

An
die Parlamentsdirektion,
den Rechnungshof,
den Verfassungsgerichtshof,
den Verwaltungsgerichtshof,
das Bundesverwaltungsgericht,
alle Landesverwaltungsgerichte,
alle Bundesministerien,
alle Sektionen des BMVRDJ,
die Ämter der Landesregierungen,
die Verbindungsstelle der Bundesländer,
den Österreichischen Gemeindebund,
das Präsidium der Finanzprokuratur,
die Wirtschaftskammer Österreich,
die Bundesarbeitskammer,
die Bundeswettbewerbsbehörde und
die Bundesbeschaffung GmbH

Geschäftszahl: BMVRDJ-VA.C-465/17/0002-V 4/a/2019

Urteil des Gerichtshofs vom 21. März 2019 in der Rechtssache C-465/17, Falck Rettungsdienste GmbH, Falck A/S gegen Stadt Solingen; Vergaberecht; Rettungsdienste; Einsatz von Krankenwagen; Reichweite der Ausnahmeregelung der RL 2014/24/EU; Begriff der Gemeinnützigkeit; Rundschreiben

1. Ausgangsverfahren

2016 entschied die Stadt Solingen, den Auftrag über kommunale Rettungsdienstleistungen für die Dauer von fünf Jahren neu zu vergeben. Betroffen waren insbesondere der Einsatz in der Notfallrettung auf kommunalen Rettungswagen mit der Hauptaufgabe der Betreuung und Versorgung von Notfallpatienten durch Rettungsassistenten, unterstützt durch einen Rettungsanitäter, und der Einsatz im Krankentransport mit der Hauptaufgabe der Betreuung und Versorgung von Patienten durch einen Rettungsanitäter, unterstützt durch einen Rettungshelfer. Die Stadt Solingen nahm keine Auftragsbekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vor, sondern forderte vier Hilfsorganisationen zur Angebotsabgabe auf, von denen zwei jeweils ein Los des Vertrags erhielten.

Falck Rettungsdienste und die Falck A/S-Gruppe, zu welcher Falck Rettungsdienste gehört, beantragten bei der Vergabekammer Rheinland eine Nachprüfung, weil der Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Auftragsbekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben worden sei.

In dem darauffolgenden Rechtsmittelverfahren legte das Oberlandesgericht Düsseldorf dem Gerichtshof Fragen zur Auslegung der Richtlinie 2014/24/EU im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens vor. Diese Fragen betrafen einerseits die Subsumtion der Dienstleistungen der Betreuung und Versorgung von Notfallpatienten in einem Rettungswagen durch einen Rettungsassistenten/Rettungssanitäter sowie des qualifizierten Krankentransportes (Transport eines Patienten in einem Krankenwagen bei Betreuung durch einen Rettungssanitäter/Rettungshelfer) unter die in Art. 10 lit. h der Richtlinie 2014/24/EU angeführten CPV (Common Procurement Vocabulary) - Codes. Andererseits wurde darin um Klärung der Auslegung des Begriffs „gemeinnützige Organisation oder Vereinigung“ in Art. 10 lit. h der Richtlinie 2014/24/EU ersucht.

2. Zusammenfassung der Urteilsbegründung

Der Gerichtshof weist darauf hin, dass der Begriff der „Gefahrenabwehr“ in der Richtlinie 2014/24/EU nicht definiert sei und nach ständiger Rechtsprechung die Begriffe einer Vorschrift des Unionsrechts, die für die Ermittlung ihres Sinnes und ihrer Bedeutung nicht auf das Recht der Mitgliedstaaten verweise, in der Regel in der gesamten Europäischen Union einheitlich auszulegen seien (vgl. Rz. 28).

