

TE Verg Bescheid 2011/7/5 VKS-4176/11

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 und sublitee

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §10 Z14 und 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 § 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 *** Ges.m.b.H., ***, vertreten durch Heid Schiefer, Rechtsanwälte 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:

1. 1) Ziffer eins

Die Anträge, der Vergabekontrollsenat möge

1. a) Litera a

die Entscheidung der Auftraggeberin in Form der Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe durch Beitritt in die Einkaufsgemeinschaft Kommunalen Krankenhäuser e.G. im deutschen Städtetag mit der Absicht, Leistungen im Bereich von Medizin- und Pharmaprodukten direkt von den Vertragslieferanten abzurufen gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. nn BVergG 2006, für nichtig erklären; die Entscheidung der Auftraggeberin in Form der Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe durch Beitritt in die Einkaufsgemeinschaft Kommunalen Krankenhäuser e.G. im deutschen Städtetag mit der Absicht, Leistungen im Bereich von Medizin- und Pharmaprodukten direkt von den Vertragslieferanten abzurufen gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, n, n, BVergG 2006, für nichtig erklären;

2. b) Litera b

in eventu die Entscheidung der Auftraggeberin in Form der Aufforderung zur Angebotsabgabe einschließlich der darin festgelegten Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. ee BVergG 2006, für nichtig erklären, in eventu die Entscheidung der Auftraggeberin in Form der Aufforderung zur Angebotsabgabe einschließlich der darin festgelegten Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e, BVergG 2006, für nichtig erklären,

werden abgewiesen.

1. 2) Ziffer 2

Der hilfsweise gestellte Antrag, der VKS Wien möge feststellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zur Beschaffung von Medizin- und Pharmaprodukten über Abruf von Leistungen von Vertragslieferanten einer Einkaufsgemeinschaft wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war und daher den Beitritt zur EKK durch den KAV für nichtig (zu) erklären, wird abgewiesen.

1. 3)Ziffer 3

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 und sublit. ee, 3 Abs. 1 Z 1, 6, 10 Z 14 und 15, 41, 345 BVergG 2006
Rechtsgrundlagen: 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 und Sub-Litera, e, e,, 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 11.4.2011 eingelangten Schriftsatz begehrt die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, die Entscheidung der Antragsgegnerin in Form der Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe durch Beitritt in die Einkaufsgemeinschaft Kommunalen Krankenhäuser e.G im deutschen Städtetag (im Folgenden kurz EKK genannt) mit der Absicht, Leistungen im Bereich von Medizin- und Pharmaprodukten direkt von den Vertragslieferanten der EKK abzuverufen, für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Hilfsweise begehrt sie, die Entscheidung der Auftraggeberin in Form der Aufforderung zur Angebotsabgabe einschließlich der darin festgelegten Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. ee BVergG 2006 für nichtig zu erklären. Weiters stellt sie hilfsweise das aus dem Spruch Punkt zwei ersichtliche Feststellungsbegehren. Die Antragstellerin begründet ihre Anträge im Wesentlichen damit, ihre deutsche Schwestergesellschaft sowie zahlreiche andere Hersteller von Medizinprodukten seien Rahmenvereinbarungspartner der EKK, die die Mitgliedskrankenhäuser (der EKK) mit Medizinprodukten beliefern würden. Die EKK vertrete in Deutschland mehr als 60 Mitglieder und erreiche ein Umsatzvolumen von mehr als 650 Millionen Euro im Jahr. Mit dem am 11.4.2011 eingelangten Schriftsatz begehrt die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, die Entscheidung der Antragsgegnerin in Form der Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe durch Beitritt in die Einkaufsgemeinschaft Kommunalen Krankenhäuser e.G im deutschen Städtetag (im Folgenden kurz EKK genannt) mit der Absicht, Leistungen im Bereich von Medizin- und Pharmaprodukten direkt von den Vertragslieferanten der EKK abzuverufen, für nichtig zu erklären, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kostenersatz. Hilfsweise begehrt sie, die Entscheidung der Auftraggeberin in Form der Aufforderung zur Angebotsabgabe einschließlich der darin festgelegten Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e, BVergG 2006 für nichtig zu erklären. Weiters stellt sie hilfsweise das aus dem Spruch Punkt zwei ersichtliche Feststellungsbegehren. Die Antragstellerin begründet ihre Anträge im Wesentlichen damit, ihre deutsche Schwestergesellschaft sowie zahlreiche andere Hersteller von Medizinprodukten seien Rahmenvereinbarungspartner der EKK, die die Mitgliedskrankenhäuser (der EKK) mit Medizinprodukten beliefern würden. Die EKK vertrete in Deutschland mehr als 60 Mitglieder und erreiche ein Umsatzvolumen von mehr als 650 Millionen Euro im Jahr.

In diesem Zusammenhang würden weitere Kooperationen in Form des Bundesverbandes der Beschaffungsinstitutionen in der Gesundheitswirtschaft Deutschland e.V. (BVBG) bestehen, denen als Mitglied auch die EKK angehöre. Eine weitere Kooperation der EKK bestehe mit der B.E.G. Einkaufs- und Betriebsgenossenschaft eG die

neben der bestehenden Kooperation im Bereich Lebensmittel ihr Geschäftsmodell auch auf die Bereiche Medical und Pharma erweitert hat. Durch diese erweiterten Kooperationen sollen Beschaffungsprozesse allgemein optimiert, Komplexitäten reduziert und auch gemeinsame Standardisierungsbemühungen in Qualitätszirkeln erreicht werden.

