

TE Bvwg Beschluss 2016/12/7 W123 2007818-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 07.12.2016

Entscheidungsdatum

07.12.2016

Norm

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs3 Z3

BVergG 2006 §331

BVergG 2006 §331 Abs1 Z2

BVergG 2006 §76

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

1. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 3. BVergG 2006 § 291 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 292 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
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 § 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 § 76 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 76 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 31 heute
2. VwGVG § 31 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

Spruch

W123 2007818-1/26E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michael ETLINGER als Vorsitzenden sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Maximilian DIEM als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Rosemarie SCHÖN als Mitglied der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren "ausschreibungsfree Vergabe von Dienstleistungen an Arztsoftwarehersteller" des Auftraggebers Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, Kundmannngasse 21-23, 1030 Wien, vertreten durch Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte OG, Mariahilfer Straße 20, 1070 Wien, eingeleitet über Antrag der XXXX, vertreten durch HASLINGER / NAGELE & PARTNER Rechtsanwälte GmbH, Mölker Bastei 5, 1010 Wien, beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michael ETLINGER als Vorsitzenden sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Maximilian DIEM als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Rosemarie SCHÖN als Mitglied der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren "ausschreibungsfree Vergabe von Dienstleistungen an Arztsoftwarehersteller" des Auftraggebers Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, Kundmannngasse 21-23, 1030 Wien, vertreten durch Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte OG, Mariahilfer Straße 20, 1070 Wien, eingeleitet über Antrag der römisch 40, vertreten durch HASLINGER / NAGELE & PARTNER Rechtsanwälte GmbH, Mölker Bastei 5, 1010 Wien, beschlossen:

A)

Der Antrag vom 11.11.2011, das Bundesvergabeamt möge gemäß § 312 Abs 3 Z 3 BVergG feststellen, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens jeweils die Umsetzung des Systems e-Medikation mit der XXXX, der XXXX und der XXXX ohne vorherige Bekanntmachung beziehungsweise ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war, wird gemäß § 331 Abs. 1 BVergG zurückgewiesen. Der Antrag vom 11.11.2011,

das Bundesvergabeamt möge gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG feststellen, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens jeweils die Umsetzung des Systems e-Medikation mit der römisch 40, der römisch 40 und der römisch 40 ohne vorherige Bekanntmachung beziehungsweise ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war, wird gemäß Paragraph 331, Absatz eins, BVergG zurückgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

1. Die XXXX (im Folgenden Antragstellerin) stellte am 11.11.2011 einen Feststellungsantrag wegen der ausschreibungsfreien Vergabe von Dienstleistungen an Arztsoftwarehersteller. Zum Interesse bzw. drohenden Schaden wies die Antragstellerin darauf hin, dass sie am Markt als Anbieter von Softwaredienstleistungen für Gesundheitsdienstleister auftrete. Zu ihren derzeitigen Kunden würden Krankenhäuser und niedergelassene Ärzte zählen. 1. Die römisch 40 (im Folgenden Antragstellerin) stellte am 11.11.2011 einen Feststellungsantrag wegen der ausschreibungsfreien Vergabe von Dienstleistungen an Arztsoftwarehersteller. Zum Interesse bzw. drohenden Schaden wies die Antragstellerin darauf hin, dass sie am Markt als Anbieter von Softwaredienstleistungen für Gesundheitsdienstleister auftrete. Zu ihren derzeitigen Kunden würden Krankenhäuser und niedergelassene Ärzte zählen.

2. Am 18.11.2011 wies der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (im Folgenden Auftraggeber) darauf hin, dass es der Antragstellerin an der Antragslegitimation mangle. Wie die Antragstellerin selbst ausführe, sei sie im Bereich "strukturierte elektronische Daten der offiziellen österreichischen Arzneimittelinformation inklusive des offiziellen Gesamttextes der österreichischen Fachinformation und deren internationaler Verlinkung mit deutschsprachigen Softwarelösungen zur Evaluierung und Optimierung der Arzneimittelsicherheit" tätig. Gegenstand der nach dem Vorbringen der Antragstellerin zwischen dem Auftraggeber und der drei genannten Softwareherstellern abgeschlossenen Verträge sollten "Dienstleistungen betreffend die Anbindungen von niedergelassenen Ärzten an die e-Medikation Software" sein, was die Verteilung von Softwaremodulen, die Beantwortung von Anfragen und Installation von Hotfixes und sonstigen Updates umfassen würde. Die Antragstellerin sei somit nicht in der Lage, die Leistungen, die nach ihrem eigenen Vorbringen vom Auftraggeber angeblich beauftragt wurden, selbst zu erbringen. Die Antragstellerin verfüge über die Gewerbeberechtigung der Unternehmensberater einschließlich der Unternehmensorganisation, "eingeschränkt auf die Beratung in Fragen des Gesundheitswesens und der Öffentlichkeitsarbeit", nicht aber über die Gewerbeberechtigung zur Entwicklung und Installation von Software. Die Antragstellerin sei somit nicht in der Lage, die von den Ärzten im Rahmen der Teilnahme am Pilotbetrieb e-Medikation nachgefragten Leistungen zu erbringen. Daran könne auch ein Verweis auf § 76 BVergG nichts ändern, zumal die Antragstellerin ein entsprechendes Vorbringen oder gar einen entsprechenden Nachweis nicht erbracht habe. 2. Am 18.11.2011 wies der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (im Folgenden Auftraggeber) darauf hin, dass es der Antragstellerin an der Antragslegitimation mangle. Wie die Antragstellerin selbst ausführe, sei sie im Bereich "strukturierte elektronische Daten der offiziellen österreichischen Arzneimittelinformation inklusive des offiziellen Gesamttextes der österreichischen Fachinformation und deren internationaler Verlinkung mit deutschsprachigen Softwarelösungen zur Evaluierung und Optimierung der Arzneimittelsicherheit" tätig. Gegenstand der nach dem Vorbringen der Antragstellerin zwischen dem Auftraggeber und der drei genannten Softwareherstellern abgeschlossenen Verträge sollten "Dienstleistungen betreffend die Anbindungen von niedergelassenen Ärzten an die e-Medikation Software" sein, was die Verteilung von Softwaremodulen, die Beantwortung von Anfragen und Installation von Hotfixes und sonstigen Updates umfassen würde. Die Antragstellerin sei somit nicht in der Lage, die Leistungen, die nach ihrem eigenen Vorbringen vom Auftraggeber angeblich beauftragt wurden, selbst zu erbringen. Die Antragstellerin verfüge über die Gewerbeberechtigung der Unternehmensberater einschließlich der Unternehmensorganisation, "eingeschränkt auf die Beratung in Fragen des Gesundheitswesens und der Öffentlichkeitsarbeit", nicht aber über die Gewerbeberechtigung zur Entwicklung und Installation von Software. Die

Antragstellerin sei somit nicht in der Lage, die von den Ärzten im Rahmen der Teilnahme am Pilotbetrieb e-Medikation nachgefragten Leistungen zu erbringen. Daran könne auch ein Verweis auf Paragraph 76, BVergG nichts ändern, zumal die Antragstellerin ein entsprechendes Vorbringen oder gar einen entsprechenden Nachweis nicht erbracht habe.

