

# TE Vwgh Erkenntnis 2005/3/1 2003/04/0008

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 01.03.2005

## Index

L72007 Beschaffung Vergabe Tirol;  
97 Öffentliches Auftragswesen;

## Norm

BVergG 1997 §15 Z1;  
BVergG 1997 §15 Z2;  
BVergG 1997 §15 Z4;  
BVergG 1997 §3 Abs1;  
LVergG Tir 1998 §1;  
LVergG Tir 1998 §5 Abs1 lita;  
LVergG Tir 1998 §5 Abs1 litb;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. W. Pesendorfer und die Hofräte Dr. Stöberl, Dr. Rigler, Dr. Bayjones und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Weiss, über die Beschwerde der Ö AG in W, vertreten durch Dr. Rainer Roniger und DDr. Christian

F. Schneider, Rechtsanwälte in 1220 Wien, Donau-City-Straße 11, gegen den Bescheid des unabhängigen Verwaltungssenates in Tirol vom 18. November 2002, Zl. uvs-2001/K11/023/9, betreffend Zurückweisung von Anträgen auf Nachprüfung eines Vergabeverfahrens (mitbeteiligte Parteien: 1. Land Tirol, Amt der Tiroler Landesregierung, 6020 Innsbruck, Eduard-Wallnöfer-Platz 3,

2. T GmbH, I, Astraße 35), zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Das Land Tirol hat der beschwerdeführenden Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit Bescheid des UVS in Tirol vom 18. November 2002 wurden die Anträge der beschwerdeführenden Partei auf Nachprüfung von im Einzelnen genannten, von den mitbeteiligten Parteien im Vergabeverfahren "Pensionskasse, GZ 09/00-034-010", getroffenen Entscheidungen wegen Unzuständigkeit des UVS in Tirol zurückgewiesen. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, die mitbeteiligten Parteien hätten die Einrichtung eines Pensionskassenmodells im

offenen Verfahren europaweit zur Vergabe ausgeschrieben. Der Ausschreibung sei eine Vereinbarung gemäß § 3 Betriebspensionsgesetz zwischen den mitbeteiligten Parteien und ihren jeweiligen Personalvertretungen vorangegangen. In dieser Vereinbarung seien die mitbeteiligten Parteien und die jeweiligen Personalvertretungen überein gekommen, zu welchen Bedingungen die mitbeteiligten Parteien ein Pensionskassenmodell einrichten dürften bzw. was Inhalt eines mit einer Pensionskasse abzuschließenden Vertrages sein dürfe. Die beschwerdeführende Partei habe sich an der Ausschreibung beteiligt und ein Angebot gelegt; der Zuschlag sei von den mitbeteiligten Parteien mit Schreiben vom 28. Mai 2001 allerdings der A AG erteilt worden. Zur Frage, ob die Ausschreibung der Leistungen einer Pensionskasse im Rahmen eines Vergabeverfahrens zu erfolgen habe, sei festzuhalten, dass das Vergaberecht prinzipiell nur Dienstleistungen gegenüber dem Auftraggeber erfasse, der diese auch vergüte.

