

TE Vwgh Erkenntnis 2015/3/18 2012/04/0070

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.03.2015

Index

E000 EU- Recht allgemein;
E3L E06302000;
E3L E06303000;
E6j;
001 Verwaltungsrecht allgemein;
20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);
26/01 Wettbewerbsrecht;
97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

31989L0665 Rechtsmittel-RL Art2d Abs2;
31989L0665 Rechtsmittel-RL Art2e Abs1;
31989L0665 Rechtsmittel-RL Art2e Abs2;
61998CJ0337 Kommission / Frankreich;
62006CJ0454 Presstext Nachrichtenagentur VORAB;
62008CJ0091 Wall VORAB;
ABGB §1048;
ABGB §1431;
ABGB §1437;
ABGB §879 Abs1;
BVerGG 2006 §150 Abs2;
BVerGG 2006 §151;
BVerGG 2006 §152 Abs1;
BVerGG 2006 §152;
BVerGG 2006 §2 Z26 lit a;
BVerGG 2006 §334 Abs2;
BVerGG 2006 §334 Abs4;
BVerGG 2006 §334 Abs7;
BVerGG 2006 §334 Abs8;
EURallg;
KartG 2005 §29;
VwRallg;

1. ABGB § 1048 heute
2. ABGB § 1048 gültig ab 01.01.1812
1. ABGB § 1431 heute
2. ABGB § 1431 gültig ab 01.01.1812
1. ABGB § 1437 heute
2. ABGB § 1437 gültig ab 01.07.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 59/2017
3. ABGB § 1437 gültig von 01.01.1812 bis 30.06.2018
1. ABGB § 879 heute
2. ABGB § 879 gültig ab 01.07.1992 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 275/1992
1. BVergG 2006 § 150 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 150 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 151 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 151 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 152 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 152 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 152 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 152 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 334 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 334 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 334 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. KartG 2005 § 29 heute
2. KartG 2005 § 29 gültig ab 10.09.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 176/2021
3. KartG 2005 § 29 gültig von 01.03.2013 bis 09.09.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 13/2013
4. KartG 2005 § 29 gültig von 01.01.2006 bis 28.02.2013

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Blaschek, die Hofräte Dr. Kleiser und Dr. Mayr, die Hofrätin Mag. Hainz-Sator und den Hofrat Dr. Pürgy als Richter, im Beisein des Schriftführers

Mag. Pichler, über die Beschwerde der S in W, vertreten durch die CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Gauermannngasse 2, gegen den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 11. April 2012, Zl. N/0028-BVA/10/2012-25, betreffend vergaberechtliche Nachprüfung (weitere Partei: Bundesminister für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft; mitbeteiligte Partei: N GmbH in W, vertreten durch die Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG in 1010 Wien, Schuberttring 6), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird hinsichtlich der in Spruchpunkt V. festgesetzten Höhe der Geldbuße wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben. Der angefochtene Bescheid wird hinsichtlich der in Spruchpunkt römisch fünf. festgesetzten Höhe der Geldbuße wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Im Übrigen, also im Umfang der Anfechtung der Spruchpunkte III., IV. und VI. sowie der Verpflichtung zur Bezahlung einer Geldbuße dem Grunde nach in Spruchpunkt V., wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen. Im Übrigen, also im Umfang der Anfechtung der Spruchpunkte römisch drei., römisch vier. und römisch sechs. sowie der Verpflichtung zur Bezahlung einer Geldbuße dem Grunde nach in Spruchpunkt römisch fünf., wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1. Aus den Feststellungen des angefochtenen Bescheids ergibt sich folgender, unstrittiger Sachverhalt:

1.1. Die Beschwerdeführerin schloss am 14. November 2011 gemeinsam mit drei weiteren Sozialversicherungsträgern als Auftraggeber nach vorangegangener europaweiter Ausschreibung eine "Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Arzneimitteln" mit der H. AG. Gegenstand dieser für die Dauer von drei Jahren abgeschlossenen Rahmenvereinbarung war die Belieferung von österreichweiten Standorten der Auftraggeber (Krankenanstalten und Regionaldienststellen) und von Vertragsärzten auf Abruf mit allen im Warenverzeichnis des Österreichischen Apotheker-Verlages genannten Arzneien.

Die Bedingungen der Rahmenvereinbarung lauteten auszugsweise:

"(...)

2.4. Erfüllungsort

Erfüllungsorte für die Leistungserbringung sind die im Leistungsverzeichnis unter jeder Kategorie (I-III) angeführten Standorte der Auftraggeber in ganz Österreich.

(...)

3. Leistungsverzeichnis

(...)

3.2. Ausschreibungsumfang

Gegenstand dieser Ausschreibung ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmen über die

3.2.1. Belieferung

- -Strichaufzählung

von österreichweiten Standorten der Auftraggeber (Kategorie I Einrichtungen geführt nach dem Krankenanstaltengesetz mit Medikamentendepot und Kategorie II sonstige Dienststellen unter ärztlicher Leitung ohne Medikamentendepot) mit allen in Österreich zugelassenen Produkten aus den Warenverzeichnissen I-III, jeweils herausgegeben vom Österreichischen Apotheker-Verlag sowie von österreichweiten Standorten der Auftraggeber (Kategorie römisch eins Einrichtungen geführt nach dem Krankenanstaltengesetz mit Medikamentendepot und Kategorie römisch zwei sonstige Dienststellen unter ärztlicher Leitung ohne Medikamentendepot) mit allen in Österreich zugelassenen Produkten aus den Warenverzeichnissen I-III, jeweils herausgegeben vom Österreichischen Apotheker-Verlag sowie

- -Strichaufzählung
von österreichweiten Vertragsärzten der Auftraggeber (Kategorie III) mit Ordinationsbedarf (Medizinprodukte) von
österreichweiten Vertragsärzten der Auftraggeber (Kategorie römisch drei) mit Ordinationsbedarf
(Medizinprodukte)

über eine Auslieferungs- oder Konsiliarapothek;

(...)

3.2.4. Konsiliarapothekerschaft für Kontroll- und Beratungstätigkeiten

3.2.5. Kundenbetreuung

3.2.6. Zur Orientierung und besseren Kalkulierbarkeit werden im Leistungsverzeichnis einerseits die zu beliefernden Standorte der jeweiligen Auftraggeber mit Adressdaten, getrennt nach drei Kategorien, nach

- -Strichaufzählung
Einrichtungen geführt nach dem Krankenanstaltengesetz mit Medikamentendepot - Kategorie I Einrichtungen
geführt nach dem Krankenanstaltengesetz mit Medikamentendepot - Kategorie römisch eins,
- -Strichaufzählung
sonstige Dienststellen unter ärztlicher Leitung ohne Medikamentendepot - Kategorie II und sonstige Dienststellen
unter ärztlicher Leitung ohne Medikamentendepot - Kategorie römisch zwei und
- -Strichaufzählung
Vertragsärzten - Kategorie III Vertragsärzten - Kategorie römisch drei

und andererseits pro Kategorie ein geschätzter Jahresumsatz angeführt.

(...)

3.2.7. Die Abrufberechtigten in den einzelnen Standorten der Auftraggeber sind berechtigt, in ihren Bestellungen (Abrufen) die benötigten Produkte und die jeweilige Bestellmenge aus dem Warenverzeichnis I-III frei auszuwählen.

(...)

3.5.2. Kategorie II - Sonstige Dienststellen unter ärztlicher Leitung ohne Medikamentendepot:

Leistungen gemäß der vorstehenden Punkte 3.2. und 3.3. im Leistungsverzeichnis für nachstehend angeführte Auftraggeber und deren Standorte:

(...)

(Anmerkung: angeführt unter der Beschwerdeführerin als Auftraggeberin)

09 Hauptstelle, RB NÖ/Wien

10 Regionalbüro Burgenland

11 Regionalbüro Steiermark

12 Regionalbüro Oberösterreich

13 Regionalbüro Salzburg

Geschätzter Gesamtjahresumsatz: EUR 80.000,--

(...)"

1.2. Im Frühjahr 2012 führte die Beschwerdeführerin eine FSME-Impfkation in zwei Teilimpfungen durch. Zur Beschaffung des benötigten Impfstoffes samt Zubehör schrieb die Beschwerdeführerin eine (weitere) Rahmenvereinbarung aus. Die in diesem Vergabeverfahren gefällte Zuschlagsentscheidung wurde angefochten und im Nachprüfungsverfahren für nichtig erklärt.

1.3. Mit Schreiben vom 6. Februar 2012 rief die Beschwerdeführerin die für die erste Teilimpfung benötigten FSME-Impfstoffe, Tupfer, Desinfektionsmittel und Impfpflaster auf Basis der Rahmenvereinbarung vom 14. November 2011 bei der H. AG ab. Die Lieferung sollte an die Hauptstelle sowie an die Regionaldienststellen Burgenland, Oberösterreich, Salzburg, Tirol, Vorarlberg, Steiermark und Kärnten erfolgen. Mit Schreiben vom 29. Februar 2012 erfolgte ein weiterer Abruf für die zweite Teilimpfung. Dieser Abruf umfasste zusätzlich die Lieferung von Impfpässen.

