

Generalunternehmer

Feststellung der Gewährleistung
Überfällige Sozialversicherungsbeiträge
Garantierter Maximalpreisvertrag
SubU verletzt SubU

Re-Design des
Grundbuchs

Lagebericht für
Börsennotierte AG

Gemeinschaftsrechtswidrige
Altersdiskriminierung im Pensionsrecht

Arbeits- und Sozialrechtliches zum
Subüberlasser

Statt Erbschafts-/Schenkungssteuer
Stiftungseingangssteuer

EuGH
Fernwärme Wien öffentlicher Auftraggeber

Fernwärme Wien GmbH ist öffentlicher Auftraggeber

Der EuGH setzt mit dem Urteil v 10. 4. 2008 (Rs C-393/06, Ing. Aigner) seine Rsp zur Anwendbarkeit der Vergaberichtlinien konsequent fort und trifft Klarstellungen zu deren Abgrenzung untereinander. Eine Einrichtung wie die Fernwärme Wien GmbH ist als Einrichtung des öffentlichen Rechts iSd RL 2004/17/EG und 2004/18/EG zu qualifizieren. Die Vergaberichtlinien gelten für einen öffentlichen Auftraggeber unabhängig davon, ob im Allgemeininteresse liegende Tätigkeiten oder solche unter Wettbewerbsbedingungen ausgeübt werden.

MICHAEL PICHLMAIR

A. Sachverhalt

Die Fernwärme Wien GmbH (in der Folge kurz: Fernwärme Wien) wurde 1969 gegründet, um Wohnungen, öffentliche Einrichtungen, Büros und Unternehmen im Bereich der Stadt Wien mit (aus der Abfallentsorgung gewonnener) Fernwärme zu versorgen.

Über die Wien Energie GmbH und die Wiener Stadtwerke Holding AG steht Fernwärme Wien zu 100% im Eigentum der Stadt Wien, die die Geschäftsführer der Gesellschaft und die Mitglieder ihres Aufsichtsrats bestellt und abberuft und sie entlastet. Überdies ist die Gemeinde über das Kontrollamt der Stadt Wien berechtigt, die wirtschaftliche und finanzielle Gebarung des Unternehmens zu prüfen.

Neben der Versorgung mit Fernwärme befasst sich Fernwärme Wien unter anderem mit der Generalplanung von Kälteanlagen für größere Immobilienprojekte. Im Rahmen dieser Tätigkeit steht sie mit anderen Unternehmen im Wettbewerb.

Fernwärme Wien schrieb 2006 die Errichtung einer Kälteanlage für das Projekt eines Büro- und Geschäftszentrums in Wien aus und hielt in der Ausschreibung fest, dass das österreichische Vergaberecht auf den gegenständlichen Vergabevorgang keine Anwendung finde. Die Ing. Aigner Wasser-Wärme-Umwelt GmbH (kurz: Ing. Aigner) beteiligte sich an diesem Verfahren mit zwei Angeboten. Nachdem ihr mitgeteilt worden war, dass ihr günstigeres Angebot nicht weiter verhandelt würde, focht sie diese Entscheidung beim Vergabekontrollsenat des Landes Wien an. Sie machte geltend, dass Fernwärme Wien öffentlicher Auftraggeber sei und damit die vergaberechtlichen Bestimmungen anzuwenden seien.

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien (kurz: VKS Wien) setzte das Verfahren aus und legte dem Europäischen Gerichtshof drei Fragen zur Vorabentscheidung vor; hiezu liegt nun das Urteil v 10. 4. 2008 (Rs C-393/06, Ing. Aigner) vor.

