

TE Vwgh Erkenntnis 2010/2/24 2009/04/0209

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 24.02.2010

Index

E6j;

10/07 Verwaltungsgerichtshof;

97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

62007CJ0300 Hans und Christophorus Oymanns VORAB;

BVergG 2006 §1;

BVergG 2006 §132 Abs3;

BVergG 2006 §312 Abs3 Z3;

BVergG 2006 §312 Abs3;

BVergG 2006 §320 Abs1;

BVergG 2006 §331 Abs1 Z4;

BVergG 2006 §331 Abs1;

BVergG 2006 §332 Abs1 Z5;

BVergG 2006;

VwGG §42 Abs2 Z1;

1. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 132 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 132 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 132 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 331 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 331 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 332 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. VwGG § 42 heute
 2. VwGG § 42 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
 3. VwGG § 42 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 4. VwGG § 42 gültig von 01.07.2008 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
 5. VwGG § 42 gültig von 01.01.1991 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990
 6. VwGG § 42 gültig von 05.01.1985 bis 31.12.1990

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Gruber und die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Bayjones, Dr. Grünstäudl und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Marzi, über die Beschwerde

1. der Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau in Wien, 2. der Kärntner Gebietskrankenkasse in Klagenfurt,
3. der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse in St. Pölten, 4. der Burgenländischen Gebietskrankenkasse in Eisenstadt, 5. der Salzburger Gebietskrankenkasse in Salzburg,
6. der Betriebskrankenkasse A in Wien, 7. der Betriebskrankenkasse

M in U, 8. der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft in Wien, 9. der Sozialversicherungsanstalt der Bauern in Wien, 10. der Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter in Wien, 11. der Allgemeinen Unfallversicherungsanstalt, alle vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte GmbH in 1030 Wien, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, gegen den Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 5. August 2008, Zl. F/0003-BVA/10/2008-42, betreffend Nachprüfung eines Vergabeverfahrens (mitbeteiligte Partei: O Gesellschaft m.b.H. in G, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte in 1010 Wien, Bartensteingasse 2), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird in seinem Spruchpunkt III.

wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Im übrigen Umfang wird die Beschwerde als unbegründet
abgewiesen.

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

Begründung

Mit Bescheid vom 5. August 2008 hat das Bundesvergabeamt im über Antrag der Mitbeteiligten eingeleiteten Feststellungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren der Beschwerdeführerinnen "Abschluss von Rahmenverträgen über die Direktversorgung mit Medizinprodukten (PEP-Masken, Einmalkatheter)" den Antrag auf Feststellung, dass die Wahl des Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht zu Recht erfolgt sei, gemäß § 331 Abs. 1 Z. 1 Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17, abgewiesen (Spruchpunkt I.); über Eventualantrag der Mitbeteiligten gemäß § 331 Abs. 1 Z. 1 BVergG festgestellt, dass die Wahl der Direktvergabe nicht zu Recht erfolgt sei (Spruchpunkt II.); gemäß § 331 Abs. 1 Z. 1 (offenbar gemeint: Z. 4) BVergG 2006 festgestellt, dass die Zuschlagsentscheidung (offenbar gemeint: Zuschlagserteilung) an die A. auf Grund der Bestimmungen des BVergG 2006 offenkundig unzulässig gewesen sei (Spruchpunkt III.), den Antrag der Beschwerdeführerinnen auf Feststellung, dass die mitbeteiligte Partei auch bei Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen keine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte, gemäß § 312 Abs. 3 Z. 2 BVergG 2006 zurückgewiesen (Spruchpunkt IV.) und die Beschwerdeführerinnen gemäß § 319 BVergG 2006 zum Ersatz der Pauschalgebühr verpflichtet (Spruchpunkt V.). Mit Bescheid vom 5. August 2008 hat das Bundesvergabeamt im über Antrag der Mitbeteiligten eingeleiteten Feststellungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren der Beschwerdeführerinnen "Abschluss von Rahmenverträgen über die Direktversorgung mit Medizinprodukten (PEP-Masken, Einmalkatheter)" den Antrag auf Feststellung, dass die Wahl des Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht zu Recht erfolgt sei, gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer eins, Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, Bundesgesetzblatt, römisch eins Nr. 17, abgewiesen (Spruchpunkt römisch eins.); über Eventualantrag der Mitbeteiligten gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG festgestellt, dass die Wahl der Direktvergabe nicht zu Recht erfolgt sei (Spruchpunkt römisch zwei.); gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer eins, (offenbar gemeint: Ziffer 4.) BVergG 2006 festgestellt, dass die Zuschlagsentscheidung (offenbar gemeint: Zuschlagserteilung) an die A. auf Grund der Bestimmungen des BVergG 2006 offenkundig unzulässig gewesen sei (Spruchpunkt römisch drei.), den Antrag der Beschwerdeführerinnen auf Feststellung, dass die mitbeteiligte Partei auch bei Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen keine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte, gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 2, BVergG 2006 zurückgewiesen (Spruchpunkt römisch vier.) und die Beschwerdeführerinnen gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 zum Ersatz der Pauschalgebühr verpflichtet (Spruchpunkt römisch fünf.).

Zur Begründung führte die belangte Behörde - soweit für das verwaltungsgerichtliche Verfahren wesentlich - aus, die Mitbeteiligte habe in ihrem Antrag vorgebracht, dass sie vom gegenständlichen Vergabevorgang nur gerücheweise erfahren habe. Durch die Direktvergabe an die A. sei ihr ein Schaden in Gestalt des Verlustes eines wesentlichen Referenzprojektes entstanden. Sie erachte sich u.a. im Recht auf Beteiligung an einem Vergabeverfahren verletzt.

Folgender Sachverhalt stehe fest:

Bei der Erstbeschwerdeführerin sei das Kompetenzzentrum Heilbehelfe/Hilfsmittel (CC) eingerichtet worden. Diese Stelle sei für die Bearbeitung und Abstimmung einheitlicher Leistungskataloge der Sozialversicherungsträger aus den Angeboten der Hersteller/Vertreiber von Medizinprodukten, die Ausarbeitung und Überarbeitung sowie Verhandlung von Gesamtverträgen, die leistungsrechtliche Abklärung von Produkten, sowie die Durchführung von Vertragspartner- und Versorgungskontrollen zuständig, um sicherzustellen, dass die Patienten jene Leistungen in der Ausführung und Qualität, in der sie vertraglich vereinbart worden seien, auch tatsächlich bekämen. Diese Leistungen des CC würden allen Sozialversicherungsträgern angeboten. Bereits im Businessplan 2006 sei der Ausbau der Vertriebsschiene des Direktvertriebes vorgesehen gewesen. Die A. sei an das CC mit dem Wunsch herangetreten, Verträge über den Direktvertrieb von PEP-Masken und Einmalkathetern abzuschließen. Hierbei handle es sich um Verbrauchsmaterial, das nicht an die Bedürfnisse des einzelnen Patienten angepasst werden müsse.