Dienstleistungsverträge seien gemäß Art. 1 lit. a RL 92/50 (Dienstleistungsrichtlinie) die zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge. § 3 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 1997 (BVergG 1997) bestimme, dass Dienstleistungsverträge entgeltliche Aufträge sind, deren Vertragsgegenstand Dienstleistungen im Sinne der Anhänge III und IV seien. Unter den Begriff des Auftragnehmers falle gemäß § 15 Z. 4 BVergG 1997 jeder Unternehmer, mit dem vertraglich vereinbart werde, dem Auftraggeber eine Leistung gegen Entgelt zu erbringen. Demnach seien vom Vergaberecht Leistungsaustausche zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Dienstleistungserbringer erfasst; die Auftragsleistung müsse gegenüber dem Auftraggeber erfolgen, der auch das Entgelt dafür bezahle. Demgegenüber erfolge bei dem der Ausschreibung zu Grunde liegenden Pensionskassenvertrag der Leistungsaustausch nicht zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und der Pensionskasse, sondern zwischen den anwartschaftsberechtigten Arbeitnehmern (der mitbeteiligten Parteien) und der Pensionskasse. Die Leistung der Pensionskasse bestehe darin, die Beiträge für die anwartschaftsberechtigten Arbeitnehmer zu halten und zu verwalten. Die anwartschaftsberechtigten Arbeitnehmer hätten bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses einen Anspruch gegen die Pensionskasse auf Pensionsleistung. Im Falle des Ausscheidens des Anwartschaftsberechtigten aus dem Dienstverhältnis vor Eintritt des Leistungsfalles bestünden unterschiedliche Verfügungsmöglichkeiten des Anwartschaftsberechtigten. Als Gegenleistung (Entgelt) für die Leistungen der Pensionskasse sei diese berechtigt, von den hereingenommenen Dienstgeberbeiträgen Verwaltungskosten abzuziehen. Die Dienstgeberbeiträge stellten allerdings einen gesetzlichen Gehaltsbestandteil der Dienstnehmer dar. Dies erhelle schon aus dem Umstand, dass der auf Grund eines Landtagsbeschlusses bestehende Anspruch der Dienstnehmer auf Gewährung von Pensionszuschüssen insoweit erlösche, als ein Dienstnehmer seinen Beitritt zum Pensionskassenmodell erkläre. Die Verwaltungskosten der Pensionskasse würden somit von einem Gehaltsbestandteil der Dienstnehmer abgezogen; das Entgelt für die Dienstleistungen der Pensionskasse würde also von den Arbeitnehmern der mitbeteiligten Parteien bezahlt und nicht von den mitbeteiligten Parteien. Die Dienstleistungen der Pensionskasse erfolgten für Rechnung der Arbeitnehmer. Das Dienstleistungsverhältnis bestehe somit zwischen der Pensionskasse und den anwartschaftsberechtigten Dienstnehmern. Die Auswahl der Pensionskasse sei folglich nicht im Rahmen eines Vergabeverfahrens zu treffen. An der Dienstleistungsbeziehung zwischen der Pensionskasse und den anspruchsberechtigten Arbeitnehmern ändere der Umstand, dass der Arbeitgeber (die mitbeteiligten Parteien) zur Beitragsleistung auf Grund des von ihnen abgeschlossenen Pensionskassenvertrages verpflichtet sei, nichts; seien es doch Gelder der Arbeitnehmer, mit denen die Pensionskasse eine Dienstleistung für die Arbeitnehmer erbringe. Auch sei, wenn man die in der Ausschreibung angegebenen Auswahlkriterien betrachte (laufende Kosten 45 %, Veranlagungskosten 30 %, einmalige Kosten 15 %, Mitsprache 10 %), die Intention, die wirtschaftlich günstigste Leistung für die mitbeteiligten Parteien zu erzielen, gerade nicht verfolgt worden. Vielmehr sollte ein optimales Preis-Leistungsverhältnis für die Arbeitnehmergemeinschaft erreicht werden, die entscheidende Mitbestimmungsrechte habe und die Leistungen der Pensionskasse letztlich auch bezahle. Die mitbeteiligten Parteien könnten keinesfalls ohne Einvernehmen mit den Arbeitnehmern bzw. den Personalvertretungen eine Pensionskasse auswählen. Ein Vergabeverfahren wäre mit der vorgegebenen Arbeitnehmermitbestimmung "kaum vereinbar". Die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer (Teilnahme an der Hauptversammlung, Entsendung von Vertretern in den Aufsichtsrat) und letztlich auch die Einrichtung eines Beratungsausschusses (mit direktem Einfluss auf den Geschäftsverlauf der Pensionskasse und die Veranlagung der Beiträge) seien mit Zuschlagskriterien im Vergabeverfahren ebenfalls nicht vereinbar. Das Tiroler Vergabegesetz 1998 sei somit auf den dem Verfahren zu Grunde liegende Abschluss eines Pensionskassenvertrages nicht anzuwenden; eine Zuständigkeit des UVS in Tirol zur Nachprüfung sei nicht gegeben.