

Im Folgenden finden Sie die Beantwortung des Fragebogens im Rahmen der Konsultation zum Weißbuch „Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen bei Subventionen aus Drittstaaten“, COM(2020) 253 final.

Einführung

1. Stellen Sie sich bitte vor und erläutern Sie, weshalb Sie an dieser öffentlichen Konsultation teilnehmen.

Bundesministerium für Justiz – Stabsstelle für Datenschutz und Vergaberecht; unter anderem zuständig für die Legistik im Bereich des Vergaberechts in Österreich.

Fragen zu den drei Teilinstrumenten

Allgemeine Fragen

1. Sind Ihrer Ansicht nach neue Rechtsinstrumente erforderlich, um Verzerrungen des Binnenmarkts anzugehen, die durch Subventionen ausgelöst werden, welche Behörden aus Drittstaaten gewähren („Subventionen aus Drittstaaten“ bzw. „drittstaatliche Subventionen“)? Erläutern Sie dies bitte näher und geben Sie Beispiele für Verzerrungen, die durch Subventionen aus Drittstaaten verursacht wurden.

Österreich stimmt der Analyse der Kommission zu, dass neue Regelungen wünschenswert sind, um bestehende Probleme drittstaatlicher Subventionen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens lösen zu können.

Ausgangssituation

Für öffentliche Auftraggeber ist es in der Praxis regelmäßig schwierig bis unmöglich, ein Angebot hinsichtlich allfällig verzerrender drittstaatlicher Subventionen zu prüfen. Dazu mangelt es ihnen bereits am Vorliegen notwendiger Informationen über drittstaatliche Subventionen sowie deren mögliche Ausgestaltungsformen. Außerdem besteht bei ihnen

häufig keine für eine umfassende und detaillierte Prüfung notwendige Ressourcenausstattung und es fehlt in der Regel notwendiges Fachwissen für die Beurteilung komplexer subventionsrechtlicher Fragen. Dies ist insoweit nachvollziehbar, weil eine derartige Beurteilung an sich keinen engen Bezug zur öffentlichen Beschaffung aufweist. Selbst wenn öffentlichen Auftraggebern die Gewährung von drittstaatlichen Subventionen im Rahmen eines Vergabeverfahrens bzw. an einen am Vergabeverfahren teilnehmenden Bieter bekannt sein sollte, darf dies noch nicht zum automatischen Ausschluss des betroffenen Bieters führen. Es stellt sich vielmehr die Frage, ob eine Teilnahme des betreffenden Bieters am Verfahren trotz der Gewährung der Subventionen zulässig ist (vgl. iWS EuGH Rs C-94/99, ARGE Gewässerschutz; Rs C-305/08, CoNISMA; Rs C-568/13, Data Medical Services).

Geltender Rechtsrahmen

Soweit daher im White Paper davon ausgegangen wird, dass es eine Regelungslücke im bestehenden europäischen Vergaberecht gibt, die darin besteht, dass öffentlichen Auftraggeber kein dediziertes Instrument zur Verfügung steht, um drittstaatliche Subventionen und ihren gegebenenfalls verzerrenden Wirkungen auf ein Vergabeverfahren effektiv entgegenzutreten zu können, ist dem grundsätzlich zuzustimmen.

Zum Teil spiegelt jedoch die Darstellung der geltenden Rechtslage im White Paper nicht vollumfassend die Möglichkeiten von öffentlichen Auftraggebern im Umgang mit drittstaatlichen Subventionen wieder:

Ein öffentlicher Auftraggeber kann grundsätzlich bereits nach derzeitiger Rechtslage prüfen, ob ein Bieter, der ein Angebot abgegeben hat, das unmittelbar oder mittelbar durch drittstaatliche Subventionen gestützt ist und deshalb ungewöhnlich niedrige Preise aufweist, vom Vergabeverfahren auszuschließen ist. Während staatliche Beihilfen, die im Rahmen des AEUV gewährt werden, spezifisch in Art. 69 Abs. 4 RL 2014/24/EU bzw. Art. 84 Abs. 4 RL 2014/25/EU geregelt sind und ein entsprechendes Angebot allein aus diesem Grund nur nach Rücksprache mit dem Bieter abgelehnt werden darf sofern dieser nicht nachweisen kann, dass die betreffende Beihilfe mit dem Binnenmarkt im Sinne des Art. 107 AEUV vereinbar war, unterliegen drittstaatliche Subventionen keiner spezifischen Regelung in Art. 69 bzw. Art. 84 leg.cit. oder in sonstigen Bestimmungen der zitierten RL. Daraus folgt aber im Umkehrschluss nicht, dass – wie im vierten Absatz des Kap. 3.3 (S. 13 f.; dt. Fassung) im Wesentlichen ausgeführt wird – ein derartiges Angebot nur dann als ungewöhnlich niedrig abgelehnt werden kann, wenn nachgewiesen wird, dass „die drittstaatlichen Subventionen die Tragfähigkeit des Angebots und die Fähigkeit des Bieters, den Ver-