Die deutsche Schwestergesellschaft der Antragstellerin habe mit der EKK am 1.6.2004 eine Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Medizinprodukten abgeschlossen. Neben der deutschen Schwestergesellschaft der Antragstellerin seien auch zahlreiche andere Lieferanten von Medizinprodukten ebenfalls Rahmenvereinbarungspartner der EKK und würden ihrerseits die Mitgliedskrankenhäuser der EKK beliefern. Die Mitgliedskrankenhäuser der EKK würden die gelisteten Medizinprodukte bei Bedarf ausschließlich über die EKK, sohin von den jeweiligen Auftragnehmern der Rahmenvereinbarungen mit der EKK, beziehen. Die mit diesen Auftragnehmern ausgehandelten Konditionen würden jedem einzelnen Mitgliedsrankenhaus im gleichen Ausmaß zu Gute kommen, unabhängig davon, welcher Umsatz vom konkreten Mitgliedsrankenhaus mit dem jeweiligen Auftragnehmer im Wege der EKK erzielt werde. Der mit der Schwestergesellschaft der Antragstellerin abgeschlossene Rahmenvertrag findet nach dessen § 3 auch auf neu hinzutretende Krankenhäuser ab dem Tage Anwendung, an dem die EKK dies dem Vertragspartner mitgeteilt habe. Die Mitgliedshäuser der EKK würden Rückvergütungen in Höhe von 1 % aller getätigten Nettoumsätze erhalten. Sinn und Zweck der EKK sei es, dass ihre Mitglieder entsprechende Abrufe für die Lieferung von Medizinprodukten aufgrund der bestehenden Rahmenvereinbarungen durchführen. Demgemäß werde die Antragsgegnerin auf Basis ihrer nunmehrigen Mitgliedschaft zur EKK Abrufe aus bestehenden Rahmenvereinbarungen vornehmen, die zwischen der Einkaufsgemeinschaft und Lieferanten von Pharma- und Medizinprodukten bestehen. Jeder dieser Abrufe stelle eine Direktvergabe von Aufträgen an diese Rahmenvereinbarungspartner dar. Die Antragsgegnerin habe die beabsichtigte Vergabe derartiger Aufträge im Medizinproduktebereich nicht bekannt gemacht. Die Abrufe seien in unbeschränkter Höhe möglich, ausgehend vom Bedarf der Antragsgegnerin handle es sich um die Vergabe von Lieferaufträgen im Oberschwellenbereich. Der erfolgte Beitritt in die EKK und die möglicherweise abgeschlossenen Verhandlungen über die Konditionen würden Handlungen mit dem Ziel einer Direktvergabe oder eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung darstellen. Weiters bestehe der begründete Verdacht, dass neben den Lieferleistungen, die von den Vertragspartnern der Rahmenvereinbarungen zu erbringen sind, auch Dienstleistungen durch die EKK gegenüber der Antragsgegnerin erbracht werden. Dies insbesondere im Bereich der Unternehmensberatung, der Verfahrensbegleitung von Ausschreibungen und Personalbereitstellungen etc. Es handle sich hierbei um prioritäre Dienstleistungen, deren Umfang nicht beschränkt sei, sohin um Dienstleistungsaufträge an die EKK durch die Antragsgegnerin im Oberschwellenbereich. In diesem Fall sei der Beitritt der Antragsgegnerin als unzulässige Direktvergabe von Dienstleistungsaufträgen zu werten und rechtswidrig. Die deutsche Schwestergesellschaft der Antragstellerin habe mit der EKK am 1.6.2004 eine Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Medizinprodukten abgeschlossen. Neben der deutschen Schwestergesellschaft der Antragstellerin seien auch zahlreiche andere Lieferanten von Medizinprodukten ebenfalls Rahmenvereinbarungspartner der EKK und würden ihrerseits die Mitgliedskrankenhäuser der EKK beliefern. Die Mitgliedskrankenhäuser der EKK würden die gelisteten Medizinprodukte bei Bedarf ausschließlich über die EKK, sohin von den jeweiligen Auftragnehmern der Rahmenvereinbarungen mit der EKK, beziehen. Die mit diesen Auftragnehmern ausgehandelten Konditionen würden jedem einzelnen Mitgliedsrankenhaus im gleichen Ausmaß zu Gute kommen, unabhängig davon, welcher Umsatz vom konkreten Mitgliedsrankenhaus mit dem jeweiligen Auftragnehmer im Wege der EKK erzielt werde. Der mit der Schwestergesellschaft der Antragstellerin abgeschlossene Rahmenvertrag findet nach dessen Paragraph 3, auch auf neu hinzutretende Krankenhäuser ab dem Tage Anwendung, an dem die EKK dies dem Vertragspartner mitgeteilt habe. Die Mitgliedshäuser der EKK würden Rückvergütungen in Höhe von 1 % aller getätigten Nettoumsätze erhalten. Sinn und Zweck der EKK sei es, dass ihre Mitglieder entsprechende Abrufe für die Lieferung von Medizinprodukten aufgrund der bestehenden Rahmenvereinbarungen durchführen. Demgemäß werde die Antragsgegnerin auf Basis ihrer nunmehrigen Mitgliedschaft zur EKK Abrufe aus bestehenden Rahmenvereinbarungen vornehmen, die zwischen der Einkaufsgemeinschaft und Lieferanten von Pharma- und Medizinprodukten bestehen. Jeder dieser Abrufe stelle eine Direktvergabe von Aufträgen an diese Rahmenvereinbarungspartner dar. Die Antragsgegnerin habe die beabsichtigte Vergabe derartiger Aufträge im Medizinproduktebereich nicht bekannt gemacht. Die Abrufe seien in unbeschränkter Höhe möglich, ausgehend vom Bedarf der Antragsgegnerin handle es sich um die Vergabe von Lieferaufträgen im Oberschwellenbereich. Der erfolgte Beitritt in die EKK und die möglicherweise abgeschlossenen Verhandlungen über die Konditionen würden Handlungen mit dem Ziel einer Direktvergabe oder eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung darstellen. Weiters bestehe der begründete Verdacht, dass neben

den Lieferleistungen, die von den Vertragspartnern der Rahmenvereinbarungen zu erbringen sind, auch Dienstleistungen durch die EKK gegenüber der Antragsgegnerin erbracht werden. Dies insbesondere im Bereich der Unternehmensberatung, der Verfahrensbegleitung von Ausschreibungen und Personalbereitstellungen etc. Es handle sich hierbei um prioritäre Dienstleistungen, deren Umfang nicht beschränkt sei, sohin um Dienstleistungsaufträge an die EKK durch die Antragsgegnerin im Oberschwellenbereich. In diesem Fall sei der Beitritt der Antragsgegnerin als unzulässige Direktvergabe von Dienstleistungsaufträgen zu werten und rechtswidrig.

