

An
die Parlamentsdirektion,
den Rechnungshof,
den Verfassungsgerichtshof,
den Verwaltungsgerichtshof,
alle Sektionen des Bundeskanzleramtes,
alle Bundesministerien,
alle Ämter der Landesregierungen
die Verbindungsstelle der Bundesländer
den Österreichischen Gemeindebund
den Österreichischen Städtebund
das Präsidium der Finanzprokurator
die Österreichische Bundesforste AG
die Österreichischen Bundesbahnen
das Bundesvergabeamt
zu Handen Herrn Dr. SACHS
alle unabhängigen Verwaltungssenate
die Wirtschaftskammer Österreich
zu Handen Frau Dr. MILLE
die Bundesarbeitskammer
die Präsidentenkonferenz der
Landwirtschaftskammern Österreichs
die Bundesbeschaffungs Ges.m.b.H.
die Bundesrechenzentrum Ges.m.b.H.

Antwort bitte unter Anführung der GZ an die Abteilungsmail

Betrifft: Urteile des EuGH in den Rechtssachen C- 295/05, *Asemfo gegen Tragsa*, und Rs C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, betreffend die Auslegung des „Vertragsbegriffes“ der Vergaberichtlinien; Zulässigkeit von In-house-Vergaben; Verpflichtung zur Transparenz; Rundschreiben

Der EuGH entschied am 19. April 2007 über ein spanisches Vorabentscheidungsersuchen im Verfahren *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) gegen Transformación Agraria SA (Tragsa)* und am 18. Dezember 2007 im Verfahren *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de*

Correspondencia (Berufsverband der Unternehmen für Postverteilung und -behandlung, im Folgenden kurz: AP) gegen *Administración General del Estado*.

I.1. Nationaler Rechtsrahmen:

I. 1. Verfahren C-295/05:

Die *Tragsa* wurde als gemischt-öffentliche Gesellschaft gegründet, an deren Kapital der spanische Staat (die Zentralverwaltung) zu „mehr als 99%“ und vier Regionen mit einem „symbolischen Anteil von zusammengekommen weniger als 1%“ beteiligt sind (vgl dazu die Darstellung des Sachverhaltes in den SA von GA *Geelhoed*, Rz 19). *Tragsa* ist eine durch Gesetz eingerichtete Aktiengesellschaft (*Sociedad Anónima*), die im Bereich der Landwirtschaft und des Umweltschutzes tätig ist. Sie ist diesbezüglich per Königlichem Dekret als „Hilfsmittel und technischer Dienst der Verwaltung“ (id est: der Zentralverwaltung und aller Autonomen Regionen) eingerichtet und per Gesetz **verpflichtet, ihr** von der Staatsverwaltung und den Autonomen Regionen (auch von jenen, die nicht an ihr beteiligt sind) **übertragene Arbeiten durchzuführen**. Diese Verpflichtung bezieht sich ausschließlich auf die Aufträge, die *Tragsa* als Hilfsmittel und technischer Dienst in den unter ihren Gesellschaftszweck fallenden Bereichen erteilt werden. Das **Entgelt** für die von *Tragsa* erbrachten Leistungen **richtet sich nach einem gesetzlich fixierten Gebührensystem**. *Tragsa* ist unstrittiger Weise ein öffentlicher Auftraggeber. Die Beziehungen von *Tragsa* zur öffentlichen Verwaltung in ihrer Eigenschaft als Hilfsmittel und technischer Dienst werden gesetzlich (per Dekret) als „instrumenteller und nicht vertraglicher Art“ qualifiziert und haben in jeder Hinsicht einen internen, durch Abhängigkeit und Unterordnung gekennzeichneten Charakter. *Tragsa* kann sich außerhalb ihrer Funktion als „ausführende Einrichtung“ und „Hilfsmittel der Verwaltung“ als Unternehmen betätigen. *Tragsa* erzielt mehr als die Hälfte ihres Umsatzes (ca. 55 - 60%) aus ihren Leistungen für die Regionen, etwa 30% des Umsatzes entfallen auf die Zentralverwaltung, ca. 5% auf andere öffentlich-rechtliche Körperschaften (darunter Gemeinden) und 2 bis 3,5% auf Einzelpersonen und Unternehmen.

I.2. Verfahren C-220/06:

Der postalische Universaldienst gemäß der RL 97/67 wird in Spanien durch *Correos*, eine öffentliche Aktiengesellschaft, deren Kapital vollständig von der öffentlichen Hand gehalten wird, angeboten. Nach Art. 58 des Gesetzes 14/2000 über Steuer-, Verwaltungs- und soziale Maßnahmen können die öffentlichen Verwaltungen Kooperationsvereinbarungen (die gemäß Art. 3 des Gesetzes über öffentliche

Aufträge nicht dem spanischen Vergaberegime unterliegen) mit *Correos* über die Erbringung von Dienstleistungen abschließen, die zu deren Gesellschaftszweck gehören. Nach den Feststellungen des vorlegenden Gerichts **beschränkt sich** in Anbetracht des Gesellschaftszwecks von *Correos* die **Möglichkeit, solche Kooperationsvereinbarungen zu schließen, nicht auf die nicht liberalisierten oder reservierten Postdienste**, sondern erstreckt sich auf die Verwaltung und den Betrieb des gesamten Postdienstes. Die Möglichkeit des Abschlusses von (vom spanischen Vergaberecht ausgenommenen) Kooperationsvereinbarungen ist daher nicht auf den postalischen Universaldienst beschränkt und kann sich auf reservierte und nicht reservierte Postdienste beziehen.

