

TE Verg Bescheid 2006/2/2 07N-126/05-60

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 02.02.2006

Norm

BVergG 2002 §21 Abs1

BVErgG 2002 §52 Abs5 Z1

BVergG 2002 §177 Abs5

Medizinproduktegesetz §2

GewO Novelle 2002 §94 Z33

AVG §74 Abs2

1. MPG § 2 gültig von 21.03.2010 bis 25.05.2022 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 122/2021

1. AVG § 74 heute

2. AVG § 74 gültig ab 01.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008

3. AVG § 74 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, und Dr. Josef Bosina als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Heinz Marschalek als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 BVergG 2002 (BVergG), BGBl. I Nr. 99/2002 betreffend das Vergabeverfahren "Enterale Nahrungsmittel, Sonden- und Trinknahrung" der Auftraggeber 1. Kärntner Gebietskrankenkasse, Kempfstraße 8, 9021 Klagenfurt, 2. Tiroler Gebietskrankenkasse, Klara-Pölt-Weg 2, 6021 Innsbruck, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 9.12.2005, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, und Dr. Josef Bosina als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Heinz Marschalek als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, BVergG 2002 (BVergG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002, betreffend das Vergabeverfahren "Enterale Nahrungsmittel, Sonden- und Trinknahrung" der Auftraggeber 1. Kärntner Gebietskrankenkasse, Kempfstraße 8, 9021 Klagenfurt, 2. Tiroler Gebietskrankenkasse, Klara-Pölt-Weg 2, 6021 Innsbruck, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 9.12.2005, wie folgt entschieden:

Spruch

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag der A***, vertreten durch Y***, "das Bundesvergabeamt möge die der Antragstellerin am 28.11.2005 mitgeteilte Entscheidung der Auftraggeber, dem Angebot der B*** den Zuschlag erteilen zu wollen, für nichtig

erklären", wird zurückgewiesen.

2. 2.Ziffer 2

Der Antrag der A***, vertreten durch Y***, "das Bundesvergabeamt möge den Auftraggebern auftragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag zu Händen ihrer Rechtsvertreter binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu bezahlen", wird abgewiesen.

Begründung

Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 23.9.2005 unter 2005/S 184-181728 veröffentlicht. Laut den Ausschreibungsunterlagen soll die Vergabe der gegenständlichen Lieferung im offenen Verfahren für den Oberschwellenbereich erfolgen, die Dauer der Liefervereinbarung jedenfalls zwei Jahre betragen und zwar vom 01.01.2006 bis 31.12.2007. Sollte der Vertrag nicht schriftlich drei Monate vor Ablauf der Vertragsdauer gekündigt werden, so verlängert sich die Vertragsdauer jeweils um ein weiteres Jahr. Für die Vergabe wurde das Bestbieterprinzip festgelegt. Teilangebote wurden nicht zugelassen, Alternativangebote nur neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot für zulässig erklärt und waren als solche zu kennzeichnen. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde der 16.11.2005, 10:00 Uhr, fixiert. Insgesamt haben vier Bieter Angebote gelegt. Laut Bewertungsverfahren zur Ermittlung des Bestbieters wurde sowohl bei "Preis ohne Einhebung der Rezeptgebühr" als auch bei der "Variante: Preis mit Einhebung der Rezeptgebühr" das Angebot der B*** an erster Stelle, das Angebot der C*** an zweiter Stelle, jenes der teilnahmeantragstellenden Bietergemeinschaft an dritter Stelle und jenes der Antragstellerin an vierter Stelle gereiht. Bei den Zuschlagskriterien "Logistik" und "Fachberatung" haben alle Angebote die Höchstpunktezahl erhalten.

In den Ausschreibungsunterlagen ist Folgendes festgehalten:

1. "1.Ziffer eins

Gegenstand der Ausschreibung

Gegenstand der Ausschreibung bildet die Direktbelieferung von enteralen Nahrungsmittel und Zubehör an Versicherte und Angehörige der Tiroler Gebietskrankenkasse und der Kärntner Gebietskrankenkasse.

[...]

1. 11.Ziffer 11

Nachweise

[...]

Zum Nachweis der Befugnis sowie der beruflichen Zuverlässigkeit haben die Bieter dem Angebot beizulegen:

- -Strichaufzählung
Nachweis der erforderlichen Gewerbeberechtigung(en).
- -Strichaufzählung
Letztgültiger Kontoauszug der zuständigen Sozialversicherungsanstalt und letztgültige Lastschriftanzeige der zuständigen Finanzbehörde oder gleichwertige Dokumente des Herkunftslandes des Unternehmers.
- -Strichaufzählung
Referenzliste der letzten drei Jahre über Lieferungen die den Gegenstand dieser Ausschreibung betreffen.

(Zuschlagskriterium)

- Anzahl der Mitarbeiter, welche für den gegenständlichen Auftrag zur Verfügung stehen würden.

[...]

1. 17.Ziffer 17

Beschreibung der Leistung - Leistungsverzeichnis

1. a)Litera a

Heilnahrung: Sonden- und Trinknahrung in den Kategorien:

Standard, Energiereich, Ballaststoffreich, Diabetes, Eiweißreich MCT (bei Resorptionsstörungen)

Sonden- und Trinknahrungen müssen zur alleinigen Ernährung definierter Personengruppen geeignet sein.

1. b)Litera b

Zubehör: Schwerkraftüberleitungsgeräte, Pumpenüberleitungsgeräte, Überleitgeräte für mobile Pumpen,

Sondenspritzen

Die Art und voraussichtliche Menge der benötigten Produkte ist auf dem beiliegenden Preisblatt ersichtlich. Die angebotenen Sonden- und Trinknahrungen müssen bilanziert und nährstoffdefiniert sein, dem Lebensmittelgesetz 1975 in der letztgültigen Fassung und den dazu ergangenen Verordnungen, insbesondere der Verordnung über diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke, sowie den Empfehlungen der österreichischen Arbeitsgemeinschaft für klinische Ernährung entsprechen.

Gebrauchsinformation und Beschriftung der Verpackung müssen in deutscher Sprache gehalten sein. Für jede angebotene Position bzw. Artikel ist für die Zusammensetzung je 100 ml, die Nährstoffrelation, die Nährstoffträger, die Kontraindikation und die Dosierung schriftlich beizulegen.

zu Pos. T1 - T7

Sonden- und Trinknahrungen müssen zur alleinigen Ernährung definierter Personengruppen geeignet sein.

Verpackung in Flaschen zu 500 ml

zu Pos. T8

Sonden- und Trinknahrungen müssen zur alleinigen Ernährung definierter Personengruppen geeignet sein.

Verpackung in Flaschen zu 200 ml

zu Pos. K1 - K5

Sonden- und Trinknahrungen müssen zur alleinigen Ernährung definierter Personengruppen geeignet sein.

Verpackung in Flaschen zu 500 ml

zu Pos. K6

Sonden- und Trinknahrungen müssen zur alleinigen Ernährung definierter Personengruppen geeignet sein.

Verpackung in Flaschen zu 200 ml

zu Pos. K7

Bilanzierte Trinknahrung für Patienten, die mit oraler Nahrungsaufnahme den Nährstoffbedarf nicht decken können. Verpackung in Tetrapack zu 200 ml

Ernährungspumpe:

Im Bedarfsfall und auf Anforderung des Auftraggebers muss eine Ernährungspumpe bzw. mobile Ernährungspumpe kostenlos zur Verfügung gestellt werden.

Ersatzzeile für PEG - Sonden:

Ersatzteile bzw. Reparatursets für PEG - Sonden müssen bei Bedarf und auf Anforderung des Auftraggebers kostenlos zur Verfügung gestellt werden.

Um einen problemlosen Übergang zu gewährleisten, ist ab Vertragsbeginn für jene Patienten, die noch mit Produkten anderer Firmen versorgt werden, als Übergangslösung ein universell einsetzbares Überleitsystem, das mit allen gängigen Produkten kompatibel ist, im Bedarfsfall und auf Anforderung des Auftraggebers kostenlos zur Verfügung zu stellen.

[...]

1. 25.Ziffer 25

Logistik (Zuschlagskriterium)

Aufgrund des Umfanges der Lieferungen ist ein fundiertes, kapazitätsmäßig ausreichendes und funktionierendes Logistikmodell erforderlich. Um eine termingerechte Zustellung zu gewährleisten sollte das Lager und somit die

Auslieferung vor Ort erfolgen."

Tiroler Gebietskrankenkasse

Wie würde eine Zustellung erfolgen: Fremdfirma:

Anzahl der Transportmittel:

Type(n):*

Transportkapazität je Transport: ...m3

Referenzen:

Eigentransport:

Anzahl der Transportmittel:

Type(n):*

Transportkapazität je Transport: ...m3

Referenzen:

*) unter Typen ist anzugeben - PKW (?) Kleinlaster (?) LKW (?)

usw.

Kärntner Gebietskrankenkasse

[...]

1. 27.Ziffer 27

Fachberatung (Zuschlagskriterium)

[...]

Geben Sie uns im Zusammenhang mit Ihren ausgebildeten Fachkräften, folgende Informationen bekannt, gegebenenfalls getrennt nach Tiroler und Kärntner Gebietskrankenkasse:

Ausbildung (Art, Dauer, Praxiserfahrung etc) (...) Reaktionszeiten bei Auftreten von Problemen (...) Diätassistentin (Ausbildung: Dauer, Praxiserfahrung etc)(...)

[...]

1. 40.Ziffer 40

Bewertungsverfahren zur Ermittlung des Bestbieters

Das angewandte Verfahren zur Ermittlung des Bestbieters ist in Form eines Scoring-Modells aufgebaut:

Zuschlags- Gewichtungs- -Beurteilung+ Beurteilungs-

kriterien faktoren 1 2 3 4 5 6 7 resultat (2x3)

1 2 3 4

Preis 70

Logistik 20

Fachberatung 10

100 Punkte

Preis:

Die Beurteilung des geprüften Angebotspreises erfolgt so dass dem billigsten, aber noch zu berücksichtigenden Angebot die höchste Punktezahl (7) gegeben wird. Die Beurteilung der anderen Angebote erfolgt aufgrund des proportionalen Verhältnisses der jeweiligen Kosten.

Die Multiplikation des Gewichtungsfaktors (70) mit dem Beurteilungswert ergibt das Beurteilungsergebnis für den Preis.

Logistik:

Die Bewertung der Logistik erfolgt aufgrund der Art der Zustellung, Fremdzustellung/Eigenzustellung in Verbindung mit dem zur Verfügung stehenden Fuhrpark, einschließlich der Lieferzeiten. Die Multiplikation des Gewichtungsfaktors (20) mit dem Beurteilungswert ergibt das Beurteilungsergebnis für die Logistik.

Fachberatung:

Die Multiplikation des Gewichtungsfaktors (10) mit dem Beurteilungswert ergibt das Beurteilungsergebnis für die Fachberatung. Die Beurteilung erfolgt nach den Kriterien, enterales Fachkraft je Bundesland und Diätassistentin.

Zur Ermittlung des Bestbieters werden die nach den vorstehenden Kriterien gewichteten und für das gesamte Angebot summierten Positionsbewertungen herangezogen, wobei auch ein allfälliger Nachlass Berücksichtigung findet.

[...]"

Aufgrund von Bieteranfragen wurde allen Bietern, der Antragsteller mit Fax vom 9.11.05 übermittelt, ua. Folgendes mitgeteilt:

"[...

Frage 2 und 3:

Am Punkt 26. Lieferzeiten werden 3 Auswahlmöglichkeiten zur Verfügung gestellt. Wir bitten um Auskunft über die exakte Beurteilung dieses Punktes 26, da unser Unternehmen alle 3 Anforderungen erfüllen kann und aus dem Punkt 40.

Bewertungsverfahren zur Ermittlung des Bestbieters nicht ersichtlich ist wie sich die Beurteilung bei der Auswahl mehrerer Zustellzeiten im Punkt 26. Lieferzeiten auswirkt.

Beim Punkt 25. Logistik wird die Transportkapazität je Transport in m3 und die Anzahl der Transportmittel erfragt. Unsere Frage diesbezüglich lautet, ob in diesem Zusammenhang nur quantitative Kriterien (Anzahl Fahrzeuge und Ladevolumen - Großabnehmer - Palettentransport) zur Bewertung herangezogen werden oder ob hier eher qualitative Kriterien (Fahrzeugtype und Zustellung an schwer zugängliche Plätze) relevant sind.

Antwort:

Die Lieferzeiten werden in Verbindung mit der nachweislichen Kapazität der Zustellmöglichkeit mit dem angeführten Punktesystem beurteilt.

Z.B. gibt es für 24 Stunden Lieferung die höchste Punktezahl mit 7 Punkten, welche jedoch von der Kapazität der Zustellung beeinflusst wird. Bei ausschließlicher LKW-Zustellungsmöglichkeit ist natürlich die Zustellung an exponierten Versichertenadressen negativ beeinflusst. Dies würde in der Berechnung zu einer Minderung der in Verbindung mit der 24 Stunden Lieferung zu vergebenden 7 Punkte führen. Grundsätzlich ist jedoch nur gefordert, dass neben einer kurzfristigen Lieferung auch der Nachweis erbracht wird, dass die Zustellung egal ob Fremd - oder Eigenzustellung nachweislich erbracht werden können.

[...]"

Mit Schriftsatz vom 9.12.2005, begehrte die Antragstellerin ua. die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Die Antragstellerin brachte in ihren Schriftsätzen vom 9.12.2005, 5.1.2006 sowie 20.1.2006 dazu im Wesentlichen vor, dass in der EUweiten Bekanntmachung lediglich die Kärntner Gebietskrankenkasse als Auftraggeber angeführt werde; dagegen werde in der Ausschreibungsunterlage unter Punkt 2 sowohl die Kärntner als auch die Tiroler Gebietskrankenkasse als Auftraggeber bezeichnet.

Die Antragstellerin habe fristgerecht ein ausschreibungskonformes Hauptangebot abgegeben. Mit Telefax vom 28.11.2005 sei sie verständigt worden, dass beabsichtigt sei, der B*** den Zuschlag zu erteilen. Mit Schreiben vom 30.11.2005 habe die Antragstellerin die vergebende Stelle aufgefordert, ihr die Gründe für die Nichtberücksichtigung des Angebotes sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben. Mit Telefax vom 1.12.2005 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass die Bewertung nach dem Bestbieterprinzip erfolge, wobei die Variante "mit Einhebung der Rezeptgebühr" herangezogen worden sei. Die B*** habe im Bewertungsverfahren die höchste Punktezahl erreicht. Die Vergabesumme der "Variante" betrage Euro 656.311,86 netto. Weiters sei in dem Schreiben ausgeführt, dass sowohl das Angebot des präsumtiven Bestbieters als auch jenes der Antragstellerin den in der Ausschreibung geforderten Bedingungen entsprächen.