3. Mit Stellungnahme vom 06.12.2011 wies der Auftraggeber wiederum auf die mangelnde Antragslegitimation der Antragstellerin hin. Die Antragstellerin begründe ihr "Interesse am Vertragsabschluss" mit einem Verweis auf den Bescheid des BVA vom 13.05.2011, F/0002-BVA/13/2011-69, F/0007-BVA/13/2011-3, F/0008-BVA/13/2011-3, F/0009-BVA/13/2011-3. Allerdings bringe die Antragstellerin nicht vor, welches Unternehmers bzw. der Kapazitäten welches Unternehmers sie sich bedienen würde, um Leistungen wie die verfahrensgegenständlichen zu erbringen, da sie unstreitig dazu selbst nicht in der Lage sei. Die hier verfahrensgegenständlichen Leistungen, die die ASWH für die Pilotärzte erbringen würden, habe die Antragstellerin nicht in ihrem Portfolio. Die Antragstellerin habe es verabsäumt, ein entsprechendes Vorbringen zu ihrer Eignung, die hier verfahrensgegenständlichen Leistungen zu erbringen, zu erstatten, geschweige denn Beweise für die Richtigkeit des Vorbringens anzubieten.

4. Mit Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 29.12.2011, F/0011-BVA/13/2011-37, F/0012-BVA/13/2011-18 und F/0013-BVA/13/2011-18, wurde dem Antrag der Antragstellerin vom 11.11.2011 "das Bundesvergabeamt möge gemäß § 312 Abs 3 Z 3 BVergG feststellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens betreffend jeweils die Umsetzung des Systems e-Medikation mit der XXXX, der XXXX und der XXXX ohne vorherige Bekanntmachung beziehungsweise ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war", stattgegeben. Es wurde gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 BVergG festgestellt, dass das vom Auftraggeber durchgeführte Vergabeverfahren betreffend die Umsetzung des Systems e-Medikation, welches mit dem Zustandekommen von 3 Rahmenverträgen mit den Arztsoftwareherstellern XXXX, XXXX und der XXXX sowie den in der folgenden Tabelle genannten 71 Einzelverträgen mit der XXXX, und der XXXX endete, rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde. Dem Auftraggeber wurde wiederum eine Geldbuße auferlegt. Der Bescheid lautet auszugsweise: 4. Mit Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 29.12.2011, F/0011-BVA/13/2011-37, F/0012-BVA/13/2011-18 und F/0013-BVA/13/2011-18, wurde dem Antrag der Antragstellerin vom 11.11.2011 "das Bundesvergabeamt möge gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG feststellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens betreffend jeweils die Umsetzung des Systems e-Medikation mit der römisch 40, der römisch 40 und der römisch 40 ohne vorherige Bekanntmachung beziehungsweise ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war", stattgegeben. Es wurde gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG festgestellt, dass das vom Auftraggeber durchgeführte Vergabeverfahren betreffend die Umsetzung des Systems e-Medikation, welches mit dem Zustandekommen von 3 Rahmenverträgen mit den Arztsoftwareherstellern römisch 40, römisch 40 und der römisch 40 sowie den in der folgenden Tabelle genannten 71 Einzelverträgen mit der römisch 40, und der römisch 40 endete, rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde. Dem Auftraggeber wurde wiederum eine Geldbuße auferlegt. Der Bescheid lautet auszugsweise:

3. Zur Antragslegitimation

Zu dem Argument des Auftraggebers, es würde der Antragstellerin mangels Gewerbeberechtigung an der Antragslegitimation mangeln ist zu sagen, dass dieses Argument nur so gedeutet werden kann, dass der Auftraggeber der Antragstellerin das Interesse bzw den Schaden iSd § 331 Abs 1 BVergG 2006 absprechen will. Welche Eignungsanforderungen an die Antragstellerin im Fall eines Vergabeverfahrens zu stellen wären, kann mangels Ausschreibungsunterlagen nicht festgestellt werden. Im Übrigen kann sich ein Unternehmer gem § 76 BVergG 2006 zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen. Den Geschäftszweig der Antragstellerin bilden entsprechend dem glaubwürdigen Vorbringen in ihrem Schreiben vom 11. November 2011, Punkt 2.2., "die strukturierten elektronischen Daten der offiziellen österreichischen Arzneimittelinformation inklusive des offiziellen Gesamttextes der österreichischen Fachinformationen und deren internationale Verlinkung mit deutschsprachigen Softwarelösungen zur Evaluierung und Optimierung der Arzneimittelsicherheit". Daher ist es plausibel, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss der verfahrensgegenständlichen Arztsoftwarehersteller-Verträge hat sowie dass ein Schaden iSd § 331 Abs 1 BVergG 2006

gegeben ist. Die Antragslegitimation der Antragstellerin ist somit zu bejahen. Zu dem Argument des Auftraggebers, es würde der Antragstellerin mangels Gewerbeberechtigung an der Antragslegitimation mangeln ist zu sagen, dass dieses Argument nur so gedeutet werden kann, dass der Auftraggeber der Antragstellerin das Interesse bzw den Schaden iSd Paragraph 331, Absatz eins, BVergG 2006 absprechen will. Welche Eignungsanforderungen an die Antragstellerin im Fall eines Vergabeverfahrens zu stellen wären, kann mangels Ausschreibungsunterlagen nicht festgestellt werden. Im Übrigen kann sich ein Unternehmer gem Paragraph 76, BVergG 2006 zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen. Den Geschäftszweig der Antragstellerin bilden entsprechend dem glaubwürdigen Vorbringen in ihrem Schreiben vom 11. November 2011, Punkt 2.2., "die strukturierten elektronischen Daten der offiziellen österreichischen Arzneimittelinformation inklusive des offiziellen Gesamttextes der österreichischen Fachinformationen und deren internationale Verlinkung mit deutschsprachigen Softwarelösungen zur Evaluierung und Optimierung der Arzneimittelsicherheit". Daher ist es plausibel, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss der verfahrensgegenständlichen Arztsoftwarehersteller-Verträge hat sowie dass ein Schaden iSd Paragraph 331, Absatz eins, BVergG 2006 gegeben ist. Die Antragslegitimation der Antragstellerin ist somit zu bejahen.