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt wird. Auch die mitbeteiligten Parteien erstatteten eine Gegenschrift, in der sie die Abweisung der Beschwerde beantragten.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die beschwerdeführende Partei erachtet sich ihrem gesamten Vorbringen zufolge durch den angefochtenen Bescheid in den ihr vergabegesetzlich gewährleisteten Rechten verletzt. Sie bringt hiezu im Wesentlichen vor, die Auffassung, es bestehe kein Leistungsaustausch zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Dienstleistungserbringer, sei unzutreffend. Der Pensionskassenvertrag müsste nämlich zwischen dem Arbeitgeber und der Pensionskasse zu Gunsten der Arbeitnehmer abgeschlossen werden. Auch Verträge eines öffentlichen Auftraggebers zu Gunsten Dritter seien Aufträge im Sinne des Vergaberechts. Ein Leistungsaustausch zwischen Arbeitgeber und Pensionskasse sei im vorliegenden Fall schon deshalb anzunehmen, weil die mitbeteiligten Parteien Arbeitgeberanteile zu zahlen hätten; dass diese Beiträge arbeitsrechtlich als Entgeltsbestandteile der Arbeitnehmer gelten, ändere nichts daran, dass ein zivilrechtlicher Leistungsaustausch zwischen den mitbeteiligten Parteien und der Pensionskasse stattfinde. Es bestehe eine zivilrechtliche Verpflichtung der mitbeteiligten Parteien gegenüber der Pensionskasse; bei Nichterfüllung könnten die mitbeteiligten Parteien durch die Pensionskasse geklagt werden. Ein weiterer Leistungsaustausch liege darin, dass die administrative Abwicklung zwischen Arbeitgeber und Pensionskasse erfolge. Nicht der einzelne Arbeitnehmer, sondern der Arbeitgeber führe den Datenaustausch mit der Pensionskasse durch. Im Übrigen stellten Arbeitgeberbeiträge in eine Pensionskasse steuerrechtlich keinen Arbeitslohn der Arbeitnehmer dar. Es müsse nach dem Pensionskassenvertrag zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträgen unterschieden werden. Nur Letztere würden vom Gehalt abgezogen. Das "Dreiecksverhältnis" zwischen Dienstgeber, Dienstnehmer und Pensionskasse sei dahin aufzulösen, dass die Betriebspension eine Zusage des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer darstelle, die vom Arbeitgeber erfüllt werde, indem er einen Vertrag über die Einrichtung oder den Beitritt zu einer Pensionskasse abschließe. Die Pensionskasse sei somit ein "Gehilfe" des Arbeitgebers zur Erfüllung seiner arbeitsrechtlichen Verpflichtungen. Das relevante Entgelt bestehe im Ersatz der Verwaltungskosten; diese müssten vom Dienstgeber bezahlt werden. Selbst wenn die Arbeitgeberbeiträge aber als Leistungen der Arbeitnehmer zu qualifizieren seien, so ändere dies nichts am Vorliegen eines Dienstleistungsauftrages; dieser werde durch den Umstand, dass das Entgelt von einem Dritten geleistet werde, noch nicht ausgeschlossen. Schließlich seien Pensionskassenleistungen sowohl in den CPC (Central Product Classification) als auch in den CPV (CPC-Referenznummer 81212 bzw. CPV-Referenznummer 7206ff) explizit enthalten. Die Überlegungen der belangten Behörde betreffend die Unvereinbarkeit der Arbeitnehmermitbestimmung mit dem Vergaberecht gingen allerdings - wie näher dargelegt - "völlig ins Leere". Der verfahrensgegenständliche Pensionskassenvertrag hätte daher als Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 3 BVergG 1997 qualifiziert werden müssen. Im Übrigen habe die belangte Behörde, indem sie die angefochtene Entscheidung ohne vorgängige mündliche Verhandlung getroffen habe, Verfahrensvorschriften verletzt. Es sei auch übersehen worden, dass der angefochtene Bescheid (u.a.) über Anträge der beschwerdeführenden Partei betreffend die Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgesprochen habe, obwohl hierüber bereits abweislich entschieden worden sei.

