

TE Verg Bescheid 2008/8/5 F/0003-BVA/10/2008-42

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 05.08.2008

Norm

BVergG 2006 §9 Abs1

BVergG 2006 §9 Abs2

BVergG 2006 §312 Abs3 Z2

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §331 Abs1 Z1

BVergG 2006 §331 Abs1 Z4

BVergG 2006 §334

ASVG §349 Abs3

1. BVergG 2006 § 9 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 9 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

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 § 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 § 331 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 331 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 331 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 334 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. ASVG § 349 heute
2. ASVG § 349 gültig ab 01.01.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 145/2024
3. ASVG § 349 gültig von 01.01.2024 bis 31.12.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 152/2023
4. ASVG § 349 gültig von 19.03.2022 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 32/2022
5. ASVG § 349 gültig von 01.01.2020 bis 18.03.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2018
6. ASVG § 349 gültig von 01.01.2016 bis 31.12.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 162/2015
7. ASVG § 349 gültig von 01.09.2010 bis 31.12.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 61/2010
8. ASVG § 349 gültig von 01.01.2010 bis 31.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 147/2009
9. ASVG § 349 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2007
10. ASVG § 349 gültig von 01.07.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 31/2007
11. ASVG § 349 gültig von 01.01.2006 bis 30.06.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2005
12. ASVG § 349 gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2001
13. ASVG § 349 gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2001
14. ASVG § 349 gültig von 01.08.2001 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2001
15. ASVG § 349 gültig von 01.08.1998 bis 31.07.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/1998
16. ASVG § 349 gültig von 01.01.1992 bis 31.07.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 676/1991

Text

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 10 bestehend aus Mag. Hubert Reisner als Vorsitzendem sowie Dr. Josef Bosina als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite im Feststellungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Abschluss von Rahmenverträgen über die Direktversorgung mit Medizinprodukten (PEP Masken, Einmalkatheter)" der Auftraggeber 1. Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau, Körperschaft öffentlichen Rechts, 2. Kärntner Gebietskrankenkasse,

1. 3.Ziffer 3
Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, 4. Burgenländische Gebietskrankenkasse, 5. Salzburger Gebietskrankenkasse,
2. 6.Ziffer 6
Betriebskrankenkasse Austria Tabak, 7. Betriebskrankenkasse Mondl,
3. 8.Ziffer 8
Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft,
4. 9.Ziffer 9
Sozialversicherungsanstalt der Bauern, 10. Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter, 11. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, vertreten durch X*** Rechtsanwälte eingeleitet über Antrag vom 8. Juli 2008 der A***, vertreten durch Y*** Rechtsanwälte wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag der A***, das Bundesvergabeamt möge "feststellen, dass die Wahl des Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht zu Recht erfolgte", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 331 Abs 1 Z 1 BVergG Rechtsgrundlage: Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG

II.römisch zwei.

Dem Eventualantrag der A***, das Bundesvergabeamt möge "feststellen, dass die Wahl der Direktvergabe nicht zu Recht erfolgte", wird stattgegeben.

Es wird festgestellt, dass die Wahl der Direktvergabe in dem Vergabeverfahren "Abschluss von Rahmenverträgen über die Direktversorgung mit Medizinprodukten (PEP Masken, Einmalkatheter)" der Auftraggeber 1. Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau, Körperschaft öffentlichen Rechts,

1. 2.Ziffer 2
Kärntner Gebietskrankenkasse, 3. Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, 4. Burgenländische Gebietskrankenkasse,
2. 5.Ziffer 5
Salzburger Gebietskrankenkasse, 6. Betriebskrankenkasse Austria Tabak, 7. Betriebskrankenkasse Mondi, 8. Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, 9. Sozialversicherungsanstalt der Bauern,
3. 10.Ziffer 10
Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter, 11. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, nicht zu Recht erfolgte.

Rechtsgrundlage: § 331 Abs 1 Z 1 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG
III.römisch drei.

Dem Antrag der A***, das Bundesvergabeamt möge "feststellen, dass diese Zuschlagsentscheidung offenkundig unzulässig erfolgt ist", wird stattgegeben.

Es wird festgestellt, dass die Zuschlagsentscheidung in dem Vergabeverfahren "Abschluss von Rahmenverträgen über die Direktversorgung mit Medizinprodukten (PEP Masken, Einmalkatheter)" der Auftraggeber 1. Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau, Körperschaft öffentlichen Rechts,

1. 2.Ziffer 2
Kärntner Gebietskrankenkasse, 3. Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, 4. Burgenländische Gebietskrankenkasse,
2. 5.Ziffer 5
Salzburger Gebietskrankenkasse, 6. Betriebskrankenkasse Austria Tabak, 7. Betriebskrankenkasse Mondi, 8. Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, 9. Sozialversicherungsanstalt der Bauern,
3. 10.Ziffer 10
Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter, 11. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, die ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer direkt an die B*** erfolgte, aufgrund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes offenkundig unzulässig war.

Rechtsgrundlage: § 331 Abs 1 Z 1 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG
IV.römisch vier.

Der Antrag der Auftraggeber 1. Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau, Körperschaft öffentlichen Rechts,

1. 2.Ziffer 2
Kärntner Gebietskrankenkasse, 3. Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, 4. Burgenländische Gebietskrankenkasse,
2. 5.Ziffer 5
Salzburger Gebietskrankenkasse, 6. Betriebskrankenkasse Austria Tabak, 7. Betriebskrankenkasse Mondi, 8. Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, 9. Sozialversicherungsanstalt der Bauern,
3. 10.Ziffer 10
Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter, 11. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, das Bundesvergabeamt möge feststellen, dass die A*** auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte, wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 312 Abs 3 Z 2 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 2, BVergG
V.römisch fünf.

Dem Antrag der A*** "auf Ersatz der Pauschalgebühr gemäß § 318 BVergG", wird stattgegeben
Dem Antrag der A*** "auf Ersatz der Pauschalgebühr gemäß Paragraph 318, BVergG", wird stattgegeben.

Die 1. Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau, Körperschaft öffentlichen Rechts, 2. Kärntner Gebietskrankenkasse,

1. 3.Ziffer 3
Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, 4. Burgenländische Gebietskrankenkasse, 5. Salzburger

Gebietskrankenkasse,

2. 6.Ziffer 6

Betriebskrankenkasse Austria Tabak, 7. Betriebskrankenkasse Mondl,

3. 8.Ziffer 8

Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft,

4. 9.Ziffer 9

Sozialversicherungsanstalt der Bauern, 10. Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter, 11. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, sind zur ungeteilten Hand verpflichtet, der Antragstellerin binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides die entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 2.000 bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergGRechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien und Gang des Verfahrens

Die A*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte brachte am 8. Juli 2008 Nachprüfungs- und Feststellungsanträge sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein. Sie habe gerüchteweise gehört, dass der Hauptverband der Sozialversicherungsträger beabsichtige, einen Rahmenvertrag über verschiedene Medizinprodukte ohne Vergabeverfahren mit Einbindung der Öffentlichkeit abzuschließen. Es sei nicht bekannt gewesen, ob der Hauptverband einen oder mehrere Unternehmer zu diesem Vergabeverfahren eingeladen habe. Zur Zahl N/0070-BVA/02/2008 sei ein Nachprüfungsverfahren gegen den Hauptverband eingeleitet worden. In diesem Verfahren habe sich ergeben, dass nicht der Hauptverband der Sozialversicherungsträger, sondern die Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau den Vertrag abgeschlossen habe. Weitere Krankenversicherungsträger werden noch bekannt gegeben. Der Schaden bestehe in einem Umsatzrückgang von circa Euro 1,500.000. Die Antragstellerin könne gezwungen sein, 35 Mitarbeiter zu kündigen. In weiterer Folge drohe auch ein Verlust ihrer wirtschaftlichen und finanziellen sowie technischen Leistungsfähigkeit. Schließlich drohte ihr ein Schaden in Gestalt des Verlusts eines wesentlichen Referenzprojektes. Die Antragstellerin erachtete sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonforme Vergabeverfahrens, insbesondere der Wahl eines Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung und auf Beteiligung an einem solchen ua in § 19 Abs 1 BVergG verletzt. In weiterer Folge nannte die Antragstellerin gesondert anfechtbare Entscheidungen und brachte vor, dass sie eine Klage nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb einbringen wolle. Als Gründe für die Rechtswidrigkeiten machte sie das Fehlen eines Grundes für die Wahl eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung geltend. Es liege auch kein Direktverrechnungsvertrag vor, der zulässig wäre. Die Direktvergabe sei nur bei einem geschätzten Auftragswert von Euro 40.000 zulässig. Der geschätzte Auftragswert belaufe sich auf ein Vielfaches dieses Betrages. Die Wahl der Direktvergabe sei daher rechtswidrig. Für den Fall, dass das Bundesvergabeamt die auftragsgegenständliche Leistung nicht als prioritäre Dienstleistung qualifizieren sollte, brachte die Antragstellerin vor, dass auch gemäß § 141 Abs 2 und 3 BVergG sowie der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes derartige Dienstleistungsaufträge grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet sei, zu vergeben seien; von einer Bekanntmachung könne nur in wenigen Ausnahmefällen abgesehen werden. Die A*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte brachte am 8. Juli 2008 Nachprüfungs- und Feststellungsanträge sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein. Sie habe gerüchteweise gehört, dass der Hauptverband der Sozialversicherungsträger beabsichtige, einen Rahmenvertrag über verschiedene Medizinprodukte ohne Vergabeverfahren mit Einbindung der Öffentlichkeit abzuschließen. Es sei nicht bekannt gewesen, ob der Hauptverband einen oder mehrere Unternehmer zu diesem Vergabeverfahren eingeladen habe. Zur Zahl N/0070-BVA/02/2008 sei ein Nachprüfungsverfahren gegen den Hauptverband eingeleitet worden. In diesem Verfahren habe sich ergeben, dass nicht der Hauptverband der Sozialversicherungsträger, sondern die Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau den Vertrag abgeschlossen habe. Weitere Krankenversicherungsträger werden noch bekannt gegeben. Der Schaden bestehe in einem Umsatzrückgang von circa Euro 1,500.000. Die Antragstellerin könne gezwungen sein, 35 Mitarbeiter zu kündigen. In weiterer Folge drohe auch ein Verlust ihrer wirtschaftlichen und finanziellen sowie technischen Leistungsfähigkeit. Schließlich drohte ihr ein Schaden in Gestalt des Verlusts eines wesentlichen Referenzprojektes. Die Antragstellerin erachtete sich in ihrem Recht auf Durchführung eines

rechtskonforme Vergabeverfahrens, insbesondere der Wahl eines Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung und auf Beteiligung an einem solchen ua in Paragraph 19, Absatz eins, BVergG verletzt. In weiterer Folge nannte die Antragstellerin gesondert anfechtbare Entscheidungen und brachte vor, dass sie eine Klage nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb einbringen wolle. Als Gründe für die Rechtswidrigkeiten machte sie das Fehlen eines Grundes für die Wahl eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung geltend. Es liege auch kein Direktverrechnungsvertrag vor, der zulässig wäre. Die Direktvergabe sei nur bei einem geschätzten Auftragswert von Euro 40.000 zulässig. Der geschätzte Auftragswert belaufe sich auf ein Vielfaches dieses Betrages. Die Wahl der Direktvergabe sei daher rechtswidrig. Für den Fall, dass das Bundesvergabeamt die auftragsgegenständliche Leistung nicht als prioritäre Dienstleistung qualifizieren sollte, brachte die Antragstellerin vor, dass auch gemäß Paragraph 141, Absatz 2 und 3 BVergG sowie der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes derartige Dienstleistungsaufträge grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet sei, zu vergeben seien; von einer Bekanntmachung könne nur in wenigen Ausnahmefällen abgesehen

werden. Der Antrag sei rechtzeitig, weil die Antragstellerin erst am 30. Juni 2008 mit der Zustellung des Bescheides über die Erlassung einer einstweiligen Verfügung von der Auftraggebereigenschaft Kenntnis erlangt habe. Die Antragstellerin beantragte die Nichtigerklärung einer Reihe von Entscheidungen, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und die Feststellung, dass die Wahl des Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht zu Recht erfolgt sei, für den Fall der Zurück- oder Abweisung dieses Feststellungsantrages, die Feststellung, dass die Wahl der Direktvergabe nicht zu Recht erfolgt sei, für den Fall, dass der Zuschlag in einem Verfahren bereits erfolgt sei, festzustellen, dass diese Zuschlagserteilung offenkundig unzulässig erfolgt sei. Schließlich beantragte sie den Ersatz der Pauschalgebühr gemäß § 318 BVergG und die Akteneinsicht nach Vorlage des Vergabeaktes. Der Antrag sei rechtzeitig, weil die Antragstellerin erst am 30. Juni 2008 mit der Zustellung des Bescheides über die Erlassung einer einstweiligen Verfügung von der Auftraggebereigenschaft Kenntnis erlangt habe. Die Antragstellerin beantragte die Nichtigerklärung einer Reihe von Entscheidungen, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und die Feststellung, dass die Wahl des Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht zu Recht erfolgt sei, für den Fall der Zurück- oder Abweisung dieses Feststellungsantrages, die Feststellung, dass die Wahl der Direktvergabe nicht zu Recht erfolgt sei, für den Fall, dass der Zuschlag in einem Verfahren bereits erfolgt sei, festzustellen, dass diese Zuschlagserteilung offenkundig unzulässig erfolgt sei. Schließlich beantragte sie den Ersatz der Pauschalgebühr gemäß Paragraph 318, BVergG und die Akteneinsicht nach Vorlage des Vergabeaktes.

Am 11. Juli 2008 nahm die Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau vertreten durch X*** Rechtsanwälte zu den Anträgen Stellung und legte die Unterlagen vor. Sie teilte den Sachverhalt mit, der die abgeschlossenen Verträge betrifft. Bei den verfahrensgegenständlichen Verträgen handle es sich nicht um Dienstleistungs- oder Lieferungsverträge, sondern um "Vorverträge zu Gunsten Dritter" im Rahmen der Bemühungspflichten der Versicherung zur Gewährung der Sachleistungsvorsorge. Die "Vertragspartner" werden von den Krankenversicherungsträgern verpflichtet, mit den Anspruchsberechtigten Verträge abzuschließen. Das Vertragsverhältnis betreffend den Bezug von Sachleistungen entstehe somit nicht zwischen den einzelnen Krankenversicherungsträgern und dem jeweiligen Anbieter, sondern zwischen den anspruchsberechtigten Patienten und dem jeweiligen Anbieter, der seine Leistungen im Einklang mit dem Vertrag zu dem Krankenversicherungsträger abzuwickeln habe und die von der Krankenversicherung zu tragenden Kosten direkt mit dem betroffenen Krankenversicherungsträger vertragskonform abrechne. Die Krankenversicherungsträger "beschaffen" somit nicht, sondern "organisieren" nur Anbieter, bei welchem die Anspruchsberechtigten bei Bedarf die jeweilige Leistung zu standardisierten Bedingungen abrufen können. Die österreichische Krankenversicherung solle den Eigenbedarf des Versicherten oder der Anspruchsberechtigten grundsätzlich in Form von Sachleistungen erbringen. Zu diesem Zweck verschaffe der Sozialversicherungsträger dem Versicherten die Krankenbehandlung über eigene Einrichtungen zu deren Lasten oder über seine Vertragspartner gegen direkte Verrechnung der Kosten mit dem Vertragspartner. Soweit die Krankenversicherungsträger nicht eigene Einrichtungen betreiben, in welchen entsprechende Krankenbehandlungen angeboten werden, kommen diese ihrer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung betreffend die Vorsorge für die Krankenbehandlung dadurch nach, dass diese entweder Verträge mit Dritten schließen, in welchen sich diese dazu bereit erklärten, den Anspruchsberechtigten Krankenbehandlungen auf Kosten des Versicherungsträgers zu erbringen, oder die Kosten der privaten Inanspruchnahme von Krankenbehandlungen erstatteten. Das System der "Gesamt- und Einzelverträge" sei auch für das Verhältnis der Krankenversicherungsträger

zu den Erbringern von Heilbehelfen und Hilfsmitteln vorgesehen. Aus diesem Grund sei das Sachleistungsprinzip auch bei den Heilbehelfen dadurch gekennzeichnet, dass der Krankenversicherungsträger lediglich die erforderlichen organisatorischen Maßnahmen zu treffen habe, um die Sachgüter oder Dienstleistungen auf Rechnung des Krankenversicherungsträgers zu sichern. Es bestehe kein durchsetzbarer Anspruch der Anspruchsberechtigten auf Sachleistungen sondern, lediglich auf Übernahme der Kosten. Bei den gegenständlichen Verträgen handle es sich um "Direktverrechnungsverträge", die nicht in den Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes fielen. Es werde eine Vereinbarung geschlossen, aufgrund derer der Kostenzuschuss für Heilbehelfe und Hilfsmittel zu den in der Anlage der jeweiligen Vereinbarung angeführten Tarifsätzen von den Krankenversicherungsträgern mit dem jeweiligen Vertragspartner direkt verrechnet werden. Die Anspruchsberechtigten bedürften, um in den Genuss des Erhalts des Zuschusses zu gelangen, einer ärztlichen Verordnung. Mit einem derartigen Vertrag werde seitens der Krankenversicherungsträger aber weder generell noch für den Einzelfall ein Auftrag zur Erbringung einer Leistung erteilt. Der Auftraggeber für die Lieferung der vertragsgegenständlichen Produkte sei jeweils der Versicherte, für den der Krankenversicherungsträger unter bestimmten Voraussetzungen die Kosten bzw einen Zuschuss für seine Anschaffung zu leisten habe. Durch die bestehende Beziehung im Rahmen dieser beabsichtigten Gesamtlösung werde für bestimmte Fälle eine Direktverrechnung der Zuschussleistungen geregelt. Ein solcher Direktverrechnungsvertrag betreffe daher - entsprechend der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes - nicht entgeltliche Lieferungen an die Krankenversicherungsträger, sondern bloß die Abwicklung des dem Versicherten gegenüber dem Krankenversicherungsträger zustehenden Zuschusses. Der Abschluss eines Direktverrechnungsvertrages unterliege damit keinesfalls dem sachlichen Geltungsbereich des BVergG. Dies habe auch das Bundesvergabeamt bestätigt. Der Hintergrund der Direktverrechnungsverträge mit einzelnen Lieferanten sei die Realisierung von Kostensenkungen, zumal der einzelne "Vertragspartner" Vertragsbedingungen biete, die im Vergleich zu anderen Vertragspartnern wie den Bundes- oder Landesinnungen der Orthopädietechniker eine Aufwandsparnis von bis zu 20 % bedeuteten. Kein Vertrag sehe eine Exklusivitätsklausel zu Gunsten des jeweiligen "Vertragspartners" der einzelnen Krankenversicherungsträger vor; die Anspruchsberechtigten könnten die Sachleistungen weiter wie bisher beziehen. Es könne auch jeder andere befugte Anbieter der vertragsgegenständlichen Leistungen an die Krankenversicherungsträger herantreten und den Abschluss eines solchen Vertrages zu gleichwertigen Konditionen anbieten. Bei den vertragsgegenständlichen Leistungen handle es sich nicht um Lieferaufträge gemäß § 5 BVergG, sondern entweder um nichtprioritäre Dienstleistungen gemäß § 6 BVergG, nämlich solche gemäß Anhang IV Kategorie 25 BVergG im Gesundheits- bzw Sozialwesen, oder um Dienstleistungskonzessionsverträge gemäß § 8 BVergG. In beiden Fällen wären die Anträge zurückzuweisen. Im Übrigen enthielt der Schriftsatz Ausführungen zur Interessensabwägung im Zuge der Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Es wurde die Ab- oder Zurückweisung der Anträge begehrt. Am 11. Juli 2008 nahm die Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau vertreten durch X*** Rechtsanwälte zu den Anträgen Stellung und legte die Unterlagen vor. Sie teilte den Sachverhalt mit, der die abgeschlossenen Verträge betrifft. Bei den verfahrensgegenständlichen Verträgen handle es sich nicht um Dienstleistungs- oder Lieferungsverträge, sondern um "Vorverträge zu Gunsten Dritter" im Rahmen der Bemühungspflichten der Versicherung zur Gewährung der Sachleistungsvorsorge. Die "Vertragspartner" werden von den Krankenversicherungsträgern verpflichtet, mit den Anspruchsberechtigten Verträge abzuschließen. Das Vertragsverhältnis betreffend den Bezug von Sachleistungen entstehe somit nicht zwischen den einzelnen Krankenversicherungsträgern und dem jeweiligen Anbieter, sondern zwischen den anspruchsberechtigten Patienten und dem jeweiligen Anbieter, der seine Leistungen im Einklang mit dem Vertrag zu dem Krankenversicherungsträger abzuwickeln habe und die von der Krankenversicherung zu tragenden Kosten direkt mit dem betroffenen Krankenversicherungsträger vertragskonform abrechne. Die Krankenversicherungsträger "beschaffen" somit nicht, sondern "organisieren" nur Anbieter, bei welchem die Anspruchsberechtigten bei Bedarf die jeweilige Leistung zu standardisierten Bedingungen abrufen können. Die österreichische Krankenversicherung solle den Eigenbedarf des Versicherten oder der Anspruchsberechtigten grundsätzlich in Form von Sachleistungen erbringen. Zu diesem Zweck verschaffe der Sozialversicherungsträger dem Versicherten die Krankenbehandlung über eigene Einrichtungen zu deren Lasten oder über seine Vertragspartner gegen direkte Verrechnung der Kosten mit dem Vertragspartner. Soweit die Krankenversicherungsträger nicht eigene Einrichtungen betreiben, in welchen entsprechende Krankenbehandlungen angeboten werden, kommen diese ihrer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung betreffend die Vorsorge für die Krankenbehandlung dadurch nach, dass diese entweder Verträge mit Dritten schließen, in welchen sich diese dazu bereit erklärten, den Anspruchsberechtigten Krankenbehandlungen auf Kosten des

