

TE Verg Bescheid 2012/6/14 VKS-5174/12

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.06.2012

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs1 und 2

WVRG 2007 §13

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lit a sublit dd

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §103 Abs4

BVergG 2006 §129 Abs1 Z2 und Z11 lit c

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 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 103 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 103 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 103 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch Bartlmä Madl Köck Rechtsanwälte OG in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe eines Lieferauftrages unter der Bezeichnung "KWP-Rahmenvereinbarung Pflegezimmersausstattung" durch das Kuratorium Wiener Pensionisten-Wohnhäuser, Seegasse 9, 1090 Wien, vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte OG in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung, wie folgt entschieden:

1)Der Antrag, die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 27.4.2012, die Antragstellerin zur Teilnahme am Vergabeverfahren nicht zuzulassen, für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

2)Die einstweilige Verfügung vom 9.5.2012 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

3)Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 31 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit.a sublit.dd, 3 Abs. 1 Z 2, 5, 103 Abs. 4, 129 Abs. 1 Z 2 und Z 11 lit. c BVergG 2006.Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Absatz eins, 24, Absatz eins, 25, Absatz eins, 31, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d,, 3 Absatz eins, Ziffer 2, 5, 103, Absatz 4, 129, Absatz eins, Ziffer 2 und Ziffer 11, Litera c, BVergG 2006.

Begründung

Das Kuratorium Wiener Pensionisten-Wohnhäuser (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung über die Lieferung und Montage von Pflegezimmersausstattungen samt Nebenleistungen. Beabsichtigt ist dabei auch die Anschaffung von elektrisch betriebenen Pflegebetten gemäß der Medizinprodukte-Betreiberverordnung. Weiters ist auch ausgeschrieben die Vornahme der wiederkehrenden sicherheitstechnischen Prüfung von Pflegebetten gemäß der Medizinprodukte-Betreiberverordnung und die Wartung von Pflegebetten. Die Kundmachung des Beschaffungsvorganges im Amtsblatt der europäischen Gemeinschaften ist am 16.2.2012 ordnungsgemäß erfolgt. Das Ende der Frist zur Abgabe der Teilnahmeanträge war der 20.3.2012, 12 Uhr.

Neben anderen Bietern hat sich auch die Antragstellerin am Vergabeverfahren beteiligt und sich selbst nur um die Lieferung der Pflegezimmersausstattung beworben, hinsichtlich der Erbringung der Dienstleistungen der sicherheitstechnischen Prüfung und Wartung der Pflegebetten hat sie ihre österreichische Tochtergesellschaft, die über eine entsprechende Befugnis verfügt, als Subunternehmerin namhaft gemacht.

Mit Schreiben vom 27.4.2012, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, zu beabsichtigen, die Antragstellerin nicht zur Teilnahme am Vergabeverfahren zuzulassen, weil sie eine rechtzeitige Dienstleistungsanzeige gemäß § 373a Abs. 4 GewO 1994 beim BMWFJ nicht nachgewiesen habe. Der Antragstellerin würde es daher an der Eignung für das gegenständliche Vergabeverfahren mangeln.Mit Schreiben vom 27.4.2012, der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, zu beabsichtigen, die Antragstellerin nicht zur Teilnahme am Vergabeverfahren zuzulassen, weil sie eine rechtzeitige Dienstleistungsanzeige gemäß Paragraph 373 a, Absatz 4, GewO 1994 beim BMWFJ nicht nachgewiesen habe. Der Antragstellerin würde es daher an der Eignung für das gegenständliche Vergabeverfahren mangeln.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 7.5.2012 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Entscheidung die Antragstellerin zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren nicht zuzulassen, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, bei den ausgeschrieben Leistungen handle es sich - wie sich auch aus der europaweiten Bekanntmachung ergebe - um einen Lieferauftrag, der Umfang der gleichzeitig ausgeschrieben Dienstleistungen sei im Verhältnis zur Hauptleistung sehr gering. Die Antragstellerin selbst habe sich lediglich um den Leistungsteil der Lieferung (Kauf) und Montage der Pflegezimmersausstattung, also bloß um die Lieferung der in den

Teilnahmebedingungen näher beschriebenen Gegenstände beworben, während der Leistungsteil der in Österreich zu erbringenden Dienstleistungen der sicherheitstechnischen Prüfung und Wartung von Pflegebetten von ihrer Tochtergesellschaft mit Sitz in Österreich als Subunternehmerin erbracht werden soll. Die Tochtergesellschaft verfüge über eine entsprechende österreichische Befugnis, die bereits mit dem Teilnahmeantrag abgegeben worden sei. Da die Antragstellerin nicht beabsichtige irgendeine "grenzüberschreitende Dienstleistung" zu erbringen, Warenlieferungen ausländischer Unternehmen nach Österreich ohne gewerberechtliche Einschränkungen zulässig seien und keine Ausführung gewerblicher Tätigkeiten im Inland vorliege, sei die von der Antragsgegnerin verlangte Dienstleistungsanzeige nach § 373a Abs. 4 GewO 1994 nicht erforderlich. Die Antragstellerin vertreibe als industrieller Hersteller von Medizinprodukten und Möbeln aller Art (insbesondere auch der gegenständlichen Pflegezimmersausstattungen) ihre Produkte von ihrem Sitz in Deutschland aus. Entgegen den Ausführungen der Antragsgegnerin in der angefochtenen Entscheidung übe sie in Österreich daher schon deshalb keinen "Handel" mit Medizinprodukten aus. Da die Antragstellerin auch kein in Österreich niedergelassener Händler sei, sei eine bescheidmäßige Anerkennung oder Gleichhaltung ihrer deutschen Befugnis, die sie in ihrem Teilnahmeantrag beigelegt habe, jedenfalls nicht erforderlich. Damit erweise sich die Nicht-Zulassung der Antragstellerin zur weiteren Teilnahme am Vergabeverfahren als rechtswidrig, weshalb diese Entscheidung für nichtig zu erklären sei. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 7.5.2012 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Entscheidung die Antragstellerin zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren nicht zuzulassen, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, bei den ausgeschriebenen Leistungen handle es sich - wie sich auch aus der europaweiten Bekanntmachung ergebe - um einen Lieferauftrag, der Umfang der gleichzeitig ausgeschriebenen Dienstleistungen sei im Verhältnis zur Hauptleistung sehr gering. Die Antragstellerin selbst habe sich lediglich um den Leistungsteil der Lieferung (Kauf) und Montage der Pflegezimmersausstattung, also bloß um die Lieferung der in den Teilnahmebedingungen näher beschriebenen Gegenstände beworben, während der Leistungsteil der in Österreich zu erbringenden Dienstleistungen der sicherheitstechnischen Prüfung und Wartung von Pflegebetten von ihrer Tochtergesellschaft mit Sitz in Österreich als Subunternehmerin erbracht werden soll. Die Tochtergesellschaft verfüge über eine entsprechende österreichische Befugnis, die bereits mit dem Teilnahmeantrag abgegeben worden sei. Da die Antragstellerin nicht beabsichtige irgendeine "grenzüberschreitende Dienstleistung" zu erbringen, Warenlieferungen ausländischer Unternehmen nach Österreich ohne gewerberechtliche Einschränkungen zulässig seien und keine Ausführung gewerblicher Tätigkeiten im Inland vorliege, sei die von der Antragsgegnerin verlangte Dienstleistungsanzeige nach Paragraph 373 a, Absatz 4, GewO 1994 nicht erforderlich. Die Antragstellerin vertreibe als industrieller Hersteller von Medizinprodukten und Möbeln aller Art (insbesondere auch der gegenständlichen Pflegezimmersausstattungen) ihre Produkte von ihrem Sitz in Deutschland aus. Entgegen den Ausführungen der Antragsgegnerin in der angefochtenen Entscheidung übe sie in Österreich daher schon deshalb keinen "Handel" mit Medizinprodukten aus. Da die Antragstellerin auch kein in Österreich niedergelassener Händler sei, sei eine bescheidmäßige Anerkennung oder Gleichhaltung ihrer deutschen Befugnis, die sie in ihrem Teilnahmeantrag beigelegt habe, jedenfalls nicht erforderlich. Damit erweise sich die Nicht-Zulassung der Antragstellerin zur weiteren Teilnahme am Vergabeverfahren als rechtswidrig, weshalb diese Entscheidung für nichtig zu erklären sei.

