

TE Bvwg Erkenntnis 2015/6/23 W149 2101283-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.06.2015

Entscheidungsdatum

23.06.2015

Norm

ABGB §914

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §2 Z16 lit a

BVergG 2006 §2 Z18

BVergG 2006 §2 Z20 lit a

BVergG 2006 §2 Z20 lit c

BVergG 2006 §27

BVergG 2006 §29 Abs1 Z2

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §30 Abs1 Z3

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs4

BVergG 2006 §325 Abs1

BVergG 2006 §78 Abs9

BVergG 2006 §95

BVergG 2006 §96 Abs1

BVergG 2006 §96 Abs3

BVergG 2006 §97

BVergG 2006 §98 Abs7

B-VG Art.133 Abs4

1. ABGB § 914 heute

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

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 78 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 78 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 95 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 96 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 96 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 97 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 98 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 98 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

Spruch

W149 2101283-2/34E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richt

erin Mag. Dr. Rita-Maria KIRSCHBAUM als Vorsitzende sowie Mag. Jirina RADY als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Theodor TAURER als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren "Niederösterreichische Gebietskrankenkasse: Enterale Ernährung - Trink- und Sondennahrung" über den Antrag XXXX XXXX, XXXX, wie folgt entschieden: rin Mag. Dr. Rita-Maria KIRSCHBAUM als Vorsitzende sowie Mag. Jirina RADY als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Theodor TAURER als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren "Niederösterreichische Gebietskrankenkasse: Enterale Ernährung - Trink- und Sondennahrung" über den Antrag römisch 40 römisch 40 , römisch 40 , wie folgt entschieden:

A) Dem Antrag auf "Nichtigerklärung der Ausschreibung

Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung 'Enterale Ernährung - Trink- und Sondennahrung' des Auftraggebers Niederösterreichische Gebietskrankenkasse" wird gemäß § 2 Z 20 lit a) und c), § 19 und § 29 BVergG stattgegeben. Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung 'Enterale Ernährung - Trink- und Sondennahrung' des Auftraggebers Niederösterreichische Gebietskrankenkasse" wird gemäß Paragraph 2, Ziffer 20, Litera a,) und c), Paragraph 19 und Paragraph 29, BVergG stattgegeben.

B) Dem Antrag auf "Verpflichtung des Auftraggebers zum Ersatz der

von der Antragstellerin für den Antrag auf Nichtigerklärung und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Gebühren" wird gemäß § 319 BVergG 2006 (in Höhe von € 1.846,80) stattgegeben. von der Antragstellerin für den Antrag auf Nichtigerklärung und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Gebühren" wird gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 (in Höhe von € 1.846,80) stattgegeben.

C) Die ordentliche Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

I. Verfahrensgang

Die Niederösterreichische Gebietskrankenkasse (Antragsgegnerin) beabsichtigt, für ihre Versicherten die als Sachleistung in häuslicher Pflege zur Verfügung zu stellende Trink- und Sondennahrung samt der dazu gehörigen Verabreichungstechnik (Infusionen, Spritzen ua) und eines Logistiksystems sowie begleitender Dienstleistungen (Entlassungsmanagement, Beratung, Schulung) zu beschaffen.

1. Vergabeverfahren

Zu diesem Zwecke eröffnete die Antragsgegnerin ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger EU-weiter Bekanntmachung im Oberschwellenbereich, nach welchem ein Rahmenvertrag über voraussichtlich fünf Jahre mit je einem Unternehmen für jedes der drei vorgesehenen Lose abgeschlossen werden soll.

Den Interessenten wurden die Teilnahmeunterlagen übermittelt, in denen neben den allgemeinen Informationen über den Ausschreibungsgegenstand und die drei vorgesehene Lose auch die Art des Verfahrens (Verhandlungsverfahren), der Verfahrensablauf, die Ausschlussgründe, die Eignungs- und Auswahlkriterien samt Nachweispflichten sowie sonstige Informationen (ua. über das Verfahren bei Unklarheiten in den Teilnahmeunterlagen) enthalten sind.

Als Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge wurde ursprünglich der 02.03.2015 - 10:00 Uhr (Einlangen) angegeben.

2. Gegenständlicher Antrag

Am 19.02.2015 langte der Schriftsatz der Firma XXXX XXXX (Antragstellerin) beim Bundesverwaltungsgericht ein, mit dem sie folgende Anträge stellte (sic): Am 19.02.2015 langte der Schriftsatz der Firma römisch 40 XXXX (Antragstellerin) beim Bundesverwaltungsgericht ein, mit dem sie folgende Anträge stellte (sic):

1. auf Einräumung der Möglichkeit der Akteneinsicht nach Vorlage des Vergabeaktes durch den Auftraggeber;
2. auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung;
3. auf Nichtigerklärung der Ausschreibung Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung "Enterale Ernährung - Trink- und Sondennahrung" des Auftraggebers Niederösterreichische Gebietskrankenkasse

in eventu;

auf Nichtigerklärung folgender Teile der Ausschreibung Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung "Enterale Ernährung - Trink- und Sondennahrung" des Auftraggebers Niederösterreichische Gebietskrankenkasse:

- a. Punkt 02. der Teilnahmeunterlagen,
- b. Punkte 1.5.1., 1.5.2. und 1.5.3. der Teilnahmeunterlagen,
- c. Punkt 2.1. der Teilnahmeunterlagen,
- d. der Wortfolge "der Firma XXXX" in Punkt 4.3.2.2. lit a der Teilnahmeunterlage, der Wortfolge "XXXX XXXX" in Punkt 4.3.2.2. lit b der Teilnahmeunterlage sowie der Wortfolge "der Firma XXXX" in Punkt 4.3.2.2. lit c der Teilnahmeunterlage, d. der Wortfolge "der Firma XXXX" in Punkt 4.3.2.2. Litera a, der Teilnahmeunterlage, der Wortfolge "XXXX XXXX" in Punkt 4.3.2.2. Litera b, der Teilnahmeunterlage sowie der Wortfolge "der Firma XXXX" in Punkt 4.3.2.2. Litera c, der Teilnahmeunterlage,
- e. Punkt 4.3.4.1., 2. Absatz der Teilnahmeunterlage,
- f. der Beilagen ./8-1, ./8-2 und ./8-3 sowie der Beilagen ./15-1, ./15-2 und ./15-3;

4. auf Verpflichtung des Auftraggebers zum Ersatz der von der Antragstellerin für den Antrag auf Nichtigerklärung und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Gebühren binnen 14 bei sonstiger Exekution.

Des Weiteren wurde der Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragt, mit welcher (unter Angabe von Alternativen) der Lauf der Teilnahmefrist im gegenständlichen Verfahren bis zum Abschluss des gerichtlichen Verfahrens ausgesetzt wird. Das diesbezügliche Verfahren wurde beim Bundesverwaltungsgericht unter der Gz. W149 2101283-1 geführt und dem Antrag stattgegeben.

Zur Begründung des Hauptantrages führte die Antragstellerin im Wesentlichen an, die Teilnahmeunterlagen seien schon allein deswegen rechtswidrig, weil die Wahl des Verhandlungsverfahrens mangels Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen des § 29 BVergG unzulässig sei. Darüber hinaus würden die Ausschreibungsunterlagen gegen das Diskriminierungsverbot und den Grundsatz des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs durch produktspezifische Leistungsbeschreibung (§ 96 BVergG) sowie durch die darauf bezugnehmenden Eignungskriterien (§ 2 Z 20 lit c) und § 19 BVergG] verstoßen. Zur Begründung des Hauptantrages führte die Antragstellerin im Wesentlichen an, die Teilnahmeunterlagen seien schon allein deswegen rechtswidrig, weil die Wahl des Verhandlungsverfahrens mangels Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen des Paragraph 29, BVergG unzulässig sei. Darüber hinaus würden die Ausschreibungsunterlagen gegen das Diskriminierungsverbot und den Grundsatz des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs durch produktspezifische Leistungsbeschreibung (Paragraph 96, BVergG) sowie durch die darauf bezugnehmenden Eignungskriterien (§ 2 Ziffer 20, Litera c,) und Paragraph 19, BVergG] verstoßen.

3. Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht

Am 20.02.2015 wurde die Antragsgegnerin über die gegenständlichen Anträge informiert, ihr wurde der Antrag samt Anlagen übermittelt und sie wurde zur Stellungnahme sowie zur Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen innerhalb der vom Bundesverwaltungsgericht gesetzter Fristen aufgefordert.

Am selben Tag erfolgte die Bekanntmachung des Verfahrens auf der Homepage des Bundesverwaltungsgerichts.

Am 23.02.2015 langte die von der Antragstellerin entrichtete Pauschalgebühr beim Bundesverwaltungsgericht ein.

Die Antragsgegnerin übermittelte die Ausschreibungsunterlagen mit Schriftsatz vom 24.02.2015 und kam der Aufforderungen nach bewilligter Fristerstreckung mit Schriftsatz vom 06.03.2015 nach, welcher der Antragstellerin im Wege der Akteneinsicht zugänglich gemacht wurde.

Am 13.03.2015 Tag wurden die Parteien sowie die Laienrichter zur für den 28.03.2015 anberaumten mündlichen Verhandlung geladen, und es erfolgte eine entsprechende Bekanntmachung auf der Homepage des Bundesverwaltungsgerichts.

Mit Schriftsatz vom 16.03.2015 ersuchte die Antragstellerin um Vertagung der Verhandlung, weil ein von ihr namhaft gemachter Zeuge zum anberaumten Termin nachweislich urlaubsbedingt nicht zur Verfügung stehe.

Am 18.03.2015 wurden die Parteien und die Laienrichter davon in Kenntnis gesetzt, dass die mündliche Verhandlung auf den 09.04.2015 verlegt wurde, und es erfolgte eine entsprechende Kundmachung auf der Homepage des Bundesverwaltungsgerichts.

Mit Schriftsatz vom 01.04.2015 reichte die Antragstellerin eine Replik zum Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 06.03.2015 beim Bundesverwaltungsgericht ein.

Am 02.04.2015 reichte die Antragsgegnerin einen Schriftsatz mit der Bezeichnung "ergänzende Stellungnahme zur Vorbereitung auf die mündlichen Verhandlung" beim Bundesverwaltungsgericht ein, welche der Antragstellerin am 07.04.2015 zur Wahrung des rechtlichen Gehörs übermittelt wurde.

Am 09.04.2015 fand nach einer Beratung der Vorsitzenden mit den fachkundigen Laienrichtern eine mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Senat statt. Im Zuge derer wirkte die vorsitzende Richterin gemäß § 43 Abs. 5 AVG auf eine gütliche Einigung hin und die Verhandlung wurde auf gemeinsamen Antrag der Parteien unter gleichzeitigem Ladungsverzicht auf den 05.05.2015 vertagt. Am 09.04.2015 fand nach einer Beratung der Vorsitzenden mit den fachkundigen Laienrichtern eine mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Senat statt. Im Zuge derer wirkte die vorsitzende Richterin gemäß Paragraph 43, Absatz 5, AVG auf eine gütliche Einigung hin und die Verhandlung wurde auf gemeinsamen Antrag der Parteien unter gleichzeitigem Ladungsverzicht auf den 05.05.2015 vertagt.

Am 29.04.2015 reichte die Antragstellerin einen weiteren Schriftsatz ein, welcher der Antragsgegnerin am 04.05.2015 zur Kenntnis übermittelt wurde.

Am 05.05.2015 fand nach einer Beratung der Vorsitzenden mit den fachkundigen Laienrichtern eine mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Senat statt, an der neben den rechtsfreundlichen Vertretern der Parteien von diesen benannte Zeugen teilnahmen. Im Zuge der Verhandlungen wurde ua der Antragsgegnerin Gelegenheit gegeben, zum letzten Schriftsatz der Antragstellerin Stellung zu nehmen und die Zeugen der Parteien kamen zu Wort. Schließlich wurden weitere Beweismittel in das Verfahren eingebracht.

Sämtliche Schriftsätze und Beweismittel wurden der jeweils anderen Partei unter Auslassung der als Geschäftsgeheimnisse bezeichneten Inhalte übermittelt bzw in der mündlichen Verhandlung zugänglich gemacht. Dagegen wurden keine Einwendungen erhoben.

Der erkennende Senat hat am heutigen Tag beraten und das vorliegende Erkenntnis einstimmig beschlossen.

II. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt

1. Beweismittel

Das Bundesverwaltungsgericht hat für die Ermittlung des maßgeblichen Sachverhalts folgende Beweismittel verwendet:

1.1. Auszug aus den Teilnahmeunterlagen und Fragebeantwortungen

a) Teilnahmeunterlagen

"[...]

Verhandlungsverfahren

mit vorheriger Bekanntmachung

"Enterale Ernährung - Trink- und Sondennahrung"

Lose 1 bis 3

TEILNAHMEUNTERLAGEN

[...]

1. ALLGEMEINE AUSSCHREIBUNGSBESTIMMUNGEN

[...]

1.3 Ausgangslage

Bei der NÖGKK sind insgesamt 1,1 Millionen Menschen krankenversichert. Durch ihr umfassendes Leistungsangebot unterstützt die NÖGKK ihre Kundinnen und Kunden und sorgt für eine optimale medizinische Betreuung. Das über ganz Niederösterreich gespannte Netz an kompetenten Vertragspartnerinnen und Vertragspartnern bietet bewährte Anlaufstellen für die gesundheitlichen Probleme der Versicherten und ihrer anspruchsberechtigten Angehörigen. Die NÖGKK sichert die Bereitstellung von ärztlicher Hilfe, Medikamenten, Heilbehelfen, Leistungen im Fall der Mutterschaft und ist bestrebt, laufend weitere Therapieformen anzubieten. Die NÖGKK setzt dabei die ihr anvertrauten Mittel so ein, dass die Kundinnen und Kunden den besten Nutzen daraus ziehen können.

Die Niederösterreichische Gebietskrankenkasse versorgt ca 1800 Patienten pro Jahr (Daten aus 2013) ständig mit den ausschreibungsgegenständlichen Produkten. Die Ausschreibungsmengen stellen 80 % des Gesamtbedarfs des Auftraggebers dar, 20 % bleiben für Innovation und neue Technologien vorbehalten.

1.4. Ausschreibungsgegenstand

Der Ausschreibungsgegenstand umfasst im Wesentlichen die nachstehenden Aufgaben. Das konkrete Leistungsbild wird in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens festgelegt. Die nachstehende Beschreibung soll daher lediglich einen ersten Überblick über die vom künftigen Auftragnehmer zu erbringenden Leistungen vermitteln.

Beschaffungsziel ist der Abschluss eines Rahmenvertrages mit einem Unternehmen über die Lieferung von Trink- und Sondennahrung inkl Technik in jedem der folgenden 3 Lose.

Der jeweilige Rahmenvertrag wird voraussichtlich für die Dauer von fünf Jahren (samt einer optionalen Möglichkeit zur Verlängerung um zwei weitere Jahre) abgeschlossen werden.

Der Ausschreibungsgegenstand umfasst die Lieferung von Produkten folgender Kategorien:

? Kategorie 1: Standard Sondennahrung

? Kategorie 2: Spezial Sondennahrung

? Kategorie 3: Sondennahrung in der Pädiatrie

? Kategorie 4: Trinknahrung

sowie die Belieferung der Versicherten (und deren anspruchsberechtigten Angehörigen) des Auftraggebers mit der jeweiligen Technik für die obigen Produktkategorien 1 bis 3.

Die Lieferungen erfolgen an die jeweilige Anschrift der Versicherten bzw deren anspruchsberechtigten Angehörigen innerhalb Niederösterreichs.

Zum Auftragsgegenstand zählen insbesondere auch die Erbringung der damit im Zusammenhang stehenden Transport- und Schulungsdienstleistungen sowie die Koordination der Bestellungen und Lieferungen, die Lagerung und die Anbindung an das elektronische Bestellwesen der NÖGKK.

Die konkrete Produktliste wird in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens festgelegt.

