

TE Verg Bescheid 1998/11/6 N-8/96-27

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 06.11.1998

Norm

BVergG 1997 §3 Abs1

BVergG 1993 §7 Abs2

BVergG 1997 §7 Abs3

JN §1

RL 92/50/EWG Dienstleistungskordinierungsrichtlinie (ABl 1992 L 209 S

1 idF ABl C 241 S 233)

1. JN Art. 18 § 1 heute

2. JN Art. 18 § 1 gültig ab 01.01.2010

Text

BESCHEID:

Der Senat 5 des Bundesvergabeamtes hat am 6. November 1998 unter dem Vorsitz von Dr. Wigbert Zimmermann mit den Beisitzern Dr. Friedrich Resel und Mag. Helmut Heindl über den Antrag des Herrn XXX, ***, vertreten durch ***, vom 22. August 1996 auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß § 91 Bundesvergabebezugsgesetz 1993 (BGBl. Nr. 462/1993-BVergG 1993) sowie auf Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der vergebenden Stelle des Auftraggebers gemäß § 91 Abs. 2 Z 2 BVergG 1993 betreffend die Vergabe von Kranken- und Rettungstransporten für Versicherte durch die Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, Dr. Karl Renner-Promenade 14-16, 3100 St. Pölten, nach Einholung einer Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofes (Urteil vom 24. September 1998 in Rs C 76/97) und nach mündlicher Verhandlung vom 6. November 1998 wie folgt entschieden: Der Senat 5 des Bundesvergabeamtes hat am 6. November 1998 unter dem Vorsitz von Dr. Wigbert Zimmermann mit den Beisitzern Dr. Friedrich Resel und Mag. Helmut Heindl über den Antrag des Herrn römisch 30, ***, vertreten durch ***, vom 22. August 1996 auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß Paragraph 91, Bundesvergabebezugsgesetz 1993 (BGBl. Nr. 462/1993-BVergG 1993) sowie auf Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der vergebenden Stelle des Auftraggebers gemäß Paragraph 91, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 1993 betreffend die Vergabe von Kranken- und Rettungstransporten für Versicherte durch die Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, Dr. Karl Renner-Promenade 14-16, 3100 St. Pölten, nach Einholung einer Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofes (Urteil vom 24. September 1998 in Rs C 76/97) und nach mündlicher Verhandlung vom 6. November 1998 wie folgt entschieden:

Spruch:

Der Antrag wird mangels Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zurückgewiesen.

Begründung:

In seinem Antrag vom 22. August 1996 brachte der Antragsteller vor, daß ihm die Antragsgegnerin den Abschluß eines sogenannten "Direktverrechnungsvertrages" verweigere. Aus dem weiteren Vorbringen ergibt sich, daß der Antragsteller vermeint, durch den Nichtabschluß eines solchen Direktverrechnungsvertrages einen von ihm auch im Antrag bezifferten Schaden erlitten zu haben. Weiters brachte der Antragsteller vor, daß der Abschluß solcher Direktverrechnungsverträge den Bestimmungen des EG-Vergaberechts insbesondere denen der Richtlinie 92/50/EWG unterliege. Diese Richtlinie war zum Zeitpunkt der Antragstellung noch nicht in österreichisches Recht umgesetzt, weshalb sich der Antragsteller auf die unmittelbare Wirkung des Gemeinschaftsrechts berief. Aus den umfangreichen weiteren Vorbringen der Parteien läßt sich ermitteln, daß die Antragsgegnerin alle bekämpften Schritte vor Ablauf des 31. 12. 1996 und damit vor Inkrafttreten der BVergG-Novelle (BGBl. Nr. I 776/1996) gesetzt hat. In seinem Antrag vom 22. August 1996 brachte der Antragsteller vor, daß ihm die Antragsgegnerin den Abschluß eines sogenannten "Direktverrechnungsvertrages" verweigere. Aus dem weiteren Vorbringen ergibt sich, daß der Antragsteller vermeint, durch den Nichtabschluß eines solchen Direktverrechnungsvertrages einen von ihm auch im Antrag bezifferten Schaden erlitten zu haben. Weiters brachte der Antragsteller vor, daß der Abschluß solcher Direktverrechnungsverträge den Bestimmungen des EG-Vergaberechts insbesondere denen der Richtlinie 92/50/EWG unterliege. Diese Richtlinie war zum Zeitpunkt der Antragstellung noch nicht in österreichisches Recht umgesetzt, weshalb sich der Antragsteller auf die unmittelbare Wirkung des Gemeinschaftsrechts berief. Aus den umfangreichen weiteren Vorbringen der Parteien läßt sich ermitteln, daß die Antragsgegnerin alle bekämpften Schritte vor Ablauf des 31. 12. 1996 und damit vor Inkrafttreten der BVergG-Novelle Bundesgesetzblatt Nr. römisch eins 776 aus 1996,) gesetzt hat.

