

TE Verg Bescheid 2011/7/5 VKS-4052/11

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 05.07.2011

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 Abs3

WVRG 2007 §33 Abs1 Z2

WVRG 2007 §35 Abs1

WVRG 2007 §36 Abs2

WVRG 2007 §36a in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitnn

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §10 Z14 und 15

BVergG 2006 §15

BVergG 2006 §41

BVergG 2006 §345

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 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 10 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 10 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 10 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 10 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 15 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 15 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 15 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 15 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 41 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 41 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 41 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 41 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 41 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
 4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
 7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH., ***, vertreten durch Wolf Theiss, Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe von Medizin- und Pharmaprodukten durch die Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien – Wiener Krankenanstaltenverbund, Thomas-Klestil-Platz 7, 1030 Wien, vertreten durch Schramm Öhler, Rechtsanwälte in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

Die Anträge, der Vergabekontrollsenat möge

1. 1) Ziffer eins
die unzulässige Wahl des Verfahrens der Direktvergabe für nichtig erklären;
2. 2) Ziffer 2
in eventu die Aufforderung zur Angebotsabgabe im Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung für nichtig erklären.

werden abgewiesen.

1. 3) Ziffer 3
Der hilfsweise gestellte Antrag, der VKS Wien möge feststellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war, wird abgewiesen.
2. 4) Ziffer 4
Der Antrag, die Antragsgegnerin zu verpflichten, der Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen zu ersetzen, wird abgewiesen; 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. 3, 33 Abs. 1 Z 2, 35 Abs. 1, 36 Abs. 2, 36a WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. nn, 3 Abs. 1 Z 1, 6, 10 Z 14 und 15, 41, 345 BVergG 2006. Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Absatz eins, 24, Absatz 3, 33, Absatz eins, Ziffer 2, 35, Absatz eins, 36, Absatz 2, 36 a, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, n, n., 3

Absatz eins, Ziffer eins, 6, 10, Ziffer 14 und 15, 41, 345 BVergG 2006.

Begründung:

Unstrittig steht fest, dass es sich bei der Auftraggeberin Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien – Wiener Krankenanstaltenverbund (im folgenden Antragsgegnerin genannt) um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 handelt. Die von ihr geführten Beschaffungsvorgänge unterliegen damit der Nachprüfung durch den angerufenen Senat im Sinne der §§ 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 WVRG 2007. Die Antragsgegnerin beabsichtigt im Wege eines Beitrittes zu einer Einkaufsgemeinschaft die laufende Beschaffung von Medizin- und Pharmaprodukten. Unstrittig steht fest, dass es sich bei der Auftraggeberin Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien – Wiener Krankenanstaltenverbund (im folgenden Antragsgegnerin genannt) um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 handelt. Die von ihr geführten Beschaffungsvorgänge unterliegen damit der Nachprüfung durch den angerufenen Senat im Sinne der Paragraphen eins, Absatz eins und 2 Absatz eins, WVRG 2007. Die Antragsgegnerin beabsichtigt im Wege eines Beitrittes zu einer Einkaufsgemeinschaft die laufende Beschaffung von Medizin- und Pharmaprodukten.

Mit dem am 7.4.2011 eingelangten Schriftsatz begehrt die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens zur Nichtigerklärung sowohl der unzulässigen Wahl des Verfahrens der Direktvergabe als auch der Aufforderung zur Angebotsabgabe im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durch die Antragsgegnerin. Hilfsweise beantragt sie die Feststellung, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hiezu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war. Gleichzeitig begehrt sie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus, sie habe durch ihr deutsches Schwesterunternehmen von der Aufnahme der Antragsgegnerin in die Einkaufsgemeinschaft kommunaler Krankenhäuser eG im deutschen Städtetag (im Folgenden EKK) als neues Mitglied im Rahmen einer grenzüberschreitenden Kooperation mit Wirkung vom 1.4.2011 erfahren. Dieses Schreiben sei der Antragstellerin von ihrem deutschen Schwesterunternehmen am 31.3.2011 im E-Mail Wege zugekommen. Bei dem Rahmenvertrag der EKK handle es sich um einen Rahmen-Liefervertrag betreffend Medizinprodukte. Damit würden Lieferaufträge im Oberschwellenbereich abgewickelt. Weder die Antragsgegnerin noch die vergebende Stelle KAV hätten die Vergabe des gegenständlichen Lieferauftrages öffentlich bekannt gemacht. Die Antragsgegnerin führe daher offenbar eine Direktvergabe gemäß § 41 BVergG 2006 durch. Der Rahmenvertrag ermögliche der Antragsgegnerin den jederzeitigen Abruf von Leistungen im Angio- und Kardiobereich ohne ein vorheriges, gesetzeskonformes Vergabeverfahren durchführen zu müssen. Eine öffentliche Ausschreibung sei weder vor Beitritt zum Rahmenvertrag erfolgt, noch soll eine solche vor dem Abruf der Leistungen aus dem Rahmenvertrag erfolgen. Die EKK sei im Übrigen auch keine öffentliche Auftraggeberin nach dem BVergG, sodass sie auch nicht als „zentrale Beschaffungsstelle“ qualifiziert werden könne. Ein Abschluss des Rahmenvertrages unter Abruf von Leistungen unter diesem Vertrag ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens durch die Auftraggeberin selbst sei daher als Direktvergabe eindeutig unzulässig. Sollte die Nachprüfungsbehörde die Ansicht vertreten, dass es sich bei dem Beschaffungsvorgang der Antragsgegnerin um ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung handle, so seien auch hierfür die Voraussetzungen nicht gegeben. Die Auftraggeberin habe jedenfalls keinerlei Ausschreibungsunterlagen erstellt und daher gegen eine Vielzahl von zwingenden Bestimmungen des BVergG verstoßen. So würde es insbesondere an der Festlegung von Zuschlagskriterien, anhand welcher die abgegebenen Angebote zu bewerten sind und der Zuschlagsempfänger ermittelt werden soll, fehlen. Da die gesetzlichen Ausnahmebestimmungen für die Durchführung einer Direktvergabe oder eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht vorliegen, wäre die Rechtswidrigkeit eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung festzustellen. Mit dem am 7.4.2011 eingelangten Schriftsatz begehrt die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens zur Nichtigerklärung sowohl der unzulässigen Wahl des Verfahrens der Direktvergabe als auch der Aufforderung zur Angebotsabgabe im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durch die Antragsgegnerin. Hilfsweise beantragt sie die Feststellung, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hiezu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war. Gleichzeitig begehrt sie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus, sie habe durch ihr deutsches Schwesterunternehmen von der Aufnahme der Antragsgegnerin in

die Einkaufsgemeinschaft kommunaler Krankenhäuser eG im deutschen Städtetag (im Folgenden EKK) als neues Mitglied im Rahmen einer grenzüberschreitenden Kooperation mit Wirkung vom 1.4.2011 erfahren. Dieses Schreiben sei der Antragstellerin von ihrem deutschen Schwesterunternehmen am 31.3.2011 im E-Mail Wege zugekommen. Bei dem Rahmenvertrag der EKK handle es sich um einen Rahmen-Liefervertrag betreffend Medizinprodukte. Damit würden Lieferaufträge im Oberschwellenbereich abgewickelt. Weder die Antragsgegnerin noch die vergebende Stelle KAV hätten die Vergabe des gegenständlichen Lieferauftrages öffentlich bekannt gemacht. Die Antragsgegnerin führe daher offenbar eine Direktvergabe gemäß Paragraph 41, BVergG 2006 durch. Der Rahmenvertrag ermögliche der Antragsgegnerin den jederzeitigen Abruf von Leistungen im Angio- und Kardiobereich ohne ein vorheriges, gesetzeskonformes Vergabeverfahren durchführen zu müssen. Eine öffentliche Ausschreibung sei weder vor Beitritt zum Rahmenvertrag erfolgt, noch soll eine solche vor dem Abruf der Leistungen aus dem Rahmenvertrag erfolgen. Die EKK sei im Übrigen auch keine öffentliche Auftraggeberin nach dem BVergG, sodass sie auch nicht als „zentrale Beschaffungsstelle“ qualifiziert werden könne. Ein Abschluss des Rahmenvertrages unter Abruf von Leistungen unter diesem Vertrag ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens durch die Auftraggeberin selbst sei daher als Direktvergabe eindeutig unzulässig. Sollte die Nachprüfungsbehörde die Ansicht vertreten, dass es sich bei dem Beschaffungsvorgang der Antragsgegnerin um ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung handle, so seien auch hierfür die Voraussetzungen nicht gegeben. Die Auftraggeberin habe jedenfalls keinerlei Ausschreibungsunterlagen erstellt und daher gegen eine Vielzahl von zwingenden Bestimmungen des BVergG verstoßen. So würde es insbesondere an der Festlegung von Zuschlagskriterien, anhand welcher die abgegebenen Angebote zu bewerten sind und der Zuschlagsempfänger ermittelt werden soll, fehlen. Da die gesetzlichen Ausnahmebestimmungen für die Durchführung einer Direktvergabe oder eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht vorliegen, wäre die Rechtswidrigkeit eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung festzustellen.

Zur Rechtzeitigkeit ihres Antrages hat die Antragstellerin vorgebracht, ihre deutsche Schwestergesellschaft sei mit Schreiben vom 30.3.2011 von der EKK darüber informiert worden, dass „in grenzüberschreitender Kooperation die Stadt Wien,

Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund.... mit Wirkung vom 1.4.2011 als

neues Mitglied in die EKK aufgenommen“ worden sei. Dieses Informations-Rundschreiben sei der Antragstellerin am 31.3.2011 von ihrer deutschen Schwestergesellschaft übermittelt worden. In diesem Schreiben sei festgehalten, dass die von der deutschen Schwestergesellschaft eingeräumten Konditionen dem KAV gegenüber dann Gültigkeit erlangen sollten, wenn die diesbezügliche Abstimmung mit dem KAV abgeschlossen sei. Darüber würde von der EKK noch eine gesonderte Information ergehen.

Der Mutterkonzern gehöre weltweit zu den führenden Anbietern auf dem Gebiet der Medizintechnik. Die Antragstellerin sei als Teil dieses Konzerns auf dem österreichischen Markt tätig und sei insbesondere auf den Vertrieb von Produkten im Bereich Angio- und Kardiobedarf (wie Stents samt Zubehör) spezialisiert. Sie stehe seit vielen Jahren in aufrechter Geschäftsbeziehung mit der Antragsgegnerin und liefere jährlich in diesem Bereich Produkte in einer Höhe von mehreren Millionen Euro. Die Belieferung der Antragsgegnerin stelle nicht nur in Anbetracht des Auftragsvolumens sondern auch aufgrund der damit verbundenen Publizitätswirkung ein wesentliches Projekt dar. Sollte die Antragsgegnerin ihren Bedarf in Hinkunft ohne Ausschreibung im Wege des Rahmenvertrages mit der EKK abdecken, entginge der Antragstellerin das entsprechende Geschäft. Dieser von ihr befürchtete Schaden wird im einleitenden Schriftsatz näher dargestellt. Dazu käme noch der drohende Verlust der Kosten der bisherigen Rechtsvertretung.

Durch das Verhalten der Antragsgegnerin werde die Antragstellerin in ihren subjektiven Rechten auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf Durchführung eines Vergabeverfahrens im Wege einer zulässigen Verfahrensart, im Recht auf Teilnahme an einer öffentlichen Ausschreibung, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, im Recht auf Unterlassung einer unzulässigen Direktvergabe und letztlich im Recht auf Unterlassung eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung verletzt.

Der zur Sicherung ihrer Rechtsposition gestellte Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid vom 25.4.2011 mangels Vorliegens der Voraussetzungen abgewiesen. Diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses den Parteien zugewandten Bescheides verwiesen werden.

In ihrer Stellungnahme vom 12.4.2011 hat die Antragsgegnerin die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, sie wolle mit dem Beitritt zur EKK von einem Ausnahmetatbestand des § 10 BVergG 2006, nämlich Z 14, Gebrauch machen. Dazu sei die Antragsgegnerin als Vorbereitungshandlung der EKK beigetreten. Die Antragsgegnerin sei der EKK zwar beigetreten, daraus ergebe sich aber noch keine Berechtigung (und schon gar keine Verpflichtung) zum Leistungsabruf. Vielmehr ergebe sich aus dem von der Antragstellerin zitierten Rundschreiben, dass die Rahmenverträge der EKK für die Antragsgegnerin noch nicht „gültig“ sind. In ihrer Stellungnahme vom 12.4.2011 hat die Antragsgegnerin die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, sie wolle mit dem Beitritt zur EKK von einem Ausnahmetatbestand des Paragraph 10, BVergG 2006, nämlich Ziffer 14,, Gebrauch machen. Dazu sei die Antragsgegnerin als Vorbereitungshandlung der EKK beigetreten. Die Antragsgegnerin sei der EKK zwar beigetreten, daraus ergebe sich aber noch keine Berechtigung (und schon gar keine Verpflichtung) zum Leistungsabruf. Vielmehr ergebe sich aus dem von der Antragstellerin zitierten Rundschreiben, dass die Rahmenverträge der EKK für die Antragsgegnerin noch nicht „gültig“ sind.