Beide Abrufe wurden durchgeführt und die gelieferten Waren größtenteils verwendet.

2.1. Die mitbeteiligte Partei stellte am 29. Februar 2012 - soweit verfahrensgegenständlich - den Antrag auf Feststellung, die Durchführung des Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zur Beschaffung von FSME-Impfstoffen sei rechtswidrig gewesen. Die Rahmenvereinbarung vom 14. November 2011 decke die Lieferverträge nicht, weil die Auslieferung an acht unterschiedliche Erfüllungsorte in der Rahmenvereinbarung nicht vorgesehen sei. Ebenso wenig könne die Rahmenvereinbarung den erforderlichen Kühltransport umfassen. Es handle sich bei dem Auftrag daher um eine im Oberschwellenbereich unzulässige Direktvergabe des Liefervertrages.

2.2. Mit Spruchpunkt III. des angefochtenen Bescheides - die Spruchpunkte I. und II. betreffen die jeweils unangefochten gebliebenen Zurückweisungen von zwei weiteren Nachprüfungsanträgen der mitbeteiligten Partei im Zusammenhang mit dem vorliegenden Sachverhalt und sind nicht verfahrensgegenständlich - gab die belangte Behörde dem (weiteren) Antrag der mitbeteiligten Partei statt und traf die Feststellung, die Durchführung des Vergabeverfahrens zur Beschaffung von FSME-Impfstoffen samt Tupfern, Desinfektionsmittel und Impfpflastern durch die Beschwerdeführerin mit den Schreiben vom 6. und vom 29. Februar 2012 ohne vorherige Bekanntmachung sei rechtswidrig gewesen. 2.2. Mit Spruchpunkt römisch drei. des angefochtenen Bescheides - die Spruchpunkte römisch eins. und römisch zwei. betreffen die jeweils unangefochten gebliebenen Zurückweisungen von zwei weiteren Nachprüfungsanträgen der mitbeteiligten Partei im Zusammenhang mit dem vorliegenden Sachverhalt und sind nicht verfahrensgegenständlich - gab die belangte Behörde dem (weiteren) Antrag der mitbeteiligten Partei statt und traf die Feststellung, die Durchführung des Vergabeverfahrens zur Beschaffung von FSME-Impfstoffen samt Tupfern, Desinfektionsmittel und Impfpflastern durch die Beschwerdeführerin mit den Schreiben vom 6. und vom 29. Februar 2012 ohne vorherige Bekanntmachung sei rechtswidrig gewesen.

Begründend führte die belangte Behörde zusammengefasst aus, die FSME-Impfkation stelle ein einheitliches Vorhaben dar, weshalb die Auftragswerte der beiden Lieferungen zusammen zu rechnen seien. Es liege ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vor. Da das Vergabeverfahren beendet und der Lieferauftrag bereits abgeschlossen worden sei, komme der belangten Behörde (nur noch) die Zuständigkeit zur Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 BVergG 2006 zu. Begründend führte die belangte Behörde zusammengefasst aus, die FSME-Impfkation stelle ein einheitliches Vorhaben dar, weshalb die Auftragswerte der beiden Lieferungen zusammen zu rechnen seien. Es liege ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vor. Da das Vergabeverfahren beendet und der Lieferauftrag bereits abgeschlossen worden sei, komme der belangten Behörde (nur noch) die Zuständigkeit zur Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG 2006 zu.

Betreffend die Rechtmäßigkeit des Abrufs der Leistungen aus der Rahmenvereinbarung vom 14. November 2011 sei festzuhalten, dass die Menge der aus dieser Vereinbarung voraussichtlich zu beziehenden Waren nur durch den Preis festgelegt sei. Die beiden verfahrensgegenständlichen Leistungsabrufe überstiegen den in Aussicht genommenen Auftragswert dieser Rahmenvereinbarung um ein Vielfaches. Auch sehe die Rahmenvereinbarung lediglich die Belieferung taxativ aufgezählter Standorte durch die Auftragnehmerin vor. Der FSME-Impfstoff sei jedoch an weitere Standorte ausgeliefert worden. Die Flexibilität einer Rahmenvereinbarung würde überspannt, könnte in deren Rahmen die Erbringung von Leistungen wie der Lieferung an nicht vorgesehene Standorte oder eine drastische Überschreitung des angegebenen Auftragsumfangs erfolgen. Die verfahrensgegenständlichen Lieferungen hätten daher nicht aus der Rahmenvereinbarung abgerufen werden dürfen.

Da die Abrufe der FSME-Impfstoffe in der Rahmenvereinbarung keine Deckung gefunden hätten, seien die Leistungen in einem Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung beschafft worden, ohne dass die gesetzlichen Voraussetzungen dafür vorgelegen seien.

Mit Spruchpunkt IV. sprach die belangte Behörde die Aufhebung der am 6. und am 29. Februar 2012 geschlossenen Verträge in dem Umfang aus, in dem diese noch nicht erfüllt worden seien. Weil eine Rückstellung der FSME-Impfstoffe nicht mehr möglich sei und daher eine Nichtigerklärung ausscheide, seien die beiden von der Rechtswidrigkeit betroffenen Verträge gemäß § 334 Abs. 4 BVergG 2006 in jenem Umfang aufzuheben, in dem die Impfungen noch nicht verabreicht worden seien. Mit Spruchpunkt römisch vier. sprach die belangte Behörde die Aufhebung der am 6. und am 29. Februar 2012 geschlossenen Verträge in dem Umfang aus, in dem diese noch nicht erfüllt worden seien.

Weil eine Rückstellung der FSME-Impfstoffe nicht mehr möglich sei und daher eine Nichtigerklärung ausscheide, seien die beiden von der Rechtswidrigkeit betroffenen Verträge gemäß Paragraph 334, Absatz 4, BVergG 2006 in jenem Umfang aufzuheben, in dem die Impfungen noch nicht verabreicht worden seien.

Mit Spruchpunkt V. verpflichtete die belangte Behörde die Beschwerdeführerin zur Zahlung einer Geldbuße in Höhe von EUR 90.000,00. Die Verhängung der Geldbuße beruhe auf § 334 Abs. 7 BVergG 2006, weil im vorliegenden Fall eine Nichtigerklärung nicht ausgesprochen werden könne. Bei der Bemessung der Geldbuße habe erschwerend gewogen, dass die Verträge nahezu zur Gänze aufrechterhalten worden seien, weiter dass die Auftraggeberin das zum Zweck der Abdeckung des Bedarfs der Impfkation geführte Vergabeverfahren zu spät eingeleitet und nicht mit der gebotenen Dringlichkeit zu Ende geführt habe. Erschwerend gemäß § 5 Abs. 2 Z 2 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz sei, dass die Auftraggeberin den Zeitplan der Impfkation habe einhalten können. Zudem habe der Auftraggeberin bewusst sein müssen, dass die abgerufenen Leistungen alleine aufgrund des Auftragswerts in der Rahmenvereinbarung keine Deckung finden könnten. Aus diesem Grund sei der Verstoß gegen die Vergabevorschriften nicht mehr als leicht anzusehen. Mildernd sei zu berücksichtigen, dass die Auftraggeberin sämtliche Informationen geliefert habe und noch keine derartige Vorgangsweise durch die Auftraggeberin bekannt geworden sei. Unter Zugrundelegung eines Auftragswerts von EUR 932.404,36 sei die Geldbuße angemessen. Mit Spruchpunkt römisch fünf. verpflichtete die belangte Behörde die Beschwerdeführerin zur Zahlung einer Geldbuße in Höhe von EUR 90.000,00. Die Verhängung der Geldbuße beruhe auf Paragraph 334, Absatz 7, BVergG 2006, weil im vorliegenden Fall eine Nichtigerklärung nicht ausgesprochen werden könne. Bei der Bemessung der Geldbuße habe erschwerend gewogen, dass die Verträge nahezu zur Gänze aufrechterhalten worden seien, weiter dass die Auftraggeberin das zum Zweck der Abdeckung des Bedarfs der Impfkation geführte Vergabeverfahren zu spät eingeleitet und nicht mit der gebotenen Dringlichkeit zu Ende geführt habe. Erschwerend gemäß Paragraph 5, Absatz 2, Ziffer 2, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz sei, dass die Auftraggeberin den Zeitplan der Impfkation habe einhalten können. Zudem habe der Auftraggeberin bewusst sein müssen, dass die abgerufenen Leistungen alleine aufgrund des Auftragswerts in der Rahmenvereinbarung keine Deckung finden könnten. Aus diesem Grund sei der Verstoß gegen die Vergabevorschriften nicht mehr als leicht anzusehen. Mildernd sei zu berücksichtigen, dass die Auftraggeberin sämtliche Informationen geliefert habe und noch keine derartige Vorgangsweise durch die Auftraggeberin bekannt geworden sei. Unter Zugrundelegung eines Auftragswerts von EUR 932.404,36 sei die Geldbuße angemessen.