1.5 Beschreibung der Lose

1.5.1 Los 1 - Trink-und Sondennahrung inkl Technik der Firma XXXX.5.1 Los 1 - Trink-und Sondennahrung inkl Technik der Firma römisch 40

XXXXrömisch 40

Los 1 betrifft den Abschluss eines Rahmenvertrages über die Lieferung von Trink- und Sondennahrung inkl Technik der Firma XXXX XXXX(in der Folge "XXXX") und die Erbringung der damit im Zusammenhang stehenden Transport- und Schulungsdienstleistungen für die Versicherten (und deren anspruchsberechtigten Angehörigen) des Auftraggebers.Los 1 betrifft den Abschluss eines Rahmenvertrages über die Lieferung von Trink- und Sondennahrung inkl Technik der Firma römisch 40 XXXX(in der Folge "XXXX") und die Erbringung der damit im Zusammenhang stehenden Transport- und Schulungsdienstleistungen für die Versicherten (und deren anspruchsberechtigten Angehörigen) des Auftraggebers.

Die Lieferungen erfolgen an die jeweilige Anschrift der Versicherten bzw deren anspruchsberechtigten Angehörigen innerhalb Niederösterreichs.

Zum Auftragsgegenstand zählen insbesondere auch die Koordination der Bestellungen und Lieferungen, die Lagerung und die Anbindung an das elektronische Bestellwesen der NÖGKK.

1.5.2 Los 2 - Trink-und Sondennahrung inkl Technik der Firma XXXX.5.2 Los 2 - Trink-und Sondennahrung inkl Technik der Firma römisch 40

XXXXrömisch 40

Los 2 betrifft den Abschluss eines Rahmenvertrages über die Lieferung von Trink- und Sondennahrung inkl Technik der Firma XXXX XXXX (in der Folge "XXXX") und die Erbringung der damit im Zusammenhang stehenden Transport- und Schulungsdienstleistungen für die Versicherten (und deren anspruchsberechtigten Angehörigen) des Auftraggebers.Los 2 betrifft den Abschluss eines Rahmenvertrages über die Lieferung von Trink- und Sondennahrung inkl Technik der Firma römisch 40 römisch 40 (in der Folge "XXXX") und die Erbringung der damit im Zusammenhang stehenden Transport- und Schulungsdienstleistungen für die Versicherten (und deren anspruchsberechtigten Angehörigen) des Auftraggebers.

Die Lieferungen erfolgen an die jeweilige Anschrift der Versicherten bzw deren anspruchsberechtigten Angehörigen innerhalb Niederösterreichs.

Zum Auftragsgegenstand zählen insbesondere auch die Koordination der Bestellungen und Lieferungen, die Lagerung und die Anbindung an das elektronische Bestellwesen der NÖGKK.

1.5.3 Los 3 - Trink-und Sondennahrung inkl Technik der Firma XXXX GmbH.5.3 Los 3 - Trink-und Sondennahrung inkl Technik der Firma römisch 40 GmbH

Los 3 betrifft den Abschluss eines Rahmenvertrages über die Lieferung von Trink- und Sondennahrung inkl Technik der Firma XXXX GmbH (in der Folge "XXXX") und die Erbringung der damit im Zusammenhang stehenden Transport- und Schulungsdienstleistungen für die Versicherten (und deren anspruchsberechtigten Angehörigen) des Auftraggebers. Los 3 betrifft den Abschluss eines Rahmenvertrages über die Lieferung von Trink- und Sondennahrung inkl Technik der Firma römisch 40 GmbH (in der Folge "XXXX") und die Erbringung der damit im Zusammenhang stehenden Transport- und Schulungsdienstleistungen für die Versicherten (und deren anspruchsberechtigten Angehörigen) des Auftraggebers.

Die Lieferungen erfolgen an die jeweilige Anschrift der Versicherten bzw deren anspruchsberechtigten Angehörigen innerhalb Niederösterreichs.

Zum Auftragsgegenstand zählen insbesondere auch die Koordination der Bestellungen und Lieferungen, die Lagerung und die Anbindung an das elektronische Bestellwesen der NÖGKK.

2. VERFAHRENSART UND VERFAHRENSABLAUF

2.1 Verfahrensart, Vergabekontrollbehörde

Das Vergabeverfahren wird als Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung gemäß Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr 17/2006 idF 257/2014, (in der Folge "BVergG") durchgeführt. Es handelt sich um die Vergabe eines Auftrages im Oberschwellenbereich. Für die Kontrolle dieses Vergabeverfahrens ist das Bundesverwaltungsgericht, Erdbergstraße 192-196, 1030 Wien, zuständig. Das Vergabeverfahren wird als Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung gemäß Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 17 aus 2006, in der Fassung 257 aus 2014,, (in der Folge "BVergG") durchgeführt. Es handelt sich um die Vergabe eines Auftrages im Oberschwellenbereich. Für die Kontrolle dieses Vergabeverfahrens ist das Bundesverwaltungsgericht, Erdbergstraße 192-196, 1030 Wien, zuständig.

Die Bewerber nehmen zur Kenntnis, dass der Text des gegenständlichen Formulars des Auftraggebers urheberrechtlich geschützt ist.

Als Verfahrenssprache für das gegenständliche Vergabeverfahren und die nachfolgende Leistungserbringung wird Deutsch festgelegt.

2.2 Losweise Vergabe - Teilangebote

Der Leistungsgegenstand ist in die unter Punkt 1.5 dargestellten Lose geteilt.

Dem Bewerber steht es frei, einen Teilnahmeantrag für ein, mehrere oder alle Lose abzugeben. Ein Bewerber kann in die zweite Stufe bzw zur Angebotslegung ausschließlich hinsichtlich jenes/r Lose/s eingeladen werden, für welche/s er einen Teilnahmeantrag abgegeben hat.

Teilangebote bloß für einen Teil eines Loses (einen Teil der im jeweiligen Los zusammengefassten Leistungen) und Koppelungsangebote sind unzulässig.

Näheres dazu wird in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens festgelegt.

[...]

4. EIGNUNGSKRITERIEN

Die Eignung des Bewerbers (der Bewerbergemeinschaft) wird zusätzlich zu den nicht vorhandenen Ausschlussgründen (siehe Punkt 3) anhand der Befugnis, der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und der technischen Leistungsfähigkeit nach den nachfolgenden Mindestkriterien geprüft.

Die Eignungskriterien müssen spätestens zum Ende der Teilnahmeantragsfrist erfüllt sein.

[...]

4.2 Finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

Der Auftraggeber wird nur solche Bewerber zur Angebotsabgabe einladen, die finanziell und wirtschaftlich leistungsfähig sind. Der Auftraggeber prüft das Vorliegen der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit anhand des Nachweises der Bewerber über:

? die Umsatzerlöse (Punkt 4.2.2) und

? das Bestehen einer Haftpflichtversicherung (Punkt 4.2.3).

Die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit muss spätestens zum Ende der Teilnahmefrist erfüllt sein.

[...]

4.2.2 Umsatzerlöse

Der Bewerber hat als Mindestanforderung einen Nachweis über den Gesamtumsatz für die letzten 3 vollen und abgeschlossenen Geschäftsjahre (2012, 2013, 2014) unter Verwendung der dafür vorgesehenen Beilage ./.6 vorzulegen. Sollte der Bewerber den Jahresabschluss für das Jahr 2014 noch nicht festgestellt haben, kann der Nachweis auch durch Bekanntgabe der vorläufigen Werte oder der Werte für die Geschäftsjahre 2011, 2012 und 2013 erbracht werden.

Als Mindestanforderung muss der Bewerber in diesem Zeitraum für jedes Jahr einen (netto) Gesamtjahresumsatz in folgender Mindesthöhe nachweisen:

Bei Bewerbergemeinschaften gilt der kumulierte Umsatz. Sofern ein Unternehmen eines Bewerbers weniger als drei Jahre besteht, gilt das 12-fache des durchschnittlichen Monatsumsatzes seit Bestand des Unternehmens.

Bei einer Bewerbung um mehrere Lose (mehrere oder alle Lose) müssen grundsätzlich die Umsatzerlöse für jedes einzelne Los erfüllt und nachgewiesen werden. Der Bewerber muss daher die Mindestumsatzerlöse in jedem Los, für das er sich bewirbt, erreichen und nachweisen. Es erfolgt eine beschränkte Zusammenrechnung der geforderten Mindestumsätze. Die Zusammenrechnung erfolgt jedoch nur bis zum Erreichen der Mindestanforderung jenes Loses mit den höchsten Mindestumsätzen (Los 1). Bei der Bewerbung um mehrere Lose ist somit maximal ein Umsatz in Höhe von EUR 3 Mio pro Geschäftsjahr nachzuweisen.

1. Beispiel: Bewirbt sich ein Bewerber für die Lose 1 und 3, so müssen Umsatzerlöse über jedes einzelne der letzten drei Geschäftsjahre in Höhe von mindestens EUR 3 Mio nachgewiesen werden.

2. Beispiel: Bewirbt sich ein Bewerber für die Lose 2 und 3, so müssen Umsatzerlöse über jedes einzelne der letzten drei Geschäftsjahre in Höhe von mindestens EUR 400.000,-- nachgewiesen werden, es wird die Schranke von EUR 3 Mio noch nicht erreicht.

[...]

4.3 Technische Leistungsfähigkeit

Der Auftraggeber wird nur solche Bewerber zur Angebotsabgabe einladen, die technisch leistungsfähig sind. Der Auftraggeber prüft das Vorliegen der technischen Leistungsfähigkeit anhand des Nachweises der Bewerber über:

a. der in der Vergangenheit vom Bewerber erbrachten Leistungen (Unternehmensreferenzen) (Punkt 4.3.2)

b. das namhaft gemachte Schlüsselpersonal (Punkt 4.3.3)

* Qualifikation bzw Berufserfahrung und

* Schlüsselpersonalreferenzen (Punkte 4.3.3.1 - 4.3.3.4)

c. der Mindestanforderungen an die technische Ausrüstung (Punkt 4.3.4)

Die technische Leistungsfähigkeit muss spätestens zum Ende der Teilnahmefrist erfüllt sein.

[...]

4.3.2 Unternehmensreferenzen

4.3.2.1 Allgemeine Anforderungen an Referenzen

Die nachfolgend angeführten allgemeinen Anforderungen an Referenzen gelten losunabhängig:

[...]

4.3.2.2 Mindestanforderungen an Unternehmensreferenzen

Bei einer Bewerbung um mehrere Lose (mehrere oder alle Lose) ist der Nachweis einer Referenz, wenn damit die Anforderungen gemäß Punkt

4.3.2.2 lit a, b und c jeweils erfüllt sind, ausreichend. Es kann daher dieselbe Unternehmensreferenz in mehreren Losen geltend gemacht werden. Bei einer Bewerbung um mehrere Lose ist daher der Nachweis insgesamt einer Referenz ausreichend. 4.3.2.2 Litera a, b und c jeweils erfüllt sind, ausreichend. Es kann daher dieselbe Unternehmensreferenz in mehreren Losen geltend gemacht werden. Bei einer Bewerbung um mehrere Lose ist daher der Nachweis insgesamt einer Referenz ausreichend.

a) Los 1 - Trink- und Sondernahrung inkl Technik der Firma XXXX a) Los 1 - Trink- und Sondernahrung inkl Technik der Firma römisch 40

Ein zwingendes Mindestfordernis zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bewerbers für Los 1 ist der Nachweis von mindestens einem Referenzprojekt (idF Unternehmensreferenz) über die Lieferung von Trink- und Sondernahrung mit folgenden Merkmalen: Ein zwingendes Mindestfordernis zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bewerbers für Los 1 ist der Nachweis von mindestens einem Referenzprojekt in der Fassung Unternehmensreferenz) über die Lieferung von Trink- und Sondernahrung mit folgenden Merkmalen:

? Referenzprojekt wurde nicht vor mehr als 3 Jahren (gerechnet ab Ende der Teilnahmefrist des gegenständlichen Vergabeverfahrens) zur Gänze abgeschlossen;

? Referenzprojekt umfasste die Lieferung von Trink- und Sondernahrung inkl Technik der Firma XXXX im Wert von zumindest EUR 900.000,-- innerhalb eines Zeitraums von einem Jahr; ? Referenzprojekt umfasste die Lieferung von Trink- und Sondernahrung inkl Technik der Firma römisch 40 im Wert von zumindest EUR 900.000,-- innerhalb eines Zeitraums von einem Jahr;

? mit mindestens 5000 Einzellieferungen innerhalb eines Zeitraums von einem Jahr;

? auf Grundlage eines Dauer-, oder Rahmenvertrags / einer Rahmenvereinbarung

(Das sind Verträge, bei denen der Auftragnehmer Lieferungen zu gleich bleibenden, vertraglich festgelegten Konditionen aufgrund von Einzelbestellungen durchführt)

Der Bewerber hat die Unternehmensreferenz für Los 1 mit dem Teilnahmeantrag in der dafür vorgesehenen Beilage ./8-1 nachzuweisen.

b) Los 2 - Trink- und Sondernahrung inkl Technik der Firma XXXX b) Los 2 - Trink- und Sondernahrung inkl Technik der Firma römisch 40

Ein zwingendes Mindestfordernis zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bewerbers für Los 2 ist der Nachweis von mindestens einem Referenzprojekt (idF Unternehmensreferenz) über die Lieferung von Trink- und Sondernahrung mit folgenden Merkmalen: Ein zwingendes Mindestfordernis zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bewerbers für Los 2 ist der Nachweis von mindestens einem Referenzprojekt in der Fassung Unternehmensreferenz) über die Lieferung von Trink- und Sondernahrung mit folgenden Merkmalen:

? Referenzprojekt wurde nicht vor mehr als 3 Jahren (gerechnet ab Ende der Teilnahmefrist des gegenständlichen Vergabeverfahrens) zur Gänze abgeschlossen;

Referenzprojekt umfasste die Lieferung von Trink- und Sondernahrung inkl Technik der Firma XXXX im Wert von zumindest EUR 20.000,-- innerhalb eines Zeitraums von einem Jahr; Referenzprojekt umfasste die Lieferung von Trink- und Sondernahrung inkl Technik der Firma römisch 40 im Wert von zumindest EUR 20.000,-- innerhalb eines Zeitraums von einem Jahr;

? mit mindestens 100 Einzellieferungen innerhalb eines Zeitraums von einem Jahr;

? auf Grundlage eines Dauer-, oder Rahmenvertrags / einer Rahmenvereinbarung

(Das sind Verträge, bei denen der Auftragnehmer Lieferungen zu gleich bleibenden, vertraglich festgelegten Konditionen aufgrund von Einzelbestellungen durchführt)

Der Bewerber hat die Unternehmensreferenz für Los 2 mit dem Teilnahmeantrag in der dafür vorgesehenen Beilage ./8-2 nachzuweisen.

c) Los 3 - Trink- und Sondennahrung inkl. Technik der Firma XXXX) Los 3 - Trink- und Sondennahrung inkl. Technik der Firma römisch 40

Ein zwingendes Mindestanforderung zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bewerbers für Los 3 ist der Nachweis von mindestens einem Referenzprojekt (idF Unternehmensreferenz) über die Lieferung von Trink- und Sondennahrung mit folgenden Merkmalen: Ein zwingendes Mindestanforderung zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bewerbers für Los 3 ist der Nachweis von mindestens einem Referenzprojekt in der Fassung Unternehmensreferenz) über die Lieferung von Trink- und Sondennahrung mit folgenden Merkmalen:

? Referenzprojekt wurde nicht vor mehr als 3 Jahren (gerechnet ab Ende der Teilnahmefrist des gegenständlichen Vergabeverfahrens) zur Gänze abgeschlossen;

? Referenzprojekt umfasste die Lieferung von Trink- und Sondennahrung inkl. Technik der Firma XXXX im Wert von zumindest EUR 100.000,-- innerhalb eines Zeitraums vom einem Jahr;? Referenzprojekt umfasste die Lieferung von Trink- und Sondennahrung inkl. Technik der Firma römisch 40 im Wert von zumindest EUR 100.000,-- innerhalb eines Zeitraums vom einem Jahr;

? mit mindestens 500 Einzellieferungen innerhalb eines Zeitraums vom einem Jahr;

? auf Grundlage eines Dauer-, oder Rahmenvertrags / einer Rahmenvereinbarung

(Das sind Verträge, bei denen der Auftragnehmer Lieferungen zu gleich bleibenden, vertraglich festgelegten Konditionen aufgrund von Einzelbestellungen durchführt)

Der Bewerber hat die Unternehmensreferenz für Los 3 mit dem Teilnahmeantrag in der dafür vorgesehenen Beilage ./8-3 nachzuweisen.

