

**Gericht**

BVwG

**Entscheidungsdatum**

27.08.2014

**Geschäftszahl**

W139 2008219-1

**Spruch**

im namen der republik!

Das Bundesverwaltungsgericht hat gemäß § 6 BVwGG iVm 292 Abs 1 BVergG durch die Richterin Mag. Kristina Hofer als Vorsitzende sowie Mag. Jirina Rady als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Inkontinenzversorgung" der Kärntner Gebietskrankenkasse über den Antrag der XXXX vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte OG, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung erkannt:

**SPRUCH**

A

I.

Dem Antrag, das "Bundesverwaltungsgericht möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Ausschreibung zur Gänze für nichtig erklären", wird stattgegeben.

Die Ausschreibung "Inkontinenzversorgung" der Kärntner Gebietskrankenkasse wird gemäß §§ 312 Abs 2 Z 2 und 325 Abs 1 BVergG für nichtig erklärt.

II.

Den Anträgen auf Ersatz der jeweils entrichteten Pauschalgebühren wird gemäß § 319 BVergG stattgegeben.

Die Kärntner Gebietskrankenkasse ist verpflichtet, der Antragstellerin, XXXX die für den Nachprüfungsantrag entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von EUR 1.231,- sowie die für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von EUR 616,- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses bei sonstiger Exekution zu Händen ihrer bevollmächtigten Rechtsvertreter, Schramm Öhler Rechtsanwälte OG, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, zu ersetzen.

B

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

**Text****ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE****I. Verfahrensgang / Vorbringen der Parteien**

Die Antragstellerin beantragte mit Schriftsatz vom 26.05.2014 wie im Spruch ersichtlich. Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus:

Die Kärntner Gebietskrankenkasse führe ein offenes Verfahren zum Abschluss eines Lieferauftrages im Oberschwellerbereich durch, das in der Bekanntmachung unter Angabe der CPV-Codes "85142400 und 33141110" als "Inkontinenzversorgung" bezeichnet sei (Amtsblatt der EU 2014/S 089-155050 veröffentlicht am 08.05.2014). Gegenstand des Verfahrens sei die Lieferung von Inkontinenzartikeln sowie die Lieferung von Verbandsstoffen. Demgegenüber sei in der Vorinformation (Amtsblatt der EU 2014/S 023-035512, veröffentlicht am 01.02.2014) der Lieferauftrag als "Inkontinenzversorgung, Rollstühle (33193120), Sauerstoffkonzentratoren (33157400), Ordinationsbedarf (33140000)" bezeichnet. Als CPV-Code werde "85142400" angegeben.

Schlusstermin für den Eingang der Angebote sei der 03.06.2014, 10.00 Uhr. Schlusstermin für die Anforderung oder Einsichtnahme der Unterlagen der 30.05.2014, 12.00 Uhr. Die Ausschreibungsunterlagen seien von der Auftraggeberin per Post versandt worden. Eine Bieteranfrage der XXXX vom 16.05.2014, sei bislang nicht beantwortet worden.

Der Nachprüfungsantrag richte sich gegen die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit bzw in eventu gegen einzelne Ausschreibungsbestimmungen. Die Auftraggeberin habe unzulässigerweise die Angebotsfrist auf 29 Tage verkürzt. Die Voraussetzungen für eine Fristverkürzung seien aber nicht erfüllt, da sich die Vorinformation auf andere Leistungen als die Ausschreibung beziehe und damit keine § 61 BVergG entsprechende Vorinformation vorliege. Darüber hinaus habe die Auftraggeberin entgegen § 43 Abs 1 BVergG die Ausschreibungsunterlagen trotz der extrem kurzen Angebotsfrist per Post versandt. Die Ausschreibungsunterlage sei im vorliegenden offenen Verfahren nur bis 30.05.2014, 12:00 Uhr, anzufordern, obwohl die Angebotsfrist erst am 03.06.2014, 10:00 Uhr ende. Die Festlegung eines zwingenden Termins für die Ausgabe der Ausschreibungsunterlagen im offenen Verfahren verletze die Bestimmungen über die Angebotsfrist und stelle einen zwingenden Widerrufsgrund dar. Das Verfahren sei daher zwingend zu widerrufen. Die Auftraggeberin habe durch Nichtbeantwortung einer Bieteranfrage gegen ihre Verpflichtung gemäß § 58 Abs 2 BVergG verstoßen. Weiters seien die Zuschlagskriterien in mehrfacher Weise rechtswidrig:

Referenzprojekte würden ein Zuschlagskriterium bilden, welches noch dazu derart undeutlich beschreiben sei, dass eine korrekte Punkteermittlung nicht möglich sei. Weiters würden widersprüchliche Angaben zu den für Subkriterien zu vergebenden Punkten (102 bzw 100 Punkte) das Zuschlagsschema in sich widersprüchlich machen, da teilweise Regeln fehlen würden, wie bis zu 102 Punkte pro Zuschlagskriterium vergeben würden. Der Lieferzeit werde als Zuschlagskriterium eine zentrale Rolle eingeräumt, ohne dass Regelungen über die Messung der Lieferzeit getroffen und ohne dass die Zielorte der Zustellung und die Zustellhäufigkeit bekannt gegeben würden. Darüber hinaus sei mit dem Angebot ein "schlüssiges Logistikkonzept" vorzulegen, ohne dass die Anforderungen an das Konzept eindeutig definiert seien. Außerdem würden sämtliche Informationen, die zur Erstellung eines Logistikkonzepts erforderlich seien (geographischen Verteilung der zu beliefernden Personen, der Häufigkeit der Lieferungen, des Umfangs der jeweiligen Lieferungen) fehlen. Dies verstoße gegen das Gebot der eindeutigen und vollständigen Leistungsbeschreibung, das Verbot, die Leistung so zu umschreiben, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen, gegen das vergaberechtliche Diskriminierungsverbot und das Gleichbehandlungsgebot. Dem Bieter würden nicht kalkulierbare Risiken aufgebürdet, da der Leistungsvertrag keinerlei Mindestabnahmemengen vorsehe, nicht einmal bei einem völligen Entfall der Lieferungen. Zugleich werde aber vom Auftragnehmer der Aufbau einer aufwendigen Logistikinfrastruktur verlangt. Den Ausschreibungsunterlagen fehle ein den Vorgaben des BVergG entsprechendes Mengengerüst. Die Auftraggeberin habe es unterlassen, auch nur ungefähre Anhaltspunkte dazu zu geben, wie die Aufteilung der Abrufmenge auf die einzelnen Adressen erfolge. Auch würden die Ausschreibungsunterlagen in völlig unangemessener Weise die Einbindung von Subunternehmern und die Bildung von Bietergemeinschaften behindern, indem sie ein absolutes und unbeschränktes Verbot der Weitergabe der Ausschreibungsunterlagen vorsehen. Schließlich würden zahlreiche weitere Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen gegen vergaberechtliche Bestimmungen verstoßen: geeignete Leitlinien (insb. die ÖNORM A 2060) würden nicht herangezogen werden, Schadenersatzansprüche seien auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt, es seien Festpreise für zwei Jahre anzubieten, schließlich sei bei jeglichem Verstoß gegen eine äußerst weit gefasste Geheimhaltungsbestimmung eine verschuldensunabhängige Mindest-Vertragsstrafe von EUR 10.000,- im Vertrag vorgesehen.

Die XXXX sei ein führendes Unternehmen im Bereich der Lieferung von Inkontinenzprodukten und anderen Medizinprodukten mit Sitz in XXXX und sei Teil der XXXX, eines im Bereich der Hygieneprodukte weltweit führenden Konzerns. XXXX habe großes Interesse an einer Beteiligung an dieser Ausschreibung. Das XXXX sei ebenfalls ein führendes Unternehmen, das die ausgeschriebenen Leistungen am Markt anbiete und habe seinen Sitz in XXXX. Die XXXX und das XXXX hätten sich entschlossen, eine Bietergemeinschaft zu bilden, um im gegenständlichen Verfahren ein erfolgversprechendes Angebot zu legen. Es handle sich demnach um zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung befugte und in diesem Bereich seit Jahren gewerblich tätige Unternehmer, weshalb ein grundsätzliches Interesse am Vertragsabschluss schon deshalb nicht abzuspüren sei. Werde das Vergabeverfahren nach den rechtswidrigen Ausschreibungsunterlagen fortgeführt, so drohe ein

großer finanzieller und sonstiger Schaden, welcher im (da ein unbefristeter Vertrag ausgeschlossen sei, endgültigen!) Verlust der Chance auf Abgabe eines Angebots in einem gesetzeskonformen und mit dem BVergG in Einklang stehenden Vergabeverfahren und Beteiligung an einem fairen und lauterem Wettbewerb zur Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen bestehe. Weiters drohe ein Schaden in der Höhe des entgangenen Gewinns und in der Höhe der bisher angelaufenen frustrierten Kosten für das Studium der Ausschreibungsunterlagen sowie in Form des Verlustes eines bedeutenden Referenzprojektes.

Die Antragstellerin erachte sich im Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, und darin implizierter Möglichkeit der Beteiligung und anschließender Zuschlagserteilung, unter anderem gemäß § 19 Abs 1 BVergG, und insbesondere im Recht auf Abgabe und Bewertung eines gesetzes-, ausschreibungs- und vergabekonformen sowie chancenreichen Angebotes, und als Folge auch im Recht auf Transparenz der Nachprüfbarkeit der Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin verletzt, weiters im Recht auf Unterbleiben einer Verkürzung der Angebotsfrist, wenn die Voraussetzungen dafür nicht vorliegen (§ 61 BVergG), auf ein Unterbleiben der Übermittlung von Unterlagen per Brief wenn kein begründeter Ausnahmefall vorliegt (§ 43 Abs 1 BVergG), dem Recht, Ausschreibungsunterlagen im offenen Verfahren bis zum Ende der Angebotsfrist anzufordern, dem Recht auf unverzügliche Auskunftserteilung (§ 58 Abs 2 BVergG), im Recht, dass Referenzen nicht als Zuschlagskriterien herangezogen werden (§ 2 Z 20 lit d sublit aa), im Recht auf Zuschlagskriterien, die eine objektive und transparente Bestbieterermittlung erlauben (§ 79 Abs 3 BVergG), im Recht auf eindeutige Beschreibung der Leistung, die keinen Bieter von vorneherein Wettbewerbsvorteile verschafft (§ 96 BVergG), im Recht sich bei der Erstellung unseres Angebotes auf Subunternehmer und verbundene Unternehmen stützen zu dürfen (§ 83 BVergG), im Recht auf Heranziehung geeigneter Leitlinien (§§ 97 Abs 2., 99 Abs 2 BVergG) und auf Gewährung gesetzlich vorgeschriebener Schadenersatzansprüche (§ 337 Abs 1 BVergG), im Recht, Festpreise nur für ein Jahr anbieten zu müssen (§ 24 Abs 7 BVergG) sowie im Recht, Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken ermitteln zu können (§ 78 Abs 3 BVergG).