Gemäß § 1 des im vorliegenden Fall anzuwendenden Tiroler Vergabegesetzes 1998 gilt dieses Gesetz nach Maßgabe der nach § 5 anzuwendenden Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 1997 u.a. für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen durch öffentliche Auftraggeber nach § 2.

Gemäß § 5 Abs. 1 lit. a und lit. b Tiroler Vergabegesetz waren auf die Vergabe von Aufträgen u.a. die Bestimmungen des 1. Hauptstückes des 1. Teiles sowie des 2. Teiles (mit Ausnahme des § 34) des Bundesvergabegesetzes 1997 sinngemäß anzuwenden.

Gemäß § 3 Abs. 1 des Bundesvergabegesetzes 1997 gilt dieses Bundesgesetz - von hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen abgesehen - für entgeltliche Dienstleistungsaufträge im Sinne der Anhänge III und IV, wobei "finanzielle Dienstleistungen

a) Versicherungsleistungen" im Anhang III unter Kategorie 6 (CPC-Referenznummer 812, 814) genannt sind.

Gemäß § 15 Z. 1 BVergG 1997 sind unter Vergabeverfahren alle Vorgänge zu verstehen, die zum Abschluss eines Vertrages zwischen einem Auftraggeber und einem Auftragnehmer führen. Auftraggeber ist gemäß § 15 Z. 2 leg. cit. jede natürliche oder juristische Person, die vertraglich an einen Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von

Leistungen gegen Entgelt erteilt oder zu erteilen beabsichtigt. Auftragnehmer ist gemäß § 15 Z. 4 leg. cit. jeder Unternehmer, mit dem vereinbart wird, dem Auftraggeber eine Leistung gegen Entgelt zu erbringen.

Dem angefochtenen Bescheid liegt die Auffassung zu Grunde, bei der Einrichtung eines Pensionskassenmodells für Dienstnehmer, die in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis zu den mitbeteiligten Parteien stehen, handle es sich nicht um einen unter das BVergG 1997 fallenden entgeltlichen Dienstleistungsauftrag, weil kein entgeltliches Dienstleistungsverhältnis zwischen dem - als öffentliche Auftraggeber in Betracht kommenden - mitbeteiligten Parteien und der Pensionskasse zu Stande komme, sondern ein Dienstleistungsverhältnis zwischen der Pensionskasse und den - nicht als öffentliche Auftraggeber in Betracht kommenden - anwartschaftsberechtigten Arbeitnehmern.

Nach Ausweis der vorgelegten Verwaltungsakten besteht ein Beschluss des Tiroler Landtages, wonach ausscheidenden Landesbediensteten und ihren Hinterbliebenen (ausgenommen Vertragslehrer und in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehende Bedienstete) ein Pensionszuschuss zu der ihnen nach sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften (ASVG) zustehenden Pension aus Landesmitteln zu gewähren ist. Der Anspruch auf Pensionszuschuss besteht nach Maßgabe der Erfüllung im Einzelnen dargelegter Voraussetzungen; der Gewährung des Pensionszuschusses wird eine Beitragsleistung durch den Bediensteten in näher dargestelltem Ausmaß zu Grunde gelegt.

An die Stelle (bzw. an die Seite) dieses Pensionsversorgungssystems soll ein Pensionskassensystem entsprechend einer Vereinbarung zwischen dem Land Tirol und der Zentralpersonalvertretung beim Amt der Tiroler Landesregierung sowie zwischen der T GmbH und dem Zentralbetriebsrat gesetzt werden: Demnach erklärt sich der (jeweilige) Dienstgeber (Land Tirol, T GmbH) bereit, für seine Dienstnehmer eine Versorgung durch den Beitritt zu einer überbetrieblichen Pensionskasse anzubieten, zu welchem Zweck der (jeweilige) Dienstgeber mit einer überbetrieblichen Pensionskasse einen Pensionskassenvertrag abschließt; die Teilnahme an der Pensionskasse seitens der Dienstnehmer erfolgt in der Folge durch Beitritt auf freiwilliger Basis. Pensionskassenbeiträge würden sowohl von den Dienstgebern als auch von den (beitretenden) Arbeitnehmern erbracht; sämtliche Kosten der Pensionskasse (allgemeine Verwaltungskosten, Auszahlungskostenreserve, Vermögensverwaltungskosten etc.) sind ebenso wie sämtliche anfallende Abgaben und Gebühren im Dienstgeberbeitrag "inkludiert" (dies gilt auch für den - nach dem Pensionskassengesetz - auf den Dienstnehmeranteil entfallenden Verwaltungskostenanteil, der "vom Dienstgeberanteil in Abzug gebracht" wird). Tritt ein Dienstnehmer der Pensionskasse bei, so gebührt ihm der - oben erwähnte - Pensionszuschuss des Landes Tirol nicht mehr. Pensionsleistungen werden direkt durch die Pensionskasse erbracht.

Gegenstand des auf der Grundlage dieser Vereinbarung ausgeschriebenen "Pensionskassenmodells" ist die Übernahme der (bisher) vom Land wahrgenommenen (zusätzlichen) Pensionsvorsorge. Ausgeschrieben ist der Abschluss eines Pensionskassenvertrages zwischen den mitbeteiligten Parteien und einer (überbetrieblichen) Pensionskasse, in dem sich diese gegen Ersatz ihrer Kosten (allgemeine Verwaltungskosten etc.) verpflichtet, Pensionsleistungen an (beitretende) Arbeitnehmer der mitbeteiligten Parteien zu erbringen sowie Pensionskassenbeiträge hereinzunehmen und zu veranlagern.

