

TE Verg Bescheid 2010/5/14 N/0038-BVA/10/2010-43

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 14.05.2010

Norm

BVergG 2006 §312

BVergG 2006 §345 Abs14 Z2

BVergG 2006 §331

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 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
-
1. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 331 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 10 bestehend aus Mag. Hubert Reisner als Vorsitzendem sowie Sabine Prewein, MAS, als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Ulrich E. Zellenberg als Mitglied der Auftragnehmerseite im Feststellungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Abgabe von enteraler Ernährung" des Auftraggebers Österreichische Apothekerkammer vertreten durch X*** Partnerschaft von Rechtsanwälten eingeleitet über Antrag vom 25. März 2010 der A*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Die Anträge der A***, "a) das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung, welches zu dem Vertrag (iSd Kammer-Info 03/10 vom 23.2.2010) zwischen der Auftraggeberin sowie der B*** und der C*** als Arbeitsgemeinschaft geführt hat, wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war; sowie das Bundesvergabeamt möge den Vertrag (iSd Kammer-Info 03/10 vom 23.2.2010) zwischen der Auftraggeberin sowie der B*** und der C*** als Arbeitsgemeinschaft für absolut nichtig erklären,

1. aa)Sub-Litera, a, a

in eventu: das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung, welches zu dem Vertrag (iSd Kammer-Info 03/10 vom 23. Februar 2010) zwischen der Auftraggeberin und der B***, wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war; und das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung, welches zu dem Vertrag (iSd Kammer-Info 03/10 vom 23. Februar 2010) zwischen der Auftraggeberin und der C*** geführt hat, wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war; sowie das Bundesvergabeamt möge den Vertrag zwischen der Auftraggeberin und der B*** (iSd Kammer-Info 03/10 vom 23.2.2010) für absolut nichtig erklären; und das Bundesvergabeamt möge den Vertrag zwischen der Auftraggeberin und der C*** (iSd Kammer-Info 03/10 vom 23.2.2010) für absolut nichtig erklären", werden zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 345 Abs 14 Z 2 BVergGRechtsgrundlage: Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer 2, BVergG

II.römisch zwei.

Die Anträge der A***, "b) In eventu: das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass die Zuschlagserteilung der Auftraggeberin (iSd Kammer-Info 03/10 vom 23.2.2010), die ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer direkt an die B*** und C*** als Arbeitsgemeinschaft erfolgte, auf Grund der Bestimmungen des BVergG 2006 und gegen Gemeinschaftsrecht offenkundig unzulässig war;

1. bb)Sub-Litera, b, b

in eventu: das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass die Zuschlagserteilung der Auftraggeberin (iSd Kammer-Info 03/10 vom 23.2.2010), die ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer direkt an die B*** erfolgte, auf Grund der Bestimmungen des BVergG 2006 und gegen Gemeinschaftsrecht offenkundig unzulässig war und das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass die Zuschlagserteilung der Auftraggeberin (iSd Kammer-Info 03/10 vom 23.2.2010), die ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer direkt an die C*** erfolgte, auf Grund der Bestimmungen des BVergG 2006 und gegen Gemeinschaftsrecht offenkundig unzulässig war;

1. c)Litera c

in eventu: das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass die Wahl der Direktvergabe oder die Wahl eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung, welche zu dem Vertrag zwischen der Auftraggeberin (iSd Kammer-Info 03/10 vom 23.2.2010) mit B*** und C*** als Arbeitsgemeinschaft geführt hat, wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war;

2. cc)Sub-Litera, c, c

in eventu: das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass die Wahl der Direktvergabe oder die Wahl eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung, welche zu dem Vertrag zwischen der Auftraggeberin (iSd

Kammer-Info 03/10 vom 23.2.2010) mit der B*** geführt hat, wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war und das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass die Wahl der Direktvergabe oder die Wahl eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung, welche zu dem Vertrag zwischen der Auftraggeberin (iSd Kammer-Info 03/10 vom 23.2.2010) mit der C*** geführt hat, wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war", werden abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 331 BVergGRechtsgrundlage: Paragraph 331, BVergG

III.römisch drei.

Der Antrag der A***, das Bundesvergabeamt möge "f) der Auftraggeberin aufzutragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühr für den Antrag auf Feststellung in Höhe von Euro 623,- bei sonstiger Exekution binnen 14 Tagen zu Händen deren rechtsfreundlichen Vertretung zu bezahlen", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergGRechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien und Gang des Verfahrens

Am 25. März 2010 langte beim Bundesvergabeamt der verfahrenseinleitende Feststellungsantrag ein. Darin führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass sie Spezialistin für die Herstellung, das Marketing und den Vertrieb von Produkten für die Infusions- und Ernährungstherapie sei und zu den führenden Unternehmen im österreichischen Krankenhaus- und außerklinischen Bereich (Home Care) gehöre. Sie verfüge über eine Befugnis, sowohl Apotheken als auch Patienten zu beliefern. Zwischen der Salzburger Gebietskrankenkasse (SGKK) und den Salzburger Großhändlern (federführend der Großhandel D***) (GH), sowie der Auftraggeberin seien Verträge über die Abgabe von Enteraler Ernährung (Produkte der Antragsgegnerinnen, der Antragstellerin sowie E*** und F***) abgeschlossen worden. Die Produkte seien in Gebindegrößen gelistet gewesen. Aufgrund der ähnlichen Preisgestaltung seien die Ärzte bei der Verschreibung frei gewesen. Die Antragstellerin habe einen Jahresumsatz von Euro 60.000 gemacht. Die Verrechnung sei einerseits zwischen der Salzburger Gebietskrankenkasse und den einzelnen Apotheken, andererseits zwischen den einzelnen Apotheken und den GH und auf Basis des bisherigen Vertrages einschließlich der Preislisten in seinem Anhang erfolgt. Die Auftraggeberin habe nunmehr im Jahr 2010 einen Vertrag über die Versorgung mit enteraler Ernährung mit den beiden Antragsgegnerinnen abgeschlossen. Bei dem gegenständlichen Vertrag handle es sich um einen Rahmenvertrag. Der Auftragswert der gegenständlichen Leistung betrage zumindest Euro 680.000 pro Jahr und liege somit eindeutig im Oberschwellenbereich. Es werde somit ein Vorsorgesystem eingerichtet, das aus der Bereitstellung und Abgabe von Enteraler Ernährung zu einem bestimmten Preis unter näher genannten Anforderungen bestehe. Vertraglich seien insbesondere das Entgelt, die Vorgehensweise bei der Bestellung, sowie die Liefer-, Abrechnungs- als auch die Übergabemodalitäten vereinbart worden. Dass der gegenständliche Vertrag ein Rahmenvertrag sei, ergebe sich daraus, dass die grundlegenden Vertragsbestimmungen wie Ware, Preis pro Ware, Abgabemodalität und andere Anforderungen an den Auftragnehmer im Vertrag bereits enthalten seien. Der vorliegende Vertrag begründe somit bereits eine Bindungswirkung und gegenseitige Verpflichtungen der Vertragsparteien. Die Antragsgegnerinnen hätten ihre Preise um 25 % gesenkt. Die Antragstellerin werde benachteiligt, da aufgrund der Tatsache, dass die Antragsgegnerinnen die Patienten direkt belieferten, Krankenhäuser in der Praxis bei der Entlassung die Produkte der Antragsgegnerinnen bevorzugen würden, was Umsatzeinbrüche zur Folge haben werde. Die Auftraggeberin habe den gegenständlichen Vertrag - trotz schriftlichen Hinweises auf eine Ausschreibungspflicht - ohne Vergabeverfahren und ohne Einbindung der Öffentlichkeit (mittels europaweiter Bekanntmachung) abgeschlossen. Insbesondere sei die Antragstellerin nicht zur Angebotsabgabe eingeladen worden. Der gegenständliche Auftrag sei, zumal der Auftragswert im Oberschwellenbereich liege und kein Ausnahmetatbestand erfüllt sei, mit vorheriger Bekanntmachung europaweit auszuschreiben gewesen. Zu dem gegenständlichen Auftrag sei keinerlei Bekanntmachung erfolgt. Die Antragstellerin habe ein evidentes und rechtliches Interesse am Vertragsabschluss. Weiters habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 15. März 2010 die Auftraggeberin aufgefordert, eine Vertragserfüllung zu unterlassen. Der Schaden bestehe in der entgangenen Möglichkeit, sich an einem Vergabeverfahren zu beteiligen, entgangenem Gewinn, entgangenem Umsatz, dem Verlust eines wesentlichen

Referenzprojekts und den bisherigen Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung in Höhe von Euro 8.000. Die Antragstellerin erachtet sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens und in weiterer Folge in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung verletzt. Da ein Vertragsabschluss durch rechtswidrige Zuschlagserteilung im Jahr 2010 erfolgt sei, wovon die Antragstellerin erst mit der Kammer-Info 03/10 vom 23. Februar 2010 am 25. Februar 2010 Kenntnis erlangt habe, sei der Antrag rechtzeitig. Zu dem gegenständlichen Auftrag sei keinerlei Bekanntmachung erfolgt. Auf ein Schreiben der Antragstellerin an die Auftraggeberin vom 2. Dezember 2009, in dem die Antragstellerin die Auftraggeberin mit dem Gerücht eines bevorstehenden Vertragsabschlusses konfrontiert habe, sei nicht einmal reagiert worden. Die Österreichische Apothekerkammer sei öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Der Abschluss des gegenständlichen Rahmenvertrages stelle - wie nachfolgend im Detail ausgeführt - einen entgeltlichen Lieferauftrag iSd § 5 BVergG dar, der in den sachlichen Geltungsbereich des BVergG falle. §§ 348a ff ASVG ermöglichten den Abschluss von Gesamtverträgen zwischen den Krankenversicherungsträgern vertreten durch den Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger und den Apothekern vertreten durch die Österreichische Apothekerkammer. Gemäß § 348a Abs 3 ASVG sei Vertragsgegenstand des Gesamtvertrages die Abgabe von Heilmitteln auf Rechnung der Krankenversicherungsträger. Auch der verfahrensgegenständliche Vertrag diene der Abgabe von Heilmitteln. Da der Vertrag jedoch zwischen einzelnen Unternehmen und der Österreichischen Apothekerkammer abgeschlossen worden sei, entspreche er nicht § 348a ASVG und sei kein Gesamtvertrag. Der Vertrag diene vielmehr der Bereitstellung von Heilmitteln. Dass die Leistung nicht dem Auftraggeber selbst, sondern im Rahmen der Sachleistungspflicht dem Anspruchsberechtigten erbracht werde, schade nicht, da die Leistung in Erfüllung der Sachleistungspflicht des Auftraggebers erfolge (BVA 5. 8. 2008, F/0003-BVA/10/2008-42, VwGH 1. 3. 2005, 2003/04/0008). Es liege somit jedenfalls eine Beschaffungssituation vor. Es handle sich nicht um einen Direktverrechnungsvertrag (VwGH 10. 12. 2009, 2005/04/0201). Auftragsgegenstand sei der Kauf von enteraler Ernährung. Es liege somit unzweifelhaft ein Lieferauftrag iSd § 5 BVergG vor. Die gegenständliche Beschaffung hätte schon allein nach den Grundsätzen des Vergaberechts gemäß § 19 BVergG in einem transparenten Vergabeverfahren erfolgen müssen. Nach den vergaberechtlichen Bestimmungen hätte ein Vergabeverfahren mit vorheriger europaweiter Bekanntmachung durchgeführt werden müssen. Dies sei nicht erfolgt. Die Auftraggeberin habe sich offensichtlich mit der Frage der Anwendbarkeit des BVergG und der Ausschreibungspflicht, trotz schriftlichen Hinweises durch die Antragstellerin (Schreiben vom 2. Dezember 2009), nicht auseinandergesetzt, obwohl sie sich grundsätzlich ihrer Eigenschaft als öffentliche Auftraggeberin bewusst sein hätte müssen. Die Ausschreibungspflicht nach dem BVergG sei insbesondere aufgrund der Diskrepanz zwischen Auftragswert und der Wertgrenze für Direktvergaben sowie der Nichterfüllung eines Ausnahmetatbestandes für ein Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung evident und somit die Unzulässigkeit des Vertragsabschlusses offenkundig. Jedenfalls sei die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig gewesen. Lediglich eventualiter werde für den Fall vorgebracht, dass das Bundesvergabeamt feststelle, dass nicht ein Vertrag sondern zwei Verträge abgeschlossen worden seien, dass aufgrund der vorherigen Ausführungen der Abschluss der beiden Verträge ohne Durchführung von Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig gewesen sei. Schließlich beantrage die Antragstellerin die Feststellung, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung, welches zu dem Vertrag (iSd Kammer-Info 03/10 vom 23. Februar 2010) zwischen der Auftraggeberin sowie der B*** und der C*** als Arbeitsgemeinschaft geführt hat, wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war; sowie die Nichtigkeitserklärung dieses Vertrags, in eventu die Feststellung, dass jeweils die Durchführung eines Vergabeverfahrens, das zum Abschluss des Vertrags mit B*** und des Vertrags mit C*** geführt hat, rechtswidrig war sowie die Nichtigkeitserklärung dieser Verträge, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht und den Ersatz der Pauschalgebühr. Am 25. März 2010 langte beim Bundesvergabeamt der verfahrenseinleitende Feststellungsantrag ein. Darin führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass sie Spezialistin für die Herstellung, das Marketing und den Vertrieb von Produkten für die Infusions- und Ernährungstherapie sei und zu den führenden Unternehmen im österreichischen Krankenhaus- und außerklinischen Bereich (Home Care) gehöre. Sie verfüge über eine Befugnis, sowohl Apotheken als auch Patienten zu beliefern. Zwischen der Salzburger Gebietskrankenkasse (SGKK) und den Salzburger Großhändlern (federführend der Großhandel D***) (GH), sowie der Auftraggeberin seien Verträge über die Abgabe von Enteraler Ernährung (Produkte der Antragsgegnerinnen, der Antragstellerin sowie E*** und F***) abgeschlossen worden. Die Produkte seien in Gebindegrößen gelistet gewesen. Aufgrund der ähnlichen Preisgestaltung seien die Ärzte bei der Verschreibung frei