Mit Schriftsatz vom 17.06.2014 führte die Antragstellerin ergänzend aus, dass die Auftraggeberin die Vorgaben des § 61 BVergG nicht erfüllt habe, weswegen die Verkürzung der Angebotsfrist rechtswidrig gewesen sei. Keine der Definitionen für Inkontinenz deute auch nur ansatzweise darauf hin, dass Verbandsmaterialien Bestandteil der Inkontinenzversorgung seien. Ordinationsbedarf wiederum gehe als Begriff wesentlich über Verbandsmaterial hinaus. Die zwischen der Ärztekammer für Kärnten und dem Hauptverband des Sozialversicherungsträgers abgeschlossene Honorarordnung in der Fassung vom 26.11.2012 stelle klar, dass der Ordinationsbedarf u.a. Medikamente, Einmalspritzen, Einmalnadeln etc. umfasse.

Zum Verweis auf den vernachlässigbaren Anteil des Verbandsmaterials am Gesamtauftrag sei daran zu erinnern, dass nach § 15 Abs 1 Z 3 BVergG der geschätzte Auftragswert für vier Jahre relevant sei. Mit einem Wert von EUR 480.000,- läge bei getrennter Vergabe jedenfalls ein Auftrag im Oberschwellenbereich vor.

Weiters sei die Auftraggeberin bereits nach ihrem eigenen Vorbringen nicht der Verpflichtung nach § 23 Abs 4 Z 1 BVergG nachgekommen, wonach für Lieferaufträge mit einem geschätzten Gesamtwert von mindestens EUR 750.000,- zwingend eine Aufschlüsselung nach Warengruppen gemäß den Positionen des CPV vorgeschrieben werde.

Die Auftraggeberin verkenne, dass sie im Lichte der extremen Verkürzung der Angebotsfrist eine besondere Verantwortung treffe, die Ausschreibungsunterlagen, wie § 58 Abs 1 BVergG es vorschreibe, unverzüglich zur Verfügung zu stellen. Die Auftraggeberin habe gegen § 43 Abs 1 BVergG verstoßen, zumal ein begründeter Ausnahmefall, der die briefliche Übermittlung erlaubt hätte, nicht vorgelegen sei.

Die Behauptung, die Unterlagen dennoch auch nach der bekannt gemachten Frist zugänglich zu machen, sei nicht überprüfbar und bleibe die Auftraggeberin dafür jede Begründung schuldig. Abgesehen davon mussten potentiell am Verfahren interessierte Bieter, trotz der Aussetzung der Angebotsfrist, davon ausgehen, dass sie keine Möglichkeit mehr hätten, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen, da die Frist zur Anforderung der Ausschreibungsunterlagen bereits abgelaufen sei.

Im Licht der kurzen Angebotsfrist unter besonderer Berücksichtigung der vergaberechtlichen Prinzipien habe die Auftraggeberin überdies gegen das Erfordernis der "unverzüglichen Beantwortung" gemäß § 58 Abs 2 BVergG verstoßen.

Aus dem Urteil des EuGH in der Rechtssache "Evans", C-324/93, sei für die Zulässigkeit des Zuschlagskriteriums "Versorgungssicherheit" nichts zu gewinnen, zumal sich der EuGH hierin völlig abstrakt mit der Zulässigkeit eines derartigen Zuschlagskriteriums beschäftigt habe und zur konkreten Ausgestaltung eines derartigen Zuschlagskriteriums keinerlei Vorgaben mache. Im Übrigen stehe die Entscheidung in der Rechtssache "Evans" im Widerspruch zu späteren Entscheidungen des EuGH zur Abgrenzung von Eignungs-

gegenüber Zuschlagskriterien. Im besonderen Widerspruch zu "Evans" stehe das Urteil in der Rechtssache "Lianakis". Auch die Rechtsprechung des VwGH zeige, dass "Evans" überholt sei.

Die Auftraggeberin habe in ihren Ausschreibungsunterlagen unter dem Subkriterium "Versorgungssicherheit" ausschließlich die Anzahl von auftragsähnlichen Referenzprojekten der Bieter als Zuschlagskriterium herangezogen. Diese Referenzen würden jedoch bloß eine Bewertung der Erfahrung des jeweiligen Bieters erlauben, womit allein seine fachliche Eignung zur Ausführung des Auftrages überprüft werden könne. Das von der Auftraggeberin gewählte Zuschlagskriterium ermögliche aber nicht die vom EuGH geforderte Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes und sei damit kein gültiges Zuschlagskriterium. Weiters betone der EuGH in der Rechtssache "Siac Construction", C-19/00, dass ein Zuschlagskriterium geeignet sein müsse, "in der fachlichen Praxis als für die vorgenommene Beurteilung als maßgeblich und geeignet betrachtet zu werden". Es sei nicht erklärbar, weshalb es für die Auftraggeberin wirtschaftlich günstiger sein solle, von einem Lieferanten beliefert zu werden, der anstatt 15.000 Lieferungen 15.001 vergleichbare Lieferungen nachweisen könne. Das Zuschlagskriterium verstoße damit gegen die allgemeinen Grundsätze der Sachlichkeit und Gleichbehandlung, sowie gegen § 2 Z 20 lit. d sub.lit. aa BVergG, wonach Zuschlagskriterien der Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes zu dienen haben.

Hinsichtlich des Zuschlagskriteriums "Lieferzeit" bleibe völlig unklar, wie die garantierte Lieferzeit überhaupt berechnet werden solle. Damit sei aber auch völlig unklar, was unter der angebotenen Lieferzeit gemäß Punkt 4.6 der Vertragsbestimmungen gemeint sei. Bemerkenswert sei auch, dass die Lieferzeit zwar auf die Stunde genau anzubieten sei, aber eine Pönalisierung gemäß Punkt 4.6 der Lieferbedingung erst vorgesehen sei, wenn eine Verzögerung auf den nächsten Kalendertag eintrete. Die Ausschreibung würde auch keinerlei handhabbare Vorgaben für häufig vorgegebene Zeitfenster bei Lieferungen an Heime beinhalten. Das gegenständliche Zuschlagskriterium "Lieferzeit" sei daher nicht überprüfbar und verstoße daher gegen die vom EuGH in der Rechtssache "EVN/Wien Strom" aufgestellten Prinzipien.

Zur mangelnden Festlegung eines Mengengerüsts werde abermals festgehalten, dass sich in den Ausschreibungsunterlagen keinerlei Anhaltspunkte über die räumliche Verteilung der Lieferungen sowie die Häufigkeit der Lieferung finden würden. Angaben zur Verteilung der Lieferungen auf Heime und einzelne Patienten, die für die Logistik von größter Bedeutung seien, würden völlig fehlen. Dadurch wäre es unmöglich, ein effizientes und fachgerechtes Logistikkonzept zu erstellen. Auch die Standorte der Lager und die damit einhergehenden Lagerkapazitäten könnten ohne diese Informationen nicht geplant werden. Schon allein daraus ergebe sich ein Verstoß gegen § 96 Abs 6 BVergG, wonach in der Leistungsbeschreibung alle Umstände, die für die Ausführung der Leistung und die Erstellung des Angebotes von Bedeutung seien, anzuführen sind. Die mangelnde Weitergabe der notwendigen Informationen führe zur Diskriminierung derjenigen Bieter, denen diese Erfahrungswerte nicht zugänglich seien, also allen außer der derzeitigen Auftragnehmerin. Dies verstoße gegen die Grundsätze der Leistungsbeschreibung nach § 96 Abs 1 und 3 BVergG.

Zudem sei es der Antragstellerin entgegen § 78 Abs 3 BVergG angesichts des Fehlens einer Mindestabnahmemenge nicht möglich, ohne Übernahme unkalkulierbarer Risiken ein Angebot zu legen. Nach dem Wortlaut der Ausschreibungsunterlage sei es nämlich zulässig, dass überhaupt keine Produkte aus dem Vertrag abgerufen werden, gleichzeitig müsse aber ein aufwendiges Verteilungssystem mit garantiert stundengenaue Zustellung für ganz Kärnten errichtet werden.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin sei die ÖNORM A2060 in ihrer Gesamtheit auf diesen Lieferauftrag anzuwenden und die Auftraggeberin hätte nur in Einzelfällen davon begründet abweichen dürfen. Bezeichnend sei der Umgang der Auftraggeberin mit Punkt 7.4.4 der ÖNORM A2060, die eine Regelung für die Nachteilsabgeltung enthalte. Entsprechend den Ausschreibungsunterlagen sei nämlich unter Punkt 4.13 selbst bei einem gänzlichen Leistungsausfall jegliche Nachteilsabgeltung ausgeschlossen.

Mit Schriftsatz vom 28.05.2014 erteilte die Auftraggeberin, vertreten durch Fink, Bernhart, Haslinglehner, Peck Rechtsanwälte, Bahnhofstraße 5, 9020 Klagenfurt, dem Bundesverwaltungsgericht die erbetenen allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es handle sich um einen im Oberschwellenbereich anzusiedelnden Lieferauftrag gemäß § 5 BVergG (CPV-Code 85142400/33141110), welcher in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Am 01.02.2014 sei eine Vorinformation (2014/S 023-035512), am 06.05.2014 sei die Bekanntmachung der beabsichtigten Vergabe veröffentlicht worden (2014/S 089-155050). Es seien bislang keine Angebote eingelangt, sämtliche Bieteranfragen seien mit Anfragebeantwortung vom 26.05.2014 beantwortet worden. Die Interessenten seien am 27.05.2014 gesondert davon verständigt worden, dass aufgrund des anhängigen Nachprüfungsverfahrens die Angebotsöffnung am 03.06.2014 nicht stattfinde.

Mit Stellungnahme vom 05.06.2014 nahm die Auftraggeberin inhaltlich Stellung wie folgt: Die Informationen in der Vorinformation seien ausreichend, weswegen auch die Verkürzung der Angebotsfrist zulässig sei.

Verbandsmaterialien seien Bestandteil der Inkontinenzversorgung. Außerdem sei in der Vorinformation auch Ordinationsbedarf bekannt gemacht, der ebenfalls Verbandsmaterialien beinhalte. Die ausgeschriebenen Verbandsmaterialien würden nur vernachlässigbare 4,5% des Gesamtauftragswertes ausmachen, weswegen es auch eine reine Schutzbehauptung der Antragstellerin sei, dass sie für die Erstellung eines Angebotes, welches auch Verbandsmaterialien umfasse, mehr Zeit benötigen würde. Ein grober Überblick über die Marktsituation sei fachkundigen Unternehmen schon aufgrund der Vorinformation möglich gewesen.

Die Ausschreibungsunterlagen seien sämtlichen Interessenten unverzüglich, jedenfalls aber innerhalb der sechstägigen Frist gemäß § 58 Abs 1 BVergG zugestellt worden, was die Antragstellerin sogar zugestehe.

Die Auftraggeberin habe gegenüber der gesetzlich zulässigen Mindestfrist von 22 Tagen auch eine 29-tägige Angebotsfrist vorgesehen. Allfällige, durch den Postweg verursachte, Verzögerungen würden durch diese Fristverlängerung berücksichtigt werden. Einen Nachteil für die Interessenten, der aus der Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen am Postweg resultieren könne, gebe es daher nicht. Der Termin zur Anforderung der Ausschreibungsunterlagen könne in der Veröffentlichung angegeben werden, was die Auftraggeberin getan habe. Eine Rechtswidrigkeit bzw. ein Nachteil für die Interessenten sei dadurch nicht verwirklicht. Abgesehen davon hätte man die Herausgabe und Übermittlung der Unterlagen auch nach dem 30.05.2014 nicht verweigert.