Aus diesem Vertrag ist die Pensionskasse gegenüber den mitbeteiligten Parteien zur Erbringung der erwähnten vertraglich vereinbarten Leistungen verpflichtet; die mitbeteiligten Parteien ihrerseits sind zur Bezahlung der Arbeitgeberbeiträge einschließlich der Abgeltung der Kosten, die der Pensionskasse aus der Erbringung ihrer Leistungen erwachsen, verpflichtet. Die Pensionskasse hat also gegenüber den mitbeteiligten Parteien die Verpflichtung, die vertraglich vereinbarten Dienstleistungen nach Maßgabe der vertraglich umschriebenen Voraussetzungen gegen ein von den mitbeteiligten Parteien zu leistendes Entgelt zu erbringen. Solcherart sind allerdings sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen für das Vorliegen eines unter § 3 Abs. 1 BVergG 1997 fallenden entgeltlichen Dienstleistungsauftrages erfüllt.

Wenn die belangte Behörde demgegenüber die Auffassung vertritt, das Entgelt für die Dienstleistungen der Pensionskasse würde von den Arbeitnehmern bezahlt, weil Dienstgeberbeiträge als Gehaltsbestandteile in Wahrheit Leistungen der Arbeitnehmer seien, denen andererseits auch die Pensionsleistungen zu erbringen seien, sodass tatsächlich ein Dienstleistungsverhältnis zwischen den Arbeitnehmern und der Pensionskasse bestehe, so entfernt sie sich vom ausgeschriebenen "Pensionskassenmodell". Nach dem den Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildenden Pensionskassenvertrag sind es nämlich die mitbeteiligten Parteien, die zur Leistung der Dienstgeberbeiträge

und insbesondere zur Abgeltung der der Pensionskasse erwachsenden Kosten verpflichtet sind. Der Frage, ob diese Leistungen der mitbeteiligten Parteien arbeitsrechtlich als Gehaltsbestandteil ihrer Arbeitnehmer zu qualifizieren sind, muss jedoch nicht nachgegangen werden. Es ändert nämlich der Rechtsgrund für die mitbeteiligten Parteien, einen Pensionskassenvertrag abzuschließen und darin vertragliche Verpflichtungen gegenüber der Pensionskasse zu übernehmen, nichts an der - in der Folge nach diesem Vertrag vorzunehmenden - Qualifikation der von mitbeteiligten Parteien an die Pensionskasse zu erbringenden Leistungen als Leistungen der mitbeteiligten Parteien, die in Erfüllung dieser Vertragspflicht erbracht werden; es sind eben die mitbeteiligten Parteien, die den Pensionskassenvertrag abschließen und vertragliche Verpflichtungen übernehmen und nicht die Arbeitnehmer der mitbeteiligten Parteien. Sie sind es auch, die aus diesem Vertrag Anspruch auf Erfüllung der von der Pensionskasse darin übernommenen Verpflichtungen haben. Dieser Anspruch darf aber nicht mit den Ansprüchen der Arbeitnehmer verwechselt werden, die ihre Grundlage in den mit der Pensionskasse abgeschlossenen (Beitritts-)Verträgen haben.

Dass der Arbeitnehmervertretung bei der Auswahl der Pensionskasse Mitwirkungsrechte zukommen, ist im Gegensatz zur Auffassung der belangten Behörde gleichfalls kein Grund, der gegen die Anwendung des Vergabegesetzes mit Erfolg ins Treffen geführt werden kann; ist es doch Sache des Auftraggebers, in der Ausschreibung jene Zuschlagskriterien anzugeben und zu gewichten, die eine bedarfs- und sachgerechte Auswahl gewährleisten. Es liegt daher am Auftraggeber, in der Ausschreibung Vorsorge zu treffen, dass die Interessen der Arbeitnehmer, um deren (zusätzliche) Pensionsvorsorge es geht, gewahrt werden.

Die belangte Behörde hat daher, indem sie in Verkennung der Rechtslage die Anwendung des Tiroler Vergabegesetzes und damit ihre Zuständigkeit verneint hat, den angefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet; dieser war daher - ohne auf das weitere Beschwerdebringen einzugehen - gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben.

Die Entscheidung über den Aufwandsersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 333/2003. Wien, am 1. März 2005

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2005:2003040008.X00

**Im RIS seit**

30.03.2005

**Zuletzt aktualisiert am**

07.10.2008

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)