gewesen. Die Antragstellerin habe einen Jahresumsatz von Euro 60.000 gemacht. Die Verrechnung sei einerseits zwischen der Salzburger Gebietskrankenkasse und den einzelnen Apotheken, andererseits zwischen den einzelnen Apotheken und den GH und auf Basis des bisherigen Vertrages einschließlich der Preislisten in seinem Anhang erfolgt. Die Auftraggeberin habe nunmehr im Jahr 2010 einen Vertrag über die Versorgung mit enteraler Ernährung mit den beiden Antragsgegnerinnen abgeschlossen. Bei dem gegenständlichen Vertrag handle es sich um einen Rahmenvertrag. Der Auftragswert der gegenständlichen Leistung betrage zumindest Euro 680.000 pro Jahr und liege somit eindeutig im Oberschwellenbereich. Es werde somit ein Vorsorgesystem eingerichtet, das aus der Bereitstellung und Abgabe von Enteraler Ernährung zu einem bestimmten Preis unter näher genannten Anforderungen bestehe. Vertraglich seien insbesondere das Entgelt, die Vorgehensweise bei der Bestellung, sowie die Liefer-, Abrechnungs- als auch die Übergabemodalitäten vereinbart worden. Dass der gegenständliche Vertrag ein Rahmenvertrag sei, ergebe sich daraus, dass die grundlegenden Vertragsbestimmungen wie Ware, Preis pro Ware, Abgabemodalität und andere Anforderungen an den Auftragnehmer im Vertrag bereits enthalten seien. Der vorliegende Vertrag begründe somit bereits eine Bindungswirkung und gegenseitige Verpflichtungen der Vertragsparteien. Die Antragsgegnerinnen hätten ihre Preise um 25 % gesenkt. Die Antragstellerin werde benachteiligt, da aufgrund der Tatsache, dass die Antragsgegnerinnen die Patienten direkt belieferten, Krankenhäuser in der Praxis bei der Entlassung die Produkte der Antragsgegnerinnen bevorzugen würden, was Umsatzeinbrüche zur Folge haben werde. Die Auftraggeberin habe den gegenständlichen Vertrag - trotz schriftlichen Hinweises auf eine Ausschreibungspflicht - ohne Vergabeverfahren und ohne Einbindung der Öffentlichkeit (mittels europaweiter Bekanntmachung) abgeschlossen. Insbesondere sei die Antragstellerin nicht zur Angebotsabgabe eingeladen worden. Der gegenständliche Auftrag sei, zumal der Auftragswert im Oberschwellenbereich liege und kein Ausnahmetatbestand erfüllt sei, mit vorheriger Bekanntmachung europaweit auszuschreiben gewesen. Zu dem gegenständlichen Auftrag sei keinerlei Bekanntmachung erfolgt. Die Antragstellerin habe ein evidentes und rechtliches Interesse am Vertragsabschluss. Weiters habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 15. März 2010 die Auftraggeberin aufgefordert, eine Vertragserfüllung zu unterlassen. Der Schaden bestehe in der entgangenen Möglichkeit, sich an einem Vergabeverfahren zu beteiligen, entgangenem Gewinn, entgangenem Umsatz, dem Verlust eines wesentlichen Referenzprojekts und den bisherigen Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung in Höhe von Euro 8.000. Die Antragstellerin erachtet sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens und in weiterer Folge in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung verletzt. Da ein Vertragsabschluss durch rechtswidrige Zuschlagserteilung im Jahr 2010 erfolgt sei, wovon die Antragstellerin erst mit der Kammer-Info 03/10 vom 23. Februar 2010 am 25. Februar 2010 Kenntnis erlangt habe, sei der Antrag rechtzeitig. Zu dem gegenständlichen Auftrag sei keinerlei Bekanntmachung erfolgt. Auf ein Schreiben der Antragstellerin an die Auftraggeberin vom 2. Dezember 2009, in dem die Antragstellerin die Auftraggeberin mit dem Gerücht eines bevorstehenden Vertragsabschlusses konfrontiert habe, sei nicht einmal reagiert worden. Die Österreichische Apothekerkammer sei öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Der Abschluss des gegenständlichen Rahmenvertrages stelle - wie nachfolgend im Detail ausgeführt - einen entgeltlichen Lieferauftrag iSd Paragraph 5, BVergG dar, der in den sachlichen Geltungsbereich des BVergG falle. Paragraphen 348 a, ff ASVG ermöglichen den Abschluss von Gesamtverträgen zwischen den Krankenversicherungsträgern vertreten durch den Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger und den Apothekern vertreten durch die Österreichische Apothekerkammer. Gemäß Paragraph 348 a, Absatz 3, ASVG sei Vertragsgegenstand des Gesamtvertrages die Abgabe von Heilmitteln auf Rechnung der Krankenversicherungsträger. Auch der verfahrensgegenständliche Vertrag diene der Abgabe von Heilmitteln. Da der Vertrag jedoch zwischen einzelnen Unternehmen und der Österreichischen Apothekerkammer abgeschlossen worden sei, entspreche er nicht Paragraph 348 a, ASVG und sei kein Gesamtvertrag. Der Vertrag diene vielmehr der Bereitstellung von Heilmitteln. Dass die Leistung nicht dem Auftraggeber selbst, sondern im Rahmen der Sachleistungspflicht dem Anspruchsberechtigten erbracht werde, schade nicht, da die Leistung in Erfüllung der Sachleistungspflicht des Auftraggebers erfolge (BVA 5. 8. 2008, F/0003-BVA/10/2008-42, VwGH 1. 3. 2005, 2003/04/0008). Es liege somit jedenfalls eine Beschaffungssituation vor. Es handle sich nicht um einen Direktverrechnungsvertrag (VwGH 10. 12. 2009, 2005/04/0201). Auftragsgegenstand sei der Kauf von enteraler Ernährung. Es liege somit unzweifelhaft ein Lieferauftrag iSd Paragraph 5, BVergG vor. Die gegenständliche Beschaffung hätte schon allein nach den Grundsätzen des Vergaberechts gemäß Paragraph 19, BVergG in einem transparenten Vergabeverfahren erfolgen müssen. Nach den vergaberechtlichen Bestimmungen hätte ein Vergabeverfahren mit vorheriger europaweiter Bekanntmachung durchgeführt werden müssen. Dies sei nicht erfolgt. Die Auftraggeberin habe sich offensichtlich mit der Frage der Anwendbarkeit des BVergG und der

Ausschreibungspflicht, trotz schriftlichen Hinweises durch die Antragstellerin (Schreiben vom 2. Dezember 2009), nicht auseinandergesetzt, obwohl sie sich grundsätzlich ihrer Eigenschaft als öffentliche Auftraggeberin bewusst sein hätte müssen. Die Ausschreibungspflicht nach dem BVergG sei insbesondere aufgrund der Diskrepanz zwischen Auftragswert und der Wertgrenze für Direktvergaben sowie der Nichterfüllung eines Ausnahmestatbestandes für ein Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung evident und somit die Unzulässigkeit des Vertragsabschlusses offenkundig. Jedenfalls sei die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig gewesen. Lediglich eventualiter werde für den Fall vorgebracht, dass das Bundesvergabeamt feststelle, dass nicht ein Vertrag sondern zwei Verträge abgeschlossen worden seien, dass aufgrund der vorherigen Ausführungen der Abschluss der beiden Verträge ohne Durchführung von Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig gewesen sei. Schließlich beantrage die Antragstellerin die Feststellung, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung, welches zu dem Vertrag (iSd Kammer-Info 03/10 vom 23. Februar 2010) zwischen der Auftraggeberin sowie der B*** und der C*** als Arbeitsgemeinschaft geführt hat, wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war; sowie die Nichtigerklärung dieses Vertrags, in eventu die Feststellung, dass jeweils die Durchführung eines Vergabeverfahrens, das zum Abschluss des Vertrags mit B*** und des Vertrags mit C*** geführt hat, rechtswidrig war sowie die Nichtigerklärung dieser Verträge, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht und den Ersatz der Pauschalgebühr.

Am 26. März 2010 brachte die Antragstellerin einen als Stellungnahme bezeichneten Schriftsatz ein. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass sie von der Zuschlagserteilung erst mit der Kammer-Info 03/10 vom 23. Februar 2010 am 25. Februar 2010 Kenntnis erlangt habe. Die Ausschreibungspflicht sei nach dem BVergG 2006 insbesondere aufgrund der Diskrepanz zwischen Auftragswert und der Wertgrenze für Direktvergaben evident und somit die Unzulässigkeit des Vertragsabschlusses offenkundig. Nur der Vollständigkeit halber sei festzuhalten, dass bei der Beurteilung der offenkundigen Unzulässigkeit ein objektiver Maßstab anzulegen sei, da sich anderenfalls Auftraggeber leicht durch Nichtbefassung mit der Anwendbarkeit des BVergG 2006 dieser Sanktion entziehen könnten (BVA 5. 8. 2008, F/0003-BVA/10/2008-42). Jedenfalls sei die Wahl der Direktvergabe bzw eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig gewesen. Lediglich eventualiter werde vorgebracht, dass aufgrund der vorherigen Ausführungen und der Ausführungen im Antrag vom 26. März 2010 der Abschluss der beiden Verträge offenkundig unzulässig bzw die Wahl der zwei Direktvergaben bzw eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig gewesen sei. Lediglich eventualiter werde weiters vorgebracht, dass aufgrund der vorherigen Ausführungen und der Ausführungen im Antrag vom 25. März 2010 die Wahl einer Direktvergabe bzw eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig gewesen sei. Aus den oben genannten Gründen ergänzte die Antragstellerin ihre Anträge um die Eventualanträge Lit b und Lit c. Die Antragstellerin stellte an das Bundesvergabeamt (in Zusammenfassung der am 25. März 2010 gestellten Anträge und ergänzt um die Eventualanträge Lit b und Lit c) daher die Anträge wie im Spruch wiedergegeben sowie d) auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und e) Akteneinsicht gemäß § 17 AVG in alle von der Auftraggeberin vorzulegenden Bestandteile des Vergabeverfahrens. Am 26. März 2010 brachte die Antragstellerin einen als Stellungnahme bezeichneten Schriftsatz ein. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass sie von der Zuschlagserteilung erst mit der Kammer-Info 03/10 vom 23. Februar 2010 am 25. Februar 2010 Kenntnis erlangt habe. Die Ausschreibungspflicht sei nach dem BVergG 2006 insbesondere aufgrund der Diskrepanz zwischen Auftragswert und der Wertgrenze für Direktvergaben evident und somit die Unzulässigkeit des Vertragsabschlusses offenkundig. Nur der Vollständigkeit halber sei festzuhalten, dass bei der Beurteilung der offenkundigen Unzulässigkeit ein objektiver Maßstab anzulegen sei, da sich anderenfalls Auftraggeber leicht durch Nichtbefassung mit der Anwendbarkeit des BVergG 2006 dieser Sanktion entziehen könnten (BVA 5. 8. 2008, F/0003-BVA/10/2008-42). Jedenfalls sei die Wahl der Direktvergabe bzw eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig gewesen. Lediglich eventualiter werde vorgebracht, dass aufgrund der vorherigen Ausführungen und der Ausführungen im Antrag vom 26. März 2010 der Abschluss der beiden Verträge offenkundig unzulässig bzw die Wahl der zwei Direktvergaben bzw eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig gewesen sei. Lediglich eventualiter werde weiters vorgebracht, dass aufgrund der vorherigen Ausführungen und der Ausführungen im Antrag vom 25. März 2010 die Wahl einer Direktvergabe bzw eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig gewesen sei. Aus den oben genannten Gründen ergänzte die Antragstellerin ihre Anträge um die Eventualanträge Lit b und Lit c. Die Antragstellerin stellte an das Bundesvergabeamt (in Zusammenfassung der am 25. März 2010 gestellten Anträge und

ergänzt um die Eventualanträge Lit b und Lit c) daher die Anträge wie im Spruch wiedergegeben sowie d) auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und e) Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG in alle von der Auftraggeberin vorzulegenden Bestandteile des Vergabeverfahrens.

Am 12. April 2010 nahm die C***, die zweitmitbeteiligte Partei, Stellung. Sie brachte darin im Wesentlichen vor, dass zwischen ihr und der Österreichischen Apothekerkammer keine vertraglichen Beziehungen bestünden. Vertragliche Beziehungen und damit ein vergaberechtlich relevanter Vorgang bestünden allenfalls mit der Salzburger Gebietskrankenkasse. Die von der Antragstellerin gestellten Anträge seien daher abzuweisen, hilfsweise zurückzuweisen. Das Bundesvergabeamt sei unzuständig, weil es sich bei der Österreichischen Apothekerkammer nicht um einen öffentlichen Auftraggeber handle. Bei dem fraglichen Auftrag handle es sich nicht um einen dem BVergG unterliegenden Beschaffungsvorgang, sondern um einen nicht dem vergaberechtlichen Regime unterliegenden Direktverrechnungsvertrag. Der Salzburger Gebietskrankenkasse sei ein Preisnachlass von 25 % gewährt worden. Die Preise seien Bestandteil eines Direktverrechnungsvertrags, mit dem die Preise für den Ersatz der Kosten für die Lieferung des betreffenden Produkts an die Abnehmer, nämlich die betroffenen Patienten geregelt werde, nicht aber die Leistungsbeziehung zwischen der Salzburger Gebietskrankenkasse und der zweitmitbeteiligten Partei begründet werde. Zwischen dem Hauptverband der Sozialversicherungsträger und der Österreichischen Apothekerkammer sei am 13. März 2006 ein Gesamtvertrag iSd § 348a ASVG abgeschlossen worden, der auch die vertraglichen Beziehungen zwischen den Apothekern und den zuständigen Krankenkassen für die Abgabe von Heilmitteln regle. Die Heilmittel würden auf Rechnung ua der Salzburger Gebietskrankenkasse abgegeben, die damit ihrer Sachleistungspflicht nachkomme. Bei der vertraglichen Beziehung zwischen der zweitmitbeteiligten Partei und der Salzburger Gebietskrankenkasse handle es sich um einen Direktverrechnungsvertrag, in dem lediglich die Abwicklung der dem Versicherten zustehenden Kostenersatzpflicht geregelt werde. Es sei lediglich ein Preisnachlass für auf der Tarifliste genannte Produkte gewährt worden. Deshalb liege kein Beschaffungsvorgang vor. Es würden gerade keine Anforderungen an die Produkte geregelt. Die Abänderung eines bestehenden Direktverrechnungsvertrags stelle keinen ausschreibungspflichtigen Beschaffungsvorgang dar. Das nachträgliche Gewähren von Rabatten stelle nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes auch bei ausschreibungspflichtigen Verträgen keinen ausschreibungspflichtigen Vorgang dar. Es fehle die Rechtsgrundlage für die Nichtigerklärung des Vertrags, da einerseits die Rechtslage vor Inkrafttreten der Novelle 2009 anzuwenden sei und andererseits Verträge mit mehreren Unternehmen abgeschlossen worden seien. Schließlich sei die Vorgangsweise nicht offenkundig unzulässig. Die zweitmitbeteiligte Partei stellte die Anträge, eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen, Akteneinsicht zu gewähren, sämtliche Feststellungsanträge zurück-, in eventu abzuweisen und die von der zweitmitbeteiligten Partei vorzulegenden Urkunden von der Akteneinsicht auszunehmen.