Die EKK sei in der Lage, Vergabeverfahren für die zu beschaffenden Leistungen durchzuführen. Dabei würden „selbstverständlich...alle Aktivitäten im Rahmen des Europarechts, welches im Vergaberecht auf den beiden Säulen Wettbewerb und Transparenz ruht, erfolgen“. Tatsächlich führe die EKK regelmäßig Ausschreibungsverfahren durch, an welchen teilweise alle Mitgliedshäuser, teilweise einzelne Mitgliedshäuser teilnehmen würden. Die Mitglieder der EKK treffe keine Verpflichtung, gelistete Produkte bei Bedarf ausschließlich über die EKK bzw. von den Rahmenvereinbarungspartnern der EKK abzurufen. Ein Bezugszwang für die Mitgliedshäuser bestehe nicht. Hintergrund für die Vorgangsweise der Antragsgegnerin sei, dass am deutschen Markt auf Grund von Zusammenschlüssen Abnehmer deutlich billigere Preise für medizinische Produkte als in Österreich erreichen könnten. Auf dem österreichischen Markt seien die Preise höher und die Antragsgegnerin sei den Anbietern, die zumeist Zweigstellen oder Töchter der Unternehmen aus Deutschland wären, ausgeliefert, weil die deutschen Unternehmen keine Angebote abgeben würden, sondern nur deren österreichische Vertretungen. Durch die von der Antragsgegnerin gegenständlich gewählte Vorgangsweise sei beabsichtigt, durch zukünftige Beschaffungen Millionenbeträge einzusparen.

Die Antragsgegnerin macht auch geltend, dass die Anträge nicht innerhalb der siebentägigen Frist des § 24 Abs. 3 WVRG 2007 gestellt worden wären. Das von der Antragstellerin zitierte Informationsrundschreiben sei dieser bereits vor dem 31.3.2011 zugekommen. Die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung habe im gegenständlichen Fall nicht stattgefunden; dafür gäbe es nicht einmal Indizien. Die Antragsgegnerin macht auch geltend, dass die Anträge nicht innerhalb der siebentägigen Frist des Paragraph 24, Absatz 3, WVRG 2007 gestellt worden wären. Das von der Antragstellerin zitierte Informationsrundschreiben sei dieser bereits vor dem 31.3.2011 zugekommen. Die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung habe im gegenständlichen Fall nicht stattgefunden; dafür gäbe es nicht einmal Indizien.

In der Sache selbst macht die Antragsgegnerin weiters geltend, dass das Vorbringen der Antragstellerin zum rechtlichen Interesse und zur Höhe des Schadens unsubstantiiert wäre, weil die Antragstellerin dabei mit keinem Wort darauf eingehe, welche Produkte sie am Markt anbiete und welche Produkte aus ihrem Sortiment Inhalt der von ihr angesprochenen Rahmenvereinbarung der deutschen Partnerorganisation seien. Nach Kenntnis der Antragsgegnerin biete die Antragstellerin nicht sämtliche in der angesprochenen Rahmenvereinbarung enthaltenen Medizinprodukte an. Die Antragstellerin könne daher die „Wahl der Direktvergabe“ nicht pauschal für alle Medizinprodukte, auch für jene, die sie gar nicht anbieten könne, anfechten. Sie wäre gehalten, jene Produkte oder zumindest jene Sparten anzuführen, die sie selbst anbietet und an deren Lieferung sie folglich ein Interesse haben kann.

Die Antragsgegnerin bezeichnet sowohl den Hauptantrag wie auch die Feststellungsbegehren als unsubstantiiert und unzulässig. So sei der Beitritt zur EKK keine gesondert anfechtbare Entscheidung, da die Auftraggeberin von einem Ausnahmetatbestand im Sinne des § 10 BVergG 2006 Gebrauch gemacht habe. Sie habe keine Absicht zur Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe bzw. der Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung. Aber auch sonst sei keine Entscheidung über eine Wahl des Vergabeverfahrens gefallen, die in irgendeiner Form erkennbar wäre. Anhand der Anträge der Antragstellerin könne daher nicht gesagt werden, „was genau sie überhaupt

für nichtig erklärt haben möchte“. Soweit man im Beitritt zur EKK (der Antragstellerin folgend) eine unzulässige Direktvergabe erblicken wollte, sei dieser Beitritt bereits rechtsgültig vollzogen und daher nur noch ein Feststellungsverfahren möglich. Die Antragsgegnerin bezeichnet sowohl den Hauptantrag wie auch die Feststellungsbegehren als unsubstantiiert und unzulässig. So sei der Beitritt zur EKK keine gesondert anfechtbare Entscheidung, da die Auftraggeberin von einem Ausnahmetatbestand im Sinne des Paragraph 10, BVergG 2006 Gebrauch gemacht habe. Sie habe keine Absicht zur Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe bzw. der Wahl des Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung. Aber auch sonst sei keine Entscheidung über eine Wahl des Vergabeverfahrens gefallen, die in irgendeiner Form erkennbar wäre. Anhand der Anträge der Antragstellerin könne daher nicht gesagt werden, „was genau sie überhaupt für nichtig erklärt haben möchte“. Soweit man im Beitritt zur EKK (der Antragstellerin folgend) eine unzulässige Direktvergabe erblicken wollte, sei dieser Beitritt bereits rechtsgültig vollzogen und daher nur noch ein Feststellungsverfahren möglich.

Im Übrigen hält die Antragsgegnerin die Durchführung eines Nichtigklärungsverfahrens für unzulässig, weil gesondert anfechtbare Entscheidungen nicht vorliegen. Der Beitritt zu einer Genossenschaft sei ein gesellschaftsrechtlicher Akt des Erwerbes bestimmter Mitgliedsrechte und -pflichten. Keines dieser Mitgliedschaftsrechte und

-pflichten sei eine Beauftragung. Der Beitritt sei keine Beauftragung im Sinne des BVergG 2006. Die Antragsgegnerin habe durch die „zukünftig geplante Mitgliedschaft zur EKK lediglich geplant, rechtmäßige Möglichkeiten und Grenzen des Ausnahmetatbestandes des § 10 BVergG 2006 auszuloten“. -pflichten sei eine Beauftragung. Der Beitritt sei keine Beauftragung im Sinne des BVergG 2006. Die Antragsgegnerin habe durch die „zukünftig geplante Mitgliedschaft zur EKK lediglich geplant, rechtmäßige Möglichkeiten und Grenzen des Ausnahmetatbestandes des Paragraph 10, BVergG 2006 auszuloten“.

Die Rahmenverträge der EKK hätten auf Grund aufschiebender Bedingungen bisher noch keine Gültigkeit für die Antragsgegnerin. Im Hinblick darauf sei allenfalls davon auszugehen, dass es sich um eine bloße Vorbereitungshandlung handelt, die nicht nachprüfbar sei. Dazu komme, dass durch den Beitritt zur EKK keinerlei Bezugswang entstehe. Allein deshalb gingen die Anträge der Antragstellerin völlig ins Leere. Wenn die Antragstellerin weiter behaupte, dass die Antragsgegnerin „ohne Zweifel beabsichtigt durch ihren Beitritt Abrufe aus bestehenden Rahmenvereinbarungen vorzunehmen und dies die Antragstellerin betreffe, (sei) dies eine Behauptung ins Blaue hinein, die jedweder Grundlage entbehrt“. Eine konkrete Beschaffungsmaßnahme stehe noch nicht einmal ansatzweise im Raum.

Mit Schriftsatz vom 14.4.2011 hat die Antragstellerin durch die Vorlage des E-Mail Verkehrs nachgewiesen, dass ihr das Schreiben der EKK tatsächlich erst am 31.3.2011 zugegangen ist.

Auf dieses Vorbringen hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 19.4.2011 repliziert und ausgeführt: Bei der Bekanntgabe des Beitrittes der Auftraggeberin zur EKK handle es sich um keine bloße unternehmerische Vorbereitungshandlung sondern um die unzulässige Wahl einer Direktvergabe. Dieser Vorgang müsse vergaberechtlich überprüfbar sein, zumal der nunmehr „bekannt gemachte Beitritt der Auftraggeberin zur Einkaufsorganisation der EKK und das daraus resultierende Recht auf Abruf von Leistungen (Waren) eine nachprüfbare Willensäußerung der Auftraggeberin“ darstelle, die „im Zusammenhang mit der Beschaffung von medizinischen Produkten aus dem Angio- und Kardiobereich stehe, durch den Versand des Infoschreibens an die Lieferanten und Vertragspartner der EKK nach außen hin in Erscheinung getreten sei, der Antragstellerin zur Kenntnis gelangt sei und Rechtswirkungen entfalten könne, da die Auftraggeberin entsprechend der Satzung der EKK unmittelbar zum Leistungsabruf berechtigt“ sei. Aus dem Umstand, dass die Antragsgegner bereits zum Leistungsabruf aus den zwischen den Lieferanten und der EKK geschlossenen Verträge berechtigt sei, ergebe sich, dass die Auftraggeberin bereits die unzulässige Wahl der Direktvergabe getroffen habe. Von einer Vorbereitungshandlung könne daher nicht die Rede sein.

Am 21.4.2011 ist die EKK als teilnahmeberechtigte Partei (§ 22 Abs. 3 WVRG 2007) in das Verfahren beigetreten und hat im Wesentlichen ausgeführt, dass nach „diesseitiger Prüfung kein Sachverhalt der entsprechend den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes Österreichs vorliegend zur Anwendung gelangt“ vorliege. Die Teilnahmeberechtigte sieht die Annahme des Ausschlusses von der Anwendung des Vergaberechts „bezogen auf die Tätigkeit einer zentralen Beschaffungsstelle i.S. von § 10 Z 14, 15 des BVergG-Österreich als erfüllt an.“ Am 21.4.2011 ist die EKK als teilnahmeberechtigte Partei (Paragraph 22, Absatz 3, WVRG 2007) in das Verfahren beigetreten und hat im

Wesentlichen ausgeführt, dass nach „diesseitiger Prüfung kein Sachverhalt der entsprechend den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes Österreichs vorliegend zur Anwendung gelangt“ vorliege. Die Teilnahmeberechtigte sieht die Annahme des Ausschlusses von der Anwendung des Vergaberechts „bezogen auf die Tätigkeit einer zentralen Beschaffungsstelle i.S. von Paragraph 10, Ziffer 14, 15, des BVergG-Österreich als erfüllt an.“

In einer weiteren Stellungnahme in der Sache vom 21.4.2011, hat die Antragsgegnerin abermals ausgeführt, dass mit ihrem Beitritt zur EKK noch keine gesondert anfechtbare Entscheidung verbunden sei. Weder seien Leistungen beauftragt worden, noch sei sie einer Rahmenvereinbarung beigetreten oder habe ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung eingeleitet. Mit dem bloßen Beitritt sei auch noch kein Recht zum Abruf aus den zwischen der EKK und den Medizin- und Pharmaprodukte-Herstellern abgeschlossenen Verträgen verbunden. Dazu verweist sie auf den Inhalt der Rahmenverträge. Dazu komme, dass die EKK in ihrem Rundschreiben vom 29.3.2011 explizit mitgeteilt habe, dass im gegenständlichen Fall noch keine sofortige Gültigkeit der Rahmenverträge für die Antragsgegnerin bestehe, weil dazu „eine Abstimmung hierüber mit dem KAV“ noch nicht abgeschlossen sei. Darüber wird eine gesonderte Mitteilung ergehen, die bisher nicht erfolgt sei. Durch den bloßen Beitritt der Antragsgegnerin zur EKK drohe der Antragstellerin kein Schaden, weshalb deren Anträge zurück- bzw. abzuweisen wären.

