jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vwgh Erkenntnis 2019/4/30 Ro 2016/04/0053

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 30.04.2019

Index

E1E
E6A
E6J
37/01 Geldrecht Währungsrecht
37/02 Kreditwesen
57/01 Versicherungsaufsicht
59/04 EU - EWR
67 Versorgungsrecht
97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

BMSVG 2002
BMSVG 2002 §11
BMSVG 2002 §16
BMSVG 2002 §18 Abs1
BMSVG 2002 §18 Abs2
BMSVG 2002 §6
BVergG 2006 §10 Z12
BVergG 2006 §16 Abs1 Z2
BVergG 2006 §16 Abs6
BVergG 2006 §351
BWG 1993 §1 Abs1 Z21
VAG 2016 §6
12010E049 AEUV Art49
12010E056 AEUV Art56
61996CJ0176 Lehtonen VORAB
62003CJ0458 Parking Brixen VORAB
62008CJ0271 Kommission / Deutschland
62013CJ0015 Datenlotsen Informationssysteme VORAB
62014CJ0432 O / Bio Philippe Auguste VORAB
62015CJ0298 Borta VORAB
62016TJ0308 Marsh / EUIPO (ClaimsExcellence)

62017CJ0699 Allianz Vorsorgekasse VORAB

Beachte

Vorabentscheidungsverfahren:
* EU-Register: EU 2017/0010
* Enderledigung des gegenständlichen Ausgangsverfahrens im fortgesetzten Verfahren:
Ro 2016/04/0053 B 29.11.2017

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Rigler, die Hofräte Dr. Kleiser und Dr. Mayr, Hofrätin Mag. Hainz-Sator sowie Hofrat Dr. Pürgy als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.a Sowa, über die Revision der A AG in W, vertreten durch die SHMP Schwartz Huber-Medek Pallitsch Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Hohenstaufengasse 7, gegen den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichtes vom 13. September 2016, Zl. W131 2131380-1/27E, betreffend vergaberechtliches Feststellungsverfahren (mitbeteiligte Parteien: 1. B GmbH, B GmbH, W GmbH, V GmbH, A GmbH, alle in W und alle vertreten durch die Haslinger / Nagele & Partner Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Mölker Bastei 5; 2. f AG in W, vertreten durch die Heid & Partner Rechtsanwälte GmbH in 1030 Wien, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Beschluss wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der Revisionswerberin Aufwendungen in der Höhe von € 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

I.

1 1. Bei den fünf, miteinander in einem Konzern verbundenen, erstmitbeteiligten Parteien (im Folgenden: Auftraggeberinnen) handelt es sich - wie auch von ihnen selbst nicht in Abrede gestellt wird - um Einrichtungen des öffentlichen Rechts im Sinn des § 3 Abs. 1 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006) und somit um öffentliche Auftraggeber.

2 Als Arbeitgeber sind die Auftraggeberinnen gemäß § 6 Abs. 1 Betriebliches Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz (BMSVG) verpflichtet, für ihre Arbeitnehmer einen Beitrag von 1,53 % des monatlichen Entgelts (im Wege des zuständigen Sozialversicherungsträgers) an eine Betriebliche Vorsorgekasse (im Folgenden: BV-Kasse) zur Verwaltung und Veranlagung dieser Beiträge zu überweisen. Dafür ist nach § 11 BMSVG ein Beitrittsvertrag zwischen der BV-Kasse und dem beitretenden Arbeitgeber abzuschließen. Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitnehmer gegen die BV-Kasse einen Anspruch auf Abfertigung (§ 14 BMSVG), der sich im Wesentlichen (abzüglich bestimmter Kosten und zuzüglich der Veranlagungsergebnisse) aus den eingezahlten Beiträgen zusammensetzt (§ 15 in Verbindung mit § 3 Z 3 BMSVG).

3 2. Bis zum Jahr 2016 bestand zwischen den Auftraggeberinnen und der Revisionswerberin jeweils ein solcher Beitrittsvertrag. Im Februar 2016 wurde auf nationaler Ebene eine Bekanntmachung über die Durchführung eines offenen Verfahrens im Unterschwellenbereich betreffend die Auswahl einer BV-Kasse veröffentlicht. Beschaffungsziel war der Abschluss eines Beitrittsvertrages sowie im Zusammenhang mit einem allfälligen Wechsel der BV-Kasse die Übertragung von Abfertigungsanwartschaften (im Sinn des § 12 BMSVG). Als Auftraggeber bzw. beitretende Arbeitgeber wurden die fünf erstmitbeteiligten Parteien genannt. Als Leistungsbeginn war der 1. Jänner 2017 vorgesehen.

4 Die Revisionswerberin legte ebenso wie die zweitmitbeteiligte Partei ein Angebot. Am 17. Juni 2016 gaben die Auftraggeberinnen (nach Zurückziehung ihrer ersten Zuschlagsentscheidung zum zweiten Mal) ihre Absicht bekannt, den Zuschlag in diesem Vergabeverfahren der zweitmitbeteiligten Partei (im Folgenden: Auftragnehmerin) zu erteilen. Mit Schriftsatz vom 24. Juni 2016 beantragte die Revisionswerberin die Nichtigerklärung dieser Zuschlagsentscheidung. Am 29. Juni 2016 wurde die Zuschlagsentscheidung vom 17. Juni 2016 zurückgezogen und das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren wurde daraufhin eingestellt. Am 8. Juli 2016 wurde das im Februar 2016 eingeleitete Vergabeverfahren seitens der Auftraggeberinnen widerrufen.

5 Bereits am 30. Juni 2016 hatten die Auftraggeberinnen die jeweils mit der Revisionswerberin bestehenden Beitrittsverträge mit Wirkung zum 31. Dezember 2016 gekündigt. Angeschlossen war jeweils eine Übernahmebestätigung, mit der die Auftragnehmerin die Übertragung der Abfertigungsanwartschaften der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Auftraggeberinnen (auf sie) bestätigte. Die Auftraggeberinnen hatten - wie von ihnen selbst im Verfahren vorgebracht - am 29. Juni 2016 jeweils einen (Beitritts)Vertrag mit der Auftragnehmerin abgeschlossen.

6 3. Mit Schriftsatz vom 29. Juli 2016 beantragte die Revisionswerberin die Feststellung, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung durch die Auftraggeberinnen sowie die Zuschlagserteilung an die Auftragnehmerin ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung rechtswidrig gewesen seien. Weiters wurde die Feststellung beantragt, dass der Zuschlag an die Auftragnehmerin nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt worden sei.

7 Die Revisionswerberin brachte vor, dass der gegenständliche Vertragsabschluss dem BVergG 2006 unterliege. Die - außerhalb des oben geschilderten Vergabeverfahrens erfolgte - Direktvergabe sei daher rechtswidrig. Sollte die Zuschlagserteilung im Rahmen dieses - erst später widerrufenen - Vergabeverfahrens erfolgt sein, wäre zu Unrecht keine weitere Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben worden.

8 Die Auftragnehmerin und die Auftraggeberinnen erstatteten jeweils Stellungnahmen, in denen sie vorbrachten, dass das BVergG 2006 auf den vorliegenden Beschaffungsvorgang nicht anwendbar sei.

