



N/0117-BVA/03/2011-8

Betreff: Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren „Lieferung saugender Inkontinenzartikel“; **einstweilige Verfügung**

B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006, idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 3, Dr. Sybill Andrea Böck, im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren „Lieferung saugender Inkontinenzartikel“ der Auftraggeberin Steiermärkische Gebietskrankenkasse, Josef Pongratz-Platz 1, Postfach 900, 8010 Graz, vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH, eingeleitet über Antrag der A***, , vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 vom 28. November 2011, wie folgt entschieden:

S p r u c h

Dem Antrag „auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, in welcher der Lauf der Frist zur Abgabe von Angeboten ausgesetzt wird, in eventu der Auftraggeberin untersagt wird, die im gegenständlichen Vergabeverfahren eingelangten Angebote zu öffnen“, wird **stattgegeben**.

Im Vergabeverfahren „Lieferung saugender Inkontinenzartikel“ wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens der Lauf der Frist zur Abgabe von Angeboten ausgesetzt sowie der Auftraggeberin, Gebietskrankenkasse Steiermark, Josef-Pongratz-Platz 1,

Postfach 900, 8010 Graz, vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH, untersagt, die eingelangten Angebote zu öffnen.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1, 329 Abs 1, 2 und 3 BVergG

Begründung

Die Antragstellerin stellte am 28.11.2011 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren Anträge auf Nichtigerklärung der Ausschreibung, auf Gebührenersatz und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

1. Vorbringen der Parteien

Die Antragstellerin brachte im Wesentlichen vor, die Ausschreibung sei rechtswidrig, da diese zum einen in zahlreichen Punkten unklare bzw unvollständige Angaben über den Leistungsumfang enthalte, wodurch den Bietern unkalkulierbare Risiken bei der Preisbildung auferlegt würden und darüber hinaus eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht sichergestellt sei, da die Bieter zu Kalkulationszwecken fehlende Angaben durch eigene Schätzungen und Vermutungen durchführen müssten.

Ergänzend führte die Antragstellerin aus, ihr sei auf Anfrage bei der in der Bekanntmachung genannten Stelle die Ausschreibungsunterlagen übermittelt worden. Mit Schreiben vom 21.11.2011 habe die Antragstellerin die Auftraggeberin um Beantwortung von Fragen zu einer Reihe von Unklarheiten in den Ausschreibungsunterlagen und um die Beseitigung von Rechtswidrigkeiten in den Ausschreibungsunterlagen ersucht. Am 23.11.2011 habe die Auftraggeberin unter anderem eine "2. Fragebeantwortung" übermittelt, mit der jedoch weder die aufgezeigten Unklarheiten noch die beanstandeten Rechtswidrigkeiten beseitigt worden seien.

Die gegenständliche Ausschreibung enthalte in einer Vielzahl von Punkten unklare bzw unvollständige Angaben über den Leistungsumfang. Dadurch würden den Bietern unkalkulierbare Risiken bei der Preisbildung auferlegt. Darüber hinaus sei durch

die vorliegende Ausschreibung die Vergleichbarkeit der Angebote nicht sichergestellt. Die Bieter müssten zu Kalkulationszwecken fehlende Angaben der Auftraggeberin durch eigene Schätzungen und Vermutungen substituieren. Naturgemäß würden diese je Bieter unterschiedlich sein, weshalb in weiterer Folge die Angebote - die dann jeweils von einem unterschiedlichen Leistungsumfang und -inhalt ausgehen würden - nicht vergleichbar seien. Die Bieter würden das Risiko tragen, dass ihre Schätzungen und Vermutungen unzutreffend seien, was zu einem erheblichen Kalkulationsrisiko führe, das durch entsprechende Angaben in der Ausschreibung oder durch eine entsprechende Vertragsgestaltung vermeidbar wäre.

Da das Fehlen konkreter Angaben und die daraus resultierende Rechtswidrigkeit nicht durch Nichtigerklärung einzelner Festlegungen der Ausschreibung beseitigt werden könne, sei aus den nachfolgend angeführten Gründen die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären.

Unklare bzw unvollständige Angaben über Anzahl der Anspruchsberechtigten und der Einzel-Lieferungen

Zum Umfang des Auftragsgegenstandes im Hinblick auf die Anzahl der zu beliefernden Anspruchsberechtigten (von der Auftraggeberin mit 18.462 angegeben; vgl Punkt 1.4.2 der Ausschreibung) sowie die Anzahl der Einzel-Lieferungen (von der Auftraggeberin mit 52.700 angegeben; vgl Punkt 4.5 der Ausschreibung) sei zunächst darauf hinzuweisen, dass es sich dabei - wie die Auftraggeberin selbst zugestehe - um einen geschätzten Jahresbedarf, basierend auf den zum Zeitpunkt des Vergabeverfahrens aktuell benötigten Mengen handle, wobei ein berücksichtigter Lieferzeitraum von August 2010 bis Juli 2011 angegeben werde (vgl Punkt 4.5 der Ausschreibung). Damit sei aber klar, dass es sich bei diesen Zahlen nur um eine sehr grobe Schätzung handle, die hinsichtlich ihrer Verlässlichkeit insofern eingeschränkt sei, als ein vergleichsweise kurzer Betrachtungszeitraum von nur einem Jahr zu Grunde gelegt werde. Schon daraus ergebe sich, dass diesen Angaben die nötige statistische Signifikanz fehle. Hinsichtlich der zu versorgenden Anspruchsberechtigten habe die Auftraggeberin auf Nachfrage der Antragstellerin in der 2. Fragebeantwortung (Frage 25) zwar insofern den Versuch einer Klarstellung getroffen, als sie die vom Auftragnehmer zu beliefernde Anzahl der Anspruchsberechtigten mit \pm

2% der angegebenen 18.462 Personen begrenzt habe. Unklar bleibe damit aber weiterhin, von wem Anspruchsberechtigte beliefert würden, wenn diese Grenze überschritten werde bzw. was gelten soll, wenn diese Grenze unterschritten werde (in welcher Form erfolgt die Verrechnung?).

Welche vertraglichen Konsequenzen würde es haben, wenn der Auftragnehmer bei Bestellungen, die über diesen „Toleranzbereich“ hinausgehen würden, eine Belieferung tatsächlich verweigern würde; das gelte umso mehr, als nicht sichergestellt sei, dass im Überschreitungsfall unstrittig wäre, welcher konkrete Anspruchsberechtigte bei Bestellungen für mehrere Anspruchsberechtigte noch zu beliefern wäre und welcher nicht mehr beliefert werden müsste. Aufgrund der drastischen Konsequenzen einer vertragswidrigen Nichtbelieferung bliebe einem Auftragnehmer in einem solchen Fall aus kaufmännischer Vorsicht wohl nichts anderes übrig, als erst recht wieder alle Bestellungen zu bedienen, sodass diese „Festlegung“ ohne die dazu erforderlichen vertraglichen Begleitregelungen - die aber fehlen - im Endeffekt keine Konkretisierung darstelle. Hinsichtlich der Anzahl der zu erwartenden Einzel-Lieferungen sei nicht einmal ein solcher Versuch einer Klarstellung und Eingrenzung durch die Auftraggeberin erfolgt. Damit würden die Bieter in die Situation versetzt, aufgrund einer offenkundig unzuverlässigen (weil nur einen kurzen Betrachtungszeitraum berücksichtigenden) Schätzung der Auftraggeberin der zu erwartenden Einzel-Lieferungen Angebotspreise kalkulieren zu müssen. Das Risiko, dass die "zu erwartende" Anzahl der Lieferungen (allenfalls auch massiv) über- oder unterschritten werde, werde dabei ausschließlich auf die Bieter überwälzt. Eine - wie hinsichtlich der Anzahl der zu versorgenden Anspruchsberechtigten vorgenommene - Einschränkung des Auftragsumfangs auf eine gewisse Bandbreite von Abweichungen erfolge nicht. Auch werde den Bietern nicht die Möglichkeit eingeräumt, ab einem bestimmten Ausmaß der Überschreitung zusätzliche Kosten verrechnen zu können. In keiner Weise werde das Risiko der Über- oder Unterschreitung der in Aussicht gestellten Anzahl von Einzel-Lieferungen durch die Auftraggeberin beschränkt. Aus Sicht der Bieter erweise sich damit aber der Angebotspreis aufgrund der - offenkundig unzuverlässigen - Schätzungen in der Ausschreibung als unkalkulierbar. Dabei wirke sich aufgrund der zu erwartenden hohen Logistikkosten diese Unklarheit besonders auf die mangelnde Kalkulierbarkeit der Angebote aus. Verschärft werde diese Problema-

tik durch die unbekanntes Aufenthaltsorte der in "Restösterreich" zu versorgenden Anspruchsberechtigten. Der Ausschreibungsunterlage sei zu entnehmen, dass der Auftragnehmer 74 Anspruchsberechtigte zu versorgen habe, die nicht in der Steiermark ansässig seien. Darüber, wo genau sich diese Personen befänden, lasse die Auftraggeberin die Bieter im Unklaren. Dabei mache es aus kalkulatorischen Gründen sehr wohl einen Unterschied, in welchem Gebiet von "Restösterreich" diese Personen ansässig seien. Für die Konzeptionierung und Risikobewertung mache es im Hinblick auf die geforderte hohe Servicequalität bei der Zustellung einen beträchtlichen Unterschied, ob einzelne Anspruchsberechtigte in „Restösterreich“ in räumlicher Nähe zum Versorgungs(kern)gebiet zu beliefern seien oder etwa im kleinen Walsertal, Osttirol oder Vorarlberg. Auch damit übertrage die Auftraggeberin ein unkalkulierbares Risiko auf die Bieter. Die in der Ausschreibung getroffenen Vorgaben entsprechen somit nicht den Anforderungen des BVerG, insbesondere des § 78 Abs 3 BVerG. Die Ausschreibung sei bereits aus diesem Grund für nichtig zu erklären.

