



Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Handstanger, Hofrat Dr. Mayr, Hofrätin Mag. Hainz-Sator sowie die Hofräte Dr. Pürgy und Mag. Brandl als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Schara, in den Revisionsachen

1. der E GmbH in M, vertreten durch die SHMP Schwartz Huber-Medek Pallitsch Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Hohenstaufengasse 7, und 2. der E EOOD in B, vertreten durch Brauneis Klauser Prändl Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Bauernmarkt 2, jeweils gegen den Beschluss des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich vom 23. September 2020, LVwG-VG-8/001-2020, sowie

3. (wiederum) der E GmbH in M, vertreten durch SHMP Schwartz Huber-Medek Pallitsch Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Hohenstaufengasse 7, und 4. der P EOOD in P, vertreten durch Mag. Dimitar Anadoliyski, Rechtsanwalt in 1030 Wien, Ungargasse 59-61, Top 3.01, jeweils gegen den Beschluss des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich vom 23. September 2020, LVwG-VG-9/002-2020,

betreffend eine vergaberechtliche Nachprüfung, den **Beschluss** gefasst:

Dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) werden nach Art. 267 AEUV folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist Art. 57 Abs. 3 der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG dahingehend auszulegen, dass eine zentrale Beschaffung durch eine zentrale Beschaffungsstelle mit Sitz „in einem anderen Mitgliedstaat“ dann vorliegt, wenn der Auftraggeber - unabhängig von der Frage der Zurechnung der Beherrschung dieses Auftraggebers - seinen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat als die zentrale Beschaffungsstelle hat?

2. Falls Frage 1 bejaht wird:





Erfasst die Kollisionsnorm des Art. 57 Abs. 3 der Richtlinie 2014/25/EU, wonach die „zentrale Beschaffung“ durch eine zentrale Beschaffungsstelle mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat gemäß den nationalen Bestimmungen des Mitgliedstaats erfolgt, in dem die zentrale Beschaffungsstelle ihren Sitz hat, auch die Rechtsvorschriften für Nachprüfungsverfahren und die Zuständigkeit der Nachprüfungsstelle im Sinn der Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor?

3. Falls Frage 1 oder Frage 2 verneint wird:

Ist die Richtlinie 92/13/EWG und insbesondere ihr Art. 1 Abs. 1 vierter Unterabsatz dahingehend auszulegen, dass die Zuständigkeit einer nationalen Nachprüfungsstelle zur Nachprüfung von Entscheidungen der Auftraggeber alle Auftraggeber erfassen muss, die ihren Sitz im Mitgliedstaat der Nachprüfungsstelle haben, oder hat sich die Zuständigkeit danach zu richten, ob der beherrschende Einfluss über den Auftraggeber (im Sinn des Art. 3 Z 4 lit. c bzw. des Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2014/25/EU) von einer Gebietskörperschaft bzw. einer Einrichtung des öffentlichen Rechts ausgeht, die dem Mitgliedstaat der Nachprüfungsstelle zuzuordnen ist?

### **Begründung:**

#### **1. Sachverhalt und Ausgangsverfahren**

- 1 **1.1.** Den Revisions­sachen liegt folgender unbestritten gebliebener Sachverhalt zugrunde:
- 2 Die EY EAD ist eine Aktiengesellschaft nach bulgarischem Recht mit Sitz in Bulgarien. Sie agiert im hier zugrundeliegenden Vergabeverfahren (Rahmenvereinbarung über die Durchführung von Elektroinstallationsarbeiten sowie der damit verbundenen Bau- und Demontgearbeiten) als Sektorenauftraggeberin. Leistungsgegenstand des Vergabeverfahrens ist ein



Bauftrag im Oberschwellenbereich, der (gebietsweise) in 36 Lose unterteilt ist. Der Leistungsort liegt hinsichtlich aller Lose in Bulgarien.