II. Vorverfahren und (zusammengefasste) Vorlagefragen:

Asemfo reichte eine Beschwerde gegen die *Tragsa* ein, um feststellen zu lassen, dass diese durch die Nichteinhaltung der vorgesehenen Vergabeverfahren ihre beherrschende Stellung auf dem spanischen Markt für Bauarbeiten, Dienstleistungen und forstwirtschaftliche Vorhaben ausnutze. Die besondere Stellung der *Tragsa* erlaube es dieser, unter Verstoß gegen die Grundsätze über die Vergabe öffentlicher Aufträge und den freien Wettbewerb eine Vielzahl von Arbeiten in unmittelbarem Auftrag der Verwaltung auszuführen, wodurch jeglicher Wettbewerb auf dem spanischen Markt ausgeschaltet werde. Als öffentliches Unternehmen im Sinne des Gemeinschaftsrechts dürfe die *Tragsa* nicht unter dem Vorwand, es handle sich um einen technischen Dienst der Verwaltung, im Hinblick auf die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge begünstigt werden.

Im Verfahren C-220/06 unterzeichneten das Ministerium und *Correos* nach Abschluss von Verhandlungen, ohne dass eine öffentliche Ausschreibung vorgenommen worden wäre, am 6. Juni 2002 eine Kooperationsvereinbarung auf unbestimmte Zeit für die Leistung von Post- und Telegrafendiensten. Diese Vereinbarung hat folgende Leistungen zum Gegenstand: Briefe (gewöhnliche, Einschreiben und Eilbriefe), lokale, überregionale und internationale, ohne Gewichts- oder Umfangsbeschränkung; Pakete (postalische, blaue und internationale) ohne Gewichts- oder Umfangsbeschränkung; nationale Eilpost und internationaler Schnellpostdienst (Express Mail Service [EMS]) ohne Gewichts- oder Umfangsbeschränkung; Zustellung von Büchern, Bibliothekspost und Zeitschriften sowie des Amtsblatts des Ministeriums auf nationaler Ebene (lokal und überregional) und international (auf dem Land- und dem Luftweg) ohne Gewichts- oder Umfangsbeschränkung. Das **Entgelt** für die Erbringung der Dienste wurde nicht festgesetzt, da es vom Umsatz abhängt. Vor dem vorlegenden Gericht ist es unbestritten auf einen jährlichen Betrag von **mehr als 12.020,42 Euro** geschätzt

worden. Die AP legte beim Ministerium Widerspruch gegen die Verwaltungsentscheidung ein, durch die liberalisierte Postdienste mittels der Kooperationsvereinbarung ohne öffentliche Ausschreibung vergeben wurden.

Das Tribunal Supremo bzw. die Audiencia Nacional legten dem EuGH insbesondere **Fragen** betreffend die **Zulässigkeit der unmittelbaren Beauftragung** von Tragsa bzw. der **Zulässigkeit einer Regelung** vor, die es den öffentlichen Verwaltungen erlaubt, außerhalb der Bestimmungen für die Vergabe öffentlicher Aufträge die Erbringung von Postdiensten, sowohl reservierter als auch nicht reservierter, einer staatlichen Aktiengesellschaft zu übertragen, deren Kapital vollständig von öffentlichen Stellen gehalten wird und die in diesem Staat Anbieterin des postalischen Universaldienstes ist.

III. Rechtliche Würdigung durch den Gerichtshofs:

III. 1. Zum Vorliegen eines „Vertrages“ im Sinne des gemeinschaftlichen Vergaberechts:

In der Rs C-220/06 erinnert der GH an seine ständige Rspr, wonach die Definition eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags in den Bereich des Gemeinschaftsrechts fällt (Rz 50 mH auf Rs C-264/03, *Kommission/Frankreich*, Rz 36, und C-382/05, *Kommission/Italien*, Rz 30).

Im Erk C-295/05 bezieht sich der EuGH einleitend auf Rz 205 seines Erkenntnisses in der Rs C-349/97, *Spanien/Kommission*, in dem er bereits (in einem anderen Kontext) festgestellt hatte, dass die *Tragsa* als Hilfsmittel und technischer Dienst der spanischen Verwaltung verpflichtet ist, selbst oder über ihre Tochtergesellschaften ausschließlich die Arbeiten durchzuführen, mit denen die allgemeine staatliche Verwaltung, die Autonomen Regionen und die diesen unterstellten öffentlichen Einrichtungen sie betrauen.

Falls, so der GH in C-295/05, die *Tragsa* – was vom vorlegenden Gericht zu prüfen ist – **„weder im Hinblick auf die Ausführung eines von den zuständigen Behörden erteilten Auftrags noch im Hinblick auf die für ihre Leistungen geltenden Gebühren über irgendeinen Spielraum verfügt, ist die Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Vergaberichtlinien, dass nämlich ein Vertrag besteht, nicht erfüllt“** (Rz 54). Im Nachfolgeerkenntnis C-220/06 formulierte der GH unter Hinweis auf C-295/05, **„dass die Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge, dass nämlich ein Vertrag besteht, nicht**

erfüllt ist, wenn die in jener Rechtssache betroffene staatliche Gesellschaft nach den vom vorlegenden Gericht zu treffenden Feststellungen weder im Hinblick auf die Ausführung eines von den zuständigen Behörden erteilten Auftrags noch im Hinblick auf die für ihre Leistungen geltenden Gebühren über irgendeinen Spielraum verfügt“.

