

TE Bvwg Erkenntnis 2016/10/17 W123 2006575-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 17.10.2016

Entscheidungsdatum

17.10.2016

Norm

AEUV Art.267

ASVG §31d

BVergG 2006 §10

BVergG 2006 §12 Abs1 Z2

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §30 Abs2 Z2

BVergG 2006 §312

BVergG 2006 §312 Abs3 Z3

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §332 Abs3

BVergG 2006 §334 Abs2

BVergG 2006 §334 Abs4

BVergG 2006 §334 Abs5

BVergG 2006 §341 Abs2

BVergG 2006 §76

B-VG Art.133 Abs4

Gehaltsskassengesetz 2002 §1 Abs2 Z3

Gehaltsskassengesetz 2002 §66 Abs3

VwGVG §24

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. AEUV Art. 267 heute

2. AEUV Art. 267 gültig ab 01.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. III Nr. 132/2009

3. AEUV Art. 267 gültig von 01.01.1995 bis 30.11.2009

1. ASVG § 31d heute

2. ASVG § 31d gültig ab 04.11.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 71/2025

3. ASVG § 31d gültig von 30.09.2024 bis 03.11.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 105/2024

4. ASVG § 31d gültig von 01.01.2024 bis 29.09.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 191/2023
5. ASVG § 31d gültig von 01.01.2020 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2018
6. ASVG § 31d gültig von 01.11.2015 bis 31.12.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 144/2015
7. ASVG § 31d gültig von 25.04.2014 bis 31.10.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 32/2014
8. ASVG § 31d gültig von 01.01.2013 bis 24.04.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2013
9. ASVG § 31d gültig von 15.12.2012 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2012
10. ASVG § 31d gültig von 01.01.2008 bis 14.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2007
1. BVergG 2006 § 10 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 10 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 10 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 10 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
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 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 30 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 § 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 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 332 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 332 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. 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. 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. BVergG 2006 § 341 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 341 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 341 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 341 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 341 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. § 1 heute
 2. § 1 gültig ab 25.05.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2022
 3. § 1 gültig von 18.01.2016 bis 24.05.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 9/2016
 4. § 1 gültig von 07.08.2013 bis 17.01.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 172/2013
 5. § 1 gültig von 01.01.2002 bis 06.08.2013
-
1. § 66 heute
 2. § 66 gültig ab 07.08.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 172/2013
 3. § 66 gültig von 01.01.2002 bis 06.08.2013
-
1. VwGVG § 24 heute
 2. VwGVG § 24 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2017 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
 4. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016
-
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 § 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

Spruch

W123 2006575-1/41E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

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 über den Antrag der XXXX, vertreten durch HASLINGER / NAGELE & PARTNER Rechtsanwälte GmbH, Mölker Bastei 5, 1010 Wien, betreffend das Vergabeverfahren "e-Medikation" des Auftraggebers Hauptverband der Österreichischen Sozialversicherungsträger, Kundmanngasse 21-23, 1030 Wien, vertreten durch Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte OG, Mariahilfer Straße 20, 1070 Wien, vom 01.03.2011, zu Recht erkannt: 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 über den Antrag der römisch 40, vertreten durch HASLINGER / NAGELE & PARTNER Rechtsanwälte GmbH, Mölker Bastei 5, 1010 Wien, betreffend das Vergabeverfahren "e-Medikation" des Auftraggebers Hauptverband der Österreichischen Sozialversicherungsträger, Kundmanngasse 21-23, 1030 Wien, vertreten durch Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte OG, Mariahilfer Straße 20, 1070 Wien, vom 01.03.2011, zu Recht erkannt:

A)

I.römisch eins.

Dem Antrag, das Bundesvergabeamt möge gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 BVergG feststellen, 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 Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war, wird stattgegeben. Dem Antrag, das Bundesvergabeamt möge gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG feststellen, 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 Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war, wird stattgegeben.

Gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 BVergG 2006 wird festgestellt, dass das Vergabeverfahren "e-Medikation" rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde. Gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG 2006 wird festgestellt, dass das Vergabeverfahren "e-Medikation" rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde.

II.römisch zwei.

Der Antrag, das Bundesvergabeamt möge im Anschluss an die Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 BVergG den Vertrag zwischen dem Antragsgegner und der Pharmazeutischen Gehaltskasse für Österreich betreffend die Umsetzung des Projekts "e-Medikation" für absolut nichtig erklären, wird gemäß § 334 Abs. 2 BVergG abgewiesen. Der Antrag, das Bundesvergabeamt möge im Anschluss an die Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG den Vertrag zwischen dem Antragsgegner und der Pharmazeutischen Gehaltskasse für Österreich betreffend die Umsetzung des Projekts "e-Medikation" für absolut nichtig erklären, wird gemäß Paragraph 334, Absatz 2, BVergG abgewiesen.

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 01.03.2011 einen Feststellungsantrag wegen der ausschreibungsfreien Vergabe des Systems "e-Medikation". Als Auftraggeber wurde der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (im Folgenden: "Auftraggeber") bezeichnet, als Zuschlagsempfänger die

XXXX für Österreich (im Folgenden: "Zuschlagsempfängerin"). 1. Die römisch 40 (im Folgenden "Antragstellerin") stellte am 01.03.2011 einen Feststellungsantrag wegen der ausschreibungsfreien Vergabe des Systems "e-Medikation". Als Auftraggeber wurde der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (im Folgenden: "Auftraggeber") bezeichnet, als Zuschlagsempfänger die römisch 40 für Österreich (im Folgenden: "Zuschlagsempfängerin").

Unter Punkt "Maßgeblicher Sachverhalt" wurde folgendes vorgebracht:

Der Auftraggeber beabsichtige die bundesweite Einführung eines als e-Medikation bezeichneten Systems, welches eine Architekturkomponente der Elektronischen Gesundheitsakte bilde (ELGA). Zur Realisierung des Systems "e-Medikation" bedürfe es im Wesentlichen einer Arzneimitteldatenbank, einer Wechselwirkungsdatenbank und einer Wechselwirkungsprüflogik (Wechselwirkungsdatenbank und Wechselwirkungsprüflogik zusammen würden die "Prüfsoftware" bilden) - sowie einer Software, die einerseits die Daten aus einem "Warenkorb" (dort würden sich die von einem Arzt in seine Praxissoftware eingegebenen, einem bestimmten Patienten zu verordnenden Arzneimittel sowie die von diesem Patienten bereits eingenommenen Arzneimittel befinden) exportiere und der Prüfsoftware zuführe sowie die Kommunikation mit dem e-Card-System und dem zentralen Rechenzentrum ermögliche. Bei der Arzneimitteldatenbank handle es sich um eine ständig zu aktualisierende Datenbank aller in Österreich zugelassener rezeptpflichtigen humanen Arzneimittel und ca. 400 interaktionsrelevanter rezeptfreier Medikamente, ihrer Wirkstoffe und Zulassungsnummern. Arzneimitteldatenbanken mit diesen Informationen würden in Österreich von mehreren Anbietern angeboten, unter anderem auch von der Antragstellerin und der Österreichischen Apothekerverlagsgesellschaft. Die Wechselwirkungsdatenbank sei eine Sammlung aller derzeit bekannten Wechselwirkungen von Arznei-Wirkstoffen; auch sie bedürfe selbstredend einer laufenden Aktualisierung; auch diese Datenbank werde von mehreren Unternehmen, darunter der Antragstellerin, angeboten. Die Prüfsoftware verbinde die in diesen Datenbanken enthaltenen Informationen mit denen von einem Nutzer in einen "Warenkorb gelegten" Arzneimittel und weise auf allfällige Wechselwirkungen sowie Doppelverordnungen hin.

Eine Prüfsoftware samt den zugehörigen Daten werde nicht nur von der Zuschlagsempfängerin, sondern insbesondere auch von der Antragstellerin angeboten. Da die Zuschlagsempfängerin selbst über keine der notwendigen Komponenten für das oben beschriebene Interaktionssystem verfüge, habe sie diese für eine Teilnahme am Projekt e-Medikation - von privaten Projektpartnern - beschaffen. Die Arzneimitteldatenbank sowie die Prüfsoftware habe die Zuschlagsempfängerin ohne eine den Bestimmungen des BVergG entsprechende Ausschreibung vom XXXX, ein auf Gewinnerzielung gerichtetes Unternehmen, das als Anbieter von Arzneimittelinformationen am Markt auftrete, erworben. Die Wechselwirkungsdatenbank und die Prüfsoftware habe die Zuschlagsempfängerin ohne eine den Bestimmungen des BVergG entsprechende Ausschreibung von der XXXX beschaffen. Letztlich sei die Software zur Einbindung in das e-Card-System im Auftrag der Zuschlagsempfängerin von der Firma XXXX entwickelt worden. Eine Prüfsoftware samt den zugehörigen Daten werde nicht nur von der Zuschlagsempfängerin, sondern insbesondere auch von der Antragstellerin angeboten. Da die Zuschlagsempfängerin selbst über keine der notwendigen Komponenten für das oben beschriebene Interaktionssystem verfüge, habe sie diese für eine Teilnahme am Projekt e-Medikation - von privaten Projektpartnern - beschaffen. Die Arzneimitteldatenbank sowie die Prüfsoftware habe die Zuschlagsempfängerin ohne eine den Bestimmungen des BVergG entsprechende Ausschreibung vom römisch 40, ein auf Gewinnerzielung gerichtetes Unternehmen, das als Anbieter von Arzneimittelinformationen am Markt auftrete, erworben. Die Wechselwirkungsdatenbank und die Prüfsoftware habe die Zuschlagsempfängerin ohne eine den Bestimmungen des BVergG entsprechende Ausschreibung von der römisch 40 beschaffen. Letztlich sei die Software zur Einbindung in das e-Card-System im Auftrag der Zuschlagsempfängerin von der Firma römisch 40 entwickelt worden.

Der Auftraggeber habe - den der Antragstellerin vorliegenden Informationen zufolge - nunmehr das System e-Medikation mit allen seinen zur Durchführung erforderlichen Einzelkomponenten von der Zuschlagsempfängerin beschafft. Die Erbringung der vom Auftraggeber nachgefragten Leistung sei dabei von ihm keinen den Vorgaben des BVergG entsprechenden Wettbewerb unterzogen worden.

Mit der Projektumsetzung e-Medikation habe die Bundesgesundheitskommission (BGK) mit Beschluss aus Mai 2007 die ARGE ELGA in Zusammenarbeit mit dem Auftraggeber als Projektträger beauftragt. Der Auftraggeber übernehme auch "die Federführung" im Projekt e-Medikation und schreibe die Zuschlagsempfängerin in ihrer Stellungnahme des Weiteren in Bezug auf die auftragsgegenständliche Dienstleistung von einem Verhältnis von Auftraggeber und Zuschlagsempfängerin. Der Auftraggeber müsse zum Zwecke der Einführung des e-Medikations-Systems einen

entgeltlichen Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin, einer Körperschaft öffentlichen Rechts, abgeschlossen haben, welche ihrerseits das von ihr unter Involvierung mehrerer Privater entwickelte System zur Umsetzung des Projekts e-Medikation zum Einsatz bringen solle.

Zur Rechtswidrigkeit brachte die Antragstellerin nachfolgendes vor:

Der Abschluss des antragsgegenständlichen Vertrags sei ohne Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung, offenbar unter Berufung auf den Grundsatz der "interkommunalen Zusammenarbeit", erfolgt. Die Voraussetzungen für eine ausschreibungsfreie Zusammenarbeit, die vom EuGH in dem Urteil zur Rechtssache Stadtreinigung Hamburg (EuGH 09.06.2009, Rs C-480/06, Stadtreinigung Hamburg, Slg 2009, I-4747) dargelegt worden sei, würden jedoch gegenständlich nicht vorliegen. Eine der elementaren Voraussetzungen sei, dass bei der Leistungserbringung kein Privater involviert sein dürfe. Genau gegen diesen tragenden Grundsatz werde vorliegend mehrfach verstoßen.

Die Zuschlagsempfängerin würde ursprünglich weder selbst über die erforderlichen Datenbanken noch über eine entsprechende Software oder die notwendige Hardware zur Erbringung der hier gegenständlichen Leistungen verfügen. Die Bestandteile seien von Privaten beschafft worden. Dies bedeute, dass die beauftragte öffentliche Einrichtung den ihr übertragenen Auftrag entweder selbst durchführen müsse oder aber, sollte die Berechtigung Privater dazu erforderlich sein, diese Privaten unter Einhaltung der Bestimmungen des BVergG aussuchen müsse. Die Zuschlagsempfängerin sei jedenfalls als öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG anzusehen und sei daher gebunden, Leistungen nach dem BVergG zu beschaffen. Eine Beschaffung der notwendigen Systemkomponenten durch die Zuschlagsempfängerin sei jedoch unter Außerachtlassung der Bestimmungen des BVergG erfolgt. Die Zuschlagsempfängerin behauptet zwar, ein Unternehmen der XXXX Gruppe nach Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung beauftragt zu haben. Jedoch sei weder in der TED-Datenbank noch im Amtlichen Lieferanzeiger eine öffentliche Bekanntmachung dieser Ausschreibung auffindbar. Die Rechtswidrigkeit dieser Beschaffungsvorgänge durch die Zuschlagsempfängerin würde jedenfalls auch die nachfolgenden Beschaffungsvorgänge mit Rechtswidrigkeit "infizieren". Die Zuschlagsempfängerin würde ursprünglich weder selbst über die erforderlichen Datenbanken noch über eine entsprechende Software oder die notwendige Hardware zur Erbringung der hier gegenständlichen Leistungen verfügen. Die Bestandteile seien von Privaten beschafft worden. Dies bedeute, dass die beauftragte öffentliche Einrichtung den ihr übertragenen Auftrag entweder selbst durchführen müsse oder aber, sollte die Berechtigung Privater dazu erforderlich sein, diese Privaten unter Einhaltung der Bestimmungen des BVergG aussuchen müsse. Die Zuschlagsempfängerin sei jedenfalls als öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG anzusehen und sei daher gebunden, Leistungen nach dem BVergG zu beschaffen. Eine Beschaffung der notwendigen Systemkomponenten durch die Zuschlagsempfängerin sei jedoch unter Außerachtlassung der Bestimmungen des BVergG erfolgt. Die Zuschlagsempfängerin behauptet zwar, ein Unternehmen der römisch 40 Gruppe nach Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung beauftragt zu haben. Jedoch sei weder in der TED-Datenbank noch im Amtlichen Lieferanzeiger eine öffentliche Bekanntmachung dieser Ausschreibung auffindbar. Die Rechtswidrigkeit dieser Beschaffungsvorgänge durch die Zuschlagsempfängerin würde jedenfalls auch die nachfolgenden Beschaffungsvorgänge mit Rechtswidrigkeit "infizieren".

Als weiteres Kriterium einer interkommunalen Zusammenarbeit verlange der EuGH zudem ein "Gegenseitigkeitsverhältnis" zwischen den beteiligten Körperschaften, sohin, dass der geschlossene Vertrag ein echtes Kooperationsverhältnis zum Ausdruck bringe: die Vertragsparteien arbeiten zusammen, um die ihnen zugewiesenen öffentlichen Aufgaben (besser) wahrnehmen zu können. Eine solche Kooperation könne schon allein deshalb nicht vorliegen, weil die Zuschlagsempfängerin in Erfüllung dieses Auftrages keine Tätigkeit in Erfüllung ihres gesetzlich geregelten (vgl. § 1 Abs. 2 Gehaltsgesetz) Aufgabenbereichs wahrnehme. Der EuGH habe auch festgehalten, dass die Zusammenarbeit zweier öffentlicher Körperschaften zu keiner Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen dürfe und nicht in der Absicht erfolgen dürfe, die vergaberechtlichen Vorschriften zu umgehen. Der gesamte Beschaffungsvorgang müsse sich sohin im Innenverhältnis des öffentlich-rechtlichen Organisationsapparates abspielen und dürfe insofern keine Auswirkungen zeitigen, als der freie Markt davon nicht unmittelbar betroffen sei. Die staatliche Sphäre werde gegenständlich schon allein deshalb verlassen, da das auftragsgegenständliche System bzw. seine wesentlichen Komponenten schon jetzt - in Konkurrenz zu anderen Unternehmen, wie etwa jenem der Antragstellerin - am Markt angeboten werde. Als weiteres Kriterium einer interkommunalen Zusammenarbeit verlange der EuGH zudem ein "Gegenseitigkeitsverhältnis" zwischen den beteiligten Körperschaften, sohin, dass der geschlossene Vertrag ein echtes Kooperationsverhältnis zum Ausdruck bringe: die Vertragsparteien arbeiten

zusammen, um die ihnen zugewiesenen öffentlichen Aufgaben (besser) wahrnehmen zu können. Eine solche Kooperation könne schon allein deshalb nicht vorliegen, weil die Zuschlagsempfängerin in Erfüllung dieses Auftrages keine Tätigkeit in Erfüllung ihres gesetzlich geregelten vergleichbare Paragraph eins, Absatz 2, Gehaltskassengesetz) Aufgabenbereichs wahrnehme. Der EuGH habe auch festgehalten, dass die Zusammenarbeit zweier öffentlicher Körperschaften zu keiner Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen dürfe und nicht in der Absicht erfolgen dürfe, die vergaberechtlichen Vorschriften zu umgehen. Der gesamte Beschaffungsvorgang müsse sich sohin im Innenverhältnis des öffentlich-rechtlichen Organisationsapparates abspielen und dürfe insofern keine Auswirkungen zeitigen, als der freie Markt davon nicht unmittelbar davon betroffen sei. Die staatliche Sphäre werde gegenständlich schon allein deshalb verlassen, da das auftragsgegenständliche System bzw. seine wesentlichen Komponenten schon jetzt - in Konkurrenz zu anderen Unternehmen, wie etwa jenem der Antragstellerin - am Markt angeboten werde.

Zwar werde offenbar eine unentgeltliche Zurverfügungstellung des Systems durch die Zuschlagsempfängerin behauptet, doch widerstreite ein solcher Vorgang offenkundig jedweder Lebenserfahrung. Nach einem Artikel der Tageszeitung "Die Presse" vom 23.09.2010 trage der Auftraggeber für die Pilotierungsphase Kosten in der Höhe von etwa EUR 3,2 Mio. Auch die Einräumung eines Nutzungsrechts des Unternehmers an der von ihm erbrachten Leistung, über dessen Vermarktung der Unternehmer sein Entgelt von Dritten erhält, genüge dem Kriterium der Entgeltlichkeit. Letztlich sei nach der allgemeinen Lebenserfahrung auch die Entgeltlichkeit des antragsgegenständlichen Vertrages anzunehmen. Jedenfalls würden der XXXX und XXXX als gewinnorientierte Unternehmen, die die notwendigen Systemkomponenten bereitstellen und laufend betreuen müssten, Zahlungen von einem Antragsgegner oder Dritten erhalten. Doch können im Hinblick auf die hohen Investitionen der Zuschlagsempfängerin auch nicht davon ausgegangen werden, dass diese keine Zahlungen, die zumindest die Eigenkosten abdecken, erhalten würde. Zwar werde offenbar eine unentgeltliche Zurverfügungstellung des Systems durch die Zuschlagsempfängerin behauptet, doch widerstreite ein solcher Vorgang offenkundig jedweder Lebenserfahrung. Nach einem Artikel der Tageszeitung "Die Presse" vom 23.09.2010 trage der Auftraggeber für die Pilotierungsphase Kosten in der Höhe von etwa EUR 3,2 Mio. Auch die Einräumung eines Nutzungsrechts des Unternehmers an der von ihm erbrachten Leistung, über dessen Vermarktung der Unternehmer sein Entgelt von Dritten erhält, genüge dem Kriterium der Entgeltlichkeit. Letztlich sei nach der allgemeinen Lebenserfahrung auch die Entgeltlichkeit des antragsgegenständlichen Vertrages anzunehmen. Jedenfalls würden der römisch 40 und römisch 40 als gewinnorientierte Unternehmen, die die notwendigen Systemkomponenten bereitstellen und laufend betreuen müssten, Zahlungen von einem Antragsgegner oder Dritten erhalten. Doch können im Hinblick auf die hohen Investitionen der Zuschlagsempfängerin auch nicht davon ausgegangen werden, dass diese keine Zahlungen, die zumindest die Eigenkosten abdecken, erhalten würde.