Die Antragstellerin sei zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen befugt und daran auch interessiert. Durch das Verhalten der Antragsgegnerin entstehe der Antragstellerin sowohl ein finanzieller als auch sonstiger Schaden bzw. drohe ihr ein solcher, weil sie ihre Chance auf weitere Teilnahme am Vergabeverfahren und damit letztlich auch den Zuschlag verlieren würde. Bei Nichterlangung des Auftrages drohe ihr der Umsatz in der Höhe des von ihr angebotenen Preises sowie der anteilige Gewinn daraus samt Deckungsbeitrag, letztlich aber auch die Möglichkeit zu entgehen, diesen Auftrag in anderen Vergabeverfahren als Referenz anzugeben. Durch das Verhalten der Antragsgegnerin werde die Antragstellerin in ihren subjektiven Rechten auf Durchführung eines gesetzmäßigen und fairen, lauten sowie wettbewerbsneutralen Vergabeverfahrens verletzt, weiters in ihren Rechten auf Gleichbehandlung der Bieter und Bewerber und Einhaltung eines fairen Wettbewerbs, insbesondere auch in ihrem Recht auf Zulassung zur Teilnahme am Vergabeverfahren bzw. ordnungsgemäßer Prüfung ihres Teilnahmeantrages und ihrem Recht auf weitere Teilnahme am Vergabeverfahren.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 9.5.2012 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses den Parteien

zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 14.5.2012 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, bereits in den Teilnahmeunterlagen sei darauf hingewiesen worden, dass hinsichtlich der Befugnis von Bewerbern aus einem EU- oder EWR-Mitgliedstaat bei Tätigkeiten, die einem sensiblen reglementierten Gewerbe gemäß den §§ 94 iVm 373a Abs. 5 Z 2 GewO 1994 oder einem freien Gewerbe, das in einer auf § 373a Abs. 6 Z 1 GewO 1994 basierenden Verordnung angeführt wird, der Bieter vor Ablauf der Teilnahmefrist eine Anzeige gemäß § 373a Abs. 4 GewO 1994 vorzunehmen hat. Diesbezüglich seien die Teilnahmeunterlagen nicht angefochten worden. Die Antragstellerin sei ein deutsches Unternehmen mit Sitz in Deutschland, das sich unter anderem auch um die Lieferung von elektrisch betriebenen Krankenhausbetten bewerbe. Bei diesen Pflegebetten handle es sich um Medizinprodukte im Sinne des Medizinproduktegesetzes. Der Handel mit Medizinprodukten stelle ein sensibles reglementiertes Gewerbe dar, weshalb die Antragstellerin rechtzeitig eine Anzeige beim Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend zu erstatten gehabt hätte. Da von der Antragstellerin eine rechtzeitig erstattete Dienstleistungsanzeige nicht vorgelegt wurde, verfüge sie nicht über die erforderliche Befugnis zum Handel mit Medizinprodukten in Österreich, weshalb sie mangels Eignung zur weiteren Teilnahme am Vergabeverfahren nicht zuzulassen gewesen sei. Mit Schriftsatz vom 14.5.2012 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, bereits in den Teilnahmeunterlagen sei darauf hingewiesen worden, dass hinsichtlich der Befugnis von Bewerbern aus einem EU- oder EWR-Mitgliedstaat bei Tätigkeiten, die einem sensiblen reglementierten Gewerbe gemäß den Paragraphen 94, in Verbindung mit 373a Absatz 5, Ziffer 2, GewO 1994 oder einem freien Gewerbe, das in einer auf Paragraph 373 a, Absatz 6, Ziffer eins, GewO 1994 basierenden Verordnung angeführt wird, der Bieter vor Ablauf der Teilnahmefrist eine Anzeige gemäß Paragraph 373 a, Absatz 4, GewO 1994 vorzunehmen hat. Diesbezüglich seien die Teilnahmeunterlagen nicht angefochten worden. Die Antragstellerin sei ein deutsches Unternehmen mit Sitz in Deutschland, das sich unter anderem auch um die Lieferung von elektrisch betriebenen Krankenhausbetten bewerbe. Bei diesen Pflegebetten handle es sich um Medizinprodukte im Sinne des Medizinproduktegesetzes. Der Handel mit Medizinprodukten stelle ein sensibles reglementiertes Gewerbe dar, weshalb die Antragstellerin rechtzeitig eine Anzeige beim Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend zu erstatten gehabt hätte. Da von der Antragstellerin eine rechtzeitig erstattete Dienstleistungsanzeige nicht vorgelegt wurde, verfüge sie nicht über die erforderliche Befugnis zum Handel mit Medizinprodukten in Österreich, weshalb sie mangels Eignung zur weiteren Teilnahme am Vergabeverfahren nicht zuzulassen gewesen sei.

Diesem Standpunkt der Antragsgegnerin ist die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 29.5.2012 entgegen getreten und hat ausgeführt, die Rechtsauffassung der Antragsgegnerin verstoße gegen die Grundsätze der europäischen Warenverkehrsfreiheit. Die Lieferung der Pflegebetten wie auch der sonstigen Pflegezimmerausstattung unterliege dem freien Warenverkehr, dabei handle es sich nicht um eine "grenzüberschreitende Dienstleistung". Eine Pflicht der Antragstellerin zur Dienstleistungsanzeige bestehe daher nicht. Letztlich macht sie erstmals in diesem Schriftsatz geltend, dass sie eine Dienstleistungsanzeige für Lieferung von Pflegebetten gar nicht hätte erstatten können, weil sie ihre Produkte schon seit Jahren nach Österreich, also "ständig und nicht bloß vorübergehend und gelegentlich" liefere. Sofern gewerbliche Tätigkeiten im Sinne der Gewerbeordnung dauerhaft (also nicht nur vorübergehend) und/oder öfter (also nicht nur gelegentlich) ausgeübt werden, sei zu beachten, dass der Gewerbetreibende - rechtlich gesehen - den Bereich der Dienstleistungsfreiheit verlassen hat und in den Bereich der Niederlassungsfreiheit eingetreten sei. Eine derartige Tätigkeit wäre dann nach dem §§ 373c und 373d GewO 1994 zu beurteilen und nicht nach § 373a. Diesem Standpunkt der Antragsgegnerin ist die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 29.5.2012 entgegen getreten und hat ausgeführt, die Rechtsauffassung der Antragsgegnerin verstoße gegen die Grundsätze der europäischen Warenverkehrsfreiheit. Die Lieferung der Pflegebetten wie auch der sonstigen Pflegezimmerausstattung unterliege dem freien Warenverkehr, dabei handle es sich nicht um eine "grenzüberschreitende Dienstleistung". Eine Pflicht der Antragstellerin zur Dienstleistungsanzeige bestehe daher nicht. Letztlich macht sie erstmals in diesem Schriftsatz geltend, dass sie eine Dienstleistungsanzeige für Lieferung von Pflegebetten gar nicht hätte erstatten können, weil sie ihre Produkte schon seit Jahren nach Österreich, also "ständig und nicht bloß vorübergehend und gelegentlich" liefere. Sofern gewerbliche Tätigkeiten im Sinne der Gewerbeordnung dauerhaft (also nicht nur vorübergehend) und/oder öfter (also nicht nur gelegentlich) ausgeübt werden, sei zu beachten, dass der Gewerbetreibende - rechtlich gesehen -

den Bereich der Dienstleistungsfreiheit verlassen hat und in den Bereich der Niederlassungsfreiheit eingetreten sei. Eine derartige Tätigkeit wäre dann nach dem Paragraphen 373 c und 373 d GewO 1994 zu beurteilen und nicht nach Paragraph 373 a,