Das CC habe daraufhin für die Versorgung der Versicherten mit PEP-Masken und Einmalkathetern zwei Vertragsentwürfe ausgearbeitet. Diese Verträge sollten eine Direktbelieferung der Anspruchsberechtigten der Sozialversicherungsträger mit Heilbehelfen ermöglichen. Sie sollten neben dem "Ostvertrag" bestehen, der mit Wirkung für alle Innungsmitglieder von der Innung der Bandagisten und Orthopädietechniker abgeschlossen worden sei und u.a. auch die gegenständlichen Heilbehelfe beinhalte. Die beiden vom CC ausgearbeiteten Verträge ermöglichten eine Verrechnung der an die Anspruchsberechtigten abgegebenen Heilbehelfe mit den Versicherungsträgern. Am 9. Juni 2008 seien die gegenständlichen Verträge vom Hauptverband der

Sozialversicherungsträger im Namen der Beschwerdeführerinnen und von der A. unterzeichnet worden. Dabei handle es sich um "Rahmenverträge" im sozialversicherungsrechtlichen Sinn, worunter Verträge zu verstehen seien, die nicht für alle Sozialversicherungsträger geschlossen worden seien.

Diese beiden Rahmenverträge unterschieden sich lediglich in ihrem Anhang 2, der die Liste der Heilbehelfe und die Tarife enthalte. Im Übrigen seien sie wortgleich und hätten (auszugsweise) folgenden Inhalt:

"Rahmenvertrag

abgeschlossen zwischen der (A.) einerseits und dem Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger ... für die in der Anlage 1 angeführten Versicherungsträger, andererseits. ...

§ 1 Paragraph eins

Gegenstand des Vertrages und Geltungsbereich

1) Dieser Vertrag hat die Versorgung von Versicherten und deren anspruchsberechtigten Angehörigen (kurz Anspruchsberechtigte) der in der Anlage 1 bezeichneten Versicherungsträger mit Medizinprodukten gemäß Anlage 2 dieses Vertrages durch die Vertragsfirma zum Gegenstand.

...

§ 2 Paragraph 2

Beschaffenheit der Behelfe

1) Die für die Abgabe an Anspruchsberechtigte vorgesehenen Behelfe müssen von der Vertragsfirma in technisch einwandfreiem Zustand abgegeben werden. Sie müssen den in Österreich und in der EU geltenden Normen und Sicherheitsvorschriften entsprechen und im Zeitpunkt der Abgabe allen Erfordernissen der Hygiene und Desinfektion genügen. Im Besonderen sind die Bestimmungen des Medizinproduktegesetzes einzuhalten.

2) Den diesem Rahmenvertrag angeschlossenen Versicherungsträgern steht das Recht zu, die auf ihre Rechnung gelieferten Behelfe jederzeit durch ihre Organe nachzuprüfen und eventuell bei der Vertragsfirma an Ort und Stelle Kontrollen vornehmen zu lassen.

§ 3 Paragraph 3

Abgabe der Behelfe

1) Die Abgabe von Behelfen darf nur aufgrund vollständig ausgefüllter ärztlicher Verordnungen erfolgen.

...

3) Die Vertragsfirma garantiert die Abgabe der Behelfe entsprechend der ärztlichen Verordnung und den individuellen Erfordernissen der in § 1 genannten Personen. 3) Die Vertragsfirma garantiert die Abgabe der Behelfe entsprechend der ärztlichen Verordnung und den individuellen Erfordernissen der in Paragraph eins, genannten Personen.

4) Die Versorgung umfasst die Beratung der Anspruchsberechtigten und die Auswahl und Abgabe der in der Anlage 2 gelisteten Artikel nach den individuellen Bedürfnissen der Patienten unter Beachtung der behandlungsökonomischen Grundsätze zu den in der Anlage 2 angeführten Tarifen. ...

5) Bei der Abgabe der Behelfe ist der gesetzlich vorgeschrieben Kostenanteil der Anspruchsberechtigten durch die Vertragsfirma einzuheben. ...

§ 4 Paragraph 4

Bewilligung der Behelfe

1) Die Abgabe der in der Tarifieranlage (Anlage 2) geführten Produkte ist, soweit im Folgenden keine abweichende Regelung angeführt wird, bewilligungspflichtig.

2) Der leistungszuständige Versicherungsträger kann die in der Anlage 2 angeführten Produkte oder Teile davon von der Bewilligungspflicht ausnehmen. Diese Bestimmungen sind der Vertragsfirma vom jeweiligen Träger schriftlich bekannt zu geben.

§ 5 Paragraph 5

Lieferung der Produkte

- 1) Die Bestellung der Artikel erfolgt direkt durch die Anspruchsberechtigten der diesem Vertrag beigetretenen Versicherungsträger bei der Vertragsfirma.
- 2) Die Lieferung erfolgt ausschließlich gegen Vorlage oder Zusendung einer durch den Arzt vollständig ausgefüllten Verordnung. ...
- 3) Die Lieferung der Artikel hat prompt - spätestens binnen drei Werktagen - nach Erhalt der ärztlichen Verordnung zu erfolgen.
- 4) Die Vertragsfirma garantiert die Lieferung der Behelfe in einwandfreier Qualität.
- 5) Die Zusendung erfolgt in einer entsprechenden, neutralen Verpackung.
- 6) Die Übernahme der Behelfe durch die Anspruchsberechtigten ist gegenüber den Versicherungsträgern in geeigneter Form nachzuweisen.

§ 6 Paragraph 6

Tarife

- 1) Die Tarife für die verordnungsgemäß abgegebenen Behelfe sind in der Anlage 2 zu diesem Vertrag ersichtlich.

...

- 3) Jedes neue Produkt, welches auf Kosten der Versicherungsträger abgegeben werden soll, ist vor der erstmaligen Abgabe an Anspruchsberechtigte der an diesem Vertrag beteiligten Versicherungsträger bei der (Erstbeschwerdeführerin) mit den

entsprechenden Unterlagen ... vorzustellen. Nach der

leistungsrechtlichen, qualitativen und ökonomischen Bewertung wird die Vertragsfirma schriftlich informiert ob und ab wann das neue Produkt an die Anspruchsberechtigten abgegeben werden kann. Jegliche Abänderung oder Erweiterung der Tarifliste (Anlage 2) ist daher nur im Einvernehmen der Vertragspartner zulässig. ...