Als Mitglied der EKK sei die Antragsgegnerin verpflichtet, bei Bedarf an Medizin- und Pharmaprodukten auf die Vertragslieferanten zurückzugreifen. Dabei könnten Produkte ohne wert- und mengenmäßige Beschränkung abgerufen werden. Der Beitritt in die EKK versetze daher die Antragsgegnerin in die Lage, Beschaffungen im Bereich von Medizin- und Pharmaprodukten durchzuführen, wobei sie nicht daran gehindert sei, im Hinblick auf gleichartige Lieferungen auch über den Grenzen der Direktvergabe zu bestellen. Es sei jedenfalls anzunehmen, dass die Wahl der Direktvergabe im Hinblick auf die Auftragssummen über € 100.000 jedenfalls unzulässig sei. Jeder Abruf von Leistungen aus den bei der EKK gelisteten Vertragslieferanten stelle eine erfolgte unzulässige Direktvergabe dar und sei daher für nichtig zu erklären. Auch die Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung lägen nicht vor.

Wenn auch die gemeinsame Beschaffung mehrerer Auftraggeber bzw. durch Einkaufskooperationen mehrerer Auftraggeber grundsätzlich zulässig sei, dürfen nach dem BVergG 2006 mehrere Auftraggeber nur gemeinsam ein Vergabeverfahren durchführen. Dabei treten alle beteiligten Krankenhäuser bzw. Krankenhausträger als Auftraggeber auf. Die einzelnen Lieferverträge würden zwischen den jeweiligen Best- oder Billigstbieter und den beteiligten Auftraggebern abgeschlossen. Diese Vorgangsweise sei jedoch nur so lange zulässig, als dabei das Vergaberecht eingehalten werde. Ebenso zulässig wäre die Beschaffung über eine vergebende Stelle. Diese beiden Möglichkeiten lägen jedoch im gegenständlichen Fall nicht vor. Sollte von der EKK bei Abschluss der Rahmenvereinbarungen mit den Vertragslieferanten überhaupt ein Vergabeverfahren durchgeführt worden sein, sei dabei das von der Antragsgegnerin benötigte Volumen an Medizin- und Pharmaprodukten nicht berücksichtigt worden. Damit stelle sich der Beitritt in die Einkaufsgemeinschaft EKK und die damit verbundene Möglichkeit, auf bestehende Rahmenvereinbarungen zuzugreifen, als versteckter Beschaffungsvorgang dar, der für nichtig zu erklären wäre.

Die Verpflichtung zur Einhaltung des BVergG 2006 entfalle auch nicht schon dann, wenn ein öffentlicher Auftraggeber Leistungen nicht unmittelbar selbst auf dem Markt einkaufe, sondern Beschaffungen durch andere Unternehmen oder andere Auftraggeber durchführen lässt. Auch bei den gemeinsamen Beschaffungen der Mitgliedskrankenhäuser über die EKK treffe die Antragsgegnerin die Pflicht zur Einhaltung des BVergG 2006, wenn die EKK ein Vergabeverfahren durchführt und die Leistungen über vertragliche Eintrittsrechte an die Antragsgegnerin weitergebe. Diese Pflicht entfalle nur dann, wenn die Ausnahmebestimmung des § 10 Z 14 BVergG 2006 zum Tragen komme. Dabei müssen aber die zentrale Beschaffungsstelle die Bestimmungen des (inländischen) BVergG 2006 einhalten. Für die Antragstellerin stehe fest, dass die Beteiligung der Antragsgegnerin an der EKK und die Beschaffung von Leistungen über die EKK einen vergaberechtlich relevanten Beschaffungsvorgang darstellen würde, der nicht öffentlich ausgeschrieben wurde und daher rechtswidrig sei. Die Verpflichtung zur Einhaltung des BVergG 2006 entfalle auch nicht schon dann, wenn ein öffentlicher Auftraggeber Leistungen nicht unmittelbar selbst auf dem Markt einkaufe, sondern Beschaffungen durch andere Unternehmen oder andere Auftraggeber durchführen lässt. Auch bei den gemeinsamen Beschaffungen der Mitgliedskrankenhäuser über die EKK treffe die Antragsgegnerin die Pflicht zur Einhaltung des BVergG 2006, wenn die EKK ein Vergabeverfahren durchführt und die Leistungen über vertragliche Eintrittsrechte an die Antragsgegnerin weitergebe. Diese Pflicht entfalle nur dann, wenn die Ausnahmebestimmung des Paragraph 10, Ziffer 14, BVergG 2006 zum Tragen komme. Dabei müssen aber die zentrale Beschaffungsstelle die Bestimmungen des (inländischen) BVergG 2006 einhalten. Für die Antragstellerin stehe fest, dass die Beteiligung der Antragsgegnerin an der EKK und die Beschaffung von Leistungen über die EKK einen vergaberechtlich relevanten Beschaffungsvorgang darstellen würde, der nicht öffentlich ausgeschrieben wurde und daher rechtswidrig sei.

Die Ausnahme einer zentralen Beschaffungsstelle liege schon deshalb nicht vor, weil anzunehmen sei, dass die in Deutschland gelegene EKK, wenn sie überhaupt Vergabeverfahren durchgeführt hat, nur deutsches Vergaberecht angewendet hat. Es könne sich die Antragsgegnerin daher nicht auf eine Ausnahme vom Geltungsbereich des BVergG 2006 stützen.

Zur Rechtzeitigkeit ihres Antrages hat die Antragstellerin vorgebracht, im Zuge einer "AUSTROMED" - Veranstaltung

mündlich vom Beitritt der Antragsgegnerin mit Wirkung vom 1.4.2011 zur EKK am 4.4.2011 Kenntnis erlangt zu haben. Der Nichtigkeitsantrag sei daher ebenso fristgerecht wie der Feststellungsantrag.