9 4. Mit dem angefochtenen Beschluss vom 14. September 2016 wies das Bundesverwaltungsgericht den Feststellungsantrag der Revisionswerberin zurück und erklärte die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG für zulässig.

10 Das Verwaltungsgericht legte seiner Entscheidung einen geschätzten Auftragswert der Beitrittsverträge in der Höhe von zusammengerechnet € 174.000,- zugrunde, wobei dafür die vom Arbeitgeber an die BV-Kasse zu entrichtenden Verwaltungskosten und die von dieser einzubehaltende Vermögensverwaltungsvergütung nach § 26 Abs. 1 und 3 BMSVG (im Folgenden zusammengefasst: Verwaltungskosten) als maßgeblich angesehen wurden. Dieser Wert sei von der Revisionswerberin für sich genommen nicht substanziiert bestritten worden.

11 Zwar habe die Revisionswerberin die Auffassung vertreten, dass für die Auftragswertberechnung die an die BV-Kasse zu entrichtenden Beiträge (und nicht bloß die einzubehaltenden Verwaltungskosten) heranzuziehen seien. Das Verwaltungsgericht ging in seinen rechtlichen Erwägungen aber davon aus, dass das Entgelt der BV-Kasse - anders als bei Versicherungsleistungen, bei denen die Versicherungsprämie und somit die Gesamtzahlung des Versicherten an den Versicherer das Entgelt für die Hauptleistung des Versicherers sei - nicht in den zur Veranlagung überlassenen Beiträgen bestehe, sondern nur in den Verwaltungskosten gemäß § 26 BMSVG, welche die BV-Kasse für sich verrechnen dürfe. Die Tätigkeit der BV-Kasse, die Verwaltung und Veranlagung eines Teils des Entgelts der Arbeitnehmer, werde nur durch diese Verwaltungskosten abgegolten. Somit sei der gegenständliche Auftrag dem Unterschwellenbereich zuzuordnen, weshalb das unionsrechtliche Sekundärrecht nicht maßgeblich sei. Der Fall sei daher nach den nationalen Vorschriften zu lösen.

12 Davon ausgehend gelangte das Verwaltungsgericht zur Ansicht, dass das BMSVG den Vorschriften des BVergG 2006 als speziellere Norm vorgehe, weil für die BV-Kasse ein Kontrahierungszwang vorgeschrieben sei, der Abschluss des Beitrittsvertrages der Mitwirkung der Arbeitnehmerschaft bedürfe und der Arbeitgeber einen Kompromiss mit der Arbeitnehmerschaft suchen müsse bzw. mangels Einigung eine Schlichtungsstelle mittels Bescheid (und somit durch einen hoheitlichen Verwaltungsakt) zu entscheiden habe. Zudem liege dem BMSVG ein sozialer Schutzzweck, nämlich die finanzielle Absicherung von Arbeitnehmern nach dem Ende einer Beschäftigung, zugrunde. Die besonderen Vertragsabschlussvorschriften des BMSVG seien mit den Regelungen des BVergG 2006 nicht harmonisiert, vielmehr stünden sie dazu in einem unüberbrückbaren Widerspruch.

13 Auf Grund der fehlenden Anwendbarkeit des BVergG 2006 sei das Verwaltungsgericht zur inhaltlichen Behandlung des Feststellungsantrages nicht zuständig, der Antrag sei daher zurückzuweisen gewesen.

14 Die ordentliche Revision erklärte das Verwaltungsgericht für zulässig, weil keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes dazu bestehe, ob der Abschluss von Beitrittsverträgen von öffentlichen Auftraggebern - in deren Arbeitgeberfunktion - zu BV-Kassen unter Einhaltung der Bestimmungen des BVergG 2006 zu erfolgen habe.

15 5. Gegen diesen Beschluss erhob die Revisionswerberin ordentliche Revision.

16 Die Revisionswerberin bringt vor, die hier gegenständlichen Leistungen der betrieblichen Mitarbeitervorsorge seien Dienstleistungsaufträge und unterlägen daher dem sachlichen Anwendungsbereich des BVergG 2006. Diesbezüglich verweist sie auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) sowie des Verwaltungsgerichtshofes zu den (ihrer Ansicht nach: vergleichbaren) Pensionskassenleistungen (Verweis insbesondere auf das Urteil EuGH 15.7.2010, Kommission gegen Deutschland, C-271/08). Die (nach Ansicht der Revisionswerberin bloß theoretisch bestehende) Möglichkeit der Ablehnung einer BV-Kasse durch den Betriebsrat führe nicht dazu, dass der vorliegende Auftrag aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts herausfalle. Der Vertrag sei entgeltlich, weil die Beiträge vom Arbeitgeber auf eigene Rechnung bezahlt würden. Die Ausnahme des § 10 Z 12 BVergG 2006 für Arbeitsverträge sei nicht einschlägig, weil die von der BV-Kasse eigenständig erbrachten Leistungen nicht dem Arbeitgeber zugerechnet werden könnten.

17 Weiters geht die Revisionswerberin davon aus, dass es sich bei der betrieblichen Mitarbeitervorsorge (wie bei einer Pensionskassenleistung) um eine Versicherungsleistung handle, weshalb der Auftragswert auf Basis der gesamten zu überweisenden Beiträge und nicht bloß der Verwaltungskosten zu ermitteln sei.

18 6. Die Auftraggeberinnen und die Auftragnehmerin erstatteten jeweils eine Revisionsbeantwortung.

19 Darin wird vorgebracht, der Arbeitgeber sei beim Abschluss des Beitrittsvertrages an den Willen der Arbeitnehmerschaft gebunden bzw. - wenn keine Einigung zustande komme - entscheide die Schlichtungsstelle durch Bescheid. Da es um die Verwaltung und Veranlagung von Entgeltansprüchen der Arbeitnehmerschaft gehe, stehe die Funktion als Arbeitgeber (und nicht als öffentlicher Auftraggeber) im Vordergrund. Die Auftraggeberinnen könnten keinen autonomen Willen dahingehend bilden, einen bestimmten Bieter zu bevorzugen, weshalb die Einhaltung des Vergaberechts nicht geboten sei. Zudem stehe die Durchführung eines Vergabeverfahrens nach dem BVergG 2006 mit den im BMSVG vorgesehenen Fristen nicht in Einklang. Werde innerhalb der vorgesehenen Fristen keine BV-Kasse ausgewählt, erfolge eine Zuweisung durch den zuständigen Sozialversicherungsträger. Da die Arbeitnehmerschaft bzw. ihre Vertretung nicht an das Vergaberecht gebunden sei, entstünde ein unauflösbarer Konflikt, wenn sich die Arbeitnehmerschaft gegen den im Vergabeverfahren ermittelten Bestbieter aussprechen würde.

20 Die Rechtsprechung zu den Pensionskassenleistungen erachten die mitbeteiligten Parteien als nicht übertragbar, weil die Regelungen jeweils unterschiedliche Zielsetzungen verfolgten und die Leistungen nicht vergleichbar seien. Die Leistungen der BV-Kasse (Auszahlung von Abfertigungen) seien nicht als Versicherungsleistungen anzusehen, weil der Eintritt des Leistungsfalles nicht ungewiss sei und jeder Anspruchsberechtigte die ihm zukommende Leistung - ohne ein System kollektiver Risikoübernahme - selbst finanziere. Ausgehend davon seien als Entgelt nicht die Beiträge insgesamt, sondern nur die Verwaltungskosten heranzuziehen.