Inhaltlich führte die Antragstellerin aus, dass die mit Telefax vom 28.11.2005 bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig sei:

Nach Punkt 17 der Ausschreibungsunterlage müssten alle Sonden- und Trinknahrungen zur alleinigen Ernährung geeignet sein. Der Marktkennntnis der Antragstellerin zu Folge entsprächen weder das Angebot des präsumtiven Bestbieters noch die Angebote der übrigen Mitbieter diesen Voraussetzungen. Da die von der präsumtiven Bestbieterin und den anderen Mitbietern angebotenen Sonden- und Trinknahrungen nicht in allen Positionen zur

alleinigen Ernährung geeignet seien, insbesondere nicht in Position K7, wären deren Angebote wegen Widerspruchs zu den Ausschreibungsbestimmungen zwingend auszuschneiden gewesen. In Punkt 17 lit a) werde unzweifelhaft festgehalten, dass die ausschreibungsgegenständlichen Sonden- und Trinknahrungen generell zur alleinigen Ernährung definierter Personengruppen geeignet sein müssen. Aus diesem Wortlaut folge, dass es sich um eine verbindliche Anforderung an sämtliche in Punkt 17 der Ausschreibungsunterlage geforderten Punkte handle. Das Rezeptzeichen für Produkte, die zur alleinigen Ernährung geeignet sind, laute (gemäß Heilmittelverzeichnis des Österreichischen Apothekerverlages und Heilnahrungskatalog des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger) "SH" [sonstige Heilnahrung]. Trinknahrung, die nicht zur alleinigen Ernährung geeignet ist, werde dem gegenüber unter dem Rezeptzeichen "DL" (diätetische Lebensmittel) klassifiziert. Solche Produkte entsprächen daher nicht der Anforderung gemäß Punkt 17 lit. a) der Ausschreibungsunterlage. Darüber hinaus fordere auch Position K7 ausdrücklich "bilanzierte" Trinknahrung. Diese Bezeichnung bedeute, dass diese Trinknahrung zur alleinigen Ernährung geeignet sein müsse. Deshalb werde "bilanzierte" Trinknahrung auch mit dem Rezeptzeichen "SH" gekennzeichnet. Dies entspräche auch dem Verständnis des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger, wonach laut dessen Heilnahrungskatalog eine bilanzierte Trinknahrung als (sonstiges) Heilmittel bzw. Heilnahrung zu qualifizieren sei (Rezeptzeichen "SH"). Dementsprechend habe die Antragstellerin in der Position K7 mit "D***" ein Produkt angeboten, das zur ausschließlichen Ernährung geeignet sei. In der Produktbeschreibung zu "D***" werde daher ausdrücklich festgehalten, dass es zur ausschließlichen Ernährung geeignet sei (bilanzierte Diät). Auch sei das Produkt "D***" im Warenverzeichnis des österreichischen Apothekerverlages mit dem Rezeptzeichen "SH" gekennzeichnet. Nach Punkt 17 der Ausschreibungsunterlage müssten alle Sonden- und Trinknahrungen zur alleinigen Ernährung geeignet sein. Der Marktkennntnis der Antragstellerin zu Folge entsprächen weder das Angebot des präsumtiven Bestbieters noch die Angebote der übrigen Mitbieter diesen Voraussetzungen. Da die von der präsumtiven Bestbieterin und den anderen Mitbietern angebotenen Sonden- und Trinknahrungen nicht in allen Positionen zur alleinigen Ernährung geeignet seien, insbesondere nicht in Position K7, wären deren Angebote wegen Widerspruchs zu den Ausschreibungsbestimmungen zwingend auszuschneiden gewesen. In Punkt 17 Litera a,) werde unzweifelhaft festgehalten, dass die ausschreibungsgegenständlichen Sonden- und Trinknahrungen generell zur alleinigen Ernährung definierter Personengruppen geeignet sein müssen. Aus diesem Wortlaut folge, dass es sich um eine verbindliche Anforderung an sämtliche in Punkt 17 der Ausschreibungsunterlage geforderten Punkte handle. Das Rezeptzeichen für Produkte, die zur alleinigen Ernährung geeignet sind, laute (gemäß Heilmittelverzeichnis des Österreichischen Apothekerverlages und Heilnahrungskatalog des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger) "SH" [sonstige Heilnahrung]. Trinknahrung, die nicht zur alleinigen Ernährung geeignet ist, werde dem gegenüber unter dem Rezeptzeichen "DL" (diätetische Lebensmittel) klassifiziert. Solche Produkte entsprächen daher nicht der Anforderung gemäß Punkt 17 Litera a,) der Ausschreibungsunterlage. Darüber hinaus fordere auch Position K7 ausdrücklich "bilanzierte" Trinknahrung. Diese Bezeichnung bedeute, dass diese Trinknahrung zur alleinigen Ernährung geeignet sein müsse. Deshalb werde "bilanzierte" Trinknahrung auch mit dem Rezeptzeichen "SH" gekennzeichnet. Dies entspräche auch dem Verständnis des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger, wonach laut dessen Heilnahrungskatalog eine bilanzierte Trinknahrung als (sonstiges) Heilmittel bzw. Heilnahrung zu qualifizieren sei (Rezeptzeichen "SH"). Dementsprechend habe die Antragstellerin in der Position K7 mit "D***" ein Produkt angeboten, das zur ausschließlichen Ernährung geeignet sei. In der Produktbeschreibung zu "D***" werde daher ausdrücklich festgehalten, dass es zur ausschließlichen Ernährung geeignet sei (bilanzierte Diät). Auch sei das Produkt "D***" im Warenverzeichnis des österreichischen Apothekerverlages mit dem Rezeptzeichen "SH" gekennzeichnet.

Weiters verunmöglichten die verwendeten Zuschlagskriterien mangels Konkretisierung, Transparenz und Gewichtung eine nachvollziehbare Bewertung. Die Zuschlagsentscheidung sei daher für nichtig zu erklären, die Ausschreibung zu widerrufen. So ließe das Zuschlagskriterium "Logistik" nicht erkennen, auf welche Anforderungen es den Auftraggebern ankomme. Nach Punkt 40 der Ausschreibungsunterlage erfolge die Bewertung dieses Kriteriums "auf Grund der Art der Zustellung, Fremdzustellung/Eigenzustellung, in Verbindung mit dem zur Verfügung stehenden Fuhrpark, einschließlich der Lieferzeiten". Dazu seien in Punkt 25 der Ausschreibungsunterlage von den Bietern Angaben zur Zustellung (Fremdfirma/Eigenfirma, Anzahl der Transportmittel, Type, Referenzen etc.) gefordert. Die Auftraggeber hätten somit zum Hauptkriterium "Logistik" zwar Subkriterien bekannt gegeben, diese seien jedoch nicht hinreichend bestimmt. Es sei beispielsweise nicht klar, ob vom Auftraggeber Fremdzustellung oder Eigenzustellung gewünscht werde und was beispielsweise beim Subkriterium Fuhrpark bewertet werde. Es sei überhaupt nicht klar,

was positiv oder negativ bewertet werde. Darüber hinaus hätten es die Auftraggeber unterlassen, die Reihung und Gewichtung der Subkriterien festzulegen und bekannt zu machen. Die unter Punkt 11 der Ausschreibungsunterlage geforderte Referenzliste solle offenbar sowohl für den Nachweis der Befugnis und beruflichen Zuverlässigkeit als auch für das Zuschlagskriterium "Logistik" von den Auftraggebern herangezogen werden. Eine Doppelverwertung von Referenzen bei der Bestbieterermittlung und Eignungsprüfung sei allerdings unzulässig. Weiters werde dadurch gegen das vergaberechtliche Erfordernis zur Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien verstoßen. Darüber hinaus sei unklar, mit welcher Gewichtung dieses Kriterium in die Bestbieterermittlung eingehe und wie es konkret bewertet werde.

Auch das Zuschlagskriterium "Fachberatung" sei völlig vage und eröffne dem Auftraggeber einen unbegrenzten Entscheidungsspielraum bei der Ermittlung des Bestbieters. Sollte es sich bei der in Punkt 27 der Ausschreibungsunterlagen geforderten Bekanntgabe der "Ausbildung (Art, Dauer, Praxiserfahrung, etc), Reaktionszeiten bei Auftreten von Problemen, Diätassistenten (Ausbildung: Dauer, Praxiserfahrung, etc), Hotline (auch am Wochenende)" um Subkriterien handeln, so wären diese nicht hinreichend bestimmt, da es für die Bieter nicht ersichtlich sei, was von den Auftraggebern positiv berücksichtigt werde. Darüber hinaus würde deren erforderliche Reihung und Gewichtung fehlen.

Die Bewertung des Zuschlagskriteriums "Preis" sei widersprüchlich und vollkommen unklar. Es sei nicht nachvollziehbar, wie die Preise im Detail bewertet werden würden.

Nicht bekannt gegeben worden sei weiters, von wem und wie die Bewertung der Angebote vorgenommen werde. Dies führe dazu, dass die Auftraggeber bei der Bestbieterermittlung einen unbegrenzten Entscheidungsspielraum hätten. Die auf diesen Zuschlagskriterien basierende Zuschlagsentscheidung sei daher mangels Nachvollziehbarkeit jedenfalls rechtswidrig und für nichtig zu erklären. Die Ausschreibung sei von den Auftraggebern zwingend zu widerrufen.

Durch die rechtswidrige Vorgangsweise der Auftraggeber werde die Antragstellerin generell im Recht auf Durchführung einer rechtskonformen Ausschreibung bzw. eines rechtskonformen Vergabeverfahrens mit gesetzmäßiger Bestbieterermittlung sowie insbesondere im Recht

- -Strichaufzählung
auf Ausscheiden der Mitbieter, insbesondere auch des präsumtiven Zuschlagsempfängers, da diese insbesondere keine zur alleinigen Ernährung geeignete Trink- und Sondennahrung angeboten hätten,
- -Strichaufzählung
auf Erteilung des Zuschlags,
- -Strichaufzählung
auf Bekanntgabe einer vergabekonformen Zuschlagsentscheidung, die sich insbesondere auf objektiv nachvollziehbare Zuschlagskriterien und damit auf eine objektiv nachvollziehbare Angebotsprüfung und Bewertung stützt,
- -Strichaufzählung
auf Durchführung einer ordnungsgemäßen Angebotsprüfung und -bewertung insbesondere durch eine fachkundige Bewertungskommission,
- -Strichaufzählung
auf eine nicht diskriminierende und objektiv nachvollziehbare Bieterbehandlung,
- -Strichaufzählung
auf Gleichbehandlung aller Bieter,
- -Strichaufzählung
auf Teilnahme an einem neuerlichen Vergabeverfahren infolge eines allenfalls gebotenen Widerrufs

verletzt.

Durch die beabsichtigte Zuschlagserteilung an den präsumtiven Zuschlagsempfänger drohe der Antragstellerin ein beträchtlicher Schaden. Bereits die Angebotslegung bzw. die sonstigen mit der Teilnahme am Vergabeverfahren verbundenen Aufwendungen hätten bei der Antragstellerin Kosten in Höhe von insgesamt Euro 4.800,-

verursacht. Sollte die Antragstellerin auf Grund der angeführten Rechtswidrigkeiten im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag nicht erhalten, so entstünde ihr darüber hinaus ein Schaden im Umfang des entgangenen Gewinns in Höhe von rund Euro 91.078,-. Schließlich drohe der Antragstellerin ein Schaden auf Grund

des Verlustes eines wichtigen Referenzprojektes. Da der Nachprüfungsantrag subsidiär auf den Widerruf des Verfahrens und die Neuausschreibung des Auftrags abziele, bestehe der Schaden bei Abschluss des Vergabeverfahrens durch Zuschlagserteilung auch im Verlust der Möglichkeit, sich an einem neuerlichen Verfahren zu beteiligen.

Die Auftraggeber übermittelten mittels Schriftsätzen vom 20.12.2005 und 12.1.2006 Stellungnahmen. Sie bezifferten den geschätzten Auftragswert mit Euro 900.000,- exkl. MWSt. Das Vergabeverfahren sei nicht widerrufen und der Zuschlag nicht erteilt worden. Die Zuschlagsentscheidung sei allen Bietern am 28.11.2005 per Fax mitgeteilt worden.

Inhaltlich führten die Auftraggeber aus, die Antragstellerin erfülle wegen fehlender Befugnis einen Ausscheidenstatbestand und sei daher im Nachprüfungsverfahren nicht antragslegitimiert. Das in Pkt. 17 lit. b der Ausschreibungsunterlagen umfasste Zubehör beziehe sich im Leistungsverzeichnis auf die Pos. T9 bis T11 sowie auf die Pos. K8 bis K10. Dieses Zubehör betreffe jeweils Produkte iSd. Medizinproduktegesetzes, BGBl. Nr. 657/1996 idF BGBl. I Nr. 119/2003. Die Qualifikation des Zubehörs als Medizinprodukte werde einerseits durch die Qualifizierungsliste für Medizinprodukte bestätigt, die auf den 18 Klassifizierungsregeln des Anhangs IX der RL 93/42/EWG des Rates über Medizinprodukte vom 14.6.1993 beruhe. Das im vorliegenden Fall ausgeschriebene Zubehör sei somit nach den gemeinschaftsrechtlichen Klassifizierungsregeln der RL 93/42/EWG jedenfalls als Medizinprodukt zu qualifizieren. Andererseits werde dieses Auslegungsergebnis durch zwei vom Antragsteller beigelegte Zertifikate der E*** vom 8. Juni 2002 bestätigt. Diese Zertifikate seien für den Hersteller ausgestellt, der das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Zubehör liefere. Aus diesen EG-Zertifikaten ergebe sich, dass das Überleitsystem zur Applikation enteraler Ernährung als Medizinprodukt der Klasse I steril, sowie die Applikationstechnik für enterale Ernährung als Medizinprodukt iSd Richtlinie des Rates 93/42/EWG zu qualifizieren seien. Gemäß § 94 Z 33 GewO sei der Handel mit Medizinprodukten ein reglementiertes Gewerbe. In der freien Medizinprodukte-Verordnung, BGBl. II Nr. 355/2004, sei das in Pkt. 17 lit. b der Ausschreibungsunterlagen festgelegte Zubehör nicht genannt und daher der Handel mit diesem nicht dem reglementierten Gewerbe des § 94 Z 33 GewO entzogen. Die Antragstellerin verfüge jedoch nur über die Gewerbeberechtigung für das Handelsgewerbe und für Handelsagenten. Weiters fehle der Antragstellerin das Interesse am Nachprüfungsverfahren. Nach § 90 Abs. 2 Satz 1 BVergG seien öffentliche Auftraggeber berechtigt, die Angebotsprüfung und Beurteilung auf jene Angebote zu beschränken, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen. Demnach könnten Angebote insbesondere auf Grund ihres preislichen Rückstandes gegenüber dem in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger bei der Angebotsprüfung- und bewertung außer Acht gelassen werden. Werde daher ein Bieter, der ein preislich bei Weitem zu hohes Angebot abgegeben hat, zu Recht gemäß § 90 Abs. 2 Satz 1 leg.cit. "ausgeschieden", habe dieser gemäß dem Erkenntnis des VWGH vom 18.5.2005, 2004/04/0094, auch kein rechtliches Interesse am Nachprüfungsverfahren iSd § 166 Abs. 1 Z 3 BVergG. Im vorliegenden Fall habe die Antragstellerin gegenüber der präsumtiven Bestbieterin einen so großen preislichen Rückstand, dass die Antragstellerin für die Zuschlagserteilung keinesfalls in Betracht komme. Dies ergebe sich insbesondere aus einem Vergleich mit den Angebotspreisen. Sowohl die Antragstellerin als auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin hätten bei den Zuschlagskriterien "Logistik" und "Fachberatung" jeweils die volle Punktzahl erhalten. Weiters sei das Vorbringen der Antragstellerin, die Angebote der präsumtiven Bestbieterin und der übrigen Bieter seien auszuschneiden, weil die angebotenen Sonden- und Trinknahrungen zur alleinigen Ernährung nicht geeignet wären, insbesondere die Trinknahrung gemäß Pos. K7, inhaltlich grob unzutreffend. In Pkt. 17 lit. a) der Ausschreibungsunterlagen sei zwar für die ausgeschriebene Heilnahrung festgelegt, dass die Sonden- und Trinknahrungen zur alleinigen Ernährung definierter Personengruppen geeignet sein müssen, dabei handle es sich aber lediglich um eine allgemeine Umschreibung, die in der Folge auf Seite 6 der Ausschreibungsunterlagen wie folgt konkretisiert werde: Inhaltlich führten die Auftraggeber aus, die Antragstellerin erfülle wegen fehlender Befugnis einen Ausscheidenstatbestand und sei daher im Nachprüfungsverfahren nicht antragslegitimiert. Das in Pkt. 17 Litera b, der Ausschreibungsunterlagen umfasste Zubehör beziehe sich im Leistungsverzeichnis auf die Pos. T9 bis T11 sowie auf die Pos. K8 bis K10. Dieses Zubehör betreffe jeweils Produkte iSd. Medizinproduktegesetzes, Bundesgesetzblatt Nr. 657 aus 1996, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 119 aus 2003,. Die Qualifikation des Zubehörs als Medizinprodukte werde einerseits durch die Qualifizierungsliste für Medizinprodukte bestätigt, die auf den 18 Klassifizierungsregeln des Anhangs römisch neun der RL 93/42/EWG des Rates über Medizinprodukte vom 14.6.1993 beruhe. Das im vorliegenden Fall ausgeschriebene Zubehör sei somit nach den gemeinschaftsrechtlichen Klassifizierungsregeln der RL 93/42/EWG jedenfalls als Medizinprodukt zu qualifizieren. Andererseits werde dieses Auslegungsergebnis durch zwei vom Antragsteller beigelegte Zertifikate der E*** vom 8. Juni 2002 bestätigt. Diese