Auch wenn die Begriffe „Zivilschutz“ und „Katastrophenschutz“ auf kollektive Bedrohungen Bezug nehmen, ergebe sich daraus nicht, dass auch der Begriff der „Gefahrenabwehr“ eine kollektive Dimension aufweisen müsse. Eine wörtliche und systematische Interpretation ergebe vielmehr, dass die „Gefahrenabwehr“ sowohl Gefahren für die Allgemeinheit als auch für Einzelpersonen betreffe. Erstens weisen die in Art. 10 lit. h der Richtlinie 2014/24/EU genannten CPV-Codes auf Gefahren hin, die sowohl die Allgemeinheit als auch Einzelpersonen betreffen können. Zweitens würde sonst dem Begriff der „Gefahrenabwehr“ der Anwendungsbereich fehlen, weil er sich dann entweder mit dem Zivilschutz oder dem Katastrophenschutz decken würde. Drittens spreche für diese Auslegung der 28. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24/EU und viertens die Ausnahme des Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung in Art. 10 lit. h der Richtlinie 2014/24/EU, die bei der gegenteiligen Auslegung unnötig wäre (vgl. zu dieser Argumentation Rz. 29ff). Somit fallen die Betreuung und Versorgung von Notfallpatienten in einem Rettungswagen durch einen Rettungsassistenten/Rettungssanitäter ebenso wie der qualifizierte Krankentransport

unter den Begriff der „Gefahrenabwehr“ im Sinne von Art. 10 lit. h der Richtlinie 2014/24/EU (vgl. Rz. 36).

In einem weiteren Schritt prüft der Gerichtshof, ob diese beiden Dienstleistungen unter die in dieser Bestimmung angeführten CPV-Codes fallen. Die Betreuung und Versorgung von Notfallpatienten, die in einem Rettungswagen durch einen Rettungsassistenten/Rettungssanitäter geleistet werde, falle zweifelloso unter den CPV-Code 75252000-7 („Rettungsdienste“) (vgl. Rz. 40). Der qualifizierte Krankentransport falle bereits deshalb nicht unter diesen CPV-Code, weil er nicht mittels eines Rettungswagens vorgenommen werde. Angesichts dessen prüft der Gerichtshof, ob der qualifizierte Krankentransport unter den CPV-Code 85143000-3 („Einsatz von Krankenwagen“) fallen könne. Aus Art. 10 lit. h der Richtlinie 2014/24/EU im Lichte des 28. Erwägungsgrunds dieser Richtlinie ergebe sich, dass die in dieser Bestimmung vorgesehene Ausnahme von den Regelungen über die öffentliche Auftragsvergabe nur für bestimmte Notfalldienste gelte. Es reicht daher nicht aus, dass ein Krankenwagen mit qualifiziertem Personal besetzt ist, damit ein „Einsatz von Krankenwagen“ nach dem CPV-Code 85143000-3 vorliegt und deswegen die betreffende Dienstleistung der Ausnahmebestimmung zuzurechnen ist. Zusätzlich sei erforderlich, dass bei dem betroffenen Patienten ein objektiv zu beurteilendes Risiko bestehe, dass sich dessen Gesundheitszustand während des Transports verschlechtere (vgl. Rz. 42ff).

Unter „gemeinnützige Organisationen und Vereinigungen“ im Sinne von Art. 10 lit. h der Richtlinie 2014/24/EU seien Organisationen und Vereinigungen zu subsumieren, deren Ziel in der Erfüllung sozialer Aufgaben bestehe, die nicht erwerbswirtschaftlich tätig seien und etwaige Gewinne reinvestieren, um das Ziel der Organisation oder Vereinigung zu erreichen. Die in Art. 77 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU aufgeführten Bedingungen seien nicht zusätzlich zu erfüllen, weil keine Gleichwertigkeit der in den unterschiedlichen Bestimmungen genannten Organisationen bestehe (vgl. Rz. 59f).