21 Weiters wird die fehlende Anwendbarkeit des Vergaberechts auch damit begründet, dass kein Leistungsaustausch zwischen der BV-Kasse und dem Arbeitgeber erfolge, weil die Arbeitnehmer das Entgelt für die erbrachte Dienstleistung selbst zahlen würden. Der Arbeitgeber agiere als „verlängerter Arm“ der Arbeitnehmerschaft. Schließlich sei das BVergG 2006 auch deshalb nicht anwendbar, weil die Mitarbeitervorsorge eine Absicherung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses sei, den Abfertigungen daher Entgeltcharakter zukomme und der Beschaffungsvorgang somit unter den Ausnahmetatbestand für Arbeitsverträge falle.

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

2 2 1. Mit den dargestellten Ausführungen des Verwaltungsgerichtes (Rn. 14) sowie dem Vorbringen der Revisionswerberin (Rn. 16) wird eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG aufgezeigt.

23 Soweit die Auftraggeberinnen und die Auftragnehmerin in ihrer Revisionsbeantwortung jeweils monieren, die Revision sei mangels zulässigen Revisionspunktes zurückzuweisen, ist dem entgegenzuhalten, dass sich der Revision - ungeachtet dessen, dass die Formulierung des Revisionspunktes sprachlich klarer hätte ausfallen können - mit hinreichender Deutlichkeit die Geltendmachung einer Verletzung im Recht auf Sachentscheidung („Recht auf ... Entscheidung in der Sache infolge Anwendbarkeit des BVergG 2006“) entnehmen lässt.

24 Die Revision erweist sich somit als zulässig.

2 5 2.1. Die relevanten Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17/2006 in der Fassung BGBl. I Nr. 7/2016, lauten auszugsweise:

„Regelungsgegenstand

§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz regelt insbesondere

1. die Verfahren zur Beschaffung von Leistungen (Vergabeverfahren) im öffentlichen Bereich, das sind die Vergabe von öffentlichen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen sowie die Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionsverträgen durch öffentliche Auftraggeber, [...]

[...]

Vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommene Vergabeverfahren

§ 10. Dieses Bundesgesetz gilt nicht

[...]

12. für Arbeitsverträge,

[...]

Schwellenwerte

§ 12. (1) Verfahren von Auftraggebern zur Vergabe von Aufträgen erfolgen im Oberschwellenbereich, wenn der geschätzte Auftragswert

[...]

2. bei allen übrigen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen mindestens 209 000 Euro beträgt;

[...]

Allgemeine Bestimmungen betreffend die Berechnung des geschätzten Auftragswertes

§ 13. (1) Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines öffentlichen Auftrages ist der Gesamtwert ohne Umsatzsteuer, der vom Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist. Bei dieser Berechnung ist der geschätzte Gesamtwert aller der zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen.

[...]

Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei Dienstleistungsaufträgen

§ 16. (1) Bei Aufträgen über die folgenden Dienstleistungen ist als geschätzter Auftragswert anzusetzen:

1. bei Versicherungsleistungen die Versicherungsprämie und sonstige Entgelte;

2. bei Bankdienstleistungen und anderen Finanzdienstleistungen die Gebühren, Provisionen und Zinsen sowie andere vergleichbare Vergütungen;

[...]

(2) Bei Dienstleistungsaufträgen, für die kein Gesamtpreis angegeben wird, ist als geschätzter Auftragswert anzusetzen:

[...]

2. bei unbefristeten Aufträgen oder Aufträgen mit einer Laufzeit von mehr als 48 Monaten das 48fache des zu leistenden Monatsentgeltes.

[...]“

2 6 2.2. Die relevanten Bestimmungen des Betrieblichen Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetzes (BMSVG), BGBl. I Nr. 100/2002 in der Fassung BGBl. I Nr. 34/2015, lauten auszugsweise:

„Begriffsbestimmungen

§ 3. Im Sinne dieses Bundesgesetzes sind:

[...]

3. Abfertigungsanwartschaft: die in einer BV-Kasse verwalteten Ansprüche eines Anwartschaftsberechtigten; diese setzen sich zusammen aus

- den in diese BV-Kasse eingezahlten Abfertigungsbeiträgen abzüglich der einbehaltenen Verwaltungskosten und/oder einer allenfalls in diese BV-Kasse übertragenen Altabfertigungsanwartschaft abzüglich der jeweils einbehaltenen Verwaltungskosten zuzüglich

- allfälliger der BV-Kasse zugeflossener Verzugszinsen für Abfertigungsbeiträge und/oder für eine Altabfertigungsanwartschaft zuzüglich

- der allenfalls aus einer anderen BV-Kasse in diese BV-Kasse übertragenen Abfertigungsanwartschaft zuzüglich

- der zugewiesenen Veranlagungsergebnisse.

[...]

Beginn und Höhe der Beitragszahlung

§ 6. (1) Der Arbeitgeber hat für den Arbeitnehmer ab dem Beginn des Arbeitsverhältnisses einen laufenden Beitrag in Höhe von 1,53 vH des monatlichen Entgelts sowie allfälliger Sonderzahlungen an den für den Arbeitnehmer zuständigen Träger der Krankenversicherung nach Maßgabe des § 58 Abs. 1 bis 6 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955, zur Weiterleitung an die BV-Kasse zu überweisen, sofern das Arbeitsverhältnis länger als einen Monat dauert. [...]

[...]

Auswahl der BV-Kasse

§ 9. (1) Die Auswahl der BV-Kasse hat durch eine Betriebsvereinbarung nach § 97 Abs. 1 Z 1b ArbVG oder gleichartigen österreichischen Rechtsvorschriften rechtzeitig zu erfolgen, es sei denn, [...]

(2) Für Arbeitnehmer, die von keinem Betriebsrat vertreten sind, hat die Auswahl der BV-Kasse durch den Arbeitgeber rechtzeitig zu erfolgen, es sei denn, [...]. Über die beabsichtigte Auswahl der BV-Kasse sind alle Arbeitnehmer binnen einer Woche schriftlich zu informieren. Wenn mindestens ein Drittel der Arbeitnehmer binnen zwei Wochen gegen die beabsichtigte Auswahl schriftlich Einwände erhebt, muss der Arbeitgeber eine andere BV-Kasse vorschlagen. Auf Verlangen dieser Arbeitnehmer ist eine kollektivvertragsfähige freiwillige Interessenvertretung der Arbeitnehmer zu den weiteren Beratungen über diesen Vorschlag bei zu ziehen. Wird trotz Einbeziehung einer kollektivvertragsfähigen freiwilligen Interessenvertretung der Arbeitnehmer binnen zwei Wochen kein Einvernehmen über die Auswahl der BV-Kasse erzielt, hat über Antrag eines der beiden Streitteile die Schlichtungsstelle gemäß § 144 ArbVG oder gleichartigen österreichischen Rechtsvorschriften über die Auswahl der BV-Kasse zu entscheiden. [...]