Zur Frage der Einhaltung des Vergaberechtes bei Durchführung von Beschaffungsvorgängen über die EKK führt die Antragsgegnerin aus, dass sämtliche Verträge der EKK die Anwendbarkeit deutschen Rechts und einen deutschen Gerichtsstand vorsehen würden, sodass auf Grund dieser ausdrücklichen Festlegung deutsches Recht und damit deutsches Vergaberecht als Sonderzivilrecht anzuwenden sei. Doch auch dann, wenn im Einzelfall nicht ausdrücklich deutsches Recht vereinbart worden sein sollte, unterlägen die Verträge der EKK deutschem Vergaberecht. Eine engere Verbindung zum österreichischen Recht sei nicht gegeben. Nach Art 3 Abs. 1 iVm Art 49 B-VG gelten die österreichischen Bundesgesetze grundsätzlich nur für jene Vorgänge, die sich auf dem jeweiligen Staatsgebiet ereignen. Damit unterliegen die von der EKK abgeschlossenen bzw. vermittelten Verträge deutschem Zivil- und Vergaberecht. Eine andere Auslegung würde dem völkerrechtlichen Territorialitätsprinzip widersprechen. Eine Umgehung der österreichischen Bestimmungen liege schon deshalb nicht vor, weil zum einen das österreichische Vergaberecht den öffentlichen Auftraggebern nicht verbiete, Waren im Ausland zu erwerben und ein derartiges Verbot gegen die Grundfreiheiten verstoßen würde und zum anderen die EU-Vergaberichtlinien auch in Deutschland umgesetzt wurden. Doch auch dann, wenn man der Auffassung folgen sollte, dass der gegenständliche Sachverhalt dem österreichischen BVergG unterliege, sei für die Antragstellerin nichts gewonnen, weil die EKK als zentrale Beschaffungsstelle im Sinne des Art 1 Abs. 10 Vergabe RL 2004/18/EG bzw. § 2 Z 48 BVergG 2006 zu sehen sei. Die EKK sei als zentrale Beschaffungsstelle zu qualifizieren, zumal sie alle Bedingungen der Vergabe RL 2004/18 erfülle. Im weiteren führt die Antragsgegnerin aus, warum ihrer Ansicht nach die Bestimmungen des § 10 Z 14 und Z 15 BVergG 2006 richtlinienkonform dahingehend zu interpretieren sind, dass auch dann der Bezug von Leistungen von/durch eine im Ausland eingetragene zentrale Beschaffungsstelle vom Anwendungsbereich des BVergG ausgenommen ist, wenn die zentrale Beschaffungsstelle ihrerseits die Richtlinien 2004/18 EG (bzw. das Vergabegesetz eines anderen Mitgliedstaates, das diese Richtlinie umsetzt) eingehalten hat. Dies sei gegenständlich gegeben, weshalb die Antragsgegnerin von der Ausnahmeregelung des § 10 BVergG 2006 Gebrauch machen könne. Zur Frage der Einhaltung des Vergaberechtes bei Durchführung von Beschaffungsvorgängen über die EKK führt die Antragsgegnerin aus, dass sämtliche Verträge der EKK die Anwendbarkeit deutschen Rechts und einen deutschen Gerichtsstand vorsehen würden, sodass auf Grund dieser ausdrücklichen Festlegung deutsches Recht und damit deutsches Vergaberecht als Sonderzivilrecht anzuwenden sei. Doch auch dann, wenn im Einzelfall nicht ausdrücklich deutsches Recht vereinbart worden sein sollte, unterlägen die Verträge der EKK deutschem Vergaberecht. Eine engere Verbindung zum österreichischen Recht sei nicht gegeben. Nach Artikel 3, Absatz eins, in Verbindung mit Artikel 49, B-VG gelten die österreichischen Bundesgesetze grundsätzlich nur für jene Vorgänge, die sich auf dem jeweiligen Staatsgebiet ereignen. Damit unterliegen die von der EKK abgeschlossenen bzw. vermittelten Verträge deutschem Zivil- und Vergaberecht. Eine andere Auslegung würde dem völkerrechtlichen Territorialitätsprinzip widersprechen. Eine Umgehung der österreichischen Bestimmungen liege schon deshalb nicht vor, weil zum einen das österreichische Vergaberecht den öffentlichen Auftraggebern nicht verbiete, Waren im Ausland zu erwerben und ein derartiges Verbot gegen die Grundfreiheiten verstoßen würde und zum anderen die EU-Vergaberichtlinien auch in Deutschland umgesetzt wurden. Doch auch dann, wenn man der Auffassung folgen sollte, dass der gegenständliche Sachverhalt dem österreichischen BVergG unterliege, sei für die Antragstellerin nichts gewonnen, weil die EKK als zentrale Beschaffungsstelle im Sinne des Artikel eins, Absatz 10, Vergabe RL 2004/18/EG bzw. Paragraph 2, Ziffer 48, BVergG

2006 zu sehen sei. Die EKK sei als zentrale Beschaffungsstelle zu qualifizieren, zumal sie alle Bedingungen der Vergabe RL 2004/18 erfülle. Im weiteren führt die Antragsgegnerin aus, warum ihrer Ansicht nach die Bestimmungen des Paragraph 10, Ziffer 14 und Ziffer 15, BVergG 2006 richtlinienkonform dahingehend zu interpretieren sind, dass auch dann der Bezug von Leistungen von/durch eine im Ausland eingetragene zentrale Beschaffungsstelle vom Anwendungsbereich des BVergG ausgenommen ist, wenn die zentrale Beschaffungsstelle ihrerseits die Richtlinien 2004/18 EG (bzw. das Vergabegesetz eines anderen Mitgliedstaates, das diese Richtlinie umsetzt) eingehalten hat. Dies sei gegenständlich gegeben, weshalb die Antragsgegnerin von der Ausnahmeregelung des Paragraph 10, BVergG 2006 Gebrauch machen könne.

Die EKK und die Antragsgegnerin beabsichtigen, bei künftigen Beschaffungen zu kooperieren. Dabei werde (soweit das Vermittlermodell verfolgt werde) auch die Antragsgegnerin als Abrufberechtigte angeführt werden. Die Antragsgegnerin führt dann näher aus, dass auch dann, wenn sie in den bisherigen Ausschreibungen der EKK nicht angeführt worden sei, Beschaffungen über die EKK deshalb unbedenklich wäre, weil die Verträge der EKK ausdrücklich die Anwendung auf neue Mitglieder ab deren Beitritt erlauben würden. Derartiges würde auch die Satzung der EKK nicht verbieten. Darüber hinaus hält die Antragsgegnerin unter umfangreicher Argumentation auch die Anwendbarkeit der Ausnahme für interkommunale Zusammenarbeit bzw. Inhouse-Vergaben auf den gegenständlichen Sachverhalt für angezeigt. Dazu stützt sie sich vornehmlich auf die Entscheidung des EuGH vom 9.7.2009, Rs C-408/06, Stadtreinigung Hamburg.

Diesen Ausführungen ist die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 4.5.2011 entgegengetreten und hat ihren Standpunkt, der Beitritt der Antragsgegnerin zur EKK sei in Form einer unzulässigen Direktvergabe erfolgt, weiter ausgeführt. Durch diese Wahl der Direktvergabe liege eine gesondert anfechtbare Entscheidung vor. Soweit die Antragsgegnerin argumentiere, die EKK sei eine zentrale Beschaffungsstelle nach § 10 Z 14 oder Z 15 BVergG, sodass Beschaffungen von/durch die zentrale Beschaffungsstelle vom BVergG 2006 unter bestimmten Voraussetzungen ausgenommen seien, sei dieser Standpunkt verfehlt. Als zentrale Beschaffungsstelle dürfe nach § 2 Z 48 BVergG 2006 nur ein „öffentlicher Auftraggeber“ auftreten. Die EKK sei weder als Bund, Land oder Gemeindeverband zu qualifizieren, noch stehe sie in einem Naheverhältnis zu diesen ausschließlich österreichischen Gebietskörperschaften, sodass die Voraussetzungen des § 2 Z 48 BVergG 2006 nicht erfüllt wären. Sowohl beim Großhändlermodell als auch beim Vermittlermodell (Z 14 und Z 15 leg. cit.) habe eine zentrale Beschaffungsstelle Vergabeverfahren in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des zweiten Teils des BVergG 2006 durchzuführen. Im Übrigen folge aus den Satzungen der EKK klar, dass diese nur bereit ist, ein „Vermittlermodell“ nach § 10 Z 15 BVergG umzusetzen und die EKK die Waren nicht selbst im eigenen Namen und auf eigene Rechnung erwerbe. Die EKK sei zwar auch in der Lage, Ausschreibungen durchzuführen, es sei jedoch aufgrund der Erfahrungen in der Vergangenheit auszuschließen, dass sie dies auch tun werde. Es gehöre zur gängigen Praxis der EKK Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Teilnahmewettbewerbe durchzuführen, wobei die Ausschreibungsunterlagen nur ausgewählten, gesondert eingeladenen Unternehmen übermittelt werden. Jedenfalls enthielten die Ausschreibungsunterlagen der EKK keinen Bezug auf den zweiten Teil des BVergG, sondern nur auf die in der Bundesrepublik Deutschland anwendbaren vergaberechtlichen Bestimmungen. Soweit die Antragsgegnerin damit argumentiere, die Einhaltung europarechtlicher Bestimmungen sowie des deutschen Vergaberechtes durch die EKK sei ausreichend, sei dies unrichtig. Dazu zitiert sie zahlreiche Belegstellen aus Kommentaren und der Judikatur. Nach ihrem Rechtsstandpunkt sei die EKK keine zentrale Beschaffungsstelle im Sinne der Z 48 des § 2 BVergG 2006. Auch die Argumentation der Antragsgegnerin, wonach es sich um Beschaffungen im Wege einer Inhouse-Vergabe handle, sei nicht zielführend, weil dabei übersehen werde, dass auch private Unternehmen Mitglied der EKK seien. Es könnten daher die restriktiv auszulegenden Ausnahmebestimmungen für die interkommunale Zusammenarbeit bzw. die Inhouse-Vergabe nicht angewendet werden. Wollte man den Ausführungen der Antragsgegnerin folgen, würde dies bedeuten, dass die zentralen Beschaffungsstellen ohne Offenlegung der Auftraggeber und deren Beschaffungsvolumina Verträge mit potentiellen Lieferanten abschließen könnten und die Auftraggeberin diese Produkte über die EKK als zentrale Beschaffungsstelle beziehen könnte, ebenfalls ohne dies offen legen zu müssen. Damit wäre aber ein Rechtsschutz nach den Bestimmungen des österreichischen BVergG ausgeschlossen bzw. extrem erschwert und letztlich auch die Zuständigkeit der österreichischen Vergabekontrollbehörden auf die Überprüfung und Einhaltung des BVergG nicht gegeben. Diesen Ausführungen ist die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 4.5.2011 entgegengetreten und hat ihren Standpunkt, der Beitritt der Antragsgegnerin zur EKK sei in Form einer unzulässigen Direktvergabe erfolgt, weiter ausgeführt. Durch diese Wahl der Direktvergabe liege eine gesondert anfechtbare Entscheidung vor. Soweit die Antragsgegnerin

argumentiere, die EKK sei eine zentrale Beschaffungsstelle nach Paragraph 10, Ziffer 14, oder Ziffer 15, BVergG, sodass Beschaffungen von/durch die zentrale Beschaffungsstelle vom BVergG 2006 unter bestimmten Voraussetzungen ausgenommen seien, sei dieser Standpunkt verfehlt. Als zentrale Beschaffungsstelle dürfe nach Paragraph 2, Ziffer 48, BVergG 2006 nur ein „öffentlicher Auftraggeber“ auftreten. Die EKK sei weder als Bund, Land oder Gemeindeverband zu qualifizieren, noch stehe sie in einem Naheverhältnis zu diesen ausschließlich österreichischen Gebietskörperschaften, sodass die Voraussetzungen des Paragraph 2, Ziffer 48, BVergG 2006 nicht erfüllt wären. Sowohl beim Großhändlermodell als auch beim Vermittlermodell (Ziffer 14 und Ziffer 15, leg. cit.) habe eine zentrale Beschaffungsstelle Vergabeverfahren in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des zweiten Teils des BVergG 2006 durchzuführen. Im Übrigen folge aus den Satzungen der EKK klar, dass diese nur bereit ist, ein „Vermittlermodell“ nach Paragraph 10, Ziffer 15, BVergG umzusetzen und die EKK die Waren nicht selbst im eigenen Namen und auf eigene Rechnung erwerbe. Die EKK sei zwar auch in der Lage, Ausschreibungen durchzuführen, es sei jedoch aufgrund der Erfahrungen in der Vergangenheit auszuschließen, dass sie dies auch tun werde. Es gehöre zur gängigen Praxis der EKK Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Teilnahmewettbewerbe durchzuführen, wobei die Ausschreibungsunterlagen nur ausgewählten, gesondert eingeladenen Unternehmen übermittelt werden. Jedenfalls enthielten die Ausschreibungsunterlagen der EKK keinen Bezug auf den zweiten Teil des BVergG, sondern nur auf die in der Bundesrepublik Deutschland anwendbaren vergaberechtlichen Bestimmungen. Soweit die Antragsgegnerin damit argumentiere, die Einhaltung europarechtlicher Bestimmungen sowie des deutschen Vergaberechtes durch die EKK sei ausreichend, sei dies unrichtig. Dazu zitiert sie zahlreiche Belegstellen aus Kommentaren und der Judikatur. Nach ihrem Rechtsstandpunkt sei die EKK keine zentrale Beschaffungsstelle im Sinne der Ziffer 48, des Paragraph 2, BVergG 2006. Auch die Argumentation der Antragsgegnerin, wonach es sich um Beschaffungen im Wege einer Inhouse-Vergabe handle, sei nicht zielführend, weil dabei übersehen werde, dass auch private Unternehmen Mitglied der EKK seien. Es könnten daher die restriktiv auszulegenden Ausnahmebestimmungen für die interkommunale Zusammenarbeit bzw. die Inhouse-Vergabe nicht angewendet werden. Wollte man den Ausführungen der Antragsgegnerin folgen, würde dies bedeuten, dass die zentralen Beschaffungsstellen ohne Offenlegung der Auftraggeber und deren Beschaffungsvolumina Verträge mit potentiellen Lieferanten abschließen könnten und die Auftraggeberin diese Produkte über die EKK als zentrale Beschaffungsstelle beziehen könnte, ebenfalls ohne dies offen legen zu müssen. Damit wäre aber ein Rechtsschutz nach den Bestimmungen des österreichischen BVergG ausgeschlossen bzw. extrem erschwert und letztlich auch die Zuständigkeit der österreichischen Vergabekontrollbehörden auf die Überprüfung und Einhaltung des BVergG nicht gegeben.

