

→ In Kürze

- Der EuGH hat in den Fällen zur Zulässigkeit der „In-House“-Vergaben ein Prüfschema entwickelt.
- In den Vergabe-RL 2014 wurde dieses Prüfschema in Art 12 aufgenommen.
- Wesentliche Themenfelder aus den Diskussionen zum Ausnahmetatbestand sind offengeblieben.
- Verträge mit öffentlich-öffentlichen Partnerschaften laufen oft ohne definiertes Vertragsende oder verlängern sich automatisch ohne Wettbewerbsvergleiche.
- Verpflichtende Benchmark-Klauseln würden Effizienzsteigerungen, Qualitätsverbesserungen und Kosteneinsparungen bringen.
- Verfügbarkeit der Daten und neue Analysetools können zu Transparenz und Optimierung des Preis-Leistungs-Verhältnisses beitragen.
- Cross-Border-Kooperationen in Grenzgebieten sind eine zusätzliche Chance bei Public-Public-Partnerships und sollten systematisch gefördert werden.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Gen.-Dir. Mag. Dr. Hanns-Thomas Kopf, LL. M., ist Chief Executive Officer für Central East Europe des internationalen Informationstechnologie-Dienstleisters Atos IT Solutions and Services, Vorsitzender der Geschäftsführung der Atos Österreich, Verwaltungsratsvorsitzender der Atos Schweiz und Vorstandsvorsitzender der Atos Italien, Jurist und Lehrbeauftragter für Wirtschaftsrecht an mehreren Universitäten und Hochschulen.

Kontaktadresse: Atos IT Solutions and Services GmbH, Siemensstraße 92, 1210 Wien
E-Mail: hanns-thomas.kopf@atos.net

Vom selben Autor erschienen:

Kopf/Schreiner, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Nutzung und Vergabe von IT-Dienstleistungen durch unabhängige Übertragungsnetzbetreiber, in *Österreichischer Rechtsanwaltskammertag* (Hrsg), *Der Advokat im XXI. Jahrhundert – Festschrift Gerhard Benn-Ibler* (2011) 185;
Kopf, Neue Fairness im Nachprüfungsverfahren: Urteil des Europäischen Gerichtshofs stärkt Rechtsmittel und ändert die bisherige Spruchpraxis bei Vergabeanfechtungen, in *Gottwald* (Hrsg), *e-Justice in Österreich. Erfahrungsberichte und europäischer Kontext. Festschrift für Martin Schneider* (2013) 771.



Praxisrelevante Schnittstellen zwischen EU-Beihilferecht und Vergaberecht – ein Überblick über die Entscheidungspraxis (Teil 1)

Die Vergabe von Aufträgen zur Durchführung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse

Die Vergabe von Aufträgen zur Durchführung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse berührt sowohl vergaberechtliche als auch beihilfenrechtliche Themenbereiche. In diesem Sinne ist zu prüfen, welche Verfahrensarten einen (ungerechtfertigten) Vorteil ausschließen und wie beihilferechtskonform vorgegangen werden kann, wenn kein Vergabeverfahren durchgeführt wird.

Von Marlene Wimmer-Nistelberger

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Die *Altmark*-Kriterien
 1. Der Begriff des „durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens“
 - a) Allgemeines
 - b) Beispiele aus der Entscheidungspraxis
 2. Der Begriff des angemessenen Gewinns
 - a) Allgemeines
 - b) Beispiele aus der Entscheidungspraxis
 - c) Conclusio zum Begriff des angemessenen Gewinns
 3. Welche Verfahrensarten erfüllen das vierte *Altmark*-Kriterium?
 - a) Allgemeines

- b) Innovationspartnerschaften
- c) Offenes und nichtoffenes Verfahren
- d) Verhandlungsverfahren und wettbewerblicher Dialog
- e) Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung
- f) Conclusio zur Wahl der Verfahrensart
- C. Conclusio

A. Einleitung

Im Laufe der letzten Jahrzehnte veränderte sich das wirtschaftliche Verständnis der EU-Mitgliedstaaten. Diese Änderung spiegelt sich in mehreren Aspekten wider. Einerseits wurden zahlreiche staatliche Unternehmen privatisiert, andererseits haben Mitgliedsta-

ZVB 2018/27

Art 107 AEUV;
Art 27 ff RL 2014/24/EU

Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse;
gemeinwirtschaftliche Dienstleistungen;
angemessener Gewinn;
durchschnittliches und gut geführtes Unternehmen;
ungerechtfertigter Vorteil

ten begonnen, private Partner mit der Durchführung ihrer öffentlichen Aufgaben zu beauftragen. In diesem Kontext wurden einige praxisrelevante Schnittstellen zwischen EU-Beihilferecht und Vergaberecht sichtbar. All diese Schnittstellen verbindet, dass die Einhaltung des Beihilferechts aufgrund der hohen Anzahl an relevanten Entscheidungen komplex ist, insb da diese oftmals inkonsistent zu sein scheinen.

Daher wird in den beiden Teilen dieses Artikels untersucht, ob die Entscheidungspraxis der Kommission in Bezug auf drei wichtige Schnittstellen Rechtssicherheit gewährleistet.

In Teil 1 wird die Vergabe von Aufträgen zur Durchführung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse („DAWI“) näher beleuchtet. Von besonderem Interesse sind dabei die Kriterien, die der EuGH in der Rechtssache *Altmark* aufgestellt hat und die näherer Interpretation bedürfen. Insb die tatsächliche Bedeutung der Termini „durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen“¹⁾ und „angemessener Gewinn“²⁾ sowie die dazu ergangenen Entscheidungen werden untersucht. Danach wird analysiert, welche Verfahrensarten das vierte *Altmark*-Kriterium, nämlich die Wahl des konkreten Unternehmens,³⁾ erfüllt.

