

Vergabe- und Privatisierungs- maßnahmen der Kommunen unter den Anforderungen des EG-Vertrages

Univ.-Doz. Dr.Dr. Alexander Egger

**Schriftenreihe des Österreichischen Städtebundes
Vergabe- und Privatisierungsmaßnahmen der Kommunen
unter den Anforderungen des EG-Vertrages**

Herausgeber:

Österreichischer Städtebund
1082 Wien, Rathaus
Telefon: 01/4000-89980
Telefax: 01/4000-7135
E-Mail: post@staedtebund.gv.at
Internet: <http://www.staedtebund.gv.at>
ZVR: 776697963

ISBN: 3-9502038-6-9

Schriftleitung:

Generalsekretär Dr. Thomas Weninger

Koordination:

Mag. Gabriela Forchtner, Österreichischer Städtebund

Autor:

Univ.-Doz. Dr.Dr. Alexander EGGER

© Copyright: Österreichischer Städtebund. Die Verbreitung, auch auszugsweise, über elektronische Systeme/Datenträger bedarf der vorherigen Zustimmung des Autors. Alle übrigen Rechte bleiben vorbehalten.

Im Sinne einer besseren Lesbarkeit werden Rechtstexte in der neuen deutschen Rechtschreibung abgedruckt.

Umschlaggestaltung und DTP-Produktion:

Karin Wieser, Grafic & Design
1120 Wien, Hufelandgasse 1/2/9
www.grafic.at

Druck:

Littera Druck, Rauch Gesellschaft mbH, 1120 Wien

Wien, Juni 2007

ISBN: 3-9502038-6-9

Vorwort

Die Gemeinden sind Erbringer vielfältiger Leistungen für ihre Bürger, insbesondere in der Daseinsvorsorge, oder gewährleisten diese. Als staatliche Einrichtungen sind sie hierbei dem Gemeinschaftsrecht unterworfen und haben sowohl Primärrecht, Sekundärrecht und Judikatur zu beachten. In diesem Bereich ist in den letzten Jahren eine dynamische Rechtsentwicklung eingetreten, welche den Österreichischen Städtebund veranlasste, eine Studie in Auftrag zu geben, die den Rechtsstand der vergaberechtlichen Rahmenbedingungen darstellen soll. In den letzten Jahren hat die Beachtung gerade der Bestimmungen des Primärrechtes an Bedeutung gewonnen. Ein wesentlicher Teil des Vergaberechts findet sich auch in der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte.

Angesichts ihrer Funktion als „Wächterin der Verträge“ wird auch auf die Rechtsmeinung der Kommission eingegangen, wie sie in Mitteilungen, Grünbüchern, Leitfäden und dgl. zum Ausdruck kommt.

Der Verfasser der Studie, Herr Univ.-Doz. Dr.Dr. Alexander Egger, ist ein profunder Kenner der Materie. Für seine Habilitation an der Wirtschaftsuniversität Wien erhielt er ein „Austrian Programme in Advanced Research and Technology-Stipendium“ der Österreichischen Akademie der Wissenschaften und beschäftigte sich schon während seiner Ausbildung am Collège d'Europe in Brügge und seines Praktikums bei der Europäischen Union mit Vergaberecht. In der Zeit von 2000 bis 2006 war Dr. Dr. Egger am Europäischen Gerichtshof Référéndaire, zuletzt Erster Referent des Ersten Generalanwalts.

Der Österreichische Städtebund hofft mit dem vorliegenden Band seiner Schriftenreihe den Mitgliedsgemeinden ein übersichtliches Kompendium der Bedeutung des Primärrechtes für das Vergabewesen in die Hand zu geben, um so auch einigen „Fallen“ in der Praxis zu entgehen.

Wien, im Juni 2007

Dr. Thomas Weninger
Generalsekretär

INHALTSVERZEICHNIS

KAPITEL 1	EINLEITUNG	7
1.1	Zielsetzung und Methodik der Studie	9
KAPITEL 2	VERGABEREGIME NACH PRIMÄRRECHT	11
2.1	Die Vorschriften	13
2.1.1	Ein Überblick	13
2.1.2	Das Beihilfenverbot	14
2.1.3	Vorschriften für bestimmte Akteure	16
2.1.3.1	Vorgaben für Hoheitsträger	16
2.1.3.2	Vorgaben für Unternehmer	17
2.2	Der Anwendungsbereich	18
2.2.1	Allgemeine Bemerkungen	18
2.2.2	Voraussetzung für die Grundfreiheiten: Binnenmarktrelevanz	19
2.2.3	Die erfassten Einrichtungen: der Staatsbegriff	21
2.3	Die Ausnahmen und Rechtfertigungsgründe	22
2.3.1	Allgemeine Ausnahmen vom Gemeinschaftsrecht	22
2.3.2	Spezielle Ausnahmen von den Grundfreiheiten	24
2.3.2.1	Öffentliche Ordnung und Sicherheit	24
2.3.2.2	Schutz der Gesundheit	24
2.3.2.3	Ausübung der öffentlichen Gewalt	25
2.3.2.4	Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung	26
2.3.2.5	Schutz aus kulturellen Gründen	27
2.3.3	Spezielle Rechtfertigungsgründe in Bezug auf die Grundfreiheiten (zwingende Erfordernisse, Gründe des Allgemeininteresses)	27
2.3.4	Spezielle Rechtfertigungsmöglichkeiten im Beihilfenrecht	28
2.3.5	Die Sondervorschriften aus Anlass von EU-Beitritten	29
2.4	Die konkreten Vorgaben für das Vergabewesen	30
2.4.1	Grundsätzliche Bemerkungen	30
2.4.2	Verfahrensmäßige Vorgaben	30
2.4.2.1	Pflichten nach dem Beihilfenrecht	30
2.4.2.2	Pflichten nach den Grundfreiheiten und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen	31
2.4.3	Vorgaben für den Gegenstand der Leistung	33
2.4.4	Vorgaben für die Eignung	34
2.4.5	Vorgaben für die Prüfung der Angebote	36
2.4.6	Vorgaben für die Phase nach dem Zuschlag	37

KAPITEL 3	PRIVATISIERUNG UND GEMEINSCHAFTSRECHT	39
3.1	Grundsätzliche Bemerkungen	41
3.2	Funktionale Privatisierung: PPP in der Daseinsvorsorge	43
3.3	Privatisierung mit Beschaffungsbezug	44
3.3.1	Anwendungsbereich: Beurteilung des Vorhabens	45
3.3.2	Handlungsbedarf: Durchführung eines Vergabeverfahrens?	47
3.3.3	Ausnahmen	49
3.4	Privatisierung ohne Beschaffungsbezug	50
3.4.1	Anwendungsbereich: Bedeutung	50
3.4.2	Handlungsbedarf: Durchführung bestimmter Verfahren	51
3.4.2.1	Das Bietverfahren	52
3.4.2.2	Das Wertgutachten	53
3.4.2.3	Das Vorgehen in anderen Fällen	53
KAPITEL 4	RECHTSSCHUTZ	55
4.1	Auswirkungen auf bestehende Kooperationen	57
4.1.1	Feststellung einer Vertragsverletzung	57
4.1.2	Allgemeine Schlussfolgerungen	58
4.2	Rechtsschutz im Rahmen von Privatisierungen	60
LITERATURVERZEICHNIS		61

Kapitel 1

EINLEITUNG

1.1 ZIELSETZUNG UND METHODIK DER STUDIE

Die vorliegende Studie beleuchtet die Rolle des Primärrechts im Vergabewesen und die Rechtsprobleme hinsichtlich von Privatisierungen seitens der Gemeinden.

Dazu kommen Fragen des Rechtsschutzes in Bezug auf die Auswirkungen von Vergaberechtswidrigkeiten auf bestehende Vorhaben und in Bezug auf Privatisierungen. Die Studie basiert auf dem Stand von März 2007.

Wie inzwischen auch die Praxis feststellen muss, haben Auftraggeber und Vergabegesetzgeber nicht nur die Richtlinien zu beachten. In zunehmendem Maße wird den betroffenen Kreisen – und damit auch den Gemeinden – bewusst (gemacht), dass bestimmte Vergaben stattdessen oder zusätzlich den Vorschriften des Primärrechts zu entsprechen haben.

Kapitel 2

VERGABEREGIME NACH PRIMÄRRECHT

Der Stellenwert des Primärrechts für das Beschaffungswesen ist gerade in den letzten Monaten immer deutlicher geworden. Diese Entwicklung geht in erster Linie auf die Verfolgungspraxis der Kommission¹, ihre Mitteilung vom Sommer 2006² und die Spruchpraxis des EuGH³ zurück.

2.1 DIE VORSCHRIFTEN

2.1.1 Überblick

Die vergaberechtlich relevanten Vorschriften des Primärrechts sind danach zu unterscheiden, ob sie nur für den Staat, nur für Unternehmen oder für beide gelten.

Folgende Vorschriften⁴ gelten für den Staat sowohl in seiner Funktion als Hoheitsträger⁵, insbesondere als Vergabegesetzgeber, als auch in seiner Eigenschaft als Auftraggeber, dh selbst wenn er in Formen des Privatrechts handelt:⁶

- Art 10 EG-V (Äquivalenz- und Effektivitätsgebot);
- Art 12 EG-V (Nichtdiskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit);⁷
- Grundfreiheiten
 - Art 28 EG-V (Warenverkehrsfreiheit),
 - Art 43 EG-V (Niederlassungsfreiheit),
 - Art 49 EG-V (Dienstleistungsfreiheit);⁸
- Art 88 EG-V (Verbot staatlicher Beihilfen);
- Allgemeine Rechtsgrundsätze⁹
 - Allgemeiner Gleichheitssatz (Grundsatz der Gleichbehandlung¹⁰),
 - Verhältnismäßigkeit.

Der Vollständigkeit halber seien in diesem Zusammenhang auch diejenigen Vorschriften angeführt, die nur für Unternehmen gelten. Als solche kommen zwar grundsätzlich auch Gebietskörperschaften in Betracht, jedoch nur, wenn sie auf dem Markt als Anbieter auftreten, zB selbst als

1 Zur Vergabe einer Konzession in Österreich s XVIII. Jahresbericht über die Kontrolle der Anwendung des Gemeinschaftsrechts, KOM(2001) 309 endg, Teil I, 108; s ferner die va in den letzten Jahren beim EuGH anhängig gemachten Vertragsverletzungsverfahren.

2 Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, ABI 2006 C 179/2.

3 ZB Rs C-324/98, Telaustria, Slg 2000, I-10745ff; Rs C-231/03, Coname, Slg 2005, I-7287ff; s GA Stix-Hackl in ihren Schlussanträgen v 14.9.2006 in den Rs C-507/03 und C-532/03, Kommission/Irland, und GA Ruiz-Jarabo in seinen Schlussanträgen v 8.11.2006 in der Rs C-412/04, Kommission /Italien.

4 Bock, Vergaberecht, 201ff; Braun 40f; Fernández Martín/Stehmann 216ff; Hailbronner, B 2, Rz 8ff; Trepte, Public Procurement, 167ff. Triantafyllou, Les règles, 69, der zwar Vergabewesen und staatliche Beihilfen als voneinander getrennte Materien ansieht, jedoch die Prüfung bestimmter Aspekte des Vergabewesens unter beihilferechtlichen Aspekten für zulässig erachtet.

5 Dauses, C.I, Rz 93; Oliver, Goods, Rz 4.02ff.

6 Stolz 31f.

7 Diese Vorschrift fehlt in der Mitteilung aus 2006.

8 Dienstleistungsaufträge und -konzessionen, die Beförderungsleistungen selbst betreffen, unterliegen den Bestimmungen des Titels über den Verkehr im EG-V, insoweit keine Vorschriften des abgeleiteten Rechts gelten. Dagegen unterliegen der Bau der Infrastruktur und Dienstleistungen in Transportmitteln oder in Verkehrseinrichtungen, wie das Be- und Entladen, Reinigungsarbeiten und das Catering, den Bestimmungen über die Dienstleistungsfreiheit.

S hingegen Rs C-410/04, ANAV, Urteil v 6.4.2006.

(vgl Stolz 47f; Rs C-264/03, Slg 2005, I-8831ff).

9 Im Urteil Parking Brixen, Rs C-458/03, Slg 2005, I-8585ff, führt der EuGH alle diese Grundsätze gesondert neben den sog „Vertragsbestimmungen“ an.

10 ZB Verb Rs C-285 & 286/99, Slg 2001, I-9233, I-9278 (Rz 76); Rs C-458/03, Slg 2005, I-8585, I-8631 (Rz 52).

Bieter in einem Vergabeverfahren. Dann unterliegen sie auch dem Kartellverbot (Art 81 EG-V) und dem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art 82 EG-V).

Besondere Vorschriften gelten für Aufträge, die aus Mitteln der Gemeinschaft finanziert werden.¹¹

Zum Primärrecht gehören schließlich die anlässlich der beiden EU-Erweiterungen getroffenen Sonderbestimmungen in der jeweiligen Beitrittsakte.

2.1.2 Das Beihilfenverbot

Vergaberechtlich bedeutsam wird das Beihilfenverbot des Art 87 EG-V, wenn konkrete Vergaben als Einzelbeihilfen oder allgemein-abstrakte Vergaberegeln als Beihilfenregime Elemente einer staatlichen Beihilfe aufweisen.

Die praktische Bedeutung des Beihilfenverbotes hängt ähnlich wie die der Vergaberichtlinien vom Überschreiten einer bestimmten Schwelle ab. Dabei ist allerdings nicht der Wert der betroffenen Vergabe entscheidend, sondern dass das Beihilfenelement die beihilfenrechtliche De-minimis-Grenze¹² überschreitet.

Die für die Anwendung des Beihilfenverbotes erforderliche Selektivität liegt dann vor, wenn Vergabemaßnahmen ein bestimmtes – auch inländisches¹³ – Unternehmen oder einen bestimmten Wirtschaftszweig begünstigen.

Das Beihilfenverbot erfasst sowohl Vergünstigungen von Seiten der Vergabegesetzgeber und einzelner Auftraggeber als auch Vergünstigungen durch Dritte, etwa durch staatliche Förderstellen. Entscheidend ist, dass es sich um staatliche oder aus staatlichen Mitteln stammende Unterstützung handelt.¹⁴ Somit können auch private Sektorauftraggeber unter das Verbot fallen.¹⁵

Als Begünstigter einer im Zusammenhang mit einer Vergabe gewährten Beihilfe kommt nicht nur der Auftraggeber oder der Auftragnehmer in Betracht, sondern auch ein Dritter. So kann etwa ein Straßenbauvorhaben einer Gemeinde einem dort ansässigen Unternehmen einen Kostenvorteil verschaffen.¹⁶ Damit werden auch diejenigen Fälle erfasst, in denen zwar ein öffentlicher Auftraggeber, etwa eine Körperschaft oder ein ausgegliedertes Unternehmen, die Beihilfe empfängt, sie aber zum Nutzen eines Dritten verwendet.¹⁷

11 S dazu näher Grünbuch, KOM(96) 583 endg, 49ff.

In den Überseeischen Ländern und Gebieten gilt für solche Ausschreibungen und Lieferungen das spezielle Diskriminierungsverbot des Art 183 Abs 4 EG-V.

12 S dazu die VO (EG) Nr 1998/2006 der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis“-Beihilfen, ABI L 379/5.

13 Zu der als Auslegungshilfe dienenden RL 71/304/EWG s Guillermin 69ff.

14 S dazu näher Lipka 100f.

Zur Heranziehung der Rs C-482/99, Slg 2002, I-4397ff, betreffend staatliche Maßnahmen als Zurechnungsfaktor s Arrowsmith, Law, 231f.

15 Gegen die pauschale Erfassung der privaten Sektorauftraggeber zu Recht Dischendorfer/Stempkowski NA50; Pünder 534f; gegen deren Einbeziehung Hillger 125.

16 Zu Infrastrukturprojekten s D'Sa 146 mwN.

17 Zum Unterschied zwischen Empfänger und Begünstigtem s Dony-Bartholmé 408f, sowie GA Lagrange in der Rs 30/59, Slg 1961, 1, 85.

Aus der Praxis sind folgende Formen zu nennen:¹⁸

- überhöhtes Entgelt, dh die Beschaffung über dem Marktpreis;
- eine Begünstigung in der Vertragsgestaltung, zB
 - in der überlangen Bezugsdauer, welche dem Auftragnehmer Planungssicherheit garantiert,
 - in der Beschaffung von Leistungen oder Waren, für die kein wirklicher Bedarf besteht¹⁹,
 - besondere Zahlungsmodalitäten²⁰, die der Auftraggeber dem Auftragnehmer gewährt;
- Schaffung von Infrastruktureinrichtungen²¹ für die Ausführung des Auftrags, etwa von Transportwegen;
- Überlassung von Personal²², Geräten oder Forschungs- und Entwicklungsergebnissen, ohne dass dies im Entgelt berücksichtigt wird, oder Übernahme der Kosten für Studien²³.

Bei Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse geht es um die beihilfenrechtliche Beurteilung der durch gemeinwirtschaftliche Leistungen entstehenden Mehrkosten.²⁴ Das betrifft etwa die Beschaffung von Verkehrsdienstleistungen²⁵ oder von Dienstleistungen, zB im Sozialwesen oder im Freizeitbereich (zB Betrieb eines Schwimmbades²⁶).

Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Mehrkosten sind bereits im Rahmen des Tatbestandsmerkmals „Vorteil (Begünstigung)“ iSv Art 87 EG-V zu berücksichtigen und nicht erst über Art 86 Abs 2 EG-V zu rechtfertigen. In seinem Urteil Altmark Trans hat der EuGH vier Voraussetzungen aufgestellt, bei deren Erfüllung kein Vorteil²⁷ und somit nicht einmal eine Beihilfe vorliegt:

1. Betrauung mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen und klare Definition derselben;
2. objektive und transparente Aufstellung der Parameter für die Berechnung der Ausgleichszahlungen;
3. Begrenzung der Ausgleichszahlungen (maximal Kosten für gemeinwirtschaftliche Leistungen);
4. Ermittlung des Ausgleichs nach Wettbewerbsgrundsätzen mittels
 - eines förmlichen Vergabeverfahrens („Geringste-Kosten-Prinzip“)²⁸ oder

18 S dazu und zum Folgenden grundlegend Lipka 109ff, sowie Greb/Kaelble 1012ff.

E d Kommission 90/215/EWG v 3.5.1989, ABI 1990 L 114/25, betreffend den Einkauf durch nationale Agenturen; IP/96/363, betreffend den Ärmelkanaltunnel; Rs T-14/96, Slg 1999, II-139ff, betreffend den Erwerb von Gutscheinen durch eine Gebietskörperschaft; Kayser 82.

19 Rs T-14/96, Slg 1999, II-139ff; Rs T-158/99, Slg 2004, II-1ff; Eilmansberger, Überlegungen, 385; Greb/Kaelble 1017.

Eilmansberger, Subventionierung, 82, weist darauf hin, dass die durch die Vergabe bewirkte (höhere) Auslastung allein keinen Vorteil darstellt.

20 Zu Vorauszahlungen s Welter 148f.

21 E d Kommission 91/390/EWG v 26.3. 1991, ABI L 215/11.

Dagegen fallen Infrastrukturbereitstellungen, die allen in einer Region ansässigen Unternehmen zugute kommen, nicht unter Art 87 Abs 1 EG-V.

22 Rs C-39/94, Slg 1996, I-3547ff; zu Produktionsmitteln s Welter 144f.

23 S dazu Dony-Bartholmé 405.

24 Zu den verschiedenen Ansätzen s Bovis, Developing, 481ff.

25 Rs C-280/00, Altmark Trans, Slg 2003, I-7747ff.

26 Presseerklärung der Kommission IP/00/1509.

27 Das Urteil Altmark Trans betrifft im Wesentlichen die Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals (dieser Hinweis fehlt leider bei Kämmerer, Strategien, 33).

28 Meyer, Rechtslage, 1019.

Zu den Grenzen, Vor- und Nachteilen eines solchen Verfahrens s H Cox 49ff.

- einer bestimmten Kostenanalyse („hypothetischer Nettokostenansatz“ eines „durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens“)²⁹.

Wie die vierte Bedingung zeigt, kann also die Anwendung von Vergaberecht auch beihilfenrechtliche Bedeutung erlangen und eine Art „clearance“ bewirken.³⁰ Das bedeutet nicht notwendigerweise die Durchführung eines offenen Verfahrens.³¹

Aber selbst wenn eine der Bedingungen nicht erfüllt ist, bleibt noch immer ein Weg, den Zuschuss zu „retten“. So besteht die Möglichkeit, solche Beihilfen anhand von Art 86 Abs 2 EG-V, zu rechtfertigen. Diese Bestimmung wirkt für Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse betraut sind, gleichsam wie eine Ausnahme vom Gemeinschaftsrecht (s dazu die Ausführungen zu Art 86 EG-V).³²

Ein besonderer Stellenwert kommt dem Beihilfenrecht im Zusammenhang mit sog vergabefremden, zB sozialen oder ökologischen, Kriterien, zu. Dabei ist strittig, ob für bestimmte Beschaffungen überhaupt ein Markt(preis) besteht und wie die Erfüllung dieser Kriterien zu bewerten ist.

2.1.3 Vorschriften für bestimmte Akteure

Manche Vorschriften des Primärrechts gelten nur dann für den Staat, wenn er in einer bestimmten Eigenschaft handelt, sei es als Hoheitsträger, sei es als Unternehmer.

2.1.3.1 Vorgaben für Hoheitsträger

Für den Staat lediglich als Hoheitsträger in allen drei Staatsfunktionen gelten Wettbewerbsvorschriften, und zwar diejenigen, die sich aus der kombinierten Anwendung der Loyalitätsverpflichtung von Art 10 EG-V oder von Art 86 Abs 1 EG-V iVm dem Kartell- oder dem Missbrauchsverbot ergeben. Im Vergabewesen betrifft das die Gesetzgebungs- und Verordnungstätigkeit des Staates sowie Weisungen von Staatsorganen an Auftraggeber in Bezug auf deren Beschaffungstätigkeit im Allgemeinen oder auf konkrete Vergabeverfahren. Die Anwendung dieser Vorschriften setzt freilich voraus, dass es sich bei den von solchen staatlichen Maßnahmen Betroffenen auch um Unternehmen handelt.

29 Zu den damit verbundenen Schwierigkeiten s Dörr 621; Leibenath 1062ff; Sinnavee 358; Thyri 128.

Zu den Einzelheiten s Koenig 2186ff; Mietzsch 10.

Da nicht von den tatsächlichen durchschnittlichen Marktpreisen auszugehen ist, kommt auch nicht die mangelnde Effizienz zum Tragen (so jedoch Kahl 410).

30 Vgl Eilmansberger, Überlegungen, 389f, demzufolge die vergaberechtliche Unbedenklichkeit der sonstigen Faktoren (sog vergabefremde Aspekte) die beihilfenrechtliche nach sich zieht, und demzufolge eine ordnungsgemäße Ausschreibung dazu führt, dass kein Zwischenstaatsbezug vorliegt.

Jennert, Kriterien, 419, vertritt die Auffassung, dass aus der Durchführung eines objektiven Verfahrens die Marktangemessenheit der Gegenleistung folgt.

31 S auch Dischendorfer/Stempkowski NA 51.

Hillger 116, untersucht das an mehreren Verfahrensarten.

32 Zu diesem Ausweg s Bartosch, Kommissionspraxis, 300.

S ebenso die Akte der Kommission, insb KOM (2004) 374 endg.

Das Gemeinschaftsrecht³³ verbietet es den Mitgliedstaaten, den Wettbewerb zwischen Auftraggebern und Bietern sowie zwischen Bietern negativ zu beeinflussen³⁴. Dazu gehören:

- das Vorschreiben kartellwidrigen Zusammenwirkens³⁵ der Auftraggeber und/oder Bieter;³⁶
- das Begünstigen von Kartellen durch Vergabemaßnahmen³⁷ (zB durch entsprechende Ausgestaltung der Ausschreibungsbedingungen oder finanzielle Anreize³⁸);
- das Verstärken der Wirkungen des wettbewerbswidrigen Verhaltens (zB durch kartellwidrige Gebührenordnungen³⁹ oder ein bestimmter Modus der Preisermittlung oder der Festsetzung von Geschäftsbedingungen⁴⁰).

2.1.3.2 Vorgaben für Unternehmer

Das Kartell- und das Missbrauchsverbot betreffen den Staat nur dann, wenn er in der Eigenschaft als Unternehmer handelt. Das wird nur in Ausnahmesituationen der Fall sein. Nach dem weiten, funktionalen Unternehmensbegriff⁴¹ des Wettbewerbsrechts kommt es zwar nicht auf die Rechtsnatur der staatlichen Einrichtung oder die Art der verfolgten Ziele an,⁴² sondern auf die Art der Betätigung⁴³. Doch reicht nach der Rsp der Gemeinschaftsgerichte⁴⁴ die Stellung als Nachfrager von Waren oder Leistungen, also die klassische Position eines Auftraggebers, nicht aus.

33 Art 3 g), Art 10 Abs 2 EG-V iVm Art 81 oder Art 82 EG-V.

Hingegen ist auf Vergabemaßnahmen, die Auftraggeber oder Bieter betreffen, die öffentliche Unternehmen oder Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten sind, wie etwa - je nach Liberalisierung - Energieversorgungs- und Verkehrsunternehmen, Art 86 iVm der jeweiligen Bestimmung des EG-V anzuwenden (Rs C-202/88, Slg 1991, I-1223ff; vgl Bach 37 FN 57; Guézou n 94ff; Götz, Beschaffungsmärkte, 39f; Pernice/Wernicke, Rz 4 zu Art 86).

34 Nicht näher einzugehen ist im Zusammenhang mit dem Vergaberecht auf das Verbot, Regelungen zu erlassen, durch die kartellwidriges Verhalten überflüssig gemacht wird (GA Tesaro in der Rs C-2/91, Slg 1993, I-5751, I-5782; Bauer, Wettbewerbsbeschränkungen, 148).

35 Kein spezifisch vergaberechtliches Problem stellen hoheitliche Akte dar, die dem Missbrauchsverbot zuwiderlaufen, dh durch die ein Auftraggeber oder Bieter in die Lage versetzt wird, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern. Dazu gehört die Möglichkeit, sich gegenüber anderen Bietern, gegenüber den Auftraggebern als Abnehmern, oder gegenüber den Verbrauchern, dh den Empfängern der Leistungen des Auftraggebers, unabhängig zu verhalten.

36 S dazu die verallgemeinerbare Rsp zu Tarifregelungen: Verb Rs 209 bis 213/84, Slg 1986, 1425ff. Vgl auch Bach 25f.

37 Zu dieser Fallgruppe s Verb Rs 209 bis 213/84, Slg 1986, 1425ff; Bach 50f; kritisch zu dieser Kategorie Bauer, Wettbewerbsbeschränkungen, 132ff.