Die Antragstellerin sei einer der führenden Anbieter im Medizinprodukte-Bereich in Österreich. Ihr Interesse am Vertragsabschluss ergebe sich einerseits daraus, dass die Lieferung von Medizin- und Pharmaprodukten ein wesentlicher Geschäftszweig der Antragstellerin sei und ihr durch die Rechtswidrigkeit im Zuge der Auftragsvergaben ein Schaden entstand bzw. zu entstehen droht. Die Antragstellerin habe daher großes Interesse an der Belieferung der Antragsgegnerin mit Medizin- und Pharmaprodukten. Die Höhe des ihr drohenden Schadens wird jedoch nicht näher dargestellt. Als weiteren Schaden macht die Antragstellerin geltend, dass ihr bisher zur Wahrung ihrer Rechtsposition Kosten von zumindest € 10.000 angefallen wären, wozu noch die von ihr entrichteten Pauschalgebühren kämen. Darüber hinaus entginge der Antragstellerin durch die von ihr behaupteten Rechtswidrigkeiten die Möglichkeit auf eine erfolgreiche Beteiligung an einem rechtskonformen Vergabeverfahren, somit auf die Möglichkeit auf Zuschlagserteilung und Erzielung eines angemessenen Gewinns. Dieser unternehmerische Gewinn könne im Hinblick auf den Leistungsgegenstand und Umfang derzeit nicht näher beziffert werden, es sei jedoch von einer branchenüblichen Gewinnspanne auszugehen. Durch die Fortsetzung der rechtswidrigen Vorgehensweise der Antragsgegnerin entginge der Antragstellerin auch die Chance auf die Erlangung wichtiger Referenzprojekte.

Durch das Verhalten der Antragsgegnerin werde die Antragstellerin in ihren Rechten auf Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVerG 2006, auf Bekanntmachung des Vergabeverfahrens sowie auf ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens und auf Gleichbehandlung der Bieter verletzt.

Der zur Sicherung ihrer Rechtsposition gestellte Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid vom 28.4.2011 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 15.4.2011 hat die Antragsgegnerin die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, sie wolle mit dem Beitritt zur EKK von einem Ausnahmetatbestand des § 10 BVerG 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 15.4.2011 hat die Antragsgegnerin die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, sie wolle mit dem Beitritt zur EKK von einem Ausnahmetatbestand des Paragraph 10, BVerG 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.

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 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.

Im Übrigen hält die Antragsgegnerin die Durchführung eines Nichtigerklärungsverfahrens 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 behauptete, 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.

Am 21.4.2011 ist die EKK als teilnahmeberechtigte Partei (§ 22 Abs. 3 WVRG 2007) dem 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) dem 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 wären, 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.

In ihrer Stellungnahme vom 3.5.2011 zu diesem Schriftsatz führt die Antragstellerin zunächst aus, dass die Antragsgegnerin im Rahmen ihrer bisherigen Beschaffungen von Medizinprodukten wie auch Pharmaprodukten bisher ausdrücklich die Anwendung des österreichischen Rechts vereinbart habe und darüber hinaus auch den jeweiligen sachlich zuständigen Wiener Gerichtsstand festgelegt habe bzw. dies mit den jeweiligen Auftragnehmern im Zuge des Vertragsschlusses vereinbart worden sei. Mit dem Beitritt zur EKK würde sie alle Rechte und Pflichten gemäß der §§ 8 und 9 der Satzung der EKK treffen. Aus den Rahmenvereinbarungen mit der EKK könne die Antragsgegnerin Abrufe tätigen und werde solche Abrufe auch vornehmen, wobei solche Abrufe vergaberechtlich keiner Nachprüfung mehr unterzogen werden könnten. Jeder Abruf der Antragsgegnerin aus den Rahmenvereinbarungen der EKK stelle jedoch eine unzulässige Direktvergabe dar. Dazu könne sich die Antragsgegnerin nicht auf die Ausnahme einer zentralen Beschaffungsstelle berufen, zumal nach der Satzung der EKK nicht nur kommunale Krankenhäuser, sondern auch natürliche Personen und Personengesellschaften Mitglieder sein können. Es seien in jedem Fall starke Zweifel an der öffentlichen Auftraggebereigenschaft der EKK aufgekommen. Nach dem Wortlaut des § 2 Z 48 BVergG 2006 könnten außerdem ausschließlich inländische Auftraggeber eine zentrale Beschaffungsstelle im Sinne des BVergG 2006 sein. Selbst wenn man dennoch zum Schluss kommen sollte, dass die EKK eine zentrale Beschaffungsstelle sei, wäre damit für die Antragsgegnerin nichts gewonnen, da die Ausnahmetatbestände des § 10 Z 14 und Z 15 BVergG 2006 nicht gegeben wären. Jedenfalls müsste die EKK, da sie bei Beschaffungsvorgängen als Stellvertreterin der Antragsgegnerin auftrete, das österreichische Vergaberecht einhalten. Aus der Tatsache, dass die Vergaberichtlinie 2004/18/EG nicht explizit "die Einhaltung der nationalen Bestimmungen fordert" könne nicht geschlossen werden, dass die Einhaltung der Richtlinie bzw. nationale Umsetzungsnormen in jedwedem anderen Mitgliedsstaat genügen. In jedem Fall würde jedoch die Zulassung ausländischer Beschaffungsstellen im Bereich des Rechtsschutzes zu rechtlich bedenklichen Konsequenzen führen, wozu die Antragstellerin auf verschiedene Belegstellen in der Literatur verweist. Im Ergebnis erweist sich für die Antragstellerin daher auch das Vollmachtsmodell des § 10 Z 15 BVergG 2006 nicht als Ausnahme, die die Antragsgegnerin davon befreien würde, österreichisches Vergaberecht auf ihren Beschaffungsbedarf anzuwenden. Der Beitritt in die EKK und die damit beabsichtigten Abrufe aus den Rahmenvereinbarungen seien und blieben unzulässig. Auch die Berufung auf Inhouse-Vergabe und Verwaltungskooperationen hält die Antragstellerin für unzulässig, die Einhaltung des deutschen Vergaberechts allein sei nicht ausreichend. Im Ergebnis sei daher für die Antragstellerin festzuhalten, dass der Beitritt in die Einkaufsgemeinschaft EKK eine gesondert anfechtbare und rechtswidrige Entscheidung der Antragsgegnerin sei, die für nichtig zu erklären wäre. Aus dem Beitritt in die Einkaufsgemeinschaft werde die Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe (§ 2 Z 16 lit.a. sublit.nn BVergG 2006) ersichtlich, da die Antragsgegnerin durch die Mitgliedschaft in der EKK unmittelbar berechtigt werde, Abrufe aus den Rahmenvereinbarungen zu tätigen. Jeder Abruf stelle eine unzulässige Direktvergabe dar. Die Berufung auf die Ausnahmen des § 10 Z 14 und Z 15 BVergG 2006 sei schon deswegen unzulässig, weil es sich bei der EKK um keine zentrale Beschaffungsstelle iSd BVergG 2006 handle. Es sei bisher nicht nachgewiesen, dass die EKK überhaupt öffentliche Auftraggeberin sei. Die EKK agiere auch nicht als Großhändler, da sie nicht im eigenen Namen und auf eigene Rechnung beschaffe, sodass die Ausnahme des § 10 Z 14 BVergG 2006 auf den gegenständlichen Fall nicht zutreffe. Um sich auf das Vermittlermodell des § 10 Z 15 BVergG 2006 berufen zu können, müsste die zentrale Beschaffungsstelle unter Anwendung des österreichischen Vergaberechtes ausgeschrieben haben. Die EKK wende zur Beschaffung von Leistungen nicht die Bestimmungen des BVergG 2006 an und erfülle somit nicht die Voraussetzungen