Aufgrund der ungeklärten europarechtlichen Rechtslage beschloß der Senat 5 des Bundesvergabeamtes am 5. Dezember 1996 die Aussetzung des Verfahrens um dem Europäischen Gerichtshof im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Artikel 177 EGV eine Reihe von Fragen vorzulegen. Diese Fragen wurden vom Gerichtshof mit Urteil vom 24. September 1998 beantwortet.

Unstrittig ist, daß es sich bei der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse um einen öffentlichen Auftraggeber iS des § 6 Abs 1 Z 4 BVergG 1993 handelt, womit ihre Auftragsvergaben in den Anwendungsbereich des BVergG fielen. Dieses Bundesgesetz fand jedoch auf die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen keine Anwendung. Aus dem Urteil des EuGH vom 24. September 1998 in der Rs C-76/97 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 Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse um einen öffentlichen Auftraggeber iS des Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 1993 handelt, womit ihre Auftragsvergaben in den Anwendungsbereich des BVergG fielen. Dieses Bundesgesetz fand jedoch auf die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen keine Anwendung. Aus dem Urteil des EuGH vom 24. September 1998 in der Rs C-76/97 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. 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.

Unwiderleglich ist aufgrund des Urteils in der Rs C-76/97 weiterhin, daß derartige Dienstleistungen, wenn sie aufgrund schriftlicher entgeltlicher Verträge von öffentlichen Auftraggebern vergeben werden als Dienstleistungsaufträge iS des § 3 BVergG 1997 anzusehen sind, weshalb sie in den sachlichen Geltungsbereich des BVergG 1997 fallen, soweit sie

den Schwellenwert des § 7 Abs 1 BVergG 1997 überschreiten. Unwiderleglich ist aufgrund des Urteils in der Rs C-76/97 weiterhin, daß derartige Dienstleistungen, wenn sie aufgrund schriftlicher entgeltlicher Verträge von öffentlichen Auftraggebern vergeben werden als Dienstleistungsaufträge iS des Paragraph 3, BVergG 1997 anzusehen sind, weshalb sie in den sachlichen Geltungsbereich des BVergG 1997 fallen, soweit sie den Schwellenwert des Paragraph 7, Absatz eins, BVergG 1997 überschreiten.

Aufgrund des in diesem Punkt unwidersprochenen Vorbringens des Antragstellers ergibt sich, daß diese Schwellenwert, die Anwendbarkeit der Richtlinie 92/50 oder des BVergG 1997 vorausgesetzt beträchtlich überschritten wurde.

Aus dem in diesem Punkt unwidersprochenen Vorbringen des Antragstellers ergibt sich weiter, daß die Dienstleistungsverträge in mehr oder weniger regelmäßigen Zeitabständen "angepaßt" werden, worunter eine Änderung der von der Antragsgegnerin den Direktverrechnungspartnern gewährten Vergütung zu verstehen ist. Unzweifelhaft stellt das Entgelt für eine Leistung ein *essentiale negotii* dar. 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. 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. Jegliche Neubegründung einer vertraglichen Vereinbarung - und damit auch jede Novation - erfüllt jedoch die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 BVergG 1997. Gegen eine "Tarifanpassung" mit Novationscharakter, die nach dem 1. Jänner 1997 vereinbart wurde, könnte sich der Antragsteller - bei Vorliegen der sonstigen Antragsvoraussetzungen - an das Bundesvergabeamt wenden, dessen Zuständigkeit diesfalls wohl gegeben wäre. Aus dem in diesem Punkt unwidersprochenen Vorbringen des Antragstellers ergibt sich weiter, daß die Dienstleistungsverträge in mehr oder weniger regelmäßigen Zeitabständen "angepaßt" werden, worunter eine Änderung der von der Antragsgegnerin den Direktverrechnungspartnern gewährten Vergütung zu verstehen ist. Unzweifelhaft stellt das Entgelt für eine Leistung ein *essentiale negotii* dar. 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. 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 Paragraph 3, Absatz eins, BVergG 1997. Gegen eine "Tarifanpassung" mit Novationscharakter, die nach dem 1. Jänner 1997 vereinbart wurde, könnte sich der Antragsteller - 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.

