

TE Verg Bescheid 1998/11/6 F-2/97-26

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 06.11.1998

Norm

BVergG 1997 §3

BVergG 1997 §3 Abs1

BVergG 1997 §7 Abs1

BVergG 1997 §7 Abs3

BVergG 1997 §7 Abs4

BVergG 1997 §15 Z1

BVergG 1997 §58 Abs2 Z2

BVergG 1993 §91

BVergG 1993 §54

BVergG 1993 §91

JN §1

ABGB §1376

ABGB §1377

RL 92/50/EWG Dienstleistungskordinierungs-RL (ABI 1992 L 209 S 1)

RL 92/50/EWG Dienstleistungskordinierungs-RL (ABI 1992 L 209 S 1)

AnhangIA

RL 92/50/EWG Dienstleistungskordinierungs-RL (ABI 1992 L 209 S 1)

AnhangIB

RL 92/50/EWG Dienstleistungskordinierungs-RL (ABI 1992 L 209 S 1) Art7

Abs1

EGV Art189 Abs3

1. JN Art. 18 § 1 heute

2. JN Art. 18 § 1 gültig ab 01.01.2010

1. ABGB § 1376 heute

2. ABGB § 1376 gültig ab 01.01.1812

1. ABGB § 1377 heute

2. ABGB § 1377 gültig ab 01.01.1812

Text

Der Senat 6 des Bundesvergabeamtes hat am 6. November 1998 unter dem Vorsitz von Dr. Wigbert Zimmermann und den Beisitzern Dr. Friedrich Resel und Mag. Helmut Heindl über die verbesserten Anträge des XXX, ***, vertreten durch ***, vom 12. Mai 1997 1. Die Entscheidung der Antragsgegnerin, die zur Auftragserteilung an das YYY geführt hat, für nichtig zu erklären, 2. der Antragsgegnerin eine Ausschreibung und Vergabe der verfahrensgegenständlichen

Leistungen gemäß dem BVergG aufzutragen, sowie 3. den Antrag vom 29. September 1997 auf Einholung einer Vorabentscheidung des EuGH betreffend eines Verstoßes der Antragsgegnerin gegen das Verbot des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, wie folgt entschieden: Der Senat 6 des Bundesvergabeamtes hat am 6. November 1998 unter dem Vorsitz von Dr. Wigbert Zimmermann und den Beisitzern Dr. Friedrich Resel und Mag. Helmut Heindl über die verbesserten Anträge des römisch 30, ***, vertreten durch ***, vom 12. Mai 1997 1. Die Entscheidung der Antragsgegnerin, die zur Auftragserteilung an das YYY geführt hat, für nichtig zu erklären, 2. der Antragsgegnerin eine Ausschreibung und Vergabe der verfahrensgegenständlichen Leistungen gemäß dem BVergG aufzutragen, sowie 3. den Antrag vom 29. September 1997 auf Einholung einer Vorabentscheidung des EuGH betreffend eines Verstoßes der Antragsgegnerin gegen das Verbot des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, wie folgt entschieden:

Spruch:

I. Der mit 1. bezeichnete Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Antragsgegnerin, die zur Auftragserteilung an das YYY geführt hat, wird als unzulässig zurückgewiesen. römisch eins. Der mit 1. bezeichnete Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Antragsgegnerin, die zur Auftragserteilung an das YYY geführt hat, wird als unzulässig zurückgewiesen.

II. Der mit 2. bezeichnete Antrag, der Antragsgegnerin die Ausschreibung und Vergabe der gegenständlichen Leistung gemäß dem BVergG aufzutragen, wird als unzulässig zurückgewiesen. römisch zwei. Der mit 2. bezeichnete Antrag, der Antragsgegnerin die Ausschreibung und Vergabe der gegenständlichen Leistung gemäß dem BVergG aufzutragen, wird als unzulässig zurückgewiesen.

III. Der mit 3. bezeichnete Antrag auf Einholung einer Vorabentscheidung durch den Europäischen Gerichtshof im Hinblick auf das Vorliegen des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung wird mangels Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Durchführung eines nationalen Ausgangsverfahrens zurückgewiesen. römisch drei. Der mit 3. bezeichnete Antrag auf Einholung einer Vorabentscheidung durch den Europäischen Gerichtshof im Hinblick auf das Vorliegen des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung wird mangels Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Durchführung eines nationalen Ausgangsverfahrens zurückgewiesen.