Da es nach deutschem Recht bei der Anerkennung als „Zivil- und Katastrophenschutzorganisation“ nicht notwendigerweise auf die fehlende Gewinnerzielungsabsicht ankommt, könne die Verleihung dieses Status nicht mit Gewissheit gewährleisten, dass die Organisationen, die ihn innehaben, keine Gewinnerzielungsabsicht haben (vgl. Rz. 53ff).

3. Beantwortung der Vorlagefragen

Vor diesem Hintergrund beantwortet der Gerichtshof die Vorlagefragen dahingehend, dass:

1. Art. 10 Buchst. h der Richtlinie 2014/24/EU dahin auszulegen ist, dass die darin vorgesehene Ausnahme vom Geltungsbereich der Regelungen über die öffentliche Auftragsvergabe sowohl für die Betreuung und Versorgung von Notfallpatienten in einem Rettungswagen durch einen Rettungsassistenten/Rettungssanitäter, die unter den CPV-Code (Common Procurement Vocabulary [Gemeinsames Vokabular für öffentliche Aufträge]) 75252000-7 (Rettungsdienste) fällt, als auch für den qualifizierten Krankentransport gilt, der neben der Transportleistung die Betreuung und Versorgung in einem Rettungswagen durch einen Rettungssanitäter, unterstützt durch einen Rettungshelfer, beinhaltet und unter den CPV-Code 85143000-3 (Einsatz von Krankenwagen) fällt, sofern er tatsächlich von ordnungsgemäß in erster Hilfe geschultem Personal durchgeführt wird und einen Patienten betrifft, bei dem das Risiko besteht, dass sich sein Gesundheitszustand während des Transports verschlechtert.
2. Art. 10 Buchst. h der Richtlinie 2014/24/EU zum einen dahin auszulegen ist, dass er dem entgegensteht, dass nach nationalem Recht anerkannte Hilfsorganisationen wie Zivil- und Katastrophenschutzorganisationen als „gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen“ im Sinne dieser Bestimmung gelten, soweit die Anerkennung als Hilfsorganisation im nationalen Recht nicht davon abhängt, dass keine Gewinnerzielungsabsicht vorliegt, und zum anderen dahin, dass Organisationen oder Vereinigungen, deren Ziel in der Erfüllung sozialer Aufgaben besteht, die nicht erwerbswirtschaftlich tätig sind und etwaige Gewinne reinvestieren, um ihr Ziel zu erreichen, „gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen“ im Sinne dieser Bestimmung sind.

4. Schlussfolgerungen aus dem Urteil

Mit dem vorliegenden Urteil klärt der Gerichtshof wesentliche Aspekte der Reichweite der Ausnahmebestimmung des Art. 10 lit. h der Richtlinie 2014/24/EU hinsichtlich der durch gemeinnützige Organisationen und Vereinigungen durchgeführten Dienstleistungen „Rettungsdienste“ und „Einsatz von Krankenwagen“ mit Ausnahme des Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung.

4.1. Abgrenzung Rettungsdienst zu Patientenbeförderung

Dass die Betreuung und Versorgung von Notfallpatienten in einem Rettungswagen durch einen Rettungsassistenten/Rettungssanitäter – für den EuGH „zweifellos“ - unter die Ausnahmebestimmung fällt, ist eine begrüßenswerte Klarstellung.

Hingegen ist nach dem Gerichtshof bei der Dienstleistung des qualifizierten Krankentransportes¹ eine differenzierte Betrachtung erforderlich: aufgrund des Kontextes

