



N/0052-BVA/10/2011-26

Betreff: Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren „Sonden- und Trinknahrung inkl. Zubehör“; **Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung**

B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 10 bestehend aus Mag. Hubert Reisner als Vorsitzendem sowie Dr. Wolfgang Wimmer als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Ulrich E. Zellenberg als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe „Sonden- und Trinknahrung inkl. Zubehör“ der Auftraggeber 1. Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), 2. Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA), 3. Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau (VAEB), 4. Versicherungsanstalt Öffentlich Bediensteter (BVA), 5. Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK), 6. Krankenfürsorgeanstalt der Bediensteten der Stadt Wien (KFA), alle vertreten durch die vergebende Stelle SVD Büromanagement GmbH diese vertreten durch die X*** Rechtsanwälte GmbH eingeleitet über Antrag der A*** vertreten durch die Y*** Rechtsanwälte GmbH vom 20. Juni 2011 wie folgt entschieden:

S p r u c h

I .

Dem Antrag der A***, „*die Ausschreibung ‚Rahmenvereinbarung Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Zubehör‘ der Auftraggeber für nichtig zu erklären*“, wird **stattgegeben**. Im Vergabeverfahren „Sonden- und Trinknahrung inkl. Zubehör“ wird die Ausschreibung **für nichtig erklärt**.

Rechtsgrundlage: § 325 Abs 1 BVergG

II.

Dem Antrag der A^{***}, „den Auftraggebern aufzutragen, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren für diesen Nachprüfungsantrag binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu bezahlen“, wird **stattgegeben**.

Der Auftraggeber hat der A^{***} zu Händen ihres Rechtsvertreters €415 an bezahlten Pauschalgebühren bei sonstiger Exekution binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheids zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG

B e g r ü n d u n g

1. Vorbringen der Parteien und Gang des Verfahrens

Die A^{***} vertreten durch Y^{***} Rechtsanwälte GmbH, in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 20. Juni 2011 Anträge auf Nichtigklärung der Ausschreibung, in eventu einer Reihe einzelner, im Nachprüfungsantrag näher bezeichneter und weiter unten genannter Bestimmungen der Ausschreibung, Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG, auf Akteneinsicht gemäß § 17 AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Begründend führte sie nach Darstellung des Sachverhalts im Wesentlichen aus, dass sich aus ihrer Stellung als weltweit tätiges Unternehmen und der Beteiligung am Vergabeverfahren auch durch die Stellung des Nachprüfungsantrags ihr Interesse an dem Erhalt des Auftrags zeige. Als drohenden Schaden macht sie den Verlust der Chance, an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren teilzunehmen, entgangenen Gewinn in der Höhe von rund 10 % des Auftragswertes, die Kosten der Vorbereitung eines Angebotes und die Kosten der Teilnahme an einem rechtswidrigen Vergabeverfahren in der Höhe von rund €5.000, Kosten der Rechtsberatung und -vertretung in der Höhe von rund €7.500 sowie den Verlust eines wichtigen Referenzprojektes geltend. Sie erachtet sich generell im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie

insbesondere im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauterem Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, im Recht auf Festlegung vergaberechtskonformer und nicht diskriminierender Ausschreibungsbedingungen, im Recht auf Abgabe eines vergaberechtskonformen Angebotes und im Recht auf Abschluss der Rahmenvereinbarung mit dem tatsächlichen Bestbieter verletzt. Sie ficht die Ausschreibungsunterlage zur Gänze, in eventu die folgenden Bestimmungen der Ausschreibung an: Punkt 1.7 „*Gleichzeitige Beteiligung am Vergabeverfahren*“, Punkt 1.16 „*Gesamt-/Teilvergabe*“, Punkt 2.5.3 betreffend die Lieferzeit, Punkt 3.3.1 „*Produktanforderung*“, Punkt 3.3.2 „*Versorgungsmanagement/Fachberatung*“, Punkt 3.3.3 „*Logistikkonzept*“, Punkt 3.3.4 „*Lieferzeit*“, Punkt 3.4 betreffend Ernährungspumpen, Punkt 5 betreffend die Beschränkung der Teilnahme von Bietergemeinschaften, Anhang 1, Position 2.1 „*zum Aufbau und zur Kräftigung der Darmmukosa mit löslichen Ballaststoffen*“, Anhang 1, Position 2.4 „*bei Decubitus*“, Anhang 1, Position 2.5 „*Aufbaunahrung*“, Anhang 1, Position 2.6 „*bei Nierenerkrankungen*“, Anhang 1, Positionen 4.1 bis 4.3 und 4.5 bis 4.8 und 4.10 bis 4.11 „*Sondennahrung für Pädiatrie*“, Anhang 1, Position 5.6 „*Verbindungsstücke zum Öffnen der Knopfsonden*“, Anhang 1, Position 5.10 „*Austauschsonden*“, Anhang 1, Position 5.11 „*Spritzen 50/60 ml*“, Anhang 1, Position 5.12 „*Button*“, Anhang 1, Positionen 5.13 bis 5.18 betreffend Nasensonden an. Begründend führte sie im Wesentlichen an, dass es durch die Festlegungen der Auftraggeber wegen der Zusammenfassung aller am Markt befindlichen Standard- und Spezialprodukte (Sonden- und Trinknahrung) verschiedenster Hersteller mit unterschiedlichsten Zusammensetzungen, die in ihrer Wirkungsweise und Verwendung teilweise stark differieren, in einer einzigen Ausschreibung und die begrenzte Bieteranzahl am Markt zu einer erheblichen Einschränkung des Bieterkreises komme. Der Wettbewerb würde in unzulässiger Weise eingeschränkt werden. Keines der fünf am österreichischen Markt tätigen Unternehmen könne ein vollständiges Angebot legen. Die Bildung von Bietergemeinschaften wäre wegen des Überschreitens der kartellrechtlichen Bagatellgrenze nicht möglich. Durch die marktfremde Zusammenfassung aller am Markt befindlichen Produkte verschiedenster Hersteller mit unterschiedlichsten Zusammensetzungen werde der Wettbewerb unzulässigerweise eingeschränkt. Das Billigstbieterprinzip sei unzulässig, da der Qualitätsstandard nicht klar und eindeutig formuliert sei. In der Folge begründet die

Antragstellerin die Rechtswidrigkeit der Anforderungen an die anzubietenden Produkte in den oben genannten Positionen.

Die Auftraggeber legten am 22. Juni 2011 die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

Die Auftraggeber zeigten in ihrer Stellungnahme vom 22. Juni 2011 die rechtsfreundliche Vertretung an und erteilten allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Sie nahmen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung. Zum Nachprüfungsantrag behielten sich die Auftraggeber eine Stellungnahme vor, führten jedoch vorerst aus, dass erklärtes Ziel der Ausschreibung die Durchführung eines fairen, nicht-diskriminierenden Wettbewerbs mit dem Ergebnis sei, dass unter den geeigneten Bietern jener die ausgeschriebene Leistung erbringen solle, der den günstigsten Preis anbiete. Die Zusammenfassung mehrerer Sozialversicherungsträger in einer Ausschreibung und die Nichtzulassung von Teilangeboten diene dem Ziel, Gebietsaufteilungen oder andere Absprachen von Bietern möglichst hintanzuhalten und einen lebendigen Vergabewettbewerb zu entfachen. Die Auftraggeber gingen davon aus, dass für Sonden- und Trinknahrung ein deutlich über das Staatsgebiet von Österreich hinausgehender geografisch relevanter Markt bestehe, auf dem die meisten Anbieter auch tätig seien. Keineswegs stellten die Auftraggeber auf die Produkte eines einzigen Anbieters ab. Vielmehr würden ausdrücklich alle Produkte akzeptiert, die den ohnedies strengen gesetzlichen Vorgaben entsprächen. Zur Erschwerung von Bieteranfragen beantragen die Auftraggeber, von einer Verbindung dieses Nachprüfungsverfahrens mit dem gegen dieselbe Entscheidung eingeleiteten Nachprüfungsverfahren abzusehen.

Am 26. Juni 2011 erließ das Bundesvergabeamt eine einstweilige Verfügung zur Zahl N/0052-BVA/10/2011-EV9. Darin untersagte es den Auftraggebern die Angebotsöffnung und setzte die Angebotsfrist für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens aus.

Am 30. Juni 2011 nahmen die Auftraggeber zum Nachprüfungsantrag inhaltlich Stellung. Darin brachten sie im Wesentlichen vor, dass die am Markt befindlichen Produkte vergleichbar seien. Die Auftraggeber wollten einen Wettbewerb. Die

Produkte seien neutral und entsprechend dem erwarteten Bedarf in das Leistungsverzeichnis aufgenommen worden. Dass durch eine begrenzte Bieterzahl am Markt der Bieterkreis eingeschränkt sei, sei ebenso richtig wie selbstredend. Es sei nicht nachvollziehbar, welcher vergaberechtliche Vorwurf sich daraus gegen die vorliegende Ausschreibung ergeben solle. Nach der Einschätzung der Auftraggeber liege für Sonden- und Trinknahrung ein europäischer Markt vor. Die auf dem sachlichen Markt für Sonden- und Trinknahrung tätigen Anbieter seien regelmäßig nicht nur auf dem österreichischen Markt tätig. Welche Produkte einzelne Lieferanten aus eigener Produktion anbieten könnten und welche der in der Ausschreibung angeführten Produkte von anderen Herstellern zugekauft werden müssten, entziehe sich der Kenntnis der Auftraggeber. Dies sei auch für die gegenständliche Ausschreibung ohne Relevanz. Selbstverständlich stehe es allen Anbietern frei, die zu liefernden Produkte des gegenständlichen Lieferauftrages bei einzelnen oder mehreren Erzeugern zuzukaufen und damit bei der gegenständlichen Ausschreibung anzubieten. Händler und Hersteller könnten jene Produkte, die sie selber nicht herstellten, von anderen Herstellern beziehen. Sollte in Bezug auf ein bestimmtes Produkt weltweit überhaupt nur ein Hersteller existieren oder aber so wenige Hersteller, dass diese eine marktbeherrschende Stellung inne hätten, seien diese Hersteller schon aufgrund von Art 102 AEUV bzw § 5 KartG verpflichtet, ihr Produkt zu angemessenen und fairen Bedingungen auch an Wettbewerber zu verkaufen, andernfalls sie ihre marktbeherrschende Stellung missbrauchen würden. Wenn ein Anbieter bestimmte Produkte nicht selbst herstelle, könne es auch seine Marke nicht beschädigen, wenn er dieses Produkt von einem anderen Unternehmen zukaufe. Öffentliche Auftraggeber müssten ihre Ausschreibungen sicher nicht nach der Markenpolitik einzelner Anbieter ausrichten. Die Auftraggeber hätten zulässigerweise jene Produkte ausgeschrieben, für die sie in der Vergangenheit Bedarf gehabt haben und auch in Zukunft einen Bedarf erwarteten. Darin liege kein Verstoß gegen den in § 19 Abs 1 BVergG festgelegten Wettbewerbsgrundsatz. Die vorliegende Gesamtvergabe und Nichtzulassung von Teilangeboten diene der Verhinderung oder zumindest Erschwerung wettbewerbsbeschränkender Absprachen in Hinblick auf den vorliegenden Oligopolmarkt. Diese Überlegungen seien ganz klar wirtschaftliche Gesichtspunkte im Sinne des § 22 Abs 1 BVergG, von einer willkürlichen Ermessenausübung könne überhaupt keine Rede sein. Aber auch technische Gesichtspunkte sprächen für die gegenständliche Gesamtvergabe, weil der