Unklare bzw unvollständige Vorgaben hinsichtlich der "Rücknahmeverpflichtung"

In Punkt 4.7.9 der Ausschreibung sei vorgesehen, dass der Auftragnehmer bei Ableben eines Anspruchsberechtigten oder wenn bereits gelieferte vertragsgegenständliche Produkte aus einem anderen Grund vom Anspruchsberechtigten nicht mehr benötigt würden, die originalverpackten Versandeinheiten zurückzunehmen und der Auftraggeberin den Kaufpreis in voller Höhe gutzuschreiben habe. Zu dieser dem Auftragnehmer auferlegten Verpflichtung gebe es in der Ausschreibung keine nähere Angaben. Insbesondere gebe die Auftraggeberin nicht an, wie häufig eine derartige Rücknahmeverpflichtung schlagend werden würde. Dies sei jedoch insbesondere für die einzupreisenden Liefer- und Logistikkosten relevant. Der Auftragnehmer habe die nicht mehr benötigten Produkte abzuholen und müsse sie dahingehend prüfen, ob sie noch "originalverpackt" und daher weiterverwendbar seien. Durch das Fehlen von Angaben hinsichtlich der Häufigkeit solcher Rücknahmen werde den Bieter bei ihrer Angebotserstellung ein unkalkulierbares Risiko überbürdet. Auch aus diesem Grund erweise sich die vorliegende Ausschreibung als rechtswidrig, weshalb sie für nichtig zu erklären sei.

Vor allem aber seien die zurückzunehmenden Lieferungen für den Auftragnehmer in aller Regel nicht mehr weiterverwendbar. Zu Recht fordere die Auftraggeberin in ihrer Ausschreibung, dass die sachgerechte Lagerung und Lieferung der vertragsgegenständlichen Produkte nachgewiesen werden müsse; das würde auch von anderen Kunden verlangt. Nun könne der Auftragnehmer diesen Nachweis aber bei zurückgenommenen Produkten naturgemäß nicht mehr erbringen. Daran ändere auch der mit Beantwortung der Frage 36 im Zuge der 2. Fragebeantwortung vom Auftraggeber unternommene „Reparaturversuch“ hinsichtlich der diesbezüglichen Festlegung nichts: die Auftraggeberin vermeine, das Problem mit einer Einschränkung der Rücknahmeverpflichtung auf „originalverpackte“ Ware, die „nicht augenscheinlich unsachlich gelagert wurde“ gelöst zu haben. Dies sei aber unzutreffend, zumal der Umstand, dass die Originalverpackung nicht geöffnet würde, nichts darüber aussagt, ob die Ware (in der Originalverpackung) sachgerecht gelagert werde; eben so wenig lasse sich eine unsachliche Lagerung mit hinreichender Sicherheit nach dem Maßstab der äußeren „Augenscheinlichkeit“ beurteilen. Ob die Ware schädlichen Temperatur- oder Feuchtigkeitseinflüssen ausgesetzt gewesen sei, werde sich nicht mit hinreichender Sicherheit allein durch Inaugenscheinnahme der äußeren Verpackung (ohne deren Öffnung) beurteilen lassen.

Unklare bzw unvollständige Angaben hinsichtlich "Telefon-Hotline"

In Punkt 4.7.7. lit I der Ausschreibung sei die Pflicht des Auftragnehmers zur Einrichtung einer kostenlosen Telefon-Hotline festgelegt. Über diese müssten zu üblichen Geschäftszeiten Fragen und Produktreklamationen sowohl der Anspruchsberechtigten als auch der Auftraggeberin "umgehend" beantwortet und bearbeitet werden. Die Auftraggeberin mache jedoch keinerlei Angaben darüber, mit welcher Anzahl von Anrufen in welchem Zeitraum gerechnet werden müsse. Damit werde den Bietern eine vernünftige Kalkulation der für die Telefon-Hotline anfallenden Kosten verunmöglicht.

Auf entsprechende Nachfrage habe die Auftraggeberin in der 2. Fragebeantwortung zu Frage 21 erklärt, dass die Zahl der Reklamationen von der Qualität der gelieferten Produkte und von der Qualität der Leistungen des Auftragnehmers im Rahmen der Logistik bei den Einzelzustellungen abhängen. Dies sei unrichtig. Hinsichtlich der ge-

forderten Qualität der zu liefernden Produkte würden in der Ausschreibung genaue Vorgaben gemacht. Es sei davon auszugehen, dass die Auftraggeberin in ihrer Funktion als Verantwortliche für die ordnungsgemäße Versorgung der Anspruchsberechtigten mit Produkten in ausreichender Qualität, diese Festlegungen entsprechend überlegt formuliert habe. Da die Antragstellerin auch davon ausgehe, dass der Auftragsgegenstand wohlüberlegt festgelegt worden sei, erweise sich die Antwort der Auftraggeberin auf Frage 21 als unrichtig. Die Qualität der anzubietenden Produkte werde durch die Auftraggeberin vorgegeben, weshalb auch die - allenfalls tatsächlich auf Qualitätsaspekte rückführbare - Anzahl der Anfragen bei der Telefon-Hotline und der dafür zu veranschlagende Kostenaufwand entgegen der Behauptungen der Auftraggeberin nicht von der eigenen Leistungserbringung des Auftragnehmers abhängen. Weshalb die Auftraggeberin daneben davon ausgehe, die Qualität der Leistungen des Auftragnehmers im Rahmen der Logistik bei den Einzelzustellungen hätte ebenfalls Einfluss auf die Anzahl der zu erwartenden Anrufe, sei nicht nachvollziehbar.

Vor diesem Hintergrund bleibe fraglich, weshalb sich die Auftraggeberin weigere, bei ihr selbst oder ihrem bisherigen Vertragspartner vorhandene Erfahrungswerte anzugeben, um den Bietern eine sinnvolle Kalkulation der Kosten für die Telefon-Hotline zu ermöglichen. Dabei müssten derartige Angaben zumindest hinsichtlich der Häufigkeit der Inanspruchnahme einer Hotline durch Mitarbeiter der Auftraggeberin verfügbar sein. Jedenfalls würden durch das Fehlen entsprechender Angaben unkalkulierbare Risiken auf die Bieter überwältigt, was zu einer mangelnden Vergleichbarkeit der Angebote führe. Auch diesbezüglich stehe die gegenständliche Ausschreibung im Widerspruch zu den gesetzlichen Vorgaben. Verschärft werde die Problematik im Zusammenhang mit den nicht kalkulierbaren Kosten für die Telefon-Hotline schließlich dadurch, dass in Punkt 4.7.7. lit I der Ausschreibung festgelegt sei, dass die bei der Telefon-Hotline einzusetzenden Mitarbeiter im Hinblick auf die Eigenschaften und Anwendung der vertragsgegenständlichen Produkte zu schulen seien und sich die Auftraggeberin das Recht einräume, zu verlangen, dass diese Schulungen "vertieft werden. Welche Intensität der Schulungen bzw des Wissenstandes der eingesetzten Mitarbeiter ausreichend sein soll bzw wann und unter welchen Voraussetzungen die Auftraggeberin eine "Vertiefung" der Schulungen verlangen würde und welches Ausmaß derartige "vertiefte" Schulungen sodann haben müssten, bleibe völlig unklar. Im

Rahmen einer seriösen Kalkulation ihrer Angebotspreise müssen die Bieter aber sehr wohl für die Eventualität einer geforderten "vertieften" Schulung allfällige dadurch entstehende Kosten berücksichtigen. Mangels entsprechender Vorgaben der Auftraggeberin sei der Umfang dieser Kosten in keiner Weise abzuschätzen. Eine vernünftige Kalkulation könne daher auch in dieser Hinsicht nicht erfolgen. Es würden auch hier unkalkulierbare Risiken auf die Bieter überwältigt, weshalb die Ausschreibung auch in diesem Punkt rechtswidrig und daher für nichtig zu erklären sei.

Unklare Festlegungen hinsichtlich Einhebung von Zuzahlungen (Selbstbehalten)

In der Ausschreibung Punkt 4.5 und Punkt 4.6 sei vorgesehen, dass der Auftragnehmer bei der Belieferung mancher Anspruchsberechtigten Zuzahlungen (Selbstbehalte) einzuheben habe, die gem. den Festlegungen in Punkt 4.9.2 der Ausschreibung vom Betrag der zu legenden Monatsrechnungen in nachvollziehbarer Form in Abzug zu bringen seien.

Nun fehle in der Ausschreibung jegliche Festlegung darüber, wer das "Inkassorisiko" zu tragen habe, was also im Fall der Uneinbringlichkeit von Selbstbehalten gelten solle. Die Auftraggeberin beschränke sich in ihrer Antwort auf eine entsprechende Frage der Antragstellerin- Frage 33 - auf den Hinweis, dass die konkrete Form der Einhebung der Selbstbehalte vom Auftragnehmer festzulegen sei und es daher ihm obliege "sein 'Inkassorisiko'" zu minimieren. Die Auftraggeberin gehe sohin offenbar davon aus, dass der Auftragnehmer das "Inkassorisiko" zu tragen habe. Damit ergebe sich aber auch hier, dass den Bietern unkalkulierbare Risiken überbürdet werden würden, die zu einer Unvergleichbarkeit der Angebote führe.

Die Auftraggeberin mache nämlich weder Angaben über die Höhe der Selbstbehalte noch darüber, mit welchen Zahlungsausfällen zu rechnen sei. Dass sie als Gebietskrankenkasse im Umgang mit Selbstbehalten über entsprechende Erfahrungswerte verfüge, könne nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden. Neuerlich bleibe unklar, weshalb sich die Auftraggeberin weigere, Erfahrungswerte offen zu legen, um eine Kalkulierbarkeit der Angebote zu ermöglichen. Weshalb die Auftraggeberin davon ausgehe, die konkrete Form der "Einhebung" könne das Risiko der Zahlungsunfähigkeit von Anspruchsberechtigten minimieren, bleibe ebenso fraglich. Hier werde versucht, den Bietern eine "Versicherungsfunktion" zu überbinden, die klare Aufgabe der

Auftraggeberin sei. Aber auch der Erklärungsansatz in Beantwortung der Frage 33, wonach es Bieter selbst in der Hand hätten, im Wege des anzubietenden Konzeptes „Qualität der Logistik und Lieferung“ das Inkassorisiko zu gestalten, sei vergaberechtlich bedenklich: wolle die Auftraggeberin damit festlegen, dass es ohnehin zulässig wäre, ein - hinsichtlich der Selbstbehalte - an sich den Bietern aufgebürdetes Inkassorisiko im Wege des Logistikkonzeptes dem Auftraggeber rückzuüberbinden? Das würde zu Angeboten mit erheblichen Unterschieden in den rechtlichen Rahmenbedingungen führen; solche Angebote wären nicht vergleichbar. Wenn die Auftraggeberin in Beantwortung der Frage 33 in diesem Zusammenhang darauf verweise, dass dieser Aspekt im Rahmen der Bestbieterermittlung gem. Punkt 3.2 der Ausschreibung bei Frage 2 Ziel 2 bewertet werde, so lege sie damit nur offen, dass das Zuschlagskriteriensystem völlig unkonkret und intransparent ist.