- 4) Die in der Anlage 2 zu diesem Vertrag angeführten Tarife beinhalten die Zustellung der Ware an die Anspruchsberechtigten. Versandkosten können jedenfalls nicht - auch nicht gegenüber den Anspruchsberechtigten - gesondert in Rechnung gestellt werden.
- 5) Die dem Vertrag beigetretenen Versicherungsträger leisten sämtliche aus diesem Vertrag zu verrechnenden Tarife zuzüglich einer allfälligen Mehrwertsteuer bis zur jeweils satzungsmäßig vorgesehenen Höchstgrenze.
- 6) Die Vertragsfirma darf von den Anspruchsberechtigten weder Auf- noch Zuzahlungen jeglicher Art verlangen oder entgegennehmen.

...

§ 9 Paragraph 9

Haftung, Garantie und Gewährleistung

- 1) Die Vertragsfirma gewährt für die einwandfreie Ausführung und Funktionsfähigkeit der Behelfe eine Garantie von einem Jahr ab Lieferung.
- 2) Die Frist für die Gewährleistung richtet sich nach den jeweils aktuellen gesetzlichen Bestimmungen - derzeit zwei Jahre.
- 3) Wenn sich während dieser Zeiträume Mängel ergeben, sind alle zu ihrer Beseitigung erforderlichen Maßnahmen (Austausch, Rücknahme und Zustellung) innerhalb von drei Werktagen kostenlos durchzuführen, soweit nicht nachweislich unsachgemäße Behandlung durch den Benutzer bzw. höhere Gewalt zu den Mängeln geführt haben.

§ 10 Paragraph 10

Abrechnung

- 1) Die Vertragsfirma ist verpflichtet, die Abrechnungen nach dem österreichweit verbindlichen Datensatz des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger durchzuführen. ...

2) Die Rechnungslegung hat monatlich unter Beischluss der ärztlichen Verordnungen zu erfolgen. Eine Übernahmebestätigung der Anspruchsberechtigten muss in geeigneter Form gemäß § 5 Abs. 6 der Abrechnung beigelegt werden. 2) Die Rechnungslegung hat monatlich unter Beischluss der ärztlichen Verordnungen zu erfolgen. Eine Übernahmebestätigung der Anspruchsberechtigten muss in geeigneter Form gemäß Paragraph 5, Absatz 6, der Abrechnung beigelegt werden.

...

§ 11 Paragraph 11

Zusammenwirken der Vertragspartner

1) Die Rahmenvertragspartner verpflichten sich zur gegenseitigen Unterstützung bei der Durchführung der vertraglichen Bestimmungen dieses Rahmenvertrages.

...

§ 12 Paragraph 12

Vertragsdauer

1) Dieser Rahmenvertrag tritt am 01. Mai 2008 in Kraft und wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen.

..."

Die Mitbeteiligte handle mit Sanitätsprodukten. Sie vertreibe auch Einmalkatheter und PEP-Masken. Sie gehöre der Innung an und könne daher auf Grundlage des "Ostvertrages" direkt mit den Versicherungsträgern abrechnen. Sie betreibe zehn Filialen in der Steiermark. Die Versendung von Produkten nehme sie nur über ausdrücklichen Wunsch der Kunden vor. Die Mitbeteiligte beschäftige zumindest 85 Mitarbeiter.

Zur rechtlichen Beurteilung führte die belangte Behörde aus, dass die Beschwerdeführerinnen als Krankenversicherungsträger Körperschaften des öffentlichen Rechts seien, die der Aufsicht des Bundes unterlägen. Sie seien daher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006. Zur rechtlichen Beurteilung führte die belangte Behörde aus, dass die Beschwerdeführerinnen als Krankenversicherungsträger Körperschaften des öffentlichen Rechts seien, die der Aufsicht des Bundes unterlägen. Sie seien daher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006.

Der Antrag der Mitbeteiligten sei zulässig. Dass sie den ihr erwachsenden Schaden nicht habe beziffern können, schade nicht, weil die Abwicklung der gegenständlichen Verträge noch in der Anlaufphase stehe und die entsprechenden Informationen über die Möglichkeit des Bezugs der Heilbehelfe bei der A. im Wege des Versandhandels erst an die Anspruchsberechtigten verteilt würden. Der Mitbeteiligten sei zuzugestehen, dass sie sich an einer Ausschreibung der gegenständlichen Leistungen beteiligt hätte und auch in der Lage sei, kurzfristig die vertragsgegenständlichen Produkte in ausreichender Menge zu vertreiben.

Die von den Beschwerdeführerinnen als Krankenversicherungsträger zu erbringenden Leistungen würden grundsätzlich als Sachleistungen erbracht. Das Sachleistungsprinzip bedeute, dass die Krankenkassen ein Leistungssystem zu organisieren hätten, das den Versicherten (Anspruchsberechtigten) die Inanspruchnahme medizinischer Hilfe ermögliche, ohne mit Honorarforderungen der Leistungserbringer belastet zu werden. Im Rahmen des Sachleistungssystems würden die Leistungen entweder vom Krankenversicherungsträger selbst oder von Dritten auf Rechnung des Krankenversicherungsträgers erbracht.

Bei den gegenständlichen Verträgen handle es sich nicht um Gesamtverträge im Sinn von § 349 Abs. 3 ASVG, weil sie nicht zwischen allen Versicherungsträgern und einer gesetzlichen Vertretung der Anbieter von nachgefragten Leistungen abgeschlossen worden seien. Bei den gegenständlichen Verträgen handle es sich nicht um Gesamtverträge im Sinn von Paragraph 349, Absatz 3, ASVG, weil sie nicht zwischen allen Versicherungsträgern und einer gesetzlichen Vertretung der Anbieter von nachgefragten Leistungen abgeschlossen worden seien.

Die beiden verfahrensgegenständlichen Verträge legten im Wesentlichen den Leistungsgegenstand samt entsprechenden Qualitätsanforderungen, die Voraussetzungen und Modalitäten der Erbringung der Leistung, die Höhe des Entgelts sowie die näheren Bestimmungen über die Abrechnung fest. Weiters ließen sie - offenbar bewusst - offen, wer Eigentümer der abgegebenen Waren werde und wem der Anspruch auf Garantie und Schadenersatz

zustehe. Festgelegt werde, dass die im Anhang 2 näher bezeichneten Waren zu einem dort geregelten und im Vorhinein festgelegten Preis an Anspruchsberechtigte abgegeben würden. Die Bezahlung erfolge durch die Versicherungsträger, die Anspruchsberechtigten hätten allenfalls lediglich einen Selbstbehalt zu leisten. Die Verträge räumten keine Exklusivität ein.