Zertifikate seien für den Hersteller ausgestellt, der das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Zubehör liefere. Aus diesen EG-Zertifikaten ergebe sich, dass das Überleitsystem zur Applikation enteraler Ernährung als Medizinprodukt der Klasse römisch eins steril, sowie die Applikationstechnik für enterale Ernährung als Medizinprodukt iSd Richtlinie des Rates 93/42/EWG zu qualifizieren seien. Gemäß Paragraph 94, Ziffer 33, GewO sei der Handel mit Medizinprodukten ein reglementiertes Gewerbe. In der freien Medizinprodukte-Verordnung, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 355 aus 2004,, sei das in Pkt. 17 Litera b, der Ausschreibungsunterlagen festgelegte Zubehör nicht genannt und daher der Handel mit diesem nicht dem reglementierten Gewerbe des Paragraph 94, Ziffer 33, GewO entzogen. Die Antragstellerin verfüge jedoch nur über die Gewerbeberechtigung für das Handelsgewerbe und für Handelsagenten. Weiters fehle der Antragstellerin das Interesse am Nachprüfungsverfahren. Nach Paragraph 90, Absatz 2, Satz 1 BVergG seien öffentliche Auftraggeber berechtigt, die Angebotsprüfung und Beurteilung auf jene Angebote zu beschränken, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen. Demnach könnten Angebote insbesondere auf Grund ihres preislichen Rückstandes gegenüber dem in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger bei der Angebotsprüfung- und bewertung außer Acht gelassen werden. Werde daher ein Bieter, der ein preislich bei Weitem zu hohes Angebot abgegeben hat, zu Recht gemäß Paragraph 90, Absatz 2, Satz 1 leg.cit. "ausgeschieden", habe dieser gemäß dem Erkenntnis des VwGH vom 18.5.2005, 2004/04/0094, auch kein rechtliches Interesse am Nachprüfungsverfahren iSd Paragraph 166, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG. Im vorliegenden Fall habe die Antragstellerin gegenüber der präsumtiven Bestbieterin einen so großen preislichen Rückstand, dass die Antragstellerin für die Zuschlagserteilung keinesfalls in Betracht komme. Dies ergebe sich insbesondere aus einem Vergleich mit den Angebotspreisen. Sowohl die Antragstellerin als auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin hätten bei den Zuschlagskriterien "Logistik" und "Fachberatung" jeweils die volle Punkteanzahl erhalten. Weiters sei das Vorbringen der Antragstellerin, die Angebote der präsumtiven Bestbieterin und der übrigen Bieter seien auszuschneiden, weil die angebotenen Sonden- und Trinknahrungen zur alleinigen Ernährung nicht geeignet wären, insbesondere die Trinknahrung gemäß Pos. K7, inhaltlich grob unzutreffend. In Pkt. 17 Litera a,) der Ausschreibungsunterlagen sei zwar für die ausgeschriebene Heilnahrung festgelegt, dass die Sonden- und Trinknahrungen zur alleinigen Ernährung definierter Personengruppen geeignet sein müssen, dabei handle es sich aber lediglich um eine allgemeine Umschreibung, die in der Folge auf Seite 6 der Ausschreibungsunterlagen wie folgt konkretisiert werde:

Die Pos. T1 bis T7, T8, K1 bis K5 und K6 umfassten jeweils Sonden- und Trinknahrungen; darüber hinaus sei dazu festgelegt, dass diese zur alleinigen Ernährung definierter Personengruppen geeignet sein müssen. Bei Pos. K7 fehle jedoch diese Festlegung. Der Begriff "bilanziert" bedeute keinesfalls, dass das betreffende Produkt zur alleinigen Ernährung geeignet sein müsse. "Bilanziert" bedeute in diesem Zusammenhang lediglich, dass die betreffende Trinknahrung in ihrer Zusammensetzung definiert sein müsse. Hätten die Auftraggeber festlegen wollen, dass die Trinknahrung gemäß Position K7 zur alleinigen Ernährung geeignet sein müsse, wäre der Begriff "vollbilanziert" zu verwenden gewesen. Nur dieser Begriff umschreibe nach dem allgemeinen Sprachgebrauch des einschlägigen Fachkreises die Eigenschaft, dass ein Produkt zur alleinigen Nahrung geeignet ist. Darüber hinaus sei für die Antragstellerin auch aus ihrem Vorbringen im Hinblick auf die Rezeptzeichen "SH" und "DL" nichts zu gewinnen, da die Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen diese Rezeptzeichen gar nicht verwendet hätten, sodass bereits deshalb diese Zeichen nichts zum Auslegungsverständnis der Position K7 beitragen könnten. Wesentlich sei vielmehr, dass die Auftraggeber durch die fehlende Festlegung "zur alleinigen Ernährung definierter Personengruppen" in Position K7 die exakten Spezifikationen dieser Trinknahrung definiert hätten.

Die Antragstellerin habe selbst in der Pos. K7 das Produkt D*** angeboten. Laut Produktbeschreibung der Antragstellerin handle es sich dabei auch nur um eine trinkfertige Ergänzungsnahrung und nicht um eine Trinknahrung, die zur alleinigen Ernährung geeignet wäre. Die Antragstellerin sei somit bei Abgabe des Angebotes selbst davon ausgegangen, dass in der Pos. K7 keine Trinknahrung anzubieten wäre, die zur alleinigen Ernährung geeignet ist. Soweit sich das Vorbringen der Antragstellerin auf die vermeintlich rechtswidrigen Zuschlagskriterien beziehe, brachten die Auftraggeber vor, dass dieses Vorbringen bereits verfristet und daher jedenfalls unzulässig sei.

Für die Bewertung des Zuschlagskriteriums "Logistik" seien folgende bereits in den Ausschreibungsunterlagen enthaltene, jeweils zueinander gleichwertige, Aspekte maßgeblich:

Art der Zustellung:

- -Strichaufzählung
Fremdzustellung/Eigenzustellung

- -Strichaufzählung
Einsatz des zur Verfügung stehenden Fuhrparks
- -Strichaufzählung
Lieferzeiten.

Für die Bewertung des Zuschlagskriteriums "Fachberatung" seien wiederum folgende in den Ausschreibungsunterlagen enthaltene, jeweils zueinander gleichwertige, Aspekte maßgeblich:

- -Strichaufzählung
enterale Fachkraft je Bundesland
- -Strichaufzählung
enterale Diätassistentin je Bundesland.

Darüber hinaus seien in Pkt. 25 der Ausschreibungsunterlagen für das Zuschlagskriterium "Logistik" zusätzlich inhaltliche Anforderungen festgelegt, die für die Bestbieterermittlung relevant seien. Dazu hätten die Auftraggeber ausdrücklich festgelegt, dass auf Grund des Umfangs der Lieferungen ein fundiertes, kapazitätsmäßig ausreichendes und funktionierendes Logistikmodell erforderlich sei. Ferner hätten die Auftraggeber in Pkt. 26 iVm Pkt. 40 der Ausschreibungsunterlagen zusätzlich konkrete Lieferzeiten für das Logistikmodell festgelegt, die beim Zuschlagskriterium "Logistik" berücksichtigt würden. Zum anderen hätten die Auftraggeber in Pkt. 27 der Ausschreibungsunterlagen zusätzliche Zielvorgaben festgelegt, die für das Zuschlagskriterium "Fachberatung" maßgeblich seien. Diese Ziele ließen sich im Wesentlichen mit einer fundierten Fachberatung umschreiben, die möglichst sieben Tage die Woche für 24 Stunden bereit stehe. Das Erreichen dieser Ziele hätten die Bieter durch ihre Angaben im Angebot so weit wie möglich nachzuweisen. Die von den Auftraggebern zu den beiden Zuschlagskriterien "Logistik" und "Fachberatung" festgelegten inhaltlichen Aspekte seien zueinander gleichwertig. Die Festlegung einer Gewichtung der Subzuschlagskriterien sei daher jedenfalls nicht erforderlich gewesen. Das Vorbringen, das Zuschlagskriterium "Preis" wäre inhaltlich widersprüchlich, sei inhaltlich unbegründet: In Pkt. 40 der Ausschreibungsunterlagen sei unmissverständlich festgelegt, dass die Bestbieterermittlung beim Zuschlagskriterium "Preis" jeweils auf Grund des proportionalen Verhältnisses der jeweiligen Kosten der betreffenden Angebote erfolge. Darüber hinaus seien in Pkt. 25 der Ausschreibungsunterlagen für das Zuschlagskriterium "Logistik" zusätzlich inhaltliche Anforderungen festgelegt, die für die Bestbieterermittlung relevant seien. Dazu hätten die Auftraggeber ausdrücklich festgelegt, dass auf Grund des Umfangs der Lieferungen ein fundiertes, kapazitätsmäßig ausreichendes und funktionierendes Logistikmodell erforderlich sei. Ferner hätten die Auftraggeber in Pkt. 26 in Verbindung mit Pkt. 40 der Ausschreibungsunterlagen zusätzlich konkrete Lieferzeiten für das Logistikmodell festgelegt, die beim Zuschlagskriterium "Logistik" berücksichtigt würden. Zum anderen hätten die Auftraggeber in Pkt. 27 der Ausschreibungsunterlagen zusätzliche Zielvorgaben festgelegt, die für das Zuschlagskriterium "Fachberatung" maßgeblich seien. Diese Ziele ließen sich im Wesentlichen mit einer fundierten Fachberatung umschreiben, die möglichst sieben Tage die Woche für 24 Stunden bereit stehe. Das Erreichen dieser Ziele hätten die Bieter durch ihre Angaben im Angebot so weit wie möglich nachzuweisen. Die von den Auftraggebern zu den beiden Zuschlagskriterien "Logistik" und "Fachberatung" festgelegten inhaltlichen Aspekte seien zueinander gleichwertig. Die Festlegung einer Gewichtung der Subzuschlagskriterien sei daher jedenfalls nicht erforderlich gewesen. Das Vorbringen, das Zuschlagskriterium "Preis" wäre inhaltlich widersprüchlich, sei inhaltlich unbegründet: In Pkt. 40 der Ausschreibungsunterlagen sei unmissverständlich festgelegt, dass die Bestbieterermittlung beim Zuschlagskriterium "Preis" jeweils auf Grund des proportionalen Verhältnisses der jeweiligen Kosten der betreffenden Angebote erfolge.

Wie das Bundesvergabeamt bereits mit Bescheid vom 12.5.2005, 15N- 15/05-74, ausgeführt hat, werde als Auftraggeber des Vergabeverfahrens jene Gebietskörperschaft qualifiziert, die in den Ausschreibungsunterlagen als zivilrechtlicher Vertragspartner festgelegt war. Die Benennung einer anderen Gebietskörperschaft in der europaweiten Bekanntmachung habe das Bundesvergabeamt ausdrücklich als nicht maßgeblich für die Auftraggebereigenschaft des Vergabeverfahrens qualifiziert. Dieser Bescheid des Bundesvergabeamtes sei durch den VfGH mit Erkenntnis vom 13.10.2005, KI-2/05-20, ausdrücklich bestätigt worden. Auftraggeber des Vergabeverfahrens seien daher sowohl die Tiroler, als auch die Kärntner Gebietskrankenkasse. In den Ausschreibungsunterlagen seien die beiden Krankenkassen ganz unmissverständlich an mehreren Stellen (Pkt. 2, 24, 25 und 27) als zivilrechtlicher Vertragspartner des künftigen Auftragnehmers festgelegt.

In ihren replizierenden Schriftsätzen vom 5.1.2005 und 20.1.2006 brachte die Antragstellerin vor, dass

Überleitungsgeräte und Sondenspritzen lediglich zur Verbindung zwischen Nahrungsbehälter und Ernährungssonde verwendet würden und der Durchleitung von Nahrung und Wasser dienen, somit nicht als Medizinprodukte iSd MPG zu qualifizieren seien.

Der Hersteller der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Trink- und Sondennahrung bestätigte auf Aufforderung durch das Bundesvergabeamt mit Fax vom 5.1.2006, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu den Pos. K1-K6, sowie T1-8 angebotenen Trink- und Sondennahrung zur alleinigen Ernährung geeignet sind. Desweiteren könne das unter Pos. K7 angebotene Produkt unter strenger Indikationsstellung auch als alleinige Ernährung dienen.

Aufgrund einer von Amts wegen bei der G*** eingeholten Stellungnahme teilte diese mittels e-mail vom 13.1.2006 Folgendes mit:

"Der Begriff "bilanzierte Trinknahrung" ist weder in der Verordnung über diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke noch in der Lebensmittelkennzeichnungsverordnung geregelt. Wir verstehen darunter ein diätetisches Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke (bilanzierte Diät) gemäß § 1 Abs. 1 der Verordnung über diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke. Trinknahrung bezeichnet die Darreichungsform."Der Begriff "bilanzierte Trinknahrung" ist weder in der Verordnung über diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke noch in der Lebensmittelkennzeichnungsverordnung geregelt. Wir verstehen darunter ein diätetisches Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke (bilanzierte Diät) gemäß Paragraph eins, Absatz eins, der Verordnung über diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke. Trinknahrung bezeichnet die Darreichungsform.

Allein aus der Bezeichnung "bilanzierte Trinknahrung" kann nicht geschlossen werden, dass es sich um eine vollständige, d.h. als einzige Nahrungsquelle für eine Person geeignete, bilanzierte Diät handelt (vgl. § 2 der Verordnung über diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke). Bilanzierte Trinknahrungen sind sowohl als vollständige als auch als ergänzende bilanzierte Diäten erhältlich. Allein aus der Bezeichnung "bilanzierte Trinknahrung" kann nicht geschlossen werden, dass es sich um eine vollständige, d.h. als einzige Nahrungsquelle für eine Person geeignete, bilanzierte Diät handelt vergleiche Paragraph 2, der Verordnung über diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke). Bilanzierte Trinknahrungen sind sowohl als vollständige als auch als ergänzende bilanzierte Diäten erhältlich.

[...]"

Darüber hinaus übermittelte die XXX am 19.1.2006 eine von Amts wegen eingeholte gutachtliche Stellungnahme, unterfertigt von F***, gerichtlich beeideter Sachverständiger für das Fachgebiet Medizin (Hygiene und Mikrobiologie). Darüber hinaus übermittelte die römisch 30 am 19.1.2006 eine von Amts wegen eingeholte gutachtliche Stellungnahme, unterfertigt von F***, gerichtlich beeideter Sachverständiger für das Fachgebiet Medizin (Hygiene und Mikrobiologie).

Darin wird Folgendes ausgeführt:

"Ad 2) Begriffe:

Die Anfrage bezieht sich auf den Komplex Ernährung und damit

verknüpfte Begriffe und ihre Anwendung:

Nahrung, Trinknahrung, Ernährung, "Bilanzierte Trinknahrung", "zur alleinigen Ernährung geeignet" u.ä.