38 Zu dieser Kategorie s Bach 187f, unter Hinweis auf den sog Jahrhundertvertrag im Energiesektor.

39 Rs C-35/96, Slg 1998, I-3851ff.

40 Vom EuGH in der Rs C-2/91, Slg 1993, I-5751ff, die kein Vergabeverfahren betrifft, als entscheidendes Merkmal angesehen.

41 Als Unternehmen gilt „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“, Rs C-41/90, Slg 1991, I-1979, I-2016 (Rz 21); Rs C-55/96, Slg 1997, I-7119, I-7147 (Rz 21). Nach einer Judikaturlinie ist entscheidend, ob eine einheitliche Organisation personeller, materieller und immaterieller Faktoren mit einer gewissen Dauerorientierung vorliegt, die einem Erwerbszweck nachgeht, wobei es nicht auf die Gewinnerzielungsabsicht ankommt.

42 Rs C-218/00, Slg 2002, I-691ff, betreffend eine staatliche Unfallversicherungsanstalt.

43 Zu diesen Merkmalen des Unternehmensbegriffs s Schwarze, Adressat, 613ff. S dazu auch Pielow 52ff.

Zum weiten Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit auf dem Gebiet der Grundfreiheiten s Rs C-157/99, Slg 2001, I-5473ff, betreffend das Gesundheitswesen.

44 Rs C-35/96, Slg 1998, I-3851ff; Rs T-319/99, Slg 2003, II-3577f; Rs C-205/03 P, FENIN, Urteil v 11.7.2006. Guézou n 86f; Triantafyllou, Les règles, 71.

2.2 DER ANWENDUNGSBEREICH

2.2.1 Allgemeine Bemerkungen

Zunächst ist an den Grundsatz zu erinnern, wonach abschließende Regelungen der Richtlinien vorrangig anzuwenden sind.⁴⁵ Dennoch beschränkt sich die rechtliche Bedeutung des Primärrechts nicht auf Vergaben außerhalb der Richtlinien. Im Vergabewesen erfüllt das Primärrecht vielmehr folgende Funktionen:

1. Rechtsgrundlage für das abgeleitete Gemeinschaftsrecht, insbesondere die Vergaberichtlinien;⁴⁶
2. Maßstab für die Auslegung
 - des Sekundärrechts,⁴⁷ insbesondere von Bestimmungen der Richtlinien, die an das Primärrecht anknüpfen⁴⁸, und
 - des nationalen Rechts;
3. ergänzende Anwendung⁴⁹
 - auf Vergaben, die nicht unter die Richtlinien fallen, oder
 - auf Vergaben, die zwar unter die Richtlinien fallen, wobei die Richtlinien diesbezüglich jedoch keine abschließende⁵⁰ Regelung vorsehen⁵¹ (zB Anforderungen in der Leistungsbeschreibung sowie Nachweise der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit⁵²).

Hierher gehört auch die in letzter Zeit heftig diskutierte Frage, ob auf nicht-prioritäre Dienstleistungen neben den Richtlinien auch Primärrecht anzuwenden ist und welchen Inhalt diese Vorschriften haben.⁵³

45 In der Rs 45/87, Slg 4929ff, ging es um das Vorgehen einer von der RL 71/305/EWG nicht erfassten Einrichtung, weshalb die Vereinbarkeit mit Art 30 EWG-V zu prüfen war.

In der Rs C-360/89, Slg 1992, I-3401ff, prüfte der EuGH nicht dieselbe mitgliedstaatliche Maßnahme an beiden Regimen, sondern jeweils verschiedene nationale Vorschriften.

In der Rs C-71/92, Slg 1995, I-5923, I-5992 (Rz 54), prüfte der EuGH einen Punkt wegen bereits festgestellten Verstoßes gegen die RL 71/305/EWG nicht mehr im Lichte des Art 30 EWG-V.

In der Rs C-359/93, Slg 1995, I-157, I-176 (Rz 27), untersuchte er im Lichte des Primärrechts und des abgeleiteten Rechts jeweils verschiedene Aspekte einer Regelung.

In den Verfahren der Rs C-3/88, Slg 1989, 4035ff, Rs C-360/89, Slg 1992, I-3401ff, und Rs C-272/91, Slg 1994, I-1409ff, ging er jeweils verschiedenen mitgliedstaatlichen Regelungen nach.

46 Zu den Rechtsgrundlagen der Richtlinien s Hailbronner/Weber 73f.

47 In der Rs C-360/96, Slg 1998, I-6821, I-6864 (Rz 41), weist der EuGH auf die gleiche Zielrichtung von DKR und Dienstleistungsfreiheit hin, I-6868 (Rz 62).

Rs C-21/88, Slg 1990, I-889, I-921 (Rz 17).

Prieß, Handbuch, 24; Götz, Beschaffungsmärkte, 42, mit Bezug zur Rsp.

48 Art 32 KRL und Art 14 SRL.

49 S die parallelen Verfahren: Rs C-158/03, ABI 2005 C 330/1; Rs C-234/03, Slg 2005, I-9315ff, in denen der EuGH die Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit prüfte.

50 S dazu die Rsp zur vollständigen Harmonisierung: Rs C-246/91, Slg 1993, I-2289ff; Rs C-52/92, Slg 1993, I-2961ff. Teilweise (dh nicht abschließende) Harmonisierung: Rs 215/87, Slg 1989, 617ff; Rs C-238/89, Slg 1990, I-4827ff; Rs C-241/89, Slg 1990, I-4714ff. Das gilt selbst im Fall einer erst in Zukunft zu erwartenden Regelung aller Teilbereiche einer Materie: Rs 27/80, Slg 1980, 3839ff; Rs 272/80, Slg 1981, 3277ff.

Zur Problematik im allgemeinen s: Müller-Graff, Rz 15 und 310 zu Art 28; Oliver, Goods, Rz 12.108 und 12.112.

51 Für eine parallele Anwendung Hailbronner, Neugestaltung, 24.

52 Verb Rs 27 bis 29/86, Slg 1987, 3347ff.

53 ZB die anhängige Rs C-507/03, Kommission/Irland, die Mitteilung der Kommission und die ablehnende Position mancher Mitgliedstaaten (s dazu die Ausführungen v Fruhmann, Vergaberegime, 261ff).

Dass neben den Richtlinien auch Vorschriften des Primärrechts heranzuziehen sind, wird mitunter als „Doppelregime“⁵⁴ bezeichnet. Dabei handelt es sich um kein vergaberechtspezifisches Problem, sondern nur um ein allgemeines Phänomen des Gemeinschaftsrechts, nämlich die Ausfüllung von Sekundärrecht, insoweit dieses nicht abschließend harmonisiert ist. Das ist vom EuGH⁵⁵ ausdrücklich bestätigt worden, ua in einem Verfahren (Contse⁵⁶) betreffend nichtprioritäre Dienstleistungen.

Neben den Richtlinien anwendbar bleibt etwa das Beihilfenrecht. Diese auch in der Praxis der Kommission anzutreffende Vorgangsweise lässt sich mit den Rechtsgrundlagen wie dem Regelungsinhalt der Vergaberichtlinien begründen, welche letztere eine andere Zielsetzung haben.⁵⁷

Die praktische Bedeutung von Vergaben, die nicht von den Richtlinien erfasst werden, darf gerade aus der Sicht der Gemeinden nicht unterschätzt werden. So betrifft ein Großteil der Beschaffungen den Unterschwellenbereich. Dazu kommen die in Österreich vermehrt eingesetzten Dienstleistungskonzessionen⁵⁸ und Vergaben, die nicht mittels Vertrag oder mündlich erfolgen.

Am Primärrecht zu messen sind schließlich solche Verhaltensweisen der Auftraggeber und Unternehmen, die vor Einleitung oder nach Abschluss eines Vergabeverfahrens gesetzt werden.⁵⁹

Die allgemeinen Rechtsgrundsätze, das Diskriminierungsverbot und die Grundfreiheiten gelten zum einen für generelle Maßnahmen,⁶⁰ einschließlich der Verwaltungspraxis⁶¹ und solcher Rechtstexte, die nicht angewendet werden.⁶² Zum anderen haben dem Gemeinschaftsrecht selbst konkrete Vergabeakte zu entsprechen.⁶³

2.2.2 Voraussetzung für die Grundfreiheiten: Binnenmarktrelevanz

Nach der Rsp des EuGH⁶⁴ und der Mitteilung der Kommission gibt es Vergaben, die aufgrund ihrer geringen wirtschaftlichen Bedeutung für Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten nicht von

54 Fruhmann, Vergaberegime, 262.

55 Rs C-359/93, Slg 1995, I-157ff, und Rs C-21/88, Slg 1990, I-889, betreffend die Warenverkehrsfreiheit.

56 Rs C-234/03, Slg 2005, I-9315, I-9332 (Rz 49).

57 Vgl Triantafyllou, Les règles, 69 und 75.

Vgl die Rs C-94/99, Slg 2000, I-11037ff, betreffend das Verhältnis zwischen Beihilfenverbot und Richtlinien, das der EuGH allerdings nicht grundsätzlich klärt.

Zur Praxis der Kommission, sogar einen gemäß den Vergaberichtlinien bekanntgemachten Auftrag, und zwar eine öffentlich-private Partnerschaft, im Lichte des Beihilfenrechts zu prüfen, s d E d Kommission v 2.10.2002, ABI C 309, betreffend die Londoner U-Bahn. Freilich könnte man mit Arrowsmith, Law, 224ff, davon ausgehen, dass im Fall der Anwendung von Vergabeverfahren der Richtlinien die Vermutung gelten sollte, dass keine Beihilfe vorliegt (s dazu auch die Ausführungen zur Privatisierung und die Altmark Trans-Kriterien).

58 In FN 3 der Mitteilung werden Dienstleistungskonzessionen zwar von der Mitteilung ausgenommen, in Punkt 1.2. hingegen wieder angeführt.

59 Auf Absprachen im Vorfeld weist Noch, Aspekte, 1061, hin.

60 Rs C-264/03, Slg 2005, I-8831ff, betreffend die Dienstleistungsfreiheit.

61 Rs C-243/89, Slg 1993, I-3353ff. Zu Art 28: Mattera, Le marché, 240; Müller-Graff, Rz 291 zu Art 28; Wainwright/Melgar 534.

62 S die diesbezüglichen Bemerkungen von Ricatte, Marchés Publics, 4, zum Verfahren betreffend eine der einstweiligen Anordnungen in der Rs 45/87 R, Slg 1987, 1369ff.

63 Rs 45/87, Slg 1988, 4929ff; Rs C-3/88, Slg 1989, 4035ff; Rs C-243/89, Slg 1993, I-3353ff; Rs C-359/93, Slg 1995, I-157ff; Rs C-328/96, Slg 1999, I-7479ff, betreffend St Pölten; Rs C-225/98, Slg 2000, I-7445ff.

S auch die Vorabentscheidungsverfahren: Rs C-231/03, Slg 2005, I-7287ff, sowie Rs C-458/03, Slg 2005, I-8585ff.

S dazu allgemein Müller-Graff, Rz 291 zu Art 28.

64 Rs C-231/03, Coname, Slg 2005, I-7287, I-7316ff (Rz 17 und 20f); Rs C-458/03, Slg 2005, I-8585, I-8632 (Rz 54f); vgl Rs C-108/98, Slg 1999, I-5219ff.

Interesse sind und dass die Auswirkungen auf die Grundfreiheiten daher zu zufällig und zu unmittelbar wären, als dass auf deren Verletzung geschlossen werden könnte. Anders gesagt: Die Grundfreiheiten gelten nur für binnenmarktrelevante Beschaffungen. Dabei kommt es nicht darauf an, dass sich tatsächlich Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten für die konkrete Vergabe interessiert haben. Damit senkt der EuGH zugleich die Anforderungen an das grenzüberschreitende Element, welches eine Voraussetzung für die Anwendung der Grundfreiheiten bildet.⁶⁵ So waren in einer Reihe von Verfahren allein inländische Unternehmen am Rechtsstreit beteiligt.⁶⁶

Die Voraussetzung der Binnenmarktrelevanz, welche vom EuGH⁶⁷ im Übrigen nicht erst für das Vergabewesen entwickelt wurde, legt dem Auftraggeber eine Einzelfallbeurteilung auf. Die damit verbundenen praktischen Schwierigkeiten ließen sich rechtstechnisch mit einer generellen Regelung vermeiden. Dazu könnten bestimmte De-Minimis-Grenzen eingezogen werden, dh eigene Schwellenwerte⁶⁸. Dabei würde man allerdings Gefahr laufen, die Rsp des EuGH dahin misszuverstehen, dass Maßnahmen, die ein Auftraggeber nur in einem einzelnen – womöglich wertmäßig geringen – Lieferauftrag ergreift, nicht von den Grundfreiheiten erfasst würden.

Das Argument, wonach den Schwellenwerten und der Sonderregelung für nicht-prioritäre Dienstleistung eine Indizwirkung für die Anwendung der Grundfreiheiten zukommt, ist zwar nahe liegend, begegnet aber auch Bedenken. Erstens hat der EuGH das in seiner Rsp zum Primärrecht⁶⁹ bislang nicht als Indiz oder gar als Kriterium anerkannt. Zweitens schließt das nicht aus, dass auch ausgenommene Vergaben binnenmarktrelevant sind.⁷⁰

Einen Ansatzpunkt zur Beurteilung der Geringfügigkeit und damit der nicht ausreichenden Wirkungen auf die Grundfreiheit(en) könnten auf den ersten Blick die in den Richtlinien festgelegten Schwellenwerte bzw. Prozentsätze davon bilden.⁷¹ Eine solche Vorgangsweise, die auch von der Kommission geplant war, stößt freilich auf massive juristische Bedenken. Da es sich dabei um die Festlegung des Geltungsbereiches von Primärrecht handelt, bedarf eine solche Einschränkung einer gemeinschaftsrechtlichen Absicherung. Eine Mitteilung der Kommission oder eine Regelung im österr Recht reicht dazu nicht aus. Im Übrigen ist den Grundfreiheiten eine De-minimis-Ausnahme⁷² fremd.

Eine generelle Regelung begegnet aber auch inhaltlichen Bedenken. So erlaubt eine solche Vorschrift wegen der ihr innewohnenden Starrheit nicht die Berücksichtigung aller zur Beurteilung der Binnenmarktrelevanz maßgeblichen Umstände. Als solche hat die Kommission folgende Faktoren ermittelt:

65 Krit dazu Braun/Hauswaldt 177.

66 S zB Rs C-324/98, Slg 2000, I-10745ff; Rs C-231/03, Slg 2005, I-7287ff; s hingegen noch Rs C-108/98, Slg 1999, I-5219ff. S VG Münster, B v 9.3.2007, 1 L64/07.

67 Rs C-69/88, Slg 1990, I-583ff; Rs C-134/03, Slg 2005, I-1167ff.

68 Frenz, Grundsätze, 350, spricht von Bagatellgrenze; Gabriel 1263f.

69 Rs C-231/03, Slg 2005, I-7287ff, Rs C-264/03, Slg 2005, I-8831ff; Rs C-234/03, Slg 2005, I-9315ff.

70 Das räumt selbst ein Vertreter dieser Auffassung ein (Lutz 896).

71 Jennert, Parking Brixen, 625.

Für Burgi, Dienstleistungskonzessionen, 615, bilden die Schwellenwerte der Richtlinien einen Ausgangspunkt für die Frage, ob EU-weit auszuschreiben ist.

72 Daran erinnert Oliver, Reflections, 790f.

- Auftragsgegenstand (zB Bauleistungen, transportkostenintensive Lieferungen, mobile Dienstleister, ...),
- Auftragswert⁷³,
- Sektorgegebenheiten (zB Situation auf dem betreffenden Markt) und
- Ort der Leistungserbringung (Grenznähe?).

Daraus ergibt sich ein „Je-desto-Schema“: je größer der Wert oder je näher zur Grenze eines EWR-Staates, desto höher die Anforderungen an die Transparenz“.⁷⁴

Nicht ausdrücklich vorgesehen ist in der Mitteilung der Kommission eine Abwägung mit dem Aufwand und der Dauer, die ein förmliches Vergabeverfahren verursacht.⁷⁵ ME könnten diese Umstände berücksichtigt werden. Zu begründen wäre das mit Berufung auf die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit⁷⁶ und der Subsidiarität⁷⁷.

2.2.3 Die erfassten Einrichtungen: der Staatsbegriff

Den staatsgerichteten Vorschriften des Primärrechts unterliegen nicht nur der Staat ieS, im Wesentlichen also die Gebietskörperschaften, sondern auch die ihnen zuzurechnenden Einrichtungen. Der Rsp des EuGH – weniger der vergabespezifischen⁷⁸ als der sonstigen Rsp – lassen sich Kriterien für diese Zurechnung entnehmen. Diese bilden genau genommen ein bewegliches System.⁷⁹ Entscheidend ist der Grad des Einflusses des Staates ieS auf die Einrichtung, wobei es nicht allein auf die Rechtslage, sondern auch auf die tatsächliche Einflussnahme ankommt.⁸⁰ Folgende Faktoren sind zu berücksichtigen:⁸¹

1. Organisatorischer Faktor

- Errichtung⁸² durch einen staatlichen Akt⁸³,
- Ernennung der leitenden Beschäftigten oder Organe⁸⁴,
- Kontrolle über die Einrichtung mittels Mehrheit des Kapitals⁸⁵ oder der Stimmrechte;

73 In der Rs C-195/04, Kommission/Finnland, geht es um ca € 170 000,- (Lieferung einer Kücheneinrichtung); zum Unterschwellenbereich im Bausektor s das Verfahren in der Rs C-59/00, Slg 2001, I-9505ff, und in der Rs C-264/03, Slg 2005, I-8831ff.

74 Frenz, Grundsätze, 348 und 350; Frenz, Unterschwellenvergaben, 3 f; Fruhmann, Vergaberegime, 266.

75 Lutz 893.

76 Brown, Transparency, 18f.

77 Schlussanträge v GAin Sharpston v 18.1.2007 in der Rs C-195/04, Kommission/Finnland, Nr 88.

78 Rs C-3/88, Slg 1989, 4035ff; Rs C-71/92, Slg 1993, I-5923ff.

In der Rs 45/87, Slg 1988, 4929ff, ging es um die Vergabe durch einen irischen Urban District Council.

Rs C-59/00, Slg 2001, I-9505ff, betreffend eine Wohnbaugesellschaft.

79 Rs 31/87, Slg 1988, 4635, 4655 (Rz 12).

80 So der EuGH im Beihilfenfall, Verb Rs 67, 68 & 70/85, Slg 1988, 219, 272 (Rz 37).

81 S dazu und zum Folgenden die in Art 2 der Transparenzrichtlinie 80/723, ABI L 195, idF der RL 2005/81/EG, ABI L 312, enthaltene Vermutungsregel für das Vorliegen eines beherrschenden Einflusses der öffentlichen Hand.

82 Rs 222/82, Slg 1983, 4083, 4124 (Rz 34); Rs 78/76, Slg 1977, 595, 612 (Rz 21).

83 Zur Errichtung durch Gesetz s Rs C-325/00, Slg 2002, I-9977ff.

84 Rs C-305/89, Slg 1991, I-1603, 1639 (Rz 14); Rs 249/81, Slg 1982, 4005, 4020 (Rz 15); Rs 31/87, Slg 1988, 4635, 4655 (Rz 12).

85 Rs C-305/89, Slg 1991, I-1603, 1639 (Rz 14); Verb Rs 67, 68 & 70/85, Slg 1988, 219, 272 (Rz 37).

2. Funktionaler Faktor

- die Bestimmung der Ziele der Einrichtung zumindest in großen Zügen⁸⁶,
- die Bindung an Leitlinien staatlicher Stellen⁸⁷;

3. Finanzieller Faktor

- zumindest teilweise Finanzierung der Einrichtung (nicht des betreffenden öffentlichen Auftrags⁸⁸) unabhängig von der Form (zB mittels einer für den Auftraggeber eingehobenen Abgabe).

Ein Vergleich mit dem Auftraggeberbegriff der Richtlinien zeigt teils Ähnlichkeiten, teils Unterschiede. Wie nach Sekundärrecht spielt die Rechtsform keine Rolle. Demgemäß werden auch privatrechtliche⁸⁹ Einrichtungen, zB ausgegliederte Rechtsträger⁹⁰, erfasst. Der Staatsbegriff des Primärrechts geht insofern über den Auftraggeberbegriff der Richtlinien hinaus, als sogar kommerziell-tätige Einrichtungen einbezogen werden.⁹¹

Unter diesen Voraussetzungen unterliegen die den Städten und Gemeinden zuzurechnenden Einrichtungen dem Primärrecht.

2.3 DIE AUSNAHMEN UND RECHTFERTIGUNGSGRÜNDE

Das Primärrecht gilt nicht für alle Vergaben. Unter bestimmten Voraussetzungen greifen nämlich nicht einmal die primärrechtlichen Vorschriften. Diesbezüglich seien genannt:

1. allgemeine Ausnahmen vom Gemeinschaftsrecht überhaupt,
2. spezielle Ausnahmen von den Grundfreiheiten,
3. spezielle Rechtfertigungsgründe in Bezug auf die Grundfreiheiten,
4. spezielle Rechtfertigungsmöglichkeiten im Beihilfenrecht,
5. die Sondervorschriften aus Anlass der Erweiterungen in der jeweiligen Beitrittsakte⁹².

2.3.1 Allgemeine Ausnahmen vom Gemeinschaftsrecht

Was die sog allgemeinen Ausnahmen betrifft, wird in diesem Zusammenhang nur auf die für Gemeinden praktischen Regelungen eingegangen, und daher etwa nicht auf die Ausnahme für Verteidigungsgüter nach Art 296 Abs 1 EG-V.

⁸⁶ Rs 249/81, Slg 1982, 4005, 4020 (Rz 15).

⁸⁷ Zu Richtlinien eines interministeriellen Ausschusses s die Rs C-305/89, Slg 1991, I-1603, I-1639 (Rz 14), betreffend staatliche Beihilfen. Zur Bindung an Richtlinien einer Anstalt des öffentlichen Rechts s Rs C-325/00, Slg 2002, I-9977ff.

⁸⁸ Zur Finanzierung durch Pflichtbeiträge s Rs C-325/00, Slg 2002, I-9977ff.

⁸⁹ Rs 249/81, Slg 1982, 4005ff; Rs 78/76, Slg 1977, 595, 612 (Rz 21).

⁹⁰ Zur diesbezüglichen vergaberechtlichen Rsp s die Rs C-243/89, Slg 1993, I-3353ff, betreffend mehrere Grundfreiheiten, die Rs C-328/96, St Pölten, Slg 1999, I-7479ff, betreffend die Warenverkehrsfreiheit, und die Rs C-324/98, Slg 2000, I-10745ff, betreffend die Vergabe durch eine 100%-AG des Bundes (Republik Österreich).

⁹¹ Zur Anwendung der Grundfreiheiten auf Sektorenauftraggeber s Arrowsmith, Law, 234.

S hingegen Marchegiani, Nozione, 1265f und 1290ff, der den Kreis der Verpflichteten eng definiert.

⁹² Beitrittsakte 2003; Anhänge VI und VII in der Beitrittsakte betreffend Bulgarien und Rumänien.

Eine in letzter Zeit verstärkt diskutierte Ausnahme findet sich in Art 86 Abs 2 EG-V. Diese Vorschrift gilt für Finanzmonopole oder Einrichtungen, die mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, zB Abfallentsorgung⁹³, Strom⁹⁴ und Wasserversorgung⁹⁵, Flughäfen, Flugverkehr⁹⁶, Forschung⁹⁷, Rettungsdienste⁹⁸ und Arbeitsmarktverwaltung⁹⁹.

Diese Bestimmung greift nur dann, wenn die Einhaltung des Gemeinschaftsrechts die Wahrnehmung der den Auftraggebern übertragenen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich gefährdet¹⁰⁰ oder sie sonst nicht wirtschaftlich tragbar oder technisch möglich wäre¹⁰¹. Das wird mE nur in wenigen Fällen zutreffen, so wenn etwa zur Aufrechterhaltung der Wasser- oder Energieversorgung die Beschaffung so schnell zu erfolgen hat, dass kein förmliches Vergabeverfahren durchgeführt werden kann.¹⁰²

Da die Ausnahme voraussetzt, dass die Betrauung mit der besonderen Aufgabe der Vergabe, dh der Übertragung einer weiteren Aufgabe, vorausgeht, wird sie eher nur für Auftraggeber oder Konzessionsgeber in Betracht kommen, weil diesen eine öffentliche Aufgabe übertragen worden ist, und weniger für Auftragnehmer oder Konzessionäre.¹⁰³

Darüber hinaus darf die Maßnahme, zB ein Vergabegesetz oder die Maßnahme des einzelnen Auftraggebers, nicht die Entwicklung des Handelsverkehrs in einem Ausmaß beeinträchtigen, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft. Dieses bestimmt sich im Beschaffungswesen insbesondere nach den Vergaberichtlinien¹⁰⁴ sowie der im betroffenen Beschaffungssektor, zB Verkehr, Post oder Energie, verfolgten Politik der EG. Damit dürfte die Abwägung¹⁰⁵ gegen das Interesse des betreffenden Mitgliedstaates, etwa an einer raschen oder sicheren Vergabe, wohl idR zum Nachteil des betreffenden Auftraggebers ausfallen.

Angesichts der strengen Voraussetzungen von Art 86 Abs 2 EG-V dürfte die praktische Bedeutung dieser Vorschrift für das Beschaffungswesen weiterhin gering bleiben. Daran ändert auch die des Öfteren ins Spiel gebrachte Vorschrift von Art 16 EG-V¹⁰⁶ nichts, va weil diese Regelung unbeschadet von Art 86 gilt.

Entgegen einem mitunter auftretenden Missverständnis zählt Art 86 Abs 1 EG-V nicht zu den Ausnahmebestimmungen. Vielmehr sollen die Mitgliedstaaten auch in Bezug auf eine bestimmte

93 Rs C-209/98, Slg 2000, I-3743ff.

94 Rs C-393/92, Slg 1994, I-1477ff; E d Kommission, ABI L 28/32.

95 E d Kommission v 17.12.1981, ABI 1982 L 167/39.

96 Rs 66/86, Slg 1989, 803, 852f, über eine im allgemeinen Interesse liegende Flugverbindung.

97 Rs 258/78, Slg 1982, 2015, 2056f (Rz 9).

98 Rs C-475/99, Slg 2001, I-8089ff.

99 Rs C-41/90, Slg 1991, I-1979, I-2016 (Rz 22).

100 Rs C-67/96, Slg 1999, I-5751ff.

Die bloße Erschwerung der Erfüllung reicht hingegen nicht (Rs 155/73, Slg 1974, 409ff; Rs C-41/90, Slg 1991, I-1979ff; vgl E d Kommission v 17.12.1981, ABI 1982 L 167/39).