In ihrem Schriftsatz vom 12.5.2011 hat die Teilnahmeberechtigte zunächst erklärt, es sei richtig, dass sie mit der deutschen Schwestergesellschaft der Antragstellerin einen Rahmenvertrag über Endoskopie-Produkte abgeschlossen habe. Richtig sei auch, dass Rahmenvereinbarungen mit zahlreichen anderen Herstellern von Medizinprodukten bestünden. Durch den gemeinsamen Einkauf von Medizin- und Pharmaprodukten könnten bessere Preise für die Mitgliedskrankenhäuser erzielt werden. Falsch sei jedoch die Annahme der Antragstellerin, dass die Mitgliedskrankenhäuser verpflichtet wären, die gelisteten Produkte bei Bedarf ausschließlich über die EKK oder über Rahmenvereinbarungspartner zu beziehen. Es bestünde keinerlei Bezugszwang der Mitglieder in irgendeiner Form. Zur Festlegung von Preiskonditionen führe die Teilnahmeberechtigte regelmäßige Ausschreibungsverfahren durch, an welchen teilweise alle Mitgliedskrankenhäuser, teilweise einzelne Mitgliedskrankenhäuser teilnehmen würden. Dann stellt die Teilnahmeberechtigte die Organisation der Genossenschaft dar und teilt mit, dass für die Antragsgegnerin eine konkrete Beschaffungsmaßnahme „nicht einmal ansatzweise im Raum steht“. Die Teilnahmeberechtigte hält den Beitritt der Antragsgegnerin nicht für einen vergaberechtlich relevanten Vorgang. Die Tatsache, dass ein Genossenschaftsanteil oder mehrere erworben werden, stelle keine entgeltlichen Leistungen der Antragsgegnerin an die EKK dar. Letztlich hält die Teilnahmeberechtigte einen Nachprüfungsantrag gegebenenfalls nur dann für zulässig, wenn ein Direktabruf getätigt wird, nicht jedoch im Vorfeld eines solchen. Ebenso wie die Antragsgegnerin regt die Teilnahmeberechtigte an, an den EuGH diesbezüglich mit Vorlagefragen heranzutreten.

In ihrem Schriftsatz vom 26.5.2011 repliziert die Antragstellerin auf das Vorbringen der Antragsgegnerin sowie der Teilnahmeberechtigten und erweitert ihren aus den vorangegangenen Schriftsätzen bereits bekannten Standpunkt.

In der darauf ergangenen Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 1.7.2011 führt sie abermals umfangreich aus, aus welchen Überlegungen sie die Anwendbarkeit der Ausnahme des § 10 Z 15 BVergG 2006 für gegeben erachtet. Sie vertritt weiterhin die Ansicht, dass die EKK öffentlicher Auftraggeber iSd § 10 Z 14 und Z 15 BVergG 2006 wäre, wozu

sie auf zahlreiche Belegstellen aus der europarechtlichen Literatur verweist. Sie erachtet die Einhaltung der Vergaberichtlinie 2004/18/EG durch jede zentrale Beschaffungsstelle für ausreichend, eine Bindung daran, dass eine zentrale Beschaffungsstelle für einen öffentlichen österreichischen Auftraggeber auch österreichisches Vergaberecht anzuwenden habe, wird von ihr abgelehnt. Weiterhin regt sie die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens deshalb an, weil nicht gänzlich zweifelsfrei aus der Vergabe RL 2004/18/EG interpretierbar sei, inwieweit zentrale Beschaffungsstellen vom sachlichen Geltungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen sind. Jedenfalls erachtet die Antragsgegnerin den Beitritt zur EKK nicht als ausschreibungspflichtig, weil der Gesellschaftsbeitritt per se kein vergaberechtlich relevanter Vorgang sei und die im Zusammenhang mit dem Beitritt zur Genossenschaft erfolgten Zahlungsverpflichtungen keine Gegenleistung eines für die Begründung eines Auftrages erforderlichen Entgeltes im Sinne des BVergG 2006 wären. Die laufenden Verwaltungskostenanteile, die die EKK aus den von den Lieferanten an die EKK-Mitglieder zu leistenden Rückvergütungen einbehalte, seien keine Entgelte iSd des BVergG 2006, da es sich ausschließlich nach den Umsätzen bemesse, die die Lieferanten mit den EKK-Mitgliedern tätigen. Sie wären völlig unabhängig davon, ob die EKK für das betreffende Mitglied eine Ausschreibung oder sonstige Beratung erbracht habe oder nicht. Selbst wenn jedoch die Gesamtverpflichtungen in Höhe von € 38.200,-- gegenüber der EKK und die laufenden Verwaltungskostenanteile als Auftragsentgelt angesehen werden sollten, wäre die Direktvergabegrenze i.H.v. € 100.000,-- nicht überschritten. In der darauf ergangenen Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 1.7.2011 führt sie abermals umfangreich aus, aus welchen Überlegungen sie die Anwendbarkeit der Ausnahme des Paragraph 10, Ziffer 15, BVergG 2006 für gegeben erachtet. Sie vertritt weiterhin die Ansicht, dass die EKK öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 10, Ziffer 14 und Ziffer 15, BVergG 2006 wäre, wozu sie auf zahlreiche Belegstellen aus der europarechtlichen Literatur verweist. Sie erachtet die Einhaltung der Vergaberichtlinie 2004/18/EG durch jede zentrale Beschaffungsstelle für ausreichend, eine Bindung daran, dass eine zentrale Beschaffungsstelle für einen öffentlichen österreichischen Auftraggeber auch österreichisches Vergaberecht anzuwenden habe, wird von ihr abgelehnt. Weiterhin regt sie die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens deshalb an, weil nicht gänzlich zweifelsfrei aus der Vergabe RL 2004/18/EG interpretierbar sei, inwieweit zentrale Beschaffungsstellen vom sachlichen Geltungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen sind. Jedenfalls erachtet die Antragsgegnerin den Beitritt zur EKK nicht als ausschreibungspflichtig, weil der Gesellschaftsbeitritt per se kein vergaberechtlich relevanter Vorgang sei und die im Zusammenhang mit dem Beitritt zur Genossenschaft erfolgten Zahlungsverpflichtungen keine Gegenleistung eines für die Begründung eines Auftrages erforderlichen Entgeltes im Sinne des BVergG 2006 wären. Die laufenden Verwaltungskostenanteile, die die EKK aus den von den Lieferanten an die EKK-Mitglieder zu leistenden Rückvergütungen einbehalte, seien keine Entgelte iSd des BVergG 2006, da es sich ausschließlich nach den Umsätzen bemesse, die die Lieferanten mit den EKK-Mitgliedern tätigen. Sie wären völlig unabhängig davon, ob die EKK für das betreffende Mitglied eine Ausschreibung oder sonstige Beratung erbracht habe oder nicht. Selbst wenn jedoch die Gesamtverpflichtungen in Höhe von € 38.200,-- gegenüber der EKK und die laufenden Verwaltungskostenanteile als Auftragsentgelt angesehen werden sollten, wäre die Direktvergabegrenze i.H.v. € 100.000,-- nicht überschritten.

Auf dieses Vorbringen hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 4.7.2011 repliziert und dargestellt, warum ihrer Ansicht nach die EKK nicht als zentrale Beschaffungsstelle im Sinne des BVergG gesehen werden könne. Im Sinne einer richtlinienkonformen Interpretation sei die Begriffsdefinition des § 2 Z 48 BVergG dahingehend auszulegen, dass zentrale Beschaffungsstellen nur für öffentliche Auftraggeber tätig werden dürfen. Eine Beschaffungstätigkeit einer zentralen Beschaffungsstelle für private Unternehmen sei daher unzulässig. Auf dieses Vorbringen hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 4.7.2011 repliziert und dargestellt, warum ihrer Ansicht nach die EKK nicht als zentrale Beschaffungsstelle im Sinne des BVergG gesehen werden könne. Im Sinne einer richtlinienkonformen Interpretation sei die Begriffsdefinition des Paragraph 2, Ziffer 48, BVergG dahingehend auszulegen, dass zentrale Beschaffungsstellen nur für öffentliche Auftraggeber tätig werden dürfen. Eine Beschaffungstätigkeit einer zentralen Beschaffungsstelle für private Unternehmen sei daher unzulässig.

Die Unzulässigkeit der Direktvergabe an die EKK ergibt sich für die Antragstellerin auch daraus, dass die Antragsgegnerin neben ihren, mit dem Beitritt verbundenen Zahlungsverpflichtungen der EKK, in Zukunft auch von deren Vorstand festgesetzte Entgelte für die Inanspruchnahme von Leistungen zur EKK zu zahlen hätte. Die konkrete Berechnung dieser Entgelte erfolge auf Grundlage der erzielten Umsätze der Mitglieder und der damit verbundenen gestaffelten Mengenrabatte der Lieferanten, die von der EKK ausverhandelt worden seien. Die Antragstellerin stellt dann anhand der von der EKK 2009 veröffentlichten Bilanz nicht nur den Umsatz dieser Genossenschaft dar, sondern auch einige Ausgabenpositionen. Schon aus dem Umsatz sei für die Antragstellerin eine Entgelthöhe abzuleiten, die

eine Zulässigkeit der Direktvergabe ausschließe. Die von den jeweiligen Mitgliedern an die EKK zu bezahlenden Ersätze würden deutlich über dem Schwellenwert von Euro 100.000,-- liegen. Es sei unrichtig, dass diese als Verwaltungskosten bezeichneten Beträge kein Entgelt darstellen würden.

Der Beitritt der Antragsgegnerin wurde auch von zwei weiteren Unternehmen mit Nachprüfungsanträgen, die zu VKS – 4051/11 und VKS – 4176/11 protokolliert wurden, angefochten. Über diese Feststellungsanträge wurde gemäß § 33 Abs. 2 WVRG 2007 gemeinsam verhandelt und entschieden; die Bescheide werden jedoch getrennt ausgefertigt. Der Beitritt der Antragsgegnerin wurde auch von zwei weiteren Unternehmen mit Nachprüfungsanträgen, die zu VKS – 4051/11 und VKS – 4176/11 protokolliert wurden, angefochten. Über diese Feststellungsanträge wurde gemäß Paragraph 33, Absatz 2, WVRG 2007 gemeinsam verhandelt und entschieden; die Bescheide werden jedoch getrennt ausgefertigt.

Ergänzend zu dem eingangs widergegebenen Sachverhalt, der als unstrittig angesehen werden kann, trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten als auch der von den Parteien zu ihren Eingaben angeschlossenen Urkunden, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 5.7.2011 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin ist eine Unternehmung nach § 71 WStV. Eigene Rechtspersönlichkeit kommt ihr nicht zu. Es handelt sich bei ihren Aufträgen unstrittig um Beschaffungen eines öffentlichen Auftraggebers im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Damit unterliegt die Antragsgegnerin bei ihren Beschaffungsvorgängen den Bestimmungen des BVergG 2006. Die Antragsgegnerin ist eine Unternehmung nach Paragraph 71, WStV. Eigene Rechtspersönlichkeit kommt ihr nicht zu. Es handelt sich bei ihren Aufträgen unstrittig um Beschaffungen eines öffentlichen Auftraggebers im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Damit unterliegt die Antragsgegnerin bei ihren Beschaffungsvorgängen den Bestimmungen des BVergG 2006.

Mit Beitrittserklärung/Beteiligungserklärung vom 4.2.2011 hat die Antragsgegnerin, Stadt Wien – Wiener Krankenanstaltenverbund, ihren Beitritt zur Einkaufsgenossenschaft Kommunalen Krankenhäuser eG im deutschen Städtetag, EKK eG (im folgenden kurz EKK genannt) erklärt (Beilage 2 zum Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 12.4.2011). Sie hat sich darin mit zehn Geschäftsanteilen à €

3.000,-- an der Genossenschaft beteiligt und sich zur Entrichtung einer Eintrittsgebühr von € 5.200,-- verpflichtet.

Die EKK hat diese Beitrittserklärung mit Schreiben vom 2.3.2011 angenommen und der Antragsgegnerin in der Mitgliederliste die Nummer 101 zugewiesen.

In der Folge hat die EKK mit Informationsrundschriften vom 29.3.2011 ihre Vertragspartner vom Beitritt der Antragsgegnerin wie folgt unterrichtet:

„Sehr geehrte Damen und Herren,

mit Wirkung vom 1.4.2011 werden wir nachfolgend genanntes Krankenhaus als neues Mitglied aufnehmen.

Wiener Krankenanstaltenverbund

Thomas-Klestil-Platz 7/1

1030 Wien

Die entsprechend des mit Ihrem Hause abgeschlossenen Rahmenvertrages der EKK eG eingeräumten Konditionen, welche von Grundsatz her mit Beginn der Mitgliedschaft Gültigkeit erlangen, sollen allerdings für den Bereich des KAV erst dann Gültigkeit erlangen, wenn eine Abstimmung hierüber mit dem KAV abgeschlossen ist und wir Ihnen dieses mit gesonderten Schreiben mitgeteilt haben.

Im Übrigen sind sämtliche Umsätze gem. § 6 Abs. 1 des bestehenden Rahmenvertrages zu bonifizieren. Im Übrigen sind sämtliche Umsätze gem. Paragraph 6, Absatz eins, des bestehenden Rahmenvertrages zu bonifizieren.

Wir bitten Sie, diese Information an die Abteilung Bonusabrechnung / Finanzabteilung weiterzuleiten.

