

TE Verg Bescheid 2004/6/7 07N-39/04-29

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 07.06.2004

Norm

BVergG 2002 §20 Z13 lita sublitaa

BVergG 2002 §21 Abs1

BVergG 2002 §91 Abs2 Z5

BVergG 2002 §162 Abs2 Z2

BVergG 2002 §167

BVergG 2002 §174 Abs1

ASVG §23 Abs5

ASVG §133 Abs1

ASVG §133 Abs2

ASVG §137

ASVG §154

1. ASVG § 23 heute
 2. ASVG § 23 gültig ab 01.01.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2018
 3. ASVG § 23 gültig von 01.01.2016 bis 31.12.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 162/2015
 4. ASVG § 23 gültig von 01.01.2016 bis 31.12.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 113/2015
 5. ASVG § 23 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2013
 6. ASVG § 23 gültig von 01.01.2005 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 61/2010
 7. ASVG § 23 gültig von 01.01.2005 bis 19.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 145/2003
 8. ASVG § 23 gültig von 20.04.2002 bis 31.12.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 61/2010
 9. ASVG § 23 gültig von 01.07.1994 bis 19.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 450/1994
-
1. ASVG § 133 heute
 2. ASVG § 133 gültig ab 20.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 61/2010
 3. ASVG § 133 gültig von 01.01.1988 bis 19.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 609/1987
-
1. ASVG § 133 heute
 2. ASVG § 133 gültig ab 20.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 61/2010
 3. ASVG § 133 gültig von 01.01.1988 bis 19.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 609/1987
-
1. ASVG § 137 heute
 2. ASVG § 137 gültig ab 01.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 156/2004
 3. ASVG § 137 gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 67/2001
 4. ASVG § 137 gültig von 01.07.1993 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 335/1993

1. ASVG § 154 heute
2. ASVG § 154 gültig ab 01.01.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 67/2001
3. ASVG § 154 gültig von 01.07.1993 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 335/1993

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer und die Beisitzer Dr. Josef Bosina als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Wolfgang Damianisch als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG 2002), BGBl. I Nr. 99/2002, betreffend das Vergabeverfahren "Versorgung von Anspruchsberechtigten der Wiener Gebietskrankenkasse mit Inkontinenzartikeln" der Auftraggeberin Wiener Gebietskrankenkasse (WGKK), Wienerbergstraße 15-19, 1100 Wien, vertreten durch X***, über die Anträge der A***, vertreten durch Y***, vom 16. April 2004 und der B*** (präsumtive Zuschlagsempfängerin), vom 27. Mai 2004, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer und die Beisitzer Dr. Josef Bosina als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Wolfgang Damianisch als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG 2002), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,, betreffend das Vergabeverfahren "Versorgung von Anspruchsberechtigten der Wiener Gebietskrankenkasse mit Inkontinenzartikeln" der Auftraggeberin Wiener Gebietskrankenkasse (WGKK), Wienerbergstraße 15-19, 1100 Wien, vertreten durch X***, über die Anträge der A***, vertreten durch Y***, vom 16. April 2004 und der B*** (präsumtive Zuschlagsempfängerin), vom 27. Mai 2004, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 16. April 2004, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der Wiener Gebietskrankenkasse im Vergabeverfahren "Versorgung von Anspruchsberechtigten der Wiener Gebietskrankenkasse mit Inkontinenzartikeln" vom 30.3.2004, allen Bietern zugestellt am 2.4.2004, wird stattgegeben.

Die Zuschlagsentscheidung der Wiener Gebietskrankenkasse im Vergabeverfahren "Versorgung von Anspruchsberechtigten der Wiener Gebietskrankenkasse mit Inkontinenzartikeln" vom 30.3.2004, allen Bietern zugestellt am 2.4.2004, wird für nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Dem Antrag der B*** vom 27. Mai 2004 auf Teilnahme am Verfahren wird stattgegeben.

III.römisch drei.

Der Antrag der B*** vom 27. Mai 2004 auf Zurück- bzw. Abweisung des Antrages der Antragstellerin wird abgewiesen.

Begründung

Die Wiener Gebietskrankenkasse (WGKK) hat am 30. November 2003 im offenen Verfahren die Ausschreibungsbekanntmachung zum Vergabeverfahren "Versorgung von Anspruchsberechtigten der Wiener Gebietskrankenkasse mit Inkontinenzartikeln" als Dienstleistungsauftrag der Dienstleistungskategorie 25 zur Veröffentlichung im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften via Internetapplikation www.lieferanzeiger.at an das Amt für amtliche Veröffentlichungen in Luxemburg übermittelt. Diese Ausschreibungsbekanntmachung wurde im Amtsblatt zur Wiener Zeitung/Rubrik: Amtlicher Lieferungsanzeiger am 2. Dezember 2003 zu L144539 und im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 10. Dezember 2003 unter 2003/S 238-212290 veröffentlicht. Im Abschnitt VI der Vergabebekanntmachung wurde angemerkt: Die Wiener Gebietskrankenkasse (WGKK) hat am 30. November 2003 im offenen Verfahren die Ausschreibungsbekanntmachung zum Vergabeverfahren "Versorgung von Anspruchsberechtigten der Wiener Gebietskrankenkasse mit Inkontinenzartikeln" als Dienstleistungsauftrag der Dienstleistungskategorie 25 zur Veröffentlichung im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften via Internetapplikation www.lieferanzeiger.at an das Amt für amtliche Veröffentlichungen in Luxemburg übermittelt. Diese Ausschreibungsbekanntmachung wurde im Amtsblatt zur Wiener Zeitung/Rubrik: Amtlicher Lieferungsanzeiger am 2.

Dezember 2003 zu L144539 und im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 10. Dezember 2003 unter 2003/S 238-212290 veröffentlicht. Im Abschnitt römisch sechs der Vergabebekanntmachung wurde angemerkt:

VI.1) Die Bekanntmachung ist freiwillig: Nein/römisch sechs.1) Die Bekanntmachung ist freiwillig: Nein.

In den Ausschreibungsunterlagen ist insbesondere Folgendes festgehalten:

2.1. Ausgangssituation

[...] Mit dieser Ausschreibung soll für die Bereitstellung von Inkontinenzartikeln für die Versicherten der WGKK und ihrer anspruchsberechtigten Angehörigen (im Folgenden auch "Anspruchsberechtigte") vorgesorgt werden.

Mit der gegenständlichen Ausschreibung soll in ökonomischer Weise Vorsorge getroffen werden, dass Anspruchsberechtigte auf Rechnung der WGKK Inkontinenzartikel über (ärztliche) Verschreibung erhalten. [...].

2.13. Form des Angebotes und Adresse für die Angebotsabgabe

Das Angebot bestehend aus

- -Strichaufzählung
dem ausgefüllten und unterfertigten Deckblatt für das Angebot samt Erklärungen des Bieters,
- -Strichaufzählung
dem ausgepreisten und unterfertigten Preisblatt und
- -Strichaufzählung
dem unterfertigten Vertrag,

ist brieflich [...] zu adressieren. [...]

[...]

Das Angebot ist gebunden (geheftet) und [...] zu übermitteln.

[...]

2.22. Zuschlagskriterien

Der Zuschlag wird dem Bieter mit dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot (Bestbieterprinzip) erteilt. Für die Wahl des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes sind nachfolgende Zuschlagskriterien ausschlaggebend, wobei die Angebote im Rahmen des nachfolgenden Punktesystems wie folgt bewertet werden:

1. 1.Ziffer eins

Kriterium: Preis Gewichtung: 60% von 100 Punkten

Die angebotenen (zivilrechtlichen) Preise (siehe Punkt 4.11. und Punkt 1) werden unter Berücksichtigung des gewährten Skontos (siehe Punkt 4.12 und Punkt 1) nach ihrer Höhe gereiht. Die Berücksichtigung des gewährten Skontos erfolgt, indem vom angebotenen (zivilrechtlichen) Preis der angebotene Skonto abgezogen wird. [...] Das Angebot mit dem so errechneten niedrigsten Preis erhält 60 Punkte. Die übrigen Angebote erhalten eine Punktezahl, die dem Verhältnis des von ihnen unter Berücksichtigung des Skontos angebotenen Preises zum niedrigsten Preis entspricht.

1. 2.Ziffer 2

Kriterium: Qualität Gewichtung: 40% von 100 Punkten

Subkriterien	Punkte
--------------	--------

Versorgung der Anspruchsberechtigten über mehr	3 bis 30
--	----------

als eine und im besten Fall elf Abgabestelle(n)

unter Einsatz von nachweislich geschultem Personal

(Punkt 2.14), wobei die Abgabestellen möglichst

gleichmäßig über die Wiener Bezirke verteilt sein

sollen, oder ein gleichwertiges Versorgungssystem

(Hinweis: ab der zweiten Abgabestelle werden für

jede Abgabestelle, in der geschultes Personal eingesetzt wird, 3 Punkte vergeben, maximal aber 30 Punkte; Abgabestellen ohne geschultes Personal erhalten keine Punkte; mehrere Abgabestellen in einem Wiener Bezirk werden nur einmal gewertet, sodass insgesamt 10 x 3 Punkte zur Verteilung gelangen)

Zeiten für Abgabe oder Lieferung pro Woche

(Hinweis: vergeben werden ab

40 Stunden1 Punkt 1 bis 4

42 Stunden2 Punkte

44 Stunden3 Punkte

46 Stunden4 Punkte

48 Stunden5 Punkte)

EDV-Lösung für Verbrauchsoptimierung 5

(Hinweis: bei Vorhandensein einer EDV-Lösung

werden fünf Punkte vergeben, bei Fehlen keiner)

Bei vollständiger Erfüllung der angeführten Subkriterien werden 40 Punkte für die Qualität vergeben, bei nur teilweiser Erfüllung entsprechend weniger.

Schließlich werden die beim Preis und bei der Qualität erhaltenen Punkte addiert. Der Zuschlag wird jenem Bieter erteilt, der aufgrund dieses Systems die höchste Punktzahl erreicht hat. Sollten zwei oder mehrere Bieter die gleiche Punktzahl erreichen, erhält jener Bieter den Zuschlag, der beim Preis die meisten Punkte erhalten hat.

4.12. Skonto

Die in Punkt 4.1. bis Punkt 4.10 jeweils angebotenen Preise sind Netto-Preise unter Berücksichtigung des in Punkt 5.8.a) vereinbarten Zahlungszieles. Bei Zahlung innerhalb von 21 Tagen gewährt der Bieter jedoch einen Skonto in Höhe von ____% der Rechnungssumme.

5.2. Vertragsgegenstand

1. a)Litera a

Der durch Zuschlagserteilung zustande kommende Vertrag regelt die Abgabe der in der Produktbeschreibung (Punkt 3) angeführten Inkontinenzartikel (im Folgenden kurz "Behelfe") auf Rechnung der WGKK durch den Auftragnehmer an bei der WGKK Versicherte und anspruchsberechtigte Angehörige der Versicherten (im Folgenden kurz "Anspruchsberechtigte") über (ärztliche) Verschreibung und allenfalls vorheriger Bewilligung durch die WGKK.

1. c)Litera c

Der Auftragnehmer kann aus dem mit der WGKK geschlossenen Leistungsvertrag (Punkt 5.13) keinen Anspruch auf Erteilung eines (Einzel-)Auftrags ableiten. Die Abgabe der Behelfe richtet sich ausschließlich nach dem Bedarf des Anspruchsberechtigten unter Berücksichtigung einer ärztlichen Verordnung und der maximalen Kassenleistung, wobei es dem Anspruchsberechtigten insbesondere auch freisteht, Inkontinenzartikel von einem anderen Unternehmer zu beziehen und von der WGKK die Erstattung seiner Kosten im gesetzlichen Ausmaß zu verlangen.

