

VI. 1

Johannes Schramm, Wien, Christian Lutz, Wien

Gemischter Wettbewerb im öffentlichen Auftragswesen (ARGE Gewässerschutz v. Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, EuGH vom 7. Dezember 2000, C-94/99)

Der in der Richtlinie 92/50 enthaltene Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter ist nicht schon dadurch verletzt, dass ein öffentlicher Auftraggeber zu einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge Einrichtungen zulässt, die entweder von ihm selbst oder von anderen öffentlichen Auftraggebern Zuwendungen gleich welcher Art erhalten, die es ihnen ermöglichen, zu Preisen anzubieten, die erheblich unter denen ihrer Mitbewerber liegen, die keine solche Zuwendungen erhalten.

(a) Sachverhalt

ARGE Gewässerschutz (ARGE), eine Arbeitsgemeinschaft von Ziviltechnikern und Unternehmen, hat sich an einem vom österreichischen Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft durchgeführten **offenen Vergabeverfahren** beteiligt. Gegenstand des ausgeschriebenen Auftrages war die Entnahme und Analyse von Wasserproben aus einer Reihe von österreichischen Seen und Flüsse im Rahmen der gesetzlich vorgeschriebenen Ermittlung der Gewässerqualität.

Neben ARGE beteiligten sich auch die Österreichische Forschungszentrum Seibersdorf GmbH und die Österreichische Forschungs- und Prüfzentrum Arsenal GmbH. Die Republik Österreich verfügt am Forschungszentrum Seibersdorf über 50,5 % der Geschäftsanteile, das Forschungszentrum Arsenal steht zu 100 % im Eigentum der Republik. Da diese beiden Teilnehmer aus dem Budget der Republik Österreich erhebliche Summen an nicht **zweck- oder projektgebundenen Subventionen** erhalten, ist es ihnen im Rahmen der Teilnahme an dem hier gegenständlichen Vergabewettbewerb möglich, ihre eigenen Kosten für die Durchführung eines Auftrages erheblich günstiger zu kalkulieren und entsprechend günstige Angebote abzugeben.

Im Rahmen eines **Schlichtungsverfahrens** vor der Bundes-Vergabekontrollkommission wandte sich ARGE gegen die Teilnahme dieser Gesellschaften an dem gegenständlichen Vergabeverfahren. ARGE war der Auffassung, dass auf Grund der Zuwendungen von Seiten der Republik Österreich die subventionierten Bieter (Forschungszentrum Seibersdorf und Forschungsanstalt Arsenal) unzulässige Wettbewerbsvorteile haben und an-

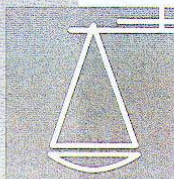
dere Bieter benachteiligt würden. Die Bundes-Vergabekontrollkommission entschied jedoch, dass das österreichische Bundesvergabegesetz der gleichzeitigen Teilnahme von privaten Bietern und subventionierten Einrichtungen (sog. gemischter Wettbewerb) an einem Vergabeverfahren nicht entgegenstehe. Das darauf hin angerufene Bundesvergabeamt setzte das Nachprüfungsverfahren aus und legte dem Gericht vier Fragen zur Vorabentscheidung vor.

(b) Urteil

Die erste Vorlagefrage des Bundesvergabeamtes zielte darauf ab, ob die Zulassung der Teilnahme von **subventionierten Bietern** in einem Vergabeverfahren den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber in einem Vergabeverfahren verletzt. Hinsichtlich dieser Vorlagefrage stellte der Gerichtshof zunächst fest, dass Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 92/50/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (Richtlinie) die Auftraggeber dazu verpflichtet, zu sorgen, dass keine **Diskriminierung von Dienstleistungserbringern** stattfindet. Auch ist in keiner Bestimmung dieser Richtlinie vorgesehen, dass ein Bieter allein deshalb grundsätzlich auszuschließen oder sein Angebot abzulehnen wäre, weil er öffentliche Zuwendungen erhält. Vielmehr gestattet es Art. 1 lit. c dieser Richtlinie ausdrücklich Einrichtungen, die mit **öffentlichen Mitteln** finanziert sein können, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen. Denn nach dieser Vorschrift sind unter Dienstleistungserbringern im Sinne der Richtlinie nicht nur natürliche und juristische Personen zu verstehen, sondern auch öffentliche Einrichtungen, die Dienstleistungen anbieten.