Es sei zu untersuchen, ob diese Verträge in den sachlichen Anwendungsbereich des BVergG 2006 fielen. Das dafür erforderliche Merkmal der Schriftlichkeit sei erfüllt. Das Entgelt für die auf Grund des Vertrages zu erbringenden Leistungen sei im Vorhinein bestimmt, werde von den Versicherungsträgern und - im Rahmen eines Selbstbehaltes - zum Teil von den Anspruchsberechtigten entrichtet. Letzterer Umstand stehe der Einordnung als öffentlicher Auftrag nicht im Wege. Ebenso schade es nicht, dass die Leistung nicht dem Auftraggeber selbst, sondern im Rahmen seiner Sachleistungspflicht dem Anspruchsberechtigten erbracht werde.

Der Verfassungsgerichtshof habe mit Erkenntnis vom 25. November 2002, B 46/00, entschieden, dass das BVergG 1997 auf Verträge betreffend die direkte Verrechnung von Rettungsfahrten mit einem Sozialversicherungsträger nicht anwendbar sei. Im diesem Erkenntnis zugrundeliegenden Fall sei die Organisation der Rettungstransporte den Gemeinden im eigenen Wirkungsbereich oblegen. Die vom Verfassungsgerichtshof zu beurteilenden Verträge hätten im Wesentlichen nur die Direktverrechnung der Transportleistungen zwischen den Erbringern der Leistung und dem kostenpflichtigen Sozialversicherungsträger geregelt. Im Unterschied zu den gegenständlichen Verträgen hätten die dort zu beurteilenden Verträge keine Vorgaben für die Erbringung der Leistungen enthalten. Die Vergleichbarkeit sei daher nicht gegeben.

Die vorliegenden Verträge dienten nicht bloß der Vereinfachung der Abrechnung, sondern der Bereitstellung von Sachleistungen. Es bestehe keine Abnahmeverpflichtung der Versicherungsträger; die Verträge seien daher mit der im Vergaberecht typisierten Rahmenvereinbarung vergleichbar. Die Verträge vermittelten keine Exklusivität, weil die Anspruchsberechtigten die Heilbehelfe weiterhin aus anderen Quellen beziehen könnten. Der Abruf der Leistung erfolge durch die Anspruchsberechtigten, die Leistung werde allerdings in Erfüllung der Sachleistungsverpflichtung der Versicherungsträger erbracht. Die gegenständlichen Verträge seien mit den gemäß § 349 Abs. 3 ASVG von den Sozialversicherungsträgern mit den gesetzlichen Interessenvertretungen abzuschließenden Gesamtverträgen nicht vergleichbar, weil sie mit einem einzelnen Unternehmen abgeschlossen worden seien. Im gegenständlichen Fall liege ungeachtet der Möglichkeit des Kostenersatzes für durch die Anspruchsberechtigten selbst gekaufte Heilbehelfe de facto eine Ausschließlichkeit ohne Wahlmöglichkeit des Anspruchsberechtigten vor, würden die Versicherungsträger doch durch entsprechende Informationen der Anspruchsberechtigten die Versendung der gegenständlichen Heilbehelfe favorisieren. Auf Grund dieser Ausschließlichkeit liege eine Beschaffungssituation vor. Auf Grund des Auftragswerts oberhalb der Schwellenwerte hätte ein europaweit zu veröffentlichendes transparentes Vergabeverfahren durchgeführt werden müssen. Daran ändere der Umstand nichts, dass die Beschwerdeführerinnen bereit seien, gleichartige Verträge über den selben Auftragsgegenstand auch mit anderen Unternehmen abzuschließen. Auch in diesem Fall bleibe das Beschaffungsverfahren intransparent; ein Wettbewerb zwischen verschiedenen Leistungserbringern finde nicht statt.

Die vorliegenden Verträge dienten nicht bloß der Vereinfachung der Abrechnung, sondern der Bereitstellung von Sachleistungen. Es bestehe keine Abnahmeverpflichtung der Versicherungsträger; die Verträge seien daher mit der im Vergaberecht typisierten Rahmenvereinbarung vergleichbar. Die Verträge vermittelten keine Exklusivität, weil die Anspruchsberechtigten die Heilbehelfe weiterhin aus anderen Quellen beziehen könnten. Der Abruf der Leistung erfolge durch die Anspruchsberechtigten, die Leistung werde allerdings in Erfüllung der Sachleistungsverpflichtung der Versicherungsträger erbracht. Die gegenständlichen Verträge seien mit den gemäß Paragraph 349, Absatz 3, ASVG von den Sozialversicherungsträgern mit den gesetzlichen Interessenvertretungen abzuschließenden Gesamtverträgen nicht vergleichbar, weil sie mit einem einzelnen Unternehmen abgeschlossen worden seien. Im gegenständlichen Fall liege ungeachtet der Möglichkeit des Kostenersatzes für durch die Anspruchsberechtigten selbst gekaufte Heilbehelfe de facto eine Ausschließlichkeit ohne Wahlmöglichkeit des Anspruchsberechtigten vor, würden die Versicherungsträger doch durch entsprechende Informationen der Anspruchsberechtigten die Versendung der gegenständlichen Heilbehelfe favorisieren. Auf Grund dieser Ausschließlichkeit liege eine Beschaffungssituation vor. Auf Grund des Auftragswerts oberhalb der Schwellenwerte hätte ein europaweit zu veröffentlichendes transparentes Vergabeverfahren durchgeführt werden

müssen. Daran ändere der Umstand nichts, dass die Beschwerdeführerinnen bereit seien, gleichartige Verträge über den selben Auftragsgegenstand auch mit anderen Unternehmen abzuschließen. Auch in diesem Fall bleibe das Beschaffungsverfahren intransparent; ein Wettbewerb zwischen verschiedenen Leistungserbringern finde nicht statt.

Die gegenständlichen Verträge beträfen die Zurverfügungstellung von Heilbehelfen. Die damit verbundenen Dienstleistungen der - schriftlichen - Beratung, der Entgegennahme der Bestellung, der Prüfung der Voraussetzungen für die Bezahlung durch die Krankenversicherungsträger, des Versandes und der Abrechnung mit den Versicherungsträgern stellten wertmäßig den geringeren Teil der Leistung dar. Der Auftrag sei daher als Lieferauftrag anzusehen.

Die gegenständlichen Verträge seien direkt ohne Durchführung eines formalisierten Vergabeverfahrens vergeben worden. Hätte ein solches Verfahren stattgefunden, wäre mit einem anderen Ausgang zu rechnen gewesen. Es sei daher über Antrag der Mitbeteiligten festzustellen gewesen, dass die Direktvergabe nicht zu Recht erfolgt sei. Der Antrag, dass die Wahl eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht zu Recht erfolgt sei, sei abzuweisen gewesen, weil gar kein Vergabeverfahren durchgeführt worden sei.