trag zu dem (ungewöhnlich niedrigen) angebotenen Preis auszuführen, behindern.“ Diese Ansicht könnte im Extremfall zur Folge haben, dass auch ein kostenfreies Angebot (Angebotspreis „0“) dann nicht auszuschließen wäre, wenn eine direkte drittstaatliche Subvention für das betreffende Angebot allein den verpönten Zweck verfolgen würde, in strategisch wichtigen Bereichen (wie insbesondere im Bereich der kritischen Infrastruktur) Fuß fassen zu können und deshalb Waren und/oder die Leistungserbringung subventioniert werden, die Subvention selbst aber keinen Einfluss auf die Fähigkeit des Bieters hätte, den Vertrag auszuführen! Vielmehr liegt doch der Prüfung, ob die Preise angemessen bzw. ungewöhnlich niedrig sind, der Gedanke der Ermöglichung eines wirksamen Wettbewerbs zugrunde. Angebote dürfen daher auch – wie der EuGH entschieden hat – im Verdachtsfall nicht deshalb ohne nähere Prüfung automatisch ausgeschlossen werden, weil Wirtschaftsteilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten etwa aufgrund anderer Kostenstrukturen erhebliche Skalenerträge erzielen können oder sich mit kleineren Gewinnmargen begnügen, um auf dem fraglichen Markt besser Fuß zu fassen. Auch dann ist es aber jedenfalls erforderlich, dass die betreffenden Wirtschaftsteilnehmer ein wettbewerbsfähiges und „gleichzeitig ernsthaftes und verlässliches Angebot“ legen (vgl. idS EuGH Rs C-147/06, SECAP, Rz 26 ff.). Angesichts dessen ist die genannte Formulierung im Weißbuch missverständlich, indem sie die bereits derzeit bestehenden Möglichkeiten eines öffentlichen Auftraggebers bei der Prüfung von Angeboten mit drittstaatlichen Subventionen zu einschränkend darstellt. Überdies könnte die Formulierung eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung von Angeboten von Bieter, die Beihilfen nach dem AEUV und jenen, die drittstaatliche Subventionen erhalten, nahelegen (reverse discrimination von EU-Bietern).

Im Übrigen wird im Kontext der vorliegenden Problematik auch zu bedenken gegeben, dass aus Art. 25 RL 2014/24/EU bzw. Art. 43 RL 2014/25/EU e contrario folgt, dass soweit nicht das GPA und „andere internationale für die Union rechtsverbindliche Übereinkommen“ anderes vorsehen, keine Gleichbehandlungspflicht für Unternehmer aus Drittstaaten in unionalen Vergabeverfahren besteht (vgl. dazu auch schon die Ausführungen der EK in ihren Leitlinien zur Teilnahme von Bieter und Waren aus Drittländern am EU-Beschaffungsmarkt, C(2019)5494). Diese Ausschlussmöglichkeit für Drittstaatsunternehmen besteht unabhängig davon, ob sie subventioniert wurden oder nicht!

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass der Verweis in Fn 18 auf die S. 2 der genannten Leitlinien ins Leere geht (auf S. 2 befindet sich das Abkürzungsverzeichnis).

Als Beispiel für Verzerrungen durch Subventionen aus Drittstaaten im Binnenmarkt kann die Errichtung des Atomkraftwerkes Paks II angeführt werden.

Verhältnis zum International Procurement Instrument

Im White Paper finden sich keine Ausführungen zum Verhältnis der angedachten Maßnahmen zur Bekämpfung von verzerrenden drittstaatlichen Subventionen auf der einen Seite und zum derzeit verhandelten IPI (vgl. COM (2016) 34). Mögen zwar die beiden Instrumente unterschiedliche Zielrichtungen haben, können sich die jeweils angedachten Anwendungsbereiche bzw. Maßnahmen aber überschneiden. Wie wäre etwa vorzugehen, wenn auf der einen Seite eine Subvention einen (deutlich) niedrigeren Preis ermöglichte, gleichzeitig aber infolge einer entsprechenden Maßnahme nach dem IPI ein Preisaufschlag zu berücksichtigen wäre?

2. Sind Sie der Ansicht, dass der im Weißbuch dargelegte Rahmen geeignet ist, um die durch drittstaatliche Subventionen entstehenden Verzerrungen im Binnenmarkt in angemessener Weise anzugehen? Erläutern Sie dies bitte näher.

Siehe dazu die Antworten zu Teilinstrument 3.

Teilinstrument 1

1. Sind Sie der Ansicht, dass durch Teilinstrument 1 Verzerrungen des Binnenmarkts durch drittstaatliche Subventionen, die Unternehmen in der EU gewährt werden, angemessen angegangen werden?
2. Ist die im Weißbuch dargelegte Verfahrensstruktur, d. h. das zweistufige Prüfverfahren, die Ermittlungsinstrumente der zuständigen Behörde usw., Ihrer Ansicht nach zweckgemäß? (siehe Abschnitt 4.1.5. des Weißbuchs)
3. Stimmen Sie den im Weißbuch vorgeschlagenen inhaltlichen Beurteilungskriterien (Abschnitt 4.1.3) und den aufgezählten Abhilfemaßnahmen (Abschnitt 4.1.6) zu?

Das Teilinstrument 1 versteht sich als „allgemeines Instrument“ (S. 16; dt. Fassung), das bei drittstaatlichen Subventionen greifen soll und somit einen breiten Anwendungsbereich aufweist. In diesem Zusammenhang können in einem Verfahren – insbesondere losgelöst von einem konkreten Vergabeverfahren – Abhilfemaßnahmen zur Beseitigung allfälliger Verzerrungen durch drittstaatliche Subventionen vorgeschrieben werden. Da eine Rückzahlung der Beihilfen an den Drittstaat mit praktischen Schwierigkeiten verbunden sein könnte, sollen der Aufsichtsbehörde eine Reihe alternativer Abhilfemaßnahmen ermöglicht werden (S. 23 ff.; dt. Fassung). Darunter befindet sich auch folgender Punkt: „Verbot eines

bestimmten Marktverhaltens im Zusammenhang mit der drittstaatlichen Subvention“ (S. 24, dt. Fassung).