- -Strichaufzählung
Die Begriffsinhalte und sprachliche Begriffs-Verwendungen im medizinischen, rechtlichen und sozialrechtlichen Zusammenhang sind zu klären.
- -Strichaufzählung
Weiters ist auf die fachliche Darstellung dieser Begriffsverwendungen einzugehen und es sind die entsprechenden Abgrenzungen zu definieren.

Nahrung = Die Gesamtheit der von einem Organismus aufgenommenen Stoffe, die dem Aufbau körpereigener Strukturen, der Energiegewinnung und dem Aufrechterhalten der Betriebsfunktionen des Organismus dienen.

Die Stoffe werden in den Stoffwechselprozessen für die jeweiligen Anforderungen aufbereitet und werden verändert oder auch unverändert wieder in die Umgebung abgegeben.

Ernährung = Der Sammelbegriff, welcher Nahrung und die Form der qualitativen und quantitativen Aufnahme, die Frequenz sowie die zielorientierte Bewertung erfassen kann.

Bilanzieren der Ernährung = Das Gegenrechnen der von der Gesamtmasse der aufgenommenen Nahrung in Form der einzelnen stofflichen Inhalte, die in körpereigene Strukturen übernommen wurden und jener stofflichen Inhalte, die vom Organismus in gleicher oder umgewandelter Form wieder abgegeben werden. Orale Ernährung = Die übliche Form der Nahrungszufuhr über den Mund und die dort beginnende mechanische, physikalische und chemische Aufbereitung der diversen Komponenten der Ernährung (Nahrungsmittel; das Essen und Trinken) und der Weitertransport in "tiefer" gelegene Abschnitte des Verdauungstraktes. Das ist die für das Allgemeinverständnis "Normale - Ernährung". Enterale Ernährung = Die Form der Nahrungszufuhr, bei der Nahrungsbestandteile in geeigneter Form direkt in tiefer gelegene Darmabschnitte (Magen oder auch noch weiter vom Munde entfernt - aboral) eingebracht werden.

Diese "enterale Nahrungszufuhr" erfolgt dann, wenn die Aufnahme der Nahrung über die übliche Route (orale Ernährung) aus welchem Grunde auch immer entweder komplett blockiert oder wesentlich beeinträchtigt ist (z.B. nur Teilkomponenten der Nahrungsmittel). Parenterale Ernährung = Die Form der Nahrungszufuhr, bei der Nahrungsbestandteile in geeigneter Form direkt in die Blutbahn oder in Gewebe (z.B. Zufuhr von flüssigen Lösungen unter die Haut < subcutan >) eingebracht werden. Das erfolgt dann, wenn die Aufnahme der Nahrung über die üblichen Route, orale - enterale Passage, aus welchem Grunde auch immer entweder komplett blockiert oder wesentlich beeinträchtigt ist (z.B. nur Teilkomponenten der Nahrungsmittel).

Eine Kombination dieser unterschiedlichen Ernährungsmöglichkeiten ist sinnvoll und möglich und wird vom individuellen Bedarf bestimmt. Das Ziel ist die bestmögliche Ernährungssituation. Zitat1 "Enterale Ernährung ist bei fehlender oder eingeschränkter Fähigkeit zur "normalen" Ernährung verordnungsfähig2!!!...und weiter ...sie (andere ärztliche, pflegerische oder ernährungstherapeutische Maßnahmen (z.B. Pürieren)) sind erforderlichenfalls miteinander zu kombinieren.

Die Bilanz der Ernährung bildet Mangelzustände und Bedarf sowie Überfluss und Kumulation einzelner Nahrungsinhaltsstoffe für den jeweiligen Organismus ab. Die zu wählenden Indikatoren und Messparameter richten sich nach der Zielvorgabe und die Resultate der Prüfmessungen werden durch die medizinische Bewertung zu SOLL - Vorgaben und Handlungsanweisungen.

Abgeleitet aus diesen ersten Näherungen wird festgehalten:

- -Strichaufzählung
Nahrung zu bilanzieren ist ebenso unmöglich wie Geld zu bilanzieren.
- -Strichaufzählung
Man kann aber die Ernährung bilanzieren, wie eben auch unterschiedliche wirtschaftliche Funktionen (z.B. Geldfluss) und das unternehmerische Handeln (unterschiedlichste Abläufe, Prozesse und Komponenten) sich in ihrer Gesamtwirkung einer Bilanz abbilden lassen.
- -Strichaufzählung
Wenn man "balanced" als ausgewogen, als ausbalanciert als "im Gleichgewicht sein" vermittelnd und damit positive Emotion einbringend im Zusammenhang mit Nahrungsmittel suggeriert und dies mit "ist-gesund" verknüpft, dann sind zwar aus Marketing Sicht und die Absicht verständlich, aber auch nicht im Sinne diesbezüglicher EU-Vorgaben für Kennzeichnung3 und Auslobung von Nahrung.

Darstellung von Nahrung (Auslobung, Labeling) mit bestimmten Zielvorstellungen verknüpft

z.B. Muskelaufbau, Abnehmen, Dauer- und Langzeit

Höchstleistung verbunden mit geringstem Ausscheidungsvolumen (Raumfahrt, glänzendes Fell, Kompensation von Stoffwechselstörungen, Mangelerscheinungen und Resorptionsdefiziten

sind zweckorientierte Diäten

Diese Funktionserfüllung hat auch die Verknüpfung mit den Worten elementar und ergänzend erfahren.

"Elementardiät⁴" oder "Vollständig bilanzierte Diät⁵" steht für orale, parenterale und enterale Ernährungsrezepturen, deren alleinige Gabe eine ausreichende dem dzt. Kenntnisstand entsprechend optimierte Ernährung gewährleisten sollen. Dem gegenüber stehen "Ergänzend bilanzierte⁶ Diäten", welche einzelne Komponenten der Ernährung betreffen.

Diese Begriffe für die einzelnen Nahrungsmittel haben in Europa

unter dem Dach

DIÄTISCHES LEBENSMITTEL

somit auch Eingang in die entstehenden nationalen Legaldefinitionen und in kassenrechtliche Sprachregelungen gefunden.

Diesem entspricht auch der Begriff Ernährungstherapeutika⁷ und zeigt die Nähe zur Welt des Medikamentes auf.

Das betrifft die

- -Strichaufzählung
Herstellung,
- -Strichaufzählung
Lagerung,
- -Strichaufzählung
Verabreichungsform,
- -Strichaufzählung
den Gebrauch, d.h. die Anweisungen für die Manipulationen des Produktes beim Einsatz am Empfänger und
- -Strichaufzählung
die notwendigen Überwachungsmaßnahmen bis hin zu allfälligem online-Monitoring.
- -Strichaufzählung
Die festgelegten Mengen je Inhaltsstoff beziehen sich immer auf die Zielgruppe (Alter, Krankheit, Einsatzindikation).

Dadurch unterscheiden sich diese Lebensmittel auch deutlich von den Lebensmittel⁸, die für allgemeine(n) Ernährung, Genuss und Verzehr bestimmt sind.

Die Abgrenzung dieser Ernährungstherapeutika zu den Nahrungsergänzungsmitteln⁹, welche auch dosiert in unterschiedlichsten, Medikamenten ähnlichen, Darreichungsformen gehandelt werden ist, dass diesen

- -Strichaufzählung
eine entsprechende Indikationsvorgabe,
- -Strichaufzählung
wissenschaftliche Belege,
- -Strichaufzählung
definierte Obergrenzen und Wirksamkeitsnachweise fehlen.
- -Strichaufzählung
Ebenso sind "medizinische Auslobungen" und assoziierende Informationen nicht zulässig.

Diesem in Aussehen und Form also formalen Assimilationsprozess von Nahrungs- und Arzneimittel und dem sich ausweitenden sprachlichen Graubereich, auch in den Übersetzungen, folgt ein Definitionsvakuum, in welchem das ungebundene¹⁰ Marketing Einzug hält.

Aus medizinischer Sicht wird darauf hingewiesen, dass je potenter die Stoffe und Substanzen (biologische Verfügbarkeit, biochemische Reaktionsfreudigkeit) in diesen nicht diätetischen und Nahrungsergänzungen sind und je weiter ihr Einsatz von einer, auf physiologischen und medizinischen Kenntnissen, aufbauenden Steuerung weg sind, desto wahrscheinlicher werden pathogene Kumulationen¹¹ mit allen Gefahren und Risiken.

Die Abgrenzung der Ernährungstherapeutika zu den funktionellen Nahrungsmitteln^{12, 13}, ist dadurch gegeben, dass letztere in Form, Farbe, Geschmack normale Nahrungsmittel darstellen denen im Zuge des Gewinnungs- oder Herstellungsprozesses eigene Stoffe entzogen wurden (entkoffeinierter Kaffee; Folat versetztes Milchprodukt) und einen definierten gesundheitlichen Nutzen erfüllen.

Die Abgrenzung der Ernährungstherapeutika zu den NoFs (novel food)¹⁴,

ist, dass letztere den Einsatz neuer physiologisch wirksamer Molekülstrukturen darstellen und sowohl als "Zuschlagsstoffe" zu bestehender Nahrung oder auch als völlig neues, kreierte Produkt mit einem definierten Wirkspektrum auf den Markt kommen.

3.0. Verknüpfung und Zusammenfassung

Bei bilanzierten Diäten¹⁵ sind die Inhalte definiert und die Anwendung erfolgt auf ärztliche Anordnung und unter medizinischer Kontrolle¹⁶. Somit sind gewisse Sicherheiten bei Anmeldung, Auslobung gegeben und bei Applikation und Langzeitanwendungen¹⁷ wird dadurch gewährleistet, dass ADI_{max}. Werte, Einzel-Maximaldosen und Interaktionen mit anderen therapeutischen Maßnahmen, Lebensmittel (zB NEMs oder NoFs) und "echten" Therapeutika (Medikamente) berücksichtigt werden.

Man kann den Begriff "Bilanzierte Diät" als Terminus technicus gleichsetzen mit einem Begriff "Bilanzierte Nahrung¹⁸", was sinngemäß denkbar ist; dann bedeutet es nur, dass damit ein Nahrungsmittel vorliegt, dessen Komponenten in detail qualitativ und quantitativ definiert sind.

Erst mit analogen weiteren Beschreibungen könnten weitere Zusatzanforderungen definiert werden nämlich

(x) "Elementar-Nahrung" oder "Vollständig bilanzierte Nahrung"

oder

(xx)"Ergänzend bilanzierte Nahrung".

(Erste Variante (x) für die Bedingung, dass die alleinige Gabe dieses Produktes die optimierte Ernährung gewährleistet und zweite Variante (xx), für die Bedingung, dass in diesem Produkt nur Komponenten enthalten sind.)

In der Ausschreibung findet sich noch der Begriff "Trinknahrung". In diesem Zusammenhang wird darauf hingewiesen, dass es sich beim Trinken um einen Begriff handelt, der die orale Zufuhr mit anschließendem Schlucken (Weitertransport) suggeriert und dass aber auch primär für den enteralen Einsatz bestimmte Nahrung in der Praxis oft auch oral verabreicht wird.

Dieser Einsatz Usance folgend werden enterale oder "Sondenprodukte" oft auch zusätzlich aromatisiert, - eine Maßnahme, die a priori der definierte Einsatz "enteral" nicht erfordern würde.

Daraus abgeleitet sollten die anzubietenden Produkte einerseits für die enterale Ernährung geeignet sein andererseits aber auch als Trinknahrung (Geruch - Geschmack) eingesetzt werden können. (Überschrifttext": "Enterale Ernährung, Trink- und Sondennahrung").

Diese Anforderung schlägt sich im Ausschreibungstext im Sinne der Anforderung "aromatisiert" nieder.

Die Textierung der Ausschreibung

"..., die mit oraler Nahrungsaufnahme den Nährstoffbedarf nicht decken können"

lässt die Interpretation offen, ob damit gemeint sei, dass nicht ausreichender Transport von oral nach enteral möglich sei und daher zusätzlich ein enteral zu verabreichendes Produkt von Nöten ist (kombiniertes Anwenden z.B. feste-, flüssige-, breiige-, enterale + orale Nahrung usw.) oder dass die oral verabreichte Menge in der Gesamtbilanz einen Mangel aufweist.

Es besteht damit kein Widerspruch zum allgemeinen Begriff "Bilanzierte Nahrung" = "Bilanzierte Diät" als übergeordneter Sammelbegriff.

Weiters ist der verwendete Begriff "eiweißreich" nicht näher quantitativ und qualitativ festgeschrieben, sodass auch dies sich schlüssig zum allgemeinen Begriff "Bilanzierte Nahrung" = "Bilanzierte Diät" als übergeordneter Sammelbegriff zuordnen lässt.

Ad Frage A):

Was ist unter "bilanzierter Trinknahrung" zu verstehen? Nahrung (Diät) welche trinkbar ist und deren Komponenten (Inhaltsstoffe) qualitativ und quantitativ definiert sind.

Ad Frage B):

Worum handelt es sich bei diesem Begriff?

Die Abgrenzung und Übergänge einzelner Begriffe siehe dort.

Ad Frage C):

Kann bzw. muss eine "bilanzierte Trinknahrung" zur alleinigen Ernährung geeignet sein?

Nein, da im vorliegenden Text, bzw. Textauszügen, keine nähere Spezifikation der "bilanzierten Nahrung" = "Bilanzierte Diät" festgelegt ist.

1BMfGSS-BRD: Ministerielle Ersatzvornahme 010905 zum Fragenkomplex Enterale Ernährung:

2Diese "Verordnungsfähigkeit" gilt auch in Spanien und Frankreich analog. Im englischen Gesundheitssystem hat es diesbezüglich keine definierte Ausnahme für Sondennahrung als Lebensmittel vom allgemeinen Leistungskatalog der Gesundheitsversorgung gegeben. 3Dies spiegelt sich auch in den unterschiedlichsten nationalen Kennzeichnungs-Verordnungen in der EU wieder und diese Grundsätze werden auch in den US Regulatorien deutlich.

4Arzneimittelrichtlinien BRD AMR25.08.2005: Unter dem Titel der Produktspezifikationen werden bei den Elementardiäten noch Begriffe wie Standardprodukt (für die meisten Indikatoren "pro enteral nutrition" ausreichend) und Spezialprodukte (individuelle Krankheitsadaptierung erforderlich) ausgewiesen.

5Bilanziert in diesem Zusammenhang mit der DiätVO (Ernährungstherapeutika < CH >) heißt nur, dass die Inhaltsstoffe in festgelegten Mengen (Maximum mit Streubreite) vorhanden sind. Der Bezug zum Bilanzieren der Ernährung betrifft die Angabe der einen Bilanzseite - nämlich die der Zufuhr.

6Sprachlich müsste es richtig heißen, entweder "bilanzierte Diät" oder besser "Diäten, geeignet zur Bilanzierung der Ernährung". Deswegen, weil der sprachliche Ausdruck "bilanzierte" bei Verwendung dieser Nahrung eine erfüllte Funktion vorgibt, was ja an sich falsch ist. Erst die Erstellung der Bilanz mit Hilfe der gemessenen Daten von Zufuhr und der Ausfuhr lassen eine Bilanz erstellen.

7Terminus technicus aus der Schweizer Rechtstextierung (Schweizer Gesellschaft für Ernährungsforschung).

8Lebensmittelgesetz 1975 in der dzt. gültigen Fassung (Novelle).

Lebensmittel (§ 2) + NEM (§ 3).Lebensmittel (Paragraph 2,) + NEM (Paragraph 3,).

9Food Supplements: Artikel II der RL2002-46-EG9Food Supplements: Artikel römisch zwei der RL2002-46-EG

10Der Konsument oder Patient ist dem Marketing mehr oder minder schutzlos ausgeliefert und weit überfordert einer Informationspflicht nachzukommen.