5.3. Leistungs- und Erfüllungsmodalitäten

1. a)Litera a

Der Auftragnehmer darf die Behelfe nur gegen Vorlage eines von einem behandelnden Vertragsarzt, einer kasseneigenen Einrichtung oder einer Vertragseinrichtung ausgestellten "Verordnung Nr. 12/29" (im Folgenden

kurz "Verordnung") an einen Anspruchsberechtigten oder dessen Betreuungsperson abgeben (ein Muster dieser Verordnung ist in Punkt 6.1 als Anlage 1 angeschlossen). Die Abgabe der Behelfe auf Rechnung der WGKK hat Zugum-Zug gegen Übergabe der Verordnung unter Beachtung der nachfolgenden Bedingungen zu erfolgen.

2. c)Litera c

Die Abgabe der Behelfe erfolgt grundsätzlich in mindestens einer Abgabestelle des Auftragnehmers durch nachweislich geschultes Personal an den Anspruchsberechtigten oder dessen Betreuungsperson (im Folgenden kurz "Empfänger") persönlich. Soweit Anspruchsberechtigte in Einrichtungen mit geschultem Pflegepersonal (z.B. in Pensionistenheimen) untergebracht sind, sind die Behelfe vom Auftragnehmer gesammelt auf seine Kosten und Gefahr in diese Einrichtungen zu liefern. Die Lieferung hat von Montag bis Freitag zu erfolgen. Sie ist bei Einlangen der Verordnung bis einschließlich 10.00 Uhr spätestens am nächsten Arbeitstag, bei Eingang nach 10.00 Uhr, spätestens am übernächsten Arbeitstag durchzuführen. Der Auftragnehmer hat sich auf einem Lieferschein die erbrachte Leistung bestätigen zu lassen. Der Auftragnehmer hat mindestens zwei Zustellversuche vorzunehmen.

1. g)Litera g

Der Auftragnehmer garantiert, die Behelfe in einwandfreier Qualität, so wie in der Produktbeschreibung (Punkt 3) festgelegt, unter Beachtung der vorgegebenen maximalen Stückzahl pro Quartal (Kassenleistung) und der indikationsbezogenen Abgabebeschränkungen entsprechend den individuellen Bedürfnissen (z.B. hinsichtlich Größe des Behelfs, des Monats- und Quartalsbedarfs) an die Anspruchsberechtigten abzugeben bzw. ihnen fristgerecht in eine Einrichtung mit geschultem Pflegepersonal zuzustellen.

1. i)Litera i

Werden vom Auftragnehmer Behelfe ausgefolgt, obwohl eine von einem Vertragsarzt, einer kasseneigenen Einrichtung oder einer Vertragseinrichtung ausgestellte "Verordnung Nr. 12/29" nicht vorhanden ist, eine allenfalls notwendige Bewilligung der WGKK nicht erfolgt ist oder eine von der WGKK nicht bewilligte Überschreitung der maximalen Kassenleistung vorliegt, ist die WGKK nicht zur direkten Kostentragung verpflichtet.

1. k)Litera k

Das Auftreten von Streitigkeiten zwischen der WGKK und dem Auftragnehmer berechtigt den Auftragnehmer nicht, die Abgabe (Lieferung) der Behelfe an die Anspruchsberechtigten einzustellen oder zurückzuhalten.

5.7. Rechnungslegung

a) Der Auftragnehmer hat die in einem Kalendermonat abgegebenen bzw. ausgelieferten Behelfe [...] abzurechnen. [...] Teilweise erbrachte Leistungen gelten erst dann als abgegeben bzw. ausgeliefert, wenn sie der Auftragnehmer vollständig erfüllt hat.

5.8. Zahlung, Zahlungsfrist und (Verzugs-)Zinsen

c) Die Zahlung durch die WGKK bedeutet keine Anerkennung der Ordnungsmäßigkeit der Erfüllung durch den Auftragnehmer und bedeutet auch keinen Verzicht auf allfällige Ansprüche gegen den Auftragnehmer etwa wegen Gewährleistung oder Schadenersatz.

5.9. Vertragsdauer und Kündigung

a) Das Vertragsverhältnis beginnt mit Erteilung des Zuschlags und wird (zunächst) auf 36 Monate geschlossen. Der Auftragnehmer ist verpflichtet, drei Monate nach Zuschlagserteilung mit der Erbringung der vertragsgemäßen Leistung zu beginnen. Bis dahin ist die WGKK berechtigt, die Leistungen vom bisherigen Auftragnehmer erbringen zu lassen ("Anlaufphase").

5.11. Anwendbares Recht und Gerichtsstand

Auf den Leistungsvertrag ist österreichisches Recht unter Ausschluss von Verweisungsnormen und unter Ausschluss des UN-Übereinkommens über den internationalen Warenkauf anwendbar.

[...].

Die Antragstellerin hat am 26.1.2004 ein Hauptangebot sowie ein Alternativangebot eingereicht. Insgesamt wurden von sechs Unternehmen 14 Angebote (Haupt- bzw. Alternativangebote) abgegeben.

Am 26.1.2004, 11.05 Uhr, wurde die Angebotsöffnung öffentlich durchgeführt. Unter anderem wurden auch von der B*** ein Hauptangebot sowie drei Alternativangebote eingereicht.

Bei der Angebotsöffnung wurden im Hinblick auf die Angebote der Antragstellerin und von B*** folgende (zivilrechtliche) Preise und Skontoangabe verlesen:

Angebot	(zivilrechtlicher) Preis in EURO	Skonto für 21 Tage
Hauptangebot- Antragstellerin	2,242.683,040	3%
Alternativangebot- Antragstellerin	2,151.139,730	3%
Hauptangebot-B***	2,246.853,955	5%
Alternativangebot 1-B***	2,296.832,280	5%
Alternativangebot 2-B***	2,573.634,596	5%
Alternativangebot 3-B***	2,610.048,438	5%

Mit Schreiben vom 31.3.2004, zugestellt per Telefax am 2.4.2004, wurden alle Bieter von der WGKK verständigt, dass die B***, in der Sitzung des Vorstandes am 30.3.2004 als Bestbieter ermittelt worden sei.

Daraufhin hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 2.4.2004 die WGKK (gemäß § 100 Abs. 3 BVergG) um Mitteilung der Gründe für die Nichtberücksichtigung ihrer Angebote sowie der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes ersucht. Daraufhin hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 2.4.2004 die WGKK (gemäß Paragraph 100, Absatz 3, BVergG) um Mitteilung der Gründe für die Nichtberücksichtigung ihrer Angebote sowie der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes ersucht.

In ihrem Antwortschreiben vom 14.4.2004 teilte die WGKK mit, dass die B*** als Bestbieter "mit dem Hauptangebot 98,65 von 100 möglichen Punkten die höchste Punktezahl erreicht hat. Die Vergabesumme des Auftrages (angebotener zivilrechtlicher Preis unter Berücksichtigung des Skontos) beträgt EURO 2,134.511,26."

Im Hinblick auf die von der Antragstellerin eingereichten Angebote wurde Folgendes mitgeteilt:

"Die Firma A***, hat mit dem Hauptangebot mit einer Punktezahl von 97,55 von 100 möglichen den zweiten Platz und mit dem Alternativangebot mit einer Punktezahl von 70 von 100 den zehnten Platz erreicht. Im Alternativangebot war nur eine Abgabestelle für Wien angeführt, wodurch bei den Qualitätskriterien für den Bereich der weiteren Abgabestellen keine Punkte vergeben werden konnten."

Mit Schriftsatz vom 16. April 2004 stellte die A***, vertreten durch Y***, in der Folge Antragstellerin genannt, das im Spruch ersichtliche Begehren, welches mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden war sowie den Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid des Bundesvergabesamtes vom 23. April 2004, GZ 07N-39/04-6 stattgegeben und der Auftraggeberin untersagt, bis längstens 16. Juni 2004 den Zuschlag zu erteilen.

Ihren Antrag begründend führte die Antragstellerin aus, die angefochtene Zuschlagsentscheidung verstoße gegen das BVergG, da sie zugunsten eines Angebotes erfolgt sei, welches (wie auch die Alternativangebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerin) rechtmäßiger Weise ausgeschieden hätte werden müssen. Da bei sämtlichen Angeboten von B*** (also auch dem Hauptangebot) die in den Ausschreibungsunterlagen vorgeschriebenen Unterfertigungen fehlten, wäre die WGKK verpflichtet gewesen, sämtliche Angebote von B*** mangels Rechtsverbindlichkeit, auf Grund des Vorliegens von Widersprüchen zu den Ausschreibungsbestimmungen und/oder auf Grund des Vorliegens unbehebbarer Mängel unverzüglich auszuschneiden. Vergaberechtswidriger Weise sei auch im Rahmen der Angebotsöffnung keine "eindeutige Kennzeichnung (Lochung)" erfolgt, die ein nachträgliches Auswechseln feststellbar machen würde (vgl. § 88 Abs. 4 BVergG). Weiters führte die Antragstellerin aus, dass entgegen Punkt 2.13. der Ausschreibungsunterlagen die Angebote von "B***" ungebunden und ungeheftet, lediglich in Form von in Aktenordnern eingeordneten losen Blättern abgegeben worden seien. Ihren Antrag begründend führte die

Antragstellerin aus, die angefochtene Zuschlagsentscheidung verstoße gegen das BVergG, da sie zugunsten eines Angebotes erfolgt sei, welches (wie auch die Alternativangebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerin) rechtmäßiger Weise ausgeschieden hätte werden müssen. Da bei sämtlichen Angeboten von B*** (also auch dem Hauptangebot) die in den Ausschreibungsunterlagen vorgeschriebenen Unterfertigungen fehlten, wäre die WGKK verpflichtet gewesen, sämtliche Angebote von B*** mangels Rechtsverbindlichkeit, auf Grund des Vorliegens von Widersprüchen zu den Ausschreibungsbestimmungen und/oder auf Grund des Vorliegens unbehebbarer Mängel unverzüglich auszuschneiden. Vergaberechtswidriger Weise sei auch im Rahmen der Angebotsöffnung keine "eindeutige Kennzeichnung (Lochung)" erfolgt, die ein nachträgliches Auswechseln feststellbar machen würde vergleiche Paragraph 88, Absatz 4, BVergG). Weiters führte die Antragstellerin aus, dass entgegen Punkt 2.13. der Ausschreibungsunterlagen die Angebote von "B***" ungebunden und ungeheftet, lediglich in Form von in Aktenordnern eingeordneten losen Blättern abgegeben worden seien.

Des Weiteren führte die Antragstellerin aus, dass ihrem Alternativangebot im Subkriterium "Versorgung der Anspruchsberechtigten über Abgabestellen oder einem gleichwertigen Versorgungssystem" die Höchstpunktzahl von 30 Punkten zuerkannt hätte werden müssen, weshalb ihr Alternativangebot mit insgesamt 100 Punkten zu bewerten gewesen wäre. Die Zuschlagsentscheidung hätte demnach auf das Alternativangebot der Antragstellerin als technisch und wirtschaftlich günstigstes Angebot lauten müssen. Abschließend führte die Antragstellerin aus, dass eine Berücksichtigung eines Skontoangebotes bei der Angebotsbewertung erfordere, dass die angebotenen Zahlungsfristen auch tatsächlich eingehalten werden könnten. Insbesondere müsse das Skontoangebot solche Zahlungsfristen enthalten, die für den öffentlichen Auftraggeber in der Praxis bewerkstelligbar seien. Die von der Antragstellerin gegenüber der WGKK in den Jahren 2002 bis 2003 gelegten Rechnungen für Inkontinenzartikel seien von dieser regelmäßig erst nach Ablauf von über sechs Wochen, in keinem Fall aber innerhalb von 21 Tagen nach Rechnungslegung, bezahlt worden. Es sei daher davon auszugehen, dass eine Zahlungsfrist von 21 Tagen für die WGKK nicht bewerkstelligbar sei. Das angebotene Skonto hätte aufgrund dieses unrealistischen Zahlungszieles bei der Wertung der Angebote nicht berücksichtigt werden dürfen, sodass das Alternativangebot der Antragstellerin oder deren Hauptangebot als technisch und wirtschaftlich günstigstes Angebot für die Zuschlagsentscheidung ausgewählt hätte werden müssen.

