

Antwort bitte unter Anführung der GZ an die Abteilungsmail

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

Betrifft: Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 11. Mai 2006
in der Rechtssache C-340/04, *Carbotermo*, betreffend „in-house“-Vergabe;
Rundschreiben

1. Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften erließ am 11. Mai 2006 das Urteil in der Rechtssache C-340/04. Die Rechtssache beruht auf einem Vorabentscheidungsersuchen eines italienischen Gerichts, das die Auslegung der Merkmale eines „quasi-in-house“-Verhältnisses im Sinne des Urteils *Teckal* (Rs C-107/98, Rn 50) betraf.

2. Dem Ausgangsverfahren lag zugrunde, dass die Gemeinde Busto Arsizio einen Liefer- und Dienstleistungsauftrag (bei dem der Wert der Lieferungen überwog) direkt an die AGESP vergeben hatte: Die AGESP ist eine Aktiengesellschaft, deren Kapital zu 100 % von der AGESP Holding (Aktiengesellschaft) gehalten wurde; das Grundkapital der AGESP Holding wiederum wurde zu 99,98 % von der Gemeinde Busto Arsizio gehalten.

Das vorliegende Gericht wollte im Wesentlichen wissen,

- ob das Kontrollkriterium auch in einer Beteiligungskonstellation wie der vorliegenden gegeben ist,
- ob die Voraussetzung der „wesentlichen“ Tätigkeit analog zu Art. 13 der Richtlinie 93/38/EWG zu beurteilen ist (d.h. mindestens 80 % des Umsatzes sind mit der „Muttersgesellschaft“ abzuwickeln), und
- ob die Voraussetzung der „wesentlichen“ Tätigkeit erfüllt ist, wenn das Unternehmen seine Einkünfte überwiegend von der kontrollierenden öffentlichen Einrichtung oder in deren Gebiet erzielt.

3. In seinem Urteil führt der Gerichtshof zur Auslegung der *Teckal*-Kriterien (keine Anwendbarkeit der Richtlinie 93/36/EWG, „*wenn die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben*“) Folgendes aus:

- 3.1. Zum ersten *Teckal* - Kriterium:

Bei Beurteilung des Kontrollkriteriums sind alle Rechtsvorschriften und maßgebenden Umstände zu berücksichtigen. Es kommt daher immer auf eine Einzelfallbetrachtung an. Dass der öffentliche Auftraggeber allein oder zusammen mit anderen öffentlichen Stellen das gesamte Kapital einer auftragnehmenden Gesellschaft hält (Eigengesellschaft des Auftraggebers bzw. 100%-ige gemischt-öffentliche Gesellschaft), deutet zwar auf eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen hin, ist jedoch nicht entscheidend. Dies bedeutet, dass auch bei einem 100%-igen Eigenunternehmen eines Auftraggebers stets zu prüfen ist, ob eine Kontrolle im Sinne des Erkenntnisses C-458/03, *Parking Brixen*, vorliegt: der quasi-in-house beauftragende Auftraggeber muss die „Möglichkeit [haben], sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen dieser Gesellschaft ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen“ (Rz 36 mit Hinweis auf Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Slg. 2005, I-8612, Rz 65).

An dieser Einflussmöglichkeit fehlt es, wenn (wie im konkreten Fall) der anteilshaltende öffentliche Auftraggeber auf seine (normalen) Gesellschaftsrechte beschränkt ist, ohne über besondere Stimmrechte oder Kontrollbefugnisse zu verfügen, und wenn zugleich die Organe der Gesellschaft über umfassende Befugnisse zur eigenständigen ordentlichen und außerordentlichen Leitung der Gesellschaft verfügen. Übt der öffentliche Auftraggeber seinen Einfluss darüber hinaus auch nur mittelbar aus (über eine zwischen ihm und der zu beauftragenden Gesellschaft zwischengeschaltete Holding; d.h. Beauftragung im „Großmutter – Enkel“ – Verhältnis), kann dies - je nach den Umständen des Einzelfalls – ebenfalls die erforderliche Kontrolle schwächen.

3.2. Zum zweiten Teckal - Kriterium:

Das Kriterium der „wesentlichen“ Tätigkeit ist nicht anhand der Ausnahmebestimmung in Art. 13 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG – die auf 80 % des Umsatzes abstellt – zu beurteilen. Dies deshalb, weil Ausnahmen eng auszulegen sind und die konkrete Ausnahme zwar in Art. 23 der Sektorenrichtlinie 2004/17/EG beibehalten, in die (an die Stelle der Richtlinie 93/36/EWG getretene) Richtlinie 2004/18/EG aber nicht aufgenommen wurde.

Die Voraussetzung der „wesentlichen“ Tätigkeit ist nur dann erfüllt, wenn das Unternehmen hauptsächlich für die kontrollierende Körperschaft tätig wird und jede andere Tätigkeit rein nebensächlich ist (Rz 63 des Erkenntnisses). Im Lichte der anderen – diesbezüglich sprachlich klareren - Fassungen des Erkenntnisses betreffend dieses Kriterium (englisch: „*any other activities are only of marginal significance*“; französisch: „*toute autre activité ne revêtant qu'un caractère marginal*“) ist davon auszugehen, dass der Begriff „hauptsächlich“ im Sinne von „fast ausschließlich“ zu verstehen ist.

Es ist jedenfalls eine Einzelfallbeurteilung vorzunehmen, bei der alle „qualitativen wie quantitativen Umstände“ zu berücksichtigen sind. Maßgeblich ist dabei der Umsatz, den das Unternehmen aufgrund der Vergabeentscheidungen der kontrollierenden Körperschaft erzielt. Wer Begünstigter der Tätigkeit ist und wer die Tätigkeit vergütet – der öffentliche Auftraggeber selbst oder der Nutzer der erbrachten Dienstleistungen – ist nicht von Bedeutung. Ebenso wenig kommt es darauf an, in welchem Gebiet die Leistungen erbracht werden.

Werden die Anteile an einem Unternehmen von mehreren Körperschaften gehalten, so ist auf jene Tätigkeit abzustellen, die das Unternehmen für alle diese Körperschaften verrichtet.

4. Das Bundeskanzleramt ersucht, die dargelegte Auffassung des Europäischen Gerichtshofes bei künftigen Auftragsvergaben entsprechend zu berücksichtigen. Es wird darauf hingewiesen, dass der Begriff der „wesentlichen“ Tätigkeit in diesem Urteil erstmals präzisiert wurde; insbesondere ist nun klargestellt, dass die Ausnahmebestimmung der Sektorenrichtlinie nicht als Maßstab herangezogen werden kann. In diesem Sinne sind daher die diesbezüglichen Erläuterungen zu § 10 Z 7 BVergG 2006, 1171 BlgNR XXII. GP, als obsolet zu betrachten.

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

8. August 2006
Für den Bundeskanzler:
Georg LIENBACHER

Elektronisch gefertigt