Letztlich verpflichtete die belangte Behörde die Beschwerdeführerin zum Ersatz der Pauschalgebühr (Spruchpunkt VI.). Letztlich verpflichtete die belangte Behörde die Beschwerdeführerin zum Ersatz der Pauschalgebühr (Spruchpunkt römisch sechs.).

3. Gegen diesen Bescheid im Umfang der Spruchpunkte III. bis VI. richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Antrag, die Entscheidung im angefochtenen Umfang wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben. 3. Gegen diesen Bescheid im Umfang der Spruchpunkte römisch drei. bis römisch sechs. richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Antrag, die Entscheidung im angefochtenen Umfang wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Verwaltungsakten vor und beantragte in ihrer Gegenschrift - ebenso wie die mitbeteiligte Partei - die Zurück- bzw. Abweisung der Beschwerde.

Die Beschwerdeführerin erstattete eine Replik und hielt ihre Anträge aufrecht.

4. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

4.1. Gemäß § 79 Abs. 11 letzter Satz VwGG idF BGBl. I Nr. 122/2013 sind, soweit durch das Verwaltungsgerichtsbarkeits-Übergangsgesetz (VwGbk-ÜG) nicht anderes bestimmt ist, in den mit Ablauf des 31. Dezember 2013 beim Verwaltungsgerichtshof anhängigen Beschwerdeverfahren die bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Bestimmungen weiter anzuwenden. Dies trifft auf den vorliegenden Fall zu. 4.1. Gemäß Paragraph 79, Absatz 11, letzter Satz VwGG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 122 aus 2013, sind, soweit durch das Verwaltungsgerichtsbarkeits-Übergangsgesetz (VwGbk-ÜG) nicht anderes bestimmt ist, in den mit Ablauf des 31. Dezember 2013 beim Verwaltungsgerichtshof anhängigen Beschwerdeverfahren die bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Bestimmungen weiter anzuwenden. Dies trifft auf den vorliegenden Fall zu.

4.2.1. Die relevanten Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVergG 2006) in der maßgeblichen Fassung

BGBI. I Nr. 15/2010 lauten auszugsweise: 4.2.1. Die relevanten Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVergG 2006) in der maßgeblichen Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, lauten auszugsweise:

"Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend: Paragraph 2, Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

(...)

26. Preis:

Angebotspreis (Auftragssumme) ist die Summe aus Gesamtpreis und Umsatzsteuer (zivilrechtlicher Preis)

(...)

Abschluss von Rahmenvereinbarungen

§ 151. (...) Paragraph 151, (...)

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

(...)

Vergabe von öffentlichen Aufträgen auf Grund von Rahmenvereinbarungen

§ 152. (1) Bei der Vergabe der auf einer Rahmenvereinbarung beruhenden öffentlichen Aufträge dürfen die Parteien keinesfalls substantielle Änderungen an den Bedingungen der Rahmenvereinbarung vornehmen. Paragraph 152, (1) Bei der Vergabe der auf einer Rahmenvereinbarung beruhenden öffentlichen Aufträge dürfen die Parteien keinesfalls substantielle Änderungen an den Bedingungen der Rahmenvereinbarung vornehmen.

(...)

Allgemeine Bestimmungen

Zuständigkeit

§ 312. (1) Das Bundesvergabeamt ist nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren (2. Unterabschnitt), zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (3. Unterabschnitt) und zur Durchführung von Feststellungsverfahren (4. Unterabschnitt) zuständig. Paragraph 312, (1) Das Bundesvergabeamt ist nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren (2. Unterabschnitt), zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (3. Unterabschnitt) und zur Durchführung von Feststellungsverfahren (4. Unterabschnitt) zuständig.

(...)

1. (3) Absatz 3, Nach Zuschlagserteilung ist das Bundesvergabeamt zuständig

(...)

3. zur Feststellung, ob ein Vergabeverfahren rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde;

(...)

Gebührenersatz

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

(...)

Feststellung von Rechtsverstößen, Nichtigerklärung und Verhängung von Sanktionen

§ 334. (1) Das Bundesvergabeamt hat eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 1 und 5 und Abs. 4 Z 1 und 3 nur dann zu treffen, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war. Paragraph 334, (1) Das Bundesvergabeamt hat eine Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer eins, und 5 und Absatz 4, Ziffer eins, und 3 nur dann zu treffen, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war.

1. (2) Absatz 2, Soweit in diesem Absatz und in den Abs. 4 und 5 nicht anderes bestimmt ist, hat das Bundesvergabeamt im Oberschwellenbereich den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 bis 5 für absolut nichtig zu erklären. Das Bundesvergabeamt hat von einer Nichtigerklärung des Vertrages oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß den Abs. 4 oder 5 abzusehen, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat und zwingende Gründe eines Allgemeininteresses es rechtfertigen, den Vertrag aufrechtzuerhalten. Wirtschaftliche Interessen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag stehen, können die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht rechtfertigen, andere wirtschaftliche Interessen nur dann, wenn die Nichtigkeit in Ausnahmefällen unverhältnismäßige Folgen hätte. Soweit in diesem Absatz und in den Absatz 4 und 5 nicht anderes bestimmt ist, hat das Bundesvergabeamt im Oberschwellenbereich den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, bis 5 für absolut nichtig zu erklären. Das Bundesvergabeamt hat von einer Nichtigerklärung des Vertrages oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß den Absatz 4, oder 5 abzusehen, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat und zwingende Gründe eines Allgemeininteresses es rechtfertigen, den Vertrag aufrechtzuerhalten. Wirtschaftliche Interessen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag stehen, können die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht rechtfertigen, andere wirtschaftliche Interessen nur dann, wenn die Nichtigkeit in Ausnahmefällen unverhältnismäßige Folgen hätte.

(...)

1. (4) Absatz 4, Kann die erbrachte Leistung oder ein erbrachter Leistungsteil nicht mehr oder nur wertvermindert rückgestellt werden, so hat das Bundesvergabeamt, sofern Abs. 5 nicht zur Anwendung kommt, im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 bis 5 auszusprechen, dass der Vertrag nur soweit aufgehoben wird, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind. Kann die erbrachte Leistung oder ein erbrachter Leistungsteil nicht mehr oder nur wertvermindert rückgestellt werden, so hat das Bundesvergabeamt, sofern Absatz 5, nicht zur Anwendung kommt, im Anschluss an eine Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, bis 5 auszusprechen, dass der Vertrag nur soweit aufgehoben wird, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind.

(...)

1. (7) Absatz 7, Wenn das Bundesvergabeamt von der Nichtigerklärung des Vertrages gemäß den Abs. 2 erster Satz oder 3 abgesehen hat, dann ist eine Geldbuße über den Auftraggeber zu verhängen, die wirksam, angemessen und abschreckend sein muss. Die Höchstgrenze für eine Geldbuße beträgt 20vH, im Unterschwellenbereich 10vH, der Auftragssumme. Geldbußen fließen dem ERP-Fonds zu. Wenn das Bundesvergabeamt von der Nichtigerklärung des Vertrages gemäß den Absatz 2, erster Satz oder 3 abgesehen hat, dann ist eine Geldbuße über den Auftraggeber zu verhängen, die wirksam, angemessen und abschreckend sein muss. Die Höchstgrenze für eine Geldbuße beträgt 20vH, im Unterschwellenbereich 10vH, der Auftragssumme. Geldbußen fließen dem ERP-Fonds zu.
2. (8) Absatz 8, Das Bundesvergabeamt hat bei der Verhängung der Geldbuße die Schwere des Verstoßes, die Vorgangsweise des Auftraggebers sowie sinngemäß die Erschwerungs- und Milderungsgründe gemäß § 5 des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG), BGBl. I Nr. 151/2005, heranzuziehen und zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß der Vertrag aufrecht erhalten wird. "Das Bundesvergabeamt hat bei der Verhängung der Geldbuße die Schwere des Verstoßes, die Vorgangsweise des Auftraggebers sowie sinngemäß die Erschwerungs- und Milderungsgründe gemäß Paragraph 5, des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 151 aus 2005,, heranzuziehen und zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß der Vertrag aufrecht erhalten wird."

4.2.2. § 5 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG), BGBl. I Nr. 151/2005, lautet: 4.2.2. Paragraph 5, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 151 aus 2005,, lautet:

"Bemessung der Verbandsgeldbuße

§ 5. (1). Bei der Bemessung der Anzahl der Tagessätze hat das Gericht Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Höhe der angedrohten Geldbuße bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Paragraph 5, (1). Bei der Bemessung der Anzahl der Tagessätze hat das Gericht Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Höhe der angedrohten Geldbuße bestimmen, gegeneinander abzuwägen.