¹ Irrelevant ist im konkreten Zusammenhang, ob der Transport in einem ausdrücklich als solchem bezeichneten „Rettungswagen“, „Notarztwagen“, „Krankenwagen“ o.ä. Fahrzeug erfolgt. Entscheidend ist vielmehr die Art der Dienstleistung, die während des Transportes in diesem Fahrzeug erbracht wird (vgl. dazu auch die

der Ausnahmebestimmung (vgl. dazu die Ausführungen zum Begriff der „Gefahrenabwehr“) ist zur Beantwortung der Frage, ob die Richtlinie 2014/24/EU und das BVergG 2018 (vgl. dessen §§ 9 Abs. 17 und 178 Abs. 17) auf die Vergabe dieser Dienstleistungen anwendbar ist, darauf abzustellen, ob die Dienstleistung einerseits tatsächlich von „ordnungsgemäß in erster Hilfe geschultem Personal durchgeführt wird“ und andererseits (kumulativ) ob die Dienstleistung einen Patienten betrifft, bei dem das Risiko einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes während des Transportes besteht (vgl. Rz 50).

Während die erste Anforderung im Wesentlichen keine besonderen Probleme aufwirft, stellen sich hinsichtlich der zweiten Anforderungen spezifische Fragen, einerseits weil im Kontext eines Vergabeverfahrens vom Auftraggeber ex ante zu beurteilen ist, ob ein Auftrag gemäß den Vorschriften des Vergaberechts zu vergeben ist oder nicht (vgl. dazu schon Rs C-26/03, *Stadt Halle*, Rz 22ff [33]), und andererseits weil diese Einschätzung notwendiger Weise nur im Einzelfall im Hinblick auf einen konkreten Patienten erfolgen kann. Überdies kommt der Zuordnung der Dienstleistung insbesondere bei einer Vergabe unterschiedlichster Transportdienstleistungen im Zusammenhang mit einem (integrierten) Rettungsverbundsystem besondere Bedeutung zu.²

Obwohl der Gerichtshof die Notwendigkeit einer objektiven Beurteilung des Risikos einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes des Patienten während des Transportes (vgl. Rz. 49) explizit betont, lassen sich dem Urteil keine konkreteren Aussagen hinsichtlich der erforderlichen Höhe des Risikos bzw. hinsichtlich des notwendigen Grades der Verschlechterung entnehmen, damit die Ausnahmebestimmung zum Tragen kommen könnte.

In Anbetracht der notwendigen restriktiven Auslegung von Ausnahmebestimmungen (vgl. dazu die stRspr des EuGH, etwa Rs C-187/16, *EK gegen Österreich*, Rz 77) und der Ausführungen des Gerichtshofs im Urteil, wonach die Ausnahme nur „Notfalldienste“ betrifft (vgl. Rz 44) und „nicht über das unbedingt notwendige Maß hinaus ausgeweitet werden darf“ (vgl. Rz 43), wird nach Auffassung des Verfassungsdienstes ein bloß allgemeines und nicht näher spezifiziertes (daher vermutlich sehr geringes) Risiko einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes nicht als ausreichend angesehen werden können, um ein für die

Erläuterungen zu CPV Klasse 8514: „*Ambulance services which consist of general and specialised medical services delivered in the ambulance*“, abrufbar unter: <https://simap.ted.europa.eu/web/simap/cpv>.

² IdZ ist insbes. auf Erwägungsgrund 28 letzter Satz der RL 2014/24/EU zu verweisen, der das „Überwiegensprinzip“ bei Zusammentreffen unterschiedlich einzuordnender Dienstleistungen im konkreten Kontext nochmals hervorhebt.

Anwendbarkeit der Ausnahme relevantes Risiko³ annehmen zu können. Bestehen hingegen konkrete Anhaltspunkte dafür, dass eine realistische (und somit konkrete) Wahrscheinlichkeit besteht, dass sich der Gesundheitszustand der zu transportierenden Person verschlechtert, so wird es sich dabei um ein für die Anwendung der Ausnahmeregel relevantes „Risiko“ handeln. Darüber hinaus ist zu beachten, dass – selbst wenn ein konkretes Risiko festgestellt wird – nicht jede „Verschlechterung“ des Gesundheitszustandes während des Transportes ausreichend sein wird, um die Dienstleistung als „Notfalldienst“ qualifizieren zu können. Sofern es sich nicht ohnehin um einen Notfall handelt (der unter „Rettungsdienst“ und nicht unter den „qualifizierten Krankentransport“ fällt), wird nach Auffassung des Verfassungsdienstes eine relevante „Verschlechterung“ des Gesundheitszustandes während des Transportes dann vorliegen, wenn ohne entsprechende medizinische Betreuung ein „Notfall“⁴ eintreten würde (vgl. dazu Rz 48 des Urteils „ihm gegebenenfalls die erforderliche Notfallbetreuung zukommen zu lassen“).