Gemäß Punkt 1.12 der Ausschreibungsunterlagen würden die Bieteranfragen gesammelt und anonymisiert beantwortet werden. Die Auftraggeberin habe die Bieteranfragen bis 22.05.2014 gesammelt und die Anfragebeantwortung fristgerecht am 26.05.2014 sämtlichen Interessenten, sohin auch der Antragstellerin, per E-Mail übermittelt. Dies stelle keine Verzögerung dar.

Zu der in den Zuschlagskriterien zu vergebenden Punkteanzahl werde ausgeführt, dass für das Zuschlagskriterium "Qualität/Saugende Inkontinenz" maximal 102 Punkte vergeben werden würden, während demgegenüber eindeutig geregelt sei, dass in den Zuschlagskriterien "Preis", "Logistik/Versorgungssicherheit" und "Fachberatung" jeweils maximal 100 Punkte vergeben werden würden.

Die Festlegung des Zuschlagskriteriums "Versorgungssicherheit" sei zulässig. Es sei für die Kunden/Patienten der Auftraggeberin von wesentlicher Bedeutung, dass ihre regelmäßige und rasche Versorgung mit den angefragten Produkten sichergestellt sei. Die Bewertung der Anzahl der vergleichbaren jährlichen Lieferungen mit den in der Ausschreibung enthaltenen oder vergleichbaren Produkten an eine bestimmte Anzahl von Adressen (zumindest 2000 Adressen) weise somit jedenfalls einen engen sachlichen Bezug zum Auftragsgegenstand auf. Je höher die Anzahl der sichergestellten Lieferungen pro Jahr sei, desto höher sei auch die zu erreichende Punkteanzahl.

Das Zuschlagskriterium "Lieferzeit" sei hinreichend bestimmt. Entsprechend den Ausschreibungsunterlagen seien derzeit jährlich 55.000 Lieferungen an 10.800 Adressen in Kärnten erforderlich. Mit der Bieteranfragebeantwortung vom 26.05.2014 habe die Auftraggeberin den derzeitigen Lieferumfang nochmals konkretisiert. Es sei sicherzustellen, dass jede Lieferung jedenfalls innerhalb von 96 Stunden ab Zugang der Bestellung an jedem erdenklichen Zustell- bzw. Lieferort in Kärnten eintreffe. Die Kontrolle der Einhaltung der Lieferzeit erfolge durch Gegenüberstellung des Zeitpunktes des Einlangens der Bestellung mit dem Lieferzeitpunkt der jeweiligen Lieferung.

Die festgelegten Zuschlagskriterien seien vollkommen transparent und nicht diskriminierend.

Zu den Anforderung an das Logistikkonzept werde festgehalten, dass das Logistikkonzept nicht bewertet werde und ausschließlich dazu diene, die Einhaltung des Beschaffungszieles, das sei die Sicherstellung der raschen bzw. innerhalb garantierter Lieferfrist zugesicherten Versorgung der Kunden/Patienten mit den angefragten Produkten, nachzuweisen. Die für die Erstellung des Logistikkonzeptes notwendigen Parameter würden sich abschließend aus der Ausschreibung ergeben und seien mit der Beantwortung der Bieteranfrage am 26.05.2014 nochmals konkretisiert worden, sodass die Antragstellerin über alle notwendigen Informationen zur Erstellung eines Logistikkonzeptes verfüge.

Hinsichtlich des Fehlens von Mindestabnahmemengen verwies die Auftraggeberin darauf, dass die im Leistungsverzeichnis angeführten Mengenangaben auf dem Bedarf der Kunden/Patienten im Vorjahr beruhen würden. Aufgrund der langjährigen Erfahrung könne die Auftraggeberin die Aussage treffen, dass 80% der ausgeschriebenen Mengen jedenfalls abgerufen werden würden. Es könnte diese Menge aber nicht garantiert werden, weil diese vom Bedarf der Kunden abhängig sei. Dadurch sei diese Abweichung von Punkt 7.4.4 der ÖNORM A2060 sachlich gerechtfertigt. Diese Regelung sei aus den angeführten Gründen auch nicht rechtsmissbräuchlich und sittenwidrig. Diese Mehr- und Minderleistungen würden sich selbstverständlich auch finanziell auswirken, das bedeute, Mehrleistungen würden dem Auftragnehmer auch bezahlt werden.

Zu den angeblich nicht ausreichenden Angaben zum Mengengerüst halte die Auftraggeberin nochmals fest, dass alle zur Kalkulation notwendigen Informationen sich bereits aus den Ausschreibungsunterlagen ergeben würden und seien diese mit der Beantwortung der Bieteranfragen am 26.05.2014 nochmals konkretisiert worden.

Zu angeblich rechtswidrigen Verpflichtung zur Rücknahme von Inkontinenzartikeln Verstorbener sei auszuführen, dass Inkontinenzartikel als Hilfsmittel abgegeben werden, zu welchen die Kärntner Gebietskrankenkassa gemäß § 154 ASVG zur Zahlung von Zuschüssen verpflichtet sei. In so einem Fall bestehe auch die Möglichkeit einer Direktverrechnung. Der Zuschuss werde dann mit dem Vertragspartner (ist Auftragnehmer) direkt verrechnet. Als Käufer der Hilfsmittel würden die Versicherten auftreten, diese bedürften, um in den Genuss des Erhalts des Zuschusses zu gelangen, einer ärztlichen Verordnung. Überdies stehe es den Bietern/ Antragnehmern auch frei, mit den Kunden/Patienten einen Eigentumsvorbehalt zu vereinbaren, um die von der Antragstellerin relevierten, vollkommen realitätsfremden, Probleme zu vermeiden.

Die Geheimhaltungsklauseln gemäß Punkt 1.2 und 1.3 der Ausschreibung seien unmissverständlich dahingehend zu verstehen, dass die Weitergabe der Ausschreibungsunterlagen und von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen der Auftraggeberin an verbundene Unternehmen nur dann nicht zulässig sei, wenn sich diese am gegenständlichen Vergabeverfahren nicht beteiligen.

Die im Vergabeverfahren relevante Haftungsform sei die der vertraglichen Haftungsform. Der Vertragsbrüchige habe zu beweisen, dass ihn an der Vertragsverletzung kein Verschulden treffe. Den Vertragsparteien würden prinzipiell weitreichende Möglichkeiten zur Verfügung stehen, wie die Haftung im Vertrag ausgestaltet sei. Es bleibe den Vertragsparteien überlassen, in welcher Form, für welche Schäden, ab welchem Verschuldensgrad und zu welchem Zeitpunkt dieser Ersatz erfolgen solle. Es sei somit zulässig, eine allfällige Haftung für Bieter im Rahmen des Vergabeverfahrens entstandene Schäden auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu beschränken.

Eine Festlegung einer Festpreisperiode von zwei Jahren sei gegenständlich sachlich gerechtfertigt und verstoße sohin nicht gegen § 24 Abs 7 BVergG. Die ausschreibungsgegenständlichen Inkontinenzartikel würden innerhalb von zwei Jahren keine Preisschwankungen, die fünf Prozent übersteigen, erfahren. Die von der Antragstellerin monierten schwankenden Zellstoffpreise würden nicht alle drei ausgeschriebenen Kategorien betreffen. Die Festlegung einer Festpreisperiode von zwei Jahren sei auch nicht rechtsmissbräuchlich oder sittenwidrig.

Die im Rahmen der Inkontinenzversorgung verwendeten Daten würden Aufschluss über den Gesundheitszustand eines Betroffenen geben und seien somit zweifelsfrei unter die Kategorie der sensiblen Daten gemäß § 4 Z 2 DSGVO einzustufen. Nach dem objektiven Erklärungswert der Ausschreibungsfestlegungen seien denklogisch nur sensible Daten im Sinne des DSGVO und der Datenschutzverordnung für die gesetzliche Sozialversicherung von Punkt 4.18 der Ausschreibungsunterlagen umfasst, nicht aber die beispielhaft von der Antragstellerin angeführte Anzahl der Parkplätze und dgl. Eine Vertragsstrafe könne zulässigerweise auch für den Fall unverschuldeter Nicht- oder Schlechterfüllung vereinbart werden. Da es sich um sensible Daten handle, welche mit der höchsten Schutzwürdigkeit ausgestattet seien, könne ein Verstoß gegen den Datenschutz zu einem immensen Schaden mit nicht absehbaren finanziellen Folgen für die Auftraggeberin führen, da sie aufgrund ihrer Eigenschaft als Sozialversicherungsträger ohnehin an strengere als die gesetzlichen Datenschutzbestimmungen gebunden sei. Abgesehen davon entspreche eine Vertragsstrafe in der Höhe von EUR 10.000,- je Verstoß lediglich 0,34% des geschätzten Auftragswertes pro Jahr. Die festgesetzte Vertragsstrafe sei sohin verhältnismäßig. Diese Festlegung sei auch nicht rechtsmissbräuchlich und sittenwidrig. Sie widerspreche auch nicht Punkt 6.5.3 der ÖNORM A 2060.

Zu den angeblich rechtswidrigen Abweichungen von Liefervertragsnormen werde ausgeführt, dass gemäß § 99 Abs 2 BVergG geeignete Leitlinien ohnehin nur dann für weitere, über die Angaben gemäß § 99 Abs 1 BVergG hinausgehende Festlegungen heranzuziehen seien, soweit der Auftraggeber dies im Einzelfall für erforderlich erachte. Der Auftraggeber könne von diesen Leitlinien abweichende Festlegungen treffen, sogar ohne dies sachlich rechtfertigen zu müssen. Gegenständlich habe die Auftraggeberin die sachliche Rechtfertigung mit diesem Schriftsatz bekanntgegeben. Die in den Vertragsbestimmungen festgelegten Vertragsklauseln seien auch nicht sittenwidrig oder rechtsmissbräuchlich.

