen. Der Antragstellerin fehle daher die Antragslegitimation. Auf das inhaltliche Vorbringen sei nicht einzugehen. Am 15. Juni 2009 brachte die D*** erneut einen Schriftsatz ein. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin mangels Angabe des Schadens und der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger unzulässig sei. Die Antragstellerin habe die Positionen 2.1 und 6.15 in ihrem Angebot nicht angeboten. Dies sei jedoch aufgrund der Anfragenbeantwortung der Auftraggeberin vom 5.2.2009 unzulässig. Es handle sich um einen unbehebbarer Mangel. Aus diesem Grund sei die Auftraggeberin auch nicht zur Durchführung eines Aufklärungsverfahrens gemäß Paragraph 126, BVergG 2006 verpflichtet gewesen. Der Antragstellerin fehle daher die Antragslegitimation. Auf das inhaltliche Vorbringen sei nicht einzugehen.

Die C*** nahm am 15. Juni 2009 Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass das Angebot der Antragstellerin wegen des Nichtanbietens einzelner Positionen auszuschneiden sei. Das Angebot der C*** sei kostendeckend kalkuliert worden. Für die C*** ergebe sich ein Gewinn. Sie verfüge über die notwendige Leistungsfähigkeit insbesondere hinsichtlich der elektronischen Abwicklung der Bestellung, des Gesamtumsatzes und der Logistik. Sie erbringe gleichartige Leistungen für die Steiermärkische Gebietskrankenkasse seit mehr als zehn Jahren. Die für Kinder angebotenen Produkte seien für die gefragten Altersklassen geeignet. Die im Angebot genannten Personen stünden der C*** uneingeschränkt zur Verfügung.

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/0051-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 ihr Angebot unvollständig sei, weil sie die Positionen K 2.1 in Los 3, K 6.15 in Los 4 Optionen, T 2.1 in Los 3, T 6.15 in Los 4 Optionen, W 2.1 in Los 1 und T 6.15 in Los 2 Optionen nicht angeboten habe. Dies könnte den Ausscheidensgrund des § 129 Abs 1 Z 7 BVergG erfüllen und zur Zurückweisung des Nachprüfungsantrags führen. Der Verhandlungsleiter fordert die A*** zur Stellungnahme unter diesem Aspekt auf. Herr E***, Mitarbeiter der A***, gab an, dass die genannten Produkte tatsächlich nicht angeboten worden seien. Die A*** habe Rücksprache mit dem Auftraggeber gehalten. Er habe die Auskunft falsch gefunden. Daher habe er das Produkt nicht angeboten. Herr F***, Mitarbeiter der Kärntner GKK, gab an, dass das Ergebnis des Vergabeverfahrens nach der Angebotsöffnung so klar gewesen sei, dass kein Angebot ausgeschieden worden sei. Herr G***, Leitung Homecare, Produktmanager Klinische Ernährung, B***, geboren am *. *** in **, wurde von der B*** als Zeuge stellig gemacht und vernommen. Er erteilte Auskünfte zu den Produkten der B***. H*** verwies darauf, dass den Antragstellerinnen keine Antragslegitimation zukomme. 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/0051-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 ihr Angebot unvollständig sei, weil sie die Positionen K 2.1 in Los 3, K 6.15 in Los 4 Optionen, T 2.1 in Los 3, T 6.15 in Los 4 Optionen, W 2.1 in Los 1 und T 6.15 in Los 2 Optionen nicht angeboten habe. Dies könnte den Ausscheidensgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG erfüllen und zur Zurückweisung des Nachprüfungsantrags führen. Der Verhandlungsleiter fordert die A*** zur Stellungnahme unter diesem Aspekt auf. Herr E***, Mitarbeiter der A***, gab an, dass die genannten Produkte tatsächlich nicht angeboten worden seien. Die A*** habe Rücksprache mit dem Auftraggeber gehalten. Er habe die Auskunft falsch gefunden. Daher habe er das Produkt nicht angeboten. Herr F***, Mitarbeiter der Kärntner GKK, gab an, dass das Ergebnis des Vergabeverfahrens nach der Angebotsöffnung so klar gewesen sei, dass kein Angebot ausgeschieden worden sei. Herr G***, Leitung Homecare, Produktmanager Klinische Ernährung, B***, geboren am *. *** in **, wurde von der B*** als Zeuge stellig gemacht und vernommen. Er erteilte Auskünfte zu den Produkten der B***. H*** verwies darauf, dass den Antragstellerinnen keine Antragslegitimation zukomme.