Es bleibt unklar, inwieweit mit diesem Punkt auf den Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe Bezug genommen werden kann bzw. wie im Rahmen dessen entsprechendem Marktverhalten (zB durch Abgabe verzerrender Angebote, wie auf S. 21 [dt. Fassung] als Beispiel angeführt) entgegengewirkt werden kann. Der letzte Satz auf S. 36 (dt. Fassung) zum dritten Teilinstrument weist jedenfalls darauf hin, dass eine Verzerrung auch nach den Kriterien des ersten Teilinstrumentes beurteilt werden kann. Weiters heißt es auf S. 37 (dt. Fassung), dass Fälle, die nicht von Teilinstrumente 3 erfasst sind, von Teilinstrumente 1 aufgefangen werden sollen.

Eine ausdrückliche Bezugnahme im Abschnitt 4.1.6. auf die öffentliche Auftragsvergabe erfolgt nicht; sie wird jedoch aus folgenden Gründen angeraten: Wenn im Rahmen des Teilinstrumentes 1 geprüft wird, ob eine Subvention vorliegt und/oder verzerrend wirkt, dann sollten allenfalls angeordnete Abhilfemaßnahmen auch den Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe erfassen können. Dies könnte etwa eine zeitlich befristete Sperre von der Teilnahme an Vergabeverfahren in der EU für den betroffenen Unternehmer sein (mitunter, abhängig von den Modalitäten der an ihn gewährten drittstaatlichen Subvention, auf einzelne Auftragsgegenstände und/oder regional beschränkt). Dies hätte den Vorteil, dass sich auf derartige angeordnete Abhilfemaßnahmen alle öffentlichen Auftraggeber in der EU stützen können und eine Einzelfallprüfung im Zuge eines konkreten Vergabeverfahrens unter Einbindung nationaler und/oder europäischer Stellen im Rahmen des Teilinstrumentes 3 hinsichtlich des betroffenen Unternehmers nicht mehr notwendig wäre. Auf diesem Weg würde somit ein konkretes Vergabeverfahren zur Beschaffung einer Leistung beschleunigt und entlastet werden. Eine derartige Rücksichtnahme auf den Bereich des öffentlichen Auftragswesens könnte daher verwaltungsökonomisch und verfahrensbeschleunigend wirken, ohne den Rechtsschutz für betroffene Unternehmer einzuschränken. Dabei wäre außerdem jedenfalls der Datenschutz für die betroffenen Unternehmer zu gewährleisten und insbesondere zu klären, auf welchem Wege entsprechend angeordnete Abhilfemaßnahmen für andere Unternehmer zugänglich sind, sodass sie davon Kenntnis erlangen können.

Dies würde wohl eine entsprechende Liste („Blacklist“) erfordern, weil die Eignung der Bieter in einem konkreten Vergabeverfahren (wozu der neue angedachte Ausschlussgrund im Hinblick auf verzerrende drittstaatliche Subventionen gehören würde) zu überprüfen wäre. Auf die Angaben eines Bieters allein, ob der entsprechende Ausschlussgrund vorliegt, kann und sollte man sich nicht verlassen. Im Hinblick auf den Ausschlussgrund in Art. 57 Abs. 1

lit. a RL 2014/24/EU ist etwa auszuführen, dass in allen Mitgliedstaaten entsprechende Register existieren, die dokumentieren, ob eine einschlägige Verurteilung vorliegt. Einschlägige „Subventionsregister“ in Drittstaaten sind Österreich hingegen nicht bekannt.

In diesem Zusammenhang stellt sich weiters die Frage, ob und im Rahmen welchen Verfahrens angeordnete Abhilfemaßnahmen, insbesondere solche, die für einen bestimmten Zeitraum Maßnahmen anordnen, wieder aufgehoben werden können, wenn sich die Umstände geändert haben, zB wenn der betroffene Unternehmer die Subvention (zu einem späteren Zeitpunkt) zurückgezahlt hat. Da im Rahmen des Teilinstrumentes 1 die Prüfung ex officio erfolgen soll und konsequenterweise deshalb die Zuständigkeit einer nationalen und/oder europäischen Behörde vorzusehen ist, kann wiederum nur diese für alle weiteren damit zusammenhängenden Schritte (wie insbesondere auch die Aufhebung angeordnete Maßnahmen) zuständig sein.

4. Halten Sie es für sinnvoll, in Bezug auf Gemeinwohlziele das Vorliegen eines Unionsinteresses zu prüfen (Abschnitt 4.1.4)? Auf welche Kriterien sollte diese Prüfung Ihrer Ansicht nach abstellen?
5. Sollte Teilinstrument 1 Ihrer Meinung nach auch subventionierte Erwerbe abdecken (z. B. diejenigen unterhalb des im Rahmen von Teilinstrument 2 festgelegten Schwellenwerts) (Abschnitt 4.1.2)?
6. Sollte es Ihrer Ansicht nach einen Mindestschwellenwert („de minimis“) für die Untersuchung drittstaatlicher Subventionen im Rahmen von Teilinstrument 1 geben, und wenn ja, stimmen Sie dem Vorschlag im Weißbuch zu (Abschnitt 4.1.3)?
7. Stimmen Sie damit überein, dass die Zuständigkeiten für die Durchsetzung der Vorschriften im Rahmen von Teilinstrument 1 zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten aufgeteilt werden sollten (Abschnitt 4.1.7)?

Allgemein kann zu diesen Fragen (insbesondere zu Frage 6) festgehalten werden, dass ein allfälliger de-minimis Schwellenwert mit einem de-minimis Schwellenwert im Rahmen des Teilinstrumentes 3 abgestimmt werden muss, damit nicht eine Regelungs- bzw. Vollzugslücke entsteht.

