

# 1. EINFÜHRUNG IN DIE ÖFFENTLICHE BESCHAFFUNG

## 1.1 Die europäische Dimension

### 1.1.1 Anwendungsbereich

#### 1.1.1.1 Die „klassische“ Auftragsvergabe

Die Europäische Union hat Richtlinien und Verordnungen erlassen, die den Bereich der öffentlichen Beschaffung regeln. Diese Vergaberichtlinien sind in österreichisches Recht umzusetzen. Die europäischen Regelwerke haben sowohl von ihrer Anzahl als auch von ihrem Umfang eine Ausweitung erfahren. Zentrale Bedeutung haben die Richtlinien 2014/24/EU („klassische Richtlinie“) und 2014/23/EU („Konzessionsrichtlinie“).

Unter **öffentlicher Beschaffung** werden privatrechtliche Vorgänge verstanden, welche ua die **Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen** betreffen und von bestimmten, zumeist öffentlichen Auftraggebern zu verantworten sind. Diese Auftraggeber sind bspw Gebietskörperschaften, wie Staaten, Länder und Gemeinden, oder auch Selbstverwaltungskörper (zB Universitäten, Gebietskrankenkassen, Kammern).

Bedienen sich derartige öffentliche Auftraggeber privatrechtlicher Formen, wie etwa Kapitalgesellschaften (Aktiengesellschaft, GmbH), dann unterliegen diese ebenfalls den Bestimmungen der Vergaberichtlinien. Wesentlich für die Beurteilung der Zuordnung zum „öffentlichen Bereich“ sind va die konkreten Einflussmöglichkeiten (zB Eigentümerfunktion, Anteils-, Aufsichts- und Kontrollrechte etc), aber auch die Finanzierungssituation.

#### 1.1.1.2 Der Sektorenbereich

Neben der „klassischen“ Vergaberichtlinie 2014/24/EU kommt auch die „Sektorenrichtlinie“ 2014/25/EU zum Tragen. Das bedeutet, dass Tätigkeiten, die dem Sektorenbereich zuzurechnen sind, ebenfalls dem Vergaberecht unterliegen, auch wenn diese Tätigkeiten nur innerhalb eines Landes oder einer Gemeinde ausgeübt werden. Diese **Wirtschaftsbereiche** betreffen

- ▶ Gas, Wärme, Elektrizität,
- ▶ Wasser,
- ▶ Verkehrsleistungen,
- ▶ Postdienste,
- ▶ Erdöl, Gas, Kohle, feste Brennstoffe,
- ▶ Häfen und Flughäfen.

Auftraggeber, die in diesen Wirtschaftsbereichen tätig sind, werden „Sektorenauftraggeber“ genannt.

## 1. Einführung in die öffentliche Beschaffung

Beispiele zur Anwendung der Sektorenrichtlinie:

- ▶ die Versorgung der Bevölkerung (und das Betreiben fester Netze) mit Gas, Wärme oder Elektrizität<sup>2</sup> (zB Stadtwerke, Elektrizitätswerke);
- ▶ die Wasserversorgung einschließlich Abwassermanagement (zB Abwasserverband);
- ▶ die Bereitstellung und der Betrieb von Verkehrsleistungen in Verkehrsnetzen auf der Schiene (zB Straßenbahn, Landesbahnen), Busdienste (zB Stadtbuss, aber auch Landesbusdienste, Oberleitungsbusse), oder mit Kabel (zB Seilbahnen)<sup>3</sup>;
- ▶ Postdienste<sup>4</sup>;
- ▶ Aufsuchen und Förderung von Erdöl, Gas, Kohle und anderen Brennstoffen;
- ▶ der Betrieb von Luft<sup>5</sup>- und Seehäfen und anderen Verkehrseinrichtungen für den Luft-, See- und Binnenschiffsverkehr (zB Regionalflughafen, Seeschiffahrtsgesellschaft, Hafenbetriebsgesellschaft an Flüssen).

Unabhängig von der Eigentümerstruktur unterliegen diese Auftraggeber – somit **auch Private (!)** – der Vergaberichtlinie für Sektorauftraggeber. Es kann daher vorkommen, dass private Unternehmen, die nicht im Eigentum der öffentlichen Hand stehen, die in der Sektorenrichtlinie enthaltenen Bestimmungen zur Vergabe von Aufträgen beachten müssen, wenn sie Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge vergeben.