[...]

§ 10. (1) Hat der Arbeitgeber nicht spätestens nach sechs Monaten ab dem Beginn des Arbeitsverhältnisses des Arbeitnehmers, für den der Arbeitgeber erstmalig Beiträge nach den §§ 6 oder 7 zu leisten hat, mit einer BV-Kasse einen Beitrittsvertrag nach § 11 abgeschlossen, ist das Zuweisungsverfahren nach § 27a einzuleiten.

(2) Wird binnen der Frist nach Abs. 1 ein Antrag nach § 97 Abs. 2 ArbVG, § 9 Abs. 2 oder gleichartigen österreichischen Rechtsvorschriften über die Auswahl der BV-Kasse bei der Schlichtungsstelle nach § 144 ArbVG oder gleichartigen österreichischen Rechtsvorschriften eingebracht, wird der Ablauf dieser Frist für die Dauer des Verfahrens bei der Schlichtungsstelle gehemmt. Die Hemmung beginnt mit dem Tag der Antragstellung.

(3) Schließt der Arbeitgeber nicht binnen 14 Tagen nach Zugang des Beschlusses der Schlichtungsstelle oder, sofern die verbliebene Frist nach Abs. 1 länger ist, nicht innerhalb dieser Frist einen Beitrittsvertrag mit der ausgewählten BV-Kasse ab, findet § 27a Abs. 6 und 7 Anwendung.

Beitrittsvertrag und Kontrahierungszwang

§ 11. (1) Der Beitrittsvertrag ist zwischen der BV-Kasse und dem beitretenden Arbeitgeber abzuschließen.

[...]

Beendigung des Beitrittsvertrages und Wechsel der BV-Kasse

§ 12. (1) Eine Kündigung des Beitrittsvertrages durch den Arbeitgeber oder durch die BV-Kasse oder einvernehmliche Beendigung des Beitrittsvertrages ist nur rechtswirksam, wenn die Übertragung der Abfertigungsanwartschaften auf eine andere BV-Kasse sichergestellt ist. [...]

[...]

(4) § 9 Abs. 1 und 2 ist auf einen Wechsel der BV-Kasse (Abs. 1), der auf Verlangen des Arbeitgebers, des Betriebsrates oder in Betrieben ohne Betriebsrat eines Drittels der Arbeitnehmer erfolgt, anzuwenden.

[...]

Anspruch auf Abfertigung

§ 14. (1) Der Anwartschaftsberechtigte hat bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen die BV-Kasse Anspruch auf eine Abfertigung.

[...]

Höhe der Abfertigung

§ 15. Die Höhe der Abfertigung ergibt sich aus der Abfertigungsanwartschaft zum Ende jenes Monats, zu dem ein Anspruch gemäß § 16 fällig geworden ist, einschließlich einer allfälligen Garantieleistung gemäß § 24 bei Verfügung gemäß § 17 Abs. 1 Z 1, 3 und 4, Abs. 2a oder Abs. 3.

[...]

Betriebliche Vorsorgekassen

§ 18. (1) Wer berechtigt ist, Abfertigungsbeiträge und Selbstständigenvorsorgebeiträge hereinzunehmen und zu veranlagen (§ 1 Abs. 1 Z 21 Bankwesengesetz - BWG, BGBl. Nr. 532/1993; Betriebliches Vorsorgekassengeschäft) ist eine Betriebliche Vorsorgekasse (BV-Kasse) und unterliegt den Vorschriften dieses Bundesgesetzes.

(2) Die der BV-Kasse überwiesenen Abfertigungsbeiträge stehen im Eigentum der BV-Kasse, die diese treuhändig für die Anwartschaftsberechtigten hält und verwaltet (offene Verwaltungstreuhand).

[...]

Verwaltungskosten

§ 26. (1) Die BV-Kassen sind berechtigt, von den hereingenommenen Abfertigungsbeiträgen Verwaltungskosten abzuziehen. Diese Verwaltungskosten müssen prozentmäßig für sämtliche Beitragszahler einer BV-Kasse gleich sein und in einer Bandbreite zwischen 1 vH und 3,5 vH der Abfertigungsbeiträge festgesetzt werden.

[...]

(3) Für die Veranlagung des Abfertigungsvermögens sind BV-Kassen berechtigt,

[...]

2. von den Veranlagungserträgen eine Vergütung für die Vermögensverwaltung einzubehalten, die 1 vH pro Geschäftsjahr und ab 1. Jänner 2005 0,8 vH pro Geschäftsjahr des veranlagten Abfertigungsvermögens nicht übersteigen darf. [...]

[...]

Zuweisungsverfahren bei Nichtauswahl der BV-Kasse durch den Arbeitgeber

§ 27a. (1) Das Zuweisungsverfahren ist hinsichtlich jener Arbeitgeber unverzüglich einzuleiten, die binnen der Frist nach § 10 Abs. 1 oder gleichartigen österreichischen Rechtsvorschriften noch keinen Beitrittsvertrag mit einer BV-Kasse abgeschlossen haben oder für die noch kein Verfahren nach § 97 Abs. 2 ArbVG, § 9 Abs. 2 oder gleichartigen österreichischen Rechtsvorschriften bei der Schlichtungsstelle eingeleitet worden ist. Der zuständige Träger der Krankenversicherung hat den Arbeitgeber schriftlich oder auf elektronischem Weg nach Maßgabe der vorhandenen

technischen Möglichkeiten zur Auswahl einer BV-Kasse binnen drei Monaten nach der Zusendung des Schreibens beim Arbeitgeber unter gleichzeitigem Hinweis aufzufordern, dass im Fall der Nichtauswahl einer BV-Kasse binnen dieser Frist der Arbeitgeber einer BV-Kasse zugewiesen wird.

[...]

(3) Hat der Arbeitgeber binnen der Frist nach Abs. 1 noch keinen Beitrittsvertrag mit einer BV-Kasse abgeschlossen, hat der Hauptverband der Sozialversicherungsträger eine Zuweisung des Arbeitgebers zu einer BV-Kasse nach dem Zuweisungsmodus nach Abs. 4 und 5 vorzunehmen.

(4) Am Zuweisungsverfahren haben alle konzessionierten BV-Kassen (§ 18 Abs. 1) teilzunehmen, es sei denn, [...]

(5) Die Zuweisung der einzelnen Arbeitgeber hat nach dem folgenden Zuweisungsmodus entsprechend den zum Bilanzstichtag des vorangegangenen Geschäftsjahres bestehenden Marktanteilen der am Zuweisungsverfahren teilnehmenden BV-Kassen zu erfolgen, die nach der vom Hauptverband der Sozialversicherungsträger festgestellten Anzahl der einer BV-Kasse zugeordneten Dienstgeberkontonummern zu bemessen sind: [...]