Nachdem die Auftraggeberin dieses Verständnis ihres Zuschlagskriteriensystems aber in der 2. Fragebeantwortung in diesem Sinn interpretiert oder gar festgelegt habe, sei es vergaberechtlich unzulässig, weil zum Einen bewusst nicht vergleichbare Angebote akzeptiert werden, welche dann von einer Kommission nach einem völlig undeterminierten, intransparenten System bewertet werden sollen. Damit wäre bei der Angebotsbewertung der Willkür Tür und Tor geöffnet. Eine solche Ausschreibung widerspreche den Grundprinzipien des § 19 Abs 1 BVergG, aber auch § 79 Abs 3 BVergG und der dazu ergangenen Judikatur, wonach Bietern ex ante erkennbar sein müsse, wie die Zuschlagskriterien angewendet und welche Aspekte der Angebote damit bewertet werden sollen.

Unklare Vorgaben über Haftung des Auftragnehmers für Verletzung von "Koordinierungspflichten" und "Informationspflichten"

In Punkt 4.7.1. Abs 2 der Ausschreibung sei vorgesehen, dass den Auftragnehmer "Koordinierungspflichten" in Bezug auf alle übrigen an der Leistungserbringung mitwirkenden oder sonst beteiligten Stellen treffen; dies soll "insbesondere auch in Bezug auf die Auftraggeberin" gelten. Diese Pflicht des Auftragnehmers sollen die "reibungslose Abstimmung sämtlicher Vorgänge, die für die vereinbarungsgemäße Erbringung des beauftragten Vertragsgegenstandes in medizinischer, wirtschaftlicher, zeitlicher oder rechtlicher Hinsicht erforderlich oder zweckmäßig sind", umfassen. Die Verletzung der Koordinierungspflicht durch den Auftragnehmer gehe nach den Fest-

legungen der Ausschreibung "zu seinen Lasten, sodass er letztlich dafür auch gegenüber der Auftraggeberin haftet". Weitere Festlegungen über den Inhalt und Umfang der hier angesprochenen Koordinierungspflicht fänden sich in der Ausschreibung nicht. Damit bleibe aber völlig unklar, wer vom Auftragnehmer zu koordinieren sei, wer "alle übrigen an der Leistungserbringung mitwirkenden oder sonst beteiligten Stellen" seien, in welcher Form diese Koordination ablaufen und was genau durch diese Koordination durch den Auftragnehmer erreicht werden solle. Fest stehe nur, dass der Auftragnehmer für eine Verletzung dieser Pflicht haften solle. In Ermangelung von Festlegungen darüber, wer in welcher Hinsicht koordiniert werden solle, wie viele Akteure zu koordinieren seien, welche Koordinationsarbeit inhaltlich vom Auftragnehmer verlangt wird, sei unklar, mit welchem Haftungsrisiko gerechnet werden müsse; es sei daher unmöglich, den daraus entstehenden Kostenaufwand in eine Preiskalkulation einfließen zu lassen. Dieser sei nicht abschätzbar oder in irgendeiner Weise verlässlich begrenztbar.

Deshalb sei die hier in Rede stehende Regelung unzulässig, da den Bietern unkalkulierbare Risiken überbürdet werden, was zu einer Unvergleichbarkeit der Angebote und damit zur Rechtswidrigkeit der Ausschreibung führe. Das eben zur Koordinierungspflicht Gesagte gelte in gleicher Weise auch für die in Punkt 4.7.1. Abs 3 der Ausschreibung festgelegte "Informationspflicht". Danach habe der Auftragnehmer die Auftraggeberin über "alle wesentlichen Vorkommnisse", die die vereinbarte Leistungserbringung beeinträchtigen oder gefährden, in kurzem Weg zu informieren. Die Verletzung dieser Pflicht gehe zu Lasten des Auftragnehmers, "sodass er letztlich dafür auch gegenüber der Auftraggeberin haftet". Auch hinsichtlich dieser festgelegten Informationspflicht werde in keiner Weise konkretisiert, über welche Vorkommnisse zu berichten wäre. Es könne daher auch hier weder der Informationsaufwand noch das aus dieser Festlegung resultierende Haftungsrisiko für den Auftragnehmer sinnvoll kalkuliert werden. Demzufolge werde auch durch diese Festlegung den Bietern ein unkalkulierbares Risiko aufgebürdet, weshalb sich die vorliegende Ausschreibung als (vergabe-) rechtswidrig erweise und für nichtig zu erklären sei.

Unklare Angaben betreffend neuerlicher Zustellungen bzw unklare und unvollständige Vorgaben über die vorzunehmende Hinterlegung

In Punkt 4.7.5. lit c der Ausschreibung sei festgelegt, dass für den Fall, dass eine

Zustellung der auftragsgegenständlichen Produkte an den Anspruchsberechtigten scheitert, ein zweiter Zustellungsversuch (binnen zwei Werktagen) vorzunehmen sei. Falls auch dieser neuerliche Zustellversuch scheitere, sei das Produkt zu hinterlegen. Wie lange das Produkt vom Auftragnehmer für den Anspruchsberechtigten hinterlegt bereit zu halten sei, werde offenbar bewusst entsprechend Beantwortung der Frage 32 nicht festgelegt. Auf eine diesbezügliche Frage der Antragstellerin habe der Auftraggeber in der 2. Fragebeantwortung (vgl. Frage 32) nämlich lediglich darauf hingewiesen, dass die konkrete Form der Hinterlegung vom Bieter mit seinem "Konzept - Qualität der Logistik und Lieferung" anzubieten sei und der Inhalt des Konzepts sodann im Rahmen der Bestbieterermittlung bewertet werden würde. Eine Vorgabe darüber, wie lange zu hinterlegen sei, werde von der Auftraggeberin wiederum nicht getroffen. Damit führe aber die Auftraggeberin selbst das der Ausschreibung zu Grunde liegende System der Zustellung der Produkte an die Anspruchsberechtigten ad absurdum. Immerhin beharre die Auftraggeberin - auch auf Nachfrage (Frage 24) auf der von ihr vorgegebenen Vorgehensweise (zwei Zustellversuche mit nachfolgender Hinterlegung), sei aber nicht bereit, Mindestvorgaben darüber zu machen, wie dieses von ihr vorgegebene System umzusetzen sei. Damit mache sie es den Bietern unmöglich, ihre (ungenauen) Vorgaben umzusetzen und wirtschaftlich vernünftige Preise dafür anzubieten. Dass es nämlich kalkulationsrelevant sei, ob Lieferungen für (im Extremfall) nur wenige Stunden hinterlegt werden (sodass sie am Rückweg einer "Auslieferungstour" wieder mitgenommen werden können), oder aber mehrere Tage, und wie die Abholung bzw. die Zugänglichkeit für die Anspruchsberechtigten (etwa Öffnungszeiten der Stelle, bei der hinterlegt worden sei, Erreichbarkeit mit öffentlichen Verkehrsmitteln etc) sein müsse. Dadurch würden unkalkulierbare Risiken auf die Bieter überwältigt. Letztlich führe aber diese den Bieter eingeräumte völlige Gestaltungsfreiheit dazu, dass die Angebote nahezu zwangsläufig nicht vergleichbar sein würden; dessen ungeachtet wolle die Auftraggeberin diesen Aspekt im Rahmen der Bestbieterermittlung mithilfe ihres undeterminierten, intransparenten Zuschlagskriteriensystems bewerten. Auch hier liege die Vergaberechtswidrigkeit auf der Hand. Die Angabe von derartigen Erfahrungswerten sei jedoch in höchstem Maß kalkulationsrelevant, weil sich die Logistikkosten, die in die pauschalen Einheitspreise einzurechnen seien, im schlimmsten Fall verdoppeln (bei neuerlichen Zustellversuchen) bzw. sogar darüber hinausgehend (bei nachfolgender Hinterlegung) erhöhen

würden. Dass es der Auftraggeberin grundsätzlich möglich sein würde, entsprechende Erfahrungswerte anzugeben, könne nicht bezweifelt werden und tue dies ja auch die Auftraggeberin selbst nicht. Wieso sich die Auftraggeberin auf die Antwort beschränke, ein "nicht fachkundiger Bieter" könne für jede Zustellung einen zweiten Zustellversuch kalkulieren, könne sich die Antragstellerin nicht erklären. Jedenfalls bleibe es dabei, dass auch in diesem Punkt unkalkulierbare Risiken auf die Bieter überwältigt werden würden und die Ausschreibung deshalb rechtswidrig sei.

Pönale bei Lieferverzug

In Punkt 4.7.6 Abs 2 der Ausschreibung sei festgelegt, dass die Auftraggeberin gegenüber dem Auftragnehmer einen "verschuldensunabhängigen Anspruch" auf Zahlung einer Vertragsstrafe habe. Dieser Anspruch der Auftraggeberin solle nur dann nicht bestehen, "wenn der Verzug vom Anspruchsberechtigten verursacht wurde".