Am 12. April 2010 nahm die C***, die zweitmitbeteiligte Partei, Stellung. Sie brachte darin im Wesentlichen vor, dass zwischen ihr und der Österreichischen Apothekerkammer keine vertraglichen Beziehungen bestünden. Vertragliche Beziehungen und damit ein vergaberechtlich relevanter Vorgang bestünden allenfalls mit der Salzburger Gebietskrankenkasse. Die von der Antragstellerin gestellten Anträge seien daher abzuweisen, hilfsweise zurückzuweisen. Das Bundesvergabeamt sei unzuständig, weil es sich bei der Österreichischen Apothekerkammer nicht um einen öffentlichen Auftraggeber handle. Bei dem fraglichen Auftrag handle es sich nicht um einen dem BVergG unterliegenden Beschaffungsvorgang, sondern um einen nicht dem vergaberechtlichen Regime unterliegenden Direktverrechnungsvertrag. Der Salzburger Gebietskrankenkasse sei ein Preisnachlass von 25 % gewährt worden. Die Preise seien Bestandteil eines Direktverrechnungsvertrags, mit dem die Preise für den Ersatz der Kosten für die Lieferung des betreffenden Produkts an die Abnehmer, nämlich die betroffenen Patienten geregelt werde, nicht aber die Leistungsbeziehung zwischen der Salzburger Gebietskrankenkasse und der zweitmitbeteiligten Partei begründet werde. Zwischen dem Hauptverband der Sozialversicherungsträger und der Österreichischen Apothekerkammer sei am 13. März 2006 ein Gesamtvertrag iSd Paragraph 348 a, ASVG abgeschlossen worden, der auch die vertraglichen Beziehungen zwischen den Apothekern und den zuständigen Krankenkassen für die Abgabe von Heilmitteln regle. Die Heilmittel würden auf Rechnung ua der Salzburger Gebietskrankenkasse abgegeben, die damit ihrer Sachleistungspflicht nachkomme. Bei der vertraglichen Beziehung zwischen der zweitmitbeteiligten Partei und der Salzburger Gebietskrankenkasse handle es sich um einen Direktverrechnungsvertrag, in dem lediglich die Abwicklung der dem Versicherten zustehenden Kostenersatzpflicht geregelt werde. Es sei lediglich ein Preisnachlass für auf der Tarifliste genannte Produkte gewährt worden. Deshalb liege kein Beschaffungsvorgang vor. Es würden gerade keine Anforderungen an die Produkte geregelt. Die Abänderung eines bestehenden Direktverrechnungsvertrags stelle keinen ausschreibungspflichtigen Beschaffungsvorgang dar. Das

nachträgliche Gewähren von Rabatten stelle nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes auch bei ausschreibungspflichtigen Verträgen keinen ausschreibungspflichtigen Vorgang dar. Es fehle die Rechtsgrundlage für die Nichtigerklärung des Vertrags, da einerseits die Rechtslage vor Inkrafttreten der Novelle 2009 anzuwenden sei und andererseits Verträge mit mehreren Unternehmern abgeschlossen worden seien. Schließlich sei die Vorgangsweise nicht offenkundig unzulässig. Die zweitmitbeteiligte Partei stellte die Anträge, eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen, Akteneinsicht zu gewähren, sämtliche Feststellungsanträge zurück-, in eventu abzuweisen und die von der zweitmitbeteiligten Partei vorzulegenden Urkunden von der Akteneinsicht auszunehmen.

Am 12. März 2010 nahm die Auftraggeberin Stellung. Sie führte darin im Wesentlichen aus, dass sie keine Aufträge vergeben habe. Die in der "Kammer-Info 03/10" mitgeteilte Preisreduktion beziehe sich auf Preisreduktionen, die die Hersteller B*** und C*** der Salzburger Gebietskrankenkasse auf bestehende Listenpreise gewährt hätten. Auf Grundlage des Apothekengesamtvertrages gäben die Apotheken Heilmittel und Heilbehelfe auf Rechnung der Krankenversicherungsträger ab. Der Apothekengesamtvertrag regle auch die Verrechnung. Zwischen der Salzburger Gebietskrankenkasse und der Landesgeschäftsstelle Salzburg der Apothekerkammer bestehe eine Sondervereinbarung, die die Aufschläge reduziere. Die Preisfestsetzung erfolge durch die Salzburger Gebietskrankenkasse. Es hätten auch Gespräche zwischen der Salzburger Gebietskrankenkasse und der Antragstellerin stattgefunden. Inhalt dieser Gespräche seien die Preisreduktionen gewesen. Die Apothekerkammer gebe lediglich die Preise bekannt. Sie treffe auch keine Sachleistungspflicht. Sie habe kein Vergabeverfahren durchgeführt und auch keinen Vertrag abgeschlossen. Eine Preisreduktion auf bestehende Listenpreise begründe nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs keinen Beschaffungsvorgang und keine offenkundige Unzulässigkeit. Die Produkte der Antragstellerin seien weiterhin bei der Salzburger Gebietskrankenkasse gelistet. Ihr Bezug sei über ärztliche Verschreibung weiterhin möglich. Die Apotheken könnten ihre Produkte über den Großhandel beziehen. Die Salzburger Gebietskrankenkasse habe weder Spitäler noch Ärzte über die Preissenkung und die Möglichkeit der Direktzustellung informiert. Die Auswahl der Produkte obliege dem verschreibenden Arzt. Ob eine Direktzustellung oder eine Abgabe in der Apotheke gewünscht werde, könne der Patient auswählen. Grundsätzlich werde in dem geschlossenen Vertrag eine Zuschussleistung zugestanden. Es werde weder eine Abnahmeverpflichtung noch eine Exklusivität der Leistungserbringung festgelegt. Der Vertrag trage nicht die Charakteristika eines Lieferauftrages. Ziel der Antragstellerin sei offensichtlich eine Marktabschottung und die Verhinderung von Konkurrenz. Es werden daher das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss und der Schaden bestritten. Die Antragstellerin sei nicht antragslegitimiert. Die Feststellungen nach dem BVergG idF Novelle 2009 seien Unzulässig, weil der fragliche Vertragsabschluss vor Inkrafttreten der Novelle erfolgt sei. Weiters seien die Feststellungsanträge unzulässig, weil sie bereits in einem Nachprüfungsverfahren hätten geltend gemacht werden können. Es werde daher beantragt, sämtliche Anträge der Antragstellerin zurück- in eventu abzuweisen.

Am 12. März 2010 nahm die Auftraggeberin Stellung. Sie führte darin im Wesentlichen aus, dass sie keine Aufträge vergeben habe. Die in der "Kammer-Info 03/10" mitgeteilte Preisreduktion beziehe sich auf Preisreduktionen, die die Hersteller B*** und C*** der Salzburger Gebietskrankenkasse auf bestehende Listenpreise gewährt hätten. Auf Grundlage des Apothekengesamtvertrages gäben die Apotheken Heilmittel und Heilbehelfe auf Rechnung der Krankenversicherungsträger ab. Der Apothekengesamtvertrag regle auch die Verrechnung. Zwischen der Salzburger Gebietskrankenkasse und der Landesgeschäftsstelle Salzburg der Apothekerkammer bestehe eine Sondervereinbarung, die die Aufschläge reduziere. Die Preisfestsetzung erfolge durch die Salzburger Gebietskrankenkasse. Es hätten auch Gespräche zwischen der Salzburger Gebietskrankenkasse und der Antragstellerin stattgefunden. Inhalt dieser Gespräche seien die Preisreduktionen gewesen. Die Apothekerkammer gebe lediglich die Preise bekannt. Sie treffe auch keine Sachleistungspflicht. Sie habe kein Vergabeverfahren durchgeführt und auch keinen Vertrag abgeschlossen. Eine Preisreduktion auf bestehende Listenpreise begründe nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs keinen Beschaffungsvorgang und keine offenkundige Unzulässigkeit. Die Produkte der Antragstellerin seien weiterhin bei der Salzburger Gebietskrankenkasse gelistet. Ihr Bezug sei über ärztliche Verschreibung weiterhin möglich. Die Apotheken könnten ihre Produkte über den Großhandel beziehen. Die Salzburger Gebietskrankenkasse habe weder Spitäler noch Ärzte über die Preissenkung und die Möglichkeit der Direktzustellung informiert. Die Auswahl der Produkte obliege dem verschreibenden Arzt. Ob eine Direktzustellung oder eine Abgabe in der Apotheke gewünscht werde, könne der Patient auswählen. Grundsätzlich werde in dem geschlossenen Vertrag eine Zuschussleistung zugestanden. Es werde weder eine Abnahmeverpflichtung noch eine Exklusivität der Leistungserbringung festgelegt. Der Vertrag trage nicht die Charakteristika eines Lieferauftrages. Ziel der Antragstellerin sei offensichtlich eine Marktabschottung und die

Verhinderung von Konkurrenz. Es werden daher das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss und der Schaden bestritten. Die Antragstellerin sei nicht antragslegitimiert. Die Feststellungen nach dem BVerfG in der Fassung Novelle 2009 seien unzulässig, weil der fragliche Vertragsabschluss vor Inkrafttreten der Novelle erfolgt sei. Weiters seien die Feststellungsanträge unzulässig, weil sie bereits in einem Nachprüfungsverfahren hätten geltend gemacht werden können. Es werde daher beantragt, sämtliche Anträge der Antragstellerin zurück- in eventu abzuweisen.

Am 12. März 2010 nahm die B***, in der Folge erstmitbeteiligte Partei genannt, Stellung. Sie brachte darin im Wesentlichen vor, dass die Preisreduktion mit der Salzburger Gebietskrankenkasse vereinbart worden sei. Die Österreichische Apothekerkammer sei daher nicht Auftraggeberin. Die Feststellungsanträge seien bereits aus diesem Grund zurückzuweisen. Die Antragstellerin habe bereits am 2. Dezember 2009 von den gegenständlichen Vorgängen gewusst. Sie hätte einen Nachprüfungsantrag einbringen können. Wegen der Subsidiarität der Feststellungsanträge seien diese unzulässig. Wegen der frühen Kenntnis von den Vorgängen seien auch die Feststellungsanträge verfristet. Die Feststellungsbegehren nach dem BVerfG idF Novelle 2009 seien unzulässig, da der Vertrag vor Inkrafttreten der Novelle abgeschlossen worden sei. Eine Verbesserung scheide aus. Die erst- und zweitmitbeteiligte Partei hätten nie eine Arbeitsgemeinschaft gebildet. Bei der gegenständlichen Vertragsänderung handle es sich nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes um eine unwesentliche, die keine Ausschreibungspflicht begründe, da lediglich eine Preisreduktion vereinbart worden sei. Es liege auch keine offenkundig unzulässige Direktvergabe vor. Die Auftraggeberin sei von einer vertretbaren Rechtsauffassung ausgegangen. Es werde daher die Zurück- bzw Abweisung der Anträge beantragt.

Am 12. März 2010 nahm die B***, in der Folge erstmitbeteiligte Partei genannt, Stellung. Sie brachte darin im Wesentlichen vor, dass die Preisreduktion mit der Salzburger Gebietskrankenkasse vereinbart worden sei. Die Österreichische Apothekerkammer sei daher nicht Auftraggeberin. Die Feststellungsanträge seien bereits aus diesem Grund zurückzuweisen. Die Antragstellerin habe bereits am 2. Dezember 2009 von den gegenständlichen Vorgängen gewusst. Sie hätte einen Nachprüfungsantrag einbringen können. Wegen der Subsidiarität der Feststellungsanträge seien diese unzulässig. Wegen der frühen Kenntnis von den Vorgängen seien auch die Feststellungsanträge verfristet. Die Feststellungsbegehren nach dem BVerfG in der Fassung Novelle 2009 seien unzulässig, da der Vertrag vor Inkrafttreten der Novelle abgeschlossen worden sei. Eine Verbesserung scheide aus. Die erst- und zweitmitbeteiligte Partei hätten nie eine Arbeitsgemeinschaft gebildet. Bei der gegenständlichen Vertragsänderung handle es sich nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes um eine unwesentliche, die keine Ausschreibungspflicht begründe, da lediglich eine Preisreduktion vereinbart worden sei. Es liege auch keine offenkundig unzulässige Direktvergabe vor. Die Auftraggeberin sei von einer vertretbaren Rechtsauffassung ausgegangen. Es werde daher die Zurück- bzw Abweisung der Anträge beantragt.