Versicherungsträgers zu erbringen, oder die Kosten der privaten Inanspruchnahme von Krankenbehandlungen erstatteten. Das System der "Gesamt- und Einzelverträge" sei auch für das Verhältnis der Krankenversicherungsträger zu den Erbringern von Heilbehelfen und Hilfsmitteln vorgesehen. Aus diesem Grund sei das Sachleistungsprinzip auch bei den Heilbehelfen dadurch gekennzeichnet, dass der Krankenversicherungsträger lediglich die erforderlichen organisatorischen Maßnahmen zu treffen habe, um die Sachgüter oder Dienstleistungen auf Rechnung des Krankenversicherungsträgers zu sichern. Es bestehe kein durchsetzbarer Anspruch der Anspruchsberechtigten auf Sachleistungen sondern, lediglich auf Übernahme der Kosten. Bei den gegenständlichen Verträgen handle es sich um "Direktverrechnungsverträge", die nicht in den Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes fielen. Es werde eine Vereinbarung geschlossen, aufgrund derer der Kostenzuschuss für Heilbehelfe und Hilfsmittel zu den in der Anlage der jeweiligen Vereinbarung angeführten Tarifsätzen von den Krankenversicherungsträgern mit dem jeweiligen Vertragspartner direkt verrechnet werden. Die Anspruchsberechtigten bedürften, um in den Genuss des Erhalts des Zuschusses zu gelangen, einer ärztlichen Verordnung. Mit einem derartigen Vertrag werde seitens der Krankenversicherungsträger aber weder generell noch für den Einzelfall ein Auftrag zur Erbringung einer Leistung erteilt. Der Auftraggeber für die Lieferung der vertragsgegenständlichen Produkte sei jeweils der Versicherte, für den der Krankenversicherungsträger unter bestimmten Voraussetzungen die Kosten bzw einen Zuschuss für seine Anschaffung zu leisten habe. Durch die bestehende Beziehung im Rahmen dieser beabsichtigten Gesamtlösung werde für bestimmte Fälle eine Direktverrechnungen der Zuschussleistungen geregelt. Ein solcher Direktverrechnungsvertrag betreffe daher - entsprechend der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes - nicht entgeltliche Lieferungen an die Krankenversicherungsträger, sondern bloß die Abwicklung des dem Versicherten gegenüber dem Krankenversicherungsträger zustehenden Zuschusses. Der Abschluss eines Direktverrechnungsvertrages unterliege damit keinesfalls dem sachlichen Geltungsbereich des BVergG. Dies habe auch das Bundesvergabeamt bestätigt. Der Hintergrund der Direktverrechnungsverträge mit einzelnen Lieferanten sei die Realisierung von Kostensenkungen, zumal der einzelne "Vertragspartner" Vertragsbedingungen biete, die im Vergleich zu anderen Vertragspartnern wie den Bundes- oder Landesinnungen der Orthopädietechniker eine Aufwandsparnis von bis zu 20 % bedeuteten. Kein Vertrag sehe eine Exklusivitätsklausel zu Gunsten des jeweiligen "Vertragspartners" der einzelnen Krankenversicherungsträger vor; die Anspruchsberechtigten könnten die Sachleistungen weiter wie bisher beziehen. Es könne auch jeder andere befugte Anbieter der vertragsgegenständlichen Leistungen an die Krankenversicherungsträger herantreten und den Abschluss eines solchen Vertrages zu gleichwertigen Konditionen anbieten. Bei den vertragsgegenständlichen Leistungen handle es sich nicht um Lieferaufträge gemäß Paragraph 5, BVergG, sondern entweder um nichtprioritäre Dienstleistungen gemäß Paragraph 6, BVergG, nämlich solche gemäß Anhang römisch vier Kategorie 25 BVergG im Gesundheits- bzw Sozialwesen, oder um Dienstleistungskonzessionsverträge gemäß Paragraph 8, BVergG. In beiden Fällen wären die Anträge zurückzuweisen. Im Übrigen enthielt der Schriftsatz Ausführungen zur Interessensabwägung im Zuge der Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Es wurde die Ab- oder Zurückweisung der Anträge begehrt.

Am 11. Juli 2008 verbesserte die Antragstellerin den Nachprüfungsantrag insofern, als sie die Pauschalgebühr bezahlte und die folgenden Versicherungsanstalten als Auftraggeber bekannt gab:

1. 1.Ziffer eins
Allgemeine Unfallversicherungsanstalt (AUVA)
2. 2.Ziffer 2
Kärntner Gebietskrankenkasse (KGKK)
3. 3.Ziffer 3
Niederösterreichische Gebietskrankenkasse (NÖGKK)
4. 4.Ziffer 4
Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK)
5. 5.Ziffer 5
Salzburger Gebietskrankenkasse (SGKK)
6. 6.Ziffer 6
Betriebskrankenkasse Austria Tabak
7. 7.Ziffer 7
Betriebskrankenkasse Mondi
8. 8.Ziffer 8

Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA)

9. 9.Ziffer 9

Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB)

10. 10.Ziffer 10

Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter (BVA)

Am 16. Juli 2008 teilte die Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter mit, dass die Aufgabe der Betreuung der einschlägigen Leistungsthemen dem eigens dafür geschaffenen CompetenceCenter der VAEB übertragen worden sei. Die BVA habe keine näheren Informationen zu diesem Thema und könne keine Unterlagen zur Verfügung stellen.

Mit Schriftsatz vom 16. Juli 2008 zog die Antragstellerin sämtliche Nachprüfungsanträge und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zurück.

Mit Schriftsatz vom 16. Juli 2008 nahmen die Auftraggeber, die bisher nicht im Verfahren einbezogen waren, Stellung. Inhaltlich entspricht dieser Schriftsatz jenem der Versicherungsanstalt für Eisenbahn und Bergbau vom 11. Juli 2008.

Am 18. Juli 2008 legten die Auftraggeber ergänzende Unterlagen vor.

Am 22. Juli 2008 gaben die X*** Rechtsanwälte bekannt, dass sie nunmehr auch die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt vertreten.

Am 24. Juli 2008 nahm die B*** vertreten durch Z***, Rechtsanwalt, in der Folge Auftragnehmerin genannt, Stellung. Sie habe mit dem Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger am 9. Juni 2008 einen Rahmenvertrag abgeschlossen, in dem die Modalitäten einer Direktverrechnung zwischen den Vertragsparteien geregelt worden seien. Es handle sich bei diesem Rahmenvertrag um einen so genannten Direktverrechnungsvertrag, der nicht in den Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes falle. Auftraggeber sei jeweils der Versicherte, dem der Krankenversicherungsträger nach den Bestimmungen des ASVG Ersatz für seine Aufwendungen zu leisten habe. Gegenstand sei lediglich die Zahlungsabwicklung des dem einzelnen Versicherten gegenüber dem Krankenversicherungsträger zustehenden Kostenersatzes, des Zuschusses. Auf Grundlage dieses Vertrages komme es nicht zu einer Bestellung durch den Hauptverband oder andere Sozialversicherungsträger. Mit dem Vertrag werde seitens der Krankenversicherungsträger weder generell noch im Einzelfall ein Auftrag zur Erbringung einer Leistung an die Auftragnehmerin erteilt. Es handle sich nicht um einen vergaberechtlich relevanten Sachverhalt. Die Antragstellerin gehöre der Bundesinnung der Augenoptiker, Orthopädietechniker, Bandagisten und Hörgeräteakustiker an. Die Auftragnehmerin gehöre der Sektion Handel an. In diesem Bereich bestehe kein Gesamtvertrag. Es bestehe auch Exklusivität zu Gunsten der Auftragnehmerin. Daher beantragte die Auftragnehmerin die Zurück-, in eventu Abweisung der Anträge der Antragstellerin.

Am 24. Juli 2008 brachte die Antragstellerin eine weitere Stellungnahme ein. Durch den Abschluss der beiden hier vorliegenden Rahmenverträge beabsichtigten die Krankenversicherungsträger Einsparungen bei den niedergelassenen Orthopädietechnikern zu erzielen. Der Versand der Medizinbehelfe solle auf dem Postweg erfolgen. Die B*** sei eine Tochtergesellschaft des multinationalen Medizin/Pharma-Konzerns C***. Diese sei kein Orthopädietechnik-Unternehmen, sondern ein Hersteller und Importeur von Heilbehelfen. Sie unterhalte in Österreich lediglich ein Vertriebsbüro und kein flächendeckendes Filialnetz für die Nahversorgung. Durch das System des Direktvertriebs kommen die Krankenversicherungsträger in den Genuss der Herstellerkonditionen. Darin seien die Kosten der niedergelassenen Orthopädietechniker und ihres Filialnetzes nicht eingerechnet. Die kostenlosen Nebenleistungen der Orthopädietechniker würden dadurch nicht mehr geleistet. Die Patienten würden seitens der Versicherungsträger gedrängt, ihren Bedarf im Versandhandel zu decken. Ein Vertragsabschluss mit anderen Unternehmen komme nur dann in Frage, wenn die angebotenen Produkte billiger seien. Es handle sich nicht um einen Direktverrechnungsvertrag, sondern um einen Liefervertrag gemäß § 5 BVergG. Es bestehe eine Leistungspflicht seitens der B*** gegenüber den Anspruchsberechtigten. Es käme ausschließlich die Lieferung der im Anhang 2 genannten Produkte in Frage. Die Patienten hätten nicht die Wahl, gegen Aufzahlung ein Produkt mit höherem Bedienungskomfort auszuwählen. Den Anspruchsberechtigten bleibe kein Raum für Vertragsverhandlungen oder ähnliches. Die vorliegenden Rahmenverträge begründeten somit eine vertragliche Pflicht der B*** - im Fall einer Bestellung durch die Anspruchsberechtigten - bestimmte Medizinprodukte auszuwählen und an die Anspruchsberechtigten zu liefern. Aus zivilrechtlicher Sicht handele es sich bei den hier vorliegenden Rahmenverträgen somit um Kaufverträge mit werkvertraglichen Elementen, soweit eine individuelle Anpassung der

Heilbehelfe an die Bedürfnisse eines Anspruchsberechtigten erfolgen müsste, die zwischen den Antragsgegnerinnen und der B*** zu Stande kämen. Genauer gesagt handle es sich um Rahmenverträge, aufgrund deren Kaufverträge zu Stande kämen. Dass die Beratung und die Lieferung nicht an die Auftraggeber, sondern an Dritte zu erfolgen hätten, ändere nichts an der vergaberechtlichen Qualifikation der hier relevanten Rahmenverträge als öffentliche Aufträge. Auch der Umstand, dass die Bestellung durch die Anspruchsberechtigten vorgenommen werde, ändere nichts an der Qualifikation der Rahmenverträge als öffentliche Aufträge. Auch das Tatbestandsmerkmal der Entgeltlichkeit sei erfüllt. Die Antragstellerin legte das Gutachten von D***' Institut für Rechtswissenschaft der Universität ****, vom 23. Juli 2008 über die zivilrechtliche Qualifikation der Rahmenverträge als Leistungsverträge vor. Weiter führte die Antragstellerin aus, dass es sich um Lieferaufträge handle, da der Gesamtwert der Waren bei Weitem den Wert der Dienstleistungen überwiege. Es handle sich auch nicht um eine Dienstleistungskonzession. Unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung handle es sich nicht um Direktverrechnungsverträge. Die vorliegenden Rahmenverträge gingen weit über den Inhalt eines Direktverrechnungsvertrags hinaus und regelten die Pflicht des Auftragnehmers zur umfassenden Versorgung der Anspruchsberechtigten. Die ärztliche Verordnungspflicht widerspräche dem Wesen eines Direktverrechnungsvertrags. Die Bewilligungspflicht sei ein eindeutiges Merkmal dafür, dass die gegenständlichen Rahmenverträge eben nicht bloß die Direktverrechnung der Kosten umfassten, sondern die Abgabe von Behelfen nach erfolgter Bewilligung regelten. Lieferbedingungen deuteten im Sinne der Rechtsprechung des BVA ebenfalls auf das Vorliegen eines Rahmenvertrags hin. Die Argumentation der Auftraggeber, die hier vorliegenden Rahmenverträge seien als Direktverrechnungsverträge nicht ausschreibungspflichtig, sei daher offenkundig eine bloße Schutzbehauptung. Dies zeige sich bereits an der Bestätigung. Auch sei die Zustimmung der einzelnen Sozialversicherungsträger derart, dass zur Direktbelieferung von Anspruchsberechtigten der Gesamtvertrag geschlossen werde. Die Vergabe der Verträge auf die vorliegende Art und Weise sei offenkundig unzulässig. Es lägen offenkundig grundsätzlich sämtliche Voraussetzungen der Anwendbarkeit des BVergG vor. Im Sinne eines Grundsatz/Ausnahme-Schemas hätten die Auftraggeber daher die Ausnahme von der grundsätzlichen Ausschreibungspflicht prüfen und gegebenenfalls substantiiert begründen müssen. Es sei offenkundig, dass es sich nicht um Direktverrechnungsverträge handle. Schließlich sei auch kein weiteres Unternehmen an diesem Beschaffungsvorgang beteiligt worden. Am 24. Juli 2008 brachte die Antragstellerin eine weitere Stellungnahme ein. Durch den Abschluss der beiden hier vorliegenden Rahmenverträge beabsichtigten die Krankenversicherungsträger Einsparungen bei den niedergelassenen Orthopädietechnikern zu erzielen. Der Versand der Medizinbehelfe solle auf dem Postweg erfolgen. Die B*** sei eine Tochtergesellschaft des multinationalen Medizin/Pharma-Konzerns C***. Diese sei kein Orthopädietechnik-Unternehmen, sondern ein Hersteller und Importeur von Heilbehelfen. Sie unterhalte in Österreich lediglich ein Vertriebsbüro und kein flächendeckendes Filialnetz für die Nahversorgung. Durch das System des Direktvertriebs kommen die Krankenversicherungsträger in den Genuss der Herstellerkonditionen. Darin seien die Kosten der niedergelassenen Orthopädietechniker und ihres Filialnetzes nicht eingerechnet. Die kostenlosen Nebenleistungen der Orthopädietechniker würden dadurch nicht mehr geleistet. Die Patienten würden seitens der Versicherungsträger gedrängt, ihren Bedarf im Versandhandel zu decken. Ein Vertragsabschluss mit anderen Unternehmen komme nur dann in Frage, wenn die angebotenen Produkte billiger seien. Es handle sich nicht um einen Direktverrechnungsvertrag, sondern um einen Liefervertrag gemäß Paragraph 5, BVergG. Es bestehe eine Leistungspflicht seitens der B*** gegenüber den Anspruchsberechtigten. Es käme ausschließlich die Lieferung der im Anhang 2 genannten Produkte in Frage. Die Patienten hätten nicht die Wahl, gegen Aufzahlung ein Produkt mit höherem Bedienungskomfort auszuwählen. Den Anspruchsberechtigten bleibe kein Raum für Vertragsverhandlungen oder ähnliches. Die vorliegenden Rahmenverträge begründeten somit eine vertragliche Pflicht der B*** - im Fall einer Bestellung durch die Anspruchsberechtigten - bestimmte Medizinprodukte auszuwählen und an die Anspruchsberechtigten zu liefern. Aus zivilrechtlicher Sicht handele es sich bei den hier vorliegenden Rahmenverträgen somit um Kaufverträge mit werkvertraglichen Elementen, soweit eine individuelle Anpassung der Heilbehelfe an die Bedürfnisse eines Anspruchsberechtigten erfolgen müsste, die zwischen den Antragsgegnerinnen und der B*** zu Stande kämen. Genauer gesagt handle es sich um Rahmenverträge, aufgrund deren Kaufverträge zu Stande kämen. Dass die Beratung und die Lieferung nicht an die Auftraggeber, sondern an Dritte zu erfolgen hätten, ändere nichts an der vergaberechtlichen Qualifikation der hier relevanten Rahmenverträge als öffentliche Aufträge. Auch der Umstand, dass die Bestellung durch die Anspruchsberechtigten vorgenommen werde, ändere nichts an der Qualifikation der Rahmenverträge als öffentliche Aufträge. Auch das Tatbestandsmerkmal der Entgeltlichkeit sei erfüllt. Die Antragstellerin legte das Gutachten von D***' Institut für Rechtswissenschaft der Universität ****, vom 23. Juli

2008 über die zivilrechtliche Qualifikation der Rahmenverträge als Leistungsverträge vor. Weiter führte die Antragstellerin aus, dass es sich um Lieferaufträge handle, da der Gesamtwert der Waren bei Weitem den Wert der Dienstleistungen überwiege. Es handle sich auch nicht um eine Dienstleistungskonzession. Unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung handle es sich nicht um Direktverrechnungsverträge. Die vorliegenden Rahmenverträge gingen weit über den Inhalt eines Direktverrechnungsvertrags hinaus und regelten die Pflicht des Auftragnehmers zur umfassenden Versorgung der Anspruchsberechtigten. Die ärztliche Verordnungspflicht widerspräche dem Wesen eines Direktverrechnungsvertrags. Die Bewilligungspflicht sei ein eindeutiges Merkmal dafür, dass die gegenständlichen Rahmenverträge eben nicht bloß die Direktverrechnung der Kosten umfassten, sondern die Abgabe von Behelfen nach erfolgter Bewilligung regelten. Lieferbedingungen deuteten im Sinne der Rechtsprechung des BVA ebenfalls auf das Vorliegen eines Rahmenvertrags hin. Die Argumentation der Auftraggeber, die hier vorliegenden Rahmenverträge seien als Direktverrechnungsverträge nicht ausschreibungspflichtig, sei daher offenkundig eine bloße Schutzbehauptung. Dies zeige sich bereits an der Bestätigung. Auch sei die Zustimmung der einzelnen Sozialversicherungsträger derart, dass zur Direktbelieferung von Anspruchsberechtigten der Gesamtvertrag geschlossen werde. Die Vergabe der Verträge auf die vorliegende Art und Weise sei offenkundig unzulässig. Es lägen offenkundig grundsätzlich sämtliche Voraussetzungen der Anwendbarkeit des BVergG vor. Im Sinne eines Grundsatz/Ausnahme-Schemas hätten die Auftraggeber daher die Ausnahme von der grundsätzlichen Ausschreibungspflicht prüfen und gegebenenfalls substantiiert begründen müssen. Es sei offenkundig, dass es sich nicht um Direktverrechnungsverträge handle. Schließlich sei auch kein weiteres Unternehmen an diesem Beschaffungsvorgang beteiligt worden.