Da dieses Risiko eigentlich nur aufgrund gewisser, konkrete Personen kennzeichnender Merkmale im Einzelfall bestimmt werden kann, ist daraus für die notwendige ex-ante-Beurteilung des Auftraggebers im Zusammenhang mit der allfälligen Durchführung von Vergabeverfahren (s.o. „Rettungsverbundsystem“) nur wenig zu gewinnen. Der Verfassungsdienst geht aber davon aus, dass im Rahmen der ex-ante-Beurteilung des Auftraggebers Datenmaterial über Transportdienstleistungen in der Vergangenheit verwendet werden kann (zB Prozentsatz jener Fahrten, bei denen sich eine medizinische Notfallbetreuung während der Fahrt ergeben hat), um für konkrete Vergabeverfahren eine wahrscheinliche Quote jener „qualifizierten Krankentransporte“ ermitteln zu können, bei denen sich jenes Risiko verwirklichen könnte, das die betroffene Dienstleistung unter die Ausnahmebestimmung fallen lassen würde.

Beabsichtigt daher ein (öffentlicher) Auftraggeber eine gemeinsame Vergabe von unter die RL bzw. unter das BVergG 2018 fallenden Krankentransportdienstleistungen und ausgenommenen Dienstleistungen des Rettungsdienstes (Notfalltransport und qualifizierter Krankentransport mit Risiko der Verschlechterung des Gesundheitszustandes), so richtet sich das anzuwendende Vergaberegime nach jenen Dienstleistungen, deren Wert den überwiegenden Teil des Auftrages darstellt.⁵

³ Eine überwiegende (>50%-ige) Wahrscheinlichkeit einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes ist wohl nicht erforderlich; ob eine allfällige „Untergrenze“ existiert, kann letztlich nur der Gerichtshof abschließend klären.

⁴ Dies bedeutet aber nicht, dass ausschließlich „lebensbedrohende“ Verschlechterungen des Gesundheitszustandes relevant sind.

⁵ Siehe Erwägungsgrund 28. In diesem Sinne schon Rs C-411/00, *Felix Swoboda*, Rz 53ff. Bei objektiver Untrennbarkeit der Dienstleistungen siehe § 3 Abs. 1 BVergG 2018.

Hingewiesen wird darauf, dass die oben dargestellte Differenzierung bzw. Vorgangsweise nicht nur im Zusammenhang mit dem Transport von Patienten am Land, sondern auch für Flugrettungsdienstleistungen gilt (vgl. dazu schon ErläutRV 69 BlgNR XXVI. GP 36/37).

4.2. Der „Gemeinnützigkeitsbegriff“ der Ausnahmebestimmung

Hierzu legt der Gerichtshof dar, dass es für das Vorliegen einer gemeinnützigen Organisation oder Vereinigung ganz wesentlich auf die fehlende Gewinnerzielungsabsicht ankomme. Deshalb stehe Art. 10 lit. h der Richtlinie 2014/24/EU einer nationalen Regelung entgegen, die die Subsumtion von Inhabern eines bestimmten nationalen Status unter die gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen im Sinne dieser Bestimmung zur Folge habe, ohne dass jedoch für die Zuerkennung dieses Status auf das Nichtvorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht abgestellt werde (vgl. Rz 53ff und Spruchpunkt 2.).