Im Nachfolgeerkenntnis C-220/06 stellte der EuGH ferner explizit fest, dass **seine** (oben wiedergegebene) **Aussage** in der Rs C-295/05 **vor dem „spezifischen Kontext“ zu sehen ist** (so Rz 52) **und nicht absolut gilt**. Sie folgt auf die Feststellung, dass diese staatliche Gesellschaft (i.e. die *Tragsa*) nach spanischem Recht ein Instrument und ein technischer Dienst der allgemeinen Staatsverwaltung und der Verwaltung der betroffenen Autonomen Regionen ist, nachdem der GH bereits in einem anderen Kontext als der Rs C-295/05 festgestellt hatte, dass die betreffende Gesellschaft als Instrument und technischer Dienst der spanischen Verwaltung verpflichtet war, selbst oder über ihre Tochtergesellschaften ausschließlich die Arbeiten durchzuführen, mit denen die allgemeine staatliche Verwaltung, die Autonomen Regionen und die diesen unterstellten öffentlichen Einrichtungen sie betrauten. *Correos*, so der EuGH weiter, hat jedoch als Anbieterin des postalischen Universaldienstes eine völlig andere Aufgabe, die es insbesondere mit sich bringt, dass ihre Kundschaft aus allen Personen besteht, die den postalischen Universaldienst in Anspruch nehmen möchten. Besteht der oben erwähnte **Ausführungszwang und der mangelnde Spielraum im Hinblick auf das zu leistende Entgelt gegenüber jedermann** (etwa weil ein Kontrahierungszwang besteht), so kann doch ein „Vertrag“ im Sinne der Vergaberichtlinien vorliegen: *„Der Umstand, dass diese Gesellschaft weder im Hinblick auf die Ausführung eines vom Ministerium erteilten Auftrags noch im Hinblick auf die für ihre Leistungen geltenden Gebühren über einen Spielraum verfügt, kann nicht automatisch zur Folge haben, dass zwischen diesen beiden Stellen kein Vertrag geschlossen worden ist.“* (Rz 53; Hervorhebungen nicht im Original). Denn es unterliegt *„keinem Zweifel“*, dass ein Verhältnis zwischen zwei Rechtsträgern aufgrund eines Ausführungs- bzw. Kontrahierungszwanges des betroffenen Dienstleisters zu *„gegebenenfalls ... festen oder jedenfalls zu transparenten und nicht diskriminierenden Tarifen ... als vertraglich qualifiziert werden muss. Nur dann, wenn die ... geschlossene Vereinbarung in Wirklichkeit ein einseitiger Verwaltungsakt wäre, der Verpflichtungen allein für Correos vorsähe und der deutlich von den normalen Bedingungen des kommerziellen Angebots dieser Gesellschaft abwicke, ... wäre zu schließen, dass kein Vertrag besteht und dass daher die Richtlinie 92/50 keine Anwendung finden kann.“* (Rz 54)

Diese Ausführungen des GH gelten sowohl für den von den Vergaberichtlinien geregelten Bereich wie auch für den Bereich des primärrechtlichen Vergaberechts. Nur wenn eine Vereinbarung in Wirklichkeit ein einseitiger Verwaltungsakt wäre, der Verpflichtungen allein für die „auftragnehmende Gesellschaft“ vorschreibe und der erheblich von den normalen Bedingungen des kommerziellen Angebots dieser Gesellschaft abweiche (was zu prüfen Sache des vorlegenden Gerichts ist), wäre zu schließen, dass eine solche Vereinbarung nicht unter die Gemeinschaftsbestimmungen für die Vergabe öffentlicher Aufträge fällt (Rz 85 in C-220/06).

III. 2. Zum Vorliegen einer „(quasi-) in-house-Situation“:

In beiden Erkenntnissen prüft der GH weiters ebenfalls auch das Vorliegen einer in-house-Situation (in der Rs C-220/06 auch im Hinblick als Ausnahme von den primärrechtlichen Vergabeverpflichtungen, vgl. Rz 86):

Er verweist auf seine inzwischen ständige Rechtsprechung zu den **zwei kumulativen Kriterien**, der **Kontrolle wie über die eigene Dienststelle** und die **Erbringung der Tätigkeit im Wesentlichen für die öffentliche Körperschaft oder die öffentlichen Körperschaften, die die Anteile innehaben** (vgl. dazu Rs C-107/98, *Teckal*, Rz 50, C-26/03, *Stadt Halle*, Rz 49, C-84/03, *Kommission/Spanien*, Rz 38, C-29/04, *Kommission/Österreich*, Rz 34, C-340/04, *Carbotermo*, Rz 33).

