

Erfasste Beschaffungsvorgänge – Beispiele

CETA erfasst nur jene Beschaffungsvorgänge, für die mit dem Abkommen sowohl der persönliche als auch der sachliche Anwendungsbereich eröffnet ist. Dies soll im Folgenden anhand einer Reihe von Beispielen erläutert werden:

Aus einer Daseinsvorsorgeperspektive ist vor allem der Bereich der Umweltdienstleistungen von Interesse, der zur Gänze von Annex 5 erfasst ist (CPC prov 94). Dieser Sektor erfasst die zentralen Bereiche der Abwasserentsorgung und der Abfallentsorgung. Weiters fallen in die Kategorie Umweltdienstleistungen gem CPC prov 94 Leistungen in so unterschiedlichen Bereichen wie Straßenreinigung und Schneeräumung, Emissionsmonitoring und Luftreinhaltung, Lärm- sowie Naturschutz. Die Wasserversorgung wird vom CETA-Beschaffungskapitel hingegen nicht erfasst (vgl Annex 5). Allerdings sind Einrichtungen, die im Bereich der Wasserversorgung tätig sind, grundsätzlich in Annex 3 des CETA-Beschaffungskapitels erfasst. Vergibt eine entsprechende Einrichtung beispielsweise einen Bauauftrag, dessen Wert den relevanten Schwellenwert von 5 000 000 SZR überschreitet, ist dieser Beschaffungsvorgang vom CETA-Beschaffungskapitel erfasst.

Wenn Universitäten oder Krankenanstalten die Reinigung ihrer Gebäude ausschreiben und der Wert der Dienstleistungen den relevanten Schwellenwert von 200 000 SZR übersteigt, dann sind solche Beschaffungsvorgänge vom CETA-Beschaffungskapitel erfasst: Die genannten Einrichtungen gelten als öffentliche Auftraggeber iSd Annex 2, Dienstleistungen im Bereich der Gebäudereinigung sind im Annex 5 erfasst.

Hingegen folgt aus dem CETA keine Verpflichtung, etwa im Bereich von Verkehrsdienstleistungen im Stadtverkehr, von Eisenbahnverkehrsleistungen oder von Rettungsdienstleistungen wettbewerbliche Ausschreibungen durchzuführen, da in diesen Bereichen keine Marktzugangszugeständnisse in Annex 5 gemacht wurden.

Rettungsdienstleistungen werden vom CETA Beschaffungskapitel nicht erfasst (vgl Annex 5). Insofern berührt das Beschaffungskapitel auch nicht die Frage, wie die Beauftragung mit Rettungsdienstleistungen nach den jeweiligen Landesgesetzen zum Rettungswesen in Österreich erfolgt. Ist eine Einrichtung, die Rettungsdienstleistungen erbringt, jedoch überwiegend öffentlich finanziert, handelt es sich gem Annex 2 um eine erfasste Vergabestelle. Das bedeutet, dass eine solche Einrichtung beispielsweise bei der Beschaffung von Waren (ab einem Schwellenwert von 355 000 SZR) den Bestimmungen des CETA Beschaffungskapitels unterliegt.

d. In-house-Vergaben und interkommunale Zusammenarbeit

Generell setzt die Anwendbarkeit des Vergaberechts einen entgeltlichen Vertrag mit einer rechtlich von dem öffentlichen Auftraggeber getrennten Einrichtung voraus. Dementsprechend sind staatliche Eigenleistungen – etwa durch rechtlich unselbständige Regiebetriebe, die dem Rechtsträger selbst zuzuordnen sind – nicht vom Vergaberecht erfasst.¹⁰⁶ Es steht potentiellen Auftraggebern grundsätzlich frei, ihre öffentlichen Aufgaben mit ihren eigenen personellen und technischen Ressourcen zu erfüllen. Diese Überlegung

¹⁰⁶ Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht⁴ (2014) 81.

