

TE Verg Bescheid 2002/6/26 N-28/02-9

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 26.06.2002

Norm

BVergG 1997 §3 Abs3
BVergG 1997 §16
BVergG 1997 §61
BVergG 1997 §63
BVergG 1997 §64
BVergG 1997 §71
BVergG 1997 §§99 ff
BVergG 1997 §113 Abs2
BVergG 1997 AnhangIV Kategorie25
EGV Art30
EGV Art43
EGV Art49
RL 92/50/EWG DLK-RL (ABI 1992 L 209 S 1) Art3 Abs2
RL 92/50/EWG DLK-RL (ABI 1992 L 209 S 1) Art14
RL 92/50/EWG DLK-RL (ABI 1992 L 209 S 1) Art16
RL 89/665/EWG Rechtsmittel-RL (ABI 1989 L 395 S 33) Art1
RL 89/665/EWG Rechtsmittel-RL (ABI 1989 L 395 S 33) Art2 litb
RL 89/665/EWG Rechtsmittel-RL (ABI 1989 L 395 S 33) Art9
JN §1
1. JN Art. 18 § 1 heute
2. JN Art. 18 § 1 gültig ab 01.01.2010

Text

BESCHEID:

Der Senat 9 des Bundesvergabeamtes hat am 17. Juni 2002 durch Dr. Friederike Lenk als Vorsitzende und die Beisitzer Divisionär Ing. Mag. Dr. Ernst Hladik als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die "Vergabe einer Kassenplanstelle für Fachärzte für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde" durch die 1. Wiener Gebietskrankenkasse, Wienerberg Straße 15 - 19, 1100 Wien,

1. 2.Ziffer 2
Ärztchammer für Wien, Weihburggasse 10-12, 1010 Wien, 3. Kurie der Zahnärzte der Ärztekammer für Wien, Weihburggasse 10-12, 1010 Wien, letztere beiden vertreten durch ***, über die Anträge des Dr. A***, Facharzt

für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde, Mariahilfer

***, vertreten durch ***, vom 11. Juni 2002, wie folgt entschieden:

Spruch:

I. Der Antrag, die Ausschreibung einer Kassenvertragsstelle für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde" in "doktor in Wien", Ausgabe 1 aus 2002, für nichtig zu erklären, wird wegen Unzuständigkeit zurückgewiesen.römisch eins. Der Antrag, die Ausschreibung einer Kassenvertragsstelle für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde" in "doktor in Wien", Ausgabe 1 aus 2002, für nichtig zu erklären, wird wegen Unzuständigkeit zurückgewiesen.

II. Der Antrag, alle Folgeentscheidungen des Auftraggebers für nichtig zu erklären, wird wegen Unzuständigkeit zurückgewiesen.römisch zwei. Der Antrag, alle Folgeentscheidungen des Auftraggebers für nichtig zu erklären, wird wegen Unzuständigkeit zurückgewiesen.

III. Der Antrag, die Entscheidung der Vergebenden Stelle, die Ablösevereinbarung als zusätzliches Zuschlagskriterium heranzuziehen, für nichtig zu erklären, wird wegen Unzuständigkeit zurückgewiesen.römisch drei. Der Antrag, die Entscheidung der Vergebenden Stelle, die Ablösevereinbarung als zusätzliches Zuschlagskriterium heranzuziehen, für nichtig zu erklären, wird wegen Unzuständigkeit zurückgewiesen.

IV. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der das Vergabeverfahren 2 Monate ab Antragstellung (§ 116 Abs. 5 BVergG) ausgesetzt oder eine - von derörmisch vier. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der das Vergabeverfahren 2 Monate ab Antragstellung (Paragraph 116, Absatz 5, BVergG) ausgesetzt oder eine - von der

angerufenen Behörde - gelindere Maßnahme (zB befristete Vergabe) für 2 Monate verfügt werden, wird wegen Unzuständigkeit zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 113 iVm § 3 Abs. 3 BVergGRechtsgrundlage: Paragraph 113, in Verbindung mit Paragraph 3, Absatz 3, BVergG

Begründung:

Der Antragsteller stellte mit Schriftsatz vom 11. Juni 2002 die im Spruch zitierten Anträge und begründete dies im wesentlichen wie folgt:

Er habe sich für die in der Ausgabe 1/2002 des offiziellen Organs der Ärztekammer für Wien "doktor in Wien" ausgeschriebene Kassenplanstelle für Fachärzte für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde beworben; diese sei offenbar noch nicht vergeben.Er habe sich für die in der Ausgabe 1 aus 2002, des offiziellen Organs der Ärztekammer für Wien "doktor in Wien" ausgeschriebene Kassenplanstelle für Fachärzte für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde beworben; diese sei offenbar noch nicht vergeben.

Zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, diesbezüglich ein Nachprüfungsverfahren durchzuführen, sei auszuführen: § 23 Abs. 5 ASVG bestimme, dass die Krankenversicherungsträger für die Krankenbehandlung der Versicherten und deren Angehörigen ausreichend Vorsorge zu treffen hätten. Hiezu bedienten sich die Krankenversicherungsträger neben dem Betrieb von Krankenhäusern und Ambulatorien freiberuflich tätiger Ärzte. Mit diesen schlossen sie Einzelverträge ab, deren Inhalt weitgehend durch "Gesamtverträge" determiniert werde, welche der Hauptverband für die jeweiligen Träger der Krankenversicherung mit der jeweils örtlich zuständigen Ärztekammer schliesse. Diese Gesamtverträge sollten nach dem ASVG die Beziehung der Vertragsärzte zu den Trägern der Sozialversicherung regeln. § 342 Abs. 1 ASVG sehe vor, dass die Gesamtverträge u.a. die Auswahl der Vertragsärzte, mit denen ein Einzelvertrag abgeschlossen werden solle, sowie die Zahl und örtliche Verteilung von Vertragsärzten regle. Nach der Judikatur des OGH (JBl 2002, 36) hätten die Krankenversicherungsträger dabei den bestqualifizierten Bewerber zu ermitteln. Nach der Judikatur des Obersten Gerichtshofes (JBl 2002, 36) sowie des Verfassungsgerichtshofes (V 49, 50/96, B 2121/98, VfSlg 14.740) erfolge die Zuteilung einer Kassenplanstelle durch privatrechtliche Akte.Zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, diesbezüglich ein Nachprüfungsverfahren durchzuführen, sei auszuführen: Paragraph 23, Absatz 5, ASVG bestimme, dass die Krankenversicherungsträger für die Krankenbehandlung der Versicherten und deren Angehörigen ausreichend Vorsorge zu treffen hätten. Hiezu bedienten sich die Krankenversicherungsträger neben dem Betrieb von Krankenhäusern und Ambulatorien freiberuflich tätiger Ärzte. Mit diesen schlossen sie Einzelverträge ab, deren Inhalt weitgehend durch "Gesamtverträge"