101 Rs C-320/91, Slg 1993, I-2533ff; Rs C-157/94, Slg 1997, I-5699ff; Rs C-67/96, Slg 1999, I-5751ff; Rs C-475/99, Slg 2001, I-8089ff.

102 Skeptisch zur Anwendbarkeit hingegen Giorello 49f.

103 Auf die Betrauung selbst, also die Auftragsvergabe oder Konzessionserteilung, kann jedoch Art 86 Abs 1 iVm Art 82 EG-V Anwendung finden.

104 Zum sekundären Gemeinschaftsrecht schlechthin s Hochbaum/Klotz, Rz 81 zu Art 86.

105 Bach 48; Pernice/Wernicke, Rz 62 zu Art 86.

106 Diese Vorschrift verpflichtet im Wesentlichen die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten, dafür Sorge zu tragen, dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können.

Kategorie von Unternehmen, nämlich öffentliche und solche, die über besondere oder ausschließliche Rechte verfügen, das Primärrecht beachten.¹⁰⁷ Das betrifft die Gemeinden zB im Verhältnis zu Unternehmen, die über ein Monopol oder über einen Gebietsschutz verfügen. In Verbindung mit Art 82 EG-V verbietet Art 86 Abs 1 die Einräumung einer beherrschenden Stellung, die zum Missbrauch derselben führt.¹⁰⁸

2.3.2 Spezielle Ausnahmen von den Grundfreiheiten

2.3.2.1 Öffentliche Ordnung und Sicherheit

Die in allen Grundfreiheiten normierte¹⁰⁹ Ausnahme betreffend die öffentliche Ordnung und Sicherheit erlaubt sogar nicht-unterschiedslose Zuschlagsfaktoren, wie etwa Ausführungsfristen oder Anforderungen an die Wartung, die inländische Unternehmen durch deren geographische Nähe zum Ausführungsort begünstigen.¹¹⁰ Daneben können über diese Bestimmung zB Produktspezifikationen, inländische Sicherheitstests für die zu liefernde Ware oder Vertragsbedingungen gerechtfertigt werden, die inländische Erzeugnisse bevorzugen.¹¹¹

2.3.2.2 Schutz der Gesundheit

Vergabemaßnahmen können ferner aus Gründen des Schutzes der Gesundheit¹¹² gerechtfertigt werden, wobei es keiner ernsten Gefährdung bedarf.¹¹³ Diese Ausnahme findet nicht nur auf Lieferungen (zB medizinischer Produkte¹¹⁴) Anwendung, sondern auch auf Bau- und Dienstleistungsaufträge.

Diese Regelung kann ua folgende praktische Bedeutung haben:

- Leistungsbeschreibungen (zB ein bestimmter sanitärer Standard),¹¹⁵
- Eignungskriterien und -nachweise (zB bestimmte Gesundheitszeugnisse),
- kurze Verfahrensfristen (zB bei Dringlichkeit aus medizinischen Gründen).

107 Rs C-458/03, Slg 2005, I-8585, I-8631(Rz 51).

108 Antwort d Kommission auf die schriftl Anfrage E-3776/02, ABI C 268E/46.

109 Bei der Warenverkehrsfreiheit bedarf es keiner realen, konkreten und schwerwiegenden Gefährdung.

110 Kriterien wie Ortsnähe oder Ortsansässigkeit wären hingegen unzulässig (Müller-Wrede, Präsenz, 33; vgl die parallelen Verfahren Rs C-158/03, ABI 2005 C 330/1, und Rs C-234/03, Slg 2005, I-9315ff).

111 Zu weitgehend allerdings *Arrowsmith, Treaty Rules*, 261, derzufolge das Urteil im Fall *Campus Oil*, Rs 72/83, Slg 1984, 2727ff, die Bevorzugung eines inländischen Bieters erlaubt, der für den Staat lebenswichtige Erzeugnisse herstellt oder Leistungen erbringt. ME ist dieses Urteil nicht verallgemeinerungsfähig, weil es die einzige Raffinerie eines mittelgroßen, insularen Mitgliedstaates betraf und für den EuGH, Slg 1984, 2751 (Rz 24), die Bedeutung von Erdöl entscheidend gewesen sein dürfte.

112 Für den Warenverkehr Art 30 EG-V, für die Niederlassungsfreiheit Art 46 Abs 1, für die Dienstleistungsfreiheit (s dazu den 6. Erwägungsgrund der RL 2004/18/EG) Art 56 iVm Art 46 Abs 1 EG-V (vgl GA Mischo in der Rs C-3/88, Slg 1989, 4035, 4051, betreffend ein Vergabeverfahren).

113 Rs 227/82, Slg 1983, 3883ff; vgl Rs 53/80, Slg 1981, 409ff, betreffend die bloße Unsicherheit, ob eine Gesundheitsgefahr bestehe.

114 Zu solchen s Rs C-324/93, Slg 1995, I-563ff.

115 Vgl Rs 188/84, Slg 1986, 419ff; Rs C-6/05, Urteil v 14.6.2007.

2.3.2.3 Ausübung der öffentlichen Gewalt

Zwar hat der EuGH¹¹⁶ die Anwendbarkeit der Ausnahme betreffend die Ausübung der öffentlichen Gewalt¹¹⁷ auch im Beschaffungswesen anerkannt, doch ist sie wie auch die anderen Ausnahmen und Rechtfertigungsgründe gemeinschaftsautonom und eng auszulegen. So erfasst die Ausnahme nur die „unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt“¹¹⁸ und ist auf das beschränkt, was zur Wahrung der Interessen, die diese Bestimmungen den Mitgliedstaaten zu schützen erlauben, unbedingt erforderlich ist.¹¹⁹

Daher genießen etwa Fälle der Beleihung nicht schon per se einen Sonderstatus.¹²⁰ Die andere Sichtweise des Gemeinschaftsrechts macht es jedoch möglich, dass auch Tätigkeiten in Formen des Privatrechts und die schlichte Hoheitsverwaltung unter die Ausnahme fallen könnten.¹²¹ Gleiches gilt für Vergaben, mit denen entsprechende öffentliche Aufgaben an Private übertragen werden, etwa in Form der Beleihung oder der Inpflichtnahme.¹²² Dass Inpflichtgenommene selbst keine Hoheitsakte setzen, ist dabei kein Hindernis für die Anwendung der Ausnahme. Da die Ausnahme „Ausübung öffentlicher Gewalt“ am Inhalt der übertragenen Aufgabe anknüpft,¹²³ kommt es nicht darauf an, ob es sich um eine Delegation oder ein Mandat handelt.¹²⁴

Keine Voraussetzung bildet der Umstand, dass die Durchführung des Auftrages selbst in der Ausübung öffentlicher Gewalt besteht,¹²⁵ wofür die Ermächtigung zu hoheitlichem Handeln¹²⁶ ein Indiz darstellt, zB die Wahrnehmung von polizeilichen Aufgaben, wegen der damit verbundenen Zwangsbefugnisse, wie etwa Durchsuchungsrechte, die technische Überwachung oder das in die Zuständigkeit der Gemeinden fallende Standesamtswesen¹²⁷.

Erfasst werden können etwa Entsorgungstätigkeiten, soweit sie mit hoheitlichen Befugnissen verbunden sind, wie zB der Befugnis zur einseitigen verbindlichen Regelung, etwa zur Festlegung von Gebühren oder zum Erlass vollstreckbarer Anordnungen, oder mit Befugnissen im Rahmen eines Anschluss- und Benutzungszwanges.¹²⁸ Die Rsp des EuGH, wonach eine Maßnahme, mit der die Erfüllung von der Finanzverwaltung obliegenden Aufgaben vorbereitet oder erleichtert

116 Rs C-3/88, Slg 1989, 4035ff; Rs C-272/91, Slg 1994, I-1409ff; Rs C-264/03, Slg 2005, I-8831ff, betreffend die grundsätzliche Anerkennung dieses Rechtfertigungsgrundes hinsichtlich einer Regelung für die Vergabe bestimmter Dienstleistungen; aA Stolz 46.

117 Art 45 EG für die Niederlassungsfreiheit und Art 45 iVm Art 55 EG für die Dienstleistungsfreiheit.

118 Rs 2/74, Reyners, Slg. 1974, 631, Rz 45; Rs C-42/92, Thijssen, Slg. 1993, I-4047, Rz 8; Rs C-283/99, Kommission/Italien, Slg. 2001, I-4363, Rz 20.

119 Rs 147/86, Kommission/Griechenland, Slg. 1988, 1637, Rz 7; Rs C 114/97, Kommission/Spanien, Slg. 1998, I 6717, Rz 34; Rs C-451/03, Urteil v 30.3.2006, Rz 45.

120 Vgl Bergmann 248.

121 Im Verfahren betreffend den vorläufigen Rechtsschutz in der Rs C-272/91 R, Slg 1992, I-457, I-463f (Rz 22), sah der EuGH das maßgebliche Kriterium zur Beurteilung der Tätigkeit eines Konzessionärs für automatisiertes Lottospiel darin, ob bloß die Datenverwaltung oder auch Verantwortung übertragen worden war.

122 Vgl hingegen Rs 147/86, Slg 1988, 1637ff, in der es um eine Tätigkeit unter der Kontrolle des Staates ging.

123 S dazu Flömer/Toerius 663; Müller-Wrede/Greb, C-84/03, 184.

124 So in anderem Zusammenhang Jennert, Carbotermo, 424; Portz, VergabeR 2006, 103.

125 Das war jedoch für die Kommission in der Rs C-3/88, Slg 1989, 4041, wesentlich. In diese Richtung geht auch Dreher, Partnerships, 256f, der allerdings zum Ergebnis kommt, dass sich eine Ausschreibungspflicht grundsätzlich nur in Beleihungsfällen ergibt, die im Bereich der Eingriffsverwaltung angesiedelt sind.

126 Kersting/Siems 481.

127 Storr, Public-Public-Partnerships, 560.

128 Kersting/Siems 481.

werden soll,¹²⁹ nicht die Voraussetzungen erfüllt, lässt sich dahin deuten, dass schlicht-hoheitliche Tätigkeiten nicht erfasst sind. Das betrifft etwa das Einsammeln und Transport von Abfall oder vergleichbare Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Wasser- oder Energieversorgung. Sind solche Tätigkeiten jedoch untrennbar mit hoheitlichen Aufgaben verbunden, sollten auch sie von der Ausnahme erfasst sein.¹³⁰

Nicht ausgenommen sind etwa das Consulting im Zuge von Privatisierungen¹³¹ von öffentlichen Unternehmen und der Verkauf von Forderungen (Factoring), weil in diesen beiden Fällen die unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung der öffentlichen Gewalt fehlt. Die Ausnahme greift daher nicht, wenn der Auftrag Dienstleistungen im Rahmen der Daseinsvorsorge,¹³² etwa im Gesundheitswesen¹³³, in Unterrichtsanstalten oder von Sachverständigen¹³⁴ betrifft oder wenn die zu vergebende Dienstleistung rein technischer Natur ist¹³⁵, wie etwa die EDV-Beratung.

In Bezug auf Rettungsdienste wird die Auffassung vertreten, dass kein Dienstleistungsauftrag vorliege, weil es sich um keine nach Marktgesetzen zu beschaffende Leistung, sondern um eine staatliche Aufgabe der Gesundheitsvorsorge und Gefahrenabwehr handle.¹³⁶ Selbst wo diese öffentlich-rechtlich organisiert sein sollte, bleibt die Beurteilung nach gemeinschaftsrechtlichen Maßstäben entscheidend. Um unter die Ausnahme Ausübung öffentlicher Gewalt zu fallen, müssten die Rettungsdienste über hoheitliche Befugnisse verfügen und nicht etwa nur ärztliche Leistungen erbringen oder Transporte durchführen.¹³⁷

2.3.2.4 Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung

Die in Art 39 Abs 4 EG-V normierte Ausnahme für die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung, welche sogar eine Beschränkung auf Inländer¹³⁸ erlaubt, hat für das Vergabewesen der Gemeinden nur geringe praktische Bedeutung. Erstens betrifft sie Arbeitnehmer und nicht Bieter. Zweitens setzt sie voraus, dass die Beschaffung selbst die Beschäftigung in der – eng ausgelegten – öffentlichen Verwaltung zum Gegenstand hat,¹³⁹ wozu allerdings nicht die gerade für Gemeinden wesentliche Leistungsverwaltung gehört¹⁴⁰.

129 Rs C-451/03, Urteil v 30.3.2006, Rz 47.

130 Kersting/Siems 481.

131 Zu einem Beratervertrag für die Stadt Rom s Antwort der Kommission auf die schriftl Anfrage E-0963/97, ABl 1998 C 391/31.

132 Storr, Public-Public-Partnerships, 560.

133 Dabei ist es unerheblich, ob die Tätigkeit, etwa die Notfallrettung, nach dem Recht des betreffenden Mitgliedstaates eine hoheitliche Pflicht darstellt.

134 Das gilt vorbehaltlich der einzelstaatlichen Nuancierungen in der Ausgestaltung des Berufes.

Ohne Bezug zum Vergabewesen: Rs C-306/89, Slg 1991, I-5863ff, betreffend Sachverständige für Verkehrsunfälle; Rs C-42/92, Slg 1993, I-4047ff, und Rs C-451/03, Urteil v 30.3.2006, betreffend Wirtschaftsprüfer.

135 Rs C-3/88, Slg 1989, 4035, 4060 (Rz 13); Rs C-272/91, Slg 1994, I-1409, I-1435 (Rz 12).

Vgl Guézou n 81.

136 OLG Düsseldorf, Beschluss v 5.4.2006 - VII-Verg 7/06; vgl Kersting/Siems 480; Losch 630f; Weber 791f.

137 Ähnlich Esch 199.

138 Rs 152/73, Slg 1974, 153ff, und die stRsp.

139 Ausgenommen werden können zB Streitkräfte, Polizei, Rechtspflege, Finanzverwaltung und Diplomatie (Mitteilung der Kommission, ABl 1988 C 72/2; Wölker/Grill, Rz 161 zu Art 39).

140 ZB Unterricht (Rs 66/85, Slg 1986, 2121ff; Rs C-473/93, Slg 1996, I-3207ff; Rs C-290/94, Slg 1996, I-3285ff), Forschung (Rs C-473/93, Slg 1996, I-3207ff; Rs C-290/94, Slg 1996, I-3285ff), Kulturbetrieb (Rs C-290/94, Slg 1996, I-3285ff), Gesundheitswesen (Rs 149/79, Slg 1982, 1845ff; Rs 307/84, Slg 1986, 1725ff; Rs C-473/93, Slg 1996, I-3207ff; Rs C-290/94, Slg 1996, I-3285ff), öffentlicher Verkehr (Rs 149/79, Slg 1982, 1845ff; Rs C-473/93, Slg 1996, I-3207ff; Rs C-290/94, Slg 1996, I-3285ff) Elektrizitäts-, Wasser- und Gasversorgung (Rs C-173/94, Slg 1996, I-3265ff; Rs C-290/94, I-3285ff) sowie Post, Telekommunikation und Rundfunk (Rs C-290/94, Slg 1996, I-3285ff).

2.3.2.5 Schutz aus kulturellen Gründen

Die Ausnahme zum Schutz des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert¹⁴¹ greift nur bei warenbezogenen Vergabemaßnahmen. Folglich kann die Bevorzugung inländischer Künstler damit nicht gerechtfertigt werden.

Im Bereich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit bleibt nur die Berufung auf die Cassis-Rsp, dh auf den Schutz kultureller Werte¹⁴² oder auf kulturpolitische Gründe¹⁴³. Diese Rsp gestattet allerdings nur unterschiedslose Maßnahmen.

2.3.3 Spezielle Rechtfertigungsgründe in Bezug auf die Grundfreiheiten (zwingende Erfordernisse, Gründe des Allgemeininteresses)

Neben den allgemeinen Ausnahmen vom Gemeinschaftsrecht bestehen auch spezielle Ausnahmen von den Grundfreiheiten: ausdrücklich normierte Ausnahmen und Rechtfertigungsgründe (sog zwingende Erfordernisse bzw im Allgemeininteresse liegende Gründe oder Zwecke) der Cassis-de-Dijon-Judikatur des EuGH. Während die ausdrücklich normierten Rechtfertigungsgründe einen abschließenden Katalog bilden, ist die Liste der Rechtfertigungsgründe nach der Cassis-de-Dijon-Rsp offen und ermöglicht daher Vergabemaßnahmen aus einer Vielzahl von Gründen zu rechtfertigen.¹⁴⁴ Allerdings erlauben die ausdrücklich normierten Rechtfertigungsgründe im Unterschied zur Cassis-de-Dijon-Judikatur sogar nicht-unterschiedslose Vergabemaßnahmen.¹⁴⁵

Beschränkungen der Grundfreiheiten gelten dann als gerechtfertigt, wenn sie folgende Voraussetzungen erfüllen:

- unterschiedslose Anwendbarkeit,
- eine bestimmte Zielsetzung (Grund des Allgemeininteresses),
- Eignung zu deren Erreichen und
- Verhältnismäßigkeit der Maßnahme (Erforderlichkeit und Angemessenheit).¹⁴⁶

141 Müller-Graff, Rz 68 zu Art 30; Mattera, Le marché, 593.

142 Zu Art 28 EG-V: Verb Rs 60 & 61/84, Slg 1985, 2605ff.

143 Rs C-148/91, Slg 1993, I-487ff; Rs C-154/89, Slg 1991, I-659, I-687 (Rz 17); Rs C-23/93, Slg 1994, I-4795, I-4832 (Rz 19).

144 Zum taxativen Charakter: Rs 113/80, Slg 1981, 1625ff; Mattera, Le marché, 587; Müller-Graff, Rz 1 zu Art 30.

Die Liste der von der Rsp entwickelten zwingenden Erfordernisse ist hingegen nicht erschöpfend (Dausies, C.I., Rz 110; Defalque 236; Müller-Graff, Rz 203 zu Art 28; Sack, Regelungen, 47).

145 Zu Art 30 EG-V im Vergabewesen: Rs C-21/88, Slg 1990, I-889, I-920 (Rz 14); vgl ferner Rs 119/78, Slg 1979, 975ff; Rs 113/80, Slg 1981, 1625ff; Rs 96/85, Slg 1986, 1475ff; Defalque 232.

Die Rsp ist leider uneinheitlich (s dazu Oliver, Reflections, 805f).

Mitunter erachtet der EuGH sogar die Anforderung, in einem bestimmten Gebiet über ein Büro zu verfügen, als unterschiedslos (Rs C-158/03, ABI 2005 C 330/1, und Rs C-234/03, Slg 2005, I-9315ff).

146 Rs C-158/03, ABI 2005 C 330/1, und Rs C-234/03, Slg 2005, I-9315ff.

Aus dem Beschaffungswesen sind folgende Beispiele zu nennen: Garantie einer gewissen Qualität¹⁴⁷, technische Sicherheit¹⁴⁸, Verkehrssicherheit¹⁴⁹, Finanzierbarkeit der Aufgaben des Auftraggebers¹⁵⁰, Schutz der Umwelt¹⁵¹, Schutz der Gesundheit der Bezieher der Leistung¹⁵², Schutz der Beschäftigten¹⁵³ oder der Kunden des Auftraggebers¹⁵⁴ sowie Schutz der soziokulturellen Besonderheiten¹⁵⁵, unter denen ein Auftraggeber, etwa ein Kulturbetrieb, agiert.

In der neueren Rsp des EuGH¹⁵⁶ findet sich schließlich der Rechtfertigungsgrund „objektive Umstände“. Als Beispiel nennt der EuGH das Vorliegen der sog „Teckal-Kriterien“, dh der Voraussetzungen für die Quasi-In-House-Ausnahme. Dem Primärrecht angemessener wären freilich eigenständige Voraussetzungen und nicht die Übernahme der strengen Kriterien, die zu den Richtlinien entwickelt wurden.¹⁵⁷

2.3.4 Spezielle Rechtfertigungsmöglichkeiten im Beihilfenrecht

Von den im EG-Vertrag vorgesehenen Ausnahmen vom Beihilfenverbot sind folgende Alternativen zu nennen, die für eine Genehmigung der Kommission von praktischer Bedeutung sind:

- Förderung eines wichtigen Vorhabens von gemeinsamem europäischem Interesse,¹⁵⁸ zB eines transnationalen Infrastruktur- oder Forschungsprojektes;
- Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaates,¹⁵⁹
- Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes,¹⁶⁰ zB zugunsten von Auftragnehmern, die Kulturbauten errichten, sowie von Künstlern, die Werke der darstellenden Kunst schaffen bzw aufführen (zB einen Film¹⁶¹, eine Symphonie aus Anlass eines Jubiläums oder eine Oper für ein Festival), und von Künstlern, die Werke der bildenden Kunst (zB ein Gemälde oder ein Denkmal) herstellen.

147 Ohne Bezug zum Vergabewesen: Rs 176/84, Slg 1987, 1189ff; Rs C-353/89, Slg 1991, I-4069ff, betreffend die Programmqualität des Rundfunks; Rs C-58/98, Slg 2000, I-7919ff.

148 Ohne Bezug zum Vergabewesen: Rs 241/86, Slg 1987, 2573ff, betreffend die Maximalhöhe für Fahrzeuge im Staatsgebiet.

149 Ohne Bezug zum Vergabewesen: Rs 16/78, Slg 1978, 2293ff; Rs C-193/94, Slg 1996, I-929ff.

150 Ohne Bezug zum Vergabewesen: Rs 238/82, Slg 1984, 523ff, betreffend Krankenkassen.

Die Bestimmungen dürfen allerdings nicht so konzipiert werden, dass die bloße Kostenersparnis für die beschaffende Einrichtung den Hauptzweck der Regelung bildet.

151 Ohne Bezug zum Vergabewesen: Rs 302/86, Slg 1988, 4607ff, betreffend eine Pfandregelung; Rs C-2/90, Slg 1992, I-4431ff.

152 Rs C-158/03, ABI 2005 C 330/1, und Rs C-234/03, Slg 2005, I-9315ff, betreffend im Wesentlichen die Lieferung von Atemgeräten.

153 Ohne Bezug zum Vergabewesen: Rs 279/80, Slg 1981, 3305ff.

Dazu gehört auch der Schutz vor nachteiligen Folgen für die Psyche der Beschäftigten, die etwa durch Sekten verursacht werden (vgl Prieß/Pitschas, Vereinbarkeit, 150, und Ziekow, Zwecke 77, die sich dabei unnötigerweise auf die öffentliche Ordnung berufen).

154 Ohne Bezug zum Vergabewesen: Rs 120/78, Slg 1979, 649ff; Rs C-3/95, Slg 1996, I-6511, I-6538 (Rz 31), betreffend die Bewahrung des Kunden vor Schaden.

155 Ohne Bezug zum Vergabewesen: Rs C-275/92, Slg 1994, I-1039, I-1097 (Rz 61).

156 Rs C-231/03, Slg 2005, I-7287ff; Rs C-458/03, Slg 2005, I-8585ff; Hausmann, C-231/03, 614f.

157 In diesem Punkt ist der Ansicht, wonach im Primärrecht keine strengeren Vorgaben als nach den Richtlinien gelten sollten, zuzustimmen (Burgi, Dienstleistungskonzessionen, 614). Dieser Aspekt ist jedoch von der Frage, welche Kriterien für die Quasi-In-House-Vergaben heranzuziehen sind, zu unterscheiden.

Für eine schlichte Übertragung der Teckal-Ausnahme Brown, C-231/03, NA159.

S den Vergleich mit dem Wettbewerbsrecht bei Giorello 39f.

158 Art 87 Abs 3 Buchstabe b) 1. Alternative EG-V

159 Art 87 Abs 3 Buchstabe b) 2. Alternative EG-V.

160 Art 87 Abs 3 Buchstabe d) EG-V.

Genehmigt wurde zB ein Beihilfenregime für bestimmte Aufführungen in Frankreich, Bull 10-1999, 1.3.42.

161 Zum Filmsektor s näher Hancher/Ottervanger/Slot 3-029.

Mitunter sehen allgemeine Vergaberegeln oder konkrete Vergabemaßnahmen die bevorzugte Vergabe an Unternehmen vor, die in einer bestimmten Region ansässig sind¹⁶² oder Waren aus einer bestimmten Region¹⁶³ verwenden.¹⁶⁴ Da auf die in der Vergabepaxis anzutreffenden Präferenzregime idR die Grundfreiheiten Anwendung¹⁶⁵ finden, ist auf die rechtlich und praktisch schwierige Frage der Abgrenzung zwischen der Warenverkehrsfreiheit und dem Beihilfenverbot nicht näher einzugehen.

2.3.5 Die Sondervorschriften aus Anlass von EU-Beitritten

Die von Österreich im Zuge der Erweiterungen 2004 und 2007 gegenüber bestimmten neuen Mitgliedstaaten vorgenommenen Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit mit vorübergehender Entsendung von Arbeitskräften schlagen auch auf das Vergaberecht durch, und zwar auf Bau- und Dienstleistungen.¹⁶⁶

Die Sondervorschriften der jeweiligen Beitrittsakte erlauben in bestimmten Dienstleistungsbereichen, wie etwa Baugewerbe und Gebäudereinigung, Beschränkungen für die zeitweilige grenzüberschreitende Beschäftigung von Arbeitnehmern, ua aus Polen, Slowakei, Tschechien und Ungarn sowie Bulgarien und Rumänien. Da diese Übergangsregelung nicht für Selbständige gilt und nicht auf die Anzahl der Eigentümer oder Betreiber des Unternehmens abstellt, sind selbst solche Unternehmen begünstigt, die von mehreren Personen selbständig betrieben werden.¹⁶⁷ Ein-Personen-Unternehmen könnten in den Fällen zum Zug kommen, in denen ein Auftrag dergestalt in einzelne Gewerke oder Lose aufgeteilt wird, dass diese Teile auch von einer Person ausgeführt werden können.

162 Rs C-21/88, Slg 1990, I-889, I-922 (Rz 20f).

163 Vgl Wainwright, Reforms, 141.

In diese Richtung deuten Fernández Martín/Stehmann 226ff, die von ihnen kritisierte Rsp des EuGH, wiewohl sie, 240 mwN, in Präferenzregimen auch einen Verstoß gegen Art 87 EG-V sehen.

Rs 18/84, Slg 1985, 1339ff, betreffend Steuervorteile für im Inland gedruckte Werke; Rs 103/84, Slg 1986, 1759ff, betreffend die Unterstützung für den Kauf inländischer Fahrzeuge.

164 An die Produktionsstätte anknüpfend: Rs C-21/88, Slg 1990, I-889ff. In der Rs C-351/88, Slg 1991, I-3641ff, verwiesen GA Tesaro, I-3652, und der EuGH, I-3656f (Rz 7), auf ihre jeweiligen Ausführungen im erstgenannten Verfahren.