Neben der zivilrechtlichen Unzulässigkeit dieser Festlegung ergebe sich, dass mit dieser Festlegung auch unkalkulierbare Risiken auf die Bieter überwältigt werden, weshalb sie auch vergaberechtlich unzulässig sei. Nach der in Rede stehenden Festlegung solle grundsätzlich in jedem Fall bei Lieferverzug eine Vertragsstrafe von der Auftragnehmerin gezahlt werden. Ausgenommen davon sei nach dem Wortlaut der Regelung nur jener Fall, in dem der Lieferverzug vom Anspruchsberechtigten verursacht wurde. Nunmehr habe die Auftraggeberin diese Festlegung zwar dahingehend präzisiert (Frage 34), dass auch Fälle höherer Gewalt vom Anspruch der Auftraggeberin auf Vertragsstrafe nicht umfasst sein sollen. Damit blieben aber immer noch all jene Fälle übrig, in denen der Lieferverzug durch außenstehende Dritte (ohne, dass es sich dabei um höhere Gewalt handeln würde) oder sogar durch die Auftraggeberin selbst verursacht werde. So sei es beispielsweise nicht ausgeschlossen, dass die von der Auftraggeberin auf einer Einzel-Bestellung angegebene Lieferadresse unrichtig sei und deshalb das Produkt dem Anspruchsberechtigten nicht innerhalb der vorgegebenen Lieferfrist zugestellt werden könne. Nach dem Wortlaut der von der Auftraggeberin getroffenen Festlegung hätte der Auftragnehmer dann aber eine Vertragsstrafe zu zahlen. Da es aber nicht im Einflussbereich des Auftragnehmers liege, derartigen Versehen bei der Auftraggeberin vorzubeugen und auch keine Erfahrungswerte dahingehend angegeben seien, wie häufig solche oder ähnliche Fälle

vorkommen können, werde den Bietern mit dieser Festlegung ein unkalkulierbares Risiko überbunden; die Ausschreibung erweise sich aus diesem Grund als rechtswidrig, weil diese Klausel schlicht nicht hinreichend zwischen verschiedenen die Belieferung ver- oder behindernden Umständen und der Frage, welcher Sphäre diese Umstände zuzurechnen seien, auseinandersetzt. Vielmehr werde - wie bei zahlreichen anderen Vertragsklauseln auch - jegliches Risiko pauschal und unreflektiert dem Auftragnehmer überbunden. Das sei nicht nur vergaberechtswidrig, sondern - weil es im Zuge eines offenen Verfahrens nach dem BVergG im Wege von Festlegungen in einer Ausschreibung erfolge - (nicht zuletzt wegen gröblicher Benachteiligung des Auftragnehmers) auch zivilrechtlich unzulässig.

Vertragsstrafe bei Wechsel der Ansprechperson

In diesem Zusammenhang sei auch die Unkalkulierbarkeit und damit Rechtswidrigkeit einer anderen Pönalebestimmung im ausgeschriebenen Vertrag aufzuzeigen: Gem. Punkt 47.2 der Ausschreibung sei eine verantwortliche Ansprechperson bekanntzugeben. Während aufrechten Vertragsverhältnisses soll der Auftragnehmer nicht berechtigt sein, diese Ansprechperson ohne vorherige schriftliche Zustimmung der Auftraggeberin „auszutauschen oder abzuziehen. [...] Findet ein Wechsel oder Abzug der verantwortlichen Ansprechperson statt, dem die Auftraggeberin vorab nicht ausdrücklich zugestimmt hat, hat die Auftraggeberin [...] einen Anspruch auf eine Mindest- Vertragsstrafe von EUR 2.000,- pro Woche des vertragswidrigen Zustandes, und zwar unabhängig von einem bestimmten Verschuldensgrad.(Hervorhebungen nicht im Original)" Es liege also wiederum eine verschuldensunabhängige Pönale vor, die nicht differenziert, warum ein Wechsel der Ansprechperson erfolge, und ob die Gründe für den Wechsel überhaupt dem Auftragnehmer zuzurechnen seien. Auch dazu habe die Antragstellerin eine Frage gestellt; die Antwort der Auftraggeberin zu Frage 30 im Zuge der 2. Fragenbeantwortung habe allerdings den Kern des Problems verkannt, die Rechtswidrigkeit dieser Pönalebestimmung daher nicht beseitigen können. Zunächst wolle die Auftraggeberin den Anwendungsbereich der Pönale begrenzen, indem sie mitteile, dass ein Anspruch auf Vertragsstrafe unter anderem nur dann besteht, wenn der Auftragnehmer die verantwortliche Ansprechperson ohne vorherige schriftliche Zustimmung der Auftraggeberin austausche oder abziehe. Diese Formulierung sei insofern bemerkens-

wert, als sie de facto zu einer Ausweitung der Pönalefälle führe, weil „unter anderem“ wohl bedeute, dass über den ausdrücklich genannten Fall hinaus noch andere Sachverhalte zu einer Pönale führen sollen. Welche das sein sollen, verrate die Auftraggeberin allerdings in ihrer Fragebeantwortung nicht. Wieso die Begriffe „austauschen“ und „abziehen“ intendieren würden, dass die betroffene Ansprechperson weiterhin Dienstnehmer des Auftragnehmers sei, könne ebenso wenig nachvollzogen werden. Denn es liege auf der Hand, dass gerade dann ein Austausch unumgänglich sei, wenn der Auftragnehmer nicht mehr dienstrechtlich über die Ansprechperson disponieren könne; gerade dann sei er ja gezwungen, sie im vertraglichen Verhältnis zur Auftraggeber) auszutauschen. Ob der Wegfall der dienstrechtlichen Dispositionsmöglichkeit wegen Kündigung des Dienstnehmers oder Entlassung (aus wichtigem Grund) seitens des Auftragnehmers erfolgte, müsse hier einerlei sein; in jedem Fall liege eine Situation vor, die es dem Auftragnehmer unmöglich oder unzumutbar mache, die Ansprechperson nicht auszutauschen, weshalb ein solcher Umstand niemals pönalisiert sein könne. Dasselbe gelte naturgemäß für Todesfälle oder gesundheitsbedingte Nichtverfügbarkeit. Wenn die Auftraggeberin in ihrer Beantwortung der Frage 30 weiter ausführt, dass Kalkulationsrelevanz nur gegeben wäre, wenn der Bieter bereits jetzt davon ausgehen würde, dass ein Austausch oder Abzug stattfinden würde, so verkenne sie grundlegend die Grundprinzipien der vertraglichen Risikobewertung: es gehe hier gar nicht darum, einen konkret geplanten Umstand zu bewerten, sondern einzig und allein das zukünftige, einem langfristigen Vertragsverhältnis auf Basis einer derartigen Festlegung nun einmal immanente Pönalrisiko. Und genau dieses könne hier nicht abgeschätzt werden, weil die Auftraggeberin Fälle pönalisieren will, die jenseits des vom Auftragnehmer Beeinflussbaren liegen — nicht zuletzt deshalb bestehe die Auftraggeberin auch hier auf die Verschuldensunabhängigkeit der Pönale. Überdies wolle sich die Auftraggeberin nicht einmal hinsichtlich der Höhe des Pönalbetrages festlegen lassen, normiere sie doch nur eine „Mindest-Vertragsstrafe“; sie wolle sich offenbar vorbehalten, diesen Betrag im Einzelfall auch noch zu erhöhen. Derartiges führe zur Unkalkulierbarkeit und sei nicht nur gröblich benachteiligend, sondern auch vergaberechtswidrig.

Kostenlose Musterlieferung

In Punkt 4.7.11 der Ausschreibung sei festgelegt, dass eine kostenlose Musterliefe-

rung von jeweils 20 Stück der in Frage kommenden Produkte an jene Anspruchsberechtigten erfolgen müsse, bei denen eine Erstverordnung vorliege oder bei dem sich das Krankheitsbild oder die Körpermaße verändern. Die Auftraggeberin habe dazu mitgeteilt, dass davon jährlich rund 340 Anspruchsberechtigte betroffen seien.

Die Antragstellerin habe mit dem Hinweis auf die mangelnde Kalkulierbarkeit dieser kostenlosen Musterlieferungen eine Frage an die Auftraggeberin gestellt, die diese zu Frage 37 der 2. Fragenbeantwortung dahingehend beantwortet habe, dass Punkt 4.7.11 ausschließlich in Bezug auf eine bestimmte Position des Leistungsverzeichnisses zu verstehen sei. Damit sei zwar ein Teil der Bedenken der Antragstellerin positiv erledigt; es bleibe allerdings offen, was zu geschehen habe, wenn die gelieferten Muster nicht den Anforderungen entsprächen oder der Anspruchsberechtigte von einem offenen System auf ein geschlossenes System wechseln solle; würden dann jeweils wieder unentgeltliche Musterlieferungen geschuldet? Diese Frage zeige, dass die Festlegung auf eine Produktkategorie pro Musterlieferung diese Festlegung nicht kalkulierbarer mache, weil damit nicht geklärt sei, ob nicht allenfalls auch sehr kurzfristig weitere Musterlieferungen an den selben Anspruchsberechtigten erfolgen müssten - was die Logistikkosten nur noch erhöhen würde. Die Festlegung bleibe daher unkalkulierbar, weil kein Bieter aufgrund der nur rudimentären Angabe der Fallzahlen und der Risikoüberbindung abschätzen könne, welche Kosten auf ihn im Rahmen dieser Musterlieferungsverpflichtung zukommen können.

Zudem genüge die Ausschreibung aus den vorliegenden Gründen nicht der gesetzlichen Anforderung einer eindeutigen, vollständigen und neutralen Leistungsbeschreibung.