determiniert werde, welche der Hauptverband für die jeweiligen Träger der Krankenversicherung mit der jeweils örtlich zuständigen Ärztekammer schliesse. Diese Gesamtverträge sollten nach dem ASVG die Beziehung der Vertragsärzte zu den Trägern der Sozialversicherung regeln. Paragraph 342, Absatz eins, ASVG sehe vor, dass die Gesamtverträge u.a. die Auswahl der Vertragsärzte, mit denen ein Einzelvertrag abgeschlossen werden solle, sowie die Zahl und örtliche Verteilung von Vertragsärzten regle. Nach der Judikatur des OGH (JBl 2002, 36) hätten die Krankenversicherungsträger dabei den bestqualifizierten Bewerber zu ermitteln. Nach der Judikatur des Obersten Gerichtshofes (JBl 2002, 36) sowie des Verfassungsgerichtshofes (römisch fünf 49, 50/96, B 2121/98, VfSlg 14.740) erfolge die Zuteilung einer Kassenplanstelle durch privatrechtliche Akte.

Gemäß § 11 Abs. 1 Z 4 BVergG unterliege die vergebende Stelle bei der Vergabe von Kassenverträgen, welche Dienstleistungsaufträge darstellten, zumindest teilweise den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes. Dies gelte auch für die Ärztekammer für Wien bei der Erfüllung ihrer gesetzlich determinierten Aufgabe bei der Vergabe von Kassenverträgen. Dies schon deswegen, da sie als Erfüllungsgehilfe der vergebenden Stelle tätig werde. Gemäß Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG unterliege die vergebende Stelle bei der Vergabe von Kassenverträgen, welche Dienstleistungsaufträge darstellten, zumindest teilweise den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes. Dies gelte auch für die Ärztekammer für Wien bei der Erfüllung ihrer gesetzlich determinierten Aufgabe bei der Vergabe von Kassenverträgen. Dies schon deswegen, da sie als Erfüllungsgehilfe der vergebenden Stelle tätig werde.

Die Ärztekammer für Wien sei in diesem Zusammenhang nicht bloß Erfüllungsgehilfe der Wiener Gebietskrankenkasse, ihr seien bei der Vergabe von Krankenkassenverträgen durch die Bestimmungen der §§ 343 Abs. 1 und 345a ASVG eigenständige Aufgaben übertragen: Die Ärztekammer für Wien sei eine durch Bundesgesetz geschaffene Einrichtung, die zum Wohl und im Interesse der Allgemeinheit gegründet worden sei und Tätigkeiten ausübe, die nicht gewerblicher Art seien. In Kenntnis des Umstandes, dass die Ärztekammer für Wien der Aufsicht des Landes Wien unterliege, sei der Antragsteller dennoch der Ansicht, dass die Ärztekammer für Wien und deren Kurie für Zahnärzte, welche eine eigenständige Einrichtung innerhalb der Ärztekammer für Wien mit eigener Rechtspersönlichkeit sei, Einrichtungen iSd § 11 Abs. 1 Z 2 BVergG seien. Die Ärztekammer für Wien sei in diesem Zusammenhang nicht bloß Erfüllungsgehilfe der Wiener Gebietskrankenkasse, ihr seien bei der Vergabe von Krankenkassenverträgen durch die Bestimmungen der Paragraphen 343, Absatz eins und 345 a ASVG eigenständige Aufgaben übertragen: Die Ärztekammer für Wien sei eine durch Bundesgesetz geschaffene Einrichtung, die zum Wohl und im Interesse der Allgemeinheit gegründet worden sei und Tätigkeiten ausübe, die nicht gewerblicher Art seien. In Kenntnis des Umstandes, dass die Ärztekammer für Wien der Aufsicht des Landes Wien unterliege, sei der Antragsteller dennoch der Ansicht, dass die Ärztekammer für Wien und deren Kurie für Zahnärzte, welche eine eigenständige Einrichtung innerhalb der Ärztekammer für Wien mit eigener Rechtspersönlichkeit sei, Einrichtungen iSd Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG seien.