Dazu hat die Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 12.6.2012 ergänzend ausgeführt, der Handel mit Pflegebetten sei keine freie Handelstätigkeit, sondern ein reglementiertes Gewerbe. Voraussetzung für die Ausübung eines derartigen Gewerbes sei der Nachweis der Befähigung (Berufsqualifikation) über die fachlichen und kaufmännischen Kenntnisse sowie die Fähigkeiten und Erfahrungen für die eigentümlichen Tätigkeiten des jeweiligen Gewerbes. Einen derartigen Befähigungsnachweis habe die Antragstellerin nicht erbracht. Wenn die Antragstellerin geltend macht, ständig Leistungen in Österreich zu erbringen und hier nicht bloß vorübergehend tätig zu sein, könne sie sich nicht auf die Dienstleistungsfreiheit im Sinne des Art 56ff AEUV berufen. Sofern die Antragstellerin ihre Leistungen in Österreich dauerhaft erbringen will, sei die Gründung einer Niederlassung erforderlich, die mit der entsprechenden Befugnis (Handel mit Medizinprodukten) auszustatten sei. Letztlich habe die Antragstellerin eine derartige Anzeige beim zuständigen Bundesministerium erstattet, da sie nunmehr seit 5.6.2012 im Dienstleistungsregister unter anderem für den "Handel mit sowie Vermietung von Medizinprodukten" eingetragen sei. Diese Anzeige könne jedoch nicht berücksichtigt werden, weil sie bereits vor Ablauf der Teilnahmefrist hätte erstattet werden müssen. Dazu hat die Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 12.6.2012 ergänzend ausgeführt, der Handel mit Pflegebetten sei keine freie Handelstätigkeit, sondern ein reglementiertes Gewerbe. Voraussetzung für die Ausübung eines derartigen Gewerbes sei der Nachweis der Befähigung (Berufsqualifikation) über die fachlichen und kaufmännischen Kenntnisse sowie die Fähigkeiten und Erfahrungen für die eigentümlichen Tätigkeiten des jeweiligen Gewerbes. Einen derartigen Befähigungsnachweis habe die Antragstellerin nicht erbracht. Wenn die Antragstellerin geltend macht, ständig Leistungen in Österreich zu erbringen und hier nicht bloß vorübergehend tätig zu sein, könne sie sich nicht auf die Dienstleistungsfreiheit im Sinne des Artikel 56 f, f, AEUV berufen. Sofern die Antragstellerin ihre Leistungen in Österreich dauerhaft erbringen will, sei die Gründung einer Niederlassung erforderlich, die mit der entsprechenden Befugnis (Handel mit Medizinprodukten) auszustatten sei. Letztlich habe die Antragstellerin eine derartige Anzeige beim zuständigen Bundesministerium erstattet, da sie nunmehr seit 5.6.2012 im Dienstleistungsregister unter anderem für den "Handel mit sowie Vermietung von Medizinprodukten" eingetragen sei. Diese Anzeige könne jedoch nicht berücksichtigt werden, weil sie bereits vor Ablauf der Teilnahmefrist hätte erstattet werden müssen.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, der aufgrund des Parteienvorbringens als unstrittig angesehen werden kann, trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren Richtigkeit grundsätzlich nicht bestritten wurde, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Stellungnahme übermittelt wurden, sowie letztlich dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 14.6.2012 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin (§ 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006) ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung über die Lieferung und Montage von Pflegezimmerausstattungen samt Nebenleistungen. Die Kundmachung im Amtsblatt der europäischen Gemeinschaften ist ordnungsgemäß erfolgt. Die ausgeschriebenen Leistungen betreffen sowohl Lieferaufträge als auch Dienstleistungsaufträge (Montage der gelieferten Gegenstände, wiederkehrende sicherheitstechnische Prüfung von Pflegebetten gemäß der Medizinprodukte-Betreiberverordnung und über die Wartung von Pflegebetten). Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Das Ende der Frist zur Abgabe der Teilnahmeanträge war der 20.3.2012. Neben anderen Bietern hat sich auch die Antragstellerin am Vergabeverfahren beteiligt, sich selbst jedoch nur um die Lieferung der Pflegezimmerausstattung beworben, hinsichtlich der Erbringung der Dienstleistungen der sicherheitstechnischen Prüfung und Wartung der Pflegebetten hat sie ihre österreichische Tochtergesellschaft, die über eine entsprechende Befugnis verfügt, als Subunternehmerin namhaft gemacht. Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin (Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006) ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung über die Lieferung und Montage von Pflegezimmerausstattungen samt Nebenleistungen. Die Kundmachung im Amtsblatt der europäischen Gemeinschaften ist ordnungsgemäß erfolgt. Die ausgeschriebenen Leistungen betreffen sowohl Lieferaufträge als auch Dienstleistungsaufträge (Montage der gelieferten Gegenstände, wiederkehrende sicherheitstechnische Prüfung von Pflegebetten gemäß der Medizinprodukte-Betreiberverordnung und über die Wartung von Pflegebetten). Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Das Ende der Frist zur

Abgabe der Teilnahmeanträge war der 20.3.2012. Neben anderen Bietern hat sich auch die Antragstellerin am Vergabeverfahren beteiligt, sich selbst jedoch nur um die Lieferung der Pflegezimmerausstattung beworben, hinsichtlich der Erbringung der Dienstleistungen der sicherheitstechnischen Prüfung und Wartung der Pflegebetten hat sie ihre österreichische Tochtergesellschaft, die über eine entsprechende Befugnis verfügt, als Subunternehmerin namhaft gemacht.

Die in den Teilnahmeunterlagen enthaltenen Festlegungen wurden nicht angefochten, sie sind daher "bestandfest" geworden.

In Punkt 1.3 der Teilnahmeunterlage wurde der Auftragsgegenstand wie folgt definiert:

"Der Auftraggeber beabsichtigt, mit dem Bestbieter des gegenständlichen Verhandlungsverfahrens eine Rahmenvereinbarung für die Dauer von drei Jahren (samt einer optionalen Möglichkeit zur Verlängerung um ein weiteres Jahr) über die Lieferung und Montage insbesondere nachfolgend aufgezählter Pflegezimmerausstattung samt Nebenleistungen (insbesondere die Entsorgung von Verpackungsmaterial) sowie über die wiederkehrende sicherheitstechnische Prüfung von Pflegebetten gemäß Medizinproduktebetreiber-verordnung und über die Wartung von Pflegebetten abzuschließen.

1. 1.Ziffer eins
Pflegebetten Niederflur;
2. 2.Ziffer 2
Nachtkästchen mit Betttisch (Server),
3. 3.Ziffer 3
Nachtkästchen ohne Betttisch (Server),
4. 4.Ziffer 4
Server;
5. 5.Ziffer 5
Kommoden;
6. 6.Ziffer 6
Kleiderschränke für BewohnerInnen."