Vgl ferner Hailbronner/Weber 74.

165 S hingegen Fernández Martín, Public Procurement, 85. Vgl auch die ausschließliche Qualifizierung als Beihilfe durch Fernández Martín/Stehmann 241.

166 Steiff, EU-Osterweiterung, 78ff.

167 Zu dieser Konstellation Pechstein/Kubicki 168, allerdings ohne Bezug zum Vergabewesen.

2.4 DIE KONKRETEN VORGABEN FÜR DAS VERGABEWESEN

2.4.1 Grundsätzliche Bemerkungen

An den Beginn der Ausführungen seien drei allgemeine Grundsätze gestellt. Erstens scheidet eine Übertragung des Regimes der Richtlinien eins zu eins auf das Primärrecht aus.¹⁶⁸ Zweitens kann dem Primärrecht nicht in dem Sinn ein einheitliches Regime entnommen werden, dass für alle Sachverhalte dieselben Vorschriften gelten. Vielmehr kommen wie nach den Vergaberichtlinien nicht nur die oben angeführten Ausnahmen, sondern auch Abstufungen¹⁶⁹ zum Tragen. So wird in den Sektoren ein flexibleres Regime gelten als in den klassischen Vergaben.¹⁷⁰

Drittens verfügen der Vergabegesetzgeber und der einzelne Auftraggeber im Anwendungsbereich des Primärrechts jedenfalls über einen größeren Freiraum als nach den Richtlinien. Es gilt nicht nur eine andere Prüfdichte¹⁷¹, sondern die Vorgaben sind insgesamt weniger strikt und detailliert, dh allgemeiner.¹⁷² Welche konkreten Pflichten sich aus den Grundfreiheiten ergeben, gehört zu den zurzeit am kontroversesten diskutierten Fragen des Vergaberechts.¹⁷³ Unstrittig ist jedenfalls die mit der Einzelfallbezogenheit verbundene Rechtsunsicherheit auf Seiten der Auftraggeber.¹⁷⁴

2.4.2 Verfahrensmäßige Vorgaben

Wesentliche Auswirkungen hat das Primärrecht auf die Wahl der Verfahrensart und den Ablauf von Vergabeverfahren und damit auch auf die Bedingungen für die Teilnahme an Vergabeverfahren¹⁷⁵.

2.4.2.1 Pflichten nach dem Beihilfenrecht

Das Beihilfenrecht legt für die Vergabegesetzgeber wie für die einzelnen Auftraggeber über bloße Schranken hinausgehende Verpflichtungen fest,¹⁷⁶ die Auswirkungen auf den Ablauf des Ge-

168 Das widerspräche den Geltungsbereichsbestimmungen der Richtlinien, der erklärten Absicht des Gemeinschaftsgesetzgebers und liefe auf eine Umgehung des Rechtsetzungsverfahrens hinaus. Des Weiteren wird argumentiert, dass dies zur Verwirklichung des Binnenmarktes nicht erforderlich sei und angesichts des unverhältnismäßigen Aufwandes auch nicht dem Subsidiaritätsprinzip entspreche.

S die Schlussanträge v GA Stix-Hackl in der Rs C-231/03, Coname, Slg 2005, I-7304f (Nrn 82ff).

Ablehnend ebenso Burgi, Dienstleistungskonzessionen, 613, sowie Pijnacker Hordijk/Meulenbelt 127ff, und Braun 44ff, der die Auffassung der Kommission kritisiert, wonach die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz mit ihren positiven Verpflichtungen auch außerhalb der Vergaberichtlinien Anwendung finden.

169 Schlussanträge v GA Stix-Hackl in der Rs C-231/03, Coname, Slg 2005, I-7302 (Nr 71); Schlussanträge v GA Ruiz-Jarabo in der Rs C-412/04, Nrn 61f; Baldinato 1432; Fruhmann, Vergaberegime, 265f.

170 Fruhmann, Vergaberegime, 266 FN 50.

171 Braun/Hauswaldt 178.

172 Brown, C-231/03, NA157 mwN; Burgi, Dienstleistungskonzessionen, 613 und 615; Greb, C-458/03, 746.

173 Jaeckel 269f, betont in diesem Zusammenhang die Kompetenz der Mitgliedstaaten und die sich daraus ergebende Handlungsfreiheit. Für einen größeren Spielraum trotz möglicher Anwendbarkeit von Vorgaben wie nach dem Regime der Richtlinien Arrowsmith, Law, 194f.

Deutlich zustimmend Neumayr, Value, 231f; eher auf aktives Tun hinweisend Cassia 415.

S auch Stehmann, E 28, Rz 40.

174 Baldinato 1429 und 1431; Frenz, Grundsätze, 347.

175 Zur Prüfung einer vermeintlichen Diskriminierung s die Rs C-94/99, Slg 2000, I-11037ff, betreffend die Teilnahme eines subventionierten Unternehmens.

176 Diese finden sich in Art 88 EG-V und in der dazu ergangenen Durchführungsverordnung, VO (EG) Nr 659/1999, ABI L 83/1, idgF.

setzungsverfahrens wie auf konkrete Vergabeverfahren haben können. Es sind dies die Notifizierungspflicht und das Durchführungsverbot.

Die in allgemeinen Vergaberegeln oder konkreten Vergabemaßnahmen enthaltenen Elemente neuer oder geänderter Beihilfen sind der Kommission zu notifizieren.¹⁷⁷ Im Anschluss an die Notifikation führt die Kommission eine Prüfung durch. Die Kommission hat auch die Befugnis, die Aussetzung der Beihilfe oder, wenn die Beihilfe bereits gewährt wurde, die Rückforderung der Beihilfe anzuordnen.

Das Durchführungsverbot erlegt dem Vergabegesetzgeber wie den Auftraggebern eine Stillhalte- oder Wartepflicht auf, bevor sie notifizierungspflichtige Beihilfen gewähren dürfen.¹⁷⁸ Diese Unterlassungspflicht kann dazu führen, dass der Vergabegesetzgeber mit der Inkraftsetzung der Vergaberegeln oder der Auftraggeber mit der Durchführung des Vergabeverfahrens, zB der Erteilung des Zuschlags, bis zum Ablauf der Stillhaltefrist zuzuwarten hat.

2.4.2.2 Pflichten nach den Grundfreiheiten und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen

Die Grundfreiheiten verwehren es den Vergabegesetzgebern wie den einzelnen Auftraggebern zum einen, Maßnahmen zu ergreifen, die zumindest in der Mehrzahl inländische Unternehmen bevorzugen.¹⁷⁹ Dabei kommt es nicht auf eine entsprechende Absicht, sondern die Wirkung der Maßnahme an.¹⁸⁰ Zum anderen stehen sie Maßnahmen entgegen, die ausländische und inländische Unternehmer in ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit in bestimmter Weise zwar unterschiedslos, jedoch unverhältnismäßig beschränken.¹⁸¹

Im Zentrum der neueren Rsp des EuGH zur Anwendung des Primärrechts im Vergabewesen stehen die Gebote der Gleichbehandlung iS eines allgemeinen Gleichheitssatzes und der Transparenz.¹⁸² Die Verpflichtung zur Transparenz betrifft das Ob und Wie von Bekanntmachungen sowie andere, die Publizität betreffenden Aspekte eines Vergabeverfahrens.

Im Urteil *Telaustria* hat der EuGH den Grundsatz aufgestellt, dass der Auftraggeber für einen „angemessenen Grad an Öffentlichkeit“ zu sorgen hat.¹⁸³ Im Urteil *Coname* hat der EuGH klar gestellt, dass nicht notwendigerweise eine Ausschreibung vorzunehmen ist.¹⁸⁴ Das bedeutet, dass

177 Für Beihilfen zu bestimmten Zwecken, etwa an KMU, oder für Beihilfen bis zu einer bestimmten Höhe gelten Sondervorschriften, die sogar bis zur Befreiung von der Notifizierungspflicht reichen. Diese speziellen Regelungen finden auch im Beschaffungswesen Anwendung.

Fischer, *Aufträge*, 10; Lipka 166ff und 215, demzufolge das allerdings nicht praxisgerecht sei.

178 Das folgt aus Art 88 Abs 3 S 3 EG-V sowie Art 3 der VO (EG) Nr 659/1999, ABI L 83/1.

S dazu Fischer, *Aufträge*, 10; Pünder 530.

179 Aus dem Bereich des Vergabewesens: Rs 31/87, Slg 1988, 4659 (Rz 30); Cassia 433f.

Allgemein: Rs 61/77, Slg 1978, 417ff; v Bogdandy, Rz 15ff zu Art 12, betreffend das Diskriminierungsverbot.

180 So zum Diskriminierungsverbot v Bogdandy, Rz 15 zu Art 12.

181 Das dürfte nunmehr auch für die Niederlassungsfreiheit gelten (Rs C-294/00, Slg 2002, I-6515ff).

Bejahend: Stolz 55ff mwN; Tiedje/Troberg, Rz 87ff zu Art 43.

182 Rs C-324/98, Slg 2000, I-10745ff; Rs C-92/00, Slg 2002, I-5553ff; Rs C-231/03, Slg 2005, I-7287ff; vgl auch Eilmansberger, *Schranken*, 571; Marnett 88f; Wainwright, *Marchés publics*, 396.

183 Rs C-324/98, Slg 2000, I-10745, I-10794 (Rz 62); vgl Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM(2004) 327, Nr 30.

184 Rs C-231/03, Slg 2005, I-7287, I-7317f (Rz 21).

Hausmann, C-231/03, 613ff.

Nach Lipka 194ff, ist die Verfahrensart mit der größten Publizität zu wählen, die dem Auftraggeber zuzumuten ist.

Mattera, *La politique communautaire*, 48f.

So schon Arrowsmith, *Law*, 193.

in bestimmten Fällen auch die direkte Vergabe, dh die Vergabe ohne Bekanntmachung (Ausschreibung) und die direkte Kontaktierung von bestimmten Unternehmen, zulässig ist. Das muss abgesehen von den Ausnahmen und Rechtfertigungsgründen des Primärrechts auch dort erlaubt sein, wo die Voraussetzungen der entsprechenden Ausnahmemöglichkeiten der Vergaberichtlinien erfüllt sind.

Die Einzelheiten lassen EuGH und Kommission aber weiterhin offen, was insbesondere die Rechtssicherheit beeinträchtigt.¹⁸⁵ So ist nicht ganz klar, wann eine Bekanntmachung zu erfolgen hat, was den Mindestinhalt derselben bildet, welche Fristen zu respektieren sind, und welches Publikationsmedium zu wählen ist.

Eine Hilfe zur Auslegung der primärrechtlichen Vorschriften und der dazu ergangenen Rsp stellt die Mitteilung der Kommission vom Sommer 2006 dar. Dieser lassen sich folgende Faktoren dafür entnehmen, für welchen Kreis von Unternehmen die Vergabe von Interesse ist:

- Gegenstand der Beschaffung,
- Wert der Beschaffung,
- Gegebenheiten der betroffenen Branche (Wettbewerbssituation und Veröffentlichungspraxis)
- Lage des Ausführungsortes.

Diese Faktoren entsprechen im Wesentlichen denen, die zur Bestimmung der Binnenmarktrelevanz dienen.

Als weitere Maßstäbe kommen noch in Betracht:

- der Grundsatz der Möglichkeit zur Nachprüfung¹⁸⁶,
- die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Gleichbehandlung¹⁸⁷,
- die Zielsetzungen jeglichen gemeinschaftlichen Vergaberechts, wie Sicherstellung des Wettbewerbs und des Binnenmarktes,
- der „effet utile“ der primärrechtlichen Bestimmungen.¹⁸⁸

Insgesamt liegt diesem beweglichen System ein Je-desto-Prinzip¹⁸⁹ zugrunde: Je größer eine Vergabe ist, desto weiter ist sie zu veröffentlichen. So kommt als Publikationsmedium auch eine regionale oder gar nur lokale Tageszeitung, ein Aushang oder die Internetseite des Auftraggebers in Frage.¹⁹⁰ Nicht hingegen genügt – abgesehen von Ausnahmefällen – ein bloß passives Reagieren des Auftraggebers auf eine Initiative eines Unternehmens oder das Kontaktieren einer bestimmten Anzahl potenzieller Bieter.¹⁹¹ In manchen Konstellationen kann sogar eine EU-/EWR-weite Bekanntmachung erforderlich sein, doch kann das nicht generell verlangt werden.¹⁹²

185 Zu den negativen Auswirkungen auf die Rechtssicherheit s Arrowsmith, Law, 197, und Pijnacker Hordijk/Meulenbelt 127.

186 Rs C-324/98, Slg 2000, I-10745, I-10794 (Rz 62); Jaeckel 270, der auch die Kontrolldichte anspricht.

187 Vgl Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABI 2000 C 121/19f.

188 Vgl Brancaccio 781.

189 Frenz, Grundsätze, 348 und 350; Fruhmann, Vergaberegime, 266.

190 Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABI 2000 C 121/19f, FN 50.

Mattera, concessions, 282f, fordert etwa, dass die Eignungskriterien und der Gegenstand der Vergabe hinreichend genau anzugeben sind und für ausreichende Publizität zu sorgen ist.

Neumayr, Value, 226 FN 68 und 232, lässt das Internet genügen.

191 So unter Bezug auf die Mitteilung der Kommission Fruhmann, Vergaberegime, 263.

192 Dagegen etwa Pijnacker Hordijk/Meulenbelt 127.

S etwa die Anregung zu einer Veröffentlichung im Amtsblatt bei Hattig/Ruhland, Dienstleistungskonzession, 630.

Eine Diskriminierung oder zumindest Beschränkung kann jedoch auch in der Verzögerung der Ausschreibung¹⁹³ oder in den Modalitäten der vom Auftraggeber vorgeschriebenen elektronischen Vergabe liegen.¹⁹⁴

Was den Inhalt einer Veröffentlichung betrifft, gibt sich die Kommission in ihrer Mitteilung mit den wesentlichen Punkten der Vergabe zufrieden. Damit ist es zwar nicht geboten, die Muster der Richtlinien zu verwenden, doch bieten diese einen Anhaltspunkt, wiewohl diese freilich die Maximalform darstellen.

Bedenklich können schließlich Fristen für die Anforderung von Verdingungs- bzw Ausschreibungsunterlagen, für Anträge auf Teilnahme und für den Eingang von Angeboten¹⁹⁵ sein, insbesondere wenn aufgrund ihrer kurzen Dauer inländische Unternehmen bevorzugt werden.

2.4.3 Vorgaben für den Gegenstand der Leistung

Dem Primärrecht lassen sich ferner Vorgaben für den Gegenstand der Leistung entnehmen, insbesondere für die Leistungsbeschreibung und den sonstigen Vertragsinhalt.

Hinsichtlich der Vorgaben für den Leistungsgegenstand ist *va an* Klauseln in den Bekanntmachungen und in den Ausschreibungsunterlagen¹⁹⁶ zu denken.¹⁹⁷ Diese sind in erster Linie an den Grundfreiheiten¹⁹⁸, insbesondere der Dienstleistungsfreiheit¹⁹⁹ und der Warenverkehrsfreiheit²⁰⁰, zu messen. So finden auf Dienstleistungsaufträge, Wettbewerbe und Bauaufträge grundsätzlich die Vorschriften der Dienstleistungsfreiheit Anwendung, doch fallen Maßnahmen über zu verwendende Materialien, zB technische Spezifikationen in Verdingungs- bzw Ausschreibungsunterlagen, unter die Warenverkehrsfreiheit.²⁰¹ Das betrifft *va* Vergabemaßnahmen, die auf die Herkunft einer zu liefernden oder im Zuge eines Bauauftrages oder einer Dienstleistung benötigten Ware abstellen.²⁰²

193 Hailbronner/Weber 74.

194 Arrowsmith, E-Commerce, 1453.

Die Mitgliedschaft bei einer Vergabepattform hält Arrowsmith, E-Commerce, 1474f, insofern für zulässig, als sich ein solcher Fall von der vom EuGH in der Rs C-58/98, Slg 2000, I-7919ff, abgelehnten Registerpflicht unterscheidet. ME hängt die Gemeinschaftsrechtskonformität von den konkreten Voraussetzungen für die Mitgliedschaft und deren Bedeutung im Vergabeverfahren ab, wobei eventuelle Verzögerungen und Erschwernisse, insbesondere damit verbundene Kosten, zu berücksichtigen sind.

195 Zu Art 28 EG-V: s allgemein Art 2 Abs 3 Buchstabe q) der RL 70/50/EWG; Hailbronner/Weber 74.

Zu unnötigen Übersetzungen von Anboten oder beizulegenden Nachweisen s Antwort der Kommission auf die schriftl Anfrage Nr 1032/83, ABI C 359/11.

Vgl Rs C-369/89, Slg 1991, I-2980ff.

196 Rs 45/87, Slg 1988, 4929ff; Rs C-243/89, Slg 1993, I-3353ff; Rs C-359/93, Slg 1995, I-1577f; Rs C-158/03, ABI 2005 C 330/1; Rs C-234/03, Slg 2005, I-9315ff.

S dazu Arrowsmith, Treaty Rules, 268f.

197 Stolz 33ff.

198 S dazu die Rs C-225/98, Slg 2000, I-7445ff.

199 Rs C-225/98, Slg 2000, I-7445ff.

200 Dausas, C.I, Rz 89; Mattera, Le marché, 235f; Sack, Regelungen, 40f.

201 Rs 45/87, Slg 1988, 4929, 4963 (Rz 17), betreffend einen konkreten Vergabefall. Vgl allg Rs 155/73, Slg 1974, 409, 428 (Rz 7/8).

Zur Verletzung der Dienstleistungsfreiheit s Rs C-225/98, Slg 2000, I-7445ff.

Vgl Prieß, Handbuch, 14.

202 AA Stolz 12, unter Berufung auf die weite Bedeutung von Maßnahmen gleicher Wirkung.

Aufträge über finanzielle Dienstleistungen, wie etwa die Abwicklung staatlicher Bürgschaften, die Beratung bei der Unterbringung von Aktien staatlicher Unternehmen auf dem Kapitalmarkt oder die Bewertung von Forderungen, fallen dann unter die Dienstleistungsfreiheit, wenn die Tätigkeit des Finanzdienstleisters im Vordergrund steht und nicht der Vorgang des Kapitalverkehrs²⁰³.

An der Arbeitnehmerfreizügigkeit sind Anforderungen an die vom Auftragnehmer zu beschäftigenden Arbeitnehmer zu messen²⁰⁴, wie zB Sprachkenntnisse²⁰⁵ oder eine Beschäftigungs- oder Aufenthaltsbewilligung.

Für die nähere Ausgestaltung des Vertragsinhalts ergeben sich primärrechtliche Grenzen abgesehen vom Missbrauchsverbot aus den Grundfreiheiten. Das betrifft etwa Abschlagszahlungen, Sicherheitsleistungen und Bürgschaften²⁰⁶, ungünstigere Zahlungsmodalitäten, den erschwerten Zugang zu Krediten²⁰⁷ und Beihilfen²⁰⁸ für Bieter aus anderen Mitgliedstaaten sowie unverhältnismäßige Formalitäten.²⁰⁹

Die Dauer von Aufträgen oder Konzessionen ist an der Dienstleistungsfreiheit²¹⁰, am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, am Wettbewerbsrecht und am Beihilfenrecht, zu messen.²¹¹ Letzteres verpflichtet auch dazu, keine Beschaffungen zu tätigen, die wegen ihrer Art oder ihres Umfangs zur Begünstigung bestimmter Unternehmen führen.²¹²

2.4.4 Vorgaben für die Eignung

Vorgaben für die Eignung, und zwar für die Festlegung der Kriterien und der zu erbringenden Nachweise sowie für die Eignungsprüfung, sind den Grundfreiheiten und dem Missbrauchsverbot, *va* in Verbindung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit,²¹³ zu entnehmen. Auf Maßnahmen, die Merkmale von Unternehmen zum Gegenstand haben, wie die Kriterien seiner technischen oder wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit,²¹⁴ findet die Niederlassungs- oder die Dienstleistungsfreiheit Anwendung.²¹⁵

203 S dazu jüngst Rs C-452/04, *Fidium Finanz*, Urteil v 3.10.2006, die allerdings einen Drittstaat betraf, und die dort zit Rsp.

204 Rs C-243/89, Slg 1993, I-3353, I-3391 (Rz 23). Nach einer Klausel im Lastenheft war der Unternehmer gehalten, nach Möglichkeit inländisches Personal zu verwenden.

In der Rs C-179/90, Slg 1991, I-5889ff, ging es um eine Bestimmung, nach der Hafendarbeiten nur durch zwei Unternehmen durchgeführt werden durften, die sich jeweils bestimmter inländischer Arbeitnehmer zu bedienen hatten.

205 Im Verfahren in der Rs C-379/87, Slg 1989, 3967ff, hielt der EuGH das Erfordernis gälischer Sprachkenntnisse angesichts der besonderen Situation Irlands für zulässig.

206 S dazu die kein Vergabeverfahren betreffende Rs C-43/95, Slg 1996, I-4461ff, über die zivilverfahrensrechtliche Verpflichtung zum Erlag eines Betrages bei Sitz im Ausland.

Rs C-279/00, Slg 2002, I-1425ff, betreffend die Pflicht zur Stellung einer Sicherheit bei einem inländischen Kreditsinstitut.

Vgl ferner Rs 95/81, Slg 1982, 2187ff; ABI 1962 Nr 2/32, III. A. Abs 1 e); ABI 1962 Nr 2/36, III. A. Abs 1 e); Art 3 Abs 2 1. Anstrich der RL 70/32/EWG; Hailbronner/Weber 74.

207 ABI 1962 Nr 2/32, III. A. Abs 2 f); ABI 1962 Nr 2/36, III. A. Abs 2 f); Art 3 Abs 2 Buchstabe a) der RL 71/304/EWG.

208 ABI 1962 Nr 2/32, III. A. Abs 2 g); ABI 1962 Nr 2/36, III. A. Abs 2 g); Art 3 Abs 2 Buchstabe a) der RL 71/304/EWG.

209 *Mattera, Le marché*, 503ff.

210 Rs C-323/03, Urteil v 6.3.2006, betreffend eine Konzession für 20 Jahre mit Verlängerungsmöglichkeit um weitere 10 Jahre.

211 *Dullinger*, 3. Teil, 38; *Lipka* 111ff, betreffend die Bezugsdauer; *Mameli* 89; *Wainwright, Marchés Publics*, 396.

212 Zur Entscheidungspraxis d Kommission s *Lipka* 192f.

213 Mitteilung der Kommission; *Mameli* 89; *Frenz, Grundsätze*, 349.

214 Vgl Rs 186/87, Slg 1989, 195ff.

215 Vgl *Arrowsmith, Treaty Rules*, 258, die aufgrund wirtschaftlicher Überlegungen (zB Transportkosten, etablierte Wirtschaftsbeziehungen) davon ausgeht, dass inländische Unternehmen inländische Erzeugnisse bevorzugen. Das trifft in dieser Allgemeinheit nicht zu. Eine solche Wirkung ist erst anhand der Konformitätsprüfung einer konkreten Maßnahme festzustellen, wobei - zugegebenermaßen - weite Kriterien, wie Eignung und potentieller Charakter der Maßnahme, leicht zu einem solchen Ergebnis führen können (s nunmehr *Arrowsmith, Law*, 184 und 211).

Folgende Anforderungen an die Leistungsfähigkeit²¹⁶ sind besonders bedenklich:

- die Eintragung in ein inländisches Verzeichnis²¹⁷,
- ein Konto im Land des Auftraggebers²¹⁸,
- eine inländische Steuernummer²¹⁹,
- eine inländische Berufsausbildung,
- die Benachteiligung ausländischer Bieter bei der Aufnahme in Listen der zu Vergabeverfahren zugelassenen Unternehmen oder im Zuge von Präqualifikationsverfahren (die im Unterschied zu den Richtlinien generell zulässig sind) und
- der Nachweis von im Inland²²⁰ erbrachten Leistungen. Auftraggeber sind nämlich verpflichtet, Nachweise aus anderen Mitgliedstaaten anzuerkennen,²²¹ wobei uU ein Vergleich der innerstaatlich vorgeschriebenen Kenntnissen mit den erworbenen Qualifikationen vorzunehmen ist.²²² Das darf allerdings nicht auf eine Wiederholung der im Ausland durchgeführten Prüfung hinauslaufen.²²³ Besteht noch kein solches Anerkennungsverfahren, ist ein solches einzurichten, wobei es bestimmten Kriterien zu entsprechen hat, die von der Rsp²²⁴ des EuGH entwickelt wurden und die auf das Vergabewesen übertragen werden können.

Verboten sind allerdings nicht nur Diskriminierungen, sondern auch bestimmte unterschiedslose Beschränkungen. Das betrifft ua Anforderungen an die Rechtsform oder an den Sitz²²⁵ des Bieters²²⁶ sowie Beschränkungen für Bietergemeinschaften²²⁷.

Der Niederlassungsfreiheit unterliegt etwa die Beschränkung der Teilnahme an einem Vergabeverfahren auf Unternehmen, die sich im Besitz der öffentlichen Hand des betreffenden Mitgliedstaates befinden.²²⁸ Hingegen fällt die Anforderung, in einem bestimmten Gebiet über ein Büro sowie über Produktionsstätten zu verfügen, unter die Dienstleistungsfreiheit.²²⁹

216 Zu diesbezüglichen Benachteiligungen s Semler 30.

217 Rs C-225/98, Slg 2000, I-7445ff.

Wainwright, Reforms, 135f.

218 Etwas anderes dürfte im Lichte der Rs C-250/95, Slg 1997, I-2471ff, in den Fällen gelten, in denen das Unternehmen Vorteile beansprucht, für die das mitgliedstaatliche Recht ein separates Konto verlangt.

Zu finanziellen Behinderungen vgl die allgemeinen Programme, III. A. Abs 1 Buchstabe e), ABI 1962 Nr 2/32ff sowie Nr 2/36ff. S ferner Art 3 Abs 3 der RL 70/32/EWG.

219 Zu einer solchen Beschränkung s die Antwort der Kommission auf die schriftl Anfrage Nr 603/93, ABI C 297/36.

220 S dazu folgende, nicht zum Vergabewesen ergangene Urteile: Rs C-254/97, Slg 1999, I-4809ff, betreffend das Erfordernis von im Inland erbrachten Forschungen; Rs C-204/90, Slg 1992, I-249ff; Rs 15/69, Slg 1969, 363ff, betreffend das Anknüpfen an den Ort, an dem ein rechtlich relevanter Vorgang stattfindet.