Es liege ein dreipersonales Verhältnis vor: Einerseits stehe die Wiener Gebietskrankenkasse in einem Rechtsverhältnis zu den Sozialversicherten, von denen sie ein monatliches Entgelt für ihre Leistungen erhalte, andererseits sei die Gebietskrankenkasse mit dem behandelnden Arzt vertraglich verbunden, an den sie direkt ein Entgelt für die Behandlung der Sozialversicherten leiste. Zwischen sozialversichertem

Patienten und Arzt bestehe lediglich ein arztrechtlicher Behandlungsvertrag, aus dem dem Arzt kein Entgeltanspruch gegenüber dem Patienten zukomme. Die Wiener Gebietskrankenkasse komme somit ihrem gesetzlichen Auftrag nach, indem sie im Zusammenwirken mit der Ärztekammer für Wien mit einem Kasseneinzelvertrag eine Dienstleistung aus dem Gesundheitsbereich "einkaufe". Der stellenwerbende freiberufliche Arzt sei somit Dienstleistungserbringer iSd Art. 1 Z 4 lit.c Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie beziehungsweise § 3 BVergG. Patienten und Arzt bestehe lediglich ein arztrechtlicher Behandlungsvertrag, aus dem dem Arzt kein Entgeltanspruch gegenüber dem Patienten zukomme. Die Wiener Gebietskrankenkasse komme somit ihrem gesetzlichen Auftrag nach, indem sie im Zusammenwirken mit der Ärztekammer für Wien mit einem Kasseneinzelvertrag eine Dienstleistung aus dem Gesundheitsbereich "einkaufe". Der stellenwerbende freiberufliche Arzt sei somit Dienstleistungserbringer iSd Artikel eins, Ziffer 4, Litera c, Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie beziehungsweise Paragraph 3, BVergG.

Zweck der materiellen Vergaberichtlinien und damit auch jener der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie sei, zur Verwirklichung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit beizutragen. Im Sinne der richtlinienkonformen Auslegung unterlägen grundsätzlich alle öffentlichen Dienstleistungsaufträge oberhalb der Schwellenwerte, abgesehen von den ausdrücklichen Ausnahmen, dem Bundesvergabegesetz.

Entgegen der Rechtsansicht der Bundes-Vergabekontrollkommission komme es nicht darauf an, ob ein Dienstleistungsvertrag typisch sei: Nach der Systematik der europäischen Vergaberichtlinien stelle jeder öffentliche Auftrag, welcher kein Liefer- beziehungsweise Bauauftrag sei, einen Dienstleistungsauftrag dar, dies ergebe sich auch aus der Kategorie 27 des Anhangs IV BVergG "sonstige Dienstleistungen", welche sämtliche nicht in Anhang III bzw. Anhang IV Kategorie 17 - 26 genannten Dienstleistungen umfasse. Ein Ausnahmetatbestand nach Artikel 1 lit.a der Dienstleistungsrichtlinie bzw. den §§ 3 Abs. 1 und 2, 12 BVergG, welche eng auszulegen seien, liege nicht vor. Kassenverträge stellten Dienstleistungsaufträge im Bereich des Gesundheitswesens und somit nichtprioritäre Dienstleistungen der Kategorie 25 des Anhangs IV des Bundesvergabegesetzes dar. Entgegen der Rechtsansicht der Bundes-Vergabekontrollkommission komme es nicht darauf an, ob ein Dienstleistungsvertrag typisch sei: Nach der Systematik der europäischen Vergaberichtlinien stelle jeder öffentliche Auftrag, welcher kein Liefer- beziehungsweise Bauauftrag sei, einen Dienstleistungsauftrag dar, dies ergebe sich auch aus der Kategorie 27 des Anhangs römisch vier BVergG "sonstige Dienstleistungen", welche sämtliche nicht in Anhang römisch drei bzw. Anhang römisch vier Kategorie 17 - 26 genannten Dienstleistungen umfasse. Ein Ausnahmetatbestand nach Artikel 1 Litera a, der Dienstleistungsrichtlinie bzw. den Paragraphen 3, Absatz eins und 2, 12 BVergG, welche eng auszulegen seien, liege nicht vor. Kassenverträge stellten Dienstleistungsaufträge im Bereich des Gesundheitswesens und somit nichtprioritäre Dienstleistungen der Kategorie 25 des Anhangs römisch vier des Bundesvergabegesetzes dar.

Ebenfalls entgegen der Rechtsauffassung der Bundes-Vergabekontrollkommission liege kein "spezielles Procedere" für die Vergabe einer Kassenplanstelle vor: § 324 ASVG regle den Ersatzanspruch des Trägers der Sozialhilfe und lasse keine Kriterien erkennen, die Grundlage für die Vergabe einer Kassenplanstelle darstellen könnten. Die Auswahlkriterien für Kassenvertragsärzte würden im wesentlichen durch die §§ 341 Abs. 1 und 3, 342 Abs. 1, 343 Abs. 1 und 344 Abs. 1 ASVG geregelt. Ebenfalls entgegen der Rechtsauffassung der Bundes-Vergabekontrollkommission liege kein "spezielles Procedere" für die Vergabe einer Kassenplanstelle vor: Paragraph 324, ASVG regle den Ersatzanspruch des Trägers der Sozialhilfe und lasse keine Kriterien erkennen, die Grundlage für die Vergabe einer Kassenplanstelle darstellen könnten. Die Auswahlkriterien für Kassenvertragsärzte würden im wesentlichen durch die Paragraphen 341, Absatz eins und 3, 342 Absatz eins, 343, Absatz eins und 344 Absatz eins, ASVG geregelt.

Die formalgesetzlich zumindest bedenkliche Verlagerung der Festlegung der Auswahlkriterien von Vertragsärzten in die "Gesamtverträge" sähen einerseits kein rechtsstaatlich determiniertes "spezielles Procedere" vor, andererseits könne ein solches als privatrechtliche Vereinbarung zwischen zwei öffentlichen Auftraggebern nicht die Zuständigkeit der Vergabekontrollorgane hindern. Auch sei das Bundesvergabegesetz hinsichtlich der Vergabe von Kassenvertragsstellen im Verhältnis zum ASVG sowohl lex posterior als auch lex specialis und komme dem Bundesvergabegesetz daher der Anwendungsvorrang zu.

Unter Berücksichtigung der Grundprinzipien des Vergaberechtes, insbesondere jenen des fairen und transparenten Vergabeverfahrens, der Anwendung sachlicher Vergabekriterien, der Möglichkeit einer objektiven Überprüfung sowie des Bestbieter- und Wirtschaftlichkeitsprinzips sei eine Kassenvertragsstelle an den bewerbenden Arzt zu vergeben, der die bestmögliche Versorgung gewährleiste.