[...]"

b) 1. Fragebeantwortung der zu den Teilnahmeunterlagen vom 16.02.2015 (Anm: Schreibfehler im Original) 1. Fragebeantwortung der zu den Teilnahmeunterlagen vom 16.02.2015 Anmerkung, Schreibfehler im Original)

"[...]

. Teilnahmeunterlage Punkt 1.4. Ausschreibungsgegenstand:

Gemäß Punkt 1.4. der Teilnahmeunterlagen umfasst der Ausschreibungsgegenstand die Kategorien 1,2,3, und 4 (Standard Sondennahrung, Spezialsondennahrung, Sondennahrung in der Pädiatrie und Trinknahrung). Das Los 2 betrifft die Trink- und Sondennahrung inkl. Technik eines bestimmten Herstellers. Kann davon ausgegangen werden, dass in diesem Los nur jene Produkte enthalten sind, die von diesem Hersteller vertrieben werden?

Antwort: Dieses Los enthält ausschließlich Produkte dieses Herstellers.

[...]

In dem vorliegenden 2 stufigen Verhandlungsverfahren ist es laut Punkt 1.4. Ziel, einen Abschluss eines Rahmenvertrages mit einem oder mehreren Unternehmen über die Lieferung von Trink- und Sondennahrung inkl. Technik unterschiedlicher Unternehmen (Los 1 - Los 3) lt. Punkt 1.5. zu erzielen. Diese Verfahren ist eindeutig auf Produkte von Unternehmen zugeschnitten, und dadurch eingeschränkt. Obwohl es zur Erfüllung der von Ihnen gewünschten Kategorien (Punkt 1.4) mehrere Unternehmen am Markt gibt.

Besteht hier nicht die Gefahr a) einer Diskriminierung und b) einer eventuellen entgangenen billigeren Versorgungsvariante?

Antwort: Wie in der Teilnahmeunterlagen vorgesehen, wird die AG für die Optimale Versorgung ihrer Versicherten sorgen. Die Festlegungen der AG beruhen auf ihren Markterhebungen und der Verschreibungspraxis der Ärzteschaft. Die Versorgung der Versicherten mit Produkten anderer Unternehmen ist vorgesehen.

Teilnahmeunterlagen Punkt 1.5. in Verbindung mit Punkt 2.2:

Es ergeht gemäß Punkt 12 der Hinweis, dass die Losvergabe wie sie in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen, für vergaberechtlich unzulässig gehalten wird. Es stellen sich in diesem Zusammenhang folgende Fragen: Wird der Rahmenvertrag eine Abnahmeverpflichtung vorsehen? Wie groß sind die Abrufmengen in den einzelnen Losen? Ein

Verweis dahingehend, dass eine Beantwortung in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens erfolgt, ist meines Erachtens angesichts der in der Ausschreibung vorgesehenen Losbildung nicht ausreichend.

Antwort: Die Auftraggeberin teilt diese Ansicht nicht. Der Rahmenvertrag sieht eine Abnahmeverpflichtung des Auftraggebers vor. Das tatsächliche Volumen der Gesamtleistung steht bei Vertragsabschluss noch nicht endgültig fest. In der zweiten Stufe des gegenständlichen Vergabeverfahrens wird jedoch ein Mengengerüst zu den während der Laufzeit des Vertrages voraussichtlich anfallenden Leistungsvolumina bekanntgegeben. Klargestellt wird, dass das konkrete Leistungsbild in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens festgelegt wird. Die Beschreibung des Ausschreibungsgegenstands in Punkt 1.4 bzw. Punkt 1.5. der Teilnahmeunterlage stellt lediglich einen ersten Überblick über die vom Auftragnehmer künftig zu erbringenden Leistungen dar.

. Verfahrensart und Verfahrensverlauf

. Teilnahmeunterlage Punkt 2.3.3 Zweite Stufe:

Verstehen wir es richtig, dass es sich bei der näheren Bezeichnung der Produkte (im 2. Schritt) es sich ausschließlich um Produkte bestimmter Unternehmen handeln wird und es nur zu einem Rahmenvertrag eines Unternehmens mit einer Produktlieferung dieser Unternehmen kommen wird? Hier stellt sich die Frage nach welchen Kriterien hier im Vorfeld dies so festgelegt wurde, da es sich letztendlich ja doch um eine Bestbieterprinzip-Angebot handeln wird (2.3.3)? Die Möglichkeit hier für alle Firmen, welche die Produktanforderungen erfüllen, gleichwertig anbieten zu können, ist nicht gegeben.

Antwort: Beschaffungsziel ist der Abschluss eines Rahmenvertrages mit einem Unternehmen in jedem der unter Punkt 1.5. der Teilnahmeunterlage näher beschriebene Lose (siehe auch Antwort zur Frage 2.2.). Der jeweilige Rahmenvertrag wird mit dem Bieter abgeschlossen werden, der je Los das wirtschaftlich und technisch günstigste Angebot gelegt hat. Die Kriterien, die die AG bei der Ermittlung des jeweiligen Bestbieters heranziehen wird, werden in der zweiten Stufe des gegenständlichen Vergabeverfahrens bekanntgegeben.

[...]"

c) 2. Fragebeantwortung vom 17.03.2015 (Anm: Schreibfehler im Original) 2. Fragebeantwortung vom 17.03.2015 Anmerkung, Schreibfehler im Original)

"[...]

1. Gehen wir richtig in der Annahme, dass der Rahmenvertrag keine mengenmäßige Beschränkung pro Los nach oben hin vorsehen wird?

Antwort: Klargestellt wird, dass das tatsächliche Volumen der Gesamtleistung bei Vertragsabschluss noch nicht feststeht. In der zweiten Stufe des gegenständlichen Vergabeverfahrens wird jedoch ein Mengengerüst zu den während der Laufzeit des Vertrages voraussichtlich anfallenden Leistungsvolumina bekanntgegeben. Dieses Mengengerüst entspricht dem erwarteten Bedarf des Auftraggebers für ein Vertragsjahr basierend auf dessen aktuellem medizinischen Leistungsportfolio und dem am Markt bekannten technologischen Niveau. Die tatsächlich bestellten Mengen können von diesen geschätzten Gesamtmengen abweichen (siehe Antwort auf Frage 2.1. - 1. Fragebeantwortung vom 16.02.2015).

2. Wird es in der 2. Stufe möglich sein, das gesamte Produktportfolio des jeweiligen Herstellers pro Los im ausschreibungsgegenständlichen Bereich anzubieten?

Antwort: Klargestellt wird, dass je Los die gesamte Produktpalette des jeweiligen Herstellers, die von den Versicherten der Antragsgegnerin voraussichtlich benötigt wird, basierend auf dem aktuellen Leistungsportfolio der Antragsgegnerin und dem am Markt bekannten technologischen Niveau anzubieten ist."

1.2. Dokumente betreffend das frühere Vergabeverfahren „Enterale Ernährung - Trink- und Sondennahrung“ der (jetzigen) Parteien aus dem Jahre 2010

a) Ausschreibungsunterlagen, aus denen - soweit entscheidungsrelevant - Folgendes hervorgeht:

a. Das Verfahren wurde als offenes Verfahren im Oberschwellenbereich mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmen nach dem Bestbieter-Prinzip geführt.

b. Bietergemeinschaften waren zugelassen.

c. Gegenstand des Verfahrens war der Abschluss einer Rahmenvereinbarung für die Dauer von drei Jahren über die Lieferung medizinischer Trink- und Sondennahrung, einschließlich Technik und bestimmter Managementleistungen.

d. Die Produktanforderungen verlangten ua, dass die einzelnen Produkte der Trink- und Sondennahrung nährstoffdefiniert waren sowie den "Empfehlungen der österreichischen Arbeitsgemeinschaft für klinische Ernährung" entsprachen.

e. "Muss-Kriterien" waren Entlassungsmanagement, Logistikkonzept, Qualität der Fachberatung und Lieferzeiten mit jeweils näheren Bestimmungen über deren Vorliegen angeführt.

f. Der jeweilige Leistungsabruf auf der Grundlage der Rahmenvereinbarung erfolgte auf Grundlage der in einem Leistungsverzeichnis genannten Produkte mit spezifizierter Qualität.

g. Der Auftragnehmer war (nach Maßgabe von näher geregelten Zusatzvereinbarungen) berechtigt, während der gesamten Laufzeit Bestellungen der angebotenen Produkte nach seiner Wahl vorzunehmen und die benötigten Produkte und Mengen zu bestimmen sowie die Art, Umfang oder Umstände zu ändern oder zusätzliche Produkte zu verlangen, die nicht im Leistungsverzeichnis enthalten waren.

b) Angebot der (jetzigen) Antragstellerin in Bietergemeinschaft mit einer anderen Firma, aus dessen Leistungsverzeichnis wie folgt strukturiert ist:

1. Standard Sondennahrung (sortiert nach Anforderungen, zB ballaststofffrei, energiereich, bei Kuhmilchunverträglichkeit)

2. Spezialsondennahrung (sortiert nach Anforderungen, zB "zum Aufbau und Kräftigung der Darmmukosa", "bei onkologischen Erkrankungen")

3. Trinknahrung (sortiert nach Anforderungen, zB "Eiweißreich", "bei Kuhmilchunverträglichkeit", "bei onkologischen Erkrankungen", "für Kinder")

4. Sondennahrung in der Pädiatrie (ebenfalls sortiert nach Anforderungen, zB Alter, Gewicht, bestimmte Darmerkrankungen)

5. Überleitungsgeräte (zB Pumpen, Spritzen, Sonden)

sämtliche Positionen unter Angabe des Jahresbedarfs, des jeweiligen Produktnamens der Position, Stückzahl und Preis, bei der Trink- und Sondennahrung auch der Geschmackrichtung.

c) Bandbreite der Anzahl der monatlichen tatsächlichen Gesamtlieferungen für die Jahre 2011 bis 2014, aus der sich ergibt, dass die Bandbreite der Lieferungen wie folgt beträgt:

* 632 bis 708 (2011)

* 624 bis 693 (2012)

* 618 bis 740 (2013)

* 661 bis 728 (2014)

d) Aufstellung des Vergleichs Leistungsverzeichnis 2010 mit tatsächlichem Liefervolumen 2014 (sortiert nach den oben unter a) 1. bis 5. genannten Produktgruppen, aus der sich ergibt, dass die tatsächlichen Leistungen 84 % des Anteils am Gesamtwert der im Leistungsverzeichnis vorgesehen Lieferungen umfasste.

e) Zwei Beispiele für "Produktinformation" zu einzelnen von der Beschaffung umfassten Produkten Bietergemeinschaft, die folgende Gliederung enthalten:

Tabelle kann nicht abgebildet werden

1.3. Dokumente betreffend das gemeinsame Vergabeverfahren „Enterale Ernährung - Trink- und Sondennahrung“ dreier anderer regionaler Krankenkassen aus dem Jahre 2009

a) Ausschreibungsunterlagen, aus denen - soweit entscheidungsrelevant -hervorgeht, dass sie im Wesentlichen gleichen Inhalts sind wie die unter a) genannten, insbesondere betreffend

a. die Wahl eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich

- b. Gegenstand des Verfahrens (Rahmenvereinbarung Trink- und Sondennahrung, einschließlich Technik und bestimmter Managementleistungen)
- c. Produkthanforderungen
- d. "Muss-Kriterien"
- e. Leistungsabruf
- f. Änderungen

b) Angebot eines Unternehmens mit

- a. gleich strukturiertem Leistungsverzeichnis wie jenes der (jetzigen) Antragstellerin (siehe oben unter a)
- b. zusätzlichen Produktinformationen zu bestimmten Positionen in Tabellenform wie unten.
- c) Aufstellung "Nettoumsatz mit Produkten gem. Ausschreibung" der Lieferungen an eine der regionalen Krankenkassen, aus der sich ergibt, dass diese 99,1% betragen.

1.4. AKE - Empfehlungen (Taschenbuchausgabe)

AKE - Taschenausgabe der Empfehlungen für die enterale und parenterale Ernährungstherapie des Erwachsenen - Mit Produktliste (Version 2005/2006). Herausgeber: Arbeitsgemeinschaft klinische Ernährung (AKE). Öffentlich zugänglich über Internetseite der AKE. AKE - Taschenausgabe der Empfehlungen für die enterale und parenterale Ernährungstherapie des Erwachsenen - Mit Produktliste (Version 2005 aus 2006,). Herausgeber: Arbeitsgemeinschaft klinische Ernährung (AKE). Öffentlich zugänglich über Internetseite der AKE.

Das Buch enthält, ab Seite 140 die Auflistung von Produkten der Trink- und Sondennahrung, welche von der herausgebenden Gesellschaft zur Verwendung empfohlen und in intra- wie extramuralen Bereich als allgemein anerkannte Grundlage für die Verschreibungen der Ärzte verwendet wird.

Inhaltlich finden sich dort die am Markt erhältlichen Einzelprodukte gegliedert nach:

A) Enterale Ernährungen - Sonden- und Trinknahrungen für metabolisch stabile Patienten (zur ausschließlichen oder supportiven Ernährung)

- 1) NDD - Ballaststoffreich, unabhängig von Energiedichte
- 2) NDD - Ballaststofffrei, ca. 1kcal/ml
- 3) NDD - Energiereich, unabhängig vom Ballaststoffgehalt
- 4) NDD - Eiweißreich, unabhängig vom Ballaststoffgehalt
- 5) NDD - hypokalorisch (Energiedichte < 1kcal/ml)
- 6) CDD/SemiNDD

B) Enterale Ernährungen - Sonden- und Trinknahrungen adaptiert an spezielle metabolische Situationen (zur ausschließlichen oder supportiven Ernährung)

- 1) Onkologie
- 2) Niereninsuffizienz
- 3) Leberinsuffizienz
- 4) COPD
- 5) MCT.reich (mindest. 50%)
- 6) fettreich
- 7) gestörte Glukosetoleranz/Diabetes
- 8) Intensivpatient, metabolischer Stress
- 9) immunomodulatorisch

C) Enterale Ernährung - Zusätze, Module (nicht zur ausschließlichen Ernährung)

1) Eiweißreiche Zusatzernährung

2) Fettfreie Trinknahrung

3) Module (Kohlenhydrate, Eiweiß)

4) Andickungsmittel

5) Ballaststoffe

6) Zubereitung aus Mikroorganismen zur Wiederherstellung der Darmflora

zB Liste zu A) 5) "hyperkalorisch":

Bild kann nicht dargestellt werden

Bild kann nicht dargestellt werden

zB Liste zu B) 1) "Onkologie"

Bild kann nicht dargestellt werden

Bild kann nicht dargestellt werden

1.5. Parteivorbringung und Zeugeneinvernahmen

Die Parteien haben durch ihren rechtsfreundlichen Vertreter sowie von ihr namhaft gemacht und in der mündlichen Verhandlung einvernommene Zeugen im Wesentlichen folgende Aussagen gemacht:

a) Auf Hinweis, dass sie in den Schriftsätzen und in der 1. Anfragebeantwortung diesbezüglich unterschiedliche Angaben gemacht habe, hat die Antragstellerin erklärt, dass die Bezugnahme auf bestimmte Unternehmen in den Beschreibungen der "Trink- und Sondennahrung inkl Technik" für die Lose 1 bis 3 (Punkt 1.5 der Ausschreibung, sowie Bezugnahme darauf in den Eignungskriterien Punkt 4.3.3 und 4.3.2) ausschließlich Produkte meint, welche diese Unternehmen herstellen. Produkte, welche diese Unternehmen von anderen Herstellern vertreiben würden, seien nicht erfasst.

b) Auf Befragen, was unter den in der Ausschreibung (Punkt 1.3) erwähnten 20% des Gesamtbedarfs an Trink- und Sondennahrung zu verstehen sei, die von der Ausschreibung nicht umfasst sei, weil dieser Anteil für "Innovation und neue Technologien vorbehalten" sei, hat die Antragsgegnerin erklärt, dass damit die Anschlussnahrung für die zuvor in den Krankenhäusern verabreichten neuen Sondernahrungsprodukte gemeint seien, welche dort im Rahmen von Studien und Forschungen verabreicht würden. Dazu sei die Antragstellerin durch den Zielsteuerungsvertrag verpflichtet, nachdem Gebietskrankenkassen und Krankenhausträger zu einer engen Verschränkung ihrer Tätigkeiten verpflichtet seien.

c) Auf Befragen haben die Zeugen beider Parteien bestätigt, dass auf der linken Spalte der Produktinformationsliste aus der Ausschreibung der Antragsgegnerin von 2009 [siehe Beweismittel 0 0] die vollständige Liste der typischen Inhaltsstoffe von Trink- und Sondennahrung dargestellt ist.