B. Anwendbarkeit der Sektorenrichtlinie

Zunächst wollte der VKS Wien wissen, ob ein Auftraggeber iSd Sektorenrichtlinie (RL 2004/17/EG), der Tätigkeiten ausübt, die unter einen der in den

Art 3 bis 7 der RL genannten Sektoren (wie etwa die Bereitstellung und das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit iZm der Erzeugung, der Fortleitung und der Abgabe von Gas und Wärme oder die Einspeisung von Gas oder Wärme in diese Netze) fallen, das in der RL vorgesehene Verfahren für die Vergabe von Aufträgen iZm Tätigkeiten anwenden muss, die er daneben unter Wettbewerbsbedingungen in Sektoren ausübt, die nicht von den genannten Bestimmungen erfasst werden.

Der EuGH stellte nun in Fortführung seiner Jurisdikatur zu den Vergaberichtlinien 93/38 und 93/37¹⁾ klar, dass der Anwendungsbereich der RL 2004/17/EG eng begrenzt sei, was ausschließe, dass die dort festgelegten Verfahren über diesen Anwendungsbereich hinaus erstreckt werden. Es bleibe folglich auch kein Raum zur Anwendung der sog „Infektionstheorie“.²⁾ Der eingeschränkte Anwendungsbereich der RL 2004/17/EG auf die in den Art 3 bis 7 der RL genannten Tätigkeiten und solche, die der Durchführung derselben dienen, findet unmissverständlich in Art 20 Abs 1 RL 2004/17/EG und Art 12 Abs 1 RL 2004/18/EG seinen Niederschlag, worauf der EuGH ausdrücklich hinweist. Die Beantwortung der *ersten Vorlagefrage* dahingehend, dass ein Auftraggeber iSd RL 2004/17/EG das in dieser RL vorgesehene Verfahren *nur* für die Vergabe von Aufträgen *im Zusammenhang* mit Tätigkeiten anwenden muss, die er in einem oder mehreren der in den Art 3 bis 7 der Richtlinie genannten Sektoren ausübt, war daher zu erwarten.

Dr. Michael Pichlmair ist Rechtsanwalt und Partner bei Gütlbauer Sieghartsleitner Pichlmair Rechtsanwälte in Wels.

- 1) Vgl EuGH 16. 6. 2005, Rs C-462/03 und C-463/03, *Srabag und Kostmann*, RN 37 f.
- 2) Die sog Infektionstheorie wurde in der Folge des Urteils *Mannesmann Anlagenbau Austria ua* entwickelt. Demnach unterliegen „Einrichtungen des öffentlichen Rechts“, die definitionsgemäß im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art wahrnehmen, auch bei Beschaffungen iZm Tätigkeiten, die im Rahmen des Wettbewerbs ausgeübt werden (Tätigkeiten gewerblicher Art), dem Anwendungsbereich der RL 2004/18/EG (vgl EuGH 15. 1. 1998, Rs C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria ua*; 10. 11. 1998, Rs C-360/96, *BFI Holding*; 27. 2. 2003, Rs C-373/00, *Truley*; 22. 5. 2003, Rs C-18/01, *Korbonen*).

C. Begriff „Einrichtung des öffentlichen Rechts“

Weiters wurde in dem gegenständlichen Vorabentscheidungsverfahren die Frage aufgeworfen, ob eine Einrichtung wie Fernwärme Wien als Einrichtung des öffentlichen Rechts iSd RL 2004/17/EG oder der RL 2004/18/EG zu qualifizieren ist.

Der Begriff „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ ist in beiden Richtlinien gleich definiert. Demnach bezeichnet der Ausdruck „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ jede Einrichtung, die

- zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen,
- Rechtspersönlichkeit besitzt und
- überwiegend vom Staat, von den Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert wird oder hinsichtlich ihrer Leistung der Aufsicht durch Letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, von den Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind.

Nach der Rsp des Gerichtshofs³⁾ müssen diese drei Tatbestandsmerkmale kumulativ vorliegen.