2. Am 07.03.2011 nahm der Auftraggeber zum gesamten Antragsvorbringen Stellung.

Richtig sei zwar, dass der Auftraggeber an der Einführung des Systems e-Medikation beteiligt sei. Grundlage dafür sei jedoch nicht ein Entschluss des Auftraggebers, sondern ein Beschluss der BGK vom Dezember 2008, mit der die Arbeitsgemeinschaft elektronische Gesundheitsakte (ARGE ELGA) beauftragt worden sei, Errichtungstätigkeiten für die e-Medikation vorzuführen. Die Beteiligung an der Planung zur Einführung und Umsetzung der elektronischen Gesundheitsakte (ELGA) durch den Auftraggeber erfolge in Umsetzung des gesetzlichen Auftrages in § 31d ASVG. Grundlage für die Fortführung der elektronischen Gesundheitsakte (ELGA) sei eine Vereinbarung des Bundes mit den Bundesländern nach Art. 15a B-VG, die am 01.01.2008 in Kraft getreten sei. Art. 7 der genannten Art. 15a B-VG Vereinbarung regle auch die elektronische Gesundheitsakte. Der 4. Abschnitt dieser Vereinbarung regle die Errichtung der Bundesgesundheitsagentur, die Festlegung deren Aufgaben und deren Organisation sowie die Mittelherkunft für die Bundesgesundheitsagentur. Als Organ der Bundesgesundheitsagentur sei die BGK eingerichtet. Richtig sei zwar, dass der Auftraggeber an der Einführung des Systems e-Medikation beteiligt sei. Grundlage dafür sei jedoch nicht ein Entschluss des Auftraggebers, sondern ein Beschluss der BGK vom Dezember 2008, mit der die Arbeitsgemeinschaft elektronische Gesundheitsakte (ARGE ELGA) beauftragt worden sei, Errichtungstätigkeiten für die e-Medikation vorzuführen. Die Beteiligung an der Planung zur Einführung und Umsetzung der elektronischen Gesundheitsakte (ELGA) durch den Auftraggeber erfolge in Umsetzung des gesetzlichen Auftrages in Paragraph 31 d, ASVG. Grundlage für die Fortführung der elektronischen Gesundheitsakte (ELGA) sei eine Vereinbarung des Bundes mit den Bundesländern nach Artikel 15 a, B-VG, die am 01.01.2008 in Kraft getreten sei. Artikel 7, der genannten Artikel 15 a, B-

VG Vereinbarung regle auch die elektronische Gesundheitsakte. Der 4. Abschnitt dieser Vereinbarung regle die Errichtung der Bundesgesundheitsagentur, die Festlegung deren Aufgaben und deren Organisation sowie die Mittelherkunft für die Bundesgesundheitsagentur. Als Organ der Bundesgesundheitsagentur sei die BGK eingerichtet.

Am 06.03.2009 habe die BGK den Beschluss gefasst, der vereinbarten Vorgangsweise zur Errichtung der e-Medikation zuzustimmen. Das Projekt e-Medikation sei ein Service, das im Zuge des Verordnungs-, Abgabe- und Verabreichungsprozesses von Medikamenten Informationen zur Medikation zur Verfügung stelle. Im Zentrum der Überlegungen von e-Medikation stehe die Erhöhung der Patientensicherheit. Dem Auftraggeber sei aufgrund des Beschlusses der BGK vom 06.03.2009 die Projektverantwortung für die Errichtung der Kernanwendung e-Medikation zugekommen. Primäre Projektpartner des Projektes e-Medikation seien unter anderem der Auftraggeber, die Österreichische Apothekerkammer und die Österreichische Ärztekammer. Zur Umsetzung der Beschlüsse der BGK unter Erfüllung seiner Aufgabe als Mitglied der ARGE ELGA sowie Gesellschafter der ELGA GmbH sei der Auftraggeber bemüht gewesen, Projektpartner zu finden, bei dem Probetrieb e-Medikation initiieren zu können. Aufgrund der notwendigen Kooperation mit der Österreichischen Ärztekammer und der Österreichischen Apothekerkammer zur Einbindung von Ärzten und Apotheken in das Projekt e-Medikation, insbesondere in den Pilotbetrieb, habe der Auftraggeber mit der Zuschlagsempfängerin, einer Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Wirkungsgebiet im gesamten Bundesgebiet, am 10.08.2010 eine Projektvereinbarung zur Durchführung eines Pilotprojekts für das Projekt e-Medikation in drei Pilotregionen geschlossen.

Zum Wirkungskreis und Zweck der Zuschlagsempfängerin für Österreich zähle nach § 1 Abs. 2 Z 3 Gehaltsskassengesetz etwa die Verrechnung ärztlicher Verschreibungen (Rezepte), aufgrund deren die öffentlichen Apotheken und die Anstaltsapotheken Arzneimittel für Rechnung der Sozialversicherungsträger und sonstigen juristischen Personen abzugeben hätten. Die Zuschlagsempfängerin sei daher gesetzlich dazu ermächtigt und beauftragt, ein System zur Verrechnung von Rezepten mit den Sozialversicherungsträgern zu errichten. In der genannten Projektvereinbarung vom 10.08.2010 seien die Beiträge der beiden Projektpartner festgelegt. Diese Vereinbarung sei ausdrücklich als Projektvereinbarung bezeichnet worden. Sie haben die Wirkung einer Abgrenzung der Arbeitsbereiche (Kompetenzverteilung), enthalte aber keine eigenständigen Aufträge. Die Zuschlagsempfängerin habe auf Grundlage dieser Projektvereinbarung das Setup der Supportfunktion für die SIS-Datenbank und die Prüflogik beizusteuern und in der Projektvereinbarung zugesichert, im Besitz sämtlicher Rechte zu sein, die den Teilnehmer am Pilotprojekt e-Medikation und dem Auftraggeber die kostenlose Nutzung der SIS-Datenbank während des Probetriebes ermögliche. Diese Rechte und die damit verbunden technischen Einrichtungen seien daher bei Vertragsabschluss bereits vorhanden gewesen; sie hätten nicht beschafft, beauftragt oder geliefert werden müssen. Für die Nutzung von Individual-Software und Datenbanken durch die jeweiligen Projektpartner falle dementsprechend wechselseitig kein Entgelt an. Notwendige Adaptierung der e-Medikation backend-Lösung und des Apothekerclients bringe die Zuschlagsempfängerin ein, welche dafür allenfalls eine den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes entsprechende Beschaffung vorzunehmen gehabt hätte. Allenfalls daraus anfallende Kosten seien vom Auftraggeber als Projektverantwortlichen nach Zurverfügungstellung der entsprechenden Mittel durch die BGK an die Zuschlagsempfängerin zu bezahlen. Letztere erhalte daher kein Honorar oder Entgelt, sondern einen Ausgleich der ihr entstandenen Kosten.

Zum Wirkungskreis und Zweck der Zuschlagsempfängerin für Österreich zähle nach Paragraph eins, Absatz 2, Ziffer 3, Gehaltsskassengesetz etwa die Verrechnung ärztlicher Verschreibungen (Rezepte), aufgrund deren die öffentlichen Apotheken und die Anstaltsapotheken Arzneimittel für Rechnung der Sozialversicherungsträger und sonstigen juristischen Personen abzugeben hätten. Die Zuschlagsempfängerin sei daher gesetzlich dazu ermächtigt und beauftragt, ein System zur Verrechnung von Rezepten mit den Sozialversicherungsträgern zu errichten. In der genannten Projektvereinbarung vom 10.08.2010 seien die Beiträge der beiden Projektpartner festgelegt. Diese Vereinbarung sei ausdrücklich als Projektvereinbarung bezeichnet worden. Sie haben die Wirkung einer Abgrenzung der Arbeitsbereiche (Kompetenzverteilung), enthalte aber keine eigenständigen Aufträge. Die Zuschlagsempfängerin habe auf Grundlage dieser Projektvereinbarung das Setup der Supportfunktion für die SIS-Datenbank und die Prüflogik beizusteuern und in der Projektvereinbarung zugesichert, im Besitz sämtlicher Rechte zu sein, die den Teilnehmer am Pilotprojekt e-Medikation und dem Auftraggeber die kostenlose Nutzung der SIS-Datenbank während des Probetriebes ermögliche. Diese Rechte und die damit verbunden technischen Einrichtungen seien daher bei Vertragsabschluss bereits vorhanden gewesen; sie hätten nicht beschafft, beauftragt oder geliefert werden müssen. Für die Nutzung von Individual-Software und Datenbanken durch die jeweiligen Projektpartner falle dementsprechend wechselseitig kein Entgelt an. Notwendige Adaptierung der e-Medikation

backend-Lösung und des Apothekerclients bringe die Zuschlagsempfängerin ein, welche dafür allenfalls eine den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes entsprechende Beschaffung vorzunehmen gehabt hätte. Allenfalls daraus anfallende Kosten seien vom Auftraggeber als Projektverantwortlichen nach Zurverfügungstellung der entsprechenden Mittel durch die BGK an die Zuschlagsempfängerin zu bezahlen. Letztere erhalte daher kein Honorar oder Entgelt, sondern einen Ausgleich der ihr entstandenen Kosten.

Darüber hinaus berufe sich die Zuschlagsempfängerin in diesem Schreiben an die Antragstellerin offenbar auf den Grundsatz der interkommunalen Zusammenarbeit im Sinne der Judikatur des EuGH. Nach der Judikatur des EuGH könne eine öffentliche Stelle ihre im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen Mitteln auch in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen erfüllen, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu ihren Dienststellen gehören würden. Dies sei im gegenständlichen Fall gegeben, würden doch der Auftraggeber und die Zuschlagsempfängerin in Umsetzung ihrer gesetzlichen Aufgaben für die Apothekerschaft im Rahmen der Verrechnung von Rezepten mit dem Sozialversicherungsträgern entsprechend den Vorgaben des EuGH für die interkommunale Zusammenarbeit zusammenarbeiten; es handle sich um ein Projekt zweier gesetzlich eingerichteter Körperschaften, die zweifellos Aufgaben im Allgemeininteresse wahrnehmen würden (Gesundheit und Gesundheitsschutz etc.). Private Personen seien an der Projektvereinbarung zwischen Auftraggeber und Zuschlagsempfängerin nicht beteiligt. Es erfolge auch kein Finanztransfer zwischen den beteiligten Gebietskörperschaften jenseits der reinen Kostendeckung. Da die Kooperation zwischen der Zuschlagsempfängerin und dem Auftraggeber auch nicht darauf abziele, vergaberechtliche Bestimmungen zu umgehen, sei der Abschluss der Projektvereinbarung daher auch unter diesem Aspekt nicht nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes auszuschreiben gewesen.

3. Am 18.03.2011 nahm die Zuschlagsempfängerin zum Antragsvorbringen Stellung und legte ein Gutachten der Finanzprokurator vom 26.02.2010 vor, welches zum Ergebnis gelangt, dass es bei gegenständlicher Projektvereinbarung an der Entgeltlichkeit des BVergG mangle und daher kein dem Vergaberegime unterliegender Vertrag vorliege. Weiters sei in diesem Gutachten festgestellt worden, dass die Voraussetzungen der vergabefreien interkommunalen Zusammenarbeit im Sinne der Entscheidung des EuGH Stadtreinigung Hamburg vorliegen würden.

In Ergänzung des Sachverhaltes führte die Zuschlagsempfängerin aus, dass die österreichische Apothekerschaft die Wahrnehmung von e-Medikation für eine ihrer Kernaufgaben halte. Dies sei der Grund dafür gewesen, dass bereits in Jahren 2005/06 damit begonnen worden sei, ein Pilotprojekt in Salzburg unter der Bezeichnung Arzneimittel-Sicherheitsgurt zu starten. Abgewickelt sei dieses Pilotprojekt auf Basis einer Projektvereinbarung zwischen Österreichischer Apothekerkammer/ Zuschlagsempfängerin/Auftraggeber der österreichischen Sozialversicherungsträger/Firma XXXX worden. Dieses Pilotprojekt habe vorerst dazu gedient, die Umsetzung von e-Medikation praktisch zu erproben und sei fast ausschließlich von der österreichischen Apothekerschaft finanziert worden. Dabei sei von der XXXX eine geeignete Software für die Vernetzung von Apotheken beschafft worden. Als pharmazeutisch-fachliche Basis dafür hätte das Warenverzeichnis des XXXX und das Interaktionsprogramm des Apothekerverlages zugrunde gelegt werden sollen. Diese Festlegung auf die Softwareprodukte des XXXX sei im Hinblick darauf erfolgt, dass diese Produkte von praktisch allen öffentlichen Apotheken Österreichs verwendet würden und praktisch alle Apotheken Österreichs über entsprechende Lizenzvereinbarungen mit dem XXXX verfügen würden. Auch die Zuschlagsempfängerin selbst verfüge über die Lizenzen und nutze die Programme im internen Betrieb. In weiterer Folge habe die Zuschlagsempfängerin beschlossen, die Leistung über das Pilotprojekt in Salzburg hinaus bundesweit auszurollen und allen Apotheken österreichweit zur Verfügung zu stellen. Dafür sei XXXX nach einer Ausschreibung mit Erstellung einer geeigneten Software beauftragt worden. Durch Beschluss der BGK habe diese jedoch entschieden, dass auch Ärzte und Krankenhäuser dieses System nutzen sollten. Nachdem die Zuschlagsempfängerin für ihre Apotheken bereits eine Software von XXXX beschafft hat, habe sie die Software kostenlos zur Verfügung gestellt. Dies deshalb, da die Apothekerschaft ein massives standespolitisches Interesse daran habe, im Thema e-Medikation die Themenführerschaft zu behalten. Dass auch beim Pilotprojekt e-Medikation die Software des Apothekerverlages zur Anwendung kommen würde, ergebe sich schon daraus, dass sich am Pilotprojekt nur solche niedergelassenen Ärzte beteiligen könnten, die eine Arztsoftware verwenden würden, deren Hersteller der XXXX angehöre. Die XXXX wiederum verfüge über keine generelle Lizenzvereinbarung mit dem XXXX. Der Abschluss des Projektvertrages sei am 30.07.2010 bzw. am 10.08.2010 erfolgt. Es sei jedoch keinerlei Abgeltung für das Zurverfügungstellen der ursprünglich von der Zuschlagsempfängerin entwickelten und beauftragten Software erfolgt und es sei auch keine Abgeltung der Kosten,

die im Rahmen des Vorläuferprojektes "Arzneimittel-Sicherheitsgurt" angefallen seien, erfolgt. In Ergänzung des Sachverhaltes führte die Zuschlagsempfängerin aus, dass die österreichische Apothekerschaft die Wahrnehmung von e-Medikation für eine ihrer Kernaufgaben halte. Dies sei der Grund dafür gewesen, dass bereits in Jahren 2005/06 damit begonnen worden sei, ein Pilotprojekt in Salzburg unter der Bezeichnung Arzneimittel-Sicherheitsgurt zu starten. Abgewickelt sei dieses Pilotprojekt auf Basis einer Projektvereinbarung zwischen Österreichischer Apothekerkammer/ Zuschlagsempfängerin/Auftraggeber der österreichischen Sozialversicherungsträger/Firma römisch 40 worden. Dieses Pilotprojekt habe vorerst dazu gedient, die Umsetzung von e-Medikation praktisch zu erproben und sei fast ausschließlich von der österreichischen Apothekerschaft finanziert worden. Dabei sei von der römisch 40 eine geeignete Software für die Vernetzung von Apotheken beschafft worden. Als pharmazeutisch-fachliche Basis dafür hätte das Warenverzeichnis des römisch 40 und das Interaktionsprogramm des Apothekerverlages zugrunde gelegt werden sollen. Diese Festlegung auf die Softwareprodukte des römisch 40 sei im Hinblick darauf erfolgt, dass diese Produkte von praktisch allen öffentlichen Apotheken Österreichs verwendet würden und praktisch alle Apotheken Österreichs über entsprechende Lizenzvereinbarungen mit dem römisch 40 verfügen würden. Auch die Zuschlagsempfängerin selbst verfüge über die Lizenzen und nutze die Programme im internen Betrieb. In weiterer Folge habe die Zuschlagsempfängerin beschlossen, die Leistung über das Pilotprojekt in Salzburg hinaus bundesweit auszurollen und allen Apotheken österreichweit zur Verfügung zu stellen. Dafür sei römisch 40 nach einer Ausschreibung mit Erstellung einer geeigneten Software beauftragt worden. Durch Beschluss der BGK habe diese jedoch entschieden, dass auch Ärzte und Krankenhäuser dieses System nutzen sollten. Nachdem die Zuschlagsempfängerin für ihre Apotheken bereits eine Software von römisch 40 beschafft hat, habe sie die Software kostenlos zur Verfügung gestellt. Dies deshalb, da die Apothekerschaft ein massives standespolitisches Interesse daran habe, im Thema e-Medikation die Themenführerschaft zu behalten. Dass auch beim Pilotprojekt e-Medikation die Software des Apothekerverlages zur Anwendung kommen würde, ergebe sich schon daraus, dass sich am Pilotprojekt nur solche niedergelassenen Ärzte beteiligen könnten, die eine Arztsoftware verwenden würden, deren Hersteller der römisch 40 angehöre. Die römisch 40 wiederum verfüge über keine generelle Lizenzvereinbarung mit dem römisch 40. Der Abschluss des Projektvertrages sei am 30.07.2010 bzw. am 10.08.2010 erfolgt. Es sei jedoch keinerlei Abgeltung für das Zurverfügungstellen der ursprünglich von der Zuschlagsempfängerin entwickelten und beauftragten Software erfolgt und es sei auch keine Abgeltung der Kosten, die im Rahmen des Vorläuferprojektes "Arzneimittel-Sicherheitsgurt" angefallen seien, erfolgt.