Eine Zeugin der Antragsgegnerin hat auf Befragen bestätigt, dass es typische Inhaltsstoffe von Trink- und Sondennahrung gibt, die bekanntermaßen Allergien und Unverträglichkeitsreaktionen auslösen können. Es handelt sich um Laktose, Soja und verschiedene andere Bestandteile. Diesfalls benötige der Patient die Spezialnahrung ohne diese Bestandteile.

Auf Befragen, ob es ihres Wissens Bestandteile gebe, welche bekanntermaßen medizinische Probleme auslösen und nicht auf der eingangs angeführten Liste stehen, hat die Zeugin erklärt, dass man nie ausschließen könne, dass zB. Geschmacksträger wie Vanille in der Spezialnahrung eine Allergie auslösen. Es sei ähnlich wie bei Medikamenten, man kenne die Wirkung der Stoffe, aber es könne vorkommen, dass bestimmte Zusatzstoffe (Hilfsstoffe), auch nur in geringen Mengen allergische Reaktionen im Einzelfall auslösen können.

Die Antragsgegnerin hat ergänzt, dass auch innerhalb der auf der besagten Liste enthaltenen Produktzusammensetzungen Unverträglichkeiten entstehen können. Die in der Ausschreibung angeführten Hersteller weichen auch untereinander in der Zusammensetzung ihrer Produkte voneinander ab.

Weiters hat er erklärt, dass auch Kreuzwirkungen zwischen Chemotherapie und Spezialnahrung unerwünschte Effekte auslösen könnten. Zudem müsse man das gesamte Umfeld, wie etwa psychische Belastungen, als Mitursache berücksichtigen.

2. Sachverhalt nach Beweismittelwürdigung

a) Frühere Beschaffungen von Trink- und Sondennahrung der Antragstellerin selbst und durch andere vergleichbare Auftraggeber wurden als offene Verfahren mit dem Ziel des Abschlusses eines Rahmenvertrages über die Lieferung einzelner nährstoffdefinierter Produkte samt Logistikkonzept und Technik geführt.

Die auf der Basis der Rahmenverträge erfolgten Abrufe und Lieferungen vermochten zwischen 84 und 99 % des Bedarfes der Versicherten abzudecken. Es kann nicht festgestellt werden, dass der in den einzelnen Beschaffungsvorgängen nicht abgedeckte Bedarf nicht anderweitig gedeckt werden konnte.

Die Wahl des offenen Verfahrens ergibt sich unmittelbar aus der Vorlage der Ausschreibungsunterlagen früherer Verfahren [Beweismittel 0 0 und 0 0].

Die Höhe der Abdeckung des Bedarfs der Antragsgegnerin und vergleichbarer Auftraggeber aufgrund der aus den früheren Beschaffungen erfolgten Lieferungen ergibt sich aus den Lieferstatistiken [Beweismittel 0 0 und 0 0].

Die Antragsgegnerin hat diese Zahlen und die früheren Ausschreibungsunterlagen bzw. Angebote auch bestritten. Sie hat auch nicht vorgebracht bzw. bestritten, dass sie oder die anderen vergleichbaren Auftraggeber den zusätzlichen Bedarf an Produkten der hier gegenständlichen Art nicht durch die Antragstellerin (bzw. ihre Bietergemeinschaft) oder andere Anbieter habe decken können.

b) Es kann nicht festgestellt werden, dass sich gesundheitsgefährdende Unverträglichkeiten aus der Verwendung oder dem Wechsel von Produkten verschiedener Hersteller ergeben, sondern allenfalls aus verschiedenen inhaltsstofflichen Zusammensetzungen der jeweiligen Trink- oder Sondennahrung.

Dies ergibt sich aus einer Gesamtschau der vorgelegten Beweismittel und mit dem Parteivorbringen und den Zeugenaussagen.

Das Angebot aus der vorhergehenden Beschaffung der gegenständlichen Produkte (2010) enthält nämlich ein Leistungsverzeichnis [Beweismittel 0 0], das in Struktur und allgemeinen Inhalten mit den damals verwendeten einzelnen Produktinformationen [Beweismittel 0 0] sowie in den AKE-Empfehlungen (Beweismittel 0) vollständig übereinstimmt. Dasselbe gilt für beispielhaft vorgelegte das Angebot eines der Unternehmen, die sich an der Ausschreibung der gegenständlichen Produkte durch vergleichbare Auftraggeber aus dem Jahre 2009 beteiligt hatten [Beweismittel 0 0].

Aus sämtlichen Dokumenten, insbesondere aber aus den Produktlisten der AKE-Empfehlungen, auf die sich die Ärzte - von der Antragsgegnerin unwidersprochen - bei ihrer Verschreibungspraxis stützen, ergibt sich nämlich, dass die einzelnen Produkte der Trink- und Sondennahrung nach bestimmten Indikationen, Unverträglichkeiten, Bedürfnissen und sonstigen medizinischen Kriterien sortiert angeboten werden. Die Angebote und Lieferverzeichnisse der früheren Verfahren orientierten sich strikt an diesen Listen, welche wiederum innerhalb der besagten Produktgruppen aus einer Liste immer derselben Inhaltsstoffe beruht, die mal mehr, mal weniger, mal gar nicht in einem bestimmten Produkt enthalten sind. Darüber hinaus gibt es keine Produktgruppe (etwa Onkologie, Intoleranzen, Organinsuffizienzen), in der nicht mehrere Hersteller mit ihren Produkten enthalten sind. Die verschreibenden Ärzte können anhand der AKE-Listen die genauen inhaltlichen und mengenmäßigen Zusammensetzungen, die für den individuellen Patienten verträglich sind, ermitteln und dann das Produkt eines bestimmten Herstellers finden.

Daraus schließt das Bundesverwaltungsgericht, dass gesundheitliche Risiken sich nicht aus der Wahl bestimmter Hersteller-Produkte, sondern allenfalls aus einer im Einzelfall zB unverträglichen mengenmäßigen oder inhaltlichen Zusammensetzung ergeben.

III. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen: römisch drei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Zulässigkeit der Antragstellung

Der gegenständliche Prüfungsantrag wurde gemäß § 321 Abs. 4 BVergG fristgerecht eingereicht und es bestehen auch sonst keine Gründe gegen die Zulässigkeit der Beschwerde. Der gegenständliche Prüfungsantrag wurde gemäß

Paragraph 321, Absatz 4, BVergG fristgerecht eingereicht und es bestehen auch sonst keine Gründe gegen die Zulässigkeit der Beschwerde.

Die Antragstellerin reichte nämlich den Nachprüfungsantrag am 19.02.2015 ein. Damit war die Frist von sieben Tagen vor Ablauf der (damaligen) Frist für die Einreichung der Teilnahmeanträge (02.03.2015) eingehalten, welche sich als solche daraus ergibt, dass die Gesamtfrist für die Einreichung der Teilnahmeanträge mehr als 17 Tage betrug (abgesendet am 27.01.2015, Veröffentlichung in Österreich 28.01.2015, in der EU 31.01.2015).

Der Nachprüfungsantrag richtete sich außerdem gemäß § 320 Abs. 1 BVergG auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung iSd § 2 Z 16 lit a) dd) BVergG der Antragsgegnerin, nämlich die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages) im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung. Der Nachprüfungsantrag richtete sich außerdem gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung iSd Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a,) dd) BVergG der Antragsgegnerin, nämlich die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages) im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung.

Insoweit die Antragsgegnerin schließlich in der mündlichen Verhandlung die Antragslegitimation der Antragstellerin mit der Begründung bezweifelt hat, dass sie die inkriminierten Eignungs- (und Auswahl-) Kriterien einfach erfüllen könne, kann dem Vorbringen nicht gefolgt werden, weil die Antragstellerin die gesetzlichen Voraussetzungen des § 320 Abs. 1 Z 1 und Z 2 BVergG jedenfalls erfüllt. Insoweit die Antragsgegnerin schließlich in der mündlichen Verhandlung die Antragslegitimation der Antragstellerin mit der Begründung bezweifelt hat, dass sie die inkriminierten Eignungs- (und Auswahl-) Kriterien einfach erfüllen könne, kann dem Vorbringen nicht gefolgt werden, weil die Antragstellerin die gesetzlichen Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer eins und Ziffer 2, BVergG jedenfalls erfüllt.

Hiezu ist zunächst zu bemerken, dass die Antragstellerin - was insoweit auch nicht bezweifelt wurde - ein Interesse am Abschluss des ausschreibungsgegenständlichen Rahmenvertrages hat. Dieser Vertrag liegt zudem aufgrund dessen, dass die Antragsgegnerin als gesetzliche Krankenversicherung im Anwendungsbereich des BVergG liegt (§ 3 Abs. 1 Z 2 BVergG iVm Art. 14 b Abs. 2 B-VG), im Geltungsbereich des Gesetzes (§ 320 Abs. 1 Z 1 BVergG). Hiezu ist zunächst zu bemerken, dass die Antragstellerin - was insoweit auch nicht bezweifelt wurde - ein Interesse am Abschluss des ausschreibungsgegenständlichen Rahmenvertrages hat. Dieser Vertrag liegt zudem aufgrund dessen, dass die Antragsgegnerin als gesetzliche Krankenversicherung im Anwendungsbereich des BVergG liegt (Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14, b Absatz 2, B-VG), im Geltungsbereich des Gesetzes (Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG).

Des Weiteren ist - entgegen der Auffassung der Antragstellerin - auch nicht ersichtlich, dass der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit bestimmter Passagen oder gar der gesamten Ausschreibung kein Schaden zu entstehen droht (§ 320 Abs. 1 Z 2 BVergG). Des Weiteren ist - entgegen der Auffassung der Antragstellerin - auch nicht ersichtlich, dass der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit bestimmter Passagen oder gar der gesamten Ausschreibung kein Schaden zu entstehen droht (Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG).

Der Begriff "Schaden" ist nämlich nach ganz hM weit auszulegen ist, wobei eine detaillierte Aufgliederung und ins Einzelne gehende Darlegung des jeweiligen Antragstellers nicht erforderlich ist (zB. VwGH 23.05.2007, 2007/04/0010 und Walter/Hauck in: Heid/Preslmayer, Handbuch Vergaberecht 3, Rdnr 1783 f, mwN).

Weiters wird an die Rechtsprechung des VwGH erinnert, wonach ein dem Antragsteller drohender Schaden im Sinne des § 320 Abs. 1 Z 2 BVergG bereits dann vorliegt, wenn die Möglichkeit des Antragstellers am Vergabeverfahren teilzunehmen, durch die behauptete Rechtswidrigkeit beeinträchtigt werden kann. Dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, wird in einem Nachprüfungsantrag bereits dann entsprochen, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist. Ins Einzelne gehende Darlegungen sind nicht geboten (Vgl. VwGH 24.2.2010, ZI. 2008/04/0239-9; VwGH 23.05.2007, ZI. 2007/04/0010). Weiters wird an die Rechtsprechung des VwGH erinnert, wonach ein dem Antragsteller drohender Schaden im Sinne des Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG bereits dann vorliegt, wenn die Möglichkeit des Antragstellers am Vergabeverfahren teilzunehmen, durch die behauptete Rechtswidrigkeit beeinträchtigt werden kann. Dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, wird in einem Nachprüfungsantrag bereits dann entsprochen, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist. Ins Einzelne gehende Darlegungen sind nicht geboten (Vgl. VwGH 24.2.2010, ZI. 2008/04/0239-9; VwGH 23.05.2007, ZI. 2007/04/0010).

Im gegenständlichen Verfahren hat sich die Antragsgegnerin zudem darauf beschränkt, zu behaupten, die

Antragslegitimation der Antragstellerin scheitere daran, dass sie jedenfalls "leicht" in der Lage sei, die beanstandeten Eignungskriterien in Form bestimmter Referenzprojekte zu erfüllen, woraus sich ergebe, dass ihr kein Schaden entstehen könne.

Dem kann das Bundesverwaltungsgericht schon aus dem Grunde nicht folgen, dass die Antragsgegnerin ihr Vorbringen in keiner Weise näher begründet und auch keinerlei Beweise für ihr Vorbringen angeboten hat.

Schließlich ist zu beachten, dass sich der gegenständlichen Antrag auch auf die Wahl der Verfahrensart (Verhandlungsverfahren gemäß § 29 BVergG) bezieht und ein Schaden bereits in der für die Antragstellerin gegenüber einem Regelverfahren aufwendigeren Gestaltung des Verfahrensablaufes eines mehrstufigen Verhandlungsverfahrens (Erstellung mehrerer Angebote, Teilnahme an Verhandlungen etc.) liegt. Schließlich ist zu beachten, dass sich der gegenständlichen Antrag auch auf die Wahl der Verfahrensart (Verhandlungsverfahren gemäß Paragraph 29, BVergG) bezieht und ein Schaden bereits in der für die Antragstellerin gegenüber einem Regelverfahren aufwendigeren Gestaltung des Verfahrensablaufes eines mehrstufigen Verhandlungsverfahrens (Erstellung mehrerer Angebote, Teilnahme an Verhandlungen etc.) liegt.

2. Nichtigkeit der Ausschreibung - Spruchpunkt A)

Die Antragstellerin hat sich in der Antragsschrift betreffend ihren Hauptantrag auf Nichtigklärung der gesamten Ausschreibung im Wesentlichen darauf berufen, dass ihrer Ansicht nach die Teilnahmeunterlagen im Wesentlichen aus zwei Gründen rechtswidrig seien:

(a) Die Wahl der Verhandlungsverfahren habe keine rechtliche Grundlage.

(b) Die Bezugnahme der Eignungskriterien auf Referenzprojekte betreffend den Handel mit Produkten bestimmter namentlich genannter Hersteller.

In Bezug auf Grund (a) steht fest, dass sich die Antragstellerin auf § 29 BVergG bezieht. In Bezug auf Grund (b) steht fest, dass sich die Antragstellerin auf Paragraph 29, BVergG bezieht.

Das Bundesverwaltungsgericht geht in Bezug auf Grund (b) davon aus, dass sich alle Rügen in der Antragsschrift rechtlich auf dieselbe Frage, nämlich die Rechtmäßigkeit der betroffenen Ausschreibungspassagen (und ggf. der gesamten Ausschreibung) im Hinblick auf die Definition der Eignungskriterien in § 2 Z 20 lit c) BVergG sowie auf die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts in § 19 Abs 1 BVergG, beziehen. Das Bundesverwaltungsgericht geht in Bezug auf Grund (a) davon aus, dass sich alle Rügen in der Antragsschrift rechtlich auf dieselbe Frage, nämlich die Rechtmäßigkeit der betroffenen Ausschreibungspassagen (und ggf. der gesamten Ausschreibung) im Hinblick auf die Definition der Eignungskriterien in Paragraph 2, Ziffer 20, Litera c,) BVergG sowie auf die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts in Paragraph 19, Absatz eins, BVergG, beziehen.