5. Mit Erkenntnis vom 17.06.2014, 2012/04/0032 und 0034, hob der VwGH den Spruchpunkt I. des Bescheides des Bundesvergabeamtes vom 29.12.2011, F/0011-BVA/13/2011-37, F/0012-BVA/13/2011-18 und F/0013-BVA/13/2011-18, wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften auf. Das Erkenntnis lautet auszugsweise: 5. Mit Erkenntnis vom 17.06.2014, 2012/04/0032 und 0034, hob der VwGH den Spruchpunkt römisch eins. des Bescheides des Bundesvergabeamtes vom 29.12.2011, F/0011-BVA/13/2011-37, F/0012-BVA/13/2011-18 und F/0013-BVA/13/2011-18, wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften auf. Das Erkenntnis lautet auszugsweise:

4. Der Verwaltungsgerichtshof hat sich in seiner Rechtsprechung wiederholt mit dem Begriff des Schadens als Voraussetzung für die Antragslegitimation gemäß § 331 Abs. 1 (ebenso wie gemäß § 320 Abs. 1) BVergG 2006 befasst: 4. Der Verwaltungsgerichtshof hat sich in seiner Rechtsprechung wiederholt mit dem Begriff des Schadens als Voraussetzung für die Antragslegitimation gemäß Paragraph 331, Absatz eins, (ebenso wie gemäß Paragraph 320, Absatz eins,) BVergG 2006 befasst:

Für Feststellungsanträge ist gemäß § 331 Abs. 1 BVergG 2006 das Erfordernis eines durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandenen oder zu entstehen drohenden Schadens Voraussetzung. Ein dem Antragsteller drohender Schaden liegt bereits dann vor, wenn die Möglichkeit des Antragstellers, am Vergabeverfahren teilzunehmen, durch die behauptete Rechtswidrigkeit beeinträchtigt werden kann. Dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, wird bereits dann entsprochen, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 26. Februar 2014, Zl. 2011/04/0134, mwN; vgl. für Nachprüfungsanträge das hg. Erkenntnis vom 24. Februar 2010, Zl. 2008/04/0239, mwH). Im Erkenntnis Zl. 2011/04/0134 hat der Gerichtshof auch ausgesprochen, dass die Möglichkeit, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen bzw. den Zuschlag zu erhalten, durch eine behauptete Rechtswidrigkeit dann nicht beeinträchtigt werden kann, wenn nach den unbestrittenen Sachverhaltsannahmen davon auszugehen ist, dass die Beschwerdeführerin die auftragsgegenständliche Leistung (im dort zugrunde liegenden Fall: jedenfalls in zeitlicher Hinsicht) nicht vollständig erbringen kann. Im Erkenntnis vom 26. Februar 2014, Zl. 2011/04/0168, hat der Gerichtshof die Auffassung der dort belangten Behörde nicht beanstandet, wonach der Beschwerdeführerin unter Zugrundelegung des vorliegenden Vertragsgegenstandes ein Schaden nicht entstehen oder drohen könnte, weil sie fallbezogen nicht in der Lage gewesen wäre, die nachgefragte Leistung in ihrer Gesamtheit zu erbringen. In dem - ein Nachprüfungsverfahren betreffenden - Erkenntnis vom 24. Februar 2010, Zl. 2009/04/0209, hat der Gerichtshof für die Zulässigkeit eines vergaberechtlichen Nachprüfungsantrages darauf abgestellt, dass keine Anhaltspunkte dafür vorlägen, wonach die Antragstellerin nicht in der Lage gewesen wäre, bei Ausschreibung der gegenständlichen Leistung ein für den Zuschlag in Frage kommendes Angebot zu legen. Für Feststellungsanträge ist gemäß Paragraph 331, Absatz eins, BVergG 2006 das Erfordernis eines durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandenen oder zu entstehen drohenden Schadens Voraussetzung. Ein dem Antragsteller drohender Schaden liegt bereits dann vor, wenn die Möglichkeit des Antragstellers, am Vergabeverfahren teilzunehmen, durch die behauptete Rechtswidrigkeit beeinträchtigt werden kann. Dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, wird bereits dann entsprochen, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist vergleiche das hg. Erkenntnis vom 26. Februar 2014, Zl. 2011/04/0134, mwN; vergleiche für Nachprüfungsanträge

das hg. Erkenntnis vom 24. Februar 2010, Zl. 2008/04/0239, mwH). Im Erkenntnis Zl. 2011/04/0134 hat der Gerichtshof auch ausgesprochen, dass die Möglichkeit, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen bzw. den Zuschlag zu erhalten, durch eine behauptete Rechtswidrigkeit dann nicht beeinträchtigt werden kann, wenn nach den unbestrittenen Sachverhaltsannahmen davon auszugehen ist, dass die Beschwerdeführerin die auftragsgegenständliche Leistung (im dort zugrunde liegenden Fall: jedenfalls in zeitlicher Hinsicht) nicht vollständig erbringen kann. Im Erkenntnis vom 26. Februar 2014, Zl. 2011/04/0168, hat der Gerichtshof die Auffassung der dort belangten Behörde nicht beanstandet, wonach der Beschwerdeführerin unter Zugrundelegung des vorliegenden Vertragsgegenstandes ein Schaden nicht entstehen oder drohen könnte, weil sie fallbezogen nicht in der Lage gewesen wäre, die nachgefragte Leistung in ihrer Gesamtheit zu erbringen. In dem - ein Nachprüfungsverfahren betreffenden - Erkenntnis vom 24. Februar 2010, Zl. 2009/04/0209, hat der Gerichtshof für die Zulässigkeit eines vergaberechtlichen Nachprüfungsantrages darauf abgestellt, dass keine Anhaltspunkte dafür vorlägen, wonach die Antragstellerin nicht in der Lage gewesen wäre, bei Ausschreibung der gegenständlichen Leistung ein für den Zuschlag in Frage kommendes Angebot zu legen.

5. Ausgehend davon ergibt sich für den vorliegenden Fall Folgendes:

5.1. Aus der dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ergibt sich, dass der entstandene oder drohende Schaden vor dem Hintergrund der Möglichkeit zu beurteilen ist, die auftragsgegenständliche Leistung erbringen zu können. Im vorliegenden Fall verweist die Behörde in beiden angefochtenen Bescheiden darauf, dass mangels Ausschreibungsunterlagen nicht festgestellt werden könne, welche Eignungsanforderungen im Fall eines Vergabeverfahrens an die mitbeteiligte Partei (= Antragstellerin) zu stellen gewesen wären. Allerdings hat die Beschwerdeführerin (= Hauptverband) im Verfahren vor der Behörde vorgebracht, dass Gegenstand der Verträge die Ausstattung bestehender Arztsoftware (der am Pilotprojekt e-Medikation teilnehmenden Ärzte) mit Integrationsschnittstellen, die Schulung im Umgang damit und die Bereitstellung von Support-Leistungen sind, und sie hat die drei Verträge mit den Arztsoftwareherstellern vorgelegt.

[...]

5.2. Die Beschwerdeführerin hat im Feststellungsverfahren ins Treffen geführt, dass die mitbeteiligte Partei die von ihr nachgefragten Leistungen nicht anbietet.