Somit bleibt zusammenfassend festzuhalten, daß die Anwendbarkeit des BVergG 1997 auf Sachverhalte wie den vorliegenden grundsätzlich gegeben ist und daß die Antragstellerin die in § 113 Abs. 3 BVergG 1997 iVm § 115 Abs. 1 BVergG 1997 genannten Erfordernisse für ihre Antragslegitimation aufweist. Somit bleibt zusammenfassend festzuhalten, daß die Anwendbarkeit des BVergG 1997 auf Sachverhalte wie den vorliegenden grundsätzlich gegeben ist und daß die Antragstellerin die in Paragraph 113, Absatz 3, BVergG 1997 in Verbindung mit Paragraph 115, Absatz eins, BVergG 1997 genannten Erfordernisse für ihre Antragslegitimation aufweist.

Dies gilt jedoch nicht für das BVergG 1993, das nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut nicht auf Dienstleistungsaufträge anwendbar war, weshalb prima facie auch keine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gegeben war. Aus dem Judikat des Europäischen Gerichtshofes im Vorabentscheidungsverfahren ergibt sich nun, daß auch eine gemeinschaftsrechtliche Zuständigkeitsbegründung für eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nachprüfung von Sachverhalten, die ausschließlich der Richtlinie 92/50 unterlagen, nicht gegeben war.

Daher war in der Folge zu prüfen, ob das Bundesvergabeamt nach dem BVergG 1993 oder nach einer anderen innerstaatlichen Rechtsvorschrift oder auf dem Wege der des Lückenschlusses durch Analogie, wie dies der Antragsteller in seinem Schriftsatz vom 4. November 1998 behauptet, eine Zuständigkeit für den vorliegenden Sachverhalt begründen konnte.

Diesbezüglich wird insbesondere auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 25. Juni 1998, Zl.B 3949/96-10 verwiesen, aus dem ein sehr enges und formales Verständnis des Gerichtshofes bezüglich der Kompetenzen des Bundesvergabeamtes hervorleuchtet. 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 auch, daß ein Sachverhalt, der vor dem 1. Jänner 1997 nicht den Bestimmungen des BVergG 1993 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 allfälligen Schadenersatz - vor allem aber auch im Hinblick auf die Judikatur durchaus denkbare Unterlassungsansprüche bei den ordentlichen Gerichten geltend zu machen. Diese durch positive Rechtsvorschrift (§ 1 JN) gegebene ausdrückliche Zuständigkeitszuweisung an die ordentlichen Gerichte schließt eine Subsidiärzuständigkeit - insbesondere im Analogieweg - aus. Diesbezüglich wird insbesondere auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 25. Juni 1998, Zl. B 3949/96-10 verwiesen, aus dem ein sehr enges und formales Verständnis des Gerichtshofes bezüglich der Kompetenzen des Bundesvergabeamtes hervorleuchtet. 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 auch, daß ein Sachverhalt, der vor dem 1. Jänner 1997 nicht den Bestimmungen des BVergG 1993 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 allfälligen Schadenersatz - vor allem aber auch im Hinblick auf die Judikatur durchaus denkbare Unterlassungsansprüche bei den ordentlichen Gerichten geltend zu machen. Diese durch positive Rechtsvorschrift (Paragraph eins, JN) gegebene ausdrückliche Zuständigkeitszuweisung an die ordentlichen Gerichte schließt eine Subsidiärzuständigkeit - insbesondere im Analogieweg - aus.

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 den nicht erfolgten Abschluß eines Direktverrechnungsvertrages vor dem 1. Jänner 1997 beziehen, ist das Bundesvergabeamt nicht zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens zuständig, weshalb der an sich zulässige Antrag der Antragstellerin auf die Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers mangels Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zurückzuweisen war.

Schlagworte

Geltungsbereich, sachlicher, Dienstleistungsauftrag, Neubegründung einer vertraglichen Vereinbarung, Novation, Tarifierpassung; Geltungsbereich, sachlicher, Schwellenbereich, Dienstleistungsauftrag, Lose; Bundesvergabeamt, Zuständigkeit, unmittelbare Anwendung, Dienstleistungs Koordinierungsrichtlinie, Zivilgerichte;

Dokumentnummer

VERGT_19981106_N_8_96_27_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