Sollte die öffentliche Hand, auch in der Form privatrechtlich organisierter Gesellschaften (zB VersorgungsGmbH, StadtwerkeAG) im Sektorenbereich tätig sein, dann können diese, sofern die Auftragsvergabe dem Sektorenbereich dient, der Sektorenrichtlinie, sofern es nicht den Sektorenbereich betrifft, den klassischen Vergabebestimmungen, unterliegen.<sup>6</sup>

### 1.1.1.3 Konzessionen

Konzessionen unterliegen nunmehr den Regelungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Konzessionsverträgen (Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 – BVergG-Konz 2018). Konzessionen sind Rechte, die jemanden von einem öffentlichen Auftraggeber eingeräumt werden und auf dessen wirtschaftliches Risiko betrieben werden können. Die „Vergabe“ dieser Rechte an Dritte unterliegt nunmehr gesetzlichen Vorschriften, welche wiederum auf EU-Vorgaben basieren.

<sup>2</sup> Vgl Entscheidung 2008/585/EG vom 7. 7. 2008 zur Freistellung der Erzeugung von Strom in Österreich, ABI L 188, 16. 7. 2008, 28 ff.

<sup>3</sup> Zu unterscheiden ist in diesem Zusammenhang die Vergabe von bestimmten öffentlichen Personenverkehrsdiensten (Dienstleistungsaufträge und Dienstleistungskonzessionen) nämlich auf der Schiene und per Untergrundbahn, welche vom Anwendungsbereich der Richtlinien und damit dem BVergG ausgenommen sind, jedoch dem Anwendungsbereich der (direkt anwendbaren) VO (EG) über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße 1370/2007 vom 23. 10. 2007, ABI L 315/1, 3. 12. 2007, unterliegen.

<sup>4</sup> Vgl Freistellung bestimmter Postdienste (Paketdienste), Entscheidung 2010/142/EU vom 3. 3. 2010 ABI L 56, 6. 3. 2010 und Durchführungsbeschluss der Kommission vom 2. 4. 2014, ABI L 101, 4. 4. 2014 wie auch Durchführungsbeschluss der Kommission vom 24. 1. 2017, ABI L 21/103, 26. 1. 2017.

<sup>5</sup> Vgl Freistellung, dass die Sektorenrichtlinie nicht für Aufträge, die von Auftraggebern vergeben werden und die Bereitstellung von Flughafeninfrastruktur für den Frachtverkehr in Österreich ermöglichen sollen, gilt – Durchführungsbeschluss der Kommission vom 24. 1. 2017, ABI L 21/105, 26. 1. 2017.

<sup>6</sup> Vgl EuGH 10. 4. 2008, C-393/06 (*Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH/Fernwärme Wien GmbH*).

### 1.1.1.4 Ausnahmen vom Geltungsbereich

Ausnahmen von der Anwendung der EU-Richtlinien sind nur in den, in den Richtlinien genannten Fällen zulässig (zB geschützte Werkstätten, aber auch Gründe der Staatssicherheit, militärische Beschaffung<sup>7</sup>) und äußerst restriktiv handzuhaben. Der Auftraggeber hat – sinnvollerweise vor dem Start jeglicher konkreter Vergabe-Aktivität – begründet und nachvollziehbar darzulegen, weshalb die Richtlinien und die nationalen vergaberechtlichen Regelungen nicht anzuwenden sind, dh die Beweislast liegt beim Auftraggeber für die jeweils konkrete Beschaffung.

## 1.2 Die Umsetzung der EU-Richtlinien

Die Umsetzung der EU-Richtlinien obliegt den jeweiligen Mitgliedstaaten.

In Österreich war bis zum 1. 9. 2002 die Zuständigkeit zur Umsetzung der vergabespezifischen Richtlinien zwischen Bund und Ländern geteilt. Sowohl die materiellen, inhaltlichen Bestimmungen der Vorschriften zum öffentlichen Beschaffungswesen als auch die Vorschriften hinsichtlich des Rechtsschutzes lagen, soweit es den Bund (im weiteren Sinn, dh also auch Gesellschaften, Fonds, Selbstverwaltungskörperschaften etc) sowie Länder und Gemeinden (ebenfalls im weiteren Sinn) betraf, bei den jeweiligen Gebietskörperschaften.