Begründung

Unstrittig ist, daß es sich bei der Vorarlberger Gebietskrankenkasse um einen öffentlichen Auftraggeber iS des § 11 Abs 1 Z u BVergG, womit ihre Auftragsvergaben in den Anwendungsbereich des BVergG fallen. Aus dem Urteil des EuGH vom 24. September 1998 in der Rs C-76/96 Tögel (Rn 40) ergibt sich unwiderleglich, "daß Rettungs- und Krankentransporte unter Begleitung eines Sanitäters sowohl unter Anhang IA, Kategorie 2, als auch unter Anhang IB, Kategorie 25, der Richtlinie 92/50/EWG fallen, so daß ein Auftrag, der solche Dienstleistungen zum Gegenstand hat, von Artikel 10 der Richtlinie 92/50 erfaßt wird." Unstrittig ist, daß es sich bei der Vorarlberger Gebietskrankenkasse um einen öffentlichen Auftraggeber iS des Paragraph 11, Absatz eins, Z u BVergG, womit ihre Auftragsvergaben in den Anwendungsbereich des BVergG fallen. Aus dem Urteil des EuGH vom 24. September 1998 in der Rs C-76/96 Tögel (Rn 40) ergibt sich unwiderleglich, "daß Rettungs- und Krankentransporte unter Begleitung eines Sanitäters sowohl unter Anhang IA, Kategorie 2, als auch unter Anhang IB, Kategorie 25, der Richtlinie 92/50/EWG fallen, so daß ein Auftrag, der solche Dienstleistungen zum Gegenstand hat, von Artikel 10 der Richtlinie 92/50 erfaßt wird."

Art. 10 der Richtlinie 92/50/EWG lautet: Artikel 10, der Richtlinie 92/50/EWG lautet:

Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen des Anhangs IA und des Anhangs IB sind, werden nach den Vorschriften der Abschnitte III bis VI vergeben, wenn der Wert der Dienstleistungen nach Anhang IA größer ist als derjenige der Dienstleistungen des Anhangs IB. Ist dies nicht der Fall, so werden sie gemäß den Artikeln 14 und 16 vergeben. Diese Bestimmung wurde im BVergG durch § Abs 3 BVergG umgesetzt, auf den in der Folge Bezug genommen wird. Unwiderleglich ist aufgrund des Urteils in der Rs C-76/96 weiterhin, daß derartige Dienstleistungen, wenn sie aufgrund schriftlicher entgeltlicher Verträge von öffentlichen Auftraggebern vergeben werden als Dienstleistungsaufträge iS des § 3 BVergG anzusehen sind, weshalb sie in den sachlichen Geltungsbereich des BVergG fallen, soweit sie den Schwellenwert des § 7 Abs 1 BVergG überschreiten. Nun hat die Antragstellerin keine Angaben über den geschätzten Auftragswert und damit über das Erreichen des Schwellenwertes gemacht, sondern die Anwendbarkeit des BVergG bzw der RL 92/50/EWG lediglich behauptet. Es wäre ihr allerdings objektiv unmöglich gewesen den tatsächlichen Auftragswert zu ermitteln, da der Auftraggeber diesen ihr gegenüber nicht durch Durchführung eines Vergabeverfahrens, bei dem sie Gelegenheit gehabt hätte, eine eigene Kalkulation nach der