Am 29. April 2010 nahm die Antragstellerin erneut Stellung. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass sie mit der "Kammer-Info 03/10" erst am 25. Februar 2010 von dem Vertragsabschluss erfahren habe. Die Anträge seien daher rechtzeitig. Es hätten keinerlei Gespräche mit der Salzburger Gebietskrankenkasse stattgefunden. Auf das Schreiben an die Salzburger Gebietskrankenkasse vom 2. Dezember 2009, das auf Gerüchten beruht habe, habe diese nicht reagiert. Der Schaden bestehe in Form des entgangenen Gewinns sowie entgangenen Umsatzes, des Verlusts eines Referenzprojekts und der Kosten der Rechtsvertretung. Insbesondere bestehe der Schaden im Verlust der Möglichkeit, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen und ein für den Zuschlag in Betracht kommendes Angebot zu legen. Eine Ausschreibung diene dem Wettbewerb. Dass die Österreichische Apothekerkammer Auftraggeberin sei, sei der Antragstellerin in einem Gespräch am 22. März 2010 von Mitarbeitern der Salzburger Gebietskrankenkasse bestätigt worden. Gegenständlich sei ein neuer Rahmenvertrag abgeschlossen worden. Es habe ein Wechsel der Vertragspartner stattgefunden, da die Produkte bisher über Großhändler bezogen worden seien und nunmehr direkt beim Hersteller bezogen würden. Es würden detaillierte Regelungen über die Bestellung getroffen. Da nunmehr statt der Abgabe in der Apotheke eine Direktbelieferung der Patienten erfolge, sei ein Wechsel der Übergabemodalitäten erfolgt. Schließlich seien Garantien betreffend die Lieferzeit samt Notfallversorgung abgegeben worden. Die Abrechnung sei geregelt worden. Das Entgelt sei geändert und um 25 % reduziert worden. Die Auftraggeberin habe keinen Direktverrechnungsvertrag sondern einen Liefervertrag abgeschlossen. Aufgrund des ausdrücklichen Hinweises der Antragstellerin, der Diskrepanz zwischen der Wertgrenze für Direktvergaben und dem Auftragswert sowie der Nichterfüllung eines Ausnahmestatbestandes hätte die Auftraggeberin ein Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung wählen müssen. Alles andere befinde sich jenseits einer vertretbaren Gesetzesauslegung und sei (offenkundig) unzulässig. Die Antragstellerin hielt ihre Anträge aufrecht.

Am 5. Mai 2010 brachte die zweitmitbeteiligte Partei eine weitere Stellungnahme ein. Darin bezeichnete sie die Stellungnahme der Antragstellerin als zur Gänze unrichtige Wiederholung des bisherigen Vorbringens und führte im Wesentlichen aus, dass es unschlüssig sei, dass die Antragstellerin erst mit der "Kammer-Info 03/10" von der angeblich rechtswidrigen Zuschlagserteilung erfahren habe. Die Österreichische Apothekerkammer sei nicht Auftraggeberin. Vielmehr treffe die Salzburger Gebietskrankenkasse die Sachleistungspflicht nach § 136 ASVG. Diese sei Auftraggeberin. Eine Bestätigung der Auftraggebereigenschaft der Österreichischen Apothekerkammer durch Mitarbeiter der Salzburger Gebietskrankenkasse sei rechtlich irrelevant. Das Gewähren von Preisnachlässen sei kein ausschreibungspflichtiger Vorgang. Es sei nicht erkennbar, worin eine Vertragsänderung bestanden haben solle. Die behauptete Offenkundigkeit der Vorgangsweise liege nicht vor. Die zweitmitbeteiligte Partei hielt ihre bisherigen Anträge aufrecht.

Am 5. Mai 2010 brachte die zweitmitbeteiligte Partei eine weitere Stellungnahme ein. Darin bezeichnete sie die Stellungnahme der Antragstellerin als zur Gänze unrichtige Wiederholung des bisherigen Vorbringens und führte im Wesentlichen aus, dass es unschlüssig sei, dass die Antragstellerin erst mit der "Kammer-Info 03/10" von der angeblich rechtswidrigen Zuschlagserteilung erfahren habe. Die Österreichische Apothekerkammer sei nicht Auftraggeberin. Vielmehr treffe die Salzburger Gebietskrankenkasse die Sachleistungspflicht nach Paragraph 136, ASVG. Diese sei Auftraggeberin. Eine Bestätigung der Auftraggebereigenschaft der Österreichischen Apothekerkammer durch Mitarbeiter der Salzburger Gebietskrankenkasse sei rechtlich irrelevant. Das Gewähren von Preisnachlässen sei kein ausschreibungspflichtiger Vorgang. Es sei nicht erkennbar, worin eine Vertragsänderung bestanden haben solle. Die behauptete Offenkundigkeit der Vorgangsweise liege nicht vor. Die zweitmitbeteiligte Partei hielt ihre bisherigen Anträge aufrecht.

Die Auftraggeberin nahm am 5. Mai 2010 erneut Stellung. Sie führt darin aus, dass alle Verfahrensparteien außer der Antragstellerin begründet hätten, warum die Salzburger Gebietskrankenkasse und nicht die Österreichische Apothekerkammer Auftraggeberin sei. Die Auskunft eines Mitarbeiters der Salzburger Gebietskrankenkasse genüge nicht, um die Auftraggebereigenschaft zu begründen. Vielmehr richte sich diese danach, wer zivilrechtlicher Vertragspartner werden solle. Die Darstellung in der Kammer-Info basiere auf den Vorgaben der Salzburger Gebietskrankenkasse. Die Produkte der Antragstellerin könnten weiter bezogen werden. Sie erleide dadurch keinen Schaden. Es stehe der Antragstellerin frei, der Auftraggeberin Preisreduktionen zu gewähren. Die Antragstellerin hätte im Dezember 2009 die Wahl des Vergabeverfahrens Direktvergabe anfechten können. Die gegenständlichen Anträge seien unzulässig. Es habe kein Wechsel der Vertragspartner stattgefunden. Es gebe keine Änderung der Bestell-, Liefer- und Übergabemodalitäten gegenüber den Apotheken. Es habe keine Änderungen beim "Entgelt" gegeben. Die Salzburger Gebietskrankenkasse habe nur eine Preisreduktion auf bereits gelistete Produkte angegeben. Es gebe einen Leistungsaustausch zwischen der Salzburger Gebietskrankenkasse und der erst- und zweitmitbeteiligten Partei. Eine allfällige Rechtswidrigkeit finde allenfalls zwischen diesen statt. Die Auftraggeberin hielt ihre Anträge aufrecht.

Am 7. Mai 2010 fand eine mündliche Verhandlung statt. Darin wurden die Zeugen G***, Präsident der Landesgeschäftsstelle Salzburg der Österreichischen Apothekerkammer, und H***, Leiter der Vertragspartnerabteilung der Salzburger Gebietskrankenkasse, vernommen. I***, Mitarbeiter der zweitmitbeteiligten Partei und J***, Mitarbeiter der österreichischen Apothekerkammer, machten Aussagen. Ergänzendes Vorbringen wurde darin nicht erstattet.

1. 2.Ziffer 2 Sachverhalt

Der Apothekergesamtvertrag abgeschlossen zwischen dem Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger und der Österreichischen Apothekerkammer lautet auszugsweise wie folgt:

"APOTHEKERGESAMTVERTRAG

gemäß §§ 348a ff ASVG, § 181 BSVG, § 193 GSVG und § 128 B-KUVG, gemäß Paragraphen 348 a, ff ASVG, Paragraph 181, BSVG, Paragraph 193, GSVG und Paragraph 128, B-KUVG,

geschlossen zwischen dem Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger und der Österreichischen Apothekerkammer

Geltungsbereich

§ 1. (1) Dieser Gesamtvertrag regelt ohne Abschluss von Einzelverträgen und ohne gesonderte Zustimmungs- oder

Beitrittserklärung des Apothekers die Beziehungen zwischen den gemäß § 31 Abs. 1 ASVG im Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (im folgenden Hauptverband genannt) zusammengefassten Trägern der Krankenversicherung und den Mitgliedern der Österreichischen Apothekerkammer, die eine Apotheke als Konzessionär, als Pächter oder als sonstiger Apothekenleiter - ausgenommen die Stellvertreter gemäß § 17b Abs. 2 Apothekengesetz - leiten (im folgenden Apotheker genannt). Paragraph eins, (1) Dieser Gesamtvertrag regelt ohne Abschluss von Einzelverträgen und ohne gesonderte Zustimmungs- oder Beitrittserklärung des Apothekers die Beziehungen zwischen den gemäß Paragraph 31, Absatz eins, ASVG im Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (im folgenden Hauptverband genannt) zusammengefassten Trägern der Krankenversicherung und den Mitgliedern der Österreichischen Apothekerkammer, die eine Apotheke als Konzessionär, als Pächter oder als sonstiger Apothekenleiter - ausgenommen die Stellvertreter gemäß Paragraph 17 b, Absatz 2, Apothekengesetz - leiten (im folgenden Apotheker genannt).

(2) Die Begriffe des Gesamtvertrages sind gemäß dem ASVG und seinen Nebengesetzen (BSVG, GSVG, B-KUVG) auszulegen.

Abgabe von Heilmitteln

§ 2. (1) Heilmittel sind von den Apothekern auf Rechnung eines Krankenversicherungsträgers abzugeben, wenn ein für einen Krankenversicherungsträger gültiges Rezept gemäß Anlage I, § 2 (Kassenrezept) vorliegt. Paragraph 2, (1) Heilmittel sind von den Apothekern auf Rechnung eines Krankenversicherungsträgers abzugeben, wenn ein für einen Krankenversicherungsträger gültiges Rezept gemäß Anlage römisch eins, Paragraph 2, (Kassenrezept) vorliegt.

(2) Für die Abgabe von Arzneien (Arzneispezialitäten, Arzneistoffe, magistrale Zubereitungen) gelten neben den gesetzlichen Bestimmungen und dem Gesamtvertrag insbesondere die Bestimmungen der Anlage I. (2) Für die Abgabe von Arzneien (Arzneispezialitäten, Arzneistoffe, magistrale Zubereitungen) gelten neben den gesetzlichen Bestimmungen und dem Gesamtvertrag insbesondere die Bestimmungen der Anlage römisch eins.

(3) Für die Abgabe von sonstigen Mitteln gelten neben den gesetzlichen Bestimmungen und dem Gesamtvertrag insbesondere die Bestimmungen der Anlage II. (3) Für die Abgabe von sonstigen Mitteln gelten neben den gesetzlichen Bestimmungen und dem Gesamtvertrag insbesondere die Bestimmungen der Anlage römisch zwei.

Als gültige Kassenrezepte im Sinne des Abs. 1 gelten auch Verschreibungen eines Arztes (Privatrezepte, Klinikrezepte), wenn diese von einem Krankenversicherungsträger als Kassenrezept anerkannt wurden. Als gültige Kassenrezepte im Sinne des Absatz eins, gelten auch Verschreibungen eines Arztes (Privatrezepte, Klinikrezepte), wenn diese von einem Krankenversicherungsträger als Kassenrezept anerkannt wurden.

(4) Für Kostenübernahmeerklärungen und die Anerkennung von Privatrezepten als Kassenrezepte sollen von allen Krankenversicherungsträgern einheitliche Stampiglien verwendet werden. Aus den Stampiglien muss die Kostenübernahmeerklärung oder die Anerkennung eines Privatrezeptes als Kassenrezept zweifelsfrei erkennbar sein.

...

Rechnungslegung und Bezahlung

§ 7. (1) Die öffentlichen Apotheken sind verpflichtet, elektronisch abzurechnen. Die Verrechnung erfolgt über die Pharmazeutische Gehaltskasse. Die Krankenversicherungsträger sind verpflichtet, elektronische Abrechnungen anzunehmen. Abrechnungen in anderer Form werden von Seiten der Krankenversicherungsträger nicht entgegengenommen. Die genauen Bestimmungen sind in der Anlage IV enthalten. Paragraph 7, (1) Die öffentlichen Apotheken sind verpflichtet, elektronisch abzurechnen. Die Verrechnung erfolgt über die Pharmazeutische Gehaltskasse. Die Krankenversicherungsträger sind verpflichtet, elektronische Abrechnungen anzunehmen. Abrechnungen in anderer Form werden von Seiten der Krankenversicherungsträger nicht entgegengenommen. Die genauen Bestimmungen sind in der Anlage römisch vier enthalten.

(2) ...

(6) Die auf Rechnung der Krankenversicherungsträger abgegebenen sonstigen Mittel, Heilbehelfe und Hilfsmittel sind nach der zwischen dem Hauptverband und der Österreichischen Apothekerkammer in den Anlagen II und III vereinbarten Preisbildung zu bezahlen. (6) Die auf Rechnung der Krankenversicherungsträger abgegebenen sonstigen

Mittel, Heilbehelfe und Hilfsmittel sind nach der zwischen dem Hauptverband und der Österreichischen Apothekerkammer in den Anlagen römisch zwei und römisch drei vereinbarten Preisbildung zu bezahlen.

(7) ...

(9) Telegrammgebühren, Fernsprechgebühren, Porto, Zoll usw. dürfen den Krankenversicherungsträgern nur dann verrechnet werden, wenn diese nachweislich entstanden sind und der Krankenversicherungsträger vorher auf sie hingewiesen wurde und sich dieser zur Übernahme der Kosten bereit erklärt hat.

Vertriebsweg für Arzneimittel

§ 7a. Die Wahl der Apotheke obliegt dem Anspruchsberechtigten; die Zuweisung an eine bestimmte Apotheke ist unzulässig.Paragraph 7 a, Die Wahl der Apotheke obliegt dem Anspruchsberechtigten; die Zuweisung an eine bestimmte Apotheke ist unzulässig.

...

Anlagen

§ 12. Die Anlagen I, II, III, IV und V sind Bestandteile dieses GesamtvertragesParagraph 12, Die Anlagen römisch eins, römisch zwei, römisch drei, römisch vier und römisch fünf sind Bestandteile dieses Gesamtvertrages.

Geltungsdauer, Kündigung

§ 13. Dieser Gesamtvertrag tritt am 1. April 2006 in Kraft und wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Er kann nach den Bestimmungen des § 348b ASVG bzw. den entsprechenden Nebengesetzen gekündigt werdenParagraph 13, Dieser Gesamtvertrag tritt am 1. April 2006 in Kraft und wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Er kann nach den Bestimmungen des Paragraph 348 b, ASVG bzw. den entsprechenden Nebengesetzen gekündigt werden.

...