221 Vgl Mitteilung der Kommission, Regionale und soziale Aspekte, ABI 1989 C 311/7, Nr 46.

Für Arrowsmith, Treaty Rules, 272, spielt die Frage der Anerkennung von Qualifizierungen in erster Linie für die Dienstleistungsfreiheit eine Rolle.

222 Rs C-340/89, Slg 1991, I-2357, I-2383 (Rz 15); Rs C-104/91, Slg 1992, I-3003, I-3027 (Rz 10); Rs C-319/92, Slg 1994, I-425, I-448 (Rz 27).

223 Rs C-19/92, Slg 1993, I-1663ff, betreffend die Fahrerlaubnis.

224 Rs C-340/89, Slg 1991, I-2357, I-2385 (Rz 22); Rs C-104/91, Slg 1992, I-3003, I-3029 (Rz 15).

225 Rs 41/84, Slg 1986, 1ff, betreffend die Arbeitnehmerfreizügigkeit; Rs C-175/88, Slg 1990, I-1779ff; Rs C-221/89, Slg 1991, 3905ff; Rs C-80/94, Slg 1995, I-2493ff, betreffend die Nichtabzugsfähigkeit von Beträgen für die Altersvorsorge für nicht im Inland ansässige Unternehmen.

Ausnahmen lässt der EuGH zu, wenn sachlichen Unterschieden Rechnung getragen wird (vgl Rs 152/73, Slg 1974, 153ff).

S dazu auch Bock, Vergaberecht, 150.

226 Rs C-93/89, Slg 1991, I-4569ff, betreffend das Erfordernis der Gründung einer Gesellschaft nach innerstaatlichem Recht zum Zwecke der Erlangung einer Lizenz.

227 Vgl ABI 1962 Nr 2/36, III. A. Abs 1 h)

228 Rs C-3/88, Slg 1989, 4035ff; Rs C-272/91, Slg 1994, I-1409ff.

229 S dazu die parallelen Verfahren: Rs C-158/03, ABI 2005 C 330/1; Rs C-234/03, Slg 2005, I-9315ff.

Was die Beschränkung der Zahl von Bewerbern, die zur Einreichung von Angeboten eingeladen werden sollen, betrifft, erlaubt die Kommission in ihrer Mitteilung sogar die Auslosung, doch begegnet eine solche Beschränkung wettbewerbsrechtlichen Bedenken.²³⁰

Bereits im Rahmen der Eignung, und zwar der Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, und nicht erst im Rahmen der Angebotsprüfung kann auch der Umstand berücksichtigt werden, dass ein Unternehmen rechtswidrige staatliche Beihilfen erhalten hat.²³¹

2.4.5 Vorgaben für die Prüfung der Angebote

Primärrechtliche Vorgaben bestehen auch für die formelle und die inhaltliche Prüfung der Angebote. Das betrifft in erster Linie die Auswahl und Anwendung der Zuschlagskriterien.²³² Gemeinschaftsrechtswidrig wären etwa folgende Vorgangsweisen:

- das Abweichen vom geplanten Verfahrensablauf und der Widerruf des Verfahrens,²³³ wenn dadurch ein inländisches Unternehmen begünstigt werden könnte;
- die – trotz Eignung – bewusste Nichtaufforderung, an einem nichtoffenen oder an einem Verhandlungsverfahren teilzunehmen;
- die Wertung eines inländischen Anbots, obwohl die formalen Voraussetzungen nicht erfüllt sind;
- die Wertung eines Angebotes, das nicht objektiven Bedingungen entspricht;
- nach Öffnung der Angebote Änderungen vorzunehmen oder zu gestatten.²³⁴

Hingegen stellt die Erteilung des Zuschlags an einen Bieter, der sich mit inländischen Erzeugnissen eindecken würde, allein deswegen noch keine Verletzung der Warenverkehrsfreiheit dar.²³⁵

Im Lichte der Dienstleistungsfreiheit zu prüfen sind Zuschlagsfaktoren, in einem bestimmten Gebiet über ein Büro sowie über Produktionsstätten zu verfügen. Diesbezüglich besteht allerdings die – wenn auch schwierig zu begründende Möglichkeit der Rechtfertigung (zu den Voraussetzungen s dort).²³⁶

230 S dazu Holoubek, *Steuerungsmöglichkeiten*, 42ff.

231 Zu dieser Problematik im Zusammenhang mit den Richtlinien s Koenig/Hentschel 292ff.

232 Zu Zulassungsvoraussetzungen und Wertungskriterien s die parallelen Verfahren in den Rs C-158/03, ABI 2005 C 330/1, und Rs C-234/03, Slg 2005, I-9315ff.

233 Dazu und zum Folgenden s Semler 29f und 99.

234 Zu solchen Verpflichtungen s die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABI 2000 C 121/19.

235 Zu einer solchen Konstellation s die Schlussanträge von GA Gulmann in der Rs C-272/91, Slg 1994, I-1409, I-1423f. Der Kommission zufolge genüge in diesem Verfahren bereits die Möglichkeit, dass der - aufgrund der Ausschreibung - inländische Konzessionär bestimmte Erzeugnisse verwenden würde und somit Waren ausländischer Erzeuger nicht zum Zuge kämen. Das werde besonders daran deutlich, dass Lieferverträge nicht mehr mit anderen Unternehmen als dem Auftragnehmer direkt abgeschlossen werden können. Gegen die von der Kommission vertretene These sprechen die Ausführungen des EuGH in der Rs 155/73, Slg 1974, 409, 428 (Rz 7/8), wonach ein Unternehmen nicht schon durch seine Monopolstellung den Grundsatz des freien Warenverkehrs verletzt. Das geschieht etwa erst durch die Diskriminierung zugunsten inländischer Erzeugnisse, dh nur durch das Tätigwerden.

236 In den parallelen Verfahren Rs C-158/03, ABI 2005 C 330/1; Rs C-234/03, Slg 2005, I-9315ff, prüfte der EuGH selbst, ob das Kriterium zur Erreichung des Zieles geeignet war und kein weniger einschneidendes Mittel bestand, wobei er einen strengen Maßstab anlegte.

Wird der Zuschlag nicht dem Billigst- oder Bestbieter erteilt, legt das eine beihilfenrechtliche Prüfung nahe.²³⁷ War das Vergabeverfahren nicht transparent und diskriminierend, indiziert das sogar eine Verletzung des Beihilfenverbotes.²³⁸

2.4.6 Vorgaben für die Phase nach dem Zuschlag

Dem Primärrecht, va dem Wettbewerbsrecht und am Gleichheitssatz²³⁹, unterliegt auch die Phase nach dem Zuschlag. Das betrifft in erster Linie eventuelle Änderungen an den Vergabebedingungen, insbesondere am Leistungsgegenstand. Gewährt der Auftraggeber dem Auftragnehmer ohne Gegenleistung einen höheren als den im Angebot aufscheinenden Preis, so ist das im Lichte des Beihilfenverbotes zu prüfen.

237 S dazu die Ausführungen zu den Grundsätzen des Beihilfenverbotes.

238 XXVI. Wettbewerbsbericht Nr 170. S auch die vierte Voraussetzung des Urteils Altmark-Trans (Rs C-280/00, Slg 2003, I-7747ff).

239 Cassia 443f.

Kapitel 3

PRIVATISIERUNG UND GEMEINSCHAFTSRECHT

Unter Privatisierung versteht man eine Reihe von Phänomenen, die inhaltlich und begrifflich voneinander zu unterscheiden sind. Als formelle Privatisierung²⁴⁰ oder Organisationsprivatisierung gilt die Umwandlung einer unselbständigen (Verwaltungs-)Einheit in eine eigene juristische Person, also in eine Eigengesellschaft. Ausgehend vom Inhalt des Privatisierungsvorgangs ist zum einen die materielle oder echte Privatisierung (Aufgabenprivatisierung) zu nennen. Diese hat entweder die Übertragung von Vermögen²⁴¹, zB die Veräußerung von Anteilen, und/oder von Aufgaben, wie etwa die Abfallbeseitigung²⁴², an Private zum Gegenstand.

Zum anderen wird der Begriff „funktionale Privatisierung“ verwendet. Dabei wird lediglich die Durchführung von Aufgaben übertragen, während die Verantwortung bei der öffentlichen Hand bleibt.²⁴³ Der Partner kann entweder ein Privater sein (echte funktionale Privatisierung) oder aus einer Gebietskörperschaft hervorgehen (unechte funktionale Privatisierung).²⁴⁴ Das betrifft die klassische Vergabe in Form von Aufträgen oder Konzessionen.

3.1 GRUNDSÄTZLICHE BEMERKUNGEN

Die vergaberechtliche Beurteilung von Privatisierungen²⁴⁵, Ausgliederungen, Outsourcing (ein Krankenhaus sucht einen Betreiber für die Labordiagnostik²⁴⁶), Contracting-Out²⁴⁷ u dgl hängt von der jeweiligen konkreten Ausgestaltung ab. Der Einbindung privater Partner kommt in der kommunalen Praxis wachsende Bedeutung zu. So stellen gemeinsame Einrichtungen von Gemeinden mit Privaten als gemischt-wirtschaftliche Einrichtungen eine der klassischen Formen dar, mit denen PPPs verwirklicht werden. Im Folgenden ist lediglich auf vergaberechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Übertragung von Aufgaben auf gemischt-wirtschaftliche Einrichtungen einzugehen.

Die Vergaberechtsfreiheit der Übertragung von Aufgaben an gemischt-wirtschaftliche Einrichtungen scheint mit dem Urteil des EuGH Stadt Halle²⁴⁸ gestorben. Gescheitert ist dieses Modell an der strengen Auslegung des Kontrollkriteriums. Danach schließt jedwede Beteiligung privater Unternehmen am Kapital der gemeinsamen Einrichtung eine ausreichende Kontrolle durch den öffentlichen Anteilseigner aus.

240 Zu dieser Form s Dreher, Partnerships, 246; Eschenbruch, Rz 103 zu § 98; Müller, Rz 26f zu § 1a; Potacs, Einrichtungen, 36; Schimaneck 305; Stapenhorst V.

Das entspricht im Wesentlichen der unechten Privatisierung.

241 Koenig/Haratsch 1389; Marx, Rz 17 zu § 99; Opitz, Privatisierung, 99. Vgl ferner Möschel 121.

Zur Abgrenzung von der formellen Privatisierung im Vergaberecht s Dreher, Rz 23ff zu § 99; Thieme, Rz 29f zu § 99.

242 Burgi, Privatisierungsfolgenrecht, 603; Potacs, Ausgliederungen, 81.

243 Burgi, Privatisierungsfolgenrecht, 603; Thieme, Rz 31 zu § 99.

Vgl die Unterscheidung in das auf die Durchführung von Aufgaben beschränkte Beauftragungsmodell und das einer Beleihung entsprechende Übertragungsmodell (Jasper, Privatisierung, 44f).

Zu den beiden Formen Betreiber- und Konzessionsmodell Schimaneck 305.

Für Dreher, Partnerships, 247, kommt es nicht darauf an, dass die Verantwortung bei der öffentlichen Hand verbleibt.

244 Burgi, Privatisierungsfolgenrecht, 603; Koenig/Haratsch 1388.

245 Zu Terminologie und Systembildung s Kämmerer, Privatisierung, 38ff.

246 Sachverhalt zu OLG Saarbrücken, Beschluss v 20.9.2006 - 1 Verg 3/06.

247 Das „Energy-Contracting“ (zu den verschiedenen Formen s Baur/Matthey 14ff) stellt zwar eine Art des Outsourcing dar, doch kommt es dabei idR nicht zur Erbringung von Leistungen an Dritte. Vielmehr nimmt der „Auftraggeber“ selbst bestimmte Dienste von Privaten in Anspruch.

Zum Übergang von staatlicher Eigenerfüllung zur Leistungserbringung durch Private s Holoubek, Staat, 518ff und 575.

248 Rs C-26/03, Urteil v 11.1.2005; bekräftigt in Rs C-231/03, Slg 2005, I-7297ff, Rz 26.

Als Begründung führte der EuGH an:

- die unterschiedlichen Interessen von Auftraggebern und privaten Unternehmen²⁴⁹ und
- dass das beteiligte private Unternehmen sonst einen wettbewerblichen Vorteil gegenüber anderen Unternehmen hätte.

Der EuGH hat also im Unterschied zu dem nachfolgenden Urteil Parking Brixen einer differenzierenden Auslegung eine Absage erteilt. Danach wären die Vorschriften heranzuziehen, die die Rechte und Pflichten der Gesellschafter regeln, einschließlich des einschlägigen Gesellschaftsrechts.

Mit diesem harten Schritt hat der EuGH zwar für zahlreiche Kooperationen neue Hürden aufgestellt, doch hat er in diesem Punkt – zumindest auf den ersten Blick – für Klarheit gesorgt.²⁵⁰ So ist sowohl die Gründung als auch die Aufgabenübertragung auf gemischt-wirtschaftliche Gesellschaften weiterhin zulässig. Sie hat jedoch unter Beachtung des Vergaberechts zu erfolgen.

Kritisiert wird das Urteil Stadt Halle,

- weil der EuGH strenger als im Altmark-Urteil gewesen sei, welches nicht in allen Fällen die Durchführung eines „Ausschreibungsverfahrens“ verlange,²⁵¹ und
- der EuGH nicht untersucht hat, ob die widerstreitenden Interessen Auswirkungen auf die Gestion der Gesellschaft haben.²⁵²

Entscheidend ist zunächst, ob die Privatisierung einen Beschaffungsbezug aufweist oder nicht. Liegt ein solcher vor, stellen sich weitere Fragen der vergaberechtlichen Einordnung. Dazu gehört die Wahl der rechtlichen Form der Privatisierung: entweder durch Vertrag, dann kann es sich je nach Risikoverteilung um einen Auftrag oder um eine Konzession²⁵³ handeln, oder durch Bescheid bzw Gesetz, dann scheiden die Vergaberichtlinien aus.

249 Generell als Kriterium angesehen von Hausmann/Bultmann, Entscheidung, 380.

Grundsätzlich gegen die Maßgeblichkeit der Interessen Fruhmann, C-26/03, 94.

250 Brown, C-26/03, NA75; Hausmann/Bultmann, Entscheidung, 378; Storr, De-facto-Vergabe, 405; Weltzien 251.

251 Vgl Stempkowski, Ende, 18.

252 So etwa die Kritik von Stempkowski, Ende, 17.

253 Vgl Hattig/Ruhland, Dienstleistungskonzession, 629; Thieme, Rz 32 zu § 99.

Zu Konzessionen als Beispiel für eine funktionale Privatisierung Dreher, Rz 28 zu § 99.

Demgegenüber sieht Burgi, Privatisierungsfolgenrecht, 604, in der Aufgabenprivatisierung Konzessionen.

IdR wird es sich dabei um sog direkte Betreibermodelle handeln, bei denen das Entgelt von den Benutzern kommt (s dazu Jasper, Privatisierung, 51f und 177f).

3.2 FUNKTIONALE PRIVATISIERUNG: PPP IN DER DASEINSVORSORGE

Beispiel

aus der Rsp des EuGH²⁵⁴

Ein dt Landkreis erteilte an die Altmark Trans GmbH Genehmigungen von Autobusliniendiensten. Daraus ergaben sich gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen, für die Altmark Trans öffentliche Zuschüsse erhielt.

Für den Fall, dass die einschlägige EG-Verordnung für den Personennahverkehr nicht anwendbar ist, setzte sich der EuGH mit dem Verbot der staatlichen Beihilfe des EG-Vertrags auseinander.

Der EuGH kam zum Ergebnis, dass unter bestimmten Voraussetzungen nicht einmal eine Beihilfe vorliegt (s dazu unten im Text). Eine Rechtfertigung derselben war daher nicht mehr erforderlich.

Im Zusammenhang mit PPPs entfaltet für die Gemeinden das Beihilfenrecht noch eine weitere Bedeutung. So sind dessen Vorgaben auch im Rahmen einer funktionalen Privatisierung zu beachten.²⁵⁵ Oder anders gewendet: bei der Übertragung von Aufgaben an Unternehmen ist neben dem Vergaberecht auch das Verbot staatlicher Beihilfen nach Art 87ff EG-Vertrag zu beachten. Im Besonderen betrifft das die Gewährung von Zuschüssen an Unternehmen, die für die öffentliche Hand Gemeinwohllleistungen (Daseinsvorsorge) erbringen. Als Beispiel zu nennen sind Verkehrsdienstleister und die Betreiber von Einrichtungen.

Hierher gehören auch Beleihungen, und zwar solche mit flankierenden Vereinbarungen, welche als Gegenleistung für die Belastung mit Aufgaben vermögenswerte Vorteile enthalten. Sind Belehene daneben auch noch wirtschaftlich tätig, gelten sie als Unternehmen iS des Gemeinschaftsrechts und erfüllen als potenziell Begünstigte eine Voraussetzung für die Anwendung des Beihilfenverbotes, nämlich die Begünstigung von bestimmten Unternehmen.

Um zu vermeiden, dass ein Zuschuss als staatliche Einzelbeihilfe oder eine entsprechende allgemeine Regelung als Beihilfenregime gewertet wird und folglich der Kommission grundsätzlich zu notifizieren ist, besteht für den Bereich der Daseinsvorsorge („services publics“) eine spezielle Möglichkeit. Der EuGH und auch die Kommission behandeln solche Kompensationen dann nicht als Beihilfe, wenn sie nur als Gegenleistung für die Gemeinwohlaufgabe gewährt wird, dh als Ausgleich für dadurch entstehende Mehrkosten.²⁵⁶

Dazu hat die öffentliche Hand die vier Bedingungen des Urteils Altmark Trans einzuhalten.

²⁵⁴ Rs C-280/00, Altmark Trans, Slg 2003, I-7747ff; vgl Pospischill 12ff.

²⁵⁵ Das Beihilfenrecht nicht einmal erwähnend Giorello 48. Dass für diese Materie insbesondere die GD COMP zuständig ist und nicht die GD MARKT, der dieser Autor als Verwaltungsrat angehört, sei hier nur am Rande vermerkt.

²⁵⁶ S für viele Dörr 619, und die Akte der Kommission.

3.3 PRIVATISIERUNG MIT BESCHAFFUNGSBEZUG

Privatisierungen mit Beschaffungsbezug sind grundsätzlich am Vergaberecht zu messen. Die entscheidende Frage ist, unter welchen Bedingungen eine sog eingekapselte Beschaffung²⁵⁷ vorliegt.

In der Praxis anzutreffen ist einmal die Gründung einer Gesellschaft durch eine Gebietskörperschaft und die Mitnahme der bisher vom ausgliedernden Rechtsträger selbst wahrgenommenen Aufgaben (formelle Privatisierung). Obwohl es dadurch zu einer Übertragung von Aufgaben auf einen nunmehr selbständigen Rechtsträger kommt, handelt es sich um einen internen Vorgang der ähnlich den Eigenleistungen²⁵⁸ nicht den Vergaberichtlinien unterliegt. Im Unterschied zu einer Quasi-In-House-Vergabe an eine Eigengesellschaft handelt es sich dabei um die bloße Mitnahme von Aufträgen.²⁵⁹ Im Übrigen löst die Verselbständigung des Auftragnehmers auch keine Pflicht zur Beendigung eines laufenden Vertrages aus.²⁶⁰

Ebenso wenig fällt die bloße Veräußerung einer Eigengesellschaft, zB einer 100%-Tochter einer Gemeinde, die an diese Leistungen erbringt, unter die Richtlinien, wenn sie schon vor der Veräußerung Auftragnehmer des (Alt)eigentümers geworden ist.

Sofern solche Vorgänge nur die Eigentumsverhältnisse betreffen und nur ein alter Auftrag fortgeführt wird,²⁶¹ handelt es sich um keine neue Vergabe, sondern nur um eine Vertragsübernahme²⁶². Hier kommt es lediglich zum Wechsel in der Person des Leistungserbringers. Dabei spielt es keine Rolle, ob die erworbene Gesellschaft rechtlich selbständig bleibt oder ob sie mit der erwerbenden Gesellschaft verschmolzen wird. Desgleichen macht es keinen Unterschied, ob die Aufgaben bisher aufgrund eines Vergabeverfahrens nach den Richtlinien erfüllt wurden, zB weil keine In-House-Ausnahme anwendbar war, oder nicht, weil zB eine ausdrückliche oder von der Rsp entwickelte Ausnahmerebestimmung vorlag, etwa eine Eigenleistung.²⁶³

Vergaberecht kommt freilich dann zur Anwendung, wenn die gewählte Konstruktion, wie im untenstehenden Fall Mödling, als Verschleierung, dh als Umgehung gewertet wird. Das setzt freilich voraus, dass in diesem Zusammenhang auch Aufgaben übertragen werden.²⁶⁴

257 Dreher, Partnerships, 247ff.

258 Auf diese Parallele weist hin Stapenhorst VIII; vgl Marx, Rz 3 zu § 99 mwN.

259 AA Eilmansberger, Schranken, 575, der darin eine Neubegründung einer vertraglichen Beziehung sieht. Zwar trifft es zu, dass die „Aufträge“ bisher nicht auf vertraglicher Grundlage erbracht wurden, doch handelt es sich auch nicht um inhaltlich neue Aufträge.

260 Hoffer/Barbist 248.

261 Dieser zweite Aspekt fehlt bei Arrowsmith, Delimiting the Scope, 199f.

262 Zu dieser Qualifizierung Dreher, Rz 17 zu § 99; Endler 134.

Jasper/Arnold 26.

Zur Nichtanwendung der Vergaberegeln Flamme/Flamme/Dardenne 57f, sowie Casati, Mergers, 61, betreffend den Fall der Gesamtrechtsnachfolge.

263 AA Arrowsmith, Law, 414; ihr folgend Opitz, Privatisierung, 106.

Vgl Prieß, Privatisations, 10, der eine nach der Sektorenkoordinierungsrichtlinie 93/38 ausgenommene Quasi-in-House-Vergabe mit anschließender Privatisierung des Auftragnehmers als einen Vorgang ansieht und diesen der Richtlinie unterwirft.

S zu verschiedenen gesellschaftsrechtlichen Konstellationen Rittwage 328ff, der darauf abstellt, dass der Auftraggeber einen Akt setzt.

264 AA Hertel/Recktenwald 539, die Gesellschaftsgründungen nur dem Handelsrecht zuordnen, insbesondere weil die Verrichtung von Aufgaben aufgrund des Gesellschaftsvertrages erfolgt.

Diese Argumentation kann für das EG-Vergaberecht schon deshalb nicht überzeugen, weil die Zuordnung zu einem bestimmten Rechtsgebiet diesbezüglich ohne rechtliche Bedeutung ist.

Zu Mergers & Acquisitions s Casati, Mergers, 59ff.

Österr Beispiel aus der Rsp des EuGH²⁶⁵

Im Mai 1999 beschloss die Stadtgemeinde Mödling, sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben im Bereich der Abfallentsorgung einer eigenen Einrichtung zu bedienen. Im Juni 1999 wurde die Stadtgemeinde Mödling AbfallwirtschaftsGmbH gegründet. Am 15. September 1999 wurde mit dieser GmbH eine entgeltliche Entsorgungsvereinbarung getroffen, mit der bestimmte gesetzliche Aufgaben der Abfallentsorgung übertragen wurden. Am 1. Oktober 1999 beschloss der Gemeinderat die Abtretung von 49% der Anteile an dieser GmbH an eine private AG, welche am 13. Oktober durchgeführt wurde. Am 1. Dezember 1999 nahm die Gesellschaft die operative Tätigkeit auf.

Die Kommission leitete ein Vertragsverletzungsverfahren ein und erhob im Januar 2004 Klage beim EuGH. Dieser fällte am 10. November 2005 sein Urteil.

Der EuGH beurteilte den Vorgang, indem er auch Ereignisse nach der Aufgabenübertragung berücksichtigte. Dabei qualifizierte er die in folgenden drei Schritten bestehende Konstruktion als künstlich:

- die Gründung einer 100%-Tochter durch die Gemeinde,
- die Übertragung von Aufgaben an diese,
- die Übertragung von Anteilen an ein privates Unternehmen (49%).

Der EuGH prüfte also die Vergabe unter Berücksichtigung dieser Schritte in ihrer Gesamtheit und ihrer Zielsetzung. Da es sich um die Vergabe an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen handelte, lehnte der EuGH die Anwendung der Quasi-In-House-Ausnahme ab. Der EuGH kam zum Ergebnis, dass die Bekanntmachungsvorschriften der Dienstleistungs Koordinierungs-Richtlinie 92/50 nicht eingehalten worden waren und stellte eine Vertragsverletzung fest.

Für den EuGH war im Übrigen entscheidend, dass die Übertragung der Anteile zwei Wochen nach Übertragung der Aufgabe erfolgte und erst dann die operative Tätigkeit aufgenommen wurde.

3.3.1 Anwendungsbereich: Beurteilung des Vorhabens

Ein Beschaffungsbezug kann dann gegeben sein, wenn anlässlich der Gründung einer neuen Gesellschaft oder der Abtretung von Gesellschaftsanteilen an einer bestehenden Gesellschaft dieser auch Aufgaben übertragen werden, also keine bloße Mitnahme erfolgt. Denn darin liegen eine Absatzgarantie und damit ein vergaberechtlich relevanter Vorgang.²⁶⁶ Ein beschaffungsrechtlicher Bezug wird ferner dann angenommen, wenn sich der Auftraggeber anlässlich der Übertragung von Anteilen hinsichtlich der übertragenen Leistung bestimmte Rechte vorbehält oder bestimmte Auflagen macht, die sich im Kaufpreis niederschlagen. Schwieriger zu beurteilen sind die Fälle,

²⁶⁵ Rs C-29/04, Slg 2005, I-9705ff.

²⁶⁶ S dazu ferner Marx, Rz 19 und 23 zu § 99; Schwartz, PPP, 15 mwN; Storr, Public-Public-Partnerships, 559.
Vgl hingegen Jasper, Hürden, B V.

in denen, wie im Verfahren betreffend die Stadt Mödling, die Übertragung der Aufgaben nach der Übertragung der Gesellschaftsanteile erfolgt. Das entspricht im Wesentlichen dem, was als unselbständiges Durchgangsgeschäft qualifiziert worden ist.²⁶⁷ Dabei wird einer Eigengesellschaft quasi-in-House ein Auftrag erteilt, deren Anteile in der Folge veräußert werden.