Kosten eines "quasi Produktwechsels"

In Punkt 4.7.8 Abs 4 sei vorgesehen, dass jene Leistungen, die im Zusammenhang mit allgemeinen Produktwechseln vorgesehen seien (Unterstützung der Auftraggeberin durch geschulte Mitarbeiter als Auskunftspersonen und Ansprechpartner; Information der Anspruchsberechtigten über das neue Produkt; "Verstärkung" der Telefon-Hotline, um eine ausreichende Information der Anspruchsberechtigten sicherzustellen) auch dann zu erbringen seien, "wenn es aufgrund des Vergabeverfahrens zu einem quasi Produktwechsel gegenüber der gegenwärtig in Verwendung befindli-

chen Produktpalette [TENA]" komme. Erschwerend komme hinzu, dass sich die Auftraggeberin vorbehalte, die Dauer der Umstellungsphase und damit auch die Dauer der erhöhten Kostenbelastung für den Auftragnehmer einseitig festzulegen. Durch diese Festlegung würden jene Unternehmen diskriminiert, die andere Produkte als die aktuell bei den Anspruchsberechtigten vorhandenen TENA-Produkte anbieten. Im Gegensatz zu jenen Unternehmen, die TENA-Produkte anbieten, haben sie bei der Kalkulation ihres Angebotspreises die zusätzlichen Kosten für den "quasi Produktwechsel" zu berücksichtigen. Dadurch verringere sich aber ihre Chance das wirtschaftlich günstigste Angebot zu legen und den Zuschlag zu erhalten. Die zitierte Festlegung räume somit bestimmten Bietern (Anbietern von TENA-Produkten; dies betrifft in erster Linie freilich den aktuellen Vertragspartner der Auftraggeberin) von vornherein erhebliche Wettbewerbsvorteile ein und stehe damit im Widerspruch zu (vergabe-) gesetzlichen Bestimmungen. Die in Rede stehende Festlegung sei aus diesem Grund für nichtig zu erklären.

Von der Auftraggeberin zurückgehaltene Erfahrungswerte und Informationen nur beim aktuellen Auftragnehmer vorhanden

Daneben würden Bieter gegenüber dem aktuellen Vertragspartner der Auftraggeberin auch aus einem weiteren Grund erheblich diskriminiert: In jenen zahlreichen, aber in höchstem Maße kalkulationsrelevanten Punkten, in denen die Auftraggeberin nur unvollständige und unklare Angaben über die vom Auftragnehmer zu erbringende Leistung mache - Anzahl der zu erwartenden Einzel-Lieferungen [vgl Punkt 4.1.5], genaue Adressen der zu versorgenden Anspruchsberechtigten in "Restösterreich" [vgl Punkt 4.1.6], Häufigkeit der Notwendigkeit einer Rücknahme von Versandeinheiten [vgl Punkt 4.1.8]; Anzahl der Anrufe bei der Telefon-Hotline und zu erwartender Aufwand bei der Bearbeitung der Anfragen [vgl Punkt 4.1.c] etc), - sei der aktuelle Vertragspartner besser gestellt, weil er im Unterschied zu anderen Bietern über jene Angaben, die die Auftraggeberin sich weigere herauszugeben, aus eigener Erfahrung verfüge. Ihm sei deshalb eine besonders "treffsichere" Kalkulation möglich, während andere Bieter die durch die Ungenauigkeiten der Leistungsbeschreibung verursachten Unsicherheiten durch (im Zweifel höhere) Risikoaufschläge in ihren Angebotspreisen berücksichtigen müssen. Auch diesbezüglich erweisen sich daher die entsprechenden (unklaren und ungenauen) Angaben und Festlegun-

gen der Auftraggeberin als (vergabe-) rechtswidrig. Die Ausschreibung sei deshalb auch aus diesem Grund für nichtig zu erklären.

Keine nachvollziehbare Angebotsbewertung anhand der Zuschlagskriterien möglich

Die Auftraggeberin lege zwar fest, dass der gewichtete Gesamtpreis mit 85% in die Bewertung einfließt und die *"Qualität der Logistik und Lieferung"* mit 15%. Weiter lege die Auftraggeberin in Punkt 3.2 der Ausschreibung fest, anhand welcher *"Schlüsselfragen"* und *"Ziele"*, das vom Bieter vorzulegende Konzept - Qualität der Logistik und Lieferung bewertet würde. Diese erweisen sich jedoch bei näherer Betrachtung - und insbesondere vor dem Hintergrund der 2. Fragebeantwortung (vgl. die Ausführungen unter Punkt 4.1.19 und 4.1.27 oben) - als nicht hinreichend konkretisiert, um eine nachvollziehbare Bestbieterermittlung zu gewährleisten. Im Rahmen der Frage 1 *"Einzel-Bestellung, Lieferung und Zustellung"* habe der Bieter anzugeben, wie sich der gesamthafte Prozess der Lieferung von Produkten von der Einzel-Bestellung bis zur Zustellung gestalte. Die Antwort auf diese Frage solle auf die Aspekte der Sicherstellung *"möglichst effizienter Maßnahmen"*, die eine vereinbarungsgemäße Lieferung/Zustellung gewährleisten (Ziel 1) und die Sicherstellung *"möglichst effizienter Maßnahmen"*, die einen zweiten Zustellversuch und eine allfällige Hinterlegung gewährleisten (Ziel 2), geprüft und bewertet werden. Im Rahmen der Frage 3 *"Logistik"* habe der Bieter anzugeben, wie sich der gesamthafte Prozess im Hinblick auf die Logistik unter besonderer Berücksichtigung der hohen Anzahl von Einzel-Zustellungen darstelle. Die Antwort auf diese Frage werde geprüft auf die Sicherstellung *"möglichst effizienter Maßnahmen"*, die die vereinbarungsgemäße Versorgung aller Anspruchsberechtigten gewährleisten (Ziel 1) und die Sicherstellung (ebenfalls) *"möglichst effizienter Maßnahmen"*, mit denen die verlässliche und kundenorientierte Beantwortung von Fragen sowie Behandlung von Produktreklamationen gewährleistet wird (Ziel 2). In diesem Zusammenhang sei zunächst unklar, welche unterschiedlichen Zielsetzungen die beiden Fragen (insbesondere Frage 1 [Ziel 1 und 2] bzw. Frage 3 [Ziel 1]) verfolgen. Immerhin gehe es in beiden Fällen um *"möglichst effiziente Maßnahmen"*, die sicherstellen, dass die Anspruchsberechtigten die bestellten Produkte tatsächlich erhalten. Welche unterschiedlichen Aspekte *"möglichst effizienter Maßnahmen"* hier abgefragt würden, bleibe unklar. Die Auftraggeberin lege insbesondere nicht offen, anhand welcher Kriterien die Effizienz der

Maßnahmen beurteilt werden soll. Im Zuge der 2. Fragebeantwortung (vgl Antwort auf Frage 32) komme hervor, dass offenbar die Dauer der von dem Bieter beabsichtigten Hinterlegung nach erfolglosem zweitem Zustellversuch eine Rolle bei der Bewertung spiele. In welcher Form und mit welcher Gewichtung die Dauer in die Bewertung einfließen würde, sei nicht gesagt worden. Gänzlich unklar sei daher, wie etwa die Absicht eines Bieters, sogar einen Dritten Zustellversuch vornehmen zu wollen in die Bewertung einfließen und wie sich dies zum Angebot einer besonders langen Dauer der Hinterlegung verhalten würde. Mangels Angabe objektiver Kriterien, anhand derer die Angebotsbewertung vorgenommen werde, bleibe all dies völlig unklar. Hinsichtlich des bei der Beantwortung der Frage 3 ebenfalls zu behandelnden Aspekts der Sicherstellung möglichst effizienter Maßnahmen, mit denen eine verlässliche und kundenorientierte Beantwortung von Fragen sowie Behandlung von Produktreklamationen sowohl der Anspruchsberechtigten als auch der Auftraggeberin gewährleistet wird (Ziel 2) bleibe ebenfalls offen, welche Kriterien bei der Bewertung eine Rolle spielen sollen. Dies insbesondere deshalb, da es ohnehin eine anzubietende Mindestanforderung sei, dass der Bieter eine kostenlose Telefon-Hotline mit geschultem und sachkundigem Personal einrichtet. Welche weiteren Vorkehrungen müsse ein Bieter treffen, damit sein Konzept als "bestens" bewertet werde?

Auch hinsichtlich der mit Frage 2 "Rechnungslegung" abgefragten "möglichst effizienten Maßnahmen" sei eine nachvollziehbare Bewertung nicht möglich. Es sei nämlich vorgesehen, dass die Bieter ein Rechnungsmuster beilegen, nach dem im Auftragsfall die Verrechnungen im Rahmen der Monatsrechnungen erfolgt. Zu beantworten haben die Bieter die Frage, wie sich der "gesamthafte Prozess im Hinblick auf die Monatsrechnungen" gestaltet. Die Antwort auf diese Frage möge die Auftraggeberin im Hinblick auf die Sicherstellung einer möglichst nachvollziehbaren Monatsrechnung in Bezug auf die gelieferten Produkte, sodass eine vereinbarungsgemäße Rechnungslegung - möglichst ohne Retournierung an den Auftragnehmer infolge fehlerhafter oder nicht nachvollziehbarer Rechnungen - gewährleistet sei (Ziel 1) und daraufhin prüfen, dass die vereinbarungsgemäße Verrechnung von Zusatzzahlungen (Selbstbehalten) direkt gegenüber den Anspruchsberechtigten mit möglichst geringen Aufwendungen für diese gewährleistet ist (Ziel 2) prüfen. Zunächst sei zu bemerken, dass die Frage, wann eine Rechnung "nachvollziehbar" sei, stets ein subjektives Element beinhalte, das objektiv - ohne Angabe entsprechender

objektivierbarer Kriterien - nicht nachvollzogen werden könne. Die lege aber Auftraggeberin nicht offen, wann aus ihrer Sicht eine Rechnung als "möglichst nachvollziehbar" anzusehen sei und sie diese daher mit der höchsten Punktezahl bewerten würde. Die Auftraggeberin gebe auch nicht an, wann sie Aufwendungen für den Anspruchsberechtigten als "möglichst gering" ansehen würde und welche Maßnahmen der Verrechnung mit Anspruchsberechtigten für sie "möglichst nachvollziehbar" wären. Insgesamt bediene sich die Auftraggeberin einer sehr offenen und relativierenden Sprache, es werden keine konkreten Angaben darüber gemacht, welche Mindestanforderungen eine Rechnung etwa aufweisen müsse und welche Merkmale einer Rechnung zu einer besseren Bewertung führen würden. Damit entspreche das von der Auftraggeberin festgelegte System an Zuschlagskriterien nicht den Anforderungen, die an eine nachvollziehbare Bestbieterermittlung gestellt würden. Die in Rede stehenden Festlegungen bzw die Ausschreibung insgesamt seien sohin für nichtig zu erklären.