11AGM-Ordination Graz - Information aus der Praxis des Alltages:

Im Dezember 05 wurden bei zwei Patienten kardiologische Auffälligkeiten festgestellt, die auf Selen-Überdosierungen durch kumulative Wirkung von NEM's zurückgeführt werden konnten. 12Dzt. keine verbindlichen Legaldefinitionen im bundesdeutschen, österreichischen Sprachbereich und in der EU-Gesetzgebung verfügbar. Usance ist, dass in der Auslobung nur die Risikoverringerung für pathophysiologische Vorgänge angegeben werden darf (antioxidative Wirkung, probiotische Wirkung).

Lebensmittel-Beispiele: ACE und Probiotika.

13Consensus Paper2000: Scientific Concepts of Functional Foods, EUR1859.

14 Seit 15.05.1997 eingeführter Begriff für die Gruppe "neuartiger" Nahrungsmittel. Die Zulassung erfolgt über ein Mitteilungs- oder ein Genehmigungsverfahren (Ähnlichkeit zu bestehendem vergleichbaren Nahrungsmittel). Für bilanzierte Diäten, NEM's, functional Food wurde bereits in der Direktive 2002-46-EG Abl. Nr. L 183 vom 2.7.2002, eine Positivliste für zugelassene Substanzen erstellt. Ihre Bedeutung für die NoFs wird davon abhängig sein, wie sich die Wechselwirkungen der neuen eingeführten Strukturen mit den Substanzen dieser Positivliste dokumentiert darstellen lassen werden.

15Definitionsbeispiel in der DiätVO § 1 Abs.1 und 2 16Für NEM's fehlen solche Informationen oder Regelwerke zur Zeit vollständig und die unübersichtliche Zulassungspraxis tut ein übriges.15Definitionsbeispiel in der DiätVO Paragraph eins, Absatz eins und 2 16Für NEM's fehlen solche Informationen oder Regelwerke zur Zeit vollständig und die

unübersichtliche Zulassungspraxis tut ein übriges.

CAVE! Strikt zu trennen sind die Begriffe "Nahrungsergänzungsmittel" und "Ergänzende bilanzierte Diät". 17Feuillet n°25 "Risques de l'alimentation artificielle" 18Lebensmittel können (EU-einheitliche Regelung nach der als Arzneimittelrichtlinie 65/65 Artikel I) als Heilmittel eingestuft werden, wenn sie keine Heilwirkung haben. Sie sind dann als solche zu kennzeichnen und haben sich den entsprechenden Regulativen in Aufmachung, Kontrolle, Werbung etc. zu unterwerfen. Krankheitsbezogene Aussagen sind verboten."CAVE! Strikt zu trennen sind die Begriffe "Nahrungsergänzungsmittel" und "Ergänzende bilanzierte Diät". 17Feuillet n°25 "Risques de l'alimentation artificielle" 18Lebensmittel können (EU-einheitliche Regelung nach der als Arzneimittelrichtlinie 65/65 Artikel römisch eins) als Heilmittel eingestuft werden, wenn sie keine Heilwirkung haben. Sie sind dann als solche zu kennzeichnen und haben sich den entsprechenden Regulativen in Aufmachung, Kontrolle, Werbung etc. zu unterwerfen. Krankheitsbezogene Aussagen sind verboten."

In der mündlichen Verhandlung vom 24.1.2006 führte der Sachverständige F*** seine gutachtliche Stellungnahme erläuternd aus, dass bilanzierte Nahrung für den Anwender die Grundvoraussetzung erfülle, dass die Inhaltsstoffe qualitativ und quantitativ definiert seien und damit eine Bilanzierung der Ernährung, bezogen auf angeführte Parameter, möglich sei. Die angeführten Parameter könnten beispielsweise Proteine (Eiweiß), Mineralstoffe, Moleküle mit definierten Wirkungen, Kohlehydrate (z.B. unterschiedliche Zucker), Stärke, usw. sein. Allein aus dem Zusatz "eiweißreich" könne nicht geschlossen werden, dass ein Produkt mit dieser Zusatzinformation ausgelobt, für die vollständige Ernährung geeignet sein müsse.

Auf die Frage der Antragstellervertreterin zu Frage C in der gutachtlichen Stellungnahme, ob unter Pkt. 17a der Ausschreibungsunterlagen, wonach Heilnahrung (Sonden- und Trinknahrung) in den Kategorien Standard, energiereich, ballaststoffreich, Diabetes, eiweißreich, MCT (bei Resorptionsstörungen) zur alleinigen Ernährung definierter Personengruppen geeignet sein müsse, eine nähere Spezifikation des Begriffs "bilanzierte Nahrung" festlege, führte der Sachverständige Folgendes aus:

"Die Frage bezieht sich auf die Spezifikation mit dem Wort "eiweißreich"."Eiweißreich" ist ein sprachlich unscharfer Ausdruck, dass die Nahrung Proteine (Eiweiß) enthält, ohne aber eine entsprechende Massendefinition vorzugeben. Aus dem Begriff "eiweißreich" allein kann nicht abgeleitet werden, dass der vollständige Eiweißtagesbedarf gedeckt ist, weil auch eine 80% des Tagesbedarfs an Proteinen deckende Menge gegenüber einer Produktzusammensetzung, die nur 10% oder 20% deckt, als "eiweißreich" bezeichnet werden kann. In der jetzt vorgelegten Textierung 17a wird weiters darauf eingegangen, dass die alleinige "Ernährungstüchtigkeit" des Produktes für definierte Personengruppen (es sind unterschiedliche Patienten mit unterschiedlichen Krankheitsbildern anzunehmen) gegeben sein muss. Eine kalkulatorisch ausbilanzierte Ernährung ist nur möglich, wenn die Nahrung die Kriterien einer bilanzierten Nahrung (quantitative und qualitative Definition der Inhaltsstoffe) erfüllt. Damit ist auch die Kombination unterschiedlicher Produkte mit der jeweiligen qualitativen und quantitativen Inhaltsdefinition möglich. Die Ausschreibung enthält keine exakt definierte Personengruppe mit einem entsprechenden Anforderungsprofil."

Die Antragstellervertreterin beantragte die Einholung einer Stellungnahme bzw. die Einvernahme eines informierten Vertreters des Hauptverbandes der Österr. Sozialversicherungsträger (zuständige Abteilung: Vertragspartner und Medikamente) zu folgendem Thema: Wird Heilnahrung mit dem Rezeptzeichen "SH" versehen und muss diese somit zur ausschließlichen Ernährung geeignet sein?

Der Auftraggebervertreter spricht sich dagegen aus, weil in den Ausschreibungsunterlagen das Rezeptzeichen "SH" nicht genannt worden sei und somit nicht zur Auslegung herangezogen werden könne. Dem wurde von der Antragstellervertreterin entgegengehalten, dass Ausschreibungsgegenstand gem. Pkt. 17a der Ausschreibungsunterlage eindeutig Heilnahrung sei. Darüber hinaus könne nur mit Hilfe der Rezeptzeichen unterschieden werden, ob ein Produkt zur ausschließlichen Ernährung geeignet ist, oder nicht. Da von den Krankenversicherungsträgern grundsätzlich nur Heilnahrung ersetzt werde, sei auch nicht nachvollziehbar, warum lediglich eine Ergänzungsnahrung beschafft werden sollte (vgl. ua. Beilage 17).Der Auftraggebervertreter spricht sich dagegen aus, weil in den Ausschreibungsunterlagen das Rezeptzeichen "SH" nicht genannt worden sei und somit nicht zur Auslegung herangezogen werden könne. Dem wurde von der Antragstellervertreterin entgegengehalten, dass Ausschreibungsgegenstand gem. Pkt. 17a der Ausschreibungsunterlage eindeutig Heilnahrung sei. Darüber hinaus

könne nur mit Hilfe der Rezeptzeichen unterschieden werden, ob ein Produkt zur ausschließlichen Ernährung geeignet ist, oder nicht. Da von den Krankenversicherungsträgern grundsätzlich nur Heilnahrung ersetzt werde, sei auch nicht nachvollziehbar, warum lediglich eine Ergänzungsnahrung beschafft werden sollte (vergleiche ua. Beilage 17).

Der Auftraggebervertreter brachte hierzu vor, dass diese Kennzeichnung nur eine abrechnungstechnische Funktion habe und die Krankenkassen auch Leistungen an sozial Schwächere erbrächten, zu denen sie gesetzlich nicht verpflichtet seien, dies werde über den Unterstützungsfonds auf Antragstellung ermöglicht. Die Antragstellervertreterin brachte, demgegenüber vor, dass diese Ergänzungsprodukte von den Versicherten selbst gekauft werden müssten und anschließend zur Abrechnung beim Krankenversicherungsträger eingereicht würden. Diesem Vorbringen wurde vom Auftraggebervertreter unter Hinweis auf Pkt. 24 letzter Absatz der Ausschreibungsunterlagen widersprochen.

Mit Schriftsatz vom 27.1.2006 brachte die Antragstellerin vor, die gutachtliche Stellungnahme sei unvollständig und widersprüchlich. Die Beantwortung der Frage C) stehe im Widerspruch zu Punkt 17 lit a) der Ausschreibungsunterlage und gehe nicht auf die darin festgelegten Anforderungen an sämtliche Produkte ein. Die Verordnung des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen über diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke, BGBl II Nr. 416/2000, enthalte in § 2 Abs. 1 Z 1-2 eine Definition, was unter diätetisch vollständigen Lebensmittel zu verstehen sei. Aus § 2 Abs. 1 Z 2 folge, dass nicht die Ausschreibungsunterlage eine "definierte Personengruppe" enthalten müsse, sondern sich diese vielmehr aus den Angaben der Hersteller ableiten ließe. Mit Schriftsatz vom 27.1.2006 brachte die Antragstellerin vor, die gutachtliche Stellungnahme sei unvollständig und widersprüchlich. Die Beantwortung der Frage C) stehe im Widerspruch zu Punkt 17 Litera a,) der Ausschreibungsunterlage und gehe nicht auf die darin festgelegten Anforderungen an sämtliche Produkte ein. Die Verordnung des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen über diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 416 aus 2000,, enthalte in Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer eins -, 2, eine Definition, was unter diätetisch vollständigen Lebensmittel zu verstehen sei. Aus Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer 2, folge, dass nicht die Ausschreibungsunterlage eine "definierte Personengruppe" enthalten müsse, sondern sich diese vielmehr aus den Angaben der Hersteller ableiten ließe.

Weiters entsprächen die Angebote der Mitbieter auch in vielen anderen Punkten nicht der Ausschreibung (abweichende Produktgrößen, fehlende Gewerbeberechtigung, unzulässige Weitergabe an Subunternehmer etc.) und seien daher alle Angebote der Mitbieter auszuschneiden.

Mit Schriftsatz vom 27.1.2006 übermittelte die Antragstellerin folgendes Gutachten von H***, allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger für Ernährungswissenschaften und Professor für Ernährungsmedizin an der XXX, vor: Mit Schriftsatz vom 27.1.2006 übermittelte die Antragstellerin folgendes Gutachten von H***, allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger für Ernährungswissenschaften und Professor für Ernährungsmedizin an der römisch 30, vor:

"2006 Anfrage zur Gutachtenserstellung zur Ausschreibungsunterlage der Firma A***: D***

"D***" wird als diätetisches Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke (bilanzierte Diät) um Hersteller angekündigt. Es wird weiters angegeben, dass es "zur diätetischen Behandlung von Mangelernährung und bei gestörter Nahrungsaufnahme" verwendet werden soll. Es ist angegeben, dass die Anwendung in der Weise erfolgen sollte, dass 1-3 Pkg. pro Tag zur ergänzenden Ernährung und 6-8 Pkg. pro Tag (den Tagesbedarf deckend) verwendet werden können.

Das Präparat enthält in 100ml 125kcal, 9,4g Eiweiß (somit etwa 30 % der Energiezufuhr), 14g Kohlenhydrate (etwa 45 %) und 3,5g Fett (ca. 25 %).

Daneben sind Vitamine, Mineralien und Spurenelemente in der Präparation enthalten, die 485?osm pro Liter aufweist. Ballaststoffe sind in der Präparation nicht enthalten. Unter "wichtigen Hinweisen" ist angegeben, dass dieses Präparat nur unter medizinischer Kontrolle verwendet werden soll. Zur Frage, was man unter "Sonden- und Trinknahrungen" versteht, die zur alleinigen Ernährung definierter Personengruppen geeignet sein sollen, so muss festgehalten werden, dass bei Zuständen, bei denen - aus welchen Gründen auch immer - die Nahrungszufuhr auf natürlichem Wege durch natürliche Lebensmittel nicht möglich ist, die Zufuhr sämtlicher essentiellen Makro- und Mikronährstoffe in Form von sogenannten Trink- oder Sondennahrungen möglich ist und klinischen Standard darstellt. Dabei werden den Magen-Darm-Trakt vor allem Makronährstoffe in leicht resorbierbarer Form zugeführt, sodass die Resorptionsarbeit und der

dadurch bedingte Energie- und Enzymverlust möglichst klein gehalten wird. Zu diesem Zweck sind eine ganze Reihe von Produkten auf dem Markt.

Wesentlich erscheint, dass die Indikation zur Ernährung mit solchen Präparaten ausschließlich auf ärztliche Anordnung erfolgen kann, dies ist auf dem Level der Trinknahrung ausdrücklich festgehalten.

Selbstverständlich impliziert die dem durchschnittlichen Bedarf eines Erwachsenen entsprechende Zusammensetzung einer derartigen Präparation das Faktum, dass ein durchschnittlicher Mensch ausschließlich mit einer derartigen Formulanahrung bedarfsdeckend ernährt werden kann. Die für den einzelnen Patienten dafür notwendigen Zufuhrmengen sind naturgemäß abhängig vom Krankheitsbild des Patienten, von der Konstitution, Gewicht, Größe, Körperzusammensetzung, Energieverbrauch etc. Somit ist die festzulegende Menge eine alleinige Entscheidung des Arztes, der auf die spezifischen Bedürfnisse des individuellen Patienten eingehen muss.

Die Kriterien für eine alleinige zur Ernährung eines Patienten geeignete Trinknahrung trifft für "D***" - in der Abhängigkeit von der individuellen zu dosierenden Menge - absolut zu. Bei einem Konsum von 6 Pkg. pro Tag wird der Basisenergiebedarf von ca. 1500kcal pro Tag gerade gedeckt, für eine "Exzessenergiezufuhr" sind entweder höhere Dosen oder im Einzelfall zusätzliche andere Supplemente notwendig. Die dabei erfolgte Eiweißzufuhr liegt in der Größenordnung von zwischen 110 und 120g, was einer Eiweißzufuhr von zwischen 1,5 und 2g pro Kilogramm Körpergewicht für einen durchschnittlichen Menschen durchaus geeignet erscheint.

Man muss dazu auch festhalten, dass viele Patienten, die eine derartige Trinknahrung benötigen, schon aufgrund ihrer Basiserkrankung nicht selten eine Eiweißunterversorgung bzw. durch die Krankheit selbst einen erhöhten Eiweißbedarf aufweisen. Dieses Faktum beweist wiederum, wie wichtig die individuelle Zusammenstellung einer enteralen Ernährung aufgrund der Kenntnisse der Pathologie des einzelnen Patienten (Eiweißversorgung, katabole Situationen, erhöhter Energie- und Eiweißbedarf bei verschiedensten Erkrankungen) sein können. Derartige Präparate sind für die "künstliche Ernährung" von Patienten mit verschiedenen Erkrankungen sowohl als Ergänzung als auch als alleinige Ernährung geeignet.