Bezüglich der **ersten Voraussetzung**, d.h. der **Kontrolle** durch die öffentliche Stelle, ergibt sich, dass der Umstand, dass der öffentliche Auftraggeber allein oder zusammen mit anderen öffentlichen Stellen das gesamte Kapital einer auftragnehmenden Gesellschaft hält, grundsätzlich darauf hindeutet, dass er über diese Gesellschaft eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt (Rz 57 in C-295/05 mH auf C-340/04, *Carbotermo*, Rz 37). In diesem Zusammenhang (99 % des Gesellschaftskapitals der *Tragsa* werden vom spanischen Staat selbst sowie über eine Holdinggesellschaft und einen Garantiefonds gehalten werden und vier Autonome Regionen, die jeweils über eine Aktie verfügen, halten 1 % dieses Kapitals) kann, so der GH, **nicht** der Auffassung gefolgt werden, dass diese Voraussetzung nur bei den vom spanischen Staat erteilten Aufträgen erfüllt sei, nicht aber bei den von den Autonomen Regionen erteilten Aufträgen (Rz 58/59 in C-295/05). Da die *Tragsa* nämlich verpflichtet zu sein scheint, die Aufträge auszuführen, die ihr von den öffentlichen Stellen, einschließlich der Autonomen Regionen, erteilt werden (aus diesen nationalen Rechtsvorschriften scheint sich nach dem GH auch zu ergeben, dass die *Tragsa* – ebenso wie in ihrem Verhältnis zum spanischen Staat – im Rahmen ihrer Geschäfte mit den Autonomen Regionen als Hilfsmittel und technischer

Dienst die Gebühren für ihr Tätigwerden nicht frei festlegen kann und dass ihre Beziehungen zu diesen Regionen nicht vertraglicher Natur sind), dürfte – so der GH - die *Tragsa* daher **im Verhältnis zu den Autonomen Regionen, die einen Teil ihres Kapitals halten, nicht als ein Dritter angesehen werden können** (Rz 60/61 in C-295/05).

Hinsichtlich der **zweiten Voraussetzung**, dass die *Tragsa* ihre **Tätigkeit im Wesentlichen für die öffentliche Körperschaft oder die öffentlichen Körperschaften verrichten muss, die ihre Anteile innehaben**, verweist der GH in C-295/05 auf seine Judikatur, dass die Voraussetzung, wenn die Anteile an einem Unternehmen von mehreren Körperschaften gehalten werden, erfüllt sein kann, wenn dieses Unternehmen seine Tätigkeit im Wesentlichen nicht unbedingt für eine bestimmte dieser Körperschaften, sondern für diese Körperschaften insgesamt verrichtet (Rz 62 mH auf Rs C-340/04, *Carbotermo*, Rz 70). Im Ausgangsverfahren C-295/05 verrichtet die *Tragsa* im Durchschnitt über 55 % ihrer Tätigkeit für die Autonomen Regionen und knapp 35 % für den Staat. Demnach ist, so der GH, die ***Tragsa* im Wesentlichen** für die Körperschaften und öffentlichen Einrichtungen tätig, die ihre Anteile innehaben (Rz 63).

Im Verfahren C-220/06 führt der GH zur zweiten Voraussetzung aus, dass diese **nicht** erfüllt ist, da *Correos* als Anbieterin des postalischen Universaldienstes in Spanien ihre Tätigkeit nicht im Wesentlichen für das Ministerium oder die öffentliche Verwaltung im Allgemeinen ausführt, sondern sie erbringt Postdienste für eine **unbestimmte Anzahl** von Kunden dieses Postdienstes (Rz 59 in C-220/06). Das zweite *Teckal*-Kriterium, so der EuGH, soll nämlich insbesondere sicherstellen, dass die Richtlinie 92/50 anwendbar bleibt, wenn ein von einer oder von mehreren Stellen kontrolliertes Unternehmen auf dem Markt tätig ist und daher mit anderen Unternehmen in Wettbewerb treten kann (ebenso bereits Rs C-340/04, *Carbotermo*, Rz 60). Es steht fest, dass *Correos* auf dem spanischen Postmarkt tätig ist und – außer in Bezug auf die reservierten Dienste im Sinne der Richtlinie 97/67 – im Wettbewerb mit anderen Postunternehmen steht, deren Zahl sich nach den Ausführungen der spanischen Regierung auf ungefähr 2 000 beläuft.

IV. Sonstige Aussagen:

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass der GH die **exklusive Übertragung** der durch die RL 97/67 **reservierten Postdienste** an eine staatliche Aktiengesellschaft, deren Kapital vollständig von der öffentlichen Hand gehalten wird und die in diesem Staat Anbieterin des postalischen Universaldienstes ist, als **gemeinschaftskonform** erachtete (Rz 41 in C-220/06). Hingegen kann bei

nicht reservierten Postdiensten iSd RL 97/67 auch Art. 86 Abs. 2 EG nicht als Rechtsgrundlage für ein zugunsten des Anbieters des postalischen Universaldienstes bestehendes ausschließliches Recht, den öffentlichen Verwaltungen solche Leistungen zu erbringen, dienen (Rz 83 in C-220/06).

V. Bemerkungen des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst zu den Erkenntnissen des EuGH:

V.1. Zum Vertragsbegriff des gemeinschaftlichen Vergaberechts:

Aus der st Rspr des GH zur autonomen Auslegung des Vertragsbegriffes der Vergabe-RL folgt, dass die Qualifikation oder Zuordnung einer „Vereinbarung“ nach nationalem Recht unerheblich ist für die Beantwortung der Frage, ob diese in den Anwendungsbereich der Vergabe-RL fällt oder nicht.