Leistungsbeschreibung des Auftraggebers durchzuführen und die Preise der anderen Bieter im Rahmen einer Angebotsöffnung zu erfahren. Die Antragsgegnerin hat in ihrer Äußerung vom 15. April 1997 eine ab 1. Jänner 1997 geltende Tarifliste sowie eine Reihe von älteren Aktenvermerken übermittelt. Aus dieser Tarifliste geht hervor, daß das Entgelt für die Erbringung von Krankentransportleistungen in Abhängigkeit von der tatsächlichen Inanspruchnahme der Leistung, von der Entfernung und von der Art der Beförderung (Krankentransporte liegend, Krankentransporte sitzend, Einsatz eines Notarztwagens und Krankentransporte mit Behindertenfahrzeugen) in der Art von Regiepreisen iS § 25 Abs. 2 BVergG iVm Pkt 1.10.2.3 der ÖNORM A 2050 geleistet wird. Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen des Anhangs IA und des Anhangs IB sind, werden nach den Vorschriften der Abschnitte römisch drei bis römisch sechs vergeben, wenn der Wert der Dienstleistungen nach Anhang IA größer ist als derjenige der Dienstleistungen des Anhangs IB. Ist dies nicht der Fall, so werden sie gemäß den Artikeln 14 und 16 vergeben. Diese Bestimmung wurde im BVergG durch Paragraph Absatz 3, BVergG umgesetzt, auf den in der Folge Bezug genommen wird. Unwiderleglich ist aufgrund des Urteils in der Rs C-76/96 weiterhin, daß derartige Dienstleistungen, wenn sie aufgrund schriftlicher entgeltlicher Verträge von öffentlichen Auftraggebern vergeben werden als Dienstleistungsaufträge iS des Paragraph 3, BVergG anzusehen sind, weshalb sie in den sachlichen Geltungsbereich des BVergG fallen, soweit sie den Schwellenwert des Paragraph 7, Absatz eins, BVergG überschreiten. Nun hat die Antragstellerin keine Angaben über den geschätzten Auftragswert und damit über das Erreichen des Schwellenwertes gemacht, sondern die Anwendbarkeit des BVergG bzw der RL 92/50/EWG lediglich behauptet. Es wäre ihr allerdings objektiv unmöglich gewesen den tatsächlichen Auftragswert zu ermitteln, da der Auftraggeber diesen ihr gegenüber nicht durch Durchführung eines Vergabeverfahrens, bei dem sie Gelegenheit gehabt hätte, eine eigene Kalkulation nach der Leistungsbeschreibung des Auftraggebers durchzuführen und die Preise der anderen Bieter im Rahmen einer Angebotsöffnung zu erfahren. Die Antragsgegnerin hat in ihrer Äußerung vom 15. April 1997 eine ab 1. Jänner 1997 geltende Tarifliste sowie eine Reihe von älteren Aktenvermerken übermittelt. Aus dieser Tarifliste geht hervor, daß das Entgelt für die Erbringung von Krankentransportleistungen in Abhängigkeit von der tatsächlichen Inanspruchnahme der Leistung, von der Entfernung und von der Art der Beförderung (Krankentransporte liegend, Krankentransporte sitzend, Einsatz eines Notarztwagens und Krankentransporte mit Behindertenfahrzeugen) in der Art von Regiepreisen iS Paragraph 25, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Pkt 1.10.2.3 der ÖNORM A 2050 geleistet wird.

Ein Gesamtauftragswert wird jedoch nicht angegeben. Da die Antragsgegnerin jedoch der Anwendbarkeit des BVergG aus dem Grunde des Nichterreichens des Schwellenwertes gemäß §§ 7 Abs. 1, bzw. der Abs. 3, 4 und 5 nicht entgegentritt, kann insbesondere im Hinblick auf die Höhe der Tarife und die Größe des Einzugsgebietes sowie die von der Antragsgegnerin selbst vorgebrachte lange Vertragsdauer von einem Erreichen des Schwellenwertes ausgegangen werden. Ein Gesamtauftragswert wird jedoch nicht angegeben. Da die Antragsgegnerin jedoch der Anwendbarkeit des BVergG aus dem Grunde des Nichterreichens des Schwellenwertes gemäß Paragraphen 7, Absatz eins,, bzw. der Absatz 3, 4 und 5 nicht entgegentritt, kann insbesondere im Hinblick auf die Höhe der Tarife und die Größe des Einzugsgebietes sowie die von der Antragsgegnerin selbst vorgebrachte lange Vertragsdauer von einem Erreichen des Schwellenwertes ausgegangen werden.

Die Antragstellerin hat in ihrem Schriftsatz vom 5. November 1998 eine weitere Tarifliste - gültig ab 1. Jänner 1998 - übermittelt, die gegenüber der Tarifliste ab 1. Jänner 1997 eine Erhöhung der entsprechenden Sätze vorsieht. Daraus erhellt, daß - wie von der Antragstellerin behauptet und von der Antragsgegnerin zugestanden - die Höhe des Entgeltes für die in Frage stehenden Leistungen in regelmäßigen Zeitabständen verändert wird. Dies zeigt sich auch in der von der Antragsgegnerin vorgelegten Tarifliste gültig ab 1. Jänner 1996, die im Verhältnis zur Tarifliste ab 1. Jänner 1997 niedrigere Tarife aufweist. Darüberhinaus hat die Antragstellerin vorgebracht, daß die Antragsgegnerin derartige Vereinbarungen auch mit anderen Unternehmen als mit dem YYY abgeschlossen hat.

Unzweifelhaft - und von der Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 5. September 1997 auch zugestanden - stellt das Entgelt für eine Leistung ein *essentiale negotii* dar. Der Verantwortung der Antragsgegnerin, die übrigen *essentialia negotii* blieben unberührt kann insofern nicht gefolgt werden, als der Umfang der Leistung ja nicht durch den Vertrag sondern - wie für Regieleistungen typisch - entsprechend dem tatsächlichen Bedarf des Auftraggebers, der *ex ante* nicht bestimmbar ist, festzulegen ist. Unverändert bleibt lediglich das typische Leistungsbild.