Zur Mitgliedschaft des KAV in der EKK eG darf ich noch auf folgendes hinweisen:

Aufgrund der seit fast 40 Jahren bestehenden Mitgliedschaft des Österreichischen Städte- und Gemeindebundes im Deutschen Städtetag haben sich die Vorstände des Wiener Krankenanstaltenverbundes KAV sowie der EKK eG darauf verständigt, eine grenzüberschreitende Kooperation durch diese Mitgliedschaft zu begründen. Europa fördert die

wirtschaftliche Integration aller Beteiligten über die Schaffung des Binnenmarktes und ermöglicht somit auch den staatlichen (!) Einrichtungen – wie exemplarisch den Kommunen – die Vorteile der Öffnung der Märkte für die Allgemeinheit zu nutzen.

Ein Umdenken auf diese gesamte europäische Sicht ist hierbei nicht nur auf Seiten der Industrie erfolgt, sondern auch bei den öffentlich rechtlichen Beschaffungsträgern. Nicht nur der immer größer werdende Druck knapper finanzieller Ressourcen der öffentlichen Haushalte, sondern auch das Bewusstsein der europäischen Idee, führen zu dieser grenzüberschreitenden Kooperation, um gemeinsame Lösungsansätze zu entwickeln.

Diese nunmehr begründete Kooperation der EKK eG mit dem Wiener Krankenanstaltenverbund bietet auch dem gesamteuropäischen Markt erweiterte Absatzfelder und fördert somit einen gesunden Wettbewerb. Selbstverständlich werden alle Aktivitäten im Rahmen des Europarechts, welches im Vergaberecht auf den beiden Säulen Wettbewerb und Transparenz ruht, erfolgen. Insofern steht die diese Kooperation auf dem festen Boden der gesamteuropäischen Rechtsordnung, insbesondere der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union zum Wettbewerbsrecht.“

Im Verständigungsschreiben vom 2.3.2011, in dem die Antragsgegnerin die Aufnahme als Mitglied der EKK mitgeteilt wurde, wird darauf hingewiesen, dass „gegenüber der Industrie...wir ihren Beitritt und dem zu Folge die Übernahme der aktuellen Einkaufskonditionen der EKK eG ab dem 1.4.2011 erklären (werden). Den Text des Informationsrundschreibens werden wir absprachegemäß mit ihnen abstimmen“.

Der Beitritt zur EKK ist zwischenzeitig vollzogen, der Betrag von € 8.200,-- (€ 3.000,-- 10% der zu zahlenden Kapitaleinlage, € 5.200 Eintrittsgeld) wurde von der Antragsgegnerin entrichtet. Das im Schreiben vom 2.3.2011 erwähnte Informationsrundschreiben an die Vertragspartner der EKK ist bisher noch nicht ergangen, sodass die zwischen der EKK und ihren Partnern abgeschlossenen Rahmenverträge für die Antragsgegnerin bisher keine Gültigkeit erlangt haben.

Wie sich aus der Beilage 3 zum Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 12.4.2011 ergibt, hat diese im Oktober 2010 die Möglichkeit des Beitritts zu Kooperationspartnern für Beschaffungszwecke eingehend geprüft. Sie hat dabei drei mögliche Kooperationspartner, nämlich die Teilnahmeberechtigte EKK, sowie die *** GmbH und die *** e. Gen. als mögliche Kooperationspartner geprüft. Letztlich hat sie sich für ein Beitrittsansuchen an die EKK entschieden.

Nach § 1 des zwischen der EKK und der Boston Scientific GmbH, Rating (Deutschland) abgeschlossenen Rahmenvertrages (erliegend im Akt VKS – 4051/11) wurde die Einkaufsgemeinschaft gegründet, um durch eine Bündelung der Einkäufe ihrer Mitgliedshäuser die Kostenstruktur der Mitgliedshäuser nachhaltig zu verbessern. Sie handelt insoweit im Interesse der Häuser, wobei die Tätigkeit selbst beratender Struktur ist und ein Abschlusszwang nicht besteht. Die EKK eG übernimmt für die Mitgliedshäuser partiell den Bereich von Ausschreibungsverfahren, wobei auch hier die Teilnahme der Mitgliedshäuser freiwillig ist. In diesem von der Antragstellerin als Beilage 3 zu ihrem einleitenden Schriftsatz vorgelegten Rahmenvertrag wird unter anderem der Vertragsgegenstand, der Geltungsbereich des Vertrages und die Frage der Rückvergütung wie folgt geregelt. Nach Paragraph eins, des zwischen der EKK und der Boston Scientific GmbH, Rating (Deutschland) abgeschlossenen Rahmenvertrages (erliegend im Akt VKS – 4051/11) wurde die Einkaufsgemeinschaft gegründet, um durch eine Bündelung der Einkäufe ihrer Mitgliedshäuser die Kostenstruktur der Mitgliedshäuser nachhaltig zu verbessern. Sie handelt insoweit im Interesse der Häuser, wobei die Tätigkeit selbst beratender Struktur ist und ein Abschlusszwang nicht besteht. Die EKK eG übernimmt für die Mitgliedshäuser partiell den Bereich von Ausschreibungsverfahren, wobei auch hier die Teilnahme der Mitgliedshäuser freiwillig ist. In diesem von der Antragstellerin als Beilage 3 zu ihrem einleitenden Schriftsatz vorgelegten Rahmenvertrag wird unter anderem der Vertragsgegenstand, der Geltungsbereich des Vertrages und die Frage der Rückvergütung wie folgt geregelt.

„§ 2 Vertragsgegenstand

Die EKK eG verpflichtet sich, den Vertragspartner in die Liste der Lieferfirmen aufzunehmen und allen angeschlossenen Krankenhäusern innerhalb des Geltungsbereiches gemäß § 3 dieses Vertrages die Zusammenarbeit mit dem Vertragspartner anzuzeigen sowie dafür Sorge zu tragen, dass die angeschlossenen Krankenhäuser über die Produkte des Vertragspartners und dessen Preisgestaltung informiert sind. Die EKK eG verpflichtet sich, den Vertragspartner in die Liste der Lieferfirmen aufzunehmen und allen angeschlossenen Krankenhäusern innerhalb des Geltungsbereiches

gemäß Paragraph 3, dieses Vertrages die Zusammenarbeit mit dem Vertragspartner anzuzeigen sowie dafür Sorge zu tragen, dass die angeschlossenen Krankenhäuser über die Produkte des Vertragspartners und dessen Preisgestaltung informiert sind.

§ 3 Geltungsbereich des Vertrages Paragraph 3, Geltungsbereich des Vertrages

1. 1.Ziffer eins

Dieser Vertrag gilt für die der EKK eG zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Vertrages gemäß § 5 angeschlossenen Krankenhäuser gemäß Anlage 1 sowie für alle Krankenhäuser, welche der EKK eG während der Vertragslaufzeit dieses Vertrages beitreten. Dieser Vertrag gilt für die der EKK eG zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Vertrages gemäß Paragraph 5, angeschlossenen Krankenhäuser gemäß Anlage 1 sowie für alle Krankenhäuser, welche der EKK eG während der Vertragslaufzeit dieses Vertrages beitreten.

1. 2.Ziffer 2

Treten der EKK eG neue Krankenhäuser bei, verpflichtet sich die EKK eG, den Vertragspartner hiervon schriftlich in Kenntnis zu setzen und die Modalitäten der Weiterleitung dieses Vertrages vorher abzustimmen.

1. 3.Ziffer 3

Dieser Vertrag findet auch auf die neu hinzutretenden Krankenhäuser ab dem Tag Anwendung, an dem die EKK eG dies dem Vertragspartner mitteilt. Die Mitteilung erfolgt durch einfachen Brief oder per Telefax. Der Zugang der Mitteilung wird entsprechend dem Verwaltungszustellungsgesetz mit einer Frist von drei Tagen vermutet.

§ 6 Rückvergütung Paragraph 6, Rückvergütung

1. 1.Ziffer eins

Die Mitgliedshäuser der EKK eG – entsprechend der Regelung unter § 3 dieses Vertrages – erhalten für die Laufzeit dieses Vertrages eine Rückvergütung in Höhe von 1 % auf alle getätigten Netto – Umsätze innerhalb der Laufzeit dieses Vertrages bei dem Vertragspartner unabhängig davon, ob die Abnahme aufgrund von Ausschreibungen oder in anderer Weise zustande gekommen ist. Die Mitgliedshäuser der EKK eG – entsprechend der Regelung unter Paragraph 3, dieses Vertrages – erhalten für die Laufzeit dieses Vertrages eine Rückvergütung in Höhe von 1 % auf alle getätigten Netto – Umsätze innerhalb der Laufzeit dieses Vertrages bei dem Vertragspartner unabhängig davon, ob die Abnahme aufgrund von Ausschreibungen oder in anderer Weise zustande gekommen ist.

1. 2.Ziffer 2

Die Rückvergütung erfolgt einmal jährlich nach Abschluss des Geschäftsjahres, welches in Bezug auf die Rückvergütung gleich dem Kalenderjahr ist.

1. 3.Ziffer 3

Die Rückvergütung wird grundsätzlich an die der EKK eG angeschlossenen Krankenhäuser unmittelbar ausgeschüttet. Zwischen den Vertragsparteien herrscht jedoch Einigkeit darüber, dass die EKK eG im Rahmen des treuhänderischen Inkasso berechtigt ist, die Rückvergütung zunächst vom Vertragspartner einzufordern, um diese dann an die Mitgliedskrankenhäuser weiterzuleiten. Dem Vertragspartner werden insoweit treuhänderische Inkassoüberträge der Mitgliedskrankenhäuser mit der EKK eG vorgelegt.

1. 4.Ziffer 4

Der Vertragspartner verpflichtet sich gegenüber der EKK eG, dieser quartalsmäßig eine nach Mitgliedskrankenhäusern gegliederte Umsatzübersicht der Gesamtumsätze aller der EKK eG angeschlossenen Krankenhäuser schriftlich in Papierform und auf Datenträger zur Verfügung zu stellen.

1. 5.Ziffer 5

Die EKK eG wird anhand dieser Unterlagen die Rückvergütungsabrechnungen der Mitgliedshäuser mit denen des Vertragspartners abstimmen und mögliche Unstimmigkeiten unmittelbar mit dem Vertragspartner abgleichen. Einwendungen gegen Rückvergütungsabrechnungen müssen innerhalb einer Frist von 3 Monaten ab Zustellung der Abrechnung erfolgen, ansonsten gilt die Abrechnung als akzeptiert.

1. 6.Ziffer 6

Weiterhin verpflichtet sich die EKK eG die Umsatzentwicklung des Vertragspartners mit einzelnen Mitgliedshäusern mit dem Vertragspartner zu besprechen.

1. 7.Ziffer 7

Die Weiterleitung der Rückvergütungsabrechnung an die einzelnen Mitgliedshäuser obliegt der EKK eG.“

Bei dem wiedergegebenen Rahmenvertrag dürfte es sich um Standardrahmenverträge, die auch mit anderen Vertragspartnern der EKK geschlossen wurden, handeln, wie sich aus einem Vergleich mit dem im Verfahren VKS - 4176/11 vorgelegten Vertrag ergibt (dortiger Vertragspartner Rüschi GmbH – Kernen).

Durch den Beitritt zur EKK erlangt jedes Mitglied das Recht, die Einrichtungen der Genossenschaft nach Maßgabe der dafür getroffenen Bestimmungen zu benutzen. Die Mitglieder sind jedoch nicht verpflichtet, die gelisteten Produkte bei Bedarf ausschließlich über die EKK bzw. von den Rahmenvereinbarungspartnern der EKK abzurufen. Eine entsprechende Regelung ist in der Satzung nicht vorgesehen. Ziel der EKK ist es, über den gemeinsamen Einkauf von Medizin- und Pharmaprodukten bessere Preise für die Mitgliedskrankenhäuser zu erzielen. Über die Festlegung von Preiskonditionen hinaus führt die EKK regelmäßig Ausschreibungsverfahren durch, an welchen teilweise alle Mitgliedshäuser und teilweise einzelne Mitgliedshäuser teilnehmen. Dabei geht die EKK derart vor, dass sie zunächst den Bedarf ihrer Mitglieder abfragt und dann mit Vertretern dieser Mitglieder (Ärzte der Krankenanstalten) versucht, die Leistungen die ausgeschrieben werden sollen, zu spezifizieren. Auf Basis dieser Beratungen werden von der EKK die Leistungsverzeichnisse erstellt. Nach Vorliegen der Leistungsverzeichnisse werden die an der Beschaffung bestimmter Medizinprodukte interessierten Mitglieder nochmal befragt, ob sie an diesem Beschaffungsvorgang teilhaben wollen. Nach Vorliegen der Zustimmung führt die EKK sodann eine Ausschreibung, in der Regel ein EU-weites offenes Verfahren, durch. Bei bestimmten Produktparten kann auch ein nicht offenes Verfahren durchgeführt werden, wenn der Aufwand mit einer Ausschreibung zu hoch wäre. Die Ausschreibungen und Vergabeverfahren, die von der EKK durchgeführt werden, werden nach deutschem Vergaberecht und den deutschen Rechtsvorschriften abgewickelt. Anfechtungen von Festlegungen, etwa in der Ausschreibung, sind nach deutschen verfahrensrechtlichen Bestimmungen vorzunehmen, das Nachprüfungsverfahren richtet sich nach den deutschen Bestimmungen. Aufgrund der Ergebnisse der Ausschreibung ermittelt die EKK den Best-/Billigstbieter und erteilt ihm dann den Zuschlag. Der Zuschlag wird jeweils in Abstimmung und nach Zustimmung der Mitglieder der EKK erteilt, insbesondere jener Mitglieder, die sich an einem konkreten Vergabeverfahren beteiligt haben. Alle Mitglieder erfahren sodann nicht nur, wem der Zuschlag erteilt wurde, sondern auch zu welchen Bedingungen dies erfolgt ist, etwa ob es sich um einen Rahmenvertrag handelt oder um einen Vertrag zu festen Mengen. Bei einem Zuschlag zu festen Mengen ist das jeweilige Mitglied der EKK, das sich an der Ausschreibung beteiligt hat, zur Abnahme verpflichtet. Wenn in der Folge das einzelne Mitglied einen Abruf tätigt, ist es dabei an jene Bedingungen gebunden, die die EKK mit dem einzelnen Lieferanten auf Grund des Zuschlages vereinbart hat. Diese Vorgangsweise bezieht sich auf jene Vergabeverfahren, die europaweit durchgeführt worden sind. Wenn eine Ausschreibung durchgeführt wurde, besteht für die Mitglieder das Verbot von Nachverhandlungen. Es soll damit verhindert werden, dass auf Grund eines von der EKK geführten Vergabeverfahrens und eines von ihr erteilten Zuschlages von einzelnen Mitgliedern nachträglich eigene Vergabeverfahren über denselben Gegenstand geführt werden. Wenn von der EKK kein Vergabeverfahren durchgeführt worden ist, sondern nur Konditionen verhandelt wurden, dann handelt es sich bei dem Ergebnis um eine unverbindliche Preisempfehlung, sodass die Mitglieder der EKK selbst unmittelbar mit den Lieferanten auf Basis dieser ermittelten Preise verhandeln können.