- 3 Die EBS GmbH ist eine Gesellschaft nach österreichischem Recht mit Sitz in Österreich. Sie fungiert im gegenständlichen Vergabeverfahren als zentrale Beschaffungsstelle der Auftraggeberin, wobei sie die Leistungen im Namen und auf Rechnung der EY EAD (und somit als deren Stellvertreterin) beschaffen soll. Nach der Ausschreibung ist die EBS GmbH als zentrale Beschaffungsstelle für die Abwicklung und Durchführung der gegenständlichen Ausschreibung zuständig, der Vertrag über die nachgefragten Leistungen soll mit der EY EAD als Sektorenauftraggeberin abgeschlossen werden. Als zuständige Stelle für Rechtsbehelfs-/Nachprüfungsverfahren ist in der Ausschreibung das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich (im Folgenden LVwG) angegeben; unter dem Punkt „anwendbares Recht“ wird festgehalten, dass für das „Vergabeverfahren und alle daraus erwachsenen Ansprüche“ österreichisches Recht gelte, für „die Vertragsabwicklung“ bulgarisches Recht.
- 4 Sowohl die EY EAD als auch die EBS GmbH stehen mittelbar zu 100 % im Eigentum der E AG. Das Kapital an der E AG wird wiederum mittelbar mehrheitlich (zu 51 %) von einer österreichischen Gebietskörperschaft (dem Land Niederösterreich) gehalten.
- 5 Die E EOOD und die P EOOD, zwei bulgarische Unternehmen, legten im gegenständlichen Vergabeverfahren jeweils für einzelne Lose ein Angebot. Mit Entscheidungen vom 28. Juli 2020 bzw. vom 30. Juli 2020 wurde der E EOOD und der P EOOD mitgeteilt, mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarungen zu den einzelnen Losen abgeschlossen werden sollen. Die E EOOD und die P EOOD waren in keinem der Lose als Vertragspartner vorgesehen. Sowohl die E EOOD als auch die P EOOD beantragten daraufhin die Nichtigerklärung der jeweils sie (bzw. die Lose, zu denen sie Angebote gelegt hatten) betreffenden Entscheidungen der Auftraggeberin.
- 6 **1.2.** Mit den beiden (im Wesentlichen inhaltsgleichen) angefochtenen Beschlüssen vom 23. September 2020 wies das LVwG diese Anträge jeweils



wegen Unzuständigkeit zurück. Das LVwG begründete seine Unzuständigkeit (auf das Wesentliche zusammengefasst) wie folgt:

- 7 Die Zuständigkeit richte sich danach, wer Auftraggeber und damit zivilrechtlicher Vertragspartner sei; dies sei gegenständlich die EY EAD. Das LVwG sei somit zur Entscheidung über die Frage angerufen worden, ob ein bulgarisches Unternehmen mit einem in Bulgarien ansässigen Auftraggeber einen Vertrag abschließen dürfe, der in Bulgarien zu erfüllen und nach bulgarischem Recht abzuwickeln sei. Würde man eine Zuständigkeit des LVwG bejahen, würde dies massiv in die Souveränität Bulgariens eingreifen und dies stünde in einem Spannungsverhältnis zum völkerrechtlich anerkannten Territorialitätsprinzip. Eine Beherrschung der EY EAD durch das Land Niederösterreich sage noch nichts über eine Zuständigkeit des LVwG für Auftragsvergaben von Unternehmen im Ausland aus.
- 8 Das Bundesvergabegesetz 2018 (BVergG 2018) enthalte in § 180 Abs. 2 (ebenso wie die Richtlinie 2014/25/EU in Art. 57 Abs. 3) eine Regelung betreffend die Beschaffungstätigkeit für einen Sektorenauftraggeber durch eine zentrale Beschaffungsstelle mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der EU. Daraus ergebe sich aber nur, welches materielle Vergaberecht für das Vergabeverfahren maßgeblich sei, nicht aber, welches Verfahrensrecht auf das Nachprüfungsverfahren anzuwenden sei. Zwar werde in Erwägungsgrund 82 zur Richtlinie 2014/25/EU auf die „anwendbaren Rechtsvorschriften für Rechtsmittel“ verwiesen; dies finde im Richtlinienwortlaut aber keinen Niederschlag. Vom Richtlinienwortlaut „zentrale Beschaffung“ sei das Rechtsmittelverfahren nicht erfasst. Das LVwG sei daher für die gegenständlichen Nachprüfungsanträge nicht zuständig.
- 9 **1.3.** Die EBS GmbH erhob gegen beide Beschlüsse Revision an den Verwaltungsgerichtshof. Die E EOOD und die P EOOD erhoben jeweils gegen den sie betreffenden Beschluss Revision. Vorgelegt wurde im Revisionsverfahren eine beglaubigte Übersetzung einer Entscheidung des Obersten Verwaltungsgerichtes der Republik Bulgarien, mit der die Entscheidung der bulgarischen Vergabekontrollbehörde über ihre Unzuständigkeit in der gegenständlichen Vergabesache bestätigt wurde.



10 Die revisionswerbenden Parteien begründen ihre Revisionen (auf das Wesentliche zusammengefasst) damit, Art. 57 Abs. 3 der Richtlinie 2014/25/EU (und demensprechend auch § 180 Abs. 2 BVergG 2018) sei im Hinblick auf die Zielsetzung, für die grenzüberschreitende Beschaffung ein einheitliches Regelungsregime vorzusehen, dahingehend auszulegen, dass er nicht nur das eigentliche Beschaffungsverfahren, sondern auch die Regelungen für das Nachprüfungsverfahren erfasse. Wenn von einer zentralen Beschaffungsstelle materiell österreichisches Vergaberecht anzuwenden sei, dann sei das Rechtsschutzverfahren vor den österreichischen Nachprüfungsstellen nach österreichischem Verfahrensrecht zu führen. Maßgeblicher Anknüpfungspunkt sei der Sitz der zentralen Beschaffungsstelle.

