

Dr. Johannes Schramm, MBL
Dr. Matthias Öhler
Dr. Georg Zellhofer
Mag. Gregor Stickler
Dr. Andreas Göhler
Mag. Hannes Pesendorfer
Mag. Christian Gruber
Mag. Michael Weiner

Dr. Dagmar Malin
Mag. Christian Unger
Mag. Leo Haslhofer
Dr. Christian Eder
Mag. Riccarda Pinetz-Peck
Mag. Felix Breitwieser, LL.M.
Mag. Jacqueline Guger
Mag. Sabrina Glechner
Ing. Dominik Widl, LL.M.
Mag. David Melingo
Dr. Anna Wanitschek
Johannes Dietz, LL.M.
Mag. Christopher Huber, LL.M.

GUTACHTEN

zur vergaberechtlichen Beurteilung der Umsetzung des Projekts „Housing First“

Für das Bundesministerium für Soziales,
Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz

Fassung vom 19.03.2024

Inhaltsverzeichnis

1. Zusammenfassung	4
2. Ausgangslage und Sachverhalt.....	7
2.1. Fragestellungen/Gegenstand des Gutachtens	10
2.2. Zur Verfügung gestellte Unterlagen	10
3. Rechtsgrundlagen für die Anwendbarkeit des Ausnahmetatbestandes gem § 9 Abs 1 Z 18 – Dienstleistungsaufträge über nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse 10	
3.1. Dem Bundesvergabegesetz 2018 unterliegenden Aufträge bzw Rechtsvorgänge.....	10
3.2. Anwendbarkeit des Ausnahmetatbestandes § 9 Z 18 BVergG 2018	11
3.2.1. Allgemeininteresse.....	12
3.2.2. Nichtwirtschaftliche Dienstleistungen	12
3.2.2.1. Tätigkeiten in Ausübung öffentlicher Befugnisse:.....	13
3.2.2.1.1. Exkurs: Auszahlung von Förderungen – institutionelle Privatwirtschaftsverwaltung.....	16
3.2.2.2. Tätigkeiten iZm sozialer Sicherheit	17
3.2.2.3. Wirtschaftlichkeitskriterium	20
3.2.2.3.1. Markt.....	20
3.2.2.3.2. Entgeltlichkeit	21
3.2.2.3.1. Gewinnerzielungsabsicht	23
3.2.2.3.2. Gewichtung der Wirtschaftlichkeitskriterien	23
3.3. Vergaberechtliche Vorgaben bei Aufeinandertreffen vom BVergG 2018 erfassten sowie nicht erfassten Leistungen.....	24
3.4. Open-House-Verfahren – Beschaffungsvorgang außerhalb des Bundesvergabegesetz 2018 25	
4. Anwendung auf den Sachverhalt	28
4.1. Anwendbarkeit des Ausnahmetatbestandes § 9 Abs 1 Z18 BVergG 2018 bei Beauftragung der BAWO mit den Unterstützungsleistungen für wohnungslose Personen nach dem LWA-G.....	28
4.1.1. Allgemeines Interesse.....	29
4.1.2. Dienstleistungen nichtwirtschaftlicher Tätigkeit.....	29
4.1.2.1. Tätigkeit in Ausübung öffentlicher Befugnisse	30
4.1.2.2. Tätigkeiten iZm sozialer Sicherheit	31
4.1.2.3. Wirtschaftlichkeitskriterium.....	33
4.1.3. Frage I: Ist eine allfällige Beauftragung der BAWO vom Anwendungsbereich des BVergG 2018 aufgrund des § 9 Abs 1 Z 18 BVergG 2018 ausgenommen?.....	36
4.1.4. Folgefrage: Ist eine allfällige Beauftragung der BAWO zumindest betreffend der überwiegend zu erbringenden Abwicklungsleistungen vom Anwendungsbereich aufgrund des § 9 Abs 1 Z 18 BVergG 2018 ausgenommen?	38

4.2. Möglichkeit zur Beauftragung der Beratungseinrichtungen ohne Durchführung eines förmlichen Verfahrens/Beauftragung im Rahmen eines Open-House-Verfahrens	38
4.2.1. Frage II: Können die der Abwicklungsstelle nachgeschalteten Beratungseinrichtungen ohne Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens beauftragt werden bzw diese Leistungen im Wege eines Open-House-Verfahrens beauftragt werden?	40

1. Zusammenfassung

- 1 Zusammenfassend gelangen wir bei der Beurteilung der geplanten Umsetzung des Projekts „Housing First“ zu folgendem vergaberechtlichen Ergebnis:

Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung des § 9 Abs 1 Z 18 BVergG 2018:

- 2 UE bestehen gute bzw jedenfalls vertretbare Argumente dafür, dass § 9 Abs 1 Z 18 BVergG 2018, welcher festlegt, dass nichtwirtschaftliche Dienstleistungen vom allgemeinen Interesse vom Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes ausgenommen sind, bei einer allfälligen Beauftragung der Bundesarbeitsgemeinschaft Wohnungslosenhilfe, gemeinnütziger Verein (kurz: „BAWO“) als Abwicklungsstelle im Projekt „Housing First“ gem § 5 Abs 1 LWA-G herangezogen werden kann.
- 3 Geprüft wurde hierbei einerseits, ob die zu erbringenden Dienstleistungen im Rahmen des Projekts „Housing First“ im Allgemeininteresse liegen sowie andererseits, ob es sich bei diesen Dienstleistungen/Tätigkeiten um nichtwirtschaftliche handelt. Dafür haben wir insb die hierzu ergangenen Rechtsakte der Europäischen Kommission (kurz: „EK“) sowie die hierzu ergangene europäische Rechtsprechung herangezogen.
- 4 Zur Frage, ob die allenfalls von der BAWO zu erbringenden Dienstleistungen gegenständlich im Allgemeininteresse liegen, ergibt sich uE zweifellos, dass dieses Kriterium bei Erbringung der Dienstleistungen im Projekt „Housing First“ erfüllt wird. Um im Allgemeininteresse liegende Dienstleistungen handelt es sich bei Tätigkeiten, die der Gesamtbevölkerung oder einzelner Bevölkerungsgruppen dienlich sind und einer spezifischen Gemeinwohlverpflichtung unterliegen. Gegenständlich sollen mit dem Projekt „Housing First“ Unterstützungsleistungen an die Zielgruppe wohnungsloser Menschen geleistet werden. Bereits dieser Umstand bedingt uE allein, dass es sich um im Allgemeininteresse liegende Tätigkeiten handelt, da dies einer einzelnen Bevölkerungsgruppe dienlich ist sowie dies uE einer Gemeinwohlverpflichtung unterliegt. Vor dem Hintergrund, dass aufgrund des Housing-First-Ansatzes auch eine nachhaltige Verbesserung der Lage der wohnungslosen Menschen angestrebt wird (idS, dass nicht nur kurzfristig Abhilfe geschaffen werden soll, sondern eine andauernde/langfristige Wohnmöglichkeit dieser Zielgruppe angeboten werden soll), liegen diese Unterstützungsleistungen auch im Interesse der Gesamtbevölkerung. Dies ergibt sich uE aus volkswirtschaftlichen und sozialpolitischen Gesichtspunkten, da es dadurch bspw zu weniger von der Gesamtbevölkerung zu tragenden Kosten in Bezug auf Notquartiere, Krankenhausaufenthalte oder Polizeieinsätze etc kommt (siehe konkret Pkt 4.1.1). Demnach kann uE mit guten Gründen argumentiert werden, dass die zu erbringenden Abwicklungsleistungen im Projekt „Housing-First“ im Allgemeininteresse liegen werden.
- 5 Zur Frage der Nichtwirtschaftlichkeit der allenfalls von der BAWO zu erbringenden Tätigkeiten kann festgehalten werden, dass uE drei Ansatzpunkte bestehen, aufgrund derer sich uE ergibt, dass argumentiert bzw. jedenfalls vertreten werden kann, dass gegenständlich nichtwirtschaftliche Tätigkeiten vorliegen:

- 6 So kann uE argumentiert werden, dass die BAWO gegenständlich in Ausübung öffentlicher Befugnisse tätig werden würde. Dies, da das Tätigwerden der BAWO uE bei gegenständlicher Abwicklung des Projekts iSd Jud des VfGH als ein solches zu beurteilen wäre, das „*unmittelbar der Staatsverwaltung*“ nahekommt und weil das Tätigwerden in dem Projekt uE iSd der europäischen Jud als untrennbar mit den hoheitlichen Aufgaben des Staates (soziale Gemeinwohlverpflichtungen gegenüber wohnungslosen Menschen) verbunden anzusehen wäre. Diesfalls könnte aus denselben Gründen uE auch argumentiert werden, dass die ggf extern zu vergebenden Dienstleistungsaufträge (Datenbank, Wirtschaftsprüfungsleistungen) ebenso als untrennbar verbunden anzusehen wären.
- 7 Eine weitere Möglichkeit, mit der uE begründet werden kann, dass bei der allfälligen Beauftragung der BAWO eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit vorliegt, kann uE unter Heranziehung der von der EK aufgestellten Kriterien zur Beurteilung von Tätigkeiten der sozialen Sicherheit erfolgen. Hierbei wird darauf abgestellt, ob „reine soziale Tätigkeiten“ vorliegen, keine Gewinnorientierung vorliegt, das Tätigwerden bzw die Leistungserbringung nach dem Solidaritätsprinzip erfolgt (also unabhängig von geleisteten Beiträgen) sowie ob die Tätigkeiten der staatlichen Kontrolle unterliegen bzw gesetzlich determiniert sind. Gegenständlich würde die BAWO Unterstützungsleistungen nach den Vorgaben des LWA-G sowie der zu erlassenden Richtlinie, die hierzu konkrete Vorgaben vorsehen wird, an wohnungslose Menschen abwickeln, ohne dass dabei auf Seiten der BAWO ein Gewinn erwirtschaftet wird. Die wohnungslosen Menschen wiederum müssen hierfür kein Entgelt oder dergleichen bezahlen. Daraus ergibt sich uE, dass die von der EK idZ zu prüfenden Kriterien allesamt dahingehend zu beurteilen sind, dass die Tätigkeiten der BAWO als nichtwirtschaftliche zu qualifizieren sind. Die ggf extern zu vergebenden Nebentätigkeiten (Datenbank, Wirtschaftsprüfungsleistungen), könnten uE iSd EK als völlig untergeordnete bzw als für die Ausführung der nichtwirtschaftlichen Haupttätigkeit erforderliche angesehen werden und somit ebenso den nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten zugeordnet werden.
- 8 Schlussendlich kann uE auch anhand der sich aus der europäischen Jud ergebenden Wirtschaftlichkeitskriterien (kein Vorhandensein eines Marktes, keine Entgeltlichkeit und keine Gewinnerzielungsabsicht) mit guten Gründen argumentiert werden, dass gegenständlich eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit bei allfälliger Beauftragung der BAWO vorliegen würde. So ergibt sich uE zwar, dass die BAWO bei einer allfälligen Beauftragung von dem BMSGPK ein Entgelt, mit dem die Selbstkosten abgedeckt werden erhalten würde, weshalb das Vorliegen eines Entgelts zu bejahen ist, doch liegen uE die anderen beiden geforderten Kriterien nicht vor. So ist die BAWO bereits allein aufgrund ihrer Statuten dahingehend gebunden, keinen Gewinn zu erzielen und sie würde hierzu auch vertraglich verpflichtet werden (Rückzahlungsverpflichtungen gegenüber dem BMSGPK), weshalb uE unstrittigerweise das Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht verneint werden kann. Auch liegt nach den uns derzeit vorliegenden Informationen kein Markt für die Erbringung solcher Abwicklungsleistungen vor. Das gegenständliche Projekt soll bundesweit durchgeführt werden und es kommen uE – aufgrund des gemeinnützigen Charakters – nur Organisationen in Betracht, die nicht gewinnorientiert tätig werden. In diesem Marktsegment gibt es nach den uns mitgeteilten Informationen mit Ausnahme der BAWO, keine weiteren

Organisationen, die bundesweit im Bereich der Bekämpfung von Wohnungslosigkeit mittels Housing First Ansatz tätig sind und ist zum Zeitpunkt der Erstellung des Gutachtens nicht bekannt, dass ein bundesweites Tätigwerden allfälliger anderer Organisationen angestrebt wird. Vielmehr organisieren sich die meisten dieser Organisationen hierfür in der BAWO (iS einer bundesweiten Interessenvertretung). UE kann daher mit guten Gründen argumentiert werden, dass gegenständlich zum Zeitpunkt der Erstellung des Gutachtens kein Markt für die konkreten Abwicklungstätigkeiten nach LWA-G vorliegt. Sofern das Vorliegen der nichtwirtschaftlichen Tätigkeit alleine anhand der Wirtschaftlichkeitskriterien argumentiert werden würde, müssten die ggf extern zu vergebenden Dienstleistungsaufträge (Aufsetzen einer Datenbank, Wirtschaftsprüfungsleistungen) uE entsprechend dem § 3 BVergG 2018, nach den Regeln des BVergG 2018 vergeben werden, da diese objektiv trennbar sind. Aufgrund der übermittelten geschätzten Auftragswerte für diese Nebentätigkeiten, sollte uE jeweils eine Beauftragung im Wege der Direktvergabe gem § 46 BVergG 2018 möglich sein. Vor diesem Hintergrund, insb da eine ressourcenschonende Direktvergabe jeweils möglich ist, empfehlen wir aus anwaltlicher Vorsicht die ggf extern zu erbringenden Leistungsteile nach den Regeln des BVergG 2018 zu vergeben.