Mit dem In-Kraft-Treten des **Art 14 b Bundes-Verfassungsgesetz** (B-VG) im Jahr 2003 kam es zur Neuregelung der verfassungsrechtlichen Kompetenzen: Vereinfacht dargestellt **gelten die materiell-rechtlichen Bestimmungen des BVergG sowohl für den Bund als auch für die Länder und Gemeinden, während der Rechtsschutz weiterhin geteilt bleibt.**

Die Organisation sowie die anzuwendenden Vorschriften hinsichtlich des Rechtsschutzes sind, soweit es nicht die Bundesebene betrifft, Angelegenheit des jeweiligen Landes.

Die Länder haben deshalb nach dem In-Kraft-Treten des BVergG 2006 teilweise neue landesgesetzliche Vorschriften erlassen. Diese Normen sind **zum 1. 7. 2018:**

**Burgenland:** Burgenländisches Vergaberechtsschutzgesetz, Bgld VergRSG, LGBl 2006/66 idF LGBl 2013/79.

**Kärnten:** Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz, K-VergRG 2014, LGBl 2003/17 idF LGBl 2013/95.

**Niederösterreich:** Niederösterreichisches Vergabe-Nachprüfungsgesetz, LGBl 7200-0 idF 7200-3.

**Oberösterreich:** Oberösterreichisches Vergaberechtsschutzgesetz 2006, LGBl 2006/130 idF LGBl 2013/90.

---

<sup>7</sup> Für bestimmte Beschaffungen von Leistungen (Vergabeverfahren) im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich gibt es ein eigenes Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 – BVergGVS 2012 BGBl I 2012/10 idF BGBl I 2018/65.

## 1. Einführung in die öffentliche Beschaffung

**Salzburg:** Salzburger Vergabekontrollgesetz, S.VKG 2007, LGBl 2007/28 idF LGBl 2015/120.

**Steiermark:** Steiermärkisches Vergaberechtsschutzgesetz, StVergRG, LGBl 2006/154 idF LGBl 2014/49.

**Tirol:** Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2006, LGBl 2006/70 idF LGBl 2013/130.

**Vorarlberg:** Vorarlberger Vergabenachprüfungsgesetz, LGBl 2003/1 idF LGBl 2013/44.

**Wien:** Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2007, WVRG 2007, LGBl 2006/65 idF LGBl 2013/37.

Mit der Verwaltungsgerichtsreform 2014 haben die Länder die **Landesverwaltungsgerichte** als Rechtsschutzeinrichtungen mit dem öffentlichen Beschaffungswesen betraut. Die Verfahrensvorschriften sind im Wesentlichen den Rechtsschutzbestimmungen, wie sie im BVergG 2006 enthalten sind, nachgebildet. Zur Nachprüfung von Beschaffungen des Bundes ist das **Bundesverwaltungsgericht** (BVwG) berufen. Besondere Abweichungen in den Landesgesetzen werden im Kapitel Rechtsschutz (vgl Punkt 3) hervorgehoben.

In Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG trat für Beschaffungen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich ein eigenes Bundesgesetz in Kraft, das Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich – **BVergVS 2012**, BGBl I 2012/10 idgF). Diese gilt materiell-rechtlich auch für die Bundesländer und Gemeinden, der Anwendungsbereich wird faktisch aber gering sein.

Mit der sog kleinen Vergaberechtsnovelle 2016 wurden zentrale Neuerungen hinsichtlich Lohn- und Sozialdumping, den (Sub-)Subunternehmereinsatz wie auch das Zuschlags-system („Best- und Billigstangebotsprinzip [neu]“) eingeführt. Diese Änderungen hatten wesentliche Auswirkungen auf die Vergabepraxis.