1. (2) Absatz 2, Die Anzahl ist insbesondere umso höher zu bemessen,

1. je größer die Schädigung oder Gefährdung ist, für die der Verband verantwortlich ist;

2. je höher der aus der Straftat vom Verband erlangte Vorteil ist;

3. je mehr gesetzwidriges Verhalten von Mitarbeitern geduldet oder begünstigt wurde.

1. (3) Absatz 3, Die Anzahl ist insbesondere geringer zu bemessen, wenn

1. der Verband schon vor der Tat Vorkehrungen zur Verhinderung solcher Taten getroffen oder Mitarbeiter zu rechtstreuem Verhalten angehalten hat;

2. der Verband lediglich für Straftaten von Mitarbeitern verantwortlich ist (§ 3 Abs. 3); 2. der Verband lediglich für Straftaten von Mitarbeitern verantwortlich ist (Paragraph 3, Absatz 3,);

3. er nach der Tat erheblich zur Wahrheitsfindung beigetragen hat;

1. 4. Ziffer 4

er die Folgen der Tat gutgemacht hat;

2. 5. Ziffer 5

er wesentliche Schritte zur zukünftigen Verhinderung ähnlicher Taten unternommen hat.

6. die Tat bereits gewichtige rechtliche Nachteile für den Verband oder seine Eigentümer nach sich gezogen hat."

4.2.3. Die relevanten Bestimmungen des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) in der Fassung BGBl. Nr. 275/1992 lauten: 4.2.3. Die relevanten Bestimmungen des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) in der Fassung Bundesgesetzblatt Nr. 275 aus 1992, lauten:

"§ 877. Wer die Aufhebung eines Vertrages aus Mangel der Einwilligung verlangt, muss dagegen auch alles zurückstellen, was er aus einem solchen Verträge zu seinem Vorteile erhalten hat.

(...)

§ 879. (1) Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig Paragraph 879, (1) Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

(...)"

4.2.4. Die relevanten Bestimmungen der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge idF der Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 (RechtsM-RL) lauten: 4.2.4. Die relevanten Bestimmungen der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge in der Fassung der Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 (RechtsM-RL) lauten:

"Artikel 2d

Unwirksamkeit

1. (1) Absatz eins, Die Mitgliedstaaten tragen in folgenden Fällen dafür Sorge, dass ein Vertrag durch eine vom öffentlichen Auftraggeber unabhängige Nachprüfungsstelle für unwirksam erklärt wird oder dass sich seine Unwirksamkeit aus der Entscheidung einer solchen Stelle ergibt,

(...)

1. (2) Absatz 2, Die Folgen der Unwirksamkeit eines Vertrages richten sich nach innerstaatlichem Recht.

Die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften können somit vorsehen, dass alle vertraglichen Wirkungen rückwirkend aufgehoben werden oder dass die Wirkung der Aufhebung auf die Verpflichtungen beschränkt ist, die noch zu erfüllen sind. Im letzteren Fall tragen die Mitgliedstaaten dafür Sorge, dass auch alternative Sanktionen im Sinne des Artikel 2e Absatz 2 Anwendung finden.

(...)

Artikel 2e

Verstöße gegen diese Richtlinie und alternative Sanktionen

1. (1) Absatz eins, (...) Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass die vom öffentlichen Auftraggeber unabhängige Nachprüfungsstelle nach Bewertung aller einschlägigen Aspekte entscheidet, ob der Vertrag als unwirksam erachtet oder alternative Sanktionen verhängt werden sollen.
2. (2) Absatz 2, Die alternativen Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Sie umfassen Folgendes:
 - -Strichaufzählung
die Verhängung von Geldbußen bzw. -strafen gegen den öffentlichen Auftraggeber oder
 - -Strichaufzählung
die Verkürzung der Laufzeit des Vertrages.

Die Mitgliedstaaten können der Nachprüfungsstelle einen weiten Ermessensspielraum einräumen, damit sie alle relevanten Faktoren berücksichtigen kann, einschließlich der Schwere des Verstoßes, des Verhaltens des öffentlichen Auftraggebers und - in den in Art. 2d Absatz 2 genannten Fällen - des Umfangs, in dem der Vertrag seine Gültigkeit behält. Die Mitgliedstaaten können der Nachprüfungsstelle einen weiten Ermessensspielraum einräumen, damit sie alle relevanten Faktoren berücksichtigen kann, einschließlich der Schwere des Verstoßes, des Verhaltens des öffentlichen Auftraggebers und - in den in Artikel 2 d, Absatz 2 genannten Fällen - des Umfangs, in dem der Vertrag seine Gültigkeit behält.

(...)"

4.3. Zu Spruchpunkt III. des angefochtenen Bescheids: 4.3. Zu Spruchpunkt römisch drei. des angefochtenen Bescheids:

4.3.1. Für die Vergabe von Aufträgen auf Basis einer Rahmenvereinbarung gelten ausschließlich die §§ 150 Abs. 2, 151, 152 BVergG 2006 sowie die in diesen Bestimmungen verwiesenen Paragraphen. Da eine Rahmenvereinbarung ein Instrument der Auftragsvergabe darstellt, in dem die Bedingungen für die konkrete Leistungserbringung erst nachträglich fixiert oder nachträglich modifiziert werden können, kommt § 152 Abs. 1 BVergG 2006, wonach bei der Vergabe der auf einer Rahmenvereinbarung beruhenden öffentlichen Aufträge die Parteien keinesfalls substantielle Änderungen an den Bedingungen der Rahmenvereinbarung vornehmen dürfen, als spezieller Ausformulierung des Diskriminierungsverbotes für diesen Bereich besondere Bedeutung zu. "Substantielle" Änderungen der Bedingungen einer Rahmenvereinbarung wären etwa Änderungen des Leistungsgegenstandes, die wesentlich andere Angebote (für den Abschluss der Rahmenvereinbarung) oder einen stark veränderten Bewerber- oder Bieterkreis (für den Abschluss der Rahmenvereinbarung) zur Folge gehabt hätten (vgl. zu allem RV 1171 BlgNR XXII. GP, 94 f). 4.3.1. Für die Vergabe von Aufträgen auf Basis einer Rahmenvereinbarung gelten ausschließlich die Paragraphen 150, Absatz 2, 151, 152, BVergG 2006 sowie die in diesen Bestimmungen verwiesenen Paragraphen. Da eine Rahmenvereinbarung ein Instrument der Auftragsvergabe darstellt, in dem die Bedingungen für die konkrete Leistungserbringung erst nachträglich fixiert oder nachträglich modifiziert werden können, kommt Paragraph 152, Absatz eins, BVergG 2006, wonach bei der Vergabe der auf einer Rahmenvereinbarung beruhenden öffentlichen Aufträge die Parteien keinesfalls substantielle Änderungen an den Bedingungen der Rahmenvereinbarung vornehmen dürfen, als spezieller Ausformulierung des Diskriminierungsverbotes für diesen Bereich besondere Bedeutung zu. "Substantielle" Änderungen der Bedingungen einer Rahmenvereinbarung wären etwa Änderungen des Leistungsgegenstandes, die wesentlich andere Angebote (für den Abschluss der Rahmenvereinbarung) oder einen stark veränderten Bewerber- oder Bieterkreis (für den Abschluss der Rahmenvereinbarung) zur Folge gehabt hätten vergleiche , zu allem Regierungsvorlage 1171, BlgNR römisch 22 . GP, 94 f).

Bei der Beurteilung der Frage, ob eine substantielle Änderung vorliegt, ist vor allem auf die Gleichbehandlung und den