Dazu ist zunächst zwar anzumerken, dass es - entgegen der in den Beschwerden zum Ausdruck kommenden Auffassung der Beschwerdeführerin - nicht darauf ankommt, ob die mitbeteiligte Partei in der Lage gewesen wäre, die Software der drei Arztsoftwarehersteller, mit denen die Beschwerdeführerin Verträge abgeschlossen hat, zu adaptieren. Inwieweit die Beschwerdeführerin berechtigt war, sich bei der Adaptierung der Arztsoftware auf die drei genannten Hersteller zu beschränken, war Sache des Feststellungsverfahrens und daher nicht auf der Ebene der Antragslegitimation zu beurteilen.

Die Beschwerdeführerin verneint aber generell, dass die mitbeteiligte Partei in der Lage gewesen wäre, die Adaptierung von Arztsoftware vorzunehmen. Diesbezüglich führt sie insbesondere ins Treffen, dass für eine Teilnahme am Pilotprojekt e-Medikation eine von ihr zertifizierte Arztsoftware erforderlich sei, über welche die mitbeteiligte Partei nicht verfüge. Die Beschwerdeführerin bringt weiter - insofern im Einklang mit den vorgelegten Verfahrensakten - vor, dass sich die mitbeteiligte Partei nicht auf der (von der Beschwerdeführerin vorgelegten) Liste der zertifizierten Anbieter bzw. Arztsoftwareprodukte finde (die knapp 200 Produkte einer Vielzahl von Anbietern enthält). Auch die mitbeteiligte Partei hat nicht behauptet, über eine Arztsoftware zu verfügen, die für eine Einbindung in das System der e-Medikation geeignet ist.

5.3. Es bestanden somit auf Grund des Vorbringens der Beschwerdeführerin im Feststellungsverfahren jedenfalls gewichtige Anhaltspunkte dafür, dass die mitbeteiligte Partei nicht in der Lage gewesen wäre, die Leistung - wäre sie ausgeschrieben worden - zu erbringen bzw. ein für den Zuschlag in Frage kommendes Angebot zu legen. Es ist daher nicht hinreichend, wenn die Behörde die Plausibilität des Vorbringens der mitbeteiligten Partei zu Schaden und Interesse an der Auftragserteilung nur unter Verweis auf den Geschäftszweig der mitbeteiligten Partei (strukturierte elektronische Daten der Arzneimittelinformation) geprüft hat und allein aus diesem Grund davon ausgeht, dass ein Schaden iSd § 331 Abs. 1 BVergG 2006 gegeben ist. Daran vermag fallbezogen auch der Verweis auf § 76 BVergG 2006 nichts zu ändern, zumal weder vorgebracht wurde, dass sich die mitbeteiligte Partei auf Kapazitäten anderer Unternehmer hätte stützen können, noch dargelegt wurde, dass die mitbeteiligte Partei zumindest Teile der nachgefragten Leistung selbst hätte ausführen können. Die belangte Behörde hätte somit auf Grund des

dahingehenden Vorbringens der Beschwerdeführerin prüfen müssen, ob die mitbeteiligte Partei in der Lage gewesen wäre, die vertragsgegenständliche Leistung zu erbringen, und sie hätte die dafür erforderlichen Feststellungen treffen müssen. 5.3. Es bestanden somit auf Grund des Vorbringens der Beschwerdeführerin im Feststellungsverfahren jedenfalls gewichtige Anhaltspunkte dafür, dass die mitbeteiligte Partei nicht in der Lage gewesen wäre, die Leistung - wäre sie ausgeschrieben worden - zu erbringen bzw. ein für den Zuschlag in Frage kommendes Angebot zu legen. Es ist daher nicht hinreichend, wenn die Behörde die Plausibilität des Vorbringens der mitbeteiligten Partei zu Schaden und Interesse an der Auftragserteilung nur unter Verweis auf den Geschäftszweig der mitbeteiligten Partei (strukturierte elektronische Daten der Arzneimittelinformation) geprüft hat und allein aus diesem Grund davon ausgeht, dass ein Schaden iSd Paragraph 331, Absatz eins, BVergG 2006 gegeben ist. Daran vermag fallbezogen auch der Verweis auf Paragraph 76, BVergG 2006 nichts zu ändern, zumal weder vorgebracht wurde, dass sich die mitbeteiligte Partei auf Kapazitäten anderer Unternehmer hätte stützen können, noch dargelegt wurde, dass die mitbeteiligte Partei zumindest Teile der nachgefragten Leistung selbst hätte ausführen können. Die belangte Behörde hätte somit auf Grund des dahingehenden Vorbringens der Beschwerdeführerin prüfen müssen, ob die mitbeteiligte Partei in der Lage gewesen wäre, die vertragsgegenständliche Leistung zu erbringen, und sie hätte die dafür erforderlichen Feststellungen treffen müssen.

6. Am 29.11.2016 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt. Im Rahmen dieser legte die Antragstellerin eine Stellungnahme zur Antragslegitimation vor (vgl. Beilage /C der Verhandlungsschrift). Die Antragstellerin führte darin insbesondere aus, dass die Möglichkeit bestanden hätte, zumindest Teile der Leistungen zu erbringen. Es liege auf der Hand, dass die Antragstellerin Ärzte und Krankenhäuser im Umgang mit einem Interaktionsmodul hätte schulen und in zusammenhängenden Angelegenheiten über die Dauer des Pilotprojekts hätte betreuen können. Ihr einschlägiges Know-how im Umgang mit automatisierten Wechselwirkungsprüfungen und Arzneimitteldatenbanken sei aus gutem Grund nicht einmal vom Auftraggeber bestritten worden. Auch spreche grundsätzlich nichts dagegen, dass die Antragstellerin, hätte der Auftraggeber entsprechende Anforderungen im Voraus definiert und ordnungsgemäß bekanntgemacht, allenfalls erforderliche zusätzliche Gewerbeberechtigungen kurzfristig erlangen hätte können. Selbst wenn es zuträfe, dass die Antragstellerin nicht in der Lage gewesen wäre, sämtliche Leistungen, mit deren Erbringung letztlich die mitbeteiligten Parteien - jeweils gleich zweimal - rechtswidrig direkt beauftragt worden seine, zu erbringen, so hätte sie nichts daran gehindert, eine Kooperation mit einem Dritten einzugehen, der die allenfalls fehlende Eignung der Antragstellerin hinsichtlich eines verbleibenden Leistungsteils hätte subsumieren können. Es hätten nach dem Vorbringen des Auftraggebers "grundsätzlich alle europaweit auftretenden ASWH (für die Auftragsdurchführung) in Betracht" kommen können. Dass unter diesen hunderten oder gar tausenden Anbietern keines willens oder in der Lage gewesen wäre, sich erforderlichenfalls als Kooperationspartner mit der Antragstellerin an einem rechtskonform durchgeführten Verfahren zur Vergabe der verfahrensgegenständlichen Leistungen zu beteiligen, sei nicht plausibel. Selbst wenn man annehmen hätte wollen, eine Einschränkung des potenziellen Bieterkreises auf ASWH, die vom Auftraggeber "zertifiziert" sind, wäre zulässig, so sei erstens nicht ersichtlich weshalb die Antragstellerin nicht auch mit einem zertifizierten ASWH eine Kooperation hätte eingehen können und sei zweitens nicht nachvollziehbar, weshalb sich ein potenzieller nicht zertifizierter Anbieter zum Zwecke der Leistungserbringung nicht auch hätte zertifizieren lassen können.