gegenständliche Auftrag gegenüber Teilausschreibungen signifikante Synergien ermöglichen. In dem Fall, dass ein bislang am österreichischen Markt noch nicht tätiger Anbieter die gegenständliche Ausschreibung gewinne, könne der Aufbau eines leistungsfähigen logistischen Konzeptes betriebswirtschaftlich rentabel erfolgen, was zusätzliche Bieter anlocken könne und wiederum dem Ziel diene, vermehrten Wettbewerb zu schaffen. Durch die gegenständliche Ausschreibung sei kein Bieter gehindert, sich an der vorliegenden Ausschreibung zu beteiligen und gegebenenfalls durch Bildung einer zulässigen Bietergemeinschaft oder Hereinnahme von Sublieferanten anzubieten. Wenn, nach den Behauptungen der Antragstellerin, kein einziger Marktteilnehmer in der Lage sei, ohne Hereinnahme von Fremdprodukten ein ausschreibungskonformes Angebot zu legen, könne schon deshalb keine Wettbewerbsbeschränkung vorliegen, weil sämtliche Bieter Fremdprodukte mit den entsprechenden Mehrkosten (Margenaufschlag) berücksichtigen müssen. Sie könnten die Produkte auch ohne Aufschlag einer Marge zu den Gestehungskosten anbieten. Ein Unternehmer könne durchaus einerseits Bieter und andererseits Lieferant eines anderen Wettbewerbers sein. Subunternehmerleistungen kämen nur bei den Nebenleistungen des Transports und der Schulung zum Tragen. Dass die Auftraggeber im vorliegenden Fall mit wenigen (oligopolistischen) Anbietern konfrontiert seien, rechtfertige jedenfalls die Nichtzulassung einer Doppelrolle als Bieter und als Subunternehmer, andernfalls könnte es leicht zu Gebietsabsprachen kommen. Die Bildung einer Bietergemeinschaft zwischen einem Lieferanten von Sonden- und Trinknahrung einerseits und einem Logistikunternehmen (Spediteur oder Frächter) andererseits sei zulässig. Eine Marktanteilsaddition komme zwischen Unternehmen, die auf unterschiedlichen sachlichen Märkten tätig sind, schon denklogisch nicht in Betracht. Auf Sonden- und Trinknahrung sei das Lebensmittelgesetz anwendbar. Unternehmen, die Lebensmittel in Verkehr setzten, müssten diese Vorschriften beachten, überprüft werde deren Einhaltung durch die zuständigen Lebensmittelbehörden. Bei Heilnahrungsprodukten erfolge zudem eine Meldung des Herstellers an die österreichische Apothekerkammer. Damit sei der Qualitätsstandard der Leistung klar und eindeutig definiert: jedes Produkt, das die gesetzlichen Vorgaben erfülle, sei auch ausschreibungskonform. Andere Produkte seien nicht zugelassen. Den Auftraggebern stehe es frei, bei Vorliegen eines klar determinierten Qualitätsniveaus keine qualitativen Zuschlagskriterien heranzuziehen (§ 79 Abs 3

BVergG). Nach Auffassung der Auftraggeber wäre es vielmehr begründungspflichtig, warum die Auftraggeber Sonden- und Trinknahrung, die den gesetzlichen Vorschriften entspreche, im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht zulassen sollten. Die vorliegenden Produktbeschreibungen seien durchaus branchenüblich und seien schon mehrfach, auch bei öffentlichen Ausschreibungen, in Verwendung gestanden. Sie resultierten aus Anforderungen durch Fachleute, insbesondere den verschreibenden Ärzten, die die entsprechenden Produkte im jeweiligen Umfang benötigt hätten und daher voraussichtlich auch in Zukunft benötigen würden. Ein Bieter könne in einer Position mehrere Produkte anbieten, wenn er der Meinung sei, dass er für eine Bieterlücke mehrere geeignete Produkte zur Verfügung habe. Eine höhere als die geforderte Mindestqualität werde in der gegenständlichen Ausschreibung nicht honoriert. Dass Schulungen nur bei Bedarf durchzuführen seien, stelle sicher, dass die Auftraggeber nicht für Schulungen bezahlen, die nicht erforderlich seien, daher keinen Mehrwert böten und auch in der bisherigen Praxis nicht konsumiert worden seien. Die Auftraggeber hätten keine Qualitätskriterien im Billigstbieterprinzip vorgesehen. Die Erstellung eines Logistikkonzepts sei Teil der Eignung und damit auftragnehmerbezogen. Da die Bieter Fachfirmen mit einschlägiger Erfahrung seien, könnten sie die tatsächliche Notwendigkeit von Schulungsmaßnahmen einschätzen. Dass der Aufwand für Nachbetreuung und Nachschulung sowie für Schulungsmaßnahmen in den Lieferpreis einzukalkulieren sei, sei zudem branchenüblich. Branchenüblich sei, dass Ernährungspumpen von den Anbietern ohne gesondertes Entgelt zur Verfügung gestellt würden. Ernährungspumpen hätten eine mehrjährige Lebensdauer (zwischen sieben und zehn Jahren) und könnten nach dem Einsatz bei einem Patienten nach zwischenzeitiger Reinigung, Desinfizierung und Servicierung beim nächsten Patienten wiederum eingesetzt werden. Erfahrungen hätten gezeigt, dass die Ernährungspumpen seltener zum Einsatz gelangten, wenn die Lieferanten deren Kosten in die Nahrungspreise einkalkulieren müssten. Daher entspreche diese Festlegung dem Ziel einer gesamtkostenoptimierten Beschaffung. Nicht zuletzt in Anbetracht der niedrigen, erwarteten Stückzahl erscheine eine Mischkalkulation für Austauschsonden sehr wohl zumutbar. Außerdem seien diesbezüglich von keinem Bieter Fragen gestellt oder Bedenken formuliert worden. Die Möglichkeit zur Verkürzung der Lieferzeit auf 10 Stunden ist keineswegs willkürlich eingeräumt, sondern soll nur bei ausnahmsweise auftretenden medizinisch bedingten Einzelfällen

erfolgen. Da in die Lieferzeit nur die Zeitspanne zwischen 8.00 Uhr und 18.00 Uhr, nicht aber zwischen 18.00 Uhr und 8.00 Uhr falle, sollte eine Lieferung auch innerhalb einer ausnahmsweise auf zehn Stunden verkürzte Lieferzeit kein Problem sein. Zudem könne der Bedarf von ein oder zwei Tagen auch problemlos in der nächstgelegenen Apotheke bezogen werden, falls ein Unternehmer im Einzelfall doch mehr als zehn Stunden zur Lieferung benötige. Ausdrücklich sei darauf hinzuweisen, dass das Nichteinhalten einer verkürzten Lieferzeit von zehn Tagen keiner Pönalisierung unterliege, was sich klar aus Punkt 2.8.6 lit a) der Ausschreibung ergebe. Daher liege keine diskriminierende Festlegung vor. Die Aufnahme der in Position 2.5 Anhang 1 angeführten Aufbaunahrung in das Produktverzeichnis sei notwendig gewesen, weil ein praktischer Bedarf bestehe, in einem Krankheitsfall nach längerer Nahrungskarenz eine gänzlich ballaststofffreie Nahrung einzusetzen. Ob eine Spezialnahrung zum Einsatz komme, sei eine Frage, die der behandelnde Arzt zu lösen habe. Da der tatsächliche Bedarf nach ballaststofffreier Aufbaunahrung bestehe, sei es sachgerecht und erforderlich, diese auch auszuschreiben. Wenn tatsächlich nur ein Produkt diesen Bedarf decken könne, werden notwendigerweise alle Bieter dieses eine Produkt anbieten. Die angeführten Sondenlängen in unterschiedlichen Längen würden tatsächlich in der Praxis verwendet. Eine Diskriminierung bestimmter Produkte sei nicht zuletzt in Hinblick auf die in der Anfragebeantwortung festgelegte Bandbreitenerweiterung nicht nachvollziehbar. Die Kalkulation eines Mischpreises für die verschiedenen Sondenlängen erscheine auf Grund des kleinen Volumens zumutbar. Wenn ein Bieter ein Produkt anbiete, bei dem die angeführten Verbindungsstücke nicht erforderlich bzw. schon integriert seien, genüge naturgemäß ein diesbezüglicher Hinweis. Eine Diskriminierung könne daher nicht vorliegen. Die angeführten Spritzen, die Spezialnahrung bei Nierenerkrankungen nach Punkt 2.6 und die Pädiatrie-Sondennahrung nach den Punkten 4.1. bis 4.3. seien benötigt worden und würden weiter benötigt und seien daher auszuschreiben, unabhängig davon, wie viele Anbieter am Weltmarkt derartige Spritzen produzierten. Von einem Verstoß gegen das Gebot zur Gleichbehandlung könne keine Rede sein. Die Fragebeantwortungen sei erst am 16. Juni 2011 gleichzeitig allen Bietern übermittelt worden. Die danach bis zur Angebotsöffnung verbliebene Zeit reiche jedoch hin, um die entsprechenden Antworten in der Angebotserstellung zu berücksichtigen, zumal die Antworten keine massiven Kalkulationsauswirkungen haben können. Daher habe zulässigerweise von

einer Verlängerung der Angebotsfrist abgesehen werden können. Im Hinblick auf die mittlerweile ausgesetzte Angebotsfrist sei eine Diskriminierung aufgrund dieses Punktes aber jedenfalls ausgeschlossen. Die Auftraggeber beantragen, den gegenständlichen Nachprüfungsantrag zurück- in eventu abzuweisen.

Am 5. Juli 2011 brachte die Antragstellerin eine Stellungnahme ein. Diese langte am 6. Juli 2011 beim Bundesvergabeamt ein. Zur behaupteten marktfremden Gestaltung der Ausschreibung bringt sie im Wesentlichen vor, dass jeder Hersteller rund 10 % der Produkte zukaufen müsste. Manche ausgeschriebene Produkte würden nur von zwei Herstellern erzeugt. Darin liege eine beträchtliche Beschränkung des Bieterkreises. Der fundamentale Wettbewerbsgrundsatz werde verletzt. Zur mangelnden Vergleichbarkeit der Angebote führte sie aus, dass bei den Positionen 1.7, 2.1, 2.5, 4.1 bis 4.11 und 5.6 des Produktkatalogs große Unterschiede in der Wirkungsweise der Produkte bestünden. Bei den unterschiedlichen Produkten bei der Position 1.7 betrage der Fettanteil zwischen 3,5 % und 4,5 %.