Transparenzgrundsatz zu achten. Die Rechtsprechung des EuGH betreffend die Zulässigkeit nachträglicher Vertragsänderungen bietet Anhaltspunkte für die Ausmittlung der Grenze zwischen einer dem Charakteristikum der Rahmenvereinbarung entsprechenden Abänderung bzw. Konkretisierung der Leistungsverpflichtung und einer unzulässigen substanziellen Vertragsänderung (vgl. Hornbanger/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006/2, § 152 Rz 1, mit Verweis auf Erwägungsgrund 11 der VergabeRL 2004). In seinem Urteil vom 19. Juni 2008, C-454/06 "Presstext", sprach der EuGH aus, um die Transparenz der Verfahren und die Gleichbehandlung der Bieter sicherzustellen, seien Änderungen der Bestimmungen eines öffentlichen Auftrags während seiner Geltungsdauer als Neuvergabe des Auftrags im Sinne der Richtlinie 92/50 anzusehen, wenn sie wesentlich andere Merkmale aufweisen würden als der ursprüngliche Auftrag und damit den Willen der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen dieses Vertrags erkennen ließen (Rn 34; mit Verweis auf das Urteil des EuGH vom 5. Oktober 2000, Kommission/Frankreich, C-337/98, Slg. 2000, I-8377, Rn 44 und 46). Die Änderung eines öffentlichen Auftrags während seiner Laufzeit könne als wesentlich angesehen werden, wenn sie Bedingungen einführe, die die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots erlaubt hätten, wenn sie Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen wären (Rn 35; vgl. auch das Urteil des EuGH vom 13. April 2010, Rs C-91/08, Wall AG, Rz 43). Bei der Beurteilung der Frage, ob eine substanzielle Änderung vorliegt, ist vor allem auf die Gleichbehandlung und den Transparenzgrundsatz zu achten. Die Rechtsprechung des EuGH betreffend die Zulässigkeit nachträglicher Vertragsänderungen bietet Anhaltspunkte für die Ausmittlung der Grenze zwischen einer dem Charakteristikum der Rahmenvereinbarung entsprechenden Abänderung bzw. Konkretisierung der Leistungsverpflichtung und einer unzulässigen substanziellen Vertragsänderung vergleiche , Hornbanger/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006/2, Paragraph 152, Rz 1, mit Verweis auf Erwägungsgrund 11 der VergabeRL 2004). In seinem Urteil vom 19. Juni 2008, C-454/06 "Presstext", sprach der EuGH aus, um die Transparenz der Verfahren und die Gleichbehandlung der Bieter sicherzustellen, seien Änderungen der Bestimmungen eines öffentlichen Auftrags während seiner Geltungsdauer als Neuvergabe des Auftrags im Sinne der Richtlinie 92/50 anzusehen, wenn sie wesentlich andere Merkmale aufweisen würden als der ursprüngliche Auftrag und damit den Willen der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen dieses Vertrags erkennen ließen (Rn 34; mit Verweis auf das Urteil des EuGH vom 5. Oktober 2000, Kommission/Frankreich, C-337/98, Slg. 2000, I-8377, Rn 44 und 46). Die Änderung eines öffentlichen Auftrags während seiner Laufzeit könne als wesentlich angesehen werden, wenn sie Bedingungen einführe, die die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots erlaubt hätten, wenn sie Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen wären (Rn 35; vergleiche , auch das Urteil des EuGH vom 13. April 2010, Rs C-91/08, Wall AG, Rz 43).

4.3.2. Wendet man die unter 4.3.1. dargestellten Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, erweist sich die rechtliche Beurteilung der belangten Behörde - ungeachtet der einer Rahmenvereinbarung immanenten Flexibilität - betreffend die strittige Frage der Rechtswidrigkeit des Abrufs der Impfstofflieferungen aus der Rahmenvereinbarung im Ergebnis als zutreffend:

Ausgehend von den der Rahmenvereinbarung vom 14. November 2011 zugrunde liegenden Ausschreibungsbedingungen (s. oben Punkt 1.1.), welche gemäß der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen sind (vgl. das hg. Erkenntnis vom 12. September 2013, 2010/04/0066, mwN), erforderte die Teilnahme an dieser Ausschreibung die Konkurrenzfähigkeit eines Bieters auf dem Gebiet der Versorgung einer relativ großen Anzahl auf Abruf zu beliefernder Standorte der Auftraggeber mit einem breit gestreuten Warensortiment. Ausgehend von den der Rahmenvereinbarung vom 14. November 2011 zugrunde liegenden Ausschreibungsbedingungen (s. oben Punkt 1.1.), welche gemäß der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen sind vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 12. September 2013, 2010/04/0066, mwN), erforderte die Teilnahme an dieser Ausschreibung die Konkurrenzfähigkeit eines Bieters auf dem Gebiet der Versorgung einer relativ großen Anzahl auf Abruf zu beliefernder Standorte der Auftraggeber mit einem breit gestreuten Warensortiment.

Weiter wurde der in den Ausschreibungsbedingungen - ausdrücklich zu Zwecken der Kalkulation angeführte -

erwartete Gesamtjahresumsatz in Zusammenhang mit den Standorten der Kategorie II, worunter laut Ausschreibungsbedingungen die Regionaldienststellen der Beschwerdeführerin fielen, die mit dem verfahrensgegenständlichen Impfstoff beliefert wurden, mit EUR 80.000,00 beziffert (s. Punkt 3.2.6. der Ausschreibungsbestimmungen). Dieser Kalkulationsgrundlage steht im konkreten Fall der aus bloß zwei Abrufen betreffend die Lieferung eines medizinischen Produkts lukrierte Warenumsatz gegenüber, der laut Beschwerde EUR 849.400,40 betragen habe. Auch nach dem Beschwerdevorbringen übersteigt der Umsatz aus den Impfstofflieferungen den in den Ausschreibungsbedingungen in Aussicht gestellten Jahresumsatz der Kategorie II um ein Vielfaches und übertrifft auch den von der Beschwerde ins Treffen geführten Jahresumsatzwert der Rahmenvereinbarung aus allen drei Standortkategorien von EUR 750.000,00. Weiter wurde der in den Ausschreibungsbedingungen - ausdrücklich zu Zwecken der Kalkulation angeführte - erwartete Gesamtjahresumsatz in Zusammenhang mit den Standorten der Kategorie römisch zwei, worunter laut Ausschreibungsbedingungen die Regionaldienststellen der Beschwerdeführerin fielen, die mit dem verfahrensgegenständlichen Impfstoff beliefert wurden, mit EUR 80.000,00 beziffert (s. Punkt 3.2.6. der Ausschreibungsbestimmungen). Dieser Kalkulationsgrundlage steht im konkreten Fall der aus bloß zwei Abrufen betreffend die Lieferung eines medizinischen Produkts lukrierte Warenumsatz gegenüber, der laut Beschwerde EUR 849.400,40 betragen habe. Auch nach dem Beschwerdevorbringen übersteigt der Umsatz aus den Impfstofflieferungen den in den Ausschreibungsbedingungen in Aussicht gestellten Jahresumsatz der Kategorie römisch zwei um ein Vielfaches und übertrifft auch den von der Beschwerde ins Treffen geführten Jahresumsatzwert der Rahmenvereinbarung aus allen drei Standortkategorien von EUR 750.000,00.

Das bloße Abstellen der Beschwerde auf die Frage, ob der Umsatz aus den Impfstofflieferungen rechnerisch in dem während der Gesamtlaufzeit von drei Jahren zu erwartenden Umsatzwert der Rahmenvereinbarung für alle drei Standortkategorien Deckung findet, greift bei der Beurteilung, ob es sich bei den Abrufen um eine substantielle Vertragsänderung handelt, zu kurz.

Die Merkmale des Warenlieferungsauftrages betreffend die Impfstoffe unterscheiden sich schon deshalb substantiell von den sich aus der Rahmenvereinbarung ergebenden Anforderungen an den Auftragnehmer, weil die Erwartung des rund zehnfachen Warenumsatzwerts bezogen auf nur eine der drei Standortkategorien zu einer erheblich anderen Kalkulation führen wird als die Zugrundelegung der aufgrund der Rahmenvereinbarungsbedingungen in Aussicht stehenden Umsätze. Während die Rahmenvereinbarungsbedingungen überdies den Auftragnehmer zu einer in Hinblick auf Ware, Umfang und Termin flexiblen Belieferung einer Vielzahl von Standorten verpflichten, erlaubt die abgerufene Lieferung des Impfstoffbedarfs für eine jährliche Impfkation grundsätzlich eine langfristige Planung und führt zu einem kalkulierbaren Warenumsatz innerhalb einer kurzen Zeitspanne.

Es ist daher davon auszugehen, dass bereits diese unterschiedlichen Anforderungen im Falle einer Ausschreibung des benötigten FSME-Impfstoffes einen zumindest stark veränderten Bieterkreis im Vergleich zur Rahmenvereinbarung zur Folge gehabt hätten, weshalb die Vergabe der verfahrensgegenständlichen Lieferaufträge auf Basis der Rahmenvereinbarung wegen der damit verbundenen substantiellen Änderung gegen § 152 Abs. 1 BVergG 2006 verstieß. Es ist daher davon auszugehen, dass bereits diese unterschiedlichen Anforderungen im Falle einer Ausschreibung des benötigten FSME-Impfstoffes einen zumindest stark veränderten Bieterkreis im Vergleich zur Rahmenvereinbarung zur Folge gehabt hätten, weshalb die Vergabe der verfahrensgegenständlichen Lieferaufträge auf Basis der Rahmenvereinbarung wegen der damit verbundenen substantiellen Änderung gegen Paragraph 152, Absatz eins, BVergG 2006 verstieß.

Die von der Beschwerde monierte rechtliche Beurteilung der Bedeutung der Anzahl der mit dem Impfstoff zu beliefernden Standorte kann daher dahinstehen.

4.3.3. Angesichts des dargestellten Ausmaßes der Überschreitung des mit dem verfahrensgegenständlichen Beschaffungsvorgang erzielten Warenumsatzes gegenüber der mit der Rahmenvereinbarung verbundenen Umsatzerwartung betreffend die maßgebliche Standortkategorie kommt der Verfahrensrüge der Beschwerde im Zusammenhang mit dem von der belangten Behörde um ca. 10% höher festgestellten Gesamtauftragswert der Impfstofflieferungen keine Relevanz zu.