11 Die P EOOD bringt darüber hinaus vor, dass die EY EAD der Kontrolle des österreichischen Rechnungshofes unterliege und keine völkerrechtlichen Bedenken dagegen bestünden, dass die Rechtmäßigkeit der Beschaffungstätigkeit eines von einer österreichischen Gebietskörperschaft beherrschten Unternehmens, für die aufgrund der Einschaltung einer zentralen Beschaffungsstelle mit Sitz in Österreich jedenfalls österreichisches materielles Vergaberecht maßgeblich sei, von österreichischen Nachprüfungsstellen nach österreichischem Verfahrensrecht kontrolliert werde, auch wenn das Unternehmen seinen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der EU habe. Die Richtlinie 2014/25/EU knüpfe bei der Definition der öffentlichen Unternehmen nicht daran an, in welchem Mitgliedstaat das Unternehmen seinen Sitz habe, sondern lediglich an die Beherrschung durch einen öffentlichen Auftraggeber.

## **2. Maßgebliche Bestimmungen des Unionsrechts**

12 Erwägungsgrund 82 sowie Art. 2 bis 4 und 57 der Richtlinie 2014/25/EU lauten auszugsweise:

„[Erwägungsgrund] (82) Einer gemeinsamen Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber aus verschiedenen Mitgliedstaaten stehen derzeit noch gewisse rechtliche Schwierigkeiten hinsichtlich konfligierender nationaler Rechtsvorschriften entgegen. Wenngleich die Richtlinie 2004/17/EG implizit eine grenzüberschreitende gemeinsame öffentliche Auftragsvergabe zulässt,



sehen sich Auftraggeber noch immer beträchtlichen rechtlichen und praktischen Schwierigkeiten bei der Beschaffung über zentrale Beschaffungsstellen in anderen Mitgliedstaaten oder bei der gemeinsamen Vergabe von Aufträgen gegenüber. Damit Auftraggeber durch Größenvorteile und eine Risiko-Nutzen-Teilung das Potenzial des Binnenmarkts optimal ausschöpfen können, nicht zuletzt im Hinblick auf innovative Projekte, die höhere Risiken bergen, als sie nach vernünftigem Ermessen von einer einzelnen Vergabestelle getragen werden können, sollten diese Schwierigkeiten beseitigt werden. Daher sollten neue Vorschriften für die grenzüberschreitende gemeinsame Beschaffung festgelegt werden, um die Zusammenarbeit zwischen Auftraggebern zu erleichtern und die Vorteile des Binnenmarkts durch die Schaffung grenzüberschreitender Geschäftsmöglichkeiten für Lieferanten und Diensteanbieter zu erhöhen. Mit diesen Vorschriften sollten die Bedingungen für die grenzüberschreitende Nutzung zentraler Beschaffungsstellen festgelegt und das in grenzüberschreitenden gemeinsamen Beschaffungsverfahren anwendbare Recht für die öffentliche Auftragsvergabe, einschließlich der anwendbaren Rechtsvorschriften für Rechtsmittel, bestimmt werden, ergänzend zu den Kollisionsnormen der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates.

[...]

*Artikel 2*

### **Begriffsbestimmungen**

Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

[...]

10. „zentrale Beschaffungstätigkeiten“ auf Dauer durchgeführte Tätigkeiten in einer der folgenden Formen:
  - a) Erwerb von Waren und/oder Dienstleistungen für Auftraggeber;
  - b) Vergabe von Aufträgen oder Abschluss von Rahmenvereinbarungen über Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen für Auftraggeber;

[...]

12. „zentrale Beschaffungsstelle“ einen Auftraggeber im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 der vorliegenden Richtlinie oder einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 Nummer 1 der Richtlinie 2014/24/EU, der zentrale Beschaffungstätigkeiten und eventuell Nebenbeschaffungstätigkeiten ausübt.

Beschaffungen, die von einer zentralen Beschaffungsstelle zum Zweck zentraler Beschaffungstätigkeiten vorgenommen werden, gelten als



Beschaffungen zur Ausübung einer Tätigkeit gemäß den Artikeln 8 bis 14. Artikel 18 gilt nicht für Beschaffungen, die von einer zentralen Beschaffungsstelle zum Zweck zentraler Beschaffungstätigkeiten vorgenommen werden;

[...]

#### Artikel 3

##### **Öffentliche Auftraggeber**

1. Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck „öffentliche Auftraggeber“ den Staat, die Gebietskörperschaften, die Einrichtungen des öffentlichen Rechts oder die Verbände, die aus einer oder mehrerer dieser Körperschaften oder Einrichtungen des öffentlichen Rechts bestehen.
2. „Gebietskörperschaften“ umfasst alle Behörden der Verwaltungseinheiten die nicht erschöpfend gemäß der Bezugnahme der Verordnung (EG) Nr. 1059/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates unter NUTS 1 und 2 aufgeführt sind und

[...]