Der Gerichtshof stellte darüber hinaus fest, dass es nicht auszuschließen sei, dass die Richtlinie die öffentlichen Auftraggeber unter bestimmten Umständen im Einzelfall dazu verpflichtet oder ihnen zumindest gestattet, Zuwendungen – insbesondere **nicht vertragskonforme Beihilfen** – zu berücksichtigen, um gegebenenfalls die Bieter auszuschließen, denen sie zugute kommen. Ein Bieter könne im Rahmen eines Auswahlverfahrens ausgeschlossen werden, wenn der öffentliche Auftraggeber der Ansicht sei, dass er eine nicht vertragskonforme Beihilfe erhalten habe und die





Verpflichtung zur Rückzahlung der rechtswidrig gewährten Beihilfe seine finanzielle Leistungsfähigkeit gefährde, so dass er als Bieter angesehen werden könne, der nicht die notwendigen finanziellen und wirtschaftlichen Sicherheiten biete.

Der Gerichtshof beantwortete daher die erste Vorlagefrage dahingehend, dass der in der Richtlinie enthaltene *Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter* nicht schon dadurch verletzt ist, dass ein öffentlicher Auftraggeber in einem Vergabeverfahren subventionierte Bieter zulässt, welche auf Grund dieser Subventionen zu Preisen anbieten können, die erheblich unter denen ihrer – nicht subventionierten – Mitbewerber liegen.

Mit der zweiten und der dritten Vorlagefrage wollte das Bundesvergabeamt vom Gerichtshof zum einen wissen, ob die Zuwendungen an ausschließlich österreichische Einrichtungen im gegenständlichen Vergabeverfahren als *verdeckte Diskriminierung* aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu beurteilen wären und zum anderen, ob die Zulassung der Teilnahme derartiger Einrichtungen in einem Vergabeverfahren eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs (Art. 49 ff. EG) darstellt.

Der Gerichtshof stellte dazu fest, dass Beihilfen in aller Regel Unternehmen gewährt werden, die im Gebiet des Mitgliedsstaates ansässig sind, welche die Beihilfe gewährt. Diese Praxis und die sich daraus für die Unternehmen anderer Mitgliedsstaaten ergebende *Ungleichbehandlung* ist somit dem Begriff der staatlichen Beihilfe inhärent. Sie stellt daher für sich genommen keine verdeckte Diskriminierung und keine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar. Der Gerichtshof führte aus, dass im vorliegenden Fall gar nicht behauptet wurde, dass die Teilnahme an den betreffenden Verfahren rechtlich oder tatsächlich nur für subventionierte Bieter offen war, welche die Staatsangehörigkeit des Mitgliedstaates des Auftraggebers besaßen.

Aus diesem Grund beantwortete der Gerichtshof die zweite und dritte Vorlagenfrage des Bundesvergabeamtes dahingehend, dass das Zulassen von Bietern zu einem Vergabeverfahren, welche entweder vom Auftraggeber selbst oder von einem anderen öffentlichen Auftraggeber Zuwendungen gleich welcher Art erhalten, die es ihnen ermöglichen zu Preisen anzubieten, die erheblich unter denen ihrer nichtsubventionierten Mitbewerber liegen, weder eine verdeckte Diskriminierung noch eine mit den freien Dienstleistungsverkehr unvereinbare Beschränkung darstellt.