In Teil 2 werden zwei weitere praxisrelevante Schnittstellen beleuchtet. Zum einen werden Bietverfahren zur Durchführung von Privatisierungen und das Risiko (i) von Verstößen gegen Vergabeprinzipien sowie (ii) von Bedingungen, die zu Kaufpreisminderungen führen, analysiert. Zum anderen wird geprüft, inwiefern sich das Beihilferecht auf die Durchführung von PPP-Projekten auswirkt. Insb wird untersucht, wer begünstigt sein kann und in welchen Phasen eine Beihilfe gewährt werden kann.

B. Die *Altmark*-Kriterien

Aus der EuGH-Entscheidung in der Rechtssache *Altmark* kann abgeleitet werden, dass eine Beihilfe dann nicht vorliegt, wenn der private Partner, der die Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse erbringt, den Auftrag gemäß den vier nachfolgenden Bedingungen erhalten hat und diesem daher kein Vorteil gewährt wurde:⁴⁾

1. Das Unternehmen muss mit klar definierten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen betraut sein.⁵⁾

2. Die Parameter, die zur Berechnung des Ausgleichs herangezogen werden, sind im Vorfeld objektiv und transparent darzulegen, damit sichergestellt werden kann, dass kein Vorteil gewährt wird.⁶⁾

3. Der Ausgleich darf lediglich die Kosten, die zur Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung notwendig sind, sowie einen angemessenen Gewinn decken.⁷⁾

4. Die Wahl des Unternehmens hat entweder anhand eines öffentlichen Vergabeverfahrens oder durch Vergleich mit den Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens zu erfolgen.⁸⁾

Der nachfolgende Teil wird sich mit dem dritten und vierten Kriterium befassen, da diese aufgrund der vagen Wortwahl durch die Entscheidungspraxis der Kommission geprägt wurden. Zuerst wird die genaue Bedeutung der Termini „durchschnittliches, gut

geführtes Unternehmen“ und „angemessener Gewinn“ und deren Überprüfungsparameter untersucht.

Danach wird das vierte Kriterium näher analysiert, da nicht bei jeder Sachverhaltskonstellation ein Vergabeverfahren erfolgreich durchgeführt werden kann. Anschließend wird noch untersucht, welche Verfahrensarten bevorzugt und welche nicht angewandt werden sollten.

1. Der Begriff des „durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens“

a) Allgemeines

Wird kein Vergabeverfahren durchgeführt und ist keine marktangemessene Vergütung für eine bestimmte DAWI eruiert, so sind laut Ansicht der Kommission die Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens als Vergleichsmaßstab heranzuziehen.⁹⁾ Der Terminus „durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen“ ist aber weder offiziell noch in der Entscheidung zur Rechtssache *Altmark* näher definiert.¹⁰⁾ Nichtsdestotrotz bietet die vorzitierte Mitteilung der Kommission eine gewisse Auslegungshilfe.

Nach Ansicht der Kommission müssen ausschreibende Stellen europäische und nationale Rechnungslegungsmaßnahmen und analytische Quotienten, die Auskunft über die Produktivität geben (zB Umsatz im Verhältnis zum investierten Kapital oder Wertschöpfung pro Mitarbeiter), beachten.¹¹⁾ Darüber hinaus müssen ausreichend viele Unternehmen geprüft werden.¹²⁾

Ferner stellt die Kommission für den Fall, dass ein Vergleichsmaßstab nicht erreicht werden kann, auch eine negative Anleitungshilfe zur Verfügung. Verfügen Unternehmen über (i) eine Monopolstellung oder (ii) erhalten sie einen Ausgleich für die Durchführung einer DAWI, der nicht im Einklang mit EU-Recht steht, so können die Kosten nicht als Kosten eines durchschnittlichen Unternehmens betrachtet werden. Diesfalls besteht nämlich das Risiko, dass die Kosten überhöht sind.¹³⁾

In vielen Fällen wird die vorstehend dargelegte Auslegungshilfe der Kommission nur mäßig hilfreich sein, da die Eruiertung eines angemessenen Vergleichsmaßstabs oftmals nur mit großem Aufwand oder gar nicht erreicht werden kann. Daher wird es auch für öffentliche AG häufig einfacher sein, der von der Kommis-

1) EuGH 24. 7. 2003, C-280/00, *Altmark Trans GmbH*.

2) EuGH 24. 7. 2003, C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, Rz 92.

3) EuGH 24. 7. 2003, C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, Rz 93.

4) EuGH 24. 7. 2003, C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, Rz 87.

5) EuGH 24. 7. 2003, C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, Rz 89.

6) EuGH 24. 7. 2003, C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, Rz 90.

7) EuGH 24. 7. 2003, C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, Rz 92.

8) EuGH 24. 7. 2003, C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, Rz 93.

9) Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfevorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, Text von Bedeutung für den EWR, COM 2012/C 8/02 (2012), ABl C 8/4, 69f.

10) EU-Kommission, COM 2012/C 8/02 Rz 71.

11) EU-Kommission, COM 2012/C 8/02 Rz 72; *Sinnaeve*, What's New in SGEI 2012? – An Overview of the Commission's SGEI Package, EStA 2012/2, 352.

12) EU-Kommission, COM 2012/C 8/02 Rz 74.