Am 02.07.2014 fand eine mündliche Verhandlung vor dem BVwG statt. In Replik auf die Stellungnahme der Antragstellerin vom 17.06.2014 legte die Auftraggeberin eine schriftliche Stellungnahme vor, wonach es sich bei Inkontinenz in der Regel um ein unveränderliches Krankheitsbild handle und für die Patienten aufgrund ihrer regelmäßig eingeschränkten Mobilität von großer Bedeutung sei, dass sie lückenlos und dauerhaft mit den ausschreibungsgegenständlichen Produkten direkt, d.h. an ihrer Wohnadresse oder ihrem Aufenthaltsort versorgt werden. Es sei ein wichtiger Zusatznutzen, dass die direkte Versorgung der Patienten in Kärnten mit den

ausschreibungsgegenständlichen Produkten innerhalb von 96 Stunden ab Bestellung sichergestellt sei. Es gehe darum, die Zuverlässigkeit und Kontinuität der Direktversorgung der Patienten sicherzustellen. Je größer die nachgewiesene Anzahl der Lieferungen sei, desto höher sei auch die Versorgungssicherheit der Versicherten/Patienten. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ergebe sich aus der von ihr zitierten Judikatur des EuGH wie auch des VwGH, die auf "Evans" mehrfach Bezug nehme, dass die Versorgungssicherheit und zwar konkret die Fähigkeit der Bieterunternehmen die Versorgung zuverlässig und dauerhaft sicherzustellen, fallbezogen als Kriterium zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes dienen könne. Die Auftraggeberin prüfe nicht, ob eine bestimmte Anzahl jährlicher Lieferungen gleicher oder ähnlicher Produkte an 2.000 Adressen nachgewiesen werde, sondern vergleiche die verschiedene Anzahl jährlicher Lieferungen miteinander und leite daraus die unterschiedliche Qualität der Versorgung mit den gegenständlichen Produkten ab. Referenzen, die - wie im gegenständlichen Fall - einer qualitativen Prüfung unterzogen würden, dürften als Zuschlagskriterien herangezogen werden.

Grundsätzlich dürfe die Auftraggeberin darauf vertrauen, dass redliche Bieter, die mit der rechtsgültigen Unterfertigung ihres Angebotes verbindlich zugesicherten Angaben, insbesondere die Lieferzeiten, auch einhalten würden. Die Auftraggeberin gehe davon aus, dass bei den von den Bietern als Referenzaufträge nachgewiesenen Aufträgen auch Lieferzeiten einzuhalten seien. Im Rahmen der Kontaktaufnahme mit den Referenzauftraggebern könne die Auftraggeberin daher prüfen, ob die Bieter die dort angebotenen Lieferzeiten einhalten würden. Im Stadium der Vertragserfüllung sei die Einhaltung der garantierten Lieferzeit objektiv durch Gegenüberstellung des Zeitpunktes des Einlangens der Bestellung (Einzelbestellschein) mit dem tatsächlichen Lieferzeitpunkt (Lieferschein) überprüfbar.

Kärnten weise eine Gesamtfläche von lediglich 9.535, 97 km<sup>2</sup> auf. Die Lieferadressen seien auf das gesamte Landesgebiet verteilt und würden sich auch regelmäßig ändern. Jeder Versicherte habe eine eigene Adresse. Mengen und Anzahl der Lieferungen seien transparent festgelegt worden und für die Kalkulation des Angebotes ausreichend.

Der gegenständliche Lieferauftrag beinhalte auch die Heimbelieferung, welche bisher auf anderen Parametern beruht habe. Die derzeitige Auftragnehmerin habe dementsprechend, entgegen der Vermutung der Antragstellerin, keinen Wettbewerbsvorteil.

Die Antragstellerin verwies auf ihr bisheriges Vorbringen und ergänzte Folgendes: Es sei aus kalkulatorischer Hinsicht für einen Bieter von extrem großer Bedeutung, wie sich die Lieferungen auf Heime beziehungsweise auf Privathaushalte verteilen würden. Zu dieser Aufteilung gebe die Auftraggeberin in der Ausschreibungsunterlage keinerlei Informationen bekannt. Die Auftraggeberin habe bei der eigenen Kostenschätzung, welche der Antragstellerin im Rahmen der Akteneinsicht zugänglich gemacht worden sei, zwischen Privatlieferungen und Lieferungen an Heime unterschieden. Die Auftraggeberin verfüge also offenkundig über sämtliche dieser Daten und wäre vergaberechtlich auch verpflichtet gewesen, diese den Bietern zur Verfügung zu stellen.

Entgegen dem Vorbringen der Auftraggeberin würden selbstverständlich Lieferungen an Patienten in Heimen mit dem Personal der Heime abgestimmt werden. Einerseits verlange die Auftraggeberin einen stundengenauen Liefertermin in Kärnten zuzusagen, andererseits stelle sie zur Belieferung der Heime, welche offensichtlich erhebliche Besonderheiten aufweisen würden, keinerlei Informationen zu Verfügung. Dies verstoße gegen § 96 Abs 6 BVerfG, nachdem die Auftraggeberin besondere Erschwernisse oder Erleichterungen in der Ausschreibungsunterlage darzustellen habe und bevorzue derzeit massiv die derzeitigen Leistungserbringer, die über diese Informationen verfügen würden. Für eine vernünftige Kalkulation wären die Anzahl der Heime, wie viele der Patienten in diesen wohnhaft seien und auch eine regionale ungefähre Aufteilung nach Postleitzahlen bekannt zu geben. Heime könnten im Übrigen nicht 24 Stunden am Tag beliefert werden, es gäbe hier Lieferbeschränkungen.

Um den Anforderungen der Auftraggeberin an eine stundengenaue Lieferung an jeden beliebigen Ort Kärntens überhaupt entsprechen zu können, seien extrem aufwendige Logistikstrukturen notwendig, weil sonst die Sicherheit der Lieferung und ganz besonders die stundengenaue Lieferung unmöglich gewährleistet werden könne. Dies fordere den Betrieb von Lagern, den Betrieb eines aufwendigen IT-Systems, Schnittstellen zu den Systemen der Kärntner Gebietskrankenkassa, die Sicherstellung, dass Beschwerden oder Probleme in der Leistungserbringung unverzüglich bearbeitet werden können. Dies verursache erhebliche Kosten, für die im Leistungsverzeichnis keine eigene Position vorgegeben sei, was jeden Bieter dazu zwingt diese Kosten auf die Einheitspreise der zu liefernden Produkte umzulegen. Das Fehlen einer Mindestabnahmemenge und jeglicher anderer Regelung, die eine Nachteilsabgeltung bei einem erheblichen Abweichen von dem angegebenen Erfahrungswert sicherstellen würde, mache dieses Umlegen für den Bieter unmöglich. Dies werde durch die Anforderung einer stundengenauen Lieferung sowie die branchenmäßig unübliche Weise einer direkten und einzelnen Belieferung der Bezieher in Heimen noch verschärft. Der Ausschluss jeglicher Nachteilsabgeltung

zwinge daher zu einem riesigen Risikoaufschlag. Zwar sichere die Auftraggeberin in einem Aktenvermerk zur sachlichen Rechtsfertigung der Ausschreibungsunterlage ausdrücklich zu, dass zugesichert werden könne, dass 80 Prozent der ausgeschriebenen Mengen abgerufen werden würden. Dem gegenüber lege die Auftraggeberin in den Vertragsbestimmungen ausdrücklich fest, dass keinerlei Abgabemenge zugesichert werde und bei einem Unterschreiten der Mengen jede Nachteilsabgeltung ausgeschlossen sei.

Die Auftraggeberin führte im Rahmen der mündlichen Verhandlung weiters Folgendes aus: Die Belieferung erfolge nach dem individuellen Bedürfnissen des jeweiligen Patienten entsprechend seiner Nachfrage, die gemeinsam mit dem Versorgungsschein bei der Auftraggeberin einlange. Ausschreibungsgegenständlich sei auch für den Heimbereich die personenbezogene direkte und dauerhafte Einzelbelieferung der Versicherten mit den ausschreibungsgegenständlichen Produkten. Lieferzeitpunkte, Zeitfenster für die Anlieferungen, spezielle Anlieferorte die von der Adresse des Versicherten abweichen oder allfällige Sammelbestellungen könne der Bieter mit den einzelnen Versicherten individuell abstimmen, er sei aber dazu nicht verpflichtet. Nach dem Wissensstand der Auftraggeberin sei eine Belieferung der Patienten in Heimen rund um die Uhr auch an Sonn- und Feiertagen möglich. Für beispielsweise besachwaltete Patienten würde die Bestellung durch den Sachwalter in Koordination mit der Heimbetreuung erfolgen.

Die Differenzierung in der Kostenschätzung zwischen Heim und Privatpatienten beruhe einzig und allein auf der Tatsache, dass bei Heimpatienten derzeit kein Selbstbehalt eingehoben werde. Ab 01.01.2015 werde von jedem Patienten ein Selbstbehalt eingefordert.

Derzeit erfolge die Lieferung einerseits an Privatpersonen und andererseits an Heimpatienten, wobei die Anlieferung in Heimen als Gesamtlieferung für alle Patienten erfolge. Diese erfolge bislang einmal im Monat. In Zukunft erfolge die Lieferung für alle Patienten individuell.

Derzeit würde sich ein Drittel der Patienten in Heimen und zwei Drittel der Patienten an Privatadressen befinden. Die Adressen der Patienten würden sich im gesamten Landesgebiet von Kärnten befinden und könnten sich auch jederzeit ändern, was auch regelmäßig geschehe. Die Auftragnehmer sollte ihrer Kalkulation eine Lieferung an jeden erdenklichen Ort in Kärnten zu Grunde legen. Im Rahmen der Bieteranfrage seien ohnehin entsprechende Fragen beantwortet worden, sodass den Bietern alle für die Kalkulation erforderlichen Parameter zu Verfügung gestellt worden seien.

Der derzeitige Auftragnehmer verfüge nicht über die personenbezogenen Daten und über die Anzahl der in den Heimen zu versorgenden Patienten. Er habe allerdings Kenntnis über den Bedarf des jeweiligen Heimes. Auch habe der derzeitige Auftragnehmer Informationen der derzeitigen Patienten zu Hause über deren jeweiligen Bedarf.

Zum Zuschlagskriterium "Versorgungssicherheit" führte die Auftraggeberin ergänzend aus, dass die zumindest 10.000 Lieferungen an 2.000 individuell verschiedene Adressen jährlich durchgeführt worden seien müssten und dies innerhalb eines Auftrages. Nach dem Verständnis der Auftraggeberin sei der Nachweis nach Punkt 3.3.3 der Ausschreibungsunterlagen ausschließlich durch eine einzige Referenz nachzuweisen, sohin gebe es einen einzigen Referenzauftraggeber. Das Zuschlagskriterium "Versorgungssicherheit" treffe nicht nur eine Aussage darüber, ob das Kriterium erfüllt sei oder nicht, sondern lasse einen Vergleich der Angebote zueinander zu. Eine über eine Mindestanzahl von 10.000 Lieferungen hinausgehende Lieferung erhalte Punkte nach der vorgesehenen Staffelung. Die Bewertungssprünge seien für die Auftraggeberin nicht gerade exorbitant. Acht Punkte von insgesamt 64 Gesamtpunkten würden 12,5 Prozent entsprechen. Die Staffelung erfolge in 5.000er Schritten. Wie auch bei Ausschreibungen im Bauwesen müsse eine Grenze eingezogen werden.

Zur Frage der Häufigkeit der Lieferungen führte die Auftraggeberin weiters aus, dass der Arzt den Verordnungsschein erstelle und diesen an die Kärntner Gebietskrankenkasse übermittle. Diese erstelle abhängig von der Diagnose den täglichen Bedarf des Patienten. Die Häufigkeit der Lieferungen werde auf den Packungsinhalt abgestimmt. Den Packungsinhalt bestimme jeder Auftragnehmer grundsätzlich selbst.