Hinsichtlich der Anwendbarkeit des BVergG führte die Antragstellerin in ihren Schriftsätzen vom 16. und 28. April 2004 sowie vom 14. Mai 2004 aus, dass, wenngleich die WGKK in der gegenständlichen Vergabebekanntmachung den ausschreibungsgegenständlichen Auftrag als Dienstleistungsauftrag qualifiziert habe, es sich beim relevanten Beschaffungsvorgang um die Vergabe eines Lieferauftrages handle: Gegenstand der vorliegenden Ausschreibung sei die Versorgung der Anspruchsberechtigten der WGKK mit Inkontinenzartikeln, wobei die WGKK dem Lieferanten die Inkontinenzartikel (gegen Übergabe von Verordnungsscheinen) bezahle. Es sollten daher Waren gegen Geld ausgetauscht werden. Irrelevant für die Frage der Qualifikation als Lieferauftrag sei dabei, dass nicht die WGKK selbst, sondern ein (begünstigter) Dritter Eigentümer der ausgeschriebenen Ware werde. Die durch die Lieferkoordinierungs-Richtlinie vorgenommene Ausweitung des Geltungsbereiches auf "Lieferverträge über Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Ratenkauf, mit oder ohne Kaufoption, von Waren" beweiße, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber auch die Lieferung von Waren, die nicht notwendigerweise in das Eigentum der öffentlichen Verwaltung übergehen, in den Geltungsbereich der Lieferkoordinierungs-Richtlinie einbeziehen wollte (EuGH 26.4.1994, Rs C-272/91).

Die Antragstellerin erachte sich somit in ihrem Recht darauf, dass eine Zuschlagsentscheidung nicht zugunsten eines anderen als des gemäß den Angaben in der Ausschreibung technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes ergehe, weiters in ihrem Recht darauf, dass die Zuschlagsentscheidung zugunsten des von ihr eingereichten und gemäß den Angaben in der Ausschreibung technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes ergehe, sowie in ihrem Recht darauf, dass ihr als Bieter mit dem gemäß den Angaben in der Ausschreibung technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes der Zuschlag erteilt werde, und schließlich hilfsweise in ihrem Recht auf Durchführung eines gesetzmäßigen und ausschreibungskonformen Vergabeverfahrens, sowie in ihrem Recht, dass eine rechtswidrige Ausschreibung widerrufen werde, verletzt.

Mit Schriftsatz vom 21. April 2004 übermittelte die Auftraggeberin eine Stellungnahme und legte die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor. Die Auftraggeberin brachte vor, dass gemäß § 133 Abs. 2 1. Satz ASVG die Krankenbehandlung ausreichend und zweckmäßig sein müsse, sie dürfe jedoch das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Neben der ärztlichen Hilfe und Heilbehelfen umfasse die Krankenbehandlung auch Heilmittel. Brillen, orthopädische

Schuheinlagen, Bruchbänder und "sonstige notwendige Heilbehelfe", dazu zählten im Krankheitsfall auch die ausgeschriebenen Inkontinenzartikel, seien dem Versicherten für sich und seine Angehörigen in einfacher und zweckentsprechender Ausführung nach Maßgabe der Bestimmungen des § 137 ASVG zu gewähren. Wie für ärztliche Hilfe (Krankenscheingebühr) und für Heilmittel (Rezeptgebühr) sei in § 137 ASVG eine Kostenbeteiligung des Leistungsbeziehers vorgesehen. Inkontinenzartikel könnten aber auch ein Hilfsmittel (§ 154 ASVG) sein, sofern sie zur Hilfe bei körperlichen Gebrechen dienten und in keinem Zusammenhang mit der Krankenbehandlung stünden. In diesem Falle wäre lediglich eine Zuschussleistung laut Satzung der WGKK (§ 41) geschuldet. Dementsprechend sei auch in Pkt. 5.3 lit.f der Ausschreibungsunterlage vorgesehen, dass der Auftragnehmer bei Übergabe der Behelfe die gesetzlich vorgeschriebene Kostenbeteiligung einzuheben habe. Die WGKK sei als Träger der Krankenversicherung lediglich verpflichtet, "für die Krankenbehandlung der Versicherten und ihrer Familienangehörigen ausreichend Vorsorge zu treffen". Nach herrschender Auffassung müsse die Krankenversicherung ihre Sachleistungen aber nicht in natura erbringen (Tomandl, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁵ [2002] Rz 159 mwN). Soweit die WGKK nicht selbst Einrichtungen (Ambulatorien) betreibe, in denen Gesundheitsleistungen und -güter angeboten werden, komme sie - wie hier - ihrer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung, für die Krankenbehandlung Vorsorge zu treffen, dadurch nach, dass sie entweder

- -Strichaufzählung
Verträge mit Dritten schließe, in denen sich diese dazu bereit erklären, Gesundheitsleistungen und -güter an die Versicherten (Angehörigen) auf Kosten des Versicherungsträgers zu erbringen oder
- -Strichaufzählung
die Kosten der privaten Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen und -gütern erstatte.

Da das System der Gesamt- und Einzelverträge auch für das Verhältnis der Krankenversicherungsträger zu den Erbringern von Heilbehelfen vorgesehen sei (Tomandl, aaO Rz 177), sei das Sachleistungsprinzip auch bei den Heilbehelfen dadurch gekennzeichnet, dass der Sozialversicherungsträger lediglich die erforderlichen organisatorischen Vorkehrungen zu treffen habe, damit der Leistungsberechtigte die ihm vom Gesetz verheißenen Sachgüter oder Dienstleistungen auf Rechnung des Sozialversicherungsträgers erhalten könne. Im Falle der Hilfe bei körperlichen Gebrechen durch Hilfsmittel sei die Kasse grundsätzlich nicht einmal verpflichtet, durch Verträge Vorsorge zu leisten (lediglich zur Zuschussleistung), wie dies bei der Krankenbehandlung vorgesehen sei. Aber auch hier diene der gegenständliche Vertrag der vereinfachten Abgabe an die Versicherten.

Dementsprechend werde in Pkt. 2.1. der Ausschreibungsunterlage die "Ausgangssituation" dahin zusammengefasst, dass mit dieser Ausschreibung für die "Bereitstellung" (!) von Inkontinenzartikeln für die Versicherten der WGKK und ihrer anspruchsberechtigten Angehörigen "vorsorgt" (!) werden solle. Gegenstand der Ausschreibung sei nicht die Belieferung der WGKK mit Inkontinenzartikeln, sondern werde mit der gegenständlichen Ausschreibung bloß dafür

Vorsorge getroffen, dass Anspruchsberechtigte auf Rechnung der WGKK Inkontinenzartikel vom Auftragnehmer über (ärztliche) Verschreibung erhalten könnten. Vertragsgegenstand sei also lediglich die Festlegung der Höhe des direkt verrechenbaren Entgeltes bzw. die organisatorische Gestaltung dieser Direktverrechnung. Bezieher und Nachfrager der Inkontinenzartikel sei nicht die WGKK sondern der Versicherte. Mit einem derartigen Vertrag werde weder generell noch für den Einzelfall ein (Liefer-)Auftrag zur Abgabe von Inkontinenzartikeln erteilt. Der Versicherte sei nicht verpflichtet, die über den Auftragnehmer bereitgestellten Inkontinenzartikel von diesem zu beziehen. Er könne sich derartige Gesundheitsgüter auch anderweitig (etwa von einem sonstigen Bandagisten) beschaffen und von der WGKK hierfür nachträglich die Erstattung der Kosten verlangen, sofern ein Anspruch bestehe, was voraussetze, dass die Notwendigkeit eines solchen Heilbehelfs ärztlich bescheinigt sei.

Aus den Punkten 2.1., 5.3. a) und 5.3. i) der Ausschreibungsunterlagen ergebe sich eindeutig, dass die gegenständliche Ausschreibung auf den Abschluss eines Direktverrechnungsvertrages und nicht eines Liefervertrages gerichtet sei.

Das Vergaberecht sei aber grundsätzlich nur dann anzuwenden, wenn ein vertraglicher Anspruch auf Leistungsaustausch direkt zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem (privaten) Auftragnehmer bestehe. Die "Beschaffung von Leistungen" (§ 1 BVergG) setze voraus, dass zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer ein unmittelbarer vertraglicher Austauschanspruch bestehe (siehe dazu etwa Boesen, Vergaberechtskommentar [2000] § 99 Rz 13). Dieses Erfordernis sei - wie der EuGH in der Rs C-324/98 (Teleaustria Verlags GmbH/Telkom Austria AG) ausdrücklich festgehalten habe - nicht erfüllt, wenn der Auftragnehmer die Leistungen nicht seinem Auftraggeber sondern auftragsgemäß einem Dritten erbringe. Das Vergaberecht sei aber grundsätzlich nur dann anzuwenden, wenn ein vertraglicher Anspruch auf Leistungsaustausch direkt zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem (privaten) Auftragnehmer bestehe. Die "Beschaffung von Leistungen" (Paragraph eins, BVergG) setze voraus, dass zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer ein unmittelbarer vertraglicher Austauschanspruch bestehe (siehe dazu etwa Boesen, Vergaberechtskommentar [2000] Paragraph 99, Rz 13). Dieses Erfordernis sei - wie der EuGH in der Rs C-324/98 (Teleaustria Verlags GmbH/Telkom Austria AG) ausdrücklich festgehalten habe - nicht erfüllt, wenn der Auftragnehmer die Leistungen nicht seinem Auftraggeber sondern auftragsgemäß einem Dritten erbringe.

Dementsprechend habe das BVA mit Bescheid vom 22.11.1999, F-16/99- 9, entschieden, dass die Möglichkeit einer "Direktverrechnung" von Transportkosten für die Beförderung erkrankter Versicherter und sonstiger Anspruchsberechtigter der NÖGKK "nichts daran zu ändern [vermöge], dass auf den gegenständlichen Sachverhalt das Bundesvergabegesetz keine Anwendung finde". Das BVA habe die Anträge wegen Unzuständigkeit zurückgewiesen. Diese Entscheidung habe der VfGH in seinem Erkenntnis vom 25.11.2002, B 46/00, bestätigt.

Obwohl der ausgeschriebene Direktverrechnungsvertrag nicht dem Vergaberechtsregime unterliege, sei die WGKK den (materiellrechtlichen) Bestimmungen des BVergG 2002 gefolgt, um den ausgeschriebenen Direktverrechnungsvertrag im Rahmen eines möglichst fairen Verfahrens zu vergeben.

Zum geschätzten Auftragswert führte die Auftraggeberin aus, dass sie bei Einleitung des gegenständlichen Vergabeverfahrens von einem geschätzten Auftragswert des Vorhabens von weit mehr als EURO 200.000 ausgegangen sei, weil schon bisher der Aufwand für die Versorgung mit saugenden Inkontinenzartikeln allein im Jahr 2002 EURO 3.694.779,05 betragen habe.

Sollte das BVA seine Zuständigkeit zur Nachprüfung bejahen, wäre der Antrag abzuweisen, da die von der Antragstellerin behaupteten Rechtsverletzungen nicht vorlägen. Selbst wenn diese gegeben wären, wären sie für den Ausgang des Vergabeverfahrens nicht von wesentlichem Einfluss.

So seien die Angebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ordnungsgemäß unterfertigt und entsprächen den Ausschreibungsbedingungen. In den Ausschreibungsunterlagen sei nicht näher definiert, was unter einem Binden bzw. Heften zu verstehen sei. Sämtliche Angebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerin seien mit Flügelheftern gebunden bzw. geheftet gewesen und seien somit in der Form eingereicht worden, die in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen sei. Auch sei eine eindeutige Kennzeichnung der Angebote durch Lochung und anschließender Plombierung erfolgt, sodass ein nachträgliches Auswechseln feststellbar wäre. Im Übrigen sei das Angebot der Antragstellerin auf die gleiche Weise plombiert worden, sodass ein allfälliger Fehler bei dieser Vorgangsweise nicht dazu führen würde, dass der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen wäre, sodass der von der Antragstellerin behauptete Fehler, selbst wenn er vorläge, nicht relevant sei.