ANLAGE IIANLAGE römisch zwei

ABGABE VON SONSTIGEN MITTELN FÜR RECHNUNG DER
KRANKENVERSICHERUNGSTRÄGER

Grundlagen

§ 1. (1) Der Hauptverband wird der Österreichischen Apothekerkammer die Art und Menge jener sonstigen Mittel bekannt geben, die von den Apothekern für Rechnung der einzelnen Krankenversicherungsträger ohne ärztliche Bewilligung des chef- und kontrollärztlichen Dienstes (frei verschreibbar) oder mit ärztlicher Bewilligung des chef- und kontrollärztlichen Dienstes abgegeben werden können. Bei den übrigen sonstigen Mitteln oder bei einer Überschreitung der bekannt gegebenen Menge kann von den Krankenversicherungsträgern auf dem Kassenrezept der Bezug auf einen anderen Vertragspartner eingeschränkt werden.Paragraph eins, (1) Der Hauptverband wird der Österreichischen Apothekerkammer die Art und Menge jener sonstigen Mittel bekannt geben, die von den Apothekern für Rechnung der einzelnen Krankenversicherungsträger ohne ärztliche Bewilligung des chef- und kontrollärztlichen Dienstes (frei verschreibbar) oder mit ärztlicher Bewilligung des chef- und kontrollärztlichen Dienstes abgegeben werden können. Bei den übrigen sonstigen Mitteln oder bei einer Überschreitung der bekannt gegebenen Menge kann von den Krankenversicherungsträgern auf dem Kassenrezept der Bezug auf einen anderen Vertragspartner eingeschränkt werden.

(2) Maßgebend für die Abgabe von sonstigen Mitteln in öffentlichen Apotheken sind:

1. a)Litera a

hinsichtlich der Abgabe für Rechnung der Gebiets- und Betriebskrankenkassen durch öffentliche Apotheken eines Bundeslandes jene Abgabebedingungen, wie sie vom Hauptverband für die Gebietskrankenkasse des Bundeslandes bekannt gegeben wurden,

1. b)Litera b

hinsichtlich der Abgabe für Rechnung der Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau, der Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter, der Sozialversicherungsanstalt der Bauern sowie der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft durch öffentliche Apotheken im gesamten Bundesgebiet

die vom Hauptverband bekannt gegebenen einheitlichen Abgabebedingungen.

Apothekeneinstandspreise

§ 2. Wurde zwischen dem Hauptverband und einer Lieferfirma ein Apothekeneinstandspreis für sonstige Mittel, die gemäß § 1 in den öffentlichen Apotheken abgegeben werden können, vereinbart, ist der Apothekeneinstandspreis vom Hauptverband der Österreichischen Apothekerkammer zur Verlautbarung im Warenverzeichnis des Österreichischen Apothekerverlages zu melden. Paragraph 2, Wurde zwischen dem Hauptverband und einer Lieferfirma ein Apothekeneinstandspreis für sonstige Mittel, die gemäß Paragraph eins, in den öffentlichen Apotheken abgegeben werden können, vereinbart, ist der Apothekeneinstandspreis vom Hauptverband der Österreichischen Apothekerkammer zur Verlautbarung im Warenverzeichnis des Österreichischen Apothekerverlages zu melden.

Apothekenabgabepreise

§ 3. Die Aufschlagssätze zum Apothekeneinstandspreis betragen für sonstige Mittel bei Paragraph 3, Die Aufschlagssätze zum Apothekeneinstandspreis betragen für sonstige Mittel bei:

- | | |
|--|------|
| a) | 28 % |
| Verbandmaterialien | |
| b) Mittel zur | 32 % |
| Applikation | |
| c) | 28 % |
| Desinfektionsmittel | |
| d) | 19 % |
| Heilnahrung | |
| e) Moor- und | 24 % |
| Mineralquellenprodukte | |
| f) Reagenzien (Diagnostika, Teststreifen | 24 % |
| etc.) | |
| g) Sonstige (Bäder, Salben, Waschlotion | 32 % |
| etc.) | |

Abgabe von sonstigen Mitteln

§ 4. (1) Sonstige Mittel gemäß § 1 dürfen in Apotheken für Rechnung der Krankenversicherungsträger abgegeben werden, wenn ein gültiges Kassenrezept vorliegt. Hat der Arzt irrtümlich einen Verordnungsschein verwendet, anerkennen die Krankenversicherungsträger in Einzelfällen diesen als Kassenrezept, wenn die Gültigkeitserfordernisse (Anlage 1, § 2) erfüllt sind. Paragraph 4, (1) Sonstige Mittel gemäß Paragraph eins, dürfen in Apotheken für Rechnung der Krankenversicherungsträger abgegeben werden, wenn ein gültiges Kassenrezept vorliegt. Hat der Arzt irrtümlich einen Verordnungsschein verwendet, anerkennen die Krankenversicherungsträger in Einzelfällen diesen als Kassenrezept, wenn die Gültigkeitserfordernisse (Anlage 1, Paragraph 2,) erfüllt sind.

(2) ...

Änderung von Abgabebedingungen

§ 7. Der Hauptverband kann jederzeit einseitig die Art und die frei verschreibbare Menge der bekannt gegebenen sonstigen Mitteln ändern, die für Rechnung der Krankenversicherungsträger in den öffentlichen Apotheken abgegeben werden dürfen. Erfolgt ein Widerruf der freien Verschreibbarkeit eines sonstigen Mittels bzw. wird die frei verschreibbare Menge eines sonstigen Mittels herabgesetzt, sind solche Änderungen spätestens drei Monate vor dem Monatsersten, an dem die Änderung wirksam werden soll, der Österreichischen Apothekerkammer anzuzeigen. Die gleiche Frist gilt, wenn die Abgabeberechtigung durch öffentliche Apotheken für bestimmte sonstige Mittel überhaupt widerrufen wird." Paragraph 7, Der Hauptverband kann jederzeit einseitig die Art und die frei verschreibbare Menge

der bekannt gegebenen sonstigen Mitteln ändern, die für Rechnung der Krankenversicherungsträger in den öffentlichen Apotheken abgegeben werden dürfen. Erfolgt ein Widerruf der freien Verschreibbarkeit eines sonstigen Mittels bzw. wird die frei verschreibbare Menge eines sonstigen Mittels herabgesetzt, sind solche Änderungen spätestens drei Monate vor dem Monatsersten, an dem die Änderung wirksam werden soll, der Österreichischen Apothekerkammer anzuzeigen. Die gleiche Frist gilt, wenn die Abgabeberechtigung durch öffentliche Apotheken für bestimmte sonstige Mittel überhaupt widerrufen wird."

(amtliche Einsicht unter www.apotheker.or.at, Beilage zu OZ 14)

Die Preislisten werden von der Salzburger Gebietskrankenkasse erstellt und der Apothekerkammer übermittelt. Auch die Preise selbst werden von der Salzburger Gebietskrankenkasse erstellt. Diese Listen werden regelmäßig getauscht und von der Apothekerkammer an die einzelnen Apotheken weitergegeben. Seit 1997 gibt es eine Vereinbarung über enterale Ernährung mit der Salzburger Gebietskrankenkasse. Enterale Ernährung ist chefarztpflichtig. Die Apotheke muss die Rezepte an den Chefarzt faxen und genehmigen lassen. Die Bestellung erfolgt durch die Apotheken. Großhändler machen einen Aufschlag von ca 6 %. Die Preisbildung erfolgt zwischen den Krankenkassen und den Firmen. Die Apothekerkammer hat keine gewerberechtliche Befugnis, mit enteraler Ernährung zu handeln. Die Apothekerkammer verhandelt mit Firmen nicht über Preise, weil diese von der Salzburger Gebietskrankenkasse bestimmt werden. (Aussage von G*** in der mündlichen Verhandlung)

Der Hersteller setzt den Preis fest. Die Großhandelspreise werden der Gebietskrankenkasse von den Herstellern mitgeteilt. Diese werden in die Liste aufgenommen und der Apothekerkammer mitgeteilt. Die Gebietskrankenkasse bildet keine Preise, sondern sammelt sie und gibt sie der Apothekerkammer weiter. Über die Aufnahme eines Produkts in diese Liste entscheidet ein Arzt der Gebietskrankenkasse. Es gibt kein Kontrollorgan für die Preise. (Aussage von H*** in der mündlichen Verhandlung)

Die Salzburger Gebietskrankenkasse hat rund 260 Produkte gelistet. Andere Krankenkassen haben erheblich weniger Produkte gelistet. Die Entscheidung über das zu verabreichende Produkt trifft der behandelnde Arzt. Der Preis spielt dabei keine Rolle. Es wird kein Druck auf den Arzt ausgeübt. Es erging auch keine diesbezügliche Information an die Ärztekammer. Vertragspartner der Salzburger Gebietskrankenkasse sind Dienstleister wie Ärzte oder die Apothekerkammer, in der Regel nicht jedoch Hersteller. Die Belieferung der Apotheken erfolgte bisher über Großhändler. (Aussage von H*** in der mündlichen Verhandlung)

In den letzten zwei Jahren gab es keine Preisverhandlungen über "sonstige Mittel" im Sinne der Anlage II zum Apothekergesamtvertrag. (Aussage von H*** in der mündlichen Verhandlung) In den letzten zwei Jahren gab es keine Preisverhandlungen über "sonstige Mittel" im Sinne der Anlage römisch zwei zum Apothekergesamtvertrag. (Aussage von H*** in der mündlichen Verhandlung)

Mit Schreiben vom 2. Dezember 2009 trat die Antragstellerin an die Auftraggeberin heran. Es lautet wie folgt:

"Vereinbarung enterale Nahrungsmittel und Zubehör

Sehr geehrter Herr Präsident G***!

Eingangs geben wir bekannt, dass wir mit der rechtsfreundlichen Vertretung der A*** beauftragt wurden.

Unsere Klientin hat uns den maßgeblichen Sachverhalt wie folgt mitgeteilt:

Zwischen der Österreichische Apothekerkammer und der Salzburger Gebietskrankenkasse soll ein Vertrag hinsichtlich der enteralen Nahrungsmittel und Zubehör abgeschlossen werden. Bestandteil dieses Vertrages soll eine Tarifliste, welche enterale Nahrung unterschiedlicher Hersteller in unterschiedlichen Größen samt Preisen beinhaltet, werden. Lebensmittel, die nicht Inhalt der Tarifliste sind, können nicht durch Patienten (im Rahmen der Sachleistung) gegen Übergabe eines Rezeptes bezogen werden.

Hervorzuheben ist, dass sowohl die Salzburger Gebietskrankenkasse als auch die Österreichische Apothekerkammer öffentliche Auftraggeber gemäß BVergG 2006 sind.

Nach der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes stellt ein Vertrag samt Listung einen Lieferauftrag im Sinne des BVergG 2006 dar (BVA 5.8.2008, F/0003-BVA/10/2008-42). Die Salzburger Gebietskrankenkasse hat den gegenständlichen Vertrag somit auszuschreiben. Unabhängig davon ist auch die Österreichische Apothekerkammer

nach der ständigen Rechtsprechung verpflichtet, allfällige Verträge mit (Vor-) Lieferanten oder Subunternehmer auszuschreiben (EuGH 20.3.2003, C-126/03).

Im Hinblick darauf, dass weder eine Bekanntmachung seitens der Salzburger Gebietskrankenkasse noch eine zweite Bekanntmachung durch die Österreichische Apothekerkammer erfolgt ist, gehen wir ebenso wie unsere Klientin - davon aus, dass bis dato kein Vergabeverfahren eingeleitet wurde. Sollte dennoch ein Vertrag abgeschlossen werden, ist dieser vergaberechtswidrig. Allfällige Vergaberechtswidrigkeiten können vom Bundesvergabeamt, von den Rechnungshöfen und schlussendlich auch von der Europäischen Kommission aufgegriffen werden.

Nur der Vollständigkeit halber halten wir fest, dass ein Abschluss eines Vertrages unter Verletzung des BVergG 2006 einen Rechtsbruch im Sinne des § 1 UWG darstellen kann, wodurch Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden können. Nur der Vollständigkeit halber halten wir fest, dass ein Abschluss eines Vertrages unter Verletzung des BVergG 2006 einen Rechtsbruch im Sinne des Paragraph eins, UWG darstellen kann, wodurch Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden können.

Unabhängig davon, dass das Vergaberecht verletzt wurde, ist unsere Klientin nicht aufgefordert worden, Preise bekannt zu geben. Im Hinblick darauf, dass ohne Listung in dem Vertrag ein wesentlicher Markt (ein gesamtes Bundesland) nicht mehr beliefert werden kann, kommt Ihnen als Vertragspartner der Salzburger Gebietskrankenkasse eine marktbeherrschende Stellung zu. Diese Marktbeherrschende Stellung wird hier durch die Österreichische Apothekerkammer unzulässig ausgenützt, Weiters verletzt die Österreichische Apothekerkammer den Gleichheitsgrundsatz, welcher aufgrund der Fiskalgeltung der Grundrechte anzuwenden ist.

Aufgrund der obgenannten Gründe fordern wir Sie namens uns auftrags unserer Klientin auf, eine Listung von enteralen Nahrungsmitteln samt Zubehör zu unterlassen.

Für den Fall, dass Sie weitere Informationen benötigen, steht unsere Klientin für eine Erörterung der obgenannten rechtlichen Probleme gerne zur Verfügung."