Als „Verträge“ iSd gemeinschaftlichen Vergaberechts gelten allein **synallagmatische Vertragsbeziehungen** (so – zitiert nach der diesbezüglich klareren französischen Sprachfassung – explizit der EuGH 3.10.2000, Rs C-380/98, *University of Cambridge*, Rz 25; SA von GA *Cosmas* in der Rs C-107/98, *Teckal*, Rz 52; SA von GA *Alber* in der Rs C-380/98, *Cambridge*, Rz 46). Beim synallagmatischen Rechtsgeschäft, das ist ein vollkommen zweiseitig verbindliches Vertragsverhältnis (zum Begriff vgl. allgemein *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I (2006), 115, *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar³ (2006) § 859, Rz 9f, *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ (2000) § 859 Rz 6ff), ist der Austausch der jeweiligen Hauptleistung der wirtschaftliche Zweck des Geschäfts. Die wechselseitigen Hauptleistungen sind für die Vertragspartner äquivalent, für jeden ist die Gegenleistung das angestrebte Entgelt für die eigene Leistung (Grundsatz: „*do ut des*“, subjektive Äquivalenz des Leistungsaustausches). Objektive Äquivalenz ist nicht erforderlich; ihre Störung wird nur in Extremfällen (*laesio enormis*, Wucher) berücksichtigt. Dass derartige Beziehungen nur zwischen „zwei verschiedenen Personen“ („*une convention entre deux personnes distinctes*“, „*agreement between two separate persons*“) bestehen können (anderenfalls kein „Vertrag“ iSd Vergabe-RL vorliegt), hob der GH bereits hervor (vgl. Rs C-107/98, *Teckal*, Rz 49, Rs C-340/04, *Carbotermo*, Rz 32).

Keine „Verträge“ im Sinne des gemeinschaftlichen Vergaberechts sind somit unilaterale Rechtsakte, wie insbesondere Gesetze oder Verordnungen (vgl. dazu die sprachlich klarere englische Fassung von Erwägungsgrund 36 der RL 2004/17/EG: „*This Directive should cover the provision of services only where based on contracts.*“, bzw. Erwägungsgrund 8 der RL 92/50/EWG: „*Die Erbringung von*

Dienstleistungen fällt nur insoweit unter diese Richtlinie, wie sie aufgrund von Aufträgen erfolgt. Andere Grundlagen für die Dienstleistung, wie Gesetz oder Verordnungen oder Arbeitsverträge, werden nicht erfasst.“). In den Rs C-295/05 und C-220/06 nimmt der EuGH erstmals zur Frage Stellung, unter welchen Bedingungen Rechtsakte als unilaterale Rechtsakte (und somit nicht als „Verträge“) zu qualifizieren sind.

Aus den Erkenntnissen lässt sich nach Auffassung des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst folgern, dass unter **folgenden kumulativen Bedingungen kein „Vertrag“ gemäß dem gemeinschaftlichen Vergaberecht besteht:**

- Der zu beauftragende Rechtsträger hat **keinen Handlungsspielraum im Falle der Beauftragung**. Dies liegt vor, wenn er verpflichtet ist, ihm erteilte Aufträge nach vorgegebenen Rahmenbedingungen (Anordnungen, Weisungen usw.) durchzuführen, wenn er die Durchführung von Aufträgen selbst und auch die Art der Durchführung nicht ablehnen kann (**Annahme- und Ausführungspflicht**), wenn er keinen Einfluss auf die Festsetzung des Entgeltes für die von ihm erbrachten Leistungen hat (**mangelnde Preisfestsetzungsfreiheit**) und wenn das **Entgelt deutlich von einem marktkonformen Entgelt der Leistung abweicht** (dies ist gemäß den Rs C-220/06 und C-295/05 bei einem Entgelt in der Höhe der „*tatsächlichen Kosten*“, d.h. der **Selbstkosten**, offenbar der Fall).
- Das Verhältnis des auftragnehmenden Rechtsträgers zu dem ihn beauftragenden öffentlichen Auftraggeber muss durch eine **vollständige Abhängigkeit** charakterisiert sein. Dieser Mangel an „eigenem Willen“ (d.h. die völlige Abhängigkeit des Auftragnehmers) muss **durch gesetzliche Maßnahmen nachhaltig gewährleistet** sein.
- Der zu beauftragende Rechtsträger tritt **nur beschränkt als Anbieter von Leistungen auf dem Markt auf (d.h. der Rechtsträger ist nahezu ausschließlich für den oder die ihn beauftragenden öffentlichen Auftraggeber tätig)**.

Aufgrund des expliziten Hinweises des GH in C-220/06, dass das Erfüllen der *Asemfo/Tragsa*-Kriterien „*nicht automatisch*“ ein vergabefreies Vorgehen ermöglicht, ist – wie auch der EuGH festhielt – stets auf den tatsächlichen und rechtlichen Kontext abzustellen, d.h. es ist eine **Einzelfallbeurteilung erforderlich**. Wenn sich der öffentliche Auftraggeber als Nachfrager in der gleichen Situation wie ein anderer (privater) Nachfrager der vom Rechtsträger angebotenen (oder anzubietenden) Leistung befindet, existiert trotz völliger gesetzlicher Determination des Vertragsinhaltes und des für die Leistung zu erbringenden Entgeltes doch ein dem Gemeinschaftsrecht unterliegender „Vertrag“. Nur dann, wenn der Anbieter speziell

dazu bestimmt ist, für den „Staat“ tätig zu werden, können die *Asemfo/Tragsa*-Kriterien ausschlaggebende Wirkung entfalten.