Jede durch Vereinbarung zwischen Vertragsparteien zu erzielende Einigung über eine Änderung der Forderung einer Partei - in diesem Fall die Entgeltsforderung des Auftragnehmers - in Form einer zu vereinbarenden Entgeltsänderung erfüllt die Voraussetzung, die § 1376 ABGB im Hinblick auf die Änderung des Hauptgegenstandes einer Forderung als

Voraussetzung für den Eintritt einer Novation festlegt. Dies gilt nicht nur für die beeinspruchte Tarifänderung von 1996 auf 1997, sondern auch für die Tarifänderung von 1997 auf 1998, die jedoch nicht Gegenstand des Verfahrens bildet. Gemäß § 1377 ABGB wird durch Novation die alte Verbindlichkeit unter gleichzeitiger Begründung einer neuen aufgehoben. Wenn die Antragsgegnerin nun dartut, eine Tarifänderung käme nur dann zustande, wenn beide Seiten einer Tarifänderung zustimmen, ansonsten gelte die bisherige Tarifvereinbarung weiter, dann zeigt dies den Novationscharakter der Vereinbarung, die erst mit ihrem Zustandekommen die alte Vereinbarung zum Erlöschen bringt, nur um so deutlicher. Jede durch Vereinbarung zwischen Vertragsparteien zu erzielende Einigung über eine Änderung der Forderung einer Partei - in diesem Fall die Entgeltsforderung des Auftragnehmers - in Form einer zu vereinbarenden Entgeltsänderung erfüllt die Voraussetzung, die Paragraph 1376, ABGB im Hinblick auf die Änderung des Hauptgegenstandes einer Forderung als Voraussetzung für den Eintritt einer Novation festlegt. Dies gilt nicht nur für die beeinspruchte Tarifänderung von 1996 auf 1997, sondern auch für die Tarifänderung von 1997 auf 1998, die jedoch nicht Gegenstand des Verfahrens bildet. Gemäß Paragraph 1377, ABGB wird durch Novation die alte Verbindlichkeit unter gleichzeitiger Begründung einer neuen aufgehoben. Wenn die Antragsgegnerin nun dartut, eine Tarifänderung käme nur dann zustande, wenn beide Seiten einer Tarifänderung zustimmen, ansonsten gelte die bisherige Tarifvereinbarung weiter, dann zeigt dies den Novationscharakter der Vereinbarung, die erst mit ihrem Zustandekommen die alte Vereinbarung zum Erlöschen bringt, nur um so deutlicher.

Jegliche Neubegründung einer vertraglichen Vereinbarung - und damit auch jede Novation - erfüllt jedoch die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 BVergG. Gegen eine "Tarifanpassung" mit Novationscharakter, die nach dem 1. Jänner 1997 vereinbart wurde, könnte sich die Antragstellerin - bei Vorliegen der sonstigen Antragsvoraussetzungen - an das Bundesvergabeamt wenden, dessen Zuständigkeit diesfalls wohl gegeben wäre. Jegliche Neubegründung einer vertraglichen Vereinbarung - und damit auch jede Novation - erfüllt jedoch die Voraussetzungen des Paragraph 3, Absatz eins, BVergG. Gegen eine "Tarifanpassung" mit Novationscharakter, die nach dem 1. Jänner 1997 vereinbart wurde, könnte sich die Antragstellerin - bei Vorliegen der sonstigen Antragsvoraussetzungen - an das Bundesvergabeamt wenden, dessen Zuständigkeit diesfalls wohl gegeben wäre.

Hinsichtlich der Betrauung anderer Unternehmer mit der Erbringung von Krankentransportleistungen - gleich welchen Umfangs - gilt, daß diese iS des § 7 Abs. 3 erster Satz BVergG als Lose, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, anzusehen sind. Derartige Lose unterliegen in einem Umfang von 80% des gesamten Krankentransportvolumens des Auftraggebers jedenfalls den Bestimmungen des BVergG. Lose, die einen Auftragswert von 80.000 ECU nicht überschreiten, müssen nicht nach den Bestimmungen des BVergG vergeben werden, wenn der Wert dieser Lose 20% des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt. Hinsichtlich der Betrauung anderer Unternehmer mit der Erbringung von Krankentransportleistungen - gleich welchen Umfangs - gilt, daß diese iS des Paragraph 7, Absatz 3, erster Satz BVergG als Lose, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, anzusehen sind. Derartige Lose unterliegen in einem Umfang von 80% des gesamten Krankentransportvolumens des Auftraggebers jedenfalls den Bestimmungen des BVergG. Lose, die einen Auftragswert von 80.000 ECU nicht überschreiten, müssen nicht nach den Bestimmungen des BVergG vergeben werden, wenn der Wert dieser Lose 20% des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt.