wurde in der Judikatur des EuGH unter bestimmten Voraussetzungen auf Fälle ausgedehnt, in denen der Vertragspartner ein vom Auftraggeber getrennter Rechtsträger ist. Den Ausgangspunkt dieser sogenannten „*In-house*“-Ausnahme bildet die Entscheidung des EuGH in der Rs *Teckal*¹⁰⁷: Die Ausnahme setzt demnach *erstens* voraus, dass die „Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ... wie über ihre eigenen Dienststellen [ausübt]“ (Kontrollkriterium) und *zweitens*, dass diese Person „ihre Tätigkeit im wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben“ (Wesentlichkeitskriterium).¹⁰⁸ Im Einzelfall können auch mehrere öffentliche Auftraggeber gemeinsam die entsprechende Kontrolle ausüben.¹⁰⁹ Aus Wettbewerbsüberlegungen gilt die *In-house*-Ausnahme jedoch in der Regel nicht, wenn ein privater Wirtschaftsteilnehmer am Kapital der kontrollierten juristischen Person unmittelbar beteiligt ist.¹¹⁰

Aus dem Gesagten geht umgekehrt hervor, dass Konstellationen, in denen der Dienstleistungserbringer eine vom öffentlichen Auftraggeber verschiedene Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, nicht *per se* vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen sind.¹¹¹ Problematisch ist die *Teckal*-Judikatur können öffentlich-öffentliche (insb interkommunale) Kooperationen vor allem dann sein, wenn die beteiligten Gebietskörperschaften und Rechtsträger keine der gemeinsamen Kontrolle unterliegende Einrichtung mit dieser Aufgabe betrauen. In seiner zentralen Entscheidung in der Rs *Stadtreinigung Hamburg* legte der EuGH die Voraussetzungen dar, unter denen er eine entsprechende vergaberechtsfreie Betrauung dennoch für zulässig erachtet.¹¹²

Die neuen EU-VergabeRL positivieren nun weitgehend die Judikatur des EuGH und enthalten erstmals detaillierte Bestimmungen zu *In-house*-Vergabe und interkommunaler Kooperation.¹¹³ Vor diesem Hintergrund gilt es zu untersuchen, ob durch CETA die Möglichkeiten für die *In-house*-Vergabe oder die interkommunale Zusammenarbeit in Zukunft eingeschränkt werden könnten.¹¹⁴ Aus den Ausführungen zum Anwendungsbereich des CETA Beschaffungskapitels wird zunächst deutlich, dass sich die Frage hinsichtlich Dienstleistungen in der Praxis von vornherein nur für ausdrücklich in Annex 5 erfasste Dienstleistungsbereiche stellt. Aus einer Daseinsvorsorgeperspektive sind

¹⁰⁷ EuGH, Rs C-107/98 (*Teckal*) Slg 1999, I-8121. Zu den Auswirkungen auf diverse Beteiligungsmodelle und zur nachfolgenden Entwicklung etwa *Potacs*, Neubestimmung der *In-house*-Vergabe, ZfV 2005, 513 (514 f); *ders*, Öffentliche Unternehmen, in B. Raschauer (Hg) *Wirtschaftsrecht*³ (2010) Rz 936.

¹⁰⁸ EuGH, Rs C-107/98 (*Teckal*) Rz 50. Es kommt also insb darauf an, ob sich der Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers (also etwa der Gebietskörperschaft) „formal von ihm unterscheidet und [...] ihm gegenüber eigene Entscheidungsgewalt besitzt“ (ibid Rz 51).

¹⁰⁹ StRsp, s etwa EuGH, Rs C-340/04 (*Carbotermo*), Rz 60; Rs C-324/07 (*Coditel Brabant*) Rz 46 ff.

¹¹⁰ EuGH, Rs C-26/03 (*Stadt Halle*) Slg 2005, I-1, Rz 49

¹¹¹ EuGH Rs C-480/06 (*Stadtreinigung Hamburg*) Slg 2009, I-4747, Rz 33.

¹¹² EuGH Rs C-480/06 (*Stadtreinigung Hamburg*) Rz 47. Zur weiteren Entwicklung der Judikatur etwa *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, *Vergaberecht*⁴ (2014) 92 f.

¹¹³ Vgl Art 12 RL 2014/24/EU, Art 28 RL 2014/25/EU sowie Art 17 2014/23/EU.