Am 28. Juli 2008 beantragte die Antragstellerin die Beischaufung der Direktverrechnungsverträge der NÖGKK, die der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes vom 25. November 2002, B 46/00 zu Grunde gelegen sind, und jenes Vertrages der OÖGKK, der der Entscheidung des Bundesvergabeamtes vom 2. Oktober 2005, 07N-83/05-33' zu Grunde gelegen ist.

Am 28. Juli 2008 erstatteten die Auftraggeber einen vorbereitenden Schriftsatz und legten Urkunden vor. Die AUVA habe den Vertragsentwürfen ihre Zustimmung erteilt. Die Auftraggeber erklärten die Funktion der verfahrensgegenständlichen Medizinprodukte, PEP-Masken und Einmalkatheter. Beide machten eine fortdauernde individuelle Beratung und Bereitstellung von erkrankungsspezifischen Informationen und Schulungen in der Anwendung erforderlich. Die Bescheinigung des eingetretenen Schadens sei nicht nachvollziehbar. Die Antragstellerin habe einen Gesamtumsatz zum 1. Januar 2007 in der Höhe von Euro 8,500.000. Es sei nicht erkennbar, dass bei einem Umsatzrückgang von Euro 1.500.000 35 der etwa 40 Mitarbeiter gekündigt werden müssten. Der Antragstellerin fehle daher die Antragslegitimation. Sie habe auch nicht die entsprechende technische Leistungsfähigkeit. Sie sei ausschließlich in der Steiermark tätig. Bei den Verträgen mit der Auftragnehmerin seien insgesamt elf Sozial- und Krankenversicherungsträger Vertragspartner, deren Anspruchsberechtigte auf alle Bundesländer verteilt seien. Die Abgabe der vertragsgegenständlichen Medizinprodukte über die steirischen Landesgrenzen hinaus sei nicht denkbar. Es würden weder Einmalkatheter noch PEP-Masken im elektronischen Geschäftsverkehr der Antragstellerin angeboten werden. Eine entsprechende Logistik für die bundesweite Abgabe bestehe nicht. Die Antragstellerin habe daher zu keiner Zeit eine "echte Chance auf Erteilung des Zuschlags" iSd § 312 Abs 3 Z 2 BVergG gehabt. Die Auftraggeber stellten daher in analoger Anwendung des § 312 Abs 3 Z 2 BVergG einen Antrag auf Feststellung, dass die Antragstellerin keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt habe. Die im streitgegenständlichen Vertrag mit der B*** enthaltenen Vertragsregelungen entsprächen inhaltlich im Wesentlichen jenen Vertragsregelungen, die das Bundesvergabeamt im Verfahren "Oberösterreichische Krankenbetten" zur positiven Beurteilung des Vorliegens eines Direktverrechnungsvertrags herangezogen habe. Darüber hinaus entsprächen die darin vorgesehenen Regelungen auch jenen des mit der Innung der Bandagisten und Orthopädietechniker abgeschlossenen Vertrags vom 3. März 1997, dem "Innungsvertrag", an dem im Übrigen auch die Antragstellerin beteiligt sei. Aus der Gegenüberstellung des Vertrages im Fall "Oberösterreichische Krankenbetten" mit dem Vertrag mit der Auftragnehmerin und dem "Innungsvertrag" ergebe sich, dass die verfahrensgegenständlichen Verträge auf demselben Sinn und Zweck wie der vom BVA im Verfahren "Oberösterreichische Krankenbetten" als Direktverrechnungsvertrag qualifizierte Vertrag abstellten. In allen Fällen gehe es um die Abgabe von Hilfsmitteln und Heilbehelfen an die Anspruchsberechtigten der Krankenversicherung auf Rechnung der jeweiligen Krankenversicherungsträger. Die Anspruchsberechtigten bestellten die Medizinprodukte unter Vorlage einer ärztlichen Verordnung beim jeweiligen Vertragspartner der Krankenversicherungsträger. Demzufolge werde in keinem der Vertragsverhältnisse zwischen den

Krankenversicherungsträgern und dem jeweiligen Vertragspartner generell oder im Einzelfall ein Auftrag zur Lieferung von Medizinprodukten erteilt. "Auftraggeber" bzw. "Besteller" sei der jeweils betroffene Anspruchsberechtigte. Der Begriff "Abgabe" stamme aus dem pharma- bzw. medizinprodukterechtlichen Bereich. Im Rahmen der "Abgabe" von Medizinprodukten durch die Antragstellerin oder eine Apotheke werde niemand ernsthaft in Zweifel ziehen wollen, dass es sich hierbei um einen Kauf im zivilrechtlichen Sinne handle. Es bleibe den Anspruchsberechtigten unbenommen, bei anderen Anbietern von Medizinprodukten, wie etwa der Antragstellerin, die geeigneten Hilfsmittel oder Heilbehelfe zu beziehen. Völlig irrelevant sei es in diesem Zusammenhang, ob aufgrund der konkreten kaufmännischen Konditionen im so genannten "Innungsvertrag" ein Abruf von Leistungen durch Versicherte wahrscheinlich sei oder nicht. Der Innungsvertrag sei nach denselben Regeln erstellt worden, wie sie nunmehr von der Antragstellerin kritisiert werden. Im Hinblick auf die abstrakt zu lösende Rechtsfrage des Vorliegens eines Direktverrechnungsvertrags könne aber keine sachlich gerechtfertigte Differenzierung danach erfolgen, ob ein von der Innung vertretenes Mitglied als "Vertragsfirma" oder eine nicht von der Innung vertretene Firma Partner des Direktverrechnungsvertrags sei. Der gegenständliche Vertrag mit der B*** einerseits und der Innungsvertrag andererseits unterlägen aufgrund des identen Vertragsgegenstandes und identer Vertragsregelungen demselben vergaberechtlichen Schicksal. Das selektive Vorgehen der Antragstellerin widerspreche damit dem Grundsatz von Treu und Glauben (*venire contra factum proprium*) und werfe grundsätzliche Fragen des Rechtsschutzbedürfnisses auf. Ein Direktverrechnungsvertrag liege auch dann vor, wenn in ihm im Allgemeinen die Modalitäten der Leistungserbringung und die Zahlungsbedingungen festgelegt seien und somit der Disposition der Anspruchsberechtigten entzogen werden. Auf die Art der Leistung habe der Versicherte keinen Einfluss gehabt. Auch das Transportziel sei vom Vertragsarzt oder Vertragskrankenhäusern bestimmt worden. Für den VfGH sei nur maßgeblich, dass "der Auftraggeber (...) für die Krankentransportdienstleistung jeweils der Versicherte" sei, "dem der Krankenversicherungsträger unter bestimmten Voraussetzungen Ersatz für seine Aufwendungen zu leisten hat". Zur Organisation der Krankentransportdienstleistungen seien die Gemeinden zuständig gewesen. Die Krankenversicherungsträger hätten nur einen Kostenersatz geleistet. Die Gegenüberstellung der genannten Verträge zeige, dass im Falle der Nichtanerkennung als Direktverrechnungsverträge diese rechtliche Qualifikation auch bei den derzeit geltenden "Innungsverträgen" gelten müsste. Im Übrigen handle es sich bei dem Vertrag mit der B*** um eine Dienstleistung, da neben der Lieferleistung auch wesentliche Dienstleistungen wie Information und fernmündliche oder schriftliche Beratung umfasst seien. Unter Zugrundelegung einer funktionalen Betrachtung sei die Leistung insgesamt als Dienstleistung einzustufen. Da ein Selbstkostenanteil der Anspruchsberechtigten einzubehalten sei, trage die B*** wirtschaftliches Risiko. Sie habe das Recht, die Dienstleistung zu nutzen. Sie trage das Risiko, dass die Dienstleistung überhaupt genutzt werde. Es liege eine Dienstleistungskonzession vor. Die Dienstleistung sei als nicht-prioritäre gemäß Kategorie 25 des Anh IV zum BVergG einzustufen. Die typisierten Vergabeverfahren des BVergG seien nicht anzuwenden. Die Auftraggeber haben ein Verfahren gewählt, das den Grundsätzen des § 141 Abs 2 BVergG genüge. Dies sei im vorliegenden Fall geschehen. Die Auftraggeber beantragten die Zurück-, in eventu Abweisung der Anträge der Antragstellerin und die Feststellung, dass die Antragstellerin auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte. Am 28. Juli 2008 erstatteten die Auftraggeber einen vorbereitenden Schriftsatz und legten Urkunden vor. Die AUVA habe den Vertragsentwürfen ihre Zustimmung erteilt. Die Auftraggeber erklärten die Funktion der verfahrensgegenständlichen Medizinprodukte, PEP-Masken und Einmalkatheter. Beide machten eine fortdauernde individuelle Beratung und Bereitstellung von erkrankungsspezifischen Informationen und Schulungen in der Anwendung erforderlich. Die Bescheinigung des eingetretenen Schadens sei nicht nachvollziehbar. Die Antragstellerin habe einen Gesamtumsatz zum 1. Januar 2007 in der Höhe von Euro 8,500.000. Es sei nicht erkennbar, dass bei einem Umsatzrückgang von Euro 1.500.000 35 der etwa 40 Mitarbeiter gekündigt werden müssten. Der Antragstellerin fehle daher die Antragslegitimation. Sie habe auch nicht die entsprechende technische Leistungsfähigkeit. Sie sei ausschließlich in der Steiermark tätig. Bei den Verträgen mit der Auftragnehmerin seien insgesamt elf Sozial- und Krankenversicherungsträger Vertragspartner, deren Anspruchsberechtigte auf alle Bundesländer verteilt seien. Die Abgabe der vertragsgegenständlichen Medizinprodukte über die steirischen Landesgrenzen hinaus sei nicht denkbar. Es würden weder Einmalkatheter noch PEP-Masken im elektronischen Geschäftsverkehr der Antragstellerin angeboten werden. Eine entsprechende Logistik für die bundesweite Abgabe bestehe nicht. Die Antragstellerin habe daher zu keiner Zeit eine "echte Chance auf Erteilung des Zuschlags" iSd Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 2, BVergG gehabt. Die Auftraggeber stellten daher in analoger Anwendung des Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 2, BVergG einen Antrag auf Feststellung, dass die Antragstellerin keine

echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt habe. Die im streitgegenständlichen Vertrag mit der B*** enthaltenen Vertragsregelungen entsprächen inhaltlich im Wesentlichen jenen Vertragsregelungen, die das Bundesvergabeamt im Verfahren "Oberösterreichische Krankenbetten" zur positiven Beurteilung des Vorliegens eines Direktverrechnungsvertrags herangezogen habe. Darüber hinaus entsprächen die darin vorgesehenen Regelungen auch jenen des mit der Innung der Bandagisten und Orthopädietechniker abgeschlossenen Vertrags vom 3. März 1997, dem "Innungsvertrag", an dem im Übrigen auch die Antragstellerin beteiligt sei. Aus der Gegenüberstellung des Vertrages im Fall "Oberösterreichische Krankenbetten" mit dem Vertrag mit der Auftragnehmerin und dem "Innungsvertrag" ergebe sich, dass die verfahrensgegenständlichen Verträge auf demselben Sinn und Zweck wie der vom BVA im Verfahren "Oberösterreichische Krankenbetten" als Direktverrechnungsvertrag qualifizierte Vertrag abstellten. In allen Fällen gehe es um die Abgabe von Hilfsmitteln und Heilbehelfen an die Anspruchsberechtigten der Krankenversicherung auf Rechnung der jeweiligen Krankenversicherungsträger. Die Anspruchsberechtigten bestellten die Medizinprodukte unter Vorlage einer ärztlichen Verordnung beim jeweiligen Vertragspartner der Krankenversicherungsträger. Demzufolge werde in keinem der Vertragsverhältnisse zwischen den Krankenversicherungsträgern und dem jeweiligen Vertragspartner generell oder im Einzelfall ein Auftrag zur Lieferung von Medizinprodukten erteilt. "Auftraggeber" bzw. "Besteller" sei der jeweils betroffene Anspruchsberechtigte. Der Begriff "Abgabe" stamme aus dem pharma- bzw. medizinprodukterechtlichen Bereich. Im Rahmen der "Abgabe" von Medizinprodukten durch die Antragstellerin oder eine Apotheke werde niemand ernsthaft in Zweifel ziehen wollen, dass es sich hierbei um einen Kauf im zivilrechtlichen Sinne handle. Es bleibe den Anspruchsberechtigten unbenommen, bei anderen Anbietern von Medizinprodukten, wie etwa der Antragstellerin, die geeigneten Hilfsmittel oder Heilbehelfe zu beziehen. Völlig irrelevant sei es in diesem Zusammenhang, ob aufgrund der konkreten kaufmännischen Konditionen im so genannten "Innungsvertrag" ein Abruf von Leistungen durch Versicherte wahrscheinlich sei oder nicht. Der Innungsvertrag sei nach denselben Regeln erstellt worden, wie sie nunmehr von der Antragstellerin kritisiert werden. Im Hinblick auf die abstrakt zu lösende Rechtsfrage des Vorliegens eines Direktverrechnungsvertrags könne aber keine sachlich gerechtfertigte Differenzierung danach erfolgen, ob ein von der Innung vertretenes Mitglied als "Vertragsfirma" oder eine nicht von der Innung vertretene Firma Partner des Direktverrechnungsvertrags sei. Der gegenständliche Vertrag mit der B*** einerseits und der Innungsvertrag andererseits unterlägen aufgrund des identen Vertragsgegenstandes und identer Vertragsregelungen demselben vergaberechtlichen Schicksal. Das selektive Vorgehen der Antragstellerin widerspreche damit dem Grundsatz von Treu und Glauben (*venire contra factum proprium*) und werfe grundsätzliche Fragen des Rechtsschutzbedürfnisses auf. Ein Direktverrechnungsvertrag liege auch dann vor, wenn in ihm im Allgemeinen die Modalitäten der Leistungserbringung und die Zahlungsbedingungen festgelegt seien und somit der Disposition der Anspruchsberechtigten entzogen werden. Auf die Art der Leistung habe der Versicherte keinen Einfluss gehabt. Auch das Transportziel sei vom Vertragsarzt oder Vertragskrankenhäusern bestimmt worden. Für den VfGH sei nur maßgeblich, dass "der Auftraggeber (...) für die Krankentransportdienstleistung jeweils der Versicherte" sei, "dem der Krankenversicherungsträger unter bestimmten Voraussetzungen Ersatz für seine Aufwendungen zu leisten hat". Zur Organisation der Krankentransportdienstleistungen seien die Gemeinden zuständig gewesen. Die Krankenversicherungsträger hätten nur einen Kostenersatz geleistet. Die Gegenüberstellung der genannten Verträge zeige, dass im Falle der Nichtanerkennung als Direktverrechnungsverträge diese rechtliche Qualifikation auch bei den derzeit geltenden "Innungsverträgen" gelten müsste. Im Übrigen handle es sich bei dem Vertrag mit der B*** um eine Dienstleistung, da neben der Lieferleistung auch wesentliche Dienstleistungen wie Information und fernmündliche oder schriftliche Beratung umfasst seien. Unter Zugrundelegung einer funktionalen Betrachtung sei die Leistung insgesamt als Dienstleistung einzustufen. Da ein Selbstkostenanteil der Anspruchsberechtigten einzubehalten sei, trage die B*** wirtschaftliches Risiko. Sie habe das Recht, die Dienstleistung zu nutzen. Sie trage das Risiko, dass die Dienstleistung überhaupt genutzt werde. Es liege eine Dienstleistungskonzession vor. Die Dienstleistung sei als nicht-prioritäre gemäß Kategorie 25 des Anh. römisch vier zum BVergG einzustufen. Die typisierten Vergabeverfahren des BVergG seien nicht anzuwenden. Die Auftraggeber haben ein Verfahren gewählt, das den Grundsätzen des Paragraph 141, Absatz 2, BVergG genüge. Dies sei im vorliegenden Fall geschehen. Die Auftraggeber beantragten die Zurück-, in eventu Abweisung der Anträge der Antragstellerin und die Feststellung, dass die Antragstellerin auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte.

Am 31. Juli 2008 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt. Die Antragstellerin nahm zum Vorwurf der mangelnden Antragslegitimation Stellung. Sie führte aus, dass der drohende Schaden auch aus den