der eng auszulegenden Ausnahmebestimmungen. Auch diese Ausnahme sei daher nicht anwendbar. Die Inhouse-Ausnahme sei ebenfalls nicht geeignet, um den vergabefreien Bezug der Leistungen von Vertragslieferanten durch die Antragsgegnerin zu rechtfertigen. Da die Antragsgegnerin die Leistungen nicht von der EKK beziehe, sei ein allfälliges Inhouse-Verhältnis zwischen Antragsgegnerin und EKK auch unbeachtlich. Eine Verwaltungskooperation iSd Urteils "Stadtreinigung Hamburg" (EuGH C-480/06) liege ebenfalls nicht vor. Im Ergebnis sei daher keine Konstellation geeignet, um die Vorgehensweise der Antragsgegnerin aus vergaberechtlicher Sicht zu rechtfertigen. Es bestehe kein Ausnahmetatbestand, der für die Beschaffung von Leistungen über die EKK durch die Antragsgegnerin herangezogen werden könnte. Deren Vorgehensweise sei daher rechtswidrig und für nichtig zu erklären. In ihrer Stellungnahme vom 3.5.2011 zu diesem Schriftsatz führt die Antragstellerin zunächst aus, dass die Antragsgegnerin im Rahmen ihrer bisherigen Beschaffungen von Medizinprodukten wie auch Pharmaprodukten bisher ausdrücklich die Anwendung des österreichischen Rechts vereinbart habe und darüber hinaus auch den jeweiligen sachlich zuständigen Wiener Gerichtsstand festgelegt habe bzw. dies mit den jeweiligen Auftragnehmern im Zuge des Vertragsschlusses vereinbart worden sei. Mit dem Beitritt zur EKK würde sie alle Rechte und Pflichten gemäß der Paragraphen 8 und 9 der Satzung der EKK treffen. Aus den Rahmenvereinbarungen mit der EKK könne die Antragsgegnerin Abrufe tätigen und werde solche Abrufe auch vornehmen, wobei solche Abrufe vergaberechtlich keiner Nachprüfung mehr unterzogen werden könnten. Jeder Abruf der Antragsgegnerin aus den Rahmenvereinbarungen der EKK stelle jedoch eine unzulässige Direktvergabe dar. Dazu könne sich die Antragsgegnerin nicht auf die Ausnahme einer zentralen Beschaffungsstelle berufen, zumal nach der Satzung der EKK nicht nur kommunale Krankenhäuser, sondern auch natürliche Personen und Personengesellschaften Mitglieder sein können. Es seien in jedem Fall starke Zweifel an der öffentlichen Auftraggebereigenschaft der EKK aufgekommen. Nach dem Wortlaut des Paragraph 2, Ziffer 48, BVergG 2006 könnten außerdem ausschließlich inländische Auftraggeber eine zentrale Beschaffungsstelle im Sinne des BVergG 2006 sein. Selbst wenn man dennoch zum Schluss kommen sollte, dass die EKK eine zentrale Beschaffungsstelle sei, wäre damit für die Antragsgegnerin nichts gewonnen, da die Ausnahmetatbestände des Paragraph 10, Ziffer 14 und Ziffer 15, BVergG 2006 nicht gegeben wären. Jedenfalls müsste die EKK, da sie bei Beschaffungsvorgängen als Stellvertreterin der Antragsgegnerin auftrete, das österreichische Vergaberecht einhalten. Aus der Tatsache, dass die Vergaberichtlinie 2004/18/EG nicht explizit "die Einhaltung der nationalen Bestimmungen fordert" könne nicht geschlossen werden, dass die Einhaltung der Richtlinie bzw. nationale Umsetzungsnormen in jedwedem anderen Mitgliedsstaat genügen. In jedem Fall würde jedoch die Zulassung ausländischer Beschaffungsstellen im Bereich des Rechtsschutzes zu rechtlich bedenklichen Konsequenzen führen, wozu die Antragstellerin auf verschiedene Belegstellen in der Literatur verweist. Im Ergebnis erweist sich für die Antragstellerin daher auch das Vollmachtsmodell des Paragraph 10, Ziffer 15, BVergG 2006 nicht als Ausnahme, die die Antragsgegnerin davon befreien würde, österreichisches Vergaberecht auf ihren Beschaffungsbedarf anzuwenden. Der Beitritt in die EKK und die damit beabsichtigten Abrufe aus den Rahmenvereinbarungen seien und blieben unzulässig. Auch die Berufung auf Inhouse-Vergabe und Verwaltungskooperationen hält die Antragstellerin für unzulässig, die Einhaltung des deutschen Vergaberechts allein sei nicht ausreichend. Im Ergebnis sei daher für die Antragstellerin festzuhalten, dass der Beitritt in die Einkaufsgemeinschaft EKK eine gesondert anfechtbare und rechtswidrige Entscheidung der Antragsgegnerin sei, die für nichtig zu erklären wäre. Aus dem Beitritt in die Einkaufsgemeinschaft werde die Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, n, n, BVergG 2006) ersichtlich, da die Antragsgegnerin durch die Mitgliedschaft in der EKK unmittelbar berechtigt werde, Abrufe aus den Rahmenvereinbarungen zu tätigen. Jeder Abruf stelle eine unzulässige Direktvergabe dar. Die Berufung auf die Ausnahmen des Paragraph 10, Ziffer 14 und Ziffer 15, BVergG 2006 sei schon deswegen unzulässig, weil es sich bei der EKK um keine zentrale Beschaffungsstelle iSd BVergG 2006 handle. Es sei bisher nicht nachgewiesen, dass die EKK überhaupt öffentliche Auftraggeberin sei. Die EKK agiere auch nicht als Großhändler, da sie nicht im eigenen Namen und auf eigene Rechnung beschaffe, sodass die Ausnahme des Paragraph 10, Ziffer 14, BVergG 2006 auf den gegenständlichen Fall nicht zutreffe. Um sich auf das Vermittlermodell des Paragraph 10, Ziffer 15, BVergG 2006 berufen zu können, müsste die zentrale Beschaffungsstelle unter Anwendung des österreichischen Vergaberechtes ausgeschrieben haben. Die EKK wende zur Beschaffung von Leistungen nicht die Bestimmungen des BVergG 2006 an und erfülle somit nicht die Voraussetzungen der eng auszulegenden Ausnahmebestimmungen. Auch diese Ausnahme sei daher nicht anwendbar. Die Inhouse-Ausnahme sei ebenfalls nicht geeignet, um den vergabefreien Bezug der Leistungen von Vertragslieferanten durch die Antragsgegnerin zu rechtfertigen. Da die Antragsgegnerin die Leistungen nicht von der EKK beziehe, sei ein allfälliges Inhouse-Verhältnis zwischen Antragsgegnerin und EKK auch unbeachtlich. Eine Verwaltungskooperation iSd Urteils