ME hängt die Anwendbarkeit des Vergaberechts davon ab, in welchem Zusammenhang²⁶⁸ Veräußerung und Aufgabenübertragung stehen. Das bedeutet, dass zu prüfen ist, ob zwischen der Übertragung der Aufgaben und der Veräußerung ein enger Bezug besteht.²⁶⁹ Im Folgenden sollen die Kriterien herausgearbeitet werden, die für die Bewertung sog Zwei-Stufen-Geschäfte²⁷⁰ heranzuziehen sind. Diese Vorgaben greifen auch dann, wenn erst die Enkelgesellschaft teilprivatisiert werden soll.²⁷¹

In seinem Urteil im Fall Mödling hat der EuGH – wenn auch nur in dieser, einzigen einschlägigen Entscheidung – bestimmte Klarstellungen getroffen. Daraus lässt sich ableiten, dass nicht jede Vertragsübernahme, dh Mitnahme eines öffentlichen Auftrags, schädlich ist²⁷² und dem Vergaberecht unterliegt.²⁷³

Zunächst spricht sich der EuGH deutlich gegen sog Verschleierungen aus. Dadurch bestätigt er implizit den Grundsatz, Umgehungen²⁷⁴ der Anwendung des Vergaberegimes zu verhindern. Damit im Zusammenhang lehnt der EuGH eine Aufspaltung in künstliche Schritte ab. So fordert der EuGH eine Gesamtbewertung der Umstände. Diese Elemente sind mE in einem beweglichen System zu werten. Es handelt sich also stets um eine Beurteilung des Einzelfalles²⁷⁵ im Rahmen einer Gesamtbetrachtung²⁷⁶.

Im Einzelnen stützte der EuGH seine Begründung auf zwei Elemente ab:²⁷⁷

- den zeitlichen Zusammenhang und
- die Zielsetzung.

Was den Aspekt Zeit betrifft, waren für den EuGH zwei Punkte wesentlich. Erstens betonte er den engen zeitlichen Zusammenhang zwischen den einzelnen Schritten. So wurde das ganze Vorhaben in nur wenigen Monaten durchgeführt. Insbesondere erfolgte die Abgabe der Anteile bereits zwei Wochen nach Übertragung der Aufgabe. Zweitens hob der EuGH eine Besonder-

267 Schröder, Probleme, 1832.

268 Faber, Öffentliche Aufträge, 257; Gröning, Partnership, 503; vgl Otting, Privatisierung, 13.

269 Frenz, Übertragung, 191; Krutisch 650f.

270 Jasper/Arnold 26.

271 VK Stuttgart, B v 24.1.2001, 1 VK 34/00 und 1 VK 1/01.

272 Vgl Dreher, Rz 24 zu § 99, der im Fall des Eintritts in einen bestehenden Vertrag eine Pflicht zur Ausschreibung annimmt.

Otting, Privatisierung, 16, vermutet in jeder Veräußerung bei Weiterlaufen des Vertrages über die Leistungserbringung einen Akt der Beschaffung, weil dabei irgendeine Honorierung erfolgt.

273 S dazu die bei Fruhmann, Rz 156 zu § 6, zit Lit.

274 In der Rs C-29/04, Slg 2005, I-9705, I-9735 (Rz 42), spricht der EuGH ausdrücklich von einer Verfahrensgestaltung, die die Vergabe verschleiern soll.

Hoffer/Barbist 247; Jaeger, Public, 10; Krutisch 650; Schröder, Probleme, 1831.

275 AA Wellmann 431, die das mit der Gefahr der Umgehung durch entsprechende Ausgestaltung begründet.

276 Rs C-29/04, Slg 2005, I-9705, I-9735 (Rz 41).

Jaeger, Public, 10f; Marx, Rz 23 zu § 99; vgl Burgi, Privatisierungsfolgenrecht, 605.

277 In diese Richtung auch Klein 29.

Vgl hingegen die Einteilung bei Jasper/Arnold 25.

heit in der Abfolge der Schritte hervor. So nahm die Gesellschaft ihre operative Tätigkeit erst nach Übertragung der Anteile auf.

Damit hat der EuGH entgegen der mitunter geäußerten Meinung²⁷⁸ klargestellt, dass der Faktor Zeit eine entscheidende Rolle spielt.²⁷⁹ Dadurch hat er auch indirekt eine in D entwickelte Judikaturlinie bestätigt, wonach der Umstand, dass die Veräußerung der Anteile nach einem Jahr²⁸⁰ oder gar erst nach sechs Jahren geplant war bzw durchgeführt wurde, einem Beschaffungsbezug nicht entgegensteht.

Maßgeblich ist ferner die Zielsetzung des gesamten Vorhabens, insbesondere ob ein Veräußerungszweck, dh die mittelbare Weiterleitung des Auftrags, verfolgt wird.²⁸¹ Die Inanspruchnahme der Quasi-In-House-Ausnahme für die Übertragung auf eine Eigengesellschaft würde „rückwirkend entlegitimiert“²⁸². Das gilt auch dann, wenn der Auftraggeber die Veräußerung vor Augen hat oder der Erwerb darauf abzielt, wirtschaftlich von bestehenden, ausschreibungsfrei geschlossenen Verträgen mit öffentlichen Auftraggebern profitieren zu können.²⁸³ Ebenso behandelt wird die Fortführung des Auftrags auf einer neuen geschäftlichen und finanziellen Grundlage, etwa weil der Auftrag ohne den Einstieg Privater ernstlich gefährdet ist.²⁸⁴

Nach überwiegender Auffassung ist die Zielsetzung des Privatisierungsvorgangs anhand objektiver und nicht subjektiver Umstände im Sinn einer Motivforschung²⁸⁵ zu beurteilen.²⁸⁶ Ebenso wenig ist den Beteiligten eine Umgehungsabsicht nachzuweisen.²⁸⁷

Schließlich ist nunmehr klargestellt, dass eine funktionelle Betrachtungsweise²⁸⁸ angemessen ist und es daher nicht auf eine bestimmte Form des Vorgangs, sondern auf den Inhalt ankommt.

3.3.2 Handlungsbedarf: Durchführung eines Vergabeverfahrens?

Steht der Beschaffungsbezug eines Privatisierungsvorhabens fest, stellt sich die Frage, zu welchen praktischen Schritten die Anwendung des Vergaberechts führt. Ist die Übertragung der Aufgabe noch nicht erfolgt und ist die Abgabe von Anteilen geplant, kann der Auftraggeber beide Vorhaben auch trennen und gesondert abwickeln. Der Beschaffungsteil unterliegt dann – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – den Vergaberichtlinien.

278 Für die Anwendung nur in Ausnahmefällen Dreher, Partnerships, 249; gegen die Anwendung dieses Kriteriums Bergmann 266f; Endler 133; Jaeger, Verträge, 471; Müller-Wrede, Rz 13 zu § 99.

279 Dietlein 478; Frenz, Übertragung, 191; Hoffer/Barbist 247; Krutisch 650; Schimaneck 307; Schröder, Probleme, 1831.

280 VK Baden-Württemberg, B v 18.7.2001, 1 VK 12/01.

281 Rs C-29/04, Slg 2005, I-9705, I-9735 (Rz 41).

Braun, Ausschreibungspflichtigkeit, 661; Dietlein 477; Eggers/Malmendier 781; Hoffer/Barbist 247; Opitz, C-29/04, 53; gegen die Anwendung dieses Kriteriums Jaeger, Verträge, 471.

282 So Dietlein 478.

283 Dies betonend Opitz, C-29/04, 53.

284 Dietlein 477.

285 ZB Frenz, Übertragung, 192, stellt auch auf die Motive ab.

286 Dreher, Partnerships, 249f; Eggers/Malmendier 781; Otting, Privatisierung, 14.

Für Müller, Neues, 162, sollte bei fehlendem engem Zusammenhang die Absicht der die Privatisierung durchführenden Einrichtung den Ausschlag geben.

287 Dies betonend Opitz, C-29/04, 53.

288 Ähnlich OLG Brandenburg, Beschluss v 3.8.2001 – Verg 3/01.

Erfolgt die Anteilsabgabe nach der Übertragung der Aufgaben, werden mehrere Lösungswege aufgezeigt. So unterliege dem Vergaberegime:

- der gesamte Vorgang oder
- der Beschaffungsteil oder
- die Anteilsveräußerung als der spätere Vorgang.

Als weitere Alternative wird nicht die Anwendung des Vergaberegimes, sondern die Auflösung des Vergabevertrags gefordert.²⁸⁹ Gegen diese Auslegungsvariante wird eingewandt, dass damit die sogar vom Vergaberecht respektierte Wahlfreiheit des Auftraggebers unterlaufen wird. Denn dieser soll nicht daran gehindert werden, auch Anteile zu veräußern.²⁹⁰ Freilich bleibt es dem Auftraggeber unbenommen, den geschlossenen Vertrag – sollte dieser das vorsehen – aufzulösen, die Privatisierung durchzuführen und anschließend die Vergabe auszuschreiben.²⁹¹

Die überwiegende Meinung geht dahin, dass dem Vergaberegime der gesamte Vorgang unterliegt, wenn er eine wirtschaftlich untrennbare Einheit bildet.²⁹² Entscheidend ist, ob der Wertanteil der Beschaffung den Schwellenwert erreicht. Das gilt mE unabhängig davon, wie hoch der relative Anteil der Beschaffung am gesamten Privatisierungsvorgang ist. Ebenso wenig kommt es in diesem Zusammenhang auf den Schwerpunkt an.²⁹³ Das gilt auch dann, wenn die Übertragung des Unternehmens(anteils) nur das Entgelt des Veräußerers für die Lieferung, Bau- oder Dienstleistung an den Veräußerer bildet. Hier kommt eben der weite Entgeltbegriff der Vergaberichtlinien zum Tragen.

Die Anwendung der Richtlinien auf die Übertragung von Unternehmensanteilen auf den Auftragnehmer stellt eine Besonderheit dar, die sich auch im Vergabeverfahren niederschlägt. So ist in den entsprechenden Bekanntmachungen darauf hinzuweisen. Da Anteilsveräußerungen mit der Übertragung von Aufgaben einen eher komplexen Sachverhalt darstellen, könnten die Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung²⁹⁴ oder den wettbewerblichen Dialog vorliegen.²⁹⁵

Die prägenden Merkmale solcher gemischter Vorgänge sind ferner im Rahmen der Prüfung der Angebote zu berücksichtigen. Der Preis ist nämlich anhand des zu übertragenden Anteils zu ermitteln. Steht dessen Höhe von vornherein fest, ist der Umfang der angebotenen Leistung ausschlaggebend, also bei Anwendung des Billigstbieterprinzips der größte Leistungsumfang.

289 Eilmansberger, Schranken, 572f.

290 Bergmann 263.

291 Bergmann 269.

292 Dreher, Partnerships, 248; Krutisch 650; Schröder, Probleme, 1831.

293 Klein 27f.

Vgl Arrowsmith, Law, 411ff; ähnlich Gnittke/Siederer 243, die auf den Hauptgegenstand abstellen.

294 ZB weil die Leistungen ihrer Natur nach eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen (Art 30 Abs 1 KRL). Klein 30 mwN.

295 Zu den Verfahrensarten: Gröning, Partnership, 504; Jaeger, Public, 11; Tomerius 734.

Im Rahmen der Bewertung ist dabei lediglich von der Restlaufzeit²⁹⁶ des Vertrages auszugehen, dh von dem Wert des noch ausstehenden Teiles. Strittig ist, ob der ganze Vorgang oder nur derjenige Teil die Grundlage der Bewertung bildet, den die Quote des privaten Partners ausmacht.²⁹⁷

3.3.3 Ausnahmen

Nach einer – bisher vom EuGH nicht bestätigten – Auffassung sollen Vorgänge, bei denen der Anteil der zu erfüllenden öffentlichen Aufträge im Verhältnis zur Gesamttätigkeit der übernehmenden Einrichtung gering ist, ausgenommen sein.²⁹⁸ ME ist eine solche relative Betrachtungsweise nur dort gestattet, wo dies die Vergaberichtlinien vorsehen. Die Anwendbarkeit richtet sich stets nach dem Wert des öffentlichen Auftrags gesondert betrachtet.

In ähnlicher Weise wird eine Ausnahme für solche Vorgänge gefordert, bei denen der Beschaffungsanteil nur eine weit untergeordnete Bedeutung hat.²⁹⁹ Gegen diesen Ansatz spricht, dass dies die Möglichkeit zur Umgehung eröffnen würde, weil durch entsprechende Vertragsgestaltung, dh durch „Hineinpacken“ beschaffungsfremder Teile, die Gewichtung beeinflusst werden kann. Maßgeblich ist und bleibt auch hier, ob der Beschaffungsteil für sich genommen den Schwellenwert erreicht. Generell lassen die Vergaberichtlinien abgesehen von den Schwellenwerten für eine De-minimis-Regelung keinen Raum.³⁰⁰

Fruchtbar machen ließe sich hingegen im Zusammenhang mit Privatisierungen die Quasi-In-House-Ausnahme. Das zeigt die Entscheidung des EuGH im Fall Mödling. Ob der gesamte Vorgang als Konzession oder als Auftrag zu beurteilen ist, bleibt insofern unerheblich, als die Ausnahme in beiden Fällen greift. Bei Aufträgen führt sie zur Nichtanwendung der Richtlinie, bei Dienstleistungskonzessionen sogar dazu, dass nicht einmal die Vorschriften des Primärrechts zu beachten sind.

296 Bergmann 271; Dreher, Partnerships, 250; Endler 134; Klein 29.

297 Dafür: Jaeger, Verträge, 472; dagegen: Dietlein 478f; Dreher, Partnerships, 251, unter Hinweis auf die fehlende Bedeutung von Quoten im Rahmen von Bietergemeinschaften; Endler 134.

298 Für eine solche Ausnahme Dreher, Partnerships, 252; s hingegen Jaeger, Verträge, 472f, der das mit dem Alles-oder-Nichts-Prinzip zur Beurteilung der Auftraggebereigenschaft ablehnt.

299 Müller-Wrede Rz 13 zu § 99.

300 Zur Auffassung, wonach entscheidend sei, dass der Auftragsteil keine untergeordnete Bedeutung hat: Schimaneck 307; Stemmer/Aschl 294; vgl Müller-Wrede, Rz 13 zu § 99.

3.4 PRIVATISIERUNG OHNE BESCHAFFUNGSBEZUG

Bloße organisatorische Änderungen, wie etwa die Gründung von Unternehmen, oder die reine Vermögensübertragung, zB die Veräußerung von Gesellschafts(anteilen), stellen keine Beschaffung dar, sondern das Gegenteil davon und fallen schon von daher nicht unter die Vergaberichtlinien. Diese Meinung vertreten sowohl L³⁰¹ als auch Praxis, insbesondere die Kommission³⁰². Das bedeutet freilich nicht, dass nicht andere Vorschriften des Gemeinschaftsrechts einzuhalten sind.³⁰³ In diesem Zusammenhang zu erwähnen sind abgesehen vom Beihilfenrecht die Kapitalverkehrsfreiheit, wegen der Investitionstätigkeit von Unternehmen, die Niederlassungsfreiheit und, gerade im Hinblick auf Dienstleistungsmonopole der öffentlichen Hand, die Dienstleistungsfreiheit sowie das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung.

Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass die Kommission auch den Erwerb durch den Staat, zB einer Liegenschaft durch eine Gemeinde von einem Unternehmen,³⁰⁴ im Lichte des Beihilfenverbotes prüft.

3.4.1 Anwendungsbereich: Bedeutung

Auf der einen Seite greifen Gemeinden auf vielfache Weise auf die Finanzkraft, das Know-how und andere Assets privater Unternehmen zurück. Dabei werden in gesteigertem Maße PPPs eingegangen, dh speziell dafür ein privater Partner ausgewählt.³⁰⁵

Auf der anderen Seite bemühen sich Gemeinden auch direkt um einzelne Unternehmen, um sie zur Ansiedlung im Gemeindegebiet zu bewegen. Aus der Praxis der Kommission zu nennen sind die Ansiedlung von Daimler Chrysler³⁰⁶ und Sony³⁰⁷ in Berlin. Mitunter erbringt die öffentliche Hand zusätzlich spezielle Vorleistungen, zB die kostenlose Herstellung eines eigenen Bahn- oder Straßenanschlusses oder die Übereignung einer Liegenschaft.

Ein bekannter Fall betraf den Verkauf einer im öffentlichen Eigentum stehenden Liegenschaft an ein Konzernunternehmen, das wiederum zur Errichtung von Gebäuden und zur Vermietung an ein anderes Unternehmen desselben Konzerns verpflichtet wurde.³⁰⁸

301 S dazu Braun, Ausschreibungspflichtigkeit, 659; Dreher, Partnerships, 247f; Endler 132; Frenz, Übertragung, 187; Fruhmann, Rz 151 zu § 6; Jaeger, Verträge, 469; Klein 22f; Krutisch 650; Lurger 243; Mehltitz 570; Prieß, Handbuch, 117ff; Schröder, Probleme, 1831; Storr, Public-Public-Partnerships, 559; Thieme, Rz 27 zu § 99.

Zur formellen Privatisierung s Dreher, Rz 25 zu § 99.

Zur Suche von Gesellschaftern s Burgi, Privatisierungsfolgenrecht, 605.

S hingegen die Einzelmeinung von Kerssenbrock, WuW 2001, 122ff.

302 Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen v 30.4.2004, KOM (2004) 327 endg, Nrn 65ff.

303 Fruhmann, Fn 399 zu § 6, zit aus dem Grünbuch der Kommission, Nrn 66ff.

304 E d Kommission v 14.12.2004, ABI 2005 C 247/32.

305 Elsner/Reich-Rohrwig 13.

306 E d Kommission v 14.4.1992, ABI L 263/15.

307 E d Kommission v 23.1.1992, ABI 1993 C 216/5.

308 E d Kommission v 17.7.1996, Malakoff Mainz, ABI L 283/43.

Aber auch die umgekehrte Konstellation kommt in der Praxis vor, nämlich dass die staatliche Gesellschaft die Liegenschaft für ein privates Unternehmen kauft und es an dieses vermietet.³⁰⁹ Mitunter erfolgt der Erwerb durch ein Unternehmen, das mehrere Gebietskörperschaften eigens gegründet haben. Dieses bezahlt dann auch die Erschließung und die Errichtung von Gebäuden und tätigt den Weiterverkauf an einen Privaten.³¹⁰

Desgleichen greifen Gemeinden zum Mittel der Vermögensprivatisierung. In der Praxis betrifft das in erster Linie Grundstücke oder Unternehmen, dh die Veräußerung von Gesellschaftsanteilen.

In allen diesen Fällen können beihilfenrechtliche Fragen auftauchen. Das Beihilfenelement besteht idR in der Differenz zwischen dem tatsächlichen Kaufpreis und dem Verkehrswert oder darin, dass der Preis für den Erwerb durch die öffentliche Hand höher war als der beim Weiterverkauf an den Privaten erzielte Preis.

Um Gemeinden und Unternehmen mehr Rechtssicherheit zu geben, hat die Kommission eine entsprechende Mitteilung³¹¹ erlassen. Diese betrifft zwar ausdrücklich nur Bauten und Grundstücke sowie den Verkauf, ihre Grundsätze werden aber auch auf Vermietung und Verpachtung angewendet.³¹² Darüber hinaus sind die Grundsätze bei der Veräußerung von Gesellschaftsanteilen zu beachten, nämlich bei Abgabe von Gesellschaftsanteilen oder bei Neugründung.

3.4.2 Handlungsbedarf: Durchführung bestimmter Verfahren

Nach der oben erwähnten Mitteilung und der Rsp des EuGH³¹³ gibt es zwei Verfahren, deren Durchführung es der öffentlichen Hand ermöglicht, die geplante Maßnahme zu ergreifen, ohne dass diese als staatliche Beihilfe gilt. Damit kann etwa eine Gemeinde verhindern, dass die mit dem Beihilfenverbot verbundenen Rechtsfolgen ausgelöst werden, wie etwa die Stillhalteverpflichtung der beihilfengewährenden Stelle und der damit einhergehende Untersagungsanspruch von Wettbewerbern des Begünstigten.

Im Einzelnen stehen der öffentlichen Hand folgende Alternativen zur Verfügung:

- die Durchführung eines bedingungsfreien Bietverfahrens oder
- die Bewertung durch ein unabhängiges Wertgutachten.

Zwar lässt die Kommission eine Präferenz für das Bietverfahren erkennen, doch darf darin kein rechtlich gebotener Vorrang erblickt werden.³¹⁴

309 E d Kommission v 3.3.1999, Landesentwicklungsgesellschaft Thüringen, ABI C 280/8; Entscheidung der Kommission v 9.4.2002, ABI 2003 L 66/16.

310 E d Kommission v 12.7.2000, Scott Paper, ABI 2002 L 12/1.

311 Mitteilung d Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, ABI 1997 C 209/3.

312 E d Kommission v 3.3.1999, Landesentwicklungsgesellschaft Thüringen, ABI 1993 C 280/8; Koenig/Kühling/Ritter Rz 119; Lübbig/Martin-Ehlers Rz 196f.

313 Rs C-390/98, Banks, Slg 2001, I-6117ff.

314 Krit zur Bevorzugung des Bietverfahrens durch die Kommission Greb/Kaelble 1015.

Als dritter Weg kommt auch der Verkauf über die Börse in Betracht, welchen die Kommission bereits akzeptiert hat.³¹⁵

3.4.2.1 Das Bietverfahren

Das Bietverfahren eignet sich gerade für marktfremde Leistungen, weil es für diese zur Ermittlung des Referenzmarktes dient³¹⁶ und auf andere Weise Anhaltspunkte kaum oder gar nicht gefunden werden können. Der Mitteilung und der Praxis der Kommission lassen sich folgende Voraussetzungen und folgender Ablauf entnehmen:³¹⁷

Da das Verfahren allen offen zu stehen hat und transparent ablaufen soll, hat eine Bekanntmachung zu erfolgen. Ein hinreichender Grad an Publizität wird dann angenommen, wenn alle potenziellen Interessenten davon Kenntnis nehmen können. Daher wird verlangt, dass sich die Veröffentlichung über mindestens zwei Monate in der nationalen Presse und in einschlägigen Medien findet.³¹⁸ Das Verkaufsmemorandum enthält idR eine Aufforderung zu Angeboten. Der Zuschlag ist dem Meistbietendem zu erteilen.

Die Kontaktierung nur einiger potenzieller Bieter reicht hingegen nicht.³¹⁹ So wie es generell keinen „preferred bidder“ geben darf³²⁰ oder nur einem Bieter ein wertbildender Umstand mitgeteilt wird³²¹. Überdies ist den Interessenten eine angemessene Zeit zur Bewertung zu geben.³²²

Was den Inhalt betrifft, verlangt das Beihilfenrecht sog Bedingungsfreiheit. Das bedeutet zum einen, dass nicht die Übernahme anderer Werte oder die Weiterführung bestimmter Tätigkeiten gefordert werden darf. Besondere Verpflichtungen sind nur dann erlaubt, wenn alle potenziellen Erwerber in der gleichen Lage sind, sie (nicht) zu erfüllen. Vorgaben der Raumordnung und des Umweltschutzes sind gleichfalls zulässig. Zum anderen kann daraus abgeleitet werden, dass jeder als Erwerber auftreten darf.

Fraglich ist, ob auch bei Gemeinwohlaufgaben das Meistbot oder nicht doch das Bestbot ausschlaggebend ist.³²³ Gegen Letzteres wird vorgebracht, dass es um die Minimierung des öffentlichen Zuschusses oder den höchsten Preis für das überlassene Vermögen geht³²⁴. Ebenso fordere das Urteil Altmark Trans eine solche Vorgangsweise („geringste Kosten für die Allgemeinheit“). ME ist das Urteil aber so zu verstehen, dass es auf die Kosten und nicht allein auf den Preis ankommt. Nicht ausdrücklich verlangt werden die Information der nicht berücksichtigten Bieter und eine Bekanntmachung des Ergebnisses.³²⁵

315 XXIII. Wettbewerbsbericht (1993), Nr 403 ; Kristoferitsch 429.

316 Koenig/Pfromm 377f.

317 XXIII. Wettbewerbsbericht (1993); Eggers/Malmendier 785; Lübbig/Martin-Ehlers Rz 162.

318 Die Publikation nur in zwei überregionalen Tageszeitungen des betreffenden Mitgliedstaates wurde auch schon für unzureichend qualifiziert (E d Kommission v 11.4.2000, Centrale di Latte di Roma, ABI 2000 L 265/15).

319 E d Kommission v 30.1.2002, Gothaer Fahrzeugtechnik, ABI L 314/62; E d Kommission v 22.7.1998, Société de Banque Occidentale, ABI 1999 L 103/19.

320 Dreher, PPP-Ausschreibung, 131.

321 E d Kommission v 22.7.1998, Société de Banque Occidentale, ABI 1999 L 103/19.

322 E d Kommission v 22.7.1998, Société de Banque Occidentale, ABI 1999 L 103/19.

323 Eggers/Malmendier 784; Koenig/Kühling, Diskriminierungsfreiheit, 782.

324 Dreher, PPP-Ausschreibung, 131f.

325 In diese Richtung jedoch Dreher, PPP-Ausschreibung, 130.

Das Verfahren ist unteilbar, dh es sind alle Vertragsteile einzubeziehen. Das schließt aber nicht eine losweise Aufteilung aus, zB eine Trennung nach Bau und Betrieb.³²⁶

Da für Bietverfahren keine eigenen Verfahrensarten vorgesehen sind, empfiehlt sich eine Orientierung an den Verfahrensarten des Vergaberechts. In Betracht kommen grundsätzlich das offene, das nicht offene und das Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung, weil nur diese den Vorgaben der Offenheit im beihilfenrechtlichen Sinn entsprechen.³²⁷ Hinsichtlich von PPP-Projekten wird jedoch idR nur das Verhandlungsverfahren passen, weil die anderen Verfahrensarten zu strenge Anforderungen an die Bestimmtheit der Leistung stellen. Das Verfahren des Wettbewerblichen Dialogs ist wenig attraktiv und wohl auch nicht offen genug, die ideale Lösung zu finden.³²⁸

3.4.2.2 Das Wertgutachten

Die zweite Alternative besteht darin, ein Wertgutachten anfertigen zu lassen. Dazu enthält die Mitteilung nähere Angaben va zu den damit zu betrauenden Personen, zum Marktwert und zu den anzuwendenden Methoden. So sind bei der Ermittlung des Marktwertes besondere Verpflichtungen des Erwerbers zu berücksichtigen; ebenso wird eine Schätzungstoleranz akzeptiert. Sollte die öffentliche Hand das Grundstück vorher erworben haben, ist innerhalb der drei darauf folgenden Jahre mindestens von den Gestehungskosten auszugehen, es sei denn, es werden zurückgehende Marktpreise festgestellt.

Wie die Praxis zeigt, prüft die Kommission sogar Gutachten nach, insbesondere ob allgemein anerkannte Marktindikatoren und Bewertungsstandards angewendet wurden. Für Unternehmens- und Beteiligungsbewertungen sind die Standards der Mitteilung zu modifizieren. Hierbei hat zwar die Ertragswertmethode³²⁹ Tradition, doch ist eine solche Bewertung fehleranfällig.