In Punkt 4.1.3 der Teilnahmeunterlage wurden hinsichtlich der Befugnis von Bewerbern aus einem EU- oder EWR-Mitgliedsstaat folgende Festlegungen getroffen.

"Bewerber aus einem Mitgliedstaat der EU oder einem Vertragsstaat des EWR müssen zum Zeitpunkt des Endes der Teilnahmefrist über alle für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen notwendigen gesetzlichen Befugnisse verfügen und diese gemäß Punkt 4.1.2 im Teilnahmeantrag anführen und auf gesonderte Aufforderung durch den Auftraggeber unverzüglich nachweisen. [...]

Sofern Tätigkeiten zu erbringen sind, die einem sensiblen reglementierten Gewerbe gemäß §§ 94 iVm 373a Abs. 5 Z 2 GewO oder einem freien Gewerbe, das in einer auf § 373a Abs. 6 Z 1 GewO basierenden Verordnung angeführt wird, zuordnen zu sind, wird auf die Pflicht hingewiesen, vor Ablauf der Teilnahmefrist eine Anzeige gemäß § 373a Abs. 4 GewO vorzunehmen bzw. die Ausstellung eines Anerkennungs- oder Gleichhaltungsbescheides gemäß den §§ 373c ff GewO zu beantragen. Unterbleibt eine rechtzeitige Anzeige bzw. Beantragung, wird der Teilnahmeantrag - ohne Verbesserungsauftrag - nicht berücksichtigt. Sofern Tätigkeiten zu erbringen sind, die einem sensiblen reglementierten Gewerbe gemäß Paragraphen 94, in Verbindung mit 373a Absatz 5, Ziffer 2, GewO oder einem freien Gewerbe, das in einer auf Paragraph 373 a, Absatz 6, Ziffer eins, GewO basierenden Verordnung angeführt wird, zuordnen zu sind, wird auf die Pflicht hingewiesen, vor Ablauf der Teilnahmefrist eine Anzeige gemäß Paragraph 373 a, Absatz 4, GewO vorzunehmen bzw. die Ausstellung eines Anerkennungs- oder Gleichhaltungsbescheides gemäß den Paragraphen 373 c, ff GewO zu beantragen. Unterbleibt eine rechtzeitige Anzeige bzw. Beantragung, wird der Teilnahmeantrag - ohne Verbesserungsauftrag - nicht berücksichtigt.

Der Bewerber hat die fristgerechte Anzeige bzw. Beantragung beim Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend (in der Folge "BMWFJ") im Teilnahmeantrag anzugeben und auf gesonderte Aufforderung des Auftraggebers nachzuweisen.

[...]"

Die Antragstellerin hat mit ihrem Teilnahmeantrag eine Eigenerklärung abgegeben wonach sie "die unter Punkt 3 und 4 der vorliegenden Ausschreibungsunterlage verlangten Eignungskriterien erfüllt" und die festgelegten Nachweise über Aufforderung unverzüglich beibringen kann. Dazu hat die Antragstellerin eine Gewerbeanmeldung bei der Stadt Witten (dem Sitz ihres Unternehmens) vorgelegt.

Nach Prüfung der Teilnahmeanträge hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 10.4.2012 die Antragstellerin unter Hinweis auf Punkt 4.1.3 der Teilnahmeunterlage aufgefordert die rechtzeitige Anzeige gemäß § 373a Abs. 4 GewO 1994 beim Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend, nachzuweisen. Nach Prüfung der Teilnahmeanträge hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 10.4.2012 die Antragstellerin unter Hinweis auf Punkt 4.1.3 der Teilnahmeunterlage aufgefordert die rechtzeitige Anzeige gemäß Paragraph 373 a, Absatz 4, GewO 1994 beim Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend, nachzuweisen.

Diese Aufforderung hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 12.4.2012 beantwortet, worin sie zunächst ausführt, dass eine Dienstleistungsanzeige nicht erforderlich sei (Beilage 13 in den Vergabeakten). Eine rechtzeitig erstattete Dienstleistungsanzeige wurde jedenfalls nicht nachgewiesen.

Bei den Pflegebetten, deren Anschaffung die Antragsgegnerin beabsichtigt, handelt es sich um Medizinprodukte im Sinne des Medizinproduktegesetzes. Die Antragstellerin verfügt über eine Tochtergesellschaft in Österreich, die sie auch als Subunternehmerin zur Vornahme der wiederkehrenden sicherheitstechnischen Prüfung von Pflegebetten gemäß Medizinprodukte-Betreiberverordnung und zur Wartung von Pflegebetten namhaft gemacht hat. Diese Tochtergesellschaft verfügt jedoch nicht über eine Befugnis für den Handel mit Medizinprodukten.

Daraufhin hat die Antragsgegnerin mit der angefochtenen Entscheidung vom 27.4.2012 die Antragstellerin davon verständigt, dass sie mangels Vorlage der rechtzeitigen Anzeige gemäß § 373a Abs. 4 GewO 1994 beim Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend ihre Eignung für das gegenständliche Vergabeverfahren nicht nachgewiesen habe und daher zur weiteren Teilnahme am Vergabeverfahren nicht zugelassen werde. Dieses Schreiben ist der Antragstellerin als E-Mail am gleichen Tage zugegangen. Der am 7.5.2012 in der Geschäftsstelle des VKS eingelangte Antrag auf Nichtigkeitsklärung derselben ist daher rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007. Daraufhin hat die Antragsgegnerin mit der angefochtenen Entscheidung vom 27.4.2012 die Antragstellerin davon verständigt, dass sie mangels Vorlage der rechtzeitigen Anzeige gemäß Paragraph 373 a, Absatz 4, GewO 1994 beim Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend ihre Eignung für das gegenständliche Vergabeverfahren nicht nachgewiesen habe und daher zur weiteren Teilnahme am Vergabeverfahren nicht zugelassen werde. Dieses Schreiben ist der Antragstellerin als E-Mail am gleichen Tage zugegangen. Der am 7.5.2012 in der Geschäftsstelle des VKS eingelangte Antrag auf Nichtigkeitsklärung derselben ist daher rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007.

Soweit die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 29.5.2012 (Seite 7/8) unter Punkt

2.7 vorbringt, dass sie "ihre Produkte schon seit Jahren nach Österreich liefert, also ständig und nicht bloß vorübergehend und gelegentlich", ist ihr zunächst entgegenzuhalten, dass sie im einleitenden Schriftsatz (Punkt 4.1) im Widerspruch dazu ausdrücklich ausführt, dass sie einen Handel mit Medizinprodukten nicht ausübe und "auch kein in Österreich niedergelassener Händler" ist. Weder aus dem Vorbringen der Parteien noch aus dem Inhalt der Vergabeakten ergibt sich, dass die Antragstellerin über eine Niederlassung in Österreich verfügt.