"Stadtreinigung Hamburg" (EuGH C-480/06) liege ebenfalls nicht vor. Im Ergebnis sei daher keine Konstellation geeignet, um die Vorgehensweise der Antragsgegnerin aus vergaberechtlicher Sicht zu rechtfertigen. Es bestehe kein Ausnahmetatbestand, der für die Beschaffung von Leistungen über die EKK durch die Antragsgegnerin herangezogen werden könnte. Deren Vorgehensweise sei daher rechtswidrig und für nichtig zu erklären.

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 Bezugswang 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 entgeltliche Leistung 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 23.5.2011 repliziert die Antragstellerin auf das Vorbringen der Antragsgegnerin sowie der Teilnahmeberechtigten und erweitert ihren aus den vorangegangenen Schriftsätzen bereits bekannten Standpunkt.

Zusammenfassend ist die Antragstellerin weiterhin der Ansicht, dass die Teilnahmeberechtigte keineswegs vorhabe, nach österreichischem Vergaberecht auszuschreiben und die Beschaffungen der Antragsgegnerin der österreichischen Vergabekontrolle zu unterziehen. Es sei daher weiterhin davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin im Zusammenwirken mit der Teilnahmeberechtigten einen effektiven Rechtsschutz verhindern wolle. Aus dem Beitritt der Antragsgegnerin in die Einkaufsgemeinschaft werde die Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe ersichtlich, da die Antragsgegnerin durch die Mitgliedschaft in der EKK unmittelbar verpflichtet bzw. berechtigt werde, Abrufe aus den Rahmenvereinbarungen zu tätigen. Jeder derartige Abruf, wie auch bereits der Abschluss der Vorbereitungen, stelle eine unzulässige Direktvergabe dar. Soweit sich die Antragsgegnerin auf die Ausnahmetatbestände des § 10 Z 14 und Z 15 BVergG berufe, sei dies unzulässig, weil es sich bei der EKK um keine zentrale Beschaffungsstelle im Sinne des BVergG handle. Es gebe keine Hinweise, dass die EKK öffentlicher Auftraggeber sei. Die EKK sei auch nicht "Großhändler, da sie nicht im eigenen Namen und auf eigene Rechnung den Bedarf der Mitgliedskrankenhäuser beschaffe, sodass die Ausnahme des § 10 Z 14 BVergG nicht anwendbar sei. Darüber hinaus sei die EKK nicht befugt, in Österreich mit Medizinprodukten zu handeln. Die Anwendung des "Vermittlermodells" nach § 10 Z 15 BVergG sei nur zulässig, wenn die EKK als zentrale Beschaffungsstelle unter Anwendung des österreichischen Vergaberechts ausgeschrieben habe. Die Antragsgegnerin und die Teilnahmeberechtigte hätten keinen entsprechenden Beweis erbracht, dass die EKK bei der Beschaffung von Leistungen die Bestimmungen des BVergG anwende. Die Ausnahmetatbestände seien damit nicht gegeben. Auch die Annahme einer Inhouse-Ausnahme sei nicht gerechtfertigt, da die Antragsgegnerin die Leistungen nicht von der EKK beziehe, eine Verwaltungskooperation im Sinne des Urteils "Stadtreinigung Hamburg" (EuGH C- 408/06) liege ebenfalls nicht vor. Es sei daher keine "Beschaffungs"-Konstellation im Zusammenhang mit dem Beitritt zur EKK geeignet, die Vorgehensweise der Antragsgegnerin aus vergaberechtlicher Sicht zu rechtfertigen. Es bestehe auch kein gesetzlicher Ausnahmetatbestand, der für die Beschaffungen von Leistungen durch die Antragsgegnerin über die mitbeteiligte Partei herangezogen werden könnte. Die Vorgehensweise der Antragsgegnerin sei daher rechtswidrig und für nichtig zu erklären. Zusammenfassend ist die Antragstellerin weiterhin der Ansicht, dass die Teilnahmeberechtigte keineswegs vorhabe, nach österreichischem Vergaberecht auszuschreiben und die Beschaffungen der Antragsgegnerin der österreichischen Vergabekontrolle zu unterziehen. Es sei daher weiterhin davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin im Zusammenwirken mit der Teilnahmeberechtigten einen effektiven Rechtsschutz verhindern wolle. Aus dem Beitritt der Antragsgegnerin in die Einkaufsgemeinschaft werde die Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe ersichtlich,