2.1. Rechtswidrigkeit der Wahl des Verhandlungsverfahrens

2.1.1. Argumentation der Parteien

Die Antragstellerin hat sich bezüglich der Unzulässigkeit des Verhandlungsverfahrens im gegenständlichen Verfahren im Wesentlichen darauf berufen, dass im - wie hier - klassischen Bereich des Vergaberechts gemäß § 27 BVergG das Primat des offenen oder nicht-offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung herrsche. Das Verhandlungsverfahren dürfe nur gewählt werden, wenn einer der beiden Ausnahmetatbestände des § 29 Abs. 1 BVergG vorliege, was hier nicht der Fall sei. Die Antragstellerin hat sich bezüglich der Unzulässigkeit des Verhandlungsverfahrens im gegenständlichen Verfahren im Wesentlichen darauf berufen, dass im - wie hier - klassischen Bereich des Vergaberechts gemäß Paragraph 27, BVergG das Primat des offenen oder nicht-offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung herrsche. Das Verhandlungsverfahren dürfe nur gewählt werden, wenn einer der beiden Ausnahmetatbestände des Paragraph 29, Absatz eins, BVergG vorliege, was hier nicht der Fall sei.

Im Einzelnen hat sie dazu, erstens, angeführt, dass die Ausnahme der Z 1 im konkreten Fall nicht vorliege, weil für den Vergabegegenstand noch kein gescheitertes Regelverfahren durchgeführt worden sei. Im Einzelnen hat sie dazu, zweitens, angeführt, dass die Ausnahme der Ziffer eins, im konkreten Fall nicht vorliege, weil für den Vergabegegenstand noch kein gescheitertes Regelverfahren durchgeführt worden sei.

Sie hat, zweitens, vorgebracht, dass auch die Ausnahme der Z 2 nicht anwendbar sei, weil für den Ausschreibungsgegenstand der medizinischen Trink- und Sondennahrung, einschließlich Technik und bestimmter

Managementleistungen (Entlassungsmanagement, Lieferzeiten, Logistikkonzept, Fachberatung) ohne weitere Klarstellungen ein Angebotspreis ermittelt werden könne und die Vergleichbarkeit der Angebote gegeben sei. Sie hat, zweitens, vorgebracht, dass auch die Ausnahme der Ziffer 2, nicht anwendbar sei, weil für den Ausschreibungsgegenstand der medizinischen Trink- und Sondennahrung, einschließlich Technik und bestimmter Managementleistungen (Entlassungsmanagement, Lieferzeiten, Logistikkonzept, Fachberatung) ohne weitere Klarstellungen ein Angebotspreis ermittelt werden könne und die Vergleichbarkeit der Angebote gegeben sei.

Dies erhele sich schon daraus, dass es österreichweit mehrere Vergabeverfahren regionaler Krankenversicherungen gegeben habe, die sämtlich in Form der Regelverfahren geführt worden seien. Insbesondere sei die derzeit geltende Vereinbarung mit der Antragsgegnerin, an der die Antragstellerin beteiligt sei, erfolgreich im offenen Verfahren geführt worden (Vergabeverfahren "Enterale Ernährung - Trink- und Sondennahrung 2010") und auch das Verfahren betreffend drei andere regionale Krankenversicherungsträger sei als Regelverfahren geführt worden (Vergabeverfahren "Lieferung von Trink- und Sondennahrung 2009").

Allgemein sei nicht erkennbar, dass (a) ohne Verhandlung kein adäquates Vergütungsmodell festgelegt werden könne, das einen Vergleich der Angebote ermögliche, oder (b) eine vollständige Aufgabenbeschreibung nicht möglich sei, die Bieter aber auf Grundlage dieser Angaben kalkulieren könnten. Der Fokus des Ausnahmetatbestandes des § 29 Abs. 1 Z 2 BVergG liege beim Auftraggeber, diesem müsse es objektiv unmöglich sein, die Ausschreibung so zu gestalten, dass die Bieter eine globale Preisgestaltung vornehmen könnten. Allgemein sei nicht erkennbar, dass (a) ohne Verhandlung kein adäquates Vergütungsmodell festgelegt werden könne, das einen Vergleich der Angebote ermögliche, oder (b) eine vollständige Aufgabenbeschreibung nicht möglich sei, die Bieter aber auf Grundlage dieser Angaben kalkulieren könnten. Der Fokus des Ausnahmetatbestandes des Paragraph 29, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG liege beim Auftraggeber, diesem müsse es objektiv unmöglich sein, die Ausschreibung so zu gestalten, dass die Bieter eine globale Preisgestaltung vornehmen könnten.

Im vorliegenden Fall seien der Antragsgegnerin sowohl die auftragsgegenständlichen Produkte als auch die jährlich abgerufenen Mengen und die Zahl der Einzellieferungen bekannt, sodass auf dieser Grundlage eine Einschätzung des zukünftigen Bedarfs möglich sei. Unter Vorlage von Statistiken aus dem laufenden Vertrag [Beweismittel 0 0] hat die Antragstellerin dargelegt, dass die Schwankungen bei den Lieferungen pro Jahr im Mittelwert nur 4,4 % nach oben und 2,6 % nach unten betragen hätten und somit in einem kalkulierbaren Bereich lägen.

Insoweit die Antragsgegnerin angeführt habe, das Verhandlungsverfahren sei notwendig, weil auch Dienstleistungen mit umfasst seien, deren Umfang und Inhalt nicht ausreichend festgelegt werden könne, so sei dem entgegen zu halten, dass das Entgelt schon bisher alle Kosten der Leistungserbringung enthalten habe und die Kosten für die Lieferung, Logistikleistungen, Lagerung, Schulungen sowie die Koordination und Abwicklung der Bestellungen umfasst habe. Die Preisgestaltung sei somit offenkundig unter Berücksichtigung der angeführten Dienstleistungen möglich gewesen und sei es noch immer.

Hinzu komme, dass die Antragsgegnerin einen Rahmenvertrag schließen wolle, durch welchen die von ihr behaupteten Kalkulationsrisiken ebenfalls überschau- und kalkulierbar bleiben würden, und der von ihr zur Rechtfertigung des Verhandlungsverfahrens angeführte "Evaluierungs- und Anpassungsbedarf der Produktliste" sei sichergestellt.

Des Weiteren hat die Antragstellerin vorgebracht, dass die Antragsgegnerin durch die Beschreibung des Auftragsgegenstandes in den Losen, die sich auf Produkte bestimmter Hersteller beschränken würden, zu erkennen gebe, dass sie offenbar genau wisse, welche am Markt vorhandenen Lösungen sie beschaffen wolle.

Es bleibe somit letztlich kein Raum für die Notwendigkeit eines Verhandlungsverfahrens im Sinne des § 29 Abs. 1 Z 2 BVergG. Es bleibe somit letztlich kein Raum für die Notwendigkeit eines Verhandlungsverfahrens im Sinne des Paragraph 29, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

Die somit rechtswidrige Wahl des Verhandlungsverfahrens belaste die gesamte Ausschreibung (hier: Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages) mit Rechtswidrigkeit. Die Möglichkeit eines - von einem offenen Verfahren mit uneingeschränktem Teilnehmerkreis geführten Vergabeverfahrens - abweichenden Verfahrensausgangs sei evident, da es in der zweiten Stufe eines Verhandlungsverfahrens zu einer erheblichen Reduktion des Bieterkreises komme.

Die Antragsgegnerin hat angeführt, sie halte die Wahl des Verhandlungsverfahrens gemäß § 29 Abs. 1 Z 2 BVergG für

rechtmäßig, weil dies im vorliegenden Fall zwingend erforderlich sei, um die Vergleichbarkeit der Angebote zu gewährleisten. Die Antragsgegnerin hat angeführt, sie halte die Wahl des Verhandlungsverfahrens gemäß Paragraph 29, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG für rechtmäßig, weil dies im vorliegenden Fall zwingend erforderlich sei, um die Vergleichbarkeit der Angebote zu gewährleisten.

Der Fokus dieses Ausnahmetatbestandes liege nämlich beim Auftraggeber, diesem müsse es unmöglich sein, die Ausschreibung derart zu gestalten, dass die Bieter eine globale Preisgestaltung vornehmen könnten. Hierzu hat die Antragsgegnerin in Bezug auf das gegenständliche Verfahren erläutert, dass eine solche Preisgestaltung aus den folgenden Gründen nicht möglich sei:

Zum einen sei die Antragsgegnerin auf die Verschreibepaxis der Ärzte in den Krankenhäusern angewiesen, und es sei bei der Auswahl der Produkte auf die individuellen Bedürfnisse bzw die speziellen Indikationen der einzelnen Patienten abzustellen. Bei Unverträglichkeiten müsse kurzfristig auf ein anderes Produkt umgestellt werden. Dadurch sei eine Evaluierungs- und Anpassungsmöglichkeit der Produktlist während der gesamten Laufzeit erforderlich, die eine globale Preisgestaltung ausschließe.

Zum anderen würde der Ausschreibungsgegenstand neben den reinen Produkten auch die dazugehörigen Dienstleistungen (Lieferungsmodalitäten, Schulungen der Versicherten, Entlassungsmanagement/Behandlungsschnitt, Wartung der Geräte) umfassen, die einen wesentlichen Teil der Kalkulationsgrundlage bilden würden, aber vom Umfang und Inhalt her von der Antragsgegnerin nicht a priori festgelegt werden könnten. Dies würde nur im Wege von Verhandlungen zwischen Auftraggeberin und Bietern ermöglicht, um den Bietern in einer zweiten Stufe die Möglichkeit zu geben, entsprechende Konzepte vorzulegen.

Auf Vorhalt, warum die von der Antragsgegnerin geltend gemachten Schwierigkeiten bei der Gestaltung und Kalkulation der benötigten Leistungen nicht durch den Inhalt des in der Ausschreibung gegenständlichen Rahmenvertrages in den Griff bekommen werden könnten, hat die Antragsgegnerin erklärt, dass im Regelverfahren keine Möglichkeit mehr bestehe, die Ausschreibungsergebnisse der drei Lose (hier: Produkte bestimmter Hersteller) miteinander zu verschränken. Nach der Angebotsabgabe seien zudem keine Verhandlungen mehr zulässig. Ein Rahmenvertrag, der alle Eventualitäten in die Vertragsabwicklung verschiebe, führe daher dazu, dass der Auftraggeber einerseits einen hohen Risikoaufschlag zu erwarten habe und andererseits nach Zuschlagserteilung völlig vom "good will" des Bestbieters abhängig sei.

Schließlich sei das Verhandlungsverfahren notwendig, um das Ausschreibungsergebnis noch mit dem Krankhausträger abzustimmen, damit den Anforderungen des Zielsteuerungsvertrages Genüge getan werde.

2.1.2. Rechtliche Würdigung

Im gegenständlichen Verfahren war die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung mangels Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen des § 29 Abs. 1 BVergG rechtswidrig. Im gegenständlichen Verfahren war die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung mangels Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen des Paragraph 29, Absatz eins, BVergG rechtswidrig.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt hierzu zunächst fest, dass die Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren gemäß § 29 Abs. 1 Z 1 BVergG - was auch nicht in Frage gestellt wurde - nicht gegeben sind, weil es kein gescheitertes offenes oder nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung bzw keinen gescheiterten wettbewerblichen Dialog gab. Das Bundesverwaltungsgericht stellt hierzu zunächst fest, dass die Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren gemäß Paragraph 29, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG - was auch nicht in Frage gestellt wurde - nicht gegeben sind, weil es kein gescheitertes offenes oder nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung bzw keinen gescheiterten wettbewerblichen Dialog gab.

Zu dem Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren nach § 29 Abs. 1 Z 2 BVergG erinnert das Bundesverwaltungsgericht vorab daran, dass es sich bei dem beabsichtigten (ausgeschriebenen) Leistungsgegenstand um Lieferungen handeln muss, die ihrer Natur nach oder wegen der mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen. Zu dem Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren nach Paragraph 29, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG erinnert das Bundesverwaltungsgericht vorab daran, dass es sich bei dem beabsichtigten (ausgeschriebenen) Leistungsgegenstand um Lieferungen handeln muss, die ihrer Natur nach oder wegen der mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen.

Im - wie hier - klassischen Bereich besteht ein grundsätzlicher Primat des offenen und nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung. Das Verhandlungsverfahren stellt demgegenüber ein Ausnahmeverfahren dar, das nur gewählt werden darf, wenn einer der im Gesetz in abschließender Weise angeführten Ausnahmefälle vorliegt.

In diesem Sinne sind auch nach der Rechtsprechung des EUGH die einschlägigen Bestimmungen restriktiv auszulegen. Selbst außergewöhnliche Umstände - wie etwa die Lieferung von Arzneimitteln an Einrichtungen der sozialen Sicherheit - erlauben keinen allgemeinen und unterschiedslosen Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren. Außerdem obliegt die Beweislast für das Vorliegen der ein Verhandlungsverfahren als Ausnahme vom Regelverfahren rechtfertigenden außergewöhnlichen Umstände demjenigen, der sich auf sie beruft [EUGH vom 03.05.1994, Rs C-328/92, Kommission/Spanien, siehe auch Fink/Heid in:

Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010) Rdnr 736, 760].

Ausweislich der Gesetzesmaterialien in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der "Unmöglichkeit einer globalen Preisgestaltung" ist dieses so zu verstehen, dass der Auftraggeber für die beabsichtigte Leistung ohne Verhandlungen kein adäquates Vergütungsmodell festlegen kann, welches einen Vergleich der Angebote erwarten lässt. Aus der Sicht des Bieters ist darunter zu verstehen, dass dieser auf der Grundlage der Aufgabenbeschreibung durch den Auftraggeber keinen festen Gesamtpreis für seine Leistung angeben kann, sondern Eventualitäten berücksichtigen muss, die einen direkten Vergleich der Preisgestaltung unmöglich machen (vgl 1171 der Beilagen XXII. GP, RV-Materialien zu den §§ 28 bis 30). Ausweislich der Gesetzesmaterialien in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der "Unmöglichkeit einer globalen Preisgestaltung" ist dieses so zu verstehen, dass der Auftraggeber für die beabsichtigte Leistung ohne Verhandlungen kein adäquates Vergütungsmodell festlegen kann, welches einen Vergleich der Angebote erwarten lässt. Aus der Sicht des Bieters ist darunter zu verstehen, dass dieser auf der Grundlage der Aufgabenbeschreibung durch den Auftraggeber keinen festen Gesamtpreis für seine Leistung angeben kann, sondern Eventualitäten berücksichtigen muss, die einen direkten Vergleich der Preisgestaltung unmöglich machen vergleiche 1171 der Beilagen römisch 22 . GP, RV-Materialien zu den Paragraphen 28 bis 30).

Die umfassende Preisgestaltung für den Auftragsgegenstand kann diesfalls nur durch Verhandlungen erreicht werden, da der Bieter dort darlegen kann, für welche Teile oder Positionen er unter welchen Umständen kalkulieren kann. Die Unmöglichkeit der globalen Preisgestaltung muss in der Natur der Sache liegen und damit objektiv begründet sein (vgl Schramm/Öhler in: Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, §§ 28 bis 30 Rdnrn 20 f). Die umfassende Preisgestaltung für den Auftragsgegenstand kann diesfalls nur durch Verhandlungen erreicht werden, da der Bieter dort darlegen kann, für welche Teile oder Positionen er unter welchen Umständen kalkulieren kann. Die Unmöglichkeit der globalen Preisgestaltung muss in der Natur der Sache liegen und damit objektiv begründet sein vergleiche Schramm/Öhler in: Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraphen 28 bis 30 Rdnrn 20 f).