Überdies sei über die Eröffnung der Angebote am 26.1.2004 eine Niederschrift aufgenommen worden, die auch von den für die Antragstellerin anwesenden Personen unterfertigt worden sei. Obwohl in einer Niederschrift gemäß § 88 Abs. 6 Z 5 BVergG auch Vermerke über offensichtliche Angebotsmängel einzutragen seien, finde sich in der Niederschrift weder ein Vermerk über offensichtliche Mängel von Angeboten noch ein Vermerk über wesentliche Vorbehalte und Erklärungen der Bieter. Überdies sei über die Eröffnung der Angebote am 26.1.2004 eine Niederschrift aufgenommen worden, die auch von den für die Antragstellerin anwesenden Personen unterfertigt worden sei. Obwohl in einer Niederschrift gemäß Paragraph 88, Absatz 6, Ziffer 5, BVergG auch Vermerke über offensichtliche Angebotsmängel einzutragen seien, finde sich in der Niederschrift weder ein Vermerk über offensichtliche Mängel von Angeboten noch ein Vermerk über wesentliche Vorbehalte und Erklärungen der Bieter.

Hinsichtlich der Berücksichtigung des angebotenen Skontos verwies die Auftraggeberin u.a. darauf, dass das Vorbringen der Antragstellerin präkludiert sei.

In ihrer darauf replizierenden Stellungnahme vom 28.4.2004 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass für die Qualifikation des Ausschreibungsgegenstandes einzig und allein die Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage heranzuziehen seien. Der objektive Erklärungswert der Ausschreibungsunterlage sei jedoch dahingehend zu beurteilen, dass Ausschreibungsgegenstand der Abschluss eines Liefervertrages (bzw. allenfalls einer Rahmen(liefer)vereinbarung im Sinne des § 20 Z 27 BVergG) sei. In ihrer darauf replizierenden Stellungnahme vom 28.4.2004 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass für die Qualifikation des Ausschreibungsgegenstandes einzig und allein die Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage heranzuziehen seien. Der objektive Erklärungswert der Ausschreibungsunterlage sei jedoch dahingehend zu beurteilen, dass Ausschreibungsgegenstand der Abschluss eines Liefervertrages (bzw. allenfalls einer Rahmen(liefer)vereinbarung im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 27, BVergG) sei.

Das Einordnen von losen Blättern in Flügelheftern stelle schon rein begrifflich kein "Binden" dar. Darüber hinaus sei die "gebundene" Einreichung von Angeboten erforderlich, um die Angebote gegen nachträglichen Austausch zu sichern. Dies werde aber durch die Einreichung von losen Angebotsblättern in einem Flügelhefter nicht verhindert. Die Angebote von B*** hätten daher im Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht die erforderliche Form aufgewiesen. Eine nachträglich erfolgte Plombierung und Kennzeichnung der Angebote seitens der WGKK ändere daran nichts.

Nach überwiegender Auffassung sei ein Skonto bei der Angebotsbewertung nicht zu berücksichtigen, wenn die angebotenen Zahlungsfristen nicht eingehalten werden könnten. Eine gegen dieses Gebot verstoßende Berücksichtigung eines Skontos sei daher kein Mangel der Ausschreibung, sondern ein Mangel bei der Angebotsbewertung/Bestbieterermittlung, sodass keine Präklusionsfolgen eintreten könnten.

In ihrer Stellungnahme vom 5. Mai 2004 brachte die Auftraggeberin vor, dass entgegen den Ausführungen der Antragstellerin die Ausschreibungsunterlagen nicht dahin auszulegen seien, dass die WGKK die im Rahmen der Krankenbehandlung oder bei Vorliegen eines körperlichen Gebrechens zu gewährenden Inkontinanzartikel selbst erwerben und in natura (allenfalls gegen Kostenbeteiligung) an die Anspruchsberechtigten (Versicherte und Angehörige) leisten möchte. Dies ergebe sich schon aus dem Text der "Verordnung Nr. 12/29". Auf der Vorderseite dieser Verordnung sei festgehalten, dass "die Kasse ____% der tarifmäßigen Kosten des verordneten Heilbehelfs oder Hilfsmittels [übernimmt], höchstens EUR ____ (ohne USt)". In den Erläuterungen der Verordnung werde darauf hingewiesen, dass die WGKK lediglich "Kosten für Heilbehelfe und Hilfsmittel aufgrund der Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes [übernimmt]". Die Antragstellerin sei schon früher Vertragspartner der WGKK gewesen, sodass ihr der Inhalt der Verordnung Nr. 12/29 bekannt sei. Auf Grund der bisherigen Vertragsbeziehung seien ihr auch die Bedeutung und der Umfang der Direktverrechnung klar. In der Krankenordnung 2003 (abrufbar unter www.avsv.at) werde geregelt, dass notwendige Heilbehelfe bzw. Hilfsmittel von den Vertragsärzten, den Ärzten in Vertragsgruppenpraxen oder den eigenen Einrichtungen (Vertragseinrichtungen) verordnet werden (§§ 21 und 22, jeweils Abs. 1, 1. Satz KrankenO). Der notwendige Heilbehelf bzw. das notwendige Hilfsmittel sei auch zweckentsprechend zu verwenden. Bei nicht zweckentsprechender Verwendung oder schuldhafter Beschädigung übernehme die Kasse weder die Kosten der Instandsetzung noch die Kosten für den (das) neue(n) Heilbehelf bzw. Hilfsmittel (§§ 21 und 22, jeweils Abs. 4 KrankenO). Die Kostenerstattung bei Heilbehelfen und Hilfsmitteln sei in den §§ 35 und 36 KrankenO geregelt. Die WGKK sei also bei Inanspruchnahme von Inkontinenzartikeln nur zur Kostentragung bzw. -erstattung entsprechend den Bestimmungen des ASVG und der darauf basierenden Verordnungen verpflichtet. Auch der Direktverrechnungsvertrag schaffe eine vertragliche Beziehung, die einer entsprechenden Ausgestaltung

bedürfe, auch wenn es dabei nur um die Höhe des Kostenersatzes und die Modalitäten der Direktverrechnung gehe. In ihrer Stellungnahme vom 5. Mai 2004 brachte die Auftraggeberin vor, dass entgegen den Ausführungen der Antragstellerin die Ausschreibungsunterlagen nicht dahin auszulegen seien, dass die WGKK die im Rahmen der Krankenbehandlung oder bei Vorliegen eines körperlichen Gebrechens zu gewährenden Inkontinanzartikel selbst erwerben und in natura (allenfalls gegen Kostenbeteiligung) an die Anspruchsberechtigten (Versicherte und Angehörige) leisten möchte. Dies ergebe sich schon aus dem Text der "Verordnung Nr. 12/29". Auf der Vorderseite dieser Verordnung sei festgehalten, dass "die Kasse _____% der tarifmäßigen Kosten des verordneten Heilbehelfs oder Hilfsmittels [übernimmt], höchstens EUR ____ (ohne USt)". In den Erläuterungen der Verordnung werde darauf hingewiesen, dass die WGKK lediglich "Kosten für Heilbehelfe und Hilfsmittel aufgrund der Bestimmungen des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes [übernimmt]". Die Antragstellerin sei schon früher Vertragspartner der WGKK gewesen, sodass ihr der Inhalt der Verordnung Nr. 12/29 bekannt sei. Auf Grund der bisherigen Vertragsbeziehung seien ihr auch die Bedeutung und der Umfang der Direktverrechnung klar. In der Krankenordnung 2003 (abrufbar unter www.avsv.at) werde geregelt, dass notwendige Heilbehelfe bzw. Hilfsmittel von den Vertragsärzten, den Ärzten in Vertragsgruppenpraxen oder den eigenen Einrichtungen (Vertragseinrichtungen) verordnet werden (Paragraphen 21 und 22, jeweils Absatz eins, eins, Satz KrankenO). Der notwendige Heilbehelf bzw. das notwendige Hilfsmittel sei auch zweckentsprechend zu verwenden. Bei nicht zweckentsprechender Verwendung oder schuldhafter Beschädigung übernehme die Kasse weder die Kosten der Instandsetzung noch die Kosten für den (das) neue(n) Heilbehelf bzw. Hilfsmittel (Paragraphen 21 und 22, jeweils Absatz 4, KrankenO). Die Kostenerstattung bei Heilbehelfen und Hilfsmitteln sei in den Paragraphen 35 und 36 KrankenO geregelt. Die WGKK sei also bei Inanspruchnahme von Inkontinanzartikeln nur zur Kostentragung bzw. -erstattung entsprechend den Bestimmungen des ASVG und der darauf basierenden Verordnungen verpflichtet. Auch der Direktverrechnungsvertrag schaffe eine vertragliche Beziehung, die einer entsprechenden Ausgestaltung bedürfe, auch wenn es dabei nur um die Höhe des Kostenersatzes und die Modalitäten der Direktverrechnung gehe.

Weiters werde von der Antragstellerin gar nicht in Abrede gestellt, dass die Angebote des ausgewählten Bestbieters (in Flügelheftern) "geheftet" waren, was aber nach den Ausschreibungsunterlagen ausreiche. Da die Angebote aller Bieter, auch wenn sie "nur" geheftet wären, plombiert worden seien, sei gegen das nachträgliche Austauschen von Angeboten ausreichend Vorsorge getroffen worden. Abgesehen davon, dass von der Antragstellerin gar nicht behauptet werde, dass irgendwelche Bestandteile der Angebote ausgetauscht worden seien, seien die wesentlichen Angaben in den (Alternativ-)Angeboten - wie dies in § 88 Abs. 5 BVergG 2002 verlangt werde - ohnehin verlesen worden, sodass die von der Antragstellerin im Zusammenhang der damit aufgeworfenen Fragen nicht relevant sein könnten. Weiters werde von der Antragstellerin gar nicht in Abrede gestellt, dass die Angebote des ausgewählten Bestbieters (in Flügelheftern) "geheftet" waren, was aber nach den Ausschreibungsunterlagen ausreiche. Da die Angebote aller Bieter, auch wenn sie "nur" geheftet wären, plombiert worden seien, sei gegen das nachträgliche Austauschen von Angeboten ausreichend Vorsorge getroffen worden. Abgesehen davon, dass von der Antragstellerin gar nicht behauptet werde, dass irgendwelche Bestandteile der Angebote ausgetauscht worden seien, seien die wesentlichen Angaben in den (Alternativ-)Angeboten - wie dies in Paragraph 88, Absatz 5, BVergG 2002 verlangt werde - ohnehin verlesen worden, sodass die von der Antragstellerin im Zusammenhang der damit aufgeworfenen Fragen nicht relevant sein könnten.

In der mündlichen Verhandlung vom 27. Mai 2004 stellte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin einen Teilhabeantrag und begehrte die Zurück- bzw. Abweisung des Nachprüfungsantrages.

Die Auftraggeberin führte in der mündlichen Verhandlung aus, das Wesen eines Direktverrechnungsvertrages liege darin, zu regeln, unter welchen Voraussetzungen die WGKK zur direkten Kostentragung gegenüber dem Vertragspartner verpflichtet sei, wenn einer ihrer Anspruchsberechtigten von diesem Vertragspartner Inkontinanzartikel, die im Rahmen einer ärztlichen Verordnung verschrieben werden, bezieht. Nach der gegenständlichen Ausschreibung zahle die WGKK die Inkontinanzartikel, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorlägen. Der Versicherte habe jedoch einen Selbstbehalt direkt beim Vertragspartner zu leisten, den sich dieser als Teil des Entgelts behalten dürfe. Nur die Differenz habe die WGKK auf Grund der geschlossenen Direktverrechnung zu zahlen. Die gegenständliche Ausschreibung sei mit dem Erkenntnis des VfGH insofern gleich gelagert, als es auch dort um die direkte Verrechnung von Leistungen im Rahmen der Krankenversicherungen ginge (nämlich Krankentransportdienstleistungen), die auf Grund von Direktverrechnungsverträgen direkt ersetzt würden, wenn der Versicherte die Transportdienstleistung von einem der Transportdienstleister in Anspruch nimmt. Auch beim

Krankentransport sei eine vorherige größtenteils bewilligungspflichtige Ausstellung eines Transportscheines durch den Arzt erforderlich. Beim Krankentransport seien Verträge mit mehreren Transportdienstleistern abgeschlossen worden, weil ein einzelnes Unternehmen nicht in der Lage sei, die anfallenden Krankentransporte allein und zur Gänze zu übernehmen.