Beauftragung der Beratungseinrichtungen im Wege eines Open-House-Verfahrens:

- 9 Zur Frage, ob die für die Abwicklung der Unterstützungsleistungen notwendigen Beratungseinrichtungen, die der BAWO nachgeschaltet sind und insb Sozialbetreuungstätigkeiten gegenüber den wohnungslosen Menschen erbringen, ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens nach dem BVergG 2018 bzw im Wege eines Open-House-Verfahrens beauftragt werden können, kann festgehalten werden, dass dies uE grundsätzlich ohne weiteres möglich sein sollte. Bei einem Open-House-Verfahren wird mit allen interessierten Bieter:innen, die die im Vorhinein festgelegten Kriterien und Bedingungen erfüllen ein Vertrag über die Erbringung einer Leistung abgeschlossen. Der EuGH hat mittlerweile mehrfach bestätigt, dass die Durchführung eines Open-House-Verfahrens als eine Art Zulassungssystem von einer herkömmlichen Auftragsvergabe zu unterscheiden ist und daher nicht der Vergabe-RL und damit den nationalen Vergaberegimen unterliegt. Eines der hierfür wesentlichsten Kriterien ist, dass die Auswahl darüber, mit welcher:welchem Wirtschaftsteilnehmer:in (Bieter:in) der Auftrag tatsächlich zustande kommt, nicht von der:dem öffentlichen Auftraggeber:in erfolgt, sondern von einer:m Privaten. Hierauf ist auch schon im Rahmen der Festlegung der Zulassungskriterien (Mindestkriterien) zu achten, so dass nicht mittelbar durch diese schon eine Auswahl erfolgt, weil diese bspw viele Marktteilnehmer:innen von Vornherein ausschließen. Die Zulässigkeit der Durchführung eines Open-House-Verfahrens ist daher in einem großen Ausmaß von der tatsächlichen Ausgestaltung abhängig. Da gegenständlich jedoch noch keine Verfahrensunterlagen vorliegen, kann dies zum Zeitpunkt der Erstellung des Gutachtens nicht abschließend beurteilt werden. Aufgrund der ergangenen Jud des EuGHs (insb zur RS *Tirkonnen*¹, bei dem ein Open-House-Verfahren betreffend Beratungsleistungen bestätigt wurde) gehen wir davon aus,

¹ EuGH 01.03.2018, C-9/17, EuGH C 9/17 = RPA 2018, 231 (*Reisner*).

dass auch gegenständlich die Abwicklung eines Open-House-Verfahren zur Beauftragung der Beratungseinrichtungen grundsätzlich gut argumentiert werden kann.

- 10 Unserem Ergebnis lag folgender Sachverhalt und folgende Rechtsausführungen zugrunde:

2. Ausgangslage und Sachverhalt

- 11 Ende 2023 ist das Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz (kurz: „BMSGPK“) an die Schramm Öhler Rechtsanwälte GmbH (kurz: „SÖR“) herangetreten, um die vergaberechtliche Abwicklung bzw die vergaberechtlichen Möglichkeiten der Umsetzung des Projekts „Housing First“ (kurz: „Projekt“) zu prüfen. Dieses Projekt hat seine rechtliche Grundlage in der Änderung des Lebenshaltungs- und Wohnkosten-Ausgleichs-Gesetz (kurz: „LWA-G“) und Ergänzung bzw. Anpassung der §§ 2a sowie 2 Abs 1a. Diese legen fest, dass Unterstützungsleistungen zur Wohnraumbeschaffung wohnungslosen Menschen gewährt werden können (§ 2 Abs 1a LWA-G).
- 12 In dem Projekt „Housing First“ geht es daher im Wesentlichen darum, dass Wohnraum (insbesondere, aber nicht ausschließlich im gemeinnützigen Wohnbau) an wohnungslose Menschen nach dem Housing-First-Prinzip vermittelt werden soll. Im Konkreten bedeutet dies, dass wohnungslosen Menschen Zugang zu leistbarem Wohnraum ermöglicht werden soll bei gleichzeitiger Bereitstellung von sozialarbeiterischer Unterstützung beim (Wieder)einstieg ins eigenständige Wohnen.
- 13 Gesetzlich ist in § 5 Abs 1 LWA-G vorgesehen, dass sich das BMSGPK hierfür geeigneter Stellen zur Abwicklung bzw Umsetzung dieses Projekts zu bedienen hat und diese wiederum zur Durchführung und Abwicklung geeignete Beratungseinrichtungen einsetzen können.
- 14 Gegenständlich wurde vom BMSGPK die Bundesarbeitsgemeinschaft Wohnungslosenhilfe, gemeinnütziger Verein (kurz: „BAWO“) als Abwicklungsstelle für eine ressourcenschonende Umsetzung des Projekts identifiziert. Hierbei handelt es sich um einen gemeinnützigen Verein, der auf dem gesamten Bundesgebiet tätig ist und dessen Tätigkeit nicht auf Gewinn gerichtet ist und dessen verfügbare finanzielle Mittel im überwiegenden Ausmaß durch Subventionen und Förderungen vom Bund gestellt werden². Sein Zweck ist bzw ist von seiner Tätigkeit umfasst, die unmittelbare und ausschließliche Beseitigung von Wohnungslosigkeit sowie Beseitigung der individuellen und strukturellen Ursachen von Wohnungslosigkeit inkl entsprechender Vorbeugung hiervon. Weiters bezweckt der Verein die Erarbeitung von Grundlagenwissen auf dem Gebiet der Wohnungslosigkeit.
- 15 Im Projekt „Housing First“ soll die BAWO nach derzeitigem Stand als Abwicklungsstelle des Projekts „Housing First“ insb folgende Aufgaben wahrnehmen (siehe vollumfänglich das Dokument „20240219_Leistungskatalog_Aufgaben der Abwicklungsstelle“):

² Vgl § 3 Z 4 der Statuten der BAWO; Lt übermittelten Informationen beträgt die BAWO Basisförderung des BMSGPK 2023-2025: EUR 548.400; für das gegenständliche Projekt sollen rund 6,6 Mio EUR zur Verfügung gestellt werden (wobei hierbei auch die Unterstützungsleistungen umfasst sind). Im Vergleich hierzu erwirtschaftet die BAWO an Mitgliedsbeiträgen max. 400 EUR jährlich pro Mitglied und gibt es laut Website (Aufruf am 26.02.2024) derzeit rund 60 Mitglieder.

- Konzeptionsaufgaben
 - Prozessdesign inklusiver technischer Umsetzung und die dazugehörige Dokumentation (bspw. Online-Antragstool/Datenbank) zur Abwicklung von Anträgen, Wohnungsvermittlung und Erhalt der Wohnungen inkl. der Steuerung von Prozessen zur Vermittlung (Matching) und Sicherung (Monitoring).
 - Die Umsetzung des ggf zu erstellenden Online-Antragstool bzw der Datenbank wird ggf ausgelagert und von einer:inem externen, dh von der Auftragnehmerin getrennten, Dienstleister:in erbracht. Der geschätzte Auftragswert beläuft sich aufgrund der zur Verfügung gestellten Informationen hierfür auf rund EUR 70.000,- (exkl USt).
 - Entwicklung eines Prüfkonzpts für sämtliche durch die Beratungseinrichtungen übermittelten Anträge auf eine Unterstützungsleistung zur Wohnraumbeschaffung.
 - Festlegung der Arbeitsprozesse und technischen Workflows für die Beratungseinrichtungen.
 - Entwicklung von Standards und Prozessen für das Mietenmonitoring sowie Überwachung desselbigen.
 - Ausarbeitung der notwendigen Unterlagen, sowie Abstimmung mit Wohnungswirtschaft und den betreuenden Organisationen (Antragsformular, Vereinbarungen zwischen Antragsteller:innen, Sozialorganisationen, GBVs bzw. Vermieter:innen/Klient:innen am privaten Wohnungsmarkt etc.) für die Beratungseinrichtungen.

- Abwicklungstätigkeiten
 - Operative bundesweite und richtlinienkonforme Umsetzung des Unterstützungsprogramms gem. RL (die noch nicht vorliegt) ohne Gewinnerzielungsabsicht.
 - Fachliche sowie formale Prüfung sämtlicher durch die Beratungseinrichtungen übermittelten Anträge auf eine Unterstützungsleistung zur Wohnraumbeschaffung in einer der Dringlichkeit des jeweiligen Falles angemessenen Zeit.
 - Durchführung von Überweisungen (Finanzierungsbeiträge, Kautionen, Übersiedlungszuschuss) an Genossenschaften, Vermieter:innen, Klient:innen sowie Verwaltung der Rückflüsse (Finanzierungsbeiträge, Kautionen) und Budgetcontrolling.
 - Bereitstellung von für die Abwicklung des Unterstützungsprogramms geeignetem und geschultem Personal.
 - Erfassung der im Rahmen der Antragstellung erhobenen Daten unter Einhaltung der einschlägigen Datenschutzvorschriften elektronisch in einer Datenbank.
 - Eintragung in der Transparenzdatenbank und Durchführung von ZMR-Abfragen (bei Antragsstellung und nach Wohnungsvermittlung).
 - Beauftragung einer Wirtschaftsprüfung.
 - Die Wirtschaftsprüfung wird notwendigerweise von einer:inem externen, dh von der Auftragnehmerin getrennten, Dienstleister:in erbracht. Der geschätzte Auftragswert beläuft sich hierfür auf rund EUR 10.000,- (exkl USt) pro Jahr.
 - Kooperation mit den Beratungseinrichtungen.
 - Abrechnung der Leistungen der Beratungseinrichtungen.

- Wissenstransfer und Weiterentwicklung von Qualitätsstandards
 - Einschulungen, Unterstützung und Beratung der Beratungseinrichtungen zum Start der Antragstellung, zu personellen und technischen Voraussetzungen, zum Abwicklungsprocedere (Besprechen von Fallbeispielen etc.).
 - Laufende Schulung der Beratungsstellen, Qualitätssicherung und Qualitätsentwicklung basierend auf den Erfahrungen aus den bearbeiteten Anträgen/Fällen.
 - Berichtslegung/Statistische Erhebungen/Datenbank - Laufendes Berichtswesen an die Auftraggeberin sowie Beantwortung von ad-Hoc-Anfragen (bspw. Presseanfragen zur Projektumsetzung); Wissensgenerierung aus statistischen Erhebungen und Wissenstransfer.
 - Bereitstellung von Bundesländer-Koordinator:innen, die laufenden Wissenstransfer sowie Kontakte zu Beratungsstellen und Wohnbauträgern/Vermieter:innen gewährleisten sowie Bedarfe/Besonderheiten in den jeweiligen Bundesländern wahrnehmen/erheben/zusammenführen und in die Weiterentwicklung des Gesamtprogramms einfließen lassen.
 - Inhaltliche Netzwerkarbeit mit sozialen Organisationen zum Wissenstransfer
 - Mitwirkung an einer externen Evaluierung.