(Beilage zum Nachprüfungsantrag)

Die Salzburger Gebietskrankenkasse trat an ihre Vertragspartner mit dem Ziel der Preisreduktion heran. Es wäre der Wunsch der Salzburger Gebietskrankenkasse gewesen, dass alle Hersteller eine Preisreduktion anbieten. (Aussage von G*** und H*** in der mündlichen Verhandlung)

Der Wunsch nach einer Preisreduktion wurde von der Apothekerkammer an die erstmitbeteiligte Partei übermittelt. (Aussage von I***, Mitarbeiter der erstmitbeteiligten Partei)

Die gegenständliche Preisreduktion war ein Angebot der Hersteller. Die Salzburger Gebietskrankenkasse hat die Preise im Detail nicht hinterfragt, sondern als Folge der Weitergabe der Inhalte der Gespräche mit den Vertragspartnern an die Hersteller erfreut zur Kenntnis genommen. Es gab keine Überlegungen, eine Ausschreibung in die Wege zu leiten. Es gibt derzeit auch keine Überlegungen, einen Vertrag abzuschließen, da die Konsolidierung zurzeit auf diesem Wege versucht wird. (Aussage von H*** in der mündlichen Verhandlung)

Um die Preisreduktion anbieten zu können waren ua Änderungen im Bereich der Logistik notwendig. (Aussage von I***, Mitarbeiter der erstmitbeteiligten Partei)

Die gegenständliche Preisänderung hat Änderungen bei der Logistik gebracht. Die Bestellung erfolgt durch die Apotheker. Neu ist auch, dass nunmehr eine Lieferung durch den Hersteller direkt an den Patienten möglich ist. (Aussage von G*** in der mündlichen Verhandlung)

Die Direktzustellung spielt bei der Verschreibung keine Rolle. (Aussage von H*** in der mündlichen Verhandlung)

Wohin geliefert werden soll, ist bei der Bestellung anzugeben. In 90 % der Fälle erfolgt die Lieferung weiterhin durch die Apotheke. Zahler ist die Gebietskrankenkasse. (Aussage von G*** in der mündlichen Verhandlung)

Die Gebietskrankenkasse bezahlt alle Produkte aller Hersteller, die gelistet sind. Die Direktzustellung hat erst mit 1. März begonnen. Auswirkungen werden im nächsten Quartalsbericht sichtbar sein. Die Gebietskrankenkasse hat der Änderung des Vertriebsweges zugestimmt. Durch eine Änderung des Vertriebsweges dürfen den Patienten keine Nachteile entstehen. (Aussage von H*** in der mündlichen Verhandlung)

Den Text der Kammerinfo 03/10 erstellte G***. J***, Mitarbeiter der österreichischen Apothekerkammer, stimmte ihn

mit der Salzburger Gebietskrankenkasse ab. Ursprünglich war ein Passus enthalten, dass die Firmen der Salzburger Gebietskrankenkasse die Preise mitgeteilt haben. Die Salzburger Gebietskrankenkasse hat den Entwurf mit dem Wunsch nach einer Änderung zurückgeschickt und den Absatz über die garantierte Lieferzeit und die Hotline zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit hineinreklamiert. (Aussage von G*** und J*** in der mündlichen Verhandlung)

Ein Gespräch mit den Firmen gab es nur wegen der Liefermodalitäten. Dieses fand wahrscheinlich am 22. Februar 2010 statt. (Aussage von G*** in der mündlichen Verhandlung)

Die Kammer-Info 03/10 der Landesgeschäftsstelle Salzburg der Österreichischen Apothekerkammer vom 23. Februar 2010 lautet auszugsweise:

"Abgabe von Enteraler Ernährung - I Preisänderungen März 2010" Abgabe von Enteraler Ernährung - römisch eins Preisänderungen März 2010

Liebe Kolleginnen und Kollegen!

Die Versorgung der Versicherten der Salzburger GKK mit enteraler Ernährung über die Salzburger öffentlichen Apotheken erfolgt gemäß der Anlage II zum Apothekergesamtvertrag und einer ergänzenden Sondervereinbarung aus dem Jahr 1997. Dadurch ist eine flächendeckende ortsnahe Versorgung der Patienten über die von diesen frei gewählte öffentliche Apotheke möglich.

Die Firmen B*** und C*** haben für deren Produktpaletten mit Wirksamkeit März 2010 eine Preisreduktion um ca. 25 % mitgeteilt. Auf Grund dieser Preisgestaltung können die Produkte der Firmen B*** und C*** künftig nicht mehr über den pharmazeutischen Großhandel bezogen werden, sondern sind direkt bei den Firmen zu bestellen.

Somit ergibt sich für die öffentliche Apotheke hinsichtlich der Produkte von B*** und C*** folgende Vorgangswelse:

* Die Apotheken erhalten vom Patienten das bewilligte Rezept der SGKK und leiten eine definierte

Produktbestellung an die

Firma

B***, ***, **** *

Fax an: * / *** ** *

E-mail: ***.***@***.***.***

Telefon: ** *** ** *

oder an die

Firma C***,

*** ***, **** *

Fax an: ** *** ** ** *

E-mail: ***@***.***

Telefon: ** *** **** *

weiter:

* Die Lieferung der Produkte erfolgt umgehend direkt an den Patienten (stellen Sie sicher, dass die genaue Adresse gut leserlich ist), ausgenommen die öffentliche Apotheke wünscht die Lieferung an die Adresse der Apotheke.

* Die Abrechnung des Rezeptes der SGKK erfolgt mit dem Apothekenabrechnungssystem wie gehabt.

* Die Abrechnung der Ware erfolgt direkt zwischen B*** / C*** und der Apotheke.

* Die Firmen garantieren eine Lieferung innerhalb 24-48 Stunden, wobei an Samstagen, Sonn- und Feiertagen

grundsätzlich keine Zustellung erfolgt. In dringlichen Fällen (Notversorgung) besteht die Möglichkeit, die Hotline der Firmen anzuwählen, die ggf. die Zustellung (Botendienst, Außendienstmitarbeiter) veranlassen kann,

Hotline Firma B*** ** *** ** *

Hotline Firma C*** ** *** ***** *

Die Kunden (Patienten/Angehörige/Pflegepersonal) sind bei ev. Änderung der Versorgung (Zustellung/Lieferung) umgehend zu informieren.

Für die Firmen E***, F*** und A*** gibt es derzeit keine Änderung; ein Bezug der Produkte ist weiterhin über den Großhandel möglich.

In der Anlage finden Sie eine Preisliste der Firma B*** (Anlage 1), eine Preisliste der Firma C*** (Anlage 2) sowie die Preisliste E***, F*** und A*** (Anlage 3). Alle Preise wurden von Seiten der Landesgeschäftsstelle bereits in die Datenbank der GHK eingespielt."

Der Kammer-Info 03/10 waren Preislisten angeschlossen. (Beilage zum Nachprüfungsantrag und der Stellungnahme der Auftraggeberin)

Im März fand auf Betreiben der Antragstellerin ein Gespräch derselben mit der Salzburger Gebietskrankenkasse statt. Gegenstand war, dass sie wegen der Änderung der Vertriebswege Umsatzeinbußen befürchtet hatte. (Aussage von H*** in der mündlichen Verhandlung)

Mit Schreiben vom 15. März 2010 wandte sich die Antragstellerin erneut an die Auftraggeberin. Es hat folgenden Wortlaut:

"Sehr geehrter Herr Präsident G***!

Bekanntlich vertreten wir die A*** rechtsfreundlich. Unsere Klientin hat uns den maßgeblichen Sachverhalt wie folgt mitgeteilt:

Mit der Kammer-Info 03/10 wurde für die Abgabe von enteraler Ernährung eine Preisänderung dahingehend bekannt gegeben, dass nunmehr die Produkte der Unternehmen B*** und der C*** direkt bei diesen Unternehmen zu bestellen sind. Des Weiteren wird in der Kammer-Info sowohl die Vorgehensweise, als auch die Verrechnung der gegenständlichen Bezüge detailliert beschrieben.

Hervorzuheben ist, dass sowohl die Salzburger Gebietskrankenkasse, als auch die Österreichische Apothekerkammer öffentliche Auftraggeber gemäß BVergG 2006 sind.

Offensichtlich wurden zwei Verträge über die Abgabe von enteraler Nahrung mit den zuvor genannten Unternehmen abgeschlossen. Diese hätte die Österreichische Apothekerkammer auszuschreiben gehabt.

Im Hinblick darauf, dass keine Bekanntmachung durch die Österreichische Apothekerkammer erfolgt ist, gehen wir - ebenso wie unsere Klientin - davon aus, dass rechtswidrig kein Vergabeverfahren durchgeführt wurde. Daher ist der abgeschlossene Vertrag rechtswidrig.

Aufgrund der obgenannten Gründe fordern wir Sie namens und auftrags unserer Klientin letztmalig auf, die Abwicklung der gegenständlichen Verträge zu unterlassen und merken uns dafür eine Frist bis 18.3.2010 vor.

Lediglich der Vollständigkeit halber teilen wir mit, dass wir von unserer Klientin beauftragt wurden, ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten."

(Beilage zum Nachprüfungsantrag)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind öffentlich zur Verfügung stehende Unterlagen, der "Apothekergesamtvertrag", die unbestritten gebliebenen von der Antragstellerin und der Auftraggeberin vorgelegten Unterlagen, die "Kammer-Info 03/10", und die Aussagen in der mündlichen Verhandlung. Soweit Schriftstücke von der Antragstellerin vorgelegt wurden, spricht der Anschein für ihre Echtheit. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Die Aussagen in der mündlichen Verhandlung waren im Wesentlichen widerspruchsfrei. Hinsichtlich des Anstoßes für eine Preisreduktion ergibt sich aus der Aussage von H***, dass diese von der Salzburger Gebietskrankenkasse gewünscht wurde und an ihre "Vertragspartner" herangetragen wurde. Diese leiteten ihn weiter und reagierten entsprechend. Preisverhandlungen fanden nicht statt. Dies deckt sich mit der Aussage von I***. Damit steht die Aussage von G*** scheinbar in Widerspruch, dass die Salzburger Gebietskrankenkasse an die Firmen herantrat. Einhellig sind jedoch die Aussagen, dass die Firmen die Preisreduktion verbunden mit der Änderung der Lieferbedingungen von sich aus an die Salzburger Gebietskrankenkasse herantrugen. Da der Umstand, wer die Preisreduktion anstieß, weit weniger von

Bedeutung ist, als wer sie wem anbot und wer mit wem allenfalls einen Vertrag abschloss, konnte davon ausgegangen werden, dass die Preisreduktion von der Salzburger Gebietskrankenkasse angestoßen wurde und die Firmen entsprechend reagierten.

3. Rechtliche Würdigung

3.1 Anzuwendende Rechtslage

§ 345 BVergG 2006, BGBl I 17/2006 idF BGBl I 15/2010 lautet: Paragraph 345, BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, 17 aus 2006, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 15 aus 2010, lautet:

Inkrafttretens-, Außerkrafttretens- und Übergangsvorschriften

§ 345. (1) ...Paragraph 345, (1) ...

(14) Für das Inkrafttreten der durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 15/2010 neu gefassten Bestimmungen und für das Außerkrafttreten der durch dieses Bundesgesetz aufgehobenen Bestimmungen gilt Folgendes: (14) Für das Inkrafttreten der durch das Bundesgesetz Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, neu gefassten Bestimmungen und für das Außerkrafttreten der durch dieses Bundesgesetz aufgehobenen Bestimmungen gilt Folgendes:

1. 1. Ziffer eins

...

2. 2. Ziffer 2

... Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt

des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der bisherigen Rechtslage.

1. 3. Ziffer 3

...

Die Novelle 2009 zum BVergG 2006, BGBl I 15/2010, trat am 5. März 2010 in Kraft. Die gegenständlichen Feststellungsanträge behaupten ein Vergabeverfahren und insbesondere einen Vertragsabschluss vor dem 23. Februar 2010. Die Feststellungsverfahren sind daher nach der Rechtslage zu führen, die vor Inkrafttreten der Novelle 2009 galt. In weiterer Folge beziehen sich die Zitate des BVergG auf diese Rechtslage, so weit keine andere ausdrücklich angegeben ist. Die Novelle 2009 zum BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, 15 aus 2010, trat am 5. März 2010 in Kraft. Die gegenständlichen Feststellungsanträge behaupten ein Vergabeverfahren und insbesondere einen Vertragsabschluss vor dem 23. Februar 2010. Die Feststellungsverfahren sind daher nach der Rechtslage zu führen, die vor Inkrafttreten der Novelle 2009 galt. In weiterer Folge beziehen sich die Zitate des BVergG auf diese Rechtslage, so weit keine andere ausdrücklich angegeben ist.

3.2 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Die Zuständigkeiten des Bundesvergabeamtes sind nach der Rechtslage vor Inkrafttreten der Novelle 2009 wie folgt festgelegt. Einrichtung des Bundesvergabeamtes

§ 291. (1) ...Paragraph 291, (1) ...

(2) Das Bundesvergabeamt übt seine Befugnisse gegenüber Auftraggebern im Sinne dieses Bundesgesetzes aus, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen (Art. 14b Abs. 2 B-VG). Das Bundesvergabeamt übt die ihm auf Grund dieses Bundesgesetzes zugewiesenen Zuständigkeiten in erster und letzter Instanz aus. (2) Das Bundesvergabeamt übt seine Befugnisse gegenüber Auftraggebern im Sinne dieses Bundesgesetzes aus, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen (Artikel 14 b, Absatz 2, B-VG). Das Bundesvergabeamt übt die ihm auf Grund dieses Bundesgesetzes zugewiesenen Zuständigkeiten in erster und letzter Instanz aus.

(3) ...

Zuständigkeit

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

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

(2) ...

(3) Nach Zuschlagserteilung ist das Bundesvergabeamt zuständig

1. 1.Ziffer eins

...

2. 3.Ziffer 3

im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob

1. a)Litera a

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

2. b)Litera b

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

(4) ...

Behauptet wird ein Vertragsabschluss zwischen der Österreichischen Apothekerkammer als öffentlicher Auftraggeberin und der erst- und zweitmitbeteiligten Partei. Die zweitmitbeteiligte Partei bestreitet die öffentliche Auftraggeberschaft der Österreichischen Apothekerkammer.