Die Antragsgegnerin hält in ihrem Schriftsatz vom 5. September 1997 der Antragstellerin entgegen, diese sei mangels entsprechender personeller und fahrzeugmäßiger Ausstattung gar nicht in der Lage, die in Frage stehenden Leistungen zu erbringen. Dem ist die eigene Verantwortung der Antragsgegnerin vom 15. April 1997 entgegenzuhalten, es handle sich bei der Antragstellerin um die Ortsgruppe *** des XXX. Es ist eine notorische Tatsache, daß die Gesamtorganisation XXX in ganz Österreich tätig ist und bezogen auf den Gesamtstand der Organisation fraglos in der Lage ist, Leistungen wie die gegenständliche zu erbringen. Was nun die grundsätzliche Fähigkeit eines Unternehmens Leistungen zu erbringen betrifft, zeigt schon das Urteil des Europäischen Gerichtshofes in der Rs C-389/92 Ballast Nedam (Slg 1994, I-1289), daß dafür alle Ressourcen einzurechnen sind, die dem Unternehmen - gleich in welcher Art - zur Verfügung stehen. Welche Mittel die Antragstellerin im Fall einer Ausschreibung zur Durchführung des Vertrages angeboten hätte, kann von der Antragsgegnerin nicht unterstellt werden, da sie der Antragstellerin durch die Nichtdurchführung einer Ausschreibung die Möglichkeit genommen hat, ihre Leistungsfähigkeit in einem Vergabeverfahren zu demonstrieren. Es ist der Antragstellerin, bei der es sich ja um kein kommerziell tätiges Unternehmen handelt, nicht zuzumuten, daß sie sich im Vorgriff auf die Entscheidungen der Nachprüfungsorgane alle unmittelbar für die Leistungserbringung notwendigen Ressourcen zulegt und diese vorhält, wenn die Antragsgegnerin

in der Vergangenheit derartige Leistungen niemals ausgeschrieben hat. Insbesondere ist der Antragstellerin die Möglichkeit nicht abzusprechen, auf Personal- und Sachmittel anderer Teilorganisationen der Gesamtorganisation XXX zuzugreifen. Hinsichtlich des Vorbringens der Antragsgegnerin, der vorgelegte Vertrag falle schon mangels Schriftlichkeit nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50/EWG ist lediglich festzuhalten, daß § 3 Abs. 1 BVergG dieses Erfordernis nicht kennt, sollte es dennoch implizit aus dem BVergG ableitbar sein, wäre ein Verhalten eines Auftraggebers, das darauf gerichtet ist, durch die fehlende Schriftlichkeit einer vertraglichen Vereinbarung ein Rechtsverhältnis aus dem Anwendungsbereich des BVergG fernzuhalten, als verbotene Umgehung einer gesetzlichen Anordnung zu werten. Die Antragsgegnerin hält in ihrem Schriftsatz vom 5. September 1997 der Antragstellerin entgegen, diese sei mangels entsprechender personeller und fahrzeugmäßiger Ausstattung gar nicht in der Lage, die in Frage stehenden Leistungen zu erbringen. Dem ist die eigene Verantwortung der Antragsgegnerin vom 15. April 1997 entgegenzuhalten, es handle sich bei der Antragstellerin um die Ortsgruppe *** des römisch 30. Es ist eine notorische Tatsache, daß die Gesamtorganisation römisch 30 in ganz Österreich tätig ist und bezogen auf den Gesamtstand der Organisation fraglos in der Lage ist, Leistungen wie die gegenständliche zu erbringen. Was nun die grundsätzliche Fähigkeit eines Unternehmens Leistungen zu erbringen betrifft, zeigt schon das Urteil des Europäischen Gerichtshofes in der Rs C-389/92 Ballast Nedam (Slg 1994, I-1289), daß dafür alle Ressourcen einzurechnen sind, die dem Unternehmen - gleich in welcher Art - zur Verfügung stehen. Welche Mittel die Antragstellerin im Fall einer Ausschreibung zur Durchführung des Vertrages angeboten hätte, kann von der Antragsgegnerin nicht unterstellt werden, da sie der Antragstellerin durch die Nichtdurchführung einer Ausschreibung die Möglichkeit genommen hat, ihre Leistungsfähigkeit in einem Vergabeverfahren zu demonstrieren. Es ist der Antragstellerin, bei der es sich ja um kein kommerziell tätiges Unternehmen handelt, nicht zuzumuten, daß sie sich im Vorgriff auf die Entscheidungen der Nachprüfungsorgane alle unmittelbar für die Leistungserbringung notwendigen Ressourcen zulegt und diese vorhält, wenn die Antragsgegnerin in der Vergangenheit derartige Leistungen niemals ausgeschrieben hat. Insbesondere ist der Antragstellerin die Möglichkeit nicht abzusprechen, auf Personal- und Sachmittel anderer Teilorganisationen der Gesamtorganisation römisch 30 zuzugreifen. Hinsichtlich des Vorbringens der Antragsgegnerin, der vorgelegte Vertrag falle schon mangels Schriftlichkeit nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50/EWG ist lediglich festzuhalten, daß Paragraph 3, Absatz eins, BVergG dieses Erfordernis nicht kennt, sollte es dennoch implizit aus dem BVergG ableitbar sein, wäre ein Verhalten eines Auftraggebers, das darauf gerichtet ist, durch die fehlende Schriftlichkeit einer vertraglichen Vereinbarung ein Rechtsverhältnis aus dem Anwendungsbereich des BVergG fernzuhalten, als verbotene Umgehung einer gesetzlichen Anordnung zu werten.