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. 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, 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. 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)

Punkt 1.6 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen lautet:

"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."

(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 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 vorgereihte 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)

Am 3. April 2009 fand die Angebotsöffnung statt. Es wurden Angebote von fünf Bietern geöffnet. Im Zuge der Angebotsprüfung wurde kein Angebot ausgeschieden. Am 5. Mai 2009 gaben die Auftraggeberinnen allen Bietern die Zuschlagsentscheidung per Telefax bekannt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die A*** bot alle Lose an. Los 1 hatte einen Angebotspreis von Euro 1.256.048,82 ohne USt, Los 2 einen von Euro 172.105,13 ohne USt, Los 3 einen von Euro 1.387.699,56 ohne USt und Los 4 einen von Euro 79.384,80 ohne USt. Sie bot eine Lieferzeit von 24 Stunden und 15 Berater an. Sie machte keine Subunternehmer namhaft. Sie verwies auf bestehende Lieferungen als Referenzen. Im Leistungsverzeichnis bot sie in den Positionen K 2.1 in Los 3, K 6.15 in Los 4 Optionen, T 2.1 in Los 3, T 6.15 in Los 4 Optionen, W 2.1 in Los 1 und T 6.15 in Los 2 Optionen weder ein Produkt noch einen Preis an. (Unterlagen des Vergabeverfahrens; Stellungnahmen der Auftraggeberinnen; Aussage von Herrn E*** in der mündlichen Verhandlung)

In der Beantwortung der 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. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Auftraggeberinnen schieden kein Angebot aus. Die Zuschlagsentscheidung wurde allen Bietern am 5. Mai 2009 per Telefax bekannt gegeben. Darin wurde die C*** als in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin für die Lose 1 und 2 und die D*** als in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin für die Lose 3 und 4 bekannt gegeben. Die Angebote hatten jeweils die Gewichtung 100 %.

Das Angebot der Antragstellerin wurde wie folgt bewertet: Los 1:

73,29 %, Los 2: 83,71 %, Los 3: 64,34 %, Los 4: 88,03%. Das Ende der Stillhaltefrist wurde mit 19. Mai 2009 angegeben. Die Auftraggeberinnen gaben die jeweiligen Gesamtpreise der für den Zuschlag in den jeweiligen Losen vorgesehenen Angebote bekannt. Weiters findet sich in der Bekanntgabe 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. Sie sind nach ständiger Rechtsprechung öffentliche Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (VfGH 28.2.2000, B 2184/98; VfGH 25.3.2002, B 457/02; VfGH 10.1.2003, B 14/03; VfGH 7.11.2005, 2003/04/0109; VfGH 21.12.2005, 2003/04/0048; VfGH 27.6.2007, 2005/04/0111; BVA 3.6.2005, 17N-50/05-15; BVA 25.4.2006, N/0013-BVA/08/2006-73; BVA 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. 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 Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (VfGH 28.2.2000, B 2184/98; VfGH 25.3.2002, B 457/02; VfGH 10.1.2003, B 14/03; VfGH 7.11.2005, 2003/04/0109; VfGH 21.12.2005, 2003/04/0048; VfGH 27.6.2007, 2005/04/0111; BVA 3.6.2005, 17N-50/05-15; BVA 25.4.2006, N/0013-BVA/08/2006-73; BVA 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

Bundesvergabebeamtes 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/0051-BVA/10/2009 zur gemeinsamen Verhandlung verbunden, da es sich um die Nachprüfung der selben Zuschlagsentscheidung handelt und die Antragsteller wechselseitig Parteistellung genießen. Da sich jedoch die gegenständliche 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/0051-BVA/10/2009 zur gemeinsamen Verhandlung verbunden, da es sich um die Nachprüfung der selben Zuschlagsentscheidung handelt und die Antragsteller wechselseitig Parteistellung genießen. Da sich jedoch die gegenständliche 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 relevante Bestimmung des BVergG lautet:

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) [...]