Dieser Fokus auf die fehlende Gewinnerzielungsabsicht kann mit den divergierenden Sprachfassungen der Richtlinie erklärt werden: So werden im Gegensatz zum in der deutschen Fassung verwendeten Begriff „gemeinnützig“ in anderen Sprachfassungen Begriffe verwendet, die eher dem deutschen „nicht gewinnorientiert“ entsprechen (z.B. spricht die englische Fassung von „non-profit“; vgl. dazu bereits ErläutRV 69 BlgNR XXVI. GP 36 mit Hinweis auf weitere Sprachfassungen).

Hervorzuheben ist die Aussage des Gerichtshofes, wonach Organisationen oder Vereinigungen, deren Ziel in der Erfüllung sozialer Aufgaben besteht, die nicht erwerbswirtschaftlich tätig sind und etwaige Gewinne reinvestieren, um ihr Ziel zu erreichen, „gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen“ im Sinne des Art. 10 lit. h der Richtlinie 2014/24/EU und somit auch gemäß den §§ 9 Abs. 1 Z 17 bzw. 178 Abs. 1 Z 17 BVergG 2018 sind. Zu diesen Ausführungen des Gerichtshofs ist anzumerken, dass die vom Gerichtshof unter die Ausnahmebestimmung subsumierte Gruppe jener entspricht, die bereits in den Erläuterungen (ErläutRV 69 BlgNR XXVI. GP 36) angesprochen wird.⁶ Es ist in diesem Zusammenhang aber zu beachten, dass der Gerichtshof mit seiner Formulierung (vgl. Rz 59) die Möglichkeit offen lässt, auch weitere Gruppen von Organisationen oder Vereinigungen unter die „gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen“ im Sinn des Art. 10 lit. h der Richtlinie 2014/24/EU zu subsumieren.⁷ Nach Auffassung des Verfassungsdienstes ist aber

⁶ Nach den Erläuterungen handelt es sich bei dem unionsrechtlich auszulegenden Konzept bei den angesprochenen „gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen“ um solche Rechtsträger, deren Ziel in der Erfüllung von Gemeinwohlaufgaben besteht, die nicht erwerbswirtschaftlich tätig sind und allfällige Gewinne reinvestieren, um das Ziel der Organisation zu erreichen. Der Zweck dieser Rechtsträger ist primär nicht daraufhin ausgerichtet, Gewinne zu erzielen.

⁷ So wäre es nach der Textierung des Urteils auch möglich, dass „gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen“ auch andere Aufgabensetzungen (als solche sozialer Art) verfolgen können.

jedenfalls erforderlich, dass derartige Organisationen oder Vereinigungen nicht erwerbswirtschaftlich tätig sein dürfen und allfällige Gewinne zur Zielerreichung reinvestieren müssen.

Abschließend ist nochmals auf die Feststellung des EuGH hinzuweisen, dass „gemeinnützige Organisationen und Vereinigungen“ gemäß Art. 10 lit. h der RL 2014/24 (bzw. § 9 Abs. 1 Z 17 BVergG 2018) von den in Art. 77 der RL 2014/24/EU erwähnten Organisationen (in Österreich: „partizipatorische Organisationen“ gemäß § 152 BVergG 2018) strikt zu unterscheiden und deren Kriterien unterschiedlich auszulegen sind.⁸

18. April 2019

Für den Bundesminister:

HESSE

Elektronisch gefertigt

⁸ Der Gerichtshof hat diese Feststellung zwar im Kontext der RL 2014/24/EU getroffen, angesichts der Identität der Regelungen in der RL 2014/25/EU (vgl. deren Art. 21 lit. h und 94) gelten sie ebenso für den Sektorenbereich (siehe die §§ 187 Abs. 1 Z 17 und 313 BVergG 2018; zum Gebot der identen Auslegung gleicher Begriffe in den VergabeRL vgl. Rs C-348/10, *Norma-A SIA*, Rz 39).