13) EU-Kommission, COM 2012/C 8/02 Rz 74.

sion ohnehin bevorzugten Methode, nämlich der Durchführung eines Vergabeverfahrens, zu folgen.¹⁴⁾

Darüber hinaus sind die Verweise auf bestimmte analytische Quotienten ohne klare numerische Angaben vage. Dies selbst unter Berücksichtigung, dass Zahlen zwischen verschiedenen Sektoren und Industrien schwanken können. Umso wichtiger ist die nähere Beleuchtung der bisherigen Entscheidungspraxis der Kommission.

b) Beispiele aus der Entscheidungspraxis

Herangezogene Studien müssen vergleichbare Produkte umfassen

In *Poste Italiane* („PI“) haben sich die italienische Regierung und PI auf zwei Vergleichsmaßstabsstudien bezogen. Nichtsdestotrotz hat die Kommission einen unabhängigen Sachverständigen mit der Erstellung einer weiteren Studie beauftragt, da die bisherigen Studien beispielsweise nicht auf (nahe) vergleichbare Produkte eingegangen sind. Der unabhängige Sachverständige fokussierte auf die am nächsten vergleichbaren Produkte, prüfte die spezifischen Eigenschaften, wies ihnen einen Wert zu, glied die Werte mit verschiedenen Faktoren ab¹⁵⁾ und gelangte zu dem Ergebnis, dass die Kosten marktkonform sind.¹⁶⁾ Daher entschied die Kommission, dass der an das Unternehmen bezahlte Ausgleich jenen Kosten entspricht, die in einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen anfallen.¹⁷⁾

Trennung von durchschnittlichen und gut geführten Unternehmen in deregulierten Märkten

Konträr zur Rechtssache PI hat die Kommission in einem anderen Fall eine vergleichende Bewertung auf Basis von Daten eines Sektors abgelehnt. Darüber hinaus hat die Kommission die Prüfung zweigeteilt, nämlich in die Prüfung der Kosten eines durchschnittlichen Unternehmens und der Kosten eines gut geführten Unternehmens.

In der Rechtssache *Postbus Lienz* wurden die Kosten für Verkehrsdienstleistungen mit den durchschnittlichen Kosten des Sektors verglichen. Sowohl Österreich als auch die Kommission kamen dabei zum Ergebnis, dass die Kosten, die bei *Postbus* anfielen, als durchschnittliche Kosten betrachtet werden können.¹⁸⁾ Nichtsdestotrotz hielt die Kommission fest, dass der Bustransportsektor über lange Zeit durch eine Monopolsituation gekennzeichnet war und daher die Kosten eines durchschnittlichen Unternehmens nicht notwendigerweise mit jenen eines gut geführten Unternehmens übereinstimmen müssen. Sie argumentierte ferner, dass Österreich nicht erklärt hat, warum die angefallenen Kosten als jene eines gut geführten Unternehmens zu betrachten sind, und hielt abschließend fest, dass *Postbus* nach wie vor über eine gewisse Marge an Effizienzsteigerung verfügt. Daraus schlussfolgerte die Kommission, dass das vierte *Altmark*-Kriterium nicht erfüllt wurde, und prüfte letztendlich die Kompatibilität der Beihilfe.¹⁹⁾

In der Entscheidung hinsichtlich eines Busunternehmens in Südmähren²⁰⁾ bestätigte die Kommission ihre in der Rechtssache *Postbus Lienz* bereits vertretene

Rechtsauffassung und sprach aus, dass die Zugrundelegung statistischer Daten hinsichtlich der Beförderungskosten nicht automatisch zu der Schlussfolgerung führt, dass dies die Kosten eines gut geführten Unternehmens sind.²¹⁾

Spielraum, wenn ein Vergabeverfahren die Kosten nicht gesenkt hätte

Andererseits ist die Kommission in einem Fall betreffend einen Stromerzeuger in Slowenien von ihrer strengen Sichtweise auch wieder abgegangen.²²⁾ In diesem Fall hat Slowenien kein Vergabeverfahren durchgeführt, da nur eine einzige Kraftwerksanlage in der Lage war, den Vertrag ohne große Investitionen zu erfüllen. Darüber hinaus umfasste der Ausgleich kein Gewinnelement. Daher kam die Kommission zum Ergebnis, dass die Kosten auch bei Durchführung eines Vergabeverfahrens nicht niedriger gewesen wären. Ergänzend hat die Kommission angenommen, dass das Unternehmen ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen ist, da es sich zur Zeit des wirtschaftlichen Umbruchs in Slowenien aus eigenem Antrieb umstrukturiert hat und die *Altmark*-Kriterien erfüllt wurden.²³⁾

Conclusio zum Terminus des durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens

Vergleichsmaßstab: Aus den oben analysierten Fällen kann abgeleitet werden, dass es zur Herstellung eines zufriedenstellenden Vergleichsmaßstabs nicht ausreicht, sich auf statistische Daten zu beziehen (*ČAS-Service*). Vielmehr ist darzulegen, warum die Referenzen, auf die Bezug genommen wird, als vergleichbar betrachtet werden können.

Deregulierte Märkte: Darüber hinaus besteht in Sektoren, die lange Zeit durch Monopolstellungen gekennzeichnet waren, die Notwendigkeit, darzulegen, warum die Kosten eines durchschnittlichen Unternehmens jenen eines gut geführten Unternehmens entsprechen (*Postbus Lienz*). Nach Ansicht der Kommission trifft den öffentlichen AG die Beweislast, dass die Kosten des betroffenen Unternehmens als Kosten eines gut geführten Unternehmens betrachtet werden können. Als Beweis dafür kann beispielsweise dienen, dass das Unternehmen bereits in den letzten Jahren eine gewisse Anzahl an Vergabeverfahren im betroffenen Sektor gewonnen hat.²⁴⁾

Einzelfallentscheidungen: Trotz all dieser Indizien, die zur Herleitung von generellen Rahmenbedingungen herangezogen werden können, ist nach wie vor

14) *Sinnaeve*, EStA 2012/2, 352.