Mit knapp zwei Jahren Verspätung wurden die EU-Richtlinien aus dem Jahr 2014 umgesetzt. Das Vergaberechtsreformgesetz 2018 brachte ebenfalls wesentliche Neuerungen im materiellen Vergaberecht. Von Bedeutung ist va auch die Stärkung der elektronischen Beschaffung. Diese wird ab 18. 10. 2018 neu aufgesetzt. Weitere Änderungen werden noch erwartet. Auch gibt es ein neues Gesetz – das Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 (**BVergGKonz 2018**), BGBl I 2018/65.

## 2. DAS BVergG

### 2.1 Gliederung

Mit dem BVergG 2018 wurde nicht nur das europäische Vergaberegime umgesetzt, sondern erfolgte auch eine gewisse Totalrevision.

Im Vordergrund der Reform 2018 stand, die Lesbarkeit des BVergG zu verbessern und damit Rechtssicherheit sicherzustellen. Zudem sollte das Vergaberecht modernisiert und vereinfacht werden. Wie schon mit der Novelle 2006 wird dem sog **Sektorenbereich**, für welchen gegenüber dem **klassischen Bereich** ein erleichtertes Vergaberegime gilt, ein eigener Abschnitt, der 3. Teil des BVergG gewidmet. Es finden sich daher an einigen Stellen beinahe inhaltsgleiche Bestimmungen, einmal für öffentliche Auftraggeber, einmal für Sektorenauftraggeber.

Um ein leichteres „Zurechtfinden“ im BVergG zu ermöglichen, ist es sinnvoll sich zunächst an der grundsätzlichen Gliederung des BVergG zu orientieren:

- |                         |   |
|-------------------------|---|
| 1. Teil: §§ 1 bis 3     | Regelungsgegenstand und Begriffsbestimmungen  |
| 2. Teil: §§ 4 bis 165   | Vergabeverfahren für öffentliche Auftraggeber   |
| 3. Teil: §§ 166 bis 326 | Vergabeverfahren für Sektorenauftraggeber   |
| 4. Teil: §§ 327 bis 357 | Rechtsschutz  |
| 5. Teil: §§ 358 bis 374 | Außerstaatliche Kontrolle, IMI, Statistik, Verpflichtungen nach Zuschlagserteilung und zivilrechtliche Bestimmungen |
| 6. Teil: §§ 375 bis 382 | Straf-, Schluss- und Übergangsbestimmungen  |

Anhänge I bis XXI

Mit der **Novelle 2007**, welche am 1. 1. 2008 in Kraft trat, wurde das BVergG 2006 insofern modifiziert, als einige Klarstellungen im materiell-rechtlichen Bereich sowie Anpassungen im Rechtsschutzteil erfolgten.

Mit der **Novelle 2009** erfolgte zunächst die Anpassung des BVergG an die geänderten Rechtsmittelrichtlinien. Hervorzuheben ist, dass dem Bundesvergabeamt (BVA) die Kompetenz eingeräumt wurde, Verträge für nichtig zu erklären und Bußgelder zu verhängen. Die Stillhalte- und Anfechtungsfristen wurden teilweise verkürzt. Neben besondere Bestimmungen für die Beschaffung von Straßenfahrzeugen wurden die Regelungen des BVergG betreffend die Anerkennung von beruflichen Qualifikationen von Staatsangehörigen eines EU-Mitgliedstaates an die gemeinschaftsrechtlichen Regelungen und die novellierte Gewerbeordnung angepasst. Auch das bisherige System der Vorlage von Eignungsnachweisen wurde neu geregelt.

Die **Novelle 2012** brachte mit 1. 4. 2012 ua geänderte Schwellenwerte im Unterschwellenbereich betreffend die Wahl der Verfahrensart sowie eine neue Verfahrensart, die Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung. Ebenfalls mit dieser Novelle wurde das für spezielle Beschaffungen geltende Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 – BVergGVS 2012 in Kraft gesetzt.

Die **Novelle 2014** setzte mit 1. 1. 2014 ua die Verwaltungsgerichts-Reform auch im Vergaberecht um. Auch wurden mit 12. 7. 2013 neue Regelungen betreffend den Zahlungsverzug aufgenommen.

Die **Novelle 2016** sieht mit 1. 3. 2016 zentrale Änderungen im Bereich der Subunternehmerregelung, des Zuschlagssystems, der Gesamt- und gewerkweisen Vergabe wie auch des Lohn- und Sozialdumpings vor.