Der EuGH stellte abermals klar, dass der Zweck der Gemeinschaftsrichtlinien auf dem Gebiet der Vergabe öffentlicher Aufträge ua darin besteht, die Möglichkeit auszuschließen, dass eine vom Staat, von Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanzierte oder kontrollierte Stelle sich von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt und daher der Begriff der „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ überdies funktionell zu verstehen ist.⁴⁾ Der EuGH differenzierte daher auch nicht weiter, ob die Stadt Wien „unmittelbarer“ Eigentümer der Einrichtung ist oder aber – wie im vorliegenden Fall – „nur“ über eine Holding sämtliches Kapital hält.⁵⁾

Im vorliegenden Fall stand bzw steht fest,⁶⁾ dass die letzten beiden Kriterien erfüllt sind, da Fernwärme Wien unstrittig Rechtspersönlichkeit besitzt und die Stadt Wien (mittelbar) das gesamte Kapital dieser Einrichtung hält und deren wirtschaftliche und finanzielle Gebarung prüft.

Das Ziel der Fernwärme Wien, die Beheizung eines städtischen Ballungsgebiets (250.000 Wohnungen, zahlreiche Büros und gewerbliche Anlagen sowie praktisch alle öffentlichen Gebäude) mittels eines umweltfreundlichen Verfahrens zu sichern, liegt nach richtiger Ansicht des EuGH unzweifelhaft im Allgemeininteresse.⁷⁾ Dabei ist nach stRsp des EuGH unbeachtlich, dass derartige Aufgaben auch von Privatunternehmen erfüllt werden oder erfüllt werden können. Dass Fernwärme Wien zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, war dementsprechend auch nicht mehr Kern der Diskussion.

Der Gerichtshof hat in seinem Urteil v 10. 11. 1998, Rs C-360/96, *BFI Holding*, RN 32, darauf hingewiesen, dass das Kriterium der „nicht gewerblichen Art“ den Begriff der im Allgemeininteresse

liegenden Aufgaben präzisieren soll.⁸⁾ Das Vorliegen dieses Tatbestandsmerkmals wurde in concreto von Fernwärme Wien vehement bestritten.

Der Gerichtshof hat bereits mehrmals ausgesprochen,⁹⁾ dass zur Beurteilung, ob eine Aufgabe nicht gewerblicher Art ist, die Umstände, die zur Gründung dieser Gesellschaft geführt haben, und die Voraussetzungen, unter denen sie ihre Tätigkeit ausübt, zu würdigen sind. Dabei ist insb zu prüfen, ob die fragliche Einrichtung ihre Tätigkeit unter Wettbewerbsbedingungen ausübt; so sind das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht, das Fehlen der Übernahme der mit der Tätigkeit verbundenen Risiken und die etwaige Finanzierung der Tätigkeit aus öffentlichen Mitteln zu berücksichtigen. Dies ist eines beweglichen Systems. Bei der Würdigung dieser Umstände ist auf den „Gründungszweck“ abzustellen.

Wenngleich nicht ausgeschlossen ist, dass die Tätigkeit der Fernwärme Wien zu Gewinnen führen kann, stand bzw steht im vorliegenden Fall fest, dass die Gründung dieser Einrichtung nicht vorrangig zur Erzielung von Gewinnen erfolgte.

Der EuGH stellt – dem GA *Colomer* in dessen SA folgend – klar, dass zur Beurteilung der Frage, ob eine Einrichtung ihre Tätigkeit unter Wettbewerbsbedingungen ausübt, auf den Sektor abzustellen ist, für den diese Einrichtung gegründet wurde; im konkreten Fall also auf den Sektor der Versorgung mit Fernwärme durch Nutzung von Energie aus der Abfallverbrennung.

Fernwärme Wien hat in diesem Sektor quasi Monopolstellung. Überdies verfügt dieser Sektor über beträchtliche Autonomie, denn das Fernwärmesystem ließe sich nur schlecht durch andere Energien ersetzen, weil dies umfangreiche Umbaumaßnahmen voraussetzen würde. Schließlich misst die Stadt Wien diesem Heizsystem auch aus Umwelterwägungen erhebliche Bedeutung bei. In Anbetracht des Drucks der öffentlichen Meinung würde sie deshalb die Ab-

3) Vgl EuGH 1. 2. 2001, Rs C-237/99, *Kommission/Frankreich*, RN 40, mwN.