Somit bleibt zusammenfassend festzuhalten, daß die Anwendbarkeit des BVergG auf Sachverhalte wie den vorliegenden grundsätzlich gegeben ist und daß die Antragstellerin die in § 113 Abs. 3 BVergG iVm § 115 Abs. 1 BVergG genannten Erfordernisse für ihre Antragslegitimation aufweist. Somit bleibt zusammenfassend festzuhalten, daß die Anwendbarkeit des BVergG auf Sachverhalte wie den vorliegenden grundsätzlich gegeben ist und daß die Antragstellerin die in Paragraph 113, Absatz 3, BVergG in Verbindung mit Paragraph 115, Absatz eins, BVergG genannten Erfordernisse für ihre Antragslegitimation aufweist.

Daher ist in der Folge zu prüfen, ob das BVergG auf den dem Bundesvergabeamt vorliegenden Sachverhalt anzuwenden ist. Auf die Bestimmung des § 128 Abs. 1 BVergG, wonach das Bundesvergabegesetz für die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes BGBl. Nr. 462/1993, (1. Jänner 1994) bereits ausgeschriebene Leistungen nicht gilt, kann sich die Antragsgegnerin nicht berufen, weil sie zugestandermaßen diese Leistungen niemals ausgeschrieben hat. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, daß der Antrag der Antragstellerin ausdrücklich gegen die ab 1. Jänner 1997 gültige Tarifliste gerichtet ist. Diese Tarifliste ist nach dem Vorbringen der Parteien in der mündlichen Verhandlung vom 6. November 1998 im Dezember 1996 abgeschlossen worden. Selbst wenn man daher den Abschluß dieser Tarifvereinbarung als Abschluß eines neuen Vertrages betrachtet, wurde dieser vor dem 1. Jänner 1997 und damit vor dem Tag des Inkrafttretens der Bundesvergabegesetz-Novelle 1997 BGBl. Nr. 776/1996 abgeschlossen. Zwar bestimmt die Übergangsbestimmung des § 128 Abs. 2 BVergG, daß am 1. Jänner 1997 vor der Bundes-Vergabekontrollkommission und dem Bundesvergabeamt anhängige Verfahren nach den Bestimmungen des BVergG, BGBl. Nr. 462/1993 fortzuführen sind, woraus geschlossen werden kann, daß später anhängig gemachte Verfahren nach den Bestimmungen des BVergG idF BGBl. Nr. 776/1996 durchzuführen sind, unabhängig davon ob zum Zeitpunkt ihrer Ausschreibung noch das BVergG BGBl. Nr. 462/1993 in Geltung stand, gemäß § 113 Abs. 3 BVergG ist das Bundesvergabeamt jedoch ausschließlich zuständig, festzustellen ob wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen, der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde.