Da das 48fache der monatlichen Leistungen der vergebenden Stelle an den Antragsteller mit geschätzten 1.160.000 EURO den in § 7 Abs. 1 BVergG festgesetzten Schwellenwert übersteige, übersteige der gemäß § 7 Abs. 4 Z 2 BVergG zu ermittelnde geschätzte Auftragswert den vorgenannten Schwellenwert. Da das 48fache der monatlichen Leistungen der vergebenden Stelle an den Antragsteller mit geschätzten 1.160.000 EURO den in Paragraph 7, Absatz eins, BVergG festgesetzten Schwellenwert übersteige, übersteige der gemäß Paragraph 7, Absatz 4, Ziffer 2, BVergG zu ermittelnde geschätzte Auftragswert den vorgenannten Schwellenwert.

Die Wiener Gebietskrankenkasse, die Ärztekammer für Wien sowie die Kurie der Zahnärzte der Ärztekammer für Wien seien daher öffentliche Auftraggeber und die Vergabe einer Kassenplanstelle ein nichtprioritärer Dienstleistungsauftrag iSd Anhangs IV BVergG. Der persönliche und sachliche Anwendungsbereich des BVergG lägen somit vor, weiters sei die gegenständliche Kassenvertragsstelle nach Kenntnis der Antragstellerin noch nicht vergeben, daher sei das Bundesvergabeamt zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens zuständig. Die Wiener Gebietskrankenkasse, die Ärztekammer für Wien sowie die Kurie der Zahnärzte der Ärztekammer für Wien seien daher öffentliche Auftraggeber und die Vergabe einer Kassenplanstelle ein nichtprioritärer Dienstleistungsauftrag iSd Anhangs römisch vier BVergG. Der persönliche und sachliche Anwendungsbereich des BVergG lägen somit vor, weiters sei die gegenständliche Kassenvertragsstelle nach Kenntnis der Antragstellerin noch nicht vergeben, daher sei

das Bundesvergabeamt zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens zuständig.

Auf Grund der bereits erfolgten Befassung der Bundes-Vergabekontrollkommission mit den im gegenständlichen Antrag relevierten rechtswidrigen Entscheidungen der Wiener Gebietskrankenkasse sei gegenständlicher Nachprüfungsantrag zulässig.

Auch im Fall von nichtprioritären Dienstleistungen habe ein öffentlicher Auftraggeber die allgemeinen Grundsätze des EGV sowie des Art. 7 B-VG, wie beispielsweise Nichtdiskriminierung von Bewerbern und Bieter, Transparenz, Sachlichkeits- und Gleichheitsgebot, weiters die Rechtsmittelrichtlinie sowie die Rechtsschutzbestimmungen des Bundesvergabegesetzes zu beachten und sei das Ermessen des Auftraggebers dadurch begrenzt, dass dieser die Vergabevorschriften nicht umgehen dürfe. Im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes kämen der transparenten Gestaltung des Vergabeverfahrens Bedeutung unabhängig davon Auch im Fall von nichtprioritären Dienstleistungen habe ein öffentlicher Auftraggeber die allgemeinen Grundsätze des EGV sowie des Artikel 7, B-VG, wie beispielsweise Nichtdiskriminierung von Bewerbern und Bieter, Transparenz, Sachlichkeits- und Gleichheitsgebot, weiters die Rechtsmittelrichtlinie sowie die Rechtsschutzbestimmungen des Bundesvergabegesetzes zu beachten und sei das Ermessen des Auftraggebers dadurch begrenzt, dass dieser die Vergabevorschriften nicht umgehen dürfe. Im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes kämen der transparenten Gestaltung des Vergabeverfahrens Bedeutung unabhängig davon

zu, ob die diesbezüglichen Bestimmungen des BVergG, wie beispielsweise die §§ 35, 36 und 57, anzuwenden seien, da nur bei einem Mindestmaß an Information ein Bieter feststellen könne, ob die Auftragsvergabe rechtmäßig erfolge. Die Verletzung von Bekanntmachungs- und Veröffentlichungsvorschriften führe auch bei der Vergabe von nichtprioritären Dienstleistungen zur Nichtigkeit der Ausschreibung. zu, ob die diesbezüglichen Bestimmungen des BVergG, wie beispielsweise die Paragraphen 35, 36 und 57, anzuwenden seien, da nur bei einem Mindestmaß an Information ein Bieter feststellen könne, ob die Auftragsvergabe rechtmäßig erfolge. Die Verletzung von Bekanntmachungs- und Veröffentlichungsvorschriften führe auch bei der Vergabe von nichtprioritären Dienstleistungen zur Nichtigkeit der Ausschreibung.

Die Ausschreibung - eine dem Auftraggeber zurechenbare Willenserklärung und somit als ganzes gemäß § 115 Abs. 1 iVm 117 Abs. 2 BVergG anfechtbare Entscheidung - widerspreche jedoch mehrfach vergaberechtlichen Bestimmungen: Die Ausschreibung - eine dem Auftraggeber zurechenbare Willenserklärung und somit als ganzes gemäß Paragraph 115, Absatz eins, in Verbindung mit 117 Absatz 2, BVergG anfechtbare Entscheidung - widerspreche jedoch mehrfach vergaberechtlichen Bestimmungen:

Die Ausschreibung führe den genauen Standort, an dem die Kassenplanstelle zu betreiben sei, nicht an. Die Wiener Gebietskrankenkasse sowie die Ärztekammer für Wien seien allerdings der Ansicht, dass ein Stellenplan vorliege, in dem die jeweilige zahnärztliche Ordination in Wien genau festgehalten sei, wovon auch die jeweilige Ordinationsadresse umfasst sei, sodass die jeweils ausgeschriebene Stelle auch nur dort betrieben werden dürfe. Die Antragstellerin könne somit nicht beurteilen, ob die Planstelle an einer bestimmten Adresse betrieben werden müsse, ebensowenig, wo sich die gegenständliche Ordination befinde; diese Adresse werde lediglich dem "Erstgereihten" bekannt gegeben. Für den Fall, dass die ausgeschriebene Leistung nur an einem bestimmten Standort zu erbringen sei, habe der Auftraggeber den genauen Ort der Leistungserbringung anzugeben.