4. „Einrichtungen des öffentlichen Rechts“ Einrichtungen mit sämtlichen der folgenden Merkmale:
  - a) Sie wurden zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen;
  - b) sie besitzen Rechtspersönlichkeit und
  - c) sie werden überwiegend vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert oder unterstehen hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht dieser Körperschaften oder Einrichtungen, oder verfügen über ein Verwaltungs-, Leitungs- beziehungsweise Aufsichtsorgan, das mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind;

#### Artikel 4

##### **Auftraggeber**

- (1) Im Sinne dieser Richtlinie sind Auftraggeber Stellen, die
  - a) öffentliche Auftraggeber oder öffentliche Unternehmen sind und eine Tätigkeit im Sinne der Artikel 8 bis 14 ausüben;

[...]



(2) „öffentliches Unternehmen“ ein Unternehmen, auf das die öffentlichen Auftraggeber aufgrund der Eigentumsverhältnisse, der finanziellen Beteiligung oder der für das Unternehmen geltenden Bestimmungen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben können; Es wird vermutet, dass der öffentliche Auftraggeber einen beherrschenden Einfluss, wenn er unmittelbar oder mittelbar

- a) die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens hält,
- b) über die Mehrheit der mit den Anteilen am Unternehmen verbundenen Stimmrechte verfügt oder
- c) mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans eines anderen Unternehmens ernennen kann.

[...]

*Artikel 57*

### **Auftragsvergabe durch Auftraggeber aus verschiedenen Mitgliedstaaten**

(1) Unbeschadet der Artikel 28 bis 31 können Auftraggeber aus verschiedenen Mitgliedstaaten bei der Vergabe von Aufträgen gemeinsam vorgehen, indem sie auf eines der in diesem Artikel vorgesehenen Mittel zurückgreifen.

Die Auftraggeber dürfen die in diesem Artikel vorgesehenen Mittel nicht dazu verwenden, die Anwendung von im Einklang mit dem Unionsrecht stehenden verbindlichen Bestimmungen des öffentlichen Rechts zu umgehen, denen sie in ihrem Mitgliedstaat unterliegen.

(2) Ein Mitgliedstaat untersagt seinen Auftraggebern nicht, zentrale Beschaffungstätigkeiten in Anspruch zu nehmen, die von zentralen Beschaffungsstellen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat angeboten werden. In Bezug auf zentrale Beschaffungstätigkeiten, die durch eine zentrale Beschaffungsstelle angeboten werden, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat als der Auftraggeber hat, haben die Mitgliedstaaten jedoch die Möglichkeit, festzulegen, dass ihre Auftraggeber nur von den zentralen Beschaffungstätigkeiten im Sinne des Artikels 2 Nummer 10 Buchstabe a oder b Gebrauch machen dürfen.

(3) Die zentrale Beschaffung durch eine zentrale Beschaffungsstelle mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat [zu ergänzen entsprechend der gleichlautenden Bestimmung in Art. 39 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU bzw. der englischen Sprachfassung: erfolgt] gemäß den nationalen Bestimmungen des Mitgliedstaats, in dem die zentrale Beschaffungsstelle ihren Sitz hat.

Die nationalen Vorschriften des Mitgliedstaats, in dem die zentrale Beschaffungsstelle ihren Sitz hat, gelten auch für Folgendes:

[...]“





13 Art. 1 der Richtlinie 92/13/EWG lautet auszugsweise:

„*Artikel 1*

**Anwendungsbereich und Zugang zu Nachprüfungsverfahren**

(1) Diese Richtlinie gilt für Aufträge im Sinne der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates, sofern diese Aufträge nicht gemäß den Artikeln 18 bis 24, 27 bis 30, 34 oder 55 jener Richtlinie ausgeschlossen sind.

[...]

Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/25/EU beziehungsweise der Richtlinie 2014/23/EU fallenden Aufträge oder Konzessionen die Entscheidungen der Auftraggeber wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der Artikel 2 bis 2f auf Verstöße gegen das Unionsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die nationalen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können.

[...]“

**3. Maßgebliche Bestimmungen des nationalen Rechts**

14 Art. 14b B-VG, BGBl. Nr. 1/1930 in der Fassung BGBl. I Nr. 51/2012, lautet auszugsweise:

„**Artikel 14b.** (1) Bundessache ist die Gesetzgebung in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit diese nicht unter Abs. 3 fallen.

(2) Die Vollziehung in den Angelegenheiten des Abs. 1 ist

[...]

2. Landessache hinsichtlich

[...]