Umsatzeinbußen mit anderen Produkten resultiere. Sie verfüge über die nötige technische Leistungsfähigkeit zur Durchführung der Arbeiten. Es seien auch andere Produkte als die in den gegenständlichen Verträgen genannten, zB andere Typen von Einmalkathetern, am Markt verfügbar. Leistungen an Dritte schaden dem Charakter als öffentlicher Auftrag ebenso wenig wie der Erwerb durch Dritte. Bei einer Packung Katheter stünden etwa Euro 160 Lieferanteil einem Dienstleistungsanteil von Euro 19,75 gegenüber. Es handle sich um einen Lieferauftrag. Die Auftraggeber bestreiten weiter die Antragslegitimation. Der Schaden sei auf die konkreten Produkte zu beziehen. Der Patient habe Wahlfreiheit im Hinblick auf höherwertige Produkte. Die Auftragnehmerin brachte vor, dass die Antragstellerin weiterhin die vertragsgegenständlichen Leistungen auf Basis des Innungsvertrags erbringen könne. Die Auftraggeber gaben an, dass auch anderen Unternehmen die Möglichkeit offen stehe, gleichartige Verträge abzuschließen. Dazu müssten drei Voraussetzungen erfüllt sein. Die Produkte müssten die erforderliche Qualität aufweisen, sie müssten wirtschaftlich sein und der österreichweite Vertrieb müsse sichergestellt sein. Die Wirtschaftlichkeit werde an bestehenden Verträgen gemessen. Die Information über neue und bestehende Verträge werde zB über Veranstaltungen oder direktes Anschreiben der Leistungsbezieher verbreitet. Es sei denkbar, dass Verträge über dieselben Produktgruppen mit mehreren Unternehmen abgeschlossen würden. Das CC HB/HI habe kein Interesse an bestimmten Unternehmen. Die Konditionen, das heiße die Voraussetzungen für den Bezug und die Abrechnung, seien gleich wie bei den Innungsverträgen. Lediglich die Preise unterschieden sich. Der Versicherte habe die Auswahl, wo er die Leistung beziehen wolle. Es sei nicht daran gedacht, im Zuge der regelmäßig wiederkehrenden Preisanpassungen durch die günstigeren Preise der Einzelverträge Druck auf die Innungsverträge auszuüben. Das CC HB/HI anerkenne, dass unter Einrechnung der Kosten des Filialnetzes niedergelassene Bandagisten höhere Preise verrechnen müssten, als es ein Unternehmen im Direktvertrieb mache. Derzeit seien Verhandlungen über Direktvertriebsverträge mit anderen Firmen im Gange. Davon seien Inkontinenzartikel, Produkte zur Stomaversorgung und zur Wundversorgung sowie Verbandsprodukte erfasst. Ungeachtet der derzeit aufrechten einstweiligen Verfügungen könnte auch die Antragstellerin in Verhandlungen über derartige Verträge eintreten. Im Sozialversicherungsbereich sei es üblich, Gesamtverträge abzuschließen. Es werde derzeit nicht in Richtung einer Ausschreibung gedacht. Aus den derzeit bestehenden Verträgen könne der Vertragspartner nicht verpflichtend mit einer Abnahme von Produkten rechnen. Ein Vertragsabschluss mit weiteren Unternehmen über den gleichen Gegenstand wie die vorliegenden Verträge wäre denkbar. Voraussetzung sei, dass die Qualität geprüft sei, eine bundesweite Versorgung sichergestellt sei und die Produkte nicht teurer als in den bestehenden Verträgen angeboten würden. Auch ein Vertragsabschluss zu gleichen Preisen wie derzeit wäre denkbar. Mögliche Informationsschienen für Anspruchsberechtigte seien die Information über Nachfrage, Bewilligungsverfahren, Beratung, Veranstaltungen oder schriftliche Information. Die Informationen enthielten grundsätzlich keine Empfehlung zu Gunsten eines bestimmten Anbieters oder Produkts. Das sei den Sozialversicherungsträgern untersagt. Alle Verträge seien gleich. Üblicherweise enthalte ein Bewilligungsschreiben keinen Hinweis auf einen bestimmten Vertragspartner; dies vor allem dann, wenn es mehr als einen Vertragspartner gebe. 99 % der 40.000 erfassten Heilbehelfe würden über Direktverrechnung abgegeben. Es lägen derzeit noch keine Aussagen vor, wie viel Prozent der Produkte über Postversand abgegeben würden. Die Antragstellerin brachte vor, dass es ein System zur Umleitung auf den Postvertrieb gebe. Bei anderen Produkten gebe es bereits hohe Zugewinne von Firmen, die ausschließlich Direktversand betrieben. Die Auftraggeber gaben an, dass die Frage, wer das Eigentum an den abgegebenen Produkten erwerbe, innerhalb der Versicherungsträger strittig sei. Nach ihrer Meinung erwerbe der Anspruchsberechtigte Eigentum, weil es sich um Verbrauchsmaterial handle. Garantie oder Gewährleistung aus den Verträgen könne der Anspruchsberechtigte geltend machen. Bei Schwierigkeiten dabei unterstütze der Versicherungsträger zweifellos den Anspruchsberechtigten. Es habe jedoch bisher keinen derartigen Fall gegeben. Juristen im Hauptverband hätten Unterstützung bei der Vertragsverfassung geleistet. Es habe auch Input anderer Versicherungsträger bei der Ausgestaltung des Vertragstextes gegeben. Es habe keine Beratung im Hinblick auf die vergaberechtliche Zulässigkeit gegeben. Der Abschluss derartiger Verträge sei Teil des Arbeitsauftrages gewesen. Dies habe der bisherigen Praxis des Abschlusses von Gesamtverträgen ohne Ausschreibung entsprochen. Die beiden Bescheide des BVA, "Wiener Inkontinenzartikel" und "Oberösterreichische Krankbetten" seien nicht geprüft worden. Die Antragstellerin brachte vor, dass der Begriff des Gesamt- oder Rahmenvertrages den Abschluss mit einer Kammer oder Innung umfasse, nicht jedoch mit einem Einzelunternehmen. Die Antragstellerin vertreibe auf Wunsch der Patienten derzeit auch über Postversand Produkte. Der Postversand werde aber nicht forciert. Der Innungsvertrag sieht einen Rabatt von 8% auf den Tarifpreis bei Postversand vor. PEP-Masken werden derzeit nicht per Post versandt, Katheter schon. Der Rabatt übe Druck auf die Preissituation aus. Der

Abschluss von Verträgen über den Direktversand über auch Druck auf die Preise in den Innungsverträgen aus. Den Schaden seit Abschluss der beiden Verträge wisse die Antragstellerin nicht. Sie verkaufe nach wie vor PEP-Masken und Einmalkatheter.

1. 2.Ziffer 2

Sachverhalt

Bei der Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau (VAEB) wurde das Competence Center Heilbehelfe/Hilfsmittel (CC HB/HI) eingerichtet. Seine Kernleistungen sind die Bearbeitung und Abstimmung einheitlicher Leistungskataloge der Sozialversicherungsträger aus den Angeboten der Hersteller/Vertreiber von Medizinprodukten und der Vertragspartner, die Ausarbeitung und Überarbeitung sowie Verhandlung von Gesamtverträgen, die leistungsrechtliche Abklärung von Produkten, der Betrieb, die Wartung und die Weiterentwicklung der zentralen Datenbank für Heilbehelfe und Hilfsmittel sowie die Durchführung von Vertragspartner- und Versorgungskontrollen, um sicherzustellen, dass die Patienten jene Leistungen in der Ausführung und Qualität, in der sie vertraglich vereinbart wurden, auch tatsächlich bekommen. Diese Kernleistungen werden allen Krankenversicherungsträgern als Kunden des CC HB/HI angeboten. Der Träger des CC HB/HI ist die Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau. Partnerträger sind die Steiermärkische Gebietskrankenkasse, die Tiroler Gebietskrankenkasse, die Niederösterreichische Gebietskrankenkasse sowie die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft. (Beilage./1 der Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Schon im Businessplan 2006 des CC HB/HI war der Ausbau der Vertriebschiene des Direktvertriebs vorgesehen. Die Auftragnehmerin trat an das CC HB/HI mit dem Wunsch heran, einen Vertrag über den Direktvertrieb abzuschließen. Beide Verträge beinhalten - unterschiedlich lang nutzbares - Verbrauchsmaterial. Eine Anpassung der Produkte ist in den gegenständlichen Verträgen nicht vorgesehen und auch technisch nicht möglich. Die Patienten werden in den Spitalsambulanzen von spitalsangehörigen Inkontinenzschwestern oder Ärzten beraten und eingeschult. Die Beratung bei einem Bandagisten ist zweifellos höherwertiger als im Postversand. Vertragspartner der Direktbelieferungsverträge sind in der Regel Produzenten und Großhändler. Unter Gesamtverträge werden jene Verträge verstanden, bei denen alle Versicherungsträger Vertragspartner sind. Mit Rahmenverträgen werden jene Verträge bezeichnet, bei denen nicht alle Versicherungsträger Vertragspartner sind. (Aussage von E*** in der mündlichen Verhandlung)

Das CC HB/HI arbeitete den Entwurf für einen Rahmenvertrag aus, der mit allen Unternehmen geschlossen werden kann. Er unterscheidet sich lediglich durch die Bezeichnung des Vertragspartners, allenfalls in einem Anhang durch die Liste der Sozialversicherungsträger sowie in einem weiteren Anhang durch die Medizinprodukte. Ziel ist, die Beschlussfassung zu vereinfachen. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Für die Versorgung der Anspruchsberechtigten mit PEP-Masken und Einmalkathetern arbeitete das CC HB/HI zwei Vertragsentwürfe aus. Diese Verträge sollen eine Direktbelieferung der Anspruchsberechtigten mit Heilbehelfen ermöglichen. Sie bestehen neben dem "Ostvertrag", der mit der Innung der Bandagisten und Orthopädietechniker abgeschlossen wurde und für alle Mitglieder der Innung wirkt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Der Vertrag mit der Bundesinnung der Bandagisten und Orthopädietechniker liegt in der Bundesinnung auf. (Aussage von E*** in der mündlichen Verhandlung)

Beide Verträge ermöglichen eine Verrechnung der an Anspruchsberechtigte ausgegebenen Heilbehelfe mit den Versicherungsträgern. Beide Verträge werden federführend vom Hauptverband der Sozialversicherungsträger namens und auf Rechnung anderer Sozialversicherungsträger abgeschlossen. Die vorliegenden Rahmenverträge standen auf der Tagesordnung der Sitzung des Vorstandes des Hauptverbandes der Sozialversicherungsträger vom 23. April 2008. In dieser Sitzung wurde die Beschlussfassung darüber zurückgestellt. Am 20. Mai 2008 fand eine Besprechung zwischen Vertretern der Wirtschaftskammer Österreich sowie Vertretern des Hauptverbandes der Sozialversicherungsträger und anderer Versicherungsträger statt. Dabei wurden die Auswirkungen auf den Markt erörtert. Am 21. Mai 2008 standen die gegenständlichen Verträge auf der Tagesordnung der Sitzung des Vorstandes des Hauptverbandes der Sozialversicherungsträger. In dieser Sitzung wurden sie vom Hauptverband der Sozialversicherungsträger für elf Sozialversicherungsträger abgeschlossen. Am 9. Juni 2008 wurden die gegenständlichen Vertragsdokumente unterzeichnet. Folgende Sozialversicherungsträger sind dem Vertrag beigetreten:

1. 1.Ziffer eins

Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau (VAEB)

2. 2.Ziffer 2

Allgemeine Unfallversicherungsanstalt (AUVA)

3. 3.Ziffer 3

Kärntner Gebietskrankenkasse (KGKK)

4. 4.Ziffer 4

Niederösterreichische Gebietskrankenkasse (NÖGKK)

5. 5.Ziffer 5

Burgenländische Gebietskrankenkasse (BGKK)

6. 6.Ziffer 6

Salzburger Gebietskrankenkasse (SGKK)

7. 7.Ziffer 7

Betriebskrankenkasse Austria Tabak

8. 8.Ziffer 8

Betriebskrankenkasse Mondi

9. 9.Ziffer 9

Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (SVA)

10. 10.Ziffer 10

Sozialversicherungsanstalt der Bauern (SVB)

11. 11.Ziffer 11

Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter (BVA) (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die beiden Rahmenverträge unterscheiden sich lediglich in ihrem Anhang zwei, der die Liste und die "Tarife" der Heilbehelfe enthält. Im Übrigen sind sie wortgleich. Sie haben den folgenden Inhalt:

"RAHMENVERTRAG

abgeschlossen zwischen der Firma B*** (kurz Vertragsfirma), einerseits und dem Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (kurz Hauptverband), für die in der Anlage 1 angeführten Versicherungsträger, andererseits. Soweit im Folgenden personenbezogene Bezeichnungen nur in männlicher Form angeführt sind, beziehen sie sich auf Männer und Frauen in gleicher Weise. Bei der Anwendung auf bestimmte Personen ist die jeweils geschlechtsspezifische Form anzuwenden.

§ 1 Paragraph eins

Gegenstand des Vertrages und Geltungsbereich

1. 1)Ziffer eins

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

2. 2)Ziffer 2

Weitere Versicherungsträger können diesem Rahmenvertrag jederzeit durch einseitige Erklärung beitreten; sie sind in die Anlage 1 aufzunehmen.

3. 3)Ziffer 3

Als Anspruchsberechtigte gelten auch Personen, die von den Versicherungsträgern aufgrund gesetzlicher Bestimmungen oder zwischenstaatlicher Verträge zu betreuen sind.

§ 2 Paragraph 2

Beschaffenheit der Behelfe

1. 1)Ziffer eins

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

2. 2)Ziffer 2

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

§ 3Paragraph 3

Abgabe der Behelfe

1. 1)Ziffer eins

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

2. 2)Ziffer 2

Der Bedarf pro Verordnungsschein ist für jeweils ein Quartal limitiert. Dauerverordnungen sind nicht vorgesehen.

3. 3)Ziffer 3

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

4. 4)Ziffer 4

Die Versorgung umfasst die Beratung der Anspruchsberechtigten und die Auswahl und Abgabe der in der Anlage 2 gelisteten Artikel nach den individuellen Bedürfnissen der Patienten unter Beachtung der behandlungsökonomischen Grundsätze zu den in der Anlage 2 angeführten Tarifen. Unter Behandlungsökonomie ist eine im Sinne der krankenversicherungsrechtlichen Bestimmungen ausreichende und zweckmäßige, das Maß des Notwendigen nicht übersteigende Versorgung zu verstehen.

5. 5)Ziffer 5

Bei der Abgabe der Behelfe ist der gesetzlich vorgeschriebene Kostenanteil der Anspruchsberechtigten durch die Vertragsfirma einzuheben. Sondervereinbarungen mit einzelnen Versicherungsträgern über die Einhebung von Kostenanteilen sind zulässig und in schriftlicher Form abzuschließen.

§ 4Paragraph 4

Bewilligung der Behelfe

1. 1)Ziffer eins

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

2. 2)Ziffer 2

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

§ 5Paragraph 5

Lieferung der Produkte

1. 1)Ziffer eins

Die Bestellung der Artikel erfolgt direkt durch die Anspruchsberechtigten der diesem Vertrag beigetretenen Versicherungsträgern bei der Vertragsfirma.

2. 2)Ziffer 2

Die Lieferung erfolgt ausschließlich gegen Vorlage oder Zusendung einer durch den Arzt vollständig ausgefüllten Verordnung. Es werden von den Versicherungsträgern nur Original-Verordnungsscheine anerkannt.

3. 3)Ziffer 3

Die Lieferung der Artikel hat prompt - spätestens binnen 3 Werktagen - nach Erhalt der ärztlichen Verordnung zu erfolgen.

4. 4)Ziffer 4

Die Vertragsfirma garantiert die Lieferung der Behelfe in einwandfreier Qualität.

5. 5)Ziffer 5

Die Zusendung erfolgt in einer entsprechenden, neutralen Verpackung.

6. 6)Ziffer 6

Die Übernahme der Behelfe durch die Anspruchsberechtigten ist gegenüber den Versicherungsträgern in geeigneter Form nachzuweisen.

§ 6Paragraph 6

Tarife

1. 1)Ziffer eins

Die Tarife für die ordnungsgemäß abgegebenen Behelfe sind in der Anlage 2 zu diesem Vertrag ersichtlich.

2. 2)Ziffer 2

Vertrags(Tarif)verhandlungen werden für den Hauptverband federführend durch die Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau, Competence Center Heilbehelfe/Hilfsmittel geführt. Von der Vertragsfirma beantragte Tarifänderungen sind in schriftlicher Form an das Competence Center zu richten.

3. 3)Ziffer 3

Jedes neue Produkt, welches auf Kosten der Versicherungsträger abgegeben werden soll, ist vor der erstmaligen Abgabe an Anspruchsberechtigte der an diesem Vertrag beteiligten Versicherungsträger bei der Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau, Competence Center Heilbehelfe/Hilfsmittel, mit den entsprechenden Unterlagen (Produktinformation, Preisliste, Muster, Konformitätserklärung nach Medizinproduktegesetz (MPG), QS-Zertifikate der benannten Stellen und dergleichen) vorzustellen. Nach der leistungsrechtlichen, qualitativen und ökonomischen Bewertung wird die Vertragsfirma schriftlich informiert, ob und ab wann das neue Produkt an die Anspruchsberechtigten abgegeben werden kann. Jegliche Abänderung oder Erweiterung der Tarifliste (Anlage 2) ist daher nur im Einvernehmen der Vertragspartner zulässig. Eine Neufassung der vertragsgegenständlichen Behelfe in der Tarifliste ist grundsätzlich nur einmal jährlich vorgesehen.

4. 4)Ziffer 4

Die in der Anlage 2 zu diesem Vertrag angeführten Tarife beinhalten die Zustellung der Ware an die Anspruchsberechtigten. Versandkosten können jedenfalls nicht - auch nicht gegenüber den Anspruchsberechtigten - gesondert in Rechnung gestellt werden.

5. 5)Ziffer 5

Die dem Vertrag beigetretenen Versicherungsträger leisten sämtliche aus diesem Vertrag zu verrechnenden Tarife zuzüglich einer allfälligen Mehrwertsteuer bis zur jeweils satzungsmäßig vorgesehenen Höchstgrenze.

6. 6)Ziffer 6

Die Vertragsfirma darf von den Anspruchsberechtigten weder Aufnoch Zuzahlungen jeglicher Art verlangen oder entgegennehmen.

§ 7Paragraph 7

Meistbegünstigungsklausel

Wird zwischen der Vertragsfirma und einem Versicherungsträger zum vertragsgegenständlichen Leistungsbereich ein günstigerer Tarif vereinbart, so gilt dieser Tarif automatisch und ab diesem Zeitpunkt auch für diesen Rahmenvertrag.

§ 8Paragraph 8

Werbung

1. 1)Ziffer eins

Es ist nicht zulässig, Anspruchsberechtigte, Ärzte, Krankenhäuser etc. zur Ausstellung von Verordnungen für Behelfe zu veranlassen, die über das Maß des Notwendigen hinausgehen, oder in einer anderen personenbezogenen Art und Weise zu werben.

2. 2)Ziffer 2

Im Zusammenhang mit der Verordnung der Behelfe dürfen keinerlei Provisionen in Form von Geld oder Sachwerten an die verordnenden Ärzte bzw. an anderes Personal versprochen oder geleistet werden.

3. 3)Ziffer 3

Ausgenommen von dem Werbeverbot sind Informationen über das Vertragsverhältnis zu den diesem Vertrag

beigetretenen Versicherungsträgern bzw. Produkt- oder Herstellerinformationen.

§ 9 Paragraph 9

Haftung, Garantie und Gewährleistung

1. 1) Ziffer eins

Die Vertragsfirma gewährt für die einwandfreie Ausführung und Funktionsfähigkeit der Behelfe eine Garantie von einem Jahr ab Lieferung.

2. 2) Ziffer 2

Die Frist für die Gewährleistung richtet sich nach den jeweils aktuellen gesetzlichen Bestimmungen - derzeit zwei Jahre.

3. 3) Ziffer 3

Wenn sich während dieser Zeiträume Mängel ergeben, sind alle zu ihrer Beseitigung erforderlichen Maßnahmen (Austausch, Rücknahme und Zustellung) innerhalb von 3 Werktagen kostenlos durchzuführen, soweit nicht nachweislich unsachgemäße Behandlung durch den Benutzer bzw. höhere Gewalt zu den Mängeln geführt haben.

§ 10 Paragraph 10

Abrechnung

1. 1) Ziffer eins

Die Vertragsfirma ist verpflichtet, die Abrechnungen nach dem österreichweit verbindlichen Datensatz des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger durchzuführen. Dieser Datensatz steht den Vertragspartnern als Download unter www.sozialversicherung.at in der jeweils aktuellen Fassung zur Verfügung.

2. 2) Ziffer 2

Die Rechnungslegung hat monatlich unter Beischluß der ärztlichen Verordnungen zu erfolgen. Eine Übernahmebestätigung der Anspruchsberechtigten muß in geeigneter Form gem. § 5 Abs. 6 der Abrechnung beigelegt werden. Die Rechnungslegung hat monatlich unter Beischluß der ärztlichen Verordnungen zu erfolgen. Eine Übernahmebestätigung der Anspruchsberechtigten muß in geeigneter Form gem. Paragraph 5, Absatz 6, der Abrechnung beigelegt werden.

3. 3) Ziffer 3

Leistungen für die im § 1 Abs. 3 bezeichneten Personen sind jedenfalls gesondert abzurechnen. Leistungen für die im Paragraph eins, Absatz 3, bezeichneten Personen sind jedenfalls gesondert abzurechnen.

4. 4) Ziffer 4

Die dem Vertrag beigetretenen Versicherungsträger sind berechtigt, Beträge, die den Vertragsbedingungen nicht entsprechen und verrechnet worden sind, von den jeweiligen Rechnungsbeträgen abzuziehen.

5. 5) Ziffer 5

Die Versicherungsträger sind ebenfalls berechtigt, die Kosten für jene Behelfe abzuziehen, für die nachträglich festgestellt wird, dass die Anspruchsvoraussetzungen nicht erfüllt sind.

6. 6) Ziffer 6

Etwaige Beanstandungen rechnerischer oder sachlicher Natur, sowie die Abzugsbeträge gem. Abs. 4 und 5 werden von den Versicherungsträgern in den Abrechnungen vermerkt. Etwaige Beanstandungen rechnerischer oder sachlicher Natur, sowie die Abzugsbeträge gem. Absatz 4 und 5 werden von den Versicherungsträgern in den Abrechnungen vermerkt.