(6) Dem Arbeitgeber ist im Fall der Zuweisung das Anbot der BV-Kasse zu einem Beitrittsvertrag nach § 11 oder gleichartigen österreichischen Rechtsvorschriften zu übermitteln. Der Beitrittsvertrag kommt mit dem Zugang des Anbots der BV-Kasse beim Arbeitgeber zu Stande. Das Anbot der BV-Kasse hat zu den gleichen Bedingungen wie für ihre sonst üblicherweise abgeschlossenen Beitrittsverträge mit anderen Arbeitgebern, insbesondere zu den gleichen Verwaltungskosten gemäß § 29 Abs. 2 Z 5, zu erfolgen.

[...]“

2 7 2.3. Die relevanten Bestimmungen des Arbeitsverfassungsgesetzes (ArbVG), BGBl. Nr. 22/1974 in der Fassung BGBl. I Nr. 71/2013, lauten auszugsweise:

„Begriff

§ 29. Betriebsvereinbarungen sind schriftliche Vereinbarungen, die vom Betriebsinhaber einerseits und dem Betriebsrat (Betriebsausschuß, Zentralbetriebsrat, Konzernvertretung) andererseits in Angelegenheiten abgeschlossen werden, deren Regelung durch Gesetz oder Kollektivvertrag der Betriebsvereinbarung vorbehalten ist.

[...]

Betriebsvereinbarungen

§ 97. (1) Betriebsvereinbarungen im Sinne des § 29 können in folgenden Angelegenheiten abgeschlossen werden:

[...]

1b. Auswahl der Mitarbeitervorsorgekasse (MV-Kasse) nach dem Betrieblichen Mitarbeitervorsorgegesetz - BMVG, BGBl. I Nr. 100/2002;

[...]

(2) Kommt in den in Abs. 1 Z 1 bis 6 und 6a bezeichneten Angelegenheiten zwischen Betriebsinhaber und Betriebsrat über den Abschluß, die Abänderung oder Aufhebung einer solchen Betriebsvereinbarung eine Einigung nicht zustande, so entscheidet - insoweit eine Regelung durch Kollektivvertrag oder Satzung nicht vorliegt - auf Antrag eines der Streitteile die Schlichtungsstelle.

[...]

Errichtung und Zusammensetzung

§ 144. (1) Zur Entscheidung von Streitigkeiten über den Abschluß, die Änderung oder die Aufhebung von Betriebsvereinbarungen in Angelegenheiten, in welchen das Gesetz die Entscheidung durch Schlichtungsstellen vorsieht, ist auf Antrag eines der Streitteile eine Schlichtungsstelle zu errichten. [...]

[...]

Verhandlung und Beschlußfassung

§ 146. [...]

(2) Die Schlichtungsstelle hat die Entscheidung möglichst rasch innerhalb der durch die Anträge der Parteien bestimmten Grenzen und unter Abwägung der Interessen des Betriebes einerseits und der Belegschaft andererseits zu fällen. Sie ist dabei an das übereinstimmende Vorbringen und die übereinstimmenden Anträge der Streitteile gebunden. Die Entscheidung gilt als Betriebsvereinbarung. Gegen die Entscheidung der Schlichtungsstelle kann Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben werden.

[...]“

2 8 3.1. Der Verwaltungsgerichtshof hat aus Anlass der vorliegenden Revisionssache mit Beschluss vom 29. November 2017, EU 2017/0010, dem EuGH folgende Frage gemäß Art. 267 AEUV zur Vorabentscheidung vorgelegt:

„Sind die Bestimmungen der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe bzw. die Art. 49 und 56 AEUV und die daraus für die öffentliche Auftragsvergabe resultierenden Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz auf den Abschluss von Verträgen öffentlicher Auftraggeber mit Betrieblichen Vorsorgekassen über die Verwaltung und Veranlagung von Entgeltbeiträgen anwendbar, wenn der Vertragsabschluss und damit die Auswahl der Vorsorgekasse der Zustimmung durch die Arbeitnehmerschaft bzw. ihrer Vertretung bedarf und somit vom öffentlichen Auftraggeber nicht allein vorgenommen werden kann?“

2 9 3.2. Mit Urteil vom 4. April 2019 in der Rechtssache C-699/17,Allianz Vorsorgekasse AG, beantwortete der EuGH diese Frage wie folgt:

„Die Art. 49 und 56 AEUV sowie die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz sind dahin auszulegen, dass sie auf den Abschluss eines Beitrittsvertrags zwischen einem Arbeitgeber - einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft - und einer Betrieblichen Vorsorgekasse betreffend die Verwaltung und Veranlagung von Beiträgen zur Finanzierung von Abfertigungen, die an die Arbeitnehmer dieses Arbeitgebers ausbezahlt werden, anwendbar sind, obwohl der Abschluss einer solchen Vereinbarung nicht allein vom Willen des Arbeitgebers abhängt, sondern der Zustimmung durch die Arbeitnehmerschaft bzw. den Betriebsrat bedarf.“

30 In den Entscheidungsgründen legte der EuGH zunächst dar, dass die Vorlagefrage, soweit sie die Richtlinie 2014/24 betraf, angesichts des Wertes des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Auftrags, nicht beantwortet werden muss, und ging in weiterer Folge davon aus, dass die Vorlagefrage im Licht der Grundregeln und allgemeinen Grundsätze des Vertrags, insbesondere der Art. 49 und 56 AEUV, zu beantworten war. In der Folge führte er u.a. wie folgt aus:

„54 Konkret möchte das vorlegende Gericht wissen, ob im vorliegenden Fall die Ausübung eines Mitbestimmungsrechts durch einen Betriebsrat gemäß § 9 Abs. 1 BMSVG oder, wenn es keinen Betriebsrat gibt, die Ausübung eines Widerspruchsrechts durch ein Drittel der Arbeitnehmer gemäß § 9 Abs. 2 BMSVG dazu führen kann, dass der Abschluss eines Beitrittsvertrags, wie er im Ausgangsverfahren in Rede steht, von den auf das öffentliche Auftragswesen anwendbaren Grundregeln des Vertrags ausgenommen wird.

55 Es ist darauf hinzuweisen, dass das Mitentscheidungsrecht des Betriebsrats bei der Wahl der Vorsorgekasse gemäß § 9 Abs. 1 BMSVG sowie das Recht eines Drittels der Arbeitnehmer, dieser Wahl gemäß § 9 Abs. 2 BMSVG zu widersprechen, zwei Ausdrucksformen des Grundrechts auf Kollektivverhandlungen darstellen.

56 Der Gerichtshof hat jedoch entschieden, dass der Grundrechtscharakter des in Art. 28 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union normierten Rechts auf Kollektivverhandlungen als solches einen Arbeitgeber nicht ohne Weiteres der Verpflichtung entheben kann, die Vorschriften des Vertrags über das öffentliche Auftragswesen zu beachten. Es lässt sich nämlich nicht sagen, dass mit der Wahrnehmung des Rechts auf Kollektivverhandlungen zwangsläufig eine Beeinträchtigung der das öffentliche Auftragswesen betreffenden Grundregeln des Vertrags verbunden wäre (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 15. Juli 2010, Kommission/Deutschland, C-271/08, EU:C:2010:426, Rn. 41 und 47).

57 Demnach führt der Umstand, dass die Vergabe eines Auftrags in Durchführung eines Kollektivvertrags erfolgt, als solcher nicht dazu, dass der Auftrag dem Anwendungsbereich der auf das öffentliche Auftragswesen anwendbaren Regeln entzogen ist (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 15. Juli 2010, Kommission/Deutschland, C-271/08, EU:C:2010:426, Rn. 50).