Es liege eine Verletzung des Transparenzgebotes vor: Bezüglich nachvollziehbarer Reihungskriterien und insbesondere Gewichtungen habe die Antragstellerin keine Auskunft erhalten. Aus der zwischen der Ärztekammer für Wien und der Wiener Gebietskrankenkasse gemäß § 5 Abs. 2 des Gesamtvertrages vom 25. Juni 1956 idgF abgeschlossenen Vereinbarung ergäben sich unter Pkt. II Abs. 3 jene Kriterien, die die Kurie der Zahnärzte der Ärztekammer für Wien zur Reihung der Es liege eine Verletzung des Transparenzgebotes vor: Bezüglich nachvollziehbarer Reihungskriterien und insbesondere Gewichtungen habe die Antragstellerin keine Auskunft erhalten. Aus der zwischen der Ärztekammer für Wien und der Wiener Gebietskrankenkasse gemäß Paragraph 5, Absatz 2, des Gesamtvertrages vom 25. Juni 1956 idgF abgeschlossenen Vereinbarung ergäben sich unter Pkt. römisch zwei Absatz 3, jene Kriterien, die die Kurie der Zahnärzte der Ärztekammer für Wien zur Reihung der

eingelangten Bewerbungen heranziehe, jedoch keine Gewichtung der einzelnen Kriterien. Der Antragstellerin sei nicht mitgeteilt worden, welcher Mitbewerber erstgereiht worden sei und sei die Bewertung daher nicht nachvollziehbar.

Eine EU-weite Bekanntmachung gemäß § 61 BVergG sei nicht erfolgt. Eine Entscheidung des Auftraggebers, einen

Auftrag nicht entsprechend den einschlägigen Bestimmungen zu veröffentlichen, sei eine diesem zurechenbare Willenserklärung im Vergabeverfahren und somit eine anfechtbare Entscheidung. Eine EU-weite Bekanntmachung gemäß Paragraph 61, BVergG sei nicht erfolgt. Eine Entscheidung des Auftraggebers, einen Auftrag nicht entsprechend den einschlägigen Bestimmungen zu veröffentlichen, sei eine diesem zurechenbare Willenserklärung im Vergabeverfahren und somit eine anfechtbare Entscheidung.

isd § 115 Abs. 1 BVergG und von grundlegender Bedeutung für das Vergabeverfahren. isd Paragraph 115, Absatz eins, BVergG und von grundlegender Bedeutung für das Vergabeverfahren.

Daher seien ebenfalls in der Folge getätigten Entscheidungen im Vergabeverfahren unrechtmäßig und nichtig.

Der Auftraggeber setze für die Invertragnahme offenbar eine Einigung hinsichtlich der Übernahme der Ordination ("Ablösevereinbarung") zwischen ehemaligem Inhaber der Kassenplanstelle und Übernehmer voraus. Um welche Ordination es sich dabei handle, werde zunächst lediglich dem Erstgereihten mitgeteilt, erst wenn keine Einigung erfolge, dem Zweitgereihten. Dies stelle eine Ungleichbehandlung der Bieter und eine in der Ausschreibung nicht enthaltene zusätzliche Bedingung dar.

Angesichts der Art und Weise, wie die Krankenversicherung organisiert sei, komme der Zulassung eines niedergelassenen Arztes als Kassenvertragsarzt maßgebliche praktische und wirtschaftliche Bedeutung zu.

Dem Antragsteller drohe bei Nichterlangen des Kassenvertrages ein Verdienstentgang in der Höhe von 87.000 EURO.

Auf Grund des - soweit überblickbar - in Österreich erstmals aufgezeigten Sachverhaltes werde angeregt, die Frage, ob die Vergabe von Kassenvertragsstellen als öffentliche Auftragsvergabe von nichtprioritären Dienstleistungen zu qualifizieren seien, dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen.

Die Ärztekammer Wien sowie die Kurie der Zahnärzte der Ärztekammer für Wien brachten mit Schriftsatz vom 13. Juni 2002 vor, die verfahrensgegenständliche Kassenplanstelle sei am 1. April 2002 vergeben worden. Die Anträge seien daher zurückzuweisen.

Aufgrund des Jahresumsatzes der letzten 3 Jahre sei der Auftragswert mit jährlich 31.181 Euro zu bewerten. Daher sei der einschlägige Schwellenwert nicht erreicht. Daher könne dahingestellt bleiben, ob das Bundesvergabegesetz überhaupt anzuwenden sei.

Die Wiener Gebietskrankenkasse brachte mit Stellungnahme ebenfalls vom 13. Juni 2002 vor, die verfahrensgegenständliche Ordination sei am 1. April 2002 an den erstgereihten Bewerber vergeben worden.

Bei den ausschreibungsgegenständlichen Kassenverträgen handle es sich zwar um Dienstleistungsaufträge, diese seien jedoch jenen dem Bundesvergabegesetz unterliegenden nicht gleichzuhalten und sei daher das Bundesvergabegesetz auf diese nicht anzuwenden: Die Vergabe von Kassenverträgen würde durch eigene gesetzlichen Normen im ASVG gesondert geregelt, diese Regelungen stimmten nicht mit dem Bundesvergabegesetz überein. Weiters habe die Vergabe von Kassenverträgen im Einvernehmen von Ärztekammer und Kassen zu erfolgen, nur letztere unterlägen dem Bundesvergabegesetz.