Die vierte Vorlagefrage des Bundesvergabeamtes zielte auf die Bestimmung der Grenzen ab, die für die sogenannte *Inhouse*-Vergabe gelten. Dabei geht es im wesentlichen um die Frage, ob der Leistungsaustausch zwischen zwei öffentlichen Auftraggebern in jedem Fall dem Vergaberecht unterliegt oder auch ohne Ausschreibung durchgeführt werden kann. Der Gerichtshof hat diese Frage nicht detailliert beantwortet, da er die Teilnahme von privaten und subventionierten Bietern in einem Vergabeverfahren für zulässig erachtet hat. Er hat jedoch auf die Rechtssache *Teckal* (EuGH Slg. 1999, I-8121) hingewiesen und somit eine analoge Anwendung der in dieser Entscheidung festgestellten Grundsätze der *Inhouse* – Vergabe auch für den Dienstleistungsbereich für zulässig erklärt.

(c) Kommentar

Der Gerichtshof trifft in dem gegenständlichen Urteil erstmals Aussagen über die Frage der Zulässigkeit des sogenannten *gemischten Wettbewerbs* im öffentlichen Auftragswesen. Die Entscheidungsgrundsätze dieses Urteils sind für all jene privaten – nicht subventionierten – Unternehmen von Relevanz, die sich in einem Vergabeverfahren mit subventionierten Unternehmen (hier: öffentlichen oder halböffentlichen) im Wettbewerb befinden. Die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit eines gemischten Wettbewerbs in einem Vergabeverfahren ist in Zusammenhang mit den Wettbewerbs- und Beihilfenregeln des EGV (Art. 81 ff. EG) zu erörtern.

Grundsätzlich sind all jene Abreden oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, die zu einer Einschränkung oder Beeinträchtigung des Wettbewerbs zwischen den Mitgliedstaaten führen. Zu einer Beeinträchtigung bzw. Verfälschung des Wettbewerbs können aber auch staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art führen.

Der EGV enthält keine Legaldefinition des in Art. 87 EG enthaltenen Beihilfenbegriffs, es besteht aber Einigkeit darüber, dass dieser extensiv zu interpretieren ist. Nach einer gängigen Formulierung ist eine Beihilfe jede *«Massnahme, die in verschiedener Form die Belastungen vermindert, welche ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat»* (vgl. EuGH Slg. 1994 I-877, *Banco de Credito Industrial SA*). Dem folgend erfasst der Beihilfenbegriff nicht nur positive Zuwendungen, sondern auch Massnahmen die ein Unternehmen direkt oder indirekt entlasten (z.B. Steuererlass,





zinsfreie Kredite, Übernahme von Verlusten, preiswerte Überlassung von Grundstücken usw.).

Art. 87 EG geht von einer grundsätzlichen Unvereinbarkeit von Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt aus. Zusätzlich bestimmt er aber unter welchen Voraussetzungen Beihilfen von der Kommission mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden können. Von einem Mitgliedstaat in Aussicht gestellte Beihilfen sind der Kommission anzuzeigen und dürfen vor einer abschliessenden Entscheidung darüber, dass sie mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind, von den Mitgliedstaaten nicht ausbezahlt werden. Art. 87 Abs. 3 EG räumt der Kommission einen Ermessensspielraum bei der Zulassung von Beihilfen unter Abweichung von dem grundsätzlichen Verbot der Beihilfengewährung gemäss Art. 87 Abs. 1 EGV ein. Dieser Ermessensspielraum ist notwendig, um in jenen Bereichen, in denen der Wettbewerb allein nicht ausreicht, die erwünschten **strukturellen Entwicklungen** in der Gemeinschaft herbeizuführen.