In Bezug auf etwaige Schwierigkeiten im Hinblick auf subjektives Unvermögen bei der Vorbereitung einer Ausschreibung mag auf die Bestimmung des § 78 Abs. 9 BVergG verwiesen werden, nach welcher ein Auftraggeber zur Vorbereitung einer Ausschreibung erforderlichenfalls unbefangene Sachverständige beizuziehen hat, sofern der eigene Sachverstand hierzu nicht ausreicht. Da das Erfordernis, ob die vertraglichen Spezifikationen nicht hinreichend genau festgelegt werden können, an objektiven Maßstäben festzumachen ist, muss allenfalls auf externen Sachverstand zurückgegriffen werden, um zu entsprechenden Spezifikationen zu gelangen, welche den Rückgriff auf eines der Regelverfahren ermöglichen [Fink/Heid in: In Bezug auf etwaige Schwierigkeiten im Hinblick auf subjektives Unvermögen bei der Vorbereitung einer Ausschreibung mag auf die Bestimmung des Paragraph 78, Absatz 9, BVergG verwiesen werden, nach welcher ein Auftraggeber zur Vorbereitung einer Ausschreibung erforderlichenfalls unbefangene Sachverständige beizuziehen hat, sofern der eigene Sachverstand hierzu nicht ausreicht. Da das Erfordernis, ob die vertraglichen Spezifikationen nicht hinreichend genau festgelegt werden können, an objektiven Maßstäben festzumachen ist, muss allenfalls auf externen Sachverstand zurückgegriffen werden, um zu entsprechenden Spezifikationen zu gelangen, welche den Rückgriff auf eines der Regelverfahren ermöglichen [Fink/Heid in:

Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010) Rdnr 760 mwN].

Insofern sich die Antragsgegnerin zur Rechtfertigung der Wahl des Verhandlungsverfahrens im Wesentlichen, erstens, darauf beruft, dass dieses zwingend erforderlich sei, um die Vergleichbarkeit der Angebote zu gewährleisten, so vermag das Bundesverwaltungsgericht dem nicht zu folgen.

Weder die Verschreibungspraxis der Krankenhausärzte noch die mit den Lieferungen der Trink- und Sondennahrung verbundenen Dienstleistungen vermögen keine vorherige globale Preisgestaltung zuzulassen.

Was nämlich zum einen die Verschreibungspraxis der Krankenhausärzte betrifft, so hat die Antragstellerin sich im Wesentlichen darauf berufen, dass diese nicht vorhersehbar sei. Daher müssten den Versicherten zur Vermeidung von Unverträglichkeiten bei der anschließenden häuslichen Pflege kompatible, wenn nicht gar dieselben Produkte, welche im Krankenhaus verabreicht und dann verschrieben worden seien, zur Verfügung stehen.

Hiezu ist jedoch bemerken, dass die Antragsgegnerin nicht überzeugend darzulegen und zu beweisen vermochte, inwiefern die (ihrer Ansicht nach) unvorhersehbare Verschreibungspraxis der Krankenhausärzte eine "in der Natur der Sache" gelegenes Phänomen ist, das eine vorherige Preisgestaltung nicht ermöglicht.

Dagegen spricht nämlich die im Sachverhalt 0 festgestellte Praxis der Antragsgegnerin selbst und verschiedener anderer vergleichbarer Krankenversicherungsträger, die Trink- und Sondennahrung für die häusliche Pflege einschließlich der Verabreichungstechnik und samt der damit verbundenen Dienstleistungen in der Vergangenheit regelmäßig in Regelverfahren (offen oder nicht offenen) gemäß § 27 BVergG zu beschaffen. Somit ist eine vorherige globale Preisgestaltung der Bieter offensichtlich objektiv möglich, sodass es jedenfalls nicht in der "Natur" des besagten Vergabegegenstandes liegen kann, wenn der eine oder andere Bieter Schwierigkeiten bei der globalen Preisgestaltung haben sollte. Dagegen spricht nämlich die im Sachverhalt 0 festgestellte Praxis der Antragsgegnerin selbst und verschiedener anderer vergleichbarer Krankenversicherungsträger, die Trink- und Sondennahrung für die häusliche Pflege einschließlich der Verabreichungstechnik und samt der damit verbundenen Dienstleistungen in der Vergangenheit regelmäßig in Regelverfahren (offen oder nicht offenen) gemäß Paragraph 27, BVergG zu beschaffen. Somit ist eine vorherige globale Preisgestaltung der Bieter offensichtlich objektiv möglich, sodass es jedenfalls nicht in der "Natur" des besagten Vergabegegenstandes liegen kann, wenn der eine oder andere Bieter Schwierigkeiten bei der globalen Preisgestaltung haben sollte.

Insoweit die Antragsgegnerin, zweitens, angeführt hat, dass sie selbst die Probleme mit einer vorherigen Preisgestaltung haben würde, weil die Verschreibungspraxis der Ärzte und damit die Nachfrage nicht kalkulierbar sei, so geht das Argument schon deshalb fehl, weil es hier nicht auf die Fähigkeit des Auftraggebers, sondern die der Bieter ankommt, die Preise zu kalkulieren, die dann in weiterer Folge für den Auftraggeber vergleichbar sein müssen.

Ähnliches gilt, zweitens, für das Argument der Antragsgegnerin, wonach das Verhandlungsverfahren notwendig sei, weil die mit den (Dienst)Leistungen verbunden Risiken nicht kalkulierbar seien.

Hiebei übersieht die Antragsgegnerin nämlich, dass die mit dem Haupt-Lieferungsgegenstand verbunden Dienstleistungen wie Entlassungsmanagement, Beratung, Logistik usw nicht isoliert betrachtet werden können, sondern Teil des Gesamtauftrages sind, welcher im Wesentlichen ein Lieferauftrag über Trink- und Sondennahrung ist. Somit kommt die Anwendung von § 30 Abs. 1 Z 3 BVergG, auf den sich die Argumentation der Antragsgegnerin insoweit hinsichtlich der Rechtfertigung eines Verhandlungsverfahrens allenfalls beziehen könnte, nicht in Frage. Hiebei übersieht die Antragsgegnerin nämlich, dass die mit dem Haupt-Lieferungsgegenstand verbunden Dienstleistungen wie Entlassungsmanagement, Beratung, Logistik usw nicht isoliert betrachtet werden können, sondern Teil des Gesamtauftrages sind, welcher im Wesentlichen ein Lieferauftrag über Trink- und Sondennahrung ist. Somit kommt die Anwendung von Paragraph 30, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, auf den sich die Argumentation der Antragsgegnerin insoweit hinsichtlich der Rechtfertigung eines Verhandlungsverfahrens allenfalls beziehen könnte, nicht in Frage.

Ergänzend mag darauf hingewiesen werden, dass es sich jedenfalls bei den Dienstleistungen der betroffenen Art auch nicht um "geistige Dienstleistungen" (§ 2 Z 18 BVergG) handelt, weil es sich sämtlich um Leistungen handelt, die einer vorherigen eindeutigen und vollständigen Leistungsbeschreibung zugänglich sind (und im Sinne der Versorgung der Kranken wohl auch sein müssen). Ergänzend mag darauf hingewiesen werden, dass es sich jedenfalls bei den Dienstleistungen der betroffenen Art auch nicht um "geistige Dienstleistungen" (Paragraph 2, Ziffer 18, BVergG) handelt, weil es sich sämtlich um Leistungen handelt, die einer vorherigen eindeutigen und vollständigen Leistungsbeschreibung zugänglich sind (und im Sinne der Versorgung der Kranken wohl auch sein müssen).

Die Antragsgegnerin beruft sich des Weiteren lediglich auf Risiken, die allenfalls in der nachgefragte Art und Menge der Trink- und Sondennahrung liegen könnten. Damit wird jedoch weder vorgebracht, dass besondere, über die allgemeinen Marktschwankungen hinausgehende, dh dem Leistungsgegenstand inhärente, Risiken bei der Beschaffung von Trink- und Sondennahrung (inkl der Verabreichungstechnik und bestimmter damit eng

zusammenhängender Dienstleistungen) gegeben sind. Noch ist aus dem festgestellten Sachverhalt [84% der Nachfrage konnte gedeckt werden, es gab auch für den Rest keine Lieferengpass, siehe 0 zu a)] ableitbar, dass es in der Vergangenheit große unvorhersehbare Schwankungen in der Nachfrage gab, die auf ein nunmehr vorhandenes, neues inhärentes Risiko der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen schließen lassen müsste.

Die Antragsgegnerin hat, drittens, auch auf Nachfrage in der mündlichen Verhandlung nicht zu erklären vermocht, warum die von ihr angeführten Risiken nicht durch entsprechende Gestaltung des anvisierten Rahmenvertrages, zB durch für den Abruf zur Verfügung stehende bestimmter Reservemengen einer entsprechend breiten Palette von Trink- und Sondennahrung, zu bewältigen wären.

Insoweit die Antragsgegnerin dazu lediglich vorgebracht hat, dass sie im Regelverfahren nach der Angebotsöffnung keine Möglichkeiten mehr habe, die Ausschreibungsergebnisse der einzelnen Lose (die sich jeweils auf die Produktpalette eines bestimmten Herstellers beziehen) miteinander zu verschränken, so darf zunächst auf die Ausführungen unten 0 zur Rechtswidrigkeit der Leistungsbeschreibung verwiesen werden.

Des Weiteren ist dem Argument, dass eine Lösung über einen Rahmenvertrag, welcher alle Eventualitäten umfasse, die Antragsgegnerin mangels Verhandlungsmöglichkeiten mit anderen Bietern in Abhängigkeit zum Bestbieter beuge, entgegenzuhalten, dass dieser Effekt dem System des BVergG immanent ist, da ein Auftraggeber durch eigenständige Gestaltung der Zuschlagskriterien in der Lage ist, ein seinen Vorstellungen entsprechendes "bestes" Angebot zu erhalten. Aus diesem Grunde kann die von der Antragsgegnerin behauptete geschwächte Verhandlungsposition keinesfalls die Anwendung des an strenge und als Ausnahme eng auszulegende Voraussetzungen geknüpften Verhandlungsverfahrens iSd § 29 Abs. 1 Z 2 BVergG zu begründen. Des Weiteren ist dem Argument, dass eine Lösung über einen Rahmenvertrag, welcher alle Eventualitäten umfasse, die Antragsgegnerin mangels Verhandlungsmöglichkeiten mit anderen Bietern in Abhängigkeit zum Bestbieter beuge, entgegenzuhalten, dass dieser Effekt dem System des BVergG immanent ist, da ein Auftraggeber durch eigenständige Gestaltung der Zuschlagskriterien in der Lage ist, ein seinen Vorstellungen entsprechendes "bestes" Angebot zu erhalten. Aus diesem Grunde kann die von der Antragsgegnerin behauptete geschwächte Verhandlungsposition keinesfalls die Anwendung des an strenge und als Ausnahme eng auszulegende Voraussetzungen geknüpften Verhandlungsverfahrens iSd Paragraph 29, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG zu begründen.

Nur der Vollständigkeit halber mag, viertens, noch darauf eingegangen werden, dass auch der von der Antragsgegnerin mehrfach angeführte (wohl: niederösterreichische) "Zielsteuerungsvertrag", welcher ihrer Ansicht nach eine enge Abstimmung der Krankenträger und der die Versorgung im häuslichen Bereich sicherstellenden Krankenkassen erfordere, nicht die Anwendung des Verhandlungsverfahrens rechtfertigen kann.

Landes-Zielsteuerungs-Verträge sind nämlich die von vom jeweiligen Bundesland und der gesetzlichen Krankenversicherung abgeschlossenen Verträge, die zwar als solche auf einer gesetzlichen Bestimmung beruhen [Bundesgesetz zur partnerschaftlichen Zielsteuerung-Gesundheit (Gesundheits-Zielsteuerungsgesetz - G-ZG), BGBl I Nr 81/2013 idFBGBl I Nr. 29/2014], aber rein zivilrechtlicher Natur sind, und schon aus diesem Grunde mangels gesetzlichen Vorbehalts das zwingende Vergaberecht nicht verdrängen können. Landes-Zielsteuerungs-Verträge sind nämlich die von vom jeweiligen Bundesland und der gesetzlichen Krankenversicherung abgeschlossenen Verträge, die zwar als solche auf einer gesetzlichen Bestimmung beruhen [Bundesgesetz zur partnerschaftlichen Zielsteuerung-Gesundheit (Gesundheits-Zielsteuerungsgesetz - G-ZG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 81 aus 2013, in der Fassung BGBl römisch eins Nr. 29/2014], aber rein zivilrechtlicher Natur sind, und schon aus diesem Grunde mangels gesetzlichen Vorbehalts das zwingende Vergaberecht nicht verdrängen können.

Die Zielsteuerungsverträge enthalten nämlich typischerweise lediglich gesundheitspolitische Vereinbarungen, welche allgemein die regionalen Versorgungsprozesse, die Ergebnisorientierung und die Finanzziele näher konkretisieren (Art. 1 G-ZG). Rechtsverbindliche und das BVergG verdrängende Verpflichtungen zur Anbindungen der Beschaffung des einen Trägers an die des anderen enthalten sie nicht. Die Zielsteuerungsverträge enthalten nämlich typischerweise lediglich gesundheitspolitische Vereinbarungen, welche allgemein die regionalen Versorgungsprozesse, die Ergebnisorientierung und die Finanzziele näher konkretisieren (Artikel eins, G-ZG). Rechtsverbindliche und das BVergG verdrängende Verpflichtungen zur Anbindungen der Beschaffung des einen Trägers an die des anderen enthalten sie nicht.

2.2. Rechtswidrigkeit der Eignungskriterien durch Bezugnahme auf Mindestumsätze und Referenzprojekte mit Produkten bestimmter Hersteller

2.2.1. Argumentation der Parteien

Die Antragstellerin hat erklärt, die Bezugnahme auf Produkte der in den Losen namentlich aufgelisteten Hersteller verstoße gegen die Grundsätze des Vergaberechts, wie sie in § 19 BVergG aufgelistet seien. Die Antragstellerin hat erklärt, die Bezugnahme auf Produkte der in den Losen namentlich aufgelisteten Hersteller verstoße gegen die Grundsätze des Vergaberechts, wie sie in Paragraph 19, BVergG aufgelistet seien.

Dadurch würden nämlich mit der Rechtsfolge der Ausscheidung belastete Eignungskriterien formuliert, welche jene Interessenten benachteilige würden, die ihre eigenen Produkte oder solche von in den Losen nicht genannten Drittherstellern anbieten wollten, obwohl es dafür keine sachliche Begründung gebe.

Selbst wenn die Formulierung der bezughabenden Lose so zu verstehen sei, dass auch Produkte umfasst seien, welche die besagten Unternehmen nicht selbst herstellen, aber vertreiben würden, sei die Diskriminierung offensichtlich, weil andere Bieter, sei es Hersteller oder Vertreiber, gegenüber den genannten Unternehmen als Bieter mit Referenzprojekten mit Verkauf ihrer eigenen Produkte benachteiligt würden.

Insoweit sich die Antragsgegnerin darauf berufe, dass es die Verschreibepaxis der Ärzte (in den Krankenhäusern, dh. vor der Entlassung in - hier maßgebliche - häusliche Pflege) erfordere, eine Evaluierungs- und Anpassungsmöglichkeit der Produktliste während der gesamten Vertragslaufzeit zu ermöglichen, damit der entsprechende Bedarf der Versicherten an verträglichen Produkten (in der häuslichen Pflege) gesichert werde, so sei diese Rechtfertigung nicht überzeugend.

Unter Berufung auf die laufenden Beschaffung hat die Antragstellerin unter Vorlage ihrer Statistiken ausgeführt, schon jetzt würden nur weniger als 16% des Bedarfs nicht vom Leistungsverzeichnis gedeckt werde. Daraus ergebe sich, dass der ganz überwiegende Teil der gelieferten Sondernahrung offenbar mit den in den Krankenhäusern üblicherweise verabreichten und dann für die häusliche Pflege verschriebenen Produkten kompatibel sei. Zudem würden auch die von der Antragsgegnerin in Punkt 1.3. der gegenständlichen Ausschreibung ohnehin vorbehaltenen 20% "für Innovation und neue Technologien" ausreichen, um einen Sonderbedarf aufgrund etwaiger nicht vorhersehbarer Unverträglichkeiten abzudecken.