Eine Mitteilung über den beabsichtigten Abschluss einer Rahmenvereinbarung ist bisher ebenso wenig ergangen, wie ein Abschluss der Rahmenvereinbarung oder die Bekanntgabe einer Widerrufsentscheidung.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat im Wesentlichen aufgrund des Inhaltes der sorgfältig und übersichtlich geführten Vergabeakten sowie des Vorbringens der Parteien. So ist der Umstand, dass es sich bei den zur Lieferung ausgeschriebenen Pflegebetten um Medizinprodukte im Sinne des Medizinproduktegesetzes handelt unstrittig. Ebenso wurde von der Antragstellerin nicht bestritten, dass sie bis zur Öffnung der Teilnahmeanträge einen Nachweis über eine Dienstleistungsanzeige beim zuständigen Ministerium nicht vorgelegt bzw. eine Dienstleistungsanzeige bis dahin nicht erstattet hat. Dass die Antragstellerin in weiterer Folge eine derartige Anzeige vorgenommen hat, ergibt sich aus dem Vorbringen der Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 12.6.2012 (Seite 7), dem seitens der Antragstellerin nicht widersprochen wurde. Dass die österreichische Tochtergesellschaft der Antragstellerin nicht über die Befugnis zum Handel mit Medizinprodukten verfügt, wurde ebenfalls von der Antragsgegnerin vorgebracht und indirekt von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung zugestanden (die deutsche Muttergesellschaft hat immer schon den Handel durchgeführt, die österreichische Tochtergesellschaft führt insbesondere die technische Prüfung nach dem

Medizinproduktegesetz durch). Dass die Antragsgegnerin die Antragstellerin aufgefordert hat, eine rechtzeitig erstattete Dienstleistungsanzeige nachzuweisen und sie dabei auf die entsprechenden Festlegungen in den Teilnahmeunterlagen hingewiesen hat, sowie dass sie sich mit dem Vorbringen der Antragstellerin im Antwortschreiben vom 12.4.2012 auseinandergesetzt hat und zum Ergebnis gekommen ist, dass diese nicht über die erforderliche Befugnis zum Handel mit Medizinprodukten verfügt, ergibt sich nachvollziehbar aus den Vergabeakten. Ebenso war aus dem Inhalt der Vergabeakten festzustellen, dass bisher weder eine Beendigung des Vergabeverfahrens durch Abschluss einer Rahmenvereinbarung noch ein Widerruf erfolgt ist.

In seiner rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie führt ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntgabe im Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung über die Lieferung und Montage von Pflegezimmersausstattungen sowie der Durchführung wiederkehrender sicherheitstechnischer Prüfungen von Pflegebetten nach der Medizinprodukte-Betreiberverordnung und Aufträgen zur Wartung von Pflegebetten. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß europaweit erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Das Ende der Frist zur Abgabe der Teilnahmeanträge war der 20.3.2012, 12 Uhr. Neben anderen Bietern hat sich auch die Antragstellerin am Vergabeverfahren beteiligt. Da ein Abschluss der Rahmenvereinbarung bzw. ein Widerruf des Beschaffungsvorganges bisher nicht erfolgt ist, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führt ein Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntgabe im Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung über die Lieferung und Montage von Pflegezimmersausstattungen sowie der Durchführung wiederkehrender sicherheitstechnischer Prüfungen von Pflegebetten nach der Medizinprodukte-Betreiberverordnung und Aufträgen zur Wartung von Pflegebetten. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß europaweit erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Das Ende der Frist zur Abgabe der Teilnahmeanträge war der 20.3.2012, 12 Uhr. Neben anderen Bietern hat sich auch die Antragstellerin am Vergabeverfahren beteiligt. Da ein Abschluss der Rahmenvereinbarung bzw. ein Widerruf des Beschaffungsvorganges bisher nicht erfolgt ist, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der von ihr angefochtenen Entscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Antragsgegnerin, sie nicht zur Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren zuzulassen, richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen grundsätzlich den Bestimmungen des § 22 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der von ihr angefochtenen Entscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Antragsgegnerin, sie nicht zur Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren zuzulassen, richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen grundsätzlich den Bestimmungen des Paragraph 22, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Die angefochtene Entscheidung vom 27.4.2012 ist der Antragstellerin am gleichen Tage im E-Mail-Wege zugegangen.

Ihr am 7.5.2012 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007. Die angefochtene Entscheidung vom 27.4.2012 ist der Antragstellerin am gleichen Tage im E-Mail-Wege zugegangen. Ihr am 7.5.2012 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007.

Der Antrag auf Nichtigkeitsklärung der angefochtenen Entscheidung erweist sich im Ergebnis jedoch als nicht berechtigt.

Nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens ist davon auszugehen, dass die Antragstellerin, ein deutsches Unternehmen, ihren Sitz in Deutschland hat. Sie erzeugt unter anderem Pflegebetten, bei denen es sich um Medizinprodukte i.S.d. Medizinproduktegesetzes handelt. Die Befugnis, über die die Antragstellerin in Deutschland verfügt, lautet auf "die Herstellung und den Vertrieb von Produkten aus dem Bereich Health-Care; dies umfasst insbesondere innovative Medizinprodukte sowie Möbel aller Art".

Nach § 20 Abs. 1 BVergG 2006 haben Bewerber oder Bieter, die im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR Abkommens oder Schweiz ansässig sind und die für die Ausübung einer Tätigkeit in Österreich eine behördliche Entscheidung betreffend ihrer Berufsqualifikation einholen müssen, ein darauf gerichtetes Verfahren möglichst umgehend, jedenfalls aber vor Ablauf der Angebotsfrist einzuleiten. Entsprechend dieser Bestimmung im Vergabegesetz hat die Antragsgegnerin in den Teilnahmeunterlagen unter Punkt 4.1.3 darauf hingewiesen, dass dann, wenn Tätigkeiten zu erbringen sind, die einem sensiblen reglementierten Gewerbe zuzuordnen sind, vor Ablauf der Teilnahmefrist eine Anzeige gemäß § 373a Abs. 4 GewO 1994 vorzunehmen ist. Unstrittig hat die Antragstellerin vor Ende der Teilnahmefrist eine Anzeige gemäß § 373a Abs. 4 GewO 1994 nicht vorgenommen bzw. nicht nachgewiesen, dass sie einen entsprechenden Antrag gestellt hat. Nach Paragraph 20, Absatz eins, BVergG 2006 haben Bewerber oder Bieter, die im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR Abkommens oder Schweiz ansässig sind und die für die Ausübung einer Tätigkeit in Österreich eine behördliche Entscheidung betreffend ihrer Berufsqualifikation einholen müssen, ein darauf gerichtetes Verfahren möglichst umgehend, jedenfalls aber vor Ablauf der Angebotsfrist einzuleiten. Entsprechend dieser Bestimmung im Vergabegesetz hat die Antragsgegnerin in den Teilnahmeunterlagen unter Punkt 4.1.3 darauf hingewiesen, dass dann, wenn Tätigkeiten zu erbringen sind, die einem sensiblen reglementierten Gewerbe zuzuordnen sind, vor Ablauf der Teilnahmefrist eine Anzeige gemäß Paragraph 373 a, Absatz 4, GewO 1994 vorzunehmen ist. Unstrittig hat die Antragstellerin vor Ende der Teilnahmefrist eine Anzeige gemäß Paragraph 373 a, Absatz 4, GewO 1994 nicht vorgenommen bzw. nicht nachgewiesen, dass sie einen entsprechenden Antrag gestellt hat.