Am 8. Juli 2011 legte die Antragstellerin zum Beweis der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung durch die marktfremde Gestaltung der Ausschreibung die Urkunde „Herstellerübersicht“ mit einer Übersicht von Herstellern, die die ausschreibungsgegenständlichen Produkte (ausschließlich) anbieten könnten, und die Urkunde „Produktanteile am Ausschreibungsvolumen“ mit einer Aufstellung der Anteile der einzelnen Produkte des Anhangs 1 zur Ausschreibungsunterlage („Produktkatalog“) am gesamten Ausschreibungsvolumen vor. Weiters führte sie im Wesentlichen aus, dass das Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz – LMSVG den Begriff der Sonden- und Trinknahrung nicht definiere. Die Verordnung über diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke enthalte lediglich Werte bezüglich Vitamine und Mineralstoffe. Sie enthalte jedoch keine Regelung insbesondere hinsichtlich der Positionen 1.2 Anteil der löslichen und nicht löslichen Ballaststoffe, 1.5 Mindestanteil von Protein bei „proteinreichen“ Produkten, 2.2 MCT-reich, 2.5 energiereduziert und eiweißreduziert sowie 3.9 fruchtig klar. Die ausschreibungsgegenständlichen Produkte unterlägen nicht einmal einem Zulassungsverfahren. Die Ausschreibungsunterlage enthielten daher keine klaren und eindeutigen Qualitätsstandards für die Sonden- und Trinknahrung iSd § 79 Abs 3

BVergG. Folglich sei das Billigstbieterprinzip unzulässig. Die Ausschreibung sei für nichtig zu erklären.

Am 8. Juli 2011 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt. Der Rechtsvertreter der Auftraggeber brachte vor, dass § 3 Z 3 LMSVG diätetische Lebensmittel definiere. § 8 LMSVG sehe ein Meldungsverfahren für diätetische Lebensmittel vor. Die Verordnung BGBl II Nr 416/2000 idgF enthalte zulässige Werte für Vitamine und Mineralstoffe diätetischer Lebensmittel. Dieser gesetzliche Rahmen genüge, um einen einheitlichen Qualitätsstandard vorzugeben. Zulässig seien alle Produkte, die diesem Qualitätsstandard entsprächen. § 5 Abs 1 der zitierten Verordnung enthalte eine Reihe von Angaben mit denen diätetische Lebensmittel zu kennzeichnen seien. Der Rechtsvertreter der Antragstellerin legte das Merkblatt für die Meldung eines diätetischen Lebensmittels gemäß § 8 LMSVG vor. Es solle belegen, dass der Großteil der anzubietenden Produkte weder zulassungs- noch meldepflichtig sei. Der Rechtsvertreter der Auftraggeber legte die „wissenschaftliche Information“ zum Produkt **** der A*** zum Beweis dafür vor, dass die Antragstellerin die Verordnung BGBl II Nr 416/2000 idgF kenne und einhalte. Der Rechtsvertreter der Antragstellerin verwies auf die Richtlinie 1999/21/EG Begründungserwägungen 2 bis 4, wonach die Zusammensetzung der Produkte stark variieren könne. Es sollten nur einige grundlegende Vorschriften über die Vitamin- und Mineralstoffgehalte der Produkte festgelegt werden. Es sei nicht angezeigt, angesichts der Vielfalt der Produkte detaillierte Vorschriften festzulegen. Herr B***, Mitarbeiter der Antragstellerin, brachte vor, dass die Antragstellerin kaum Kindernahrung produziere und deshalb sagen könne, dass sie eine Reihe von Produkten zukaufen müsse. Der Rechtsvertreter der Antragstellerin brachte vor, dass durch die nicht näher spezifizierte Zulassung nicht löslicher Ballaststoffe in Position 2.1. des Leistungsverzeichnisses statt Spezialnahrung auch Standardnahrung angeboten werden könnte. Der Rechtsvertreter der Auftraggeber verwies auf die Antwort 8 der Fragenbeantwortung. Herr C***, Mitarbeiter der vergebenden Stelle, gab an, dass die Angaben in der Produktinformation nur dahingehend geprüft würden, ob lösliche Ballaststoffe enthalten seien. Herr B*** gab an, dass das kein Qualitätsniveau für das Thema Aufbau der Darmmukosa sei. Der Rechtsvertreter der Antragstellerin brachte vor, dass beim Angebot von Fremdprodukten nicht nur die Lieferung, sondern auch die Schulung für diese Produkte zu erbringen wäre. Daher wäre ein weiterer

Hersteller als Subunternehmer zu beschäftigen. Das Verbot der gleichzeitigen Teilnahme als Bieter oder Mitglied einer Bietergemeinschaft und als Subunternehmer verhindere die Legung von Angeboten mehrerer Bieter. Der Rechtsvertreter der Auftraggeber brachte vor, dass die Anforderungen an die zu erbringenden Schulungen in Punkt 3.3.2 festgelegt seien und die dort geforderte Schulung der Antragstellerin auch möglich sein müsste. Es handle sich um die Applikationstechnik, die Pumpen- und Sondenpflege sowie die hygienischen Richtlinien der Sondenhandhabung. Diese seien unabhängig vom zu applizierenden Produkt. Der Rechtsvertreter der Antragstellerin verwies auf Punkt 3.3.2, wonach auch Fachberatung und Nachbetreuung ausschreibungsgegenständlich seien. Herr D***, Mitarbeiter der vergebenden Stelle, gab an, dass die Tabellen auf Seite 34 der Ausschreibungsunterlagen auf die Patientendaten aus 2010 gestützt seien. Die neu zu versorgenden Anspruchsberechtigten seien 30 % der 2010 insgesamt versorgten Patienten. Es handle sich um eine Schätzung. Hinsichtlich der Tabelle der mit Ernährungspumpen zu versorgenden Anspruchsberechtigten handle es sich um den Anteil an den pro Jahr neu zu versorgenden Anspruchsberechtigten. Herr B*** brachte vor, dass auch bei Versorgung von Patienten, die bisher mit Ernährungspumpe versorgt würden, diese nicht ohne weiteres weiterverwendet werden könnten. Das hänge von der Kompatibilität mit den Überleitgeräten ab. Der Rechtsvertreter der Auftraggeber brachte vor, dass die Auftraggeber in Punkt 2.5.3 eine Verkürzung der Lieferzeit von maximal 20 Stunden auf maximal 10 Stunden vorgesehen hätten. Dies sei eine Ausnahmeregelung. Die unterschiedlichen Sondenlängen würden in Fragebeantwortung 21 vom 20. Juni 2011 berichtigt. Der Nachprüfungsantrag auf Nichtigerklärung der Positionen 5.13 bis 5.18 wurde im Hinblick auf die Berichtigung vom 20. Juni 2011 wegen Klaglosstellung zurückgezogen. Dr. E***, Arzt in Diensten der vergebenden Stelle, gab an, dass es sich bei den in Position 5.11 ausgeschriebenen Spritzen um Reinigungsspritzen handeln müsse. Herr B*** brachte vor, dass die Antragstellerin keine Spritzen herstelle und anbiete.

2. Sachverhalt

In Österreich gibt es 22 Sozialversicherungsträger, davon 19 Krankenversicherungsträger. Weiters gibt es 17 Krankefürsorgeanstalten.

Dienstleistungen der Zustellung der Nahrung, der Übergabe und der Einschulung in hoher Qualität zu erbringen sind. Beabsichtigt ist, über die Vertragslaufzeit weitgehend den gesamten Bedarf vom Auftragnehmer zu beziehen. In Hinblick auf die standardisierten (gesetzlichen) Qualitätsvorgaben verbleibt als sinnvolles Zuschlagskriterium der Preis. Nicht zuletzt in Hinblick auf das große Volumen der gegenständlichen Ausschreibung und mögliche Synergien bei den zu erbringenden Transportdienstleistungen erwarten sich die Auftraggeber signifikante Kosteneinsparungen gegenüber den derzeitigen Bezugskosten. In dem Fall, dass die Leistung nicht in der vereinbarten Qualität erbracht werden sollte, würde sich der Auftraggeber vorbehalten, von der ihm zustehenden Möglichkeit Gebrauch zu machen, die Leistung nicht vollständig vom Auftragnehmer abzurufen, sondern auch andere vergaberechtlich zulässige Beschaffungswege zu nutzen.

[...]

1.14 Leistungsbeschreibung

1.14.1 *Die Angebote haben die im Leistungsverzeichnis genannten Zielsetzungen und Grundvoraussetzungen zu berücksichtigen.*

1.14.2 *Alle in den Ausschreibungsunterlagen definierten Kriterien und Anforderungen sind zwingend zu erfüllen. Eine Nichterfüllung führt zum Ausscheiden des Angebotes.*

[...]

2 VERTRAGSBEDINGUNGEN

2.1 Zustandekommen des Vertrages

2.1.1 Die Rahmenvereinbarung kommt nur durch deren Abschluss durch den Auftraggeber zustande und ist mit keiner Abnahmeverpflichtung für den Auftraggeber verbunden. Die Rahmenvereinbarung wird mit dem Billigstbieter auf eine Laufzeit von drei Jahren abgeschlossen. Innerhalb des Zeitraumes der Rahmenvereinbarung besteht für den Auftraggeber die Möglichkeit, Aufträge (Abrufe) beruhend auf dieser Rahmenvereinbarung zu erteilen.

[...]

2.3 Abruf von Leistungen

Der Auftragnehmer verpflichtet sich, für die Dauer der Rahmenvereinbarung gemäß den gegenständlichen Angebots- und Vertragsbedingungen die Lieferungen und Leistungen laut dem gegenständlichen Leistungsverzeichnis durchzuführen.

Die einzelnen schriftlichen Bestellungen (Abrufe) können ab Leistungsbeginn der Rahmenvereinbarung und während der gesamten Laufzeit der Rahmenvereinbarung erfolgen. Die Auftraggeber haben jeweils die Option, die Rahmenvereinbarung zweimal um jeweils ein Jahr zu verlängern. Der jeweilige Auftraggeber wird spätestens 3 Monate vor Ablauf der Rahmenvereinbarung eine schriftliche Erklärung hinsichtlich der Verlängerung abgeben.

Der Auftraggeber ist berechtigt, in seinen Bestellungen (Abrufen) die benötigten Produkte und die jeweilige Bestellmenge aus dem Angebot frei auszuwählen. Die Bestellungen erfolgen Montag bis Freitag zwischen 8.00 Uhr und 18.00 Uhr durch den Auftraggeber, wobei Einzel- aber auch Sammelbestellungen möglich sind. Die Lieferung hat auf Grund der Bestellung und der darin spezifizierten (Teil-) Mengen zu erfolgen.

Der Bieter hat im Leistungsverzeichnis eine zentrale Stelle (allenfalls lediglich gesplittet nach Auftraggeber) anzugeben, bei welcher die laufenden Bestellungen über die vertragsgegenständlichen Produkte und Leistungen zu erfolgen haben.

[...]

2.5 Erfüllungsort, Leistungserbringung

2.5.1 *Erfüllungsorte für die Leistungserbringung des Auftragnehmers sind die Anschriften der Anspruchsberechtigten der Auftraggeber flächendeckend innerhalb Österreichs, wobei die Lieferungen jeweils direkt in das Haus oder in die Wohnung (Räumlichkeit) des Anspruchsberechtigten zu erfolgen haben.*

2.5.2 *Die Auslieferungen haben werktags (Montag bis Freitag) innerhalb einer Maximallieferzeit von 20 Stunden zwischen 8.00 Uhr und 18.00 Uhr zu erfolgen. Als Lieferzeit gilt der Zeitraum zwischen dem Eingang der Bestellung beim Auftragnehmer bis zum ersten Zustellversuch beim Anspruchsberechtigten. Die Zeit zwischen 18.00 Uhr und 8.00 Uhr zählt nicht zur Lieferzeit. Samstage, Sonn- und Feiertage sind zur Gänze nicht einzurechnen.*

Es wird speziell auf den Punkt 2.8.6 der Vertragsbedingungen betreffend Pönale verwiesen!