- c) der Vergabe von Aufträgen durch Unternehmungen im Sinne des Art. 126b Abs. 2, soweit sie nicht unter Z 1 lit. c fällt, sowie der Vergabe von Aufträgen durch Unternehmungen im Sinne des Art. 127 Abs. 3 und des Art. 127a Abs. 3 und 8;

[...]

(3) Landessache ist die Gesetzgebung und die Vollziehung in den Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Sinne des Abs. 2 Z 2.

[...]“



- 15 § 1 des Niederösterreichischen Vergabe-Nachprüfungsgesetzes (NÖ VNG),  
LGBL. 7200-3 in der Fassung LGBL. Nr. 54/2019, lautet auszugsweise:

**„§ 1 Geltungsbereich**

(1) Dieses Gesetz regelt den Rechtsschutz in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes fallen.

[...]“

- 16 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2018  
(BVerG 2018), BGBl. I Nr. 65, lauten auszugsweise:

**„Öffentliche Auftraggeber und sonstige zur Anwendung von Bestimmungen dieses Bundesgesetzes verpflichtete Auftraggeber**

**§ 4.** (1) Dieses Bundesgesetz gilt mit Ausnahme seines 3. Teiles für Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern, das sind

1. der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände oder
2. Einrichtungen, die
  - a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen,
  - b) zumindest teilrechtsfähig sind und
  - c) überwiegend von öffentlichen Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch diese unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von öffentlichen Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind, oder

[...]

**3. Teil Vergabeverfahren für Sektorenauftraggeber**

[...]

**Öffentliche Auftraggeber als Sektorenauftraggeber**

**§ 167.** Soweit ein öffentlicher Auftraggeber gemäß § 4 Abs. 1 eine Sektorentätigkeit (§§ 170 bis 175) ausübt, ist er Sektorenauftraggeber (öffentlicher Sektorenauftraggeber).



## **Öffentliche Unternehmen als Sektorenauftraggeber**

**§ 168.** (1) Soweit öffentliche Unternehmen eine Sektorentätigkeit (§§ 170 bis 175) ausüben, sind sie Sektorenauftraggeber.

(2) Ein öffentliches Unternehmen gemäß Abs. 1 ist jedes Unternehmen, auf das ein öffentlicher Auftraggeber gemäß § 4 Abs. 1 oder ein öffentlicher Sektorenauftraggeber aufgrund der Eigentumsverhältnisse, der finanziellen Beteiligung oder der für das Unternehmen geltenden Vorschriften unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Die Ausübung eines beherrschenden Einflusses wird vermutet, wenn ein öffentlicher Auftraggeber gemäß § 4 Abs. 1 oder ein öffentlicher Sektorenauftraggeber unmittelbar oder mittelbar

1. die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens hält oder
2. über die Mehrheit der mit den Anteilen am Unternehmen verbundenen Stimmrechte verfügt oder
3. mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Unternehmens bestellen kann.

[...]

## **Gemeinsame grenzüberschreitende Auftragsvergabe mehrerer Sektorenauftraggeber**

**§ 180.** [...]

(2) Wird eine zentrale Beschaffungstätigkeit für einen Sektorenauftraggeber durch eine zentrale Beschaffungsstelle gemäß Art. 2 Z 12 der Richtlinie 2014/25/EU mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder mit Sitz in einer sonstigen Vertragspartei des EWR-Abkommens durchgeführt, so unterliegt

1. die Durchführung des Vergabeverfahrens,

[...]

den Regelungen des Sitzstaates der zentralen Beschaffungsstelle.

[...]“

## **4. Vorlageberechtigung**

- 17 Der Verwaltungsgerichtshof ist ein Gericht im Sinn des Art. 267 AEUV, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können.



- 18 Der Verwaltungsgerichtshof vertritt die Auffassung, dass sich bei der Entscheidung der von ihm zu beurteilenden Revisionsachen die im gegenständlichen Ersuchen um Vorabentscheidung angeführten und im Folgenden näher erläuterten Fragen der Auslegung des Unionsrechts stellen.