Richtig sei, dass Entgeltlichkeit im Sinne des BVergG nicht zwingend pekuniärer Art sein müsse. Es reiche auch ein geldwerter Vorteil aus. Aus der gegenständlichen Projektvereinbarung lukriere die Zuschlagsempfängerin jedoch weder ein Entgelt im eigentlichen Sinn, noch einen sonstigen geldwerten Vorteil. Wenn die Antragstellerin behauptet, dass Lizenzrechte eingeräumt würden, so sei dem entgegen zu halten, dass die Teilnehmer am Projekt e-Medikation alle schon über Lizenzen des XXXX verfügen würden. Weitere Lizenzen müssten nicht erworben werden. Die Überlassung dieser Software folge unentgeltlich. Die Begründung dafür liege in standespolitischen Überlegungen: die österreichische Apothekerschaft halte die Wahrnehmung von e-Medikation für eine ihrer Kernaufgaben. Richtig sei, dass Entgeltlichkeit im Sinne des BVergG nicht zwingend pekuniärer Art sein müsse. Es reiche auch ein geldwerter Vorteil aus. Aus der gegenständlichen Projektvereinbarung lukriere die Zuschlagsempfängerin jedoch weder ein Entgelt im eigentlichen Sinn, noch einen sonstigen geldwerten Vorteil. Wenn die Antragstellerin behauptet, dass Lizenzrechte eingeräumt würden, so sei dem entgegen zu halten, dass die Teilnehmer am Projekt e-Medikation alle schon über Lizenzen des römisch 40 verfügen würden. Weitere Lizenzen müssten nicht erworben werden. Die Überlassung dieser Software folge unentgeltlich. Die Begründung dafür liege in standespolitischen Überlegungen: die österreichische Apothekerschaft halte die Wahrnehmung von e-Medikation für eine ihrer Kernaufgaben.

Der EuGH führe in seiner Entscheidung Stadtreinigung Hamburg zwar in Rz 44 aus: "Der Vertrag wurde ausschließlich zwischen öffentlichen Stellen ohne Beteiligung Privater geschlossen [...]"; die Antragstellerin verkenne die Ansicht des EuGH aber insofern, als der EuGH damit unzweifelhaft nur den Vertrag zwischen der Stadtreinigung Hamburg und den vier Landkreisen selbst - also den Vertrag im "Oberverhältnis" - meine. Nicht umsonst halte der EuGH ausdrücklich fest: "Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Klage der Kommission nur den Vertrag zwischen der Stadtreinigung Hamburg und vier angrenzenden Landkreisen zum Gegenstand hat, der die Zusammenarbeit bei der Abfallentsorgung gewährleisten soll, und nicht den Vertrag zur Regelung des Verhältnisses zwischen der Stadtreinigung Hamburg und dem Betreiber der Müllverwertungsanlage Rugenberger Damm." Der EuGH treffe somit keine Aussage zum "Unterverhältnis" - nämlich dem Vertrag zwischen der Stadtreinigung Hamburg und dem Betreiber der

Müllverwertungsanlage Rugenberger Damm. Dass im gegenständlichen Fall die Software im Unterverhältnis von XXXX - also einem privaten Unternehmer - bezogen worden sei, schade der vergabefreien "interkommunalen Zusammenarbeit" nicht. Fakt sei, dass im "Oberverhältnis" - nämlich dem Verhältnis Auftraggeber und Zuschlagsempfängerin - kein "Privater" beteiligt sei. Der EuGH führe in seiner Entscheidung Stadtreinigung Hamburg zwar in Rz 44 aus: "Der Vertrag wurde ausschließlich zwischen öffentlichen Stellen ohne Beteiligung Privater geschlossen [...]"; die Antragstellerin verkenne die Ansicht des EuGH aber insofern, als der EuGH damit unzweifelhaft nur den Vertrag zwischen der Stadtreinigung Hamburg und den vier Landkreisen selbst - also den Vertrag im "Oberverhältnis" - meine. Nicht umsonst halte der EuGH ausdrücklich fest: "Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Klage der Kommission nur den Vertrag zwischen der Stadtreinigung Hamburg und vier angrenzenden Landkreisen zum Gegenstand hat, der die Zusammenarbeit bei der Abfallentsorgung gewährleisten soll, und nicht den Vertrag zur Regelung des Verhältnisses zwischen der Stadtreinigung Hamburg und dem Betreiber der Müllverwertungsanlage Rugenberger Damm." Der EuGH treffe somit keine Aussage zum "Unterverhältnis" - nämlich dem Vertrag zwischen der Stadtreinigung Hamburg und dem Betreiber der Müllverwertungsanlage Rugenberger Damm. Dass im gegenständlichen Fall die Software im Unterverhältnis von römisch 40 - also einem privaten Unternehmer - bezogen worden sei, schade der vergabefreien "interkommunalen Zusammenarbeit" nicht. Fakt sei, dass im "Oberverhältnis" - nämlich dem Verhältnis Auftraggeber und Zuschlagsempfängerin - kein "Privater" beteiligt sei.

Die Zuschlagsempfängerin nehme im Rahmen des Pilotprojektes e-Medikation sehr wohl Tätigkeit in Erfüllung ihres gesetzlich geregelten Aufgabenbereiches wahr. Nach § 1 Abs. 2 Z 3 Gehaltsskassengesetz 2002 obliege der Zuschlagsempfängerin "die Verrechnung ärztlicher Verschreibungen". Die Zuschlagsempfängerin sei daher gesetzlich ermächtigt, ein elektronisches Verrechnungssystem einzuführen. Es sei nur naheliegend und sicherlich auch im Interesse der Öffentlichkeit, ein solches System um eine Wechselwirkungsdatenbank zu erweitern. Gemäß § 66 Abs. 3 des Gehaltsskassengesetzes 2002 würden die Verwaltungsstelle der Zuschlagsempfängerin und das Kammeramt der Österreichischen Apothekerkammer eine gesetzliche Verwaltungsgemeinschaft bilden. Es bestehe daher eine wechselseitige Überbindung der jeweilig gesetzlich vorgegebenen öffentlichen Aufgaben zwischen der Zuschlagsempfängerin und der Österreichischen Apothekerkammer. Die Beteiligung der Zuschlagsempfängerin an dem Pilotprojekt e-Medikation erfolge in enger Abstimmung mit der Österreichischen Apothekerkammer. Die Finanzierung des Pilotprojektes e-Medikation erfolge auf Seiten der Apothekerschaft genauso wie beim Vorläufer-Projekt "Arzneimittel-Sicherheitsgurt in Salzburg" jeweils zur Hälfte von Zuschlagsempfängerin und Österreichischer Apothekerkammer. Nach außen und insbesondere auch gegenüber dem Auftraggeber trete im Rahmen der technischen Projektabbildung primär die Zuschlagsempfängerin auf, da die Zuschlagsempfängerin das Rechenzentrum des Apothekerstandes betreibe und daher naturgemäß enger in die technische Abwicklung des Projektes involviert sei als die Österreichische Apothekerkammer. Die Zuschlagsempfängerin nehme im Rahmen des Pilotprojektes e-Medikation sehr wohl Tätigkeit in Erfüllung ihres gesetzlich geregelten Aufgabenbereiches wahr. Nach Paragraph eins, Absatz 2, Ziffer 3, Gehaltsskassengesetz 2002 obliege der Zuschlagsempfängerin "die Verrechnung ärztlicher Verschreibungen". Die Zuschlagsempfängerin sei daher gesetzlich ermächtigt, ein elektronisches Verrechnungssystem einzuführen. Es sei nur naheliegend und sicherlich auch im Interesse der Öffentlichkeit, ein solches System um eine Wechselwirkungsdatenbank zu erweitern. Gemäß Paragraph 66, Absatz 3, des Gehaltsskassengesetzes 2002 würden die Verwaltungsstelle der Zuschlagsempfängerin und das Kammeramt der Österreichischen Apothekerkammer eine gesetzliche Verwaltungsgemeinschaft bilden. Es bestehe daher eine wechselseitige Überbindung der jeweilig gesetzlich vorgegebenen öffentlichen Aufgaben zwischen der Zuschlagsempfängerin und der Österreichischen Apothekerkammer. Die Beteiligung der Zuschlagsempfängerin an dem Pilotprojekt e-Medikation erfolge in enger Abstimmung mit der Österreichischen Apothekerkammer. Die Finanzierung des Pilotprojektes e-Medikation erfolge auf Seiten der Apothekerschaft genauso wie beim Vorläufer-Projekt "Arzneimittel-Sicherheitsgurt in Salzburg" jeweils zur Hälfte von Zuschlagsempfängerin und Österreichischer Apothekerkammer. Nach außen und insbesondere auch gegenüber dem Auftraggeber trete im Rahmen der technischen Projektabbildung primär die Zuschlagsempfängerin auf, da die Zuschlagsempfängerin das Rechenzentrum des Apothekerstandes betreibe und daher naturgemäß enger in die technische Abwicklung des Projektes involviert sei als die Österreichische Apothekerkammer.

Aus der Entscheidung Stadtreinigung Hamburg sei zu gewinnen, dass kein Finanztransfer im "Oberverhältnis" - also zwischen der Stadtreinigung Hamburg und den vier Landkreisen (im gegenständlichen Fall zwischen dem Auftraggeber und der Zuschlagsempfängerin) - bestehen dürfe. Sehr wohl zulässig sei es, wenn diejenigen Kosten erstattet werden, die an das Unternehmen im "Unterverhältnis" gezahlt würden. Nichts anderes sei sachverhaltsgegenständlich.

Zwischen dem Auftraggeber und der Zuschlagsempfängerin komme es zu keinerlei Finanztransfer. Der notwendige finanzielle Aufwand, um die auf Kosten der Apothekerschaft von XXXX entwickelte Software an die Notwendigkeiten des Pilotprojektes e-Medikation unter Einfluss von Ärzten und Krankenhäusern anzupassen, werde vom Auftraggeber bzw. letztlich von der BGK getragen und von der Zuschlagsempfängerin an XXXX bezahlt. Es erfolge jedoch keinerlei Abgeltung für das Zurverfügungstellen der ursprünglich von der Zuschlagsempfängerin entwickelten und beauftragten Software und es erfolge auch keine Abgeltung der Kosten, die im Rahmen des Vorläuferprojektes "Arzneimittel-Sicherheitsgurt" angefallen seien. Aus der Entscheidung Stadtreinigung Hamburg sei zu gewinnen, dass kein Finanztransfer im "Oberverhältnis" - also zwischen der Stadtreinigung Hamburg und den vier Landkreisen (im gegenständlichen Fall zwischen dem Auftraggeber und der Zuschlagsempfängerin) - bestehen dürfe. Sehr wohl zulässig sei es, wenn diejenigen Kosten erstattet werden, die an das Unternehmen im "Unterverhältnis" gezahlt würden. Nichts anderes sei sachverhaltsgegenständlich. Zwischen dem Auftraggeber und der Zuschlagsempfängerin komme es zu keinerlei Finanztransfer. Der notwendige finanzielle Aufwand, um die auf Kosten der Apothekerschaft von römisch 40 entwickelte Software an die Notwendigkeiten des Pilotprojektes e-Medikation unter Einfluss von Ärzten und Krankenhäusern anzupassen, werde vom Auftraggeber bzw. letztlich von der BGK getragen und von der Zuschlagsempfängerin an römisch 40 bezahlt. Es erfolge jedoch keinerlei Abgeltung für das Zurverfügungstellen der ursprünglich von der Zuschlagsempfängerin entwickelten und beauftragten Software und es erfolge auch keine Abgeltung der Kosten, die im Rahmen des Vorläuferprojektes "Arzneimittel-Sicherheitsgurt" angefallen seien.

Der Auftraggeber und die Zuschlagsempfängerin würden ausschließlich in Wahrnehmung der ihnen übertragenen öffentlichen Aufgaben im öffentlichen Interesse handeln. Dass dies keine Wettbewerbsbeeinträchtigung darstelle, ergebe sich schon aus der Entscheidung Stadtreinigung Hamburg. Nach dem EuGH liege keine Wettbewerbsbeeinträchtigung vor, "solange die Umsetzung dieser Zusammenarbeit nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen". Nichts anderes sei gegenständlich der Fall. Die Zuschlagsempfängerin trete mit ihrer Software nicht am Markt auf. Wie bereits im Sachverhalt dargestellt, habe die Zuschlagsempfängerin die Software ursprünglich für sich selbst beschafft. Aufgrund des Beschlusses der BGK habe die Zuschlagsempfängerin die Software unentgeltlich dem Auftraggeber zur Verfügung gestellt. Die Zuschlagsempfängerin trete aber nicht am Markt auf. Insbesondere versuche sie nicht, die Software gewinnbringend weiter zu verkaufen.

4. Am 23.03.2011 erfolgte eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt. In dieser gab der rechtsfreundliche Vertreter des Auftraggebers an, dass die Projektvereinbarung vom 10.08.2010 die einzige Vereinbarung über das Projekt e-Medikation zwischen dem Auftraggeber und der Zuschlagsempfängerin sei. Demgegenüber gab ein Vertreter des Auftraggebers an, dass für die Durchführung des Pilotprojektes e-Medikation Verträge von dem Auftraggeber mit folgenden Unternehmen abgeschlossen worden seien:

1. mit der XXXX am 10.08.2010; 1. mit der römisch 40 am 10.08.2010
2. mit der XXXX am 02.12.2010; Auftragswert EUR 69.010,-; 2. mit der römisch 40 am 02.12.2010; Auftragswert EUR 69.010,-
3. mit der XXXX am 02.12.2010; Auftragswert EUR 48.330,-; 3. mit der römisch 40 am 02.12.2010; Auftragswert EUR 48.330,-
4. mit der XXXX am 28.01.2011; Auftragswert EUR 30.550,-; 4. mit der römisch 40 am 28.01.2011; Auftragswert EUR 30.550,-

Der rechtsfreundliche Vertreter gab an, dass die oben unter Punkt 2., 3. und 4. genannten Verträge insgesamt Zahlungen des Auftraggebers von jeweils rund EUR 30.000,- bis EUR 40.000,-

beinhalten würden. Der rechtsfreundliche Vertreter der Antragstellerin gab an, dass die Involvierung der niedergelassenen Ärzte durch den Auftraggeber wegen des Vertragsschlusses mit den Unternehmen XXXX bewerkstelligt worden seien; diese Verträge seien nach Aussage von dem Vertreter des Auftraggebers im Zeitraum November 2010 abgeschlossen worden, seien aber vom Umfang des Projektes e-Medikation, welches in der Projektvereinbarung vom 10.08.2002 geregelt sei, mit umfasst. Daraus folge, dass jedenfalls eine Verfristung aus diesem Grunde nicht eintreten könne. beinhalten würden. Der rechtsfreundliche Vertreter der Antragstellerin gab an, dass die Involvierung der niedergelassenen Ärzte durch den Auftraggeber wegen des Vertragsschlusses mit den Unternehmen römisch 40 bewerkstelligt worden seien; diese Verträge seien nach Aussage von dem Vertreter des

Auftraggebers im Zeitraum November 2010 abgeschlossen worden, seien aber vom Umfang des Projektes e-Medikation, welches in der Projektvereinbarung vom 10.08.2002 geregelt sei, mit umfasst. Daraus folge, dass jedenfalls eine Verfristung aus diesem Grunde nicht eintreten könne.

5. Über Aufforderung des Bundesvergabeamtes legte der Auftraggeber am 24.03.2011 die drei Verträge mit der XXXX, der XXXX und der XXXX5. Über Aufforderung des Bundesvergabeamtes legte der Auftraggeber am 24.03.2011 die drei Verträge mit der römisch 40 , der römisch 40 und der römisch 40

6. Am 29.03.2011 teilte der Auftraggeber mit, dass Gegenstand der drei am 24.03.2011 vorgelegten Verträge die Ausstattung der am Pilotprojekt e-Medikation teilnehmenden Vertragsärzte, die bereits Arztsoftware von den jeweiligen Vertragspartner beziehen würden, mit Integrationsschnittstellen zum e-Card-System seien. Konkret würden die Leistungen der drei genannten Vertragspartner des Auftraggebers die Verteilung der von diesem jeweils auf eigene Kosten und ohne Auftrag des Auftraggebers erstellten Arztsoftware - Integrations-Schnittstelle e-Medikation an ihre jeweiligen Kunden, die am Pilotbetrieb e-Medikation teilnehmen, sowie die Schulung im Umgang mit diesem Softwaremodul und entsprechenden Support umfassen. Derartige Leistungen biete die Antragstellerin schon nach eigenem Vorbringen nicht an. Sie trete demnach am Markt "als Anbieter der für die Umsetzung des Projekts e-Medikation nachgefragten Dienstleistung (Entwicklung und Wartung einer Medikations-Interaktionssoftware) auf. Die Antragstellerin verfüge über die Gewerbeberechtigung der Unternehmensorganisation, eingeschränkt auf die Beratung in Fragen des Gesundheitswesens und der Öffentlichkeitsarbeit, nicht aber über die Gewerbeberechtigung zur Entwicklung und Installation von Software. Nach eigenen Angaben auf der von der Antragstellerin betriebenen Website biete sie folgende Produkte an:

1. Tagesaktuelle Arzneimittelinformationen und Interaktionsprüfung
2. RP-Info, Arzneiprodukte- und Preisverzeichnis
3. Interaktionsprüfung der Human-Arzneitherapie für PC, PDA und Palm
4. die Österreichische Arzneimittelinformation für PC und Palm
5. eine CD-Rom mit Rezept- und Arzneimittelinformation und schließlich
6. ein handliches Kompendium über alle im österreichischen Handel angebotenen Human-Arzneispezialitäten etc. für den täglichen Gebrauch in der Arztpraxis.

Keines dieser Produkte falle in den Vertragsgegenstand der vom Auftraggeber mit den drei Arztsoftwareherstellern geschlossenen Verträge. Die Antragstellerin sei gar nicht in der Lage, Leistungen, wie in jenen Verträgen dargestellt, anzubieten. Ihre Tätigkeit beschränke sich auf die Information über in Österreich zugelassene und im Handel angebotene Arzneimittel, also die Herausgabe einer Information über diese Arzneimittel, wobei auch die Interaktionsprüfung möglich sei, auf verschiedene Medien. Es sei daher weder nach dem Unternehmensgegenstand, noch nach der konkreten Tätigkeit der Antragstellerin, wie auch nach dem Vorbringen der Antragstellerin möglich, dass diese die in den Verträgen zwischen dem Auftraggeber und den drei Vertragspartnern aus dem Bereich der Arztsoftwarehersteller enthaltenen Dienstleistungen erbringen könne. Daher mangle es der Antragstellerin an der Antragslegitimation zur Einbringung eines Feststellungsantrages, der sich auf die drei genannten Verträge bzw. die darin enthaltenen Vertragsgegenstände beziehe.

7. Am 01.04.2011 nahm die Antragstellerin zum Gutachten der Finanzprokuratur Stellung.

In Punkt 9 des Vertrags (Kosten des Pilotprojektes) werde ausdrücklich angeführt, dass der Zuschlagsempfängerin im Zuge der notwendigen Adaptionen der bestehenden e-Medikation Backend-Lösung und des Apothekerclients Kosten in der Höhe von EUR 864.983,-

erwachsen würden, die ihr vom Auftraggeber inklusive der angefallenen USt. erstattet würden. In Punkt 9.2 letzter Absatz schließlich sei vorgesehen, dass die Zahlung dieser Beträge seitens des Auftraggebers binnen 14 Tagen nach Rechnungslegung durch die Zuschlagsempfängerin erfolge. Somit sei eindrucksvoll dokumentiert, dass die erste Prämisse, welche dem Finanzprokuratur-Gutachten zugrunde liegt, nämlich die Unentgeltlichkeit, nicht gegeben sei.