Beispiele:

Die Bestellung langt beim Auftragnehmer am Montag um 15.00 Uhr ein. Die Maximallieferzeit endet am Mittwoch um 15.00 Uhr (3 Stunden am Montag, 10 Stunden am Dienstag, 7 Stunden am Mittwoch).

Die Bestellung langt beim Auftragnehmer am Donnerstag um 15.00 Uhr ein. Die Maximallieferzeit endet am Montag um 15.00 Uhr (3 Stunden am Donnerstag, 10 Stunden am Freitag, 7 Stunden am Montag).

2.5.3 *In Ausnahmefällen ist der Auftraggeber berechtigt ohne Angabe von Gründen, auch kürzere - als allenfalls im Leistungsverzeichnis zugesicherte - Lieferzeiten festzulegen, wenn dies seine jeweilige Verbrauchssituation erfordert. In solchen Fällen hat die Lieferung gegebenenfalls auch innerhalb von 10 Stunden zu erfolgen, wenn die Bestellung am Vortag bis spätestens 12.00 Uhr beim Auftragnehmer einlangt.*

2.5.4 *Bei jeder Lieferung ist ein Lieferschein auszufolgen, auf dem der Name des Anspruchsberechtigten, die Versicherungsnummer sowie die Artikelbezeichnungen und -mengen sowie die Positionsnummern (= von den Auftraggebern festgelegte einheitliche Nummer pro Artikel) der gelieferten Produkte klar ersichtlich sind.*

2.5.5 *Lieferverzögerungen sind auch dann, wenn der Transport bzw. die Zustellung durch Dritte erfolgt, durch den Auftragnehmer zu verantworten.*

[...]

3 LEISTUNGSVERZEICHNIS

[...]

3.2 Ausschreibungsumfang

Gegenstand dieser Ausschreibung ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmen mit den im Deckblatt genannten Auftraggebern über die österreichweite Lieferung von Sonden- und Trinknahrung inkl. Zubehör zur Versorgung für die Anspruchsberechtigten der Auftraggeber.

Die Auftraggeber versorgen insgesamt ca. 4.737 Anspruchsberechtigte pro Jahr mit den im Leistungsverzeichnis angeführten Artikeln.

Die Gesamtanzahl der zu versorgenden Anspruchsberechtigten pro Jahr verteilt sich wie folgt:

Bundesland	Anzahl der zu versorgenden Anspruchsberechtigten						
	SVB	SVA	VAEB	BVA	BGKK	KFA	Gesamt
Wien	5	188	104	298	1	98	694
NÖ	202	217	251	352	2	44	1.068
Burgenland	47	41	25	75	90	3	281
Oberösterreich	153	169	201	170	0	1	694
Salzburg	29	89	48	99	0	0	265
Tirol	38	153	101	139	0	0	431
Vorarlberg	11	21	26	46	0	0	104
Steiermark	173	99	242	296	1	2	813
Kärnten	50	98	139	100	0	0	387
Gesamt	708	1.075	1.137	1.575	94	148	4.737

Eine statistische regionale Aufteilung hinsichtlich der Lieferadressen getrennt nach Sonden- und Trinknahrung ist dem Anhang 3 zu entnehmen, wobei darauf hingewiesen wird, dass es sich bei diesen statistischen Daten naturgemäß um veränderliche Daten handelt.

Die zu versorgenden Anspruchsberechtigten sind im Regelfall mit einem Monatsbedarf zu beliefern.

Die im Anhang 1 angeführten Mengen pro Position stellen jeweils einen geschätzten Jahresbedarf dar. Die tatsächlich bestellten Mengen können von diesen im Leistungsverzeichnis angegebenen geschätzten Gesamtmengen abweichen.

3.3 Qualitätsanforderungen

3.3.1 Produktanforderung

Die während der Dauer der Rahmenvereinbarung zu liefernden Produkte müssen der im Leistungsverzeichnis festgelegten Qualität und allen geforderten Spezifikationen entsprechen.

Die angebotenen Sonden- und Trinknahrungen müssen bilanziert und nährstoffdefiniert sein, dem Lebensmittelgesetz 1975 in der letztgültigen Fassung und den dazu ergangenen Verordnungen, insbesondere der Verordnung über diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke entsprechen. Für alle angebotenen Artikel gilt, dass es sich um zugelassene FSMP gekennzeichnete Ernährungssubstrate bzw. CE gekennzeichnete Medizinprodukte handeln muss.

3.3.2 Versorgungsmanagement/Fachberatung

Bei Neuversorgungen ist im Bedarfsfall eine Schulung der unmittelbar an der Versorgung beteiligten Personen (Anspruchsberechtigte, Angehörige, Pflegepersonen, Pflegepersonal etc.) nach Wahl der Anspruchsberechtigten im Krankenhaus im Pflegeheim oder zu Hause durchzuführen. Die Schulung beinhaltet eine Einschulung in die Applikationstechnik, die Pumpen- und Sondenpflege sowie eine Unterweisung in hygienischen Richtlinien der Sondenhandhabung. Wenn Anspruchsberechtigte eine Ernährungspumpe benötigen, ist in jedem Fall eine Schulung durchzuführen; bei Schwerkraftapplikation hat die Schulung nur dann zu erfolgen, wenn eine telefonische Information/Abklärung zur Anwendung der Sonden- und Trinknahrung inkl. Zubehör nicht ausreichend ist.

Geschätzte Übersicht der neu versorgten Anspruchsberechtigten pro Jahr (diese Anzahl ist in der Gesamtanzahl der zu versorgenden Anspruchsberechtigten enthalten):

Bundesland	Anzahl der neu versorgten Anspruchsberechtigten/Jahr						
	SVB	SVA	VAEB	BVA	BGKK	KFA	Gesamt
Wien	2	62	34	98	0	33	229
NÖ	67	72	83	116	0	15	353
Burgenland	16	14	8	25	31	0	94

Oberösterreich	50	56	66	56	0	1	229
Salzburg	10	29	16	33	0	0	88
Tirol	12	50	33	46	0	0	141
Vorarlberg	3	7	9	15	0	0	34
Steiermark	57	33	80	98	0	1	269
Kärnten	17	32	46	33	0	0	128
Gesamt	234	355	375	520	31	50	1.565

Geschätzte Übersicht von Anspruchsberechtigten mit Ernährungspumpen pro Jahr (diese Anzahl ist in der Gesamtanzahl der zu versorgenden Anspruchsberechtigten enthalten):

Bundesland	Anzahl der Anspruchsberechtigten mit Ernährungspumpen/Jahr						
	SVB	SVA	VAEB	BVA	BGKK	KFA	Gesamt
Wien	0	3	2	6	0	2	13
NÖ	3	3	4	6	0	1	17
Burgenland	2	1	1	1	2	0	7
Oberösterreich	2	3	4	4	0	0	13
Salzburg	1	1	1	3	0	0	6
Tirol	1	3	2	1	0	0	7
Vorarlberg	0	0	1	1	0	0	2
Steiermark	3	2	4	5	0	0	14
Kärnten	1	2	3	2	0	0	8
Gesamt	13	18	22	29	2	3	87

Darüber hinaus sind bei Bedarf telefonische Nachbetreuungen der Anspruchsberechtigten und/oder persönliche Besuche bei Anspruchsberechtigten für Nachschulungen durchzuführen.

Der Bieter muss für die Durchführung der notwendigen, in deutscher Sprache vorzunehmenden Schulungen und Betreuungen eine ausreichende Anzahl an Personal mit fundierten Kenntnissen im Bereich der Sonden- und Trinknahrung sowie der Applikationstechnik bzw. des Zubehörs zur Verfügung bereithalten. Dieses Personal muss innerhalb von 2 Werktagen (Montag bis Freitag) ab Anforderung am jeweiligen Erfüllungsort verfügbar sein. Die Erreichbarkeit des benötigten Personals muss an Werktagen von 8.00 Uhr bis 18.00 Uhr gewährleistet sein.

Für alle Anfragen hat der Bieter im Leistungsverzeichnis eine deutschsprachige kostenlose Telefonhotline, die von 8.00 Uhr bis 18.00 Uhr – auch an Wochenenden – erreichbar sein muss, einzurichten und bekanntzugeben.

Nach Abschluss der Rahmenvereinbarung gewährt der Auftragnehmer dem Auftraggeber die volle Unterstützung und Kooperation bei der Sicherstellung der Umstellungsqualität (von den derzeit zur Versorgung der Anspruchsberechtigten zur Verfügung gestellten Produkten auf die Produkte des neuen Auftragnehmers), wie z.B. die Vorlage einer aktuellen Produktliste in elektronischer Form sowie die Ausarbeitung einer Entsprechungstabelle der angebotenen Produkte des Auftragnehmers zu den vom Auftraggeber bekannt zu gebenden bisher bezogenen Produkten. Des Weiteren sind für die Information der Verordner und der Anspruchsberechtigten über die Produktpalette (Artikelbezeichnung, Art usw.) vom Auftragnehmer dem Auftraggeber auf Anforderung kostenlos entsprechende Unterlagen zur Verfügung zu stellen.

Der Bieter hat mit dem Angebot ein Konzept hinsichtlich Versorgungsmanagement und Fachberatung vorzulegen, mit dem er plausibel nachweist, dass er die österreichweite Betreuung gemäß den Anforderungen erfüllen kann.

Das Konzept hat jedenfalls zu folgenden Punkten Ausführungen zu enthalten:

- *Maßnahmen zur Sicherstellung der laufenden Verfügbarkeit des Personals für termingerechte Schulung, Nachbetreuung und Beratung;*
- *Anzahl des für die Erfüllung der geforderten Leistungen benötigten Personals und Angaben über dessen Ausbildung sowie örtliche Einsatzgebiete;*

- Angaben, ob und welche besondere Maßnahmen aus Sicht des Bieters für die Umstellung der Anspruchsberechtigten auf die Produkte des Bieters erforderlich sind, sofern der Anspruchsberechtigte bisher mit Produkten anderer Firmen versorgt wurde.

3.3.3 Logistikkonzept

Der Bieter hat mit dem Angebot ein schlüssiges Logistikkonzept vorzulegen, mit dem er plausibel darlegt, wie er alle Anspruchsberechtigten der Auftraggeber österreichweit mit den angebotenen Produkten innerhalb der im Angebot garantierten Lieferzeit (max. 20 Stunden) versorgen wird.

Zur Plausibilisierung einer kapazitätsmäßig ausreichenden und österreichweit funktionierenden Logistik hat das Konzept jedenfalls zu folgenden Punkten Ausführungen zu enthalten:

- Maßnahmen des Bieters zur Gewährleistung der ständigen Verfügbarkeit der angebotenen Produkte;
- geplante Lagerkapazitäten, Standorte der Lager, geplante Transportmittel etc.;
- personelle Kapazität
- Maßnahmen zur Sicherstellung der termingerechten Lieferung (wie z.B. Beschreibung der Logistikkette vom Hersteller - Händler - Logistiker - Anspruchsberechtigten).

Die Plausibilität des Logistikkonzepts wird im Rahmen der Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit beurteilt.

3.3.4 Lieferzeit

Im Angebot hat der Bieter für die Lieferung der vertragsgemäßen Produkte eine garantierte Lieferzeit ab Abruf (max. 20 Stunden zulässig) anzugeben.