Nachzuweisende Referenzprojekte nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt

Gem. § 70 Abs 1 BVergG dürfe der Auftraggeber im Rahmen der Eignungsprüfung Nachweise nur soweit verlangen, als dies durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sei. Eignungskriterien müssen also auf den Leistungsinhalt abgestimmt sein (BVA 21.12.2009, N/0099-BVA/14/2009-29). Diesen Anforderungen entsprächen die von der Auftraggeberin geforderten Eignungsnachweise nicht. Im Rahmen der Eignungsprüfung verlange die Auftraggeberin den Bietern eine Reihe von Referenznachweisen ab. Die Auftraggeberin verlange dabei für die unterschiedlichen ausschreibungsgegenständlichen Produktgruppen (Vorlagen [Inkontinenzeinlagen], Höschenwindeln und Offene Systeme [Inkontinenzeinlagen ohne Klebestreifen]) jeweils gesonderte Referenznachweise. Die Vorgabe der Lieferung einer bestimmten Mindestanzahl je Produktgruppe im Rahmen eines einzigen Referenzauftrages sei aber sachlich nicht zu rechtfertigen. Nachvollziehbar sei, die Auftraggeberin wolle nachgewiesen haben, dass ein Bieter in der Lage sei, einen Großauftrag wie den ausgeschriebenen entsprechend zu erfüllen. Dazu bedürfe es aber lediglich des Nachweises, dass der Bieter mit einem bestimmten Gesamtvolumen an Inkontinenzartikeln im Rahmen eines logistisch anspruchsvollen Vertrages umgehen kön-

ne. Dass ein bestimmtes Mengenverhältnis hinsichtlich einzelner Produktgruppen und damit eine bestimmte Mindestmenge pro Produktgruppe innerhalb eines einzelnen Referenzauftrages nachgewiesen werden müsse, sei aber nicht erforderlich, damit ein Bieter insgesamt als geeignet anzusehen ist. Es müsse vielmehr genügen, dass nachgewiesen wird, dass der Bieter die einzelnen Produktgruppen in einem bestimmten Gesamtausmaß (unabhängig vom Volumen einzelner Produktgruppen innerhalb dieses Gesamtausmaßes) liefern könne. Die festgelegten Referenzanforderungen erweisen sich damit als nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt. Sie entsprechen damit nicht den (vergabe-) gesetzlichen Vorgaben und seien für nichtig zu erklären.

Rechtswidrige vertragliche Spezifikationen in der Ausschreibung

Alle vertraglichen Bedingungen einer Ausschreibung seien auch an der allgemeinen Bestimmungen des § 879 Abs 3 ABGB zu messen. Sie seien somit nichtig, soweit die Bieter als zukünftige Auftragnehmer durch sie gröblich benachteiligt würden. Derartig rechtswidrigen Festlegungen würden sowohl gegen die in § 19 Abs 1 BVergG enthaltenen Grundsätze des Vergaberechts als auch gegen § 78 Abs 4 BVergG verstoßen. Diesen Grundsatz verkenne die Auftraggeberin mehrfach, wenn sie auf Fragen der Antragstellerin, die dieses Thema relevieren, antworte, dass Festlegungen, die hinreichend konkret seien, vergaberechtlich nicht zu beanstanden seien; übersehen werde dabei, dass Festlegungen, die gegen die Vorgaben des § 879 Abs 3 ABGB verstoßen, damit zugleich auch vergaberechtliche Probleme haben. Gem. § 78 Abs 4 BVergG sind bei Durchführung eines offenen Verfahrens unter Verwendung einer konstruktiven Leistungsbeschreibung (wie in der gegenständlichen Ausschreibung der Fall) die Leistungsbeschreibung sowie die sonstigen Bestimmungen so abzufassen, "dass sie in derselben Fassung sowohl für das Angebot als auch für den Leistungsvertrag verwendet werden können". Es könne aber einem Bieter aber nicht zugemutet werden, aufgrund sittenwidriger oder gesetzwidriger Bestimmungen im Leistungsvertrag ein Angebot im fairen Wettbewerb abzugeben. Auch können rechtswidrige bzw nichtige Vertragsbestimmungen gerade nicht "in derselben Fassung auch für den Leistungsvertrag verwendet werden". Die Festlegung (zivil-)rechtswidriger und nichtiger Vertragsbestimmungen bedeute daher einen Verstoß gegen Bestimmungen des BVergG und seien solche vom BVA für nichtig zu

erklären.

Verzugsfolgen - Vertragsstrafe

Ursprünglich sei in der Ausschreibung (Punkt 4.7.6 der Ausschreibungsunterlagen) festgelegt, dass der Auftragnehmer bei Lieferverzug "verschuldensunabhängig" eine Vertragsstrafe zu zahlen habe. Ausgenommen sollten nur jene Fälle sein, in denen der Anspruchsberechtigte den Lieferverzug verursacht habe. Mit der Antwort auf Frage 34 habe die Auftraggeberin nunmehr klargestellt, dass eine Vertragsstrafe auch dann nicht zu zahlen sei, wenn der Lieferverzug durch höhere Gewalt verursacht wurde. Ungeachtet dessen bleibe es aber dabei, dass aufgrund der in Rede stehenden Regelung der Auftragnehmer eine Vertragsstrafe zu zahlen hätte, wenn er den Lieferverzug nicht verursacht habe. Die Auftraggeberin gebe als Motiv für die Regelung der Vertragsstrafe an, dass es für sie "von entscheidender Bedeutung" sei, dass der Auftragnehmer die dreitägige Lieferfrist nicht überschreite. Dieses Ziel werde natürlich nicht dadurch erreicht, dass der Auftragnehmer, der ohnehin alles in seiner Macht stehende getan habe, um die Lieferfrist einzuhalten, aber aus sonstigen Gründen daran gehindert werde, eine Vertragsstrafe zu entrichten habe. Sohin erweise sich die getroffene Festlegung über die verschuldensunabhängig zu zahlende Vertragsstrafe als nicht sachlich gerechtfertigt und sei daher gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Somit widerspreche diese Festlegung den allgemeinen Grundsätze des BVergG sowie den Vorgaben des § 78 Abs 4 BVergG und sei für nichtig zu erklären.

Unzulässige Festlegung hinsichtlich Skonto und Verzugszinsen

In Punkt 4.9.3 der Ausschreibung sei als "Zahlungsbedingungen" festgelegt, dass das Zahlungsziel "4 Wochen mit 3% Skonto und 6 Wochen ohne Abzug" betragen solle. Die Zahlung solle hinsichtlich der Frage der Berechtigung zum Skontoabzug dann als rechtzeitig gelten, wenn die Auftraggeberin am letzten Tag der Zahlungsfrist, oder wenn dieser kein Bankarbeitstag sei, am nachfolgenden Bankarbeitstag einer Bank mittels Banküberweisung den Auftrag erteile, den Betrag zu überweisen.

Diese Festlegung erweise sich als für den Auftragnehmer gröblich benachteiligend: Das Verhältnis von Skontofrist zu Gesamtzahlungsfrist in Verbindung mit der Höhe

des von der Auftraggeberin in der Ausschreibung einseitig vorgegebenen Skontosatzes sei kommerziell überzogen und entbehre jeder sachlichen Rechtfertigung. Überdies nehme sich der Auftraggeber eine weitere kommerzielle Besserstellung heraus, weil gar nicht die tatsächliche Bezahlung, also der Eingang des Rechnungsbetrags beim Auftragnehmer relevant sein soll, sondern der Überweisungsauftrag, der sogar (im Falle, dass das Ende der Zahlungsfrist nicht auf einen Bankarbeitstag fallen sollte) noch nach Ablauf der Frist sein könne. Die dargestellte gröbliche Benachteiligung wiege umso schwerer, da die Auftraggeberin in der gleichen Festlegung vorsehe, dass Verzugszinsen nur in Höhe von 3% pa verrechnet werden. Damit liegen die vorgesehenen Verzugszinsen deutlich unterhalb des gesetzlichen Zinssatzes. Dies sei im Lichte der von der Auftraggeberin einseitig vorgegebenen Vertragsbedingungen gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB bzw sogar sittenwidrig iSd § 879 Abs 1 ABGB. Die Festlegung widerspreche den allgemeinen Grundsätzen des BVergG und den Vorgaben des § 78 Abs 4 BVergG und sei sohin für nichtig zu erklären.

Vertragsrücktritt

In Punkt 4.12 lit g der Ausschreibung behalte sich die Auftraggeberin das Recht vor, den ausgeschriebenen Vertrag zu kündigen, wenn Gründe aus der Sphäre der Auftraggeberin eintreten, die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht absehbar gewesen seien und den Abschluss eines Vertrages überhaupt verhindert hätten oder zu einem inhaltlich wesentlich anderen Vertrag geführt hätten.