Das Gutachten übersehe, dass es bei der Umsetzung des Projektes e-Medikation nicht um die "Verrechnung ärztlicher Verschreibungen" gehe, sondern um die Implementierung eines Systems, mit dem mehrere Datenbanken (Arzneimitteldatenbank, Wechselwirkungsdatenbank und Wechselwirkungsprüflogik) verknüpft würden, um so die

Kommunikation mit dem e-Card-System und dem zentralen Rechenzentrum, auf welchem die Daten der Patienten gespeichert seien, zu ermöglichen. Es handle sich dabei um einen prioritären Dienstleistungsauftrag im Bereich der Datenverarbeitung. Dem Angebot der Zuschlagsempfängerin zur Adaptierung der Software zur Umsetzung des Projektes e-Medikation würden sehr wohl Gewinnaufschläge zu Grunde liegen, nämlich die der Firma XXXX und des XXXX, beide gewerblich tätige Unternehmen, welche inhaltlich die Tätigkeit für die Zuschlagsempfängerin ausführen würden. Darüber hinaus sei zu bezweifeln, dass die Zuschlagsempfängerin im Interesse der Allgemeinheit liegende Aufgabe im Bereich des Schutzes der Gesundheit wahrnehme. Sie sei in erster Linie dazu da, die Interessen des Berufstandes der Apotheker und deren Angestellten zu wahren, wie sich schon aus § 1 Gehaltskassengesetz ergebe. Es handle sich somit gerade nicht um eine Aufgabe ausschließlich sozialen Charakters. Das Gutachten übersehe, dass es bei der Umsetzung des Projektes e-Medikation nicht um die "Verrechnung ärztlicher Verschreibungen" gehe, sondern um die Implementierung eines Systems, mit dem mehrere Datenbanken (Arzneimitteldatenbank, Wechselwirkungsdatenbank und Wechselwirkungsprüflogik) verknüpft würden, um so die Kommunikation mit dem e-Card-System und dem zentralen Rechenzentrum, auf welchem die Daten der Patienten gespeichert seien, zu ermöglichen. Es handle sich dabei um einen prioritären Dienstleistungsauftrag im Bereich der Datenverarbeitung. Dem Angebot der Zuschlagsempfängerin zur Adaptierung der Software zur Umsetzung des Projektes e-Medikation würden sehr wohl Gewinnaufschläge zu Grunde liegen, nämlich die der Firma römisch 40 und des römisch 40, beide gewerblich tätige Unternehmen, welche inhaltlich die Tätigkeit für die Zuschlagsempfängerin ausführen würden. Darüber hinaus sei zu bezweifeln, dass die Zuschlagsempfängerin im Interesse der Allgemeinheit liegende Aufgabe im Bereich des Schutzes der Gesundheit wahrnehme. Sie sei in erster Linie dazu da, die Interessen des Berufstandes der Apotheker und deren Angestellten zu wahren, wie sich schon aus Paragraph eins, Gehaltskassengesetz ergebe. Es handle sich somit gerade nicht um eine Aufgabe ausschließlich sozialen Charakters.

Selbst wenn man aber die öffentliche AG-eigenschaft der Zuschlagsempfängerin bejahen wollte, sei eine vergabefreie Kooperation unter Berufung auf die "interkommunale Zusammenarbeit" im Sinne der EuGH Judikatur unzulässig. Aufgrund der Projektstruktur werde völlig klar, dass die Zuschlagsempfängerin allein gar nicht in der Lage sei, die ihr vertraglich übertragenen Aufgaben wahrzunehmen. Sie benötige hierbei die Einbeziehung Privater, konkret der Leistungen der Firma XXXX für die Erweiterung und Adaption der für den Betrieb des Arzneimittelsicherheitsgurtes entwickelten Software sowie der zur Adaptierung der Medikationsdatenbank erforderlichen Adaptierungen der Software des Apothekerverlages durch diesen. Weder der Firma XXXX noch dem XXXX würden öffentliche Aufgaben im Zusammenhang mit dem Schutz der Gesundheit zukommen. Im Ergebnis könne daher nicht behauptet werden, dass sämtliche Projektpartner bei der Umsetzung des Projektes e-Medikation dem Allgemeininteresse verpflichtet seien. In diesem Zusammenhang sei auf Punkt 9.1 der Projektvereinbarung vom 10.08.2010 zu verweisen, wonach die Zuschlagsempfängerin verpflichtet werde, die Durchführung der Adaptionen der bestehenden e-Medikationen Backend-Lösung und des Apothekerclients vorzunehmen "bzw. - sofern sie sich dafür Dienstleister bedient - von ihr als öffentlicher Auftraggeber iSd Bundesvergabegesetzes entsprechend der vergaberechtlichen Bestimmungen beauftragt". Genau dieser Verpflichtung der Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen sei die Zuschlagsempfängerin aber nicht nachgekommen. Hinsichtlich des mit der Firma XXXX geschlossenen Vertrages gebe es keine öffentliche Bekanntmachung, in welcher die Vergabe des Auftrages bekannt gemacht worden wäre. Dies sei umso mehr verwunderlich, als die Finanzprokuratur in ihrem Gutachten vom 26.02.2010, auf welche sich die Zuschlagsempfängerin explizit stützt, selbst festhält, dass weder eine Ausnahme des § 10 BVergG vorliege, noch ein Grund, der zur Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorheriger Bekanntmachung gemäß § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG ermächtigen würde. Auch zu dem zwischen Zuschlagsempfängerin und XXXX geschlossenen Vertrag liege keine Bekanntmachung vor. Zur Behauptung des Auftraggebers, wonach die Antragstellerin nicht über die Antragslegitimation verfügen würde, brachte die Antragstellerin vor, dass sie sehr wohl in der Lage sei die zur Umsetzung des Projektes e-Medikation erforderlichen Leistungen abzudecken; sie würde sich - wie es auch die Zuschlagsempfängerin tue - dazu Projektpartner für die von ihr nicht abgedeckten Leistungsteile bedienen. Der Auftraggeber übersehe geflissentlich, dass die Zuschlagsempfängerin auch nicht selbst in der Lage sei, die Leistungen in ihrer Gesamtheit selbst zu erbringen. Selbst wenn man aber die öffentliche AG-eigenschaft der Zuschlagsempfängerin bejahen wollte, sei eine vergabefreie Kooperation unter Berufung auf die "interkommunale Zusammenarbeit" im Sinne der EuGH Judikatur unzulässig. Aufgrund der Projektstruktur werde völlig klar, dass die Zuschlagsempfängerin allein gar nicht in der Lage sei, die ihr vertraglich übertragenen Aufgaben wahrzunehmen. Sie benötige hierbei die Einbeziehung Privater, konkret der Leistungen der Firma römisch 40 für die Erweiterung und

Adaption der für den Betrieb des Arzneimittelsicherheitsgurtes entwickelten Software sowie der zur Adaptierung der Medikationsdatenbank erforderlichen Adaptierungen der Software des Apothekerverlages durch diesen. Weder der Firma römisch 40 noch dem römisch 40 würden öffentliche Aufgaben im Zusammenhang mit dem Schutz der Gesundheit zukommen. Im Ergebnis könne daher nicht behauptet werden, dass sämtliche Projektpartner bei der Umsetzung des Projektes e-Medikation dem Allgemeininteresse verpflichtet seien. In diesem Zusammenhang sei auf Punkt 9.1 der Projektvereinbarung vom 10.08.2010 zu verweisen, wonach die Zuschlagsempfängerin verpflichtet werde, die Durchführung der Adaptionen der bestehenden e-Medikationen Backend-Lösung und des Apothekerclients vorzunehmen "bzw. - sofern sie sich dafür Dienstleister bedient - von ihr als öffentlicher Auftraggeber iSd Bundesvergabegesetzes entsprechend der vergaberechtlichen Bestimmungen beauftragt". Genau dieser Verpflichtung der Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen sei die Zuschlagsempfängerin aber nicht nachgekommen. Hinsichtlich des mit der Firma römisch 40 geschlossenen Vertrages gebe es keine öffentliche Bekanntmachung, in welcher die Vergabe des Auftrages bekannt gemacht worden wäre. Dies sei umso mehr verwunderlich, als die Finanzprokurator in ihrem Gutachten vom 26.02.2010, auf welche sich die Zuschlagsempfängerin explizit stützt, selbst festhält, dass weder eine Ausnahme des Paragraph 10, BVergG vorliege, noch ein Grund, der zur Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorheriger Bekanntmachung gemäß Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG ermächtigen würde. Auch zu dem zwischen Zuschlagsempfängerin und römisch 40 geschlossenen Vertrag liege keine Bekanntmachung vor. Zur Behauptung des Auftraggebers, wonach die Antragstellerin nicht über die Antragslegitimation verfügen würde, brachte die Antragstellerin vor, dass sie sehr wohl in der Lage sei die zur Umsetzung des Projektes e-Medikation erforderlichen Leistungen abzudecken; sie würde sich - wie es auch die Zuschlagsempfängerin tue - dazu Projektpartner für die von ihr nicht abgedeckten Leistungsteile bedienen. Der Auftraggeber übersehe geflissentlich, dass die Zuschlagsempfängerin auch nicht selbst in der Lage sei, die Leistungen in ihrer Gesamtheit selbst zu erbringen.

8. Mit Stellungnahme vom 01.04.2011 wiederholte der Auftraggeber sein Vorbringen zur mangelnden Antragslegitimation der Antragstellerin. Zusätzlich führte er aus, dass die Antragstellerin auch nicht über die erforderliche Arztsoftware verfüge, die für den Einsatz im Rahmen des Pilotbetriebs e-Medikation tauglich sei. Dazu sei nämlich eine vom Auftraggeber zertifizierte Arztsoftware erforderlich, die im Rahmen des e-card-Systems einsetzbar sei. Der Auftraggeber überprüfe Arztsoftware auf Konformität mit den Vorgaben für den "DVP". Die Antragstellerin finde sich nicht auf der Liste der zertifizierten Anbieter bzw. ASW-Produkte.

Die Adaptierung der jeweiligen Arztsoftware sei zwar notwendig, um den am Pilotprojekt e-Medikation teilnehmenden Ärzten diese Teilnahme unter Verwendung ihrer Arztsoftware zu ermöglichen, sie sei jedoch völlig unabhängig von dem Projektbeitrag der Zuschlagsempfängerin. Die Integration der Schnittstelle der Arztsoftware zum e-card-System erfolge in jedem Fall nach Herstellung der Voraussetzungen für die Durchführung des Probebetriebs e-Medikation durch den Auftraggeber und seine Projektpartner. Die Adaptierung der Arztsoftware sei eine konstante, weil es sich um eine Anbindung der Software, die von den jeweiligen Vertragspartnern der Arztsoftware-Hersteller genutzt werde, an ein Drittsystem handle. Diese Anbindung bestehe unabhängig davon, wie das Drittsystem e-Medikation errichtet, und vor allem, auf welcher Rechtsgrundlage es errichtet worden sei.

9. In einer Replik vom 14.04.2011 wies die Antragstellerin daraufhin, dass es sich bei der Zuschlagsempfängerin entgegen der rechtsirrigen Beurteilung der Finanzprokurator nicht um einen öffentlichen Auftraggeber handle. Schon alleine deshalb könne gegenständlich keine ausschreibungsfreie interkommunale Zusammenarbeit vorliegen. Die Zuschlagsempfängerin sei nicht zu dem besonderen Zweck gegründet worden, im öffentlichen Interesse liegende Aufgaben wahrzunehmen. Hauptmotiv für die Gründung der Zuschlagsempfängerin zu Anfang des 20. Jahrhunderts sei der Wunsch gewesen, für Angestellte in Apotheken ein System steigender Entlohnung im Alter bei möglicher Vermeidung einer Diskriminierung älterer Arbeitnehmer einzurichten. Auch im Zuge der Rezeptverrechnung übernehme die Zuschlagsempfängerin freilich keine im Allgemeininteresse gelegenen Aufgaben, sondern wiederum nur eine Unterstützung der Apotheken "um es den Apothekenbetrieben zu ersparen, mit dieser großen Zahl von Kostenträgern einzeln verrechnen zu müssen". Zusammenfassend erbringe die Zuschlagsempfängerin sämtliche in ihrem gesetzlich determinierten Aufgabenbereich gelegene Tätigkeiten im Wesentlichen für angestellte Apotheker und Apothekerinnen; sie nehme dabei keine öffentlichen Interessen wahr. Auf der Homepage der Zuschlagsempfängerin sei nachzulesen: "Bei der Erfüllung all dieser Aufgaben versucht die XXXX, ihren Mitgliedern ein möglichst gutes Service zu bieten. Wir verstehen uns als Dienstleister für unsere Mitglieder, denen wir möglichst rasch und unbürokratisch die

gewünschte Auskunft oder Hilfestellung erteilen bzw. gewähren wollen." Hierin unterscheide sich die Zuschlagsempfängerin etwa von der Österreichischen Apothekerkammer, welcher über die Interessensvertretung für Apotheker und Apothekerinnen, insbesondere auch Aufgabe im Bereich der Qualitätssicherung im öffentlichen Interesse zukommen würden.⁹ In einer Replik vom 14.04.2011 wies die Antragstellerin daraufhin, dass es sich bei der Zuschlagsempfängerin entgegen der rechtsirrigen Beurteilung der Finanzprokuratur nicht um einen öffentlichen Auftraggeber handle. Schon alleine deshalb könne gegenständlich keine ausschreibungsfreie interkommunale Zusammenarbeit vorliegen. Die Zuschlagsempfängerin sei nicht zu dem besonderen Zweck gegründet worden, im öffentlichen Interesse liegende Aufgaben wahrzunehmen. Hauptmotiv für die Gründung der Zuschlagsempfängerin zu Anfang des 20. Jahrhunderts sei der Wunsch gewesen, für Angestellte in Apotheken ein System steigender Entlohnung im Alter bei möglicher Vermeidung einer Diskriminierung älterer Arbeitnehmer einzurichten. Auch im Zuge der Rezeptverrechnung übernehme die Zuschlagsempfängerin freilich keine im Allgemeininteresse gelegenen Aufgaben, sondern wiederum nur eine Unterstützung der Apotheken "um es den Apothekenbetrieben zu ersparen, mit dieser großen Zahl von Kostenträgern einzeln verrechnen zu müssen". Zusammenfassend erbringe die Zuschlagsempfängerin sämtliche in ihrem gesetzlich determinierten Aufgabenbereich gelegene Tätigkeiten im Wesentlichen für angestellte Apotheker und Apothekerinnen; sie nehme dabei keine öffentlichen Interessen wahr. Auf der Homepage der Zuschlagsempfängerin sei nachzulesen: "Bei der Erfüllung all dieser Aufgaben versucht die römisch 40, ihren Mitgliedern ein möglichst gutes Service zu bieten. Wir verstehen uns als Dienstleister für unsere Mitglieder, denen wir möglichst rasch und unbürokratisch die gewünschte Auskunft oder Hilfestellung erteilen bzw. gewähren wollen." Hierin unterscheide sich die Zuschlagsempfängerin etwa von der Österreichischen Apothekerkammer, welcher über die Interessensvertretung für Apotheker und Apothekerinnen, insbesondere auch Aufgabe im Bereich der Qualitätssicherung im öffentlichen Interesse zukommen würden.

Der Auftraggeber schließe durch die von ihm gewählte Vorgangsweise schließlich jeden Wettbewerb um die Erbringung der Leistungen aus, die zur Umsetzung des Projektes e-Medikation erforderlich seien. Dies umso mehr, als die Zuschlagsempfängerin selbst gar nicht in der Lage sei, ohne Zugriff auf Private die Leistungen gegenüber dem Auftraggeber zu erbringen.

10. In einer Replik vom 20.04.2011 brachte die Zuschlagsempfängerin vor, dass es nicht richtig sei, dass die Zuschlagsempfängerin keine im Allgemeininteresse liegende Tätigkeit erbringen würde. Zunächst würden die von der Antragstellerin angeführten Tätigkeiten der Zuschlagsempfängerin, welche ihrer Ansicht nach nur den Apotheken zu Gute kommen würde, ein funktionierendes Apothekensystem, was zweifellos im Interesse der Allgemeinheit gelegen sei - ebenso wie auch beispielsweise die Rezeptverrechnung gewährleisten. Vorgelegt wurde ein Gutachten von Univ.-Prof. Dr. XXXX, welches im Ergebnis die öffentliche AG-eigenschaft der Zuschlagsempfängerin bejaht. Die Antragstellerin erkenne, dass nach EuGH Stadtreinigung Hamburg eine interkommunale Zusammenarbeit öffentlichen Auftraggebern gerade eben freistelle, Leistungen, die ansonsten dem Wettbewerb unterliegen würden, durch einen anderen öffentlichen Auftraggeber erbringen zu lassen: nach der Entscheidung des EuGH seien die Landkreise nicht verpflichtet gewesen, ihre Abfallentsorgung auszuschreiben, sondern hätten damit direkt im Wege der interkommunalen Zusammenarbeit die Stadtreinigung Hamburg beauftragen dürfen. Nach EuGH sei es nicht entscheidend gewesen, dass die Stadtreinigung Hamburg ihrerseits einen Privaten mit dem Betrieb der Müllverwertungsanlage Rugenberger Damm beauftragt habe.¹⁰ In einer Replik vom 20.04.2011 brachte die Zuschlagsempfängerin vor, dass es nicht richtig sei, dass die Zuschlagsempfängerin keine im Allgemeininteresse liegende Tätigkeit erbringen würde. Zunächst würden die von der Antragstellerin angeführten Tätigkeiten der Zuschlagsempfängerin, welche ihrer Ansicht nach nur den Apotheken zu Gute kommen würde, ein funktionierendes Apothekensystem, was zweifellos im Interesse der Allgemeinheit gelegen sei - ebenso wie auch beispielsweise die Rezeptverrechnung gewährleisten. Vorgelegt wurde ein Gutachten von Univ.-Prof. Dr. römisch 40, welches im Ergebnis die öffentliche AG-eigenschaft der Zuschlagsempfängerin bejaht. Die Antragstellerin erkenne, dass nach EuGH Stadtreinigung Hamburg eine interkommunale Zusammenarbeit öffentlichen Auftraggebern gerade eben freistelle, Leistungen, die ansonsten dem Wettbewerb unterliegen würden, durch einen anderen öffentlichen Auftraggeber erbringen zu lassen: nach der Entscheidung des EuGH seien die Landkreise nicht verpflichtet gewesen, ihre Abfallentsorgung auszuschreiben, sondern hätten damit direkt im Wege der interkommunalen Zusammenarbeit die Stadtreinigung Hamburg beauftragen dürfen. Nach EuGH sei es nicht entscheidend gewesen, dass die Stadtreinigung Hamburg ihrerseits einen Privaten mit dem Betrieb der Müllverwertungsanlage Rugenberger Damm beauftragt habe.

11. Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 13.05.2011, F/0002-BVA/13/2011-69 u.a., wurde der Antrag der Antragstellerin betreffend rechtswidriger Vergabe "XXXX" wegen Verfristung zurückgewiesen. Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wurde abgewiesen. Den Anträgen betreffend rechtswidrige Vergabe mit den Firmen XXXX wurde stattgegeben und festgestellt, dass die vom Auftraggeber der österreichischen Sozialversicherungsträger durchgeführten Vergabeverfahren mit den drei genannten Unternehmern rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurden. Der Auftraggeber wurde bezüglich aller drei Verträge zu einer Geldbuße verpflichtet. Der Bescheid lautet auszugsweise: 11. Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 13.05.2011, F/0002-BVA/13/2011-69 u.a., wurde der Antrag der Antragstellerin betreffend rechtswidriger Vergabe "XXXX" wegen Verfristung zurückgewiesen. Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wurde abgewiesen. Den Anträgen betreffend rechtswidrige Vergabe mit den Firmen römisch 40 wurde stattgegeben und festgestellt, dass die vom Auftraggeber der österreichischen Sozialversicherungsträger durchgeführten Vergabeverfahren mit den drei genannten Unternehmern rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurden. Der Auftraggeber wurde bezüglich aller drei Verträge zu einer Geldbuße verpflichtet. Der Bescheid lautet auszugsweise:

3. Zu der beantragten Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 BVergG bezüglich des Vertrages mit der XXXX. Zu der beantragten Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG bezüglich des Vertrages mit der römisch 40

Mit der Unterfertigung der Projektvereinbarung e-Medikation durch den Hauptverband am 10. August 2010 wurde der XXXX ein Zuschlag erteilt. Der Feststellungsantrag der Antragstellerin bezüglich dieses Vertrages ist am 1. März 2011 im Bundesvergabeamt eingelangt. Die Frist von sechs Monaten gemäß § 332 Abs. 3 BVergG 2006 war somit am Tag der Antragstellung bereits abgelaufen. Da diese Versäumung zum Erlöschen des Feststellungsanspruches führt (BlgNR 1171 GP XXII, 144), war der diesbezügliche Antrag daher zurückzuweisen. Mit der Unterfertigung der Projektvereinbarung e-Medikation durch den Hauptverband am 10. August 2010 wurde der römisch 40 ein Zuschlag erteilt. Der Feststellungsantrag der Antragstellerin bezüglich dieses Vertrages ist am 1. März 2011 im Bundesvergabeamt eingelangt. Die Frist von sechs Monaten gemäß Paragraph 332, Absatz 3, BVergG 2006 war somit am Tag der Antragstellung bereits abgelaufen. Da diese Versäumung zum Erlöschen des Feststellungsanspruches führt (BlgNR 1171 Gesetzgebungsperiode römisch 22, 144), war der diesbezügliche Antrag daher zurückzuweisen.

Im Übrigen wird festgehalten, dass aus der Zurückweisung des Antrages nicht geschlossen werden kann, dass der Vertrag abgeschlossen zwischen dem Hauptverband und der XXXX vergaberechtskonform zustande gekommen ist. Es erscheint vielmehr fraglich, ob sich Personen die keine Kommunen bzw. Gebietskörperschaften sind zu Recht auf eine interkommunale Zusammenarbeit iSd. Erkenntnisses des EuGH vom 9.6.2009, C- 480/06, Stadtreinigung Hamburg, berufen können. Im Übrigen wird festgehalten, dass aus der Zurückweisung des Antrages nicht geschlossen werden kann, dass der Vertrag abgeschlossen zwischen dem Hauptverband und der römisch 40 vergaberechtskonform zustande gekommen ist. Es erscheint vielmehr fraglich, ob sich Personen die keine Kommunen bzw. Gebietskörperschaften sind zu Recht auf eine interkommunale Zusammenarbeit iSd. Erkenntnisses des EuGH vom 9.6.2009, C- 480/06, Stadtreinigung Hamburg, berufen können.

Zum Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

Die Antragstellerin hat einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gestellt, um einem etwaigen Versäumen der sechsmonatigen Antragsfrist vorzubeugen. Die Antragstellerin sei durch ein unvorhersehbares Ereignis - nämlich durch den heimlichen Vertragsabschluss mit der Pharmazeutischen Gehaltskasse für Österreich am 10.8.2010 - daran gehindert worden, fristgerecht einen Feststellungsantrag zu stellen.

Die Erläuterungen zu § 332 BVergG 2006 (BlgNR 1171 GP XXII, 144) lauten Die Erläuterungen zu Paragraph 332, BVergG 2006 (BlgNR 1171 Gesetzgebungsperiode römisch 22, 144) lauten:

"Die Antragsfrist wird als materiellrechtliche Frist gestaltet, deren Versäumung zum Erlöschen des Feststellungsanspruches führt; ihre Berechnung richtet sich nach den entsprechenden Bestimmungen des materiellen Teiles. Eine Wiedereinsetzung wegen Versäumung dieser Frist ist damit nicht möglich."

Entsprechend den oben zitierten Erläuterungen handelt es sich bei der Antragsfrist gemäß § 332 BVergG 2006 um eine materiellrechtliche Frist, weshalb eine Wiedereinsetzung wegen Versäumung dieser Frist nicht möglich ist. [...] Entsprechend den oben zitierten Erläuterungen handelt es sich bei der Antragsfrist gemäß Paragraph 332, BVergG 2006 um eine materiellrechtliche Frist, weshalb eine Wiedereinsetzung wegen Versäumung dieser Frist nicht möglich

ist. [...]

12. Mit Beschluss des VwGH vom 25.03.2014, Zl. EU 2014/0002-1 (2011/04/0121), wurde dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) nach Art. 267 AEUV folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt: 12. Mit Beschluss des VwGH vom 25.03.2014, Zl. EU 2014/0002-1 (2011/04/0121), wurde dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) nach Artikel 267, AEUV folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Ist das Unionsrecht - insbesondere die allgemeinen Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität sowie die Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge in der Fassung der Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge - dahin auszulegen, dass es einer nationalen Rechtslage entgegensteht, nach der ein Antrag auf Feststellung eines vergaberechtlichen Verstoßes binnen sechs Monaten nach Vertragsschluss gestellt werden muss, wenn die Feststellung eines vergaberechtlichen Verstoßes nicht nur Voraussetzung für die Nichtigerklärung des Vertrages, sondern auch für die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches ist?

13. Am 26.11.2015 erging seitens des EuGH das Urteil in der Rs C-166/14, MedEVAL. Dieses lautet auszugsweise:

40 Wie aus den Erwägungsgründen 25 und 27 der Richtlinie 2007/66 hervorgeht, hat der Unionsgesetzgeber dem Erfordernis der Rechtssicherheit bei Nachprüfungen mit dem Ziel, einem Vertrag die Wirksamkeit zu entziehen, größere Bedeutung beigemessen als bei Schadenersatzklagen.

41 Das Recht auf Erhebung einer Schadenersatzklage kann praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden, falls die Zulässigkeit von Schadenersatzklagen von der vorherigen Feststellung abhängig gemacht wird, dass das Vergabeverfahren mangels vorheriger Bekanntgabe rechtswidrig war, und dieser Feststellungsantrag binnen einer sechsmonatigen Ausschlussfrist gestellt werden muss, ohne dass berücksichtigt wird, ob die geschädigte Person vom Vorliegen eines Rechtsverstoßes Kenntnis hatte.

42 Fehlt es an einer vorherigen Bekanntmachung, birgt eine solche Sechsmonatsfrist nämlich die Gefahr, dass eine geschädigte Person nicht die Möglichkeit hat, die für eine etwaige Klage notwendigen Informationen zu sammeln, und bildet somit ein Hindernis für die Erhebung dieser Klage.

[...]

44 Folglich steht der Grundsatz der Effektivität einer Regelung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden entgegen.

[...]

46 Nach alledem ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass das Unionsrecht, insbesondere der Grundsatz der Effektivität, einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der die Erhebung einer Klage auf Schadenersatz wegen eines vergaberechtlichen Verstoßes von der vorherigen Feststellung abhängig gemacht wird, dass das Vergabeverfahren mangels vorheriger Bekanntgabe rechtswidrig war, und der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit binnen einer sechsmonatigen Ausschlussfrist gestellt werden muss, die ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag zu laufen beginnt - und zwar unabhängig davon, ob der Antragsteller von der Rechtswidrigkeit dieser Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers Kenntnis haben konnte.

14. Mit Erkenntnis vom 16.03.2016, 2015/04/0004, hob der VwGH die Spruchpunkte I und II des Bescheides des Bundesvergabeamtes vom 13. Mai 2011, Zlen. F/0002- BVA/13/2011-69, F/0007-BVA/13/2011-3, F/0008-BVA/13/2011-3 und F/0009-BVA/13/2011-3, wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes auf. Das Erkenntnis lautet auszugsweise: 14. Mit Erkenntnis vom 16.03.2016, 2015/04/0004, hob der VwGH die Spruchpunkte römisch eins und römisch zwei des Bescheides des Bundesvergabeamtes vom 13. Mai 2011, Zlen. F/0002- BVA/13/2011-69, F/0007-BVA/13/2011-3, F/0008-BVA/13/2011-3 und F/0009-BVA/13/2011-3, wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes auf. Das Erkenntnis lautet auszugsweise:

4. Die unmittelbare Anwendung und den Vorrang von unionsrechtlichen Bestimmungen haben sowohl die Gerichte als auch die Verwaltungsbehörden der Mitgliedstaaten zu beachten. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH ist

jedes im Rahmen seiner Zuständigkeit angerufene nationale Gericht als Organ eines Mitgliedstaates verpflichtet, in Anwendung des in Art. 4 Abs. 3 EUV niedergelegten Grundsatzes der Zusammenarbeit das unmittelbar geltende Unionsrecht anzuwenden und die Rechte, die es dem Einzelnen verleiht, zu schützen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 23. Oktober 2013, 2012/03/0102, 0103, mwN auch zur Rechtsprechung des EuGH)⁴. Die unmittelbare Anwendung und den Vorrang von unionsrechtlichen Bestimmungen haben sowohl die Gerichte als auch die Verwaltungsbehörden der Mitgliedstaaten zu beachten. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH ist jedes im Rahmen seiner Zuständigkeit angerufene nationale Gericht als Organ eines Mitgliedstaates verpflichtet, in Anwendung des in Artikel 4, Absatz 3, EUV niedergelegten Grundsatzes der Zusammenarbeit das unmittelbar geltende Unionsrecht anzuwenden und die Rechte, die es dem Einzelnen verleiht, zu schützen vergleiche das hg. Erkenntnis vom 23. Oktober 2013, 2012/03/0102, 0103, mwN auch zur Rechtsprechung des EuGH).

Nationales Recht, das im Widerspruch zu unmittelbar anwendbarem Unionsrecht steht, ist verdrängt. Die Verdrängungswirkung des Unionsrechts hat zur Folge, dass die nationale Regelung in jener Gestalt anwendbar bleibt, in der sie nicht mehr im Widerspruch zum Unionsrecht steht. Nationales Recht bleibt insoweit unangewendet, als ein Verstoß gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht gegeben ist. Die Verdrängung darf also bloß jenes Ausmaß umfassen, das gerade noch hinreicht, um einen unionsrechtskonformen Zustand herbeizuführen. Dabei sind die unionsrechtlichen Erfordernisse in das nationale Gesetz "hineinzulesen" (siehe das hg. Erkenntnis vom 17. April 2008, 2008/15/0064, mwH).

5. Der EuGH hat im Urteil C-166/14 die innerstaatliche Regelung, nach der die Erhebung einer Klage auf Schadensersatz wegen eines vergaberechtlichen Verstoßes von der vorherigen Feststellung abhängig gemacht wird, dass das Vergabeverfahren mangels vorheriger Bekanntgabe rechtswidrig war, und der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit binnen einer sechsmonatigen, absoluten Ausschlussfrist gestellt werden muss, als mit dem unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz nicht in Einklang stehend angesehen. Die Unionsrechtswidrigkeit resultiert somit aus der Verknüpfung der Regelung des § 341 Abs. 2 BVergG 2006 mit derjenigen des § 332 Abs. 3 BVergG 2006.⁵ Der EuGH hat im Urteil C-166/14 die innerstaatliche Regelung, nach der die Erhebung einer Klage auf Schadensersatz wegen eines vergaberechtlichen Verstoßes von der vorherigen Feststellung abhängig gemacht wird, dass das Vergabeverfahren mangels vorheriger Bekanntgabe rechtswidrig war, und der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit binnen einer sechsmonatigen, absoluten Ausschlussfrist gestellt werden muss, als mit dem unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz nicht in Einklang stehend angesehen. Die Unionsrechtswidrigkeit resultiert somit aus der Verknüpfung der Regelung des Paragraph 341, Absatz 2, BVergG 2006 mit derjenigen des Paragraph 332, Absatz 3, BVergG 2006.

[...]

Die belangte Behörde hat im vorliegenden Fall den Feststellungsantrag der Beschwerdeführerin betreffend den hier maßgeblichen Vertragsschluss vom 10. August 2010 zurückgewiesen, weil die absolute Frist von sechs Monaten gemäß § 332 Abs. 3 BVergG 2006 zum Zeitpunkt der Antragstellung bereits abgelaufen gewesen und der Antrag somit verspätet eingebracht worden sei. Entsprechend den obigen Ausführungen hätte die belangte Behörde den zugrunde liegenden Feststellungsantrag aber infolge Verdrängung dieser Antragsfrist durch unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht wegen Fristversäumung zurückweisen dürfen. Die belangte Behörde hat im vorliegenden Fall den Feststellungsantrag der Beschwerdeführerin betreffend den hier maßgeblichen Vertragsschluss vom 10. August 2010 zurückgewiesen, weil die absolute Frist von sechs Monaten gemäß Paragraph 332, Absatz 3, BVergG 2006 zum Zeitpunkt der Antragstellung bereits abgelaufen gewesen und der Antrag somit verspätet eingebracht worden sei. Entsprechend den obigen Ausführungen hätte die belangte Behörde den zugrunde liegenden Feststellungsantrag aber infolge Verdrängung dieser Antragsfrist durch unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht wegen Fristversäumung zurückweisen dürfen.

6. Für das fortgesetzte Verfahren wird darauf hingewiesen, dass die Unanwendbarkeit der absoluten Sechsmonatsfrist als Zulässigkeitsvoraussetzung für einen Feststellungsantrag nicht dazu führt, dass eine allenfalls getroffene Feststellung jedenfalls die Nichtigerklärung des Vertrages nach § 334 BVergG 2006 nach sich ziehen muss. Der EuGH hat in Rn. 31 des Urteils C-166/14 zum Ausdruck gebracht, dass die Beschränkung der Geltendmachung der Unwirksamkeit eines Vertrages auf einen bestimmten Zeitraum durch die Notwendigkeit gerechtfertigt ist, für Rechtssicherheit zu sorgen, weshalb die Effektivität dieser Beschränkung respektiert werden sollte. Nach den Erläuterungen zu § 332 Abs. 3 BVergG 2006 (RV 327 BlgNR 24. GP 35) soll das Ziel der Rechtssicherheit auch

innerstaatlich verfolgt werden. Der Gesetzgeber hat somit den klaren Willen bekundet, eine Nichtigkeitsklärung von Verträgen nur bei einer Antragstellung innerhalb von sechs Monaten nach Vertragsschluss vorsehen zu wollen, während danach der Rechtssicherheit gegenüber dem diesbezüglichen Rechtsschutzinteresse des Antragstellers der Vorrang eingeräumt werden soll. Im Hinblick auf diesen - auch im Unionsrecht anerkannten - Stellenwert der Rechtssicherheit ist es gerechtfertigt, nach Ablauf von sechs Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag das Vorliegen eines zwingenden Grundes eines Allgemeininteresses im Sinn des § 334 Abs. 2 zweiter Satz BVergG 2006 anzunehmen, was zur Folge hat, dass - auf Antrag - von einer Nichtigkeitsklärung des Vertrages oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß § 334 Abs. 4 oder 5 BVergG 2006 abzusehen und der Vertrag aufrechtzuerhalten ist (zur Verhängung einer Geldbuße vgl. demgegenüber das hg. Erkenntnis vom 11. November 2015, Ra 2015/04/0073). 6. Für das fortgesetzte Verfahren wird darauf hingewiesen, dass die Unanwendbarkeit der absoluten Sechsmonatsfrist als Zulässigkeitsvoraussetzung für einen Feststellungsantrag nicht dazu führt, dass eine allenfalls getroffene Feststellung jedenfalls die Nichtigkeitsklärung des Vertrages nach Paragraph 334, BVergG 2006 nach sich ziehen muss. Der EuGH hat in Rn. 31 des Urteils C-166/14 zum Ausdruck gebracht, dass die Beschränkung der Geltendmachung der Unwirksamkeit eines Vertrages auf einen bestimmten Zeitraum durch die Notwendigkeit gerechtfertigt ist, für Rechtssicherheit zu sorgen, weshalb die Effektivität dieser Beschränkung respektiert werden sollte. Nach den Erläuterungen zu Paragraph 332, Absatz 3, BVergG 2006 Regierungsvorlage 327 BlgNR 24. Gesetzgebungsperiode 35) soll das Ziel der Rechtssicherheit auch innerstaatlich verfolgt werden. Der Gesetzgeber hat somit den klaren Willen bekundet, eine Nichtigkeitsklärung von Verträgen nur bei einer Antragstellung innerhalb von sechs Monaten nach Vertragsschluss vorsehen zu wollen, während danach der Rechtssicherheit gegenüber dem diesbezüglichen Rechtsschutzinteresse des Antragstellers der Vorrang eingeräumt werden soll. Im Hinblick auf diesen - auch im Unionsrecht anerkannten - Stellenwert der Rechtssicherheit ist es gerechtfertigt, nach Ablauf von sechs Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag das Vorliegen eines zwingenden Grundes eines Allgemeininteresses im Sinn des Paragraph 334, Absatz 2, zweiter Satz BVergG 2006 anzunehmen, was zur Folge hat, dass - auf Antrag - von einer Nichtigkeitsklärung des Vertrages oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß Paragraph 334, Absatz 4, oder 5 BVergG 2006 abzusehen und der Vertrag aufrechtzuerhalten ist (zur Verhängung einer Geldbuße vergleiche demgegenüber das hg. Erkenntnis vom 11. November 2015, Ra 2015/04/0073).

15. Am 24.06.2016 erstattete der Auftraggeber eine Stellungnahme und führte aus, dass es mit der Rechtsprechung des EuGH nicht in Einklang zu bringen wäre, die sogenannte "interkommunale Zusammenarbeit" nur Gebietskörperschaften zu ermöglichen. Daher sei auch im vorliegenden Fall die interkommunale Zusammenarbeit zwischen Auftraggeber und Zuschlagsempfängerin außerhalb des Anwendungsbereichs des Bundesvergabegesetzes nicht ausgeschlossen. Die Voraussetzungen dafür und die dafür sprechenden Argumente seien vom Auftraggeber bereits im Verfahren vor dem BVA vorgebracht worden.

16. Mit Schriftsatz vom 30.06.2016 übermittelte die Zuschlagsempfängerin eine Stellungnahme und brachte vor, dass es sich bei der Vereinbarung vom 10.08.2010 aus mehreren Gründen um keinen entgeltlichen Vertrag gemäß den Bestimmungen des BVergG handle. Um Wiederholungen zu vermeiden, verwies die Zuschlagsempfängerin auf ihr bisheriges Vorbringen im vorangegangenen Feststellungsverfahren.

17. Am 07.07.2016 erstattete die Antragstellerin eine Stellungnahme und wiederholte zur Rechtswidrigkeit der Vergabe im Wesentlichen ihr bisheriges Vorbringen.