Teilinstrument 2

(gesamtes Teilinstrument 2 nicht vergaberechtsrelevant)

Teilinstrument 3

1. Ist es Ihrer Ansicht nach notwendig, durch drittstaatliche Subventionen verursachte Verzerrungen im besonderen Kontext öffentlicher Vergabeverfahren speziell anzugehen? Erläutern Sie dies bitte näher.

Der Ablauf eines Vergabeverfahrens weist gegenüber anderen (regulären) Verfahren vor Verwaltungsbehörden Besonderheiten auf, die es rechtfertigen, das Problem drittstaatlicher Subventionen speziell vor dem Hintergrund öffentlicher Vergabeverfahren zu thematisieren. Überdies rechtfertigt die enorme Bedeutung der öffentlichen Auftragsvergabe für die Erfüllung staatlicher Aufgaben (mehr oder weniger alle zur Aufgabenerfüllung benötigten Waren, Bau- und Dienstleistungen, die am Markt zugekauft werden, unterliegen dem Recht der öffentlichen Auftragsvergabe) und ihre damit einhergehende besondere wirtschaftliche Bedeutung eine eigenständige Regelung. Ein wesentlicher Aspekt aller Vergabeverfahren ist es deshalb, dass sie besonders rasch durchgeführt werden sollen, um sowohl die staatliche Aufgabenerfüllung sicherzustellen als auch die Transaktionskosten für alle Beteiligten niedrig zu halten. Ein Vergabeverfahren untergliedert sich dabei in einzelne strukturierte Verfahrensabschnitte, innerhalb derer in Österreich einzelne Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers zeitnah vor (spezialisierten) Rechtsschutzeinrichtungen angefochten werden müssen, andernfalls sie frühzeitig rechtskräftig werden, um allen am Verfahren Beteiligten Rechtssicherheit zu gewähren. Andere (aber nicht alle) Mitgliedstaaten haben ähnliche Systeme implementiert.

Dies erfordert insbesondere, dass ein Instrument, das drittstaatliche Subventionen im Kontext der öffentlichen Auftragsvergabe regeln möchte, 1) sich in die spezifische Verfahrensstruktur eines Vergabeverfahrens einfügt (und dabei auch Rücksicht auf die unterschiedlichen Verfahrensarten genommen wird), 2) das Vergabeverfahren nicht maßgeblich verzögert oder dessen Fortgang behindert wird und schließlich 3) eine Entscheidung über eine drittstaatliche Subvention und ihre allenfalls verzerrende Wirkung rasch angefochten oder allenfalls rechtskräftig werden kann, um zu verhindern, dass das Vergabeverfahren zu einem späteren Zeitpunkt neu aufgerollt werden müsste.

2. Sind Sie der Ansicht, dass der im Weißbuch dargelegte Rahmen für die öffentliche Auftragsvergabe geeignet ist, die durch drittstaatliche Subventionen verursachten

Verzerrungen bei Vergabeverfahren in angemessener Weise anzugehen? Erläutern Sie dies bitte näher.

Zur Beantwortung dieser Frage sind mehrere unterschiedliche Aspekte getrennt zu betrachten:

Meldeverpflichtung:

Es ist vorgesehen, dass Unternehmer dem öffentlichen Auftraggeber bereits bei der Einreichung des Angebotes melden müssen, ob „sie selbst oder Mitglieder ihres Konsortiums, Unterauftragnehmer bzw. Lieferanten“ finanzielle Zuwendungen erhalten haben bzw. mit einer solchen rechnen (S. 37; dt. Fassung). Es ist grundsätzlich zu begrüßen, dass eine derartige Meldeverpflichtung besteht, andernfalls öffentliche Auftraggeber keine Kenntnis von drittstaatlichen Subventionen erhalten können. Um die Meldeverpflichtung zu effektuieren, sind die angedachten wirksamen und abschreckenden Sanktionen vorzusehen (S. 38; dt. Fassung).

Soweit Dritte und Wettbewerber das Recht haben sollen, dem öffentlichen Auftraggeber davon in Kenntnis zu setzen, dass ein Mitbewerber eine Meldung hätte abgeben müssen (S. 38; dt. Fassung), wäre wichtig zu betonen, dass eine derartige Meldung durch den öffentlichen Auftraggeber nur dann weiter zu behandeln ist, wenn die genannten Anscheinsbeweise vorgelegt bzw. die Meldung substantiiert ist. Es sollte ausgeschlossen werden, dass Dritte auf diesem Wege die Möglichkeit erlangen, ein Vergabeverfahren durch ein einfaches Mittel unberechtigterweise zu verzögern. Es ist aber auch zu betonen, dass Dritte und Wettbewerber wohl nur in Ausnahmefällen positive Kenntnisse von drittstaatlichen Subventionen haben werden und so das angedachte Instrument effektuieren können.