Die Beschwerdeführerinnen hätten sich trotz ihrer Eigenschaft als öffentliche Auftraggeber nicht mit der Frage der Ausschreibungspflicht auseinandergesetzt, wozu sie aber verpflichtet gewesen seien. Der Umstand, dass die gegenständlichen Verträge dem Arbeitsauftrag des CC entsprächen, ändere nichts an der Verpflichtung zur Ausschreibung. Bei der Beurteilung der offenbaren Unzulässigkeit einer Direktvergabe sei ein objektiver Maßstab anzulegen. Da die Ausschreibungspflicht nach dem BVergG 2006 evident gewesen sei, sei festzustellen gewesen, dass die Zuschlagserteilung ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer auf Grund der Bestimmungen des BVergG 2006 offenkundig unzulässig gewesen sei.

Der Antrag auf Feststellung, dass die Mitbeteiligte keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte, sei abzuweisen gewesen, weil eine derartige Feststellung für Verfahren gemäß § 312 Abs. 3 Z. 3 BVergG 2006 nicht vorgesehen sei. Der Antrag auf Feststellung, dass die Mitbeteiligte keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte, sei abzuweisen gewesen, weil eine derartige Feststellung für Verfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG 2006 nicht vorgesehen sei.

Die gegen diesen Bescheid zunächst an den Verfassungsgerichtshof gerichtete Beschwerde wurde von diesem Gerichtshof unter Ablehnung ihrer Behandlung dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung abgetreten (Beschluss vom 16. Juni 2009, B 1612/08). In ihren der Sache nach nur gegen die Spruchpunkte II. bis V. gerichteten Beschwerdeausführungen an den Verwaltungsgerichtshof beantragen die Beschwerdeführerinnen die Aufhebung des angefochtenen Bescheides wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes oder Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften. Die gegen diesen Bescheid zunächst an den Verfassungsgerichtshof gerichtete Beschwerde wurde von diesem Gerichtshof unter Ablehnung ihrer Behandlung dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung abgetreten (Beschluss vom 16. Juni 2009, B 1612/08). In ihren der Sache nach nur gegen die Spruchpunkte römisch zwei. bis römisch fünf. gerichteten Beschwerdeausführungen an den Verwaltungsgerichtshof beantragen die Beschwerdeführerinnen die Aufhebung des angefochtenen Bescheides wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes oder Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete - ebenso wie die Mitbeteiligte - eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass die belangte Behörde den Feststellungsantrag der Mitbeteiligten mangels ausreichender Behauptung eines bereits eingetretenen Schadens zurückzuweisen gehabt hätte. Die Rechtsansicht, dass es auch im Feststellungsverfahren genüge, den drohenden Eintritt eines Schadens zu behaupten, sei unrichtig.

Gemäß § 331 Abs. 1 BVergG 2006 ist ein Unternehmer zur Stellung eines Feststellungsantrages legitimiert, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist. Gemäß § 332 Abs. 1 Z. 5 leg. cit. hat der Feststellungsantrag u.a. Angaben über den behaupteten drohenden oder eingetretenen Schaden für den Antragsteller zu enthalten. Gemäß Paragraph 331, Absatz eins, BVergG 2006 ist ein Unternehmer zur Stellung eines

Feststellungsantrages legitimiert, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist. Gemäß Paragraph 332, Absatz eins, Ziffer 5, leg. cit. hat der Feststellungsantrag u.a. Angaben über den behaupteten drohenden oder eingetretenen Schaden für den Antragsteller zu enthalten.

Ein zur Zulässigkeit eines Feststellungsantrages führender eingetretener Schaden liegt bereits dann vor, wenn die Möglichkeit des Antragstellers beeinträchtigt wurde, am Vergabeverfahren teilzunehmen und er im Rahmen dieser Teilnahme in der Lage gewesen wäre, ein für den Zuschlag in Betracht kommendes Angebot zu legen. Es besteht kein Anlass, den Begriff des "Schadens" - enger als in § 320 Abs. 1 BVergG 2006 - nur im Sinn eines finanziellen Schadens auszulegen und die Antragstellung davon abgängig zu machen, ob dem betreffenden Unternehmer ein solcher finanzieller Schaden bereits erwachsen ist (vgl. Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Rz 3 zu § 331 mwN). Ein zur Zulässigkeit eines Feststellungsantrages führender eingetretener Schaden liegt bereits dann vor, wenn die Möglichkeit des Antragstellers beeinträchtigt wurde, am Vergabeverfahren teilzunehmen und er im Rahmen dieser Teilnahme in der Lage gewesen wäre, ein für den Zuschlag in Betracht kommendes Angebot zu legen. Es besteht kein Anlass, den Begriff des "Schadens" - enger als in Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 - nur im Sinn eines finanziellen Schadens auszulegen und die Antragstellung davon abgängig zu machen, ob dem betreffenden Unternehmer ein solcher finanzieller Schaden bereits erwachsen ist vergleiche Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Rz 3 zu Paragraph 331, mwN).

Die Beschwerdeführerinnen bestreiten nicht, dass sich die Mitbeteiligte, wäre die gegenständliche Leistung ausgeschrieben worden, am Vergabeverfahren beteiligt hätte, und in der Lage gewesen wäre, die ausgeschriebene Leistung zu erbringen. Es liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Mitbeteiligte aus anderen Gründen von vornherein nicht in der Lage gewesen wäre, bei Ausschreibung der gegenständlichen Leistung, ein für den Zuschlag in Frage kommendes Angebot zu legen. Schon deshalb hat die belangte Behörde den Antrag der Mitbeteiligten zu Recht als zulässig angesehen.

Die Beschwerdeführerinnen wenden sich nicht gegen die - unbedenkliche - Rechtsauffassung der belangten Behörde, dass sie öffentliche Auftraggeber im Sinn von § 3 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 sind. Sie erachten sich durch den angefochtenen Bescheid u.a. in ihrem Recht "auf Privatautonomie durch Direktvergabe von Verträgen zur Versorgung der Versicherten mit Medizinprodukten" verletzt und gestehen damit zu, die gegenständliche Leistung im Weg der Direktvergabe vergeben zu haben. Die Beschwerdeführerinnen wenden sich nicht gegen die - unbedenkliche - Rechtsauffassung der belangten Behörde, dass sie öffentliche Auftraggeber im Sinn von Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 sind. Sie erachten sich durch den angefochtenen Bescheid u.a. in ihrem Recht "auf Privatautonomie durch Direktvergabe von Verträgen zur Versorgung der Versicherten mit Medizinprodukten" verletzt und gestehen damit zu, die gegenständliche Leistung im Weg der Direktvergabe vergeben zu haben.

Sie meinen jedoch, dazu berechtigt gewesen zu sein, weil es sich nur um nicht dem BVergG 2006 unterliegende Vorverträge zugunsten Dritter handle und der konkrete Vertrag über die Leistung ausschließlich zwischen den Anspruchsberechtigten und der A. geschlossen werde.