¹¹⁴ Zur Unklarheit, inwiefern derartige Vorgänge vom GPA erfasst sind, vgl *Anderson/Arrowsmith*, *The WTO regime on government procurement: past, present and future*, in *Arrowsmith/Anderson* (Hrsg), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform* (2011) 3 (52); *Wang/Perin/Casalini*, *Addressing purchasing arrangements between public sector entities: what can the WTO learn from the EU's experience?*, in *Arrowsmith/Anderson* (Hrsg), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform* (2011) 253 (271): „*the GPA has not expressly addressed the issue ... and there is no WTO case law to clarify the situation ... leaving its Parties with significant and unchecked discretion*“.

das – derzeit – im Wesentlichen die wichtigen Bereiche Abfall und Abwasser. Ein weiteres relevantes Thema könnte aber beispielsweise auch der Bereich der Gebäudereinigung sein.

Die Beantwortung der Frage, ob und inwiefern CETA *In-house*-Vergaben und interkommunale Kooperationen beeinträchtigen könnte, hängt entscheidend von der Auslegung der enthaltenen Ausnahmebestimmung ab. Anders als die sehr umfangreichen Tatbestände in den neuen EU-VergabeRL ist die Ausnahme in CETA äußerst knapp und allgemein gehalten.¹¹⁵

Annex 7 enthält eine Ausnahmebestimmung, die für *In-house*-Vergaben und interkommunale Kooperationen einschlägig ist (Annex 7 Abs 1 lit e). Demnach findet das CETA-Beschaffungskapitel keine Anwendung auf:

„goods and services that are procured by a covered entity internally or that are supplied by one covered entity to another.“

Der erste Fall („*procured by a covered entity internally*“) spricht die *In-house*-Vergabekonstellation an und nimmt diese vom Anwendungsbereich des CETA-Beschaffungskapitels aus. Mit Blick auf die differenzierte *In-house*-Definition in der Judikatur des EuGH oder in den neuen Vergaberichtlinien ist die Formulierung „*procured ... internally*“ vergleichsweise rudimentär und (potentiell) weit gefasst. Die EU legt sich damit im Rahmen des CETA nicht auf ein detailliertes Verständnis der *In-house*-Konstellation fest. Es können daher unterschiedliche *In-house*-Vergabesituationen – etwa im Sinn der vom EuGH entwickelten Kriterien oder auch nach der PSO-VO¹¹⁶ – von der Ausnahme erfasst werden. Mangels näherer Erläuterung, was unter „*procured ... internally*“ zu verstehen ist, bleibt hier allerdings auch ein Spielraum für einschränkende Interpretationen durch Streitschlichtungsinstanzen. So ist etwa nicht auszuschließen, dass ein (Staat-Staat) Schiedsgericht im Streitfall die Anforderungen an „*procured ... internally*“ enger fasst, als dies etwa in den neuen VergabeRL vorgesehen ist.

Zur Verdeutlichung: Ein entsprechendes Gremium könnte beispielsweise die Vergabe an ein „Schwesterunternehmen“¹¹⁷ (sogenanntes „horizontales *In-house*-Geschäft“) als vergaberelevanten Vorgang betrachten, während diese Konstellation nach den neuen VergabeRL einen Fall der *In-house*-Vergabe darstellen kann (Art 12 Abs 2 RL 2014/24/EU). Auch im Unionsrecht war die Frage bis zum Inkrafttreten der neuen VergabeRL letztlich nicht geklärt.¹¹⁸ Diese Rechtsunsicherheit ist im Zusammenhang mit der unbestimmten Ausnahme in Annex 7 des CETA jedoch ungleich höher. In diesem Zusammenhang ist nicht einmal klar, ob ein entsprechendes Streitschlichtungsgremium die Möglichkeit horizontaler *In-house*-Vergaben überhaupt anerkennt.

¹¹⁵ Vgl etwa Art 12 RL 2014/24/EU.

¹¹⁶ Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70, ABl (EG) 2007 L 315/1. Die Bezeichnung „PSO“ steht für *public service obligations*, also für Verpflichtungen, im Zusammenhang mit der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen.

¹¹⁷ Gemeint ist die Vergabe zwischen zwei Tochterunternehmen, die von einem gemeinsamen Mutterunternehmen kontrolliert werden.

¹¹⁸ Vgl GA Mengozzi, Schlussanträge vom 23.01.2014, Rs C-15/13, Rz 33 ff.