(3) Angebote müssen sich auf die ausgeschriebene Gesamtleistung beziehen, es sei denn, dass in der Ausschreibung die Möglichkeit von Teilangeboten vorgesehen wurde. Ein gemäß der Ausschreibung unzulässiges Teilangebot ist mit einem unbehebbarer Mangel behaftet. [...]

Form der Angebote

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

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

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. 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) [...]

Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Vertragsabschluss durch die Teilnahme am Vergabeverfahren, die Nachprüfung der Ausschreibung im Verfahren vor dem Bundesvergabeamt zu N/0006-BVA/10/2009 und die Legung eines Angebotes hinlänglich glaubhaft gemacht. Die Antragsgegner bringen jedoch vor, dass die Antragstellerin keinen drohenden Schaden geltend gemacht und die in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger nicht bezeichnet hat. Dazu ist festzuhalten, dass sich zusammen mit den Beilagen zum Nachprüfungsantrag ergibt, dass der Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns als drohend angenommen wurde und sich die Zuschlagsempfänger aus der dem Antrag beigelegten Kopie der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung ergeben. Schließlich ist festzuhalten, dass die übrigen formalen Antragsvoraussetzungen nach § 322 Abs 1 BVergG vorliegen und kein Grund für die Unzulässigkeit des Antrags gemäß § 322 Abs 2 BVergG festgestellt werden konnte. Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Vertragsabschluss durch die Teilnahme am Vergabeverfahren, die Nachprüfung der Ausschreibung im Verfahren vor dem Bundesvergabeamt zu N/0006-BVA/10/2009 und die Legung eines Angebotes hinlänglich glaubhaft gemacht. Die Antragsgegner bringen jedoch vor, dass die Antragstellerin keinen drohenden Schaden geltend gemacht und die in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger nicht bezeichnet hat. Dazu ist festzuhalten, dass sich zusammen mit den Beilagen zum Nachprüfungsantrag ergibt, dass der Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns als drohend angenommen wurde und sich die Zuschlagsempfänger aus der dem Antrag beigelegten Kopie der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung ergeben. Schließlich ist festzuhalten, dass die übrigen formalen Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 322, Absatz eins, BVergG vorliegen und kein Grund für die Unzulässigkeit des Antrags gemäß Paragraph 322, Absatz 2, BVergG festgestellt werden konnte.

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; BVA 24.11.2008, N/0143-BVA/05/2008-18; BVA 28.11.2008, N/0131-BVA/12/2008-29; BVA 22.12.2008, N/0147-BVA/10/2008-39).

Die Antragstellerin bot die Positionen K 2.1 in Los 3, K 6.15 in Los 4 Optionen, T 2.1 in Los 3, T 6.15 in Los 4 Optionen, W 2.1 in Los 1 und T 6.15 in Los 2 Optionen unstrittig nicht an. Sie gab an der dafür vorgesehenen Stelle im Leistungsverzeichnis weder ein Produkt noch einen Preis an. Die genannten Positionen betreffen alle Lose der Ausschreibung, somit das gesamte Angebot.

Punkt 1.6. der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen der Ausschreibungsunterlagen erlaubt zwar die losweise Angebotsstellung nach den an dieser Stelle vorgegebene Losen. Punkt 1.9 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen der Ausschreibungsunterlagen verlangt jedoch, dass die Angebote vollständig sein müssen. Dies wurde mit der Beantwortung von Bewerberanfragen vom 5. Februar 2009 verdeutlicht. Vollständig bedeutet daher, dass in jedem angebotenen Los alle Positionen ausgefüllt sein müssen.