Reichweite der Meldeverpflichtung – insb. Subunternehmer und Lieferanten:

Bieter (dazu zählen auch Mitglieder eines Konsortiums) können vergleichsweise einfach darüber Meldung erstatten, ob sie selbst eine entsprechende finanzielle Zuwendung erhalten haben, weil erwartet werden kann, dass sie über derartiges Wissen verfügen. Vergleichbares gilt für Subauftragnehmer, mit denen der Angebotsersteller bereits vor Abgabe des Angebots sich umfassend austauschen muss (in der Regel Subunternehmer der „ersten“ Ebene). Es ist aber auch darauf hinzuweisen, dass nach den VergabeRL es nicht zwingend erforderlich ist, Subunternehmer (bzw. alle Subunternehmer) im Angebot anzuführen (vgl. etwa Art. 71 Abs. 2 RL 2014/24/EU; hinzuweisen ist darauf, dass insbesondere bei großen Bauvorhaben eine Vielzahl an „Subunternehmer“-Ebenen existieren kann). Ledig-

lich bei Unternehmen deren Kapazitäten der Bieter in Anspruch nehmen möchte, existiert eine entsprechende Bekanntgabe- und Prüfpflicht (vgl. Art. 63 RL 2014/24/EU). Vor diesem Hintergrund wäre klarzustellen, inwieweit das angedachte Instrumentarium die geltenden Vergaberegeln ändern würde. Klar ist aber auch, dass eine Meldepflicht für alle „Subunternehmer-Ebenen“ bereits im Angebot praktisch nicht funktionieren kann. Gerade im Baubereich werden Subunternehmer oft erst in der Phase der Auftragsausführung konkretisiert und (durch Subunternehmer) beauftragt. Hinzuweisen ist auch auf die Praxis, dass für spezifische Leistungsteile oftmals auch mehrere Subunternehmer vom Bieter benannt werden und die Auswahl des konkret leistenden Subunternehmers ebenfalls erst in der Phase der Auftragsausführung erfolgt. Hierzu müssten klare Regelungen geschaffen werden, wie das angedachte System im Zusammenhang mit den verschiedenen „Subunternehmer-Ebenen“, den „Mehrfachnennungen von Subunternehmern“ und den Konkretisierungen von Subunternehmen erst in der Phase der Auftragsausführung in der Praxis funktionieren soll.

Unklar ist ferner, warum und in welchem Zusammenhang Bieter im Angebot auch eine entsprechende Meldung für Lieferanten (S. 37 f.; dt. Fassung) abzugeben haben. Ist damit jeder im Rahmen eines Vergabeverfahrens herangezogene Hersteller erfasst, von dem ein Bieter Waren zur Durchführung des Auftrages beziehen möchte? Bezieht sich dies etwa auch auf die gesamte Lieferantenkette (von der Gewinnung der Rohstoffe bis zum Lieferanten von Bestandteilen bzw. Materialien) des Bieters, aller Konsortialmitglieder und aller Subunternehmer? Dies würde zu einem administrativ nicht zu bewerkstellenden Mehraufwand bei Bietern führen, weil mit jedem Hersteller (sofern man diesen überhaupt kennt) im Vorfeld der Angebotsabgabe nicht nur Kontakt aufgenommen, sondern auch eine verbindliche Erklärung über allfällige finanzielle Zuwendungen von Drittstaaten eingeholt werden müsste. Angesichts der existierenden globalen „supply-chains“ wäre dies auch nicht in einem angemessenen zeitlichen Rahmen zu bewerkstelligen (hinzuweisen ist hier insbesondere etwa auf die Angebotsfristen gemäß Art. 27 bis 31 der RL 2014/24/EU). Entsprechend würden sich (aufgrund dieser Anforderungen) überdies Angebote verteuern, weil derartige Kosten der Erstellung eines Angebotes in den Angebotspreis einkalkuliert werden müssten. Die Kosten auf Auftraggeberseite (insbesondere der erhöhte Prüfaufwand) dürfen überdies auch nicht vergessen werden. Außerdem ist es äußerst fraglich, ob es Sinn ergibt, allenfalls subventionierte Waren von Lieferanten, die nur einen kleinen (vernachlässigbaren) Teil des Angebotes bilden, entsprechend erfassen zu müssen: entscheidend sind doch vielmehr, insbesondere bei Lieferungen, die Hauptbestandteile des Auftrages (beispielsweise die Lieferung von Triebwagen im Bereich der Schieneninfrastruktur) und nicht alle mögliche zugelieferten Komponenten (z.B. Beton bei Bauvorhaben). Dementsprechend sollten Lieferanten generell von der Meldepflicht ausgenommen werden; ein

Kompromiss könnte – bei Lieferaufträgen – eine Einschränkung der Meldepflicht auf Hauptkomponenten darstellen.

Verfahrensrechtliche Aspekte – Verschränkung mit dem Vergabeprozess:

Positiv ist hervorzuheben, dass im Weißbuch betont wird, dass das Verfahren zur Prüfung von Verdachtsfällen besonders rasch ablaufen muss. Neue Instrumente sollten keinesfalls dazu führen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens maßgeblich verzögert wird. Bereits derzeit bestehen in Vergabeverfahren eine Reihe an Fristen, die es in einzelne Phasen unterteilen. Bereits jetzt wird die Dauer und Komplexität durch öffentliche Auftraggeber regelmäßig kritisch betrachtet.

Deshalb sollte unbedingt der Ansatz beibehalten werden, dass bei einer entsprechenden Meldung über das Vorliegen einer drittstaatlichen Subvention das Vergabeverfahren fortgesetzt werden kann und nur der Zuschlag an den betroffenen Bieter untersagt wird (S. 39; dt. Fassung). Stellt sich nämlich heraus, dass der betroffene Bieter gar nicht der potentielle Zuschlagsempfänger ist, erübrigt sich die Relevanz der Frage, ob allenfalls eine verzerrende drittstaatliche Subvention vorliegt. Ebenso beibehalten werden sollte, dass das Verfahren selbst dann weitergeführt werden kann, wenn bereits die Meldung an die zuständige Aufsichtsbehörde gerichtet wurde. Eine weitergehende Klarstellung hinsichtlich der Vorgangsweise sollte für jene Verfahren erfolgen, in denen der Auftraggeber mit den Bietern (über die Angebote) verhandeln kann (Verhandlungsverfahren, wettbewerblicher Dialog, Innovationspartnerschaft). Hierbei könnte es dem AG ermöglicht werden, die Verhandlungen auch bei einer vorliegenden Meldung über eine drittstaatliche Subvention fortzusetzen.