Mit der **Vergabereform 2018** wurden die Vergaberichtlinien ab 21. 8. 2018 und hinsichtlich der elektronischen Abwicklung von Vergabeverfahren ab 18. 10. 2018 nunmehr umgesetzt. Weitergehende Änderungen sind zu erwarten.

### 2.2 Regelungsgegenstand

Der Staat – im weitesten Sinne – benötigt, um seine Aufgaben zu erfüllen, zahlreiche Leistungen. Kann oder will er diese nicht selbst leisten, so muss er sich diese auf dem Markt (von privaten Unternehmungen) „beschaffen“.

Bei der Entscheidung, ob der Staat als Auftraggeber eine Leistung selbst erbringen möchte oder ob er sich diese erst auf dem Markt beschafft, ist er grundsätzlich frei. Entschieden sich aber die öffentliche Hand zur Fremdbeschaffung, so regelt den Weg bis zum Vertragsabschluss das BVergG, genauer der 2. und 3. Teil des BVergG.

Rechtlich erfolgt ein derartiger Beschaffungsvorgang in Österreich durch **privatrechtlichen Vertragsabschluss**. Der Staat tritt dabei nicht als Träger seiner hoheitlichen Befugnisse auf, sondern bedient sich der Rechtsformen, die auch den Rechtsunterworfenen zur Verfügung stehen. Die Beschaffung benötigter Sach- und Dienstleistungen, die Vergabe öffentlicher Aufträge auf dem freien Markt zählt daher zur nichthoheitlichen, privatrechtsförmigen Verwaltungstätigkeit, zur **Privatwirtschaftsverwaltung**.

Während private Personen als Ausfluss der Privatautonomie ihre Aufträge prinzipiell frei „vergeben“ können, soll hingegen dem Staat die Vergabe von Aufträgen nur unter Einhaltung bestimmter Vorschriften möglich sein. Die Summe dieser besonderen Regelungen ist im BVergG enthalten.

Gegenstand des „Vergaberechts“ sind somit alle Beschaffungsvorgänge des Staates im weitesten Sinne, dh jene Fälle, in denen der Staat als „Einkäufer“ von Leistungen auf dem Markt auftritt.

Nicht erfasst werden grundsätzlich Veräußerungsgeschäfte, durch welche sich für den Staat weitere Einnahmequellen auftun (zB Veräußerung einer Liegenschaft) oder in de-

nen der Staat im Wettbewerb mit privaten Dritten Leistungen anbietet. Die Frage, ob ein derartiges Veräußerungsgeschäft vorliegt wird jedoch restriktiv zu handhaben sein. Allein in den Fällen, in denen unstrittig feststeht, dass der Auftraggeber lediglich zusätzliche Einnahmen zu erzielen beabsichtigt, wird von einem Veräußerungsgeschäft auszugehen sein.

Aber selbst in den Fällen, in denen kein „Beschaffungsvorgang“ vorliegt, der dem Vergaberecht unterliegt, ist der Staat rechtlich nicht völlig frei: Zum einen hat sich dieser an das **Diskriminierungsverbot** des Art 18 AEUV, die Grundfreiheiten und die Vorschriften des Art 106 ff AEUV zu halten. Zum anderen ist auch eine Bindung an die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte in einem solchen Fall gegeben („Fiskalgeltung der Grundrechte“).

Regelungsgegenstand des BVergG sind somit gemäß § 1 BVergG Verfahren zur Beschaffung von Leistungen im öffentlichen Bereich durch öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber.

## 2.3 Anwendungsbereich BVergG

### 2.3.1 Persönlicher Anwendungsbereich – „Auftraggebereigenschaft“

Wie auch die Vergaberichtlinien unterscheidet das BVergG zwischen zwei Arten von Auftraggebern, nämlich

- ▶ öffentlichen Auftraggebern („Klassischer Bereich“; § 4 Abs 1 BVergG) und
- ▶ Sektorenauftraggebern (vgl dazu Punkt 1.1.1.2).

Nur auf Beschaffungen derartiger Auftraggeber sind die Bestimmungen des BVergG anwendbar.

#### 2.3.1.1 Allgemeines

Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers geht auf die Vergaberichtlinien zurück und ist als **gemeinschaftsrechtlicher** Begriff **autonom** zu verstehen.