da die Antragsgegnerin durch die Mitgliedschaft in der EKK unmittelbar verpflichtet bzw. berechtigt werde, Abrufe aus den Rahmenvereinbarungen zu tätigen. Jeder derartige Abruf, wie auch bereits der Abschluss der Vorbereitungen, stelle eine unzulässige Direktvergabe dar. Soweit sich die Antragsgegnerin auf die Ausnahmetatbestände des Paragraph 10, Ziffer 14 und Ziffer 15, BVergG berufe, sei dies unzulässig, weil es sich bei der EKK um keine zentrale Beschaffungsstelle im Sinne des BVergG handle. Es gebe keine Hinweise, dass die EKK öffentlicher Auftraggeber sei. Die EKK sei auch nicht "Großhändler, da sie nicht im eigenen Namen und auf eigene Rechnung den Bedarf der Mitgliedskrankenhäuser beschaffe, sodass die Ausnahme des Paragraph 10, Ziffer 14, BVergG nicht anwendbar sei. Darüber hinaus sei die EKK nicht befugt, in Österreich mit Medizinprodukten zu handeln. Die Anwendung des "Vermittlermodells" nach Paragraph 10, Ziffer 15, BVergG sei nur zulässig, wenn die EKK als zentrale Beschaffungsstelle unter Anwendung des österreichischen Vergaberechts ausgeschrieben habe. Die Antragsgegnerin und die Teilnahmeberechtigte hätten keinen entsprechenden Beweis erbracht, dass die EKK bei der Beschaffung von Leistungen die Bestimmungen des BVergG anwende. Die Ausnahmetatbestände seien damit nicht gegeben. Auch die Annahme einer Inhouse-Ausnahme sei nicht gerechtfertigt, da die Antragsgegnerin die Leistungen nicht von der EKK beziehe, eine Verwaltungskooperation im Sinne des Urteils "Stadtreinigung Hamburg" (EuGH C- 408/06) liege ebenfalls nicht vor. Es sei daher keine "Beschaffungs"-Konstellation im Zusammenhang mit dem Beitritt zur EKK geeignet, die Vorgehensweise der Antragsgegnerin aus vergaberechtlicher Sicht zu rechtfertigen. Es bestehe auch kein gesetzlicher Ausnahmetatbestand, der für die Beschaffungen von Leistungen durch die Antragsgegnerin über die mitbeteiligte Partei herangezogen werden könnte. Die Vorgehensweise der Antragsgegnerin sei daher rechtswidrig und für nichtig zu erklären.

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 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 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 diesen Schriftsatz hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 4.7.2011 repliziert, dass dann, wenn man den Beitritt der Antragsgegnerin zur EKK als Abschluss eines entgeltlichen Dienstleistungsvertrages im Wege einer Direktvergabe sehen wollte, sich die Frage des zulässigen Schwellenwertes von Euro 100.000,-- gemäß der Schwellenwertverordnung 2009 idF BGBl II Nr. 455/2010 stelle, nämlich ob dieser überschritten wurde oder nicht. Nach Ansicht der Antragstellerin ist dies im Hinblick auf die Höhe der Rückvergütung an die Mitglieder der EKK der Fall, weil bei Prüfung der veröffentlichten Bilanz der EKK sich Erlöse von weit über Euro 100.000,-- pro Mitglied in vier Jahren errechnen würden. Auf diesen Schriftsatz hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 4.7.2011 repliziert, dass dann, wenn man den Beitritt der Antragsgegnerin zur EKK als Abschluss eines entgeltlichen Dienstleistungsvertrages im Wege einer Direktvergabe sehen wollte, sich die Frage des zulässigen Schwellenwertes von Euro 100.000,-- gemäß der Schwellenwertverordnung 2009 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 455 aus 2010, stelle, nämlich ob dieser überschritten wurde oder nicht. Nach Ansicht der Antragstellerin ist dies im Hinblick auf die Höhe der Rückvergütung an die Mitglieder der EKK der Fall, weil bei Prüfung der veröffentlichten Bilanz der EKK sich Erlöse von weit über Euro 100.000,-- pro Mitglied in vier Jahren errechnen würden.

Der Beitritt der Antragsgegnerin wurde auch von zwei weiteren Unternehmen mit Nachprüfungsanträgen, die zu VKS - 4051/11 und VKS - 4052/11 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 - 4052/11 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 wiedergegebenen 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 Kommunaler 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 stattlichen (!) 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 der 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 *** Ges.m.b.H., Kernen (Deutschland) abgeschlossenen Rahmenvertrages 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 *** Ges.m.b.H., Kernen

(Deutschland) abgeschlossenen Rahmenvertrages 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

Inkassoverträge 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 - 4051/11 vorgelegten Vertrag ergibt (dortiger Vertragspartner *** GmbH - *** Deutschland).

Durch den Beitritt zur EKK erlangt jedes Mitglied das Recht, die Einrichtungen der Genossenschaft nach Maßgabe der dafür getroffenen Bestimmungen zu benützen. 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 Produktsparten 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 Teilnahmberechtigten 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 selbstständige 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 Teilnahmberechtigten 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 Teilnahmberechtigten 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 selbstständige 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 Teilnahmberechtigten 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 Teilnahmberechtigten 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 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 (Teilnahmberechtigte, Schriftsatz vom 12.5.2011, Seite 4 und Protokoll Seite 8).