4) Vgl idS bereits EuGH 13. 12. 2007, Rs C-337/06, *Bayerischer Rundfunk ua*, RN 36 und 37, mwN.

5) Vgl hierzu bereits EuGH 27. 2. 2003, Rs C-373/00, *Truley*; 22. 5. 2003, Rs C-18/01, *Korbonen*, RN 43.

6) Bereits in der Rs C-373/00, *Truley*, hatte der EuGH die Möglichkeit, insb zum dritten Tatbestandselement der „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ Stellung zu nehmen. Es ging dabei um die Bestattung Wien GmbH, welche einer eben solchen Aufsicht und Kontrolle durch die Stadt Wien und den Rechnungshof unterlag bzw unterliegt wie Fernwärme Wien. Der EuGH kam dort zum Schluss, dass die Aufsichtsrechte der Stadt Wien eine aktive Kontrolle über die Leitung der in Frage stehenden Gesellschaft ermöglichen und bejahte das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals der Aufsicht über die Leitung iS von Art 1 lit b der RL 93/36/EWG, einer gleich lautenden „Vorgängerbestimmung“ von Art 1 Abs 9 lit c RL 2004/18/EG (Urteil v 27. 2. 2003, Rs C-373/00, *Truley*, RN 71–74).

7) Vgl hierzu auch EuGH 10. 11. 1998, Rs C-360/96, *BFI Holding*, RN 52, zum Bereich der Abfallentsorgung. Fernwärme Wien besorgt neben der Wärmeversorgung auch die thermische Abfallentsorgung (zu 100% im Bereich Hausmüll) im Raum Wien.

8) Gegenstand des Verfahrens war die Auslegung der zu Art 1 Abs 9 RL 2004/18/EG gleich lautenden Bestimmung in Art 1 lit b RL 92/50/EWR.

9) Vgl insb EuGH 27. 2. 2003, Rs C-373/00, *Truley*, RN 66; 22. 5. 2003, Rs C-18/01, *Korbonen*, RN 59.

schaffung dieses Systems selbst dann nicht zulassen, wenn es mit Verlust arbeiten sollte.¹⁰⁾ Fernwärme Wien erweist sich gegenwärtig als das einzige Unternehmen, das in der Lage ist, derartige im Allgemeininteresse liegende Aufgaben im betreffenden Sektor zu erfüllen, sodass sie sich bei der Vergabe ihrer Aufträge von anderen als wirtschaftlichen Erwägungen leiten lassen könnte.¹¹⁾ Der Gerichtshof hat daher im vorliegenden Fall das Bestehen eines entwickelten Wettbewerbs zu Recht verneint.

Der EuGH hält an seiner bisherigen Judikatur¹²⁾ fest, wonach es unbeachtlich ist, dass die betreffende Einrichtung nicht nur ihre im Allgemeininteresse liegende Aufgabe zu erledigen hat, sondern – in Gewinnerzielungsabsicht – auch andere Tätigkeiten ausübt, solange sie weiterhin die im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben wahrnimmt, die sie als besondere Pflicht zu erfüllen hat. Welchen Anteil die in Gewinnerzielungsabsicht ausgeübten Tätigkeiten an den Gesamttätigkeiten dieser Einrichtung ausmachen, ist für die Frage, ob sie als Einrichtung des öffentlichen Rechts zu qualifizieren ist, ebenfalls unerheblich.¹³⁾

Unter den aufgezeigten Prämissen stellt der EuGH daher mE zu Recht fest, dass eine Einrichtung wie Fernwärme Wien als Einrichtung des öffentlichen Rechts iS von Art 2 Abs 1 lit a der RL 2004/17/EG und Art 1 Abs 9 der RL 2004/18/EG zu qualifizieren ist.