Das BVergG enthält keinen taxativen Katalog der Auftraggeber, sondern insbesondere in § 4 Abs 1 Z 2 BVergG eine weit zu verstehende Definition von Einrichtungen (des öffentlichen Rechts).

Öffentliche Auftraggeber sind gemäß § 4 Abs 1 Z 1 BVergG der Bund, die Länder, die **Gemeinden** und **Gemeindeverbände**, aber auch gemäß Z 3 leg cit jeder Verband bestehend aus derartigen öffentlichen Auftraggebern.

Nach § 4 Abs 1 Z 2 BVergG werden auch ausgegliederte Rechtsträger zB von Gemeinden, nämlich sogenannte **Einrichtungen (des öffentlichen Rechts)**, erfasst. Es handelt sich dabei um Einrichtungen, die a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und b) zumindest teilrechtsfähig sind und c) überwiegend von Auftraggebern gemäß Z 1 oder

anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind.

### 2.3.1.2 Einrichtung des öffentlichen Rechts

#### ► Aufgaben im Allgemeininteresse

Weder die einschlägigen Europäischen Vergaberichtlinien noch das BVergG enthalten eine Definition des Begriffes „**Allgemeininteresse**“.

Der EuGH hat Aufgaben im Allgemeininteresse „als eng mit dem institutionellen Funktionieren des Staates verknüpfte Aufgaben“ beschrieben und dass es sich um Aufgaben handle, die der Staat selbst erfüllen oder bei denen er sich einen entscheidenden Einfluss behalten möchte.<sup>8</sup>

Als Aufgaben im Allgemeininteresse wurde vom EuGH qualifiziert, zB die Herstellung amtlicher Druckerzeugnisse (zB Reisepässe, Führerscheine), das Abholen und Behandeln von Hausmüll, das Betreiben einer Universität, der Sozialwohnbau, etc.

#### ► Aufgaben nicht gewerblicher Art

Was das Kriterium der „**nicht gewerblichen Art**“ anbelangt, so präzisiert dieses den Begriff der „im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben“.

Wie insbesondere der EuGH judizierte, gelangen die vergaberechtlichen Bestimmungen zur Anwendung, selbst wenn Privatunternehmen die gleichen Aufgaben erfüllen oder erfüllen könnten.<sup>9</sup>

Vielmehr sind anhand einer **Gesamtbetrachtung**<sup>10</sup> jene Aufgaben abzuwägen, die typischerweise zu den Tätigkeiten eines gewerblichen Unternehmens zählen.<sup>11</sup>

Nach den Erläuterungen zum BVergG spricht etwa die fehlende **Gewinnerzielungsabsicht** für das Vorliegen einer „Aufgabe nicht gewerblicher Art“, wie auch die Möglichkeit einer Liquidation der Entität aus Gründen des öffentlichen Interesses.<sup>12</sup>

Weiters sei auf die Erbringung einer **wirtschaftlichen Tätigkeit** abzustellen, die **auf dem Markt** angeboten wird, und ob die betreffende Unternehmung nach **Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien** arbeitet. Trage das Unternehmen das finanzielle Risiko ihrer Entscheidungen (zB aufgrund eines Ausgleichs finanzieller Verluste

<sup>8</sup> Vgl Generalanwalt Alber Schlussanträge 11. 7. 2002, C-180/02 (*Arkkitehtuuriomisto Riitto Korhonen Oy ua/Varkauden Taitotalo Oy*), Rz 55.

<sup>9</sup> ZB EuGH 10. 11. 1998, C-360/96 (*Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden/BFI Holding BV*).

<sup>10</sup> 69 BlgNR 26. GP, 23.

<sup>11</sup> Vgl *Korinek*, Vergaberecht, in *Raschauer*, Österreichisches Wirtschaftsrecht<sup>2</sup>.

<sup>12</sup> 69 BlgNR 26. GP, 23.



durch die öffentliche Hand), so spreche dies für die Wahrnehmung von Aufgaben gewerblicher Art.<sup>13</sup>

Schließlich sind auch die „Wettbewerbsausgesetztheit“<sup>14</sup>, die Teilnahme am regulären Wirtschaftsleben ohne die **Beeinflussung der Unternehmensgebarung „nach staatspezifischen Kriterien“**<sup>15</sup> ein Indiz für eine gewerbliche Aufgabe.