7. 7) Ziffer 7

Zahlungskonditionen:

3 % Skonto bei Anweisung binnen 14 Tagen

2 % Skonto bei Anweisung binnen 21 Tagen

Netto (ohne Skontoabzug) bei Anweisung nach einer Frist von 21

Tagen Zahlungsfrist: 30 Tage

1. 8) Ziffer 8

Für den Beginn der Zahlungsfrist ist das Einlangen der elektronischen Meldung (ELDA) gemeinsam mit den für die Bearbeitung erforderlichen Unterlagen (physische Abrechnung in zweifacher Ausfertigung mit

Verordnungsscheinen) bei den Versicherungsträgern maßgebend.

2. 9)Ziffer 9

Von den Anspruchsberechtigten nicht mehr benötigte Produkte werden von der Vertragsfirma in unbeschädigter Originalverpackung (bzw. Unterverpackung) zurückgenommen und unter Berücksichtigung des Ablaufdatums den Versicherungsträgern gutgeschrieben. Der leistungszuständige Versicherungsträger ist darüber im Rahmen der nächsten Monatsabrechnung zu informieren.

3. 10)Ziffer 10

Sondervereinbarungen mit den dem Vertrag beigetretenen Versicherungsträgern hinsichtlich der Abrechnung sind möglich.

§ 11Paragraph 11

Zusammenwirken der Vertragspartner

1. 1)Ziffer eins

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

2. 2)Ziffer 2

Jeder der Vertragspartner hat alles zu unterlassen, was geeignet wäre, die Stellung oder das Ansehen des anderen Vertragspartners in den Augen der Anspruchsberechtigten oder der Öffentlichkeit herabzusetzen.

3. 3)Ziffer 3

Die Vertragspartner verpflichten sich, bei allfälligen Auslegungsdifferenzen zu diesem Vertrag unverzüglich Kontakt aufzunehmen und diese einvernehmlich zu lösen.

4. 4)Ziffer 4

Die Vertragsfirma hat den diesem Vertrag beigetretenen Versicherungsträgern kostenlos alle Auskünfte zu erteilen, die diese zur Durchführung ihrer Aufgaben benötigen.

5. 5)Ziffer 5

Jede maßgebliche interne Änderung im Bereich der Vertragsfirma (z.B. Adressänderungen, Firmenumbenennungen, Wechsel der gewerbe- und handelsrechtlich verantwortlichen Personen u.ä.m.) ist unverzüglich zu melden.

§ 12Paragraph 12

Vertragsdauer

1. 1)Ziffer eins

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

2. 2)Ziffer 2

Die Kündigung des Vertrages ist sowohl von jedem dem Rahmenvertrag beigetretenen Versicherungsträger für seinen Zuständigkeitsbereich bzw. vom Hauptverband für alle dem Vertrag beigetretenen Versicherungsträger als auch von der Vertragsfirma schriftlich unter Einhaltung einer Frist von drei Monaten zu jedem Quartalsende möglich.

3. 3)Ziffer 3

Bei wesentlichen Verstößen gegen den Inhalt dieses Rahmenvertrages (auch einmalig) entfällt die Kündigungsfrist. Als wesentlich gilt jedenfalls, wenn verrechnete Leistungen nicht oder nur teilweise erbracht werden.

4. 4)Ziffer 4

Im Falle einer Kündigung gilt der Vertrag für alle noch während der Vertragsdauer abgegebene Behelfe.

5. 5)Ziffer 5

Der Vertrag erlischt ohne Kündigung mit sofortiger Wirkung

1. a)Litera a

im Falle der Auflösung eines der in Anlage 1 genannten Versicherungsträger für dessen Wirkungsbereich,

2. b)Litera b

mit dem Wirksamwerden gesetzlicher Vorschriften, durch die die Tätigkeit eines der in Anlage 1 genannten Versicherungsträger entweder örtliche oder sachliche Einschränkungen erfährt, in deren Folge die Tätigkeit

des Vertragspartners als Vertragseinrichtung nicht mehr in Frage kommt,

3. c) Litera c

bei Wegfall der gesetzlichen bzw. behördlichen Voraussetzungen für die Durchführung der vertragsgegenständlichen Leistungen durch die Vertragsfirma,

4. d) Litera d

wenn über das Vermögen der Vertragsfirma ein Ausgleichs- oder Konkursverfahren eröffnet wird.

Wien, am 9.6.2008

B***

B***

Anlagen

Anlage 1

Verzeichnis der Versicherungsträger

Gebietskrankenkasse Niederösterreich Gebietskrankenkasse Burgenland

Gebietskrankenkasse Kärnten

Gebietskrankenkasse Salzburg

Betriebskrankenkasse Austria Tabak Betriebskrankenkasse Mondi Business Paper

Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft Sozialversicherungsanstalt der Bauern

Allgemeine Unfallversicherungsanstalt"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Antragstellerin handelt mit Sanitätsprodukten. Sie vertreibt auch Einmalkatheter und PEP-Masken. Sie kann auf Grundlage des Innungsvertrags direkt mit den Versicherungsträgern abrechnen. Sie betreibt zehn Filialen in der Steiermark. Sie betreibt in kleinem Ausmaß auch Versandhandel. Dies jedoch nur, wenn der Kunde es ausdrücklich wünscht. Auf der Homepage findet sich lediglich ein kleiner Teil der insgesamt angebotenen Produkte. (Aussagen von F*** in der mündlichen Verhandlung)

Die Antragstellerin beschäftigt zumindest 85 Mitarbeiter. (Schreiben der Stmk GKK, Beilage ./2 zur Verhandlungsschrift)

Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe von Euro

2.400. Aufgrund der Antragsrückziehung wurden ihr vom Bundesvergabeamt gemäß § 318 Abs 1 Z 7 BVergG Euro 400 zurückerstattet. (gegenständlicher Verfahrensakt) 2.400. Aufgrund der Antragsrückziehung wurden ihr vom Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG Euro 400 zurückerstattet. (gegenständlicher Verfahrensakt)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeber erteilen können, schließlich unbestritten gebliebene, glaubhafte und schlüssige Aussagen in der mündlichen Verhandlung. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

3. Rechtliche Würdigung

Nach Art 1 Abs 2 lit a RL 2004/18/EG sind "öffentliche Aufträge" zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossene schriftliche entgeltliche Verträge über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne dieser Richtlinie. Nach Artikel eins, Absatz 2, Litera a, RL 2004/18/EG sind "öffentliche Aufträge" zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossene schriftliche entgeltliche Verträge über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne dieser Richtlinie.

Gemäß § 1 Abs 1 Z 1 BVergG regelt das BVergG insbesondere die Verfahren zur Beschaffung von Leistungen

(Vergabeverfahren) im öffentlichen Bereich, das sind die Vergabe von öffentlichen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen sowie die Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionsverträgen durch öffentliche Auftraggeber, die Durchführung von Wettbewerben durch öffentliche Auftraggeber, die Vergabe von Bauaufträgen an Dritte durch Baukonzessionäre, die nicht öffentliche Auftraggeber sind und die Vergabe von bestimmten Bau- und Dienstleistungsaufträgen, die nicht von öffentlichen Auftraggebern vergeben, aber von diesen subventioniert werden (2. Teil). Gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG regelt das BVergG insbesondere die Verfahren zur Beschaffung von Leistungen (Vergabeverfahren) im öffentlichen Bereich, das sind die Vergabe von öffentlichen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen sowie die Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionsverträgen durch öffentliche Auftraggeber, die Durchführung von Wettbewerben durch öffentliche Auftraggeber, die Vergabe von Bauaufträgen an Dritte durch Baukonzessionäre, die nicht öffentliche Auftraggeber sind und die Vergabe von bestimmten Bau- und Dienstleistungsaufträgen, die nicht von öffentlichen Auftraggebern vergeben, aber von diesen subventioniert werden (2. Teil).

Gemäß § 5 BVergG sind Lieferaufträge entgeltliche Aufträge, deren Vertragsgegenstand der Kauf, das Leasing, die Miete, die Pacht oder der Ratenkauf, mit oder ohne Kaufoption, von Waren, einschließlich von Nebenarbeiten wie dem Verlegen und der Installation, ist. Gemäß Paragraph 5, BVergG sind Lieferaufträge entgeltliche Aufträge, deren Vertragsgegenstand der Kauf, das Leasing, die Miete, die Pacht oder der Ratenkauf, mit oder ohne Kaufoption, von Waren, einschließlich von Nebenarbeiten wie dem Verlegen und der Installation, ist.

Gemäß § 6 BVergG sind Dienstleistungsaufträge entgeltliche Aufträge, die keine Bau- oder Lieferaufträge sind und deren Vertragsgegenstand Dienstleistungen im Sinne der Anhänge III (prioritäre Dienstleistungsaufträge) oder IV (nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge) sind. Gemäß Paragraph 6, BVergG sind Dienstleistungsaufträge entgeltliche Aufträge, die keine Bau- oder Lieferaufträge sind und deren Vertragsgegenstand Dienstleistungen im Sinne der Anhänge römisch drei (prioritäre Dienstleistungsaufträge) oder römisch vier (nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge) sind.

Gemäß § 8 BVergG sind Dienstleistungskonzessionsverträge Verträge, deren Vertragsgegenstand von Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweicht, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. Gemäß Paragraph 8, BVergG sind Dienstleistungskonzessionsverträge Verträge, deren Vertragsgegenstand von Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweicht, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.

Gemäß § 9 Abs 1 BVergG gelten entgeltliche Aufträge, die sowohl Lieferungen im Sinne des § 5 als auch Dienstleistungen im Sinne des § 6 umfassen, als Dienstleistungsaufträge, wenn der Wert der vom Auftrag erfassten Dienstleistungen höher ist als der Gesamtwert der Waren. Andernfalls gelten derartige Aufträge als Lieferaufträge. Gemäß Paragraph 9, Absatz eins, BVergG gelten entgeltliche Aufträge, die sowohl Lieferungen im Sinne des Paragraph 5, als auch Dienstleistungen im Sinne des Paragraph 6, umfassen, als Dienstleistungsaufträge, wenn der Wert der vom Auftrag erfassten Dienstleistungen höher ist als der Gesamtwert der Waren. Andernfalls gelten derartige Aufträge als Lieferaufträge.

Gemäß § 9 Abs 2 BVergG gelten entgeltliche Aufträge, die sowohl Dienstleistungen im Sinne des § 6 als auch Bauleistungen im Sinne des Anhanges I als Nebenarbeiten im Verhältnis zum Hauptauftragsgegenstand umfassen, als Dienstleistungsaufträge. Gemäß Paragraph 9, Absatz 2, BVergG gelten entgeltliche Aufträge, die sowohl Dienstleistungen im Sinne des Paragraph 6, als auch Bauleistungen im Sinne des Anhanges römisch eins als Nebenarbeiten im Verhältnis zum Hauptauftragsgegenstand umfassen, als Dienstleistungsaufträge.

Gemäß § 9 Abs 3 BVergG gelten entgeltliche Aufträge, die sowohl Gemäß Paragraph 9, Absatz 3, BVergG gelten entgeltliche Aufträge, die sowohl

prioritäre Dienstleistungen gemäß Anhang III als auch nichtprioritäre Dienstleistungen gemäß Anhang römisch drei als auch nicht

prioritäre Dienstleistungen gemäß Anhang IV umfassen, als prioritäre Dienstleistungsaufträge, wenn der Wert der Dienstleistungen gemäß Anhang III größer ist als derjenige der Dienstleistungen gemäß Anhang IV. Ist der Wert der Dienstleistungen gemäß Anhang IV größer als derjenige der Dienstleistungen gemäß Anhang III, so gelten die Aufträge

als nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge. prioritäre Dienstleistungen gemäß Anhang römisch vier umfassen, als prioritäre Dienstleistungsaufträge, wenn der Wert der Dienstleistungen gemäß Anhang römisch drei größer ist als derjenige der Dienstleistungen gemäß Anhang römisch vier. Ist der Wert der Dienstleistungen gemäß Anhang römisch vier größer als derjenige der Dienstleistungen gemäß Anhang römisch drei, so gelten die Aufträge als nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge.

Gemäß § 312 Abs 3 Z 1 BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung zuständig, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde. Gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung zuständig, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde.

Gemäß § 312 Abs 3 Z 2 BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung auf Antrag des Auftraggebers oder des Zuschlagsempfängers in einem Verfahren gemäß Z 1 zur Feststellung zuständig, ob der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 2, BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung auf Antrag des Auftraggebers oder des Zuschlagsempfängers in einem Verfahren gemäß Ziffer eins, zur Feststellung zuständig, ob der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte.

Gemäß § 312 Abs 3 Z 3 BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung zuständig, ob a) bei Direktvergaben und bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung die Wahl des Vergabeverfahrens nicht zu Recht erfolgte, oder b) eine Zuschlagserteilung, die ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer direkt an einen Unternehmer erfolgte, auf Grund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, der hierzu ergangenen Verordnungen oder des unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechts offenkundig unzulässig war. Gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung zuständig, ob a) bei Direktvergaben und bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung die Wahl des Vergabeverfahrens nicht zu Recht erfolgte, oder b) eine Zuschlagserteilung, die ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer direkt an einen Unternehmer erfolgte, auf Grund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, der hierzu ergangenen Verordnungen oder des unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechts offenkundig unzulässig war.

Gemäß § 331 Abs 1 Z 1 BVergG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist, die Feststellung beantragen, dass 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. Gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist, die Feststellung beantragen, dass 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.

Gemäß § 331 Abs 1 Z 4 BVergG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist, die Feststellung beantragen, dass eine Zuschlagserteilung, die ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer direkt an einen Unternehmer erfolgte, auf Grund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes offenkundig unzulässig war. Gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG kann ein Unternehmer, der ein

Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist, die Feststellung beantragen, dass eine Zuschlagserteilung, die ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer direkt an einen Unternehmer erfolgte, auf Grund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes offenkundig unzulässig war.

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

Gemäß § 349 Abs 3 ASVG können die Beziehungen zwischen den Sozialversicherungsträgern und anderen Vertragspartnern/Vertragspartnerinnen als Ärzten/Ärztinnen, Zahnärzten/Zahnärztinnen, Gruppenpraxen, Dentisten/Dentistinnen, Apothekern/Apothekerinnen, freiberuflich tätigen klinischen Psychologen/Psychologinnen bzw. freiberuflich tätigen Psychotherapeuten/Psychotherapeutinnen und Krankenanstalten durch Gesamtverträge geregelt werden. Hierbei finden die Bestimmungen des § 341 mit der Maßgabe sinngemäß Anwendung, dass an die Stelle der Ärztekammer die zuständige gesetzliche berufliche Vertretung tritt. Gemäß Paragraph 349, Absatz 3, ASVG können die Beziehungen zwischen den Sozialversicherungsträgern und anderen Vertragspartnern/Vertragspartnerinnen als Ärzten/Ärztinnen, Zahnärzten/Zahnärztinnen, Gruppenpraxen, Dentisten/Dentistinnen, Apothekern/Apothekerinnen, freiberuflich tätigen klinischen Psychologen/Psychologinnen bzw. freiberuflich tätigen Psychotherapeuten/Psychotherapeutinnen und Krankenanstalten durch Gesamtverträge geregelt werden. Hierbei finden die Bestimmungen des Paragraph 341, mit der Maßgabe sinngemäß Anwendung, dass an die Stelle der Ärztekammer die zuständige gesetzliche berufliche Vertretung tritt.

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit der Anträge

Die Krankenversicherungsträger sind Körperschaften öffentlichen Rechts. Ihre Tätigkeit ist die Erbringung von Sozialversicherungsleistungen. Sie sind als Selbstverwaltungskörperschaften voll rechtsfähig und unterliegen der Aufsicht des Bundes. Sie sind daher Auftraggeber nach § 3 Abs 1 Z 2 BVergG, die nach Art 14b Abs 2 Z 1 lit d B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes und nach § 291 Abs 2 BVergG unter die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nachprüfung von Vergabeverfahren fallen (ständige Rechtsprechung zB VfGH 28.2.2000, B2184/98; VfGH 25.3.2002, B 457/02; VfGH 10.1.2003, B 14/03; VwGH 7.11.2005, 2003/04/0109; VwGH 21.12.2005, 2003/04/0048; VwGH 27.6.2007, 2005/04/0111; BVA 3.6.2005, 17N- 50/05-15; BVA 25.4.2006, N/0013-BVA/08/2006-73; BVA 23.1.2008, N/0125-BVA/10/2007-026). Die Krankenversicherungsträger sind Körperschaften öffentlichen Rechts. Ihre Tätigkeit ist die Erbringung von Sozialversicherungsleistungen. Sie sind als Selbstverwaltungskörperschaften voll rechtsfähig und unterliegen der Aufsicht des Bundes. Sie sind daher Auftraggeber nach Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, die nach Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes und nach Paragraph 291, Absatz 2, BVergG unter die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nachprüfung von Vergabeverfahren fallen (ständige Rechtsprechung zB VfGH 28.2.2000, B2184/98; VfGH 25.3.2002, B 457/02; VfGH 10.1.2003, B 14/03; VwGH 7.11.2005, 2003/04/0109; VwGH 21.12.2005, 2003/04/0048; VwGH 27.6.2007, 2005/04/0111; BVA 3.6.2005, 17N- 50/05-15; BVA 25.4.2006, N/0013-BVA/08/2006-73; BVA 23.1.2008, N/0125-BVA/10/2007-026).

Die Feststellungsanträge der Antragstellerin erfüllen die formalen Voraussetzungen. Es liegt nach der Verbesserung auch kein Grund für ihre Unzulässigkeit mehr vor. Insbesondere wurden sie am 8. Juli 2008 gestellt, somit acht Tage nach Bekanntwerden, wer Auftraggeber war. Sie sind daher fristgerecht. Sie lassen in Zusammenschau ihres Wortlautes und der sonstigen Ausführungen im Feststellungsantrag erkennen, welche Feststellungen begehrt wurden. Sie sind daher zulässig (VwGH 30.6.2004, 2004/04/0028).