Der Verwaltungsgerichtshof hatte in seinem Erkenntnis vom 10. Dezember 2009, Zl.2005/04/0201, zu beurteilen, ob ein Vertrag, der die Abgabe von Heilbehelfen auf Rechnung eines Sozialversicherungsträgers durch den Auftragnehmer an Anspruchsberechtigte über ärztliche Verschreibung und allenfalls vorherige Bewilligung durch den Sozialversicherungsträger regelt, nach den Bestimmungen des BVergG 2002 zu vergeben ist.

In diesem Erkenntnis führte der Verwaltungsgerichtshof u.a. Folgendes aus:

"Die Ansicht der Beschwerdeführerin, nicht sie selbst, sondern die jeweiligen Versicherten seien als Auftraggeber ... anzusehen, weshalb das BVergG 2002 nicht anzuwenden sei, wird vom Verwaltungsgerichtshof nicht geteilt. Mit dem Vertrag soll - wie die Beschwerde selbst einräumt - 'für die Bereitstellung von

Inkontinenzartikeln für die Versicherten ... vorgesorgt werden'.

Der gegenständliche Vertrag zielt somit auf die Errichtung eines Versorgungssystems ab, das ausschreibungsgemäß aus der Bereitstellung und Abgabe der Inkontinenzartikel an die Versicherten zu einem bestimmten Preis, der - mit Ausnahme des Selbstbehaltes - von der Beschwerdeführerin bezahlt wird, unter

näher genannten Anforderungen besteht ... Es ist dabei irrelevant,

ob die Beschwerdeführerin oder der jeweilige Versicherte Eigentümer der Inkontinenzartikel wird, weil zum einen ein

Eigentumsübergang auf den öffentlichen Auftraggeber keine Voraussetzung für das Vorliegen einer Beauftragung durch den öffentlichen Auftraggeber im Sinne der §§ 2 bis 4 BVergG 2002 ist ... Zum anderen kann auch ein Vertrag der Dritte begünstigt, grundsätzlich dem Vergaberechtsregime unterliegen (vgl. das zu einem 'Pensionskassenmodell' ergangene hg. Erkenntnis vom 1. März 2005, Zl. 2003/04/0008; zu einer der vorliegenden vergleichbaren Vertragskonstruktion vgl. auch das die RL 2004/18/EG betreffende Urteil des EuGH vom 11. Juni 2009, Rs C- 300/07, Hans und Christophorus Oymanns GbR). Auf den 'unmittelbaren Austauschanspruch' zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer kommt es entgegen dem Beschwerdevorbringen nicht an, sondern es reicht auch eine 'mittelbare Beschaffung' durch Organisation einer Leistung wie im vorliegenden Fall aus ..."ob die Beschwerdeführerin oder der jeweilige Versicherte Eigentümer der Inkontinenzartikel wird, weil zum einen ein Eigentumsübergang auf den öffentlichen Auftraggeber keine Voraussetzung für das Vorliegen einer Beauftragung durch den öffentlichen Auftraggeber im Sinne der Paragraphen 2 bis 4 BVergG 2002 ist ... Zum anderen kann auch ein Vertrag der Dritte begünstigt, grundsätzlich dem Vergaberechtsregime unterliegen vergleiche das zu einem 'Pensionskassenmodell' ergangene hg. Erkenntnis vom 1. März 2005, Zl. 2003/04/0008; zu einer der vorliegenden vergleichbaren Vertragskonstruktion vergleiche auch das die RL 2004/18/EG betreffende Urteil des EuGH vom 11. Juni 2009, Rs C- 300/07, Hans und Christophorus Oymanns GbR). Auf den 'unmittelbaren Austauschanspruch' zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer kommt es entgegen dem Beschwerdevorbringen nicht an, sondern es reicht auch eine 'mittelbare Beschaffung' durch Organisation einer Leistung wie im vorliegenden Fall aus ..."

Davon ausgehend qualifizierte der Verwaltungsgerichtshof den dort zu beurteilenden Vertrag als dem BVergG 2002 unterliegenden Lieferauftrag, seien doch die grundlegenden Vertragsbestimmungen wie Ware, Preis pro Ware, Abgabemodalität und andere Anforderungen an den Auftragnehmer im Vertrag bereits enthalten. Lediglich der Umfang der Leistung stehe noch nicht fest. Der Vertrag begründe somit bereits eine Bindungswirkung und gegenseitige Verpflichtungen der Vertragsparteien.

Obwohl diesem Erkenntnis die Rechtslage nach dem Bundesvergabegesetz 2002 und der Richtlinie 93/36/EWG betreffend öffentliche Lieferaufträge zugrunde liegt, ist es für die hier zu lösende Rechtsfrage einschlägig, weil die vorliegend maßgeblichen Bestimmungen des BVergG 2006 und der Richtlinie 2004/18/EG vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (Vergabe-Richtlinie) in den hier wesentlichen Punkten inhaltlich mit der diesem Erkenntnis zugrunde liegenden Rechtslage übereinstimmen. Auf die ausführliche Begründung dieses Erkenntnisses unter Zitierung von Judikatur insbesondere des EuGH wird gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen. Obwohl diesem Erkenntnis die Rechtslage nach dem Bundesvergabegesetz 2002 und der Richtlinie 93/36/EWG betreffend öffentliche Lieferaufträge zugrunde liegt, ist es für die hier zu lösende Rechtsfrage einschlägig, weil die vorliegend maßgeblichen Bestimmungen des BVergG 2006 und der Richtlinie 2004/18/EG vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (Vergabe-Richtlinie) in den hier wesentlichen Punkten inhaltlich mit der diesem Erkenntnis zugrunde liegenden Rechtslage übereinstimmen. Auf die ausführliche Begründung dieses Erkenntnisses unter Zitierung von Judikatur insbesondere des EuGH wird gemäß Paragraph 43, Absatz 2, VwGG verwiesen.

Den Unterschied zu einer bloßen Direktverrechnung erblickte der Verwaltungsgerichtshof darin, dass der von ihm zu beurteilende Vertrag auch inhaltliche Regelungen über die Anforderungen an die zu erbringende Leistung enthalten habe. Dies gilt auch für den im vorliegenden Fall zu beurteilenden Vertrag, der Bestimmungen über die Qualität der Heilbehelfe, über die Beratung der Anspruchsberechtigten, die prompte Lieferung und die Abwicklung von Garantie- und Gewährleistungsfällen enthält.

Die Beschwerdeführerinnen bringen dazu vor, dass auch der vom Verfassungsgerichtshof als Direktverrechnungsvertrag qualifizierte Vertrag betreffend Krankentransportleistungen Bestimmungen über die Art der zu erbringenden Leistung enthalten habe. In diesem Zusammenhang machen die Beschwerdeführerinnen als Verfahrensmangel geltend, dass die belangte Behörde auf ihr diesbezügliches Vorbringen nicht eingegangen sei und den Vertrag betreffend diese Krankentransportleistungen nicht beigeschafft habe.