Insbesondere aus dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 25. Juni 1998, Zl. B 3949/96-10 leuchtet ein sehr enges und formales Verständnis des Gerichtshofes bezüglich der Kompetenzen des Bundesvergabeamtes hervor. So hat der Verfassungsgerichtshof in diesem Erkenntnis - obwohl er die Verfassungswidrigkeit der die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes ausschließenden Bestimmung des § 7 Abs. 2 BVergG 1993 festgestellt hatte - die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nachprüfung im Bereich der sogenannten Sektorenauftraggeber verneint, obwohl deren Auftragsvergaben an sich den Bestimmungen des BVergG unterlagen und lediglich von der nachprüfenden Kontrolle des Bundesvergabeamtes ausgeschlossen waren. Dies zeigt, daß der Verfassungsgerichtshof von der Notwendigkeit einer ausdrücklichen gesetzlichen Zuständigkeitszuweisung für die Durchführung von Nachprüfungsverfahren durch das Bundesvergabeamt ausgeht. Daraus ergibt sich, daß ein Sachverhalt, der vor dem 1. Jänner 1997 nicht den Bestimmungen des BVergG unterlegen ist, sondern der nach dem Urteil des EuGH in der Rs C-76/97 unmittelbar wirkenden Richtlinie 92/50/EWG unterlegen ist - gemäß § 1 JN in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte fällt. Diesfalls hätte die Antragstellerin die Möglichkeit allfällige Schadenersatz - vor allem aber auch im Hinblick auf die Judikatur durchaus denkbare Unterlassungsansprüche bei den ordentlichen Gerichten geltend zu machen. Daher ist in der Folge zu prüfen, ob das BVergG auf den dem Bundesvergabeamt vorliegenden Sachverhalt anzuwenden ist. Auf die Bestimmung des Paragraph 128, Absatz eins, BVergG, wonach das Bundesvergabegesetz für die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes Bundesgesetzblatt Nr. 462 aus 1993, (1. Jänner 1994) bereits ausgeschriebene Leistungen nicht gilt, kann sich die Antragsgegnerin nicht berufen, weil sie zugestandermaßen diese Leistungen niemals ausgeschrieben hat. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, daß der Antrag der Antragstellerin ausdrücklich gegen die ab 1. Jänner 1997 gültige Tarifliste gerichtet ist. Diese Tarifliste ist nach dem Vorbringen der Parteien in der mündlichen Verhandlung vom 6. November 1998 im Dezember 1996 abgeschlossen worden. Selbst wenn man daher den Abschluß dieser Tarifvereinbarung als Abschluß eines neuen Vertrages betrachtet, wurde dieser vor dem 1. Jänner 1997 und damit vor dem Tag des Inkrafttretens der Bundesvergabegesetz-Novelle 1997 Bundesgesetzblatt Nr. 776 aus 1996, abgeschlossen. Zwar bestimmt die Übergangsbestimmung des Paragraph 128, Absatz 2, BVergG, daß am 1. Jänner 1997 vor der Bundes-Vergabekontrollkommission und dem Bundesvergabeamt anhängige Verfahren nach den Bestimmungen des BVergG, Bundesgesetzblatt Nr. 462 aus 1993, fortzuführen sind, woraus geschlossen werden kann, daß später anhängig gemachte Verfahren nach den Bestimmungen des BVergG in der Fassung Bundesgesetzblatt Nr. 776 aus 1996, durchzuführen sind, unabhängig davon ob zum Zeitpunkt ihrer Ausschreibung noch das BVergG Bundesgesetzblatt Nr. 462 aus 1993, in Geltung stand, gemäß Paragraph 113, Absatz 3, BVergG ist das Bundesvergabeamt jedoch ausschließlich zuständig, festzustellen ob wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen, der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde. Insbesondere aus dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 25. Juni 1998, Zl. B 3949/96-10 leuchtet ein sehr enges und formales Verständnis des Gerichtshofes bezüglich der Kompetenzen des Bundesvergabeamtes hervor. So hat der Verfassungsgerichtshof in diesem Erkenntnis - obwohl er die Verfassungswidrigkeit der die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes ausschließenden Bestimmung des Paragraph 7, Absatz 2, BVergG 1993 festgestellt hatte - die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nachprüfung im Bereich der sogenannten Sektorenauftraggeber verneint, obwohl deren Auftragsvergaben an sich den Bestimmungen des BVergG unterlagen und lediglich von der nachprüfenden Kontrolle des Bundesvergabeamtes ausgeschlossen waren. Dies zeigt, daß der Verfassungsgerichtshof von der Notwendigkeit einer ausdrücklichen gesetzlichen Zuständigkeitszuweisung für die Durchführung von Nachprüfungsverfahren durch das Bundesvergabeamt ausgeht. Daraus ergibt sich, daß ein Sachverhalt, der vor dem 1. Jänner 1997 nicht den Bestimmungen des BVergG unterlegen ist, sondern der nach dem Urteil des EuGH in der Rs C-76/97 unmittelbar wirkenden Richtlinie 92/50/EWG unterlegen ist - gemäß Paragraph eins, JN in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte fällt. Diesfalls hätte die Antragstellerin die Möglichkeit allfällige Schadenersatz - vor allem aber auch im Hinblick auf die Judikatur durchaus denkbare Unterlassungsansprüche bei den ordentlichen Gerichten geltend zu machen.