Zu beachten ist jedoch, dass es nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Mannesmann* nicht darauf ankommt, ob eine Einrichtung neben den im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art noch andere Tätigkeiten ausüben darf.<sup>16</sup> Wie der EuGH zudem in der Rechtssache *Gemeente Arnhem* judizierte, sei auch nicht von Bedeutung, ob die Erfüllung der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nur einen relativ geringen Teil der Tätigkeiten der Einrichtung ausmacht, solange sie weiterhin die Aufgaben wahrnimmt, die sie als besondere Pflicht zu erfüllen hat.<sup>17</sup>

### ► Teilrechtsfähigkeit

Die Erfüllung des Erfordernisses einer **zumindest teilrechtsfähigen** Einrichtung wird idR nicht auf große Schwierigkeiten stoßen.

### ► Beherrschung

Unter dem Tatbestandsmerkmal der **überwiegenden Finanzierung** ist nicht nur eine mehrheitliche Kapitalbeteiligung eines öffentlichen Auftraggebers zu verstehen, sondern ob die Unternehmung „Finanzhilfe ohne spezifische Gegenleistung“<sup>18</sup> erhält. Der Begriff des „Überwiegens“ ist im Sinn von „mehr als die Hälfte“<sup>19</sup> zu verstehen.

Die Einstufung einer Einrichtung als öffentlicher Auftraggeber hat auf einer **jährlichen Basis** zu erfolgen, wobei für Einrichtungen, die zum Zeitpunkt der Einleitung eines Vergabeverfahrens öffentlicher Auftraggeber waren, dies bis zum Abschluss des Verfahrens gilt.<sup>20</sup>

Stammen somit die Finanzzuwendungen an die betreffende Einrichtung – trotz Privatisierung – zu über 50% von öffentlichen Auftraggebern, wird von einer überwiegenden Finanzierung zu sprechen sein.

Zu beachten ist, dass der vergaberechtliche Begriff der Finanzierung gerade auf jene finanziellen Zuwendungen abstellt, **die ohne spezifische Gegenleistung erfolgen (wie**

<sup>13</sup> EuGH 10. 5. 2001, C-223/99 und C-260/99 (*Agorà Srl/Ente Autonomo Fiera Internazionale die Milano und Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C/Ente Autonoma Fiera Internazionale di Milano, Cifrat soc coop Arl*), Rz 40 und 42; vgl bereits 1118 BlgNR 21. GP, 17.

<sup>14</sup> Vgl *Gnittke/Siederer*, Ausschreibungspflicht im Zusammenhang mit gemischtwirtschaftlichen Entsorgungsunternehmen, ZVgR 2000, 240.

<sup>15</sup> 69 BlgNR 26. GP, 24.

<sup>16</sup> EUGH 15. 1. 1998, C-44/96 (*Mannesmann Anlagenbau Austria AG ua/Strohal Rotationsdruck GmbH*), Rz 26.

<sup>17</sup> EuGH 10. 11. 1998, C-360/96 (*Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden/BFI Holding BV*), Rz 40.

<sup>18</sup> EuGH 3. 10. 2000, C-380/98 (*The Queen/H. M. Treasury, ex parte: The University of Cambridge*).

<sup>19</sup> EuGH 10. 11. 1998, C-360/96 (*Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden/BFI Holding BV*), Rz 33.

<sup>20</sup> EuGH 3. 10. 2000, C-380/98 (*The Queen/H. M. Treasury, ex parte: The University of Cambridge*), Rz 44.