 - Netzwerk
 - Kontaktaufbau zu gemeinnützigen Bauträgern
 - Pflege und weiterer Ausbau des aufgrund bereits durchgeführter Projekte bestehenden Netzwerks (gemeinnützigen) Wohnbauträgern sowie Vermieter:innen, um die Verfügbarkeit leistbarer Wohnungen zu garantieren
 - Laufende Kommunikation mit den Partner-GBVs und Sozialorganisationen
 - Öffentlichkeitsarbeit: Information der Fachöffentlichkeit (Wohnungswirtschaft und soziale Organisationen) basierend auf den Erfahrungen aus den bearbeiteten Anträgen/Fällen (Vernetzungsevents und fachspezifische Öffentlichkeitsarbeit)
 - Formalisierung einer informellen Zusammenarbeit mit dem Verband der gemeinnützigen Wohnbauträger (GBV)
- 16 Die BAWO soll sich zur Umsetzung dieser Aufgaben entsprechend den gesetzlichen Vorgaben geeigneter Beratungseinrichtungen bedienen (§ 5 Abs 1 LWA-G). Bei diesen Beratungseinrichtungen wird es sich nach jetzigem Wissenstand insb um gemeinnützige Organisationen (wie zB gemeinnützige Vereine oder gemeinnützige GmbHs) handeln, die idZ bei ihnen tätige mobile Sozialbetreuer:innen zur Verfügung stellen um dem Housing-First-Ansatz nachzukommen (siehe bereits oben). Die Beratungseinrichtungen werden daher ua gegenüber den wohnungslosen Menschen Unterstützungsleistungen in den Bereichen Sozialbetreuung, Beantragung im Projekt, Beratung für rechtliche und finanzielle Angelegenheiten, laufende Ansprechpartner:innen, etc erbringen (siehe vollumfänglich Dokumente „20240220_AufgabenBeratungsstellen“). Hierzu ist geplant, mit allen Beratungseinrichtungen, die bestimmte, nicht diskriminierende, Zulassungskriterien erfüllen (Mindeststandards), einen vorgegebenen Rahmenvertrag bzw Rahmenvereinbarung über die Erbringung der Unterstützungsleistungen zu schließen (Open-House-Modell), ohne dass

eine Bestbieterermittlung bzw Auswahl der Vertragspartner:innen von Seiten des BMSGPK erfolgt.

- 17 Die Abwicklungsmodalitäten werden durch die Richtlinie gem § 6 LWA-G erbracht. Diese Richtlinie wird im Einvernehmen mit dem BMF erlassen. In weiterer Folge soll sodann mit der BAWO ein Vertrag zur Erbringung der Abwicklungstätigkeiten geschlossen werden, in welchem unserem Informationsstand zufolge vorgesehen sein soll, dass die BAWO für ihre Tätigkeiten ein Pauschalentgelt erhält, das in Bezug auf die Höhe maximal kostendeckend sein soll. Sofern dieses Pauschalentgelt daher mehr als die anfallenden Kosten auf Seiten der BAWO für die Projektumsetzung deckt, wird vertraglich vorgesehen sein, dass dieser Überschuss an das BMSGPK zurückzuzahlen ist.

2.1. Fragestellungen/Gegenstand des Gutachtens

- 18 Vor diesem sachlichen Hintergrund stellen sich folgende Fragen:

- I. Ist eine allfällige Beauftragung der BAWO vom Anwendungsbereich des BVergG 2018 aufgrund des § 9 Abs 1 Z 18 BVergG 2018 ausgenommen?
 - i. Folgefrage: Ist eine allfällige Beauftragung der BAWO zumindest betreffend der überwiegend zu erbringenden Abwicklungsleistungen vom Anwendungsbereich aufgrund des § 9 Abs 1 Z 18 BVergG 2018 ausgenommen?
- II. Können die der Abwicklungsstelle nachgeschalteten Beratungseinrichtungen ohne Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens beauftragt werden bzw diese Leistungen im Wege eines Open-House-Verfahrens beauftragt werden?

2.2. Zur Verfügung gestellte Unterlagen

- 19 Folgende Unterlagen und Informationen standen uns bei der Erstellung dieser vergaberechtlichen Stellungnahme zur Verfügung: Informationen aus den Besprechungen vom 14.02.2024, 21.02.2024, 29.02.2024 und 07.03.2024, die Dokumente „Überblick_Housing Frist Abwicklungsstelle“, „20240307_Leistungskatalog_Aufgaben der Abwicklungsstelle“, „20240220_Aufgaben-Beratungsstellen“, Rechnungsprüfbericht über die BAWO vom 31.07.2023, die E-Mails vom 19.02.2024, 20.02.2024 und 07.03.2024 inkl. deren Anhänge.

3. Rechtsgrundlagen für die Anwendbarkeit des Ausnahmetatbestandes gem § 9 Abs 1 Z 18 – Dienstleistungsaufträge über nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

3.1. Dem Bundesvergabegesetz 2018 unterliegenden Aufträge bzw Rechtsvorgänge

- 20 Grundsätzlich ist auszuführen, dass der Anwendungsbereich des BVergG 2018 nicht alleine deshalb ausgeschlossen ist, weil es sich bei den von einem Dritten zu erbringenden Leistungen um

soziale Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (kurz: „SDAI“) nach den beihilfenrechtlichen Vorschriften handelt, zumindest solange diese Leistungen **entgeltlich** erbracht werden.³

- 21 Dies rührt daher, dass dem Anwendungsbereich des BVergG 2018 nur entgeltliche Verträge (dh entweder die Leistung wird mit Geld vergütet oder der:dem Leistungserbringer:in werden andere geldwerte Vorteile als Gegenleistung gegeben) unterliegen und diese daher zweiseitig verbindliche (synallagmatische) Verpflichtungen enthalten.
- 22 Auf eine Gewinnerzielungsabsicht kommt es bei der Frage der Entgeltlichkeit nicht an. Vielmehr ist es für die Einstufung als Entgeltlichkeit entscheidend, ob gegenseitige Verpflichtungen eingegangen werden.⁴
- 23 Im Gegensatz dazu werden einseitige Zuwendungen nicht vom unionsrechtlichen Vergaberecht erfasst. Diese einseitigen Zuwendungen wie beispielsweise staatliche Beihilfen, Kapitalausstattungen oder Haushaltstransfers versetzen die:den Empfänger:in dieser Leistung erst in die Lage bestimmte Tätigkeiten im öffentlichen Interesse auszuüben, es liegt dabei daher kein gegenseitiger Vertrag iSd unionsrechtlichen Vergaberechts vor.⁵

3.2. Anwendbarkeit des Ausnahmetatbestandes § 9 Z 18 BVergG 2018

- 24 Vorwegzunehmen ist, dass Ausnahmetatbestände nach der ständigen Rechtsprechung immer **eng auszulegen** sind. Derjenige, der sich auf einen Ausnahmetatbestand stützen will, hat dessen Vorliegen nachzuweisen.⁶ Im Zweifel ist die gelindeste Maßnahme im Hinblick auf die Zielerreichung zu wählen. Die gesetzlich geregelten Ausnahmeregelungen sind taxativ (und damit abschließend aufgezählt) sowie nicht analogiefähig.
- 25 § 9 BVergG 2018 nimmt bestimmte Vergabeverfahren und Aufträge vom Bundesvergabegesetz 2018 aus. Darunter fallen gem § 9 Abs 1 Z 18 BVergG 2018 auch „*Dienstleistungsaufträge über nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse*“. Das Gesetz selbst beschränkt sich zur Definition dieses Ausnahmetatbestandes auf diesen einen Satz.
- 26 Die hierzu ergangenen Materialien zum BVergG 2018 stellen jedoch klar, dass es sich hierbei um keine explizite Ausnahmestimmung der Richtlinie 2014/24/EU handelt, sondern diese der Klarstellung aufgrund des Erwägungsgrund 6 zweiter Absatz letzter Satz der Richtlinie dient. Dieser besagt: „*Es sollte klargestellt werden, dass nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse nicht in den Geltungsbereich dieser Richtlinie fallen*“.⁷
- 27 Weiters ergibt sich aus den hierzu ergangenen Materialien zum BVergG 2018, dass zur Auslegung des Begriffs „nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ insb zwei Dokumente (sogenannte DAWI-Mitteilung sowie ein Leitfaden zur Anwendung ua von DAWI)⁸

³ EK vom 29.4.2013, Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse, SWD (2013) 53 final/2, 97 f.

⁴ Gruber/Pesendorfer in Schramm/Aicher/Fruhmam (Hrsg), Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2018 (1. Lfg 2020) zu § 5 BVergG 2018 Rz 14

⁵ Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmam (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006, Kommentar, § 6 Rz 97f.

⁶ Moick/Gföhler, BVergG 2018 (2018) § 9 E1ff

⁷ ErläutRV 69 BgNr XXVI GP, S 37.

⁸ EK vom 29.4.2013, Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse, SWD(2013) 53 final/2, und die Mitteilung der Kommission über die

der Europäischen Kommission (im Folgenden kurz „EK“ oder „Kommission“) heranzuziehen sind sowie auf hierzu ergangene Jud des EuGH Bedacht zu nehmen ist.

- 28 Um festzustellen ob der Anwendungsbereich des Ausnahmetatbestands des § 9 Z 18 BVerGG 2018 erfüllt ist bzw gegeben ist, ist daher vordergründig auf die beiden vorgenannten Dokumente der EK sowie die darin behandelnde Jud und seither ergangene Jud der europäischen Gerichte abzustellen und anhand dessen einerseits zu prüfen, wann eine Dienstleistung von **Allgemeininteresse** vorliegt und andererseits wann es sich um eine **nichtwirtschaftliche** Dienstleistung handelt.

3.2.1. Allgemeininteresse

- 29 Als Dienstleistungen von allgemeinem Interesse werden solche Tätigkeiten angesehen, die von Behörden in den Mitgliedsstaaten als im allgemeinen Interesse eingestuft werden und die aufgrund dessen einer **spezifischen Gemeinwohlverpflichtung** unterliegen.⁹
- 30 Ein Allgemeininteresse ist insb dann anzunehmen, wenn die in Rede stehende Tätigkeit in einem gewissen Zusammenhang mit staatlichen und gemeinwohlorientierten Interessen steht, also die Aufgaben auch den Interessen der Gesamtbevölkerung oder einzelner Bevölkerungsgruppen dienlich sind.¹⁰ Sie werden grds auf eine andere Art als durch das Angebot von Waren/Dienstleistungen auf dem Markt erfüllt. Es handelt sich idR um Aufgaben, die der Staat aus Gründen des Allgemeininteresses selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte.¹¹

3.2.2. Nichtwirtschaftliche Dienstleistungen

- 31 Laut EK ist „jede Tätigkeit, die darin besteht, auf einem bestimmten Markt Waren und/oder Dienstleistungen anzubieten, [...] eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der Wettbewerbsregeln“. Ob ein Markt existiert sei demnach insb auch unter dem Gesichtspunkt zu bewerten, wie die betreffende Dienstleistung im Mitgliedstaat organisiert wird.¹²
- 32 Weiters werden in der DAWI-Mitteilung unter Pkt 2.2.1 ff für vier Tätigkeitsbereiche konkrete Erläuterungen/Leitlinien für die Beurteilung ausgeführt, ob eine wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche in diesen Bereichen vorliegt. Bei diesen Bereichen handelt es sich um die „Ausübung öffentlicher Befugnisse“, „Soziale Sicherheit“, „Gesundheitsfürsorge“ und das „Bildungswesen“. Vor dem Hintergrund, dass gegenständlich mit dem Projekt Housing First die Obdachlosigkeit bekämpft werden soll, werden in der Folge lediglich die prima facie am ehesten einschlägigen Bereich dargestellt bzw die Bereiche, denen diese Tätigkeit uE zugerechnet werden könnte.

