

GZ • BKA-VA.C-393/06/0003-V/7/2008

ABTEILUNGSMAIL • V@BKA.GV.AT

BEARBEITERIN • FRAU MAG MARTINA WEINHANDL

HERR MAG. DR. MICHAEL FRUHMANN

PERS. E-MAIL • MARTINA.WEINHANDL@BKA.GV.AT

TELEFON • 01/53115/2531

IHR ZEICHEN •

An  
die Parlamentsdirektion  
den Rechnungshof  
den Verfassungsgerichtshof  
den Verwaltungsgerichtshof  
alle Bundesministerien  
alle Sektionen des Bundeskanzleramts  
alle Ämter der Landesregierungen  
die Verbindungsstelle der Bundesländer  
den Österreichischen Gemeindebund  
den Österreichischen Städtebund  
das Präsidium der Finanzprokuratur  
die Österreichische Bundesforste AG  
die Österreichischen Bundesbahnen  
das Bundesvergabeamt  
zu Händen Herrn Dr. SACHS  
alle unabhängigen Verwaltungssenate  
die Vergabekontrollsenate Wien und  
Salzburg  
die Wirtschaftskammer Österreich  
zu Händen Frau Dr. MILLE  
die Bundesarbeitskammer  
die Präsidentenkonferenz der Landwirt-  
schaftskammern Österreichs  
die Bundesbeschaffung GmbH  
die Bundesrechenzentrum Ges.m.b.H  
die Bundesimmobilien GmbH

Antwort bitte unter Anführung der GZ an die Abteilungsmail

**Betrifft:** Urteil des EuGH in der Rechtssache C-393/06, Ing. Aigner GmbH gegen Fernwärme Wien GmbH; Auftraggeberbegriff; Abgrenzung des Sektorenbereiches; anzuwendendes Vergaberegime bei Tätigkeiten in unterschiedlichen Bereichen; Rundschreiben

1. Der Europäische Gerichtshof hat am 10. April 2008 das Urteil in der Rechtssache C-393/06 erlassen. Dieser Rechtssache liegt ein Vorabentscheidungsersuchen des Vergabekontrollsenats Wien zugrunde, nach dem der EuGH zu klären hatte, ob die Vorschriften der RL 2004/17/EG („Sektoren-RL“) oder der RL 2004/18/EG („Vergabe-RL“) zur Anwendung gelangen.

2. Die Fernwärme Wien GmbH wurde am 22. Januar 1969 gegründet, um Wohnungen, öffentliche Einrichtungen, Büros und Unternehmen im Bereich der Stadt Wien mit Fernwärme zu versorgen. Dazu nutzt sie Energie aus der Abfallentsorgung anstelle von Energie aus nicht erneuerbaren Energiequellen. Sie besitzt Rechtspersönlichkeit und steht über eine Holdingkonstruktion (Wiener Stadtwerke Holding AG) zu 100 % im Eigentum der Stadt Wien, die die Geschäftsführer der Gesellschaft und die Mitglieder des Aufsichtsrats bestellt, abberuft und entlastet. Darüber hinaus ist die Stadt Wien über das Kontrollamt berechtigt, die wirtschaftliche und finanzielle Gebarung des Unternehmens zu prüfen. Neben der Versorgung mit Fernwärme befasst sich die Fernwärme Wien GmbH auch im Wettbewerb mit anderen Unternehmen mit der Generalplanung von Kälteanlagen für größere Immobilienprojekte.
  
3. Der dem Ausgangsverfahren zugrunde liegende Sachverhalt war dergestalt, dass die Fernwärme Wien GmbH am 1. März 2006 die Errichtung einer Kälteanlage für das Projekt eines Büro- und Geschäftszentrums in Wien ausschrieb und in der Ausschreibung festhielt, dass das österreichische Vergaberecht auf den gegenständlichen Vorgang keine Anwendung finde. Auch die Ing. Aigner GmbH beteiligte sich an diesem Verfahren mit einem Angebot, welches jedoch auf Grund von Negativreferenzen nicht weiter verhandelt wurde. Diese Entscheidung focht die Ing. Aigner GmbH beim VKS Wien an.
  