In inhaltlicher Hinsicht führte die Wiener Gebietskrankenkasse unter anderem aus, die Ausschreibung von Kassenplanstellen erfolge ohne Angabe der Praxisadresse, um vorherige Absprachen zu verhindern und eine objektive Vergabe der Stellen zu gewährleisten.

Eine örtliche Gebundenheit des Praxisübernehmers liege aufgrund gesetzlicher Bestimmungen vor.

1. 2. Ziffer 2

Das Bundesvergabeamt hat zu seiner Zuständigkeit erwogen:

Wie der Antragsteller selbst mehrfach vorbrachte, werden im Rahmen der verfahrensgegenständlichen Kassenvertragsstelle für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde Leistungen des Gesundheitswesens erbracht, welche unter Kategorie 25 des Anhanges IV des Bundesvergabegesetzes zu subsumieren sind. Wie der Antragsteller selbst mehrfach vorbrachte, werden im Rahmen der verfahrensgegenständlichen Kassenvertragsstelle für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde Leistungen des Gesundheitswesens erbracht, welche unter Kategorie 25 des Anhanges römisch vier des Bundesvergabegesetzes zu subsumieren sind.

Vorbehaltlich der Frage, ob die Vergabe einer Kassenplanstelle nicht von vornherein einen Sachverhalt darstellt, auf

den das Bundesvergabegesetz nicht anzuwenden ist - beispielsweise deshalb, weil eine dem Bundesvergabegesetz sowie gleichfalls den Vergaberichtlinien ausdrücklich nicht unterliegende Dienstleistungskonzession vorliegt - ist schon aus folgenden Erwägungen keine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidungen gegeben:

Das Bundesvergabeamt ist gemäß § 113 Abs. 2 BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen und Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der vergebenden Stelle des Auftraggebers nur zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetzes und die hiezu ergangenen Verordnungen zuständig, daher ist die Zuständigkeit der Behörde durch den materiellrechtlichen Überprüfungsmaßstab Bundesvergabegesetz eingeschränkt. Die Beurteilung von Verletzungen anderer Rechtsvorschriften als des Bundesvergabegesetzes fällt daher nicht in den Zuständigkeitskreis der Behörde. Unbeschadet der Pflicht zur richtlinienkonformen Interpretation, zur allfälligen unmittelbaren Anwendung von Richtlinien und dem einer unmittelbaren Anwendung zugänglichen Primärrecht bzw. der Pflicht zur gemeinschaftsrechtskonformen Interpretation des Bundesvergabegesetzes bedeutet dies, dass die Verletzungen anderer Rechtsvorschriften, die nicht durch das Bundesvergabegesetz rezipiert werden, vor dem Bundesvergabeamt nicht geltend gemacht werden können. Das Bundesvergabeamt ist gemäß Paragraph 113, Absatz 2, BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen und Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der vergebenden Stelle des Auftraggebers nur zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetzes und die hiezu ergangenen Verordnungen zuständig, daher ist die Zuständigkeit der Behörde durch den materiellrechtlichen Überprüfungsmaßstab Bundesvergabegesetz eingeschränkt. Die Beurteilung von Verletzungen anderer Rechtsvorschriften als des Bundesvergabegesetzes fällt daher nicht in den Zuständigkeitskreis der Behörde. Unbeschadet der Pflicht zur richtlinienkonformen Interpretation, zur allfälligen unmittelbaren Anwendung von Richtlinien und dem einer unmittelbaren Anwendung zugänglichen Primärrecht bzw. der Pflicht zur gemeinschaftsrechtskonformen Interpretation des Bundesvergabegesetzes bedeutet dies, dass die Verletzungen anderer Rechtsvorschriften, die nicht durch das Bundesvergabegesetz rezipiert werden, vor dem Bundesvergabeamt nicht geltend gemacht werden können.

Für "nichtprioritäre Dienstleistungen" sieht das Bundesvergabegesetz entsprechend zu Artikel 9 RL 92/50/EWG vor, dass lediglich der erste und vierte Teil des Bundesvergabegesetzes (Schwellenwerte und Rechtsschutzteil) sowie §§ 61 (Allgemeines über die Art der Bekanntmachung), 63 (Pflicht zur Bekanntmachung vergebener Aufträge), 64 (Pflicht zur Verwendung des CPV's bei diesen Bekanntmachungen), sowie 71 (Bestimmungen über die technischen Spezifikationen) Anwendung finden. Demnach erstreckt sich die Entscheidungszuständigkeit des Bundesvergabeamtes auch nur auf die Überprüfung der Einhaltung dieser Bestimmungen. Auch daraus, dass der Rechtsschutzteil des Bundesvergabegesetzes anzuwenden ist, ist nichts anderes abzuleiten. Die §§ 99 ff des Bundesvergabegesetzes enthalten nämlich keine Verhaltenspflichten für Auftraggeber sondern regeln lediglich die Organisation und das Verfahren der Rechtsschutzeinrichtungen. Diese Bestimmungen finden daher nur Anwendung, insoweit es um die Einhaltung der Überprüfung der §§ 61, 63, 64 und 71 des Bundesvergabegesetzes geht. Für "nichtprioritäre Dienstleistungen" sieht das Bundesvergabegesetz entsprechend zu Artikel 9 RL 92/50/EWG vor, dass lediglich der erste und vierte Teil des Bundesvergabegesetzes (Schwellenwerte und Rechtsschutzteil) sowie Paragraphen 61, (Allgemeines über die Art der Bekanntmachung), 63 (Pflicht zur Bekanntmachung vergebener Aufträge), 64 (Pflicht zur Verwendung des CPV's bei diesen Bekanntmachungen), sowie 71 (Bestimmungen über die technischen Spezifikationen) Anwendung finden. Demnach erstreckt sich die Entscheidungszuständigkeit des Bundesvergabeamtes auch nur auf die Überprüfung der Einhaltung dieser Bestimmungen. Auch daraus, dass der Rechtsschutzteil des Bundesvergabegesetzes anzuwenden ist, ist nichts anderes abzuleiten. Die Paragraphen 99, ff des Bundesvergabegesetzes enthalten nämlich keine Verhaltenspflichten für Auftraggeber sondern regeln lediglich die Organisation und das Verfahren der Rechtsschutzeinrichtungen. Diese Bestimmungen finden daher nur Anwendung, insoweit es um die Einhaltung der Überprüfung der Paragraphen 61, 63, 64 und 71 des Bundesvergabegesetzes geht.