15) EU-Kommission, C(2008) 5585, *Poste Italiane*, ABI L 189/3, Rz 100, 103 f.

16) EU-Kommission, C(2008) 5585, *Poste Italiane*, Rz 131.

17) EU-Kommission, C(2008) 5585, *Poste Italiane*, Rz 85.

18) EU-Kommission, C(2008) 7034, *Postbus Lienz*, ABI L 306/26, Rz 83 f.

19) EU-Kommission, C(2008) 7034, *Postbus Lienz*, Rz 85 ff, 98.

20) EU-Kommission, C(2008) 7032, *ČAS-Service*, ABI L 97/14.

21) EU-Kommission, C(2008) 7032, *ČAS-Service*, Rz 82.

22) Entscheidung der Kommission über die staatliche Beihilfemaßnahme, die Slowenien im Rahmen seiner Gesetzgebung über qualifizierte Erzeuger von Energie durchführt (K[2007] 1181), ABI L 219/9.

23) EU-Kommission, K(2007) 1181, Rz 113 ff, 122.

24) EU-Kommission, C(2008) 7034, *Postbus Lienz*, Rz 86.

keine Rechtssicherheit gegeben. Vielmehr bedarf jeder einzelne Sachverhalt einer Einzelfallbetrachtung.

So ist beispielsweise das Risiko, auf ein Vergabeverfahren zu verzichten, weil argumentierbar ist, dass nur ein Bieter als AN in Frage kommt, hoch. Der im besprochenen Fall gewährte Spielraum kann nämlich nicht ohne Weiteres auf andere Sachverhalte angewandt werden. Zum einen ist zu bedenken, dass das erklärte Ziel die Herstellung der Versorgungssicherheit war.²⁵⁾ Zum anderen ist anzumerken, dass die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung bereits im Jahr 2009 beendet hat. Die Verpflichtung bestand daher nur über einen vergleichsweise kurzen Zeitraum. Die Kommission selbst hat dazu ausgeführt, dass „[l]angfristig, wenn die Kosten der erneuerbaren Energiequellen gesunken sind und sich ihre Gesamtleistung erhöht, [...] die Umstände vermutlich anders sein“ werden.²⁶⁾

2. Der Begriff des angemessenen Gewinns

a) Allgemeines

Nach Ansicht der Kommission gilt als angemessener Gewinn „die Kapitalrendite, die ein typisches Unternehmen zugrunde legt, um unter Berücksichtigung des jeweiligen Risikos zu entscheiden, ob es die betreffende Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse über den gesamten Zeitraum der Beauftragung erbringt“.²⁷⁾

Die nachfolgende Analyse wird zeigen, dass (i) die Kommission dieses Kriterium streng auslegt, (ii) die Entscheidungspraxis stark variiert und (iii) keine klaren Werte vorgegeben werden. So hat die Kommission bisher beispielsweise keine Höchstwerte für den maximalen Gewinn festgelegt, der unabhängig vom Sektor und von der konkreten zu erbringenden Dienstleistung im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse gilt. Daher erscheint es gegenwärtig schwer möglich, konkrete Leitlinien aufzustellen. Die nachstehende Übersicht über die Entscheidungspraxis soll aber dennoch die Herleitung von grundsätzlichen Rahmenbedingungen ermöglichen.²⁸⁾

b) Beispiele aus der Entscheidungspraxis

Wie bereits erläutert, variieren die von der Kommission akzeptierten Gewinnmargen. Dies ist selbst innerhalb eines Sektors der Fall.

So hat die Kommission in einem Fall betreffend den öffentlichen Busverkehr ausgesprochen, dass eine Kompensation auf Basis der tatsächlichen Kilometer und eine finale Kompensation auf Basis der tatsächlich angefallenen Kosten (Verluste) plus einem Gewinn iHv 7,85% das dritte *Altmark*-Kriterium erfüllen.²⁹⁾

In einer weiteren Rechtssache in diesem Sektor hat die Kommission argumentiert, dass eine Gewinnmarge iHv 5% über den tatsächlichen Kosten nicht als Überkompensation betrachtet wird, darüber hinaus gehende Gewinnspannen jedoch sehr wohl. Daher ging die Kommission auch in diesem Fall davon aus, dass das dritte *Altmark*-Kriterium erfüllt war.³⁰⁾

Weiters hat die Kommission in der Rechtssache *Danske Statsbaner* ausgesprochen, dass eine Gewinnmarge zwischen 6% und 12%, beschränkt auf eine jährliche Obergrenze von 10% über einen Dreijahres-

durchschnitt, einen akzeptablen angemessenen Gewinn darstellt. Im konkreten Fall war die Kommission in der Lage, ihre Analyse auf eine Studie betreffend alle Bahnunternehmen in Europa zu stützen, und hatte daher einen guten Überblick über die Kapitalrenditen der diversen Bahnunternehmen.³¹⁾

In Hinblick auf den vormalig in Geltung stehenden Rahmen der EU für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen³²⁾ für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen hat die Kommission festgehalten, dass eine Nachsteuerrendite iHv 5,5% akzeptabel ist. Die Kommission bezog sich in diesem Fall aber auf das geringe Risiko, daher könnte (vorsichtig) argumentiert werden, dass die Gewinnspanne in diesem Fall geringer auszufallen hat als in anderen Fällen.³³⁾

c) Conclusio zum Begriff des angemessenen Gewinns

Auf Basis der oben kurz dargestellten Fälle kann argumentiert werden, dass sich kein roter Faden durch die Entscheidungspraxis der Kommission zieht. Andererseits gibt es aber auch Anhaltspunkte dafür, dass Mitgliedstaaten und Unternehmen sehr wohl sichere Häfen ansteuern können.