Diese Festlegung laufe darauf hinaus, dass sich die Auftraggeberin den jederzeitigen Vertragsrücktritt ohne jegliche Konsequenz vorbehalte. Dies sei gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Immerhin wäre der Auftragnehmer der Willkür der Auftraggeberin ausgeliefert, die jederzeit den Vertrag mit sofortiger Wirkung auflösen könne. Daneben erweise sich die jedem Vertrag zugrunde liegende beiderseitige Bindung als auf unsachliche Weise zu Gunsten eines Vertragspartners ausgehöhlt und damit sogar als sittenwidrig iSd § 879 Abs 1 ABGB. Die in Rede stehende Festlegung widerspreche damit den allgemeinen Grundsätzen des BVergG sowie den Vorgaben des § 78 Abs 4 BVergG und sei sohin für nichtig zu erklären. Abgesehen davon mache die durch diese Festlegung bewirkte ungewisse Vertragsdauer eine vernünftige Angebotskalkulation unmöglich, weshalb diese Festlegung auch mit

§ 78 Abs 3 BVergG nicht in Einklang zu bringen sei. Die von der Auftraggeberin zur diesbezüglichen Frage 42 im Rahmen der 2. Fragebeantwortung gegebene Antwort sei nicht nachvollziehbar, jedenfalls aber aus rechtlicher Sicht falsch: Die Auftraggeberin vermeine, dass damit nur die zivilrechtlich angeblich ohnehin bestehende Möglichkeit wiedergegeben würde, einen Vertrag aus schwerwiegenden Gründen durch außerordentliche Kündigung ohne Einhaltung von Terminen und Fristen zu beenden. Sie übersieht dabei aber dass diese „zivilrechtlich ohnehin bestehende Möglichkeit“ davon abhängt, aus wessen Sphäre die Gründe für die Vertragsauflösung kommen, und dass weiters bei zu vertretenden Gründen entsprechende Ersatzkonsequenzen drohen. Beide Grundprinzipien würden von der gegenständlichen Vertragsbedingung aber abbedungen, weil sich die Auftraggeberin auch für Fälle, die sie selbst schuldhaft zu vertreten habe (a noch mehr: die sie sogar nachträglich beeinflussen bzw herbeiführen kann, wie etwa im Fall einer Änderung der organisatorischen Rahmenbedingungen) das Recht zur sofortigen Vertragsauflösung vorbehalten möchte, und zwar ohne dass dem Auftragnehmer irgendwelche Kompensationen zustehen sollen. Der Auftragnehmer hätte diesfalls einfach Pech gehabt. Derartig asymmetrische Lösungsmöglichkeiten in einseitig vorgegebenen Vertragsbedingungen seien nicht im Rahmen der „zivilrechtlich ohnedies bestehenden Möglichkeiten“; sie widersprächen gröblich und zwar zum Nachteil des Auftragnehmers dem Grundsatz „*pacta sunt servanda*“.

Unzulässige Verlängerung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist

In Punkt 4.10 Abs 3 der Ausschreibung sei festgelegt, dass im Zusammenhang mit Gewährleistungsansprüchen der Auftraggeberin die Vermutung der Mangelhaftigkeit bei Übernahme "bis zum Ende der jeweils geregelten Gewährleistungsfrist" gelte. Auch sei festgelegt dass sich durch die außergerichtliche Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen die Frist zur gerichtlichen Geltendmachung um ein Jahr verlängere. Damit werde nicht nur die Frist innerhalb derer die Vermutung der Mangelhaftigkeit bei Übergabe zur Anwendung gelangt ohne jegliche sachliche Rechtfertigung verlängert, sondern auch die gesetzliche Gewährleistungsfrist faktisch um ein Jahr ausgedehnt. Auch hierfür fehle eine sachliche Rechtfertigung. Eine solche sei von der Auftraggeberin auch auf Nachfrage - Frage 41 - nicht angegeben worden. Da die zitierten Festlegungen aber jeglicher sachlichen Rechtfertigung entbehren,

seien sie gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB und seien sohin für nichtig zu erklären.

Unzulässige Festlegungen im Zusammenhang mit Mängeln, Mängelbehebung, Mangelfolgeschäden

Punkt 4.10 Abs 5 sehe vor, dass Mängel, die innerhalb der Gewährleistungsfrist auftreten, sowie Schäden, die durch solche Mängel verursacht worden seien, vom Auftragnehmer unverzüglich zu beheben seien. Beginne der Auftragnehmer nicht innerhalb von drei Werktagen nach Aufforderung durch die Auftraggeberin mit der Behebung, behalte sich die Auftraggeberin das Recht vor, diese Mängel bzw Schäden ohne Prüfung der Preisangemessenheit durch Dritte auf Kosten und Gefahr des Auftragnehmers beheben zu lassen oder Preisminderung zu begehren. Das gleiche solle gelten, wenn die Mängel nicht binnen angemessener Frist vom Auftragnehmer behoben würden. Allein diese Festlegungen seine in mehrfacher Hinsicht gröblich benachteiligend und damit auch mit § 78 Abs 4 BVergG nicht in Einklang zu bringen: Faktisch sei es jedenfalls für Mangelfolgeschäden dem Auftragnehmer gar nicht möglich, innerhalb von drei Werktagen mit der Schadensbehebung zu beginnen. Dass bereits nach nur drei Werktagen die Schadensbehebung auf Kosten des Auftragnehmers durch Dritte vorgenommen werden dürfe, sei sachlich nicht gerechtfertigt und gröblich benachteiligend. Dies umso mehr, als die Auftraggeberin sogar vorsieht, dass eine Schadensbehebung durch Dritte 'ohne Prüfung der Preisangemessenheit' erfolgen solle. Weshalb diese Festlegung notwendig bzw sachlich gerechtfertigt sein soll, wird von der Auftraggeberin - auch auf Nachfrage (vgl Frage 41) - nicht angegeben; auf den Vorhalt, dass eine solche Festlegung insbesondere für Mangelfolgeschäden besonders unangemessen sei, sei die Auftraggeberin im Zuge der Fragenbeantwortung eine Antwort überhaupt schuldig geblieben. In gleicher Weise erweise sich die Festlegung in Punkt 4.10 Abs 6 der Ausschreibung, wonach dann, wenn zur Feststellung des Vorliegens oder des Ausmaßes von Mängeln bzw Mangelfolgeschäden die Einholung eines Sachverständigengutachtens notwendig sei, die Kosten dafür vom Auftragnehmer zu tragen seien. Eine derartige Regelung könne nur dann sachlich gerechtfertigt sein, wenn sie die vom Auftragnehmer zu übernehmenden Kosten auf "angemessene" Kosten beschränkte. Eine derartige Einschränkung erfolge jedoch nicht. Die Festlegung sei daher gröblich benachteiligend.

gend iSd § 879 Abs 3 ABGB, widerspreche den allgemeinen Grundsätzen des BVergG sowie den Vorgaben des § 78 Abs 4 BVergG und sei sohin für nichtig zu erklären.

In Punkt 4.10 Abs 8 sei schließlich festgelegt, dass allfällige Mitwirkungen oder Eingriffe durch Mitarbeiter der Auftraggeberin oder durch von der Auftraggeberin beauftragte Dritte keinen Einfluss auf die Gewährleistung oder sonstige Haftung des Auftragnehmers haben sollen. Eine Haftung des Auftragnehmers solle dann nicht bestehen, wenn der Auftragnehmer beweise, dass der Mangel oder Schaden ausschließlich durch Mitarbeiter der Auftraggeberin oder Dritter verursacht worden sei und insofern den Auftragnehmer kein Mitverschulden treffe. Daneben werde die Haftung des Auftragnehmers auch für jene Fälle "ausgeschlossen", in denen der Auftragnehmer oder ein von diesem beauftragter Dritter entgegen einer ausdrücklichen schriftlichen Empfehlung des Auftragnehmers eine bestimmte Maßnahme oder Vorgehensweise schriftlich anordne.

Hinsichtlich des Umstandes, dass ein Schaden ausschließlich durch einen Mitarbeiter der Auftraggeberin oder Dritte verursacht worden sei, werde es dem Auftragnehmer im Schadensfall in aller Regel faktisch nicht gelingen, einen derartigen Beweis zu führen. Die zitierte Festlegung laufe somit im Ergebnis darauf hinaus, dass der Auftragnehmer - unabhängig von eigenem Verschulden und selbst für den Fall, dass der Schaden von der Auftraggeberin oder von dieser beauftragter Dritter verursacht wurde - jedenfalls haften müsse. Die gröblich benachteiligende Wirkung dieser Festlegung werde auch nicht durch den zweiten festgelegten Fall des Haftungsausschlusses für den Auftragnehmer abgemildert; auch dieser Fall ist ohne praktische Relevanz: Gegenüber Anspruchsberechtigten würden Anweisungen in aller Regel nicht schriftlich, sondern mündlich erfolgen und würden derartige Anweisungen der Auftraggeberin oder Dritter - da nicht schriftlich erteilt - selbst wenn sie schadensursächlich sein sollten, eine Haftung des Auftragnehmers auslösen. Wiederum bleibe es dabei, dass aufgrund der zitierten Festlegung der Auftragnehmer für durch die Auftraggeberin verschuldete Schäden zu haften hätte, da die Umstände, unter denen ein Haftungsausschluss eintreten soll, praktisch unbedeutend sind. Eine derartig - sachlich nicht rechtfertigbare - umfassende Haftung des Auftragnehmers erweise sich als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Damit widerspreche auch

diese Festlegung den allgemeinen Grundsätzen des BVergG sowie den Vorgaben des § 78 Abs 4 BVergG und sei sohin für nichtig zu erklären. Die Antwort der Auftraggeberin auf die diesbezügliche Frage 41 helfe hier auch nicht weiter - sie habe mit dem Problem schlicht nichts zu tun: die Auftraggeberin meine nämlich, dass in solchen Fällen eine Haftungsbefreiung des Auftragnehmers dann möglich wäre, wenn er entsprechend sorgfältig seinen Prüf- und Warnhinweisen nachkommen würde. Was allerdings Prüf- und Warnhinweise mit (erst danach stattfindenden) Eingriffen durch Mitarbeiter der Auftraggeberin oder entgegen ausdrücklicher Empfehlungen des Auftragnehmers (also Tätigkeiten im Rahmen seiner Prüf- und Warnpflicht) gegenteilige, allerdings mündlich erteilte Anordnung zu tun haben sollen, bleibe im Dunklen.

Unzulässige Preisanpassung nach Maßgabe des Verbraucherpreisindex

In Punkt 4.9.4 der Ausschreibung sei festgelegt, dass nach Ende der Festpreisperiode eine Preisanpassung nach Maßgabe des Verbraucherpreisindex erfolgen soll. Dies sei sachlich nicht gerechtfertigt. Inkontinenzartikel bestünden hauptsächlich aus Baumwolle und Erdölprodukten. Auf Nachfrage der Antragstellerin habe die Auftraggeberin (vgl Antwort auf Frage 40) erklärt, dass ihrer Auffassung nach die Kostenbestandteile Baumwolle und Erdölprodukte keine überwiegende Bedeutung für die Gesamtkosten hätten. Welche anderen Kostenfaktoren nach ihrer Auffassung dann die überwiegende Rolle spielten, erkläre die Auftraggeberin freilich nicht. Insgesamt bleibe festzuhalten, dass aufgrund der starken Preisschwankungen bei den Grundstoffen Baumwolle und Erdöl Preisanpassung nach Maßgabe des Verbraucherpreisindex unsachlich sei. Hier müsse zumindest ein Mischindex gebildet werden, bei dem die Kostenfaktoren Baumwolle und Erdöl zumindest im Ausmaß von 50% berücksichtigt werden, um eine angemessene Preisanpassung über die Vertragslaufzeit zu gewährleisten. Die Unsachlichkeit dieser Festlegung werde entgegen der Auffassung der Auftraggeberin auch nicht durch die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung des Vertrages beseitigt.