Gemäß § 1 Apothekerkammergesetz 2001, BGBl. I 111/2001 idF BGBl. I 145/2009, ist die "Österreichische Apothekerkammer" zur Vertretung der Apothekerschaft, der selbständigen und der angestellten Apotheker in Wien eingerichtet. Sie ist gemäß § 1 Abs 2 Apothekerkammergesetz 2001 eine Körperschaft öffentlichen Rechts. Sie ist gemäß § 2 Abs 1 Apothekerkammergesetz 2001 berufen, die gemeinsamen beruflichen, wirtschaftlichen und sozialen Belange der selbständigen und angestellten Apotheker wahrzunehmen und zu fördern, die Berufsausübung näher zu regeln, das Standesansehen zu wahren und die Berufspflichten zu überwachen. Sie hat gemäß § 2 Abs 2 Apothekerkammergesetz 2001 im eigenen Wirkungsbereich zur Vertretung der Interessen der Apotheker ua insbesondere Verträge zur Regelung der Beziehungen der Apotheker zu den Trägern der Sozialversicherung und dem Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, den Trägern der Sozialhilfe und der Grundversorgung sowie der Krankenfürsorge abzuschließen, auf die Regelung von Arbeitsbedingungen ihrer Mitglieder hinzuwirken und Kollektivverträge abzuschließen, die Mitglieder zu informieren und zu beraten, in Streitigkeiten zwischen Mitgliedern zu vermitteln, die Verletzungen der Berufspflichten und Beeinträchtigungen des Ansehens der Apothekerschaft durch Mitglieder disziplinar zu verfolgen, ein Disziplinarregister zu führen und Bestätigungen über die Mitgliedschaft auszustellen. Gemäß § 2 Abs 3 Apothekerkammergesetz 2001 obliegt ihr im eigenen Wirkungsbereich die Erlassung näherer Vorschriften über die Berufsausübung (Berufsordnung), näherer Vorschriften über die Wahrung des Standesansehens (Disziplinarordnung), von Fortbildungsrichtlinien, einer Weiterbildungsordnung und Leitlinien zur Qualitätssicherung. Gemäß § 2 Abs 4 Apothekerkammergesetz 2001 hat sie zur Vertretung der Interessen des pharmazeutischen Berufs Vertreter in Körperschaften oder sonstige Einrichtungen zu entsenden oder Besetzungsvorschläge zu erstatten, sofern dies durch Gesetze oder Vorschriften vorgesehen ist, die österreichische Apothekerschaft in und gegenüber internationalen Organisationen und Vereinigungen zu vertreten, Informationen und Dokumentationen über Arzneimittel und sonstige in Apotheken zu führende Waren, insbesondere hinsichtlich Artikelbezeichnung und -nummer, Hersteller beziehungsweise Depositeurfirma, Zulassungsnummer, Zusammensetzung, Inhaltsmenge, Darreichungsform, Anwendungsart, Stärke, Dosierung, Charge, Ablaufdatum und sonstigen Verwendungs- beziehungsweise Warnhinweisen, Wirkung, Neben-, Gegen- und Wechselwirkungen, Abgabebestimmungen jeder Art, Preisen und Synonyma zu erstellen oder erstellen zu lassen und zu verwenden, Verzeichnisse über alle Apotheken sowie Mitglieder zu führen, bei der Beaufsichtigung der Apotheken mitzuwirken, Verfahren auf Grund des § 14 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BGBl. Nr. 448/1984, zu führen und gemäß § 85a des Arzneimittelgesetzes, BGBl. Nr. 185/1983, auf Unterlassung zu klagen. Gemäß § 41 Apothekerkammergesetz 2001 kann sie Disziplinarstrafen bis zum Verbot der Ausübung des Apothekerberufs für drei

Jahre oder der zeitlichen oder dauernden Entziehung des Rechts zur Leitung einer Apotheke aussprechen. Gemäß § 74 Apothekerkammergesetz 2001 finanziert sich die Apothekerkammer im Wege von Kammerumlagen ihrer Mitglieder. Rückstandsausweise stellen Exekutionstitel iSd § 1 EO dar. Gemäß § 79b Apothekerkammergesetz 2001 unterliegt sie der Aufsicht durch den Bundesminister für Gesundheit. Gemäß Paragraph eins, Apothekerkammergesetz 2001, Bundesgesetzblatt Teil eins, 111 aus 2001, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 145 aus 2009,, ist die "Österreichische Apothekerkammer" zur Vertretung der Apothekerschaft, der selbständigen und der angestellten Apotheker in Wien eingerichtet. Sie ist gemäß Paragraph eins, Absatz 2, Apothekerkammergesetz 2001 eine Körperschaft öffentlichen Rechts. Sie ist gemäß Paragraph 2, Absatz eins, Apothekerkammergesetz 2001 berufen, die gemeinsamen beruflichen, wirtschaftlichen und sozialen Belange der selbständigen und angestellten Apotheker wahrzunehmen und zu fördern, die Berufsausübung näher zu regeln, das Standesansehen zu wahren und die Berufspflichten zu überwachen. Sie hat gemäß Paragraph 2, Absatz 2, Apothekerkammergesetz 2001 im eigenen Wirkungsbereich zur Vertretung der Interessen der Apotheker ua insbesondere Verträge zur Regelung der Beziehungen der Apotheker zu den Trägern der Sozialversicherung und dem Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, den Trägern der Sozialhilfe und der Grundversorgung sowie der Krankenfürsorge abzuschließen, auf die Regelung von Arbeitsbedingungen ihrer Mitglieder hinzuwirken und Kollektivverträge abzuschließen, die Mitglieder zu informieren und zu beraten, in Streitigkeiten zwischen Mitgliedern zu vermitteln, die Verletzungen der Berufspflichten und Beeinträchtigungen des Ansehens der Apothekerschaft durch Mitglieder disziplinar zu verfolgen, ein Disziplinarregister zu führen und Bestätigungen über die Mitgliedschaft auszustellen. Gemäß Paragraph 2, Absatz 3, Apothekerkammergesetz 2001 obliegt ihr im eigenen Wirkungsbereich die Erlassung näherer Vorschriften über die Berufsausübung (Berufsordnung), näherer Vorschriften über die Wahrung des Standesansehens (Disziplinarordnung), von Fortbildungsrichtlinien, einer Weiterbildungsordnung und Leitlinien zur Qualitätssicherung. Gemäß Paragraph 2, Absatz 4, Apothekerkammergesetz 2001 hat sie zur Vertretung der Interessen des pharmazeutischen Berufs Vertreter in Körperschaften oder sonstige Einrichtungen zu entsenden oder Besetzungsvorschläge zu erstatten, sofern dies durch Gesetze oder Vorschriften vorgesehen ist, die österreichische Apothekerschaft in und gegenüber internationalen Organisationen und Vereinigungen zu vertreten, Informationen und Dokumentationen über Arzneimittel und sonstige in Apotheken zu führende Waren, insbesondere hinsichtlich Artikelbezeichnung und -nummer, Hersteller beziehungsweise Depositeurfirma, Zulassungsnummer, Zusammensetzung, Inhaltsmenge, Darreichungsform, Anwendungsart, Stärke, Dosierung, Charge, Ablaufdatum und sonstigen Verwendungs- beziehungsweise Warnhinweisen, Wirkung, Neben-, Gegen- und Wechselwirkungen, Abgabebestimmungen jeder Art, Preisen und Synonyma zu erstellen oder erstellen zu lassen und zu verwenden, Verzeichnisse über alle Apotheken sowie Mitglieder zu führen, bei der Beaufsichtigung der Apotheken mitzuwirken, Verfahren auf Grund des Paragraph 14, des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, Bundesgesetzblatt Nr. 448 aus 1984,, zu führen und gemäß Paragraph 85 a, des Arzneimittelgesetzes, Bundesgesetzblatt Nr. 185 aus 1983,, auf Unterlassung zu klagen. Gemäß Paragraph 41, Apothekerkammergesetz 2001 kann sie Disziplinarstrafen bis zum Verbot der Ausübung des Apothekerberufs für drei Jahre oder der zeitlichen oder dauernden Entziehung des Rechts zur Leitung einer Apotheke aussprechen. Gemäß Paragraph 74, Apothekerkammergesetz 2001 finanziert sich die Apothekerkammer im Wege von Kammerumlagen ihrer Mitglieder. Rückstandsausweise stellen Exekutionstitel iSd Paragraph eins, EO dar. Gemäß Paragraph 79 b, Apothekerkammergesetz 2001 unterliegt sie der Aufsicht durch den Bundesminister für Gesundheit.

Die Österreichische Apothekerkammer erfüllt - wie sich aus ua §§ 2 und 41 Apothekerkammergesetz 2001 ergibt - teilweise hoheitliche Aufgaben. Sie nimmt die Disziplinalgewalt gegenüber ihren Mitgliedern wahr. Sie hat auch die Qualitätssicherung im Interesse der Öffentlichkeit wahrzunehmen. Sie erfüllt daher im Allgemeininteresse liegende Aufgaben. Aufgrund der Pflichtmitgliedschaft der Mitglieder besteht keine Wettbewerbssituation. Dies ist vergleichbar zu anderen Kammern. Die Tätigkeit ist daher nicht gewerblich (BVA 10. 8. 2007, 17F-4/05-26; 10. 8. 2007, 17F-5/05-29). Sie ist gemäß § 1 Abs 2 Apothekerkammergesetz 2001 eine Körperschaft öffentlichen Rechts. Sie ist somit Selbstverwaltungskörperschaft und genießt somit Rechtspersönlichkeit. Sie unterliegt gemäß § 74 Apothekerkammergesetz 2001 der Aufsicht durch den Bund vertreten durch den Bundesminister für Gesundheit. Überdies ist die Finanzierung bundesgesetzlich durch Beiträge ihre Mitglieder vorgesehen. Auch wenn der Bund sie nicht direkt finanziert, so trifft er doch für die gesetzliche Grundlage für die Zahlung von Mitgliedsbeiträgen Vorsorge (EuGH 13. 12. 2007, Die Österreichische Apothekerkammer erfüllt - wie sich aus ua Paragraphen 2 und 41 Apothekerkammergesetz 2001 ergibt - teilweise hoheitliche Aufgaben. Sie nimmt die Disziplinalgewalt gegenüber

ihren Mitgliedern wahr. Sie hat auch die Qualitätssicherung im Interesse der Öffentlichkeit wahrzunehmen. Sie erfüllt daher im Allgemeininteresse liegende Aufgaben. Aufgrund der Pflichtmitgliedschaft der Mitglieder besteht keine Wettbewerbssituation. Dies ist vergleichbar zu anderen Kammern. Die Tätigkeit ist daher nicht gewerblich (BVA 10. 8. 2007, 17F-4/05-26; 10. 8. 2007, 17F-5/05-29). Sie ist gemäß Paragraph eins, Absatz 2, Apothekerkammergesetz 2001 eine Körperschaft öffentlichen Rechts. Sie ist somit Selbstverwaltungskörperschaft und genießt somit Rechtspersönlichkeit. Sie unterliegt gemäß Paragraph 74, Apothekerkammergesetz 2001 der Aufsicht durch den Bund vertreten durch den Bundesminister für Gesundheit. Überdies ist die Finanzierung bundesgesetzlich durch Beiträge ihre Mitglieder vorgesehen. Auch wenn der Bund sie nicht direkt finanziert, so trifft er doch für die gesetzliche Grundlage für die Zahlung von Mitgliedsbeiträgen Vorsorge (EuGH 13. 12. 2007,

Rs C-337/06, Bayrischer Rundfunk ua, Rn 48, Slg 2007, I-11.173 = RPA

2008, 43 [Fink] = wbl 2008/79). Sie ist daher gemäß Art 14b Abs 2 Z 2008, 43 [Fink] = wbl 2008/79). Sie ist daher gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins

lit d B-VG öffentliche Auftraggeberin (BVA 10. 8. 2007, 17F-4/05-26; 10. 8. 2007, 17F-5/05-29; 1. 8. 2008, N/0064-BVA/13/2008-35). Litera d, B-VG öffentliche Auftraggeberin (BVA 10. 8. 2007, 17F-4/05-26; 10. 8. 2007, 17F-5/05-29; 1. 8. 2008, N/0064-BVA/13/2008-35).

Damit können gegen sie gerichtete Anträge beim Bundesvergabeamt anhängig gemacht werden. Feststellungsanträge sind nur dann zulässig, wenn sie gesetzlich vorgesehen sind, ein öffentliches Interesse an der Feststellung oder ein Interesse der Partei an der Klärung der strittigen Rechtsfrage besteht oder sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig sind (zB BVA 30. 9. 2002, F-11/02-3, BVergSlg 28.84 = ZVB-LSK 2003/45; Thienel/Schulev-Steindl, Verwaltungsverfahrensgesetz [2009], 212). Für die in Spruchpunkt I. unter a) und aa) wiedergegebenen Anträge fehlt dem Bundesvergabeamt jedoch die Zuständigkeit, da sie sich auf Kompetenzen beziehen, die erst durch die Novelle 2009 eingeführt wurden und diese wegen des behaupteten Vertragsabschlusses vor Inkrafttreten nicht anwendbar ist. Die unter b), bb), c) und cc) wiedergegebenen Eventualanträge fallen jedoch in die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes. Damit können gegen sie gerichtete Anträge beim Bundesvergabeamt anhängig gemacht werden. Feststellungsanträge sind nur dann zulässig, wenn sie gesetzlich vorgesehen sind, ein öffentliches Interesse an der Feststellung oder ein Interesse der Partei an der Klärung der strittigen Rechtsfrage besteht oder sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig sind (zB BVA 30. 9. 2002, F-11/02-3, BVergSlg 28.84 = ZVB-LSK 2003/45; Thienel/Schulev-Steindl, Verwaltungsverfahrensgesetz [2009], 212). Für die in Spruchpunkt römisch eins. unter a) und aa) wiedergegebenen Anträge fehlt dem Bundesvergabeamt jedoch die Zuständigkeit, da sie sich auf Kompetenzen beziehen, die erst durch die Novelle 2009 eingeführt wurden und diese wegen des behaupteten Vertragsabschlusses vor Inkrafttreten nicht anwendbar ist. Die unter b), bb), c) und cc) wiedergegebenen Eventualanträge fallen jedoch in die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes.