Auch die zweite Ausnahmekonstellation ist vergleichsweise wenig bestimmt und erfasst die Erbringung einer Leistung von einer erfassten Vergabestelle an eine andere erfasste Vergabestelle („*supplied by one covered entity to another*“). Aus einer Daseinsvorsorgeperspektive ist insbesondere von großer Bedeutung, ob und inwieweit interkommunale Kooperationen unter den Begriff „*supplied by one covered entity to another*“ fallen. Dabei ist vor allem auch an jene nicht-institutionalisierten Konstellationen zu denken, in denen zwei oder mehrere öffentliche Auftraggeber (auf vertraglicher Basis) zusammenarbeiten, ohne jedoch eigens eine (der gemeinsamen Kontrolle unterliegende) Einrichtung für die interkommunale Zusammenarbeit zu schaffen und mit dieser Aufgabe zu betrauen. Nach dem Wortlaut können sowohl institutionalisierte als auch rein vertragliche Kooperationsformen unter die Ausnahmebestimmung in Annex 7 subsumiert werden. Die eigentliche Problematik, die auch schon im Zusammenhang mit der *In-house*-Vergabe erörtert wurde, besteht in der weitgehenden Unbestimmtheit der Formulierung „*supplied by one covered entity to another*“. Da im CETA etwa nicht auf die Zusammenarbeit zur Erreichung eines den beteiligten Vergabestellen *gemeinsamen* Ziels abgestellt wird, geht das durch Annex 7 Abs 1 lit e abgedeckte Spektrum öffentlich-öffentlicher Kooperationen sogar über unionsrechtlich zulässige vergabefreie öffentlich-öffentliche Kooperationsformen hinaus.¹¹⁹ Umgekehrt kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass ein Streitschlichtungsgremium die Ausnahme eng auslegt bzw zusätzliche Anforderungen an öffentlich-öffentliche Kooperationen stellt.

Im Ergebnis erweist sich die rudimentäre Formulierung der Ausnahmen als zweiseitig. Die beiden Ausnahmen belassen der EU zwar einerseits wesentliche Gestaltungsspielräume hinsichtlich der detaillierten Anforderungen an *In-house*-Vergaben und öffentlich-öffentliche Kooperationen. Andererseits können die unbestimmten Formulierungen zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen, da die Anforderungen, die im Rahmen des CETA an *In-house*-Vergaben oder interkommunale Kooperationen gestellt werden, letztlich beträchtlich vom unionsrechtlich (einigermaßen) etablierten Verständnis abweichen könnten.

e. Berücksichtigung ökologischer und sozialer Kriterien?

Öffentliche Beschaffer verfügen über ein großes finanzielles Potential, die Rede ist von 18% des BIP in der EU.¹²⁰ Soweit Beschaffung auch zur Verfolgung strategischer Beschaffungsziele genutzt werden kann, handelt es sich daher um ein ganz wesentliches politisches Steuerungsinstrument. Insbesondere die neue VergabeRL 2014/24/EU bzw die neue SektorenRL 2014/25/EU enthalten detaillierte Bestimmungen hinsichtlich der Berücksichtigung von Sozial- und Umweltaspekten bei der Beschaffung.¹²¹ Auch diesbezüglich sind die Bestimmungen im Beschaffungskapitel des CETA vergleichsweise rudimentär. Es ist daher fraglich, ob und inwieweit Bestimmungen des CETA der

¹¹⁹ Vgl etwa EuGH Rs C-480/06 (*Stadtreinigung Hamburg*); Rs C-386/11 (*Piepenbrock*); Rs C-15/13 (*Technische Universität Hamburg*); zur Kodifikation der bisherigen Rsp in den neuen VergabeRL vgl etwa Art 12 Abs 4 RL 2014/24/EU.

¹²⁰ KOM(2011) 896 endg, 3.

¹²¹ Vgl etwa S. Mayr, Vergaberecht als Schlüssel zu mehr Nachhaltigkeit – Verkehrte Welt oder Paradigmenwechsel im Unionsrecht?, in Breitenlechner et al (Hrsg), Sicherung von Stabilität und Nachhaltigkeit durch Recht (2015), 63 (82 ff).