Zum drohenden Schaden und Interesse am Vertragsabschluss führte die Antragstellerin aus, diese ergäben sich schon aus dem Umstand, dass sie im Geschäftsbereich der Versorgung von Patienten mit den ausschreibungsgegenständlichen Gegenständen umfassend tätig sei. Die Antragstellerin sei daran interessiert, im Rah-

men eines gesetzeskonform geführten Vergabeverfahrens ein Angebot abzugeben. Auch habe die Antragstellerin ihr Interesse am Vertragsabschluss bereits dadurch dargetan, dass sie detaillierte Fragen zu der gegenständlichen Ausschreibung an die Auftraggeberin gerichtet habe. Zusätzlich dokumentiere die Antragstellerin ihr Interesse am Vertragsabschluss durch die Stellung des gegenständlichen Nachprüfungsantrags. Da die Antragstellerin beabsichtige, sich auch in Zukunft an Ausschreibungen zu beteiligen, insbesondere auch solchen mit vergleichbaren Leistungsinhalten, liege die Durchführung des Auftrags auch deshalb in ihrem Interesse, weil sie zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit vielfach Referenzprojekte, die oft nur von der öffentlichen Hand beauftragt werden können, vorweisen müsse. Durch die rechtswidrige Vorgehensweise der Auftraggeberin drohe daher der Entgang eines wichtigen Referenzprojektes. Die Fortführung des vorliegenden rechtswidrigen Vergabeverfahrens würde der Antragstellerin die Chance nehmen, sich an dem Vergabeverfahren zu beteiligen. Dies würde ihr wiederum die Chance nehmen, den Zuschlag für die Erbringung der gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen im Rahmen eines fairen, transparenten und rechtskonformen Vergabeverfahrens erlangen zu können. Die Antragstellerin hätte daher nur die Wahl, entweder an der mit Rechtswidrigkeiten belasteten Ausschreibung nicht teilzunehmen, wodurch ihre Chance den Zuschlag zu erhalten, endgültig vertan wäre, oder aber unter Anwendung von Kosten, welche mit ca. € 3.000,- zuzüglich der Kosten für die anwaltliche Vertretung zu beziffern sind, ein Angebot auf Grundlage der vorliegenden rechtswidrigen Ausschreibungsunterlagen zu erstellen, wobei die hierzu aufgewendeten Kosten ohnedies wegen Rechtswidrigkeiten derselben frustriert wären. Der Antragstellerin drohe ferner durch die rechtswidrige Vorgehensweise der Auftraggeberin und den dadurch bedingten Verlust der Chance auf Zuschlagserteilung im Rahmen eines gesetzeskonformen Vergabeverfahrens ein Schaden (entgangener Gewinn) in branchenüblicher Höhe.

Durch die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung bzw. der zweiten Fragebeantwortung erachte sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren, Durchführung eines transparenten Vergabeverfahrens, Gleichbehandlung aller Bieter und Nichtdiskriminierung, rechtskonforme Gestaltung der Ausschreibung, vollständige Beschreibung des Leistungsumfangs, rechtskonforme Ausgestaltung des Leistungsumfangs, rechtskonforme Ausgestal-

tung des Leistungsvertrages, Unterlassung von Festlegungen, durch die ihr unkalkulierbare Risiken überbunden werden, Sicherstellung der Vergleichbarkeit der Angebote aufgrund hinreichend konkreter Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, sowie in ihrem Recht auf Unterlassung von (vertraglichen) Festlegungen, durch die der Auftragnehmer gröblich benachteiligt werde, verletzt.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass sie ihr Vorbringen im Nachprüfungsantrag ausdrücklich auch zum Vorbringen im Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhebe. Auch stütze sich die Antragstellerin auf sämtliche bereits angeführten Beweismittel als Bescheinigungsmittel für das Vorbringen zum Verfügungsantrag. Die Aussetzung des Laufs der Angebotsfrist im gegenständlichen Vergabeverfahren sei das gelindeste zum Sicherungsziel führende Mittel. Mit der Aussetzung des Laufs der Angebotsfrist würde eine Überprüfung der angefochtenen Ausschreibung vor Ablauf der Angebotsfrist ermöglicht und für die Antragstellerin die Chance gewahrt bleiben, sich im Rahmen eines rechtskonformen Vergabeverfahrens um die Ausführung der ausgeschriebenen Leistung zu bewerben. Das Aussetzen des Laufs der Angebotsfrist gewährleiste, dass die Antragstellerin im Falle des Obsiegens auch über hinreichend Zeit verfüge, um ein Angebot erstellen zu können, mit welchem sie eine Chance auf den Zuschlag habe, ohne gezwungen zu sein, aufgrund rechtswidriger Vorgaben in der Ausschreibung Aufwendungen zu haben, die bei rechtskonformem Vorgehen der Auftraggeber nicht entstanden wären. Sollte das BVA der in Punkt 11.3 angezogenen Argumentation nicht folgen, dann würde die in eventu begehrte Untersagung der Öffnung der Angebote das nächstgelindeste zur Verfügung stehende Mittel darstellen. Dieses "nächstgelindeste Mittel" alleine biete aber nur theoretischen Schutz, zumal es voraussetze, dass die Antragstellerin vor Ablauf der Angebotsfrist überhaupt ein Angebot abgegeben könne und dies auch getan habe.

Zusammenfassend sei somit festzuhalten, dass nicht vom Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung iSd § 329 Abs 1 BVergG auszugehen sei und die Interessenabwägung daher zugunsten der Antragstellerin auszufallen habe.

Die Auftraggeberin erteilte in ihrer Stellungnahme vom 1.12.2011 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und teilte zum Antrag auf Erlassung einer einstweili-

gen Verfügung mit, sich nicht gegen die beantragten vorläufigen Maßnahmen auszusprechen. Am 2.12.2011 legte die Auftraggeberin die Originalunterlagen des Vergabeverfahrens vor.

2. Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Im Oktober 2011 schrieb die Auftraggeberin, die Steiermärkische Gebietskrankenkasse, die Lieferung saugender Inkontinenzartikel EU-weit im offenen Verfahren als Lieferauftrag, CPV Code 85142400, laut Angaben der Auftraggeberin im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip aus. Gemäß den Ausschreibungsunterlagen umfasst der Auftrag den Jahresbedarf diverser Inkontinenzartikel zur direkten Belieferung Anspruchsberechtigter: ca. 5,300.000 Stk. Inkontinenzeinlagen (Vorlagen); ca. 3,480.000 Stk. Inkontinenzeinlagen ohne Klebestreifen und ca. 57.000 stk. Fixierhosen; ca. 4,400.000 Stk. Höschenwindeln; ca. 260.000 Stk. Schutzvorlagen. Die Zustellung soll in rund 52 700 Einzellieferungen erfolgen. Alternativangebote sind nicht zugelassen, eine Aufteilung in Lose sowie Optionen sind nicht vorgesehen.

Die Bekanntmachung in Österreich erfolgte laut Angaben der Auftraggeberin am 20.10.2011 (Online Ausgabe des Lieferungsanzeigers), die Bekanntmachung in der EU am 21. 10.2011. Das Vergabeverfahren befindet sich in der Angebotsphase. Die ursprüngliche Angebotsfrist war mit 6.12.2011, 8.00 Uhr festgelegt. Mit der EU-weiten Bekanntmachung vom 29.11.2011 wurde die Aussetzung dieser Angebotsfrist für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens veröffentlicht. Zusätzlich wurden laut Angaben der Auftraggeberin die interessierten Unternehmen, welche die Ausschreibungsunterlagen angefordert haben, jeweils gesondert mit e-mails vom 29.11.2011 durch die Auftraggeberin von der Aussetzung der Angebotsfrist verständigt.

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten und Zulässigkeit des Antrages

Bei der Steiermärkischen Gebietskrankenkasse handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA 7.4.2010, N/0012-BVA/12/2010-16 u.v.a.). Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt laut Angaben der Auftraggeberin im Oberschwellenbereich. Der gegenständliche Auftrag ist als Lieferauftrag iSd § 5 BVergG zu qualifizieren. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollanwendungsbereich 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 a B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin vom 1.12.2011 das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen.

Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

3.2 Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs 2 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Nach § 329 Abs 3 BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügenden einstweiligen Maßnahmen) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass im Hinblick auf eine allfällige Angebotsöffnung und Vergabe des Auftrages eine solche Vorgangsweise der Auftraggeberin bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden könnte, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht käme. Es droht der Antrag-

stellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagsentscheidung und –erteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Auftraggeberin hat keine gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen vorgebracht und sich ausdrücklich nicht gegen die beantragten vorläufigen Maßnahmen ausgesprochen. Dem Bundesvergabeamt sind auch keine Interessen ersichtlich, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden. Die Auftraggeberin hat bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens offensichtlich auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und daraus folgend auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht genommen (VfGH 1.8.2002, B1194/02; ebenso BVA 10.4.2008, N/0042-BVA/07/2008-EV14; 2.11.2007, N/0098-BVA/11/2007-7EV u.v.a.).

Darüber hinaus besteht auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 24.7.2008, N/0103-BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten.

Bei den beantragten Maßnahmen - die Aussetzung des Laufs der Angebotsfrist sowie die Untersagung der Öffnung der Angebote - handelt es insgesamt um die gelindesten noch zum Ziel führende Maßnahmen. Die Dauer der vorläufigen Maßnahmen

war - dem Antrag entsprechend - mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu bemessen.

Wien, am 6 .Dezember 2011
Die Vorsitzende des Senates 3
MR Dr. Sybill Andrea Böck