Die Antragstellerin hat am 7.4.2011 über ihr deutsches Schwesterunternehmen davon erfahren, dass die Antragsgegnerin mit Wirkung vom 1.4.2011 als Mitglied der EKK aufgenommen worden ist. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist am 11.4.2011 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Ohne dass die Antragstellerin die von ihr bisher an die Antragsgegnerin gelieferten Medizinprodukte näher bezeichnet hätte, führt sie zu dem ihr drohenden Schaden lediglich aus, dass neben den Kosten für die Wahrung ihrer Rechtsposition sowie die Pauschalgebühren ihr die Möglichkeit auf eine erfolgreiche Beteiligung an einem rechtskonformen Vergabeverfahren und damit die Möglichkeit auf Zuschlagserteilung und Erzielung eines angemessenen Gewinns genommen werde. "Dieser unternehmerische Gewinn kann im Hinblick auf den Leistungsgegenstand und -umfang derzeit seriös nicht beziffert werden. Es ist aber von einer branchenüblichen Gewinnspanne von 3% auszugehen" (einleitender Schriftsatz Seite 8). Dazu käme noch der Verlust "wichtiger Referenzprojekte für künftige Vergabeverfahren".

Nicht festgestellt werden konnte, dass die Antragsgegnerin nach ihrem Beitritt in die EKK bisher von ihren 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 Nichtigklärung 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 Nichtigklärung 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 auf die Bestimmung des § 33 Abs. 1 Z 2 BVergG 2007, wonach sie zunächst die Feststellung begehrt, dass die Entscheidung der Auftraggeberin in Form der Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe durch Beitritt in die EKK mit der Absicht, Leistungen im Bereich von Medizin- und Pharmaprodukten direkt von den Vertragslieferanten abzurufen (§ 2 Z 16 lit.a sublit.nn BVergG 2006), sowie dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zur Beschaffung von Medizin- und Pharmaprodukten über Abruf von Leistungen vom Vertragslieferanten einer Einkaufsgemeinschaft (§ 2 Z 16 lit.a sublit.ee BVergG 2006) wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die dazu ergangenen Verordnungen und unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war und daher der Beitritt zur EKK durch die Antragsgegnerin für nichtig zu erklären sei. Diese Feststellungsanträge entsprechen zwar formal, nicht jedoch inhaltlich, den Bestimmungen des § 35 Abs. 1 WVRG 2007. Da die Antragstellerin vom Beitritt der Antragsgegnerin zur EKK erst am 7.4.2011 Kenntnis erlangt hat, ist ihr am 11.4.2011 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 auf die Bestimmung des Paragraph 33, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2007, wonach sie zunächst die Feststellung begehrt, dass die Entscheidung der Auftraggeberin in Form der Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe durch Beitritt in die EKK mit der Absicht, Leistungen im Bereich von Medizin- und Pharmaprodukten direkt von den Vertragslieferanten abzurufen (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, n, n, BVergG 2006), sowie dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zur Beschaffung von Medizin- und Pharmaprodukten über Abruf von Leistungen vom Vertragslieferanten einer Einkaufsgemeinschaft (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e, BVergG 2006) wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die dazu ergangenen Verordnungen und unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war und daher der Beitritt zur EKK durch die Antragsgegnerin für nichtig zu erklären sei. Diese Feststellungsanträge entsprechen zwar formal, nicht jedoch inhaltlich, den Bestimmungen des Paragraph 35, Absatz eins, WVRG 2007. Da die Antragstellerin vom Beitritt der Antragsgegnerin zur EKK erst am 7.4.2011 Kenntnis erlangt hat, ist ihr am 11.4.2011 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 Entscheidung der Auftraggeberin in Form der Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe durch Beitritt in die Einkaufsgemeinschaft kommunaler Krankenhäuser eG im deutschen Städtetag mit der Absicht, Leistungen im Bereich von Medizin- und Pharmaprodukten direkt von den Vertragslieferanten abzurufen, gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. nn BVergG 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 Entscheidung der Auftraggeberin in Form der Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe durch Beitritt in die Einkaufsgemeinschaft kommunaler Krankenhäuser eG im deutschen Städtetag mit

der Absicht, Leistungen im Bereich von Medizin- und Pharmaprodukten direkt von den Vertragslieferanten abzurufen, gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, n, n, BVergG 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 Medizinprodukteerzeugern 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 Entscheidung der Auftraggeberin in Form der Aufforderung zur Angebotsabgabe einschließlich der darin festgelegten Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. ee BVergG 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 beehrten Nichtigerklärung. Hilfsweise hat die Antragstellerin begehrt, "die Entscheidung der Auftraggeberin in Form der Aufforderung zur Angebotsabgabe einschließlich der darin festgelegten Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung gemäß Paragraph 2,

Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, e, e, BVergG 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 Vorgangsweise der Antragsgegnerin in ihren Rechten konkret geschädigt oder gefährdet sein könnte.

Die Antragstellerin begehrt die Feststellung, "dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zur Beschaffung von Medizin- und Pharmaprodukten über Abruf von Leistungen von Vertragslieferanten einer Einkaufsgemeinschaft wegen eines Verstoßes gegen das BVergG, die dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war und daher der Beitritt zur EKK durch den KAV für nichtig zu erklären" sei. 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 könnte. Vor Abschluss der erforderlichen Abstimmungen zwischen der Teilnahmeberechtigten 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. 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. Damit fehlt es aber auch an einer Grundlage für die - von der Antragstellerin offenbar begehrte - Nichtigerklärung des Beitrittes der Antragsgegnerin zur EKK im Sinne des § 36a Abs. 2 WVRG 2007. 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. 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. Damit fehlt es aber auch an einer Grundlage für die - von der Antragstellerin offenbar begehrte - Nichtigerklärung des Beitritts der Antragsgegnerin zur EKK im Sinne des Paragraph 36 a, Absatz 2, WVRG 2007.

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 zu 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 Antragstellerin 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 zu 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 Antragstellerin 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 15 BVergG 2006 ausdrücklich festgelegt, dass die Beschaffungsstelle "Bestimmungen des zweiten Teils" des BVergG 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 inländische zentrale Beschaffungsstellen noch einen Auftraggeber, sich Leistungen im Ausland zu beschaffen, wobei sie jedoch an inländische Rechtsvorschriften gebunden sind. 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 15 BVergG 2006 ausdrücklich festgelegt, dass die Beschaffungsstelle "Bestimmungen des zweiten Teils" des BVergG 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 inländische zentrale Beschaffungsstellen noch einen Auftraggeber, sich Leistungen im Ausland zu beschaffen, wobei sie jedoch an inländische Rechtsvorschriften gebunden sind.

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 VergabeRL 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 VergabeRL 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 einer 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