Die Auftraggeberin gehe im Übrigen davon aus, dass etwa Lager oder IT oder Beschwerdemanagement bei der Antragstellerin vorhanden seien, sodass sich allfällige Mehrkosten in einem sehr geringen Ausmaß halten würden. Die Auftraggeberin gehe weiters davon aus, dass innerhalb von zwei Tagen an jeden erdenklich Ort in Kärnten geliefert werden könne. Es sei zutreffend, dass sich in der Ausschreibung selbst keine Angaben dazu finden würden, dass 80 Prozent der ausgeschriebenen Mengen zugesichert werden könnten. Das Szenario, dass keine Lieferungen erfolgen würden, sei hypothetisch und werde nicht eintreten.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:



1. Festgestellter Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel):

Aufgrund der vorliegenden Stellungnahmen, der Bezug nehmenden Beilagen, der vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 02.07.2014 wird folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Kärntner Gebietskrankenkasse schrieb die gegenständliche Leistung in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip aus (Amtsblatt der EU 2014/S 089-155050 Absendung der Bekanntmachung am 06.05.2014). Entsprechend den Angaben der Auftraggeberin beträgt der geschätzte Auftragswert EUR 2.920.000,-/Jahr (exkl. USt), wobei der Vertrag auf zwei Jahre beginnend mit 01.01.2015 abgeschlossen werden soll und sich automatisch jeweils um ein weiteres Jahr, sofern er nicht spätestens 3 Monate vor Ablauf von einer der beiden Vertragsparteien schriftlich per Einschreiben gekündigt wird, verlängert. Das Ende der Angebotsfrist wurde mit 03.06.2014, 10.00 Uhr festgelegt.

Am 26.05.2014 brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Nachprüfungsantrag verbunden mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht ein. Mit Beschluss vom 30.05.2014 wurde die Angebotsfrist im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren ausgesetzt.

Es wurde weder der Zuschlag erteilt noch wurde eine Widerrufsentscheidung bekanntgegeben oder der Widerruf erklärt.

Die maßgeblichen Bestimmungen der Ausschreibung lauten auszugsweise wie folgt:

"1.4 Beschaffungsziel und Leistungsbild

Die Auftraggeberin versorgt derzeit ca. 10.800 PatientInnen ständig mit den im Leistungsverzeichnis enthaltenen Artikeln. Aufgrund einer ärztlichen Verordnung wird den PatientInnen der erforderliche Bedarf an Inkontinenzartikeln (lt. Leistungsverzeichnis) an die bekanntgegebene Adresse zugestellt. Gegenstand der Ausschreibung ist die direkte Belieferung (personalisierte Zustellung) von Anspruchsberechtigten der Auftraggeberin mit Artikeln für saugende Inkontinenz, ableitende Inkontinenz und Verbandstoffe. Diese Leistungen sind gemäß den Vertragsbestimmungen in Punkt Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden. und dem Leistungsverzeichnis zu erbringen. ...

3 Zuschlagskriterien und Gewichtung

Die Vergabe erfolgt an jene(n) Bieter, der das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot in der gegenständlichen Ausschreibung unterbreitet (Bestbieterprinzip).

3.1 Gewichtung

Die maßgeblichen Zuschlagskriterien werden von der Auftraggeberin wie folgt gewichtet:

Zuschlagskriterium Gewichtung in %

Preis 50

Logistik/Versorgungssicherheit 30

Qualität "Saugende Inkontinenz" 10

Fachberatung 10

...

3.3 Logistik/Versorgungssicherheit

3.3.1 Allgemeines

Das Kriterium Logistik/Versorgungssicherheit teilt sich in zwei Subkriterien, nämlich in das Kriterium der garantierten Lieferzeit sowie in das Kriterium der Versorgungssicherheit. Die in den beiden Subkriterien erreichten Punkte (maximal 100 Punkte) werden zusammengezählt und mit dem unter Punkt 3.1 angeführten Faktor gewichtet.

### 3.3.2 Lieferzeit

Für das Kriterium garantierte Lieferzeit (ab Zugang der Bestellung beim Bieter bis zum ersten Zustellversuch an den Patienten) gilt:

Die Lieferung hat jedenfalls innerhalb von 96 Stunden (garantierte Lieferzeit) ab Zugang der Bestellung beim Bieter zu erfolgen (Muss-Kriterium). Für jede volle Stunde Unterschreitung der Maximallieferzeit von 96 Stunden bis zur realistisch kürzest möglichen Lieferzeit von 24 Stunden erhält der Bieter 0,5 Punkte. Bei der kürzesten von der Auftraggeberin als realistisch angesehenen Lieferzeit sind maximal 36 Punkte erreichbar.

### 3.3.3 Versorgungssicherheit/Anzahl vergleichbarer Lieferungen

Zum Nachweis der Erfüllung der Versorgungssicherheit (wesentliches Beschaffungsziel der Auftraggeberin) der Anspruchsberechtigten der Auftraggeberin hat der Bieter ein Logistikkonzept zu erstellen, aus dem hervorgeht, dass er in der Lage ist, die Anspruchsberechtigten der Auftraggeberin innerhalb der von ihm zugesagten garantierten Lieferzeit mit den angebotenen Produkten zu beliefern. Aufgrund des Umfangs der Lieferungen von rund 55.000 Zustellungen jährlich an

10.800 Adressen, ist ein fundiertes, kapazitätsmäßig ausreichendes und funktionierendes schlüssiges Logistikmodell erforderlich.

Der Bieter hat in seinem Konzept nachzuweisen, wie er die Anforderungen der Auftraggeberin bestmöglich zu erfüllen gedenkt. Das Logistikkonzept hat jedenfalls Ausführungen zu den Maßnahmen des Bieters zu enthalten, mit denen die ständige Verfügbarkeit der im Leistungsverzeichnis ausgeschriebenen und vom Bieter angebotenen Produkte gewährleistet werden kann, sowie Maßnahmen zur Sicherstellung der termingerechten Auslieferung/Zustellung, insbesondere unter Nachweis der Logistikkette vom Hersteller - Händler - Logistiker - Anspruchsberechtigte(r) und Nachweis der verfügbaren Lagerkapazitäten, Standorte der Lager, verfügbaren Transportmittel etc. und Nachweis der Vorkehrungen bei Ausfall des EDV-unterstützten Bestell- und Abrechnungswesens, zu enthalten. Ein besonderes Augenmerk wird im Logistikkonzept auf die Lagerfähigkeit und die zeitliche Waren-Umschlagshäufigkeit und die personelle Kapazität zur gesicherten Erreichung der Lieferzeiten gelegt.

Die Vorlage eines schlüssigen Logistikkonzeptes ist zwingende Voraussetzung für die Auftragserteilung (Muss-Kriterium). Der Bieter kann sich von der Verpflichtung zur Vorlage eines schlüssigen Logistikkonzeptes nur befreien, indem er erfolgreich laufende Referenzaufträge nachweist, die neben den untenstehenden Voraussetzungen auch die Anforderungen des Logistikkonzeptes erfüllen, das sind insbesondere rund 55.000 Zustellungen vergleichbarer Produkte jährlich an 10.800 Adressen innerhalb einer Lieferzeit von (jeweils) maximal 96 Stunden.

Die Erbringung von vergleichbaren Leistungen (siehe dazu sogleich weiter unten) innerhalb der letzten 3 Jahre (gerechnet rückwirkend ab dem Tag der Absendung der Bekanntmachung) kann durch (bewertungsrelevante) Referenzen nachgewiesen werden (Beilage 4).

Die Referenzen müssen jedenfalls folgende Angaben enthalten:

Name und Sitz des Referenzauftraggebers sowie Name einer auskunftsberechtigten Auskunftsperson;

Wert der Leistung;

Zeit und Ort der Leistungserbringung;

Angabe, ob die Leistung fachgerecht und ordnungsgemäß ausgeführt wurde;

Vom Bieter erbrachter Anteil an der Leistungserbringung (Anteil am Referenzauftragswert), wenn die Referenz in einer Arbeitsgemeinschaft erbracht wurde;

sonstige in Beilage 4 abgefragte Angaben.

Die Erbringung der in Beilage 4 beschriebenen Leistungen ist durch eine Bescheinigung des Referenzbeauftragers nachzuweisen (z.B. Bestätigungsvermerk des Referenzbeauftragers auf der Beilage 4). Das gilt dann nicht, wenn der Referenzbeauftragter kein öffentlicher Auftraggeber ist und von diesem eine Bescheinigung nicht erhältlich ist. In diesem Fall genügt die in Beilage 4 abgegebene Erklärung des Unternehmers, die von der Auftraggeberin überprüft werden kann.

Die Referenzaufträge müssen, um mit dem gegenständlichen Projekt vergleichbar zu sein, jedenfalls folgende Leistungen/Merkmale enthalten/aufweisen:

Lieferung von den in der Ausschreibung enthaltenen oder vergleichbaren Artikeln

an eine Gesundheitseinrichtung wie beispielsweise ein Krankenhaus oder eine Pflegeanstalt oder einen Sozialversicherungsträger

auf Grund eines Dauer- oder Rahmenvertrages

bei dem insgesamt mindestens 10.000 Einzellieferungen pro Jahr an zumindest 2.000 Adressen bereits erbracht wurden

Unter "Dauer- oder Rahmenvertrag" versteht die Auftraggeberin Vertragsverhältnisse mit einer Laufzeit von mindestens 6 Monaten, bei denen der Auftragnehmer bestimmte Produkte zu gleichbleibenden (vertraglich geregelten) Konditionen auf Grund von mehreren Einzelabrufen liefert.

Aktuell laufende Aufträge sind als Referenzen zugelassen, sofern die oben beschriebenen Leistungen/Merkmale vorliegen. Referenzprojekte, bei denen die letzte Einzellieferung (gemessen vom Ende der Angebotsfrist) vor mehr als 3 Jahren erfolgt ist (Zeitpunkt der letzten Wareneinstellung) oder die mangels Detailangaben nicht überprüfbar sind, werden nicht als Referenzen gewertet.

Der Bieter erklärt sich einverstanden, dass die Auftraggeberin zur Überprüfung der angegebenen Referenzdaten mit dem entsprechenden Referenzpartner (Ansprechpartner beim ehemaligen Auftraggeber) Kontakt aufnimmt.

Der Bieter bzw. die Bietergemeinschaft hat unabhängig von der Zahl der Mitglieder der Bietergemeinschaft und/oder der Zahl der Subunternehmer Referenzaufträge, die den obigen Anforderungen entsprechen, mindestens (Mindestanforderung) in folgendem Umfang nachzuweisen:

Der Wert (Preis exkl. USt) der bereits gelieferten Artikel des oder der nachgewiesenen Referenzaufträge muss insgesamt EUR 500.000,00 erreichen und aufweisen.