4.3.4. Im Ergebnis hat die belangte Behörde das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Feststellung nach § 312 Abs. 3 Z 3 BVergG 2006, nämlich dass durch die Beschwerdeführerin ein Vergabeverfahren rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde, zu Recht bejaht. Die Beschwerde ist in diesem Umfang als

unbegründet abzuweisen. 4.3.4. Im Ergebnis hat die belangte Behörde das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Feststellung nach Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG 2006, nämlich dass durch die Beschwerdeführerin ein Vergabeverfahren rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde, zu Recht bejaht. Die Beschwerde ist in diesem Umfang als unbegründet abzuweisen.

4.4. Zu Spruchpunkt IV. des angefochtenen Bescheids: 4.4. Zu Spruchpunkt römisch vier. des angefochtenen Bescheids:

4.4.1. Mit Spruchpunkt IV. hob die belangte Behörde die mit Schreiben vom 6. und vom 29. Februar 2012 geschlossenen Verträge in dem Umfang auf, in welchem diese noch nicht erfüllt worden seien, und stützte diese Entscheidung auf § 334 Abs. 4 BVergG 2006. Die bereits verabreichten Impfungen könnten nicht mehr zurückgestellt werden. 4.4.1. Mit Spruchpunkt römisch vier. hob die belangte Behörde die mit Schreiben vom 6. und vom 29. Februar 2012 geschlossenen Verträge in dem Umfang auf, in welchem diese noch nicht erfüllt worden seien, und stützte diese Entscheidung auf Paragraph 334, Absatz 4, BVergG 2006. Die bereits verabreichten Impfungen könnten nicht mehr zurückgestellt werden.

Die Beschwerde führt dagegen zusammengefasst ins Treffen, die Beschwerdeführerin habe zu keinem Zeitpunkt das Absehen von der Vertragsaufhebung (gemeint Nichtigerklärung des Vertrages) beantragt. Eine Aufrechterhaltung des Vertrages könne nur im Interesse der Auftraggeberin erfolgen. Zudem handle es sich bei den gelieferten FSME-Impfstoffen um eine Gattungsschuld. Eine Rückabwicklung des Vertrages sei entgegen der Ansicht der belangten Behörde möglich gewesen, weil sich die Beschwerdeführerin den zurückzustellenden Impfstoff am Markt hätte beschaffen können.

4.4.2. Eine Nichtigerklärung nach § 334 Abs. 2 erster Satz BVergG 2006 hat nur zu erfolgen, wenn in diesem Absatz und in den Abs. 4 und 5 leg. cit. nicht anderes bestimmt ist. 4.4.2. Eine Nichtigerklärung nach Paragraph 334, Absatz 2, erster Satz BVergG 2006 hat nur zu erfolgen, wenn in diesem Absatz und in den Absatz 4, und 5 leg. cit. nicht anderes bestimmt ist.

Der Beschwerde ist zuzugestehen, dass das in § 334 Abs. 2 zweiter Satz BVergG 2006 normierte Absehen von der Nichtigerklärung des Vertrages im Oberschwellenbereich von einem darauf gerichteten Antrag des Auftraggebers abhängig ist. Der Beschwerde ist zuzugestehen, dass das in Paragraph 334, Absatz 2, zweiter Satz BVergG 2006 normierte Absehen von der Nichtigerklärung des Vertrages im Oberschwellenbereich von einem darauf gerichteten Antrag des Auftraggebers abhängig ist.

§ 334 Abs. 4 BVergG 2006 bestimmt, dass das Bundesvergabeamt auszusprechen hat, dass der Vertrag nur soweit aufgehoben wird, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind, wenn die erbrachte Leistung oder ein erbrachter Leistungsteil nicht mehr oder nur wertvermindert zurückgestellt werden kann. Paragraph 334, Absatz 4, BVergG 2006 bestimmt, dass das Bundesvergabeamt auszusprechen hat, dass der Vertrag nur soweit aufgehoben wird, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind, wenn die erbrachte Leistung oder ein erbrachter Leistungsteil nicht mehr oder nur wertvermindert zurückgestellt werden kann.

§ 334 Abs. 4 BVergG 2006 verlangt für das mit der bloß teilweisen Aufhebung des Vertrages einhergehende Absehen von seiner Nichtigerklärung keinen Antrag des Auftraggebers. Andernfalls könnte das (willkürliche) Unterlassen der entsprechenden Antragstellung durch den Auftraggeber, der die Leistung aus dem Vertrag erhalten hat und nicht mehr zurückstellen kann, auch die Verhängung der alternativen Sanktion der Geldbuße verhindern. Dies würde Art. 2d Abs. 2 iVm Art. 2e Abs. 1 Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG (RechtsM-RL) widersprechen, wonach für den Fall, dass die Wirkung der Aufhebung auf die Verpflichtungen beschränkt ist, die noch zu erfüllen sind, dafür Sorge zu tragen ist, dass alternative Sanktionen Anwendung finden, die wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sind. Paragraph 334, Absatz 4, BVergG 2006 verlangt für das mit der bloß teilweisen Aufhebung des Vertrages einhergehende Absehen von seiner Nichtigerklärung keinen Antrag des Auftraggebers. Andernfalls könnte das (willkürliche) Unterlassen der entsprechenden Antragstellung durch den Auftraggeber, der die Leistung aus dem Vertrag erhalten hat und nicht mehr zurückstellen kann, auch die Verhängung der alternativen Sanktion der Geldbuße verhindern. Dies würde Artikel 2 d, Absatz 2, in Verbindung mit Artikel 2 e, Absatz eins, Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG (RechtsM-RL) widersprechen, wonach für den Fall, dass die Wirkung der Aufhebung auf die Verpflichtungen beschränkt ist, die noch zu erfüllen sind, dafür Sorge zu tragen ist, dass alternative Sanktionen Anwendung finden, die wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sind.

Zusammenfassend hatte daher das Bundesvergabeamt - wie sich auch aus § 334 Abs. 2 erster Satz BVerG 2006 ergibt - ohne Vorliegen eines auf das Absehen von der Nichtigkeitserklärung gerichteten Antrags des Auftraggebers zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 334 Abs. 4 BVerG 2006 betreffend das Nichtvorliegen der Möglichkeit der Zurückstellung der Leistung gegeben sind. Für diese Prüfung sind in rechtlicher Hinsicht die Vorschriften des Zivilrechts betreffend die Rückabwicklung nach Nichtigkeitserklärung eines Vertrages wegen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot gemäß § 879 Abs. 1 ABGB heranzuziehen. Die Rechtsfolgen entsprechen jenen der Kondiktion nach den §§ 1431 und 1437 ABGB (vgl. Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kommentar, § 879 Rz 31 und § 877 Rz 3). Zusammenfassend hatte daher das Bundesvergabeamt - wie sich auch aus Paragraph 334, Absatz 2, erster Satz BVerG 2006 ergibt - ohne Vorliegen eines auf das Absehen von der Nichtigkeitserklärung gerichteten Antrags des Auftraggebers zu prüfen, ob die Voraussetzungen des Paragraph 334, Absatz 4, BVerG 2006 betreffend das Nichtvorliegen der Möglichkeit der Zurückstellung der Leistung gegeben sind. Für diese Prüfung sind in rechtlicher Hinsicht die Vorschriften des Zivilrechts betreffend die Rückabwicklung nach Nichtigkeitserklärung eines Vertrages wegen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot gemäß Paragraph 879, Absatz eins, ABGB heranzuziehen. Die Rechtsfolgen entsprechen jenen der Kondiktion nach den Paragraphen 1431, und 1437 ABGB vergleiche , Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kommentar, Paragraph 879, Rz 31 und Paragraph 877, Rz 3).