Anwendung der Beihilfevorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (2012/C 8/02), ABl. Nr. C 8 vom 11.1.2012 S. 4.

⁹ EK, Mitteilung Qualitätsrahmen für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa, Kom(2011) 900, S4.

¹⁰ BVA 7.8.2007, N/0065-BVA/15/2007-75.

¹¹ EuGH 10.1.1998, C360/96, *BFI Holding*.

¹² EK vom 29.4.2013, Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse, SWD(2013) 53 final/2, 31-32 mwN.

3.2.2.1. Tätigkeiten in Ausübung öffentlicher Befugnisse:

- 33 Hierunter fallen lt EK¹³ Tätigkeiten, in denen der Staat als „**öffentliche Hand**“ handelt oder als eine im Rahmen ihrer Zuständigkeit handelnde **Behörde bzw Einheit**, die in „*ihrer Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt*“ handelt. Demnach liegt Zweiteres dann vor, wenn es sich bei der von der Behörde bzw Einheit erbrachten Aufgabe um eine solche handelt, bei der es sich um „**wesentliche Aufgaben des Staates**“ handelt oder diese ihrem **Wesen nach oder ihren Zielen nach mit diesen Aufgaben verbunden** sind und für die es **geltende Vorschriften** gibt. Sofern es diesen Konnex gibt, stellen idZ erbrachte Tätigkeiten von Behörden bzw Einheiten, die sodann einen **untrennbaren Teil der ihr zukommenden Vorrechte** darstellen „*im Allgemeinen keine wirtschaftlichen Tätigkeiten dar*“. Exemplarisch nennt die EK folgende Einheiten/Tätigkeiten, deren Tätigwerden als nichtwirtschaftlich einzuordnen ist: die Armee oder Polizei, die Flugsicherung und Flugverkehrskontrolle, die Seeverkehrskontrolle und -sicherheit, die Überwachungstätigkeiten zur Bekämpfung der Umweltverschmutzung und die Organisation, die Finanzierung und Durchsetzung von Haftstrafen.¹⁴
- 34 Aus der hierzu ergangenen Lit¹⁵ ergibt sich, dass es bei einem privaten Unternehmen entscheidend sei, ob das Unternehmen mit **Hoheitsrechten beliehen** wurde und die betreffende **Tätigkeit im Rahmen des beliehenen Bereichs** erbringt und die:der erbringende Dienstleister:in hierfür öffentliche Gewalt in Form von **staatlichen Zwangsbefugnissen** ausübt (dieser Ansicht, dass die vorgenannten Umstände notwendigerweise bei privaten Unternehmen vorliegen müssen, damit eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit vorliegt, kann wohl seit dem später ergangenen Urteil (EuGH vom 12. Juli 2012, C-138/11 *Compass-Datenbank/Österreich*; siehe hierzu unten) uE nicht mehr uneingeschränkt zugestimmt werden).
- 35 Grundsätzlich kann es auch zu Fällen kommen, in denen eine Behörde bzw Einheit teilweise nichtwirtschaftliche und teilweise wirtschaftliche Tätigkeiten erbringt.¹⁶ Entscheidend ist hierbei, ob die konkret zu beurteilende Tätigkeit mit der Ausübung der hoheitlichen Befugnisse **untrennbar verbunden** ist. Dass es finanzielle Verbindungen/Abhängigkeiten zwischen den wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen (hoheitlichen) Tätigkeiten idS gibt, dass die wirtschaftlichen Tätigkeiten die Finanzierung ihrer nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten ermöglichen, reicht laut der Jud des Europäischen Gerichts (im Folgenden kurz „EuG“) nicht aus.¹⁷

¹³ SWD (2013 53 final/2 vom 29.4.2013, Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse S 34.

¹⁴ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (2012/C 8/02), ABl. Nr. C 8 vom 11.1.2012 Rn 16.

¹⁵ *Raptis*, Wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse – Probleme der Abgrenzung. *Z öffentl Recht* 64, (2009), 68-69.

¹⁶ EuGH 24.10.2002, C-82/01 P, *Aéroports de Paris*, Vgl. auch Schlussanträge GA Kokott, 28. 10. 2004, Rs C-134/03, *Viacom Outdoor* in welcher eine italienische Gemeinde gesetzlich ermächtigt war einen eigenen Plakatierdienst zu betreiben, welcher einerseits in Rahmen dessen auch mit der Einhebung der kommunalen Werbungssteuer beauftragt wurde (nichtwirtschaftliche Tätigkeit, da hoheitliche Ausübung hoheitlicher Steuerbefugnisse) und andererseits Erbringung von Plakatierleistungen beauftragt wurde (wirtschaftliche Tätigkeit).

¹⁷ EuG 30.04.2019, T-747/17; im vorliegenden Fall ging es um Tätigkeiten eines Hafens, wonach die Klägerin es unterlassen hat darzustellen, dass die Bereitstellung des Zugangs zur Hafeninfrastuktur gegen Entrichtung eines Entgelts untrennbar mit hoheitlichen Befugnissen verbunden war, wie bspw der Kontrolle und der Sicherheit des Seeverkehrs oder der Überwachung zur Bekämpfung der Umweltverschmutzung.

- 36 Auch stellt der EuG idZ klar, dass der Umstand, dass die Tätigkeiten einer Behörde bzw Einheit im überwiegenden Ausmaß nichtwirtschaftlich (hoheitlich) sind, bei der Beurteilung ohne Belang sei und nicht automatisch dazu führt, dass alle Tätigkeiten der zu beurteilenden Behörde bzw Einheit als nichtwirtschaftliche zu beurteilen sind. Es gibt daher idS keine „Geringfügigkeitschwelle“, sondern ist jede Tätigkeit gesondert zu beurteilen.¹⁸
- 37 Zur Frage der Untrennbarkeit der Tätigkeit und der Ausübung öffentlicher Befugnisse ist auch noch auf folgende bemerkenswerte Entscheidungen des EuGH sowie Beschluss der EK, die zum Beihilfenrecht ergangen sind, hinzuweisen:
- EuGH vom 12. Juli 2012, C-138/11 *Compass-Datenbank/Österreich*: Die Compass-Datenbank bietet kostenpflichtige Übermittlung von Firmenbuchdaten an und wurde hierfür von der Republik Österreich beauftragt. Konkret stellte sie die Verbindung zwischen der Endkundin:dem Endkunden und dem Firmenbuch her und erhebt Gebühren, die sie an die Republik Österreich abführt. Außerdem könne sie darüber hinaus einen Zuschlag in angemessener Höhe an die Endkundin:den Endkunden berechnen. Hierzu wurde vom Gerichtshof folgendes festgestellt (Hervorhebungen jeweils nicht im Original):
 - „dass eine **Erfassung von Unternehmensdaten**, die auf der Grundlage einer den Unternehmen obliegenden **Meldepflicht** und entsprechender Durchsetzungsbefugnisse erfolgt, **zur Ausübung hoheitlicher Befugnisse gehört**. Folglich stellt eine solche Tätigkeit **keine wirtschaftliche Tätigkeit** dar.
 - „Ebenso wenig stellt es eine wirtschaftliche Tätigkeit dar, wenn in dieser Weise erfasste Daten nach dem anwendbaren nationalen Recht entweder durch die bloße Gewährung von Einsicht oder durch die Erstellung von Ausdrucken der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, **da die Führung einer Datenbank mit solchen Daten und deren Offenlegung Tätigkeiten sind, die mit der Erfassung dieser Daten untrennbar verbunden sind.**“
 - Dass diese Gewährung von Einsicht und/oder Herstellung von Ausdrucken gegen ein gesetzlich vorgesehenes und nicht unmittelbar oder mittelbar von der betreffenden Einheit **bestimmtes Entgelt erfolgt, kann an der rechtlichen Einstufung dieser Tätigkeit nichts ändern.**“
 - BESCHLUSS (EU) 2020/391 DER KOMMISSION vom 20. September 2019 über die Maßnahme SA.34402-2015/C (ex 2015/NN) Deutschlands zugunsten der Hochschulinformations-System GmbH: Gegenstand dieses Vertragsverletzungsverfahrens war die Beschwerde, dass das öffentliche Unternehmen (HIS-GmbH), dessen Zweck es war Hochschulen und die zuständigen Verwaltungen in ihrem Bemühen um eine rationelle und wirtschaftliche Erfüllung der Hochschulaufgaben zu unterstützen (insb durch Einführung und Anwendung von Informationssystemen für die Verwaltung von Hochschulen) und keinen Erwerbzweck verfolgt, in mit den beihilfenrechtlichen Vorgaben unvereinbarer Weise bevorzugt würde (mittels direkter Zuschüsse und Steuerbefreiungen). Konkret hat es sich hierbei um IT-Systeme in den

¹⁸ EuG 30.04.2019, T-747/17; der EuG lässt hierbei uE offen, ob diese Festlegung auch bei Beihilfen im Bereich zur Förderung von Forschung, Entwicklung oder Innovation vor dem Hintergrund der lt EK bestehenden 80 % Schwelle (bei Überschreitung dieser Schwelle gelten sodann alle Tätigkeiten als Nichtwirtschaftliche) Bestand hätte.

Bereichen Bewerbungs- und Zulassungsverwaltung, Studierendenverwaltung, Prüfungsverwaltung sowie Personal- und Stellenverwaltung gehandelt. Die EK hält hierzu fest (Hervorhebungen jeweils nicht im Original):

- „Die in Rede stehenden Tätigkeiten der HIS GmbH, insbesondere die **Bereitstellung maßgeschneiderter Hochschul-Softwareprodukte und damit verbundener Leistungen**, erfüllen die Anforderung, dass sie ihrer Art, ihrem Gegenstand und den für sie geltenden Regeln nach mit der **nichtwirtschaftlichen Tätigkeit des Staates im Bereich der öffentlichen Hochschulbildung in ähnlicher Weise verbunden sind**, wie es in der einschlägigen Rechtsprechung gefordert wird.“
 - „Erstens hängt die Art der von der HIS GmbH erbrachten Leistungen **eng mit der Aufgabe des Staates**, öffentliche Hochschulbildung bereitzustellen, zusammen, da Hochschulen nicht ohne effiziente Software verwaltet werden können. Die Bereitstellung der Software-Dienste war daher für die **Erfüllung des Bildungsauftrags** der Hochschulen erforderlich, d. h. für die **Bereitstellung kostenloser öffentlicher Hochschulbildung, die ein ausdrückliches Ziel der Gründung und der Tätigkeiten der HIS GmbH war.**“
 - Die Bereitstellung dieser Software-Leistungen war nicht nur eine allgemeine Dienstleistung [...], sondern eine Leistung, die auf die **besonderen Bedürfnisse der Hochschulen zugeschnitten und angepasst werden musste** [...]. Somit dürfte die Annahme realistisch sein, dass ohne die Leistungen der HIS GmbH die deutschen staatlichen Hochschulen oder die Länder selbst den Softwareentwicklungsbedarf der Hochschulen hätten decken müssen. **Die Gründung und der Betrieb der HIS GmbH waren ein Mittel, um diesen grundlegenden funktionalen Bedarf der deutschen staatlichen Hochschulen durch Bündelung der Erfahrungen und des Fachwissens zu decken.**“
 - „Zudem muss nach der Rechtsprechung der Unionsgerichte **nicht nachgewiesen** werden, dass die **HIS GmbH selbst eine öffentliche Aufgabe wahrnahm**. Relevant ist dagegen, dass **mit der Tätigkeit, mit der die Tätigkeiten der HIS GmbH untrennbar verbunden sind, die Aufgabe des Staates im Bereich der öffentlichen Hochschulbildung wahrgenommen wird.**“
 - „Auch die in der einschlägigen Rechtsprechung gestellte Anforderung, dass die Tätigkeit mit der Ausübung der nichtwirtschaftlichen Tätigkeit des Staates im Bereich der öffentlichen Hochschulbildung **„nach den für sie geltenden Vorschriften“ verbunden sein sollte**, ist erfüllt.“ Dies ergäbe sich aus der **Satzung**, wonach dieses als **quasi-staatliche Einrichtung** geführt wurde und **nicht gewinnorientiert** sei.
- EuGH vom 07. November 2019 – C-687/17 Niederlande - E-procurement platform TenderNed: TenderNed ist eine Vergabeplattform, die von dem zuständigen Wirtschaftsministerium entwickelt und finanziert wird. Hierbei hatte der EuG im vorangegangenen Verfahren bereits festgestellt, dass die **Vergabetätigkeit** der öffentlichen Hand **keine wirtschaftliche Tätigkeit sei**, da öffentliche Auftraggeber:innen dem (europäischen) Vergaberecht unterworfen seien und nicht nur rein wirtschaftliche Interessen bei Beschaffungsvorgängen verfolgen.