Bei der Prüfung, ob ein „Vertrag“ oder ein nicht dem Gemeinschaftsrecht unterliegender „*einseitiger Verwaltungsakt*“ (englisch: *unilateral administrative measure*; französisch: *un acte administratif unilatéral*) vorliegt, ist das Maß der Eigenständigkeit des Rechtsträgers „*insbesondere*“ (so ausdrücklich Rz 55 des Erkenntnisses) anhand folgender Faktoren zu beurteilen: besteht die Möglichkeit, den konkreten Inhalt der zu erbringenden Leistungen und die für diese geltenden Tarife auszuhandeln, oder hat der Rechtsträger die Möglichkeit, sich von den Verpflichtungen aus der (zwangsweise abgeschlossenen) Vereinbarung zu befreien, so kann ein „Vertrag“ im o.g. Sinn vorliegen. Handelt es sich hingegen um eine „Vereinbarung“, die allein¹ Verpflichtungen der beauftragten Stelle beinhaltet und die überdies zu marktüblichen (d.h.: für die beauftragte Stelle ungünstigen) Konditionen abgeschlossen werden muss, so sind dies Indizien für einen nicht dem Gemeinschaftsrecht unterliegenden „einseitigen Verwaltungsakt“.

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst betont, dass der EuGH seine Aussagen sowohl im Kontext des Sekundärrechts (i.e. der Vergabe-RL) wie auch des Primärrechts trifft (vgl. Rs C-220/06 Rz 54 und 85). **Werden die oben erwähnten Voraussetzungen erfüllt, so handelt es sich um einen nicht dem Gemeinschaftsrecht unterliegenden Vorgang.** Deshalb wären – bei Erfüllen der Voraussetzungen - etwa auch die primärrechtlichen Transparenzverpflichtungen nicht zwingend zu beachten (vgl. zum Transparenzgebot etwa Rs C-324/98, *Telaustria*, Rz 62, Rs C-231/03, *CONAME*, Rz 16ff, Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rz 49).

¹ Die Aussage des GH, dass eine Vereinbarung nur dann ein „*Verwaltungsakt*“ wäre, wenn sie „*Verpflichtungen allein für Correos vorsähe*“ (Hervorhebung nicht im Original), ist nach Auffassung des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst wie folgt zu verstehen: Ausgehend von der Tatsache, dass bei den entschiedenen Sachverhalten stets mehrere Parteien involviert waren, muss es sich (zumindest) um ein zweiseitiges Rechtsgeschäft handeln. Nach den Aussagen des GH kommen (da „*allein*“ die beauftragte Stelle verpflichtet werden darf) daher als „*einseitige Verwaltungsakte*“ gemäß der österreichischen Terminologie und Lehre (vgl. dazu und zum Folgenden *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I (2006), 115/116, *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar³ (2006) § 859 Rz 10) einerseits **einseitig verbindliche (verpflichtende) Geschäfte** bzw. andererseits **beschränkt zweiseitig verbindliche Verträge** in Betracht. Beim einseitig verbindlichen (verpflichtenden) Geschäft wird eine Partei nur Gläubiger, die andere nur Schuldner. Bei den beschränkt zweiseitig verbindlichen Verträgen entsteht gewöhnlich auf einer Seite die Pflicht und auf der anderen Seite das Recht. Ausnahmsweise kommt es zu Rechten und Pflichten auf beiden Seiten, entscheidend ist dann jedoch, dass Pflichten und Gegenpflichten (anders als beim vollkommen zweiseitig verbindlichen, synallagmatischen Geschäft, dem „Vertrag“ iSd RL - vgl. dazu ausführlich bereits oben) **nicht** im Austauschverhältnis stehen. Letzteres ist etwa dann der Fall, wenn der Auftraggeber dem Beauftragten die Barauslagen (Selbstkosten) zu ersetzen hat (vgl. dazu etwa den Sachverhalt in der Rs C-295/05, *Asemfo/Tragsa*). In diesem Sinn ist daher die Aussage des EuGH, dass die Verpflichtungen „*alleine*“ die beauftragte Stelle treffen dürfen, nicht wortwörtlich zu verstehen. Entscheidend ist, ob Pflicht und Gegenpflicht zueinander im Austauschverhältnis (zu subjektiv marktkonformen Bedingungen; objektive Äquivalenz ist hingegen nicht gefordert - vgl. oben) stehen oder nicht.

V.2. Zu den Anforderungen an ein (quasi-) in-house-Verhältnis:

Der GH prüft in beiden Erkenntnissen – und zwar unabhängig von der Frage, ob ein „Vertrag“ gemäß dem Gemeinschaftsrecht vorliegt oder nicht – das Vorliegen eines (quasi-)in-house-Verhältnisses.