D. Reichweite der RL 2004/17/EG und RL 2004/18/EG

In Beantwortung der dritten Frage des VKS Wien stellte der EuGH in konsequenter Fortführung seiner Rsp¹⁴⁾ zu Vorgängerbestimmungen¹⁵⁾ ausdrücklich klar, dass Aufträge, die von einer Einrichtung des öffentlichen Rechts vergeben werden und die Zusammenhänge mit der Ausübung von Sektortätigkeiten aufweisen, den Verfahren der Sektorenrichtlinie (RL 2004/17/EG) zu unterwerfen sind. Dagegen unterliegen alle übrigen Aufträge, die von dieser Einrichtung iZm der Ausübung anderer Tätigkeiten vergeben werden, den Verfahren der RL 2004/18/EG (allgemeine Vergaberichtlinie). Jede dieser beiden RL gilt, ohne dass zwischen den Tätigkeiten, die die Einrichtung ausübt, um ihrem Auftrag nachzukommen, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, und den

von ihr unter Wettbewerbsbedingungen ausgeübten Tätigkeiten zu unterscheiden ist. Dies gilt selbst im Fall einer Buchführung, die auf Trennung der Tätigkeitsbereiche dieser Einrichtung abzielt, um Querfinanzierungen der betreffenden Sektoren zu vermeiden.

- 10) Vgl EuGH 10. 4. 2008, Rs C-393/06, *Ing. Aigner*, RN 44.
 11) Vgl EuGH 10. 4. 2008, Rs C-393/06, *Ing. Aigner*, RN 45.
 12) Vgl hierzu etwa EuGH 15. 1. 1998, Rs C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria ua*, RN 25; 27. 2. 2003, Rs C-373/00, *Truley*, RN 56; 22. 5. 2003, Rs C-18/01, *Korhonen ua*, RN 57 f.
 13) EuGH 10. 4. 2008, Rs C-393/06, *Ing. Aigner*, RN 47.
 14) EuGH 15. 1. 1998, Rs C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria ua*, RN 35; 10. 11. 1998, Rs C-360/96, *BFI Holding*, RN 55 f; 27. 2. 2003, Rs C-373/00, *Truley*, RN 56; 22. 5. 2003, Rs C-18/01, *Korhonen ua*, RN 57 f; 13. 12. 2007, Rs C-337/06, *Bayrischer Rundfunk ua*, RN 30.
 15) Art 1 lit b der RL 93/37/EWG des Rates v 14. 6. 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl L 199 S 54 v 9. 8. 1993); Art 1 lit b der RL 93/36/EWG des Rates v 14. 6. 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl L 199 S 1 v 9. 8. 1993); Art 1 lit b der RL 92/50/EWG des Rates v 18. 6. 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl L 209 S 1 v 24. 7. 1992).

SCHLUSSSTRICH

Die gegenständliche E des EuGH kann einerseits als konsequente Fortsetzung der Judikatur des EuGH zu den Voraussetzungen der Anwendung der vergaberechtlichen Bestimmungen betrachtet werden. Andererseits wird damit aber klar zum Ausdruck gebracht, dass eine Umgehung des Vergaberechtsregimes durch die Schaffung von Holdingkonstruktionen nur soweit möglich ist, als es sich bei den vergebenden Einrichtungen nicht um solche des öffentlichen Rechts im Sinne der einschlägigen vergaberechtlichen Bestimmungen handelt. Klargestellt wird auch die Abgrenzung der beiden RL 2004/17/EG und 2004/18/EG. Die E hat unmittelbare Auswirkungen auf das österreichische Recht, zumal die RL im Wesentlichen wörtlich im Bundesvergabegesetz 2006 Eingang gefunden haben. Die Folgen dieser E auf die Vergaberechtspraxis von Bund, Länder und Gemeinden – bzw den von diesen ins Leben gerufenen Gesellschaften – bleibt mit Interesse abzuwarten.