Die Auftraggeber bestreiten die Antragslegitimation der Antragstellerin. Sie führen aus, dass der geltend gemachte Schaden nicht eintreten könne. Die Antragstellerin hat jedoch plausibel dargelegt, dass zusammen mit den beim Bundesvergabeamt zu N/0082- BVA/09/2008 und N/0084-BVA/11/2008 protokollierten Nachprüfungsanträgen der Schaden von Euro 1,500.000 an Umsatzrückgang drohe. Die drei genannten Nachprüfungsanträge wurden in einem Schriftsatz eingebracht. Der Schaden bezieht sich daher auch auf weitere Produktgruppen, die nicht Gegenstand des vorliegenden Feststellungsverfahrens sind. Dass die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung den seit dem Vertragsabschluss am 9. Juni 2008 eingetretenen tatsächlichen Schaden nicht beziffern konnte, schadet nicht, da die

Abwicklung der Verträge noch in der Anlaufphase ist und die entsprechenden Informationen für die Anspruchsberechtigten erst verteilt werden. Um den langfristigen Schaden genau beziffern zu können, fehlt noch die Zeit. Andererseits verlangt § 332 Abs 1 Z 5 BVergG die Angabe des drohenden Schadens. Diesem Erfordernis ist die Antragstellerin nachgekommen. Die Auftraggeber bringen weiter vor, dass die Notwendigkeit der Kündigung von 35 von 40 Mitarbeitern bei dem zu erwartenden Umsatzrückgang nicht nachvollziehbar sei. Tatsächlich beschäftigt die Antragstellerin jedoch 85 bei der Stmk GKK angemeldete Mitarbeiter. Weiter argumentiert sie, dass durch Umsatzrückgänge die Schließung von Filialen drohe. Dadurch ist zweifellos ein höherer Anteil an Kündigungen zu erwarten, als ihn der bloße Umsatzrückgang vermuten lässt. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines nicht notwendigerweise im Detail belegten und bewiesenen Schadens genügt (VwGH 23.5.2007, 2007/04/0010, JusGuide 2007/30/289 (VwGH) = RPA-Slg 2007/23 = ZVB 2007/62 [Stempkowski/Kröll] = ZVB-LSK 2007/66). Die Auftraggeber brachten weiters vor, dass die Antragstellerin nicht im Stande sei, die Leistungen österreichweit anzubieten. Ein direktes Konkurrenzverhältnis liege daher nicht vor. Wenngleich die Antragstellerin lediglich in der Steiermark insofern geschäftlich tätig ist, indem sie ausschließlich in der Steiermark Filialen betreibt, steht sie jedoch nicht in direkter Konkurrenz zur Auftragnehmerin, da Gegenstand der Verträge der Versandhandel ist. Diesen betreibt die Antragstellerin ebenfalls. Derzeit vertreibt sie von den vertragsgegenständlichen Produkten allerdings nur Einmalkatheter im Versandhandel. Es ist ihr zuzugestehen, dass sie die vertragsgegenständlichen Produkte im Versandhandel kurzfristig in ausreichender Menge vertreiben kann und sich auch an einer entsprechenden Ausschreibung beteiligt hätte. Der Antragstellerin kommt daher Antragslegitimation zu. Die Auftraggeber bestreiten die Antragslegitimation der Antragstellerin. Sie führen aus, dass der geltend gemachte Schaden nicht eintreten könne. Die Antragstellerin hat jedoch plausibel dargelegt, dass zusammen mit den beim Bundesvergabeamt zu N/0082- BVA/09/2008 und N/0084-BVA/11/2008 protokollierten Nachprüfungsanträgen der Schaden von Euro 1,500.000 an Umsatzrückgang drohe. Die drei genannten Nachprüfungsanträge wurden in einem Schriftsatz eingebracht. Der Schaden bezieht sich daher auch auf weitere Produktgruppen, die nicht Gegenstand des vorliegenden Feststellungsverfahrens sind. Dass die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung den seit dem Vertragsabschluss am 9. Juni 2008 eingetretenen tatsächlichen Schaden nicht beziffern konnte, schadet nicht, da die Abwicklung der Verträge noch in der Anlaufphase ist und die entsprechenden Informationen für die Anspruchsberechtigten erst verteilt werden. Um den langfristigen Schaden genau beziffern zu können, fehlt noch die Zeit. Andererseits verlangt Paragraph 332, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG die Angabe des drohenden Schadens. Diesem Erfordernis ist die Antragstellerin nachgekommen. Die Auftraggeber bringen weiter vor, dass die Notwendigkeit der Kündigung von 35 von 40 Mitarbeitern bei dem zu erwartenden Umsatzrückgang nicht nachvollziehbar sei. Tatsächlich beschäftigt die Antragstellerin jedoch 85 bei der Stmk GKK angemeldete Mitarbeiter. Weiter argumentiert sie, dass durch Umsatzrückgänge die Schließung von Filialen drohe. Dadurch ist zweifellos ein höherer Anteil an Kündigungen zu erwarten, als ihn der bloße Umsatzrückgang vermuten lässt. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines nicht notwendigerweise im Detail belegten und bewiesenen Schadens genügt (VwGH 23.5.2007, 2007/04/0010, JusGuide 2007/30/289 (VwGH) = RPA-Slg 2007/23 = ZVB 2007/62 [Stempkowski/Kröll] = ZVB-LSK 2007/66). Die Auftraggeber brachten weiters vor, dass die Antragstellerin nicht im Stande sei, die Leistungen österreichweit anzubieten. Ein direktes Konkurrenzverhältnis liege daher nicht vor. Wenngleich die Antragstellerin lediglich in der Steiermark insofern geschäftlich tätig ist, indem sie ausschließlich in der Steiermark Filialen betreibt, steht sie jedoch nicht in direkter Konkurrenz zur Auftragnehmerin, da Gegenstand der Verträge der Versandhandel ist. Diesen betreibt die Antragstellerin ebenfalls. Derzeit vertreibt sie von den vertragsgegenständlichen Produkten allerdings nur Einmalkatheter im Versandhandel. Es ist ihr zuzugestehen, dass sie die vertragsgegenständlichen Produkte im Versandhandel kurzfristig in ausreichender Menge vertreiben kann und sich auch an einer entsprechenden Ausschreibung beteiligt hätte. Der Antragstellerin kommt daher Antragslegitimation zu.

3.3 Zu den von der Antragstellerin beantragten Feststellungen

Vorauszuschicken ist, dass die überwiegende Mehrheit der österreichischen Bevölkerung bei einer gesetzlichen Krankenversicherung pflichtversichert ist. Es besteht kein Wahlrecht der Versicherten. Den Trägern der Krankenversicherung (Krankenkassen) obliegt es, für die Krankenbehandlung der Versicherten und ihrer Familienangehörigen ausreichend Vorsorge zu treffen (§ 23 Abs 5 ASVG). Wie sich aus § 133 Abs 1 ASVG ergibt, umfasst der Krankenbehandlungsanspruch ärztliche Hilfe, Heilmittel und Heilbehelfe. Die Krankenbehandlung muss ausreichend und zweckmäßig sein, sie darf jedoch das Maß des Notwendigen nicht überschreiten (§ 133 Abs 2 ASVG). Die Leistungen der Krankenbehandlung werden grundsätzlich als Sachleistungen erbracht. Das Sachleistungsprinzip

bedeutet, dass die Krankenkassen ein Leistungssystem zu organisieren haben, das dem Versicherten die Inanspruchnahme medizinischer Hilfen ermöglicht, ohne mit Honorarforderungen der Leistungserbringer belastet zu werden. Das von den Krankenkassen bereitzustellende Sachleistungssystem setzt voraus, dass Behandlungsleistungen entweder vom Krankenversicherungsträger selbst oder von Dritten - auf Rechnung der Krankenkasse - erbracht werden (OGH 15.12.2003, 16 Ok 12/03 mwN). Der Gesetzgeber des ASVG hat diese möglichen Alternativen eingeschränkt. Er verpflichtet die Krankenkassen, in erster Linie (§ 338 Abs 1 ASVG) privatrechtliche Verträge mit freiberuflich tätigen Ärzten, Gruppenpraxen sowie anderen befugten Berufsgruppen und anderen Vertragspartnern abzuschließen. Durch solche Verträge ist die ausreichende Versorgung der Versicherten und ihrer anspruchsberechtigten Angehörigen mit den gesetzlich und satzungsmäßig vorgesehenen Leistungen sicherzustellen. (OGH 14.6.2004, 16 Ok 5/04) Zusammenfassend sind die Sozialversicherungsträger verpflichtet, die Erbringung von Leistungen zu organisieren, nicht selbst zu erbringen. Allerdings steht es den Sozialversicherungsträgern auch offen, die Leistung selbst zu erbringen. Vorauszuschicken ist, dass die überwiegende Mehrheit der österreichischen Bevölkerung bei einer gesetzlichen Krankenversicherung pflichtversichert ist. Es besteht kein Wahlrecht der Versicherten. Den Trägern der Krankenversicherung (Krankenkassen) obliegt es, für die Krankenbehandlung der Versicherten und ihrer Familienangehörigen ausreichend Vorsorge zu treffen (Paragraph 23, Absatz 5, ASVG). Wie sich aus Paragraph 133, Absatz eins, ASVG ergibt, umfasst der Krankenbehandlungsanspruch ärztliche Hilfe, Heilmittel und Heilbehelfe. Die Krankenbehandlung muss ausreichend und zweckmäßig sein, sie darf jedoch das Maß des Notwendigen nicht überschreiten (Paragraph 133, Absatz 2, ASVG). Die Leistungen der Krankenbehandlung werden grundsätzlich als Sachleistungen erbracht. Das Sachleistungsprinzip bedeutet, dass die Krankenkassen ein Leistungssystem zu organisieren haben, das dem Versicherten die Inanspruchnahme medizinischer Hilfen ermöglicht, ohne mit Honorarforderungen der Leistungserbringer belastet zu werden. Das von den Krankenkassen bereitzustellende Sachleistungssystem setzt voraus, dass Behandlungsleistungen entweder vom Krankenversicherungsträger selbst oder von Dritten - auf Rechnung der Krankenkasse - erbracht werden (OGH 15.12.2003, 16 Ok 12/03 mwN). Der Gesetzgeber des ASVG hat diese möglichen Alternativen eingeschränkt. Er verpflichtet die Krankenkassen, in erster Linie (Paragraph 338, Absatz eins, ASVG) privatrechtliche Verträge mit freiberuflich tätigen Ärzten, Gruppenpraxen sowie anderen befugten Berufsgruppen und anderen Vertragspartnern abzuschließen. Durch solche Verträge ist die ausreichende Versorgung der Versicherten und ihrer anspruchsberechtigten Angehörigen mit den gesetzlich und satzungsmäßig vorgesehenen Leistungen sicherzustellen. (OGH 14.6.2004, 16 Ok 5/04) Zusammenfassend sind die Sozialversicherungsträger verpflichtet, die Erbringung von Leistungen zu organisieren, nicht selbst zu erbringen. Allerdings steht es den Sozialversicherungsträgern auch offen, die Leistung selbst zu erbringen.

§ 349 Abs 3 ASVG ermöglicht den Abschluss von Gesamtverträgen. Vertragspartner der Gesamtverträge sind alle Versicherungsträger und gesetzliche Vertretungen der Anbieter von nachgefragten Leistungen. Die verfahrensgegenständlichen Rahmenverträge dienen ebenfalls der Erbringung von Sachleistungen. Da sie jedoch zwischen einem einzelnen Unternehmen und elf Versicherungsträgern abgeschlossen wurden, entsprechen sie nicht § 349 Abs 3 ASVG, der den Abschluss mit Vertretungen von Gewerbetreibenden mit Wirkung für Gewerbetreibende vorsieht, und sind keine Gesamtverträge. Dabei spielt auch die Bezeichnung als Rahmenverträge keine Rolle, da diese eine rein interne Bezeichnung der Versicherungsträger ist und lediglich zum Ausdruck bringt, dass nur einige Versicherungsträger Vertragspartner sind. Paragraph 349, Absatz 3, ASVG ermöglicht den Abschluss von Gesamtverträgen. Vertragspartner der Gesamtverträge sind alle Versicherungsträger und gesetzliche Vertretungen der Anbieter von nachgefragten Leistungen. Die verfahrensgegenständlichen Rahmenverträge dienen ebenfalls der Erbringung von Sachleistungen. Da sie jedoch zwischen einem einzelnen Unternehmen und elf Versicherungsträgern abgeschlossen wurden, entsprechen sie nicht Paragraph 349, Absatz 3, ASVG, der den Abschluss mit Vertretungen von Gewerbetreibenden mit Wirkung für Gewerbetreibende vorsieht, und sind keine Gesamtverträge. Dabei spielt auch die Bezeichnung als Rahmenverträge keine Rolle, da diese eine rein interne Bezeichnung der Versicherungsträger ist und lediglich zum Ausdruck bringt, dass nur einige Versicherungsträger Vertragspartner sind.

Die beiden verfahrensgegenständlichen Rahmenverträge legen im Wesentlichen den Leistungsgegenstand mitsamt Qualitätsforderungen, die Voraussetzungen und Modalitäten der Erbringung der Leistung und die Höhe des Entgelts sowie die näheren Bestimmungen über die Abrechnung fest. Weiters lassen sie - offenbar bewusst - offen, wer Eigentümer der abgegebenen Waren wird. Gleiches gilt für Garantie und Schadenersatz. Fest steht, dass in dem jeweiligen Anhang 2 näher bezeichnete Waren zu einem Tarif genannten, im Vorhinein festgelegten Preis an

Anspruchsberechtigte abgegeben werden. Die Voraussetzung dafür ist die Notwendigkeit, die durch eine ärztliche Verordnung nachgewiesen wird. Die Bezahlung erfolgt durch die Versicherungsträger und allenfalls im Rahmen eines Selbstbehaltes durch die sogenannten Anspruchsberechtigten. Die Verträge räumen keine Exklusivität ein. Durch die Forderung nach bestimmten kurzen Lieferfristen und Vorgaben für den Versand ist die Leistung determiniert. Die Beratung erfolgt lediglich schriftlich. Eigene Räumlichkeiten oder andere Möglichkeiten für eine persönliche Beratung sind nicht gefordert.

Unstrittig sind die Versicherungsträger verpflichtet, die Leistungen - auf welche Art auch immer - den Anspruchsberechtigten zur Verfügung zu stellen. Ebenso wird die Erbringung der Leistung von der Versicherung gedeckt. Dies bedeutet, dass die Leistung im Ergebnis von dem Versicherungsträger bezahlt wird. Selbstbehalte des Leistungsempfängers sind dabei möglich. Schließlich sind die Leistungsempfänger nicht verpflichtet, die vertragsgegenständlichen Leistungen ausschließlich bei der B*** zu beziehen. Sie haben insofern Wahlfreiheit.

Aus der Infektionstheorie ergibt sich, dass grundsätzlich bei jeder Beschaffung eines öffentlichen Auftraggebers das Vergaberegime anwendbar ist (EuGH 15.1.1998, Rs C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria). Die Krankenversicherungsträger unterliegen daher in persönlicher Hinsicht bei jedem Beschaffungsvorgang dem BVergG. Ausnahmen müssen sich daher aus dem BVergG selbst ergeben, sei es, dass eine ausdrückliche Ausnahme vom Geltungsbereich des Vergaberegimes anwendbar ist, sei es, dass der wirtschaftliche Vorgang nicht in den sachlichen Anwendungsbereich des BVergG fällt. Ein Ausnahmetatbestand des BVergG wurde nicht behauptet und kam auch im Verfahren vor dem Bundesvergabeamt nicht hervor. Zu klären ist daher, ob der Abschluss der verfahrensgegenständlichen Rahmenverträge in den sachlichen Anwendungsbereich des BVergG fällt. Somit ist vorerst zu klären, ob sie als öffentliche Aufträge anzusehen sind oder die Bezahlung der Sachleistung lediglich eine Subvention oder Beihilfe an den Anspruchsberechtigten darstellt.

Die Materialien führen zum öffentlichen Auftrag aus: "In den §§ 4 bis 6 werden die dem Vergaberecht unterliegenden Auftragsstypen näher geregelt. Als Aufträge im Sinne der RL und des BVergG gelten entgeltliche schriftliche Verträge über bestimmte Leistungen." (RV 1171 BlgNR 22 GP 27) Die Materialien führen zum öffentlichen Auftrag aus: "In den Paragraphen 4 bis 6 werden die dem Vergaberecht unterliegenden Auftragsstypen näher geregelt. Als Aufträge im Sinne der RL und des BVergG gelten entgeltliche schriftliche Verträge über bestimmte Leistungen." Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22 Gesetzgebungsperiode 27)

Das in Art 1 Abs 2 lit a VergRL und der RV geforderte Merkmal der Schriftlichkeit erfüllen die Rahmenverträge. Ebenso erhält der Auftragnehmer ein Entgelt für die erbrachte Leistung. Seine Höhe ist im Vorhinein bestimmt. Es wird von dem Anspruchsberechtigten, der die Leistung abrufen, und dem Versicherungsträger entrichtet. Dass der Auftragnehmer das Entgelt teilweise von Dritten erhält, schadet dem Charakter als öffentlicher Auftrag nicht (EuGH 18.1.2007, Rs C-220/05, Jean Auroux, Slg 2007, I-385). Dass die Leistung nicht dem Auftraggeber selbst, sondern im Rahmen seiner Sachleistungspflicht dem Anspruchsberechtigten erbracht wird, schadet nicht, da die Leistung in Erfüllung der Sachleistungspflicht der Auftraggeber erfolgt (VwGH 1.3.2005, 2003/04/0008). Die Rahmenverträge enthalten keine Exklusivität. Der Anspruchsberechtigte kann die Leistung auch bei anderen Anbietern beziehen und ebenfalls den Kostenersatz entweder im Wege einer direkten Verrechnung durch den Leistungserbringer etwa auf Grundlage des sogenannten Ostvertrags, der nicht Gegenstand des Verfahrens ist, oder im Wege einer Rückerstattung der Kosten in Anspruch nehmen. Das in Artikel eins, Absatz 2, Litera a, VergRL und der Regierungsvorlage geforderte Merkmal der Schriftlichkeit erfüllen die Rahmenverträge. Ebenso erhält der Auftragnehmer ein Entgelt für die erbrachte Leistung. Seine Höhe ist im Vorhinein bestimmt. Es wird von dem Anspruchsberechtigten, der die Leistung abrufen, und dem Versicherungsträger entrichtet. Dass der Auftragnehmer das Entgelt teilweise von Dritten erhält, schadet dem Charakter als öffentlicher Auftrag nicht (EuGH 18.1.2007, Rs C-220/05, Jean Auroux, Slg 2007, I-385). Dass die Leistung nicht dem Auftraggeber selbst, sondern im Rahmen seiner Sachleistungspflicht dem Anspruchsberechtigten erbracht wird, schadet nicht, da die Leistung in Erfüllung der Sachleistungspflicht der Auftraggeber erfolgt (VwGH 1.3.2005, 2003/04/0008). Die Rahmenverträge enthalten keine Exklusivität. Der Anspruchsberechtigte kann die Leistung auch bei anderen Anbietern beziehen und ebenfalls den Kostenersatz entweder im Wege einer direkten Verrechnung durch den Leistungserbringer etwa auf Grundlage des sogenannten Ostvertrags, der nicht Gegenstand des Verfahrens ist, oder im Wege einer Rückerstattung der Kosten in Anspruch nehmen.

In der Rechtsprechung wurden Verträge zwischen Leistungserbringern und Krankenversicherungsträgern bereits

mehrmals behandelt. In seinem Erkenntnis vom 25. November 2002, B 46/00, hatte der Verfassungsgerichtshof über die Anwendbarkeit des BVergG 1997 auf Verträge für die Übernahme der Kosten und direkte Verrechnung mit den Leistungserbringern von Rettungsfahrten und Krankentransporten durch die NÖ GKK zu entscheiden. Die Organisation der Rettungstransporte oblag nach dem NÖ Gemeinde-Rettungsdienstgesetz den niederösterreichischen Gemeinden im eigenen Wirkungsbereich. Die Verträge regelten im Wesentlichen die Direktverrechnung der Transportleistungen zwischen den Leistungserbringern und der NÖ GKK. Nach ihrem Wortlaut hatten sie die Beförderung von erkrankten Versicherten mit Krankenwagen zum Gegenstand. Erkrankten stand es jedoch frei, die Transportleistung selbst zu bezahlen und Kostenersatz bei der NÖ GKK zu begehren. Der VfGH führte aus:

"Gemäß § 43 ihrer Satzung ist die NÖ GKK unter bestimmten Voraussetzungen dem Versicherten gegenüber verpflichtet, Kostenersatz für Krankentransporte zu leisten. Im Zusammenhang mit der Abwicklung dieser Leistungsverpflichtung zwischen dem Krankenversicherungsträger und dem Versicherten hat die NÖ GKK mit einigen Unternehmungen Verträge abgeschlossen, aufgrund derer die Kosten des Transports dann, wenn der Versicherte den Transport durch eines dieser Unternehmen durchführen lässt, von der NÖ GKK mit dem Unternehmen direkt verrechnet werden. Mit einem derartigen Vertrag wird aber weder generell noch für den Einzelfall ein Auftrag zur Erbringung der Transportdienstleistung erteilt. Auftraggeber ist für die Krankentransportdienstleistung jeweils der Versicherte, dem der Krankenversicherungsträger unter bestimmten Voraussetzungen Ersatz für seine Aufwendungen zu leisten hat. Durch den Direktverrechnungsvertrag wird nun für bestimmte Fälle eine Ersatzleistung geregelt. Die Direktverrechnungsverträge betreffen daher nicht entgeltliche Dienstleistungen, sondern bloß die Abwicklung des dem Versicherten gegenüber dem Krankenversicherungsträger zustehenden Kostenersatzes." Diese Situation stellt den klassischen Fall eines Direktverrechnungsvertrags dar, der nicht dem BVergG unterliegt, da Gegenstand des Vertrags nicht die Erbringung der Leistung, sondern lediglich die Abrechnung des dem Patienten zustehenden Kostenersatzes im kurzen Wege war. Vorgaben für die Erbringung der Leistung enthielt der Vertrag nicht und ist insofern nicht mit den vorliegenden Verträgen vergleichbar." Gemäß Paragraph 43, ihrer Satzung ist die NÖ GKK unter bestimmten Voraussetzungen dem Versicherten gegenüber verpflichtet, Kostenersatz für Krankentransporte zu leisten. Im Zusammenhang mit der Abwicklung dieser Leistungsverpflichtung zwischen dem Krankenversicherungsträger und dem Versicherten hat die NÖ GKK mit einigen Unternehmungen Verträge abgeschlossen, aufgrund derer die Kosten des Transports dann, wenn der Versicherte den Transport durch eines dieser Unternehmen durchführen lässt, von der NÖ GKK mit dem Unternehmen direkt verrechnet werden. Mit einem derartigen Vertrag wird aber weder generell noch für den Einzelfall ein Auftrag zur Erbringung der Transportdienstleistung erteilt. Auftraggeber ist für die Krankentransportdienstleistung jeweils der Versicherte, dem der Krankenversicherungsträger unter bestimmten Voraussetzungen Ersatz für seine Aufwendungen zu leisten hat. Durch den Direktverrechnungsvertrag wird nun für bestimmte Fälle eine Ersatzleistung geregelt. Die Direktverrechnungsverträge betreffen daher nicht entgeltliche Dienstleistungen, sondern bloß die Abwicklung des dem Versicherten gegenüber dem Krankenversicherungsträger zustehenden Kostenersatzes." Diese Situation stellt den klassischen Fall eines Direktverrechnungsvertrags dar, der nicht dem BVergG unterliegt, da Gegenstand des Vertrags nicht die Erbringung der Leistung, sondern lediglich die Abrechnung des dem Patienten zustehenden Kostenersatzes im kurzen Wege war. Vorgaben für die Erbringung der Leistung enthielt der Vertrag nicht und ist insofern nicht mit den vorliegenden Verträgen vergleichbar.