Die im Gutachten der XXX vom 17.1.2006 getroffenen Feststellungen sind lediglich allgemeiner Natur, beziehen sich nicht auf die in Rede stehenden Indikationsgebiete und fachfremd. Die im Gutachten der römisch 30 vom 17.1.2006 getroffenen Feststellungen sind lediglich allgemeiner Natur, beziehen sich nicht auf die in Rede stehenden Indikationsgebiete und fachfremd.

[...]"

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:

Wenngleich sich - im Gegensatz zum BVergG 1997 - im BVergG 2002 keine ausdrückliche Nennung der Sozialversicherungsträger findet, sind die Kärntner und die Tiroler Gebietskrankenkasse zweifellos als öffentliche Auftraggeber anzusehen (siehe Bericht des Verfassungsausschusses, 1118 BlgNR 21. GP 18). Sämtliche der in § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG 2002 kumulativ angeführten Voraussetzungen werden erfüllt. Gemäß § 23 Abs. 5 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG, BGBl. Nr. 189/1955 idgF, obliegt es den Trägern der Krankenversicherung insbesondere, ausreichend Vorsorge für die Krankenbehandlung der Versicherten und ihrer Familienangehörigen zu treffen. Die Auftraggeber als Träger der Krankenversicherung nach § 23 Abs. 1 Z 1 ASVG erfüllen daher eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher Art. Sie sind nach § 32 Abs. 1 ASVG gesetzlich eingerichtete Körperschaften öffentlichen Rechts und Selbstverwaltungskörper (Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³ [1996] 383). Nach § 448 Abs. 1 ASVG unterliegen Gebietskrankenkassen der Aufsicht des Bundes, vertreten durch die Bundesministerin für Gesundheit und Frauen (BMGF). Die Kärntner und die Tiroler Gebietskrankenkasse erfüllen daher die Merkmale eines öffentlichen Auftraggebers nach § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG 2002. Aufgrund deren bundesgesetzlicher Errichtung und Regelung sowie der Aufsicht des Bundes zählen sie gemäß § 135 Abs. 2 BVergG 2002 iVm Art 14b Abs. 2 Z 1 lit. d B-VG zum Vollziehungsbereich des Bundes. Wenngleich sich - im Gegensatz zum BVergG 1997 - im BVergG 2002 keine ausdrückliche Nennung der Sozialversicherungsträger findet, sind die Kärntner und die Tiroler Gebietskrankenkasse zweifellos als öffentliche Auftraggeber anzusehen (siehe Bericht des Verfassungsausschusses, 1118 BlgNR 21. Gesetzgebungsperiode 18). Sämtliche der in Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002 kumulativ angeführten Voraussetzungen werden erfüllt. Gemäß Paragraph 23, Absatz 5, Allgemeines

Sozialversicherungsgesetz - ASVG, Bundesgesetzblatt Nr. 189 aus 1955, idgF, obliegt es den Trägern der Krankenversicherung insbesondere, ausreichend Vorsorge für die Krankenbehandlung der Versicherten und ihrer Familienangehörigen zu treffen. Die Auftraggeber als Träger der Krankenversicherung nach Paragraph 23, Absatz eins, Ziffer eins, ASVG erfüllen daher eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher "Art". Sie sind nach Paragraph 32, Absatz eins, ASVG gesetzlich eingerichtete Körperschaften öffentlichen Rechts und Selbstverwaltungskörper (Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³ [1996] 383). Nach Paragraph 448, Absatz eins, ASVG unterliegen Gebietskrankenkassen der Aufsicht des Bundes, vertreten durch die Bundesministerin für Gesundheit und Frauen (BMGF). Die Kärntner und die Tiroler Gebietskrankenkasse erfüllen daher die Merkmale eines öffentlichen Auftraggebers nach Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002. Aufgrund deren bundesgesetzlicher Errichtung und Regelung sowie der Aufsicht des Bundes zählen sie gemäß Paragraph 135, Absatz 2, BVergG 2002 in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, B-VG zum Vollziehungsbereich des Bundes.

Dem konkreten Vergabeverfahren liegt die Erbringung von Lieferungen iSd § 2 BVergG 2002 zugrunde. Gemäß § 9 Abs. 1 Z 2 leg.cit. iVm § 1 Z 2 der Schwellenwerte-Verordnung 2005, BGBl II Nr. 56/2005, gilt als Oberschwellenbereich im Sinne dieses Bundesgesetzes bei allen übrigen Lieferaufträgen (d.s. die nicht in Z 1 genannten Lieferaufträge), wenn der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer mindestens Euro 236.000,-- beträgt. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt Euro 900.000,-- exkl. MWSt, womit der einschlägige Schwellenwert jedenfalls als überschritten anzusehen ist. Dem konkreten Vergabeverfahren liegt die Erbringung von Lieferungen iSd Paragraph 2, BVergG 2002 zugrunde. Gemäß Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 2, leg.cit. in Verbindung mit Paragraph eins, Ziffer 2, der Schwellenwerte-Verordnung 2005, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 56 aus 2005,, gilt als Oberschwellenbereich im Sinne dieses Bundesgesetzes bei allen übrigen Lieferaufträgen (d.s. die nicht in Ziffer eins, genannten Lieferaufträge), wenn der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer mindestens Euro 236.000,-- beträgt. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt Euro 900.000,-- exkl. MWSt, womit der einschlägige Schwellenwert jedenfalls als überschritten anzusehen ist.

Nach Angaben der Auftraggeber wurde das gegenständliche Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag nicht erteilt. Das Bundesvergabeamt ist zur Behandlung der Anträge zuständig.

II. Zulässigkeit der Anträge:römisch zwei. Zulässigkeit der Anträge:

Zu Spruchpunkt 1:

Gemäß § 162 Abs. 2 Z 2 BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig. Gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig.

Gemäß § 21 Abs. 1 leg.cit. sind Aufträge über Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Gemäß Paragraph 21, Absatz eins, leg.cit. sind Aufträge über Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben.

Gemäß § 52 Abs. 5 Z 1 leg.cit. muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit, sofern in diesem Bundesgesetz nicht anderes vorgesehen ist, beim offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Gemäß Paragraph 52, Absatz 5, Ziffer eins, leg.cit. muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit, sofern in diesem Bundesgesetz nicht anderes vorgesehen ist, beim offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen.

Vorab war zu klären, ob die Antragstellerin zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung über die erforderliche Befugnis verfügte:

Gemäß § 2 Abs. 1 Medizinproduktegesetz, BGBl 657/1996 idgF sind "Medizinprodukte" alle einzeln oder miteinander verbunden verwendeten Instrumente, Apparate, Vorrichtungen, Stoffe oder andere Gegenstände, einschließlich der für ein einwandfreies Funktionieren des Medizinproduktes eingesetzten Software, die vom Hersteller zur Anwendung für Menschen bestimmt sind zur

Gemäß Paragraph 2, Absatz eins, Medizinproduktegesetz, Bundesgesetzblatt 657 aus 1996, idgF sind "Medizinprodukte" alle einzeln oder miteinander verbunden verwendeten Instrumente, Apparate, Vorrichtungen, Stoffe oder andere Gegenstände, einschließlich der für ein einwandfreies Funktionieren des Medizinproduktes eingesetzten Software, die vom Hersteller zur Anwendung für Menschen bestimmt sind zur

1. 1.Ziffer eins
Erkennung, Verhütung, Überwachung, Behandlung oder Linderung von Krankheiten,
2. 2.Ziffer 2
Erkennung, Überwachung, Behandlung, Linderung oder Kompensierung von Verletzungen oder Behinderungen,
3. 3.Ziffer 3
Untersuchung, Veränderung oder zum Ersatz des anatomischen Aufbaus oder physiologischer Vorgänge oder
4. 4.Ziffer 4
Empfängnisregelung

und deren bestimmungsgemäße Hauptwirkung im oder am menschlichen Körper weder durch pharmakologische oder immunologische Mittel noch metabolisch erreicht wird, deren Wirkungsweise aber durch solche Mittel unterstützt werden kann.

Gemäß Punkt 17 der Ausschreibungsunterlagen muss eine Ernährungspumpe bzw. eine mobile Ernährungspumpe im Bedarfsfall und auf Aufforderung des Auftraggebers kostenlos zur Verfügung gestellt werden.

Eine Ernährungspumpe wird jedenfalls vom Begriff "andere Gegenstände" umfasst und ist zur Anwendung für Menschen bestimmt. Weiters dient die Ernährungspumpe der Verhütung und Behandlung von Krankheiten und soll physiologische Vorgänge ersetzen. Gerade der bei einem gesunden Menschen funktionierende physiologische Vorgang der Ernährung wird durch den Einsatz der Pumpe ersetzt. Darüber hinaus kann die Hauptwirkung der Pumpe weder durch pharmakologische oder immunologische Mittel noch metabolisch erreicht werden. Die Ernährungspumpe ist somit ein Medizinprodukt iSd Medizinproduktegesetzes.

Wenn die Antragstellerin vermeint, dass Ernährungspumpen nicht Ausschreibungsgegenstand gewesen seien, weil diese lediglich im Bedarfsfall kostenlos zur Verfügung gestellt werden müssen, so ist diesem Einwand Folgendes entgegenzuhalten:

Gemäß § 12 Abs. 4 BVergG ist der geschätzte Auftragswert, sieht der beabsichtigte Lieferauftrag Optionsrechte vor, auf Grund des größtmöglichen Umfangs von Kauf, Lieferung, Miete, Pacht oder Ratenkauf unter Einbeziehung der Optionsrechte zu berechnen. Die Dauer der Option ist somit jedenfalls Ausschreibungsgegenstand und daher in die Bewertung einzubeziehen (BVA 14.4.2004, 07N-15/04- 42). Konsequenterweise muss Gleiches daher auch für den Auftragsgegenstand gelten. Dem Auftraggeber sind Ernährungspumpen im Bedarfsfall kostenlos zur Verfügung zu stellen; Gemäß Paragraph 12, Absatz 4, BVergG ist der geschätzte Auftragswert, sieht der beabsichtigte Lieferauftrag Optionsrechte vor, auf Grund des größtmöglichen Umfangs von Kauf, Lieferung, Miete, Pacht oder Ratenkauf unter Einbeziehung der Optionsrechte zu berechnen. Die Dauer der Option ist somit jedenfalls Ausschreibungsgegenstand und daher in die Bewertung einzubeziehen (BVA 14.4.2004, 07N-15/04- 42). Konsequenterweise muss Gleiches daher auch für den Auftragsgegenstand gelten. Dem Auftraggeber sind Ernährungspumpen im Bedarfsfall kostenlos zur Verfügung zu stellen;

Ernährungspumpen sind daher - obwohl sie nicht als einzelnes Produkt anzubieten waren - durch die in den Ausschreibungsunterlagen enthaltene Option des Auftraggebers dennoch vom Gegenstand der Ausschreibung mitumfasst.

Gemäß Art. 9 der Richtlinie 93/42/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über Medizinprodukte, werden die Produkte in die Klassen I, IIa, IIb und III eingestuft. Die Klassifizierung erfolgt nach den Regeln gemäß Anhang IX. Die Klassifizierungsregeln basieren auf der Verletzbarkeit des menschlichen Körpers und berücksichtigen die potentiellen Risiken im Zusammenhang mit der technischen Auslegung der Produkte und mit ihrer Herstellung. Gemäß § 15 Abs. 1 Medizinproduktegesetz, BGBl 657/1996 idgF, dürfen Medizinprodukte mit Ausnahme von Sonderanfertigungen, Medizinprodukte gem. § 32, für die klinische Prüfung bestimmten Medizinprodukten sowie In-vitro Diagnostika für

Leistungsbewertungszwecke nur dann in Verkehr gebracht und in Betrieb genommen werden, wenn sie mit der CE-Kennzeichnung gemäß diesem Bundesgesetz oder auf der Grundlage der Richtlinien 90/385/EWG, 93/42/EWG und 98/79/EG ergangenen nationalen Vorschriften anderer Vertragsparteien des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum versehen sind. In § 3 der Verordnung der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen über die Konformitätsbewertung von Medizinprodukten, BGBl II Nr. 57/2004, sind jene Verfahren festgeschrieben, welche der Hersteller für Medizinprodukte der Klassen I, IIa, IIb und III, ausgenommen Sonderanfertigung und jene, die für die klinische Prüfung bestimmt sind, nach seiner Wahl einhalten muss, damit die CE-Kennzeichnung angebracht werden kann. Darin wird auf die Anhänge der Richtlinie 93/42/EWG, zuletzt geändert durch die Richtlinien 2000/70/EG, 2001/104/EG und 2003/12/EG verwiesen. Gemäß Artikel 9, der Richtlinie 93/42/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über Medizinprodukte, werden die Produkte in die Klassen römisch eins, römisch zwei a, römisch zwei b und römisch drei eingestuft. Die Klassifizierung erfolgt nach den Regeln gemäß Anhang römisch neun. Die Klassifizierungsregeln basieren auf der Verletzbarkeit des menschlichen Körpers und berücksichtigen die potentiellen Risiken im Zusammenhang mit der technischen Auslegung der Produkte und mit ihrer Herstellung. Gemäß Paragraph 15, Absatz eins, Medizinproduktegesetz, Bundesgesetzblatt 657 aus 1996, idgF, dürfen Medizinprodukte mit Ausnahme von Sonderanfertigungen, Medizinprodukte gem. Paragraph 32,, für die klinische Prüfung bestimmten Medizinprodukten sowie In-vitro Diagnostika für Leistungsbewertungszwecke nur dann in Verkehr gebracht und in Betrieb genommen werden, wenn sie mit der CE-Kennzeichnung gemäß diesem Bundesgesetz oder auf der Grundlage der Richtlinien 90/385/EWG, 93/42/EWG und 98/79/EG ergangenen nationalen Vorschriften anderer Vertragsparteien des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum versehen sind. In Paragraph 3, der Verordnung der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen über die Konformitätsbewertung von Medizinprodukten, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 57 aus 2004,, sind jene Verfahren festgeschrieben, welche der Hersteller für Medizinprodukte der Klassen römisch eins, römisch zwei a, römisch zwei b und römisch drei, ausgenommen Sonderanfertigung und jene, die für die klinische Prüfung bestimmt sind, nach seiner Wahl einhalten muss, damit die CE-Kennzeichnung angebracht werden kann. Darin wird auf die Anhänge der Richtlinie 93/42/EWG, zuletzt geändert durch die Richtlinien 2000/70/EG, 2001/104/EG und 2003/12/EG verwiesen.

Die Auftraggeber legten zwei EG-Zertifikate der E***, einer benannten Stelle gemäß Richtlinie 93/42/EWG mit der Kennnummer XXX, jeweils vom 8. Juni 2002 vor, welche für den Hersteller ausgestellt sind, der das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Zubehör liefert. Aus diesen EG-Zertifikaten ergibt sich, dass Überleitsysteme zur Applikation enteraler Ernährung als Medizinprodukt der Klasse I steril, sowie die Applikationstechnik für enterale Ernährung, Kontrastmittel, Infusions- /Injektionslösungen, Spüllösungen und Zubehör als Medizinprodukte der Klassen IIa, IIb iSd Richtlinie des Rates 93/42/EWG zu qualifizieren sind. Die Auftraggeber legten zwei EG-Zertifikate der E***, einer benannten Stelle gemäß Richtlinie 93/42/EWG mit der Kennnummer römisch 30 , jeweils vom 8. Juni 2002 vor, welche für den Hersteller ausgestellt sind, der das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Zubehör liefert. Aus diesen EG-Zertifikaten ergibt sich, dass Überleitsysteme zur Applikation enteraler Ernährung als Medizinprodukt der Klasse römisch eins steril, sowie die Applikationstechnik für enterale Ernährung, Kontrastmittel, Infusions- /Injektionslösungen, Spüllösungen und Zubehör als Medizinprodukte der Klassen römisch zwei a, römisch zwei b iSd Richtlinie des Rates 93/42/EWG zu qualifizieren sind.