Aus der von den Beschwerdeführerinnen vorgelegten Vereinbarung betreffend Krankentransportleistungen, die vom Verfassungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 25. November 2002, B 46/00, als nicht dem Vergaberegime unterliegender Direktverrechnungsvertrag qualifiziert worden ist, ergibt sich, dass damit im Wesentlichen die direkte Verrechnung von gegenüber den Anspruchsberechtigten erbrachten Krankentransportleistungen mit einem Sozialversicherungsträger

geregelt wird. Darin wird jedoch keine Verpflichtung des Unternehmers normiert, bestimmte Krankentransportleistungen in einer bestimmten Qualität gegenüber den Anspruchsberechtigten zu erbringen. Es wird lediglich geregelt, unter welchen Voraussetzungen erbrachte Leistungen vom Sozialversicherungsträger abgegolten werden.

Dem von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Verfahrensmangel kommt daher keine Relevanz zu.

Einen wesentlichen Unterschied zu dem dem vom Verwaltungsgerichtshof zitierten Urteil des EuGH in der Rechtssache C-300/07 Oymanns zugrunde liegenden Fall erblicken die Beschwerdeführerinnen darin, dass im vorliegenden Fall die Verträge keine bestimmte Laufzeit haben, dass keine ausdrückliche Verpflichtung der A. normiert wird, Leistungen gegenüber den Anspruchsberechtigten zu erbringen und die Anspruchsberechtigten die Heilbehelfe auch anderweitig, etwa bei den Vertragspartnern des "Ostvertrages" beziehen können.

Dazu ist zunächst auszuführen, dass es für die Anwendung der vergaberechtlichen Bestimmungen nicht darauf ankommt, ob ein Vertrag auf bestimmte Zeit oder unbestimmte Zeit abgeschlossen wird und der EuGH im zitierten Urteil nicht auf dieses Kriterium abgestellt hat. Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerinnen wird die A. nach dem gesamten Inhalt der gegenständlichen Verträge sehr wohl verpflichtet, Leistungen gegenüber den Anspruchsberechtigten zu erbringen. Nach ihrem § 1 Abs. 1 haben die Verträge die Versorgung von Anspruchsberechtigten mit Medizinprodukten zum Gegenstand. Nach § 3 Abs. 3 garantiert die Vertragsfirma die Abgabe der Behelfe; gemäß § 5 Abs. 3 hat die Lieferung prompt - spätestens binnen drei Werktagen - nach Erhalt der ärztlichen Verordnung zu erfolgen. Nach dem Abs. 4 dieser Bestimmung garantiert die Vertragsfirma die Lieferung der Behelfe in einwandfreier Qualität. Anders als die Beschwerdeführerinnen meinen, waren die Versicherten auch in dem dem zitierten Urteil des EuGH zugrunde liegenden Fall nicht zwangsläufig verpflichtet, die vertragsgegenständlichen Leistungen in Anspruch zu nehmen. Sie konnten sich vielmehr auch entscheiden, an der "integrierten Versorgung" nicht teilzunehmen (Rz 22). Dazu ist zunächst auszuführen, dass es für die Anwendung der vergaberechtlichen Bestimmungen nicht darauf ankommt, ob ein Vertrag auf bestimmte Zeit oder unbestimmte Zeit abgeschlossen wird und der EuGH im zitierten Urteil nicht auf dieses Kriterium abgestellt hat. Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerinnen wird die A. nach dem gesamten Inhalt der gegenständlichen Verträge sehr wohl verpflichtet, Leistungen gegenüber den Anspruchsberechtigten zu erbringen. Nach ihrem Paragraph eins, Absatz eins, haben die Verträge die Versorgung von Anspruchsberechtigten mit Medizinprodukten zum Gegenstand. Nach Paragraph 3, Absatz 3, garantiert die Vertragsfirma die Abgabe der Behelfe; gemäß Paragraph 5, Absatz 3, hat die Lieferung prompt - spätestens binnen drei Werktagen - nach Erhalt der ärztlichen Verordnung zu erfolgen. Nach dem Absatz 4, dieser Bestimmung garantiert die Vertragsfirma die Lieferung der Behelfe in einwandfreier Qualität. Anders als die Beschwerdeführerinnen meinen, waren die Versicherten auch in dem dem zitierten Urteil des EuGH zugrunde liegenden Fall nicht zwangsläufig verpflichtet, die vertragsgegenständlichen Leistungen in Anspruch zu nehmen. Sie konnten sich vielmehr auch entscheiden, an der "integrierten Versorgung" nicht teilzunehmen (Rz 22).

Der Umstand, dass neben den gegenständlichen Verträgen weiterhin der "Ostvertrag" besteht und die Beschwerdeführerinnen nach den Feststellungen der belangten Behörde bereit sind, gleich lautende Verträge mit anderen Unternehmern abzuschließen, kann nichts an der Verpflichtung ändern, die vertragsgegenständlichen Leistungen nach den Bestimmungen des BVergG 2006 auszuschreiben. Ein Auftraggeber kann sich der Verpflichtung zur Ausschreibung wiederkehrender Leistungen - mittels Rahmenvertrages - nicht dadurch entziehen, dass er Verträge mit mehreren Unternehmern abschließt oder seine Bereitschaft dazu kundtut.

Soweit die Beschwerdeführerinnen vorbringen, dass der "Ostvertrag" in seinen wesentlichen Bestimmungen mit den gegenständlichen Verträgen übereinstimmt, vermögen sie schon deshalb keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides aufzuzeigen, weil die belangte Behörde den "Ostvertrag" nicht zu beurteilen hatte.

Die belangte Behörde ist daher zu Recht zum Ergebnis gekommen, dass die den Gegenstand der vorliegenden Verträge bildende Leistung nach dem BVergG 2006 auszuschreiben gewesen wäre und die Direktvergabe daher nicht zu Recht erfolgt ist.

Gegen die - auf Grund des insofern eindeutigen Wortlauts von § 312 BVergG 2006 zutreffende - Ansicht der belangten Behörde, eine Feststellung, dass der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte, sei bei Feststellungsverfahren gemäß § 312 Abs. 3 Z. 3 leg. cit. nicht zulässig, enthält die Beschwerde kein inhaltliches Vorbringen. Gegen die - auf Grund des insofern eindeutigen

Wortlauts von Paragraph 312, BVergG 2006 zutreffende - Ansicht der belangten Behörde, eine Feststellung, dass der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte, sei bei Feststellungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, leg. cit. nicht zulässig, enthält die Beschwerde kein inhaltliches Vorbringen.