Die angedachten Fristen (15 Arbeitstage für die Vorprüfung bzw. maximal 3 Monate für die eingehende Prüfung) sind bei komplexen (und damit länger dauernden) Vergabeverfahren wohl angemessen. Bei wertmäßig kleineren Verfahren bzw. bei relativ „einfachen“ Auftragsgegenständen (z.B. off-the-shelve Waren) werden Vergabeverfahren in aller Regel aber sehr rasch abgewickelt und die angedachte Frist für die eingehende Prüfung könnte (insbesondere im Zusammenhang mit daran anknüpfenden Rechtsmittelverfahren) zu unangemessenen Verfahrensverzögerungen führen.

Unklar ist ferner das Zusammenspiel der angedachten Regelungen mit Sonderverfahren gemäß den VergabeRL (z.B. Verfahren mit einem Bieter, Verfahren aus besonders dringlichen Gründen, Zusatzaufträge an bestimmte Bieter wegen technischer Inkompatibilität ... vgl. dazu etwa Art. 32 und 72 der RL 2014/24/EU). Mangels Ausführungen im Weißbuch ist

unklar, ob die neuen Regelungen auch in allen diesen Situationen zur Anwendung kommen sollen. Eine undifferenzierte Anwendung der neuen Regelungen auf derartige Sonderverfahren könnte aber zu großen Problemen führen, weshalb Sonderregelungen erforderlich sein werden.

Zum Zusammenspiel zwischen öffentlichem Auftraggeber und Aufsichtsbehörde siehe nächste Frage.

Konsequenz und Rechtsschutz:

Für den Fall, dass eine drittstaatliche Subvention das Vergabeverfahren verzerrt, ist angedacht, den Unternehmer vom laufenden Vergabeverfahren auszuschließen (S. 38 und 40; dt. Fassung) bzw. eine Verpflichtung einzuführen, dass der Auftraggeber den Vertrag kündigen muss (S. 38; dt. Fassung).

An sich wäre es auch wichtig, dass der angedachte Ausschluss von zukünftigen Verfahren umgesetzt wird und sich auf einen derartigen Ausschluss alle öffentlichen Auftraggeber innerhalb der Union berufen können. Damit müsste nicht in jedem einzelnen Vergabeverfahren hinsichtlich desselben Bieters vergleichbare Verfahren zur Prüfung der Subvention durchgeführt werden, einschließlich damit einhergehender Verzögerungen (siehe bereits die in die gleiche Richtung gehenden Anmerkungen zu Frage 3 beim Teilinstrument 1). Hierbei erweist es sich jedoch als Problem, dass der Auftraggeber zu beurteilen hat, ob eine Subvention verzerrend wirkt oder nicht (siehe zum Zusammenspiel mit der Behörde noch die nächste Frage). Der Auftraggeber kann eine derartige Beurteilung zwar mitunter im Hinblick auf die Auswirkungen auf das konkrete – ihn unmittelbar betreffende – Verfahren vornehmen. Eine anschließende Entscheidung, einen Bieter auszuschließen kann aber nur das konkrete Verfahren betreffen, nicht aber darüber hinaus allfällige zukünftige Verfahren (siehe noch bei der nächsten Frage). Es handelt sich bei Auftraggebern nicht um Behörden oder Gerichte, die derartige Verfahren führen könnten bzw. eine bindende Entscheidung „erga omnes“ fassen können!

Außerdem ist zu bedenken, auf welchem Weg – im Falle eines Ausschlusses von der Teilnahme von Vergabeverfahren für einen längeren Zeitraum – der betroffene Unternehmer wieder zugelassen werden kann, wenn er meint, nicht mehr von der Subvention zu profitieren (S. 40; dt. Fassung). Wer (welcher Auftraggeber, welcher Mitgliedstaat) ist für eine derartige Prüfung zuständig? In Betracht käme zwar, dass dies jeweils der Auftraggeber prüft, der ein Vergabeverfahren durchführt, in dem der betroffene Unternehmer ein Angebot legen möchte. Dies hätte aber den Nachteil, dass die Wirkung des Ausschlusses inso-

weit reduziert wird, weil erst recht in jedem zukünftigem Vergabeverfahren erneut geprüft werden müsste, ob Subventionen einer Teilnahme entgegenstehen.

Anders als der angedachte neue Ausschlussstatbestand ist die die Einführung einer neuen Verpflichtung zur Kündigung des Vertrages äußerst kritisch zu beurteilen. Sofern der Auftraggeber nicht kollusiv handelt oder trotz Kenntnis einer Subvention keine Meldung an die Aufsichtsbehörde erstattet, würde die Verpflichtung zur Kündigung des Vertrages die schutzwürdigen Interessen des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung des Vertrages massiv beeinträchtigen. Warum sollte ein sorgfältig agierender Auftraggeber letztendlich „bestraft“ werden, wenn sich nach Vertragsabschluss herausstellt, dass der Bieter oder ein Konsortialmitglied oder ein bekannt gegebener Subunternehmer oder gar irgendein Lieferant eine Subvention erhielt, dies aber nicht dem Auftraggeber gemeldet hat. Zu bedenken ist ferner, dass die Konsequenzen der Vertragsauflösung letztlich hauptsächlich den Unions-Auftraggeber (!) treffen: er bekommt die bestellte Leistung nicht über die er bereits antizipativ disponiert hat; ihn treffen Verzögerungsschäden, er muss ein neues Vergabeverfahren durchführen usw. Das Argument, der Auftraggeber kann Schadenersatz bei seinem (ehemaligen) Vertragspartner einklagen, ist nicht überzeugend: erstens können diese Prozesse sehr langwierig sein (und damit kostenintensiv), zweitens kann es bei Drittstaatsunternehmen de facto unmöglich sein, diesen Anspruch geltend zu machen und drittens können diese Prozesse sehr komplex sein (z.B. der Bieter wusste selbst nicht von der Subvention eines Subunternehmers „auf der 3. Ebene“). Es ist somit nicht garantiert, dass der sorgfältig agierende Auftraggeber rasch und unkompliziert seine Schäden ersetzt bekommt, die ihm durch die Kündigung des Vertrages entstehen. Vor diesem Hintergrund wird eine Einführung einer neuen Verpflichtung zur Kündigung der Verträge abgelehnt.