Für den Fall der Überschreitung der angebotenen Lieferzeit wird auf den Punkt 2.8.6 der Vertragsbedingungen betreffend Pönale verwiesen!

3.4 Leistungs- und Lieferumfang

Im gesonderten Anhang 1 ist der Produktkatalog abgebildet und zu jeder Position ein Produktinformationsblatt (Anhang 2) beigelegt, wobei diese Unterlagen zwingend vollständig auszufüllen sind und einen integrierenden Bestandteil des Angebotes bilden.

Der Preis per Verpackungseinheit (VE) ist mit zwei Dezimalstellen anzugeben.

Der Positionspreis kaufmännisch **gerundet auf ganze Euro** errechnet sich wie folgt:

Liter Jahresbedarf/Liter pro VE x Preis per VE = Positionspreis

Beispiel:

Jahresbedarf	VE	Preis per VE in EURO exkl. USt.	Positionspreis in EURO exkl. USt.
8.000 Liter	12 x 200 ml	8,22	27.400
2.450 Liter	6 x 500 ml	11,41	9.318

Zu jeder Position ist jeweils die geringste Verpackungseinheit (VE) anzubieten, wobei sowohl Beutel- als auch Glasflaschensysteme angeboten werden können. Sofern der Auftragnehmer ausschließlich Glasflaschen angeboten hat, und in seinem Sortiment auch Beutel führt, verpflichtet er sich bei Bedarf (Festlegung durch den Auftraggeber) Beutel zum Preis der Glasflaschen auszuliefern.

Auf Anforderung hat der Auftragnehmer kostenlos Ernährungspumpen bzw. mobile Ernährungspumpen zur Verfügung zu stellen. Diese Leistung inkludiert auch die vorgeschriebene Wartung bzw. das Service. Im Service sind alle Ersatzteile und

Reparatursets für PEG-Sonden enthalten. Das Medizinproduktegesetz in der jeweils gültigen Fassung ist einzuhalten.

3.5 Abschluss Rahmenvereinbarung/Angebotsbewertung

Die Bewertung der Angebote erfolgt nach dem Billigstbieterprinzip. Die Rahmenvereinbarung wird mit jenem Bieter abgeschlossen, der das Angebot mit dem niedrigsten Preis gelegt hat.

Für das Bewertungskriterium Preis werden die Summen der im Produktkatalog ausgewiesenen Positionspreise = Positionssummen und die daraus resultierenden Gesamtkosten gemäß Summenblatt herangezogen.

ANHANG 1

Produktkatalog zur Ausschreibung Sonden- und Trinknahrung inkl. Zubehör

(siehe auch Punkt 3.4 Leistungsverzeichnis)

Position 1 - Standard Sondennahrung

Pos.	Produkt	Jahresbedarf in Liter	Artikelbezeichnung	Artikelnummer	Geschmacksrichtungen	VE	Flaschenbehälter oder Beutel	Preis per VE in EURO exkl. Ust.	Positionspreis in EURO exkl. Ust. (Jahresbedarf durch VE mal Preis per VE) kaufm. Gerundet auf ganze EURO
1.1	Standard (ballaststofffrei)	78.530							
1.2	Ballaststoffreich	204.150							
1.3	Energiereich (größer 1 kcal/ml)	23.250							
1.4	Energie (größer 1 kcal/ml) - und ballaststoffreich	63.400							
1.5	Proteinreich	18.700							
1.6	bei Kuhmilch-eiweiß-unverträglichkeit	22.370							

1.7	gestörte Glukose- toleranz	33.660							
Positionssumme 1.1 - 1.7									

Position 2 - Spezial Sondennahrung

Pos.	Produkt	Jahres- bedarf in Liter	Artikel- bezeich- nung	Artikel- num- mer	Gesch- macks- rich- tun- gen	VE	Flaschen behälter oder Beutel	Preis per VE in EURO exkl. Ust.	Positionsprei s in EURO exkl. Ust. (Jahresbedarf durch VE mal Preis per VE) kaufm. Gerundet auf ganze EURO
2.1*)	zur Aufbau und zur Kräfti- gung der Darmmu- kosa mit löslichen Ballast- stoffen	36.850							
2.2	bei gestörter Fettver- dauung oder Fettre- sorption (MCT- reich), Pankreas erkran- kungen	6.180							
2.3	bei onko- logi- schen Erkran- kungen energie (größer 1 kcal/ml) - u. eiweiß- u. Ballast- stoffreich	160							
2.4	bei Decu- bitus	160							

2.5	Aufbau- nahrung energie (kleiner 1kcal/ml)- und eiweiß- reduziert ballast- stofffrei, laktose- frei	3.915							
2.6	bei Nie- rener- krankun- gen	3.840							
Positionssumme 2.1 – 2.6									

*) Anmerkung zu Pos. 2.1: Das Produkt hat zwingend lösliche Ballaststoffe zu enthalten. Zusätzlich können auch nicht lösliche Ballaststoffe enthalten sein.

Position 3 - Trinknahrung

Pos.	Produkt	Jahres- bedarf in Liter	Artikel- bezeich- nung	Artikel- nummer	Gesch- macks- richtun- gen	VE	Flaschen behälter oder Beutel	Preis per VE in EURO exkl. Ust.	Positions- preis in EURO exkl. Ust. (Jahresbedarf durch VE mal Preis per VE) kaufm. Gerundet auf ganze EURO
3.1	Energie- reich (größer 1 kcal/ml) (ballast- stofffrei)	8.080							
3.2	Energie (größer 1 kcal/ml)- und ballast- stoff- reich	18.915							
3.3	Eiweiß- reich	10.645							
3.4	Energie (größer 1 kcal/ml)- und eiweiß- reich	7.350							
3.5	bei Kuh- milchei- weißun- verträg- lichkeit	1.550							

3.6	gestörte Glukose- toleranz	630							
3.7	bei onko- logi- schen Erkran- kungen energie (größer 1 kcal/ml) - und eiweiß- und ballast- stoffreich Beilage 20	1.090							
3.8	Trinknah- rung für Kinder	4.400							
3.9	fruchtig klar, energie- reich (größer 1 kcal/ml), fettfrei	1.365							
Positionssumme 3.1 – 3.9									

Position 4 - Sondennahrung in der Pädiatrie

Pos.	Produkt	Jahres- bedarf in Liter	Artikel- bezeich- nung	Artikel- nummer	Gesch- macks- richtun- gen	VE	Flaschen behälter oder Beutel	Preis per VE in EURO exkl. Ust.	Position- preis in EURO exkl. Ust. (Jahresbedarf durch VE mal Preis per VE) kaufm. Gerundet auf ganze EURO
	Alter 0-12 Monate bis 8 kg								
4.1	Standard	570							
	Alter 1-6 Jahre ca 8-20 kg								
4.2	Standard	1.815							
4.3	Ballastst- offreich	3.015							
4.4	Energier- eich (größer 1 kcal/ml)	40							
4.5	Energie (größer 1 kcal/ml)- und ballast- stoff- reich	895							

4.6	bei chroni- schen entzünd- lichen Darmer- krankung en	240							
Alter 7-12 Jahre ca. 21-45 kg									
4.7	Standard	570							
4.8	Ballastst offreich	535							
4.9	Energier eich (größer 1 kcal/ml)	495							
4.10	Energie (größer 1 kcal/ml)- und ballastst offreich	280							
4.11	bei chroni- schen entzünd- lichen Darmer- krankung en	125							
Positionssumme 4.1 – 4.11									

Anmerkung zu Pos. 4: In den Altersgruppen 1-6 Jahre und 7-12 Jahre kann ein und dasselbe Produkt angeboten werden, sofern es für beide Altersgruppen zugelassen ist.

Position 5 - Überleitgeräte für Pos. 1 - 4

Pos.	Produkt	Jahres- bedarf in Stück	Artikel- bezeich- nung	Artikel- nummer	DEHP-frei ja/nein	VE	Preis per VE in EURO exkl. Ust.	Positionspreis in EURO exkl. Ust. (Jahresbedarf durch VE mal Preis per VE) kaufm. Gerundet auf ganze EURO
5.1	für Schwerkraft/ Flaschen	156.410						
5.2	für Pumpen/ Flaschen	58.570						
5.3	für Schwerkraft/ Beutel	37.640						
5.4	für Pumpen/ Beutel	25.640						
5.5	für mobile Pumpen/Beutel	10.040						

5.6	Verbindungs- stücke zum Öffnen der Knopfsonden	80					
5.7	Universalüberleit- geräte für Pumpe	4.035					
5.8	Universalüberleit- geräte für Schwerkraft	9.695					
5.9	Leerbeutel	19.360					
5.10	Austausch- sonden	360					
5.11	Spritzen 50/60 ml	41.695					
5.12	Button	225					
5.13	Nasensonde 40 cm	15					
5.14	Nasensonde 50 cm	120					
5.15	Nasensonde 90 cm	170					
5.16	Nasensonde 100 cm	120					
5.17	Nasensonde 110 cm	180					
5.18	Nasensonde 125 cm	75					
Positionssumme 5.1 – 5.18							

Produktinformationsblätter
zur Ausschreibung Sonden- und Trinknahrung
inkl. Zubehör
Produktinformation
zu Pos. 1.1
Standard Sondennahrung

Produkt entspricht dem Musskriterium
gemäß Leistungsverzeichnis Punkt 3.3.1

ja / nein

Standard	Zusammensetzung pro 100 ml
Eiweiß	
Fett	
Kohlenhydrate	
Ballaststoffe löslich	
unlöslich	
Wasser	
Energie	
Osmolarität	
Nährstoffträger	
Eiweiß	
Fett	
Kohlenhydrate	

<i>Ballaststoffe</i>	
<i>Vitamine und Mineralstoffe bedarfsdeckend zugesetzt</i>	<i>ja / nein</i>
<i>laktosefrei</i>	<i>ja / nein</i>
<i>glutenfrei</i>	<i>ja / nein</i>
<i>cholesterinfrei</i>	<i>ja / nein</i>
<i>purinfrei</i>	<i>ja / nein</i>
<i>zur alleinigen Ernährung geeignet</i>	<i>ja/nein</i>
<i>Indikationen</i>	
<i>Sonstige Anmerkungen des Bieters</i>	

bei ja/nein - Zutreffendes bitte einkreisen“

Gleichartige Produktinformationsblätter mit identen Inhalten finden sich für die Positionen 1.1 bis 1.7, 2.1 bis 2.6, 3.1 bis 3.9 und 4.1 bis 4.11. Im Anhang befindet sich eine Liste der Anzahl der Anspruchsberechtigten gegliedert nach Beziehern von Trinknahrung und von Sondennahrung sortiert nach Postleitzahlen.

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Acht Unternehmen, ein Sozialversicherungsträger und ein Rechtsanwalt bezogen die Ausschreibungsunterlagen über die Plattform der vergebenden Stelle. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Auftraggeber beantworteten Bieteranfragen individuell. Am 17. Juni 2011 versandten sie die Fragebeantwortung vom 16. Juli 2011 an alle Bewerber, die Ausschreibungsunterlagen bezogen hatten. Sie lautet auszugsweise wie folgt:

„...“

Frage 8

Die aktuelle Produktbeschreibung fordert eine Spezialsondennahrung zum Aufbau und zur Kräftigung der Darmmukosa mit löslichen Ballaststoffen, wobei auch unlösliche Ballaststoffe enthalten sein dürfen.