Nach Angaben des Antragstellers bezahle die WGKK jedoch nicht nur die einzelnen Inkontinenzartikel sondern auch die als Versorgung der Anspruchsberechtigten zusätzlich angebotenen Dienstleistungen (Infrastruktur). Nach übereinstimmenden Angaben der beiden Verfahrensbeteiligten ist der Wert der angebotenen Infrastruktur gegenüber dem Wert der Inkontinenzartikel untergeordnet.

Die Auftraggeberin brachte weiters vor, dass der vorliegende ausschreibungsgegenständliche Vertrag nur dann zum Tragen komme, wenn der Versicherte das durch das Angebot individualisierte Inkontinenzprodukt auswähle. Der Versicherte sei nicht verpflichtet, dieses Produkt auszuwählen, wähle er ein anderes, könne er sich nachträglich Kostenersatz holen. Dieser Kostenersatz richte sich jedoch nach dem durch das Angebot individualisierten Preis (§ 131 ASVG) und erfolge in Höhe von 80% des tarifentsprechenden Produktes. Die Auftraggeberin brachte weiters vor, dass der vorliegende ausschreibungsgegenständliche Vertrag nur dann zum Tragen komme, wenn der Versicherte das durch das Angebot individualisierte Inkontinenzprodukt auswähle. Der Versicherte sei nicht verpflichtet, dieses Produkt auszuwählen, wähle er ein anderes, könne er sich nachträglich Kostenersatz holen. Dieser Kostenersatz richte sich jedoch nach dem durch das Angebot individualisierten Preis (Paragraph 131, ASVG) und erfolge in Höhe von 80% des tarifentsprechenden Produktes.

Das Hauptangebot der B*** sei in einem Schnellhefter eingebracht worden, dies wird auch vom Teilnahmeantragsteller bestätigt. Das Angebot des Bieters C*** sei in einem Bene Ordner eingebracht worden. A*** habe beide Angebote gelocht, gebunden, hinten versiegelt und abgestempelt mit dem Firmenstempel eingebracht.

Nach Aussage von Herrn D*** (WGKK), sei nach Kontrolle der Anwesenden die Öffnung jedes Angebotes, wobei für jedes Angebot, unmittelbar nach Öffnung, der Preis und die Zahlungskonditionen verlesen worden seien, erfolgt. Während der Angebotsöffnung sei Protokoll geführt und eine Niederschrift aufgenommen worden. Unmittelbar nach Öffnung aller Angebote sei darauf hingewiesen worden, dass alle Angebote nun plombiert und geprüft würden. Auf der Niederschrift sei zwar der Beginn nicht aber das Ende der Angebotsöffnung vermerkt worden. Der Vertreter der Firma A*** habe eine Kopie der Niederschrift verlangt. Die anderen Beteiligten wären gegangen. Diese wären nicht aufgefordert worden zu gehen, sie hätten die Möglichkeit gehabt, weiter anwesend zu sein. Da jedoch niemand mehr von den Bietern anwesend gewesen wäre, sei die Verplombung im Nachbarzimmer durchgeführt worden.

Der bei der Öffnung der Angebote anwesende Geschäftsführer der Firma A*** (Herr E***) gab hiezu an, dass nach Verlesung des letzten Angebotes den Bietern für die Anbotlegung gedankt, die Prüfung der Angebote angekündigt und das Ende der Angebotsöffnung bekannt gegeben worden sei. Nach Verlesung jedes Angebotes sei dieses in einen Einkaufswagen gelegt worden. Nach Bekanntgabe der Beendigung der Angebotsöffnung (sämtliche Bieter wurden von der WGKK persönlich verabschiedet) hätten die Anbieter den Raum verlassen, währenddessen habe ein Vertreter der Firma A*** eine Abschrift des Angebotseröffnungsprotokolls verlangt. Während die Vertreter der Firma A*** auf die Abschrift gewartet hätten, sei der Einkaufswagen mit allen unplombierten Angeboten aus dem Raum geführt worden. Alle drei bei der Angebotsöffnung anwesenden Vertreter der Firma A*** hätten in keiner Phase der Angebotsöffnung vernommen, dass eine Plombierung im Rahmen der Angebotsöffnung erfolgen werde.

Nach Aussage von F***, bei der Angebotsöffnung anwesender Vertreter der WGKK, sei nach Öffnung des letzten Angebotes die Mitteilung erfolgt, dass das letzte Angebot verlesen worden sei. Es sei auch für die Angebotslegung gedankt und weiters darauf hingewiesen worden, dass die Angebote nunmehr verplombt und geprüft würden. Ein Vertreter der Firma A*** habe eine Kopie des Protokolls verlangt. Um diese Kopie anfertigen zu können, hätten sie den Raum verlassen müssen. Dies hätten die Bieter zum Anlass genommen, sich zu verabschieden. Der Einkaufswagen mitsamt den Angeboten sei im Raum geblieben, wo die Angebote auch nach Verlassen aller Bieter getrennt - und zwar die Kopien von den Originalangeboten - worden seien. Nur die Originalangebote seien im Nebenzimmer verplombt worden. Kein Bieter sei ausdrücklich aufgefordert worden zu gehen, es sei aber auch keiner aufgefordert worden, der anschließenden Plombierung beizuwohnen. Es sei weder das Ende der Angebotsöffnung noch das Plombieren in der Niederschrift festgehalten worden.

Auf Befragen des Vertreters der Firma A***, ob es schon einmal vorgekommen sei, dass Angebotseröffnungsprotokolle vor Beendigung der Angebotseröffnung unterfertigt heraus gegeben wurden, gab F*** an, dass nach seinen Erfahrungen noch nie eine Abschrift verlangt worden sei.

Der Teilnahmeantragsteller erklärte, dass ein offizielles Ende der Angebotsöffnung nicht bekannt gegeben worden sei, vielmehr sei dieses durch das Verhalten der Bieter ausgelöst worden, weil diese nach der Verlesung der Angebotspreise aufgestanden seien und den Saal verlassen hätten.

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages
römisches eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

A. Zuständigkeit

1. 1. Ziffer eins

Persönlicher Geltungsbereich des BVergG 2002

Wenngleich sich - entgegen dem Vorgängergesetz (BVergG 1997) - im BVergG (2002) keine ausdrückliche Nennung der Sozialversicherungsträger findet, ist die Wiener Gebietskrankenkasse zweifellos als öffentlicher Auftraggeber anzusehen (siehe Bericht des Verfassungsausschusses, 1118 BlgNR 21. GP 18). Sämtliche der in § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG 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 Auftraggeberin als Träger der Krankenversicherung nach § 23 Abs. 1 Z 1 ASVG erfüllt daher eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher Art. Sie ist nach § 32 Abs. 1 ASVG eine gesetzlich eingerichtete Körperschaft 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 Wiener Gebietskrankenkasse erfüllt daher die Merkmale eines öffentlichen Auftraggebers nach § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG. Aufgrund deren bundesgesetzlichen Errichtung und Regelung sowie der Aufsicht des Bundes zählt die Wiener Gebietskrankenkasse gemäß § 135 Abs. 2 BVergG iVm Art. 14b Abs. 2 Z 1 lit. d B-VG zum Vollziehungsbereich des Bundes. Wenngleich sich - entgegen dem Vorgängergesetz (BVergG 1997) - im BVergG (2002) keine ausdrückliche Nennung der Sozialversicherungsträger findet, ist die Wiener Gebietskrankenkasse zweifellos als öffentlicher Auftraggeber anzusehen (siehe Bericht des Verfassungsausschusses, 1118 BlgNR 21.

Gesetzgebungsperiode 18). Sämtliche der in Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 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 Auftraggeberin als Träger der Krankenversicherung nach Paragraph 23, Absatz eins, Ziffer eins, ASVG erfüllt daher eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher "Art". Sie ist nach Paragraph 32, Absatz eins, ASVG eine gesetzlich eingerichtete Körperschaft 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 Wiener Gebietskrankenkasse erfüllt daher die Merkmale eines öffentlichen Auftraggebers nach Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Aufgrund deren bundesgesetzlichen Errichtung und Regelung sowie der Aufsicht des Bundes zählt die Wiener Gebietskrankenkasse gemäß Paragraph 135, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, B-VG zum Vollziehungsbereich des Bundes.

Der geschätzte Auftragswert überschreitet den Schwellenwert nach § 9 Abs. 1 Z 2 BVergG von EURO 200.000,-- ohne USt, sodass es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt. Der geschätzte Auftragswert überschreitet den Schwellenwert nach Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG von EURO 200.000,-- ohne USt, sodass es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt.

1. 2. Ziffer 2

Sachlicher Geltungsbereich des BVergG 2002 -

Direktverrechnungsvertrag

2.1. Ausgangspunkt:

Der gegenständliche Auftrag wurde zwar als Dienstleistungsauftrag der Dienstleistungskategorie 25 bekannt gemacht. In ihren Schriftsätzen vom 16. und 28. April 2004 sowie vom 14. Mai 2004 brachte die Antragstellerin vor, dass es sich beim relevanten Beschaffungsvorgang jedoch um die Vergabe eines Lieferauftrages handle. Die Auftraggeberin ihrerseits brachte mit Schriftsätzen vom 21. April 2004 und 5. Mai 2004 sowie in der mündlichen Verhandlung vor, Vertragsgegenstand sei lediglich die Festlegung der Höhe des direkt verrechenbaren Entgeltes bzw. die organisatorische Gestaltung dieser Direktverrechnung, weshalb das Bundesvergabegesetz auf das gegenständliche Vergabeverfahren nicht anzuwenden sei.

Zunächst ist daher die Qualifikation des vorliegenden Vertragsgegenstandes zu klären. Bei der Überprüfung des Vorgehens der Auftraggeberin ist zu berücksichtigen, dass die Interpretation der Ausschreibung nach den Regeln der §§ 914f ABGB zu erfolgen hat (Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1; siehe etwa BVA 13.09.1994, F-4/94-33, BVA 07.04.2000, N-45/99-74, N-46/99-59, N-5/00-44 oder BVA 02.10.2003, 17N-80/03-37). Es ist daher nicht nur auf den Wortsinn, sondern auch auf die dem Erklärungsempfänger (Bieter) erkennbare Absicht des Erklärenden (Auftraggeber) abzustellen (Heid/Hauck/K.Preslmayr, Handbuch des Vergaberechts 136). Nach der Judikatur des OGH sind „die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war“ (OGH 26.04.1961, 5 Ob 135/61). Es kommt weiters „bei der Auslegung von Ausschreibungsbedingungen darauf an, wie diese bei objektiver Beurteilung der Sache vom Bieter zu verstehen waren, wobei bei Unklarheiten vor allem dem Geschäftszweck, der redlicher Weise der Erklärung zu unterstellen ist, und der Interessenslage Bedeutung zukommt“ (OGH 20.01.2000, 6 Ob 69/99m). Zunächst ist daher die Qualifikation des vorliegenden Vertragsgegenstandes zu klären. Bei der Überprüfung des Vorgehens der Auftraggeberin ist zu berücksichtigen, dass die Interpretation der Ausschreibung nach den Regeln der Paragraphen 914 f, ABGB zu erfolgen hat (Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1; siehe etwa BVA 13.09.1994, F-4/94-33, BVA 07.04.2000, N-45/99-74, N-46/99-59, N-5/00-44 oder BVA 02.10.2003, 17N-80/03-37). Es ist daher nicht nur auf den Wortsinn, sondern auch auf die dem Erklärungsempfänger (Bieter) erkennbare Absicht des Erklärenden (Auftraggeber) abzustellen (Heid/Hauck/K.Preslmayr, Handbuch des Vergaberechts 136). Nach der Judikatur des OGH sind „die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war“ (OGH 26.04.1961, 5 Ob 135/61). Es kommt weiters „bei der Auslegung von Ausschreibungsbedingungen darauf an, wie diese bei objektiver Beurteilung der Sache vom Bieter zu verstehen waren, wobei bei Unklarheiten vor allem dem Geschäftszweck, der redlicher Weise der Erklärung zu unterstellen ist, und der Interessenslage Bedeutung zukommt“ (OGH 20.01.2000, 6 Ob 69/99m).