Aus den dargestellten Gründen war die Beschwerde, soweit sie sich gegen die Spruchpunkte II. und IV. sowie - wegen des somit teilweisen Obsiegens der Mitbeteiligten mit ihrem Feststellungsantrag - V. richtet, gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen. Aus den dargestellten Gründen war die Beschwerde, soweit sie sich gegen die Spruchpunkte römisch zwei. und römisch vier. sowie - wegen des somit teilweisen Obsiegens der Mitbeteiligten mit ihrem Feststellungsantrag - römisch fünf. richtet, gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG als unbegründet abzuweisen.

Gegen die mit Spruchpunkt III. erfolgte Feststellung, dass die Zuschlagserteilung offenkundig unzulässig erfolgt ist, bringen die Beschwerdeführerinnen vor, dass eine solche Offenkundigkeit nur in besonders gravierenden Fällen vorliege. Seien komplexe rechtliche Abwägungen erforderlich, liege keine offenkundige Unzulässigkeit vor. Gegen die mit Spruchpunkt römisch drei. erfolgte Feststellung, dass die Zuschlagserteilung offenkundig unzulässig erfolgt ist, bringen die Beschwerdeführerinnen vor, dass eine solche Offenkundigkeit nur in besonders gravierenden Fällen vorliege. Seien komplexe rechtliche Abwägungen erforderlich, liege keine offenkundige Unzulässigkeit vor.

Die hier maßgeblichen Bestimmungen des BVergG 2006 haben

(auszugsweise) folgenden Wortlaut:

"§ 312 ...

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

...

3. Im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob

a) bei Direktvergaben und bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung die Wahl des Vergabeverfahrens nicht zu Recht erfolgte, oder

b) eine Zuschlagserteilung, die ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer direkt an einen Unternehmer erfolgte, auf Grund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, der hiezu ergangenen Verordnungen oder des unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechts offenkundig unzulässig war.

...

§ 331. (1) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist, die Feststellung beantragen, dass Paragraph 331, (1) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist, die Feststellung beantragen, dass

...

4. eine Zuschlagserteilung, die ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer direkt an einen Unternehmer erfolgte, auf Grund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes offenkundig unzulässig war.

...

§ 132. ... Paragraph 132, ...

1. (3) Absatz 3, Wird durch eine Vergabekontrollbehörde festgestellt, dass

1. eine Zuschlagserteilung direkt an einen Unternehmer erfolgte, ohne dass andere Unternehmer an diesem Vergabeverfahren beteiligt waren, und

2. dies auf Grund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes offenkundig unzulässig war,

so wird das Vertragsverhältnis zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Feststellung nichtig."

Die Nichtigkeit des Vertrages gemäß § 132 Abs. 3 BVergG 2006 soll auf die gravierendsten Rechtsverstöße beschränkt

bleiben. Eine offenkundige Unzulässigkeit der direkten Vergabe ist nur dann anzunehmen, wenn der Auftraggeber unter Missachtung des klaren Gesetzeswortlautes oder jenseits vertretbarer Gesetzesauslegung einen Beschaffungsvorgang dem Ausnahmetatbestand der Direktvergabe, einem der Ausnahmetatbestände des Verhandlungsverfahrens mit nur einem Unternehmer zuordnet oder als nicht dem BVergG unterfallend qualifiziert. Ein entschuldbarer Rechts- oder Tatsachenirrtum schließt offenkundige Unzulässigkeit aus. Ein Rechtsirrtum kann daher nur dann zur offenkundigen Unzulässigkeit führen, wenn er auf einer unvertretbaren Rechtsansicht beruht (vgl. zum Ganzen Aicher in Schramm/Aicher, Fruhmann/Thienel, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, Rz 16 ff zu § 132 mit Verweis auf Rechtsprechung und die Materialien). Die Nichtigkeit des Vertrages gemäß Paragraph 132, Absatz 3, BVergG 2006 soll auf die gravierendsten Rechtsverstöße beschränkt bleiben. Eine offenkundige Unzulässigkeit der direkten Vergabe ist nur dann anzunehmen, wenn der Auftraggeber unter Missachtung des klaren Gesetzeswortlautes oder jenseits vertretbarer Gesetzesauslegung einen Beschaffungsvorgang dem Ausnahmetatbestand der Direktvergabe, einem der Ausnahmetatbestände des Verhandlungsverfahrens mit nur einem Unternehmer zuordnet oder als nicht dem BVergG unterfallend qualifiziert. Ein entschuldbarer Rechts- oder Tatsachenirrtum schließt offenkundige Unzulässigkeit aus. Ein Rechtsirrtum kann daher nur dann zur offenkundigen Unzulässigkeit führen, wenn er auf einer unvertretbaren Rechtsansicht beruht vergleiche zum Ganzen Aicher in Schramm/Aicher, Fruhmann/Thienel, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, Rz 16 ff zu Paragraph 132, mit Verweis auf Rechtsprechung und die Materialien).

Die vorliegend zu beurteilenden Verträge weisen Ähnlichkeiten zu den vom Verfassungsgerichtshof im zitierten Erkenntnis B 46/00 als nicht dem Vergaberegime unterfallend beurteilten Verträgen über Krankentransportleistungen auf. Sie unterscheiden sich von üblichen Vergabevorgängen dadurch, dass die einzelne Leistung nicht vom Auftraggeber, sondern von den Anspruchsberechtigten abgerufen wird. Das eine Klarstellung der rechtlichen Einordnung derartiger Verträge bewirkende zitierte Urteil des EuGH in der Rechtssache C-300/07 Oymanns und das zitierte hg. Erkenntnis, Zl. 2005/04/0201, sind erst nach dem Abschluss der gegenständlichen Verträge ergangen.

Vor diesem Hintergrund war die Unzulässigkeit der Direktvergabe für die Beschwerdeführerinnen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes nicht offenkundig.

Da die belangte Behörde insoweit die Rechtslage verkannt hat, war der angefochtene Bescheid in seinem Spruchpunkt III. gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufzuheben. Da die belangte Behörde insoweit die Rechtslage verkannt hat, war der angefochtene Bescheid in seinem Spruchpunkt römisch drei. gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufzuheben.

Der Ausspruch über den Aufwendersatz gründet auf den §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008. Der Ausspruch über den Aufwendersatz gründet auf den Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 455 aus 2008,.

Von der beantragten Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG abgesehen werden. Von der beantragten Verhandlung konnte gemäß Paragraph 39, Absatz 2, Ziffer 6, VwGG abgesehen werden.

Wien, am 24. Februar 2010

Gerichtsentscheidung

EuGH 62007J0300 Hans und Christophorus Oymanns VORAB

Schlagworte

Besondere Rechtsgebiete

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2010:2009040209.X00

Im RIS seit

04.04.2010

Zuletzt aktualisiert am

09.01.2015

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at