In seinem Bescheid vom 7. Juni 2004, 07N-39/04-29, hatte das BVA über einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung in dem Vergabeverfahren "Versorgung von Anspruchsberechtigten der Wiener Gebietskrankenkasse mit Inkontinenzartikeln" zu entscheiden. Vertragsgegenstand war "die Abgabe der in der Produktbeschreibung (Punkt 3) angeführten Inkontinenzartikel (im Folgenden kurz 'Behelfe') auf Rechnung der WGKK durch den Auftragnehmer an bei der WGKK Versicherte und anspruchsberechtigte Angehörige der Versicherten (im Folgenden kurz 'Anspruchsberechtigte') über (ärztliche) Verschreibung und allenfalls vorheriger Bewilligung durch die WGKK". Die Ausschreibung enthielt folgende Festlegung: "Der Auftragnehmer kann aus dem mit der WGKK geschlossenen Leistungsvertrag (Punkt 5.13) keinen Anspruch auf Erteilung eines (Einzel-)Auftrags ableiten. Die Abgabe der Behelfe richtet sich ausschließlich nach dem Bedarf des Anspruchsberechtigten unter Berücksichtigung einer ärztlichen Verordnung und der maximalen Kassenleistung, wobei es dem Anspruchsberechtigten insbesondere auch freisteht, Inkontinenzartikel von einem anderen Unternehmer zu beziehen und von der WGKK die Erstattung seiner Kosten im gesetzlichen Ausmaß zu verlangen." Ähnlich den vorliegenden Rahmenvereinbarungen enthielt die Ausschreibung Festlegungen über die Abgabe ausschließlich gegen Übergabe einer ärztlichen Verordnung, die Qualität der abgegebenen Produkte, die Einhebung der Kostenbeteiligung der Leistungsempfänger durch den Auftragnehmer,

die Rechnungslegung und die Zahlung. Die WGKK machte die Einstufung des europaweit ausgeschriebenen Vertrags als Direktverrechnungsvertrag und damit die Unanwendbarkeit des BVerG 2002 geltend. Das BVA führte aus: "Im Gegensatz zum Erkenntnis des VfGH, wo der zugrundeliegende Vertragsgegenstand lediglich die Festlegung der Höhe des direkt verrechenbaren Entgeltes und nicht die Erbringung einer Dienstleistung war, ist im gegenständlichen Verfahren gemäß Pkt 5.2. a) der Ausschreibungsunterlagen Vertragsgegenstand die Abgabe der in der Produktbeschreibung angeführten Inkontinenzartikel auf Rechnung der WGKK durch den Auftragnehmer an bei der WGKK Versicherte und anspruchsberechtigte Angehörige der Versicherten über (ärztliche) Verschreibung und allenfalls nach vorheriger Bewilligung durch die WGKK. Vertragsgegenstand ist somit also nicht lediglich die Festlegung der Höhe des direkt verrechenbaren Entgelts, sondern die Abgabe der Inkontinenzartikel. Gemäß Pkt 5.9. a) ist der Auftragnehmer verpflichtet, drei Monate nach Zuschlagserteilung mit der Erbringung der vertragsgemäßen Leistung zu beginnen. Mit diesem Vertrag wird somit generell ein Auftrag zur primären Erbringung einer Lieferung erteilt, wobei auch aufgrund der inkludierten Beratungstätigkeiten und Einrichtung von Abgabestellen Dienstleistungen umfasst sind. Der gegenständliche Ausschreibungsgegenstand kann aufgrund dieser Erörterungen jedenfalls nicht als Direktverrechnungsvertrag iS des oben zitierten Erkenntnisses gewertet werden." Im Ergebnis kam das BVA auch unter Berücksichtigung der der WGKK zustehenden Gewährleistungs- und Schadenersatzrechte zu dem Schluss, dass die WGKK die Inkontinenzartikel erwerben und an die Anspruchsberechtigten abgeben wolle und es sich um einen Lieferauftrag mit Dienstleistungskomponenten handle. Der Auftragnehmer war auch zur Errichtung einer Infrastruktur in Form von Abgabestellen und der Einstellung entsprechend geschulten Personals verpflichtet.

Dem Bescheid des BVA vom 20. Oktober 2005, 07N-83/05-33, "Oberösterreichische Krankenbetten", lag ein etwas anderer Sachverhalt zugrunde. Die OÖ GKK schrieb elektrische Krankenbetten europaweit aus. Nachdem alle Angebote ausgeschieden worden waren, galt das Vergabeverfahren als widerrufen. Die OÖ GKK führte Verhandlungen mit der Landesinnung. Gegenstand dieser Verhandlungen war die Erweiterung der bestehenden Landesvereinbarung um elektrische Krankenbetten. Diese sollten im Fall des Kaufes in das Eigentum der OÖ GKK übergehen. Der Versicherte sollte einen Selbstbehalt tragen. Er sollte Auftraggeber und Käufer sein. Das Bundesvergabeamt betrachtete den Vertrag als Direktverrechnungsvertrag, verneinte die Anwendbarkeit des BVerG und führte aus: "Gemäß § 41 der Satzung der OÖGKK hat diese für die Anschaffung eines notwendigen Hilfsmittels einen Zuschuss zu leisten. Im Zusammenhang mit der Abwicklung dieser Leistungsverpflichtung zwischen dem Krankenversicherungsträger und dem Versicherten hat die OÖGKK mit der Landesinnung XXX eine seit 1.1.1997 wirksame Vereinbarung geschlossen, aufgrund derer der Zuschuss für Heilbehelfe und Hilfsmittel zu den in der Anlage angeführten Tarifsätzen dann, wenn der Versicherte diese Heilbehelfe und Hilfsmittel von einem Vertragsbandagisten bezieht, von der OÖGKK mit dem Vertragsbandagisten direkt verrechnet wird. Mit der nun beabsichtigten Aufnahme elektrischer Krankenbetten in die seit 1.1.1997 bestehende Landesvereinbarung werden bestimmte Fabrikate von Krankenbetten sowie die Höhe der Tarife festgelegt, deren Abgabe durch die Vertragsbandagisten gegen direkte Verrechnung der Zuschüsse mit dem Krankenversicherungsträger an die Versicherten (Anspruchsberechtigten) erfolgen. Es wird daher die OÖGKK, falls der Versicherte das Krankbett von einem Vertragsbandagisten iSd Landesvereinbarung bezieht, den Zuschuss, zu dessen Leistung sie gemäß § 41 der Satzung verpflichtet ist, direkt an den Vertragsbandagisten leisten. Wie sich aus § 41 der Satzung, aber auch aus den übereinstimmenden Aussagen von D*** sowie des Zeugen C*** ergibt, sind Käufer der gegenständlichen Krankenbetten jeweils die Versicherten. Diese bedürfen, um in den Genuss des Erhaltes des Zuschusses zu gelangen, einer ärztlichen Verordnung. Die Landesvereinbarung regelt in § 5 die Abrechnung entsprechend der Satzung der OÖGKK. Laut Aussage von D*** wird die geplante Neukonstruktion keinen Eigentumsvorbehalt vorsehen. Wie eine Durchsicht der vorgelegten Landesvereinbarung vom 1.1.1997 sowie der übrigen gesetzlichen Regelungen jedoch ergibt, ist darin ein derartiger Eigentumsvorbehalt auch derzeit nicht vorgesehen. Wie bereits oben ausgeführt, hat die OÖGKK dem Versicherten unter bestimmten Voraussetzungen einen Zuschuss für seine Aufwendungen zu leisten. Mit der Aufnahme von Krankenbetten in die Landesvereinbarung wird weder generell noch für den Einzelfall ein Auftrag zur Lieferung eines Krankbettes erteilt. Auftraggeber für die Lieferung des Krankbettes ist jeweils der Versicherte, dem der Krankenversicherungsträger unter bestimmten Voraussetzungen einen Zuschuss für seine Anschaffung zu leisten hat. Durch die bestehende Landesvereinbarung wird für bestimmte Fälle eine Direktverrechnung der Zuschussleistungen geregelt. Dieser Direktverrechnungsvertrag betrifft daher nicht entgeltliche Lieferungen, sondern bloß die Abwicklung des dem Versicherten gegenüber dem Krankenversicherungsträger zustehenden Zuschusses. Der Abschluss eines Direktverrechnungsvertrages unterliegt jedoch nicht dem sachlichen Geltungsbereich des BVerG 2002, weshalb

spruchgemäß zu entscheiden war." Mit den vorliegenden Rahmenverträgen ist diese Konstellation insofern nicht vergleichbar, als die Landesinnung und nicht ein einzelnes Unternehmen Vertragspartner war. Der Patient erwarb Eigentum und bezog einen Zuschuss vom Krankenversicherungsträger. Dem Bescheid des BVA vom 20. Oktober 2005, 07N-83/05-33, "Oberösterreichische Krankenbetten", lag ein etwas anderer Sachverhalt zugrunde. Die OÖ GKK schrieb elektrische Krankenbetten europaweit aus. Nachdem alle Angebote ausgeschieden worden waren, galt das Vergabeverfahren als widerrufen. Die OÖ GKK führte Verhandlungen mit der Landesinnung. Gegenstand dieser Verhandlungen war die Erweiterung der bestehenden Landesvereinbarung um elektrische Krankenbetten. Diese sollten im Fall des Kaufes in das Eigentum der OÖ GKK übergehen. Der Versicherte sollte einen Selbstbehalt tragen. Er sollte Auftraggeber und Käufer sein. Das Bundesvergabeamt betrachtete den Vertrag als Direktverrechnungsvertrag, verneinte die Anwendbarkeit des BVergG und führte aus: "Gemäß Paragraph 41, der Satzung der OÖGKK hat diese für die Anschaffung eines notwendigen Hilfsmittels einen Zuschuss zu leisten. Im Zusammenhang mit der Abwicklung dieser Leistungsverpflichtung zwischen dem Krankenversicherungsträger und dem Versicherten hat die OÖGKK mit der Landesinnung römisch 30 eine seit 1.1.1997 wirksame Vereinbarung geschlossen, aufgrund derer der Zuschuss für Heilbehelfe und Hilfsmittel zu den in der Anlage angeführten Tarifsätzen dann, wenn der Versicherte diese Heilbehelfe und Hilfsmittel von einem Vertragsbandagisten bezieht, von der OÖGKK mit dem Vertragsbandagisten direkt verrechnet wird. Mit der nun beabsichtigten Aufnahme elektrischer Krankenbetten in die seit 1.1.1997 bestehende Landesvereinbarung werden bestimmte Fabrikate von Krankenbetten sowie die Höhe der Tarife festgelegt, deren Abgabe durch die Vertragsbandagisten gegen direkte Verrechnung der Zuschüsse mit dem Krankenversicherungsträger an die Versicherten (Anspruchsberechtigten) erfolgen. Es wird daher die OÖGKK, falls der Versicherte das Krankentbett von einem Vertragsbandagisten iSd Landesvereinbarung bezieht, den Zuschuss, zu dessen Leistung sie gemäß Paragraph 41, der Satzung verpflichtet ist, direkt an den Vertragsbandagisten leisten. Wie sich aus Paragraph 41, der Satzung, aber auch aus den übereinstimmenden Aussagen von D*** sowie des Zeugen C*** ergibt, sind Käufer der gegenständlichen Krankenbetten jeweils die Versicherten. Diese bedürfen, um in den Genuss des Erhaltes des Zuschusses zu gelangen, einer ärztlichen Verordnung. Die Landesvereinbarung regelt in Paragraph 5, die Abrechnung entsprechend der Satzung der OÖGKK. Laut Aussage von D*** wird die geplante Neukonstruktion keinen Eigentumsvorbehalt vorsehen. Wie eine Durchsicht der vorgelegten Landesvereinbarung vom 1.1.1997 sowie der übrigen gesetzlichen Regelungen jedoch ergibt, ist darin ein derartiger Eigentumsvorbehalt auch derzeit nicht vorgesehen. Wie bereits oben ausgeführt, hat die OÖGKK dem Versicherten unter bestimmten Voraussetzungen einen Zuschuss für seine Aufwendungen zu leisten. Mit der Aufnahme von Krankenbetten in die Landesvereinbarung wird weder generell noch für den Einzelfall ein Auftrag zur Lieferung eines Krankentettes erteilt. Auftraggeber für die Lieferung des Krankentettes ist jeweils der Versicherte, dem der Krankenversicherungsträger unter bestimmten Voraussetzungen einen Zuschuss für seine Anschaffung zu leisten hat. Durch die bestehende Landesvereinbarung wird für bestimmte Fälle eine Direktverrechnung der Zuschussleistungen geregelt. Dieser Direktverrechnungsvertrag betrifft daher nicht entgeltliche Lieferungen, sondern bloß die Abwicklung des dem Versicherten gegenüber dem Krankenversicherungsträger zustehenden Zuschusses. Der Abschluss eines Direktverrechnungsvertrages unterliegt jedoch nicht dem sachlichen Geltungsbereich des BVergG 2002, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war." Mit den vorliegenden Rahmenverträgen ist diese Konstellation insofern nicht vergleichbar, als die Landesinnung und nicht ein einzelnes Unternehmen Vertragspartner war. Der Patient erwarb Eigentum und bezog einen Zuschuss vom Krankenversicherungsträger.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass in der bisherigen Rechtsprechung von einem Direktverrechnungsvertrag ausgegangen wurde, wenn dem Anspruchsberechtigten grundsätzlich eine Zuschussleistung zugestanden ist, der abgeschlossene Vertrag lediglich die Abwicklung und Auszahlung dieses Zuschusses zum Gegenstand hatte und weder eine Abnahmeverpflichtung noch eine Exklusivität der Leistungserbringung festgelegt war. Auch war keine besondere Infrastruktur oder andere Anlaufkosten gefordert. So wurde in der Literatur zu der Frage der Abgrenzung eines Direktlieferungsvertrags zu einem Rahmenvertrag ausgeführt, dass, wenn der Auftraggeber verpflichtet ist, alle Bestellungen, die unter den Vertrag fallen, beim Auftragnehmer abzurufen, ein Rahmen(liefer)vertrag je nach Bedarf eine rasche und kostengünstige Beschaffung ermöglicht. Direktverrechnungsverträge betreffen demgegenüber gemäß Erkenntnis des VfGH vom 25.11.2002, B 46/00, bloß die Abwicklung des Kostenersatzes, der dem Versicherten gegenüber dem Krankenversicherungsträger zusteht (Etlinger, Anm zu BVA 7.4.2004, 07N-39/04-29, ZVB 2004/72). Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass in der bisherigen Rechtsprechung von einem Direktverrechnungsvertrag ausgegangen wurde, wenn dem

Anspruchsberechtigten grundsätzlich eine Zuschussleistung zugestanden ist, der abgeschlossene Vertrag lediglich die Abwicklung und Auszahlung dieses Zuschusses zum Gegenstand hatte und weder eine Abnahmeverpflichtung noch eine Exklusivität der Leistungserbringung festgelegt war. Auch war keine besondere Infrastruktur oder andere Anlaufkosten gefordert. So wurde in der Literatur zu der Frage der Abgrenzung eines Direktlieferungsvertrags zu einem Rahmenvertrag ausgeführt, dass, wenn der Auftraggeber verpflichtet ist, alle Bestellungen, die unter den Vertrag fallen, beim Auftragnehmer abzurufen, ein Rahmen(liefer)vertrag je nach Bedarf eine rasche und kostengünstige Beschaffung ermöglicht. Direktverrechnungsverträge betreffen demgegenüber gemäß Erkenntnis des VfGH vom 25.11.2002, B 46/00, bloß die Abwicklung des Kostenersatzes, der dem Versicherten gegenüber dem Krankenversicherungsträger zusteht (Etlinger, Anmerkung zu BVA 7.4.2004, 07N-39/04-29, ZVB 2004/72).