Gemäß den Ausschreibungsunterlagen sind vom Auftragnehmer Abgabestellen einzurichten. In diesen soll nachweislich geschultes Personal zum Einsatz kommen, um den Anspruchsberechtigten bei der Abgabe des von ihm benötigten Inkontinenzartikels umfassend beraten zu können. Darüber hinaus sind die Behelfe vom Auftragnehmer gesammelt auf seine Kosten und Gefahr in Einrichtungen zu liefern, soweit Anspruchsberechtigte in Einrichtungen mit geschultem Pflegepersonal (z.B. in Pensionistenheimen) untergebracht sind. Weiters werden u.a. die genauen Lieferfristen und die Häufigkeit der Zustellversuche (Pkt 5.3. c) festgelegt. Durch das Angebot werden die Inkontinenzartikel spezifiziert.

Gemäß § 23 Abs. 5, 2. Satz Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG - ,BGBl 189/1955 idgF, obliegt es den Trägern der Krankenversicherung insbesondere, für die Krankenbehandlung der Versicherten und ihrer Familienangehörigen ausreichend Vorsorge zu treffen. Gemäß Paragraph 23, Absatz 5, 2, Satz Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG - , Bundesgesetzblatt 189 aus 1955, idgF, obliegt es den Trägern der Krankenversicherung insbesondere, für die Krankenbehandlung der Versicherten und ihrer Familienangehörigen ausreichend Vorsorge zu treffen.

Gemäß § 133 Abs. 2, 1. Satz leg.cit. muss die Krankenbehandlung ausreichend und zweckmäßig sein, sie darf jedoch das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Neben der ärztlichen Hilfe und Heilbehelfe umfasst die Krankenbehandlung auch die Heilmittel (§ 133 Abs. 1 leg.cit). Brillen, orthopädische Schuheinlagen, Bruchbänder und "sonstige notwendige Heilbehelfe", dazu zählen im Krankheitsfall auch die ausgeschriebenen Inkontinenzartikel, sind dem Versicherten für sich und seine Angehörigen in einfacher und zweckentsprechender Ausführung nach Maßgabe der Bestimmungen des § 137 leg.cit zu gewähren. Wie für ärztliche Hilfe (Krankenscheingebühr) und für Heilmittel

(Rezeptgebühr) ist in § 137 leg.cit. eine Kostenbeteiligung des Versicherten vorgesehen. Inkontinenzartikel können aber auch ein Hilfsmittel (§ 154 leg.cit.) sein, sofern sie zur Hilfe bei körperlichen Gebrechen dienen und in keinem Zusammenhang mit der Krankenbehandlung stehen. In diesem Falle wird lediglich eine Zuschussleistung laut Satzung der WGKK (§ 41) geschuldet. Gemäß Paragraph 133, Absatz 2, eins, Satz leg.cit. muss die Krankenbehandlung ausreichend und zweckmäßig sein, sie darf jedoch das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Neben der ärztlichen Hilfe und Heilbehelfe umfasst die Krankenbehandlung auch die Heilmittel (Paragraph 133, Absatz eins, leg.cit.). Brillen, orthopädische Schuheinlagen, Bruchbänder und "sonstige notwendige Heilbehelfe", dazu zählen im Krankheitsfall auch die ausgeschriebenen Inkontinenzartikel, sind dem Versicherten für sich und seine Angehörigen in einfacher und zweckentsprechender Ausführung nach Maßgabe der Bestimmungen des Paragraph 137, leg.cit. zu gewähren. Wie für ärztliche Hilfe (Krankenscheingebühr) und für Heilmittel (Rezeptgebühr) ist in Paragraph 137, leg.cit. eine Kostenbeteiligung des Versicherten vorgesehen. Inkontinenzartikel können aber auch ein Hilfsmittel (Paragraph 154, leg.cit.) sein, sofern sie zur Hilfe bei körperlichen Gebrechen dienen und in keinem Zusammenhang mit der Krankenbehandlung stehen. In diesem Falle wird lediglich eine Zuschussleistung laut Satzung der WGKK (Paragraph 41,) geschuldet.

Der Umstand, dass die Auftraggeberin gesetzlich selbst nicht zum Erwerb der Inkontinenzartikel verpflichtet ist, kann jedoch nicht dahin interpretiert werden, dass der Auftraggeberin ein solcher Erwerb nicht freistünde. Das Vorbringen der Auftraggeberin, schon aus der Formulierung in den Punkten 2.1., 5.3.a) sowie 5.3. i) der Ausschreibungsunterlagen folge, dass ein bloßer Direktverrechnungsvertrag vorliege und nicht die WGKK, sondern die einzelnen Anspruchsberechtigten Erwerber und Nachfrager der Inkontinenzartikel wären, geht daher ins Leere und ist auch auf Grund der nachfolgenden Erwägungen nicht nachvollziehbar.

2.2. Erkenntnis des VfGH vom 25.11.2002, B 46/00:

Der Verfassungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 25. November 2002, B 46/00, festgehalten, dass "gemäß § 43 ihrer Satzung die NÖ GKK unter bestimmten Voraussetzungen dem Versicherten gegenüber verpflichtet [ist], Kostenersatz für Krankentransporte zu leisten. Im Zusammenhang mit der Abwicklung dieser Leistungsverpflichtung zwischen dem Krankenversicherungsträger und dem Versicherten hat die NÖ GKK mit einigen Unternehmungen Verträge abgeschlossen, aufgrund derer die Kosten des Transports dann, wenn der Versicherte den Transport durch eines dieser Unternehmen durchführen lässt, von der NÖ GKK mit dem Unternehmen direkt verrechnet werden. Mit einem derartigen Vertrag wird aber weder generell noch für den Einzelfall ein Auftrag zur Erbringung der Transportdienstleistung erteilt. Auftraggeber ist für die Krankentransportdienstleistung jeweils der Versicherte, dem der Krankenversicherungsträger unter bestimmten Voraussetzungen Ersatz für seine Aufwendungen zu leisten hat. Durch den Direktverrechnungsvertrag wird nun für bestimmte Fälle eine Ersatzleistung geregelt. Die Direktverrechnungsverträge betreffen daher nicht entgeltliche Dienstleistungen, sondern bloß die Abwicklung des dem Versicherten gegenüber dem Krankenversicherungsträger zustehenden Kostenersatzes." Der Verfassungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 25. November 2002, B 46/00, festgehalten, dass "gemäß Paragraph 43, ihrer Satzung die NÖ GKK unter bestimmten Voraussetzungen dem Versicherten gegenüber verpflichtet [ist], Kostenersatz für Krankentransporte zu leisten. Im Zusammenhang mit der Abwicklung dieser Leistungsverpflichtung zwischen dem Krankenversicherungsträger und dem Versicherten hat die NÖ GKK mit einigen Unternehmungen Verträge abgeschlossen, aufgrund derer die Kosten des Transports dann, wenn der Versicherte den Transport durch eines dieser Unternehmen durchführen lässt, von der NÖ GKK mit dem Unternehmen direkt verrechnet werden. Mit einem derartigen Vertrag wird aber weder generell noch für den Einzelfall ein Auftrag zur Erbringung der Transportdienstleistung erteilt. Auftraggeber ist für die Krankentransportdienstleistung jeweils der Versicherte, dem der Krankenversicherungsträger unter bestimmten Voraussetzungen Ersatz für seine Aufwendungen zu leisten hat. Durch den Direktverrechnungsvertrag wird nun für bestimmte Fälle eine Ersatzleistung geregelt. Die Direktverrechnungsverträge betreffen daher nicht entgeltliche Dienstleistungen, sondern bloß die Abwicklung des dem Versicherten gegenüber dem Krankenversicherungsträger zustehenden Kostenersatzes."

Wie aus dem Erkenntnis weiters hervorgeht, sind die Gemeinden nach dem NÖ Gemeinde-Rettungsdienstgesetz verpflichtet, im Rahmen des Gemeinderettungs- und Krankenbeförderungsdienstes zu gewährleisten, dass für die Beförderung von Personen, die in der Gemeinde eine erhebliche Gesundheitsstörung erlitten hätten, entsprechende Transporteinrichtungen zur Verfügung stehen. Die NÖ GKK schließt nur Verträge über die Kostenübernahme für die

Beförderung mit der von den Gemeinden bereits vertraglich beauftragten Beförderungsunternehmen ab. Vertragsgegenstand im Falle des Erkenntnisses war nur die Festlegung der Höhe des direkt verrechenbaren Entgelts und nicht die Erbringung einer Dienstleistung.

Im Gegensatz zum Erkenntnis des VfGH, wo der zugrundeliegende Vertragsgegenstand lediglich die Festlegung der Höhe des direkt verrechenbaren Entgelts und nicht die Erbringung einer Dienstleistung war, ist im gegenständlichen Verfahren gemäß Pkt 5.2. a) der Ausschreibungsunterlagen Vertragsgegenstand die Abgabe der in der Produktbeschreibung angeführten Inkontinenzartikel auf Rechnung der WGKK durch den Auftragnehmer an bei der WGKK Versicherte und anspruchsberechtigte Angehörige der Versicherten über (ärztliche) Verschreibung und allenfalls nach vorheriger Bewilligung durch die WGKK. Vertragsgegenstand ist somit also nicht lediglich die Festlegung der Höhe des direkt verrechenbaren Entgelts, sondern die Abgabe der Inkontinenzartikel. Gemäß Pkt 5.9. a) ist der Auftragnehmer verpflichtet, drei Monate nach Zuschlagserteilung mit der Erbringung der vertragsgemäßen Leistung zu beginnen. Mit diesem Vertrag wird somit generell ein Auftrag zur primären Erbringung einer Lieferung erteilt, wobei auch aufgrund der inkludierten Beratungstätigkeiten und Einrichtung von Abgabestellen Dienstleistungen umfasst sind.

Der gegenständliche Ausschreibungsgegenstand kann aufgrund dieser Erörterungen jedenfalls nicht als Direktverrechnungsvertrag iS des oben zitierten Erkenntnisses gewertet werden.

2.3. Sonstiges Vorbringen:

Diese Schlussfolgerung wird auch noch dadurch bekräftigt, dass in Pkt. 2.1. der Ausschreibungsunterlagen lediglich festgehalten wird, dass mit der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung für die Bereitstellung von Inkontinenzartikeln für die Versicherten der WGKK und ihrer anspruchsberechtigten Angehörigen vorgesorgt werden soll. Es soll in ökonomischer Weise dafür Vorsorge getroffen werden, dass Anspruchsberechtigte auf Rechnung der WGKK Inkontinenzartikel vom Auftragnehmer über (ärztliche) Verschreibung erhalten können.