Bewertet im Rahmen des Subkriteriums Versorgungssicherheit wird ausschließlich die Anzahl der vergleichbaren jährlichen Lieferungen an 2.000 Adressen nach folgendem Bewertungsschema (max. 64 Punkte):

Über 45.000 Lieferungen 64 Punkte

40.001 bis 45.000 Lieferungen 56 Punkte

35.001 bis 40.000 Lieferungen 48 Punkte

30.001 bis 35.000 Lieferungen 40 Punkte

25.001 bis 30.000 Lieferungen 32 Punkte

20.001 bis 25.000 Lieferungen 24 Punkte

15.001 bis 20.000 Lieferungen 16 Punkte

10.001 bis 15.000 Lieferungen 8 Punkte

Eine laufende Referenz, die die Mindestanzahl der geforderten jährlichen Lieferungen vergleichbarer Produkte an 2.000 Adressen erfüllt, wird - wie ein schlüssiges Logistikkonzept - mit 0 Punkten bewertet. ...

#### 4.3 Liefer- und Leistungsumfang

Die im Leistungsverzeichnis angegebenen Mengen entsprechen dem erwarteten Bedarf der Auftraggeberin für ein Jahr basierend auf deren aktuellen medizinischen Leistungsportfolio und dem am Markt bekannten technologischen Niveau. Die tatsächlich bestellten Mengen können von diesen im Leistungsverzeichnis angegebenen geschätzten Gesamtmengen abweichen.

Ein Anspruch auf Abnahme und Vergütung der im Leistungsverzeichnis angegebenen Mengen besteht nur dann, wenn diese Menge von der Auftraggeberin (dessen Einrichtungen) bestellt und vom Auftragnehmer geliefert wird.

Der Auftragnehmer hat der Auftraggeberin binnen 4 Wochen nach Ablauf eines Vertragsjahres eine Aufstellung der im abgelaufenen Vertragsjahr bestellten und gelieferten Produkte zu übergeben. Diese Aufstellung ist zumindest aufzuschlüsseln nach Menge und Art (inkl. Artikelnummer) der jeweils an die Anspruchsberechtigten der Auftraggeberin gelieferten Produkte.

#### 4.4 Leistungsabruf

Die Lieferung der im Leistungsverzeichnis genannten Produkte erfolgt grundsätzlich aufgrund von täglichen elektronischen (XML-Format oder CSV-Format) Einzelbestellungen und den darin spezifizierten Mengen durch die Auftraggeberin während der Vertragslaufzeit. Ausnahmsweise können bei technischen Gebrechen die Einzelbestellungen auch schriftlich mittels FAX-Übermittlung erfolgen. Zu jeder Neuverordnung werden dem Auftragnehmer von der Auftraggeberin die patientenbezogenen Stammdaten entweder in physischer Form (Verordnungsschein) per FAX übermittelt oder die Daten werden in gesicherter elektronischer Form, nach den Bestimmungen des Datenschutzgesetzes (DSG 2000 idgF) zur Verfügung gestellt, die der Auftragnehmer ebenfalls unter Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen (DSG 2000 idgF) ordnungsgemäß zu verwahren hat, die der Auftragnehmer in weiterer Folge für die Abrechnung benötigt. Für jene Fälle, bei denen bereits eine aktuelle Versorgung besteht, werden die benötigten Stammdaten mit der Auftragsvergabe zur Verfügung gestellt (im Excel-Format mit Passwortschutz auf einer CD). Die Übernahme ist vom Auftragnehmer zu bestätigen und nach Einarbeitung ist der Datenträger unwiederbringlich zu vernichten.

Die Auftraggeberin ist berechtigt, während der gesamten Laufzeit des Vertrages Einzelbestellungen der angebotenen Produkte nach ihrer Wahl vorzunehmen und die benötigten Produkte und Mengen zu bestimmen. ...

#### 4.6 Lieferfristen

Für die Lieferung der vertragsgemäßen Produkte gilt eine Lieferfrist wie in der Ausschreibung angeboten ab Zustellung der Bestellung an den Auftragnehmer. Bei der Berechnung der Lieferfrist wird der Tag der Zustellung der Bestellung nicht mitgerechnet. Die Lieferung muss spätestens am letzten Tag der Lieferfrist innerhalb der angebotenen Lieferzeiten einlangen.

Bei Überschreitungen der Lieferfrist hat der Auftragnehmer der Auftraggeberin eine Pönale in der Höhe von 0,5% des von der Verzögerung betroffenen Bestellwertes (exkl. USt) pro angefangenem Arbeitstag der Lieferfristüberschreitung höchstens jedoch 5% dieses Bestellwertes zu leisten. ...

#### 4.7 Lieferbedingungen

Der Auftragnehmer ist verpflichtet, die von der Auftraggeberin bestellten Produkte an die Anspruchsberechtigten der Auftraggeberin flächendeckend innerhalb Kärntens zu liefern, welche die Auftraggeberin während der Vertragsdauer dem Auftragnehmer bekannt gegeben hat. ...

#### 4.13 Geänderte und zusätzliche Leistungen und Entfall von Leistungen

Die Auftraggeberin ist berechtigt, Art und Umfang der vereinbarten Leistungen oder die Umstände der Leistungserbringung zu ändern oder zusätzliche Leistungen zu verlangen, die vom beauftragten Leistungsumfang nicht miterfasst, aber zur Ausführung der Leistung notwendig sind. ...

Ergibt sich infolge einer Änderung der Kalkulationsgrundlagen oder einer Abweichung von den vorgesehenen Mengen eine Minderung der Einheits- oder Pauschalpreise, hat der Auftragnehmer diese an die Auftraggeberin weiterzugeben.

Sollte sich bei Durchführung des Auftrages ergeben, dass Positionen des Leistungsverzeichnisses zur Gänze oder teilweise nicht auszuführen sind, erwächst dem Auftragnehmer dadurch kein Anspruch auf Zusatzvergütungen oder Preiserhöhungen. ...

#### 4.17 Vertragslaufzeit und vorzeitige Vertragsbeendigung

Der Vertrag tritt mit der schriftlichen Verständigung des Auftragnehmers von der Annahme seines Angebotes (Zuschlagserteilung) durch die Auftraggeberin in Kraft. ...

Der Vertrag wird für die Dauer von 2 Jahren (01.01.2015 - 31.12.2016) abgeschlossen und verlängert sich automatisch jeweils um ein weiteres Jahr sofern er nicht spätestens 3 Monate vor Ablauf von einer der beiden Vertragsparteien schriftlich per Einschreiben gekündigt wird. ...

#### 4.21 Sonstiges

....

Erfüllungsorte sind die von der Auftraggeberin mit jeder Bestellung bekannt gegebenen Lieferadressen in Kärnten. ..."

Die Bieteranfragebeantwortung vom 26. Mai 2014 lautet auszugsweise:

"Frage 8:

Folgende Basis für die Berechnungsgrundlage wurde angefragt:

Jeweiliger Größenanteil (Pazientenzahl)?

Saugende Inkontinenzprodukte

Ableitende Inkontinenzprodukte

Wundversorgung

Antwort:

Saugende Inkontinenzprodukte: ca. 10.000 PatientInnen

Ableitende Inkontinenzprodukte: ca. 1.400 PatientInnen

Wundversorgung: ca. 900 PatientInnen

Hier ist anzumerken, dass es in den drei Versorgungsbereichen zu Überlappungen kommt.

Frage 9:

Anzahl der Lieferungen?

Antwort:

Wie im Punkt 3.3.3 Versorgungssicherheit/Anzahl vergleichbarer Lieferungen in den Ausschreibungsbestimmungen angegeben, stellen die 55.000 Zustellungen gleich 55.000 Belieferungen dar.

Frage 10:

Monats- oder Quartalsbelieferungen?

Antwort:

Aufgrund der Größe der Transporteinheiten insbesondere bei der "saugenden Inkontinenzversorgung" ist davon auszugehen, dass zwei Drittel der PatientInnen quartalsmäßig beliefert werden. Aus dem Bereich der "ableitenden Inkontinenzversorgung und Verbandstoffversorgung" werden die PatientInnen quartalsmäßig beliefert.

Frage 11:

Durchschnittsgewicht der Pakete?

Antwort:

Aufgrund der derzeit bestehenden Situation ergeben sich folgende Durchschnittsgewichte:

Saugende Inkontinenzversorgung: 15 kg

Ableitende Inkontinenzversorgung: 10kg

Verbandstoffe: 4 kg

Das Durchschnittsgewicht der Pakete variiert je nach Transporteinheit, welches nach Anbieter individuell sein kann. ..."

Den Ausschreibungsunterlagen sind keine Angaben hinsichtlich der zu beliefernden Adressen (weder von Heimen noch von Privathaushalten), zur Aufteilung der zu liefernden Inkontinenzartikel und Verbandstoffe auf Patienten in Heimen und auf Patienten in Privathaushalten, zum jeweiligen (zumindest derzeitigen) Bedarf der zu beliefernden Anspruchsberechtigten und zum voraussichtlichen Umfang der Lieferungen zu entnehmen. Entsprechend den Aussagen der Auftraggeberin hat die derzeitige Leistungserbringerin Kenntnis über den Gesamtbedarf der Patienten in den Heimen und Kenntnis über den jeweiligen Bedarf der Patienten an Privatadressen. Die Menge der voraussichtlich jährlich zu liefernden Inkontinenzartikel und Verbandstoffe ist im Leistungsverzeichnis nach Stück pro Produkt festgelegt. Es findet sich keine eigene Leistungsposition im Hinblick auf die Logistik der Zustellung der zu liefernden Produkte.

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus eingangs angeführten Beweismitteln. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A

3.1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Kärntner Gebietskrankenkasse. Diese ist öffentliche Auftraggeberin iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (siehe BVA 27.02.2013, N/0123-BVA/14/2012-35). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag iSd § 5 BVergG. Das Verfahren wird in Form eines offenen Verfahrens durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert liegt entsprechend den Abgaben der Auftraggeberin 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 Bundesverwaltungsgerichtes

zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist entsprechend § 312 Abs 1 und 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit e B-VG gegeben.

Da laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren weder widerrufen noch der Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen eines Auftraggebers zuständig.

Gemäß Art 135 Abs 1 B-VG iVm § 2 VwGVG und § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 292 Abs 1 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten.

Der Nachprüfungsantrag genügt den formalen Voraussetzungen nach § 322 Abs 1 BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach § 322 Abs 2 BVergG liegt gegenständlich nicht vor. Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die Ausschreibung. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (§ 318 Abs 1 Z 1 BVergG iVm §§ 1, 2 Abs 2 und 3 Abs 1 BVwG-PauschGebV Vergabe).

### 3.2. Inhaltliche Beurteilung

Die hier maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes lauten:

Gemäß § 2 Z 20 lit d subli aa BVergG sind Zuschlagskriterien bei der Wahl des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes die vom Auftraggeber im Verhältnis oder ausnahmsweise in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, nicht diskriminierenden und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden Kriterien, nach welchen das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird, wie zB Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- bzw. Ausführungsfrist.

Gemäß § 19 Abs 1 BVergG sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen.

Gemäß § 75 Abs 5 Z 1 BVergG kann bei Lieferaufträgen als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit ua eine Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Lieferungen verlangt werden.

Gemäß § 78 Abs 3 BVergG sind die Ausschreibungsunterlagen 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.

Gemäß § 79 Abs 3 BVergG ist in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen 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.

Gemäß § 96 Abs 1 BVergG sind die Leistungen 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.