4.4.3. Der Argumentation der Beschwerde, fallbezogen sei die Rückabwicklung des Vertrages entgegen der rechtlichen Beurteilung der belangten Behörde möglich, weil es sich bei den FSME-Impfstoffen um eine Gattungsschuld handle, ist nicht zu folgen:

Der Leistungsgegenstand mag im Fall der Lieferung von FSME-Impfstoff durch generelle Merkmale festgelegt sein und daher zunächst eine Gattungsschuld darstellen (zur Unterscheidung von Stückschuld und Gattungsschuld vgl. Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts II13, 28 f, mwN). Spätestens mit dem Zeitpunkt der Erfüllung tritt jedoch die Konzentration (oder Konkretisierung) der Gattungsschuld ein, was dazu führt, dass diese nunmehr als Stückschuld behandelt wird (vgl. Aicher in Rummel, Kommentar zum ABGB I3, § 1048 ff Rz 4). Damit hat im Falle einer auf Wiederherstellung des vorigen Zustands in Natur gerichteten Kondiktion der Empfänger einer unbegründet erlangten Sache diese zurückzugeben, was für Gattungssachen aber nur solange gilt, als diese unterscheidbar im Machtbereich des Empfängers vorhanden sind (vgl. das Urteil des Obersten Gerichtshofs, 1 Ob 822/52 = SZ 25/260). Der Leistungsgegenstand mag im Fall der Lieferung von FSME-Impfstoff durch generelle Merkmale festgelegt sein und daher zunächst eine Gattungsschuld darstellen (zur Unterscheidung von Stückschuld und Gattungsschuld vergleiche , Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts II13, 28 f, mwN). Spätestens mit dem Zeitpunkt der Erfüllung tritt jedoch die Konzentration (oder Konkretisierung) der Gattungsschuld ein, was dazu führt, dass diese nunmehr als Stückschuld behandelt wird vergleiche , Aicher in Rummel, Kommentar zum ABGB I3, Paragraph 1048, ff Rz 4). Damit hat im Falle einer auf Wiederherstellung des vorigen Zustands in Natur gerichteten Kondiktion der Empfänger einer unbegründet erlangten Sache diese zurückzugeben, was für Gattungssachen aber nur solange gilt, als diese unterscheidbar im Machtbereich des Empfängers vorhanden sind vergleiche , das Urteil des Obersten Gerichtshofs, 1 Ob 822/52 = SZ 25/260).

4.4.4. Die Beschwerde bestreitet nicht, dass Teile der gelieferten FSME-Impfstoffe verabreicht wurden. Die verfahrensgegenständliche Warenlieferung wurde durch die Erfüllung konkretisiert und ist von diesem Zeitpunkt an als Stückschuld zu behandeln. Diese Stücke befinden sich aufgrund ihrer Verabreichung an die Patienten nicht mehr im Machtbereich des Empfängers und können nicht zurückgestellt werden.

Die Rückstellung eines Teiles der erbrachten Leistung ist daher im Sinne des § 334 Abs. 4 BVerG 2006 nicht möglich, weshalb die belangte Behörde zu Recht im Umfang der Erfüllung der Verträge von der Aufhebung abgesehen hat. Die Beschwerde ist daher auch im Umfang der Anfechtung des Spruchpunktes IV. als unbegründet abzuweisen. Die Rückstellung eines Teiles der erbrachten Leistung ist daher im Sinne des Paragraph 334, Absatz 4, BVerG 2006 nicht möglich, weshalb die belangte Behörde zu Recht im Umfang der Erfüllung der Verträge von der Aufhebung abgesehen hat. Die Beschwerde ist daher auch im Umfang der Anfechtung des Spruchpunktes römisch vier. als unbegründet abzuweisen.

4.5. Zu Spruchpunkt V. des angefochtenen Bescheids: 4.5. Zu Spruchpunkt römisch fünf. des angefochtenen Bescheids:

4.5.1. Die Beschwerde wendet sich zunächst gegen die Verhängung der Geldbuße an sich und bringt vor, das Absehen von der Nichtigkeitserklärung des Vertrages sei nur auf Antrag und im Interesse des Auftraggebers möglich, dem damit eine Wahlmöglichkeit zwischen der Nichtigkeitserklärung des Vertrages und der alternativen Sanktion einer Geldbuße zukomme.

Art. 2e Abs. 1 der RechtsM-RL verlangt als Rechtsfolge der festgestellten Vergaberechtswidrigkeit die Unwirksamkeit des betreffenden Vertrages oder die Verhängung einer alternativen Sanktion. Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 334 Abs. 4 erster Halbsatz BVergG 2006 ist nicht mit Nichtigkeitserklärung (ex tunc) des Vertrages im Sinne des § 334 Abs. 2 erster Satz BVergG 2006 vorzugehen, sondern der Vertrag nur soweit aufzuheben, als Leistungen noch ausständig sind oder erbrachte Leistungen ohne Wertminderung rückstellbar sind. In dem keiner Rückabwicklung zugänglichen Umfang des missbilligten Vertrages verbleibt als einzige Sanktionsmöglichkeit des rechtswidrigen Verhaltens des Auftraggebers die gemäß § 334 Abs. 7 BVergG 2006 ausdrücklich für den Fall des Absehens von der Nichtigkeitserklärung gemäß § 334 Abs. 2 erster Satz oder 3 vorgesehene Verhängung einer Geldbuße. Um den Anforderungen der RechtsM-RL gerecht zu werden, ist daher auch dieser Fall unter die Bestimmung des § 334 Abs. 7 BVergG 2006 zu subsumieren und insoweit mit der Verhängung der Geldbuße vorzugehen. Für den Auftraggeber verbleibt in diesem Fall keine Wahlmöglichkeit (vgl. auch RV 327 BlgNR XXIV. GP, 38). Artikel 2 e, Absatz eins, der RechtsM-RL verlangt als Rechtsfolge der festgestellten Vergaberechtswidrigkeit die Unwirksamkeit des betreffenden Vertrages oder die Verhängung einer alternativen Sanktion. Bei Vorliegen der Voraussetzungen des Paragraph 334, Absatz 4, erster Halbsatz BVergG 2006 ist nicht mit Nichtigkeitserklärung (ex tunc) des Vertrages im Sinne des Paragraph 334, Absatz 2, erster Satz BVergG 2006 vorzugehen, sondern der Vertrag nur soweit aufzuheben, als Leistungen noch ausständig sind oder erbrachte Leistungen ohne Wertminderung rückstellbar sind. In dem keiner Rückabwicklung zugänglichen Umfang des missbilligten Vertrages verbleibt als einzige Sanktionsmöglichkeit des rechtswidrigen Verhaltens des Auftraggebers die gemäß Paragraph 334, Absatz 7, BVergG 2006 ausdrücklich für den Fall des Absehens von der Nichtigkeitserklärung gemäß Paragraph 334, Absatz 2, erster Satz oder 3 vorgesehene Verhängung einer Geldbuße. Um den Anforderungen der RechtsM-RL gerecht zu werden, ist daher auch dieser Fall unter die Bestimmung des Paragraph 334, Absatz 7, BVergG 2006 zu subsumieren und insoweit mit der Verhängung der Geldbuße vorzugehen. Für den Auftraggeber verbleibt in diesem Fall keine Wahlmöglichkeit vergleiche , auch Regierungsvorlage 327, BlgNR römisch 24 . GP, 38).

Eines auf die Verhängung einer Geldbuße abzielenden Antrags der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren bedarf es mangels einer entsprechenden gesetzlichen Bestimmung nicht. Das Gesetz enthält auch keine Regelung, wonach die Vergabekontrollbehörde in einem anhängigen Feststellungsverfahren dem Auftraggeber explizit eine Möglichkeit zur Stellungnahme betreffend die als mögliche Rechtsfolge der Feststellung einer Vergaberechtswidrigkeit normierte Verhängung einer Geldbuße einräumen müsse.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die belangte Behörde zu Recht das Vorliegen der Voraussetzungen des § 334 Abs. 7 BVergG 2006 für die Verhängung einer Geldbuße angenommen hat. Der Beschwerde kommt insoweit keine Berechtigung zu. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die belangte Behörde zu Recht das Vorliegen der Voraussetzungen des Paragraph 334, Absatz 7, BVergG 2006 für die Verhängung einer Geldbuße angenommen hat. Der Beschwerde kommt insoweit keine Berechtigung zu.

4.5.2. Letztlich wendet sich die Beschwerdeführerin gegen die Höhe der verhängten Geldbuße und bringt in diesem Zusammenhang vor, die belangte Behörde sei bei der Bemessung von unrichtigen Voraussetzungen ausgegangen. Der Gesamtauftragswert der verfahrensgegenständlichen Verträge sei mit EUR 932.404,36 anstelle von EUR 849.400,40 unrichtig festgestellt worden. Die belangte Behörde habe entgegen den Ausführungen im angefochtenen Bescheid die dieser Feststellung zugrunde liegenden Ermittlungsergebnisse nicht mit der Beschwerdeführerin erörtert. Die Höhe des Auftragswerts stelle ein wesentliches Element zur Bemessung der Strafe dar, weshalb die fehlerhafte Feststellung aufgrund mangelnder Ermittlungen den angefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit belaste.