Die erwähnten Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes bzw. die diesen zugrundeliegenden Artikel 14 und 16 der Dienstleistungsrichtlinie 92/50/EWG sind nicht die einzigen Rechtsvorschriften, die auf die Vergabe nichtprioritärer Dienstleistungsaufträge Anwendung finden. Vielmehr gilt auch für solche Aufträge das allgemeine Diskriminierungsverbot und die daraus abzuleitenden Anforderungen an die Transparenz und Publizität des Vergabeverfahrens. Dies ergibt sich bereits aus den Grundfreiheiten des Vertrages (vgl. Artikel 30, 43, 49 EG und die einschlägige Rechtsprechung des EuGH's, vgl. insbesondere Urteil des EuGH's vom 7.12.2000, C 324/98, Telaustria

Verlags GmbH und Telefonadress GmbH gegen Telekom Austria AG). Da das Bundesvergabeamt aber nur die Einhaltung der Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes zu überprüfen hat - insbesondere hat der Gesetzgeber die Geltung des § 16 BVergG, der zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes führen würde, für nichtprioritäre Dienstleistungen nicht angeordnet - , fällt die Überwachung der Einhaltung dieser allgemeinen Grundsätze nicht in den Zuständigkeitsbereich des Bundesvergabeamtes. Mangels einer anderen gesetzlichen Anordnung fällt die Überwachung der Einhaltung dieser Grundsätze vielmehr kraft § 1 JN in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte. Die erwähnten Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes bzw. die diesen zugrundeliegenden Artikel 14 und 16 der Dienstleistungsrichtlinie 92/50/EWG sind nicht die einzigen Rechtsvorschriften, die auf die Vergabe nichtprioritärer Dienstleistungsaufträge Anwendung finden. Vielmehr gilt auch für solche Aufträge das allgemeine Diskriminierungsverbot und die daraus abzuleitenden Anforderungen an die Transparenz und Publizität des Vergabeverfahrens. Dies ergibt sich bereits aus den Grundfreiheiten des Vertrages vergleiche Artikel 30, 43, 49 EG und die einschlägige Rechtsprechung des EuGH's, vergleiche insbesondere Urteil des EuGH's vom 7.12.2000, C 324/98, Telaustria Verlags GmbH und Telefonadress GmbH gegen Telekom Austria AG). Da das Bundesvergabeamt aber nur die Einhaltung der Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes zu überprüfen hat - insbesondere hat der Gesetzgeber die Geltung des Paragraph 16, BVergG, der zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes führen würde, für nichtprioritäre Dienstleistungen nicht angeordnet - , fällt die Überwachung der Einhaltung dieser allgemeinen Grundsätze nicht in den Zuständigkeitsbereich des Bundesvergabeamtes. Mangels einer anderen gesetzlichen Anordnung fällt die Überwachung der Einhaltung dieser Grundsätze vielmehr kraft Paragraph eins, JN in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte.

Auch könnte ein Widerspruch zu den Vorgaben der Dienstleistungsrichtlinie 92/50/EWG darin erblickt werden, dass diese in Artikel 3 Abs. 2 das allgemeine Diskriminierungsverbot zum Bestandteil des auch für nichtprioritäre Dienstleistungsaufträge geltenden Richtlinienrechtes erklärt und gemäß Artikel 1, 2 lit. b der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG idF der Richtlinie 92/50/EWG auch eine Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen, die in Widerspruch zum Diskriminierungsverbot stehen, gefordert ist, wohingegen das Bundesvergabegesetz die dargelegte Einschränkung der Zuständigkeit der zur Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen berufenen Behörde Bundesvergabeamt enthält und andererseits den ordentlichen Gerichten keine gesetzliche Befugnis zur Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen zukommt. Doch ist eine gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation nach der Rechtsprechung des EuGH's nur insoweit geboten, als nach nationalem Recht ein Auslegungsspielraum vorhanden ist (vgl. EuGH Rs C 91/92, Faccini Dori / Recreb, Rz 26 uva.). Ein solcher Auslegungsspielraum ist jedoch durch die Verwendung des Wortes "nur" in § 3 Abs. 3 BVergG nicht gegeben. Eine unmittelbare Anwendung der Richtlinie käme zwar auf Grund ihres Inhalts insoweit in Betracht, als die Auftraggeber zur Einhaltung der materiellrechtlichen Grundsätze (Diskriminierungsverbot) verpflichtet sind, doch ergäbe sich vorausgesetzt, das Bundesvergabegesetz wäre auf die Vergabe von Kassenplanstellen anzuwenden - auch aus dieser allfälligen unmittelbaren Anwendung keine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes. Die Richtlinie 89/665/EWG enthält nämlich keine Bestimmung, welche Behörde zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens zuständig sein soll. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ist es aber mangels einer gemeinschaftsrechtlichen Anordnung Sache der Rechtsordnung jedes Mitgliedsstaates, zu bestimmen, welches Gericht für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten zuständig ist, in dem um individuelle, auf dem Gemeinschaftsrecht beruhende Rechte geht (vgl. EuGH 17.9.1997, Rs C 54/96; EuGH 24.9.1998, Rs C 76/97, Tögel gegen Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, uva.). Aus einer unmittelbaren Anwendung der Richtlinie ergibt sich daher noch nicht die behördliche Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, weil dessen Zuständigkeit nach § 113 BVergG durch die im Bundesvergabegesetz enthaltenen Bestimmungen beschränkt ist. Auch könnte ein Widerspruch zu den Vorgaben der Dienstleistungsrichtlinie 92/50/EWG darin erblickt werden, dass diese in Artikel 3 Absatz 2, das allgemeine Diskriminierungsverbot zum Bestandteil des auch für nichtprioritäre Dienstleistungsaufträge geltenden Richtlinienrechtes erklärt und gemäß Artikel 1, 2 Litera b, der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG in der Fassung der Richtlinie 92/50/EWG auch eine Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen, die in Widerspruch zum Diskriminierungsverbot stehen, gefordert ist, wohingegen das Bundesvergabegesetz die dargelegte Einschränkung der Zuständigkeit der zur Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen berufenen Behörde Bundesvergabeamt enthält und andererseits den ordentlichen Gerichten keine gesetzliche Befugnis zur Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen zukommt. Doch ist eine gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation nach der Rechtsprechung des EuGH's nur insoweit geboten, als nach nationalem Recht ein Auslegungsspielraum vorhanden ist