Die EKK finanziert sich aus einem Teil der Rückvergütungen der Industrie, die diese nach § 6 der Standardrahmenverträge zu leisten hat. Vertragspartner der Industrie ist die EKK. Außer dem Erwerb der Genossenschaftsanteile und dem Eintrittsgeld haben die Mitglieder EKK keine Leistungen an diese zu erbringen. Von der Rückvergütung von 1 % der Auftragssumme im Berechnungszeitraum behält die EKK einen Abzug in Höhe ihrer Unkosten ein, der etwa ein Fünftel von einem Prozent beträgt. Die restlichen vier Fünftel der Rückvergütung gehen an die Mitglieder je nach Höhe ihrer Bestellungen, die sie im Verrechnungszeitraum getätigt haben (Vorbringen der Teilnahmeberechtigten in der mündlichen Verhandlung vom 5.7.2011, Protokoll Seite 4 ff). Die Mitglieder der EKK können die Leistungen der Gemeinschaft in Anspruch nehmen, etwa zur Durchführung von Ausschreibungen, sie sind dazu jedoch nicht verpflichtet und können ihrerseits selbständige Ausschreibungen abwickeln. Die EKK erwirbt an keiner Stelle Medizin- und Pharmaprodukte selbst und veräußert diese an Mitgliedshäuser weiter. Schreibt die EKK konkrete Projekte in Zusammenarbeit mit ihren Mitgliedshäusern aus, hält sie hierbei die europäischen Richtlinien im Sinne ihrer Umsetzung im deutschen Vergaberecht ein (Schriftsatz der Teilnahmeberechtigten vom 12.5.2011). Die EKK erachtet sich durchaus in der Lage, Vergabeverfahren nach österreichischem Recht durchzuführen, ein derartiges

Verfahren hat sie jedoch bisher nicht durchgeführt (Protokoll Seite 15). Die EKK finanziert sich aus einem Teil der Rückvergütungen der Industrie, die diese nach Paragraph 6, der Standardrahmenverträge zu leisten hat. Vertragspartner der Industrie ist die EKK. Außer dem Erwerb der Genossenschaftsanteile und dem Eintrittsgeld haben die Mitglieder EKK keine Leistungen an diese zu erbringen. Von der Rückvergütung von 1 % der Auftragssumme im Berechnungszeitraum behält die EKK einen Abzug in Höhe ihrer Unkosten ein, der etwa ein Fünftel von einem Prozent beträgt. Die restlichen vier Fünftel der Rückvergütung gehen an die Mitglieder je nach Höhe ihrer Bestellungen, die sie im Verrechnungszeitraum getätigt haben (Vorbringen der Teilnahmeberechtigten in der mündlichen Verhandlung vom 5.7.2011, Protokoll Seite 4 ff). Die Mitglieder der EKK können die Leistungen der Gemeinschaft in Anspruch nehmen, etwa zur Durchführung von Ausschreibungen, sie sind dazu jedoch nicht verpflichtet und können ihrerseits selbständige Ausschreibungen abwickeln. Die EKK erwirbt an keiner Stelle Medizin- und Pharmaprodukte selbst und veräußert diese an Mitgliedshäuser weiter. Schreibt die EKK konkrete Projekte in Zusammenarbeit mit ihren Mitgliedshäusern aus, hält sie hierbei die europäischen Richtlinien im Sinne ihrer Umsetzung im deutschen Vergaberecht ein (Schriftsatz der Teilnahmeberechtigten vom 12.5.2011). Die EKK erachtet sich durchaus in der Lage, Vergabeverfahren nach österreichischem Recht durchzuführen, ein derartiges Verfahren hat sie jedoch bisher nicht durchgeführt (Protokoll Seite 15).

Nach dem mit 1.4.2011 erfolgten Beitritt der Antragsgegnerin zur EKK werden zwischen ihr und der Teilnahmeberechtigten über Art und Weise der Abrufe noch Abstimmungen geführt. Eine konkrete Beschaffung der Antragsgegnerin steht „noch nicht einmal ansatzweise im Raum“. Abrufe der Antragsgegnerin über die EKK sind jedenfalls bisher nicht erfolgt.

Die Antragstellerin ist ein in Österreich ansässiges Unternehmen das Medizinprodukte, vornehmlich auf kardiologischem Gebiet, vertreibt. Als solche hat sie großes Interesse weiterhin an der Belieferung der Antragsgegnerin mit Medizin- und Pharmaprodukten. Die Antragstellerin, ebenso wie das in Deutschland ansässige Schwesterunternehmen, produzieren die von ihnen vertriebenen Produkte nicht, diese werden von der internationalen Muttergesellschaft hergestellt und lediglich in den einzelnen Ländern zum Vertrieb gebracht. Im vorliegenden Bereich der Medizinprodukte besteht in Österreich ein deutlich höheres Preisniveau als in Deutschland. Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund ist die Zusammenarbeit zwischen der Antragsgegnerin und der EKK begründet worden. Bei Durchführung von EU-weiten Ausschreibungsverfahren betreffend die von der Antragstellerin vertriebenen Produkte zeigt sich immer wieder deutlich, dass die Grundlage der Vergaberichtlinien jedenfalls auf Bieterseite dadurch konterkariert und der europäische Wettbewerb verhindert wird, als durch konzerninterne Regelungen Angebote eben immer nur national abgegeben werden. Es gibt keine Ausschreibungen in Deutschland etwa über Endoskopie-Produkte, die auch von der Antragstellerin vertrieben werden, an welcher sich in Deutschland die Antragstellerin beteiligt hätte und umgekehrt. Da dies auch für alle Wettbewerber im Produktsegment gilt, bedeutet dies, dass in einigen europäischen Ländern die Preisniveaus durch die Konzernregelungen künstlich hoch gehalten werden (Teilnahmeberechtigte, Schriftsatz vom 12.5.2011, Seite 4 und Protokoll Seite 8).

Die Antragstellerin hat über ihr deutsches Schwesterunternehmen davon erfahren, dass die Antragsgegnerin mit Wirkung vom 1.4.2011 als Mitglied der EKK aufgenommen worden ist. Wie sich aus dem von der Antragstellerin vorgelegten E-Mailverkehr ergibt, ist ihr das Verständigungsschreiben der EKK vom 30.3.2011 am 31.3.2011 zugekommen. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist am 7.4.2011 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Antragstellerin hat die von ihr bisher an die Antragsgegnerin gelieferten Medizinprodukte näher bezeichnet und dazu ausgeführt, dass es sich dabei um Lieferungen in Millionenhöhe gehandelt habe. Sie befürchte den Verlust dieser Aufträge sowie damit verbunden den Verlust wesentlicher Referenzprojekte. Der ihr drohende Schaden wird im einleitenden Schriftsatz näher dargestellt und plausibel dargelegt (vgl. VwGH 22.5.2007, 2007/04/0010). Die Antragstellerin hat über ihr deutsches Schwesterunternehmen davon erfahren, dass die Antragsgegnerin mit Wirkung vom 1.4.2011 als Mitglied der EKK aufgenommen worden ist. Wie sich aus dem von der Antragstellerin vorgelegten E-Mailverkehr ergibt, ist ihr das Verständigungsschreiben der EKK vom 30.3.2011 am 31.3.2011 zugekommen. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist am 7.4.2011 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Antragstellerin hat die von ihr bisher an die Antragsgegnerin gelieferten Medizinprodukte näher bezeichnet und dazu ausgeführt, dass es sich dabei um

Lieferungen in Millionenhöhe gehandelt habe. Sie befürchte den Verlust dieser Aufträge sowie damit verbunden den Verlust wesentlicher Referenzprojekte. Der ihr drohende Schaden wird im einleitenden Schriftsatz näher dargestellt und plausibel dargelegt (vergleiche VwGH 22.5.2007, 2007/04/0010).

Nicht festgestellt werden konnte, dass die Antragsgegnerin nach ihrem Beitritt in die EKK bisher von ihr damit eingeräumten Möglichkeiten zur Beschaffung von Medizinprodukten Gebrauch gemacht hat bzw. konkrete Abrufe oder Direktvergaben vorbereitet oder in unmittelbarer Zukunft beabsichtigt.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat vor allem auf Grund der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung, wobei bei den Feststellungen zur Tätigkeit, den Aufgaben und der Art der Vergütung der EKK vornehmlich dem Vorbringen der Teilnahmeberechtigten, dem von den Parteien nicht widersprochen wurde, gefolgt ist. Die Darstellung ist nicht nur durch den Inhalt der im Rahmen der Feststellungen zitierten Urkunden gedeckt, sie ist auch inhaltlich nachvollziehbar und glaubwürdig. So ist insbesondere die Feststellung, dass für die Mitglieder der EKK keine Bezugs- oder Abnahmeverpflichtung bei den Rahmenvertragspartnern der EKK besteht, nicht nur durch die Satzung sondern auch durch das glaubwürdige Vorbringen sowohl der Antragsgegnerin als auch der Teilnahmeberechtigten als erwiesen anzusehen. Dass der Beitritt der Antragsgegnerin zur EKK vollzogen ist, wenn auch diese mangels abschließender Verhandlungen noch nicht zum Abruf von Leistungen über die EKK befugt ist, ergibt sich vor allen aus dem Vorbringen der Antragsgegnerin und dem Verständigungsschreiben der EKK vom 29.3.2011. Die Antragsgegnerin hat dazu vorgebracht, dass sie mit dem Beitritt zur EKK von einem Ausnahmetatbestand nach § 10 Z 14 BVergG 2006 Gebrauch machen möchte. In diesem Sinne sieht sie den Beitritt als Vorbereitungshandlung an. Sie hat im Zuge des Nachprüfungsverfahrens mehrfach betont, dass ihrer Ansicht nach die EKK als eine zentrale Beschaffungsstelle im Sinne der Vergaberichtlinie bzw. des § 2 Z 48 BVergG 2006 anzusehen sei. Wie im Rahmen der rechtlichen Beurteilung auszuführen sein wird, teilt der Senat diese Ansicht nicht, weshalb entsprechende Feststellungen, etwa ob auch andere Anstalten als öffentliche Auftraggeber Mitglieder der EKK sind, entfallen konnten. Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat vor allem auf Grund der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung, wobei bei den Feststellungen zur Tätigkeit, den Aufgaben und der Art der Vergütung der EKK vornehmlich dem Vorbringen der Teilnahmeberechtigten, dem von den Parteien nicht widersprochen wurde, gefolgt ist. Die Darstellung ist nicht nur durch den Inhalt der im Rahmen der Feststellungen zitierten Urkunden gedeckt, sie ist auch inhaltlich nachvollziehbar und glaubwürdig. So ist insbesondere die Feststellung, dass für die Mitglieder der EKK keine Bezugs- oder Abnahmeverpflichtung bei den Rahmenvertragspartnern der EKK besteht, nicht nur durch die Satzung sondern auch durch das glaubwürdige Vorbringen sowohl der Antragsgegnerin als auch der Teilnahmeberechtigten als erwiesen anzusehen. Dass der Beitritt der Antragsgegnerin zur EKK vollzogen ist, wenn auch diese mangels abschließender Verhandlungen noch nicht zum Abruf von Leistungen über die EKK befugt ist, ergibt sich vor allen aus dem Vorbringen der Antragsgegnerin und dem Verständigungsschreiben der EKK vom 29.3.2011. Die Antragsgegnerin hat dazu vorgebracht, dass sie mit dem Beitritt zur EKK von einem Ausnahmetatbestand nach Paragraph 10, Ziffer 14, BVergG 2006 Gebrauch machen möchte. In diesem Sinne sieht sie den Beitritt als Vorbereitungshandlung an. Sie hat im Zuge des Nachprüfungsverfahrens mehrfach betont, dass ihrer Ansicht nach die EKK als eine zentrale Beschaffungsstelle im Sinne der Vergaberichtlinie bzw. des Paragraph 2, Ziffer 48, BVergG 2006 anzusehen sei. Wie im Rahmen der rechtlichen Beurteilung auszuführen sein wird, teilt der Senat diese Ansicht nicht, weshalb entsprechende Feststellungen, etwa ob auch andere Anstalten als öffentliche Auftraggeber Mitglieder der EKK sind, entfallen konnten.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Die von ihr geführten Beschaffungsvorgänge unterliegen damit der Nachprüfung durch den angerufenen Senat im Sinne der §§ 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 WVRG 2007. Die Antragsgegnerin ist mit Wirkung vom 1.4.2011 der Einkaufsgemeinschaft kommunaler Krankenhäuser eG im deutschen Städtetag (= EKK) mit der Absicht beigetreten, Leistungen im Bereich der Beschaffung von Medizin- und Pharmaprodukten direkt von den Vertragslieferanten der EKK abzurufen, um damit Kosten zu sparen. Da – wie festgestellt – der Beitritt zur EKK noch vor dem Einlangen des Nachprüfungsantrages (7.4.2011) erfolgte, ist die Zuständigkeit des Senates zur Nichtigerklärung dieses Vorganges im Sinne des § 11 Abs. 2 WVRG 2007 weggefallen. Der angerufene Senat ist nur mehr nach § 11 Abs. 3 WVRG 2007 zur Entscheidung über die hilfsweise gestellten Feststellungsanträge der Antragstellerin berufen. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Die von ihr geführten Beschaffungsvorgänge unterliegen damit der Nachprüfung durch den