Es hat sich gezeigt, dass die Kommission einerseits keinen maximalen Gewinn vorschreibt und festhält, dass Gewinnspannen bis zu 10% als konform mit den Beihilferegeln angesehen werden können. Die Chancen, dass ein Gewinn im oberen Segment akzeptiert wird, steigen insb dann, wenn auf Basis von wirtschaftlichen Studien dargelegt werden kann, dass diese Gewinnspanne in vergleichbaren Unternehmen ähnlich ist (siehe dazu *Danske Statsbaner*). Wenn das durch den Auftrag übernommene Risiko für das Unternehmen allerdings als eher gering zu bemessen ist, scheint auch nur eine geringere Gewinnspanne zulässig zu sein (siehe dazu FN 33). Darüber hinaus nimmt die Kommission auch stets auf den konkreten Sektor und die nationalen Gegebenheiten Bedacht. Dies könnte wiederum eine Begründung für die unterschiedlichen Höhen der jeweils akzeptierten Gewinnspannen sein.³⁴⁾

Hervorgekommen ist, dass generelle Rückschlüsse aus den einzelnen Entscheidungen schwierig sind, da sie jeweils auf den sehr spezifischen und national unterschiedlichen Gegebenheiten basieren.

25) EU-Kommission, K(2007) 1181, Rz 112.

26) EU-Kommission, K(2007) 1181, Rz 120.

27) EU-Kommission, COM 2012/C 8/02, Rz 77.

28) Klasse in *Szyszczak/van de Gronden* (Hrsg), Financing Services of General Economic Interests, Legal Issues of Services of General Interest (2013) 44 f.

29) EU-Kommission, C(2008) 7032, *ČAS-Service*, Rz 71 f.

30) EU-Kommission, *Personalmotoren im Landkreis Anhalt-Bitterfeld*, N/206/2009 (2009) ABI C 255/4, Rz 46 f.

31) EU-Kommission, K(2010) 975, *Danske Statsbaner*, Rz 357 ff.

32) EU-Kommission, COM 2012/C 8/02.

33) EU-Kommission, C(2010) 4499, *Public service compensation linked to a preferential dispatch mechanism for indigenous coal power plants*, ABI C 312/5, Rz 145.

34) Klasse in *Szyszczak/van de Gronden* (Hrsg), Financing Services of General Economic Interests, Legal Issues of Services of General Interest 45.

3. Welche Verfahrensarten erfüllen das vierte Altmark-Kriterium?

a) Allgemeines

Wie bereits dargelegt, besteht die Vermutung, dass keine Beihilfe gewährt wird, nur dann, wenn ein Auftrag im Rahmen eines Vergabeverfahrens vergeben wurde, bei dem die Vorgaben der EU-Vergaberichtlinien eingehalten wurden. Diese Vermutungsregel basiert auf der Idee, dass ein Vergabeverfahren den Wettbewerb ankurbelt und daher ein marktconformer Preis erzielt wird und ein (ungerechtfertigter) Vorteil für das Unternehmen ausgeschlossen werden kann.³⁵⁾

Nichtsdestotrotz kann selbst bei Einhaltung aller Normen des Vergaberechts eine Beihilfe vorliegen. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn die vertraglichen Regelungen nicht mit den Marktverhältnissen übereinstimmen.³⁶⁾ Dieses Risiko wurde auch bereits von Generalanwalt *Jacobos* erkannt, der ausführte, dass Rechte und Verpflichtungen in komplexen Projekten als Ganzes geprüft werden müssen.³⁷⁾

Darüber hinaus können auch durch die RL 2014/24/EU neue Risiken entstehen, da sie öffentlichen AG mehr Spielraum bei der Wahl der Verfahrensart gibt und in größerem Maße als bisher Verhandlungen ermöglicht. Alles in allem verfügen öffentliche AG nunmehr über größere Ermessensspielräume, wodurch sich das Risiko von marktverzerrenden Begünstigungen Einzelner erhöht. Darüber hinaus kann die Anwendung bestimmter Zuschlagskriterien, die Sozial- oder Umweltfaktoren besonders berücksichtigen, einzelnen Bietern einen Wettbewerbsvorteil ermöglichen.³⁸⁾

Aus all diesen Überlegungen erscheint es gegenwärtig möglich, dass die Debatte, ob die Einhaltung des Vergaberechts zum Ausschluss einer Beihilfe ausreichend ist, neu entfacht wird. Dies hat auch die Kommission bereits anerkannt und festgehalten, dass mehr Flexibilität zu mehr Subjektivität führt und es daher komplizierter wird, sicherzustellen, dass keine Beihilfe gewährt wurde.³⁹⁾

b) Innovationspartnerschaften

Im Lichte des bereits Ausgeführten ist der neu geschaffenen Verfahrensart der Innovationspartnerschaft⁴⁰⁾ besondere Aufmerksamkeit zu widmen. Dieses Verfahren wurde für die Entwicklung innovativer Produkte, die bisher nicht am Markt verfügbar sind, eingeführt. Daher ermöglicht die Innovationspartnerschaft öffentlichen AG, in Langzeitbeziehungen mit privaten Partnern zu treten, um R&D-Projekte zu finanzieren und durchzuführen.

Der Vorteil für öffentliche AG besteht insb. darin, dass die nachgelagerte Beschaffung des entwickelten Produkts ohne Durchführung eines (weiteren) Vergabeverfahrens möglich ist.⁴¹⁾ Obwohl betont wird, dass die Innovationspartnerschaft den Wettbewerb nicht behindern, einschränken oder verfälschen soll,⁴²⁾ sind die Risiken für die Einhaltung des Wettbewerbsrechts und der Gewährung einer (rechtswidrigen) Beihilfe nicht zu übersehen.