Dazu vertritt die Antragstellerin den Standpunkt, im Hinblick auf den Umstand, dass sie lediglich fertig von ihr zusammengestellte Pflegebetten liefert, es sich dabei um keine Dienstleistung handelt und sie im Rahmen der Bestimmungen über den freien Warenverkehr diese Lieferungen vornehmen darf, ohne deshalb eine Anzeige beim Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend vornehmen zu müssen. Eine Dienstleistungsanzeige ist nach ihrer Ansicht auch deshalb nicht notwendig, weil in der EU-weiten Bekanntmachung der ausgeschriebenen Leistungen als "Lieferauftrag" und die Art dieses Auftrages als "Hauf" bezeichnet wurden. Die Antragstellerin beabsichtigt auch nicht "irgendeine grenzüberschreitende Dienstleistung", von der in der Überschrift des § 373a GewO 1994 ausdrücklich die Rede ist, zu erbringen. Zusammenfassend vertritt sie die Ansicht, dass Warenlieferungen ausländischer Unternehmen nach Österreich ohne gewerberechtliche Einschränkungen, auch wenn es sich um Medizinprodukte handelt, zulässig sind, da keine Ausführung gewerblicher Tätigkeiten im Inland vorliegt. Dazu vertritt die Antragstellerin den Standpunkt, im Hinblick auf den Umstand, dass sie lediglich fertig von ihr zusammengestellte Pflegebetten liefert, es sich dabei um keine Dienstleistung handelt und sie im Rahmen der Bestimmungen über den freien Warenverkehr diese Lieferungen vornehmen darf, ohne deshalb eine Anzeige beim Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend vornehmen zu müssen. Eine Dienstleistungsanzeige ist nach ihrer Ansicht auch deshalb nicht notwendig, weil in der EU-weiten Bekanntmachung der ausgeschriebenen Leistungen als "Lieferauftrag" und die Art dieses Auftrages als "Hauf" bezeichnet wurden. Die Antragstellerin beabsichtigt auch nicht "irgendeine grenzüberschreitende Dienstleistung", von der in der Überschrift des Paragraph 373 a, GewO 1994 ausdrücklich die Rede ist, zu erbringen. Zusammenfassend vertritt sie die Ansicht, dass Warenlieferungen ausländischer Unternehmen nach Österreich ohne gewerberechtliche Einschränkungen, auch wenn es sich um Medizinprodukte handelt, zulässig sind, da keine Ausführung gewerblicher Tätigkeiten im Inland vorliegt.

Diese Rechtsansicht wird vom Senat nicht geteilt. Zutreffend verweist die Antragsgegnerin zunächst darauf, dass bei der Verwendung von Pflegebetten die Gesundheit und das Leben von Patienten gefährdet sein können. Bei der

Anschaffung von Pflegebetten durch die Antragsgegnerin handelt es sich, wenn auch von der Antragstellerin nur als "Lieferung" bezeichnet um den Abschluss von Kaufverträgen. Die Lieferung einer gekauften Sache stellt dabei lediglich die Erfüllungshandlung des Verkäufers aus dem Kaufvertrag dar. Beim regelmäßigen Verkauf und der Lieferung von Pflegebetten handelt es sich daher um eine Tätigkeit, die den Bestimmungen des Gewerberechtes unterliegt. In diesem Sinne bedeutet der von der Antragstellerin angestrebte Abschluss der Rahmenvereinbarung, die einen regelmäßigen Kauf und Lieferung von Pflegebetten beinhaltet, einen Handel im Sinne der Gewerbeordnung.

Bei den Pflegebetten, deren Beschaffung die Antragsgegnerin beabsichtigt, handelt es sich - wie auch von der Antragstellerin ausdrücklich zugestanden - um Medizinprodukte im Sinne des Medizinproduktegesetzes. Der Handel mit Medizinprodukten ist die Ausübung eines reglementierten Gewerbes nach § 94 Z 33 GewO 1994. Wie den erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage (EBRV 1117 BlgNR 21.GP84 zur Gewerbeordnungs-Novelle 2002, BGBl. I 111/2002), entnommen werden kann, wurde der Handel mit Medizinprodukten nicht den freien Handelstätigkeiten zugeordnet, um Gesundheitsgefährdungen hintanzuhalten. Der Handel mit Pflegebetten ist daher keine freie Handelstätigkeit, die ohne Dienstleistungsanzeige ausgeübt werden könnte, sondern ein reglementiertes Gewerbe im Sinne der GewO 1994. Bei den Pflegebetten, deren Beschaffung die Antragsgegnerin beabsichtigt, handelt es sich - wie auch von der Antragstellerin ausdrücklich zugestanden - um Medizinprodukte im Sinne des Medizinproduktegesetzes. Der Handel mit Medizinprodukten ist die Ausübung eines reglementierten Gewerbes nach Paragraph 94, Ziffer 33, GewO 1994. Wie den erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage (EBRV 1117 BlgNR 21.GP84 zur Gewerbeordnungs-Novelle 2002, Bundesgesetzblatt Teil eins, 111 aus 2002), entnommen werden kann, wurde der Handel mit Medizinprodukten nicht den freien Handelstätigkeiten zugeordnet, um Gesundheitsgefährdungen hintanzuhalten. Der Handel mit Pflegebetten ist daher keine freie Handelstätigkeit, die ohne Dienstleistungsanzeige ausgeübt werden könnte, sondern ein reglementiertes Gewerbe im Sinne der GewO 1994.

Die Voraussetzung für die Ausübung eines reglementierten Gewerbes ist der Nachweis der Befähigung (=Berufsqualifikation) über die fachlichen und kaufmännischen Kenntnisse sowie die Fähigkeiten und Erfahrungen für die eigentümlichen Tätigkeiten des jeweiligen Gewerbes (§ 16 GewO 1994). Die erforderlichen Nachweise im Bereich des § 94 Z 33 GewO 1994 ergeben sich aus der Medizinprodukteverordnung, BGBl. II 129/2003 i.d.F. BGBl. II 399/2008, sowie aus der EU/EWR-Anerkennungsverordnung (BGBl. II 225/2008). Die Ausübung des Handels mit Medizinprodukten erfordert somit einen Befähigungsnachweis. Die Voraussetzung für die Ausübung eines reglementierten Gewerbes ist der Nachweis der Befähigung (=Berufsqualifikation) über die fachlichen und kaufmännischen Kenntnisse sowie die Fähigkeiten und Erfahrungen für die eigentümlichen Tätigkeiten des jeweiligen Gewerbes (Paragraph 16, GewO 1994). Die erforderlichen Nachweise im Bereich des Paragraph 94, Ziffer 33, GewO 1994 ergeben sich aus der Medizinprodukteverordnung, Bundesgesetzblatt Teil 2, 129 aus 2003, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, 399 aus 2008,, sowie aus der EU/EWR-Anerkennungsverordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, 225 aus 2008.). Die Ausübung des Handels mit Medizinprodukten erfordert somit einen Befähigungsnachweis.

Nach § 373a Abs. 1 GewO 1994 dürfen Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der EU oder eines Vertragsstaates des EWR, die in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder Vertragsstaat des EWR niedergelassen sind und dort eine Tätigkeit befugt ausüben, auf die die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes anzuwenden wären, diese Tätigkeit vorübergehend und gelegentlich unter den gleichen Voraussetzungen wie Inländer in Österreich ausüben. Nach § 373a Abs. 4 GewO 1994 hat der Unternehmer dem Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend die erstmalige Aufnahme einer vorübergehenden, grenzüberschreitenden Tätigkeit vorher schriftlich anzuzeigen, wenn diese ein im § 94 GewO angeführtes Gewerbe zum Gegenstand hat (Dienstleistungsanzeige). Damit unterliegen alle reglementierten Gewerbe einer vorherigen Anzeigepflicht unabhängig davon, ob es sich um eine Dienstleistung im engeren Sinn handelt. Damit soll eine ausreichende Kontrolle gegen die Umgehung der österreichischen Befähigungsnachweise erreicht werden (AB 420 BlgNR 23.GP1). Wenn es sich bei einer solchen Anzeige um die erstmalige Aufnahme einer Tätigkeit handelt, die ein im § 373a Abs. 5 Z 2 GewO 1994 angeführtes (sensibles) reglementiertes Gewerbe zum Gegenstand hat, worunter auch das Gewerbe "Handel mit Medizinprodukten" (§ 94 Z 33 GewO 1994) fällt, hat der BMfWFJ nach § 373a Abs. 5 Z 2 GewO 1994 vor der ersten Ausübung dieser gewerblichen Tätigkeit zu überprüfen, ob aufgrund der mangelnden inländischen Berufsqualifikation des Dienstleisters eine schwerwiegende Beeinträchtigung der öffentlichen Gesundheit oder Sicherheit bzw. der Gesundheit oder Sicherheit des Dienstleistungsempfängers zu befürchten ist. Die Ausübung der gewerblichen Tätigkeit ist erst nach Erledigung des Prüfverfahrens bzw. nach Verstreichen einer zweimonatigen Frist ohne Reaktion des BMfWFJ zulässig (§ 373a Abs. 5 Z 3 GewO 1994). Damit ist