Bei der Gegenüberstellung der gegenständlichen Rahmenverträge mit der Rechtsprechung ergibt sich folgendes Bild: Die Rahmenverträge entsprechen nicht der vom ASVG in seinem § 349 Abs 3 vorgegebenen Form, die lediglich die Vereinfachung der Abrechnung zum Ziel hat. Sie dienen der Bereitstellung von Sachleistungen. Sie vermitteln keine Exklusivität. Die Anspruchsberechtigten können Heilbehelfe weiterhin von anderen Quellen beziehen. Es besteht auch keine Abnahmeverpflichtung der Versicherungsträger. Insofern bestehen Ähnlichkeiten zu einer im Vergaberecht typisierten Rahmenvereinbarung. Der Abruf der Leistung erfolgt durch die Anspruchsberechtigten, nicht durch die Versicherungsträger, allerdings in Erfüllung der Sachleistungsverpflichtung der Versicherungsträger. Hat das BVA ausgesprochen, dass die Versicherungsträger ihre Verpflichtung auch durch Erwerb von Inkontinenzartikeln und Abgabe an die Anspruchsberechtigten erfüllen können (BVA 7.4.2004, 07N-39/04-29), scheint der Sachverhalt ähnlich gelagert zu sein. Offenbar bewusst bleiben die Fragen des Eigentumserwerbs und der daran hängenden Rechte der Gewährleistung und der Garantie insofern unklar, als offen bleibt, wer der Begünstigte ist. Ein objektiver Vertragsinhalt gemäß § 914 ABGB kann bestenfalls insofern ermittelt werden, als die Versicherungsträger Eigentum erwerben, weil sie die Leistung bezahlen. Die Anspruchsberechtigten sind von dieser Frage nur insofern betroffen, als sie die Heilbehelfe nutzen. Auf welcher rechtlichen Grundlage sie dies tun, kann für sie ohne Belang sein. Die Vergabe ärztlicher Kassenplanstellen (VfGH 30.11.2004, B 1278/02) ist der Zurverfügungstellung von Heilbehelfen in einem frei vereinbarten Vertrag mit einem einzelnen Unternehmen nicht vergleichbar. Die Ausübung ärztlicher Berufe ist an strenge Voraussetzungen gebunden und einem Berufsstand vorbehalten. Die Kammern schließen Verträge mit der Ärztekammer. Die Verträge mit den einzelnen Ärzten dienen einem räumlichen Versorgungsziel mit medizinischen Leistungen auf Grundlage fester Tarife. Es besteht kein Verhandlungsspielraum über Leistung und Preis, da diese im Gesamtvertrag bereits festgelegt sind. Vereinbart wird daher im Wesentlichen nur die Direktverrechnung. Verträge nach § 349 Abs 3 ASVG mit den gesetzlichen Interessensvertretungen sind diesem Muster nachempfunden. Auch in diesen Fällen wird für alle Vertretenen ein Vertrag abgeschlossen, der Leistungen und Tarife festlegt. Allerdings ist dieses System, das hier nicht Verfahrensgegenstand ist, nicht auf den Abschluss von Verträgen mit einzelnen Unternehmen übertragbar, der - wie bei den gegenständlichen Rahmenverträgen - nicht in Umsetzung eines Gesamtvertrags erfolgt. Wird durch Gesamtverträge eine Direktverrechnung mit den Anspruchsberechtigten ermöglicht, von der alle Angehörigen der gesetzlichen Interessensvertretung profitieren und einen gewissen Wettbewerb erhalten können, schließt ein Einzelvertrag diesen Wettbewerb aus. Da seitens der Versicherungsträger durch ihre Informationen Direktbelieferungen favorisiert werden oder Anforderungen von Heilbehelfen ausnahmslos direkt an derartige Vertragspartner weitergeleitet werden, liegt - ungeachtet der Möglichkeit des Kostenersatzes für durch den Anspruchsberechtigten selbst gekaufte Heilbehelfe - wegen der de facto Ausschließlichkeit ohne Wahlmöglichkeit des Anspruchsberechtigten eine Beschaffungssituation vor. Eine Beschaffung muss jedoch nach den Grundsätzen des Vergaberechts gemäß § 19 Abs 1 BVergG in einem Wettbewerb, in einem transparenten Vergabeverfahren erfolgen, das bei einem geschätzten Auftragswert oberhalb der Schwellenwerte auch europaweit zu veröffentlichen ist. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Versicherungsträger gleichartige Verträge über den selben Auftragsgegenstand mit anderen Unternehmen abzuschließen beabsichtigen. Das Verfahren zur Beschaffung der Leistungen bleibt intransparent. Ein Wettbewerb zwischen verschiedenen Leistungserbringern findet nicht statt. Ohne die Bindung an einen Rahmenvertrag erfolgen die Verhandlungen ohne für den Unternehmer nachvollziehbare Transparenz in nicht zusammenhängenden Verhandlungen. Auch werden diese Verträge nicht veröffentlicht, sodass anderen Unternehmen, die Interesse an einem derartigen Vertrag haben, die Vergleichs- und Bezugsgrößen fehlen. Schließlich vermag auch das Sonderregime des ASVG die Geltung und Anwendbarkeit der Vergaberichtlinien im vorliegenden Fall nicht zu beeinträchtigen. Bei der Gegenüberstellung der gegenständlichen Rahmenverträge mit der Rechtsprechung ergibt sich folgendes Bild: Die Rahmenverträge entsprechen nicht der vom

ASVG in seinem Paragraph 349, Absatz 3, vorgegebenen Form, die lediglich die Vereinfachung der Abrechnung zum Ziel hat. Sie dienen der Bereitstellung von Sachleistungen. Sie vermitteln keine Exklusivität. Die Anspruchsberechtigten können Heilbehelfe weiterhin von anderen Quellen beziehen. Es besteht auch keine Abnahmeverpflichtung der Versicherungsträger. Insofern bestehen Ähnlichkeiten zu einer im Vergaberecht typisierten Rahmenvereinbarung. Der Abruf der Leistung erfolgt durch die Anspruchsberechtigten, nicht durch die Versicherungsträger, allerdings in Erfüllung der Sachleistungsverpflichtung der Versicherungsträger. Hat das BVA ausgesprochen, dass die Versicherungsträger ihre Verpflichtung auch durch Erwerb von Inkontinenzartikeln und Abgabe an die Anspruchsberechtigten erfüllen können (BVA 7.4.2004, 07N-39/04-29), scheint der Sachverhalt ähnlich gelagert zu sein. Offenbar bewusst bleiben die Fragen des Eigentumserwerbs und der daran hängenden Rechte der Gewährleistung und der Garantie insofern unklar, als offen bleibt, wer der Begünstigte ist. Ein objektiver Vertragsinhalt gemäß Paragraph 914, ABGB kann bestenfalls insofern ermittelt werden, als die Versicherungsträger Eigentum erwerben, weil sie die Leistung bezahlen. Die Anspruchsberechtigten sind von dieser Frage nur insofern betroffen, als sie die Heilbehelfe nutzen. Auf welcher rechtlichen Grundlage sie dies tun, kann für sie ohne Belang sein. Die Vergabe ärztlicher Kassenplanstellen (VfGH 30.11.2004, B 1278/02) ist der Zurverfügungstellung von Heilbehelfen in einem frei vereinbarten Vertrag mit einem einzelnen Unternehmen nicht vergleichbar. Die Ausübung ärztlicher Berufe ist an strenge Voraussetzungen gebunden und einem Berufsstand vorbehalten. Die Kammern schließen Verträge mit der Ärztekammer. Die Verträge mit den einzelnen Ärzten dienen einem räumlichen Versorgungsziel mit medizinischen Leistungen auf Grundlage fester Tarife. Es besteht kein Verhandlungsspielraum über Leistung und Preis, da diese im Gesamtvertrag bereits festgelegt sind. Vereinbart wird daher im Wesentlichen nur die Direktverrechnung. Verträge nach Paragraph 349, Absatz 3, ASVG mit den gesetzlichen Interessensvertretungen sind diesem Muster nachempfunden. Auch in diesen Fällen wird für alle Vertretenen ein Vertrag abgeschlossen, der Leistungen und Tarife festlegt. Allerdings ist dieses System, das hier nicht Verfahrensgegenstand ist, nicht auf den Abschluss von Verträgen mit einzelnen Unternehmen übertragbar, der - wie bei den gegenständlichen Rahmenverträgen - nicht in Umsetzung eines Gesamtvertrags erfolgt. Wird durch Gesamtverträge eine Direktverrechnung mit den Anspruchsberechtigten ermöglicht, von der alle Angehörigen der gesetzlichen Interessensvertretung profitieren und einen gewissen Wettbewerb erhalten können, schließt ein Einzelvertrag diesen Wettbewerb aus. Da seitens der Versicherungsträger durch ihre Informationen Direktbelieferungen favorisiert werden oder Anforderungen von Heilbehelfen ausnahmslos direkt an derartige Vertragspartner weitergeleitet werden, liegt - ungeachtet der Möglichkeit des Kostenersatzes für durch den Anspruchsberechtigten selbst gekaufte Heilbehelfe - wegen der de facto Ausschließlichkeit ohne Wahlmöglichkeit des Anspruchsberechtigten eine Beschaffungssituation vor. Eine Beschaffung muss jedoch nach den Grundsätzen des Vergaberechts gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG in einem Wettbewerb, in einem transparenten Vergabeverfahren erfolgen, das bei einem geschätzten Auftragswert oberhalb der Schwellenwerte auch europaweit zu veröffentlichen ist. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Versicherungsträger gleichartige Verträge über den selben Auftragsgegenstand mit anderen Unternehmen abzuschließen beabsichtigen. Das Verfahren zur Beschaffung der Leistungen bleibt intransparent. Ein Wettbewerb zwischen verschiedenen Leistungserbringern findet nicht statt. Ohne die Bindung an einen Rahmenvertrag erfolgen die Verhandlungen ohne für den Unternehmer nachvollziehbare Transparenz in nicht zusammenhängenden Verhandlungen. Auch werden diese Verträge nicht veröffentlicht, sodass anderen Unternehmen, die Interesse an einem derartigen Vertrag haben, die Vergleichs- und Bezugsgrößen fehlen. Schließlich vermag auch das Sonderregime des ASVG die Geltung und Anwendbarkeit der Vergaberichtlinien im vorliegenden Fall nicht zu beeinträchtigen.

Die gegenständlichen Verträge betreffen die Zurverfügungstellung von Heilbehelfen. Die Dienstleistungen der - im Regelfall nur schriftlichen - Beratung, der Entgegennahme der Bestellung, der Prüfung der Voraussetzungen für die Bezahlung durch die Krankenversicherungsträger, des Versandes und der Abrechnung mit den Krankenversicherungsträgern stellt wertmäßig den geringeren Teil der Leistung dar. Gemäß § 9 Abs 1 BVergG ist der Wert der Teilleistungen das einzige Abgrenzungskriterium zwischen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen. Der Zweck der Leistung als Abgrenzungskriterium entspringt der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH 19.4.1994, Rs C-331/92, Gestión Hotelera, Slg 1994, I-1329) und ist gemäß § 9 Abs 2 BVergG ausschließlich für Abgrenzung zwischen Bau- und Dienstleistungsaufträgen heranzuziehen. Da der Wert der Lieferung - wie von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung glaubhaft und unwidersprochen ausgeführt - den der Dienstleistung bei Weitem überwiegt, ist der gesamte Auftrag als Lieferauftrag anzusehen. Da es sich nicht um eine Dienstleistung handelt, kommt auch die Qualifikation als Dienstleistungskonzession nicht in Betracht. Die gegenständlichen Verträge

betreffen die Zurverfügungstellung von Heilbehelfen. Die Dienstleistungen der - im Regelfall nur schriftlichen - Beratung, der Entgegennahme der Bestellung, der Prüfung der Voraussetzungen für die Bezahlung durch die Krankenversicherungsträger, des Versandes und der Abrechnung mit den Krankenversicherungsträgern stellt wertmäßig den geringeren Teil der Leistung dar. Gemäß Paragraph 9, Absatz eins, BVergG ist der Wert der Teilleistungen das einzige Abgrenzungskriterium zwischen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen. Der Zweck der Leistung als Abgrenzungskriterium entspringt der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH 19.4.1994, Rs C-331/92, Gestión Hotelera, Slg 1994, I-1329) und ist gemäß Paragraph 9, Absatz 2, BVergG ausschließlich für Abgrenzung zwischen Bau- und Dienstleistungsaufträgen heranzuziehen. Da der Wert der Lieferung - wie von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung glaubhaft und unwidersprochen ausgeführt - den der Dienstleistung bei Weitem überwiegt, ist der gesamte Auftrag als Lieferauftrag anzusehen. Da es sich nicht um eine Dienstleistung handelt, kommt auch die Qualifikation als Dienstleistungskonzession nicht in Betracht.

3.3.1 Zur Feststellung gemäß § 331 Abs 1 Z 1 - Spruchpunkte I. und II 3.3.1 Zur Feststellung gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer eins, - Spruchpunkte römisch eins. und römisch zwei.

Die Vorgänge, die zum Abschluss der Rahmenverträge geführt haben, fanden lediglich zwischen den Auftraggebern und der Auftragnehmerin statt. Eine vorherige Bekanntmachung erfolgte nicht. Es handelte sich nicht um Vergabeverfahren, das eine vom BVergG vorgegebene Form einhielt. Vielmehr erfolgten die Auswahl der Auftragnehmerin und die Vorbereitung des Vertrags formlos. Es handelte sich nicht um ein - typisiertes - Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung, sondern um eine formfreie Vergabe, eine Direktvergabe. Diese beiden Fälle wollte der Gesetzgeber unterschieden wissen (RV 1171 BgNR 22 GP 134). Wenn überhaupt ein Vergabeverfahren stattfindet, ist zweifellos mit einem anderen Ausgang zu rechnen. Die Feststellung, dass die Wahl der Direktvergabe nicht zu Recht erfolgte, war daher zu treffen. Die Vorgänge, die zum Abschluss der Rahmenverträge geführt haben, fanden lediglich zwischen den Auftraggebern und der Auftragnehmerin statt. Eine vorherige Bekanntmachung erfolgte nicht. Es handelte sich nicht um Vergabeverfahren, das eine vom BVergG vorgegebene Form einhielt. Vielmehr erfolgten die Auswahl der Auftragnehmerin und die Vorbereitung des Vertrags formlos. Es handelte sich nicht um ein - typisiertes - Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung, sondern um eine formfreie Vergabe, eine Direktvergabe. Diese beiden Fälle wollte der Gesetzgeber unterschieden wissen (Regierungsvorlage 1171 BgNR 22 Gesetzgebungsperiode 134). Wenn überhaupt ein Vergabeverfahren stattfindet, ist zweifellos mit einem anderen Ausgang zu rechnen. Die Feststellung, dass die Wahl der Direktvergabe nicht zu Recht erfolgte, war daher zu treffen.

3.3.2 Zur Feststellung gemäß § 331 Abs 1 Z 4 - Spruchpunkt III 3.3.2 Zur Feststellung gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 4, - Spruchpunkt römisch drei.

Unstrittig wurden zwei als Rahmenverträge bezeichnete Verträge abgeschlossen. Ebenso unstrittig wurde in das Verfahren vor Abschluss dieser Verträge lediglich ein Unternehmer einbezogen. Wie oben ausgeführt handelt es sich bei diesen Verträgen um

Leistungsverträge. Sie wären nach den Regeln des BVergG auszuschreiben gewesen. Ebenso unstrittig haben sich die Auftraggeber mit der Frage der Anwendbarkeit des BVergG und der Ausschreibungspflicht nicht auseinandergesetzt, obwohl sie sich - wie aus der in Punkt 3.1. zitierten Rechtsprechung hervorgeht - grundsätzlich ihrer Eigenschaft als öffentliche Auftraggeber bewusst sind. Sie hätten sich daher der grundsätzlichen Anwendbarkeit des BVergG auf alle Beschaffungen bewusst sein und die Ausschreibungspflicht der gegenständlichen Leistungen insbesondere im Lichte der bisherigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes und des Bundesvergabeamtes in ähnlich gelagerten Fällen im Bereich der Sozialversicherung prüfen müssen. Auch wenn der Arbeitsauftrag den Abschluss derartiger Verträge ausdrücklich vorsah, ändert sich an der rechtlichen Qualifikation der Verträge nichts. Bei der Beurteilung der offenkundigen Unzulässigkeit ist ein objektiver Maßstab anzulegen, da sich andernfalls Auftraggeber leicht durch Nichtbefassung mit der Anwendbarkeit des BVergG dieser Sanktion entziehen könnten. Die Ausschreibungspflicht nach dem BVergG war daher evident und die Unzulässigkeit des Vertragsabschlusses ohne ein Vergabeverfahren offenkundig.

3.4 Zur echten Chance - Spruchpunkt IV 3.4 Zur echten Chance - Spruchpunkt römisch vier

Der Antrag auf Feststellung, dass die Antragstellerin keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte, ist gemäß § 312 Abs 3 Z 2 BVergG nur in Verfahren über Feststellungsanträge gemäß § 312 Abs 3 Z 1 BVergG vorgesehen.

Die Auftraggeber beantragen eine analoge Anwendung auch in Zusammenhang mit den gegenständlichen Feststellungen. Sie tun nicht dar, worin die Lücke liegt, die durch Analogie zu füllen wäre. Eine solche ist auch dem Bundesvergabeamt nicht erkennbar. Im Fall einer Feststellung gemäß § 312 Abs 3 Z 1 BVergG hat nämlich der Unternehmer gemäß § 338 Abs 1 BVergG ohne weitere Voraussetzungen Anspruch auf den Ersatz des Vertrauensschadens. Dieser umfasst die Kosten der Angebotslegung und der Beteiligung am Vergabeverfahren. Dieser Schadenersatzanspruch kann gemäß § 338 Abs 2 BVergG mit der begehrten Feststellung abgewehrt werden. In Zusammenhang mit der vorliegenden Feststellung ist gerade der Umstand, dass der Antragstellerin keine Möglichkeit gegeben wurde, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen, Anlass für die Feststellung. Die Zuerkennung des Ersatzes der Kosten der Angebotslegung und der Beteiligung am Vergabeverfahren ist daher denkunmöglich und die begehrte Feststellung ohne Anwendungsbereich. Hingewiesen sei darauf, dass die Antragstellerin beweisen muss, dass sie tatsächlich Bestbieterin gewesen wäre, wenn sie den Ersatz des entgangenen Gewinns begehrt. Dieser Schadenersatzanspruch stützt sich zwar auf die Feststellungen, bedarf jedoch weiterer Beweise und steht nur alternativ zu. Der Antrag auf Feststellung, dass die Antragstellerin keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte, ist gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 2, BVergG nur in Verfahren über Feststellungsanträge gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG vorgesehen. Die Auftraggeber beantragen eine analoge Anwendung auch in Zusammenhang mit den gegenständlichen Feststellungen. Sie tun nicht dar, worin die Lücke liegt, die durch Analogie zu füllen wäre. Eine solche ist auch dem Bundesvergabeamt nicht erkennbar. Im Fall einer Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG hat nämlich der Unternehmer gemäß Paragraph 338, Absatz eins, BVergG ohne weitere Voraussetzungen Anspruch auf den Ersatz des Vertrauensschadens. Dieser umfasst die Kosten der Angebotslegung und der Beteiligung am Vergabeverfahren. Dieser Schadenersatzanspruch kann gemäß Paragraph 338, Absatz 2, BVergG mit der begehrten Feststellung abgewehrt werden. In Zusammenhang mit der vorliegenden Feststellung ist gerade der Umstand, dass der Antragstellerin keine Möglichkeit gegeben wurde, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen, Anlass für die Feststellung. Die Zuerkennung des Ersatzes der Kosten der Angebotslegung und der Beteiligung am Vergabeverfahren ist daher denkunmöglich und die begehrte Feststellung ohne Anwendungsbereich. Hingewiesen sei darauf, dass die Antragstellerin beweisen muss, dass sie tatsächlich Bestbieterin gewesen wäre, wenn sie den Ersatz des entgangenen Gewinns begehrt. Dieser Schadenersatzanspruch stützt sich zwar auf die Feststellungen, bedarf jedoch weiterer Beweise und steht nur alternativ zu.

3.5 Zum Ersatz der Pauschalgebühr - Spruchpunkt V3.5 Zum Ersatz der Pauschalgebühr - Spruchpunkt römisch fünf.

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG 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. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, BVergG 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.

Gemäß § 319 Abs 2 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn

1. 1. Ziffer eins
dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. 2. Ziffer 2
dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Gemäß § 319 Abs 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt spätestens binnen drei Wochen ab jenem Zeitpunkt, ab dem feststeht, dass ein Anspruch auf Gebührenersatz besteht. Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt spätestens binnen drei Wochen ab jenem Zeitpunkt, ab dem feststeht, dass ein Anspruch auf Gebührenersatz besteht.

Da die Antragstellerin die Pauschalgebühr tatsächlich entrichtet und im Verfahren obsiegt hat, besteht der Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühr zu Recht. Die Reduktion der zu ersetzenden Gebühr erfolgte aufgrund der

Antragsrückziehung gemäß § 318 Abs 1 Z 7 BVergG. Da die Antragstellerin die Pauschalgebühr tatsächlich entrichtet und im Verfahren obsiegt hat, besteht der Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühr zu Recht. Die Reduktion der zu ersetzenden Gebühr erfolgte aufgrund der Antragsrückziehung gemäß Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG.

Schlagworte

Feststellung; Unzulässigkeit der Direktvergabe; Offenkundige Rechtswidrigkeit des Vertragsabschlusses in einem Vergabeverfahren ohne Beiziehung weiterer Unternehmer;

Zuletzt aktualisiert am

16.10.2008

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