Es sei demnach Teil hoheitlicher Aufgaben, E-Vergaben durchzuführen und die vergabe-rechtlichen Vorgaben einzuhalten. Zudem ist im **niederländischen Vergaberecht** verankert, dass das Wirtschaftsministerium die Organisation eines Systems hierfür zu verantworten hat. **Die Tätigkeiten von TenderNed würden „Mittel“ darstellen, mit denen das Wirtschaftsministerium seiner gesetzlichen Verpflichtungen nachkommen würde.** Das Gericht stellte daher fest, dass die Tätigkeiten von TenderNed mit der betreffenden öffentlichen Aufgabe **untrennbar verbunden war** und daher diese **nichtwirtschaftliche Tätigkeiten** darstellen.

Es ergibt sich daher uE, dass insb bei der die Verwaltung unterstützenden IT-Dienstleistungen, eine Untrennbarkeit zur Erfüllung hoheitlicher Aufgaben/Befugnissen durchaus (gut) argumentiert werden kann.

3.2.2.1.1. Exkurs: Auszahlung von Förderungen – institutionelle Privatwirtschaftsverwaltung

- 38 Nach bisheriger hM wurde ein Handeln von nicht-staatlichen Rechtsträgern in den Rechtsformen des Privatrechts, selbst wenn diese staatlich beherrscht waren, nicht der staatlichen (Privatwirtschafts-)Verwaltung gem § 20 Abs 1 B-VG zugerechnet.¹⁹
- 39 In der Lit²⁰ wird nun aufgrund eines aktuellen Erkenntnisses des VfGH²¹, welches zur Organisation und Tätigkeit der COVID-19 Finanzierungsagentur des Bundes GmbH (COFAG) ergangen ist, über eine „strukturelle Neuausrichtung“ bzw Abkehr der vorgenannten Meinung in Bezug auf nicht-staatliche Akteure der Förderungsvergabe diskutiert.
- 40 Gegenständlich hat der VfGH festgestellt:
- „Nehmen die Gebietskörperschaften Angelegenheiten der Privatwirtschaftsverwaltung nicht selbst wahr, sondern übertragen sie diese auf einen ausgegliederten Rechtsträger, kann nämlich unter besonderen Voraussetzungen diese Tätigkeit ihren Charakter als Privatwirtschaftsverwaltung und damit **staatliche Verwaltung im Sinne des Art. 20 Abs. 1 B-VG** behalten.“* (Hervorhebung nicht im Original)
- 41 Hierzu sei einerseits ein **organisatorisches** Naheverhältnis des Staates (bspw durch Beteiligungen an der:dem Rechtsträger:in oder dass auf sonstige, vergleichbare Weise beherrschenden Einfluss auf die:den Rechtsträger:in ausgeübt wird) vonnöten sowie müsse ein „**spezifisches funktionelles Naheverhältnis im Sinne eines Aufgabenübertragungszusammenhanges bestehen.**“ In dem Erkenntnis zugrunde liegenden Fall, wurden der COFAG ua folgende Tätigkeiten übertragen sowie folgende Vorgaben zur Auftragsbesorgung vorgegeben²²:
- „*„nach Maßgabe der gesetzlichen Ermächtigung oder Beauftragung durch den Bundesminister für Finanzen“ die Erbringung der im Unternehmensgegenstand verankerten Dienstleistungen und finanziellen Maßnahmen (vgl. § 6a iVm § 2 Abs. 2 Z 7 ABBAG-Gesetz)“*

¹⁹ Fuchs, Staatliche Förderungen zwischen Verwaltung und Nicht-Verwaltung, ÖJZ 2024/12 mwN.

²⁰ Ebd.

²¹ VfGH 5.10.2023, G 265/2022-45.

²² VfGH 5.10.2023, G 265/2022-45 Rz 53 ff.

- „Gemäß § 3b Abs. 3 ABBAG-Gesetz hat der Bundesminister für Finanzen im Einvernehmen mit dem Vizekanzler (unter Beachtung der geltenden Vorgaben des EU-Beihilfenrechtes) "per Verordnung Richtlinien zu erlassen", welche die in dieser Bestimmung näher bezeichneten Regelungen (Festlegung des Kreises der begünstigten Unternehmen, Ausgestaltung und Verwendungszweck der finanziellen Maßnahmen, Höhe und Laufzeit der finanziellen Maßnahmen usw.) enthalten“
 - das Handeln in eigenem Namen, aber auf Rechnung des Bundes;
 - „die Ausgestaltung der Fördermaßnahme als "funktionelles Äquivalent zu den (hoheitlich zu vollziehenden) Entschädigungsregelungen nach dem Epidemiegesetz“
- 42 Der VfGH konstatiert²³ aufgrund der vorgenannten Aufgabenübertragung und Art und Weise der Besorgung (insb da der Leistungsgegenstand und insb die zu erbringenden Leistungen vollständig durch die:den Gesetz- bzw Verordnungsgeber:in determiniert werden), dass der COFAG im Rahmen der Abwicklung „somit (nahezu) kein unternehmerischer Spielraum“ verbleibe und ergebe sich „aus alldem [...], dass es der Sache nach **keinen erkennbaren Unterschied in der Aufgabenbesorgung gibt, ob der Bund die Tätigkeit selbst, dh. in unmittelbarer Staatsverwaltung ausübt, oder diese privatwirtschaftlichen Tätigkeiten durch die COFAG besorgen lässt.**“ (Hervorhebung nicht im Original)
- 43 Hierzu führt der VfGH²⁴ weiters aus, dass: „Die der COFAG übertragene Aufgabe, allen nach den vom Bundesminister für Finanzen im Einvernehmen mit dem Vizekanzler erlassenen Verordnungen begünstigten Unternehmen finanzielle Mittel zu gewähren, [...] **keine Tätigkeit [ist], die gleich einem Privaten im Wirtschaftsverkehr erbracht wird.** Dies zeigt sich zum einen am weiten Kreis der begünstigten Unternehmen und zum anderen an den hohen finanziellen Mitteln, die derart insgesamt an die begünstigten Unternehmen ausgezahlt werden“ (Hervorhebung nicht im Original). Daraus ergibt sich ua auch, dass es für den VfGH idZ von Bedeutung ist, dass die in Frage stehende privatrechtliche Organisation keine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit im Rahmen der Aufgabenausführung erbringt. *Fuchs*²⁵ zieht daraus den Schluss, dass wenn staatlich beherrschte Rechtsträger:innen Förderaufgaben zugewiesen werden, ihr Auftreten gegenüber den Förderempfänger:innen nicht erwerbswirtschaftlich sein darf.
- 44 Aus diesem Erkenntnis wird daher abgeleitet, dass in Fällen wie der COFAG neben die organisatorische Privatwirtschaftsverwaltung (privatwirtschaftliches Handeln von Verwaltungsorganen), die sogenannte **funktionelle Privatwirtschaftsverwaltung** tritt, die „**funktionell als staatliche Verwaltung anzusehen ist**“, da die dadurch besorgten Aufgaben ein „funktionales Äquivalent“ zur ansonsten notwendigen hoheitlichen Aufgabenwahrnehmung darstellen.²⁶

3.2.2.2. Tätigkeiten iZm sozialer Sicherheit

- 45 **Um zu beurteilen, ob Tätigkeiten iZm sozialer Sicherheit wirtschaftlich oder nichtwirtschaftlich sind, ist insb anhand deren Aufbau und Struktur zu beleuchten** (im Konkreten:

²³ Ebd. Rz 56, 60.

²⁴ Ebd. Rz 61.

²⁵ *Fuchs*, Staatliche Förderungen zwischen Verwaltung und Nicht-Verwaltung, ÖJZ 2024/12.

²⁶ Ebd.

ob diese auf dem Prinzip der Solidarität beruhen oder auf einem wirtschaftlichen System).²⁷ Folgende Gesichtspunkte ergeben sich durch die Jud des EuGH bzw des EuG und können „von Bedeutung sein“:

- Verpflichtende Mitgliedschaft (nichtwirtschaftlich) vs optionale Mitgliedschaft bzw Ergänzung zum Basissystem (wirtschaftlich);
- Verfolgung rein sozialer Zwecke (nichtwirtschaftlich);
- Gewinnorientierung (wirtschaftlich) vs keiner Gewinnorientierung (nichtwirtschaftlich);
- Erbringung der Leistung unabhängig von den abgeführten Beiträgen (nichtwirtschaftlich) vs Kapitalisierungsprinzip (wirtschaftlich);
- Staatliche Kontrolle des Systems der sozialen Sicherheit / gesetzliche Determinierung des Handelns (nichtwirtschaftlich).

46 Kurzum geht es dem EuGH bei Beurteilung von **Systemen der sozialen Sicherheit ganz wesentlich darum, ob diese Systeme auf Solidarität beruhen oder nicht, was maßgeblich von deren Aufbau und Struktur abhängt.**²⁸

47 Die EK hält idZ aber auch fest, dass alleine aus dem Umstand, dass eine Tätigkeit als „sozial“ eingestuft wird oder von einem Dienstleister ohne Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt wird, **nicht darauf geschlossen werden dürfe, dass eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit vorliegt.**²⁹ Zudem ist weiters festzuhalten, dass es sich bei den hierzu ergangenen Entscheidungen, betreffend der von der EK identifizierten Entscheidungskriterien, jeweils um Sozialversicherungssysteme gehandelt hat.³⁰

48 Aus der Lit³¹ ergibt sich unter Verweis auf die ergangene Jud³², dass „*rein soziale Tätigkeiten*“ nichtwirtschaftliche Tätigkeiten darstellen sollen. Als solche werden einerseits die bereits vorzitierten gesetzlichen Sozialversicherungssysteme nach Maßgabe der Kriterien in Rz 45 aber auch andererseits das öffentliche Unterrichtswesen (sofern überwiegend staatlich finanziert und in Erfüllung von sozialpolitischen Aufgaben gegenüber der Bevölkerung), Kunstaktivitäten (die durch öffentliche Finanzierung kostenlos oder nur zu geringem Beitrag zugänglich gemacht werden und keine Gewinnerzielungsabsicht erkennen lassen) oder Tätigkeiten iZm Naturschutzzwecken (dies gelte grundsätzlich nicht für Nebentätigkeiten wie den Verkauf von Holz oder Pachtrechten) erachtet.

²⁷ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (2012/C 8/02), ABl. Nr. C 8 vom 11.1.2012 Rn 16ff mwN.

²⁸ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (2012/C 8/02), ABl. Nr. C 8 vom 11.1.2012 Rn 16ff.

²⁹ SWD (2013 53 final/2 vom 29.4.2013, Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse S 31f.

³⁰ EuGH 16.03.2014, Rs C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01; EuG 04.03.2003, Rs T-319/99; EuGH 17.02.1993, Rs C-159/91 und C-160/91.

³¹ Vgl. *Wiemer in Birmstiel/Bungenberg/Heinrich* (Hrsg), Europäisches Beihilfenrecht (2013), Kapitel 1 Rn 703 mwN; *Huber*, Mitteilung Beihilfegriff II: Der Unternehmensbegriff, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 377 mwN.