Im Zusammenhang mit dem Erfordernis der **zwei kumulativen Voraussetzungen für ein (quasi-)in-house-Verhältnis** (Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle, Erbringen der Tätigkeit im Wesentlichen für den oder die Anteilshaber) ist aus Sicht des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst die Aussage des EuGH wesentlich, dass das **Kontrollkriterium** nicht bloß in Bezug auf den spanischen Staat (der 99% der Anteile an *Tragsa* hält) sondern auch in Bezug auf die an *Tragsa* beteiligten Autonomen Regionen (die zusammen ca. 1% der Anteile an *Tragsa* halten) erfüllt ist, sofern der Auftragnehmer als Hilfsmittel und technischer Dienst das Entgelt für seine Tätigkeiten nicht frei festlegen kann und seine Beziehungen zu den Anteilshabern aufgrund einer gesetzlich verankerten Annahme- und Ausführungspflicht nicht vertraglicher Natur sind. In diesem Fall, so der GH, kann das Verhältnis (anteilsinhabender) Auftraggeber zu Auftragnehmer **nicht als „Drittverhältnis“** angesehen werden (Rz 58 bis 61 der Rs C-295/05) und es **liegt daher auch gleichzeitig eine Kontrolle gemäß der Teckal-Judikatur durch alle Anteilshaber vor** (so auch die Schlussfolgerung des GH in Rz 64). Aufgrund des systematischen Zusammenhanges der Aussagen des GH in der Rs C-295/05 ist e contrario zu schließen, dass öffentliche Auftraggeber, die **keine Anteile** an dem zu beauftragenden Rechtsträger halten, auch **keine Kontrolle iSv Teckal** ausüben können (in Bezug auf diese kann jedoch das Nichtbestehen eines „Vertrages“ geltend gemacht werden, vgl. dazu oben VI.1.).

Hinsichtlich des **zweiten Kriteriums**, der „Tätigkeit im Wesentlichen für den oder die Anteilshaber“, weist das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst zuerst auf das Erkenntnis C-340/04, *Carbotermo*, Rz 64, hin, wonach in diesem Zusammenhang stets eine **Einzelfallbetrachtung in qualitativer und quantitativer Hinsicht** vorzunehmen ist. Aus dem Erkenntnis C-295/05 folgt nunmehr, dass **bei einer rein quantitativen Betrachtungsweise ein Umsatz des Auftragnehmers von über 90% mit seinen Anteilshabern für die Erfüllung dieses Teckal-Kriteriums ausreicht** (unklar ist im Kontext des Erkenntnisses, ob der GH den Umsatz von ca. 5% für andere öffentlich-rechtliche Körperschaften, wie Gemeinden, bewusst nicht in Rz 63 anführte oder nicht: je nachdem läge die *Teckal*-Grenze bei knapp über 90% bzw. bei knapp 96%). Ist hingegen ein gemäß der *Teckal*-Judikatur qualifizierter kontrollierter Rechtsträger auf dem Markt für eine unbestimmte Anzahl von Kunden tätig und steht

er dabei mit einer Vielzahl an Unternehmen im Wettbewerb (in der Rs C-220/06 handelte es sich um ca. 2000 Unternehmen allein auf dem spanischen Markt; vgl. Rz 62), so wird das zweite *Teckal*-Kriterium nicht erfüllt. Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst unterstreicht im gegebenen Kontext nachdrücklich, dass gemäß dem Sachverhalt der Rs C-295/05 *Tragsa* nur in einem Ausmaß von 2 bis 3,5% des Gesamtumsatzes „auf dem Markt“ tätig war.

Im Kontext der (quasi-)in-house-Judikatur folgt nach Auffassung des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst aus den Judikaten, dass der GH seine **Rspr zum Kontrollkriterium** (gemäß der *Parking Brixen*-Formel) dahingehend **modifizierte**, dass **bei einer völligen Abhängigkeit des Auftragnehmers hinsichtlich des Vertragsabschlusses von dem beauftragenden öffentlichen Auftraggeber ein ausschlaggebender Einfluss des Anteilseigners auf das tägliche Geschäft (auf den konkreten Auftrag) für die geforderte qualifizierte Kontrolle ausreicht**. Ein ausschlaggebender Einfluss des öffentlichen Auftraggebers auf alle strategischen Ziele und wichtigen Entscheidungen des Auftragnehmers ist in diesem Fall offenbar nicht (mehr) gefordert.

Vor diesem Hintergrund wird eine **vergabefreie Beauftragung durch Anteilseigner** (unter dem Titel quasi-in-house) nach Auffassung des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst **auch unter folgenden, kumulativen Bedingungen** erfolgen können:

- Der zu beauftragende Rechtsträger steht im ausschließlichen Eigentum der öffentlichen Hand. Eine Beteiligung von Privaten darf weder beabsichtigt noch vorhersehbar sein (vgl. dazu Rs C-26/03, Rs C-458/03 und Rs C-410/04).
- Der zu beauftragende Rechtsträger hat **keinen Handlungsspielraum im Falle der Beauftragung**. Dies liegt vor, wenn er verpflichtet ist, ihm erteilte Aufträge nach vorgegebenen Rahmenbedingungen (Anordnungen, Weisungen usw.) durchzuführen, wenn er die Durchführung von Aufträgen selbst und auch die Art der Durchführung nicht ablehnen kann (**Annahme- und Ausführungspflicht**), wenn er keinen Einfluss auf die Festsetzung des Entgeltes für die von ihm erbrachten Leistungen hat (**mangelnde Preisfestsetzungsfreiheit**) und wenn das **Entgelt deutlich von einem marktkonformen Entgelt der Leistung abweicht** (dies ist gemäß den Rs C-220/06 und C-295/05 bei einem Entgelt in der Höhe der „*tatsächlichen Kosten*“, d.h. der **Selbstkosten**, offenbar der Fall).
- Das Verhältnis des auftragnehmenden Rechtsträgers zu dem ihn beauftragenden öffentlichen Auftraggeber muss durch eine **vollständige Abhängigkeit** charakterisiert sein. Dieser Mangel an „eigenem Willen“ (d.h. die völlige

Abhängigkeit des Auftragnehmers) muss **durch gesetzliche Maßnahmen nachhaltig gewährleistet** sein.