Die Sicherstellung eines raschen Verfahrens ist insbesondere auch mit Blick auf den Rechtsschutz von Bedeutung. Bisher ist lediglich ausgeführt, dass gegen einschlägige Beschlüsse Rechtsmittel eingelegt werden können müssen (siehe auch S. 41; deutsche Fassung). Während dies zwar außer Streit steht, wäre es dennoch erforderlich darzulegen, unter welchen Rahmenbedingungen Beschlüsse im Zusammenhang mit drittstaatlichen Subventionen bekämpft werden können (z.B. inwieweit einem betroffenen Bieter möglicher Weise – bei festgestellten verzerrenden Subventionen - gar keine Antragslegitimation zukommt). Insbesondere dann, wenn die Kommission mit entsprechenden Befugnissen ausgestattet wird und allenfalls viel häufiger als bisher Rechtsschutzverfahren vor dem EuGH abzuwarten wären, bedürfte es weitere Regelungen, um lange Verzögerungen eines Vergabeverfahrens zu verhindern.

3. Halten Sie das vorgesehene Zusammenspiel zwischen öffentlichem Auftraggeber und Aufsichtsbehörde für angemessen, z. B. in Bezug auf die Feststellung, ob eine ausländische Subvention ein bestimmtes Vergabeverfahren verzerrt?

Die Einbindung einer Aufsichtsbehörde ist angesichts der bei dieser herzustellenden Sachkompetenz grundsätzlich begrüßenswert. Die Zusammenarbeit erscheint jedoch nach den bisher zur Verfügung stehenden Informationen verbesserungsbedürftig. Die Befugnisse, mit denen die Kommission ausgestattet werden soll, sind nicht klar dargelegt und können dementsprechend noch nicht beurteilt werden (S. 38; dt. Fassung).

Die Aufsichtsbehörde dürfte nach dem Vorschlag im Weißbuch im Rahmen des Teilinstruments 3 nur beurteilen, ob eine Subvention vorliegt. Sie dürfte aber nicht prüfen, ob diese Subvention auch ein konkretes Vergabeverfahren verzerrt bzw. ob die Subvention allgemein verzerrend wirken kann (S. 39; dt. Fassung). Damit dürfte sich aber der Einfluss der Aufsichtsbehörde wesentlich reduzieren. In vielen Fällen scheint die Prüfung, ob überhaupt eine Subvention vorliegt, im Kontext eines konkreten Vergabeverfahrens außerdem dann nicht notwendig, wenn eine Meldeverpflichtung besteht und eine Meldung abgegeben wird. Gibt ein Bieter bereits von sich aus eine entsprechende Meldung über das Vorliegen einer Subvention aus einem Drittstaat ab (insbesondere bei direkten Subventionen, die ausschließlich im Hinblick auf ein spezifisches Vergabeverfahren gewährt werden), ist ein Schutz von Bietern vor falschen Positivmeldungen auf Kosten der raschen und effizienten Durchführung eines Vergabeverfahrens weder ersichtlich noch geboten.

Entscheidende Bedeutung dürfte vielmehr der Beurteilung zukommen, ob die Subvention verzerrend wirkt. Gerade diese Beurteilung ist jedoch für öffentliche Auftraggeber schwierig. Vergleicht man die Rechtslage mit dem Beihilfenrecht, kommt dort der zuständigen Behörde (der Kommission) die Beurteilung zu, ob eine Beihilfe mit dem Unionsrecht vereinbar ist oder nicht – und nicht nur hinsichtlich der Frage, ob überhaupt eine Beihilfe vorliegt. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass drittstaatliche Subventionen im Vergabeverfahren in verschiedenster Weise relevant werden können: im Rahmen der Preisgestaltung des Angebotes, im Rahmen sonstiger Teilnahmebedingungen (z.B. subventionierte Bankgarantien) oder im Rahmen allgemeiner Voraussetzungen für die Teilnahme an Vergabeverfahren (z.B. „subventionierte“ Herstellung der wirtschaftlichen oder technischen Leistungsfähigkeit für einen allfälligen Markteintritt). Vor diesem Hintergrund können Auftraggeber im Regelfall noch beurteilen, ob angebotene Preise ungewöhnlich niedrig bzw. verzerrend sind. Für die Beurteilung anderer Subventionskonstellationen im Vergabeverfahren als „verzerrend“ (oder nicht) fehlt Auftraggebern in der Regel sowohl das Fachwissen als auch die Information (siehe dazu schon oben).