Insgesamt dürfte sich bei Grundstücken wegen des geringeren Zeit- und Kostenaufwandes eher ein Wertgutachten empfehlen.³³⁰

3.4.2.3 Das Vorgehen in anderen Fällen

In allen anderen Fällen ist das Vorhaben – abgesehen von Ausnahmen, wie etwa für De-minimis-Beihilfen – als Beihilfe(nregime) zu notifizieren. Diese Vorgangsweise betrifft folgende Konstellationen:

- es wurde von keiner der obgenannten Alternativen Gebrauch gemacht
- es wurden die einzelnen Vorgaben nicht eingehalten, zB dem einzigen ohne Bekanntmachung ausgewählten Bieter der Zuschlag erteilt, oder im Vergleich zu einem Verkauf an Private unübliche Bedingungen gestellt.³³¹

³²⁶ Dreher, PPP-Ausschreibung, 124ff.

³²⁷ Koenig/Kühling, Diskriminierungsfreiheit, 786.

³²⁸ Dreher, PPP-Ausschreibung, 127ff.

³²⁹ S dazu näher Koenig, Beteiligung, 206f.

³³⁰ So Klein 24.

³³¹ XXIII. Wettbewerbsbericht (1993); Lübbig/Martin-Ehlers Rz 162.

Die öffentliche Hand darf aber inzwischen, dh während des Beihilfenverfahrens, bestimmte Vorhaben ausführen, zB eine Gemeinde den Abriss vornehmen, der den Wert des Grundstücks vermindert, wenn diesem kein Vorteil des Erwerbers gegenübersteht.³³²

Beispiel

aus der Praxis der Kommission³³³

Seit Anfang der 90er Jahre trug sich eine – nahe der dt Grenze liegende – nl Gemeinde mit dem Plan, das Stadtzentrum neu zu beleben. Ende der 90er Jahre erwarb die Gemeinde einige Grundstücke von sechs Bauunternehmen. Diese schlossen sich in der Folgezeit zusammen und entwarfen ein Projekt mit 58 Wohnungen und 11 Geschäftslokalen. Die Gemeinde schloss mit diesen Unternehmen eine Kooperationsvereinbarung, welche einen Zuschuss zur Abdeckung des zu erwartenden Verlustes vorsieht.

Im Februar 2004 ging bei der Kommission eine Beschwerde ein. Nach einem Schriftwechsel mit den Niederlanden wurde im September 2005 das Beihilfenverfahren eingeleitet.

Die Kommission prüfte ua die unentgeltliche Übereignung von Grundstücken an die Projektträger. Da die Gemeinde nach Ausführung des Projekts unentgeltlich Grundstücke erhalten sollte und diese wertmäßig entsprachen, lag jedoch insoweit keine Beihilfe vor.

Die Zusage des Zuschusses und die Übernahme eines Teiles der Haftung für Planungsschadenersatzansprüche qualifizierte die Kommission hingegen als Beihilfe. Diese Maßnahmen sah die Kommission jedoch unter der Bedingung als vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt an, dass nur der tatsächliche Verlust abgedeckt wird.

³³² Koenig/Kühling, Grundstücksveräußerungen, 413.

³³³ E d Kommission v 4.4.2006, Marktpassageplan Haaksbergen, ABI L 307/207.

Kapitel 4

RECHTSSCHUTZ

4.1 AUSWIRKUNGEN AUF BESTEHENDE KOOPERATIONEN

In letzter Zeit wird abgesehen vom primärrechtlich geforderten effektiven Rechtsschutz verstärkt die Frage diskutiert, welche Auswirkungen Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht auf abgeschlossene Verträge haben. Nicht umsonst wird vor der Gefahr für bestehende Verträge gewarnt.³³⁴

Einen Sonderfall bildet dabei die Frage der Auswirkungen der Aufhebung einer Entscheidung über den Zuschlag durch eine Nachprüfungsinstanz, zB den zuständigen Vergabekontrollsenat. Davon zu unterscheiden sind die Auswirkungen eines Urteils des EuGH in einem Vorabentscheidungsverfahren und in einem Vertragsverletzungsverfahren.

Art 2 Abs 6 der Rechtsmittelrichtlinien bestimmt, dass sich die Wirkungen der Befugnisse der Vergabekontrollinstanzen auf den „nach Zuschlagserteilung ... geschlossenen Vertrag“ nach mitgliedstaatlichem Recht richten.³³⁵ Art 2 Abs 6 der Rechtsmittelrichtlinien stellt jedoch eine Spezialregelung dar, welche nur im Geltungsbereich der Richtlinien Anwendung finden kann. Eine Verallgemeinerung für Vergaben außerhalb der Richtlinien scheidet mE aus, weil den Rechtsmittelrichtlinien selbst für Vergaben nach den Richtlinien nur beschränkte Wirkung zukommt.³³⁶ Des Weiteren sei auf die Rsp des EuGH betreffend Vertragsverletzungsverfahren verwiesen (s dazu unten).

Eine ähnliche Problematik besteht bei Urteilen des EuGH in Vorabentscheidungsverfahren. Denn diese wirken *ex tunc*,³³⁷ es sei denn, der EuGH beschränkt ausdrücklich die zeitliche Wirkung.³³⁸ Folglich waren der Auslegung widersprechende Maßnahmen der Mitgliedstaaten, einschließlich der Entscheidungen der Auftraggeber gemeinschaftsrechtswidrig. Das könnte bedeuten, dass diese Rechtswidrigkeit zu beseitigen ist, also etwa auch abgeschlossene Verträge „irgendwie aus der Welt geschafft“ werden müssten oder automatisch wegfallen.

4.1.1 Feststellung einer Vertragsverletzung

Die deutlichsten Aussagen zu einer eventuellen gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung zum Eingriff in bestehende Verträge lassen sich der Rsp des EuGH in Vertragsverletzungsverfahren entnehmen.

Bereits aus der älteren Rsp³³⁹ kann man eine grundsätzliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten zum Eingreifen in bestehende Verträge ableiten. Dagegen spricht auch nicht, dass der EuGH im Fall Wallonische Busse feststellte, dass ein Vertragsverletzungsverfahren nach der Durchführung

³³⁴ Müller, C-84/03, 252.

³³⁵ Öhler, Rechtsschutz, 178; Schenk 103f.

³³⁶ Verb Rs C-20 & 28/01, Slg 2003, I-3609, I-3644 (Rz 39), betreffend Vergaben nach den Richtlinien.

³³⁷ Borchardt, Rz 61 zu Art 234; Dausies 149; Gaitanides, Rz 94 zu Art 234.

Rs 61/79, Slg 1980, 1205ff; Verb Rs C-270 & 271/97, Slg 2000, I-929ff.

³³⁸ Zu den Voraussetzungen nach der Rsp des EuGH s Egger, Wirkungen, 528ff.

³³⁹ Rs C-87/94 R, Slg 1994, I-1395, I-1406 (Rz 37).

Rs C-328/96, Slg 1999, I-7479, I-7526 (Rz 79), betreffend die Verpflichtung zur zumutbaren Rückabwicklung.

Vgl Öhler, Vergaberecht, 777, der von der Pflicht zur Aufhebung spricht; s demgegenüber noch Öhler, Rechtsschutz, 265.

eines Vergabevertrages den Schaden nicht beseitigen kann.³⁴⁰ Denn der EuGH prüfte die Verpflichtung zum Eingreifen, obwohl die Durchführung sogar schon erfolgt war.

In der neueren Rsp erinnert der EuGH³⁴¹ stereotyp an die Verpflichtung des verurteilten Mitgliedstaates, die Maßnahmen zu ergreifen, die sich aus dem Urteil ergeben. Diese Maßnahmen sind sofort in Angriff zu nehmen und innerhalb kürzestmöglicher Zeit abzuschließen.³⁴² Dabei stellt sich grundsätzlich die Frage, bei welchen Verträgen überhaupt eine solche Verpflichtung besteht.

Unstreitig wird eine solche Pflicht in den Fällen angenommen, in denen der betreffende Vertrag fortwirkt.³⁴³ Davon geht der EuGH dort aus, wo dessen Erfüllung noch nicht abgeschlossen ist oder - anders gewendet: Mit Ablauf des Vertrages ist der Verstoß beendet.³⁴⁴

Grundsätzlich kommen alle Verträge in Betracht, bei denen noch nicht alle Wirkungen erschöpft sind, dh die sich im Stadium der Durchführung befinden. Als solche hat der EuGH sogar einen Vertrag qualifiziert, der bereits zu 85% abgeschlossen war, nämlich der Einbau eines Transportsystems für ein Kraftwerk.³⁴⁵

Am klarsten ist die Rechtslage bei Dauerschuldverhältnissen, wie Dienstleistungsaufträgen und -konzessionen, und zwar dann, wenn der entscheidungserhebliche Zeitpunkt, dh der Ablauf der von der Kommission in der begründeten Stellungnahme gesetzten Frist, in die Laufzeit des Vertrages fällt. Das hat der EuGH³⁴⁶ in Bezug auf einen Müllentsorgungsvertrag so judiziert.

Leicht zu beurteilen ist die Rechtslage auch dann, wenn es nur um die Ermächtigung zu einer konkreten Vergabe, also nicht die Vergabe selbst, geht. Diesbezüglich liegt ein Verstoß vor, wenn die Rechtsgrundlage, zB ein Gesetz oder eine Verordnung, noch in Kraft steht.³⁴⁷

4.1.2 Allgemeine Schlussfolgerungen

Bei nicht ausgeführten Vergaben bestehen also folgende zentrale Verpflichtungen:

- Verbot des Auftraggebers, die Erfüllung eines geschlossenen, aber nicht erfüllten Vergabevertrages zu verlangen³⁴⁸.

340 Dabei stützt sich Öhler, Vergaberecht, 777, auf die Rs C-87/94 R, Slg 1994, I-1395, I-1404 (Rz 31).

AA zurecht unter Hinweis auf dasselbe Verfahren Mattera, bus wallons, 170f.

341 Rs C-126/03, Slg 2004, I-11197, I-11218 (Rz 26); Rs C-414/03, ABI 2005 C 106/7, Rz 11.

342 Rs C-278/01, Slg 2003, I-14141, I-14177 (Rz 27), und die dort zit Rsp.

343 Verb Rs C-20/01 und C-28/01, Slg 2003, I-3609, I-3643 (Rz 34 bis 37); Schlussanhänge v GAin Trstenjak v 28.3.2007 in der Rs C-503/04, Nrn 68f.

344 Rs C-125/03, ABI 2004 C 262/10, Rz 13.

345 Rs C-394/02, Slg 2005, I-4713, I-4739 (Rz 19).

346 Rs C-125/03, ABI 2004 C 262/10; Rs C-414/03, ABI 2005 C 106/7, Rz 7.

347 Rs C-525/03, Slg 2005, I-9405ff.

348 So unter Bezug auf das österr Recht Wilhelm, Sieg, 84ff.

Dischenhofer/Öhler, CS 53, sprechen von einer Verpflichtung des Mitgliedstaates, was im Zusammenhang mit einem Vertragsverletzungsverfahren verständlich erscheint.

Vgl Öhler, Rechtsschutz, 264f.

Im Fall der Weigerung des Auftraggebers muss es dem interessierten Unternehmen, zB einem unterlegenen Bieter, möglich sein, das auch prozessual durchzusetzen, etwa mittels Unterlassungsklage, etwa um die Ausführung des Auftrages zu verhindern.

- Verpflichtung der Auftraggeber wie der Vergabekontrollinstanzen, den Auftrag zu beenden³⁴⁹ bzw aufzuheben³⁵⁰, zumindest, wenn der EuGH in einem Vertragsverletzungsverfahren einen Verstoß festgestellt³⁵¹. Dasselbe müsste auch für Vorabentscheidungsverfahren und generell, unabhängig von einem Urteil des EuGH gelten.³⁵²

Um die Zielsetzung des Gemeinschaftsrechts zu erreichen, ist das nationale Recht gemeinschaftsrechtskonform, insbesondere im Lichte des Effektivitätsgrundsatzes, auszulegen. Reicht eine solche Interpretation nicht aus oder ist sie nur begrenzt möglich, haben die zur unmittelbaren Anwendung verpflichteten Auftraggeber und Vergabekontrollinstanzen die entsprechenden materiell- und verfahrensrechtlichen Hindernisse beiseite zu lassen. So sind die Auftraggeber verpflichtet³⁵³, die ihnen zustehenden Rechte auszuüben, also gegebenenfalls etwa Anfechtungs- und Rücktrittsrechte geltend zu machen.³⁵⁴

Theoretisch können Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht alternativ verschiedene Rechtsfolgen oder Handlungspflichten auslösen:

- Unwirksamkeit (Nichtigkeit) ex lege oder
- Pflicht zur Beendigung, entweder
 - ex tunc oder
 - ex nunc oder ab einem Zeitpunkt in der Zukunft (Kündigung).

Ist ein Vergabevertrag nichtig, stellt sich die Frage der Rückabwicklung. Diese hat mangels gemeinschaftsrechtlicher Regelung nach mitgliedstaatlichem Recht zu erfolgen, etwa nach Bereicherungsrecht oder Schadenersatzrecht³⁵⁵.³⁵⁶ Auf dieser Ebene ist zwar der Vertrauensschutz zu berücksichtigen,³⁵⁷ doch setzt das das Bestehen eines geschützten Vertrauens voraus.

Die Grundsätze der Rechtssicherheit und der Verhältnismäßigkeit sind zwar zu berücksichtigen, doch stehen sie einer Beendigung eines Vertrages nicht grundsätzlich entgegen.³⁵⁸ Unverhält-

349 Bohne/Heinbuch 496.

350 Heuvels, Richtlinienverstoß, 33. Vgl Hausmann 330.

351 Frenz, Unterschwellenvergabe, 15f; Horn 670.

Vgl Bitterich, Bestandsschutz, 166f, der nur dann eine Verpflichtung zur Rückabwicklung annimmt, wenn die Kommission im ersten Vertragsverletzungsverfahren die Rückabwicklung gefordert hat.

352 Bitterich, Kündigung, 1849.

353 Rs C-328/96, Slg 1999, I-7479, I-7526 (Rz 79).

Bitterich, Kündigung, 1846; Öhler, Vergaberecht, 777; s hingegen Dischenhofer/Öhler, CS 53.

Vgl Eilmansberger, Schranken, 573.

354 Zu dieser Konstellation s Griller, Vergabeverstöße, 8.

Öhler, Vergaberecht, 778, beschränkt eine dahingehende Verpflichtung auf nicht erfüllte Verträge.

Das Rücktrittsrecht nach § 339 BVergG 2006 ist leider auf strafbare Handlungen beschränkt.

355 S Wilhelm, Vertragsabschluss, 383.

356 Dass die Aufhebung und Rückabwicklung im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens ausgeschlossen sei, kann mE aus dem Urteil in der Rs C-81/98, Slg 1999, I-7671, I-7710 (Rz 49f), nicht abgeleitet werden (Schramm 17).

357 S dazu Schenk 104f, demzufolge der Vertrag dann aufzuheben ist, wenn der erfolgreiche Bieter den Verstoß kannte und es daher an einem schützenswerten Vertrauen fehlt.

358 Niestedt NA169; Williams, Remediying, NA115f. Gegen die Berücksichtigung der Zumutbarkeit GAin Trstenjak in ihren Schlussanträgen v 28.3.2007 in der Rs C-503/04, Nr 74.

nismäßig wäre eine solche Verpflichtung, wenn es kein anderes gleich wirksames und weniger einschränkendes Mittel zur Beseitigung des Verstoßes gibt. Ob man daraus ableiten kann, dass bei Dauerschuldverhältnissen eine Auflösung ex nunc ausreicht,³⁵⁹ ist fraglich. Die Kommission jedenfalls hat sich mit einer Kündigung eines mehrjährigen Vertrages zufrieden gegeben, wobei sie freilich mit der Einleitung eines Verfahrens nach Art 228 EG-V entsprechend Druck ausgeübt hat.³⁶⁰ Bevor die Kündigung wirksam wird, kann daher ein Vertrag erfüllt werden, im Fall Mödling etwa über sieben Jahre lang.

4.2 RECHTSSCHUTZ IM RAHMEN VON PRIVATISIERUNGEN

Rechtsschutzfragen stellen sich auch dann, wenn die Rechtswidrigkeit einer Privatisierung in einem Verstoß gegen das Beihilfenverbot besteht. Abgesehen vom Rechtsschutz auf europäischer Ebene durch die Kommission, das GEI und den EuGH, haben auch österr Gerichte Rechtsschutz zu gewähren.

Aus der Pflicht der Mitgliedstaaten, die Rechte der einzelnen dagegen zu schützen, dass staatliche Stellen das Durchführungsverbot verletzen³⁶¹, lassen sich aus der unmittelbar anwendbaren Bestimmung des Art 88 Abs 3 IS EG-V bestimmte bereicherungs- und schadenersatzrechtliche³⁶² Ansprüche auf Feststellung, Unterlassung oder Beseitigung (uU auf UWG gestützt) einschließ- lich einstweiligen Rechtsschutzes ableiten.

359 S dazu Eilmansberger, Schranken, 574.

360 Verb Rs C-20 & 28/01, Slg 2003, I-3609ff, sowie das dazugehörige Zwangsgeldverfahren (Rs C-503/04), und Rs C-29/04, Slg 2005, I-9705ff.

361 S nur Rs C-354/90, Slg 1991, I-5505ff.

362 Lipka 244; Th Jaeger 655f.

Zur Einschränkung und zum Ausschluss des Anspruches s H Seidel 154ff.

LITERATURVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis (zit ohne Titel oder mit Kurztitel in kursiv)

- Arrowsmith, Sue, Some Problems in *Delimiting* the Scope of the Public Procurement Directives: Privatisations, Purchasing Consortia and In-house Tenders, PPLR 1997, 198ff.
- Arrowsmith, Sue, *E-Commerce* Policy and the EC Procurement Rules: The Chasm between Rhetoric and Reality, CMLR 2001, 1446ff.
- Arrowsmith, Sue, *The Law of public and utilities procurement*, 2. Aufl, 2005.
- Arrowsmith, Sue, *The Application of the E.C. Treaty Rules to Public and Utilities Procurement*, PPLR 1995, 255ff.
- Bach, Albrecht, *Wettbewerbsrechtliche Schranken für staatliche Maßnahmen nach europäischem Gemeinschaftsrecht*, 1992.
- Baldinato, Massimo, Breve nota alla sentenza *Coname*: alcune interessanti affermazioni della Corte di giustizia sull'applicazione del principio de trasparenza negli appalti pubblici, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* 2005, 1426ff.
- Bartosch, Andreas, *Die Kommissionspraxis nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache Altmark – Worin liegt das Neue?*, *EuZW* 2004, 295ff.
- Bartosch, Andreas, *Schnittstellen zwischen öffentlicher Auftragsvergabe und europäischem Beihilferecht*, *WuW* 2001, 673ff.
- Bauer, Lukas, *Das Ende der In-House-Vergabe*, *ZVB* 2005, 264ff.
- Bauer, Günther, *Wettbewerbsbeschränkungen durch Staaten? Die Verantwortung der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft für den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt*, 1990.
- Baur, Jürgen F./Matthey, Philip, *Rechtliche Anforderungen an die Vergabe von Energiespar-Contracting-Aufträgen*, 1998.
- Bergmann, Tina, *Die Vergabe öffentlicher Aufträge und das In-house-Geschäft*, 2005.
- Bitterich, Klaus, *Kein „Bestandsschutz“ für vergaberechtswidrige Verträge gegenüber Aufsichtsmaßnahmen nach Art. 226 EG*, *EWS* 2005, 162ff.
- Bitterich, Klaus, *Kündigung vergaberechtswidrig zu Stande gekommener Verträge durch öffentliche Auftraggeber*, *NJW* 2006, 1845ff.
- Bock, Christian, *Das europäische Vergaberecht für Bauaufträge*, 1993.
- Boesen, Arnold, *Vergaberecht (zit mit Rz zum jeweiligen § des GWB)*, 2000.
- Bogdandy, Armin v, *Kommentar zu Art 12 (zit mit Rz)*, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard (Hgg), *Das Recht der Europäischen Union, Loseblattsammlung (27. Ergänzungslieferung)*.
- Bohne, Jochen/Heinbuch, Holger, *Die Dienstleistungskonzession als Privatisierungsmodell in der kommunalen Abwasserversorgung*, *NVwZ* 2006, 489ff.
- Borchardt, Klaus-Dieter, *Kommentar zu Art 234 (zit mit Rz)*, in: Lenz, Carl Otto (Hg), *EG-Vertrag*, 3. Aufl, 2003.
- Bovis, Christopher H, *Developing Public Procurement Regulation: Jurisprudence and its Influence on Law making*, *CMLRev* 2006, 461ff.
- Brancaccio, L, *Il diritto comunitario si applica anche agli appalti sottosoglia*, *Anm zu C-59/00, Diritto Pubblico comparato ed europeo* 2002, II, 777ff.
- Braun, Christian, *Ausschreibungspflichtigkeit des Verkaufs von Gesellschaftsanteilen*, *VergabeR* 2006, 657ff.
- Braun, Christian/Hauswaldt, Christian, *Vergaberechtliche Wirkung der Grundfreiheiten und das Ende der Inländerdiskriminierung? – Zugleich eine Anmerkung zum EuGH-Urteil Coname*, *EuZW* 2006, 176ff.
- Braun, Peter, *A Matter of Principle(s) – The Treatment of Contracts Falling Outside the Scope of the European Public Procurement Directives*, *PPLR* 2000, 39ff.
- Brown, Adrian, *Transparency Obligations Under the EC Treaty in Relation to Public Contracts that Fall Outside the Procurement Directives: A Note on Case C-231/03*, *PPLR* 2005, NA153ff.
- Brown, *Seeing Through Transparency: the Requirement to Advertise Public Contracts and Concessions Under the EC Treaty*, *PPLR* 2007, 1ff.

- Burgi, Martin, Die Vergabe von *Dienstleistungskonzessionen*: Verfahren, Vergabekriterien, Rechtsschutz, NZBau 2005, 610ff.
- Burgi, Martin, Kommunales *Privatisierungsfolgenrecht*: Vergabe, Regulierung und Finanzierung, NVwZ 2001, 601ff.
- Casati, Claus, *Mergers & Acquisitions* in den Fängen des Vergaberechts, RPA 2001, 58ff.
- Cassia, Paul, Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement, RTDE 2002, 413ff.
- Cox, Helmut, Öffentliche Dienstleistungen künftig im obligatorischen Ausschreibungswettbewerb? Zur Initiative der Europäischen Kommission zur Ausschreibungspflicht bei öffentlichen Dienstleistungskonzessionen, in: Ausschreibungswettbewerb bei öffentlichen Dienstleistungskonzessionen, 2003, 43ff.
- D'Sa, Rose M., When is aid not State aid?: the implications of the English partnerships decision for European competition law and policy, ELR 2000, 139ff.
- Daniele, Luigi, Non-Discriminatory Restrictions to the Free Movement of Persons, ELR 1997, 191ff.
- Dausers, Manfred, C.I, Warenverkehr, Grundregeln (zit mit Rz), in: Dausers, Manfred (Hg), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Loseblattsammlung (5. Ergänzungslieferung).
- Dausers, Manfred, Das Vorabentscheidungsverfahren, 2. Aufl, 1995.
- Defalque, Lucette, Les restrictions quantitatives et les mesures d'effet équivalentes, in: Commentaire Megret, Bd1, 2. Aufl, 1992, 201ff.
- Dietlein, Johannes, Anteils- und Grundstücksveräußerungen als Herausforderung für das Vergaberecht, NZBau 2004, 472ff.
- Dischendorfer, Martin/Stempkowski, Martin, The Interplay Between the EC Rules on Public Procurement and State Aid, PPLR 2002, NA47ff.
- Dischenhofer [recte: Dischendorfer], Martin/Öhler, Matthias, Case C-81/98: The Ability to Challenge the Contract Award Decision under Community law, PPLR 2000, CS 54ff.
- Dony-Bartholmé, Marianne, La notion d'aide d'état, CDE 1993, 399ff.
- Dörr, Oliver, Infrastrukturförderung (nur) nach Ausschreibung?, NZBau 2005, 617ff.
- Dreher, Meinrad, Kommentar zu § 99, 100 (zit mit Rz), in: Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst Joachim (Hgg), Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 3. Aufl, 2001.
- Dreher, Meinrad, Public Private *Partnerships* und Kartellvergaberecht – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaften, In-house-Vergabe, Betreibermodell und Beleihung Privater, NZBau 2002, 245ff.
- Dreher, Meinrad, Die beihilfenrechtliche *PPP-Ausschreibung*, ZWeR 2005, 121ff.
- Dullinger, Kurt, Ausgliederung und Gesellschaftsgründungen im Bereich der Abfallwirtschaft aus Sicht des EU-Vergaberechts (2. Teil), ÖGZ 2001/6, 27ff, und (3. Teil), ÖGZ 2001/8, 33ff.
- Egger, Alexander, Die Beschränkung der zeitlichen *Wirkungen* von Urteilen in Vorabentscheidungsverfahren, Österreichisches Anwaltsblatt 2001, 528ff.
- Eggers, Carsten/Malmendier, Bertrand, Strukturierte Bieterverfahren der öffentlichen Hand – Rechtliche Grundlagen, Vorgaben an Verfahren und Zuschlag, Rechtsschutz, NJW 2003, 780ff.
- Eilmansberger, Thomas, Vergaberechtliche *Schranken* von Ausgliederungen und Privatisierungen, JBI 2001, 562ff.
- Eilmansberger, Thomas, Die Bedeutung der *Subventionierung* von Auftraggebern und Bietern im Vergabeverfahren, RPA 2004, 78ff.
- Eilmansberger, Thomas, *Überlegungen* zum Zusammenspiel von Vergaberecht und Beihilfenrecht, WuW 2004, 384ff.
- Elsner, Bernt/Reich-Rohrwig, Johannes, PPP und Gesellschaftsrecht, ecolex 2005, 10ff.
- Endler, Jan, Privatisierungen und Vergaberecht, NZBau 2002, 125ff.
- Esch, Oliver, öffentliche Aufgabendurchführungsübertragung als ausschreibungspflichtige Beschaffung von Marktleistungen am Beispiel rettungsdienstlicher Leistungen, VergabeR 2006, 193ff.
- Eschenbruch, Klaus, Kommentar zu § 98 (zit mit Rz), in: Niebuhr, Frank/Kulartz, Hans-Peter/Kus, Alexander/Portz, Norbert, Kommentar zum Vergaberecht, 4. Teil des GWB, 2000.
- Faber, Angela, *Öffentliche Aufträge* an kommunalbeherrschte Unternehmen – in-house-Geschäfte oder Vergabe im Wettbewerb?, DVBI 2001, 248ff.