³² Vgl. EuGH vom 16.03.2004, Rs C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01.

- 49 Daraus ergibt sich uE, dass „rein soziale Tätigkeiten“ das Vorliegen von Nichtwirtschaftlichkeit indizieren, wobei hierbei noch weitere Faktoren wie bspw die überwiegende Finanzierung durch den Staat oder konkrete Ausgestaltung hiervon, in die Bewertung miteinbezogen werden müssen. IdZ ist außerdem erwähnenswert, dass in der „*Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union*“³³ vom 19.07.2016 festgehalten wurde, dass **reine Nebentätigkeiten** zu der nichtwirtschaftlichen Haupttätigkeit, bspw übliche Zusatzleistungen im Rahmen von Kunstaktivitäten (wie zB Restaurants, Geschäfte oder bezahlte Parkplätze) iS einer Schwerpunkttheorie dazu führen, dass **sämtliche Tätigkeiten trotzdem als nichtwirtschaftliche zu qualifizieren sind**. Um solche für die Qualifizierung unbeachtliche wirtschaftliche Nebentätigkeiten wird es sich insb dann handeln, wenn diese sich als völlig untergeordnet zur nichtwirtschaftlichen Tätigkeit darstellen oder für die Ausführung der nichtwirtschaftlichen Haupttätigkeit erforderlich sind.³⁴
- 50 Klarstellend hält die EK auch zu den vorgenannten bzw. dargestellten Tätigkeitsbereichen (Tätigkeiten in Ausübung öffentlicher Befugnisse bzw iZm sozialer Sicherheit) fest, dass aus der Darstellung eben dieser nicht geschlossen werden könne, dass Tätigkeitsbereiche, die nicht hiervon umfasst sind, jedenfalls als wirtschaftliche zu beurteilen sind. Vielmehr soll bei solchen (anderen) Tätigkeitsbereichen nach den allgemeinen Grundsätzen vorgegangen werden (RN 9 der DAWI-Mitteilung; bzw bereits Rz 31).³⁵ Die Rückschlüsse die aus diesen gezogen werden können, sind uE jedoch „überschaubar“ und wird insb auf das Vorhandensein eines Marktes für die entsprechende Tätigkeit abgestellt, ohne dahingehend weitere substantielle Vorgaben zu machen.
- 51 Wie sich aus der Jud des EuGH und EuG ergibt wird die Frage, ob eine wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Frage vorliegt aber meistens anhand mehrerer Kriterien beurteilt.³⁶ Hierbei handelt es sich im Wesentlichen um die folgenden sog. „Wirtschaftlichkeitskriterien“, die sodann im Rahmen einer Gesamtschau zu bewerten sind (dh aus dem Vorhandensein eines Kriteriums kann nicht ohne weiteres auf das Vorliegen von Wirtschaftlichkeit geschlossen werden, wenn bspw die anderen beiden Kriterien nicht vorliegen oder deren Vorliegen zweifelhaft ist):³⁷
- Vorhandensein eines Marktes;
 - Erbringung der Tätigkeit gegen Entgelt und
 - Erbringung der Tätigkeit mit Gewinnerzielungsabsicht.
- 52 Diese sich aus der europäischen Jud ergebenden Kriterien sind uE ergänzend zu den „allgemeinen Grundsätzen“ der DAWI-Mitteilung bei der Beurteilung, ob eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit vorliegt, heranzuziehen. Insb dann, wenn keiner der vier Tätigkeitsbereiche vorliegt zu welchem

³³ Rz 207.

³⁴ *Huber*, Mitteilung Beihilfebegriff II: Der Unternehmensbegriff, Jahrbuch Beihilferecht 2017, 377 mwN.

³⁵ SWD (2013 53 final/2 vom 29.4.2013, Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse S 36.

³⁶ Ausgenommen hiervon sind uE Tätigkeiten im Rahmen von hoheitlichen Befugnissen bzw Erbringung in Ausübung öffentlicher Befugnisse, wo dies sodann immer eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit darstellen (siehe bereits Rz 33)).

³⁷ *Raptis*, Wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse – Probleme der Abgrenzung, Z *öffentl Recht* 64, (2009), 63, 81 mwN.

die DAWI-Mitteilung konkretere Aussagen trifft bzw Kriterien vorgibt. Folgend sollen daher diese einzelnen Kriterien dargestellt werden:

3.2.2.3. Wirtschaftlichkeitskriterium

3.2.2.3.1. Markt

- 53 Eine wirtschaftliche Tätigkeit ist gegeben, wenn auf einem **bestimmten Markt Güter oder Dienstleistungen angeboten werden**.³⁸ Bei dem Begriff „Markt“ handelt es sich lt der hierzu ergangenen Lit schlicht um das Aufeinandertreffen von Angebot und Nachfrage.³⁹ Weitergehende Informationen, wann ein Markt vorliegt liefert die europäische Jud – soweit ersichtlich – jedoch nicht. Aus der ergangenen Lit⁴⁰ ergibt sich weiters hierzu, dass das Wesen des Marktes darin besteht, dass er freiwillige Interaktionen/Transaktionen ermöglicht. Aus der freiwilligen Natur folge, dass Käufer:innen als auch Verkäufer:innen nur dann miteinander interagieren, iS des Abschlusses eines Kaufs oder dergleichen, **wenn sie dadurch eine Besserstellung erlangen**, als ohne diese Interaktion. Daraus schließt *Nicolaides*⁴¹, dass der Begriff des Marktes **nur Transaktionen umfasst, die freiwillig getätigt werden und bei denen ein Entgelt gezahlt wird**, das einerseits kostendeckend ist und andererseits auch die Erzielung eines Gewinns ermöglicht, da die:der Verkäufer:in ansonsten nicht gewillt wäre, das wirtschaftliche Risiko zu tragen.
- 54 Dies leitet er aus der ergangenen Jud zu gesetzlichen Sozialversicherungssystemen ab, die unstrittig nichtwirtschaftliche Tätigkeiten erbringen (siehe bereits oben 3.2.2.2), da im Vergleich hierzu private Versicherungsanbieter:innen, von dem Zustandekommen von einer freiwilligen Transaktion/Interaktion abhängig sind und sie die Kosten der Versicherungsnehmerin:des Versicherungsnehmers entsprechend des versicherten Risikos festlegen werden (und zwar regelmäßig mit einem Gewinnaufschlag). Zudem kommen gesetzlichen Sozialversicherungssystemen regelmäßig Risikoausgleichmechanismen zwischen den gesetzlichen Sozialversicherungssystemen zu Gute, was bei privaten Versicherungssystemen, die das unternehmerische Risiko tragen müssen, nicht der Fall ist.⁴²
- 55 Das letztgenannte unternehmerische (finanzielle) Risiko hat der EuGH auch bei der Beurteilung von der Erbringung von Tätigkeiten von Zollspediteur:innen, Fachärzt:innen und Rechtsanwält:innen als Entscheidungskriterium für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit herangezogen.⁴³
- 56 Es ist daher anhand eines Vergleiches zu beurteilen, ob die in Frage stehende Tätigkeit von privaten Einrichtungen mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt werden könnte. GA *Poiares Maduro*⁴⁴ hält hierzu fest: „*Entscheidend ist nicht, dass die Tätigkeit **theoretisch von privaten***

³⁸ EuGH 16.06.1987, Rs C 118/85, *Kommission/Italien*.

³⁹ *Raptis*, Wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse – Probleme der Abgrenzung. *Z öffentl Recht* 64, (2009), 70.

⁴⁰ *Nicolaides*, Health Insurance Based on Social Solidarity Is Non-economic, State Aid Uncovered (30.06.2020), <https://www.lexxion.eu/en/stateaidpost/health-insurance-based-on-social-solidarity-is-non-economic/> Aufruf am 21.02.2024.

⁴¹ Ebd.

⁴² Ebd.

⁴³ EuGH 18. 6. 1998, Rs C-35/96, *Kommission gegen Italien*, Slg 1998, I-3851; EuGH; 12. 9. 2000, Rs C-180/98 bis C-184/98, *Pavlov*, Slg 2000, I-6451; EuGH 19. 2. 2002, Rs C-309/99, *Wouters*, Slg 2002, I-1577

⁴⁴ Schlussanträge GA *Poiares Maduro*, 10. 11. 2005, Rs C-205/03 P, *FENIN*;

Wirtschaftsteilnehmern ausgeübt werden könnte, sondern dass sie unter Marktbedingungen ausgeübt wird. Typisch für diese ist ein an **Kapitalmehrung orientiertes Verhalten**, im Gegensatz zum Solidaritätsprinzip. Damit kann die Unterscheidung, ob es einen Markt gibt oder nicht, auch dann getroffen werden, wenn das geltende Recht es auf diesem Markt nicht zu einem echten Wettbewerb kommen lässt [sog abgeschotteter Markt].“

- 57 Um diesen Vergleich ziehen zu können, ist in einem ersten Schritt notwendigerweise zu klären, welche Tätigkeiten und unter welchen Bedingungen diese erbracht werden sollen.⁴⁵ Ein Vorhandensein eines Marktes wurde bspw bereits für Leistungen auf dem Markt des Notfall- und Krankentransports⁴⁶ oder betreffend Arbeitnehmervermittlung von Führungskräften⁴⁷ bejaht.
- 58 Aus der europäischen Jud ergeben sich für die Frage, ob ein Markt vorliegt im Wesentlichen drei Fallkonstellationen⁴⁸:
- a. Vorliegen von **hypothetischen** oder von **abgeschotteten Märkten** (also solchen, in denen der Staat die Erbringung von Dienstleistungen nicht erlaubt (Monopole, erbringt diese intern etc)), **ohne** private Marktteilnehmer:innen, die Interesse an der Erbringung dieser Dienstleistungen hätten;
 - b. Vom Staat **abgeschottete** Märkte, auf die potentielle private Marktteilnehmer:innen **drängen**;
 - c. Märkte auf denen **bereits** private Marktteilnehmer:innen auftreten.
- 59 Abhängig von der vorliegenden Fallkonstellationen, kann das Marktkriterium uE ein besonders gewichtiges Indiz für eine wirtschaftliche Tätigkeit sein (lit c) oder gegen das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit sprechen (lit a).⁴⁹

3.2.2.3.2. Entgeltlichkeit

- 60 Entgeltlichkeit bedeutet idZ jede wirtschaftliche Gegenleistung für die fragliche Dienstleistung/Tätigkeit und wird die Höhe bzw das Ausmaß hiervon idR zwischen Leistungserbringer:innen und Leistungsempfänger:innen vereinbart.⁵⁰ Die Entgeltlichkeit beinhaltet daher einen **objektiven Aspekt** (Selbstkostendeckung) sowie einen **subjektiven Aspekt** (grundsätzlich freie Vereinbarung zwischen Erbringer:in und Empfänger:in). Sofern das geleistete Entgelt, welches auch aus Sach- oder Dienstleistungen bestehen kann, ein Äquivalent zur erhaltenen Leistung darstellt, dh dass die:der Leistungserbringer:in kostendeckend die Leistung ausführen bzw erbringen kann, spricht dies für die Wirtschaftlichkeit der erbrachten Dienstleistung/Tätigkeit. Festzuhalten ist je-

⁴⁵ *Lintschinger*, Ist das EU-Beihilferechtregime auf staatliche Förderungen im Bereich Entwicklungszusammenarbeit anwendbar? (Teil 1), BRZ 2018, 101.

⁴⁶ EuGH 23. 4. 1991, Rs C-41/90, *Höfner und Elsnner*.

⁴⁷ EuGH 25. 10. 2001, Rs C-475/99, *Ambulanz Glöckner*.

⁴⁸ *Raptis*, Wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse – Probleme der Abgrenzung. Z *öffentl Recht* 64, (2009), 74 mwN.

⁴⁹ Ebd.