Mit Blick auf das Wettbewerbsrecht ist davon auszugehen, dass die vertragliche Ausgestaltung komplex

sein wird, da beispielsweise auf die Zuordnung von IP-Rechten besonders Bedacht zu nehmen ist.⁴³⁾ Würden die Rechte beispielsweise dem beauftragten Unternehmen zugeordnet werden, so wäre dieses in der Lage, sich selbst in eine begünstigte Lage gegenüber seinen Wettbewerbern zu bringen. Dies hätte zur Folge, dass das beauftragte Unternehmen unter Umständen seine Wettbewerber an der Entwicklung eines ausreichenden Wettbewerbs am relevanten Markt des neuen Produkts hindern könnte.⁴⁴⁾

Mit Blick auf das Beihilferecht ist insbesondere zu bedenken, dass die Innovationspartnerschaft als Deckmantel für die Umgehung der spezifischen Beihilferegeln für R&D-Projekte dienen könnte. Darüber hinaus erscheint die Prüfung, ob ein Vorteil gewährt wurde, schwierig, da ein angemessener Marktpreis für ein noch nicht entwickeltes Produkt kaum ex ante feststellbar sein wird.

Ferner und obwohl es grundsätzlich notwendig erscheint, ist das gesamte Verfahren von Verhandlungen zwischen den Parteien geprägt. Wenngleich Art 31 Abs 3 RL 2014/24/EU festhält, dass „Mindestanforderungen und die Zuschlagskriterien [...] nicht Gegenstand von Verhandlungen“⁴⁵⁾ sind, kann das Risiko von selektiver Begünstigung nicht komplett ausgeschlossen werden.

Nichtsdestotrotz dürfen vorerst keine voreiligen Schlüsse gezogen werden. So ist die gegenständliche RL bisher noch nicht in allen EU-Mitgliedstaaten umgesetzt. Es bleibt daher abzuwarten, wie die ersten praktischen Erfahrungen mit der neuen Verfahrensart sein werden.

c) Offenes und nichtoffenes Verfahren

Obwohl öffentliche AG grundsätzlich über einen Ermessensspielraum bei der Wahl der Verfahrensart verfügen, sprechen sich manche Stimmen in der Literatur klar für das offene und nichtoffene Verfahren aus. Der Grund dafür liegt in der Annahme, dass diese beiden Verfahrensarten ganz grundsätzlich als transparent zu betrachten sind.⁴⁶⁾ Wie in der DAWI-Mitteilung aus-

35) *Graells*, Public Procurement and the EU Competition Rules? (2015) 126.

36) *Graells*, Public Procurement and State Aid: Reopening the Debate? (2012) 208.

37) Schlussanträge GA *Jacobs* 30. 4. 2002, C-126/01, *GEMO SA*, Rz 122.

38) *Graells*, Public Procurement and State Aid: Reopening the Debate? 209.

39) *EU-Kommission*, Grünbuch über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens Wege zu einem effizienteren europäischen Markt für öffentliche Aufträge, KOM/2011/0015 endg., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=COM:2011:0015:FIN> (abgerufen am 28. 12. 2017) Frage 18.

40) Art 31 RL 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 2. 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der RL 2004/18/EG.

41) ErwGr 49 RL 2014/24/EU.

42) ErwGr 49 RL 2014/24/EU.

43) *Graells*, Public Procurement and State Aid: Reopening the Debate? 211.

44) *Graells*, Public Procurement and State Aid: Reopening the Debate? 212.

45) Art 31 Abs 3 RL 2014/24/EU.

46) *Nicolaides/Rusu*, Competitive Selection of Undertakings and State Aid: Why and When Does it Not Eliminate Advantage? EPPPL 2012/1, 19.

geführt, bevorzugt auch die Kommission das offene und (auch) das nichtoffene Verfahren.⁴⁷⁾

Bei der Anwendung der beiden Verfahren ist auf zwei wesentliche Aspekte Bedacht zu nehmen:

- (i) Zugang zum Vergabeverfahren und
- (ii) Nichtdiskriminierung.⁴⁸⁾

Da das offene Verfahren⁴⁹⁾ keine Beschränkungen hinsichtlich des Zugangs oder der Qualifikation für das Verfahren hat, ermöglicht es umfangreichen Wettbewerb, weil alle Interessenten unbeschränkt teilnehmen können. Konträr dazu ist das nichtoffene Verfahren⁵⁰⁾ in der zweiten Stufe gerade nicht offen für alle interessierten Bieter, sondern nur für jene, die eingeladen wurden, ein Angebot abzugeben. Nichtsdestotrotz bleibt die Vermutung bestehen, dass das nichtoffene Verfahren ausreichenden Wettbewerb erzeugt, sofern eine ausreichende Anzahl interessierter Bieter eingeladen wird, ein Angebot zu legen. Grund dafür ist die Annahme, dass der Preisdruck hoch ist und dazu führt, dass der öffentliche AG keinen überhöhten Preis bezahlt.⁵¹⁾

In Hinblick auf den Aspekt der Nichtdiskriminierung haben öffentliche AG altbekannte Prinzipien zu berücksichtigen, zB dürfen sie nicht aufgrund der Staatsangehörigkeit diskriminieren⁵²⁾ oder einen Teil des Auftrags für jene Unternehmen reservieren, die in einem bestimmten Gebiet angesiedelt sind, da dies die Warenverkehrsfreiheit unzulässig beschränken würde.⁵³⁾

d) Verhandlungsverfahren und wettbewerblicher Dialog

Das Verhandlungsverfahren⁵⁴⁾ ermöglicht weniger Wettbewerb und ist deutlich weniger transparent als die zuvor erörterten Verfahrensarten. Trotzdem kann ein ausreichender Wettbewerb erzeugt werden, wenn der öffentliche AG in der zweiten Verfahrensstufe eine ausreichende Anzahl an potenziellen Bietern einlädt, ein (Erst-)Angebot abzugeben.