Somit sind jedenfalls Teile der ausgeschriebenen Lieferungen als Medizinprodukte iSd Medizinproduktegesetzes, BGBl 657/1996 idgF, zu qualifizieren. Der Handel mit Medizinprodukten ist gemäß § 94 Z 33 Gewerbeordnungsnovelle 2002 ein reglementiertes Gewerbe. Die Antragstellerin verfügte zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht über diese Gewerbeberechtigung. Wie sie selbst mit Schriftsatz vom 5.1.2006 bestätigt, wurde ihr erst mit Bescheid vom 4.1.2006 die entsprechende Gewerbeberechtigung vom Magistratischen Bezirksamt erteilt und die Gewerbeberechtigung in das Gewerberegister eingetragen. Zwei (darunter auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin) der drei vor der Antragstellerin gereichten Bieter verfügen jedenfalls über die Gewerbeberechtigung für das reglementierte Gewerbe des Handels mit Medizinprodukten gemäß § 94 Z 33 Gewerbeordnungsnovelle 2002. Somit sind jedenfalls Teile der ausgeschriebenen Lieferungen als Medizinprodukte iSd Medizinproduktegesetzes, Bundesgesetzblatt 657 aus 1996, idgF, zu qualifizieren. Der Handel mit Medizinprodukten ist gemäß Paragraph 94, Ziffer 33, Gewerbeordnungsnovelle 2002 ein reglementiertes Gewerbe. Die Antragstellerin verfügte zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht über diese Gewerbeberechtigung. Wie sie selbst mit Schriftsatz vom 5.1.2006 bestätigt, wurde ihr erst mit Bescheid vom 4.1.2006 die entsprechende Gewerbeberechtigung vom Magistratischen Bezirksamt erteilt und die Gewerbeberechtigung in das Gewerberegister eingetragen. Zwei (darunter auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin) der drei vor der

Antragstellerin gereichten Bieter verfügen jedenfalls über die Gewerbeberechtigung für das reglementierte Gewerbe des Handels mit Medizinprodukten gemäß Paragraph 94, Ziffer 33, Gewerbeordnungsnovelle 2002.

Weiters war zu klären, ob die unter Pos. K7 anzubietende bilanzierte Trinknahrung für Patienten, die mit oraler Nahrungsaufnahme den Nährstoffbedarf nicht decken können, zur alleinigen Ernährung definierter Personengruppe geeignet sein muss. Nach Meinung der Antragstellerin kann nur bilanzierte Trinknahrung, die zur alleinigen Ernährung geeignet sein muss, angeboten werden, da sich dies einerseits bereits aus dem Begriff "bilanzierte Trinknahrung", andererseits aus den Ausschreibungsunterlagen in ihrer Gesamtheit ergebe. Dieser Auffassung wird von den Auftraggebern widersprochen.

Wie sich aus der gutachtlichen Stellungnahme und den Ausführungen von F*** in der mündlichen Verhandlung schlüssig und nachvollziehbar ergibt, ist der Begriff "bilanzierte Diät" als Terminus technicus gleichzusetzen mit dem Begriff "Bilanzierte Nahrung". Diesfalls bedeutet es nur, dass damit ein Nahrungsmittel vorliegt, dessen Komponenten en detail qualitativ und quantitativ definiert sind.

Erst mit analogen weiteren Beschreibungen könnten weitere Zusatzanforderungen definiert werden, nämlich

- -Strichaufzählung
"Elementar-Nahrung" oder "Vollständig bilanzierte Nahrung" oder
- -Strichaufzählung
"Ergänzend bilanzierte Nahrung".

(Erste Variante für die Bedingung, dass die alleinige Gabe dieses Produktes die optimierte Ernährung gewährleistet und zweite Variante, für die Bedingung, dass in diesem Produkt nur Komponenten enthalten sind.)

In der Ausschreibung findet sich noch der Begriff "Trinknahrung". "Trinken" ist ein Begriff, der die orale Zufuhr mit anschließendem Schlucken (Weitertransport) suggeriert, doch wird auch primär für den enteralen Einsatz bestimmte Nahrung in der Praxis auch oral verabreicht. Dieser Einsatz Usance folgend werden enterale oder "Sondenprodukte" oft auch zusätzlich aromatisiert, - eine Maßnahme, die a priori der definierte Einsatz "enteral" nicht erfordern würde. Daraus abgeleitet sollten die anzubietenden Produkte einerseits für die enterale Ernährung geeignet sein andererseits aber auch als Trinknahrung (Geruch - Geschmack) eingesetzt werden können, dies ergibt sich auch aus der Überschrift der Ausschreibung: "Enterale Ernährung, Trink- und Sondennahrung"). Diese Anforderung schlägt sich im Ausschreibungstext im Sinne der Anforderung "aromatisiert" nieder. Die Textierung der Ausschreibung ", die mit oraler Nahrungsaufnahme den Nährstoffbedarf nicht decken können", lässt jedoch offen, ob damit gemeint ist, dass nicht ausreichender Transport von oral nach enteral möglich sei und daher zusätzlich ein enteral zu verabreichendes Produkt von Nöten ist (kombiniertes Anwenden z.B. feste-, flüssige-, breiige-, enterale + orale Nahrung usw.) oder dass die oral verabreichte Menge in der Gesamtbilanz einen Mangel aufweist.

Es besteht somit kein Widerspruch zum allgemeinen Begriff "Bilanzierte Nahrung" = "Bilanzierte Diät" als übergeordneter Sammelbegriff.

Der verwendete Begriff "eiweißreich" wurde nicht näher quantitativ und qualitativ festgeschrieben, sodass auch dieser sich schlüssig zum allgemeinen Begriff "Bilanzierte Nahrung" = "Bilanzierte Diät" als übergeordneter Sammelbegriff zuordnen lässt.

"Bilanzierte Nahrung" erfüllt für den Anwender die Grundvoraussetzung, dass die Inhaltsstoffe qualitativ und quantitativ definiert sind und damit eine Bilanzierung der Ernährung, bezogen auf angeführte Parameter, möglich ist. Die angeführten Parameter können z.B. sein, Proteine (Eiweiß), Mineralstoffe, Moleküle mit definierten Wirkungen, Kohlehydrate (z.B. unterschiedliche Zucker), Stärke, usw. Allein aus dem Zusatz "eiweißreich" kann nicht geschlossen werden, dass ein Produkt mit dieser Zusatzinformation ausgelobt, für die vollständige Ernährung geeignet sein muss. Aus dem Begriff "eiweißreich" allein kann nicht abgeleitet werden, dass der vollständige Eiweißtagesbedarf gedeckt ist, weil auch eine 80% des Tagesbedarfs an Proteinen deckende Menge gegenüber einer Produktzusammensetzung, die nur 10% oder 20% deckt, als "eiweißreich" bezeichnet werden kann. In der Textierung 17a der Ausschreibungsunterlagen wird weiters darauf eingegangen, dass die alleinige "Ernährungstüchtigkeit" des Produktes für definierte Personengruppen (es sind unterschiedliche Patienten mit unterschiedlichen Krankheitsbildern anzunehmen) gegeben sein muss. Eine kalkulatorisch ausbilanzierte Ernährung ist nur möglich, wenn die Nahrung die Kriterien einer bilanzierten Nahrung (quantitative und qualitative Definition der Inhaltsstoffe) erfüllt. Damit ist auch die

Kombination unterschiedlicher Produkte mit der jeweiligen qualitativen und quantitativen Inhaltsdefinition möglich. Die Ausschreibung enthält jedoch keine exakt definierte Personengruppe mit einem entsprechenden Anforderungsprofil.

Aus den Ausführungen des gerichtlich beeideten Sachverständigen F***, ergibt sich schlüssig und nachvollziehbar, dass sich nicht bereits allein aus dem Begriff "bilanzierte Trinknahrung" ergibt, dass diese zur ausschließlichen Ernährung geeignet sein muss.

Wenn die Antragstellerin verneint, dass sich aus Punkt 17a) der Ausschreibungsunterlagen dennoch ergebe, dass die bilanzierte Trinknahrung zur ausschließlichen Ernährung geeignet sein müsse, und dass die Ausführungen des Sachverständigen diesbezüglich unvollständig seien, ist diesem Vorbringen Folgendes entgegenzuhalten:

Die an den Sachverständigen gestellte Frage bezog sich allein auf das Vorbringen der Antragstellerin, bereits aus dem Begriff "bilanzierte Trinknahrung" ergebe sich, dass diese zur alleinigen Ernährung geeignet sein müsse. Eine Interpretation der Ausschreibung ist eine Rechtsfrage, die durch den erkennenden Senat zu lösen ist und somit nicht Aufgabe des Sachverständigen.

Die Aussagen im Gutachten von H*** beziehen sich hingegen ausschließlich auf das von der Antragstellerin angebotene Produkt "D***". Weiters beziehen sich diese Ausführungen auf das Erfordernis, im Falle bestimmter medizinischer Indikationen ausschließlich durch ärztliche Anordnung eine Ernährung in Form von sog. Trink- oder Sondennahrung vorzunehmen. Über den Begriff "bilanzierte Trinknahrung", dessen Auslegung für die gegenständliche Entscheidung wesentlich ist, finden sich in diesem Gutachten keine Anhaltspunkte. Das Gutachten enthält diesbezüglich keine Ausführungen. Es wurde daher dem amtswegig eingeholten Gutachten von F*** nicht auf gleicher fachlicher Ebene entgegengetreten, die in diesem Gutachten enthaltenen Ausführungen werden durch das von der Antragstellerin vorgelegte Gutachten vielmehr in den Grundzügen bestätigt. Die zur Klärung der Rechtsfrage notwendigen Aussagen wurden in dem von der Antragstellerin vorgelegten Gutachten nicht in Zweifel gezogen.

In Pkt. 17 lit.a) der Ausschreibungsunterlage ist für die ausgeschriebene Heilnahrung festgelegt, dass die "Sonden- und Trinknahrungen" zur alleinigen Ernährung definierter Personengruppen geeignet sein müssen. Die angebotenen "Sonden- und Trinknahrungen" müssen bilanziert und nährstoffdefiniert sein, dem Lebensmittelgesetz 1975 in der letztgültigen Fassung und den dazu ergangenen Verordnungen, insbesondere der Verordnung über diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke, sowie den Empfehlungen der Österreichischen Arbeitsgemeinschaft für klinische Ernährung entsprechen. Darüber hinaus wird in der Ausschreibungsunterlage zu den Pos. T1 - T7, T8, K1 - K5 sowie zu Pos. K6, unter welchen "Sonden- und Trinknahrungen" anzubieten sind, zusätzlich darauf hingewiesen, dass diese "Sonden- und Trinknahrungen" zur alleinigen Ernährung definierter Personengruppen geeignet sein müssen. Bei Pos. K7, die ausschließlich "bilanzierte Trinknahrung" (und keine Sondennahrung) für Patienten umfasst, die mit oraler Nahrungsaufnahme den Nährstoffbedarf nicht decken können, fehlt jedoch die Festlegung, dass diese Trinknahrung zur alleinigen Ernährung definierter Personengruppen geeignet sein muss. In Pkt. 17 Litera a.) der Ausschreibungsunterlage ist für die ausgeschriebene Heilnahrung festgelegt, dass die "Sonden- und Trinknahrungen" zur alleinigen Ernährung definierter Personengruppen geeignet sein müssen. Die angebotenen "Sonden- und Trinknahrungen" müssen bilanziert und nährstoffdefiniert sein, dem Lebensmittelgesetz 1975 in der letztgültigen Fassung und den dazu ergangenen Verordnungen, insbesondere der Verordnung über diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke, sowie den Empfehlungen der Österreichischen Arbeitsgemeinschaft für klinische Ernährung entsprechen. Darüber hinaus wird in der Ausschreibungsunterlage zu den Pos. T1 - T7, T8, K1 - K5 sowie zu Pos. K6, unter welchen "Sonden- und Trinknahrungen" anzubieten sind, zusätzlich darauf hingewiesen, dass diese "Sonden- und Trinknahrungen" zur alleinigen Ernährung definierter Personengruppen geeignet sein müssen. Bei Pos. K7, die ausschließlich "bilanzierte Trinknahrung" (und keine Sondennahrung) für Patienten umfasst, die mit oraler Nahrungsaufnahme den Nährstoffbedarf nicht decken können, fehlt jedoch die Festlegung, dass diese Trinknahrung zur alleinigen Ernährung definierter Personengruppen geeignet sein muss.

Die Ausschreibung unterscheidet somit zwischen "Sonden- und Trinknahrungen", die bilanziert und zur alleinigen Ernährung geeignet sein müssen einerseits und "bilanzierter Trinknahrung" für Patienten, die mit oraler Nahrungsaufnahme den Nährstoffbedarf nicht decken können (Pos. K7), andererseits.

Der Begriff "bilanzierte Trinknahrung" ist weder in der Verordnung über diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke noch in der Lebensmittelkennzeichnungsverordnung geregelt. Laut Stellungnahme der G*** wird

unter dem Begriff "bilanzierte Trinknahrung" ein diätetisches Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke gem. § 1 Abs. 1 der Verordnung über diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke verstanden. Allein aus der Bezeichnung "bilanzierte Trinknahrung" kann nicht geschlossen werden, dass es sich um eine vollständige, d. h. als einzige Nahrungsquelle für eine Person geeignete, bilanzierte Diät handelt. Gemäß § 2 Abs. 1 der Verordnung des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen über diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke, BGBl II Nr. 416/2000, werden diätetische Lebensmittel für besonderer medizinische Zwecke in folgende drei Kategorien unterteilt: Der Begriff "bilanzierte Trinknahrung" ist weder in der Verordnung über diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke noch in der Lebensmittelkennzeichnungsverordnung geregelt. Laut Stellungnahme der G*** wird unter dem Begriff "bilanzierte Trinknahrung" ein diätetisches Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke gem. Paragraph eins, Absatz eins, der Verordnung über diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke verstanden. Allein aus der Bezeichnung "bilanzierte Trinknahrung" kann nicht geschlossen werden, dass es sich um eine vollständige, d. h. als einzige Nahrungsquelle für eine Person geeignete, bilanzierte Diät handelt. Gemäß Paragraph 2, Absatz eins, der Verordnung des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen über diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 416 aus 2000,, werden diätetische Lebensmittel für besonderer medizinische Zwecke in folgende drei Kategorien unterteilt:

- -Strichaufzählung
Diätetisch vollständige Lebensmittel mit einer Nährstoffstandardformulierung die bei Verwendung nach den Anweisungen des Herstellers die einzige Nahrungsquelle für die Person, für die sie bestimmt sind, darstellen könne;
- -Strichaufzählung
Diätetisch vollständige Lebensmittel mit einer für eine bestimmte Krankheit oder Störung oder für bestimmte Beschwerden spezifischen angepassten Nährstoffformulierung, die bei Verwendung nach den Anweisungen des Herstellers die einzige Nahrungsquelle für die Personen, für die sie bestimmt sind, darstellen können;
- -Strichaufzählung
Diätetisch unvollständige Lebensmittel mit einer Standardformulierung oder einer für eine bestimmte Krankheit oder Störung oder für bestimmte Beschwerden spezifischen angepassten Nährstoffformulierung, die sich nicht für die Verwendung als einzige Nahrungsquelle eignen.

Die Ausschreibung enthält jedoch keinen Hinweis, ob es sich um ein diätetisch unvollständiges oder diätetisch vollständiges Lebensmittel zu handeln hat. Das Vorbringen der Antragstellerin, Heilnahrung werde mit dem Rezeptzeichen "SH" versehen und müsse somit zur ausschließlichen Ernährung geeignet sein, geht daher aufgrund der Textierung der Ausschreibungsunterlagen ins Leere, weshalb von der Einholung einer Stellungnahme bzw. Einvernahme eines informierten Vertreters des Hauptverbandes der Österr. Sozialversicherungsträger abgesehen werden konnte.