58 Diese Grundsätze sind im Ausgangsverfahren anzuwenden. Das Argument, die betroffenen Gesellschaften hätten

ihre Entscheidung nicht autonom treffen können, da die Betriebsräte nach § 9 Abs. 1 BMSVG ein Mitbestimmungsrecht und die Arbeitnehmer nach § 9 Abs. 2 BMSVG ein Widerspruchsrecht hätten, eignet sich nämlich nicht zur Unterscheidung des Ausgangsverfahrens von der mit Urteil vom 15. Juli 2010, Kommission/Deutschland (C-271/08, EU:C:2010:426), entschiedenen Rechtssache, in der es um eine Altersvorsorgeregelung ging. In jener Rechtssache wurde die autonome Willensbildung der öffentlichen Auftraggeber mit der Begründung in Frage gestellt, diese könnten nach dem anwendbaren Kollektivvertrag nicht beliebig einen bestimmten Bieter bevorzugen. In Bezug auf dieses Argument hielt es der Gerichtshof jedoch für ausreichend, dass die betroffenen Arbeitgeber mittels eines Kollektivvertrags zumindest mittelbar Einfluss auf die Auswahl ihres Vertragspartners nehmen konnten.

59 Im vorliegenden Fall geht aus den §§ 9 und 11 BMSVG hervor, dass der Beitrittsvertrag zwischen dem Arbeitgeber und der Vorsorgekasse abgeschlossen wird, was bedeutet, dass der Arbeitgeber einen solchen Einfluss auf die Auswahl der Vorsorgekasse ausübt.

60 Daher ist festzustellen, dass die Ausübung eines der in § 9 BMSVG genannten Kollektivverhandlungsrechte einen öffentlichen Auftraggeber wie den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nicht von seiner Verpflichtung befreien kann, die Grundregeln des Vertrags einzuhalten, zu denen insbesondere das sich aus den Art. 49 und 56 AEUV ergebende Transparenzgebot gehört."

31 4.1. Das Verwaltungsgericht ging im angefochtenen Zurückweisungsbeschluss in einem ersten Schritt davon aus, dass der gegenständliche Auftrag dem Unterschwellenbereich zuzuordnen (und daher das unionsrechtliche Sekundärrecht nicht maßgeblich) sei. Anders als bei Versicherungsleistungen, bei denen die Versicherungsprämie und somit die Gesamtzahlung des Versicherten an den Versicherer das Entgelt für die Hauptleistung des Versicherers sei, bestehe das Entgelt der BV-Kasse nicht in den zur Veranlagung überlassenen Beiträgen. Für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes seien vielmehr nur die von der BV-Kasse einzubehaltenden Verwaltungskosten nach § 26 BMSVG heranzuziehen. Davon ausgehend legte das Verwaltungsgericht seiner Entscheidung einen Auftragswert von € 174.000,- (resultierend aus dem 48-fachen der jeweils monatlich anfallenden Verwaltungskosten bezüglich aller fünf Auftraggeberinnen) zugrunde.

3 2 4.2. Demgegenüber vertritt die Revisionswerberin - unter Verweis auf das EuGH-Urteil C-271/08 betreffend die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen über die betriebliche Altersvorsorge - die Auffassung, es handle sich bei der betrieblichen Mitarbeitervorsorge (wie bei einer Pensionskassenleistung) um eine Versicherungsleistung, weshalb der Auftragswert auf Basis der gesamten zu überweisenden Beiträge und nicht bloß auf Basis der Verwaltungskosten zu ermitteln sei.

33 4.3. Dieser Auffassung der Revisionswerberin vermag sich der Verwaltungsgerichtshof nicht anzuschließen:

34 Nach § 13 Abs. 1 BVergG 2006 ist Grundlage für die Auftragswertberechnung der vom Auftraggeber voraussichtlich zu zahlende Gesamtwert. § 16 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 sieht für Versicherungsleistungen eine Berechnung des Auftragswertes auf Basis der zu zahlenden Versicherungsprämie und sonstiger Entgelte vor. Bei (unbefristeten) Dienstleistungsaufträgen, für die kein Gesamtpreis angegeben wird, ist nach § 16 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 das 48fache des zu leistenden Monatsentgeltes als geschätzter Auftragswert anzusetzen.

35 Der EuGH hat dem von der Revisionswerberin begründend herangezogenen Urteil C-271/08 zugrunde gelegt, es sei zwischen den Parteien des Verfahrens unstreitig, dass es sich dabei um Versicherungsdienstleistungen handle (Rn. 68). Daher sei (nach Art. 9 Abs. 8 Buchst. a Ziff. i der Richtlinie 2004/18/EG) die Versicherungsprämie als Grundlage für die Auftragswertberechnung heranzuziehen gewesen (Rn. 86 f).

36 Das betriebliche Vorsorgekassengeschäft erfordert aber keine Konzession nach dem Bundesgesetz über den Betrieb und die Beaufsichtigung der Vertragsversicherung (VAG 2016), sondern eine Konzession nach dem Bankwesengesetz (siehe § 18 Abs. 1 BMSVG). Hereinnahme und Veranlagung von Abfertigungsbeiträgen sind daher Bankgeschäfte. Die vom Arbeitgeber im Weg des zuständigen Sozialversicherungsträgers an die BV-Kasse zu überweisenden Entgeltbeiträge sind - abgesehen von den von der BV-Kasse einzubehaltenden Verwaltungskosten - nicht als Gegenleistung für die von der BV-Kasse zu erbringende Leistung anzusehen. Die Beiträge sind vielmehr von der BV-Kasse treuhändig zu halten und zu verwalten (§ 18 Abs. 2 BMSVG) und im Fall der Geltendmachung des

Anspruchs an den Anwartschaftsberechtigten (den Arbeitnehmer) zu leisten (§ 16 BMSVG). Die Gegenleistung (und damit das Entgelt) für die Erbringung der Verwaltungs- und Veranlagungsdienstleistung durch die BV-Kasse besteht allein in den einzubehaltenden Verwaltungskosten.

37 Die BV-Kasse übernimmt mit dem Beitrittsvertrag auch kein Risiko, weil jeder Anspruchsberechtigte die ihm zukommende Leistung (abzüglich der Verwaltungskosten und zuzüglich der Veranlagungsergebnisse) selbst (ohne Verteilung von Risiken auf eine Gemeinschaft) finanziert und die Auszahlung der Abfertigung (der Leistungsfall) nicht von einer Risikoverwirklichung (somit einem Versicherungsfall) abhängt (vgl. dazu, dass der wesentliche Inhalt eines Versicherungsvertrages in der Übernahme eines Risikos besteht, das Urteil EuG 9.3.2017, Marsh GmbH gegen Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum, T-308/16, Rn. 37; auch im zitierten Urteil C-271/08, Rn. 58, stellt der EuGH auf die „Verteilung der Risiken [ab], auf der jede Versicherungstätigkeit beruht").