18. Am 27.09.2016 erstattete die Zuschlagsempfängerin eine ergänzende Stellungnahme zur Auftraggeber-Eigenschaft der Zuschlagsempfängerin. Der Auftraggeber und die Zuschlagsempfängerin hätten in ihren bisherigen Stellungnahmen schlüssig dargelegt, dass - u.a. - auch die Voraussetzungen für öffentlich-öffentliche Partnerschaft zwischen dem Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger und der Zuschlagsempfängerin vorgelegen seien. Der Abschluss der Projektvereinbarung vom 10.08.2010 sei daher zum damaligen, relevanten Zeitpunkt jedenfalls vergaberechtskonform gewesen. Die Zuschlagsempfängerin sei zum Zeitpunkt des Abschlusses der Projektvereinbarung und auch während des Pilotbetriebes von ihrer Stellung als öffentliche Auftraggeberin ausgegangen. Gegenteilige Anhaltspunkte seien damals nicht vorgelegen. Der Vollständigkeit halber weise die Zuschlagsempfängerin darauf hin, dass sie Ende 2013/Anfang 2014 auf Grund des am 12.09.2013 ergangenen Urteils des EuGH in der Rechtssache C-526/11, Ärztekammer Westphalen-Lippe, ihre Auftraggeber-Eigenschaft neuerlich einer

Prüfung unterzogen habe. Diese Prüfung habe ergeben, dass die Zuschlagsempfängerin in einer funktionalen Gesamtbetrachtung auf Basis des vom EuGH erstmals geäußerten Verständnisses nicht als öffentliche Auftraggeberin einzuordnen sei und daher auch nicht den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes unterliege.

19. Am 28.09.2016 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt. Die Verhandlungsschrift lautet auszugsweise:

XXXX Die Unterlagen waren Grundlage für den Beschluss der Bundesgesundheitskommission. Die Bundesgesundheitsagentur deren Organ die Bundesgesundheitskommission ist, hat die Abwicklung über den Hauptverband geregelt. Der Hauptverband hat mit der XXXX dann verrechnet.römisch 40 Die Unterlagen waren Grundlage für den Beschluss der Bundesgesundheitskommission. Die Bundesgesundheitsagentur deren Organ die Bundesgesundheitskommission ist, hat die Abwicklung über den Hauptverband geregelt. Der Hauptverband hat mit der römisch 40 dann verrechnet.

[...]

XXXX bestätigt, dass der Hauptverband an die XXXX gezahlt hat. Es handelt sich laut Vertrag um den Betrag von € 864.938,00.römisch 40 bestätigt, dass der Hauptverband an die römisch 40 gezahlt hat. Es handelt sich laut Vertrag um den Betrag von € 864.938,00.

[...]

VR: Verweist auf Punkt 4.2 der Projektvereinbarung, letzter Unterpunkt. Was war mit dieser Bestimmung beabsichtigt?

XXXX Dass die XXXX die notwendigen Änderungen an der bestehenden Software vornimmt.römisch 40 Dass die römisch 40 die notwendigen Änderungen an der bestehenden Software vornimmt.

VR: Ist es zu Änderungen gekommen?

XXXX Mit Sicherheit.römisch 40 Mit Sicherheit.

[...]

VR: Verwiesen wird auf den Schriftsatz vom 01.03.2011, Punkt 4.2. Können Sie bescheinigen, dass Sie derartige Leistungen anbieten bzw. bei anderen Ausschreibungen schon angeboten haben.

XXXX Ja. Die AST verfügt über solche Arzneimitteldatenbanken und die darin enthaltenen Informationen wie auch über eine Wechselwirkungsdatenbank, die ebenfalls von ihr angeboten wird und darüber hinaus auch noch von anderen Anbietern.römisch 40 Ja. Die AST verfügt über solche Arzneimitteldatenbanken und die darin enthaltenen Informationen wie auch über eine Wechselwirkungsdatenbank, die ebenfalls von ihr angeboten wird und darüber hinaus auch noch von anderen Anbietern.

XXXX Seit wann verfügt die AST darüber?römisch 40 Seit wann verfügt die AST darüber?

XXXX Das Unternehmen wurde 2003 gegründet. Es war schon immer Unternehmensgegenstand. Es bestehen Verträge zwischen uns und dem Klinikum XXXX und auch Ärzten, in denen solche Leistungen angeboten werden. Die AST kann gerne Beweismittel diesbezüglich erbringen.römisch 40 Das Unternehmen wurde 2003 gegründet. Es war schon immer Unternehmensgegenstand. Es bestehen Verträge zwischen uns und dem Klinikum römisch 40 und auch Ärzten, in denen solche Leistungen angeboten werden. Die AST kann gerne Beweismittel diesbezüglich erbringen.

Der Hauptverband kann zu diesem Vorbringen nichts sagen.

[...]

VR: Verwiesen wird auf den Schriftsatz vom 01.03.2011, Beilage 1, Brief vom 30.09.2010 der Gehaltskasse an XXXX Punkt 3. Wann wurden die unter Punkt 3 angegebenen Adaptierungs- und Erweiterungsleistungen beauftragt?VR: Verwiesen wird auf den Schriftsatz vom 01.03.2011, Beilage 1, Brief vom 30.09.2010 der Gehaltskasse an römisch 40 Punkt 3. Wann wurden die unter Punkt 3 angegebenen Adaptierungs- und Erweiterungsleistungen beauftragt?

XXXX Es ist anzunehmen, dass dies nach dem 30.07.2010 geschehen ist. Ich kann es aber nicht genau sagen.römisch 40 Es ist anzunehmen, dass dies nach dem 30.07.2010 geschehen ist. Ich kann es aber nicht genau sagen.

XXXX Weiß der AG, dass etwas an die XXXX bezahlt wurde?römisch 40 Weiß der AG, dass etwas an die römisch 40 bezahlt wurde?

JXXXX Ja.

XXXX Entspricht die gezahlte Summe der im Vertrag festgesetzte Summen von € 864.938,00?römisches 40 Entspricht die gezahlte Summe der im Vertrag festgesetzte Summen von € 864.938,00?

XXXX Ich kann es auswendig nicht sagen. Ich kann aber die Unterlagen über die Abrechnung nachreichen.römisches 40 Ich kann es auswendig nicht sagen. Ich kann aber die Unterlagen über die Abrechnung nachreichen.

[...]

VR: Dem AG wird aufgetragen binnen einer Frist von einer Woche, sohin einlangend bis zum 05.10.2016, 15:00 Uhr, die Abrechnung zwischen Hauptverband und XXXX vorzulegen. Der XXXX wird aufgetragen binnen einer Frist von einer Woche, sohin einlangend bis zum 05.10.2016, 15:00 Uhr, die schriftliche Auftragserteilung an die Fa. XXXX (vgl. Schreiben der XXXX an XXXX vom 30.09.2010, Punkt 3) sowie die Abrechnung zwischen der XXXX vorzulegen.VR: Dem AG wird aufgetragen binnen einer Frist von einer Woche, sohin einlangend bis zum 05.10.2016, 15:00 Uhr, die Abrechnung zwischen Hauptverband und römisches 40 vorzulegen. Der römisches 40 wird aufgetragen binnen einer Frist von einer Woche, sohin einlangend bis zum 05.10.2016, 15:00 Uhr, die schriftliche Auftragserteilung an die Fa. römisches 40 vergleiche Schreiben der römisches 40 an römisches 40 vom 30.09.2010, Punkt 3) sowie die Abrechnung zwischen der römisches 40 vorzulegen.

20. Am 28.09.2016 erstattete der Auftraggeber ein ergänzendes Vorbringen und verwies insbesondere auf seine Stellungnahme vom 07.03.2011. Nach Ansicht des Auftraggebers würden zweifellos die Voraussetzungen für eine interkommunale Zusammenarbeit vorliegen (jedenfalls nach der zum damaligen Zeitpunkt bekannten Judikatur). Zweifel an der Qualifikation der Zuschlagsempfängerin als öffentliche Auftraggeberin, wie sie die Antragstellerin etwa aus der Judikatur des EuGH vom 12.12.2013, Rs C-526/11 ableite, seien zum damaligen Zeitpunkt nicht angezeigt gewesen. Diese Judikatur würde zweifellos einen Wandel der bisherigen vertretenen Rechtssprechungslinie darstellen.

21. Am 05.10.2016 übermittelte die Zuschlagsempfängerin die schriftliche Beauftragung von XXXX durch die Zuschlagsempfängerin hinsichtlich der Adaptierungs- und Erweiterungsleistungen für das Projekt e-Medikation sowie die Abrechnungen zwischen XXXX und der Zuschlagsempfängerin hinsichtlich dieser Adaptierungs- und Erweiterungsleistungen.21. Am 05.10.2016 übermittelte die Zuschlagsempfängerin die schriftliche Beauftragung von römisches 40 durch die Zuschlagsempfängerin hinsichtlich der Adaptierungs- und Erweiterungsleistungen für das Projekt e-Medikation sowie die Abrechnungen zwischen römisches 40 und der Zuschlagsempfängerin hinsichtlich dieser Adaptierungs- und Erweiterungsleistungen.

22. Am 05.10.2016 legte der Auftraggeber eine Aufstellung von der von der Zuschlagsempfängerin dem Auftraggeber für Leistungen im Sinne des Punktes 4.4. der Projektvereinbarung vom 30.07.2010 bzw. 10.08.2010 gelegten Rechnungen für die Systemadaptierung (Weiterverrechnungen) vor.

Der Auftraggeber brachte vor, dass Gegenstand der von der Zuschlagsempfängerin gemäß Punkt 4.2 der Projektvereinbarung vom 30.07.2010 bzw. 10.08.2010 auszuübenden Tätigkeiten im Rahmen des Pilotprojektes e-Medikation neben der Beauftragung von notwendigen Änderungen an der bestehenden Software die Wahrnehmung der Teilprojektleitung für das e-Medikation-Backend-Services im Rechenzentrum der Zuschlagsempfängerin, der Betrieb des Rechenzentrums der e-Medikationsdatenbank, die Analyse der technischen Gegebenheiten und Organisation der Anbindung der teilnehmenden Apotheken an das e-Card-System, der Roll-Out in den Apotheken und das Setup der Supportfunktion für Medikationsdatenbank, SIS-Datenbank, Prüflöge und pharmazeutisch fachlicher Support gewesen sei. Der Antragstellerin mangle es aber ausweichlich der von ihr angebotenen Leistungen und auch der Angaben im Feststellungsantrag an den Fähigkeiten und somit der Befugnis zur Erbringung sämtlicher der von der Zuschlagsempfängerin gemäß Projektvereinbarung übernommenen Tätigkeiten. Der Auftraggeber bestreite daher auch die Antragslegitimation der Antragstellerin auch im Hinblick auf den vom Bundesverwaltungsgericht gebildeten ersten Abschnitt, in dem es um die Projektvereinbarung vom 30.07.2010 bzw. 10.08.2010 zwischen dem Auftraggeber und der Zuschlagsempfängerin gehe (vgl. Verhandlungsschrift vom 28.09.2016, Seite 2).Der Auftraggeber brachte vor, dass Gegenstand der von der Zuschlagsempfängerin gemäß Punkt 4.2 der Projektvereinbarung vom 30.07.2010 bzw. 10.08.2010 auszuübenden Tätigkeiten im Rahmen des Pilotprojektes e-Medikation neben der Beauftragung von notwendigen Änderungen an der bestehenden Software die Wahrnehmung der Teilprojektleitung für das e-Medikation-Backend-Services im Rechenzentrum der Zuschlagsempfängerin, der Betrieb des Rechenzentrums der e-Medikationsdatenbank, die Analyse der technischen Gegebenheiten und Organisation der Anbindung der

teilnehmenden Apotheken an das e-Card-System, der Roll-Out in den Apotheken und das Setup der Supportfunktion für Medikationsdatenbank, SIS-Datenbank, Prüflogik und pharmazeutisch fachlicher Support gewesen sei. Der Antragstellerin mangle es aber ausweichlich der von ihr angebotenen Leistungen und auch der Angaben im Feststellungsantrag an den Fähigkeiten und somit der Befugnis zur Erbringung sämtlicher der von der Zuschlagsempfängerin gemäß Projektvereinbarung übernommenen Tätigkeiten. Der Auftraggeber bestreite daher auch die Antragslegitimation der Antragstellerin auch im Hinblick auf den vom Bundesverwaltungsgericht gebildeten ersten Abschnitt, in dem es um die Projektvereinbarung vom 30.07.2010 bzw. 10.08.2010 zwischen dem Auftraggeber und der Zuschlagsempfängerin gehe vergleiche Verhandlungsschrift vom 28.09.2016, Seite 2).

23. Am 07.10.2016 erstattete der Auftraggeber eine weitere Stellungnahme und verwies zunächst darauf, dass die Zuschlagsempfängerin - jedenfalls zum Zeitpunkt der damaligen Projektvereinbarung - öffentliche Auftraggeberin gewesen sei. Neuerlich wurde auf die fehlende Antragslegitimation der Antragstellerin hingewiesen. Die Antragstellerin liefere ausweislich der eigenen Angaben im Feststellungsantrag, aber auch heute (auf deren Website) Bestandteile, die in Praxissoftware von Ärzten verwendet werden könnten. Die Antragstellerin könnte jedoch von den in Punkt 4.2 der Projektvereinbarung aufgezählten Angaben lediglich Teilbereiche erfüllen, keinesfalls aber sämtliche dieser Punkte oder auch nur einen Punkt insgesamt. An keiner Stelle des Feststellungsantrages habe die Antragstellerin erkennen lassen, mit welchen Ressourcen sie die umfangreichen in der Projektvereinbarung genannten Aufgaben erbringen hätte wollen oder können. Selbst über die entsprechenden Hinweise des Auftraggebers im Verfahren vor dem BVA habe die Antragstellerin keine Informationen dazu geliefert.

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

1. Feststellungen (Sachverhalt):

1. Mit Beschluss vom Dezember 2008 beauftragte die BGK die ARGE ELGA u. a. zur Fortführung der Errichtungstätigkeiten für die e-Medikation.

2. Mit Beschluss vom 06.03.2009 stimmte die BGK der im Lenkungsausschuss der ARGE ELGA auf der Grundlage des Umlaufbeschlusses vereinbarten und in diesem Bericht dargestellten Vorgangsweise zur Errichtung der Indices (Patienten- und GDA-Index) sowie der e-Medikation zu. Die BGK beschloss die Errichtung einer eigenen Gesellschaft zur Umsetzung der ELGA entsprechend dem vorliegenden Architekturkonzept.

3. Am 30.07.2010 bzw. 10.08.2010 schloss der Auftraggeber mit der Zuschlagsempfängerin die Projektvereinbarung e-Medikation. Diese lautet auszugsweise:

2 Vertragsgegenstand

Vertragsgegenstand ist die Durchführung eines Pilotprojektes für das Projekt e-Medikation in drei Pilotregionen einschließlich der dafür erforderlichen Errichtungs- und Betriebsleistungen. Das Pilotprojekt wird unter Verwendung der e-card Infrastruktur (GIN-Anschluss mit mGINA/sGINA und LAN-CCR) und der von der PhGK beigestellten Software und Datenbanken zur Prüfung von Arzneimittel-Wechselwirkungen sowie Duplikats- und Mehrfachverordnungsprüfungen umgesetzt.

[...]

4 Rechte und Pflichten der Vertragspartner

[...]

4.2 XXXX4.2 römisches 40

[...]

* Beauftragung von notwendigen Änderungen an der bestehenden Software

[...]

9 Kosten des Pilotprojektes

9.1 Kostenrahmen

[...]

Beschluss der Bundesgesundheitskommission

1. Das Pilotprojekt e-Medikation wird im Umfang von maximal 3.150.000 Euro aus dem gemäß Art. 30 Abs. 6 der Vereinbarung gemäß Art. 15a B-VG über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens zur gemeinsamen Finanzierung der ersten Umsetzungsphase von ELGA zur Verfügung zu stellenden Mittel (30 Millionen Euro) gemeinschaftlich finanziert. 1. Das Pilotprojekt e-Medikation wird im Umfang von maximal 3.150.000 Euro aus dem gemäß Artikel 30, Absatz 6, der Vereinbarung gemäß Artikel 15 a, B-VG über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens zur gemeinsamen Finanzierung der ersten Umsetzungsphase von ELGA zur Verfügung zu stellenden Mittel (30 Millionen Euro) gemeinschaftlich finanziert.

[...]

Um die bestehenden Lösungen der XXXX für einen Pilotprojektbetrieb entsprechend den Vorgaben der Gremien zum Piloteinsatz bringen zu können, sind in dem Kostenbericht Version 1.0 notwendige Adaptionen der bestehenden e-Medikation Backendlösung und des Apothekerclients in der Höhe von EURO 824.938,-- vorgesehen. Die Durchführung dieser Adaptionen wird durch die XXXX vorgenommen bzw. - sofern sie sich dafür Dienstleister bedient - von ihr als öffentlicher Auftraggeber iSd Bundesvergabegesetzes entsprechend der vergaberechtlichen Bestimmungen beauftragt. Um die bestehenden Lösungen der römisch 40 für einen Pilotprojektbetrieb entsprechend den Vorgaben der Gremien zum Piloteinsatz bringen zu können, sind in dem Kostenbericht Version 1.0 notwendige Adaptionen der bestehenden e-Medikation Backendlösung und des Apothekerclients in der Höhe von EURO 824.938,-- vorgesehen. Die Durchführung dieser Adaptionen wird durch die römisch 40 vorgenommen bzw. - sofern sie sich dafür Dienstleister bedient - von ihr als öffentlicher Auftraggeber iSd Bundesvergabegesetzes entsprechend der vergaberechtlichen Bestimmungen beauftragt.

9.2 Zahlungsmodalitäten

[...]

Die Abgeltung der aus dem Pilotprojekt nachweislich tatsächlich entstandenen Kosten zur Systemadaption der weiteren auf Seiten der XXXX anfallenden Kosten lt. Kostenbericht werden der XXXX vom Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger inkl. der angefallenen USt. erstattet, bzw. direkt über das Projekt verrechnet. Die Abgeltung der aus dem Pilotprojekt nachweislich tatsächlich entstandenen Kosten zur Systemadaption der weiteren auf Seiten der römisch 40 anfallenden Kosten lt. Kostenbericht werden der römisch 40 vom Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger inkl. der angefallenen USt. erstattet, bzw. direkt über das Projekt verrechnet.

4. Am 30.09.2010 richtete die Zuschlagsempfängerin ein Schreiben an Haslinger/Nagele & Partner Rechtsanwälte GmbH. Dieses lautet auszugsweise:

1. Die Zuschlagsempfängerin hat im Jahr 2006 eine Ausschreibung zur Entwicklung einer Software für den sogenannten "Arzneimittel-Sicherheitsgurt" vorgenommen und nach einem objektiven Auswahlverfahren im Jahr 2008 der Firma XXXX den Zuschlag erteilt. 1. Die Zuschlagsempfängerin hat im Jahr 2006 eine Ausschreibung zur Entwicklung einer Software für den sogenannten "Arzneimittel-Sicherheitsgurt" vorgenommen und nach einem objektiven Auswahlverfahren im Jahr 2008 der Firma römisch 40 den Zuschlag erteilt.

[...]