3.3 Zulässigkeit des Antrags

Die aufgrund der Übergangsbestimmungen in die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes fallenden Anträge genügen den Formvorschriften des § 332 Abs 1 BVergG. Ein Antrag auf Nichtigerklärung im Dezember 2009 kam nicht in Frage, da zu diesem Zeitpunkt der Antragstellerin noch nicht mit Sicherheit bekannt war, ob Verträge der in der "Kammer-Info 03/10" bekannt gegebenen Art abgeschlossen waren. Sie unternahm den Versuch, dies herauszufinden. Das Schreiben vom 2. Dezember 2009 war ein solcher Versuch. Er blieb jedoch erfolglos, da es von der Österreichischen Apothekerkammer nicht beantwortet wurde. Kenntnis vom behaupteten Vertragsabschluss erlangte die Antragstellerin erst durch die "Kammer-Info 03/10". Die Anträge sind daher rechtzeitig. Sie richten sich gegen einen öffentlichen Auftraggeber und sind daher inhaltlich zu behandeln. Dabei ist zu prüfen, ob die geltend gemachten Ansprüche auf Feststellung inhaltlich zu Recht bestehen. Die aufgrund der Übergangsbestimmungen in die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes fallenden Anträge genügen den Formvorschriften des Paragraph 332, Absatz eins, BVergG. Ein Antrag auf Nichtigerklärung im Dezember 2009 kam nicht in Frage, da zu diesem Zeitpunkt der Antragstellerin noch nicht mit Sicherheit bekannt war, ob Verträge der in der "Kammer-Info 03/10" bekannt gegebenen Art abgeschlossen waren. Sie unternahm den Versuch, dies herauszufinden. Das Schreiben vom 2. Dezember 2009 war ein solcher Versuch. Er blieb jedoch erfolglos, da es von der Österreichischen Apothekerkammer nicht beantwortet

wurde. Kenntnis vom behaupteten Vertragsabschluss erlangte die Antragstellerin erst durch die "Kammer-Info 03/10". Die Anträge sind daher rechtzeitig. Sie richten sich gegen einen öffentlichen Auftraggeber und sind daher inhaltlich zu behandeln. Dabei ist zu prüfen, ob die geltend gemachten Ansprüche auf Feststellung inhaltlich zu Recht bestehen.

3.4 Inhaltliche Beurteilung

Die relevanten Bestimmungen des BVergG lauten:

Einleitung des Verfahrens

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

1. 1.Ziffer eins

die Wahl der Direktvergabe oder eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war, oder

2. 2.Ziffer 2

...

3. 4.Ziffer 4

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

(2) ...

Verfahrensrechtliche Bestimmungen

§ 333. (1) Parteien eines Feststellungsverfahrens nach § 312 Abs. 3 und 4 sind der Antragsteller, der Auftraggeber und ein allfälliger Zuschlagsempfänger. Parteien eines Feststellungsverfahrens nach § 312 Abs. 5 sind der Antragsteller, der Auftraggeber und alle im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter.Paragraph 333, (1) Parteien eines Feststellungsverfahrens nach Paragraph 312, Absatz 3 und 4 sind der Antragsteller, der Auftraggeber und ein allfälliger Zuschlagsempfänger. Parteien eines Feststellungsverfahrens nach Paragraph 312, Absatz 5, sind der Antragsteller, der Auftraggeber und alle im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter.

(2) ...

Feststellung von Rechtsverstößen

§ 334. Das Bundesvergabeamt hat eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 oder 4 nur dann zu treffen, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war.Paragraph 334, Das Bundesvergabeamt hat eine Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, oder 4 nur dann zu treffen, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war.

Vorauszuschicken ist, dass auch Rahmenverträge über die Abgabe von

sonstigen Mitteln auszuschreiben sind (VwGH 10. 12. 2009,

2005/04/0201, Inkontinenzartikel, bbl 2010/62 = RPA 2010, 75

[Arztmann] = ZVB 2010/58 [G. Gruber/Eisner]; 24. 2. 2010,

2009/04/0209, JusGuide 2010/16/1401 [VwGH] = JusGuide 2010/16/1402

[VwGH]) und von anderen Krankenversicherungsträgern ausgeschrieben wurden (BVA 26. 6. 2009, N/0049-BVA/10/2009-48; 30. 6. 2009, N/0051-BVA/10/2009-42). Ob diese Verträge schriftlich oder mündlich abgeschlossen werden, spielt dabei keine Rolle. Ebenso ist festzuhalten, dass die Salzburger Gebietskrankenkasse - ebenso wie alle anderen Krankenversicherungsträger - gemäß § 136 ASVG die Sachleistungspflicht gegenüber den bei ihr Versicherten trifft.[VwGH]) und von anderen Krankenversicherungsträgern ausgeschrieben wurden (BVA 26. 6. 2009, N/0049-BVA/10/2009-48; 30. 6. 2009, N/0051-BVA/10/2009-42). Ob diese Verträge schriftlich oder mündlich abgeschlossen werden, spielt dabei keine Rolle. Ebenso ist festzuhalten, dass die Salzburger Gebietskrankenkasse - ebenso wie alle

anderen Krankenversicherungsträger - gemäß Paragraph 136, ASVG die Sachleistungspflicht gegenüber den bei ihr Versicherten trifft.

Die Anträge sind aber gegen die Österreichische Apothekerkammer gerichtet. Ihre Auftraggebereigenschaft wurde bestritten. Daher ist diese zu prüfen.

Die Zeugenaussagen in der mündlichen Verhandlung haben einhellig ergeben, dass die Preise und Änderungen der Liefermodalitäten zwischen der Salzburger Gebietskrankenkasse und der erst- und zweitmitbeteiligten Partei vereinbart, der Österreichischen Apothekerkammer bekannt gegeben und von der Österreichischen Apothekerkammer den einzelnen Mitglieder mitgeteilt wurden. Auch wenn einige Aussagen dahin gehen, dass möglicherweise keine Verträge oder keine schriftlichen Verträge zwischen der erst- oder zweitmitbeteiligten Partei und der Salzburger Gebietskrankenkasse abgeschlossen wurden, so ist diese Frage im gegenständlichen Zusammenhang ohne Bedeutung, weil jedenfalls kein Vertrag zwischen der Österreichischen Apothekerkammer und der erst- und zweitmitbeteiligten Partei abgeschlossen wurde. Ob überhaupt und wenn ja mit wem ein Vertrag abgeschlossen wurde, ist für die zu lösende Rechtsfrage nicht von Relevanz, wenn fest steht, dass die Österreichische Apothekerkammer nicht Vertragspartner der erst- und zweitmitbeteiligten Partei ist.

Ein solcher Vertrag würde im Rahmen des durch den Apothekergesamtvertrag errichteten Systems auch keinen Sinn ergeben. Der Apothekergesamtvertrag gilt nach seinem § 1 für die Regelung der Beziehungen zwischen den im Hauptverband der Sozialversicherungsträger zusammengefassten Trägern der Krankenversicherung und den Mitgliedern der Österreichischen Apothekerkammer. Bei der enteralen Ernährung handelt es sich um ein sonstiges Mittel iSd § 2 Abs 3 Apothekergesamtvertrag. Diese sind gemäß § 7 Abs 1 Apothekergesamtvertrag mit den Krankenversicherungsträgern elektronisch abzurechnen. Die Preisbildung erfolgt gemäß § 7 Abs 6 Apothekergesamtvertrag nach dem Verfahren in Anlage II, die gemäß § 12 Apothekergesamtvertrag Bestandteil des Apothekergesamtvertrages ist. Er trat am 1. April 2006 für unbestimmte Zeit in Kraft. Aus § 1 Abs 1 Anlage II zum Apothekergesamtvertrag ergibt sich, dass der Hauptverband der Österreichischen Apothekerkammer die Art und Menge der verschreibbaren sonstigen Mittel bekannt gibt. Dabei sind im Bundesland Salzburg für die Gebiets- und Betriebskrankenkassen gemäß § 1 Abs 2 lit a Anlage II zum Apothekergesamtvertrag die Abgabebedingungen der Gebietskrankenkasse Salzburg maßgeblich. Für die Mittel, die gemäß § 1 Anlage II zum Apothekergesamtvertrag vom Hauptverband der Österreichischen Apothekerkammer mitgeteilt wurden, teilt der Hauptverband auch den mit der Lieferfirma vereinbarten Apothekeneinstandspreis mit. Einzige Aufgabe der Österreichischen Apothekerkammer ist gemäß § 2 Anlage II zum Apothekergesamtvertrag in diesem Zusammenhang die Verlautbarung im Warenverzeichnis des Österreichischen Apothekenverlages. Die Vereinbarung des Preises erfolgt zwischen dem Hauptverband und der Lieferfirma. Die Österreichische Apothekerkammer nimmt den Preis lediglich zur Kenntnis. Die Apotheker schlagen gemäß § 3 Anlage II zum Apothekergesamtvertrag einen näher festgelegten Prozentsatz auf. Auch wenn dieser in einer Sondervereinbarung zwischen den Salzburger Apothekern und der Salzburger Gebietskrankenkasse für die Abgabe enteraler Ernährung reduziert sein mag, ändert das nichts an der Art eines fixen, von vornherein feststehenden Aufschlages auf den Apothekeneinstandspreis und an der ausschließlichen Preisbildung durch die Krankenversicherungsträger. Schließlich kann der Hauptverband gemäß § 7 Anlage II zum Apothekergesamtvertrag der Österreichischen Apothekerkammer jederzeit einseitig Änderungen der Art und Menge der verschreibbaren sonstigen Mittel sowie der Preise mitteilen. Die Österreichische Apothekerkammer kann diese Mitteilungen lediglich zur Kenntnis nehmen und diese Information an ihre Mitglieder weiterleiten. Ein solcher Vertrag würde im Rahmen des durch den Apothekergesamtvertrag errichteten Systems auch keinen Sinn ergeben. Der Apothekergesamtvertrag gilt nach seinem Paragraph eins, für die Regelung der Beziehungen zwischen den im Hauptverband der Sozialversicherungsträger zusammengefassten Trägern der Krankenversicherung und den Mitgliedern der Österreichischen Apothekerkammer. Bei der enteralen Ernährung handelt es sich um ein sonstiges Mittel iSd Paragraph 2, Absatz 3, Apothekergesamtvertrag. Diese sind gemäß Paragraph 7, Absatz eins, Apothekergesamtvertrag mit den Krankenversicherungsträgern elektronisch abzurechnen. Die Preisbildung erfolgt gemäß Paragraph 7, Absatz 6, Apothekergesamtvertrag nach dem Verfahren in Anlage römisch zwei, die gemäß Paragraph 12, Apothekergesamtvertrag Bestandteil des Apothekergesamtvertrages ist. Er trat am 1. April 2006 für unbestimmte Zeit in Kraft. Aus Paragraph eins, Absatz eins, Anlage römisch zwei zum Apothekergesamtvertrag ergibt sich, dass der Hauptverband der Österreichischen Apothekerkammer die Art und Menge der verschreibbaren sonstigen Mittel bekannt gibt. Dabei sind im Bundesland Salzburg für die Gebiets- und Betriebskrankenkassen gemäß Paragraph eins,

Absatz 2, Litera a, Anlage römisch zwei zum Apothekergesamtvertrag die Abgabebedingungen der Gebietskrankenkasse Salzburg maßgeblich. Für die Mittel, die gemäß Paragraph eins, Anlage römisch zwei zum Apothekergesamtvertrag vom Hauptverband der Österreichischen Apothekerkammer mitgeteilt wurden, teilt der Hauptverband auch den mit der Lieferfirma vereinbarten Apothekeneinstandspreis mit. Einzige Aufgabe der Österreichischen Apothekerkammer ist gemäß Paragraph 2, Anlage römisch zwei zum Apothekergesamtvertrag in diesem Zusammenhang die Verlautbarung im Warenverzeichnis des Österreichischen Apothekenverlages. Die Vereinbarung des Preises erfolgt zwischen dem Hauptverband und der Lieferfirma. Die Österreichische Apothekerkammer nimmt den Preis lediglich zur Kenntnis. Die Apotheker schlagen gemäß Paragraph 3, Anlage römisch zwei zum Apothekergesamtvertrag einen näher festgelegten Prozentsatz auf. Auch wenn dieser in einer Sondervereinbarung zwischen den Salzburger Apothekern und der Salzburger Gebietskrankenkasse für die Abgabe enteraler Ernährung reduziert sein mag, ändert das nichts an der Art eines fixen, von vornherein feststehenden Aufschlages auf den Apothekeneinstandspreis und an der ausschließlichen Preisbildung durch die Krankenversicherungsträger. Schließlich kann der Hauptverband gemäß Paragraph 7, Anlage römisch zwei zum Apothekergesamtvertrag der Österreichischen Apothekerkammer jederzeit einseitig Änderungen der Art und Menge der verschreibbaren sonstigen Mittel sowie der Preise mitteilen. Die Österreichische Apothekerkammer kann diese Mitteilungen lediglich zur Kenntnis nehmen und diese Information an ihre Mitglieder weiterleiten.

Diese Informationen finden sich auch in der "Kammer-Info 03/10" vom 23. Februar 2010 der Landesgeschäftsstelle Salzburg der Österreichischen Apothekerkammer. Im ersten Absatz findet sich der Hinweis auf den Apothekergesamtvertrag. Im zweiten Absatz findet sich der Hinweis auf die Mitteilung der Preisreduktion durch die Hersteller. Ebenso findet sich der Hinweis auf die Änderung der Vertriebswege. Die Abrechnung der Rezepte erfolgt wie bisher. Die Abrechnung der Ware erfolgt zwischen den Lieferanten und der Apotheke. Auch dadurch wird kein Vertrag zwischen der Österreichischen Apothekerkammer und den Lieferanten begründet. Im Einzelfall mag ein Vertrag zwischen der Apotheke und dem Lieferanten über die Lieferung der aufgrund des Rezepts bestellten Menge begründet werden, keineswegs jedoch zwischen der Österreichischen Apothekerkammer und dem Lieferanten.

Damit konnte der behauptete Vertragsabschluss nicht festgestellt werden. Die Österreichische Apothekerkammer ist nicht Auftraggeberin. Die begehrten Feststellungen können daher nicht getroffen werden.

3.5 Ersatz der Pauschalgebühr

Die einschlägigen Bestimmungen des BVergG lauten:

Gebührenersatz

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

(2) ...

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der gesetzlich geschuldeten Höhe tatsächlich bezahlt. Sie hat mit ihrem Feststellungsantrag auch nicht teilweise obsiegt, da das Bundesvergabeamt den Feststellungsantrag teils zurück- und teils abwies. Ein Ersatz der bezahlten Pauschalgebühr findet daher nicht statt.

Schlagworte

Anwendungsbereich des Vergaberechts; Ausschreibungspflicht; Feststellungsantrag; Zulässigkeit;

Zuletzt aktualisiert am

22.07.2010

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