4.5.2.1. Diesem Beschwerdevorbringen kommt fallbezogen Berechtigung zu:

Die Festsetzung einer Geldbuße ist eine Ermessensentscheidung, bei der neben den gesetzlichen Bemessungsfaktoren die Umstände des Einzelfalls und der Kontext der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen sind. Es handelt sich um eine rechtliche und wirtschaftliche Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände, nicht um das Ergebnis einer schlichten Rechenoperation (vgl. zur Geldbußenbemessung in Kartellrechtssachen den Beschluss des Obersten Gerichtshofes vom 25. März 2009, 16 Ok 4/09, mwN, sowie den Verweis der Materialien auf den vergleichbaren Charakter der

Sanktion gemäß § 334 Abs. 7 und 8 BVergG 2006 mit den Geldbußen gemäß § 29 Kartellgesetz 2005 (RV 327 BlgNR XXIV. GP, 39); vgl. zum Ermessen auch Art. 2e Abs. 2 RechtsM-RL). Die Festsetzung einer Geldbuße ist eine Ermessensentscheidung, bei der neben den gesetzlichen Bemessungsfaktoren die Umstände des Einzelfalls und der Kontext der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen sind. Es handelt sich um eine rechtliche und wirtschaftliche Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände, nicht um das Ergebnis einer schlichten Rechenoperation vergleiche , zur Geldbußenbemessung in Kartellrechtssachen den Beschluss des Obersten Gerichtshofes vom 25. März 2009, 16 Ok 4/09, mwN, sowie den Verweis der Materialien auf den vergleichbaren Charakter der Sanktion gemäß Paragraph 334, Absatz 7, und 8 BVergG 2006 mit den Geldbußen gemäß Paragraph 29, Kartellgesetz 2005 Regierungsvorlage 327, BlgNR römisch 24 . GP, 39); vergleiche , zum Ermessen auch Artikel 2 e, Absatz 2, RechtsM-RL).

Voraussetzung für die rechtmäßige Ausübung des Ermessens ist, dass der Sachverhalt in den für die Ermessensübung maßgebenden Punkten ordnungsgemäß und hinreichend vollständig ermittelt wurde (Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³, 267 f). Um die Überprüfbarkeit des bei der Ausmessung der Geldbuße geübten Ermessens zu gewährleisten, hat die Behörde ausgehend von konkreten Feststellungen zu den Sachverhaltsgrundlagen, die in die Ermessensentscheidung erschwerend oder mildernd einfließen, darzulegen, weshalb die Höhe der im Einzelfall verhängten Geldbuße den in § 334 Abs. 7 BVergG 2006 festgelegten gesetzlichen Anforderungen der Wirksamkeit, Angemessenheit und Eignung zur Abschreckung entspricht (zu den Begründungsanforderungen von Ermessensentscheidungen vgl. die hg. Erkenntnisse vom 25. Februar 1987, 85/03/0080, und vom 18. November 1993, 93/09/0256). Voraussetzung für die rechtmäßige Ausübung des Ermessens ist, dass der Sachverhalt in den für die Ermessensübung maßgebenden Punkten ordnungsgemäß und hinreichend vollständig ermittelt wurde (Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³, 267 f). Um die Überprüfbarkeit des bei der Ausmessung der Geldbuße geübten Ermessens zu gewährleisten, hat die Behörde ausgehend von konkreten Feststellungen zu den Sachverhaltsgrundlagen, die in die Ermessensentscheidung erschwerend oder mildernd einfließen, darzulegen, weshalb die Höhe der im Einzelfall verhängten Geldbuße den in Paragraph 334, Absatz 7, BVergG 2006 festgelegten gesetzlichen Anforderungen der Wirksamkeit, Angemessenheit und Eignung zur Abschreckung entspricht (zu den Begründungsanforderungen von Ermessensentscheidungen vergleiche , die hg. Erkenntnisse vom 25. Februar 1987, 85/03/0080, und vom 18. November 1993, 93/09/0256).

4.5.2.2. Gemäß § 334 Abs. 7 BVergG 2006 beträgt die Höchstgrenze für die zu verhängende Geldbuße im Oberschwellenbereich 20% der Auftragssumme. Als Auftragssumme ist die Summe aus Gesamtpreis zuzüglich Umsatzsteuer (vgl. § 2 Z 26 lit a BVergG 2006) des vergebenen Vertrages oder auch Vertragsteiles - sofern es sich nur um ein teilweises Absehen von der Aufhebung des Vertrages im Sinne des § 334 Abs. 4 BVergG 2006 handelt - zu verstehen. Die an der jeweiligen Auftragssumme orientierte Höchstgrenze des Ermessensspielraums für die Behörde ist ein unverzichtbarer Parameter für die Ausmittlung der Geldbuße. 4.5.2.2. Gemäß Paragraph 334, Absatz 7, BVergG 2006 beträgt die Höchstgrenze für die zu verhängende Geldbuße im Oberschwellenbereich 20% der Auftragssumme. Als Auftragssumme ist die Summe aus Gesamtpreis zuzüglich Umsatzsteuer vergleiche , Paragraph 2, Ziffer 26, Litera a, BVergG 2006) des vergebenen Vertrages oder auch Vertragsteiles - sofern es sich nur um ein teilweises Absehen von der Aufhebung des Vertrages im Sinne des Paragraph 334, Absatz 4, BVergG 2006 handelt - zu verstehen. Die an der jeweiligen Auftragssumme orientierte Höchstgrenze des Ermessensspielraums für die Behörde ist ein unverzichtbarer Parameter für die Ausmittlung der Geldbuße.

4.5.2.3. Die belangte Behörde stützt die Feststellung des Auftragswerts auf eine Eigenberechnung, die der Beschwerdeführerin in der mündlichen Verhandlung zur Kenntnis gebracht worden sei. Die Beschwerde bestreitet den erfolgten Vorhalt und releviert in diesem Zusammenhang eine Verletzung des Parteiengehörs. Hätte die belangte Behörde ihre Berechnung offen gelegt, so hätte die Beschwerdeführerin darauf hinweisen können, dass der Preiszuschlag von 4,6% bereits in den Umsatzangaben der Beschwerdeführerin enthalten gewesen sei.

Ein entsprechender Vorhalt der Eigenberechnung der belangten Behörde ist dem Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3. April 2012 nicht zu entnehmen. Der vorgebrachte Verfahrensmangel liegt daher vor und ist relevant, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich eine niedrigere Höchstgrenze der Geldbuße im Sinne des § 334 Abs. 7 BVergG 2006 auf das Ergebnis der Ermessensentscheidung ausgewirkt hätte. Ein entsprechender Vorhalt der Eigenberechnung der belangten Behörde ist dem Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3. April 2012 nicht zu

entnehmen. Der vorgebrachte Verfahrensmangel liegt daher vor und ist relevant, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich eine niedrigere Höchstgrenze der Geldbuße im Sinne des Paragraph 334, Absatz 7, BVergG 2006 auf das Ergebnis der Ermessensentscheidung ausgewirkt hätte.

Der angefochtene Bescheid ist im Umfang betreffend die Festsetzung der Höhe der Geldbuße bereits aus diesem Grund wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Ergänzend ist festzuhalten, dass im Zusammenhang mit den von der belangten Behörde angeführten Erschwerungs- und Milderungsgründen die diese Ermessensbegründung tragenden Feststellungen fehlen. Auch geht aus dem angefochtenen Bescheid nicht hervor, in welchem Umfang der als rechtswidrig erkannte Vertrag aufrecht erhalten bleibt, sodass nicht nachvollziehbar ist, wie groß der Anteil am rechtswidrigen Vertrag ist, dessen Aufrechterhaltung die alternative Sanktion der Geldbuße erfordert.

4.6. Zu Spruchpunkt VI.: 4.6. Zu Spruchpunkt römisch sechs.:

Gemäß § 319 Abs. 1 BVergG 2006 hat es beim Ausspruch betreffend den Gebührenersatz zugunsten der Antragstellerin im Vergabekontrollverfahren zu bleiben. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 hat es beim Ausspruch betreffend den Gebührenersatz zugunsten der Antragstellerin im Vergabekontrollverfahren zu bleiben.

4.7. Zusammenfassend war der angefochtene Bescheid hinsichtlich der Festsetzung der Höhe der Geldbuße in Spruchpunkt V. gemäß § 42 Abs. 2 lit. b und c VwGG aufzuheben, im Übrigen war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen. 4.7. Zusammenfassend war der angefochtene Bescheid hinsichtlich der Festsetzung der Höhe der Geldbuße in Spruchpunkt römisch fünf. gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Litera b, und c VwGG aufzuheben, im Übrigen war die Beschwerde gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der (auf "Altfälle" gemäß § 3 Z 1 der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014, BGBl. II Nr. 518/2013 idF BGBl. II Nr. 8/2014, weiter anzuwendenden) VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der (auf "Altfälle" gemäß Paragraph 3, Ziffer eins, der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 518 aus 2013, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 8 aus 2014,, weiter anzuwendenden) VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, Bundesgesetzblatt , II Nr. 455.

Wien, am 18. März 2015

Gerichtsentscheidung

EuGH 62006CJ0454 Presstext Nachrichtenagentur VORAB

EuGH 62008CJ0091 Wall VORAB

Schlagworte

Gemeinschaftsrecht Richtlinie EURallg4 Ermessen VwRallg8 Auslegung Anwendung der Auslegungsmethoden
Verhältnis der wörtlichen Auslegung zur teleologischen und historischen Auslegung Bedeutung der
Gesetzesmaterialien VwRallg3/2/2

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2015:2012040070.X00

Im RIS seit

28.04.2015

Zuletzt aktualisiert am

13.12.2017

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>