3. Bei dem nunmehr unter Federführung des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger stattfindenden Projekt E-Medikation handelt es sich bezüglich des Verhältnisses zwischen Hauptverband und XXXX sehr wohl um eine interkommunale und daher vergabefreie Beauftragung (diesbezüglich verweisen wir auf die Stellungnahme der Finanzprokurator). Im Außenverhältnis, also zwischen der XXXX und der Firma XXXX sind die Grundsätze des Bundesvergabegesetzes naturgemäß zu beachten, sofern ein vergaberechtlich relevanter Beschaffungsvorgang vorliegt. Die notwendigen Adaptierungs- und Erweiterungsleistungen, um aus der Software "Arzneimittel-Sicherheitsgurt" die zwischen den Projektpartnern abgestimmte Software "E-Medikation" zu erhalten, wurden von der XXXX bei XXXX - vergaberechtlich zulässig - auf Basis der ursprünglichen Ausschreibung bzw. des ursprünglichen Leistungsvertrages und der ursprünglichen Zuschlagserteilung beauftragt. Ein neuer vergaberechtlich relevanter Beschaffungsvorgang, der eine (neuerliche) Ausschreibung erfordert, kann nicht erblickt werden. 3. Bei dem nunmehr unter Federführung des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger stattfindenden Projekt E-Medikation handelt es sich bezüglich des Verhältnisses zwischen Hauptverband und römisch 40 sehr wohl

um eine interkommunale und daher vergabefreie Beauftragung (diesbezüglich verweisen wir auf die Stellungnahme der Finanzprokuratur). Im Außenverhältnis, also zwischen der römisch 40 und der Firma römisch 40 sind die Grundsätze des Bundesvergabegesetzes naturgemäß zu beachten, sofern ein vergaberechtlich relevanter Beschaffungsvorgang vorliegt. Die notwendigen Adaptierungs- und Erweiterungsleistungen, um aus der software "Arzneimittel-Sicherheitsgurt" die zwischen den Projektpartnern abgestimmte software "E-Medikation" zu erhalten, wurden von der römisch 40 bei römisch 40 - vergaberechtlich zulässig - auf Basis der ursprünglichen Ausschreibung bzw. des ursprünglichen Leistungsvertrages und der ursprünglichen Zuschlagserteilung beauftragt. Ein neuer vergaberechtlich relevanter Beschaffungsvorgang, der eine (neuerliche) Ausschreibung erfordert, kann nicht erblickt werden.

5. Am 29.04.2010 beauftragte die Zuschlagsempfängerin XXXX mit Adaptierungs- und Erweiterungsleistungen (CRQ 008) für das Pilotprojekt e-Medikation.5. Am 29.04.2010 beauftragte die Zuschlagsempfängerin römisch 40 mit Adaptierungs- und Erweiterungsleistungen (CRQ 008) für das Pilotprojekt e-Medikation.

6. Die Zuschlagsempfängerin legte mit Schriftsatz vom 05.10.2016 Abrechnungen zwischen XXXX und der Zuschlagsempfängerin über durchgeführte Dienstleistungen von XXXX für folgende Zeiträume vor:6. Die Zuschlagsempfängerin legte mit Schriftsatz vom 05.10.2016 Abrechnungen zwischen römisch 40 und der Zuschlagsempfängerin über durchgeführte Dienstleistungen von römisch 40 für folgende Zeiträume vor:

* Rechnung vom 30.07.2010: Dienstleistungen für den Zeitraum bis 25.06.2010 im Gesamtumfang von EUR 300.000,00 (bezugnehmend auf die "Beauftragung CRQ 008 E-MDB Arzneimittelsicherheitsgurt mit e-card" vom 29.04.2010)

* Rechnung vom 30.08.2010: Dienstleistungen für den Zeitraum bis 31.07.2010 im Gesamtumfang von EUR 171.584,50 (bezugnehmend auf die "Beauftragung CRQ 008 E-MDB Arzneimittelsicherheitsgurt mit e-card" vom 29.04.2010)

* Rechnung vom 27.09.2010: Dienstleistungen für den Zeitraum 08/2010 im Gesamtumfang von EUR 158.143,39 (bezugnehmend auf die "Beauftragung CRQ 008 E-MDB Arzneimittelsicherheitsgurt mit e-card" vom 29.04.2010)*

Rechnung vom 27.09.2010: Dienstleistungen für den Zeitraum 08 aus 2010, im Gesamtumfang von EUR 158.143,39 (bezugnehmend auf die "Beauftragung CRQ 008 E-MDB Arzneimittelsicherheitsgurt mit e-card" vom 29.04.2010)

* Rechnung vom 26.11.2010: Dienstleistungen für den Zeitraum 09/2010 und 10/2010 im Gesamtumfang von EUR 381.410,70 (bezugnehmend auf die "Beauftragung CRQ 008 E-MDB Arzneimittelsicherheitsgurt mit e-card" vom 29.04.2010)* Rechnung vom 26.11.2010: Dienstleistungen für den Zeitraum 09 aus 2010, und 10 aus 2010, im Gesamtumfang von EUR 381.410,70 (bezugnehmend auf die "Beauftragung CRQ 008 E-MDB Arzneimittelsicherheitsgurt mit e-card" vom 29.04.2010)

* Rechnung vom 12.04.2011: Dienstleistungen für den Zeitraum Mär/Apr 2011 und Nov/2010 im Gesamtumfang von EUR 62.323,81 (bezugnehmend auf die "Beauftragung CRQ 009 Projektleitung und CRQ 008 für E-MDB Arzneimittelsicherheitsgurt mit e-card")

7. Der Auftraggeber legte mit Schriftsatz vom 05.10.2016 sieben Rechnungen der Zuschlagsempfängerin an den Auftraggeber (samt Kopien der Rechnungen zwischen XXXX und Zuschlagsempfängerin) vor. Im Vergleich zur der seitens Zuschlagsempfängerin übermittelten Rechnungen, legte der Auftraggeber zusätzlich folgende Rechnungen zwischen XXXX und Zuschlagsempfängerin vor:7. Der Auftraggeber legte mit Schriftsatz vom 05.10.2016 sieben Rechnungen der Zuschlagsempfängerin an den Auftraggeber (samt Kopien der Rechnungen zwischen römisch 40 und Zuschlagsempfängerin) vor. Im Vergleich zur der seitens Zuschlagsempfängerin übermittelten Rechnungen, legte der Auftraggeber zusätzlich folgende Rechnungen zwischen römisch 40 und Zuschlagsempfängerin vor:

* Rechnung vom 27.09.2010: Dienstleistungen für den Zeitraum Jul2010, Aug2010 und Sep2010 im Gesamtumfang von EUR 30.888,00 (bezugnehmend auf die "Beauftragung CRQ 009 Projektleitung für E-MDB Arzneimittelsicherheitsgurt mit e-card")

* Rechnung vom 26.11.2010: Dienstleistungen für den Zeitraum Nov2010 im Gesamtumfang von EUR 12.355,20 (bezugnehmend auf die "Beauftragung CRQ 009 Projektleitung für E-MDB Arzneimittelsicherheitsgurt mit e-card")

* Rechnung vom 29.10.2010: Dienstleistungen für den Zeitraum Oct2010 im Gesamtumfang von EUR 12.355,20 (bezugnehmend auf die "Beauftragung CRQ 009 Projektleitung für E-MDB Arzneimittelsicherheitsgurt mit e-card")

- * Rechnung vom 21.12.2010: Dienstleistungen für den Zeitraum Dez2010 im Gesamtumfang von EUR 12.355,20 (bezugnehmend auf die "Beauftragung CRQ 009 Projektleitung für E-MDB Arzneimittelsicherheitsgurt mit e-card")
- * Rechnung vom 31.01.2011: Dienstleistungen für den Zeitraum Jan2010 im Gesamtumfang von EUR 12.356,20 (bezugnehmend auf die "Beauftragung CRQ 009 Projektleitung für E-MDB Arzneimittelsicherheitsgurt mit e-card")
- * Rechnung vom 31.01.2011: Beratungsdienstleistungen für den Zeitraum Dez2010 und Jan/2011 im Gesamtumfang von EUR 57.206,40 (bezugnehmend auf die "Beauftragung CRQ 010 Supportleistungen für E-MDB Arzneimittelsicherheitsgurt mit e-card")
- * Rechnung vom 28.02.2011: Beratungsdienstleistungen für den Zeitraum Feb2011 im Gesamtumfang von EUR 28.603,20 (bezugnehmend auf die "Beauftragung CRQ 010 Supportleistungen für E-MDB Arzneimittelsicherheitsgurt mit e-card")
- * Rechnung vom 28.02.2011: Dienstleistungen für den Zeitraum Feb2011 im Gesamtumfang von EUR 12.355,20 (bezugnehmend auf die "Beauftragung CRQ 009 Projektleitung für E-MDB Arzneimittelsicherheitsgurt mit e-card")

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 der Auftraggeberin keine Bedenken ergeben. An den Aussagen des Vertreters des Auftraggebers, Herrn XXXX, im Rahmen der mündlichen Verhandlung hegt der Senat keine Bedenken. Ebenso wenig an jene Ausführungen der Antragstellerin, die sich auf die Antragslegitimation beziehen, zumal diesbezüglich weder der Auftraggeber noch die Zuschlagsempfängerin ein Vorbringen dahingehend erstattet haben, dass die Antragstellerin zu Leistungen, wie in der Projektvereinbarung vorgesehen, nicht befugt wäre. 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 der Auftraggeberin keine Bedenken ergeben. An den Aussagen des Vertreters des Auftraggebers, Herrn römisch 40, im Rahmen der mündlichen Verhandlung hegt der Senat keine Bedenken. Ebenso wenig an jene Ausführungen der Antragstellerin, die sich auf die Antragslegitimation beziehen, zumal diesbezüglich weder der Auftraggeber noch die Zuschlagsempfängerin ein Vorbringen dahingehend erstattet haben, dass die Antragstellerin zu Leistungen, wie in der Projektvereinbarung vorgesehen, nicht befugt wäre.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

Zu Spruchpunkt I.: Zu Spruchpunkt römisch eins.:

1 Zur Rechtzeitigkeit des Feststellungsantrages vom 01.03.2011 genügt der Hinweis auf das Erkenntnis des VwGH vom 16.03.2016, 2015/04/0004, in der dieser ausführt:

Die belangte Behörde hat im vorliegenden Fall den Feststellungsantrag der Beschwerdeführerin betreffend den hier maßgeblichen Vertragsschluss vom 10. August 2010 zurückgewiesen, weil die absolute Frist von sechs Monaten gemäß § 332 Abs. 3 BVergG 2006 zum Zeitpunkt der Antragstellung bereits abgelaufen gewesen und der Antrag somit verspätet eingebracht worden sei. Entsprechend den obigen Ausführungen hätte die belangte Behörde den zugrunde liegenden Feststellungsantrag aber infolge Verdrängung dieser Antragsfrist durch unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht wegen Fristversäumung zurückweisen dürfen. Die belangte Behörde hat im vorliegenden Fall den Feststellungsantrag der Beschwerdeführerin betreffend den hier maßgeblichen Vertragsschluss vom 10. August 2010 zurückgewiesen, weil die absolute Frist von sechs Monaten gemäß Paragraph 332, Absatz 3, BVergG 2006 zum Zeitpunkt der Antragstellung bereits abgelaufen gewesen und der Antrag somit verspätet eingebracht worden sei. Entsprechend den obigen Ausführungen hätte die belangte Behörde den zugrunde liegenden Feststellungsantrag aber infolge Verdrängung dieser Antragsfrist durch unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht wegen Fristversäumung zurückweisen dürfen.

2. Zum jüngsten Vorbringen des Auftraggebers betreffend fehlende Antragslegitimation der Antragstellerin ist festzuhalten, dass die Antragstellerin in ihrem verfahrenseinleitenden Schriftsatz bzw. in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, dass sie über Arzneimitteldatenbanken und die darin enthaltenen Informationen wie auch über eine Wechselwirkungsdatenbank verfüge. Es sei schon immer Unternehmensgegenstand, welches im Jahre 2003 gegründet

worden sei, gewesen. Es bestünden Verträge zwischen der Antragstellerin und dem Klinikum XXXX und auch Ärzten, in denen solche Leistungen angeboten würden. Sie hat somit schlüssig dargelegt, dass sie imstande gewesen wäre, die in der Vereinbarung vom 30.07.2010 bzw. 10.08.2010 abgeschlossenen Leistungen auch tatsächlich zu erbringen. Der Auftraggeber bzw. die Zuschlagsempfängerin haben im Rahmen der mündlichen Verhandlung kein Vorbringen dahingehend erstattet, dass die Antragstellerin zu solchen Leistungen nicht befugt wäre (vgl. Verhandlungsschrift vom 28.09.2016). Die nunmehrigen Ausführungen des Auftraggebers im Rahmen der aufgetragenen Vorlage vom 05.10.2016 bzw. der Stellungnahme vom 07.10.2016 erscheinen daher als reine Schutzbehauptungen. Abgesehen davon, hätte sich die Antragstellerin für jene Teilbereiche in der definierten Projektvereinbarung, die die selbstständig nicht erfüllen hätte können, auf die Kapazitäten anderer Unternehmer gemäß § 76 BVergG stützen können, wie dies im Übrigen auch die Zuschlagsempfängerin (durch die Heranziehung der Firma XXXX) getan hat. Soweit der Auftraggeber darauf hinweist, dass die Antragstellerin an keiner Stelle des Feststellungsantrages habe erkennen lassen, mit welchen Ressourcen sie die umfangreichen in der Projektvereinbarung genannten Aufgaben erbringen hätte wollen oder können (selbst nicht über die entsprechenden Hinweise des Auftraggebers im Verfahren vor dem BVA), verkennt er seine eigenen Ausführungen im Feststellungsverfahren vor dem BVA. Der Auftraggeber hat darin nicht die Antragslegitimation der Antragstellerin iSd § 320 Abs. 1 BVergG in Bezug auf die Projektvereinbarung bestritten, sondern die Antragslegitimation lediglich für jene drei Verträge bestritten, die mit den drei Arztsoftwareherstellern abgeschlossen wurden. Der Auftraggeber führte in dieser Stellungnahme vom 29.03.2011 explizit wie folgt aus: "Daher mangelt es der Antragstellerin an der Antragslegitimation zur Einbringung eines Feststellungsantrages, der sich auf die drei genannten Verträge (Anm.: gemeint die drei Verträge mit den Arztsoftwareherstellern) bzw. die darin enthaltenen Vertragsgegenstände bezieht". 2. Zum jüngsten Vorbringen des Auftraggebers betreffend fehlende Antragslegitimation der Antragstellerin ist festzuhalten, dass die Antragstellerin in ihrem verfahrenseinleitenden Schriftsatz bzw. in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, dass sie über Arzneimitteldatenbanken und die darin enthaltenen Informationen wie auch über eine Wechselwirkungsdatenbank verfüge. Es sei schon immer Unternehmensgegenstand, welches im Jahre 2003 gegründet worden sei, gewesen. Es bestünden Verträge zwischen der Antragstellerin und dem Klinikum römisch 40 und auch Ärzten, in denen solche Leistungen angeboten würden. Sie hat somit schlüssig dargelegt, dass sie imstande gewesen wäre, die in der Vereinbarung vom 30.07.2010 bzw. 10.08.2010 abgeschlossenen Leistungen auch tatsächlich zu erbringen. Der Auftraggeber bzw. die Zuschlagsempfängerin haben im Rahmen der mündlichen Verhandlung kein Vorbringen dahingehend erstattet, dass die Antragstellerin zu solchen Leistungen nicht befugt wäre (vergleiche Verhandlungsschrift vom 28.09.2016). Die nunmehrigen Ausführungen des Auftraggebers im Rahmen der aufgetragenen Vorlage vom 05.10.2016 bzw. der Stellungnahme vom 07.10.2016 erscheinen daher als reine Schutzbehauptungen. Abgesehen davon, hätte sich die Antragstellerin für jene Teilbereiche in der definierten Projektvereinbarung, die die selbstständig nicht erfüllen hätte können, auf die Kapazitäten anderer Unternehmer gemäß Paragraph 76, BVergG stützen können, wie dies im Übrigen auch die Zuschlagsempfängerin (durch die Heranziehung der Firma römisch 40) getan hat. Soweit der Auftraggeber darauf hinweist, dass die Antragstellerin an keiner Stelle des Feststellungsantrages habe erkennen lassen, mit welchen Ressourcen sie die umfangreichen in der Projektvereinbarung genannten Aufgaben erbringen hätte wollen oder können (selbst nicht über die entsprechenden Hinweise des Auftraggebers im Verfahren vor dem BVA), verkennt er seine eigenen Ausführungen im Feststellungsverfahren vor dem BVA. Der Auftraggeber hat darin nicht die Antragslegitimation der Antragstellerin iSd Paragraph 320, Absatz eins, BVergG in Bezug auf die Projektvereinbarung bestritten, sondern die Antragslegitimation lediglich für jene drei Verträge bestritten, die mit den drei Arztsoftwareherstellern abgeschlossen wurden. Der Auftraggeber führte in dieser Stellungnahme vom 29.03.2011 explizit wie folgt aus: "Daher mangelt es der Antragstellerin an der Antragslegitimation zur Einbringung eines Feststellungsantrages, der sich auf die drei genannten Verträge (Anmerkung, gemeint die drei Verträge mit den Arztsoftwareherstellern) bzw. die darin enthaltenen Vertragsgegenstände bezieht".

Das Bundesverwaltungsgericht geht daher davon aus, dass die Antragslegitimation der Antragstellerin iSd § 320 Abs. 1 BVergG vorliegt. Das Bundesverwaltungsgericht geht daher davon aus, dass die Antragslegitimation der Antragstellerin iSd Paragraph 320, Absatz eins, BVergG vorliegt.

3. Eine abschließende Beurteilung, ob die Zuschlagsempfängerin als öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG zu qualifizieren ist, kann gegenständlich dahinstehen: Geht man nämlich - mit der Antragstellerin und nunmehr auch Zuschlagsempfängerin - davon aus, dass die Zuschlagsempfängerin kein öffentlicher Auftraggeber nach

§ 3 Abs. 1 Z 2 BVergG ist, wäre die Projektvereinbarung vom 30.07.2010 bzw. 10.08.2010 schon deshalb rechtswidrig, da sie in diesem Fall zwischen einem öffentlichen Auftraggeber (= Hauptverband) und einem Privaten (= Zuschlagsempfängerin) abgeschlossen worden wäre, womit aber schon die Grundvoraussetzungen für die "Interkommunale Zusammenarbeit" im Sinn der Rechtsprechung des EuGH nicht vorgelegen hätten. Geht man allerdings - wie in die Finanzprokurator und Univ. Prof. XXXX in ihren Gutachten schlüssig dargelegt - vom Vorliegen der öffentlichen AG-eigenschaft aus, dann erfüllt die Projektvereinbarung vom 30.07.2010 bzw. 10.08.2010 aus inhaltlichen Gründen nicht die Voraussetzungen, die der EuGH in seiner Rechtsprechung - beginnend mit dem Urteil Rs C-480/06, Stadtreinigung Hamburg - für derartige Verträge aufgestellt hat. Das Bundesverwaltungsgericht geht in den nachfolgenden Erwägungen von der AG-eigenschaft der Zuschlagsempfängerin aus.³ Eine abschließende Beurteilung, ob die Zuschlagsempfängerin als öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG zu qualifizieren ist, kann gegenständlich dahinstehen: Geht man nämlich - mit der Antragstellerin und nunmehr auch Zuschlagsempfängerin - davon aus, dass die Zuschlagsempfängerin kein öffentlicher Auftraggeber nach Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG ist, wäre die Projektvereinbarung vom 30.07.2010 bzw. 10.08.2010 schon deshalb rechtswidrig, da sie in diesem Fall zwischen einem öffentlichen Auftraggeber (= Hauptverband) und einem Privaten (= Zuschlagsempfängerin) abgeschlossen worden wäre, womit aber schon die Grundvoraussetzungen für die "Interkommunale Zusammenarbeit" im Sinn der Rechtsprechung des EuGH nicht vorgelegen hätten. Geht man allerdings - wie in die Finanzprokurator und Univ. Prof. römisch 40 in ihren Gutachten schlüssig dargelegt - vom Vorliegen der öffentlichen AG-eigenschaft aus, dann erfüllt die Projektvereinbarung vom 30.07.2010 bzw. 10.08.2010 aus inhaltlichen Gründen nicht die Voraussetzungen, die der EuGH in seiner Rechtsprechung - beginnend mit dem Urteil Rs C-480/06, Stadtreinigung Hamburg - für derartige Verträge aufgestellt hat. Das Bundesverwaltungsgericht geht in den nachfolgenden Erwägungen von der AG-eigenschaft der Zuschlagsempfängerin aus.