Von der Beurteilung („verzerrend“ bzw. „nicht verzerrend“) hängen überdies auch die möglichen Konsequenzen im Rahmen des Teilinstrumentes 3 ab: Wenn nur der öffentliche Auftraggeber zu beurteilen hat, ob eine Subvention das konkrete Vergabeverfahren verzerrt, dann kann ein betroffener Bieter nur in diesem Verfahren ausgeschlossen werden. Ein darüberhinausgehender Ausschluss des betroffenen Bieters für zukünftige Verfahren kann daraus nicht folgen, weil der Auftraggeber eben nur die verzerrende Wirkung für das konkrete Verfahren zu prüfen hat.

Vielmehr sollte daher – wie im Teilinstrument 1 – die nationale und/oder europäische Behörde prüfen, ob die Subvention verzerrend wirkt oder nicht. Der Umstand, dass im Rahmen des Teilinstrumentes 1 offenbar die Subvention auf ihre verzerrende Wirkung im Hinblick auf den gesamten Binnenmarkt beurteilt wird, während im Rahmen des Teilinstrumentes 3 „nur“ eine Prüfung mit Blick auf das konkrete Vergabeverfahren erfolgt, stellt nach Auffassung von Österreich kein Hindernis dar. Für den Fall nämlich, dass aus Anlass eines konkreten Vergabeverfahrens die zuständige nationale und/oder europäische Behörde im Rahmen des Teilinstrumentes 3 über das Vorliegen einer entsprechenden Subvention Kenntnis erlangt, kann sie dieses auch im Hinblick auf ihre Wirkung hinsichtlich des gesamten Binnenmarktes beurteilen und allenfalls Maßnahmen aussprechen, die über das konkrete Vergabeverfahren hinausgehen.

4. Sollten Ihrer Ansicht nach im Zusammenhang mit der öffentlichen Auftragsvergabe und drittstaatlichen Subventionen zusätzlich zu den in diesem Weißbuch enthaltenen Aspekten noch weitere Punkte angegangen werden?

Im Weißbuch wird etwa das Problem nicht behandelt, wie vorzugehen ist, wenn ein drittstaatssubventionierter Bieter in mehreren Verfahren in unterschiedlichen Mitgliedstaaten auftritt, der idente Subventionssachverhalt (z.B. die subventionierte Bankgarantie) von den Auftraggebern in den Mitgliedstaaten unterschiedlich bewertet wird. Gerade im Zusammenhang mit der angedachten Möglichkeit eines Ausschlusses „erga omnes“ (somit von allen Vergabeverfahren in der Union) wäre sicherzustellen, dass derart unterschiedliche Entscheidungen über einen unionalen Abklärungsmechanismus vermieden werden.

Im Weißbuch erfolgt keine Differenzierung in Bezug auf die „öffentliche Auftragsvergabe“. Es ist darauf hinzuweisen, dass nach Auffassung der Republik Österreich zwei Gruppen von Regelungsinstrumenten vom Weißbuch betroffen sind: einerseits die „zivile“ Auftragsvergabe gemäß den RL 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU und andererseits die „Sicherheitsvergabe“ gemäß der RL 2009/81/EG. Nach Auffassung der Republik Österreich sind die zuletzt genannten Vergaben anders zu behandeln und es stellen sich aufgrund des

spezifischen Umfeldes dieser Vergaben (Vergaben im Zusammenhang mit klassifizierten Daten; staatsnahe Rüstungskonzerne als Bieter) weitere Probleme und Fragen die einer spezifischen Behandlung bedürfen. Während somit die Ausführungen im Weißbuch auf die erste Gruppe der genannten Unionsrechtsakte im Großen und Ganzen zutreffend sind, bedarf die Situation bezüglich der RL 2009/81/EG einer weiteren Analyse.

Zusammenspiel zwischen den Teilinstrumenten 1, 2 und 3

1. Sind Sie der Ansicht, dass
 - a. Teilinstrument 1 ein eigenständiges Instrument sein sollte?

Ja.

- b. Teilinstrument 2 ein eigenständiges Instrument sein sollte?

- c. Teilinstrument 3 ein eigenständiges Instrument sein sollte?

Ja.

- d. die Teilinstrumente 1, 2 und 3 zu einem einzigen Instrument zusammengefasst werden sollten?

Nein, aber eine bessere Verschränkung bzw. klarere Abgrenzung zwischen Teilinstrument 1 und 3 wäre wünschenswert; Begründung siehe oben. Siehe vor allem die Antwort zu Frage 3 bei Teilinstrument 3.

Aus Sicht der Republik Österreich ist eindeutig zu befürworten, dass vergabespezifische Regelungen in das System der RL 2014/24/EU, 2014/25/EU und 2014/23/EU aufzunehmen sind. Hinsichtlich der Situation in Bezug auf die RL 2009/81/EG ist eine weitere Analyse der Situation bzw. der Problematik drittstaatssubventionierter Bieter erforderlich.

Fragen zum Abschnitt „Drittstaatliche Subventionen und EU-Finanzierungen

1. Sind Ihrer Ansicht nach weitere Maßnahmen erforderlich, um etwaige Verzerrungen des Binnenmarkts, die von Subventionen ausgelöst werden, die

Behörden aus Drittstaaten gewähren, speziell im Zusammenhang mit Finanzierungen durch die EU anzugehen? Erläutern Sie dies bitte näher.

2. Sind Sie der Ansicht, dass der im Weißbuch dargelegte Rahmen für Finanzierungen durch die EU geeignet ist, die Verzerrungen, die durch drittstaatliche Subventionen in diesem Zusammenhang möglicherweise verursacht werden, in angemessener Weise anzugehen? Erläutern Sie dies bitte näher.

09. September 2020

Mag. Dr. Michael FRUHMANN