angerufenen Senat im Sinne der Paragraphen eins, Absatz eins und 2 Absatz eins, WVRG 2007. Die Antragsgegnerin ist mit Wirkung vom 1.4.2011 der Einkaufsgemeinschaft kommunaler Krankenhäuser eG im deutschen Städtetag (= EKK) mit der Absicht beigetreten, Leistungen im Bereich der Beschaffung von Medizin- und Pharmaprodukten direkt von den Vertragslieferanten der EKK abzurufen, um damit Kosten zu sparen. Da – wie festgestellt – der Beitritt zur EKK noch vor dem Einlangen des Nachprüfungsantrages (7.4.2011) erfolgte, ist die Zuständigkeit des Senates zur Nichtigerklärung dieses Vorganges im Sinne des Paragraph 11, Absatz 2, WVRG 2007 weggefallen. Der angerufene Senat ist nur mehr nach Paragraph 11, Absatz 3, WVRG 2007 zur Entscheidung über die hilfsweise gestellten Feststellungsanträge der Antragstellerin berufen.

Die Antragstellerin stützt ihre hilfsweise erhobenen Feststellungsanträge offenbar auf die Bestimmung des § 33 Abs. 1 Z 2 BVergG 2007, wonach sie die Feststellung begehrt, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zur Beschaffung von Medizin- und Pharmaprodukten über Abruf von Leistungen vom Vertragslieferanten einer Einkaufsgemeinschaft wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die dazu ergangenen Verordnungen und unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war. Da die Antragstellerin vom Beitritt der Antragsgegnerin zur EKK erst am 31.3.2011 Kenntnis erlangt hat, ist ihr am 7.4.2011 eingelangter Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 3, bzw. 36 Abs. 2 WVRG 2007. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Die Antragstellerin stützt ihre hilfsweise erhobenen Feststellungsanträge offenbar auf die Bestimmung des Paragraph 33, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2007, wonach sie die Feststellung begehrt, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zur Beschaffung von Medizin- und Pharmaprodukten über Abruf von Leistungen vom Vertragslieferanten einer Einkaufsgemeinschaft wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die dazu ergangenen Verordnungen und unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war. Da die Antragstellerin vom Beitritt der Antragsgegnerin zur EKK erst am 31.3.2011 Kenntnis erlangt hat, ist ihr am 7.4.2011 eingelangter Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz 3, bzw. 36 Absatz 2, WVRG 2007. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen.

Die Anträge sind im Ergebnis nicht berechtigt.

Die Antragstellerin hat primär begehrt, „die unzulässige Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe“ für nichtig zu erklären. § 2 Z 16 lit. a sublit. nn BVergG 2006 bezeichnet bei der Direktvergabe die Wahl des Vergabeverfahrens als gesondert anfechtbare Entscheidung. Die Antragstellerin hat primär begehrt, „die unzulässige Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe“ für nichtig zu erklären. Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, n, n, BVergG 2006 bezeichnet bei der Direktvergabe die Wahl des Vergabeverfahrens als gesondert anfechtbare Entscheidung.

Die Direktvergabe ist ein formfreies Vergabeverfahren für wertmäßig relativ geringfügige Leistungen. Sie ist gemäß § 41 Abs. 2 BVergG 2006 iVm der Verordnung BGBl II Nr. 455/2010 nur unter der Voraussetzung zulässig, dass der geschätzte Auftragswert Euro 100.000,-- nicht erreicht oder es sich um ein aus Gemeinschaftsmitteln kofinanziertes Projekt im Unterschwellenbereich handelt. Sofern man den Beitritt der Antragsgegnerin zur EKK als einen Beschaffungsvorgang im Wege der Direktvergabe beurteilen will, hat das Verfahren ergeben, dass der dabei in Frage kommende Auftragswert Euro 35.200,-- (Euro 5.200,-- Eintrittsgeld und Euro 30.000,-- als zu zahlende Kapitaleinlage) beträgt. Zur Frage des Auftragswertes hat die Antragstellerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung ergänzend vorgebracht, es sei dabei auch zu berücksichtigen, dass aus den 1 %igen Rückflüssen an die Mitglieder der EKK ein Fünftel der Einkaufsgenossenschaft zur Deckung ihres Aufwandes zufließe, was ökonomisch gesehen als Entgelt gewertet werden kann. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Ob und in welcher Höhe eine Rückvergütung an die Mitglieder der EKK erfolgt, ist von deren zukünftigem, nicht näher definierten Beschaffungsverhalten abhängig, sodass – wenn man den 1/5-Anteil an der Rückvergütung als Entgelt werten wollte – eine Abschätzung der Höhe dieser Beträge im Sinne des § 13 BVergG 2006 nicht möglich ist. Wenn man daher den Beitritt der Antragsgegnerin zur EKK als Beschaffungsvorgang sehen will, nämlich als Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, wodurch sich die Antragsgegnerin die Möglichkeit eröffnet hat, Vergabeverfahren durch die EKK als vergebende Stelle durchführen zu lassen bzw. die Abrufe aufgrund der von der EKK ausgehandelten Bezugsbedingungen von den einzelnen Medizinprodukteerzeugern zu nutzen, ist diese Vergabe durchaus im Rahmen der Bestimmungen des § 41 BVergG 2006 erfolgt. Da der Beitritt wie festgestellt im Zeitpunkt der Antragstellung bereits vollzogen war, ist die Zuständigkeit des Senates zur Nichtigerklärung dieses Vorganges nach § 11 Abs. 2 WVRG 2007 weggefallen. Die Direktvergabe ist ein formfreies Vergabeverfahren für wertmäßig relativ geringfügige Leistungen. Sie ist gemäß Paragraph 41, Absatz 2,

BVergG 2006 in Verbindung mit der Verordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 455 aus 2010, nur unter der Voraussetzung zulässig, dass der geschätzte Auftragswert Euro 100.000,-- nicht erreicht oder es sich um ein aus Gemeinschaftsmitteln kofinanziertes Projekt im Unterschwellenbereich handelt. Sofern man den Beitritt der Antragsgegnerin zur EKK als einen Beschaffungsvorgang im Wege der Direktvergabe beurteilen will, hat das Verfahren ergeben, dass der dabei in Frage kommende Auftragswert Euro 35.200,-- (Euro 5.200,-- Eintrittsgeld und Euro 30.000,-- als zu zahlende Kapitaleinlage) beträgt. Zur Frage des Auftragswertes hat die Antragstellerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung ergänzend vorgebracht, es sei dabei auch zu berücksichtigen, dass aus den 1 %igen Rückflüssen an die Mitglieder der EKK ein Fünftel der Einkaufsgenossenschaft zur Deckung ihres Aufwandes zufließe, was ökonomisch gesehen als Entgelt gewertet werden kann. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Ob und in welcher Höhe eine Rückvergütung an die Mitglieder der EKK erfolgt, ist von deren zukünftigem, nicht näher definierten Beschaffungsverhalten abhängig, sodass – wenn man den 1/5-Anteil an der Rückvergütung als Entgelt werten wollte – eine Abschätzung der Höhe dieser Beträge im Sinne des Paragraph 13, BVergG 2006 nicht möglich ist. Wenn man daher den Beitritt der Antragsgegnerin zur EKK als Beschaffungsvorgang sehen will, nämlich als Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, wodurch sich die Antragsgegnerin die Möglichkeit eröffnet hat, Vergabeverfahren durch die EKK als vergebende Stelle durchführen zu lassen bzw. die Abrufe aufgrund der von der EKK ausgehandelten Bezugsbedingungen von den einzelnen Medizinprodukteherstellern zu nutzen, ist diese Vergabe durchaus im Rahmen der Bestimmungen des Paragraph 41, BVergG 2006 erfolgt. Da der Beitritt wie festgestellt im Zeitpunkt der Antragstellung bereits vollzogen war, ist die Zuständigkeit des Senates zur Nichtigerklärung dieses Vorganges nach Paragraph 11, Absatz 2, WVRG 2007 weggefallen.

Hilfsweise hat die Antragstellerin begehrt, „die Aufforderung zur Angebotsabgabe im Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung für nichtig (zu) erklären“. Nach den Feststellungen hat die Antragsgegnerin ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb nicht geführt. Damit fehlt es aber an der Grundlage der von der Antragstellerin begehrten Nichtigerklärung.

Die Antragstellerin ist neben anderen einschlägigen Unternehmen Anbieter im Medizinproduktebereich in Österreich und beliefert laufend die Anstalten der Antragsgegnerin mit Medizin- und Pharmaprodukten. Sie ist jedoch nicht als Einkaufsgenossenschaft wie die EKK tätig. Es ist daher fraglich, inwieweit die Antragstellerin in ihren Rechten überhaupt durch einen Beitritt der Antragsgegnerin zur EKK gefährdet oder beeinträchtigt sein kann. Verständlich wäre es, wenn andere Unternehmer mit einem gleichen Tätigkeitsfeld, wie die EKK, die Entscheidung der Antragsgegnerin angefochten hätten, ohne förmliches Vergabeverfahren diesen Beitritt, der inhaltlich als Vergabe eines Dienstleistungsauftrages gesehen werden kann, vorzunehmen. Nach der von der Antragsgegnerin vorgelegten Studie über „strategische Partnerschaften im Einkauf“ sind auch noch andere mögliche Kooperationspartner vorhanden, wovon zwei (** GmbH und ** e. Gen.) in Österreich ihren Sitz haben. Die Leistungen, die die Antragsgegnerin offenbar durch ihren Beitritt bei der EKK in Anspruch nehmen will, hätte sie vermutlich auch im Rahmen eines Wettbewerbs durch andere Vertragspartner erlangen können.

Aus diesen Gründen waren daher beide Nichtigerklärungsanträge mangels Grundlage abzuweisen, ohne dass sich der Senat mit der Frage auseinanderzusetzen gehabt hätte, inwieweit die Antragstellerin durch die von ihr bekämpfte Vorgehensweise der Antragsgegnerin in ihren Rechten konkret geschädigt oder gefährdet sein könnte.

Die Antragstellerin begehrt die Feststellung „dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das BVergG, die hiezu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war“. Dazu hat das Verfahren zunächst ergeben, dass die Antragsgegnerin trotz ihres mit 1.4.2011 datierten Beitritts mangels Abstimmung über die Modalitäten zwischen ihr und der EKK bisher noch keine Abrufe von Produkten zu den der EKK eingeräumten Konditionen vorgenommen hat oder vornehmen konnte. Vor Abschluss der erforderlichen Abstimmungen zwischen der Teilhabeberechtigten und der Antragsgegnerin und Mitteilung dieses Ergebnisses an die Vertragspartner der EKK ist es daher der Antragsgegnerin nicht möglich, Abrufe zu derartigen Lieferungen vorzunehmen. So ist es naturgemäß der Antragstellerin auch nicht möglich, in der Darstellung des ihren Anträgen zugrunde liegenden Sachverhaltes auszuführen, inwieweit und in welchem Umfang bzw. bei welchen, die Antragstellerin betreffenden Produkten, die Antragsgegnerin Abrufe von Vertragspartnern der EKK vorgenommen hätte oder konkret vorbereitet. Dazu kommt, dass nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens ein Bezugszwang für die Antragsgegnerin aufgrund ihres Beitrittes nicht besteht.