vergleiche EuGH Rs C 91/92, Faccini Dori / Recreb, Rz 26 uva.). Ein solcher Auslegungsspielraum ist jedoch durch die Verwendung des Wortes "nur" in Paragraph 3, Absatz 3, BVergG nicht gegeben. Eine unmittelbare Anwendung der Richtlinie käme zwar auf Grund ihres Inhalts insoweit in Betracht, als die Auftraggeber zur Einhaltung der materiellrechtlichen Grundsätze (Diskriminierungsverbot) verpflichtet sind, doch ergäbe sich vorausgesetzt, das Bundesvergabegesetz wäre auf die Vergabe von Kassenplanstellen anzuwenden - auch aus dieser allfälligen unmittelbaren Anwendung keine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten. Die Richtlinie 89/665/EWG enthält nämlich keine Bestimmung, welche Behörde zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens zuständig sein soll. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ist es aber mangels einer gemeinschaftsrechtlichen Anordnung Sache der Rechtsordnung jedes Mitgliedsstaates, zu bestimmen, welches Gericht für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten zuständig ist, in dem um individuelle, auf dem Gemeinschaftsrecht beruhende Rechte geht vergleiche EuGH 17.9.1997, Rs C 54/96; EuGH 24.9.1998, Rs C 76/97, Tögel gegen Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, uva.). Aus einer unmittelbaren Anwendung der Richtlinie ergibt sich daher noch nicht die behördliche Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten, weil dessen Zuständigkeit nach Paragraph 113, BVergG durch die im Bundesvergabegesetz enthaltenen Bestimmungen beschränkt ist.

Da eine nichtprioritäre Dienstleistung vorliegt, bei der das Bundesvergabeamt aus den oben dargelegten Erwägungen nur die Einhaltung der §§ 61, 63, 64 und 71 BVergG zu überprüfen hat und der Antragsteller sich in der Begründung seiner Anträge im wesentlichen auf die nicht erfolgte Bekanntmachung, die Verletzung des Transparenz- sowie des Gleichbehandlungsgrundsatzes (§ 16 BVergG) bzw. dem Nichtvorliegen von Kriterien berufen hat, fielen die geltend gemachten Rechtsverletzungen auch im Fall, dass das Bundesvergabegesetz auf die Vergabe von Kassenplanstellen anzuwenden wäre, schon aufgrund obenstehender Erwägungen nicht in die Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten sondern in jene der ordentlichen Gerichte. Da eine nichtprioritäre Dienstleistung vorliegt, bei der das Bundesvergabeamt aus den oben dargelegten Erwägungen nur die Einhaltung der Paragraphen 61, 63, 64 und 71 BVergG zu überprüfen hat und der Antragsteller sich in der Begründung seiner Anträge im wesentlichen auf die nicht erfolgte Bekanntmachung, die Verletzung des Transparenz- sowie des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Paragraph 16, BVergG) bzw. dem Nichtvorliegen von Kriterien berufen hat, fielen die geltend gemachten Rechtsverletzungen auch im Fall, dass das Bundesvergabegesetz auf die Vergabe von Kassenplanstellen anzuwenden wäre, schon aufgrund obenstehender Erwägungen nicht in die Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten sondern in jene der ordentlichen Gerichte.

Die im Spruch wiedergegebenen Anträge waren daher wegen Unzuständigkeit der Behörde zurückzuweisen.

Angesichts dieser klaren Rechtslage, welche sich aus § 3 Abs. 3 BVergG ergibt, welcher wiederum Artikel 9 der Dienstleistungsrichtlinie umsetzt, kommt die von der Antragstellerin angeregte Vorlage an den Europäischen Gerichtshof nicht in Betracht. Angesichts dieser klaren Rechtslage, welche sich aus Paragraph 3, Absatz 3, BVergG ergibt, welcher wiederum Artikel 9 der Dienstleistungsrichtlinie umsetzt, kommt die von der Antragstellerin angeregte Vorlage an den Europäischen Gerichtshof nicht in Betracht.

Schlagworte

Kassenvertragsstelle; Geltungsbereich, sachlicher, Dienstleistungsauftrag, nicht prioritäre Dienstleistungen, Leistungen des Gesundheitswesens; Bundesvergabeamt, Zuständigkeit, materiell-rechtlicher Überprüfungsmaßstab, Gleichbehandlungsgrundsatz, ordentliche Gerichte; Geltungsbereich, Diskriminierungsverbot, Transparenz, Publizität; Unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht;

Dokumentnummer

VERGT_20020626_N_28_02_9_00

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>