Das Wort "abgeben" in Pkt. 5.3. a) bedeutet, dass im Fall der Übergabe von Inkontinenzartikeln im Austausch gegen "Verordnungen" kein Kaufvertrag zwischen den Anspruchsberechtigten und dem Auftragnehmer zustande kommt, sondern lediglich von der WGKK erworbene Inkontinenzartikel in ihrem Auftrag abgegeben bzw. verteilt werden sollen. Aus den Ausschreibungsunterlagen ergeben sich auch sonst keine Anhaltspunkte dafür, dass die Anspruchsberechtigten die Inkontinenzartikel vom Auftragnehmer kaufen. Vielmehr zahlt - wie aus den Angaben der WGKK in der mündlichen Verhandlung hervorgeht - diese die Inkontinenzartikel, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, wobei der Versicherte lediglich einen Selbstbehalt direkt beim Vertragspartner zu leisten hat.

Daran, dass der Verfahrensgegenstand nicht als Direktverrechnungsvertrag zu qualifizieren ist, vermag auch die Bestimmung des Pkt. 5.3. i) der Ausschreibungsunterlagen nichts zu ändern. Diese legt lediglich fest, dass die WGKK im Falle des Ausfolgens eines Behelfes ohne Verordnung, wenn eine allenfalls notwendige Bewilligung der WGKK nicht erfolgt ist oder eine von der WGKK nicht bewilligte Überschreitung der maximalen Kassenleistung vorliegt, nicht zur direkten Kostentragung verpflichtet ist. Es werden damit jene Bedingungen festgelegt, unter welchen der zwischen der WGKK und dem Auftragnehmer geschlossene Vertrag überhaupt zur Anwendung kommt.

Auch aus der auf der Vorderseite der Verordnung Nr. 12/29 zitierten Formulierung kann für die Frage des Inhaltes der gegenständlichen Ausschreibung und für die Frage, zwischen welchen Parteien ein vertraglicher Austauschanspruch besteht, nichts gewonnen werden. Den Ausschreibungsunterlagen ist nämlich ebenfalls nicht zu entnehmen, dass die Anspruchsberechtigten selbst Aufträge erteilen würden. Wenngleich in Pkt. 5.2. c) der Ausschreibungsunterlagen vorgesehen ist, dass sich die Abgabe der Behelfe nach dem Bedarf der Anspruchsberechtigten richtet, kann dieser Formulierung keineswegs entnommen werden, dass allfällige Aufträge vom Versicherten erteilt werden würden.

Die WGKK vertritt die Auffassung, dass die in Pkt. 5.3. g) der Ausschreibungsunterlagen normierte Qualitätsgarantie zeige, dass gerade kein Lieferauftrag der WGKK vorliege, da die WGKK ja keinen Lieferauftrag erteile bzw. keinen Kaufvertrag abschließe und daher auch keine Ansprüche aus Gewährleistung oder Schadenersatz gegen den Auftragnehmer hätte. Eine derartige Qualitätsgarantie sei daher gerade mit dem Vorliegen eines Direktverrechnungsvertrages zu erklären, weil nach dem ASVG für eine ausreichende und zweckmäßige Versorgung der Versicherten mit derartigen Behelfen vorzusorgen sei. Der Verweis der WGKK auf die angeblich fehlenden Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche steht jedoch in Widerspruch zu Pkt. 5.8. c) der

Ausschreibungsunterlagen, demgemäß die Zahlung durch die WGKK keinen Verzicht auf allfällige Ansprüche gegen den Auftragnehmer etwa wegen Gewährleistung oder Schadenersatz bedeutet. Der WGKK stehen somit gegen den Auftragnehmer sehr wohl derartige Ansprüche zu. Aus dieser Bestimmung geht somit eindeutig hervor, dass die WGKK Käuferin der Inkontinenzartikel ist. Weiters spricht die Bezugnahme auf das UN-Kaufrecht in Punkt 5.11. der Ausschreibungsunterlagen für einen Liefervertrag.

Punkt 5.3. k) verpflichtet den Auftragnehmer, trotz Auftretens von Streitigkeiten zwischen der WGKK und dem Auftragnehmer, die Behelfe an die Anspruchsberechtigten weiter abzugeben (zu beliefern).

Durch die Festlegungen unter der Überschrift "Rechnungslegung", wonach teilweise erbrachte Leistungen erst dann als abgegeben bzw. ausgeliefert gelten, wenn sie der Auftragnehmer vollständig erfüllt hat (Punkt 5.7. a)), brachte die Auftraggeberin lediglich zum Ausdruck, dass eine Abgeltung nur teilweise erbrachter Leistungen ausgeschlossen wird.

Der Einrede der WGKK, die Ausschreibungsunterlagen seien auch deshalb nicht dahin auszulegen, dass die WGKK die im Rahmen der Krankenbehandlung oder bei Vorliegen eines körperlichen Gebrechens zu gewährenden Inkontinenzartikel selbst erwerben und in natura an die Anspruchsberechtigten leisten möchte, weil es diese Art der Versorgung mit Inkontinenzartikeln nie gegeben habe und der Antragstellerin, welche schon früher Vertragspartnerin der WGKK gewesen sei, der Inhalt der Verordnung 12/29 bekannt sei, ist entgegenzuhalten, dass die WGKK am 4.9.2002 eine EU-weite Bekanntmachung über die Durchführung einer "Ausschreibung über die Lieferung von Inkontinenzartikeln für die Anspruchsberechtigten der WGKK" im Supplement zum Amtsblatt veröffentlichte. Wenngleich sie diese Ausschreibung widerrief, war in der Bekanntmachung die Vertragsform: "Kauf" enthalten (Beweis: Einsichtnahme in den ho. Akt, GZ 11N-76/02). Diese Ausschreibung wurde von der Antragstellerin bekämpft, in Folge des Widerrufs wurde jedoch der Antrag zurückgezogen.

2.4. Schlussfolgerungen:

Aus den oben genannten Erwägungen geht nach Ansicht des Senates somit aus den Ausschreibungsunterlagen in eindeutiger Weise hervor, dass die gegenständliche Ausschreibung nicht auf den Abschluss eines Direktverrechnungsauftrages gerichtet ist. Vielmehr ist sie auf den Abschluss eines Rahmenvertrages gerichtet. Ein Rahmenvertrag enthält bereits alle für den Abschluss eines Vertrages erforderlichen Vereinbarungen und entfaltet daher Bindungswirkung zwischen den Parteien. Der Rahmenvertrag ist deshalb als Auftrag zu qualifizieren, der nach den allgemeinen Regeln zu vergeben ist (Heid/Hauck/K. Preslmayr, Handbuch des Vergaberechts (2002) [53]).

Wenngleich die für einen Rahmenvertrag charakteristische Bindungswirkung zwar nicht bereits durch eine Abnahmepflicht der WGKK für eine ganz bestimmte Menge erreicht wird, bestehen jedoch konkrete vertragliche Pflichten zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer im Leistungsfall (so wurden durch die Ausschreibung und das Angebot u.a. die Inkontinenzartikel, deren Preise, die Lieferzeiten sowie der Erfüllungsort bestimmt) sowie eine grundsätzliche Verpflichtung des Auftraggebers, Leistungen nur vom Vertragspartner abzurufen.

Anders als beim Direktverrechnungsvertrag, bei welchem weder generell noch für den Einzelfall ein Auftrag zur Erteilung einer Lieferung (Dienstleistung) erteilt wird (vgl. VfGH vom 25.11.2002, B 46/00), wird durch die vorliegende Ausschreibung bereits generell ein Auftrag zur Abgabe von im Angebot zu spezifizierenden Inkontinenzartikeln erteilt. Vertragsgegenstand ist somit ein Rahmenvertrag zwischen der WGKK und dem Bestbieter, durch welchen sich der Auftragnehmer verpflichtet, die von der WGKK erworbenen Inkontinenzartikel im Einzelfall - nach Vorlage der "Verordnung Nr. 12/29" durch den Anspruchsberechtigten - an den Anspruchsberechtigten abzugeben. Anders als beim Direktverrechnungsvertrag, bei welchem weder generell noch für den Einzelfall ein Auftrag zur Erteilung einer Lieferung (Dienstleistung) erteilt wird (vergleiche VfGH vom 25.11.2002, B 46/00), wird durch die vorliegende Ausschreibung bereits generell ein Auftrag zur Abgabe von im Angebot zu spezifizierenden Inkontinenzartikeln erteilt. Vertragsgegenstand ist somit ein Rahmenvertrag zwischen der WGKK und dem Bestbieter, durch welchen sich der Auftragnehmer verpflichtet, die von der WGKK erworbenen Inkontinenzartikel im Einzelfall - nach Vorlage der "Verordnung Nr. 12/29" durch den Anspruchsberechtigten - an den Anspruchsberechtigten abzugeben.

Der gegenständliche Auftrag ist als Rahmen(liefer)auftrag zu qualifizieren, der Dienstleistungselemente aufgrund der Beratungstätigkeit und der Bereitstellung der Infrastruktur enthält. Der Wert der Dienstleistung ist jedoch gegenüber dem Gesamtwert der Waren - gemäß den in der mündlichen Verhandlung von den Verfahrensparteien übereinstimmenden Aussagen - untergeordnet, weshalb der gegenständliche Auftrag gemäß § 5 BVergG als Rahmen(liefer)auftrag zu qualifizieren ist. Der gegenständliche Auftrag ist als Rahmen(liefer)auftrag zu qualifizieren, der

Dienstleistungselemente aufgrund der Beratungstätigkeit und der Bereitstellung der Infrastruktur enthält. Der Wert der Dienstleistung ist jedoch gegenüber dem Gesamtwert der Waren - gemäß den in der mündlichen Verhandlung von den Verfahrensparteien übereinstimmenden Aussagen - untergeordnet, weshalb der gegenständliche Auftrag gemäß Paragraph 5, BVergG als Rahmen(liefer)auftrag zu qualifizieren ist.

Wie der EuGH in der Rechtssache Kommission/Italienische Republik vom 26.4.1994, Rs C-272/91 festgestellt hat, beweist die durch die Lieferkoordinierungs-Richtlinie vorgenommene Ausweitung des Geltungsbereiches auf "Lieferverträge über Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Ratenkauf, mit oder ohne Kaufoption, von Waren", dass der Gemeinschaftsgesetzgeber auch die Lieferung von Waren, die nicht notwendigerweise in das Eigentum der öffentlichen Verwaltung übergehen, in den Geltungsbereich der Lieferkoordinierungs-Richtlinie einbeziehen wollte.

Dem Einwand der WGKK, der EuGH habe in der Rechtssache C-324/98 (TelAustria Verlags GmbH/Telcom Austria AG) festgestellt, dass der zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer geforderte unmittelbare vertragliche Austauschanspruch nicht erfüllt sei, wenn der Auftragnehmer die Leistungen nicht seinem Auftraggeber sondern auftragsgemäß einem Dritten erbringt, kann der erkennende Senat nach Durchsicht des genannten Urteils nicht folgen. In dem von der WGKK zitierten Urteil des EuGH hat dieser zwar erkannt, dass ein entgeltlicher schriftlicher Vertrag, mit dem ein Sektorenauftraggeber einem Auftragnehmer die Erbringung einer Dienstleistung überträgt, deren Gegenleistung darin besteht, dass der Auftragnehmer als Vergütung das Recht zur Verwertung seiner eigenen Leistung erhält, vom Anwendungsbereich der RL 93/38 nicht erfasst wird. Die von der Auftraggeberin behaupteten Feststellungen hat der EuGH darin jedoch nicht getroffen. Da das gegenständliche Vergabeverfahren nicht auf den Abschluss einer Dienstleistungskonzession gerichtet ist, ein solches Vorbringen auch weder von der Auftraggeberin noch der Antragstellerin erstattet wurde, kann aus dem zitierten Urteil für das gegenständliche Vergabeverfahren nichts gewonnen werden.