Nichtsdestotrotz hat die Kommission in ihrer DAWI-Mitteilung dargelegt, dass das Verhandlungsverfahren und der wettbewerbliche Dialog nur in Ausnahmefällen angewandt werden dürfen, da beide Verfahrensarten einen weiten Ermessensspielraum für öffentliche AG beinhalten.⁵⁵⁾ Welche Ausnahmefälle damit gemeint sind, hat die Kommission nicht näher ausgeführt.⁵⁶⁾

In ihrer bisherigen Entscheidungspraxis hat die Kommission das Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb bereits mehrfach als zulässig erachtet. Bezüglich der (alten) SektorenRL⁵⁷⁾ hat sie hervorgehoben, dass dann keine Beihilfe gewährt wird, wenn die Bekanntmachung eine Bestimmung enthält, wonach alle interessierten Kandidaten im Vorfeld zu einem Briefing eingeladen werden.⁵⁸⁾ Auch daraus kann geschlossen werden, dass es notwendig ist, alle qualifizierten und interessierten Bieter einzuladen, ein (Erst-)Angebot zu legen.⁵⁹⁾

Grundsätzlich gelten die soeben beschriebenen Regeln auch für den wettbewerblichen Dialog.⁶⁰⁾ So wie beim Verhandlungsverfahren kann der öffentliche AG auch hier die Anzahl der Angebote im Einklang

mit den Regeln über das Auswahlprozedere beschränken, muss aber dennoch für ausreichenden Wettbewerb bis zur letzten Verfahrensstufe sorgen.⁶¹⁾ In diesem Lichte haben die britischen Behörden in der Rechtssache *Welsh Public Sector Network Scheme* erfolgreich argumentiert, dass diese Verfahrensart aufgrund der Komplexität des Projekts gewählt wurde (zB eine Vielzahl an verschiedenen Serviceanforderungen) und weil die beste technische Lösung zuvor nicht bekannt war.⁶²⁾ Die Kommission erhob keine Einwendungen hinsichtlich allfälliger beihilferechtsrelevanter Themen, da der Zuschlag dem wirtschaftlich günstigen Angebot erteilt wurde und die Zuschlagskriterien das beste Preis-Leistungs-Verhältnis sicherten.⁶³⁾

Gleichwohl mag man die an sich strenge Sichtweise der Kommission bezüglich der beiden Verfahrensarten kritisieren. Zwar ist die Prüfung eines möglichen Vorteils und/oder einer Überkompensation einfacher, wenn das offene oder nichtoffene Verfahren angewandt wird, doch gewährleisten das Verhandlungsverfahren und der wettbewerbliche Dialog den vielfach geforderten Handlungsspielraum für öffentliche AG. Sofern dieser Handlungsspielraum nicht missbräuchlich ausgenutzt wird, erscheint es aber durchaus denkbar, dass durch den Einsatz dieser Verfahren optimale Lösungen gefunden werden und daher letztendlich wirtschaftlich günstigere Angebote gelegt werden.⁶⁴⁾

Deshalb scheint eine weniger transparente Verfahrensart insb dann als eine gangbare Variante, wenn zu erwarten ist, dass wirtschaftlich günstigere Angebote gelegt werden.

e) Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung

Aus der Perspektive des Beihilferechts ist das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung⁶⁵⁾ höchst problematisch. Dies resultiert aus dem beschränkten Zugang zum Vergabeverfahren. Es ist nicht für jeden (theoretisch) qualifizierten Bieter offen, da der öffentliche AG lediglich bestimmte Bieter zur Abgabe eines Angebots einlädt. Daher hat die Kommission in ihrer DAWI-Mitteilung ausdrücklich festgehal-

47) EU-Kommission, COM 2012/C 8/02 Rz 66.

48) *Nicolaidis/Rusu*, EPPPL 2012/1, 18.

49) Art 27 RL 2014/24/EU.

50) Art 28 RL 2014/24/EU.

51) *Nicolaidis/Rusu*, EPPPL 2012/1, 19.

52) EuGH 18. 11. 1999, C-275/98, *Unitron Scandinavia*, Rz 31.

53) EuGH 20. 3. 1990, C-21/88, *Du Pont De Nemours Italiana Spa*, Rz 4, 14, 20.

54) Art 29 RL 2014/24/EU.

55) EU-Kommission, COM 2012/C 8/02 Rz 66.

56) *Sinnaeve*, ESTAI 2012/2, 347.

57) RL 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste.

58) EU-Kommission, C(2002) 3578 fin, *London Underground PPP*, ABI C 309/14, Rz 81, 84.

59) *Nicolaidis/Rusu*, EPPPL 2012/1, 19.

60) Art 30 RL 2014/24/EU.

61) *Nicolaidis/Rusu*, EPPPL 2012/1, 19.

62) EU-Kommission, C(2007) 2212 final, *Welsh Public Sector Network Scheme*, ABI C 157/2, Rz 7 und 9.

63) EU-Kommission, C(2007) 2212, *Welsh Public Sector Network Scheme*, Rz 18.

64) *Sinnaeve*, ESTAI 2012/2, 352.