4. Mit der ersten Frage hatte der EuGH zu klären, ob ein Auftraggeber, der eine Tätigkeit im Sinne der Art. 3 bis 7 der RL 2004/17/EG („Sektorentätigkeit“) ausübt, das Vergabeverfahren nach der RL 2004/17/EG auch im Zusammenhang mit Tätigkeiten anwenden muss, die er neben seiner Sektorentätigkeit in anderen Bereichen unter Wettbewerbsbedingungen ausübt. Dazu hielt der Gerichtshof fest, dass die RL 2004/17/EG nach ihrem Art. 20 Abs. 1 nur eingeschränkte, auf bestimmte Tätigkeiten (Art. 3 bis 7 der RL 2004/17/EG) begrenzte Geltung hat und daher eine „enge Auslegung der Bestimmungen der RL 2004/17/EG erforderlich“ ist (Rz 27); hingegen hat die RL 2004/18/EG allgemeine Geltung und umfasst nahezu alle Bereiche des wirtschaftlichen Lebens, soweit es sich nicht um Sektorentätigkeiten handelt. Folglich kam der EuGH zum Schluss, dass im Rahmen der RL 2004/17/EG die so genannte „Infektionstheorie“ (vgl. dazu Rs C-44/96, *Mannesmann*, Slg. 1998, I-73) nicht

angewendet werden kann (Rz 30) und nur solche Aufträge in den Anwendungsbereich der RL 2004/17/EG fallen, die ein Sektorenauftraggeber „*im Zusammenhang mit und zum Zweck der Durchführung von Sektorentätigkeiten*“ vergibt (Rz 31).

5. Mit der zweiten Frage hatte der EuGH zu klären, ob eine Einrichtung wie die Fernwärme Wien GmbH als Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne der RL 2004/17/EG oder der RL 2004/18/EG zu qualifizieren ist. Der Begriff „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ wird in Art. 2 Abs. 1 lit. a der RL 2004/17/EG und in Art. 1 Abs. 9 der RL 2004/18/EG in gleicher Weise definiert. Der Gerichtshof hatte im Detail zu prüfen, ob die Fernwärme Wien GmbH zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen. Das Vorliegen von im Allgemeininteresse liegender Aufgaben bejahte der EuGH auf Grund der Tatsache, dass die Fernwärme Wien GmbH „*zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, Wohnungen, öffentliche Gebäude, Unternehmen und Büros im Bereich der Stadt Wien durch Nutzung von Energie aus der Abfallverbrennung mit Wärme [mittels eines umweltfreundlichen Verfahrens] zu versorgen*“ (Rz 39), und dass die Erzielung von Gewinnen nicht vorrangiger Hauptzweck bei der Gründung der Fernwärme Wien GmbH war (Rz 42). Ob diese im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben auch nicht gewerblicher Art sind, ist danach zu beurteilen, ob die fragliche Einrichtung ihre Tätigkeit unter Wettbewerbsbedingungen ausübt. Dazu ist der Referenzmarkt zu betrachten, für den die in Rede stehende Einrichtung des öffentlichen Rechts gegründet wurde (Rz 43; nicht hingegen in dem sie ihre Tätigkeit entfaltet), in concreto daher der Sektor der Versorgung mit Fernwärme durch Nutzung von Energie aus Abfallverbrennung (Rz 43; der Gerichtshof lehnte damit eine Bezugnahme auf den Markt für Raumwärme, der auch andere Energieträger wie Gas, Öl, Kohle etc. umfasst, ab; vgl. dazu hingegen den Wortlaut der Vorlagefrage 2).

In weiterer Folge untersucht der GH, ob ein „entwickelter Wettbewerb“ im Sinne der Judikate C-360/96, *BFI Holding*, Rz 49, bzw. C-223/99, *Agorà und Excelsior*, Rz 38, vorliegt: Da die Fernwärme Wien GmbH in diesem Sektor quasi ein Monopol innehat - die beiden anderen auf diesem Gebiet tätigen Gesellschaften sind sehr klein und stellen daher keine echte Konkurrenz dar –, der

Fernwärmesektor über „*beträchtliche Autonomie*“ verfügt (eingeschränkte Substitutionsmöglichkeiten, weil sich das Fernwärmesystem – auch unter Zugrundelegung der Umwelterwägungen – nur schlecht durch andere Energieformen ersetzen ließe), und nach Auffassung des EuGH „*in Anbetracht des Drucks der öffentlichen Meinung [die Stadt Wien] ... die Abschaffung dieses Systems selbst dann nicht zulassen [würde], wenn es mit Verlusten arbeiten sollte*“, kann ein „entwickelter Wettbewerb“ im Sinne der erwähnten Judikate „*keineswegs*“ vorliegen (Rz 44 bis 46). Daher könnte die Fernwärme Wien GmbH bei der Vergabe von Aufträgen von anderen als wirtschaftlichen Erwägungen geleitet werden. Aus diesem Grund antwortete der EuGH konsequenter Weise, dass eine Einrichtung wie die Fernwärme Wien GmbH als Einrichtung des öffentlichen Rechts sowohl im Sinne von Art. 2 Abs. 1 lit. a UAbs. 2 der RL 2004/17/EG als auch von Art. 1 Abs. 9 UAbs. 2 der RL 2004/18/EG zu qualifizieren sei.