- Eine Tätigkeit am Markt durch den auftragnehmenden Rechtsträger ist grundsätzlich möglich. Der Umfang dieser Tätigkeit muss jedoch so gering sein, dass der **Rechtsträger nahezu ausschließlich für den oder die ihn beauftragenden öffentlichen Auftraggeber tätig** ist (vgl. dazu C-340/04).

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst weist abschließend darauf hin, dass der EuGH in der Rs C-220/06 seine bisherige Rspr bestätigte, wonach eine **(quasi-)in-house-Situation eine Ausnahme vom gemeinschaftlichen Vergaberecht sowohl im Kontext des Sekundärrechts** (i.e. der Vergabe-RL) **wie auch des Primärrechts darstellt** (vgl. Rs C-220/06 Rz 58 und 86).

V.3. Der Transparenzverpflichtung des EG-Vertrages unterliegende

Sachverhalte:

Nach nunmehr st Rspr des EuGH haben öffentliche Auftraggeber, unabhängig von der Anwendung der Vergabe-RL, bei der Vergabe von Aufträgen und Konzessionen die Grundsätze des EG-Vertrages zu beachten. Der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit schließen nach st Rspr insbesondere eine Verpflichtung zur Transparenz ein. Diese dem öffentlichen Auftraggeber obliegende Transparenzpflicht besteht darin, dass zugunsten der potenziellen Bieter ein angemessener Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen ist, der den konkreten Auftrag (bzw. die Dienstleistungskonzession) dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind (vgl. etwa Rs C-324/98, *Telaustria*, Rz 61 und 62, Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rz 49, Rs C-410/04, *ANAV*, Rz 21, Rs C-220/06, Rz 75). Die Mitgliedstaaten dürfen auch keine nationale Regelung fortgelten lassen, die die Vergabe öffentlicher Aufträge oder Dienstleistungskonzessionen ohne Ausschreibung ermöglicht, da eine solche Vergabe gegen die Artikel 43 EG oder 49 EG oder gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz verstößt (Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rz 52, Rs C-220/06, Rz 88).

Unklar war bisher, ab welchen Schwellenwerten die Transparenzverpflichtung des EG-Vertrages zur Anwendung kommt, da gemäß der Rs C-231/03, *CONAME*, Rz 20, die primärrechtlichen Verpflichtungen beispielsweise bei „einer sehr geringfügigen wirtschaftlichen Bedeutung“ der Auftrags- bzw. Konzessionsvergabe nicht zur Anwendung kommen.

Aus der Anwendung der Transparenzjudikatur auf beim EuGH zu entscheidende Sachverhalte ließ sich bislang (vgl. Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rz 26) nur schließen, dass diese Grundsätze jedenfalls bei 151 700.- Euro übersteigenden Sachverhalten zu beachten sind. Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst weist jedoch darauf hin, dass der **EuGH in der Rs C-220/06 seine Transparenzjudikatur auch auf eine Vereinbarung anwendete, hinsichtlich der lediglich feststand, dass sie einen jährlichen Betrag von 12.020,42 Euro überstieg** (vgl. dazu Rz 25 und 47 in C-220/06).

V.4. Zur gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit der Einrichtung/Gründung von „technischen Diensten“ bzw. „Hilfsmitteln der öffentlichen Verwaltung“ im Sinne des Erkenntnisses C-295/05:

Das Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst weist im gegebenen Zusammenhang ferner ausdrücklich darauf hin, dass im Verfahren C-295/05 auch die Vorlagefrage gestellt wurde, ob die Einrichtung der *Tragsa* in der gegenständlichen Art und Weise (Einrichtung als Hilfsmittel und technischer Dienst usw.) überhaupt mit dem Gemeinschaftsrecht (insbesondere mit Art. 86 Abs. 1 iVm Art. 82 EG) vereinbar ist (vgl. Vorlagefrage 1). Der GH hielt dazu fest, dass er sich „*selbst nicht zur Vereinbarkeit der Rechtsstellung der Tragsa mit dem Gemeinschaftsrecht äußern kann*“ (Rz 34 des Erkenntnisses) und weist die erste Vorlagefrage als unzulässig zurück. Er begründete dies damit, dass das Vorlageersuchen „*keine genauen Angaben zum Bestehen einer beherrschenden Stellung, zu deren missbräuchlicher Ausnutzung durch die Tragsa und zu den Auswirkungen einer solchen Stellung auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten enthält*“ (Rz 42 des Erkenntnisses). Davon ausgehend ist festzuhalten, dass die **gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit der Einrichtung eines Rechtsträgers in der im Verfahren beschriebenen Art und Weise durch den EuGH (noch) nicht geklärt wurde.**

Die Bundesministerien und die Länder werden ersucht, alle Dienststellen und ausgegliederte Einrichtungen im jeweiligen Bereich sowie – im Landesbereich – alle Gemeinden und Städte von diesem Rundschreiben in Kenntnis zu setzen. Die Nichtbeachtung der oben beschriebenen Grundsätze könnte – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – Haftungsansprüche bzw. Vertragsverletzungsverfahren gegen die Republik Österreich auslösen.

15. Jänner 2008
Für den Bundeskanzler:
Georg LIENBACHER

Elektronisch gefertigt