⁵⁰ EuGH 27.09.1988, Rs C-263/86, *Humbel und Edel*; 11.09.2007, Rs C-76/05, *Schwarz und Gootjes- Schwarz*.

doch, dass nicht der Umkehrschluss gezogen werden darf, dass immer dort wo eine Gegenleistung erfolgt ohne weiteres von einer Wirtschaftlichkeit der erbrachten Dienstleistung/Tätigkeit auszugehen ist.⁵¹

- 61 Es ist daher entscheidend für die Entgeltlichkeit, ob ein Entgelt überhaupt geleistet wird und ob dieses kostendeckend ist. Sofern ein Entgelt geleistet wird, aber sich dieses im Vergleich zur erbrachten Leistung als „völlig untergeordnet“ und „unwesentlich darstellt“, kann demnach argumentiert werden, dass es trotz des Vorliegens eines Entgelts schlussendlich an der wirtschaftlichen Tätigkeit fehle. Wann eine solche Untergeordnetheit bzw Unwesentlichkeit vorliegt, muss im Einzelfall nach Gesamtwürdigung aller Umstände geprüft werden.⁵² IdZ hat die europäische Jud bspw Beitragsgebühren von Eltern für Gemeindekindergarten⁵³ oder Beitragsgebühren von Schüler:innen bzw Student:innen im (Hoch)Schulbereich⁵⁴, sofern diese Bildungseinrichtungen jeweils im Wesentlichen aus dem Staatshaushalt finanziert wurden, als unbeachtlich für die Frage der Selbstkostendeckung erachtet.
- 62 Daraus kann uE geschlossen werden, dass von der Empfängerin:vom Empfänger geleistetes Entgelt für die Beurteilung der Entgeltlichkeit dann unbeachtlich ist, wenn dieses zwar der Erhaltung eines Systems dient, aber für die Kostendeckung im Wesentlichen nur von geringer Bedeutung ist.
- 63 An einer Gegenleistung in Form eines Entgelts mangle es auch regelmäßig bei Tätigkeiten im Bereich von auf Umlageverfahrens basierenden Rentensystemen, da die Pensionsauszahlungen aus Beiträgen der momentan erwerbstätigen Personen erfolgen.⁵⁵ Dies scheint sich uE jedoch lediglich auf diesen spezifischen Bereich der Alterssicherung zu beschränken, der ohnehin eine Sonderstellung einnimmt, da aus der Jud ansonsten hervorgehe, dass es für die Frage des Vorliegens der Entgeltlichkeit grundsätzlich unbeachtlich ist, ob die:der Leistungsempfänger:in die Gegenleistungen in Form des Entgelts leistet oder dies von einer Dritten:von einem Dritten erfolgt.⁵⁶
- 64 Aus all dem folgt, dass nur dann Entgeltlichkeit vorliegt, wenn **eine Art von Entgelt bzw Gegenleistung** gegenüber der:dem Erbringer:in erbracht wird und diese ein **Äquivalent** zu der erbrachten Leistung iSd darstellt, dass zumindest **Selbstkostendeckung** auf Seiten der Erbringer:innen-seite vorliegt.⁵⁷

⁵¹ *Raptis*, Wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse – Probleme der Abgrenzung. *Z öffentl Recht* 64, (2009), 75 mwN; EuGH 27.09.1988, Rs C-263/86, *Humbel und Edel*, wonach Schulgelder oder Gebühren, die bei weitem nicht kostendeckend sind, nicht als Entgelt anzusehen sind.

⁵² Lintschinger, Ist das EU-Beihilferechtregime auf staatliche Förderungen im Bereich Entwicklungszusammenarbeit anwendbar? (Teil 2), *BRZ* 2018, 177 mwN.

⁵³ EFTA-Gerichtshofs 21.02.2008, *Barnehagers Landsforbund/EFTA Surveillance Authority*, Rs E-5/07; hierbei erfolgt eine Finanzierung zur 80 % aus staatlichen Mitteln.

⁵⁴ EuGH 27.09.1988, Rs C-263/86, *Humbel und Edel*; 07.12.1993, Rs C-109/92, *Wirth*.

⁵⁵ EuGH 17.02.1993, Rs C-159/91 und C-160/91, *Poucet und Pistre*.

⁵⁶ EuGH 26.04.1988, Rs 352/85, *Bond van Adverteerders*; 12.7.2001, Rs C-157/99, *Smits and Peerbooms*.

⁵⁷ *Raptis*, Wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse – Probleme der Abgrenzung. *Z öffentl Recht* 64, (2009), 79.

3.2.2.3.1. Gewinnerzielungsabsicht

- 65 Entscheidend ist in diesem Kriterium nicht der Umstand, ob die:der Erbringer:in tatsächlich mit der Ausführung der Dienstleistung/Tätigkeit einen Gewinn erzielt, sondern ob die Intention vorliegt, einen Gewinn zu erzielen. Hierbei ist wiederum ein **subjektiver Aspekt** (Intention zur Gewinnerzielung) sowie ein **objektiver Aspekt** (tatsächliche Gewinnerzielung) bei der Prüfung des Vorliegens dieses Kriteriums miteinzubeziehen.⁵⁸
- 66 Der subjektive Aspekt kann sich bereits aus **Gesetzesbestimmungen, Statuten** oder **dergleichen** ergeben. Sollte jedoch tatsächlich ein Gewinn durch die in Frage stehende Tätigkeit erzielt werden, wäre zu prüfen, ob – wenn bspw verankert ist, dass die:der Erbringer:in nicht auf Erzielung von Gewinn gerichtet ist, wie zB gemeinnützige Vereine – es hierbei entsprechende **Mechanismen zur Einhaltung** hiervon gibt.⁵⁹ Zu denken wäre uE zB an Rückzahlungsverpflichtungen eines über die Kostendeckung hinausgehenden Entgelts.
- 67 Sofern Überschüsse erwirtschaftet werden, die für notwendige Investitionen zur Tätigkeitserreichung eingesetzt werden, bewirkt dies jedoch keine Gewinnerzielungsabsicht.⁶⁰ Fehlende Gewinnerzielungsabsicht wurde bspw in den Bereichen von Krankenkassen und Aufgaben mit ausschließlich sozialem Charakter⁶¹ oder des nationalen Bildungssystems⁶² angenommen.
- 68 Zusammengefasst ist daher in diesem Kriterium zu fragen, (i) ob **Gewinnerzielung** überhaupt **erlaubt** ist, (ii) ob die:der Erbringer:in an das **Nichtvorliegen der Gewinnerzielungsabsicht gebunden** ist, (iii) und ob sie:er **tatsächliche Gewinne** erwirtschaftet. Desto eher tatsächliche Gewinne erwirtschaftet werden und desto höher diese sind, desto eher wird man von Wirtschaftlichkeit ausgehen müssen.⁶³

3.2.2.3.2. Gewichtung der Wirtschaftlichkeitskriterien

- 69 Wie bereits oben festgehalten (Rz 51) sind die Wirtschaftlichkeitskriterien und deren Vorliegen bzw Nichtvorliegen im Rahmen einer Gesamtschau für den jeweiligen Einzelfall zu prüfen. Liegen alle Kriterien vor oder können alle verneint werden, wird im ersten Fall idR von einer wirtschaftlichen und im zweiten Fall idR von einer nichtwirtschaftlichen Tätigkeit ausgegangen werden können.
- 70 Bei einer von einer gemeinnützigen Organisation angebotenen Leistung/Tätigkeit, deren Preis durch Spenden gestützt ist, wird die Wirtschaftlichkeit tendenziell zu verneinen sein.⁶⁴ Eine konkrete Trennlinie, ab welcher Ausprägung eines Kriteriums oder Anzahl der Kriterien Wirtschaftlichkeit bzw Nichtwirtschaftlichkeit vorliegt, lässt sich aus der europäischen Jud nicht ableiten.

⁵⁸ Ebd 80.

⁵⁹ Ebd 82.

⁶⁰ Ebd.

⁶¹ EuGH 17.2.1993, Rs C-159/91 und C-160/91, *Poucet und Pistre*, Slg 1993, I-637; 16. 3. 2004, Rs C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, *AOK Bundesverband*.

⁶² EuGH 27.09.1988, Rs C-263/86, *Humbel und Edel*

⁶³ Ebd. 83.

⁶⁴ *Raptis*, Wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse – Probleme der Abgrenzung. *Z öffentl Recht* 64, (2009), 83.

Allerdings kann eine Tendenz dahingehend abgeleitet werden, dass für den EuGH das Marktkriterium von entscheidenderer Bedeutung ist, während die Gewinnerzielungsabsicht tendenziell von weniger entscheidender Frage ist.⁶⁵

3.3. Vergaberechtliche Vorgaben bei Aufeinandertreffen vom BVergG 2018 erfassten sowie nicht erfassten Leistungen

- 71 Sofern Vorhaben umgesetzt werden sollen, die Leistungsteile enthalten, die einerseits den Regelungen des BVergG 2018 unterliegen und andererseits Leistungsteile aufweisen, die nicht dem BVergG 2018 unterliegen, bspw weil diese unter eine Ausnahme gem § 9 BVergG 2018 fallen, ist nach § 3 BVergG 2018 vorzugehen.
- 72 Dieser legt für diesen Fall in Abs 1 leg cit grundsätzlich fest, dass sofern die Leistungsteile objektiv nicht trennbar sind, das BVergG 2018 dann zur Anwendung gelangt, wenn der dem BVergG 2018 unterliegende Anteil den **Hauptgegenstand** darstellt. Abs 2 leg cit legt dementsprechend fest, dass die:der öffentliche Auftraggeber:in, sofern die Leistungsteile objektiv trennbar sind, diesfalls für die jeweiligen Leistungsteile getrennte Verfahren durchgeführt werden können.
- 73 Eine Zusammenrechnung der Auftragswerte hat nach den Vorgaben des § 13 BVergG 2018 zu erfolgen, wenn die Leistungsteile nicht trennbar sind, insb aufgrund eines technischen und wirtschaftlichen Zusammenhangs bzw kann unterbleiben, wenn diese trennbar sind und gesondert vergeben werden.⁶⁶
- 74 Die Abs 3 bis 5 leg cit betreffen wiederum das Aufeinandertreffen von dem BVergG 2018 unterliegenden Vorhaben sowie der Verteidigung und Sicherheit, Konzession und dem Sektorenbereich.
- 75 Sofern objektiv untrennbare Leistungsteile vorliegen, ist zur Beurteilung, welche Leistung den Hauptgegenstand darstellt, auf § 8 BVergG 2018 abzustellen.⁶⁷
- 76 Nach *Oppel*⁶⁸ ist Trennbarkeit nur dann gegeben, wenn eine solche Trennung keine Auswirkungen auf die funktionalen Anforderungen bzw auf die Ziele des Beschaffungsvorganges hätte. Ansonsten würde ein sachlicher Grund gegen die Trennbarkeit sprechen.
- 77 Nach den Gesetzesmaterialien⁶⁹ müssen hierbei jedoch objektive Gründe vorliegen, „*die die Notwendigkeit begründen, einen einheitlichen Vertrag abzuschließen*“ und müsse von der Auftraggeberin:vom öffentlichen Auftraggeber idZ nachgewiesen werden, dass eine gemeinsame Auftragsvergabe „*zwingend erforderlich ist, andernfalls das Ziel des Verfahrens nicht realisiert werden kann*“ oder die Einzelleistungen aus technischer oder wirtschaftlicher Hinsicht ansonsten wert- oder sinnlos wären.

⁶⁵ Vgl EuGH 10.01.2006, Rs C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze*.

⁶⁶ *Oppel* in *Schramm/Aicher/Fruhmam* (Hrsg), Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2018 (1. Lfg 2020) zu § 3 BVergG 2018 Rz 41, 43.

⁶⁷ Ebd Rz 4; „main-object Test“ bzw. „main-value Test“.

⁶⁸ *Oppel* in *Schramm/Aicher/Fruhmam* (Hrsg), Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2018 (1. Lfg 2020) zu § 3 BVergG 2018 Rz 31ff.

⁶⁹ ErläutRV 69 BlgNR 26. GP zu § 3 mwN.