eine inhaltliche Prüfung der Qualifikation des ausländischen Dienstleisters gewährleistet. Der Begriff "Dienstleister" umfasst damit alle nicht in Österreich ansässigen oder angemeldeten Gewerbetreibenden, die in Österreich tätig werden wollen. Nach Paragraph 373 a, Absatz eins, GewO 1994 dürfen Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der EU oder eines Vertragsstaates des EWR, die in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder Vertragsstaat des EWR niedergelassen sind und dort eine Tätigkeit befugt ausüben, auf die die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes anzuwenden wären, diese Tätigkeit vorübergehend und gelegentlich unter den gleichen Voraussetzungen wie Inländer in Österreich ausüben. Nach Paragraph 373 a, Absatz 4, GewO 1994 hat der Unternehmer dem Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend die erstmalige Aufnahme einer vorübergehenden, grenzüberschreitenden Tätigkeit vorher schriftlich anzuzeigen, wenn diese ein im Paragraph 94, GewO angeführtes Gewerbe zum Gegenstand hat (Dienstleistungsanzeige). Damit unterliegen alle reglementierten Gewerbe einer vorherigen Anzeigepflicht unabhängig davon, ob es sich um eine Dienstleistung im engeren Sinn handelt. Damit soll eine ausreichende Kontrolle gegen die Umgehung der österreichischen Befähigungsnachweise erreicht werden (Ausschussbericht 420 BlgNR 23.GP1). Wenn es sich bei einer solchen Anzeige um die erstmalige Aufnahme einer Tätigkeit handelt, die ein im Paragraph 373 a, Absatz 5, Ziffer 2, GewO 1994 angeführtes (sensibles) reglementiertes Gewerbe zum Gegenstand hat, worunter auch das Gewerbe "Handel mit Medizinprodukten" (Paragraph 94, Ziffer 33, GewO 1994) fällt, hat der BMFWFJ nach Paragraph 373 a, Absatz 5, Ziffer 2, GewO 1994 vor der ersten Ausübung dieser gewerblichen Tätigkeit zu überprüfen, ob aufgrund der mangelnden inländischen Berufsqualifikation des Dienstleisters eine schwerwiegende Beeinträchtigung der öffentlichen Gesundheit oder Sicherheit bzw. der Gesundheit oder Sicherheit des Dienstleistungsempfängers zu befürchten ist. Die Ausübung der gewerblichen Tätigkeit ist erst nach Erledigung des Prüfverfahrens bzw. nach Verstreichen einer zweimonatigen Frist ohne Reaktion des BMFWFJ zulässig (Paragraph 373 a, Absatz 5, Ziffer 3, GewO 1994). Damit ist eine inhaltliche Prüfung der Qualifikation des ausländischen Dienstleisters gewährleistet. Der Begriff "Dienstleister" umfasst damit alle nicht in Österreich ansässigen oder angemeldeten Gewerbetreibenden, die in Österreich tätig werden wollen.

Der Handel mit Medizinprodukten ist ein sensibles reglementiertes Gewerbe. Geht man nun - entgegen der späteren Darstellung der Antragstellerin - davon aus, dass sie durch die Beteiligung am gegenständlichen Vergabeverfahren nur beabsichtigt, vorübergehend und gelegentlich den Handel mit Medizinprodukten auszuüben, wäre sie erst nach Erstattung einer Dienstleistungsanzeige im Sinne des § 373a Abs. 4 GewO 1994 und nach Erledigung des Verfahrens vor dem zuständigen Bundesminister, dazu berechtigt. Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens hat die Antragstellerin vorgebracht, nicht nur vorübergehend die Lieferung von Pflegebetten nach Österreich vorzunehmen, sondern dass sie "schon seit Jahren nach Österreich liefert, also ständig und nicht bloß vorübergehend und gelegentlich" (Schriftsatz vom 29.5.2012). Dies würde im Ergebnis an der Beurteilung des Sachverhaltes nichts ändern. Unternehmen aus anderen EU/EWR-Mitgliedstaaten dürfen in Österreich gewerbliche Tätigkeiten entweder vorübergehend und gelegentlich als grenzüberschreitende Dienstleistungen oder aufgrund einer Niederlassung in Österreich verrichten. Nun steht fest, dass die Antragstellerin ihren eigenen Angaben zufolge nicht über eine Niederlassung in Österreich, wohl aber über eine Tochtergesellschaft, die jedoch nicht zum Handel mit Medizinprodukten befugt ist, verfügt. Wenn also keine vorübergehende grenzüberschreitende Dienstleistung im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit vorliegt, wäre die Antragstellerin verpflichtet gewesen, um am Wirtschaftsleben in Österreich auf unbestimmte Zeit bzw. dauerhaft teilnehmen zu können, das Niederlassungsverfahren zu durchlaufen und hier eine Niederlassung zu gründen (vgl. Fischer in Lenz/Borchardt, EU-Verträge Kommentar⁵, Art. 49 Rn 2). Wenn daher die Antragstellerin ständig Leistungen in Österreich erbringt, ist sie hier nicht nur bloß vorübergehend tätig und kann sich daher nicht auf die Dienstleistungsfreiheit im Sinne des Art. 56ff AEUV berufen. Will die Antragstellerin ihre Leistungen dauerhaft in Österreich erbringen ist sie zur Gründung einer Niederlassung mit den entsprechenden Befugnissen (Handel mit Medizinprodukten) verpflichtet. Der Handel mit Medizinprodukten ist ein sensibles reglementiertes Gewerbe. Geht man nun - entgegen der späteren Darstellung der Antragstellerin - davon aus, dass sie durch die Beteiligung am gegenständlichen Vergabeverfahren nur beabsichtigt, vorübergehend und gelegentlich den Handel mit Medizinprodukten auszuüben, wäre sie erst nach Erstattung einer Dienstleistungsanzeige im Sinne des Paragraph 373 a, Absatz 4, GewO 1994 und nach Erledigung des Verfahrens vor dem zuständigen Bundesminister, dazu berechtigt. Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens hat die Antragstellerin vorgebracht, nicht nur vorübergehend die Lieferung von Pflegebetten nach Österreich vorzunehmen, sondern dass sie "schon seit Jahren nach Österreich liefert, also ständig und nicht bloß vorübergehend und gelegentlich" (Schriftsatz vom 29.5.2012). Dies würde im Ergebnis an der Beurteilung des Sachverhaltes nichts ändern. Unternehmen aus anderen EU/EWR-Mitgliedstaaten dürfen in Österreich

gewerbliche Tätigkeiten entweder vorübergehend und gelegentlich als grenzüberschreitende Dienstleistungen oder aufgrund einer Niederlassung in Österreich verrichten. Nun steht fest, dass die Antragstellerin ihren eigenen Angaben zufolge nicht über eine Niederlassung in Österreich, wohl aber über eine Tochtergesellschaft, die jedoch nicht zum Handel mit Medizinprodukten befugt ist, verfügt. Wenn also keine vorübergehende grenzüberschreitende Dienstleistung im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit vorliegt, wäre die Antragstellerin verpflichtet gewesen, um am Wirtschaftsleben in Österreich auf unbestimmte Zeit bzw. dauerhaft teilnehmen zu können, das Niederlassungsverfahren zu durchlaufen und hier eine Niederlassung zu gründen (vergleiche Fischer in Lenz/Borchardt, EU-Verträge Kommentar⁵, Artikel 49, Rn 2). Wenn daher die Antragstellerin ständig Leistungen in Österreich erbringt, ist sie hier nicht nur bloß vorübergehend tätig und kann sich daher nicht auf die Dienstleistungsfreiheit im Sinne des Artikel 56 f, f, AEUV berufen. Will die Antragstellerin ihre Leistungen dauerhaft in Österreich erbringen ist sie zur Gründung einer Niederlassung mit den entsprechenden Befugnissen (Handel mit Medizinprodukten) verpflichtet.