Wir bitten Sie um genauere Spezifikation der geforderten Mindestmenge an löslichen Ballaststoffen pro 100ml, da auch ‚Standardsondennahrungen‘ mit einer Ballaststoffmischung aus löslichen und unlöslichen Ballaststoffen angeboten werden könnten.

Antwort 8

UnterPosition 2.1 im Produktkatalog ist eine Spezialsondennahrung zum Aufbau und zur Kräftigung der Darmmukosa mit löslichen Ballaststoffen gefordert, wobei im Produkt auch nicht lösliche Ballaststoffe enthalten sein können. Eine genauere Spezifikation der zu enthaltenden löslichen Ballaststoffe pro 100 ml wird von den Auftraggebern nicht vorgegeben. Die Betonung der Eigenschaft des Produktes liegt hier lediglich in der Eignung zum ‚Aufbau und zur Kräftigung der Darmmukosa‘, wobei lösliche Ballaststoffe enthalten sein müssen und unlösliche Ballaststoffe enthalten sein können.

Frage 9

Sie beziehen sich auf ‚strenge gesetzliche Qualitätsvorgaben‘ sowie auf standardisierte (gesetzliche Qualitätsvorgaben‘.

Wir bitten und mitzuteilen, auf welche Vorgaben Sie sich konkret in Zusammenhang mit dem Ausschreibungsgegenstand beziehen.

Antwort 9

Hinsichtlich der gesetzlichen Qualitätsvorgaben für die zu liefernden Produkte wird auf die in Punk 3.3.1 der Ausschreibung zitierten Normen verwiesen. Darüber bestehen Qualitätsfestlegungen an mehreren ‚Stellen des Leistungsverzeichnisses.

...“

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 20. Juni 2011 versandte sie eine weitere Fragenbeantwortung an alle Bieter. Sie lautet auszugsweise wie folgt:

„In obigem Vergabeverfahren wurde eine weitere Frage an die ausschreibende Stelle gerichtet, die wie folgt beantwortet wird:

Frage 21

Zu Punkt 5 Nasensonden hat ein Bieter gefragt, ob und gegebenenfalls welche Abweichungen zu den Längenangaben der Positionen 5.13 bis 5.18 möglich sind.

Antwort 21

Nach Rücksprache und Erörterung dieser Frage mit den Auftraggebern halten die Auftraggeber fest, dass nicht beabsichtigt war, die Produkte einzelner Anbieter zu diskriminieren. Tatsächlich gibt es kein medizinisches oder technisches Erfordernis, die angegebenen Nasenlängen strikt einzuhalten.

Ergänzung

Aus diesem Grund wird die Ausschreibung in Position 5 hiermit mit folgendem Satz ergänzt:

„Abweichende Längen der in den Positionen 5.13 bis 5.18 angeführten Nasensondenlängen sind bis +/- 10 cm (in Worten: plus/minus zehn Zentimeter) zulässig.’

Die Bieter werden ersucht, diese Ausschreibungsberichtigung zur Kenntnis zu nehmen und bei ihrer Angebotslegung zu berücksichtigen.“

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

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

Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe von €955. (gegenständlicher Verfahrensakt)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Soweit Schriftstücke von der Antragstellerin vorgelegt wurden, spricht der Anschein für ihre Echtheit. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

3. Rechtliche Würdigung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG sind die Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB), die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA), die Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau (VAEB), die Versicherungsanstalt Öffentlich Bediensteter (BVA), die Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK), und die Krankenfürsorgeanstalt der Bediensteten der Stadt Wien (KFA). Es handelt sich bei allen Auftraggebern um Sozialversicherungsträger. Sie sind bundesgesetzlich eingerichtete Körperschaften öffentlichen Rechts. Sie sind als Selbstverwaltungskörperschaften voll rechtsfähig und unterliegen der Aufsicht des Bundes. Sie sind daher öffentliche Auftraggeber nach § 3 Abs 1 Z 2 BVergG, die nach Art 14b Abs 2 Z 1 lit d B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes und nach § 291 Abs 2 BVergG unter die Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten zur Nachprüfung von Vergabeverfahren fallen (st Rspr zB VfGH 28. 2. 2000, B 2184/98; 25. 3. 2002, B 457/02; 10. 1. 2003, B 14/03; VwGH 7. 11. 2005, 2003/04/0109; 21. 12. 2005, 2003/04/0048; 27. 6. 2007, 2005/04/0111; BVA 3. 6. 2005, 17N-50/05-15; 25. 4. 2006, N/0013-BVA/08/2006-73; 23. 1. 2008, N/0125-BVA/10/2007-026; 5. 8. 2008, F/0003-BVA/10/2008-42; 10. 6. 2011, N/0045-BVA/05/2011-EV6). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

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

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

3.2 Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

Die Antragstellerin besitzt bei Anfechtung der Ausschreibung auch ohne Abgabe eines Angebotes ausreichendes Interesse am Vertragsabschluss (EuGH 12. 2. 2004, Rs C-230/02, *Grossmann Air Service*, Slg 2004, I-1829, Rn 30). Ein Schaden droht in der Teilnahme an einem ihrer Ansicht nach vergaberechtswidrig geführten Vergabeverfahren, insbesondere der Angebotslegung auf Grundlage einer behauptet rechtswidrigen Ausschreibung (VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065). Die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG liegen daher vor.

Der Nachprüfungsantrag enthält alle in § 322 Abs 1 BVergG geforderten Inhalte. Ein Grund für seine Unzulässigkeit liegt nicht vor.

3.3 Inhaltliche Beurteilung – Spruchpunkt I.

Allgemeine Bestimmungen betreffend die Berechnung des geschätzten Auftragswertes

§ 13. (1) Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines öffentlichen Auftrages ist der Gesamtwert ohne Umsatzsteuer, der vom Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist. Bei dieser Berechnung ist der geschätzte Gesamtwert aller der zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen.

(2) ...

Berechnung des geschätzten Auftragswertes von Rahmenvereinbarungen und von dynamischen Beschaffungssystemen

§ 17. Der geschätzte Auftragswert einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems ist der für ihre gesamte Laufzeit geschätzte Gesamtwert aller auf Grund dieser Rahmenvereinbarung oder dieses dynamischen Beschaffungssystems voraussichtlich zu vergebenden Aufträge.

Grundsätze des Vergabeverfahrens

§ 19. (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

(2) ...

Arten der Verfahren zur Vergabe von Aufträgen

§ 25. (1) Die Vergabe von Aufträgen über Leistungen hat im Wege eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens, eines Verhandlungsverfahrens, einer Rahmenvereinbarung, eines dynamischen Beschaffungssystems, eines wettbewerblichen Dialoges oder einer Direktvergabe zu erfolgen.

(2) Beim offenen Verfahren wird eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmern öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert.

(3) ...

(7) Eine Rahmenvereinbarung ist eine Vereinbarung ohne Abnahmeverpflichtung zwischen einem oder mehreren Auftraggebern und einem oder mehreren Unternehmern, die zum Ziel hat, die Bedingungen für die Aufträge, die während eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den in Aussicht genommenen Preis und gegebenenfalls die in Aussicht genommene Menge. Auf Grund einer Rahmenvereinbarung wird nach Abgabe von Angeboten eine Leistung von einer Partei der Rahmenvereinbarung mit oder ohne erneuten Aufruf zum Wettbewerb bezogen.

Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit

§ 75. (1) Als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Abs. 1 Z 4 kann der Auftraggeber je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, der zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen die in Abs. 5 bis 7 angeführten Nachweise verlangen. Andere als die in den Abs. 5 bis 7 angeführten Nachweise darf der Auftraggeber nicht verlangen.

(2) ...

(5) Als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit können bei Lieferaufträgen verlangt werden:

1. eine Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Lieferungen;
2. eine Beschreibung der technischen Ausrüstung, der Maßnahmen des Unternehmers zur Qualitätssicherung und der Untersuchungs- und Forschungsmöglichkeiten des Unternehmers;
3. Angaben über die technischen Fachkräfte oder die technischen Stellen, unabhängig davon, ob diese dem Unternehmen angeschlossen sind oder nicht, und zwar insbesondere über diejenigen, die mit der Qualitätskontrolle beauftragt sind;
4. Muster, Beschreibungen und Fotografien der zu liefernden Erzeugnisse, deren Echtheit auf Verlangen des Auftraggebers nachweisbar sein muss;
5. Bescheinigungen, die von zuständigen Instituten oder amtlichen Stellen für Qualitätskontrolle ausgestellt wurden, mit denen bestätigt wird, dass die durch entsprechende Bezugnahmen genau bezeichneten Waren bestimmten Spezifikationen oder Normen entsprechen;
6. bei zu liefernden Waren komplexer Art oder bei zu liefernden Waren, die ausnahmsweise einem besonderen Zweck dienen sollen, eine Kontrolle, die vom Auftraggeber oder in dessen Namen von einer zuständigen amtlichen Stelle im Herkunftsland des Unternehmers durchgeführt wird. Diese Kontrolle betrifft die Produktionskapazitäten und erforderlichenfalls die Untersuchungs- und Forschungsmöglichkeiten des Unternehmers sowie die von diesem für die Qualitätskontrolle getroffenen Vorkehrungen;
7. bei Lieferaufträgen, für die Verlege- oder Montagearbeiten erforderlich sind, die Bescheinigung, dass der Unternehmer auch die für Verlege- oder Montagearbeiten erforderliche berufliche Befähigung, Fachkunde und Erfahrung besitzt.

(6) ...

Grundsätze der Ausschreibung

§ 78. (1) ...

(3) Die Ausschreibungsunterlagen sind so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und – sofern nicht eine funktionale Leistungsbeschreibung gemäß § 95 Abs. 3 erfolgt - ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können.

(4) ...

Inhalt der Ausschreibungsunterlagen

§ 79. (1) ...

(3) In der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen ist anzugeben, ob der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder – sofern der Qualitätsstandard der Leistung in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig definiert ist – dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll. Soll der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden, so hat der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben. Diese Angabe kann auch im Wege der Festlegung einer Marge, deren größte Bandbreite angemessen sein muss, erfolgen. Ist die Festlegung der Zuschlagskriterien im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung aus nachvollziehbaren Gründen nach Ansicht des Auftraggebers nicht möglich, so hat der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben. Sofern in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen keine Festlegung betreffend das Zuschlagsprinzip erfolgt, ist der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen.

(4) ...

Grundsätze der Leistungsbeschreibung

§ 96. (1) Die Leistungen sind bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung so eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist. Eine konstruktive Leistungsbeschreibung hat technische Spezifikationen zu enthalten und ist erforderlichenfalls durch Pläne, Zeichnungen, Modelle, Proben, Muster und dergleichen zu ergänzen.

(2) ...

(6) In der Beschreibung der Leistung und der Aufgabenstellung sind alle Umstände anzuführen (zB örtliche oder zeitliche Umstände oder besondere Anforderungen hinsichtlich der Art und Weise der Leistungserbringung), die für die Ausführung der Leistung und damit für die Erstellung des Angebotes von Bedeutung sind. Dies gilt ebenso für besondere Erschwernisse oder Erleichterungen.

Abschluss von Rahmenvereinbarungen

§ 151. (1) ...

(5) Das Instrument der Rahmenvereinbarung darf nicht missbräuchlich oder in einer Weise angewendet werden, durch die der Wettbewerb behindert, eingeschränkt oder verfälscht wird.