65) Art 32 RL 2014/24/EU.

ten, dass diese Verfahrensart das vierte *Altmark*-Kriterium nicht erfüllt.⁶⁶⁾ Im Einklang damit hat die Kommission dies auch in ihrer Entscheidung in der Rechtsache *Post Office Limited*⁶⁷⁾ als unzulässig erachtet.⁶⁸⁾

Nichtsdestotrotz könnte argumentiert werden, dass selbst dieses Verfahren in absoluten Ausnahmefällen zulässig sein kann, und zwar dann, wenn der öffentliche AG Kenntnis von allen potenziellen Bietern hat und alle einlädt, ein Angebot abzugeben.⁶⁹⁾ Obwohl dies von einigen Stimmen in der Literatur argumentiert wurde, scheint es fragwürdig, ob ein öffentlicher AG dieses Risiko eingehen sollte oder eher ein Verfahren anwenden sollte, das den Ansprüchen der Kommission mit hoher Wahrscheinlichkeit genügt.

f) Conclusio zur Wahl der Verfahrensart

Fokus der beihilfenrechtlichen Prüfung

Aus dem Vorgesagten kann abgeleitet werden, dass die Kommission ihre Prüfung auf zwei Aspekte fokussiert:

- (i) Ermöglicht die Art und die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens ausreichenden Wettbewerb und
- (ii) kommt es zu einem Ausschluss eines (ungerechtfertigten) Vorteils und daher zum optimalen Preis-Leistungs-Verhältnis?

Je stärker der Zugang zum Verfahren durch die Wahl der Verfahrensart beschränkt wird, desto größere Anstrengungen müssen die öffentlichen AG auf sich nehmen, um einen ausreichenden Wettbewerb sicherzustellen. Aus der Perspektive des Beihilferechts ist dies ein logischer Schluss, da funktionierender Wettbewerb zu erhöhtem Preisdruck führt und dadurch das Risiko von überhöhten Ausgleichszahlungen minimiert wird.

Innovationspartnerschaft

Von der Umsetzung und dem konkreten Einsatz der Innovationspartnerschaft wird abhängen, ob die Annahme zutrifft, dass ein offenes und nichtdiskriminierendes Vergabeverfahren nach wie vor zur Vermutungsregel führt, dass keine Beihilfe gewährt wurde.

Prüfverfahren trotz zulässiger Verfahrensart

Nichtsdestotrotz kann die Kommission selbst in Fällen, in denen öffentliche AG grundsätzlich unproblematische Verfahrensarten wählen und diese im Einklang mit den RL durchführen, ein Prüfverfahren einleiten.

Dies wird insb dann denkbar sein, wenn der öffentliche AG lediglich unattraktive Angebote erhalten hat und dennoch einen Vertrag abschließt. Dies kann aus der Überlegung abgeleitet werden, dass ein privates Unternehmen unter diesen Umständen (möglicherweise) vom Abschluss eines Vertrags Abstand nehmen würde.⁷⁰⁾

C. Conclusio

Wie sich gezeigt hat, ist bei der Vergabe von Aufträgen zur Durchführung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse eine Vielzahl an Gesetzen, Entscheidungen und Soft-Law-Dokumenten zu beachten. Den Überblick über diese facettenreichen Vorgaben zu behalten, ist eine komplexe Aufgabe. Diese wird auch durch die Entscheidungspraxis nicht vereinfacht. So lassen sich aufgrund der spezifischen Merkmale des jeweiligen Sektors im jeweiligen Mitgliedstaat und der vertraglichen Ausgestaltung (insb des Risikos) nur selten grundsätzliche Schlüsse ableiten. Dies ist einerseits eine Hürde für Mitgliedstaaten, aber insb auch für interessierte/beauftragte Unternehmen, die dem Risiko unterliegen, eine (rechtswidrige) Beihilfe zurückzahlen zu müssen.

Nichtsdestotrotz kann das Risiko minimiert werden. So kann bei der Vergabe von Aufträgen zur Durchführung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse ein Vergabeverfahren im Einklang mit den VergabeRL durchgeführt werden, um die komplexe und (möglicherweise) fehleranfällige Vergleichsprüfung zu vermeiden. Darüber hinaus kann der öffentliche AG seinen Handlungsspielraum bei der Wahl der Verfahrensart nutzen und die rechtssicheren Varianten des offenen und nichtoffenen Verfahrens wählen. Dadurch kann er volle Transparenz und hohen Wettbewerb gewährleisten. Sollte der öffentliche AG aber eine andere Verfahrensart wählen, so ist es jedenfalls ratsam, dennoch maximalen Wettbewerb zu ermöglichen und eine hohe Zahl von Bietern zur Abgabe von Angeboten einzuladen.

66) EU-Kommission, COM 2012/C 8/02, Rz 66.

67) EU-Kommission, C(2012) 1905 final, *Post Office Limited*, ABI C 121/1.

68) EU-Kommission, C(2012) 1905, *Post Office Limited*, Rz 41 f.

69) *Nicolaides/Rusu*, EPPPL 2012/1, 19.

70) *Nicolaides/Rusu*, EPPPL 2012/1, 19.

→ In Kürze

Aus der Entscheidungspraxis zur Vergabe von Aufträgen zur Durchführung von DAWI können kaum allgemeine Rückschlüsse abgeleitet werden. Sie beruht maßgeblich auf den spezifischen Merkmalen des Sachverhalts. Die Durchführung eines Vergabeverfahrens, das maximalen Wettbewerb gewährleistet, schließt grundsätzlich das Vorliegen einer Beihilfe aus. Wird kein Vergabeverfahren durchgeführt, so hängt der zulässige Gewinn maßgeblich vom übernommenen Risiko und von den Gewinnmargen im betroffenen Sektor ab.

→ Zum Thema

Über die Autorin:

Mag. Marlene Wimmer-Nistelberger, LL. M., ist Rechtsanwaltsanwältin in der Kanzlei CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in Wien.
Kontaktadresse: Gauerannngasse 2, A-1010 Wien.
Tel: +43 (0)1 40 443 1850,
Fax: +43 (0)1 40 443 91 850,
E-Mail: marlene.wimmer-nistelberger@cms-rrh.com