Ob diese Verteilung der Zuständigkeiten im Nachprüfungsverfahren, die streng zwischen Verletzungen der Vergabegesetze und Verletzungen sonstiger Vergabenormen insbesondere der Richtlinien der EG auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens unterscheidet, dem gemeinschaftsrechtlichen wie dem verfassungsrechtlichen Effizienzgebot entspricht, mag dahingestellt bleiben.

Da sich die Anträge der Antragstellerin und sohin der Verfahrensgegenstand auf die Tarifierfassung vom Dezember 1996 beschränken, ist das Bundesvergabeamt nicht zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens zuständig, weshalb der an sich zulässige Antrag der Antragstellerin auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zuschlagserteilung

zurückzuweisen war.

Der Antrag, der Antragsgegnerin eine Ausschreibung und Vergabe nach dem BVergG aufzutragen, ist ebenso wie der Antrag, Entscheidungen der Antragsgegnerin nach Auftragserteilung für nichtig zu erklären, als unzulässig zurückzuweisen. Für den Fall, daß eine gemeinschaftsrechtliche Pflicht zur Bekämpfbarkeit der Zuschlagsentscheidung bestehen sollte (vgl. Platzer, Vorlagebeschluß betreffend die Bekämpfbarkeit der Zuschlagsentscheidung, ÖWZ 1998, 49) würde die Zuständigkeit zur Entscheidung über einen derartigen Anspruch im Lichte der jüngeren Judikatur des Verfassungsgerichtshofes (vgl. B 3949/96-10, aaO) ebenfalls den ordentlichen Gerichten zufallen, weshalb dieser Antrag auch mangels Zuständigkeit zurückzuweisen ist. Der Antrag, der Antragsgegnerin eine Ausschreibung und Vergabe nach dem BVergG aufzutragen, ist ebenso wie der Antrag, Entscheidungen der Antragsgegnerin nach Auftragserteilung für nichtig zu erklären, als unzulässig zurückzuweisen. Für den Fall, daß eine gemeinschaftsrechtliche Pflicht zur Bekämpfbarkeit der Zuschlagsentscheidung bestehen sollte vergleiche Platzer, Vorlagebeschluß betreffend die Bekämpfbarkeit der Zuschlagsentscheidung, ÖWZ 1998, 49) würde die Zuständigkeit zur Entscheidung über einen derartigen Anspruch im Lichte der jüngeren Judikatur des Verfassungsgerichtshofes vergleiche B 3949/96-10, aaO) ebenfalls den ordentlichen Gerichten zufallen, weshalb dieser Antrag auch mangels Zuständigkeit zurückzuweisen ist.

Der Antrag der Antragstellerin ist mit Rücksicht darauf, daß der Europäische Gerichtshof in der Rs C-76/97 in einem analogen Fall bereits ausdrücklich festgestellt hat, daß die Zuständigkeitsverteilung zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren im Sinn der Richtlinie 89/665/EWG, ausschließlich in die nationale Zuständigkeit fällt, zurückzuweisen. Soweit die Anregung der Antragstellerin auf Einholung einer Vorabentscheidung sich auf den Verdacht des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gründet, besteht ebenfalls keine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes.

Schlagworte

Geltungsbereich, sachlicher, Dienstleistungsaufträge iSd Dienstleistungskordinierungs-RL, Krankentransporte; Begriffsbestimmungen, Vergabeverfahren, vertragliche Vereinbarung, Novation; Geltungsbereich, sachlicher, vertragliche Vereinbarung, Novation; Geltungsbereich, sachlicher, Schwellenwert, Dienstleistungsaufträge, Einzellöse, Losregel; Ausschließung vom Vergabeverfahren, Leistungsfähigkeit, Zugriff auf Sachmittel und Personalmittel der Gesamtorganisation, "Konzernunternehmen"; Bundesvergabebeamte, Zuständigkeit, keine ohne ausdrückliche Zuweisung; Geltungsbereich, sachlicher, Schwellenwert, keine Möglichkeit für den Antragsteller den Auftragswert zu beziffern;

Dokumentnummer

VERGT_19981106_F_2_97_26_00

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at