6. Am 29.11.2016 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt. Im Rahmen dieser legte die Antragstellerin eine Stellungnahme zur Antragslegitimation vor (vergleiche Beilage /C der Verhandlungsschrift). Die Antragstellerin führte darin insbesondere aus, dass die Möglichkeit bestanden hätte, zumindest Teile der Leistungen zu erbringen. Es liege auf der Hand, dass die Antragstellerin Ärzte und Krankenhäuser im Umgang mit einem Interaktionsmodul hätte schulen und in zusammenhängenden Angelegenheiten über die Dauer des Pilotprojekts hätte betreuen können. Ihr einschlägiges Know-how im Umgang mit automatisierten Wechselwirkungsprüfungen und Arzneimitteldatenbanken sei aus gutem Grund nicht einmal vom Auftraggeber bestritten worden. Auch spreche grundsätzlich nichts dagegen, dass die Antragstellerin, hätte der Auftraggeber entsprechende Anforderungen im Voraus definiert und ordnungsgemäß bekanntgemacht, allenfalls erforderliche zusätzliche Gewerbeberechtigungen kurzfristig erlangen hätte können. Selbst wenn es zuträfe, dass die Antragstellerin nicht in der Lage gewesen wäre, sämtliche Leistungen, mit deren Erbringung letztlich die mitbeteiligten Parteien - jeweils gleich zweimal - rechtswidrig direkt beauftragt worden seine, zu erbringen, so hätte sie nichts daran gehindert, eine Kooperation mit einem Dritten einzugehen, der die allenfalls fehlende Eignung der Antragstellerin hinsichtlich eines verbleibenden Leistungsteils hätte subsumieren können. Es hätten nach dem Vorbringen des Auftraggebers

"grundsätzlich alle europaweit auftretenden ASWH (für die Auftragsdurchführung) in Betracht" kommen können. Dass unter diesen hunderten oder gar tausenden Anbietern keines willens oder in der Lage gewesen wäre, sich erforderlichenfalls als Kooperationspartner mit der Antragstellerin an einem rechtskonform durchgeführten Verfahren zur Vergabe der verfahrensgegenständlichen Leistungen zu beteiligen, sei nicht plausibel. Selbst wenn man annehmen hätte wollen, eine Einschränkung des potenziellen Bieterkreises auf ASWH, die vom Auftraggeber "zertifiziert" sind, wäre zulässig, so sei erstens nicht ersichtlich weshalb die Antragstellerin nicht auch mit einem zertifizierten ASWH eine Kooperation hätte eingehen können und sei zweitens nicht nachvollziehbar, weshalb sich ein potenzieller nicht zertifizierter Anbieter zum Zwecke der Leistungserbringung nicht auch hätte zertifizieren lassen können.

Die Verhandlungsschrift lautet auszugsweise:

VR: Was war eigentlich der Leistungsgegenstand dieser ASW Verträge?

XXXX: Aufgabe war es, dass die Arztsoftwarehersteller der Probetriebsteilnehmer e-Medikation in ihr Produkt integrieren. Arztsoftwarehersteller haben sich ergeben aus den teilnehmenden Ärzten.

VR: War für die Erbringung dieser Leistung eine zertifizierte Arztsoftware unabdingbare Voraussetzung?

XXXX Ja.römisch 40 Ja.

VR: Woraus ergibt sich das?

XXXX: Verwiesen wird auf Punkt 5.1. des Arztsoftwareherstellervertrages. Jeder Arzt, der abrechnet, muss eine Software haben, diese Software muss der DVP entsprechen. Jeder von diesen teilnehmenden Ärzten hat so etwas. In diese Software sollte nun ein zusätzliches Modul integriert werden, um den Pilotbetrieb fahren zu können. Festgehalten wird, dass das Modul selbst nicht zertifiziert werden musste, weil bereits das Grundprodukt, nämlich die Arztsoftware, zertifiziert werden musste. Leistungsgegenstand war das Modul plus die Schnittstelle zur Erweiterung der bestehenden Arztsoftware. Dieses Produkt sollte man erzeugen, im Sinne von Erweiterung der bestehenden Software.

VR: Hätten sämtliche Unternehmer, die auf der Liste der zertifizierten Anbieter stehen, die gegenständlichen Leistungen erfüllen können?

XXXX: Ja.

XXXX bringt vor, dass diese Programmierungsleistungen nur jene Unternehmer erbringen können, die die Berechtigung zur Nutzung der Grundsoftware haben. Computerprogramme sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Leistung war die Einschulung im Umgang.römisch 40 bringt vor, dass diese Programmierungsleistungen nur jene Unternehmer erbringen können, die die Berechtigung zur Nutzung der Grundsoftware haben. Computerprogramme sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Leistung war die Einschulung im Umgang.

VR an Ast: Über welche Gewerbeberechtigung verfügen Sie?

XXXX: Unternehmensorganisation, eingeschränkt auf die Beratung in Fragen des Gesundheitswesens und der Öffentlichkeitsarbeit.

VR: Ist es richtig, dass Sie über keine Arztsoftware verfügen?

XXXX: Wir verfügen über keine Arztsoftware im beschriebenen Sinn, die über die Schnittstelle des Hauptverbandes kommuniziert.

[...]

VR: Haben Sie im Jahr 2011 ein Unternehmen, das für Sie als Subunternehmer zum Einsatz hätte kommen sollen, konkret angefragt?

XXXX: Darüber liegt mir keine Information vor, was nicht heißt, dass es nicht der Fall war. Belegen kann ich es jetzt nicht. Damals wusste man noch nicht, dass die vergabeverfahrensrelevante Leistung tatsächlich vergeben wird und vorher eine Kooperation für einen konkreten Auftrag, den man nicht kennt, einzugehen, wäre sinnlos. Das ist auch sicherlich nicht der Prüfmaßstab, den das Unionsrecht für die Prüfung der Antragslegitimation vorsieht.

VR Vorhalt: Der AG hat im ersten Feststellungsverfahren vor dem BVA (F/0002-BVA/13/2011 u. a.) in insgesamt vier Schriftsätzen (28.03.2011, 01.04.2011, 07.04.2011, 19.04.2011) bzw. im zweiten Feststellungsverfahren vor dem BVA (F/0011-BVA/13/2011 u. a.) in zwei Schriftsätzen (18.11.2011 und 06.12.2011) auf die mangelnde Antragslegitimation

der Ast (detailliert) hingewiesen. Die Ast hat in keinen der beiden Verfahren Ausführungen zur Antragslegitimation getätigt bzw. auch keine Angaben über allfällige Subunternehmer. Was sagen Sie dazu?