Wenn nun die Antragstellerin vorbringt, dass sie aufgrund einer Beantwortung einer Bewerberanfrage, die ihr nicht nachvollziehbar war, die genannten Positionen nicht angeboten hat, kann dies die Unvollständigkeit des Angebots nicht beseitigen. Sie hat nicht alle von den Auftraggeberinnen verlangten Produkte angeboten und damit zum Ausdruck gebracht, dass sie nicht den gesamten Bedarf der Auftraggeberinnen deckt. Damit verstößt das Angebot

gegen § 107 Abs 2 BVerG. Im Sinne des Vorbringens des Vertreters der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung kann es auch als unzulässiges Teilangebot iSd § 106 Abs 3 BVerG gewertet werden, da er die Erklärung der Auftraggeberinnen als nicht nachvollziehbar bewertet und sich entschlossen hat, gerade nicht alle verlangten Produkte anzubieten. Das Angebot ist daher bewusst unvollständig gelassen worden. Aufgrund der Festlegung des § 106 Abs 3 BVerG ist dieser Mangel unbehebbar. Daran kann auch der im Schriftsatz vom 9. Juni 2009 enthaltene Verweis auf die zitierte Rechtsprechung (VKS Wien 15.3.2007, VKS-402/07) nichts ändern, zumal der Entscheidung ein derart anderer Sachverhalt zugrundelag, dass die Bieterin zwar die im Leistungsverzeichnis fehlende Seite ihrem Angebot nicht beigelegt hatte, die auf dieser Seite enthaltenen Preise jedoch in der Gesamtangebotssumme enthalten waren. Dies ist gegenständlich nicht der Fall. Wenn nun die Antragstellerin vorbringt, dass sie aufgrund einer Beantwortung einer Bewerberanfrage, die ihr nicht nachvollziehbar war, die genannten Positionen nicht angeboten hat, kann dies die Unvollständigkeit des Angebots nicht beseitigen. Sie hat nicht alle von den Auftraggeberinnen verlangten Produkte angeboten und damit zum Ausdruck gebracht, dass sie nicht den gesamten Bedarf der Auftraggeberinnen deckt. Damit verstößt das Angebot gegen Paragraph 107, Absatz 2, BVerG. Im Sinne des Vorbringens des Vertreters der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung kann es auch als unzulässiges Teilangebot iSd Paragraph 106, Absatz 3, BVerG gewertet werden, da er die Erklärung der Auftraggeberinnen als nicht nachvollziehbar bewertet und sich entschlossen hat, gerade nicht alle verlangten Produkte anzubieten. Das Angebot ist daher bewusst unvollständig gelassen worden. Aufgrund der Festlegung des Paragraph 106, Absatz 3, BVerG ist dieser Mangel unbehebbar. Daran kann auch der im Schriftsatz vom 9. Juni 2009 enthaltene Verweis auf die zitierte Rechtsprechung (VKS Wien 15.3.2007, VKS-402/07) nichts ändern, zumal der Entscheidung ein derart anderer Sachverhalt zugrundelag, dass die Bieterin zwar die im Leistungsverzeichnis fehlende Seite ihrem Angebot nicht beigelegt hatte, die auf dieser Seite enthaltenen Preise jedoch in der Gesamtangebotssumme enthalten waren. Dies ist gegenständlich nicht der Fall.

Das Verbessern eines Angebotes durch Anbieten ursprünglich nicht angebotener Produkte verändert jedenfalls den Gesamtpreis und damit die Wettbewerbsstellung und ist daher unzulässig (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186). Das Angebot erfüllt den Ausscheidensgrund des § 129 Abs 1 Z 7 BVerG (Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVerG² § 129 Rz 88). Das Verbessern eines Angebotes durch Anbieten ursprünglich nicht angebotener Produkte verändert jedenfalls den Gesamtpreis und damit die Wettbewerbsstellung und ist daher unzulässig (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186). Das Angebot erfüllt den Ausscheidensgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVerG (Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVerG² Paragraph 129, Rz 88).

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). Ihm kommt deshalb hinsichtlich der Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung keine Antragslegitimation zu (zB VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095; 12.9.2007, 2005/04/0181; 3.1.2005, 2003/04/0039; 27.2.2002, 2000/04/0050; 25.6.2003, 2001/04/0202; 16.2.2005, 2004/04/0030).

Dieser Ausscheidensgrund wurde der Antragstellerin entsprechend der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200) vorgehalten. Ich wurde Gelegenheit gegeben, dazu Stellung zu nehmen und sich zu verteidigen. Die in den Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung gegebene Rechtfertigung ist im Bescheid oben wiedergegeben und in der obigen Würdigung berücksichtigt.

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

3.3 Ersatz der Pauschalgebühr

Die einschlägigen Bestimmungen des BVerG 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; 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