- Fernández Martín, José Maria, *The EC Public Procurement Rules*, 1996.
- Fernández Martín, José Maria/Stehmann, Oliver, Product Market Integration versus Regional Cohesion in the Community, *ELR* 1991, 216ff;
- Fischer, Hans Georg, Öffentliche *Aufträge* im Spannungsfeld zwischen Vergaberecht und europäischem Beihilfenrecht, *VergabeR* 2004, 1ff.
- Flamme, Philippe/Flamme, Maurice-André/Dardenne, Claude, *Les marchés publics européens et belges*, 2005.
- Flömer, Volker/Tomerius, Stephan, Interkommunale Zusammenarbeit unter Vergaberechtsvorbehalt?, *NZBau* 2004, 660ff.
- Frenz, Walter, *Ausschreibungspflicht* bei Anteilsveräußerungen und Einzelgesellschaften – In-House-Geschäfte nach den Urteilen Bari und Carbotermino, *NJW* 2006, 2665ff.
- Frenz, Walter, Allgemeine *Grundsätze* des Vergaberechts – Das EuGH Urteil ANAV/Comune di Bari, *EWS* 2006, 347ff.
- Frenz, Walter, Ausschreibungspflicht einer *Übertragung* von Gesellschaftsanteilen?, *DÖV* 2002, 186ff.
- Frenz, Walter, *Unterschwelvenvergaben*, *VergabeR* 2007, 1ff.
- Fruhmann, Michael, Komm zu § 6 (zit mit Rz), in: Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, *Bundesvergabegesetz 2002*, 2005.
- Fruhmann, Michael, Das *Vergaberegime* des EG-Vertrags, *ZVB* 2006, 261ff.
- Gabriel, Marc, Die Kommissionsmitteilung zur öffentlichen Auftragsvergabe außerhalb der EG-Vergaberichtlinien, *NVwZ* 2006, 1262ff.
- Gaitanides, Charlotte, Kommentar zu den Art 226, 234 sowie 242, 243 (zit mit Rz), in: Groeben, Hans v d/Schwarze, Jürgen/Bardenhewer-Rating, Angela (Hgg), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6. Aufl, 2003-2004.
- Giorello, Marco, Gestions in house, entreprises publiques et marchés publics: la Cour de justice au croisement des chemins du marché intérieur et des services d'intérêts économique général, *RDUE* 2006, 23ff.
- Gnittke, Katja/Siederer, Wolfgang, Ausschreibungspflichten im Zusammenhang mit gemischtwirtschaftlichen Entsorgungsunternehmen, *ZVgR* 2000, 236ff.
- Götz, Walter, Öffentliche *Beschaffungsmärkte* und Europarecht: die Transparenz- und Teilnahmebestimmungen der Vergaberichtlinien in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, 1999.
- Greb, Klaus, Anm zu *C-438/03*, *VergabeR* 2005, 745ff.
- Greb, Klaus/Kaelble, Hendrik, Die beihilfenrechtliche Unwirksamkeit der De-facto-Vergabe öffentlicher Aufträge über Marktpreis, *WuW* 2006, 1011ff.
- Griller, Stefan, Qualifizierte *Vergabeverstöße* gegen das Vergaberecht – Der Fall St. Pölten, *ecolex* 2000, 4ff.
- Gröning, Jochem, Public Private *Partnership* unter den Zwängen des Vergabe-, Gemeindefirtschafts- und Wettbewerbsrechts, *ZIP* 2001, 497ff.
- Guézou, Olivier, Droit communautaire des marchés publics – Principes des traités, Fasc 42, *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics* (08, 2006).
- Guillermin, Guy, *La Réglementation Communautaire des Marchés Publics*, 1988.
- Hailbronner, Kay, *B 2*, Marktfreiheiten und Vergaberichtlinien, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard (Hgg), *Das Recht der Europäischen Union*, Band IV Sekundärrecht, B. Öffentliches Auftragswesen (hg v Hailbronner, Kay), *Loseblattsammlung* (25. Ergänzungslieferung).
- Hailbronner, Kay, Die *Neugestaltung* des Vergabewesens durch die Europäische Gemeinschaft, in: Ipsen, Jörn (Hg), *Öffentliches Auftragswesen im Umbruch*, 1997, 19ff.
- Hailbronner, Kay/Weber, Claus, Die Neugestaltung des Vergabewesens durch die Europäische Gemeinschaft, *EWS* 1997, 73ff.
- Hattig, Oliver/Ruhland, Bettina, Die Rechtsfigur der *Dienstleistungskonzession*, *NZBau* 2005, 626ff.
- Hausmann, Friedrich Ludwig, Ausschreibung von Dienstleistungskonzessionen – Chancen und Risiken, *VergabeR* 2007, 325ff.
- Hausmann, Friedrich Ludwig, Anm zu *C-231/03*, *VergabeR* 2005, 612ff.
- Heidenhain, Martin, Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot des Art. 88 III 3 EG, *EuZW* 2005, 135ff.

- Hertel, Karl-August/Recktenwald, Claus, Die Privatisierung der öffentlichen Entsorgung durch eine gesamtwirtschaftliche Gesellschaft des Handelsrechts und das Vergaberecht, NZBau 2001, 538ff.
- Heuvels, Klaus, Fortwirkender *Richtlinienverstoß* nach De-facto-Vergaben, NZBau 2005, 32ff.
- Hillger, Jens, The Award of a Public Contract as State Aid within the Meaning of Article 87 (1) EC, PPLR 2003, 109ff.
- Hochbaum, Ingfried F/Klotz, Robert, Kommentar zu Art 86 (zit mit Rz), in: Groeben, Hans v d/Schwarze, Jürgen/Bardenhewer-Rating, Angela (Hgg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl, 2003-2004.
- Hoffer, Raoul/Barbist, Johannes, Privatisierung und Vergaberecht, ecolex 2004, 246ff.
- Holoubek, Michael, Der *Staat* als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL, H 60, 2001, 513ff.
- Holoubek, Michael, Vergaberechtliche *Steuerungsmöglichkeiten* bei möglicherweise zu geringem Wettbewerb, in: Oberndorfer/Wolkerstorfer, Der Bauvertrag aus ganzheitlicher Sicht, 2004, 27ff.
- Holoubek, Michael, *Zuschlagsbekämpfung* im Vergaberecht?, ecolex 2000, 10ff.
- Hölzl, Franz Josef, Anm, VergabeR 2006, 109ff.
- Horn, Lutz, Verstoß gegen Ausschreibungspflichten: festgestellte Gemeinschaftswidrigkeiten und Rechtsfolgen für die abgeschlossenen Verträge, VergabeR 2006, 667ff.
- Jaeckel, Liv, Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2001.
- Jaeger, Thomas, Durchführungsverbot und rückwirkende Beihilfengenehmigung: eine Kritik der österreichischen Rechtsprechung zu rechtswidrig durchgeführten, mit dem Gemeinsamen Markt vereinbarten Beihilfen, ZfV 2003, 645ff.
- Jaeger, Wolfgang, *Public Private Partnership* und Vergaberecht, NZBau 2001, 6ff.
- Jaeger, Wolfgang, *Verträge* kommunaler Körperschaften sowie ihrer eigenen und gemischtwirtschaftlicher Gesellschaften über Energiebezug und Kartellvergaberecht, in: Büdenbender, Ulrich/Kühne, Gunter/Baur, Jürgen F. (Hgg), Das neue Energierecht in der Bewährung; Bestandsaufnahme und Perspektiven, Baur-FS, 2002, 455ff.
- Jasper, Jan-Erik, *Privatisierung* und EG-Vergaberecht, 2001.
- Jasper, Ute, *Neue Hürden* für Privatisierungen, Behörden Spiegel-September 2000, B V.
- Jasper, Ute/Arnold, Hans, Die Ausschreibungspflicht im Fall der „Stadt Mödling“, NZBau 2006, 24ff.
- Jennert, In-house-Vergabe nach „Carbotermo“: Bei der kommunalen GmbH möglich, beim Zweckverband nicht?, NZBau 2006, 421ff.
- Jennert, Carsten, Vergabefremde *Kriterien* – keine Beihilfen, sondern gemeinwirtschaftliche Pflichten, NZBau 2003, 417ff.
- Jennert, Carsten, Das Urteil „*Parking Brixen*“: Übernahme des Betriebsrisikos als rechtssicheres Abgrenzungsmerkmal für die Dienstleistungskonzession? – Der EuGH stellt die Kommunen vor die Entscheidung für In-house-Privilegierung oder Beteiligung am Wettbewerb, NZBau 2005, 623ff.
- Kahl, Arno, Der weiterentwickelte Ausgleichsansatz in der Daseinsvorsorge, wbl 2003, 401ff.
- Kämmerer, Jörn Axel, *Privatisierung*: Typologie-Determinanten-Rechtspraxis-Folgen, 2001.
- Kayser, Elke, Nationale Regelungsspielräume im öffentlichen Auftragswesen und gemeinschaftsrechtliche Grenzen, 1999.
- Kerssenbrock, Trutz v, Ist der Verkauf von Geschäftsanteilen oder Aktienmehrheiten kommunaler Stromversorger einem Vergabeverfahren gemäß §§ 97ff GWB zu unterziehen?, WuW 2001, 122ff.
- Kersting, Andreas/Siems, Thomas, Ausschreibungspflicht für staatliche Kooperationen?, DVBl 2005, 477ff.
- Klein, Sebastian, Veräußerung öffentlichen Anteils- und Grundstücksvermögens nach dem Vergaberecht, VergabeR 2005, 22ff.
- Koenig, Christian, Die neuen EG-beihilfenrechtlichlichen Kompensationsmaßstäbe in der Daseinsvorsorge: das Altmark-Urteil in der Praxis: Nettomehrkosten minus Monopolabschlag?, BB 2003, 2185ff.
- Koenig, Christian, EG-beihilfenrechtliche *Beteiligung* privater Gesellschaften an gemischt öffentlich-privaten Gemeinschaftsunternehmen, EuZW 2006, 203ff.
- Koenig, Christian/Haratsch, Andreas, Die Ausschreibung von Versorgungsgebieten in der Wasserwirtschaft, DVBl 2004, 1387ff.
- Koenig, Christian/Hentschel, Kristin, Beihilfeneempfänger als Bieter im Vergabeverfahren, NZBau 2006, 289ff.

- Koenig, Christian/Kühling, Jürgen, *Diskriminierungsfreiheit, Transparenz und Wettbewerbsoffenheit des Ausschreibungsverfahrens – Konvergenz von EG-Beihilfenrecht und Vergaberecht*, NVwZ 2003, 779ff.
- Koenig, Christian/Kühling, Jürgen, *Grundstücksveräußerungen der öffentlichen Hand, planerischer Wandel und EG-Beihilfenrecht*, NZBau 2001, 409ff.
- Koenig, Christian/Kühling, Jürgen/Ritter, Nicolai, *EG-Beihilfenrecht*, 2. Aufl., 2005.
- Koenig, Christian/Pfromm, René, *Die Förderlogik des EG-beihilfenrechtlichen Ausschreibungsverfahrens bei PPP-Daseinsvorsorge-Infrastrukturen*, NZBau 2004, 375ff.
- Kristoferitsch, Hans, *Eine „vergaberechtliche Interpretation“ des Bietverfahrens bei Privatisierungen? – Zum Rechtsschutz für unterlegene Bieter in Privatisierungsverfahren*, EuZW 2006, 428ff.
- Krutisch, Dominic, *Materielle Privatisierung – Wann unterliegen Veräußerungen von Geschäftsanteilen dem Vergaberecht?*, NZBau 2003, 650ff.
- Leibenath, Christoph, *Gemeinschaftliches Beihilfenrecht und mitgliedstaatliche Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge*, EuR 2003, 1052ff.
- Lipka, Ron, *Beihilferechtliche Anforderungen an Vergabeverfahren*, 2005.
- Losch, *Interkommunale Zusammenarbeit – wie weit reicht das Vergaberecht?*, VergabeR 2006, 627ff.
- Lübbig, Thomas/Martin-Ehlers, Andrés, *Beihilfenrecht der EU*, 2003.
- Lurger, Stefan, *PPP und Vergaberecht*, ecolex 2004, 242ff.
- Lutz, Martin, *Vergaberegime außerhalb des Vergaberechts?*, WuW 2006, 890ff.
- Mameli, Barbara, *Concessioni e pubblici servizi*, RDPC 2001, 63ff.
- Marchegiani, Giannangelo, *La nozione di stato inteso in senso funzionale nelle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e sua rilevanza nel contesto generale del diritto comunitario*, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario 2002, 1233ff.
- Marx, Fridhelm, *Kommentar zu § 99 GWB (zit mit Rz)*, in: Motzke, Gerd/Pietzker, Jost/Prieß, Hans-Joachim (Hgg), *Beck'scher VOB-Kommentar*, 2001.
- Mattera, Alfonso, *L'ordonnance du 22 avril 1994 sur les «bus wallons»: un échec pour la Commission, une victoire pour les marchés publics*, RMUE 1994/2, 161ff.
- Mattera, Alfonso, *La communication interprétative de la Commission sur les concessions de services d'utilité: un instrument de transparence et de libéralisation*, RDUE 2000, 253ff.
- Mattera, Alfonso, *Le marché unique européen*, 2. Aufl., 1990.
- Mattera, Alfonso, *De l'arrêt «Dassonville» à l'arrêt «Keck». L'obscurité clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions*, RMUE 1994/1, 117ff.
- Mattera, Alfonso, *La politique communautaire des marchés publics: nécessité ou souci de perfectionnisme?*, RMUE 1996/4, 9ff.
- Mehlitz, Jenny, *Der Verkauf von Geschäftsanteilen durch öffentliche Auftraggeber unterliegt nicht dem Vergaberecht*, WuW 2001, 569ff.
- Meyer, Dirk, *Zur Rechtslage des ÖPNV nach dem Altmark Trans-Urteil des EuGH*, WuW 2004, 1012ff.
- Mietzsch, Oliver, *EuGH zum öffentlichen Nahverkehr – mehr Fragen als Antworten*, ÖGZ 2003, H 12, 7ff.
- Möschel, Wernhard, *Privatisierung und öffentliches Vergaberecht*, WuW 1997, 120ff.
- Müller, Bernhard, *Anm zu C-84/03*, ZVB 2005, 251f.
- Müller, Bernhard, *Neues zu Auftragsvergaben mit anschließender Privatisierung*, RPA 2005, 160ff.
- Müller, Theodor, *Kommentar zu § 1a (zit mit Rz)*, in: Daub, Walter/Eberstein, Hans Herrmann (Hgg), *Kommentar zur VOL/A*, 5. Aufl., 2000.
- Müller-Graff, Peter-Christian, *Kommentar zu Art 28 und 30 (zit mit Rz)*, in: Groeben, Hans v d/Schwarze, Jürgen/Bardenhewer-Rating, Angela (Hgg), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6. Aufl., 2003-2004.
- Müller-Wrede, Malte, *Örtliche Präsenz, Ortsnähe und Ortsansässigkeit als Wertungskriterien – eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes?*, VergabeR 2005, 32ff.

- Müller-Wrede, Malte, Kommentar zu § 99 GWB sowie zu § 16 VgV (zit mit Rz), in: Ingenstau/Korbion, VOB – Teile A und B – Kommentar, 15. Aufl, 2003.
- Müller-Wrede, Malte/Greb, Klaus, Anm zu C-84/03, VergabeR 2005, 184f.
- Neumayr, Florian, *Value for money v. equal treatment*, PPLR 2002, 215ff.
- Niestedt, Marian, *Penalties Despite Compliance?*, A Note on Case C-503/04, Commission v Germany, PPLR 2005, NA164ff.
- Noch, Rainer, Wettbewerbsrechtliche *Aspekte* öffentlicher Auftragsvergabe in der Rechtsfindung der Vergabeüberwachungsausschüsse und Gerichte, WuW 1998, 1059ff.
- Öhler, Matthias, *Rechtsschutz* bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union: zugleich ein Beitrag zur Durchsetzung des europäischen Gemeinschaftsrechts, 1997.
- Öhler, Matthias, *Vergaberecht: Anfechtbarkeit der Zuschlagsentscheidung und Aufhebung bereits erteilter Aufträge*, RdW 1999, 774ff.
- Oliver, Peter, *Free Movement of Goods*, 4. Aufl, 2003.
- Opitz, Marc, Anm zu C-29/04, VergabeR 2006, 52f.
- Opitz, Marc, Kontraktive *Privatisierung* und Kartellvergaberecht, ZVgR 2000, 97ff.
- Otting, Olaf, *Privatisierung* und Vergaberecht, VergabeR 2002, 11ff.
- Pechstein, Matthias/Kubicki, Philipp, Dienstleistungsfreiheit im Baugewerbe für polnische Handwerker, EuZW 2004, 167ff.
- Pernice, Ingolf/Wernicke, Stephan, Kommentar zu Art 86 (zit mit Rz), in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard (Hgg), Das Recht der Europäischen Union, Loseblattsammlung (21. Ergänzungslieferung).
- Pielow, Johann-Christian, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung: Vorgaben des europäischen Gemeinschaftsrechts sowie des französischen und deutschen Rechts unter besonderer Berücksichtigung der Elektrizitätswirtschaft, 2001.
- Pijnacker Hordijk, Erik/Meulenbelt, Maarten, A Bridge Too Far: Why the European Commission's Attempts to Construct an Obligation to Tender outside the Scope of the Public Procurement Directives should be Dismissed, PPLR 2005, 123ff.
- Portz, Anm, *VergabeR 2006*, 96ff.
- Pospischill, Martin, Rechtsfolgen des EuGH-Urteils in der Causa Magdeburg für die österreichischen Kommunen, ÖGZ 2003, H 12, 12ff.
- Potacs, Michael, *Ausgliederungen* und Finanzdienstleistungen, in: Potacs, Michael (Hg), Beiträge zum Kärntner Vergaberecht, 2000, 79ff.
- Potacs, Michael, *Einrichtungen* des öffentlichen Rechts im Sinne der Vergaberichtlinien: Unterliegt der Akt der Ausgliederung dem Vergaberecht, in: Rill, Heinz Peter/Griller, Stefan (Hgg), Grundfragen der öffentlichen Auftragsvergabe, 2000, 35ff.
- Potacs, Michael, *Neubestimmung* der In-house-Vergabe, ZfV 2005, 513ff.
- Prieß, Hans-Joachim, *Handbuch* des europäischen Vergaberechts: Gesamtdarstellung der EU/EWR-Vergaberegeln mit Textausgabe, 3. Aufl, 2005.
- Prieß, Hans-Joachim, *Privatisations* and the E.C. Public Procurement Rules, PPLR 1998, 1ff.
- Prieß, Hans-Joachim/Pitschas, Christian, Die *Vereinbarkeit* vergabefremder Zwecke mit dem deutschen und europäischen Vergaberecht, ZVgR 1999, 144ff.
- Pünder, Hermann, Die Vergabe öffentlicher Aufträge unter den Vorgaben des europäischen Beihilferechts, NZBau 2003, 530ff.
- Ricatte, Jean, *Marchés Publics*, Gazette du Palais, 1992, Nr 94-96, 2ff.
- Rittwage, Ralf, Einzel- und Gesamtrechtsnachfolge bei öffentlichen Aufträgen, VergabeR 2006, 327ff.
- Roth, Peter Michael, in: Bellamy, Christopher ua, European Community law of Competition, 5. Aufl, 2001.
- Sack, Rolf, Staatliche *Regelungen* sogenannter „Verkaufsmodalitäten“ und Art. 30 EG-Vertrag, EWS 1994, 37ff.
- Schenk, Michael, Das neue Vergaberecht: Auslegung und Anwendung am Maßstab des Gemeinschaftsrechts, 2001.
- Schimanek, Peter, Die Ausschreibungspflicht von Privatisierungen, NZBau 2005, 304ff.
- Schramm, Johannes, Anm zu Rs C-81/98, ZVgR 2000, 13ff.

- Schröder, Holger, Vergaberechtliche *Probleme* bei der Public-Private-Partnership in Form der gemischt-wirtschaftlichen Unternehmung, NJW 2002, 1831ff.
- Schwarze, Jürgen, Der Staat als *Adressat* des europäischen Wettbewerbsrechts, EuZW 2000, 613ff.
- Schwartz, Walter, *PPP* und Vergaberecht, *ecolex* 2005, 14ff.
- Seidel, Holger, Die Auswirkungen des europäischen Beihilferechts auf privatrechtliche Subventionsverträge, 2003.
- Semler, Franz Jörg, Das Diskriminierungsverbot bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Diss München, 1968.
- Sinnaeve, Adinda, State Financing of Public Services; The Court's Dilemma in the Altmark Case, *European State Aid Quarterly* 2003, 351ff.
- Stapenhorst, Hermann, Outsourcing und Vergaberecht, *VgR* 3/97, Vff.
- Steiff, Jakob, *EU-Osterweiterung*, Grundfreiheiten und Vergaberecht, NZBau 2004, 75ff.
- Stemmer, Michael/Aschl, Martina, Gründung und Handeln kommunaler Gesellschaften und kommunale Zusammenarbeit unter dem Blickwinkel des Vergaberechts, *VergabeR* 2005, 287ff.
- Stolz, Kathrin, Das öffentliche Auftragswesen in der EG, 1991.
- Storr, Stefan, *Public-Public-Partnerships*: Grundfragen gemeinsamer Aufgabenerfüllung durch Gemeinden, *wbl* 2005, 555ff.
- Thieme, Hinrich, Kommentar zu § 99 GWB (zit mit Rz), in: Bunte, Hermann-Josef (Hg), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 9. Aufl, 2001.
- Tomerius, Stephan, Kommunale Abfallwirtschaft und Vergaberecht, *NVwZ* 2000, 727ff.
- Thyri, Peter, Gemeinwirtschaftliche Dienstleistungsaufträge zwischen Beihilfenanmeldung und Vergabeverfahren – Zur Altmark-Trans-Entscheidung des EuGH, *ÖZW* 2003, 127ff.
- Tiedje, Jürgen/Troberg, Peter, Kommentar zu den Art 43, 49 und 50 (zit mit Rz), in: Groeben, Hans v d/Schwarze, Jürgen/Bardenhewer-Rating, Angela (Hgg), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6. Aufl, 2003-2004.
- Todino, Mario/Lüder, Tilman, La jurisprudence «Keck» en matière de publicité: vers un marché unique inachevé?, *RMUE* 1995/1, 171ff.
- Trepte, Peter-Armin, *Public Procurement in the EC*, 1993.
- Triantafyllou, Dimitri, *Les règles de la concurrence et l'activité étatique y compris les marchés publics*, RTDE 1996, 57ff.
- Wainwright, Richard, *Marchés publics*. Refonte des directives, *RMC* 2001, 394ff.
- Wainwright, Richard, *Legal Reforms in Public Procurement*, *YEL* 10 (1990) 1991, 133ff.
- Wainwright, Richard/Melgar, Virginia, Bilan de l'article 30 après vingt ans de jurisprudence: de Dassonville à Keck et Mithouard, *RMC* 1994, 533ff.
- Weber, Martin, *Anm*, *VergabeR* 2006, 791ff.
- Wellmann, Susanne Rachel, Nochmals: Anforderungen an die Ausschreibung von Privatisierungsgestaltungen in der öffentlichen Entsorgungswirtschaft, *NZBau* 2002, 431ff.
- Welter, Erich, *Der Staat als Kunde*, 1960.
- Wilhelm, Georg, Bestbieters *Sieg* im Vergabestreit, 1999.
- Wilhelm, Georg, Das schale Salz der Vergabegesetze und wie das Salz gesalzen wird – Erzwingbarer *Vertragsabschluss* mit dem Bestbieter, *ecolex* 1998, 381ff.
- Williams, Rhodri, *Remedying a Breach of Community Law*, *PPLR* 2003, NA109ff.
- Wölker, Ulrich/Grill, Gerhard, Kommentar zu Art 39 (zit mit Rz), in: Groeben, Hans v d/Schwarze, Jürgen/Bardenhewer-Rating, Angela (Hgg), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6. Aufl, 2003-2004.
- Zeiss, Christopher, Beleihung: Ende einer lieb gewonnenen Ausnahme von der Ausschreibungspflicht?, *DVBI* 2003, 435ff.
- Ziekow, Jan, Vergabefremde *Zwecke* und Europarecht, *NZBau* 2001, 72ff.

BISHER ERSCHIENENE PUBLIKATIONEN IN DER SCHRIFTENREIHE DES ÖSTERREICHISCHEN STÄDTEBUNDES

- 1.2003 Bundesvergabegesetz 2002**
Claus Casati, Michael Holoubek
- 2.2003 Leitfaden zum Fundwesen**
- 3.2003 E-Government – Chance für Österreichs Städte und Gemeinden**
Elisabeth Dearing, Bernhard Krabina, Alexander Maimer, Otmar Pilgerstorfer,
Thomas Prorok, Ronald Sallmann
- 4.2003 Statuten des Österreichischen Städtebundes**
- 1.2004 Leitfaden zu den Europäischen Wettbewerbsregeln
für staatliche Beihilfen**
Renate Schohaj
- 2.2004 Open Source Software – Einsatz in der öffentlichen Verwaltung**
Emil Georgiev, Gottfried Haber, Julia Reifensteiner, Ronald Sallmann
- 1.2005 Der Österreich-Konvent aus Sicht des Österreichischen Städtebundes**
Mag. Ulrike Huemer
- 2.2005 Daseinsvorsorge – Dienstleistungen von allgemeinem Interesse**
Mag. Renate Schohaj
Mag. Angelika Koman (D.A.E.S. Brügge)
- 3.2005 Facility Management – ein Leitfaden für die Praxis**
Mag. Alexander Maimer, Mag. (FH) Markus Hödl,
Dr. Helmut Schuchter, Univ.-Prof. Dr. Christian Nowotny
- 1.2006 Internet, E-Government und Recht**
Univ.-Prof. DDr. Walter Blocher, Dr. Wilfried Connert, Dr. Albrecht Haller
MR Dr. Waltraut Kotschy, Dr. Clemens Thiele, Erhard Vallant
Prof. Dr. Andreas Wiebe, LL.M.
- 2.2006 Neue steuerliche Aspekte bei der Getränkesteuer**
Dr. Peter Mühlberger
Dr. Siegfried Ott
- 3.2006 Bundesvergabegesetz 2006**
Dr. Claus Casati
Dr. Michael Holoubek

Einleitung	Kapitel 1
Vergaberegime nach Primärrecht	Kapitel 2
Privatisierung und Gemeinschaftsrecht	Kapitel 3
Rechtsschutz	Kapitel 4

ISBN: 3-9502038-6-9



Österreichischer Städtebund
1082 Wien, Rathaus

Telefon: 01/4000-89980

Telefax: 01/4000-7135

E-Mail: post@staedtebund.gv.at

Internet: <http://www.staedtebund.gv.at>