Auch aus der Sicht des zur Auslegung durch den EuGH heran gezogenen Prüfungsmaßstabes eines durchschnittlichen, fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl. EuGH, 4.12.2003, RS C-448/01 (EVN-AG Wien Strom GmbH gegen die Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078] wäre für die Antragstellerin erkennbar gewesen, dass unter Pos K7 auch bilanzierte Trinknahrung, die nicht zur alleinigen Ernährung geeignet sein muss, angeboten werden kann. Dies wird auch durch die Tatsache untermauert, dass alle anderen Bieter unter der Pos. K7 Produkte angeboten haben, die nicht zur alleinigen Ernährung geeignet sind.

Wenn die Antragstellerin vermeint, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren die verwendeten Zuschlagskriterien mangels Konkretisierung, Transparenz und Gewichtung eine objektiv nachvollziehbare Bewertung verunmöglichen, weshalb die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären und die Ausschreibung zu widerrufen seien, so hätte sie dies rechtzeitig im Rahmen eines Antrages auf Nichtigserklärung der Ausschreibung (gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 20 Z 13 lit.a sublit. aa BVerGG 2002) geltend machen müssen. Die dafür vorgesehene Frist für die Bekämpfung gemäß § 169 Abs. 1 Z 1 lit. a leg. cit. blieb allerdings ungenützt. Wenn die Antragstellerin vermeint, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren die verwendeten Zuschlagskriterien mangels Konkretisierung, Transparenz und Gewichtung eine objektiv nachvollziehbare Bewertung verunmöglichen, weshalb die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären und die Ausschreibung zu widerrufen seien, so hätte sie dies rechtzeitig im Rahmen eines Antrages

auf Nichtigerklärung der Ausschreibung (gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2002) geltend machen müssen. Die dafür vorgesehene Frist für die Bekämpfung gemäß Paragraph 169, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, leg. cit. blieb allerdings ungenützt.

Daran ändert auch nichts, dass die Antragstellerin vom Vorliegen eines Wurzel mangels ausgeht. Dem BVergG 2002 liegt das System der gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen (§ 20 Z 13 leg.cit.) mit den einer effizienten Abwicklung von Rechtsschutzverfahren dienenden flankierenden Bestimmungen zu Fristen und Präklusionsregelungen zugrunde (AB 1118 BlgNR 21.GP 21). Die Präklusionswirkung der Antragsfristen ist als umfassend zu interpretieren, zumal nicht danach zu differenzieren ist, ob es sich um einen grundlegenden Ausschreibungsmangel oder um einen sonstigen Rechtsverstoß handelt. Die Präklusionswirkung bezieht sich undifferenziert auf alle Rechtsverstöße, die nicht innerhalb der jeweiligen Antragsfrist durch einen Nachprüfungsantrag geltend gemacht wurden (BVA, 29.8.2003, 13N-72/03-11; 20.6.2003, 17N- 46/03-34; sowie Thienel, Grundfragen gesondert und verbunden anfechtbarer Entscheidungen nach dem BVergG 2002, ZVB 2003, 69f). Daran ändert auch nichts, dass die Antragstellerin vom Vorliegen eines Wurzel mangels ausgeht. Dem BVergG 2002 liegt das System der gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen (Paragraph 20, Ziffer 13, leg.cit.) mit den einer effizienten Abwicklung von Rechtsschutzverfahren dienenden flankierenden Bestimmungen zu Fristen und Präklusionsregelungen zugrunde Ausschussbericht 1118 BlgNR 21.Gesetzgebungsperiode 21). Die Präklusionswirkung der Antragsfristen ist als umfassend zu interpretieren, zumal nicht danach zu differenzieren ist, ob es sich um einen grundlegenden Ausschreibungsmangel oder um einen sonstigen Rechtsverstoß handelt. Die Präklusionswirkung bezieht sich undifferenziert auf alle Rechtsverstöße, die nicht innerhalb der jeweiligen Antragsfrist durch einen Nachprüfungsantrag geltend gemacht wurden (BVA, 29.8.2003, 13N-72/03-11; 20.6.2003, 17N- 46/03-34; sowie Thienel, Grundfragen gesondert und verbunden anfechtbarer Entscheidungen nach dem BVergG 2002, ZVB 2003, 69f).

Mangels fristgerechter Anfechtung haben bisherige Entscheidungen des Auftraggebers, wie die Ausschreibung einschließlich der Festlegung der Zuschlagskriterien, daher Bestandskraft erlangt. Für den Bieter folgt dies aus der Präklusion der Anfechtbarkeit (§§ 20 Z 13, 169 BVergG) und für den Auftraggeber etwa daraus, dass dieser insbesondere in Folge des Gleichbehandlungsgrundsatzes (§ 21 BVergG) nicht nachträglich von den von ihm aufgestellten Bedingungen abweichen darf. Alle Bieter müssen nämlich darauf vertrauen können, dass "der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält" (BVA 30.09.2002, N-41/02-27, RPA 2002, 293, oder BVA 05.06.2003, 12N-32/03-17. In diesem Sinne auch EuGH 22.06.1993 Rs C-243/89, Brücke über den Storebaelt Rz 37 und 39 und EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, Kommission/Belgien Rz 27 und 35, hinsichtlich der Zuschlagskriterien siehe SA des GA Lenz 12.09.1995, Rs C-87/94 Kommission/Belgien Rz 60). Die Bindung des Auftraggebers an die eigenen Festlegungen ist auch in § 91 Abs. 1 BVergG manifestiert, wonach der Auftraggeber die Prüfung der Angebote nach den in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien vornehmen muss (BVA vom 18. August 2003, 10N-60/03-26). Mangels fristgerechter Anfechtung haben bisherige Entscheidungen des Auftraggebers, wie die Ausschreibung einschließlich der Festlegung der Zuschlagskriterien, daher Bestandskraft erlangt. Für den Bieter folgt dies aus der Präklusion der Anfechtbarkeit (Paragraphen 20, Ziffer 13, 169, BVergG) und für den Auftraggeber etwa daraus, dass dieser insbesondere in Folge des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Paragraph 21, BVergG) nicht nachträglich von den von ihm aufgestellten Bedingungen abweichen darf. Alle Bieter müssen nämlich darauf vertrauen können, dass "der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält" (BVA 30.09.2002, N-41/02-27, RPA 2002, 293, oder BVA 05.06.2003, 12N-32/03-17. In diesem Sinne auch EuGH 22.06.1993 Rs C-243/89, Brücke über den Storebaelt Rz 37 und 39 und EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, Kommission/Belgien Rz 27 und 35, hinsichtlich der Zuschlagskriterien siehe SA des GA Lenz 12.09.1995, Rs C-87/94 Kommission/Belgien Rz 60). Die Bindung des Auftraggebers an die eigenen Festlegungen ist auch in Paragraph 91, Absatz eins, BVergG manifestiert, wonach der Auftraggeber die Prüfung der Angebote nach den in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien vornehmen muss (BVA vom 18. August 2003, 10N-60/03-26).

Darüber hinaus ist das Punktbewertungsverfahren jedenfalls geeignet, eine Gleichbehandlung der Bieter bei der Bestbieterermittlung zu gewährleisten.

Die Antragstellerin hat in ihren Schriftsätzen behauptet, dass die Angebote aller anderen Bieter auszuschneiden wären, weil die von ihnen angebotenen Sonden- und Trinknahrungen nicht in allen Positionen zur alleinigen Ernährung geeignet seien, insbesondere nicht in Position K7, sowie wegen fehlender Gewerbeberechtigungen, abweichender Verpackungsgrößen und unzulässiger Weitergabe an Subunternehmer. Wie bereits oben festgestellt und ausgeführt,

war unter Position K7 nicht eine bilanzierte Trinknahrung anzubieten, die zur alleinigen Ernährung geeignet ist. Der Hersteller der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Trink- und Sondennahrung bestätigte mit Fax vom 5.1.2006, dass die sonstigen von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Trink- und Sondennahrung zur alleinigen Ernährung geeignet sind. Desweiteren könne das unter Pos. K7 angebotene Produkt unter strenger Indikationsstellung auch als alleinige Ernährung dienen. Eine Einsichtnahme des erkennenden Senates in die Angebote der anderen Bieter konnte die von der Antragstellerin vorgebrachten Ausscheidensgründe, welche darüber hinaus in keiner Weise konkretisiert wurden, nicht bestätigen.

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass entgegen der Ansicht der Antragstellerin nicht alle Bieter auszuschneiden gewesen waren.

Antragslegitimation der Antragstellerin:

Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung, gemäß den Bestimmungen des Vergabegesetzes und der hierzu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation iSv § 163 Abs. 1 BVergG 2002 zu verneinen (vgl. VwGH 3.1.2005, 2003/04/0039; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 5.8.2005, 04N-70/05-26). Die Antragstellerin verfügte zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht über die Gewerbeberechtigung gemäß § 94 Z 33 Gewerbeordnungsnovelle 2002. Wie sie selbst mit Schriftsatz vom 5.1.2006 bestätigte, wurde ihr erst mit Bescheid vom 4.1.2006 die entsprechende Gewerbeberechtigung vom Magistratischen Bezirksamt erteilt und die Gewerbeberechtigung in das Gewerberegister eingetragen. Die Frage der Befugnis war Gegenstand zahlreicher schriftlicher Stellungnahmen der Antragstellerin. Darüber hinaus fand am 24.1.2006 eine mündliche Verhandlung statt. Der Antragstellerin wurde somit umfangreich Gelegenheit gegeben, zu ihrer Befugnis und damit auch zur Stichhaltigkeit des vom Bundesvergabeamt herangezogenen Ausscheidensgrundes Stellung zu nehmen [vgl. EUGH 19.6.2003, Rs C-249/01 (Hackermüller); VwGH 1.3.2005, 2003/04/0039; 16.2.2005, 2004/04/0030]. Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung, gemäß den Bestimmungen des Vergabegesetzes und der hierzu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation iSv Paragraph 163, Absatz eins, BVergG 2002 zu verneinen (vergleiche VwGH 3.1.2005, 2003/04/0039; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 5.8.2005, 04N-70/05-26). Die Antragstellerin verfügte zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht über die Gewerbeberechtigung gemäß Paragraph 94, Ziffer 33, Gewerbeordnungsnovelle 2002. Wie sie selbst mit Schriftsatz vom 5.1.2006 bestätigte, wurde ihr erst mit Bescheid vom 4.1.2006 die entsprechende Gewerbeberechtigung vom Magistratischen Bezirksamt erteilt und die Gewerbeberechtigung in das Gewerberegister eingetragen. Die Frage der Befugnis war Gegenstand zahlreicher schriftlicher Stellungnahmen der Antragstellerin. Darüber hinaus fand am 24.1.2006 eine mündliche Verhandlung statt. Der Antragstellerin wurde somit umfangreich Gelegenheit gegeben, zu ihrer Befugnis und damit auch zur Stichhaltigkeit des vom Bundesvergabeamt herangezogenen Ausscheidensgrundes Stellung zu nehmen [vgl. EUGH 19.6.2003, Rs C-249/01 (Hackermüller); VwGH 1.3.2005, 2003/04/0039; 16.2.2005, 2004/04/0030].

Zu Spruchpunkt 2:

Gemäß § 74 Abs. 2 erster Satz AVG bestimmen die Verwaltungsvorschriften, inwiefern einem Beteiligten - abweichend von der allgemeinen Regelung des Abs. 1, wonach jeder Beteiligte seine Kosten selbst zu tragen hat - ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht. Bei § 177 Abs. 5 BVergG 2002 handelt es sich um eine Verwaltungsvorschrift iSd. § 74 Abs. 2 AVG, nach der einem Beteiligten (dem auch nur teilweise obsiegenden Antragsteller im Nachprüfungsverfahren) ein Kostenersatzanspruch (Anspruch auf Ersatz der entrichteten Gebühren) gegen einen anderen Beteiligten (den Antragsgegner, das ist regelmäßig der Auftraggeber), zusteht. Gemäß Paragraph 74, Absatz 2, erster Satz AVG bestimmen die Verwaltungsvorschriften, inwiefern einem Beteiligten - abweichend von der allgemeinen Regelung des Absatz eins,, wonach jeder Beteiligte seine Kosten selbst zu tragen hat - ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht. Bei Paragraph 177, Absatz 5, BVergG 2002 handelt es sich um eine Verwaltungsvorschrift iSd. Paragraph 74, Absatz 2, AVG, nach der einem Beteiligten (dem auch nur teilweise obsiegenden Antragsteller im Nachprüfungsverfahren) ein Kostenersatzanspruch (Anspruch auf Ersatz der entrichteten Gebühren) gegen einen anderen Beteiligten (den Antragsgegner, das ist regelmäßig der Auftraggeber), zusteht.

Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass die für die Hauptsache zuständige Behörde - in der Regel in dem die

Hauptsache erledigenden Bescheid - auch über den gemäß § 74 Abs. 2 AVG in den Verwaltungsvorschriften normierten Kostenersatzanspruch eines Beteiligten gegen einen anderen zu entscheiden hat, ohne dass es hiezu einer ausdrücklichen Normierung der Kompetenz für diese Kostenentscheidung im jeweiligen Materiengesetz bedarf (vgl. VwGH 6.4.2005, 2004/04/0091, 0092; Thienel/Bratschovsky Gebührenersatz nach § 177 Abs. 5 BVergG - wirklich bei Gericht einzuklagen?, ZVB 2004, 102ff; BVA 13.5.2005, 04N-17/05-49, 17.5.2005, 04N-17/05-50; 19.5.2005, 06N-33/05-22; 20.5.2005, 17N-23/05-42 ua.). Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass die für die Hauptsache zuständige Behörde - in der Regel in dem die Hauptsache erledigenden Bescheid - auch über den gemäß Paragraph 74, Absatz 2, AVG in den Verwaltungsvorschriften normierten Kostenersatzanspruch eines Beteiligten gegen einen anderen zu entscheiden hat, ohne dass es hiezu einer ausdrücklichen Normierung der Kompetenz für diese Kostenentscheidung im jeweiligen Materiengesetz bedarf vergleiche VwGH 6.4.2005, 2004/04/0091, 0092; Thienel/Bratschovsky Gebührenersatz nach Paragraph 177, Absatz 5, BVergG - wirklich bei Gericht einzuklagen?, ZVB 2004, 102ff; BVA 13.5.2005, 04N-17/05-49, 17.5.2005, 04N-17/05-50; 19.5.2005, 06N-33/05-22; 20.5.2005, 17N-23/05-42 ua.).

Gemäß § 177 Abs. 5 BVergG 2002 hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Abs. 1 oder 3 entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner. Gemäß Paragraph 177, Absatz 5, BVergG 2002 hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Absatz eins, oder 3 entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner.

Für den am 9.12.2005 eingebrachten Antrag auf Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung wurde von der Antragstellerin nachweislich eine Pauschalgebühr in Höhe von Euro 1.600,-- entrichtet. Wie sich aus dem Spruchpunkt 1 des gegenständlichen Bescheides ergibt, wurde der Antrag der Antragstellerin zurückgewiesen. Es kann daher nicht von einem "teilweisen Obsiegen" der Antragstellerin im Sinne von § 177 Abs. 5 leg. cit ausgegangen werden, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war. Für den am 9.12.2005 eingebrachten Antrag auf Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung wurde von der Antragstellerin nachweislich eine Pauschalgebühr in Höhe von Euro 1.600,-- entrichtet. Wie sich aus dem Spruchpunkt 1 des gegenständlichen Bescheides ergibt, wurde der Antrag der Antragstellerin zurückgewiesen. Es kann daher nicht von einem "teilweisen Obsiegen" der Antragstellerin im Sinne von Paragraph 177, Absatz 5, leg. cit ausgegangen werden, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war.

Dokumentnummer

VERGT_20060202_07N_126_05_60_00

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