Der Auftraggeber bringt zur Unentgeltlichkeit der Projektvereinbarung vor, dass die Zuschlagsempfängerin kein Honorar oder Entgelt, sondern lediglich einen Ausgleich der ihr entstandenen Kosten erhalte. Die Zuschlagsempfängerin bringt diesbezüglich vor, dass sie aus der gegenständigen Projektvereinbarung weder ein Entgelt im eigentlichen Sinn, noch einen sonstigen Geldwert oder Vorteil lukriere. Die Überlassung dieser Software sei unentgeltlich erfolgt. Die Begründung dafür liege in standespolitischen Überlegungen. Auftraggeber und Zuschlagsempfängerin übersehen jedoch, dass in der Projektvereinbarung ein Kostenrahmen von Euro 3.150.000,-- vorgesehen ist. Darin enthalten sind Kosten in der Höhe von Euro 864.938,--, die die Zuschlagsempfängerin für die Adaptionen der bestehenden e-Medikation erhält. Dass diese Kosten auch tatsächlich entstanden sind bzw. teilweise über die notwendige Änderung an der bestehenden Software gemäß Punkt 4.2. der Projektvereinbarung vom 30.07.2010 bzw. 10.08.2010 hinausgehen, ergibt sich schon aufgrund der eigenen Ausführungen des Auftraggebers in der aufgetragenen Vorlage vom 05.10.2016 (OZ 31) bzw. jener der Zuschlagsempfängerin vom 05.10.2016 (OZ 28), in der diese darauf hinwies, dass die ausgewiesenen Beträge zunächst von der Zuschlagsempfängerin bezahlt und in der Folge zur Gänze seitens des Auftraggebers refundiert worden seien. Somit kann die gegenständliche Projektvereinbarung vom 30.07.2010 bzw. 10.08.2010 nicht als unentgeltlich qualifiziert werden. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Aussagen des Herrn XXXX in der mündlichen Verhandlung zu verweisen, in der dieser bestätigte, dass "der Hauptverband an die XXXX gezahlt hat". Der Auftraggeber bringt zur Unentgeltlichkeit der Projektvereinbarung vor, dass die Zuschlagsempfängerin kein Honorar oder Entgelt, sondern lediglich einen Ausgleich der ihr entstandenen Kosten erhalte. Die Zuschlagsempfängerin bringt diesbezüglich vor, dass sie aus der gegenständigen Projektvereinbarung weder ein Entgelt im eigentlichen Sinn, noch einen sonstigen Geldwert oder Vorteil lukriere. Die Überlassung dieser Software sei unentgeltlich erfolgt. Die Begründung dafür liege in standespolitischen Überlegungen. Auftraggeber und Zuschlagsempfängerin übersehen jedoch, dass in der Projektvereinbarung ein Kostenrahmen von Euro 3.150.000,-- vorgesehen ist. Darin enthalten sind Kosten in der Höhe von Euro 864.938,--, die die Zuschlagsempfängerin für die Adaptionen der bestehenden e-Medikation erhält. Dass diese Kosten auch tatsächlich entstanden sind bzw. teilweise über die notwendige Änderung an der bestehenden Software gemäß Punkt 4.2. der Projektvereinbarung vom 30.07.2010 bzw. 10.08.2010 hinausgehen, ergibt sich schon aufgrund der eigenen Ausführungen des Auftraggebers in der aufgetragenen Vorlage vom 05.10.2016 (OZ 31) bzw. jener der Zuschlagsempfängerin vom 05.10.2016 (OZ 28), in der diese darauf hinwies, dass die ausgewiesenen Beträge zunächst von der Zuschlagsempfängerin bezahlt und in der Folge zur Gänze seitens des Auftraggebers refundiert worden seien. Somit kann die gegenständliche Projektvereinbarung vom 30.07.2010 bzw. 10.08.2010 nicht als

unentgeltlich qualifiziert werden. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Aussagen des Herrn römisch 40 in der mündlichen Verhandlung zu verweisen, in der dieser bestätigte, dass "der Hauptverband an die römisch 40 gezahlt hat".

Der Auftraggeber und die Zuschlagsempfängerin berufen sich zur Zulässigkeit der Projektvereinbarung vom 30.07.2010 bzw. 10.08.2010 ohne öffentliche Ausschreibung auf den Ausnahmetatbestand "Interkommunale Zusammenarbeit" im Sinne der Rechtsprechung des EuGH vom 09.06.2009, C-480/06, Stadtreinigung Hamburg. In Randnummer 44 des Urteils weist der Gerichtshof darauf hin, dass der (damals gegenständliche) Vertrag ausschließlich zwischen öffentlichen Stellen ohne Beteiligung Privater geschlossen wurde. Auch in den Folgeurteilen hat der EuGH die diesbezüglich eingeschlagene Linie fortgesetzt. In den Urteilen vom 19.12.2012, C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce bzw. vom 13.06.2013, Rs C-386/11, Piepenbrock, hat der EuGH festgehalten dass sich ein öffentlicher Auftraggeber nur dann auf den Ausnahmetatbestand berufen kann, wenn drei Voraussetzungen kumulativ vorliegen:

1. Verträge ausschließlich zwischen öffentlichen Einrichtungen ohne Beteiligung Privater
2. Kein privater Dienstleistungserbringer darf besser gestellt werden als seine Wettbewerber
3. Die vereinbarte Zusammenarbeit wird nur durch Erfordernisse und Überlegungen bestimmt, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen

Auch der VwGH hat sich der Rechtsprechung des EuGH angeschlossen (siehe etwa VwGH 17.06.2014, 2013/04/0020).

Punkt 4.4.2 der Projektvereinbarung sieht als einen Unterpunkt der Rechte und Pflichten der Zuschlagsempfängerin die "Beauftragung von notwendigen Änderungen an der bestehenden Software" vor. Schon aus diesem Bestandteil des Vertrages geht hervor, dass der Zuschlagsempfängerin die Möglichkeit eingeräumt wird, einen Dritten (in concreto einen Privaten) auf Grundlage dieser Vereinbarung für Adaptierungen heranzuziehen. In Punkt 9.1 der Vereinbarung werden diese "notwendigen Adaptionen" explizit mit einem Gesamtpreis angeführt.

Die Zuschlagsempfängerin legte mit Schreiben vom 05.10.2016 den Vertrag vom 29.04.2010 zwischen der Zuschlagsempfängerin und XXXX über Adaptierungs- und Erweiterungsleistungen vor. Hierzu ist zunächst die (nicht nachvollziehbare) Tatsache festzuhalten, dass dieser Vertrag zu einem Zeitpunkt fixiert wurde, als die Projektvereinbarung zwischen dem Auftraggeber und der Zuschlagsempfängerin überhaupt noch nicht abgeschlossen wurde, jedoch erst diese explizit vorsieht, dass es zu notwendigen Änderungen bzw. Adaptionen kommen soll. Auf die diesbezüglichen Hintergründe muss aber nicht näher eingegangen werden, da aus den vorlegten Unterlagen zweifelsfrei hervorgeht, dass Adaptiondienstleistungen der Firma XXXX jedenfalls auch nach Abschluss der Projektvereinbarung vom 30.07.2010 bzw. 10.08.2010 durchgeführt worden sind (vgl. die seitens des Auftraggebers und der Zuschlagsempfängerin vorgelegten Rechnungen für erbrachte Dienstleistungen der Firma XXXX). In diesem Zusammenhang ist wiederum auf die Aussagen des Herrn XXXX in der mündlichen Verhandlung zu verweisen, in der dieser bestätigte, dass es "mit Sicherheit" zu Änderungen an der bestehenden Software gemäß PunktDie Zuschlagsempfängerin legte mit Schreiben vom 05.10.2016 den Vertrag vom 29.04.2010 zwischen der Zuschlagsempfängerin und römisch 40 über Adaptierungs- und Erweiterungsleistungen vor. Hierzu ist zunächst die (nicht nachvollziehbare) Tatsache festzuhalten, dass dieser Vertrag zu einem Zeitpunkt fixiert wurde, als die Projektvereinbarung zwischen dem Auftraggeber und der Zuschlagsempfängerin überhaupt noch nicht abgeschlossen wurde, jedoch erst diese explizit vorsieht, dass es zu notwendigen Änderungen bzw. Adaptionen kommen soll. Auf die diesbezüglichen Hintergründe muss aber nicht näher eingegangen werden, da aus den vorlegten Unterlagen zweifelsfrei hervorgeht, dass Adaptiondienstleistungen der Firma römisch 40 jedenfalls auch nach Abschluss der Projektvereinbarung vom 30.07.2010 bzw. 10.08.2010 durchgeführt worden sind vergleiche die seitens des Auftraggebers und der Zuschlagsempfängerin vorgelegten Rechnungen für erbrachte Dienstleistungen der Firma römisch 40). In diesem Zusammenhang ist wiederum auf die Aussagen des Herrn römisch 40 in der mündlichen Verhandlung zu verweisen, in der dieser bestätigte, dass es "mit Sicherheit" zu Änderungen an der bestehenden Software gemäß Punkt

4.2. der Projektvereinbarung gekommen ist.

Schließlich ist auf das Schreiben der Zuschlagsempfängerin vom 30.09.2010 an die Kanzlei HASLINGER / NAGELE & PARTNER hinzuweisen, in der die Zuschlagsempfängerin festhält, dass die notwendigen Adaptierungs- und

Erweiterungsleistungen von der Zuschlagsempfängerin bei XXXX auf Basis der ursprünglichen Ausschreibung bzw. des ursprünglichen Leistungsvertrages und der ursprünglichen Zuschlagserteilung beauftragt wurden. Diese Adaptionen wurden somit - entgegen Punkt 9.1., letzter Absatz der Projektvereinbarung - ohne öffentliche Ausschreibung vorgenommen, obwohl der Schwellenwert iSd § 12 Abs. 1 Z 2 BVergG weit überschritten worden ist. Schließlich ist auf das Schreiben der Zuschlagsempfängerin vom 30.09.2010 an die Kanzlei HASLINGER / NAGELE & PARTNER hinzuweisen, in der die Zuschlagsempfängerin festhält, dass die notwendigen Adaptierungs- und Erweiterungsleistungen von der Zuschlagsempfängerin bei römisch 40 auf Basis der ursprünglichen Ausschreibung bzw. des ursprünglichen Leistungsvertrages und der ursprünglichen Zuschlagserteilung beauftragt wurden. Diese Adaptionen wurden somit - entgegen Punkt 9.1., letzter Absatz der Projektvereinbarung - ohne öffentliche Ausschreibung vorgenommen, obwohl der Schwellenwert iSd Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG weit überschritten worden ist.

Daraus folgt aber, dass die Zuschlagsempfängerin alleine nicht im Stande war, die Leistungen aus der Projektvereinbarung zu erbringen. Sie bedurfte dazu die Einbeziehung Privater, in concreto der Firma

XXXX.römisch 40 .

Nach der Rechtsprechung des EuGH darf bei Verträgen, mit denen die Zusammenarbeit von öffentlichen Einrichtungen bei der Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe vereinbart u.a. kein privater Dienstleistungserbringer besser gestellt werden als seine Wettbewerber. In Randnummer 38 des Urteils des EuGH vom 19.12.2012, C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce wird ausgeführt:

Zweitens könnte der im Ausgangsverfahren in Rede stehende Vertrag zu einer Bevorzugung privater Unternehmen führen, wenn zu dem hochqualifizierten externen Personal, das die Universität laut Vertrag zur Durchführung bestimmter Leistungen heranziehen darf, private Dienstleistungserbringer zählen.

Der vom EuGH zu beurteilende Sachverhalt ist mit dem gegenständlichen vergleichbar: Durch die seitens der Zuschlagsempfängerin vorgenommenen Hinzuziehung von Privaten, in concreto der Firma XXXX, um die Leistungen aus der Projektvereinbarung vom 30.07.2010 bzw. 10.08.2010 vollständig erbringen zu können, wird die Firma XXXX jedenfalls besser gestellt als ihre Mitbewerber, denen dadurch die potentielle Möglichkeit, sich an einer öffentlichen Ausschreibung beteiligen zu können, verwehrt worden ist. Daher liegen die Voraussetzungen für die Ausnahmebestimmung einer "interkommunalen Zusammenarbeit" schon aus diesem Grunde nicht vor. Auf das übrige Vorbringen der Antragstellerin musste daher nicht mehr weiter eingegangen werden. Der vom EuGH zu beurteilende Sachverhalt ist mit dem gegenständlichen vergleichbar: Durch die seitens der Zuschlagsempfängerin vorgenommenen Hinzuziehung von Privaten, in concreto der Firma römisch 40 , um die Leistungen aus der Projektvereinbarung vom 30.07.2010 bzw. 10.08.2010 vollständig erbringen zu können, wird die Firma römisch 40 jedenfalls besser gestellt als ihre Mitbewerber, denen dadurch die potentielle Möglichkeit, sich an einer öffentlichen Ausschreibung beteiligen zu können, verwehrt worden ist. Daher liegen die Voraussetzungen für die Ausnahmebestimmung einer "interkommunalen Zusammenarbeit" schon aus diesem Grunde nicht vor. Auf das übrige Vorbringen der Antragstellerin musste daher nicht mehr weiter eingegangen werden.

Zu Spruchpunkt II.: Zu Spruchpunkt römisch zwei.:

Zu diesem Antrag genügt ein Hinweis auf das Erkenntnis des VwGH vom 16.03.2016, 2015/04/0004, in der dieser folgendes ausführte:

Für das fortgesetzte Verfahren wird darauf hingewiesen, dass die Unanwendbarkeit der absoluten Sechsmonatsfrist als Zulässigkeitsvoraussetzung für einen Feststellungsantrag nicht dazu führt, dass eine allenfalls getroffene Feststellung jedenfalls die Nichtigerklärung des Vertrages nach § 334 BVergG 2006 nach sich ziehen muss. Der EuGH hat in Rn. 31 des Urteils C-166/14 zum Ausdruck gebracht, dass die Beschränkung der Geltendmachung der Unwirksamkeit eines Vertrages auf einen bestimmten Zeitraum durch die Notwendigkeit gerechtfertigt ist, für Rechtssicherheit zu sorgen, weshalb die Effektivität dieser Beschränkung respektiert werden sollte. Nach den Erläuterungen zu § 332 Abs. 3 BVergG 2006 (RV 327 BlgNR 24. GP 35) soll das Ziel der Rechtssicherheit auch innerstaatlich verfolgt werden. Der Gesetzgeber hat somit den klaren Willen bekundet, eine Nichtigerklärung von Verträgen nur bei einer Antragstellung innerhalb von sechs Monaten nach Vertragsschluss vorsehen zu wollen, während danach der Rechtssicherheit gegenüber dem diesbezüglichen Rechtsschutzinteresse des Antragstellers der Vorrang eingeräumt werden soll. Im Hinblick auf diesen - auch im Unionsrecht anerkannten - Stellenwert der Rechtssicherheit ist es gerechtfertigt, nach

Ablauf von sechs Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag das Vorliegen eines zwingenden Grundes eines Allgemeininteresses im Sinn des § 334 Abs. 2 zweiter Satz BVergG 2006 anzunehmen, was zur Folge hat, dass - auf Antrag - von einer Nichtigklärung des Vertrages oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß § 334 Abs. 4 oder 5 BVergG 2006 abzusehen und der Vertrag aufrechtzuerhalten ist (zur Verhängung einer Geldbuße vgl. demgegenüber das hg. Erkenntnis vom 11. November 2015, Ra 2015/04/0073). Für das fortgesetzte Verfahren wird darauf hingewiesen, dass die Unanwendbarkeit der absoluten Sechsmonatsfrist als Zulässigkeitsvoraussetzung für einen Feststellungsantrag nicht dazu führt, dass eine allenfalls getroffene Feststellung jedenfalls die Nichtigklärung des Vertrages nach Paragraph 334, BVergG 2006 nach sich ziehen muss. Der EuGH hat in Rn. 31 des Urteils C-166/14 zum Ausdruck gebracht, dass die Beschränkung der Geltendmachung der Unwirksamkeit eines Vertrages auf einen bestimmten Zeitraum durch die Notwendigkeit gerechtfertigt ist, für Rechtssicherheit zu sorgen, weshalb die Effektivität dieser Beschränkung respektiert werden sollte. Nach den Erläuterungen zu Paragraph 332, Absatz 3, BVergG 2006 Regierungsvorlage 327 BlgNR 24. Gesetzgebungsperiode 35) soll das Ziel der Rechtssicherheit auch innerstaatlich verfolgt werden. Der Gesetzgeber hat somit den klaren Willen bekundet, eine Nichtigklärung von Verträgen nur bei einer Antragstellung innerhalb von sechs Monaten nach Vertragsschluss vorsehen zu wollen, während danach der Rechtssicherheit gegenüber dem diesbezüglichen Rechtsschutzinteresse des Antragstellers der Vorrang eingeräumt werden soll. Im Hinblick auf diesen - auch im Unionsrecht anerkannten - Stellenwert der Rechtssicherheit ist es gerechtfertigt, nach Ablauf von sechs Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag das Vorliegen eines zwingenden Grundes eines Allgemeininteresses im Sinn des Paragraph 334, Absatz 2, zweiter Satz BVergG 2006 anzunehmen, was zur Folge hat, dass - auf Antrag - von einer Nichtigklärung des Vertrages oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß Paragraph 334, Absatz 4, oder 5 BVergG 2006 abzusehen und der Vertrag aufrechtzuerhalten ist (zur Verhängung einer Geldbuße vergleiche demgegenüber das hg. Erkenntnis vom 11. November 2015, Ra 2015/04/0073).

Da der verfahrenseinleitende Antrag (01.03.2011) nicht innerhalb der Frist von sechs Monaten nach Abschluss der Projektvereinbarung (30.7.2016 bzw. 10.08.2016) eingebracht worden ist, war spruchgemäß zu entscheiden.

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 zitierte Erkenntnis des VwGH vom 17.06.2014, 2013/04/0020); 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 zitierte Erkenntnis des VwGH vom 17.06.2014, 2013/04/0020); 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, Arzneimittel, Ausschreibung,
ausschreibungsfreie Zusammenarbeit, Bindungswirkung, Datenabfragen,
Dienstleistungen, Dienstleistungsauftrag, Entgeltlichkeit, EuGH,
Feststellungsantrag, Feststellungsverfahren, Frist, Gutachten,
Kooperation, mündliche Verhandlung, Nichtigklärung Vertrag /
Geldbuße, öffentliche Interessen, öffentlicher Auftraggeber,
Projektab sicht, Rechnungslegung, Rechtswidrigkeit, Rechtzeitigkeit,

Unentgeltlichkeit, Vergabeverfahren, Vorabentscheidungsersuchen,
vorherige Bekanntmachung, VwGH

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2016:W123.2006575.1.00

Zuletzt aktualisiert am

07.11.2016

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at