### **5. Vorbemerkung**

- 19 Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage nach den anwendbaren Verfahrensvorschriften sowie nach der Zuständigkeit einer österreichischen Nachprüfungsstelle (des LVwG) in einer Konstellation, in der eine von einer österreichischen Gebietskörperschaft mittelbar beherrschte, in Bulgarien ansässige Sektorenauftraggeberin durch eine zentrale Beschaffungsstelle mit Sitz in Österreich eine Beschaffung vornimmt. Dafür sind zunächst der Anwendungsbereich (Frage 1) und die Reichweite (Frage 2) der Kollisionsnorm des Art. 57 Abs. 3 der Richtlinie 2014/25/EU zu beurteilen. Sollte Art. 57 Abs. 3 der Richtlinie 2014/25/EU keine Aussage zur dargelegten Konstellation enthalten, stellt sich die Frage, nach welchen Parametern sich dann die Zuständigkeit und die anwendbaren Verfahrensvorschriften bestimmen (Frage 3).
- 20 Bei der EY EAD handelt es sich um einen Sektorenauftraggeber mit Sitz in Bulgarien. Den beim Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Beschlüssen des LVwG lässt sich zwar nicht entnehmen (und die EY EAD wurde in diesen Verfahren nicht beigezogen), ob es sich bei der EY EAD um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß Art. 3 der Richtlinie 2014/25/EU oder um ein öffentliches Unternehmen im Sinn des Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2014/25/EU handelt. Dies ist nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes für die Beantwortung der gegenständlichen Vorlagefragen aber nicht erheblich, weil das Kapital an der EY EAD jedenfalls mittelbar mehrheitlich von einer österreichischen Gebietskörperschaft gehalten wird und dieses Kriterium sowohl für öffentliche Auftraggeber (in Art. 3 Z 4 lit. c erster Fall der Richtlinie 2014/25/EU) als auch für öffentliche Unternehmen (in Art. 4 Abs. 2 lit. a der Richtlinie 2014/25/EU) als ein möglicher Tatbestand der Beherrschung vorgesehen ist.





## 6. Erläuterungen zu den Vorlagefragen

### 6.1. Zur ersten Vorlagefrage

- 21 Die Anwendbarkeit der Kollisionsnorm des Art. 57 Abs. 3 der Richtlinie 2014/25/EU setzt voraus, dass eine zentrale Beschaffung durch eine zentrale Beschaffungsstelle mit Sitz „in einem anderen Mitgliedstaat“ erfolgt. Im vorliegenden Fall liegt eine zentrale Beschaffung vor. Die EBS GmbH (die zentrale Beschaffungsstelle) hat ihren Sitz in Österreich und die EY EAD (die Auftraggeberin) hat ihren Sitz in Bulgarien. Da die EY EAD aber von einer österreichischen Gebietskörperschaft finanziell beherrscht wird, bestehen - je nachdem, ob man den Sitz der Auftraggeberin oder ihre Beherrschung als maßgeblich erachtet - Anknüpfungspunkte für eine Zuordnung der Auftraggeberin zu zwei verschiedenen Mitgliedstaaten.
- 22 Vorauszuschicken ist, dass das LVwG in seiner Begründung ua. auch den Ort der Leistungserbringung ins Treffen führt. Anhaltspunkte dafür, dass es für die Beurteilung der Frage, ob es sich um eine zentrale Beschaffungsstelle mit Sitz „in einem anderen Mitgliedstaat“ handelt, auf den Ort der Leistungserbringung ankommt, sind für den Verwaltungsgerichtshof allerdings nicht ersichtlich.
- 23 Die grundsätzliche Regelung betreffend die gemeinsame Auftragsvergabe durch mehrere Auftraggeber in Art. 57 Abs. 1 der Richtlinie 2014/25/EU spricht von Auftraggebern „aus verschiedenen Mitgliedstaaten“, ohne näher darzulegen, woraus sich eine derartige Zuordnung zu verschiedenen Mitgliedstaaten ergibt. Der Umstand, dass die hier maßgebliche Regelung des Art. 57 Abs. 3 der Richtlinie 2014/25/EU hinsichtlich der „Zuordnung“ der zentralen Beschaffungsstelle auf deren Sitz abstellt, spricht jedenfalls dafür, auch hinsichtlich der Zuordnung der Auftraggeberin deren Sitz als maßgeblich zu erachten. Noch deutlicher kommt dieses Verständnis in der (wenngleich vorliegend nicht maßgeblichen) Regelung des Art. 57 Abs. 2 zweiter Unterabsatz der Richtlinie 2014/25/EU zum Ausdruck, wenn dort auf eine zentrale Beschaffungsstelle Bezug genommen wird, „die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat als der Auftraggeber hat“.