Gemäß § 96 Abs 3 BVergG darf die Leistung und die Aufgabenstellung nicht so umschrieben werden, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen.

Gemäß § 96 Abs 6 BVergG sind in der Beschreibung der Leistung und der Aufgabenstellung 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.

Gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG ist das Bundesverwaltungsgericht bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zur Nichtigkeitsklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig.

Gemäß § 325 Abs 1 BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis 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.

Die Antragstellerin behauptet unter anderem, dass die Auftraggeberin gegen das Gebot der eindeutigen und vollständigen Leistungsbeschreibung, das Verbot, die Leistung so zu umschreiben, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen würden, gegen das Verbot der Übertragung nicht kalkulierbarer Risiken sowie das vergaberechtliche Diskriminierungsverbot und das Gleichbehandlungsgebot verstoßen würde. Der Lieferzeit werde als Zuschlagskriterium eine zentrale Rolle eingeräumt, ohne dass Regelungen über die Messung der Lieferzeit getroffen und ohne dass die Zielorte der Zustellung und die Zustellhäufigkeit bekannt gegeben würden. Darüber hinaus sei mit dem Angebot zwingend ein "schlüssiges Logistikkonzept" vorzulegen, ohne dass die Anforderungen an das Konzept eindeutig definiert seien. Außerdem würden sämtliche Informationen, die zur Erstellung eines Logistikkonzepts erforderlich seien (geographischen Verteilung der zu beliefernden Personen, der Häufigkeit der Lieferungen, des Umfangs der jeweiligen Lieferungen) fehlen. Darüber hinaus sehe der Leistungsvertrag keinerlei Mindestabnahmemengen vor, nicht einmal bei einem völligen Entfall der Lieferungen. Zugleich werde aber vom Auftragnehmer der Aufbau einer aufwendigen Logistikinfrastruktur verlangt. Schließlich fehle den Ausschreibungsunterlagen ein den Vorgaben des BVergG entsprechendes Mengengerüst. Die Auftraggeberin habe es unterlassen, auch nur ungefähre Anhaltspunkte dazu zu geben, wie die Aufteilung der Abrufmenge auf die einzelnen Adressen erfolge.

Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der §§ 914f ABGB zu erfolgen (VwGH vom 21.11.2011, 2006/04/0024; VwGH vom 25.01.2011, 2006/04/0200; BVA vom 14.06.2012, N/0048-BVA/03/2012-23 ua; BVA vom 18.01.2008, N/0118- BVA/04/2007-36; BVA vom 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA vom 28.06.2007, N/0057-BVA/11/2007-25; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (siehe VwGH vom 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH vom 29.03.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso ua BVA vom 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA vom 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN).

Vorliegend ist davon auszugehen, dass ein Rahmenvertrag abgeschlossen werden soll (vgl Punkte 1.4. und 4.3. der Ausschreibung). Dieser ist als "Auftrag" iSd §§ 4 bis 6 BVergG zu qualifizieren, der im Ober- wie Unterschwellenbereich nach den allgemeinen Regeln des Vergaberechts für Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge zu vergeben ist. Als beidseitig verbindlicher Leistungsvertrag mit einer Abnahmeverpflichtung des Auftraggebers zu festen Konditionen hat der Rahmenvertrag bereits alle für den Abschluss des Vertrages erforderlichen, für die kaufmännische Kalkulation wesentlichen Festlegungen zu enthalten (EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 27). Demnach haben Auftraggeber auch bei der Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen für einen Rahmenvertrag das Erfordernis der Vergleichbarkeit der Angebote und des Verbots der Übertragung nicht kalkulierbarer Risiken zu berücksichtigen. Grundsätzlich müssen alle für die Ausarbeitung der Angebote und die Abwicklung des Vertrages maßgebenden Umstände bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung so weit klar sein, dass die Beschreibung der Leistung genau erfolgen kann und auch die sonstigen Bestimmungen des Leistungsvertrages festgelegt werden können. Die Ausschreibung soll einen Bieter über den Inhalt des späteren Leistungsvertrages möglichst eingehend informieren (EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 67 zu § 78 BVergG). Zweck einer detaillierten Leistungsbeschreibung ist es, die auf Grund der Ausschreibung einlangenden Angebote vergleichen und daraus das beste Angebot auswählen zu können. Dies setzt voraus, dass die Leistung für die Bieter kalkulierbar ist. Die Planung muss daher vor der Ausschreibung so weit



abgeschlossen sein, dass Inhalt und Umfang der Leistung genau beurteilt werden können (EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 74/75 zu § 96 BVergG).

Insofern halten auch Schiefer/Wiedemair (zur Rahmenvereinbarung) fest, dass die Leistungsbeschreibung und der Leistungsumfang so zu konkretisieren sind, dass die Preisgestaltung für den Bieter kein unkalkulierbares Risiko birgt. Zur Vergleichbarkeit der Angebote und deren Kalkulierbarkeit muss der Leistungsgegenstand eines Rahmenvertrags soweit wie möglich bestimmt bzw zumindest bestimmbar sein. Um die Kalkulierbarkeit von Rahmenverträgen zu gewährleisten, kann es im Einzelfall auch notwendig sein, Mengenstaffeln oder Preisanpassungs- oder Mehr- oder Minderklauseln festzulegen. Nicht ungewöhnlich ist bei Rahmenverträgen aber - im Unterschied zu sonstigen Auftragsverhältnissen-, dass das tatsächliche Volumen der Gesamtleistung bei Vertragsabschluss und die einzelnen Zeitpunkte der Abrufe aus dem Vertrag nicht endgültig feststehen müssen, zumal Rahmenverträge typischerweise bei zeitlich und quantitativ nicht genau vorhersehbar Bedarf zum Einsatz gelangen (EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 27; Schiefer/Wiedemair in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht<sup>3</sup> Rz 877, 890, 893; VwGH vom 21.01.2014, 2012/04/0124). Im Gegensatz zu einer Rahmenvereinbarung ist die Auftraggeberin allerdings verpflichtet, ihren Beschaffungsbedarf aus dem Rahmenvertrag zu decken (vgl Punkt 4.3 der Ausschreibung; Schiefer/Wiedemair in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht<sup>3</sup> Rz 861, 890).

Das Gebot einer objektiven und transparenten Bestbieterermittlung erfordert, dass der Auftraggeber die Zuschlagskriterien inhaltlich ausreichend zu konkretisieren hat, andernfalls selbst eine ausführliche Begründung der Bestbieterermittlung wohl kaum über den Anschein einer willkürlichen Vorgehensweise hinwegzutäuschen vermag. Nach der Judikatur der Vergabekontrolle und des EuGH müssen Zuschlagskriterien demnach so gefasst werden, dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter sie bei der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auslegen können (EuGH vom 18.10.2001, Rs C-19/00, SIAC Construction Ltd; BVA vom 12.05.2003, 02N-19/03-31; BVA vom 09.02.2004, 10N-137/03-20). Diese Verpflichtung erstreckt sich auch auf Sub-Zuschlagskriterien (VKS Wien vom 01.07.2010, VKS-5746/10). Die Zuschlagskriterien müssen so ausgestaltet sein, dass sie eine Vergleichbarkeit der Angebote gewährleisten (Hackl/Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 79 Rz 72 unter Verweis auf die Gesetzesmaterialien). Entscheidend ist einerseits, dass den Bietern gegenüber im Hinblick auf die Einschätzung ihrer Erfolgsaussichten (ex ante) transparent dargelegt wird, worauf es dem Auftraggeber bei dem jeweiligen Zuschlagskriterium ankommt und wie sich folglich eine Angebotsänderung auswirken könnte (in diesem Sinne UVS Tirol vom 25.06.2009, 2008/K4/2682-8; weiters Hörmandinger in Gast [Hrsg.], BVergG - Leitsatzkommentar, E 73 und 77 zu § 79). Andererseits ist die Konkretisierung der Zuschlagskriterien im Hinblick auf die (ex post) sicherzustellende Nachvollziehbarkeit der Ermittlung des Bestbieters unerlässlich (in diesem Sinne Hackl/Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 79 Rz 95).

Im Hinblick auf die gegenständliche Ausschreibung bedeutet dies Folgendes: Das Ermittlungsverfahren hat - wie oben unter Punkt 1. wiedergegeben - ergeben, dass die Auftraggeberin von einem jährlichen Bedarf von rund 55.000 Zustellungen an 10.800 Adressen ausgeht. Die Menge der voraussichtlich jährlich zu liefernden Inkontinenzartikel und Verbandstoffe ist im Leistungsverzeichnis nach Stück pro Produkt festgelegt. Es findet sich keine eigene Leistungsposition im Hinblick auf die Logistik der Zustellung der zu liefernden Produkte an die Anspruchsberechtigten. Im Rahmen des Zuschlagskriteriums "Logistik/Versorgungssicherheit" bildet die auf volle Stunden genau anzugebende "Lieferzeit" ein Subkriterium. Die Vorlage eines schlüssigen Logistikkonzeptes, aus dem hervorgeht, dass der Bieter in der Lage ist, die Anspruchsberechtigten innerhalb der von ihm zugesagten garantierten Lieferzeit mit den angebotenen Produkten zu beliefern, ist zwingende Voraussetzung für die Auftragserteilung (Muss-Kriterium). Es wurde weder eine Mindestabnahmemenge festgelegt noch eine Regelung zur allfälligen Nachteilsabgeltung für den Fall einer Änderung der Kalkulationsgrundlagen oder einer Abweichung von den vorgesehenen Mengen vorgesehen.

Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes wird die vorliegende Ausschreibung den Anforderungen an eine eindeutige und vollständige Leistungsbeschreibung und dem Erfordernis der Kalkulierbarkeit der Leistung ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken in mehrfacher Hinsicht nicht gerecht. Wengleich den Bietern Informationen zur Stückzahl der jährlich zu liefernden Produkte, zur ungefähren Zahl der jährlichen Lieferungen (rund 55.000 Zustellungen), zur absoluten Zahl der zu beliefernden anspruchsberechtigten Patienten (10.800 Adressen), zur ungefähren Aufteilung von saugenden bzw ableitenden Inkontinenzprodukten und Verbandstoffen auf die Patienten sowie (teilweise) zur Häufigkeit der Lieferungen zur Verfügung stehen, so werden damit weder sämtliche für die Kalkulation der Logistik erforderlichen Parameter offen gelegt noch stehen die bekannt gegebenen Parameter in hinlänglich konkreter Weise ("ca."-Angaben) zur Verfügung, obwohl die Auftraggeberin unstrittig über die betreffenden Daten verfügt. Es mag zwar zutreffen, dass Kärnten "lediglich" eine Gesamtfläche von 9.535,97 km<sup>2</sup> aufweist. Dennoch ist es nach Auffassung des erkennenden Senates von erheblicher Bedeutung, genaue Kenntnis von der geographischen Verteilung der zu beliefernden Adressen und von dem voraussichtlichen jeweiligen Jahresbedarf der betreffenden Anspruchsberechtigten zu haben, um einerseits ein schlüssiges Logistikkonzept erstellen und kalkulieren und in weiterer Folge der

Verpflichtung zur Angabe einer stundengenauen Lieferzeit nachkommen können. Dabei ist zu bedenken, dass in Heimen nach Angaben der Auftraggeberin auf deren Homepage ([www.kgkk.at](http://www.kgkk.at)) lediglich rund 3.300 Patienten zu versorgen sind und sohin ein überwiegender Teil der Patienten an deren Privatadressen zu beliefern ist. Die Argumentation der Auftraggeberin, dass sich diese Adressen häufig ändern würden, vermag nichts daran zu ändern, dass die Bieter ihrem Angebot konkrete Annahmen und nicht bloße Mutmaßungen zugrunde zu legen haben. Abgesehen davon führt die Auftraggeberin selbst aus, dass es sich bei Inkontinenz im Regelfall um ein unveränderliches Krankheitsbild handle, sodass gerade nicht zu erwarten ist, dass es zu gravierenden plötzlichen Änderungen (sowohl im Hinblick auf deren Wohnort aber auch auf deren Bedarf) bei den betroffenen Personen kommt. Das diesbezüglich widersprüchliche Vorbringen der Auftraggeberin vermag daher ihre Vorgangsweise nicht zu stützen. Während die derzeitige Leistungserbringerin nach den Ausführungen der Auftraggeberin zumindest über Angaben zum bisherigen (Gesamt)Bedarf der Heime sowie über den konkreten Bedarf der Anspruchsberechtigten an Privatadressen verfügt, bleiben diese Informationen, nämlich sowohl die Adressen als auch der voraussichtliche Bedarf der Patienten in den Heimen und in Privathaushalten den sonstigen Bietern gänzlich unbekannt. Selbst über das Internet ließen sich nicht einmal die Adressen der zu beliefernden Heime ohne weiteres ausfindig machen (siehe Adressliste der Alten- und Pflegeheime auf [www.help.gv.at](http://www.help.gv.at): 75 Heime; Liste auf [www.heimverzeichnis.at](http://www.heimverzeichnis.at): 71 Heime).

Somit wären entsprechend den Vorgaben der §§ 78 Abs 3 und 96 Abs 1 und 6 BVergG weitere Detailinformationen über den bisherigen Bedarf bei den Heimen und jenen der Patienten in Privathaushalten unter Angabe der entsprechenden geographischen Verteilung in die Ausschreibungsunterlagen aufzunehmen gewesen. Im diesem Sinne gelangte das Bundesvergabeamt etwa auch bezüglich eines Vergabeverfahrens zur Lieferung von Sonden- und Trinknahrung zu dessen Rechtswidrigkeit, da die Zahl und räumliche Verteilung der Zustellungen nicht hinlänglich genau bekannt gegeben wurde und folgedessen vom Fehlen eines für die Zustellungen gemäß § 78 Abs 3 BVergG erforderlichen Mengengerüstes auszugehen war (BVA vom 15.11.2011, N/0052-BVA/10/2011-26; siehe auch bereits BVA 29.06.1998, N-14/98-13).

Angesichts der Tatsache, dass der derzeitige Vertragspartner der Auftraggeberin über ungleich umfangreicheres Datenmaterial verfügt, ist darüber hinaus nicht gewährleistet, dass dieser Unternehmer, dessen Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren nicht ausgeschlossen werden kann, von vornherein entgegen § 96 Abs 3 BVergG maßgebliche Wettbewerbsvorteile genießt. Zum einen muss dieser Bieter die Kalkulation seines Angebotes nicht auf bloße Mutmaßungen stützen und läuft dieser wohl auch kaum Gefahr, aufgrund eines unschlüssigen Logistikkonzeptes ausgeschieden zu werden, zum anderen verschafft der - von der Auftraggeberin grundsätzlich auch nicht in Abrede gestellte - Informationsvorsprung insbesondere auch im Hinblick auf das Subzuschlagskriterium "Lieferzeit" zweifelsohne einen unwiederbringlichen Wettbewerbsvorteil. Die Auftraggeberin hat es sohin unterlassen, die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass es einem Bieter allein aufgrund der Ausschreibungsunterlagen möglich ist, ein (konkurrenzfähiges) Angebot erstellen zu können, ohne bereits seit längerer Zeit mit der Auftraggeberin in Geschäftsbeziehungen zu stehen (ua BVA vom 25.09.2014, 15N-69/04-21 mwW)

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Bieter der Kalkulation ihres Angebotes und der Berechnung der bewertungsrelevanten "Lieferzeit" demnach jeweils unterschiedliche, mitunter spekulative Annahmen zugrundlegen müssten. Darüber hinaus wären die Bieter möglicherweise mit einem Bieter konfrontiert, welcher die Preisgestaltung und Ausgestaltung seines Angebotes vergleichsweise ohne Zugrundelegung von Mutmaßungen und Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken bewerkstelligen konnte. Sohin ist anzunehmen, dass die Vergleichbarkeit der Angebote auf Basis dieser Ausschreibungsunterlagen nicht gewährleistet ist. Bei Beibehaltung der fraglichen Bestimmungen ohne Bekanntgabe der aufgezeigten zusätzlichen Parameter würde die Fortführung des Verfahrens den Grundsätzen der Gleichbehandlung der Bieter und der Vergabe zu angemessenen Preisen zuwiderlaufen. Diese Rechtswidrigkeit ist auch gemäß § 325 Abs 1 Z 2 BVergG als wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens einzustufen, da bei rechtmäßigem Vorgehen der Auftraggeberin inhaltlich andere Angebote zu erwarten wären, wobei eine bloß potentielle Relevanz für den Ausgang des Vergabeverfahrens als ausreichend angesehen wird (VwGH vom 06.03.2013, 2010/04/0037; VwGH vom 21.12.2004, 2004/04/0100; VwGH vom 22.04.2009, 2009/04/0081; BVA vom 07.11.2011, N/0094-BVA/06/2011-26; BVA vom 08.07.2013, N/0049-BVA/10/2013-29; Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 325, Rz 12 mwN; Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht<sup>3</sup> [2010] Rz 2048). Bereits aus den aufgezeigten Gründen war daher spruchgemäß die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären.

Abgesehen davon erweist sich das Subkriterium "Lieferzeit" aber auch insofern als vergaberechtswidrig, als dieses aufgrund der divergierenden Festlegungen der Auftraggeberin, was unter "Lieferzeit" bzw "Lieferfrist" zu verstehen ist, mangels inhaltlich ausreichender Bestimmtheit eine objektive und transparente Bestbieterermittlung nicht zulässt. Einerseits wird auf den Zeitpunkt ab Bestellung bis zum ersten Zustellversuch abgestellt (Punkt 3.3.2 der Ausschreibung), andererseits wird aber der Tag der Zustellung der Bestellung bei der Berechnung der Lieferfrist nicht mitgerechnet (Punkt 6.6 der Ausschreibung).

Darüber hinaus ist die Auftraggeberin darauf zu verweisen, dass das gänzliche Überwälzen des Risikos der Änderung der Kalkulationsgrundlagen und des Entfalls von Leistungen (Punkte 4.3 und 4.13 der Ausschreibung) ohne jegliche Nachteilsabgeltung den Bietern ein weiteres unzumutbares und nicht kalkulierbares Risiko überträgt, was letztlich geradezu zwangsläufig zu durch Risikozuschläge verzerrten Angebotspreisen, in welchen - wie oben bereits ausgeführt - die Leistungen der Logistik kalkulatorisch zu berücksichtigen sind, führen muss. Schließlich kann es demnach nicht nur zu einem gänzlichen Entfall einzelner Leistungspositionen kommen, sondern auch zu Änderungen bei der Art der vereinbarten Leistungen sowie bei den Umständen der Leistungserbringung. Auch wenn es in der Natur eines Rahmenvertrages liegt, dass es bei einzelnen Positionen hinsichtlich der ausgeschriebenen Mengen zu Verschiebungen kommen kann, so rechtfertigt dies nicht die hier vorgenommene gänzlich einseitige Risikoübertragung. Während allfällige Preisreduzierungen seitens der Auftragnehmer an die Auftraggeberin weiterzugeben sind, hat umgekehrt der Auftragnehmer durchaus substantielle Änderungen ohne entsprechenden Ausgleich finanziell zu tragen. Auch insofern verstößt die Auftraggeberin daher gegen § 78 Abs 3 BVergG (siehe LVwG NÖ vom 17.06.2014, LVwG-AB-14-0588 mwN).

Im Übrigen sei auch im Hinblick auf das Subzuschlagskriterium "Versorgungssicherheit/Anzahl vergleichbarer Leistungen" angemerkt, dass die konkrete Ausgestaltung nicht den Anforderungen an das Gebot der Konkretisierung von Zuschlagskriterien entspricht, zumal der gegenständlichen Festlegung unter Zugrundelegung des aufgezeigten Interpretationsmaßstabes gerade nicht zweifelsfrei der - von der Auftraggeberin angenommene - Inhalt zukommt, dass die nachzuweisenden Lieferungen ausschließlich im Rahmen eines einzigen Referenzauftrages erfolgt sein müssen und die Bieter daher mit einer Unsicherheit im Hinblick auf die Nachweisführung konfrontiert wären. Abgesehen davon dient diese Festlegung angesichts des Vorbringens der Auftraggeberin, sie gehe davon aus, dass innerhalb von zwei Tagen an jeden erdenklichen Ort in Kärnten geliefert werden könne, offenbar gar nicht der Sicherstellung der Versorgungssicherheit. Die Auftraggeberin selbst dürfte diese ohnehin nicht in Zweifel ziehen, weswegen diesem Kriterium aber dessen Berechtigung entzogen scheint. Daneben bestehen aber auch erhebliche Zweifel, ob und inwiefern die konkrete Ausgestaltung dieses Subkriteriums durch Nachweisführung mittels Referenzprojekten tatsächlich die Bewertung von Qualitätsunterschieden für den Fall der Abweichung mit einer einzigen Lieferung im Hinblick auf die zu erwartende Leistungserbringung zu gewährleisten vermag.

### 3.3. Spruchpunkt A II - Ersatz der Pauschalgebühren

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG 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.

Gemäß § 319 Abs 2 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung 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.

Gemäß § 319 Abs 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesverwaltungsgericht.

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühren in der Höhe von gesamt EUR 1.231,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag im Nachprüfungsverfahren W139 2000175-1 sowie von EUR 616,-- tatsächlich bezahlt (§ 318 Abs 1 Z 1 und 4 BVergG; §§ 1 und 2 Abs 2 und § 3 BVA-GebV 2012 bzw BVA-PauschGebV Vergabe).

Das Bundesvergabeamt erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Das Bundesverwaltungsgericht erklärte die gesamte Ausschreibung im Vergabeverfahren "Inkontinenzversorgung" der Kärntner Gebietskrankenkasse antragsgemäß für nichtig. Die Auftraggeberin ist daher verpflichtet, der Antragstellerin die bezahlten Pauschalgebühren zu ersetzen.

Zu B Unzulässigkeit der Revision:

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

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (siehe unter Punkt A.) ab; noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

**European Case Law Identifier**

ECLI:AT:BVWG:2014:W139.2008219.1.01