XXXX: Das ist nicht korrekt. Die Ast hat in beiden Verfahren Ausführungen zu Ihrer Antragslegitimation getätigt, und zwar in beiden Feststellungsanträgen. Es befindet sich in beiden Feststellungsanträgen ein gesonderter Punkt, in dem ausführlich zur Antragslegitimation vorgetragen wird. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch darauf, dass es im zweiten Feststellungsverfahren nur noch um den Leistungsgegenstand der Arztsoftwarehersteller gegangen ist.

VR konkretisiert: Gemeint war, warum die Ast nicht auf das Vorbringen im Zuge der beiden Feststellungsverfahren repliziert hat.

XXXX: Dazu ist auszuführen, dass im Verfahren nach dem AVG die Verfahrensleitung dem Vorsitzenden obliegt, der die allenfalls besonders interessierenden Themen näher zu erörtern sucht. Nach Ansicht der Ast handelte es sich bei der Antragslegitimation um eine Rechtsfrage, zu der sie auf Sachverhaltsebene die ihres Erachtens erforderlichen Tatsachen in einem ausreichenden Ausmaß dargelegt worden sind. Der Antragsgegner hat im Zuge der Verfahrensführung - ebenso wie nicht weniger als vier mitbeteiligte Parteien - umfangreiche Einwendungen erhoben, wie etwa den Umstand, dass kein geldwerter Leistungsaustausch stattgefunden hätte, dass in Wahrheit nicht der Hauptverband nicht AG der verfahrensgegenständlichen Leistungen gewesen wäre, dass es sich in Wahrheit bloß um Förderungen gehandelt hätten und vieles mehr. Angesichts dieser Vielzahl an Einwendungen, war es nicht im Sinn der Ast, sich mit jenen Einwendungen ausführlicher auseinanderzusetzen, bei denen die Rechtsprechung bewusst und aus gutem Grund einen besonders niedrigen Prüfmaßstab anlegt; dies umso mehr, zumal gegenständlich vom AG keine Kriterien dokumentiert wurden, anhand derer die Ast überhaupt in der Lage gewesen wäre, detailliert zum Vorliegen ihrer Eignung vorzubringen.

[...]

XXXX: Für die Frage der Antragslegitimation ist entscheidend, welche Vorgaben der AG hierzu in einer öffentlich bekannt gemachten Ankündigung einer Auftragsvergabe festlegt. Ein AG kann sich seiner Verpflichtung zur öffentlichen Bekanntmachung eines Auftrags nicht dadurch entziehen, dass er hierfür Gespräche oder Besprechungen mit einzelnen Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen an Stelle einer Bekanntmachung verwendet. Die Frage der Antragslegitimation stellt sich daher theoretisch für den Fall, dass der AG eine öffentliche Bekanntmachung des erteilten Auftrags durchgeführt hätte. Genau dies ist jedoch vorliegend nicht passiert. Eine "Informationserteilung" an die Ast im Rahmen des ersten und zweiten Feststellungsverfahrens vermag selbstverständlich eine ordnungsgemäße Bekanntmachung vor Vergabe des Auftrags nicht zu ersetzen, denn zu diesem Zeitpunkt waren die Verträge bereits geschlossen.

XXXX: Das ändert nichts an der fehlenden Antragslegitimation der Ast, denn die ausschließlich theoretische Möglichkeit, jede beliebige Leistung durch Unterstützung eines anderen Unternehmens zu erbringen, besteht immer. Gegenstand des Vertrages mit den ASWH war die Verteilung eines vom ASWH erzeugten Softwaremoduls, das die bestehende vom am Pilotbetrieb teilnehmenden Arzt bereits genutzte ASW aufbaut. Jeder ASWH konnte daher selbst entscheiden, ob er so ein Zusatzmodul programmiert oder nicht und nur für die Ausstattung der am Pilotbetrieb teilnehmenden Ärzte wurde ein Beitrag zu den Entwicklungskosten in Höhe von 700 € pro Arzt in Aussicht gestellt. Es wurde daher kein Auftrag zur Herstellung eines Softwaremoduls erteilt.

VR: an Ast: Sie haben in dem heutigen Schriftsatz vorgebracht, dass Sie bereits "identen" Leistungen erbracht haben. Welche waren solche "identen" Leistungen und können Sie dies bescheinigen?

XXXX: Wie bereits zuvor ausgeführt, hat die Ast bereits in der Vergangenheit Ärzte und Krankenhäuser im Zusammenhang mit der Bedienung vorhandener Softwaresysteme, die auf eine von der Ast geschaffene Arzneimitteldatenbank zugreifen, betreut. Genau das war soweit ersichtlich auch Teil der von der zweit- bis viertmitbeteiligten Parteien gem. Punkt 5.1 des Arztsoftwarevertrages zu erbringenden Leistungen. Es versteht sich von selbst, dass auf diesen Teil der Leistungen ein Zugriff auf einen Quellcode nicht erforderlich ist. In diesem Zusammenhang ist ferner darauf hinzuweisen, dass der Zugriff auf den Quellcode des Arztsoftwareherstellers, wie vom AG behauptet, überhaupt nur im Fall einer Vollimplementierung des angesprochenen Moduls erforderlich gewesen wäre. Bei anderen Ausgestaltungen der Leistungserbringung, welche durch den AG nirgends dokumentiert ausgeschlossen wurden, wäre ein Zugriff auf den Quellcode ebenso wenig erforderlich gewesen. Letztlich ist auch darauf hinzuweisen, dass es schlicht unrichtig ist, wenn behauptet wird, ein AG würde seinen Quellcode gegenüber

einem Dritten niemals offen legen. Ob er das tut, ist lediglich eine kommerzielle Frage.

VR: Was meinen Sie mit "Bedienung vorhandener Softwaresysteme betreut"?

XXXX: Die Ast hat Arzneimitteldatenbanken, wo auch sämtliche Informationen wie Wechselwirkungen erfasst sind. Auf diesen Informationen greifen ihre bestehenden Kunden, das sind Ärzte und Krankenhäuser, über die von ihnen verwendete Software zu. Die Ast hat und hatte jedenfalls vor 2011 solche Datenbanken und Kunden.