- 24 Dem könnte aber entgegengehalten werden, dass die Definition des (öffentlichen) Auftraggebers (und zwar weder in Art. 3 noch in Art. 4 der Richtlinie 2014/25/EU) nicht auf dessen Sitz abstellt, sondern auf die Beherrschung durch eine Gebietskörperschaft oder eine Einrichtung des öffentlichen Rechts. Ausgehend davon ließe sich argumentieren, dass eine zentrale Beschaffungsstelle mit Sitz „in einem anderen Mitgliedstaat“ dann vorliegt, wenn es sich dabei nicht um den Mitgliedstaat handelt, der (im Wege einer Gebietskörperschaft oder einer Einrichtung des öffentlichen Rechts) den Auftraggeber beherrscht (siehe näher dazu auch die Erläuterungen zur dritten Vorlagefrage). Schließlich wäre ohne eine derartige Beherrschung (so es sich beim Auftraggeber nicht selbst um eine Gebietskörperschaft handelt oder eine Auftraggebereigenschaft aufgrund der Gewährung eines besonderen oder ausschließlichen Rechts nach ihrem Art. 4 Abs. 3 vorliegt) der persönliche Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/25/EU nicht eröffnet.
- 25 Somit erscheint es für den Verwaltungsgerichtshof nicht offenkundig, anhand welcher Parameter zu bestimmen ist, dass eine zentrale Beschaffungsstelle mit Sitz „in einem anderen Mitgliedstaat“ vorliegt.
- 26 Sollte für die Beantwortung dieser Frage hinsichtlich der Zuordnung des Auftraggebers nicht auf dessen Sitz abzustellen sein, sondern darauf, welchem Mitgliedstaat die Beherrschung dieses Auftraggebers zuzurechnen ist, dann wären im vorliegenden Fall sowohl die Auftraggeberin als auch die zentrale Beschaffungsstelle Österreich zuzuordnen und die Kollisionsnorm des Art. 57 Abs. 3 der Richtlinie 2014/25/EU käme nicht zur Anwendung.
- 27 Sollte es jedoch für die Zuordnung der Auftraggeberin (wie bei der zentralen Beschaffungsstelle) auf den Sitz ankommen und die Vorlagefrage 1 demnach zu bejahen sein, dann käme es in weiterer Folge auf die Beantwortung der zweiten Vorlagefrage an.

#### 6.2. Zur zweiten Vorlagefrage

- 28 Art. 57 Abs. 3 der Richtlinie 2014/25/EU sieht vor, dass die „zentrale Beschaffung“ durch eine zentrale Beschaffungsstelle mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat gemäß den nationalen Bestimmungen des Mitgliedstaats erfolgt,



in dem die zentrale Beschaffungsstelle ihren Sitz hat. Klar ist für den Verwaltungsgerichtshof somit, dass sich das zur Anwendung kommende materielle Vergaberecht nach dem Sitz der zentralen Beschaffungsstelle richtet.

- 29 Die Richtlinie 2014/25/EU enthält zwar keine Definition der „zentralen Beschaffung“, allerdings werden in ihrem Art. 2 Z 10 „zentrale Beschaffungstätigkeiten“ als Erwerb von Waren und/oder Dienstleistungen bzw. Vergabe von Aufträgen oder Abschluss von Rahmenvereinbarungen für Auftraggeber umschrieben. Der Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/25/EU umfasst gemäß ihrem Art. 1 Regeln für die Verfahren zur Vergabe von Aufträgen und der Durchführung von Wettbewerben, wobei die Auftragsvergabe den Erwerb von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen bezeichnet. Das Abstellen auf die „zentrale Beschaffung“ enthält somit für sich allein keinen Hinweis darauf, dass auch die Regelungen für das Nachprüfungsverfahren bzw. für die Zuständigkeit der Nachprüfungsstelle von dieser Kollisionsnorm erfasst sein sollen.
- 30 Aus Erwägungsgrund 82 zur Richtlinie 2014/25/EU ergibt sich, dass durch die Neuregelung des Art. 57 der Richtlinie 2014/25/EU bestehende Schwierigkeiten bei grenzüberschreitenden gemeinsamen Beschaffungen beseitigt und die Vorteile des Binnenmarktes durch die Schaffung grenzüberschreitender Geschäftsmöglichkeiten erhöht werden sollen. Weiters wird ausdrücklich festgehalten, dass mit diesen Vorschriften die Bedingungen für die grenzüberschreitende Nutzung zentraler Beschaffungsstellen festgelegt und das in grenzüberschreitenden gemeinsamen Beschaffungsverfahren „anwendbare Recht für die öffentliche Auftragsvergabe, einschließlich der anwendbaren Rechtsvorschriften für Rechtsmittel“, bestimmt werden soll. Eine Auslegung des Art. 57 Abs. 3 der Richtlinie 2014/25/EU unter Heranziehung des in diesem Erwägungsgrund zum Ausdruck kommenden Verständnisses würde somit zum Ergebnis führen, dass sich diese Kollisionsnorm auch auf die für Nachprüfungsverfahren maßgeblichen Bestimmungen erstreckt. Auch der Umstand, dass die materiellen Regelungen und die Nachprüfungsregelungen miteinander verzahnt sind, spricht vor dem Hintergrund des Ziels eines einheitlichen Regelungsregimes dafür, das im Nachprüfungsverfahren



anwendbare Verfahrensrecht keinem anderen Statut zu unterwerfen als das (im Nachprüfungsverfahren als Prüfungsmaßstab maßgebliche) materielle Vergaberecht.