Zudem würden 87% der Nachfragemenge aus der derzeitigen Beschaffung (mit Produkten diverser Hersteller) abgedeckt. Sie hat ergänzt, dass die aus der Ausschreibung eines anderen lokalen Krankenversicherungsträgers resultierenden Lieferungen von Trink- und Sondennahrung sogar 99,31% des Bedarfes abgedeckt habe, woraus zu schließen sei, dass eine hersteller-neutrale Ausschreibung möglich sei, mit der die behauptete nachträgliche Bedarfsdeckungen - also außerhalb der Beschaffung - für Fälle von Unverträglichkeiten weitestgehend vermieden werden könnten.

Die Antragstellerin hat weiters ausgeführt, dass die (etwaige Unverträglichkeiten auslösende) Zusammensetzung der Trink- und Sondennahrung jedenfalls produktspezifisch und nicht herstellerspezifisch sei. Dazu beziehe sie sich auf das unter 0 angeführte Beweismittel (Empfehlungen AKE), welches genau jenen Katalog der Inhaltsstoffe pro Produkt auf dem Markt enthalte, aus dem die Ärzte vor der Verschreibung ihr Wissen um die Zusammensetzung der Produkte bezögen. Verschiedene Hersteller würden teils dieselben Inhaltsstoffe enthalten, teils unterschiedliche. Die in der gegenständlichen Ausschreibung vorgesehene Beschränkung auf Produkte von einem einzigen Hersteller pro Los (insgesamt also auf nur drei namentlich genannten Herstellern) entbehre daher einer sachlichen Begründung.

Die Antragsgegnerin hat zunächst erklärt, die Bezugnahme auf die drei namentlich genannten Hersteller in den Losen 1 bis 3 beruhe auf der Erfahrung, die man mit den früheren Beschaffungen für Trink- und Sondennahrung gemacht habe. In der Praxis habe sich nämlich gezeigt, dass in den Krankenhäusern überwiegend Sondernahrung der genannten drei Hersteller verabreicht und verschrieben werde.

Es sei daher für den Versorgungsauftrag der Antragsgegnerin unerlässlich, dass sie ihren Versicherten für die häusliche Pflege nach der Entlassung Trink- und Sondennahrung zur Verfügung stelle, die mit jener, die sie im Krankenhaus erhalten hätten und die ihnen für die häusliche Pflege (weiter-)verschrieben werde, verträglich sei.

Zudem sei die Antragstellerin an die über den Zielsteuerungsvertrag Niederösterreich aus dem Jahre 2014 verpflichtet mit den Krankenhäusern des Bundeslandes eng zusammen zu arbeiten. Auch daraus verbiete sich die Beschaffung von

Trink- und Sondennahrung, welche nicht mit jener kompatibel sei, die den Versicherten vor der Entlassung aus den Krankenhäusern verabreicht oder verschrieben worden sei.

Die Antragsgegnerin hat bestritten, dass die Zusammensetzung der Sondennahrung produktspezifisch und nicht herstellerspezifisch sei und erklärt, dies ergebe sich aus der bisherigen Beschaffung im Rahmen derer die Antragstellerin derzeit unterschiedlichste Produkte unterschiedlicher Hersteller liefere, um Unverträglichkeiten zu vermeiden.

Unter Verweis auf die Lieferstatistik hat sie weiters erklärt, aus diesem ergebe sich, dass nach ihrer Ausschreibung 2010 dennoch ein zusätzlicher Bedarf an Produkten bestanden habe, die von anderen Herstellern als jenen, welche die Antragstellerin geliefert habe, gestammt hätten. Der Sinn der Formulierung der gegenständlichen Teilnahmeunterlagen bestehe auch darin, solche Zusatzbeschaffungen zu vermeiden.

In Bezug auf den Vorwurf der Diskriminierung jener Hersteller von Trink- und Sondennahrung, die nicht ein einem der drei Lose namentlich genannt werden, hat die Antragsgegnerin entgegnet, dass es jedem Bieter unbenommen bleibe, sich die Produkte der besagten Unternehmen am Markt zu besorgen oder mit den Unternehmen Bietergemeinschaften zu bilden.

2.2.2. Rechtliche Würdigung

Die in der Ausschreibung unter Punkt 4.2.2 (finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit - Umsatzerlöse) und Punkt

4.3.2.2. (technische Leistungsfähigkeit - Unternehmensreferenzen - allgemeine Anforderungen) normierten Eignungskriterien verstoßen gegen § 2 Z 20 lit a) und § 19 BVergG, da sie den allgemeinen Grundsätzen des Vergaberechts widersprechen. 4.3.2.2. (technische Leistungsfähigkeit - Unternehmensreferenzen - allgemeine Anforderungen) normierten Eignungskriterien verstoßen gegen Paragraph 2, Ziffer 20, Litera a,) und Paragraph 19, BVergG, da sie den allgemeinen Grundsätzen des Vergaberechts widersprechen.

Diesbezüglich geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass die inkriminierte Eignungskriterien wegen der Bezugnahme auf den Ausschreibungsgegenstand (Punkt 1.4. und 1.5. - Beschreibung der Lose 1 bis 3) rechtswidrig sind, weil die Leistungsbeschreibungen als solche nicht den Anforderungen der §§ 95 ff BVergG entsprechen. Die Eignungskriterien sind somit durch die Bezugnahme auf die Leistungsbeschreibungen zwar "auf den Leistungsinhalt abgestimmt" [iSd § 2 Z 20 lit a) BVergG], leiden aber an derselben Rechtswidrigkeit wie die Leistungsbeschreibungen als solche. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Ausschreibung - rechtswidrigerweise (siehe oben 0) - im Verhandlungsverfahren erfolgen sollte. Diesbezüglich geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass die inkriminierte Eignungskriterien wegen der Bezugnahme auf den Ausschreibungsgegenstand (Punkt 1.4. und 1.5. - Beschreibung der Lose 1 bis 3) rechtswidrig sind, weil die Leistungsbeschreibungen als solche nicht den Anforderungen der Paragraphen 95, ff BVergG entsprechen. Die Eignungskriterien sind somit durch die Bezugnahme auf die Leistungsbeschreibungen zwar "auf den Leistungsinhalt abgestimmt" [iSd Paragraph 2, Ziffer 20, Litera a,) BVergG], leiden aber an derselben Rechtswidrigkeit wie die Leistungsbeschreibungen als solche. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Ausschreibung - rechtswidrigerweise (siehe oben 0) - im Verhandlungsverfahren erfolgen sollte.

Was dabei, erstens, die "Abgestimmtheit der Eignungskriterien auf den Leistungsinhalt" betrifft (§ 2 Z 20 lit a) BVergG), so ergibt sich diese bereits aus deren wörtlichen Bezugnahme auf den Leistungsgegenstand. Dieser ist ausweislich des Punktes 2.2 der Ausschreibung "in die unter Punkt 1.5. dargestellten Lose unterteilt". Wenn nun als Eignungskriterien der Nachweis bestimmter Umsätze und Referenzprojekte mit Produkten der Trink- und Sondennahrung einschließlich der Technik jener in den Losen 1 bis 3 jeweils namentlich bezeichneter Hersteller verlangt wird, kann an der gesetzlich verlangten Abgestimmtheit kein Zweifel bestehen. Was dabei, erstens, die "Abgestimmtheit der Eignungskriterien auf den Leistungsinhalt" betrifft (Paragraph 2, Ziffer 20, Litera a,) BVergG), so ergibt sich diese bereits aus deren wörtlichen Bezugnahme auf den Leistungsgegenstand. Dieser ist ausweislich des Punktes 2.2 der Ausschreibung "in die unter Punkt 1.5. dargestellten Lose unterteilt". Wenn nun als Eignungskriterien der Nachweis bestimmter Umsätze und Referenzprojekte mit Produkten der Trink- und Sondennahrung einschließlich der Technik jener in den Losen 1 bis 3 jeweils namentlich bezeichneter Hersteller verlangt wird, kann an der gesetzlich verlangten Abgestimmtheit kein Zweifel bestehen.

Was jedoch, zweitens, die Rechtswidrigkeit der Beschreibung des Ausschreibungsgegenstandes in den Losen 1 bis 3 angeht, so ergibt sich diese aus einem Verstoß gegen die Grundsätze des Vergaberechts in Verbindung mit den Vorschriften für die Leistungsbeschreibung (§ 19 Abs 1 und §§ 95 ff BVergG). Was jedoch, zweitens, die Rechtswidrigkeit der Beschreibung des Ausschreibungsgegenstandes in den Losen 1 bis 3 angeht, so ergibt sich diese aus einem Verstoß gegen die Grundsätze des Vergaberechts in Verbindung mit den Vorschriften für die Leistungsbeschreibung (Paragraph 19, Absatz eins und Paragraphen 95, ff BVergG).

Das Bundesverwaltungsgericht erinnert hiezu zunächst an die in Judikatur und Literatur einhellig vertretene Auffassung, dass Ausschreibungsunterlagen wie rechtsgeschäftliche Willenserklärungen gemäß §§ 914 ff ABGB nach dem "objektivem Erklärungswert" ausgelegt werden müssen (seit VwGH vom 29.03.2006, ZIn 2004/04/0144, 0156, 0157; auch OGH vom 20.01.2000, ZI 6 Ob 69/99m). Das Bundesverwaltungsgericht erinnert hiezu zunächst an die in Judikatur und Literatur einhellig vertretene Auffassung, dass Ausschreibungsunterlagen wie rechtsgeschäftliche Willenserklärungen gemäß Paragraphen 914, ff ABGB nach dem "objektivem Erklärungswert" ausgelegt werden müssen (seit VwGH vom 29.03.2006, ZIn 2004/04/0144, 0156, 0157; auch OGH vom 20.01.2000, ZI 6 Ob 69/99m).

Es kommt mithin auch im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht weder darauf an, wie ein Antragsteller bestimmte Passagen der Ausschreibungsunterlagen versteht noch da-rauf, wie der jeweilige Antragsgegner sie verstanden wissen will. Ausschlaggebend ist viel-mehr der Horizont eines "redlichen verständigen" Empfängers einer rechtsgeschäftlichen Erklärung.

Wenn also in Punkt 1.4. der gegenständlichen Ausschreibung zwar davon die Rede ist, dass eine "konkrete Produktliste (erst) in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens festgelegt" wird, so ergibt sich dennoch aus demselben Punkt, dass der Ausschreibungsgegenstand die - in einem Rahmenvertrag zu vereinbarende - Belieferung der Versicherten mit bestimmten Formen von Trink- und Sondennahrung (Standard, Spezial und Pädiatrie-Nahrung samt Technik sowie Trinknahrung) "in jedem der folgenden (in Punkt 1.5. beschriebenen) drei Lose" sein sollte. Durch diese eindeutige Bezugnahme ist der Lieferungsgegenstand jedenfalls auf Produkte der in den Losen namentlich genannten Hersteller (XXXX, XXXX und XXXX) beschränkt. Wenn also in Punkt 1.4. der gegenständlichen Ausschreibung zwar davon die Rede ist, dass eine "konkrete Produktliste (erst) in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens festgelegt" wird, so ergibt sich dennoch aus demselben Punkt, dass der Ausschreibungsgegenstand die - in einem Rahmenvertrag zu vereinbarende - Belieferung der Versicherten mit bestimmten Formen von Trink- und Sondennahrung (Standard, Spezial und Pädiatrie-Nahrung samt Technik sowie Trinknahrung) "in jedem der folgenden (in Punkt 1.5. beschriebenen) drei Lose" sein sollte. Durch diese eindeutige Bezugnahme ist der Lieferungsgegenstand jedenfalls auf Produkte der in den Losen namentlich genannten Hersteller (römisch 40 , römisch 40 und römisch 40) beschränkt.

Das Bundesverwaltungsgericht geht weiters davon aus, dass die Vorschriften des BVergG für die Leistungsbeschreibung in den §§ 95 ff BVergG, obwohl sie textlich offenbar eher auf die konkreteren Leistungsbeschreibungen in den Regelverfahren bezogen sind, auch auf die naturgemäß vagere Leistungsbeschreibungen in Verhandlungsverfahren (mit dem Ziel eines Rahmenvertrages) anwendbar sind. Das Bundesverwaltungsgericht geht weiters davon aus, dass die Vorschriften des BVergG für die Leistungsbeschreibung in den Paragraphen 95, ff BVergG, obwohl sie textlich offenbar eher auf die konkreteren Leistungsbeschreibungen in den Regelverfahren bezogen sind, auch auf die naturgemäß vagere Leistungsbeschreibungen in Verhandlungsverfahren (mit dem Ziel eines Rahmenvertrages) anwendbar sind.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Leistungsbeschreibung im vorliegenden Fall als "konstruktiv" (§ 96 Abs 1 BVergG) oder "funktional" (§ 96 Abs 2 BVergG) eingestuft werden muss. Gemeinsam ist beiden Arten von Leistungsbeschreibungen jedenfalls, dass sie "neutral" zu erfolgen haben und sowohl die Leistung als auch die Aufgabenstellung jedenfalls nicht so umschrieben werden dürfen, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen (§ 96 Abs 3 BVergG). Es kann dahingestellt bleiben, ob die Leistungsbeschreibung im vorliegenden Fall als "konstruktiv" (Paragraph 96, Absatz eins, BVergG) oder "funktional" (Paragraph 96, Absatz 2, BVergG) eingestuft werden muss. Gemeinsam ist beiden Arten von Leistungsbeschreibungen jedenfalls, dass sie "neutral" zu erfolgen haben und sowohl die Leistung als auch die Aufgabenstellung jedenfalls nicht so umschrieben werden dürfen, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen (Paragraph 96, Absatz 3, BVergG).

Zusätzlich bestimmt § 98 Abs 7 BVergG, dass in technischen Spezifikationen nur dann auf eine bestimmte Herkunft, auf

bestimmte Marken oder Ursprünge usw verwiesen werden darf, wenn dies durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, und damit nicht bestimmte Unternehmen oder Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden. Ausnahmsweise ist dies nur dann zulässig, wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann. Diesfalls jedoch nur unter dem ausnahmslosen Vorbehalt, dass der Verweis mit dem Zusatz "oder gleichwertig" versehen wird. Zusätzlich bestimmt Paragraph 98, Absatz 7, BVergG, dass in technischen Spezifikationen nur dann auf eine bestimmte Herkunft, auf bestimmte Marken oder Ursprünge usw verwiesen werden darf, wenn dies durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, und damit nicht bestimmte Unternehmen oder Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden. Ausnahmsweise ist dies nur dann zulässig, wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann. Diesfalls jedoch nur unter dem ausnahmslosen Vorbehalt, dass der Verweis mit dem Zusatz "oder gleichwertig" versehen wird.

Die beanstandete Ausschreibung genügt keiner der genannte Tatbestandsmerkmale, weil sie den Ausschreibungsgegenstand (und mit ihm die Eignungskriterien) nicht "neutral" beschreibt und trotz der Bezugnahme auf Produkte bestimmter Hersteller keinen Zusatz "oder gleichwertig" enthält. Damit werden nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts alle Anbieter von Produkten anderer Unternehmen, die in den Losen 1 bis 3 nicht erwähnt werden, ausgeschlossen und die genannten Unternehmen begünstigt.

Die hiergegen von der Antragsgegnerin vorgebrachten Argumente vermögen das Bundesverwaltungsgericht nicht zu überzeugen:

Was zum einen das Vorbringen betrifft, der Ausschreibungsgegenstand der Trink- und Sondennahrung für die Versicherten der Antragsgegnerin sei nicht weiter spezifizierbar, weil nicht absehbar sei, welche Nahrung wie viele Patienten innerhalb der Laufzeit des geplanten Rahmenvertrages benötigen würden, so will man damit offenbar geltend machen, dass die Bezugnahme auf Produkte (einschließlich Technik) bestimmter namentlich genannte Hersteller "durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt" ist (§ 98 Abs. 7 BVergG). Was zum anderen das Vorbringen betrifft, der Ausschreibungsgegenstand der Trink- und Sondennahrung für die Versicherten der Antragsgegnerin sei nicht weiter spezifizierbar, weil nicht absehbar sei, welche Nahrung wie viele Patienten innerhalb der Laufzeit des geplanten Rahmenvertrages benötigen würden, so will man damit offenbar geltend machen, dass die Bezugnahme auf Produkte (einschließlich Technik) bestimmter namentlich genannte Hersteller "durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt" ist (Paragraph 98, Absatz 7, BVergG).