38 Da somit keine Versicherungsprämie vorliegt, sind für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes als Entgelt allein die von der BV-Kasse einzubehaltenden Verwaltungskosten heranzuziehen. Das Verwaltungsgericht ist daher zutreffend von einem unterhalb des Schwellenwertes liegenden Auftragswert ausgegangen.

3 9 5.1. Daran anschließend hat das Verwaltungsgericht die Auffassung vertreten, dass „der vorliegende Fall vorrangig in Auslegung und Anwendung rein nationaler Vorschriften zu lösen" sei und dass hinsichtlich der einschlägigen innerstaatlichen Vorschriften das BMSVG als speziellere Norm (jedenfalls im Unterschwellenbereich) das BVergG 2006 verdränge. Begründend verwies das Verwaltungsgericht auf den für BV-Kassen vorgesehenen Kontrahierungszwang, auf die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmerschaft bzw. die Zuständigkeit einer Schlichtungsstelle bei fehlender Einigung, auf den sozialen Schutzzweck des BMSVG sowie auf die fehlende Harmonisierung zwischen dem BMSVG und dem BVergG 2006.

4 0 5.2. Diesen Ausführungen ist zunächst entgegenzuhalten, dass bei Auftragsvergaben im Unterschwellenbereich (unter der Voraussetzung eines eindeutigen grenzüberschreitenden Interesses) die allgemeinen Grundregeln des AEUV sowie die daraus folgenden Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz zu berücksichtigen sind (vgl. EuGH 5.4.2017, „Borta" UAB, C-298/15, Rn. 36).

41 Der EuGH hat aus Anlass des dargestellten Vorabentscheidungsersuchens des Verwaltungsgerichtshofes die Frage, ob der gegenständliche Beschaffungsvorgang im Hinblick auf die im BMSVG vorgesehenen Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmerschaft vom Anwendungsbereich der vergaberechtlichen Vorschriften ausgenommen ist, im zitierten Urteil C-699/17 hinsichtlich der primärrechtlichen Vorgaben verneint. Die Ausübung eines der in § 9 BMSVG genannten Kollektivverhandlungsrechte könne einen öffentlichen Auftraggeber nicht von seiner Verpflichtung befreien, die Grundregeln des Vertrags einzuhalten, zu denen insbesondere das sich aus den Art. 49 und 56 AEUV ergebende Transparenzgebot gehört (Rn. 60). Mit der Wahrnehmung des Rechts auf Kollektivverhandlungen (die gegenständlichen Mitwirkungsrechte seien Ausdrucksformen dieses Rechts) sei nicht zwangsläufig eine Beeinträchtigung der das öffentliche Auftragswesen betreffenden Grundregeln des Vertrages verbunden (Rn. 55 f). Der Umstand, dass die Vergabe eines Auftrags in Durchführung eines Kollektivvertrags erfolge, führe somit als solcher nicht dazu, dass der Auftrag dem Anwendungsbereich der auf das öffentliche Auftragswesen anwendbaren Regeln entzogen sei (Rn. 57). Auch die vom Verwaltungsgerichtshof in seinem Vorabentscheidungsersuchen angesprochenen Inkonsistenzen zwischen den beiden Regelungsregimen sowie der Verweis auf die im BMSVG vorgesehene Möglichkeit der hoheitlichen Auswahl der BV-Kasse vermögen daran nichts zu ändern, zumal - so der EuGH im Urteil C-699/17, Rn. 59 - aus den §§ 9 und 11 BMSVG hervorgehe, dass der Arbeitgeber einen zumindest mittelbaren Einfluss auf die Auswahl der BV-Kasse ausübe.

42 Da das BVergG 2006 der Umsetzung des unionsrechtlichen - auch primärrechtlichen - Vergaberechts dient und insoweit unionsrechtskonform auszulegen ist, folgt aus diesen Ausführungen des EuGH, dass die Beschaffung der gegenständlichen Leistungen im Bereich der Mitarbeitervorsorge auch nicht vom Anwendungsbereich des BVergG 2006 ausgenommen ist. Weder der (vom Verwaltungsgericht herangezogene) dem BMSVG zugrunde liegende soziale Schutzzweck noch der für BV-Kassen vorgesehene Kontrahierungszwang steht einer Bindung des als Vertragspartner auftretenden Arbeitgebers an die Vorgaben des BVergG 2006 entgegen. Gleiches gilt im Hinblick auf die dargelegten Ausführungen des EuGH im Urteil C-699/17 für die im BMSVG vorgesehenen Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer.

43 Dies steht auch in Einklang mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes im Zusammenhang mit der

Ausschreibung von Pensionskassenverträgen, der zufolge der Umstand, dass der Arbeitnehmervertretung bei der Auswahl der Pensionskasse Mitwirkungsrechte zukommen, kein Grund ist, der gegen die Anwendung des BVergG mit Erfolg geltend gemacht werden kann, und Pensionskassenleistungen somit als dem Vergaberecht unterliegende Dienstleistungen anzusehen sind (siehe VwGH 1.3.2005, 2003/04/0008).

44 Anhaltspunkte für eine vom Verwaltungsgericht angenommene „Verdrängung" des BVergG 2006 durch das BMSVG bestehen auch insoweit nicht, als das BMSVG keine Regelungen betreffend das der Auswahl der BV-Kasse durch den Arbeitgeber vorangehende Verfahren bzw. die dabei einzuhaltenden Vorgaben enthält, mit denen den primärrechtlichen Grundsätzen der Transparenz und der Nichtdiskriminierung Rechnung getragen würde.

4 5 6.1. Die Auftraggeberinnen haben in ihrer Revisionsbeantwortung die Anwendbarkeit des BVergG 2006 schließlich noch deshalb verneint, weil der Beschaffungsvorgang unter den Ausnahmetatbestand für Arbeitsverträge nach § 10 Z 12 BVergG 2006 falle.

46 6.2. Dem ist Folgendes entgegenzuhalten:

47 Die Ausnahmen von der Verpflichtung zur Einhaltung der unionsrechtlichen Vorschriften über das öffentliche Auftragswesen sind nach der Judikatur des EuGH eng auszulegen (siehe etwa die Urteile EuGH 8.5.2014, Technische Universität Hamburg-Harburg, C-15/13, Rn. 23; sowie 13.10.2005, Parking Brixen, C-458/03, Rn. 63). Im bereits zitierten Urteil C-271/08 hat der EuGH im Zusammenhang mit der Auswahl eines Versicherungsträgers im Bereich der betrieblichen Altersversorgung festgehalten, dass sich die Ausnahme für Arbeitsverträge nicht auf Dienstleistungen erstrecken kann, die wie hier nicht auf einem Arbeitsvertrag, sondern auf einem Vertrag zwischen einem Arbeitgeber und einem Versorgungsträger beruhen (Rn. 82).