Dass der Beitritt zur EKK selbst – sofern man darin einen Beschaffungsvorgang erblicken kann – im Wege der Direktvergabe erfolgte, wurde bereits zum Antrag auf Nichtigerklärung ausgeführt. Wird dieser Beitritt als Vergabe eines Dienstleistungsauftrages gesehen, so ist er, wie festgestellt, durchaus im Rahmen der Bestimmungen des § 41 BVergG 2006 erfolgt, sodass ein Verstoß gegen das BVergG 2006 oder sonstige Vorschriften nicht vorliegt. Schon aus diesem Grund war das Feststellungsbegehren abzuweisen, ohne näher zu prüfen, ob der Antragstellerin durch das Verhalten der Antragsgegnerin ein Schaden eingetreten ist bzw. ein Schadenseintritt drohen kann. Allein die mögliche Absicht eines öffentlichen Auftraggebers in Zukunft nicht näher konkretisierte Beschaffungsvorgänge vorzunehmen, reicht für sich allein nicht aus, die Grundlage für die begehrte Feststellung abzugeben. Grundlage eines Nachprüfungsantrages kann ein Sachverhalt nur sein, der konkret als Teilakt eines Vergabeverfahrens nach außen in Erscheinung getreten ist, er kann sich jedoch nicht auf (interne) Willensbildungsvorgänge, die die Antragstellerin bei der Antragsgegnerin vermutet (vgl. VwGH 17.12.2003, 2001/04/0144), stützen. Schon aus diesen Gründen hat sich das Feststellungsbegehren als unzulässig erwiesen.

Dass der Beitritt zur EKK selbst – sofern man darin einen Beschaffungsvorgang erblicken kann – im Wege der Direktvergabe erfolgte, wurde bereits zum Antrag auf Nichtigerklärung ausgeführt. Wird dieser Beitritt als Vergabe eines Dienstleistungsauftrages gesehen, so ist er, wie festgestellt, durchaus im Rahmen der Bestimmungen des Paragraph 41, BVergG 2006 erfolgt, sodass ein Verstoß gegen das BVergG 2006 oder sonstige Vorschriften nicht vorliegt. Schon aus diesem Grund war das Feststellungsbegehren abzuweisen, ohne näher zu prüfen, ob der Antragstellerin durch das Verhalten der Antragsgegnerin ein Schaden eingetreten ist bzw. ein Schadenseintritt drohen kann. Allein die mögliche Absicht eines öffentlichen Auftraggebers in Zukunft nicht näher konkretisierte Beschaffungsvorgänge vorzunehmen, reicht für sich allein nicht aus, die Grundlage für die begehrte Feststellung abzugeben. Grundlage eines Nachprüfungsantrages kann ein Sachverhalt nur sein, der konkret als Teilakt eines Vergabeverfahrens nach außen in Erscheinung getreten ist, er kann sich jedoch nicht auf (interne) Willensbildungsvorgänge, die die Antragstellerin bei der Antragsgegnerin vermutet (vergleiche VwGH 17.12.2003, 2001/04/0144), stützen. Schon aus diesen Gründen hat sich das Feststellungsbegehren als unzulässig erwiesen.

Die Antragsgegnerin, die den Beitritt zur EKK uneingeschränkt zugestanden hat, hat sich als Begründung für die Zulässigkeit auf die Ausnahmebestimmung des § 10 Z 14 BVergG 2006 berufen. Bei ihrer Argumentation geht sie, wie auch das Nachprüfungsverfahren ergeben hat, davon aus, dass die EKK die von ihr durchgeführten Vergabeverfahren bzw. Vertragsverhandlungen über Medizinprodukte auf der Grundlage des deutschen Rechtes durchführt. Bei der EKK handelt es sich um eine Genossenschaft nach deutschem Recht, welche die „wirtschaftliche Förderung und Betreuung der Mitglieder durch Bündelung ihrer Einkaufsaktivitäten für wirtschaftliche Hilfsmittel der medizinischen Leistungserbringung“ bezweckt. Aufgabe der EKK sind „Dienstleistungen zur Versorgung ihrer Mitglieder mit Bedarfsartikeln jeglicher Art für kommunale Krankenhäuser, insbesondere die Vermittlung des Wareneinkaufs von kommunalen Krankenhäusern und alle damit in Zusammenhang stehenden Tätigkeiten“. Führt etwa die EKK über Ersuchen der Antragsgegnerin ein Vergabeverfahren durch, hat sie dabei deutsches Vergaberecht anzuwenden. Nachprüfungsverfahren, die dieses Vergabeverfahren betreffen, sind nach deutschem Recht vor den dort zuständigen Nachprüfungsbehörden zu führen. Es trifft zwar zu, dass sowohl deutsches Vergaberecht als auch das österreichische Vergaberecht die einschlägigen europarechtlichen Richtlinien umsetzt und in ihrem Kern daher nahezu ident sind. Dennoch hat das Nachprüfungsverfahren ergeben – was letztlich auch von den Parteien zugestanden wurde – dass die Vergabeverfahren, die von der EKK als vergebende Stelle geführt werden, nach deutschem Recht durchgeführt werden, wobei zwar nicht den österreichischen vergaberechtlichen Bestimmungen entsprochen wird, wohl aber den unionsrechtlichen Vorgaben.

Die Antragsgegnerin, die den Beitritt zur EKK uneingeschränkt zugestanden hat, hat sich als Begründung für die Zulässigkeit auf die Ausnahmebestimmung des Paragraph 10, Ziffer 14, BVergG 2006 berufen. Bei ihrer Argumentation geht sie, wie auch das Nachprüfungsverfahren ergeben hat, davon aus, dass die EKK die von ihr durchgeführten Vergabeverfahren bzw. Vertragsverhandlungen über Medizinprodukte auf der Grundlage des deutschen Rechtes durchführt. Bei der EKK handelt es sich um eine Genossenschaft nach deutschem Recht, welche die „wirtschaftliche Förderung und Betreuung der Mitglieder durch Bündelung ihrer Einkaufsaktivitäten für wirtschaftliche Hilfsmittel der medizinischen Leistungserbringung“ bezweckt. Aufgabe der EKK sind „Dienstleistungen zur Versorgung ihrer Mitglieder mit Bedarfsartikeln jeglicher Art für kommunale Krankenhäuser, insbesondere die Vermittlung des Wareneinkaufs von kommunalen Krankenhäusern und alle damit in Zusammenhang stehenden Tätigkeiten“. Führt etwa die EKK über Ersuchen der Antragsgegnerin ein Vergabeverfahren durch, hat sie dabei deutsches Vergaberecht anzuwenden. Nachprüfungsverfahren, die dieses Vergabeverfahren betreffen, sind nach deutschem Recht vor den

dort zuständigen Nachprüfungsbehörden zu führen. Es trifft zwar zu, dass sowohl deutsches Vergaberecht als auch das österreichische Vergaberecht die einschlägigen europarechtlichen Richtlinien umsetzt und in ihrem Kern daher nahezu ident sind. Dennoch hat das Nachprüfungsverfahren ergeben – was letztlich auch von den Parteien zugestanden wurde – dass die Vergabeverfahren, die von der EKK als vergebende Stelle geführt werden, nach deutschem Recht durchgeführt werden, wobei zwar nicht den österreichischen vergaberechtlichen Bestimmungen entsprochen wird, wohl aber den unionsrechtlichen Vorgaben.

Nach § 10 Z 14 BVergG 2006, auf welche Bestimmung sich die Antragstellerin beruft, gilt das BVergG nicht für die Beschaffung von Liefer- oder Dienstleistungen durch Auftraggeber von einer zentralen Beschaffungsstelle, sofern die zentrale Beschaffungsstelle bei der Beschaffung dieser Liefer- oder Dienstleistungen die Bestimmungen des zweiten Teiles dieses Bundesgesetzes eingehalten hat. Unstrittig handelt es sich bei der EKK nicht um eine Beschaffungsstelle, die bei der Beschaffung von Liefer- oder Dienstleistungen nach den Bestimmungen des zweiten Teiles des BVergG 2006 vorgeht. Trotz der Ähnlichkeit der Vergabegesetze Deutschlands und Österreichs hält es der Senat für erforderlich, dass bei Beschaffungen über zentrale Beschaffungsstellen, sei es nach Z 14 oder Z 15 des § 10 BVergG 2006 für inländische Auftraggeber, die Inanspruchnahme nur solcher Beschaffungsstellen eine Ausnahme von den vergaberechtlichen Bestimmungen ermöglicht, sofern diese Beschaffungsstelle ihre Beschaffungen nach den Bestimmungen des BVergG 2006 vorgenommen hat oder vornimmt. Nach Art. 11 Vergabe – RL muss eine zentrale Beschaffungsstelle die Bestimmungen der Richtlinie einhalten. Dazu hat der inländische Gesetzgeber im § 10 Z 14 und Z 15 BVergG 2006 ausdrücklich festgelegt, dass die Beschaffungsstelle „Bestimmungen des zweiten Teils“ des BVergG 2006 einzuhalten hat. Wenn auch dieser Wortlaut strenger erscheinen mag als die Vorgabe der Richtlinie, erweist sich seine Berechtigung schon alleine aus der Tatsache, dass nur auf diese Art und Weise für einen größeren Bieterkreis ein effektiver, inländischer Rechtsschutz vor den inländischen Nachprüfungsbehörden gewährleistet ist. Die Bestimmungen über die zentralen Beschaffungsstellen hindern nach Ansicht des Senates jedoch weder die zentralen Beschaffungsstellen noch einen Auftraggeber, sich Leistungen im Ausland zu beschaffen, wobei der jedoch an inländische Rechtsvorschriften gebunden ist. Nach Paragraph 10, Ziffer 14, BVergG 2006, auf welche Bestimmung sich die Antragstellerin beruft, gilt das BVergG nicht für die Beschaffung von Liefer- oder Dienstleistungen durch Auftraggeber von einer zentralen Beschaffungsstelle, sofern die zentrale Beschaffungsstelle bei der Beschaffung dieser Liefer- oder Dienstleistungen die Bestimmungen des zweiten Teiles dieses Bundesgesetzes eingehalten hat. Unstrittig handelt es sich bei der EKK nicht um eine Beschaffungsstelle, die bei der Beschaffung von Liefer- oder Dienstleistungen nach den Bestimmungen des zweiten Teiles des BVergG 2006 vorgeht. Trotz der Ähnlichkeit der Vergabegesetze Deutschlands und Österreichs hält es der Senat für erforderlich, dass bei Beschaffungen über zentrale Beschaffungsstellen, sei es nach Ziffer 14, oder Ziffer 15, des Paragraph 10, BVergG 2006 für inländische Auftraggeber, die Inanspruchnahme nur solcher Beschaffungsstellen eine Ausnahme von den vergaberechtlichen Bestimmungen ermöglicht, sofern diese Beschaffungsstelle ihre Beschaffungen nach den Bestimmungen des BVergG 2006 vorgenommen hat oder vornimmt. Nach Artikel 11, Vergabe – RL muss eine zentrale Beschaffungsstelle die Bestimmungen der Richtlinie einhalten. Dazu hat der inländische Gesetzgeber im Paragraph 10, Ziffer 14 und Ziffer 15, BVergG 2006 ausdrücklich festgelegt, dass die Beschaffungsstelle „Bestimmungen des zweiten Teils“ des BVergG 2006 einzuhalten hat. Wenn auch dieser Wortlaut strenger erscheinen mag als die Vorgabe der Richtlinie, erweist sich seine Berechtigung schon alleine aus der Tatsache, dass nur auf diese Art und Weise für einen größeren Bieterkreis ein effektiver, inländischer Rechtsschutz vor den inländischen Nachprüfungsbehörden gewährleistet ist. Die Bestimmungen über die zentralen Beschaffungsstellen hindern nach Ansicht des Senates jedoch weder die zentralen Beschaffungsstellen noch einen Auftraggeber, sich Leistungen im Ausland zu beschaffen, wobei der jedoch an inländische Rechtsvorschriften gebunden ist.

Da die EKK nicht die Voraussetzungen des § 10 Z 14 oder Z 15 BVergG 2006 erfüllt, sie also nicht als inländische zentrale Beschaffungsstelle angesehen werden kann, erübrigt es sich letztlich für den Senat auf die umfangreichen, durch zahlreiche Belegstellen untermauerten Standpunkte der Parteien noch weiter einzugehen. Es war daher auch nicht die Anregung der Parteien, diese Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen, aufzugreifen, da die innerstaatliche Gesetzeslage eindeutig ist und dem nationalen Gesetzgeber bei Umsetzung der Vergabe RL eine engere Bestimmung, die nicht im Widerspruch zu den Grundfreiheiten steht, zuzubilligen ist. Da die EKK nicht die Voraussetzungen des Paragraph 10, Ziffer 14, oder Ziffer 15, BVergG 2006 erfüllt, sie also nicht als inländische zentrale Beschaffungsstelle angesehen werden kann, erübrigt es sich letztlich für den Senat auf die umfangreichen, durch zahlreiche Belegstellen untermauerten Standpunkte der Parteien noch weiter einzugehen. Es war daher auch nicht die

Anregung der Parteien, diese Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen, aufzugreifen, da die innerstaatliche Gesetzeslage eindeutig ist und dem nationalen Gesetzgeber bei Umsetzung der Vergabe RL eine engere Bestimmung, die nicht im Widerspruch zu den Grundfreiheiten steht, zuzubilligen ist.

Aus all diesen Gründen waren sowohl die Anträge auf Nichtigerklärung als auch die Feststellungsanträge als teilweise nicht berechtigt, teilweise unzulässig abzuweisen und wie im Spruch zu entscheiden.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Kostenentscheidung 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 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 erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Nichtigerklärung; Feststellung; Abweisung; Beitritt zu Einkaufsgenossenschaft; Beschaffungsvorgang;

Zuletzt aktualisiert am

19.12.2011

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