XXXX: All diese vorgebrachten Leistungen haben mit dem Vertragsgegenstand nichts zu tun. Es geht um die Verteilung der vom ASWH erzeugten Software, die Schulung im Umgang mit dieser Software und die Betreuung der Kunden, in Angelegenheiten, die mit dieser Nutzung im Zusammenhang stehen. Jemand, der eine Datenbank mit Informationen zur Verfügung stellt und im Umgang mit diesen Schulungen anbietet, erbringt völlig andere Leistungen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen: römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen (Sachverhalt):

1. In den seitens des Auftraggebers am 24.03.2011 (dem BVA) übermittelten drei Verträgen mit den Arztsoftware-Herstellern findet sich insbesondere folgende Bestimmung:

Die Leistungen des Arztsoftware-Herstellers sind:

a. Die Verteilung eines von ihm erzeugten Software-Moduls "Arztsoftware-Integration e-Medikation" (entsprechend der Spezifikation gem. Anlage 1) für das Produkt ArztIS (inkl. Hausapothekenfunktionalität) an die KundInnen des Arztsoftware-Herstellers, welche am Pilotprojekt "e-Medikation" teilnehmen, sowie deren Schulung im Umgang mit des Software-Modul gem. lit a.a. Die Verteilung eines von ihm erzeugten Software-Moduls "Arztsoftware-Integration e-Medikation" (entsprechend der Spezifikation gem. Anlage 1) für das Produkt ArztIS (inkl. Hausapothekenfunktionalität) an die KundInnen des Arztsoftware-Herstellers, welche am Pilotprojekt "e-Medikation" teilnehmen, sowie deren Schulung im Umgang mit des Software-Modul gem. Litera a,

b. Die Betreuung der teilnehmenden KundInnen des Arztsoftware-Herstellers für die Dauer des Pilotbetriebes in Angelegenheiten, welche mit der Nutzung des Software-Moduls gem. lit a im Pilotbetrieb "e-Medikation" in Zusammenhang stehen.b. Die Betreuung der teilnehmenden KundInnen des Arztsoftware-Herstellers für die Dauer des Pilotbetriebes in Angelegenheiten, welche mit der Nutzung des Software-Moduls gem. Litera a, im Pilotbetrieb "e-Medikation" in Zusammenhang stehen.

2. Für die Erbringung der gegenständlichen Leistung war eine zertifizierte Arztsoftware unabdingbare Voraussetzung. Jeder Arzt, der abrechnet, muss eine Software haben, die der DVP entsprechen muss. Jeder von den teilnehmenden Ärzten verfügt über eine derartige Software. In diese Software sollte ein zusätzliches Modul integriert werden, um den Pilotbetrieb fahren zu können. Das Modul selbst musste nicht zertifiziert werden, weil bereits das Grundprodukt, nämlich die Arztsoftware, zertifiziert werden musste. Leistungsgegenstand war das Modul plus die Schnittstelle zur Erweiterung der bestehenden Arztsoftware. Dieses Produkt sollte man im Sinne einer Erweiterung der bestehenden Software erzeugen (vgl. Aussagen des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung).2. Für die Erbringung der gegenständlichen Leistung war eine zertifizierte Arztsoftware unabdingbare Voraussetzung. Jeder Arzt, der abrechnet, muss eine Software haben, die der DVP entsprechen muss. Jeder von den teilnehmenden Ärzten verfügt über eine derartige Software. In diese Software sollte ein zusätzliches Modul integriert werden, um den Pilotbetrieb fahren zu können. Das Modul selbst musste nicht zertifiziert werden, weil bereits das Grundprodukt, nämlich die Arztsoftware, zertifiziert werden musste. Leistungsgegenstand war das Modul plus die Schnittstelle zur Erweiterung der bestehenden Arztsoftware. Dieses Produkt sollte man im Sinne einer Erweiterung der bestehenden Software erzeugen (vergleiche Aussagen des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung).

3. Die Antragstellerin verfügt über die Gewerbeberechtigung "Unternehmensorganisation, eingeschränkt auf die Beratung in Fragen des Gesundheitswesens und der Öffentlichkeitsarbeit".

4. Die Antragstellerin verfügt über keine Arztsoftware-Herstellung. Die Antragstellerin befindet sich insbesondere nicht auf der Liste der zertifizierten Anbieter bzw. ASW-Produkte.

5. Die Antragstellerin hat in den Feststellungsverfahren F/0011-BVA/13/2011, F/0012-BVA/13/2011 und F/0013-BVA/13/2011 keine Stellungnahme zu der seitens des Auftraggebers vorgebrachten mangelnden Antragslegitimation erstattet. Die Antragstellerin hat weder im Rahmen dieses Verfahrens, noch im Rahmen des nunmehr vor dem

Bundesverwaltungsgericht anhängigen Feststellungsverfahrens einen Subunternehmer namhaft gemacht und auch nicht angegeben, welchen konkreten Subunternehmer sie benannt hätte, wären die Vergaben mit den drei Arztsoftware-Herstellern öffentlich ausgeschrieben worden.

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus dem Verfahrensakt bzw. den Stellungnahmen der Parteien. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der Vergabeunterlagen des Auftraggebers keine Bedenken ergeben. An den Aussagen der beiden Vertreter des Auftraggebers im Rahmen der mündlichen Verhandlung, insbesondere zum Leistungsgegenstand, hegt der Senat keine Bedenken. Die Antragstellerin ist den Ausführungen zum Leistungsgegenstand auch nicht inhaltlich entgegengetreten.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

Gemäß § 331 Abs. 1 Z 2 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 oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war. Gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, 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 oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war.

Der VwGH hat in seinem Erkenntnis vom 17.06.2014, 2012/04/0032 und 0034 darauf hingewiesen, dass auf Grund des Vorbringens des Auftraggebers gewichtige Anhaltspunkte dafür bestanden, dass die Antragstellerin nicht in der Lage gewesen wäre, die Leistung - wäre sie ausgeschrieben worden - zu erbringen bzw. ein für den Zuschlag in Frage kommendes Angebot zu legen. Der Auftraggeber hat in den Feststellungsverfahren F/0011-BVA/13/2011, F/0012-BVA/13/2011 und F/0013-BVA/13/2011 (nunmehr W123 2007818-1), in insgesamt zwei Schriftsätzen auf die mangelnde Antragslegitimation hingewiesen (vgl. die Stellungnahmen vom 18.11.2011 06.12.2011). Die Antragstellerin ist in ihren darauffolgenden Stellungnahmen in diesen Feststellungsverfahren den Behauptungen des Auftraggebers nicht entgegengetreten. Der VwGH hat in seinem Erkenntnis vom 17.06.2014, 2012/04/0032 und 0034 darauf hingewiesen, dass auf Grund des Vorbringens des Auftraggebers gewichtige Anhaltspunkte dafür bestanden, dass die Antragstellerin nicht in der Lage gewesen wäre, die Leistung - wäre sie ausgeschrieben worden - zu erbringen bzw. ein für den Zuschlag in Frage kommendes Angebot zu legen. Der Auftraggeber hat in den Feststellungsverfahren F/0011-BVA/13/2011, F/0012-BVA/13/2011 und F/0013-BVA/13/2011 (nunmehr W123 2007818-1), in insgesamt zwei Schriftsätzen auf die mangelnde Antragslegitimation hingewiesen vergleiche die Stellungnahmen vom 18.11.2011 06.12.2011). Die Antragstellerin ist in ihren darauffolgenden Stellungnahmen in diesen Feststellungsverfahren den Behauptungen des Auftraggebers nicht entgegengetreten.

Im Erkenntnis des VwGH vom 17.06.2014, 2012/04/0032 und 0034 hat der Gerichtshof insbesondere folgende Aussagen getroffen:

Im Erkenntnis Zl. 2011/04/0134 hat der Gerichtshof auch ausgesprochen, dass die Möglichkeit, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen bzw. den Zuschlag zu erhalten, durch eine behauptete Rechtswidrigkeit dann nicht beeinträchtigt werden kann, wenn nach den unbestrittenen Sachverhaltsannahmen davon auszugehen ist, dass die Beschwerdeführerin die auftragsgegenständliche Leistung [...] nicht vollständig erbringen kann.