Es ergibt sich aber bereits unter 0 zu a) festgestellten Sachverhalt, dass andere Beschaffungen solcher Produkte durch die Antragstellerin selbst und durch andere vergleichbare Auftragsgeber eine Abdeckung von zwischen 85 und 99 % des Bedarfes der Versicherten erreicht werden konnte. Auch konnte nicht festgestellt werden, dass der in den einzelnen Beschaffungsvorgängen nicht abgedeckte Bedarf nicht anderweitig gedeckt werden konnte oder sogar sollte. Die von der Antragsgegnerin angedeutete gesundheitsgefährdende Versorgungslücke bei hersteller-neutraler Beschreibung der benötigten Produktpaletten kann demnach nicht als real betrachtet werden.

Was zum anderen das Argument betrifft, es würde aus Gründen der Unverträglichkeit mit den in den Krankhäusern des Landes verschriebenen Produkten unabdingbar sein, dass der Leistungsgegenstand sich auf die Produktpalette der genannten Hersteller beschränke, so ist nicht recht ersichtlich, auf welchen rechtlichen Standpunkt die Antragsgegnerin sich damit stellt. Die einschlägigen Bestimmungen der §§ 19 und 95 ff BVergG sehen nämlich keine Ausnahmen für die allgemeinen und speziellen Ausformungen des Gleichbehandlungsgrundsatzes bzw des Diskriminierungsverbotes vor - auch nicht aus Gründen der Gesundheitsversorgung. Was zum anderen das Argument betrifft, es würde aus Gründen der Unverträglichkeit mit den in den Krankhäusern des Landes verschriebenen Produkten unabdingbar sein, dass der Leistungsgegenstand sich auf die Produktpalette der genannten Hersteller beschränke, so ist nicht recht ersichtlich, auf welchen rechtlichen Standpunkt die Antragsgegnerin sich damit stellt. Die einschlägigen Bestimmungen der Paragraphen 19 und 95 ff BVergG sehen nämlich keine Ausnahmen für die allgemeinen und speziellen Ausformungen des Gleichbehandlungsgrundsatzes bzw des Diskriminierungsverbotes vor - auch nicht aus Gründen der Gesundheitsversorgung.

Soweit man sich damit uU auf eine Rechtfertigung aus dem Auftragsgegenstand selbst (siehe zuvor) beruft, so fehlt es jedenfalls auch hier an der Voraussetzung des Vermerkes "oder gleichwertig" samt einer späteren Präzisierung zB in den Verhandlungen über einen Rahmenvertrag (§ 98 Abs. 7 BVergG). Soweit man sich damit uU auf eine Rechtfertigung

aus dem Auftragsgegenstand selbst (siehe zuvor) beruft, so fehlt es jedenfalls auch hier an der Voraussetzung des Vermerkes "oder gleichwertig" samt einer späteren Präzisierung zB in den Verhandlungen über einen Rahmenvertrag (Paragraph 98, Absatz 7, BVergG).

Zudem vermochte die Antragsgegnerin das Bundesverwaltungsgericht ohnehin nicht von dem Vorliegen der behaupteten Notwendigkeit des Ausschlusses von Produkten anderer als der in der Ausschreibung genannten Hersteller zu überzeugen.

Wie sich nämlich aus den Sachverhaltsfeststellungen unter 0 zu b) ergibt, konnte nicht festgestellt werden, dass sich gesundheitsgefährdende Unverträglichkeiten meist oder überhaupt aus der Verwendung von Produkten verschiedener Hersteller ergeben, sondern allenfalls aus verschiedenen Zusammensetzungen der jeweiligen Trink- oder Sondennahrung. Diese Zusammensetzungen variieren jedoch nicht zwingend zwischen den Produkten bestimmter Hersteller, da sie wegen des einheitlichen Kataloges von Inhaltsstoffen grundsätzlich von jedem einschlägigen Hersteller angeboten werden können. Damit steht fest, dass die Vermeidung der behaupteten Unverträglichkeiten jedenfalls nicht nur durch die Beschränkung einer Ausschreibung auf Produkte bestimmter Hersteller vermieden werden kann.

Was des Weiteren das Vorbringen der Antragstellerin angeht, den potentiellen Bietern bleibe es auch bei der namentlich Nennung von Produkten bestimmter Hersteller unbenommen, etwa in Form einer Bietergemeinschaft Produkte aus dem Angebot der genannten Hersteller anzubieten - wie dies in der Vergangenheit in anderen Vergabeverfahren über Trink- und Sondennahrung auch erfolgt sei - , so verkennt die Argumentation, dass die früheren Ausschreibungen als solche nicht auf bestimmte Hersteller-Produkte abgezielt hatten, sondern der neutral beschriebene Bedarf anhand einer Palette von Produkten verschiedener Hersteller angeboten werden konnte. Diese umfassten natürlich auch die Möglichkeit von Angeboten durch Bietergemeinschaften, die Mitglieder verschiedener Hersteller und Vertriebsunternehmen umfassten.

Diese Situation ist jedoch nicht mit der hier gegenständlichen vergleichbar, weil andere Hersteller von (uU sogar in der Zusammensetzung völlig gleicher) Produkten eben nur entweder als Vertreiber von fremden Produkten oder in einer Bietergemeinschaft mit den ausdrücklichen genannten Herstellern als Bieter auftreten könnten, nicht jedoch als Bieter von Eigenprodukten. Wobei die Stellung innerhalb einer Bietergemeinschaft mit dem Hersteller der angebotenen Produkte sowie Angebote als reiner Vertreiber (erst zu beschaffender) fremder Produkte ökonomisch gegenüber einem Angebot ausschließlich eigener Produkte wegen der Handelsspanne und der Verhandlungsposition innerhalb der Bietergemeinschaft eine Schlechterstellung bei der Angebotslegung nach sich ziehen.

Sollte sich die Antragstellerin mit ihrem Vorbringen, die Beschränkung der Beschaffung auf Produkte bestimmter Hersteller sei nicht diskriminierend, weil sie aus Gründen des Allgemeininteresses (hier: der Gesundheitsversorgung) gerechtfertigt sei, etwa auf die va in der Judikatur des EUGH seit langem einschlägigen Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung aus überwiegendem sachlichem Interesse berufen (Art. 18 AEUV, zB EUGH, Rs C-524/06, Huber, Rs C-317/93, Nolte, Rs C-343/92, Roks ua), so vermag dies aus folgenden Erwägungen nicht zu überzeugen: Sollte sich die Antragstellerin mit ihrem Vorbringen, die Beschränkung der Beschaffung auf Produkte bestimmter Hersteller sei nicht diskriminierend, weil sie aus Gründen des Allgemeininteresses (hier: der Gesundheitsversorgung) gerechtfertigt sei, etwa auf die va in der Judikatur des EUGH seit langem einschlägigen Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung aus überwiegendem sachlichem Interesse berufen (Artikel 18, AEUV, zB EUGH, Rs C-524/06, Huber, Rs C-317/93, Nolte, Rs C-343/92, Roks ua), so vermag dies aus folgenden Erwägungen nicht zu überzeugen:

Ein solcher Ansatz kann sich zunächst allenfalls auf Fälle der sogenannten "mittelbaren Diskriminierung" beziehen. Hier anerkennt das EU-Recht zwar die Möglichkeit einer "sachliche Rechtfertigung" von Diskriminierungen. Dies gilt jedoch niemals bei einer direkten, dh klaren Unterscheidung zwischen den jeweils betroffenen Gruppen (zB Frauen/Männer oder Inländer/EU-Ausländer), sondern nur bei einer indirekten Diskriminierung (grundlegend etwa die Judikatur zur Schlechterstellung von geschlechtsneutralen "Teilzeitbeschäftigten", wenn sie im Einzelfall nachweislich ganz überwiegend Frauen trifft). Nur in diesen Fällen sieht das EU-Recht die Möglichkeit der sachlichen Rechtfertigung der Diskriminierung vor, wobei sich die "Sachlichkeit" unmittelbar aus dem Zweck der der Unterscheidung ableiten und dem Allgemeininteresse dienen muss.

In der gegenständlichen Ausschreibung ist die Bezugnahme auf Produkte namentlich genannter Hersteller jedoch eine klare direkte unterschiedliche Behandlung von Produkten dieser Hersteller und jenen anderer Hersteller am Markt. Schon aus diesem Grund kann eine wie auch immer geartete "sachliche" Rechtfertigung nicht in Frage kommen.

Was schließlich die Berufung auf die Verpflichtung zur Zusammenarbeit mit den Krankenhäusern in Bezug auf die dort verabreichte oder verschriebene Trink- und Sondennahrung (behauptetermaßen überwiegend jene der in den Losen 1 bis 3 genannten Hersteller) betrifft, so verweist das Bundesverwaltungsgericht auf die oben unter 0 gemachten Ausführungen zum selben Argument in Bezug auf die Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens. Dort wurde bereits ausgeführt, dass Zielsteuerungsverträge im Gesundheitsbereich der Länder lediglich gesundheitspolitische Vereinbarungen mit allenfalls privatrechtlicher Wirkung enthalten, die keine rechtsverbindlichen (das BVergG verdrängenden) Anbindung der Beschaffung des einen Trägers von Gesundheitsleistungen an die des anderen enthalten können.

2.3. Rechtsfolge der Rechtswidrigkeiten

Wie oben 0 erörtert, sind sowohl (a) die Wahl des Verhandlungsverfahrens gemäß § 29 BVergG als auch (b) die gegen die § 2 Z 20 lit a) iVm §§ 19 Abs 1 und 95 ff BVergG verstoßende indirekte Bezugnahme der Eignungskriterien auf eine rechtlich unzulässige Beschreibung des Auftragsgegenstandes rechtswidrig. Wie oben 0 erörtert, sind sowohl (a) die Wahl des Verhandlungsverfahrens gemäß Paragraph 29, BVergG als auch (b) die gegen die Paragraph 2, Ziffer 20, Litera a,) in Verbindung mit Paragraphen 19, Absatz eins und 95 ff BVergG verstoßende indirekte Bezugnahme der Eignungskriterien auf eine rechtlich unzulässige Beschreibung des Auftragsgegenstandes rechtswidrig.

Jede der Regelungen der gegenständlichen Ausschreibung ist schon für sich von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens, was in beiden Fällen dazu führt, die gesamte Ausschreibung gemäß § 325 Abs. 1 Z 2 BVergG für nichtig zu erklären ist. Jede der Regelungen der gegenständlichen Ausschreibung ist schon für sich von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens, was in beiden Fällen dazu führt, die gesamte Ausschreibung gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG für nichtig zu erklären ist.

Hiezu verweist das Bundesverwaltungsgericht zunächst auf die Judikatur zu § 325 BVergG (VwGH vom 22.04.2010, Zl. 2008/04/0077, vom 22.06.2011, Zl. 2009/04/0128 und vom 06.03.2013, 2011/04/0115, 0130 und 0139), wonach die Bestimmung als Rechtsfolge rechtswidriger Entscheidungen zwar auch die Streichung von Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens vorsieht. Eine Streichung derartiger Bestimmungen, wie dies auch in Art. 2 Abs. 1 lit b) der Richtlinie 89/665/EWG ausdrücklich vorgesehen ist, kommt jedoch dann nicht in Betracht, wenn danach kein Ausschreibungsgegenstand verbliebe, die Ausschreibung dadurch einen gänzlich anderen Inhalt bekäme oder ein anderer Bieterkreis angesprochen würde. In diesen Fällen ist die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären. Hiezu verweist das Bundesverwaltungsgericht zunächst auf die Judikatur zu Paragraph 325, BVergG (VwGH vom 22.04.2010, Zl. 2008/04/0077, vom 22.06.2011, Zl. 2009/04/0128 und vom 06.03.2013, 2011/04/0115, 0130 und 0139), wonach die Bestimmung als Rechtsfolge rechtswidriger Entscheidungen zwar auch die Streichung von Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens vorsieht. Eine Streichung derartiger Bestimmungen, wie dies auch in Artikel 2, Absatz eins, Litera b,) der Richtlinie 89/665/EWG ausdrücklich vorgesehen ist, kommt jedoch dann nicht in Betracht, wenn danach kein Ausschreibungsgegenstand verbliebe, die Ausschreibung dadurch einen gänzlich anderen Inhalt bekäme oder ein anderer Bieterkreis angesprochen würde. In diesen Fällen ist die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären.

Im gegenständlichen Fall ist schon aufgrund der rechtswidrigen Wahl der Verfahrensart die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären, weil bei Streichung von Punkt 2. der Ausschreibung (Verfahrensart und Verfahrensverlauf) die Ausschreibung ohne Angabe des Verfahrens praktisch sinnlos wäre und jedenfalls einen gänzlich anderen Inhalt bekäme, mit dem ein anderer Bieterkreis angesprochen würde. Letzteres deshalb, weil ein Bieter bei einem Verhandlungsverfahren einen höheren Aufwand für die Teilnahme hat als bei einem offenen oder nicht offenen Verfahren, da er sich zunächst an Verhandlungen zu beteiligen hat und mehrere Angebote legen müsste.

Außerdem führt die Rechtswidrigkeit der Eignungskriterien, welche sich aus der Bezugnahme auf rechtlich unzulässige Beschreibung des Ausschreibungsgegenstandes ableitet, zur Nichtigkeitserklärung der gesamten Ausschreibung, weil die Streichung von wesentlichen Teilen der Eignungskriterien (hier: Mindestumsätze als Teil der finanziellen und

wirtschaftlichen sowie der Unternehmensreferenzen als Teil der technischen Leistungsfähigkeit) schon als solche zu einem anderen, nämlich wesentlich erweiterten Bieterkreis führen würde.

3. Gebührenersatz - Spruchpunkt B)

Da dem Hauptantrag stattgegeben wird, besteht gemäß § 319 Abs. 1 und 2 ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren. Da dem Hauptantrag stattgegeben wird, besteht gemäß Paragraph 319, Absatz eins und 2 ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren.

4. Unzulässigkeit der Revision - Spruchpunkt C)

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Bundesverwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Bundesverwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Eine Revision gegen diese Entscheidung ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, abhängt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab (siehe dazu insbesondere die in 0, 0 und 0 zitierte Judikatur) noch mangelt es an einer derartigen Rechtsprechung; sie ist auch nicht uneinheitlich. Sonstige Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage liegen nicht vor. Eine Revision gegen diese Entscheidung ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, abhängt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab (siehe dazu insbesondere die in 0, 0 und 0 zitierte Judikatur) noch mangelt es an einer derartigen Rechtsprechung; sie ist auch nicht uneinheitlich. Sonstige Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage liegen nicht vor.

Schlagworte

Ausnahmebestimmung, Bietergemeinschaft, Bietergleichbehandlung, Bieterkreis, Dienstleistungen, Diskriminierung, Diskriminierungsverbot, drohende Schädigung, Eignungskriterien, Gleichbehandlung, Gleichheitsgrundsatz, Grundsatz der Gleichbehandlung, Grundsatz der Transparenz, Kalkulation, Leistungsfähigkeit, Leistungsinhalt, Lieferauftrag, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung der Ausschreibung, objektiver Erklärungswert, objektiver Maßstab, Pauschalgebührenersatz, Rahmenvereinbarung, Rechtswidrigkeit, Referenzprojekt, Risikotragung, Sachlichkeitsprüfung, Schaden, Transparenz, Vergaberechtsregime, Vergabeverfahren, Vergleichbarkeit der Angebote, Verhandlung, Verhandlungsverfahren, Wahl des Vergabeverfahrens

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:W149.2101283.2.00

Zuletzt aktualisiert am

31.08.2015

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>