B. Zulässigkeit

Der Antrag richtet sich gegen die Zuschlagsentscheidung. Diese ist im offenen Verfahren nach § 20 Z 13 lit a sublit. aa BVergG eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Der Antragstellerin wurde die Zuschlagsentscheidung am 2. April 2004 per Fax mitgeteilt. Der Nachprüfungsantrag wurde beim BVA am 16. April 2004 eingebracht und ist somit gemäß § 169 Abs. 1 Z 1 lit. c iVm § 100 Abs. 2 BVergG rechtzeitig. Der Zuschlag wurde nicht erteilt und das Vergabeverfahren nicht widerrufen. Der Inhalt des Antrages lässt nicht erkennen, dass die behaupteten Rechtsverletzungen keinen Einfluss auf das weitere Vergabeverfahren haben. Ganz im Gegenteil ist bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin ein anderes Ergebnis im Vergabeverfahren, nämlich die Auswahl eines anderen Zuschlagsempfängers, möglich. Der Antrag enthält auch alle übrigen nach § 166 Abs. 1 BVergG nötigen Angaben und ist auch nicht nach § 166 Abs. 2 BVergG unzulässig. Der Antrag richtet sich gegen die Zuschlagsentscheidung. Diese ist im offenen Verfahren nach Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Der Antragstellerin wurde die Zuschlagsentscheidung am 2. April 2004 per Fax mitgeteilt. Der Nachprüfungsantrag wurde beim BVA am 16. April 2004 eingebracht und ist somit gemäß Paragraph 169, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c, in Verbindung mit Paragraph 100, Absatz 2, BVergG rechtzeitig. Der Zuschlag wurde nicht erteilt und das Vergabeverfahren nicht widerrufen. Der Inhalt des Antrages lässt nicht erkennen, dass die behaupteten Rechtsverletzungen keinen Einfluss auf das weitere Vergabeverfahren haben. Ganz im Gegenteil ist bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin ein anderes Ergebnis im Vergabeverfahren, nämlich die Auswahl eines anderen Zuschlagsempfängers, möglich. Der Antrag enthält auch alle übrigen nach Paragraph 166, Absatz eins, BVergG nötigen Angaben und ist auch nicht nach Paragraph 166, Absatz 2, BVergG unzulässig.

II. Inhaltliche Beurteilung:römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung:

Gemäß § 162 Abs. 2 BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen zuständig. Gemäß Paragraph 162, Absatz 2, BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen zuständig.

1. 1. Ziffer eins
zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie
2. 2. Ziffer 2
zur Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend

gemachten Beschwerdepunkte.

Nach § 174 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers unter Bedachtnahme auf die allenfalls in derselben Sache ergangene Empfehlung eines Schlichtungssenates der Bundes-Vergabekontrollkommission mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn sie

Nach Paragraph 174, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers unter Bedachtnahme auf die allenfalls in derselben Sache ergangene Empfehlung eines Schlichtungssenates der Bundes-Vergabekontrollkommission mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn sie

1. 1.Ziffer eins

im Widerspruch zu Bestimmungen dieses Bundesgesetzes oder der hierzu erlassenen Verordnungen steht und

2. 2.Ziffer 2

für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

In den Ausschreibungsunterlagen ist vorgesehen, dass die Angebote

- -Strichaufzählung
auf dem Deckblatt für das Angebot (siehe Seite 8 und 19 der Ausschreibungsunterlagen) rechtsgültig zu unterfertigen sind;
- -Strichaufzählung
auf dem Preisblatt (siehe Seite 19 iVm Punkt 4. der Ausschreibungsunterlagen) zu unterfertigen sind auf dem Preisblatt (siehe Seite 19 in Verbindung mit Punkt 4. der Ausschreibungsunterlagen) zu unterfertigen sind;
- -Strichaufzählung
auf der Anlage 4 (Produktdatenblatt – Übersicht) firmenmäßig zu unterfertigen sind, sowie
- -Strichaufzählung
auf dem Leistungsvertrag (siehe Seite 19 und 52 der Ausschreibungsunterlagen) rechtsgültig zu unterfertigen sind.

In ihrem Hauptangebot unterfertigte die präsumtive Zuschlagsempfängerin das Deckblatt rechtsgültig. Die Unterfertigung erfolgte durch Herrn G***, Geschäftsführer der B***, welcher diese seit 7.2.1995 selbständig vertritt. Auch die Anlage 4 (Produktdatenblatt – Übersicht) wurde firmenmäßig durch Herrn G***, Geschäftsführer der B*** unterfertigt. Ebenso wurde der Leistungsvertrag rechtsgültig durch Herrn G***, Geschäftsführer der B*** unterfertigt. Entgegen der Bestimmung der Ausschreibungsunterlage (Seite 19 iVm Punkt 4.) wurde jedoch das Preisblatt überhaupt nicht unterfertigt. In ihrem Hauptangebot unterfertigte die präsumtive Zuschlagsempfängerin das Deckblatt rechtsgültig. Die Unterfertigung erfolgte durch Herrn G***, Geschäftsführer der B***, welcher diese seit 7.2.1995 selbständig vertritt. Auch die Anlage 4 (Produktdatenblatt – Übersicht) wurde firmenmäßig durch Herrn G***, Geschäftsführer der B*** unterfertigt. Ebenso wurde der Leistungsvertrag rechtsgültig durch Herrn G***, Geschäftsführer der B*** unterfertigt. Entgegen der Bestimmung der Ausschreibungsunterlage (Seite 19 in Verbindung mit Punkt 4.) wurde jedoch das Preisblatt überhaupt nicht unterfertigt.

Wenngleich das Preisblatt Bestandteil des rechtsgültig unterfertigten Angebotes war (das Preisblatt umfasst die Seiten 36 - 41 des Angebotes), war in den Ausschreibungsunterlagen dennoch eine gesonderte Unterfertigung des Preisblattes verlangt.

Die Bindung des Auftraggebers an die eigenen Festlegungen ist ebenso in § 91 Abs. 2 Z 5 BVergG festgelegt, wonach der Auftraggeber bei der Prüfung der Angebote im Einzelnen zu prüfen hat, ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist. Die Bindung des Auftraggebers an die eigenen Festlegungen ist ebenso in Paragraph 91, Absatz 2, Ziffer 5, BVergG festgelegt, wonach der Auftraggeber bei der Prüfung der Angebote im Einzelnen zu prüfen hat, ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

In den gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen hat die Auftraggeberin ausdrücklich verlangt, dass das Preisblatt eigens zu unterfertigen ist. Das Produktdatenblatt wurde firmenmäßig von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unterfertigt. Die Nichtunterzeichnung des Preisblattes, welches Teil des rechtsgültig gefertigten Angebotes ist, ist daher als Mangel zu qualifizieren. Die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung besteht bereits darin, dass die Auftraggeberin in den Ausschreibungsunterlagen besondere Formbedingungen für die Angebote aufgestellt hat, jedoch nachträglich zu Gunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin von ihren eigenen Bedingungen abgerückt ist,

indem sie - trotz gegenteiliger Festlegungen in Pkt. 2.13. - diese nicht zur Verbesserung des in der Nichtunterfertigung des Preisblattes liegenden Mangels aufforderte, sondern das Angebot mit diesem Mangel akzeptierte. Diese Vorgangsweise verstößt gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des § 21 Abs. 1 BVergG. Auch die anderen Bieter, insbesondere die antragstellende Zweitgereichte müssen darauf vertrauen können, dass die Auftraggeberin ihre eigenen Ausschreibungsbedingungen auch einhält. In den gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen hat die Auftraggeberin ausdrücklich verlangt, dass das Preisblatt eigens zu unterfertigen ist. Das Produktdatenblatt wurde firmenmäßig von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unterfertigt. Die Nichtunterzeichnung des Preisblattes, welches Teil des rechtsgültig gefertigten Angebotes ist, ist daher als Mangel zu qualifizieren. Die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung besteht bereits darin, dass die Auftraggeberin in den Ausschreibungsunterlagen besondere Formbedingungen für die Angebote aufgestellt hat, jedoch nachträglich zu Gunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin von ihren eigenen Bedingungen abgerückt ist, indem sie - trotz gegenteiliger Festlegungen in Pkt. 2.13. - diese nicht zur Verbesserung des in der Nichtunterfertigung des Preisblattes liegenden Mangels aufforderte, sondern das Angebot mit diesem Mangel akzeptierte. Diese Vorgangsweise verstößt gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Paragraph 21, Absatz eins, BVergG. Auch die anderen Bieter, insbesondere die antragstellende Zweitgereichte müssen darauf vertrauen können, dass die Auftraggeberin ihre eigenen Ausschreibungsbedingungen auch einhält.

Gemäß § 21 Abs. 1 BVergG 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 lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Gemäß Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 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 lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben.

Nach der Rechtsprechung des EuGH verlangt der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, dass alle Angebote den Vorschriften der Verdingungsunterlagen entsprechen, damit ein objektiver Vergleich der Angebote der einzelnen Bieter gewährleistet ist (EuGH 22.6.1993, Rs C-243/89, Brücke über den Storebaelt, 25.4.1996, Rs C-87/94, Kommission/Belgien). Die Bieter müssen sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt zu dem diese vom öffentlichen Auftraggeber beurteilt werden, gleichbehandelt werden (EuGH 25.4.1996, Rs C 87/94, Wallonische Autobusse).

Die Zuschlagsentscheidung war auch im Sinne des § 174 Abs. 1 Z 2 BVergG für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, da in einer neuerlich durchzuführenden Bestbieterermittlung nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Vergabeentscheidung - bei rechtmäßigem Verhalten des Auftraggebers - anders ausgehen könnte (Hahnl, BVergG [2002], E.4. zu § 174). Die Zuschlagsentscheidung war auch im Sinne des Paragraph 174, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, da in einer neuerlich durchzuführenden Bestbieterermittlung nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Vergabeentscheidung - bei rechtmäßigem Verhalten des Auftraggebers - anders ausgehen könnte (Hahnl, BVergG [2002], E.4. zu Paragraph 174.).

Auf Grund dessen war die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären, sodass auf das weitere Vorbringen nicht einzugehen war.

Zu Spruchpunkt II. und III.: Zu Spruchpunkt römisch zwei. und römisch drei.:

Der Teilnahmeantrag der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wurde in der mündlichen Verhandlung gestellt.

Der Antrag genügt den formalen Voraussetzungen des § 167 BVergG Der Antrag genügt den formalen Voraussetzungen des Paragraph 167, BVergG:

Im Sinne des Rechtsschutzes und der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes ist ein in der mündlichen Verhandlung gestellter Teilnahmeantrag rechtzeitig (BVA 4.11.2003, 14N-90/03- 56; BVA 23.4.2004, 17N-22/04-34). Die Wirkung des Teilnahmeantrages ist nach § 165 Abs. 2 BVergG der Erhalt der Parteistellung bis zur Beendigung des Nachprüfungsverfahrens. Da der Partei ein subjektives öffentliches Recht auf Klärung ihrer Parteistellung zukommt (z.B. VwGH 3.7.2001, 2000/05/0115), war gesondert darüber abzusprechen. Im Sinne des Rechtsschutzes und der

Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes ist ein in der mündlichen Verhandlung gestellter Teilnahmeantrag rechtzeitig (BVA 4.11.2003, 14N-90/03- 56; BVA 23.4.2004, 17N-22/04-34). Die Wirkung des Teilnahmeantrages ist nach Paragraph 165, Absatz 2, BVergG der Erhalt der Parteistellung bis zur Beendigung des Nachprüfungsverfahrens. Da der Partei ein subjektives öffentliches Recht auf Klärung ihrer Parteistellung zukommt (z.B. VwGH 3.7.2001, 2000/05/0115), war gesondert darüber abzusprechen.

Es war daher weiters auch über das Begehren auf Zurück- bzw. Abweisung des Nachprüfungsantrages der (Haupt-)Antragstellerin abzusprechen. Hinsichtlich der Begründung ist auf die Ausführungen zu Spruchpunkt I. zu verweisen. Es war daher weiters auch über das Begehren auf Zurück- bzw. Abweisung des Nachprüfungsantrages der (Haupt-)Antragstellerin abzusprechen. Hinsichtlich der Begründung ist auf die Ausführungen zu Spruchpunkt römisch eins. zu verweisen.

Dokumentnummer

VERGT_20040607_07N_39_04_29_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