Da die Antragstellerin bis zum Ende der Teilnahmefrist am 20.3.2012 eine Dienstleistungsanzeige beim BMfWFJ nicht erstattet hat und dementsprechend trotz Aufforderung durch die Antragsgegnerin im Zuge der Prüfung der Teilnahmeanträge diese nicht nachweisen konnte, ist es ihr nicht gelungen, die erforderliche Befugnis nachzuweisen. Damit hat sie aber auch gegen die Teilnahmebedingungen Punkt 4.1.3 verstoßen.

Soweit die Antragstellerin sich zur Unterstützung ihres Standpunktes auf die Bestimmungen über den freien Warenverkehr bezieht, ist für sie nichts gewonnen. Die Anzeige nach § 373a Abs. 4 GewO 1994 dient dazu, dass EU/EWR-Ausländer bei einer grenzüberschreitenden Tätigkeit (dabei muss es sich nicht um Dienstleistungen im engeren Sinn handeln) im Rahmen eines reglementierten Gewerbes ihre Berufsqualifikation nachweisen müssen. Aufgrund des § 16 iVm § 18 GewO 1994 und der dazu ergangenen Verordnung ist im Bereich des Handels mit Medizinprodukten iSd. § 94 Z 33 GewO 1994 ein solcher Nachweis auch von inländischen Personen zu erbringen. Der Handel mit Medizinprodukten ist daher Personen mit einer besonderen Qualifikation vorbehalten. Wird der Verkauf bestimmter Waren Personen oder Unternehmen mit einer besonderen Qualifikation vorbehalten oder der Verkauf bestimmter Erzeugnisse von einer Konzession abhängig gemacht, so liegen allgemeine Verkaufsmodalitäten vor, die nicht in den Anwendungsbereich des Artikel 34 AEUV fallen, sofern Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten nicht diskriminiert werden (Lenz/Borchardt, EU-Verträge Kommentar⁵, Art. 34 Rn 31). Gegenständlich liegt - worauf die Antragsgegnerin zutreffend verweist - also eine allgemeine Verkaufsmodalität vor, da der Handel mit Medizinprodukten Personen mit einer besonderen Qualifikation vorbehalten ist und eine Diskriminierung EU-ausländischer Erzeugnisse nicht gegeben ist. Die Forderung nach einer Anzeige nach § 373a Abs. 4 GewO 1994 ist daher auch vor dem Hintergrund der Warenverkehrsfreiheit nicht unionsrechtswidrig. Soweit die Antragstellerin sich zur Unterstützung ihres Standpunktes auf die Bestimmungen über den freien Warenverkehr bezieht, ist für sie nichts gewonnen. Die Anzeige nach Paragraph 373 a, Absatz 4, GewO 1994 dient dazu, dass EU/EWR-Ausländer bei einer grenzüberschreitenden Tätigkeit (dabei muss es sich nicht um Dienstleistungen im engeren Sinn handeln) im Rahmen eines reglementierten Gewerbes ihre Berufsqualifikation nachweisen müssen. Aufgrund des Paragraph 16, in Verbindung mit Paragraph 18, GewO 1994 und der dazu ergangenen Verordnung ist im Bereich des Handels mit Medizinprodukten iSd. Paragraph 94, Ziffer 33, GewO 1994 ein solcher Nachweis auch von inländischen Personen zu erbringen. Der Handel mit Medizinprodukten ist daher Personen mit einer besonderen Qualifikation vorbehalten. Wird der Verkauf bestimmter Waren Personen oder Unternehmen mit einer besonderen Qualifikation vorbehalten oder der Verkauf bestimmter Erzeugnisse von einer Konzession abhängig gemacht, so liegen allgemeine Verkaufsmodalitäten vor, die nicht in den Anwendungsbereich des Artikel 34 AEUV fallen, sofern Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten nicht diskriminiert werden (Lenz/Borchardt, EU-Verträge Kommentar⁵, Artikel 34, Rn 31). Gegenständlich liegt - worauf die Antragsgegnerin zutreffend verweist - also eine allgemeine Verkaufsmodalität vor, da der Handel mit Medizinprodukten Personen mit einer besonderen Qualifikation vorbehalten ist und eine Diskriminierung EU-ausländischer Erzeugnisse nicht gegeben ist. Die Forderung nach einer Anzeige nach Paragraph 373 a, Absatz 4, GewO 1994 ist daher auch vor dem Hintergrund der Warenverkehrsfreiheit nicht unionsrechtswidrig.

Da es sich beim Handel mit Medizinprodukten, worunter auch Pflegebetten fallen, um ein reglementiertes Gewerbe handelt, wäre die Antragstellerin vor Ablauf der Teilnahmefrist verpflichtet gewesen, eine Anzeige nach § 373a Abs. 4 GewO 1994 an das BMfWFJ zu erstatten. Dabei hätte es genügt, lediglich den Handel mit Medizinprodukten anzuzeigen um der Anforderung des § 20 Abs. 1 BVergG 2006 zu entsprechen. Da es der Antragstellerin trotz Aufforderung durch

die Antragsgegnerin nicht gelungen ist nachzuweisen, dass sie im Hinblick auf das vorliegende "sensible" reglementierte Gewerbe eine Anzeige nach § 373a Abs. 4 GewO 1994 erstattet hat, hat die Antragsgegnerin zutreffend den Ausscheidungsgrund es § 129 Abs. 1 Z 2 und 11 lit. c BVergG 2006 angenommen und die Antragstellerin nicht zur Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren zugelassen. Da es sich beim Handel mit Medizinprodukten, worunter auch Pflegebetten fallen, um ein reglementiertes Gewerbes handelt, wäre die Antragstellerin vor Ablauf der Teilnahmefrist verpflichtet gewesen, eine Anzeige nach Paragraph 373 a, Absatz 4, GewO 1994 an das BMfWFJ zu erstatten. Dabei hätte es genügt, lediglich den Handel mit Medizinprodukten anzuzeigen um der Anforderung des Paragraph 20, Absatz eins, BVergG 2006 zu entsprechen. Da es der Antragstellerin trotz Aufforderung durch die Antragsgegnerin nicht gelungen ist nachzuweisen, dass sie im Hinblick auf das vorliegende "sensible" reglementierte Gewerbe eine Anzeige nach Paragraph 373 a, Absatz 4, GewO 1994 erstattet hat, hat die Antragsgegnerin zutreffend den Ausscheidungsgrund es Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2 und 11 Litera c, BVergG 2006 angenommen und die Antragstellerin nicht zur Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren zugelassen.

Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung war daher als unbegründet abzuweisen.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 9.5.2012 gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 9.5.2012 gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Entscheidung über das Kostenbegehren gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Entscheidung über das Kostenbegehren gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor.

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Nichtzulassung zum Vergabeverfahren; fehlende Dienstleistungsanzeige gem. § 373a Abs. 4 GewO 1994;

Zuletzt aktualisiert am

10.10.2012

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at