- 31 Im Ergebnis erscheint auch die Beantwortung der zweiten Vorlagefrage nicht als derart offenkundig, dass für vernünftigen Zweifel kein Raum verbleibt.
- 32 Sollte die zweite Vorlagefrage bejaht werden, wäre im vorliegenden Fall geklärt, dass sich die im Nachprüfungsverfahren maßgeblichen Rechtsvorschriften und die Zuständigkeit der Nachprüfungsstelle nach dem Sitz der zentralen Beschaffungsstelle richtet und somit das BVergG 2018 bzw. das NÖ VNG zur Anwendung käme.
- 33 Sollte hingegen eine der beiden ersten Vorlagefragen verneint werden, somit die Kollisionsnorm des Art. 57 Abs. 3 der Richtlinie 2014/25/EU entweder nicht anwendbar sein oder keine Regelung für das anzuwendende Verfahrensrecht enthalten, dann stellt sich die Frage, wonach sich in einer Konstellation wie der vorliegenden das anzuwendende Verfahrensrecht und die Zuständigkeit einer nationalen Nachprüfungsstelle bestimmt.

### 6.3. Zur dritten Vorlagefrage

- 34 Vorauszuschicken ist zunächst Folgendes: Auch wenn es sich bei der zentralen Beschaffungsstelle ihrerseits grundsätzlich um eine Sektorenauftraggeberin handelt, hat sie im vorliegenden Fall im Namen und auf Rechnung der Auftraggeberin und damit als deren Stellvertreterin agiert. Wenn die Kollisionsnorm des Art. 57 Abs. 3 der Richtlinie 2014/25/EU nicht anwendbar sein oder keine Regelung betreffend das Nachprüfungsverfahren enthalten sollte, dann würde sich die Zuständigkeit der Nachprüfungsstelle nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes somit nach der Auftraggeberin (und nicht nach der zentralen Beschaffungsstelle) richten.
- 35 Die hier aufgeworfene Frage weist Parallelen zur ersten Vorlagefrage auf, weil es in beiden Fällen letztlich darum geht, wonach sich in einer Konstellation, in der ein Auftraggeber seinen Sitz in einem Mitgliedstaat hat, die Eigenschaft als





Auftraggeber aber aus der Beherrschung durch einen anderen Mitgliedstaat resultiert, die Zuständigkeit einer nationalen Nachprüfungsstelle bestimmt.

- 36 Art. 1 Abs. 1 vierter Unterabsatz der Richtlinie 92/13/EWG erfordert die Sicherstellung der Nachprüfung von Entscheidungen der Auftraggeber und verweist in diesem Zusammenhang auf den Anwendungsbereich (ua.) der Richtlinie 2014/25/EU. Die Definition des Auftraggebers in der Richtlinie 2014/25/EU enthält - wie bereits dargelegt - keine ausdrückliche Bezugnahme auf den Sitz der Einrichtung bzw. des Unternehmens. Das LVwG erachtete eine Zuständigkeit zur Überprüfung der Beschaffungstätigkeit eines Auftraggebers mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat als aus völkerrechtlichen Erwägungen problematisch. Dem ließe sich aber entgegenhalten, dass in einer Konstellation, in welcher der Sitz und die Beherrschung eines Auftraggebers in verschiedenen Mitgliedstaaten zu verorten sind, jede der denkmöglichen Lösungen es mit sich bringt, dass eine nationale Nachprüfungsstelle Vorgänge zu beurteilen hat, die einen Konnex zu einem anderen Mitgliedstaat aufweisen (entweder durch den Sitz des zu überprüfenden Auftraggebers oder durch den Umstand, dass dieser von einer Gebietskörperschaft eines anderen Mitgliedstaates beherrscht wird). Aus innerstaatlicher Sicht kann ergänzend darauf hingewiesen werden, dass eine Zuständigkeit zur Überprüfung von in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen, aber von einer österreichischen Gebietskörperschaft beherrschten Einrichtungen in anderem Kontext, nämlich bei der Prüfung durch den Österreichischen Rechnungshof (vgl. insoweit die Regelung des Art. 127 Abs. 3 B-VG), bejaht wird.

#### 6.4. Ergebnis

- 37 Da die Anwendung des Unionsrechts und dessen Auslegung nicht als derart offenkundig erscheinen, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum bleibt (vgl. EuGH 6.10.1982, *Srl C.I.L.F.I.T. ua.*, C-283/81; 6.10.2021, *Consorzio Italian Management*, C-561/19, Rn. 39 ff), werden die eingangs formulierten Vorlagefragen gemäß Art. 267 AEUV mit dem Ersuchen um Vorabentscheidung vorgelegt.



Verwaltungsgerichtshof

EU 2022/0012 bis  
EU 2022/0015-1  
(Ro 2021/04/0001 bis 0004)  
23. Juni 2022

18 von 18

W i e n , am 23. Juni 2022



VW  
GH

Verwaltungsgerichtshof  
Judenplatz 11, 1010 Wien  
[www.vwgh.gv.at](http://www.vwgh.gv.at)