**etwa Fördermittel**).<sup>21</sup> Der Begriff der Finanzierung ist „funktionell“ auszulegen.<sup>22</sup> Ebenso können hierunter auch **mittelbare Finanzierungen** in Form von Nutzergebühren, sofern diese durch einen staatlichen Akt eingeführt und garantiert wurden und durch hoheitliche Befugnisse erhoben und eingezogen werden, subsumiert werden.<sup>23</sup> Ferner spielt es keine Rolle, aus welchen Mitteln die Finanzierung erfolgt, sofern sie öffentlichen Auftraggebern zuzurechnen sind.<sup>24</sup>

Das Tatbestandsmerkmal der mittelbaren Finanzierung **wird jedoch dann nicht als erfüllt angesehen, wenn der Einrichtung erhebliche Autonomie** betreffend „die Bestimmung des Wesens, des Umfangs und der Durchführungsmodalitäten der von ihr zur Erfüllung ihrer Aufgaben ausgeübten Tätigkeiten, somit bei der Festsetzung des dafür erforderlichen Haushalts und infolgedessen bei der Festlegung der Höhe der Beiträge einräumt, die sie von ihren Mitgliedern erhebt. Dass die Regelung, mit der diese Beiträge festgelegt werden, der Genehmigung einer Aufsichtsbehörde bedarf, ist nicht ausschlaggebend, da diese Behörde lediglich prüft, ob der Haushalt der betreffenden Einrichtung ausgeglichen ist, dh ob die Beiträge ihrer Mitglieder und ihre übrigen Ressourcen gewährleisten, dass sie über ausreichende Einnahmen zur Deckung aller Betriebskosten nach den von ihr selbst festgelegten Modalitäten verfügt.“<sup>25</sup>

Das Erfordernis der **Leistungsaufsicht** ist nach der Judikatur des EuGH nur dann erfüllt, wenn die Aufsicht „eine Verbindung mit der öffentlichen Hand schafft, die der Verbindung gleichwertig ist, die besteht, wenn eines der beiden anderen alternativen Merkmale erfüllt ist“.<sup>26</sup>

Weiters erfüllt eine bloß nachprüfende Kontrolle nicht das Tatbestandsmerkmal der Aufsicht über die Leitung. In der Rechtssache *Truley* bejahte der EuGH jedoch das Kriterium, da „die öffentliche Hand nicht nur die Jahresabschlüsse der betreffenden Einrichtung **kontrolliert**, sondern auch ihre **laufende Verwaltung** im Hinblick auf ihre ziffernmäßige Richtigkeit, Ordnungsmäßigkeit, Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit, und die öffentliche Hand berechtigt ist, die **Betriebsräume und Anlagen dieser Einrichtung zu besichtigen und über das Ergebnis dieser Prüfung einer Gebiets-**

<sup>21</sup> EuGH 3. 10. 2000, C-380/98 (*The Queen/H. M. Treasury, ex parte: The University of Cambridge*).

<sup>22</sup> Vgl nur 69 BlgNR 26. GP, 25.

<sup>23</sup> EuGH 13. 12. 2007, C-337/06 (*Bayrischer Rundfunk*). Vgl auch EuGH 11. 6. 2009, C-300/07 (*Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik*) zu gesetzlichen Sozialversicherungskassen: Die überwiegende Finanzierung durch den Staat wurde bejaht, da sich die Einrichtung zusammengefasst „durch die von ihren Mitgliedern oder für diese entrichteten Beiträge, denen keine spezifische Gegenleistung gegenübersteht, finanzierten, sofern die Mitgliedschaft in einer solchen Kasse und die Zahlung dieser Beiträge gesetzlich vorgeschrieben sind, sofern der Beitragsatz zwar formal von den Kassen selbst festgelegt wird, aber zum einen rechtlich vorgegeben ist, wobei das Gesetz die von den Kassen erbrachten Leistungen und die damit verbundenen Ausgaben festlegt und den Kassen untersagt, ihre Aufgaben mit Gewinnerzielungsabsicht wahrzunehmen, und zum anderen der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde bedarf, und sofern die Beiträge aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften zwangsweise eingezogen werden“ (EuGH 12. 9. 2013, C-526/11 [*IVD GmbH & Co KG*], Rz 25; 69 BlgNR 26. GP, 25).

<sup>24</sup> *Holoubek/Fuchs* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2006, § 3 Rz 83.

<sup>25</sup> EuGH 12. 9. 2013, C-526/11 (*IVD GmbH & Co KG*), Rz 27. Im Anlassfall war die Ärztekammer Westfalen-Lippe zu beurteilen.

<sup>26</sup> EuGH 1. 2. 2001, C-237/99 (*Kommission/Frankreich*), Rz 48 f.