(6) Die Laufzeit einer Rahmenvereinbarung darf drei Jahre nicht überschreiten. Sofern dies ausnahmsweise, insbesondere auf Grund des Gegenstandes der Rahmenvereinbarung, sachlich gerechtfertigt werden kann, darf eine maximale Laufzeit von fünf Jahren vorgesehen werden. Die dafür ausschlaggebenden Gründe sind festzuhalten.

(7) ...

Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers

§ 325. (1) Das Bundesvergabeamt hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn

1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs. 1 Z 5 geltenden gemachten Recht verletzt, und
2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

(2)...

Vorauszuschicken ist, dass eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Auch wenn sie ein konkretes Mengengerüst enthalten muss, um kalkulierbar zu sein (UVS Steiermark 3. 5. 2004, 44.15-2/2004; BVA 13. 4. 2006, N/0009-BVA/06/2006-38), ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, überhaupt Leistungen daraus abzurufen (*Schiefer/Wiedmair in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht*³ [2010] Rz 861). Er ist nicht gehindert, daneben weitere Vergabeverfahren zur Deckung desselben

Bedarfs zu führen (*Zellhofer/Hornbanger* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG² [2009] § 150 Rz 8).

Weiters ist darauf hinzuweisen, dass es grundsätzlich Sache des Auftraggebers ist, den Leistungsgenstand festzulegen. Einerseits kann ein Bieter nicht verlangen, dass der Auftraggeber seinen Bedarf und damit den Gegenstand des Vergabeverfahrens nach der Produktpalette und den Vorstellungen des Bieters festlegt (VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0104). Andererseits hat der Auftraggeber dabei die Grundsätze des Vergabeverfahrens zu beachten.

3.3.1 Zur Wahl des Billigstbieterprinzips

Das Billigstbieterprinzip besteht gemäß § 79 Abs 3 BVergG darin, dass der Zuschlag jenem Angebot erteilt wird, das den niedrigsten Preis hat. Dieser Preis darf sich ausschließlich auf die zu erbringende Leistung beziehen (VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0104).

Diese Vorgabe erfüllt die Ausschreibung, da nach Punkt 3.5 des Leistungsverzeichnisses zur Bildung des bewertungsrelevanten Preises lediglich die Summe der Positionspreise addiert wird. Im Leistungsverzeichnis sind ausschließlich die zu liefernden Waren genannt. Dieser Preis wird bewertet, indem das Angebot mit dem niedrigsten Preis den Zuschlag erhalten soll.

Die Wahl des Billigstbieterprinzips setzt jedoch gemäß § 79 Abs 3 BVergG auch voraus, dass der Qualitätsstandard der Leistung klar und eindeutig definiert ist. Dabei handelt es sich um einen Mindeststandard. Dieser muss so klar und eindeutig definiert sein, dass seine Einhaltung leicht geprüft werden kann und er die Produkte damit vergleichbar macht. Die Übererfüllung des Mindeststandards muss jedoch nicht bewertet werden (VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0104).

Die Antragstellerin behauptet nun, dass der Qualitätsstandard der Leistung in Punkt 3.3.1 des Leistungsverzeichnisses nicht klar und eindeutig definiert sei, weil der Verweis auf gesetzliche Vorgaben nicht ausreicht.

Es ist zwar grundsätzlich Sache des Auftraggebers, den Qualitätsstandard zu definieren. Er muss dabei nicht auf unterschiedliche Niveaus am Markt Rücksicht nehmen und eine Bessererfüllung gesondert bewerten. Es genügt, wenn er einen Mindeststandard festlegt (VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0104). Diese Festlegung muss jedoch klar und eindeutig sein.

Der Auftraggeber bringt vor, dass es sich bei Trink- und Sondennahrung um Lebensmittel handelt. Das Lebensmittelgesetz sei anwendbar. Dem ist zu entgegen, dass das Lebensmittelgesetz 1975 gemäß § 75 Abs 6 Z 1 Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz – LMSVG, BGBl I 13/2006 idgF im Wesentlichen aufgehoben und durch das LMSVG ersetzt wurde. Dieses enthält nur sehr allgemein gehaltene Grundanforderungen an Lebensmittel und ihre Kennzeichnung, Beschriftung und Aufmachung und definiert in seinem § 3 Z 3 diätetische Lebensmittel als Lebensmittel, die für eine besondere Ernährung bestimmt sind und die sich auf Grund ihrer besonderen Zusammensetzung oder des besonderen Verfahrens ihrer Herstellung deutlich von den Lebensmitteln des allgemeinen Verzehrs unterscheiden, die sich für den angegebenen Ernährungszweck eignen und mit dem Hinweis darauf in Verkehr gebracht werden, dass sie für diesen Zweck geeignet sind. Eine besondere Ernährung muss den besonderen Ernährungserfordernissen bestimmter Gruppen von Personen, deren Verdauungs- bzw. Resorptionsprozess oder Stoffwechsel gestört ist, oder bestimmter Gruppen von Personen, die sich in besonderen physiologischen Umständen befinden und deshalb einen besonderen Nutzen aus der kontrollierten Aufnahme bestimmter in der Nahrung enthaltener Stoffe ziehen können, oder gesunder Säuglinge oder Kleinkinder entsprechen. Alle Erzeugnisse außer den letztgenannten dürfen durch das Wort „diätetisch“ gekennzeichnet werden. § 8 Abs 1 LMSVG sieht eine Meldung vor Inverkehrbringen unter Vorlage eines Musters vor. Daran ist allerdings lediglich die Möglichkeit der Untersagung des Inverkehrbringens, nicht jedoch eine Genehmigung oder Zulassung geknüpft.

Weiters muss es sich nach Punkt 3.3.1 des Leistungsverzeichnisses um zugelassene FSMP gekennzeichnete Ernährungssubstrate oder CE-gekennzeichnete Medizinprodukte handeln.

Für diätetische Lebensmittel gilt die Verordnung über diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke, BGBl II 415/2000 idgF. Sie setzt die Richtlinie 1999/21/EG der Kommission vom 25. März 1999 über diätetische Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke, ABI L 91 vom 7. 4. 1999, S 29, idgF um. Die FSMP-Kennzeichnung findet sich in §§ 4 und 5 der Verordnung. Sie bedeutet, dass es als diätisches Lebensmittel zu kennzeichnen ist und Angaben über bestimmte Inhaltsstoffe, Anwendungszwecke und Vorschriften für die Anwendung auf der Verpackung anzubringen sind. Diese Kennzeichnung erfolgt durch den Hersteller auf eigene Verantwortung. Auch wenn eine Meldepflicht besteht, ist die einzige Sanktion – wie bei allen Lebensmitteln – die Untersagung des Inverkehrbringens. Im Anhang legt sie Werte für Vitamine und Mineralstoffe fest. Über andere Merkmale, die in der Ausschreibung zur Spezifikation der Produkte gefordert sind wie lösliche und unlösliche Ballaststoffe, Fette, Eiweißgehalt oder Kohlehydratgehalt, trifft sie keine Aussage und legt keine Grenzwerte fest. Dies entspricht der Intention der zitierten Richtlinie. Sie verweist in ihrer Begründungserwägung 3 darauf, dass es angesichts des breiten Spektrums an diesen Lebensmitteln sowie der Tatsache, dass die wissenschaftlichen Erkenntnisse, die ihnen zugrunde liegen, sich rasch weiterentwickeln, es nicht angezeigt ist, detaillierte Vorschriften für die Zusammensetzung festzulegen. Nach ihrer Begründungserwägung 4 können gleichwohl für Erzeugnisse, die als diätetisch vollständig zur Deckung des besonderen Ernährungsbedarfs der Benutzergruppe gelten, einige grundlegende Vorschriften über den Vitamin- und Mineralstoffgehalt festgelegt werden; entsprechende Vorschriften für diätetisch nicht vollständige Lebensmittel können, wo dies angezeigt ist, nur bezüglich der Höchstmengen dieser Stoffe erlassen werden. Die Richtlinie enthält neben allgemein gehaltenen Anforderungen an diätetische Lebensmittel nur Kennzeichnungs- und Überwachungsvorschriften sowie in ihrem Anhang die Höchstwerte für Vitamine und Mineralstoffe. Diese Regelungen legen zusammengefasst fest, wofür diätetische Lebensmittel gedacht sind, welche Höchstwerte für Vitamine und Mineralstoffe gelten, wie sie zu kennzeichnen sind und welche Überwachungsmaßnahmen der Staat zu ergreifen hat.

Die CE-Kennzeichnung betrifft nur Medizinprodukte. Für diese stellt die Kennzeichnung die Übereinstimmung mit der Medizinprodukterichtlinie, Richtlinie 93/42/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über Medizinprodukte, ABI L 169 vom

12. 7. 1993, S 1, idgF sicher und ist ein tauglicher Mindeststandard (EuGH 14. 6. 2007, Rs C-6/05, *Medipac-Kazantzidis*, Slg 2007, I-4.557, Rn 41 f). Diese Kennzeichnung trifft jedoch nur einen kleinen Teil der anzubietenden Produkte.

Die im Leistungsverzeichnis verwendeten Bezeichnungen wie „kalorienarm“ oder „ballaststoffreich“ sind nirgendwo definiert. Sie eröffnen eine – auch von den Auftraggebern gewünschte – Bandbreite an möglichen Quantitäten von Inhaltsstoffen und erlauben eine Vielzahl verschiedener Produkte. Weiters sind die Produkte in manchen Positionen wie 2.4 „bei Decubitus“ oder 2.6 „bei Nierenerkrankung“ nur durch ihren Anwendungszweck bezeichnet. Da es dafür weder eine allgemeine rechtliche Definition noch eine Festlegung in der Ausschreibung gibt, obliegt die Spezifikation dem Hersteller. Da jedoch die Ausschreibung keine detaillierteren Festlegungen enthält, ist unklar, woran die angebotenen Produkte auf die Erfüllung der Ausschreibung gemessen werden. Dadurch ist die Leistung nicht eindeutig spezifiziert. Die Vergleichbarkeit der Produkte ist nicht sichergestellt.

Da der Mindeststandard für die zu erbringende Leistung fehlt, ist auch die Wahl des Billigstbieterprinzips gemäß § 79 Abs 3 BVergG unzulässig.

3.3.3.2 Kalkulierbarkeit des Angebots

Die Antragstellerin bemängelt, dass die Vorgaben der Ausschreibung das Angebot unkalkulierbar machen. Die Auftraggeber bringen vor, dass die Angaben in der Ausschreibung eine Kalkulation erlauben.

Bei der Schulung der Anspruchsberechtigten haben die Auftraggeber alle ihr zur Verfügung stehenden Zahlen, das sind die Zahlen aus dem Jahr 2010, in Punkt 3.3.2 zur Verfügung gestellt. Bei der ausgeschriebenen Leistung handelt es sich um Leistungen zur Versorgung von Kranken. Ihre genaue Zahl kann im Vorhinein denkunmöglich prognostiziert werden. Die Prognose des zu erwartenden Bedarfs kann nur auf Grundlage der Erfahrungswerte der Vergangenheit erfolgen und enthält zwangsläufig gewisse Unschärfen. Bei der Schulung gemäß Punkt 3.3.2 des Leistungsverzeichnisses ist aber davon auszugehen, dass die Antragstellerin eine Schulung verbunden mit einer Auswahl der anzuwendenden Produkte angenommen

hat. Aus der Ausschreibung ergibt sich jedoch, dass die Schulung nur die Handhabung von Sonden und anderen Applikatoren verbunden mit hygienischen Maßnahmen umfassen soll. Sie ist daher weit weniger umfangreich als von der Antragstellerin angenommen. Allerdings ist es Aufgabe der Auftraggeber, den Umfang der Leistung festzulegen. Dass die Anzahl der vorzunehmenden Schulungen anhand der Erfahrungswerte der Vergangenheit prognostiziert wird, kann den Auftraggebern nicht zum Vorwurf gemacht werden. Schließlich kann von den Bietern bei annähernd genauer Angabe über die zu erbringenden Schulungs- und Betreuungsleistungen verlangt werden, diese nicht in einer gesonderten Position sondern als Aufschlag auf alle Leistungspositionen zu kalkulieren.