Wenn von der Kommission eine von einem Mitgliedstaat angezeigte Beihilfe für zulässig erklärt wird, dann billigt sie unseres Erachtens den dadurch begünstigten Wirtschaftsteilnehmern auch zu, sich ohne Beschränkungen an den wirtschaftlichen Vorgängen des Gemeinsamen Marktes zu beteiligen. Es wäre nicht verständlich, wenn einem Unternehmen rechtmässigerweise Zuwendungen gewährt werden, aber die Ausführung einer normalen wirtschaftlichen Tätigkeit (hier: Teilnahme an einem Vergabeverfahren) verwehrt wird. Die Zulässigkeit staatlicher Beihilfen darf der **uneingeschränkten Teilnahme** der rechtmässigerweise unterstützten Einrichtungen am Marktgeschehen nicht entgegenstehen.

Den Ausführungen des Gerichtshofs ist daher zu folgen, dass der in der Richtlinie enthaltene Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter nicht schon dadurch verletzt ist, dass ein öffentlicher Auftraggeber die Teilnahme von subventionierten Bietern neben nicht subventionierten Bietern in einem Vergabeverfahren zulässt.

Aufgrund der Bestimmung des Art. 37 der Richtlinie kann der öffentliche Auftraggeber **ungewöhnlich niedrige Angebote**, bei denen zum Beispiel ein Verdacht auf rechtswidrige Beihilfengewährung besteht, einer näheren Überprüfung unterziehen. Der öffentliche Auftraggeber muss vor Ablehnung dieser Angebote vom jeweiligen Bieter die schriftliche Aufklärung über die

Einzelposten des Angebotes verlangen. Kommt der öffentliche Auftraggeber im Zuge dieser **vertieften Angebotsprüfung** zu der Erkenntnis, dass das Angebot eines Bieters auf Basis nicht vertragskonformer Zuwendungen zustande gekommen ist, so kann er dieses Angebot ausscheiden.

Die Vergabe eines Auftrages an einen Bieter, der eine rechtswidrige Beihilfe erhält, birgt die Gefahr in sich, dass der Bieter die zu **unrecht erhaltene Beihilfe** zurückzahlen muss und damit die vollständige und ordnungsgemässe Erfüllung des Auftrages in Frage gestellt wird. Einer der Gründe, warum die EG-Vergaberichtlinien Bestimmungen über die Beurteilung der finanziellen und wirtschaftlichen Fähigkeit des Dienstleistenden enthalten, ist die Sicherstellung, dass der zum Vergabeverfahren zugelassene Bieter die ausgeschriebene Leistung in **wirtschaftlicher und finanzieller** Sicht tatsächlich auch ausführen kann. Daher muss ein öffentlicher Auftraggeber zum eigenen Schutz berechtigt sein, ein rechtswidrig subventioniertes Angebot auszuschneiden. Denn ein solches Angebot ist auf Grund der möglichen Verpflichtung zur Rückzahlung der Subvention nicht anders zu beurteilen, als ein Angebot eines Bieters, der die wirtschaftlichen und finanziellen Voraussetzungen für die vollständige Erfüllung des Vertrages von Beginn an nicht mitbringt.

Der Gerichtshof stellt daher zu Recht fest, dass die Verpflichtung zur Rückzahlung der rechtswidrig gewährten Beihilfe die **finanzielle Leistungsfähigkeit** des Bieters gefährdet, so dass er als Bieter angesehen werden kann, der die notwendigen finanziellen und wirtschaftlichen Voraussetzungen für die Auftragserteilung nicht erfüllt.

Abschliessend sei noch einmal darauf hingewiesen, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung nicht schon dadurch verletzt wird, dass von einem öffentlichen Auftraggeber in einem Vergabeverfahren neben nicht subventionierten Bietern auch subventionierte Bieter zugelassen werden, auch wenn es ihnen dadurch ermöglicht wird, zu Preisen anzubieten, die erheblich unter denen ihrer Mitbewerber liegen. Die Ausscheidung eines Angebotes kommt jedoch dann in Betracht, wenn der öffentliche Auftraggeber der Ansicht ist, dass ein Bieter unter Zugrundelegung einer **rechtswidrig gewährten Beihilfe** sein Angebot kalkuliert hat und die Gefahr einer Beihilfenrückforderung besteht.