6. Mit der dritten Frage hatte der EuGH darüber zu befinden, ob alle Aufträge, die von einer Einrichtung des öffentlichen Rechts vergeben werden, den Bestimmungen der einen oder der anderen Richtlinie zu unterwerfen sind, obwohl aufgrund wirksamer Vorkehrungen eine klare Trennung zwischen einerseits jenen Tätigkeiten möglich ist, die diese Einrichtung ausübt, um ihrem Auftrag zur Erfüllung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nachzukommen, und andererseits den von ihr unter Wettbewerbsbedingungen ausgeübten Tätigkeiten, wodurch eine Querfinanzierung dieser beiden Arten von Tätigkeiten ausgeschlossen werden soll.

Zur Beantwortung verweist der Gerichtshof auf seine Rechtsprechung in der Rs C-44/96, *Mannesmann*, Rz 35, wo er zu dem Schluss gelangt ist, dass alle Aufträge, die von einer Einrichtung mit der Eigenschaft eines öffentlichen Auftraggebers vergeben werden, unabhängig von ihrem Wesen den Bestimmungen der entsprechenden Vergabe-Richtlinie zu unterwerfen sind. Dies hat der Gerichtshof für öffentliche Dienstleistungsaufträge (Rs C-360/96, *BFI Holding*, Rz 55/56) und für öffentliche Lieferaufträge (Rs C-373/00, *Truley*, Rz 56) bestätigt, und diese Rechtsprechung ist auch auf die „neue“ RL 2004/18/EG anzuwenden (Rz 51). Ferner hat diese Feststellung „*auch für Einrichtungen mit einer Buchführung zu gelten, die auf eine klare interne Trennung zwischen*

*den Tätigkeiten, die sie ausüben, um ihrem Auftrag nachzukommen, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, und den von ihnen unter Wettbewerbsbedingungen ausgeübten Tätigkeiten abzielt*“ (Rz 52), weil seitens des EuGH ernsthaft bezweifelt wird, dass es tatsächlich möglich ist, eine solche Trennung zwischen den verschiedenen Tätigkeiten einer Einrichtung vorzunehmen (Rz 53). Denn die Einrichtung bildet eine einzige juristische Person, sie hat eine einheitliche Vermögens- und Eigentumsordnung und die Leitungs- und Verwaltungsentscheidungen werden einheitlich getroffen. Darüber hinaus bestünden nach Auffassung des GH weitere praktische Hindernisse im Zusammenhang mit der vorherigen oder nachträglichen Kontrolle der vollständigen Aufteilung der unterschiedlichen Tätigkeitsbereiche der betreffenden Einrichtung und der Zugehörigkeit der fraglichen Tätigkeit zu dem einen oder dem anderen Bereich. Daher folgt nach Ansicht des EuGH aus *„Gründen der Rechtssicherheit, der Transparenz und der Vorhersehbarkeit“* (Rz 54), dass alle Aufträge dem gemeinschaftlichen Vergaberecht unterliegen. Bei Aufträgen, die von einer Einrichtung wie der Fernwärme Wien GmbH vergeben werden, fallen die Aufträge, die der Ausübung der Sektorentätigkeit dienen, unter die Richtlinie 2004/17/EG, hingegen fallen alle übrigen Aufträge unter die Verfahren der Richtlinie 2004/18/EG (Rz 57/58).

#### 7. Schlussbemerkung:

Zu beachten ist, dass Auftraggeber ausschließlich bei Vergabe eines Auftrags, der der Ausübung einer Sektorentätigkeit dient, in den Bereich der RL 2004/17/EG fallen. Die Reichweite der RL 2004/17/EG ist eng auszulegen, sodass nach den allgemeinen Regeln für die Auslegung von Ausnahmebestimmungen ein unmittelbarer Zusammenhang des konkreten Auftrages mit einer Sektorentätigkeit vorliegen muss, damit dieser Auftrag als „Sektorauftrag“ qualifiziert werden kann. Eine „Infektion“ – wie im klassischen Bereich nach der RL 2004/18/EG – kommt im Sektorenbereich ausdrücklich nicht in Betracht. Daraus folgt, dass Auftraggeber, die gleichzeitig Sektorauftraggeber und klassische Auftraggeber sind, geeignete Maßnahmen zu treffen haben, damit die jeweiligen Vergaberegime zur Anwendung gelangen.

Die Bundesministerien und die Länder werden ersucht, alle Dienststellen und ausgliederte Einrichtungen im jeweiligen Bereich sowie – im Landesbereich – alle Gemeinden und Städte von diesem Rundschreiben in Kenntnis zu setzen.

23. Dezember 2008  
Für den Bundeskanzler:  
i.V. ACHLEITNER

**Elektronisch gefertigt**