48 Gleiches gilt nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes für den hier zu beurteilenden Fall. Ein Vertrag zwischen einem öffentlichen Auftraggeber (der auch Arbeitgeber ist) und einem Dritten über die Verwaltung und Veranlagung von Beiträgen ist auch dann nicht als Arbeitsvertrag (im Sinn des § 10 Z 12 BVergG 2006) anzusehen, wenn die zu veranlagenden Beiträge Entgeltbestandteile darstellen, die Arbeitnehmern auf Grund eines Arbeitsvertrages mit einem öffentlichen Auftraggeber zustehen. Der Dienstleister erbringt die hier fraglichen Leistungen nämlich nicht in einer - für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses charakteristischen - persönlichen Abhängigkeit vom bzw. in Unterordnung unter den Arbeitgeber (vgl. zur gegenständlichen Ausnahmebestimmung auch Frenz, Handbuch Europarecht Band 3 Beihilfe- und Vergaberecht, Rz. 2249 ff; allgemein zur Weisungsgebundenheit als Merkmal eines Arbeitsverhältnisses siehe die Urteile des EuGH 1.10.2015, O gegen Bio Philippe Auguste SARL, C-432/14, Rn. 22; sowie 13.4.2000, Jyri Lehtonen, C-176/96, Rn. 45).

49 Vorliegend ist der Arbeitgeber zur Entrichtung der Beiträge verpflichtet und der Beitrittsvertrag wird von ihm - nicht im Namen der Arbeitnehmerschaft - abgeschlossen (§§ 6 und 11 BMSVG). Der Umstand, dass letztlich die Arbeitnehmer durch die Leistung der BV-Kasse begünstigt werden, kann für sich genommen weder dazu führen, dass die Arbeitnehmer als Auftraggeber anzusehen sind (vgl. in diesem Zusammenhang VwGH 10.12.2009, 2005/04/0201), noch dazu, dass dadurch der entgeltliche Charakter des Vertrages in Frage gestellt werden könnte (siehe das bereits zitierte Urteil EuGH C-271/08, Rn. 80).

50 Der hier gegenständliche Beschaffungsvorgang ist somit auch nicht aus diesem Grund vom Anwendungsbereich des BVergG 2006 ausgenommen.

5 1 7. Da das Verwaltungsgericht seine Zuständigkeit zur Entscheidung in der Sache über den zugrunde liegenden Feststellungantrag somit zu Unrecht verneint hat, hat es den angefochtenen Beschluss mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet, weshalb der Beschluss gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben war.

52 Die Entscheidung über den Aufwandersatz beruht auf den §§ 47 ff in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

Wien, am 30. April 2019

Gerichtsentscheidung

EuGH 61996CJ0176 Lehtonen VORAB
EuGH 62003CJ0458 Parking Brixen VORAB
EuGH 62013CJ0015 Datenlotsen Informationssysteme VORAB

EuGH 62014CJ0432 O / Bio Philippe Auguste VORAB
EuGH 62015CJ0298 Borta VORAB
EuGH 62017CJ0699 Allianz Vorsorgekasse VORAB
EuGH 61996CJ0176 Lehtonen VORAB
EuGH 62003CJ0458 Parking Brixen VORAB
EuGH 62013CJ0015 Datenlotsen Informationssysteme VORAB
EuGH 62014CJ0432 O / Bio Philippe Auguste VORAB
EuGH 62015CJ0298 Borta VORAB
EuGH 62017CJ0699 Allianz Vorsorgekasse VORAB
EuGH 61996CJ0176 Lehtonen VORAB
EuGH 62003CJ0458 Parking Brixen VORAB
EuGH 62013CJ0015 Datenlotsen Informationssysteme VORAB
EuGH 62014CJ0432 O / Bio Philippe Auguste VORAB
6EuGH 2015CJ0298 Borta VORAB
EuGH 62016TJ0308 Marsh / EUIPO (ClaimsExcellence)
EuGH 62017CJ0699 Allianz Vorsorgekasse VORAB
EuGH 61996CJ0176 Lehtonen VORAB
EuGH 62003CJ0458 Parking Brixen VORAB
EuGH 62008CJ0271 Kommission / Deutschland
EuGH 62013CJ0015 Datenlotsen Informationssysteme VORAB
EuGH 62014CJ0432 O / Bio Philippe Auguste VORAB
EuGH 62015CJ0298 Borta VORAB
EuGH 62016TJ0308 Marsh / EUIPO (ClaimsExcellence)
EuGH 62017CJ0699 Allianz Vorsorgekasse VORAB
EuGH 61996CJ0176 Lehtonen VORAB
EuGH 62003CJ0458 Parking Brixen VORAB
VORAB
EuGH 62014CJ0432 O / Bio Philippe Auguste VORAB
EuGH 62015CJ0298 Borta VORAB
EuGH 62017CJ0699 Allianz Vorsorgekasse VORAB
EuGH 62015CJ0298 Borta VORAB
EuGH 62017CJ0699 Allianz Vorsorgekasse VORAB
EuGH 61996CJ0176 Lehtonen VORAB
EuGH 62014CJ0432 O / Bio Philippe Auguste VORAB
EuGH 62003CJ0458 Parking Brixen VORAB
EuGH 62013CJ0015 Datenlotsen Informationssysteme VORAB
EuGH 62015CJ0298 Borta VORAB
EuGH 62017CJ0699 Allianz Vorsorgekasse VORAB
EuGH 62003CJ0458 Parking Brixen VORAB
EuGH 62013CJ0015 Datenlotsen
EuGH 61996CJ0176 Lehtonen VORAB
EuGH 62014CJ0432 O / Bio Philippe Auguste VORAB
EuGH 62015CJ0298 Borta VORAB
EuGH 62017CJ0699 Allianz Vorsorgekasse VORAB
EuGH 62003CJ0458 Parking Brixen VORAB
EuGH 62013CJ0015 Datenlotsen
EuGH 61996CJ0176 Lehtonen VORAB
EuGH 62014CJ0432 O / Bio Philippe Auguste VORAB
EuGH 62015CJ0298 Borta VORAB
EuGH 62017CJ0699 Allianz Vorsorgekasse VORAB
EuGH 62003CJ0458 Parking Brixen VORAB

EuGH 62013CJ0015 Datenlotsen Informationssysteme VORAB
EuGH 61996CJ0176 Lehtonen VORAB
EuGH 62014CJ0432 O / Bio Philippe Auguste VORAB
EuGH 62015CJ0298 Borta VORAB
EuGH 62017CJ0699 Allianz Vorsorgekasse VORAB
EuGH 62003CJ0458 Parking Brixen VORAB
EuGH 62013CJ0015 Datenlotsen Informationssysteme VORAB
EuGH 61996CJ0176 Lehtonen VORAB
EuGH 62014CJ0432 O / Bio Philippe Auguste VORAB
EuGH 62015CJ0298 Borta VORAB
EuGH 62017CJ0699 Allianz Vorsorgekasse VORAB
EuGH 62003CJ0458 Parking Brixen VORAB
EuGH 62013CJ0015 Datenlotsen Informationssysteme VORAB
EuGH 61996CJ0176 Lehtonen VORAB
EuGH 62014CJ0432 O / Bio Philippe Auguste VORAB
EuGH 62015CJ0298 Borta VORAB
EuGH 62017CJ0699 Allianz Vorsorgekasse VORAB
EuGH 62003CJ0458 Parking Brixen VORAB
EuGH 62013CJ0015 Datenlotsen
EuGH 61996CJ0176 Lehtonen VORAB
EuGH 62014CJ0432 O / Bio Philippe Auguste VORAB
61996CJ0176 Lehtonen

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at