Die Anzahl der Ernährungspumpen in Punkt 3.3.2 des Leistungsverzeichnisses sagt bloß, wieviele Personen zu einem bestimmten Zeitpunkt eine Ernährungspumpe verwendet haben. Sie trifft keine Anzahl über die Dauer der Verwendung. Da jedoch Ernährungspumpen sieben bis zehn Jahre verwendbar sind, können sie bei mehreren Patienten zum Einsatz kommen, wenn sie diese nicht das ganze Jahr über benötigen. Da die Zahlen nicht erkennen lassen, wieviele Ernährungspumpen benötigt werden, ist das Angebot in diesem Teil nicht kalkulierbar.

Die Kalkulation der Zustellung der Produkte an die Anspruchsberechtigten soll nach Punkt 3.3.3 des Leistungsverzeichnisses ebenfalls als Aufschlag auf die zu liefernden Produkte erfolgen. Grundsätzlich ist diese Vorgangsweise nicht zu beanstanden. Sie setzt aber voraus, dass die Zahl und räumliche Verteilung der Zustellungen hinlänglich genau bekannt gegeben wird. Die Auftraggeber haben dazu die Tabellen in Punkt 3.2. über die Zahl der Empfänger von Lieferungen insgesamt und im Anhang der Ausschreibung mit der Anzahl der Zustellungen von Trink- und Sondennahrung gegliedert nach Postleitzahlen zur Verfügung gestellt. Diese Tabellen sind die Häufigkeit der Zustellungen im Jahr 2010. Sie geben aber nur Auskunft darüber, wie vielen Personen an welcher Postleitzahl im Jahr 2010 zumindest einmal zugestellt wurde. Über die Häufigkeit der Zustellung treffen sie keine Aussage. Diese wäre jedoch zur Kalkulation der Logistik erforderlich, weil es zweifellos einen Unterschied macht, ob an einer Postleitzahl ein-, zwei-, dreimal oder öfter zugestellt werden muss. Es handelt sich um eine Besonderheit der Erbringung der Leistung gemäß § 96 Abs 6 BVergG, die in der Ausschreibung anzugeben gewesen wären.

Ein Bieter kann daher nur von eigenen Annahmen für die Kalkulation der Lieferleistungen ausgehen, was aber zwangsläufig dazu führt, dass die von den Grundsätzen des Vergabeverfahrens gemäß § 19 Abs 1 BVergG verlangte Vergleichbarkeit der Angebote nicht erreicht werden kann. Der Ausschreibung fehlt daher für die Zustellungen das gemäß § 78 Abs 3 BVergG erforderliche Mengengerüst.

3.3.3 Logistikkonzept

Punkt 3.3.3 des Leistungsverzeichnisses legt fest, dass das Logistikkonzept im Zuge der Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit geprüft werden soll.

Dazu ist anzumerken, dass die technische Leistungsfähigkeit durch die Nachweise in § 75 Abs 5 BVergG nachzuweisen wäre. Ein Logistikkonzept gehört nicht dazu. Es umfasst die Überlegungen, wie der Bieter die Bereithaltung der zu liefernden Produkte, die Entgegennahme von Bestellungen und die Sicherstellstellung der Lieferung an den Bestimmungsort innerhalb der geforderten Zeit bewerkstelligen will. Es gehört zweifellos zur Erbringung der Leistung, zumal die Zustellung der bestellten Produkte innerhalb des definierten und auch pönalisierten Leistungszeitraums einen wesentlichen Teil der Leistung darstellt. Nicht nur der Inhalt des Logistikkonzepts, sondern auch seine Einordnung in Punkt 3.3.3 des Leistungsverzeichnisses sprechen dafür. Die Fähigkeit und die technischen Mittel, die Lieferungen in der ausgeschriebenen Art abzuwickeln, sind zwar Teil der technischen Leistungsfähigkeit und auch in diesem Zusammenhang zu prüfen; die Art und Weise der Organisation der Leistungserbringung ist aber Teil der im Zuge des Auftrags zu erbringenden Leistung.

Die Festlegung, dass das in Punkt 3.3.3 des Leistungsverzeichnisses geforderte Logistikkonzept im Zuge der Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit geprüft werden soll, widerspricht daher § 75 iVm § 96 Abs 1 BVergG.

3.3.4 Dauer der Rahmenvereinbarung

Die Rahmenvereinbarung soll nach Punkt 2.1.1 der Vertragsbestimmungen für die Dauer von drei Jahren abgeschlossen werden. Diese Festlegung entspricht § 151 Abs 6 BVergG.

Gemäß Punkt 2.3 der Vertragsbestimmungen können die Auftraggeber die Laufzeit der Rahmenvereinbarung zweimal um je ein Jahr verlängern. Diese Option ist nur daran geknüpft, dass ihre Ausübung drei Monate vor Beginn des optionalen Zeitraums erfolgen muss. Im Ergebnis kann damit eine Laufzeit der Rahmenvereinbarung von fünf Jahren erzielt werden.

Gemäß § 151 Abs 6 BVergG darf eine Rahmenvereinbarung nur ausnahmsweise und bei Vorliegen sachlicher Gründe für einen Zeitraum von bis zu fünf Jahren abgeschlossen werden. Das Gesetz verlangt, dass der Gegenstand der Rahmenvereinbarung diese Ausnahme rechtfertigen muss. Die dafür maßgeblichen Gründe sind festzuhalten.

Der Umfang einer Rahmenvereinbarung muss – wie bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes gemäß § 17 BVergG darauf abstellen, welche Leistungen voraussichtlich vergeben werden. Die erläuternden Bemerkungen verlangt die Einbeziehung des geschätzten Gesamtwertes aller aus der Rahmenvereinbarung zu vergebenden Leistungen (RV 1171 BlgNR XXII. GP 37). Als allgemeine Regel verlangt § 13 Abs 1 BVergG die Einrechnung der Option. Auch wenn sich diese Bestimmungen auf die Berechnung des geschätzten Auftragswertes beziehen, liefern sie den Hinweis darauf, dass bei der Beurteilung eines ausgeschriebenen Vertrags dieser mit seinem größtmöglichen Umfang zugrunde zu legen und damit die Option einzubeziehen ist (VwGH 26. 4. 2007, 2005/04/0189, VwSlg 17.186 A/2007).

Umgelegt auf die ausgeschriebene Option ist davon auszugehen, dass die Rahmenvereinbarung mit einer Maximaldauer von fünf Jahren ausgeschrieben ist. Eine solche Dauer ist jedoch nur ausnahmsweise zulässig. Hinsichtlich der Handhabung von Ausnahmen ist auf die allgemeinen Regeln zu verweisen, dass

Ausnahmen restriktiv anzuwenden sind und sich derjenige, der sich auf das Vorliegen der Voraussetzungen für die Ausnahme beruft, diese beweisen muss (zB EuGH 15. 10. 2009, Rs C-275/08, *Kommission/Deutschland*, Slg 2009, I-168, Rn 55 mwN; BVA 24. 8. 2010, N/0056-BVA/14/2010-25).

Zum Einen enthält die vorliegende Ausschreibung keinen Grund, warum die Rahmenvereinbarung länger als drei Jahre in Anspruch genommen werden soll, zumal die Ausübung der Option weder an weitere Voraussetzungen geknüpft ist noch die Ausschreibung einer Begründung für die längere Laufzeit enthält. Weitere Gründe sind dem Bundesvergabeamt auch nicht bekannt. Schließlich verhindert eine längere Dauer der Rahmenvereinbarung auch, dass ein neuerlicher Wettbewerb stattfindet und führt dazu, dass die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen dem Markt entgegen § 151 Abs 5 BVergG entzogen werden. Die maximale Dauer der Rahmenvereinbarung widerspricht daher § 151 Abs 6 BVergG.

3.3.5 Nichtigklärung

Wie oben dargelegt, widerspricht die Ausschreibung in einigen Festlegungen den Bestimmungen des BVergG. Die Nichtigklärung von Entscheidungen des Auftraggebers kommt nur dann in Frage, wenn sie einen wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens haben (VwGH 30. 11. 2006, 2005/04/0067, VwSlg 17.071 A/2006). Insbesondere die Wahl des Zuschlagsprinzips ist für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, zumal sie bestimmt, welchem Angebot der Zuschlag erteilt werden soll (VwGH 1. 3. 2005, 2002/04/0125; BVA 12. 12. 2008, N/0140-BVA/07/2008-23). Ebenso beeinflussen die Festlegungen über die technische Leistungsfähigkeit die Auswahl der Bieter, deren Angebote für den Zuschlag in Betracht kommen (BVA 14. 3. 2008, N/0014-BVA/09/2008-28). Schließlich ist das Mengengerüst eine wesentliche Voraussetzung für die Erstellung der Angebote. Aus all diesen Gründen ist die Ausschreibung gemäß § 325 Abs 1 BVergG insgesamt für nichtig zu erklären, weil sich bei Nichtigklärung der als rechtswidrig erkannten Teile der Ausschreibung kein Angebot erstellen lässt, die Angebote nicht verglichen werden können und kein Angebot für den Zuschlag ermittelt werden kann (VwGH 22. 4. 2010, 2008/04/0077; BVA 23. 4. 2004, 17F-13/03-11).

Auf die übrigen behaupteten Rechtswidrigkeiten ist angesichts dieses Ergebnisses nicht mehr einzugehen.

Da dem Hauptantrag stattgegeben wurde, ist auf die Eventualanträge nicht weiter einzugehen.

3.4 Ersatz der Pauschalgebühr

Die einschlägigen Bestimmungen des BVergG lauten:

Gebührenersatz

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

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

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

(3) ...

Die Antragstellerin schuldet gemäß § 318 Abs 1 Z 1 und 4 BVergG iVm § 2 Abs 1 BVA-GebV 2010 Pauschalgebühren in der Höhe von insgesamt € 627, nämlich € 415 für den Nachprüfungsantrag und € 208 für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Sie bezahlte € 955 an Pauschalgebühren. Der zu viel bezahlte Betrag wird zurück überwiesen werden. Der Ersatz der Pauschalgebühr kommt nur im geschuldeten Ausmaß in Frage (BVA 10. 9. 2009, N/0068-BVA/10/2009-13).

Das Bundesvergabeamt erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Die Antragstellerin hat mit ihrem Nachprüfungsantrag zumindest teilweise obsiegt, da das Bundesvergabeamt dem Nachprüfungsantrag stattgab. Die Auftraggeberinnen sind daher verpflichtet, die geschuldete Pauschalgebühr zu ersetzen.

Wien, am 15. Juli 2011
Der Vorsitzende des Senates 10
Mag. Hubert Reisner