Diese Ausführungen hat der VwGH im Erkenntnis vom 20.04.2016, Ra 2015/04/0018, wiederholt.

Aus den plausiblen und nachvollziehbaren Ausführungen des Auftraggebers im Zuge der mündlichen Verhandlung geht hervor, dass für die gegenständliche Leistungserbringung eine zertifizierte Arztsoftware unabdingbare Voraussetzung ist. Diese Tatsache wurde auch von der Antragstellerin nicht bestritten. Die Antragstellerin verfügt

unstrittig über keine Arztsoftware-Herstellung und befindet sich insbesondere nicht auf der Liste der zertifizierten Anbieter bzw. ASW-Produkte. Somit steht fest, dass die Antragstellerin einen wesentlichen Teil der vergebenen Leistungen nicht (selbstständig) ausführen hätte können.

Die Antragstellerin hat zwar im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 29.11.2016 (erstmalig) auf das Vorbringen des Auftraggebers in den Feststellungsverfahren F/0011-BVA/13/2011, F/0012-BVA/13/2011 und F/0013-BVA/13/2011, repliziert. Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes hätte die Antragstellerin aber bereits zum Zeitpunkt nach dem erstmaligen Vorbringen des Auftraggebers, wonach die Antragstellerin gar nicht in der Lage wäre, Leistungen, wie in den drei Verträgen dargestellt, anzubieten (Stellungnahme vom 18.11.2011), substantiiert darlegen müssen, warum sie - entgegen der Annahme des Auftraggebers - sehr wohl imstande gewesen wäre, die Leistung - wäre sie ausgeschrieben worden - zu erbringen bzw. ein für den Zuschlag in Frage kommendes Angebot zu legen. Sie hätte insbesondere konkrete Subunternehmer namhaft machen müssen, auf die sie sich - für den Fall, dass sie bestimmte Leistungsteile allein nicht zu erbringen vermocht hätte - zum Nachweis ihre Eignung iSd § 76 BVergG stützen hätte können. Abgesehen davon, war die Antragstellerin nicht einmal in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht imstande, konkrete Subunternehmer zu nennen, sondern führte lediglich allgemein aus, dass sie sich auf Kooperationen stützen hätte können. Die Antragstellerin konnte somit nicht nachweisen, dass sie auf Subunternehmer bereits im Jahr 2011 tatsächlich zurückgreifen hätte können. Es existiert auch insbesondere keine diesbezügliche Korrespondenz zwischen der Antragstellerin und potenziellen Subunternehmern aus dem Jahr 2011, aus der hervorginge, dass sich die Antragstellerin tatsächlich um eine Kooperationen bemüht hätte. Die Antragstellerin hat zwar im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 29.11.2016 (erstmalig) auf das Vorbringen des Auftraggebers in den Feststellungsverfahren F/0011-BVA/13/2011, F/0012-BVA/13/2011 und F/0013-BVA/13/2011, repliziert. Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes hätte die Antragstellerin aber bereits zum Zeitpunkt nach dem erstmaligen Vorbringen des Auftraggebers, wonach die Antragstellerin gar nicht in der Lage wäre, Leistungen, wie in den drei Verträgen dargestellt, anzubieten (Stellungnahme vom 18.11.2011), substantiiert darlegen müssen, warum sie - entgegen der Annahme des Auftraggebers - sehr wohl imstande gewesen wäre, die Leistung - wäre sie ausgeschrieben worden - zu erbringen bzw. ein für den Zuschlag in Frage kommendes Angebot zu legen. Sie hätte insbesondere konkrete Subunternehmer namhaft machen müssen, auf die sie sich - für den Fall, dass sie bestimmte Leistungsteile allein nicht zu erbringen vermocht hätte - zum Nachweis ihre Eignung iSd Paragraph 76, BVergG stützen hätte können. Abgesehen davon, war die Antragstellerin nicht einmal in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht imstande, konkrete Subunternehmer zu nennen, sondern führte lediglich allgemein aus, dass sie sich auf Kooperationen stützen hätte können. Die Antragstellerin konnte somit nicht nachweisen, dass sie auf Subunternehmer bereits im Jahr 2011 tatsächlich zurückgreifen hätte können. Es existiert auch insbesondere keine diesbezügliche Korrespondenz zwischen der Antragstellerin und potenziellen Subunternehmern aus dem Jahr 2011, aus der hervorginge, dass sich die Antragstellerin tatsächlich um eine Kooperationen bemüht hätte.

Auf die Einvernahme von Prof. Dr. XXXX als Zeugen (vgl. Beweisantrag vom 29.11.2016), konnte abgesehen werden, da erstens kein Grund ersichtlich ist, warum die Antragstellerin diesen nicht bereits in der mündlichen Verhandlung stellig machen konnte und zweitens auch die Aussage des beantragten Zeugen, wonach sich die Antragstellerin auf die Kapazitäten Dritter hätte stützen können, nichts an dem Umstand ändern würde, dass die Antragstellerin namentlich jedenfalls keinen Subunternehmer angegeben hat. Auf die Einvernahme von Prof. Dr. römisch 40 als Zeugen vergleiche Beweisantrag vom 29.11.2016), konnte abgesehen werden, da erstens kein Grund ersichtlich ist, warum die Antragstellerin diesen nicht bereits in der mündlichen Verhandlung stellig machen konnte und zweitens auch die Aussage des beantragten Zeugen, wonach sich die Antragstellerin auf die Kapazitäten Dritter hätte stützen können, nichts an dem Umstand ändern würde, dass die Antragstellerin namentlich jedenfalls keinen Subunternehmer angegeben hat.

Da somit nach den unbestrittenen Sachverhaltsannahmen davon auszugehen ist, dass die Antragstellerin die auftragsgegenständliche Leistung nicht vollständig erbringen hätte können, war der Antrag mangels Antragslegitimation zurückzuweisen.

Zu B) (Un)Zulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses

auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung (siehe dazu das bereits die zitierten Erkenntnis des VwGH vom 17.06.2014, 2012/04/0032 und 0034 und vom 20.04.2016, Ra 2015/04/0018); weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung (siehe dazu das bereits die zitierten Erkenntnis des VwGH vom 17.06.2014, 2012/04/0032 und 0034 und vom 20.04.2016, Ra 2015/04/0018); weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Antragslegimitation, Ausschreibung, Eignungsnachweis,
Feststellungsantrag, Feststellungsverfahren, Geldbuße,
Gewerbeberechtigung, mündliche Verhandlung, Rechtswidrigkeit,
Subunternehmer, Vergabeverfahren, Vertragsabschluss, vorherige
Bekanntmachung, Wettbewerb, Zurückweisung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2016:W123.2007818.1.00

Zuletzt aktualisiert am

03.01.2017

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at