3.4. Open-House-Verfahren – Beschaffungsvorgang außerhalb des Bundesvergabe- gesetzes 2018

- 78 In den letzten Jahren hat sich auf europäischer Ebene (insb in Deutschland, weshalb gegenständig insb auf die dort ergangene Lit bzw Jud zurückgegriffen wird) neben der Möglichkeit einer „klassischen“ Auftragsvergabe, die idR dem Vergaberecht unterliegt, das sog Open-House-Verfahren bzw Open-House-Modell etabliert. Der wesentliche bzw entscheidende Unterschied im Vergleich zu einer „normalen“ Auftragsvergabe besteht hierbei darin, dass keine Auswahlentscheidung unter mehreren Bieter:innen iS einer Zuschlagsentscheidung erfolgt, sondern mit allen Marktteilnehmer:innen ein Vertrag abgeschlossen wird, die die im Vorhinein festgelegten Bedingungen erfüllen. Die Vergaberichtlinie 2014/24 und somit auch die nationalen Vergaberechtssysteme sind auf solche Verfahren nicht anwendbar.
- 79 Der EuGH hat in der Rs *Dr. Falk Pharma GmbH gegen DAK-Gesundheit*⁷⁰ zu Rabattverträgen iZm Arzneimittelbeschaffung festgestellt, dass das Open-House-Verfahren nicht als öffentlicher Auftrag einzustufen ist und damit nicht dem Vergaberecht unterliegt. Dies deshalb, da gegenständig keine Auswahl zwischen den Bieter:innen erfolgte, sondern jedes Unternehmen, das bestimmte im Vorhinein festgelegte Anforderungen/Bedingungen erfüllte, Vertragspartner werden würde. Hierzu verweist er auch auf den Art 1 Abs 2 der Richtlinie 2014/24 der den Begriff der „Auftragsvergabe“ dahingehen definiert, „*wonach es zu deren Merkmalen gehört, dass der öffentliche Auftraggeber den Wirtschaftsteilnehmer auswählt.*“⁷¹
- 80 MaW handelt es sich bei diesen Verfahren um Zulassungssysteme anstatt Systemen der Auftragsvergabe und darf die:der öffentliche Auftraggeber:in keinen Einfluss darauf nehmen, wer schlussendlich den Auftrag erbringt, sondern wird dies von Privaten entschieden (im vorgenannten Fall bspw von den Apotheker:innen).
- 81 Die Rechtsprechung zu Open-House-Verfahren wurde mittlerweile mehrfach auf europäischer Ebene bestätigt. So zB auch in der Rs *Tirkonnen*⁷², in welcher im Wege eines offenen Verfahrens eine Rahmenvereinbarung mit Betriebsberater:innen für den landwirtschaftlichen Raum für einen gewissen Zeitraum abgeschlossen wurde. Konkret konnten dann in weiterer Folge die Landwirt:innen zu einer zugelassenen Beraterin:einem zugelassenen Berater ihrer Wahl gehen und eine Beratung in Anspruch nehmen. Die:der öffentliche Auftraggeber:in hat auf die Auswahl, welche:r Berater:in konkret gewählt wird, daher keinen Einfluss. Für die Zulassung in die Rahmenvereinbarung mussten alle Betriebsberater:innen nachweisen, dass sie qualifiziert, regelmäßig geschult sowie über Erfahrung als Berater:in in den Bereichen verfügen, in denen sie beratend tätig werden wollen. Dadurch handle es sich bei den vorgenannten Kriterien nicht um Zuschlagskriterien, sondern solche, die die fachliche Eignung der Bieter:innen betreffen. Hierunter fallen lt EuGH „*Kriterien, die sich in erster Linie auf die Erfahrung, die Qualifikationen und die Mittel, die geeignet sind, eine ordnungsgemäße Ausführung des betreffenden Auftrags zu gewährleisten.*“

⁷⁰ EuGH 02.06.2016, C-410/14.

⁷¹ Siehe hierzu auch Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 2014/24, der festhält: „*Ebenso sollten Fälle, in denen alle Wirtschaftsteilnehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, zur Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe — ohne irgendeine Selektivität — berechtigt sind, wie beispielsweise bei einer Auswahl durch den Kunden- und bei Dienstleistungsgutscheinssystemen, nicht als Auftragsvergabe verstanden werden, sondern als einfache Zulassungssysteme (z. B. Zulassungen für Arzneimittel oder ärztliche Dienstleistungen).*“

⁷² EuGH 01.03.2018, C-9/17, EuGH C 9/17 = RPA 2018, 231 (*Reisner*).

Auch hatte der EuGH keine Einwände gegen den Umstand, dass die Teilnahme der Zulassung auf eine Eingangsphase beschränkt war und dass die:der öffentliche Auftraggeber:in in ihren Unterlagen von Zuschlagskriterien gesprochen hat (diese seien objektiv auszulegen).

- 82 Zusätzlich sei hierbei auf eine in Deutschland ergangene Entscheidung⁷³ zu verweisen, hierbei wurde von der:vom Beschwerdeführer:in gerügt, dass die Zulassungskriterien derart formuliert wären, dass sie nur von einer:einem Marktteilnehmer:in erbracht werden könnten. Hierbei kam die Vergabekammer zu einem uE bemerkenswerten Schluss, dass auch wenn die Zulassungskriterien nur so gewählt wurden, dass später nur wenige Marktteilnehmer:innen diese erfüllen können und idS eine faktische Exklusivität vorliegt, diese trotzdem nicht zu Zuschlagskriterien werden, auch wenn dadurch de facto eine Auswahlentscheidung getroffen wird, sondern auch diesfalls kein dem Vergaberecht unterliegender öffentlicher Auftrag vorliegt. Aufgrund der zu Open-House-Verfahren ergangenen Lit⁷⁴ ist uE hierbei jedoch Vorsicht geboten und sollte größtmöglich danach getrachtet werden, dass es aufgrund der festgelegten Zulassungskriterien – sofern diese nicht aufgrund sachlicher Überlegungen besonders gut begründet bzw gerechtfertigt sind – nicht zu einer faktischen Exklusivität kommt.
- 83 Aus der ergangenen dt und europäischen Jud ergibt sich, dass insb folgende Grundsätze bei der Gestaltung eines Open-House-Verfahrens zu beachten sind:⁷⁵
- Europaweite Bekanntmachung;
 - Festlegung eindeutiger Regeln über den Vertragsschluss und den Vertragsbeitritt;
 - Die Vertragsbedingungen werden im Vorhinein in der Weise festgelegt, dass kein:e Wirtschaftsteilnehmer:in auf den Inhalt des Vertrages Einfluss nehmen kann;
 - Insbesondere auch hinsichtlich der qualitativen Anforderungen als auch der Vergütungsmodalitäten;
 - Die Abrufmodalitäten zur Auswahl der Vertragspartnerin:des konkreten Vertragspartners werden transparent und so festgelegt, dass die:der öffentliche Auftraggeber:in keinen Einfluss auf die Auswahl hat;
 - Bei der Festlegung der geforderten Zulassungskriterien darf es zu keiner Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien kommen und die entsprechenden Aspekte dürfen nicht doppelt bewertet werden;
 - Marktteilnehmer:innen wird ein jederzeitiges Beitrittsrecht gewährt;
 - Vertragsabschlüsse werden europaweit bekannt gegeben.
- 84 Von besonderer Bedeutung bei der Gestaltung eines Open-House-Verfahrens stellen sich uE daher folgende Bereiche dar: Ausgestaltung der Zulassungskriterien bzw grundsätzlichen Bedingungen (die uE nicht dazu führen dürfen, dass eine faktische Exklusivität vorliegt und sich auf die

⁷³ VK Bund 11.01.2023, VK 1-109/22.

⁷⁴ Käser, in *Dageförde*: Handbuch für den Fachanwalt für Vergaberecht, 1. Auflage, Datenbank VergabePortal, Zugriff am 26.2.2024.

⁷⁵ Ebd; Senatsverwaltung für Wirtschaft Vergabeservice Berlin November 2023, Leitfaden zur Durchführung eines Zulassungsverfahrens (Open-House-Verfahren).

fachliche Eignung der Marktteilnehmer:innen beziehen muss), die Ausgestaltung der Abrufmodalitäten (d.h. wer trifft die Auswahl der tatsächlichen Leistungserbringung, dies darf uE nicht von der:dem öff AG erfolgen) und die Ausgestaltung der Vergütungsmodalitäten.

- 85 Insb ist eine klare Vorgehensweise bei den Vergütungsmodellen notwendig, da diese nicht verhandelbar sind, weshalb empfohlen wird – sofern möglich – einen Nettopreis für einen konkret vorgegebenen Leistungsteil zu vergüten.⁷⁶ Hierbei muss zudem miteinbezogen werden, dass im Gegensatz zu einer sonstigen Auftragsvergabe keine Preisbildung im Wettbewerb erfolgt.
- 86 Dies ist auch vor dem Hintergrund zu beachten, dass wenn die Zulassungskriterien einen zu niederschweligen Zugang zulassen und die Abrufmodalitäten so ausgestaltet sind, dass mit allen zugelassenen Marktteilnehmer:innen ein Vertrag abgeschlossen wird, diese auch Anspruch auf Leistungserbringung haben. So sieht sich das deutsche Gesundheitsministerium nun mit Klagen iZm Maskenlieferung im Rahmen der Covid-19 Pandemie konfrontiert, da bei einem abgewickelten Open-House-Verfahren nun viel mehr Unternehmen die Zulassungskriterien erfüllt haben und die Abrufmodalitäten so ausgestaltet waren, dass von allen zugelassenen Marktteilnehmer:innen unbegrenzt Masken für einen bestimmten Preis abzunehmen waren.⁷⁷
- 87 Dementsprechend ist es uE geboten, bei der Gestaltung eines Open-House-Verfahrens vertraglich klare Bedingungen dafür festzulegen, unter welchen Bedingungen (Abrufmodalitäten) das Auftragsverhältnis zwischen privaten Dritten und zugelassener:zugelassenem Marktteilnehmer:in tatsächlich zustande kommt sowie auch Bedingungen festzulegen, unter welchen Umständen – trotz Erfüllen der Zulassungsvoraussetzungen – kein Auftragsverhältnis zustande kommt.
- 88 So ergibt sich aus der ergangenen europäischen Jud⁷⁸, dass es zulässig ist, dass öffentliche Auftraggeber:innen in einem ersten Schritt eine Art Rahmenvereinbarung⁷⁹ mit allen zugelassenen Marktteilnehmer:innen schließen. Diese Vorgangsweise bietet den Vorteil, dass mit dem Abschluss der „Rahmenvereinbarung“ auf Seiten der:des öffentlichen Auftraggeberin:Auftraggebers noch keine Abrufverpflichtung bzw. Leistungsverpflichtung ausgelöst wird, aber die:der zugelassene Marktteilnehmer:in grundsätzlich selbst zur Leistungserbringung verpflichtet ist, sofern ein:e private:r Dritte:r sie/ihn zur Leistungserbringung auswählt (es bietet sich in der Rahmenvereinbarung auch an, Fallkonstellationen vorzusehen, unter welchen Gesichtspunkten keine Leistungserbringungspflicht besteht). Kurzum wird mit dem Abschluss der „Rahmenvereinbarung“ den zugelassenen Marktteilnehmer:innen lediglich die Möglichkeit gegeben, dass durch die Auswahl einer:eines privaten Dritten einerseits ein Auftragsverhältnis zwischen diesen sowie andererseits ein Leistungsvertrag (im Unterschied zur ohnehin bestehenden „Rahmenvereinbarung“) zwischen ihr/ihm und der:dem öffentlicher:öffentlichen Auftraggeber:in zustande kommt, der sodann die konkrete Leistungserbringung regelt.
- 89 In einer solchen „Rahmenvereinbarung“ ist daher uE genau zu regeln, unter welchen Umständen grundsätzlich die tatsächliche Leistungserbringungspflicht der:des zugelassenen Marktteilnehmer:

⁷⁶ Ebd.

⁷⁷ Konkret garantierte das Gesundheitsministerium den Lieferanten die unbegrenzte Abnahme von FFP2-Masken für 4,50 Euro netto das Stück; *Fritz Vergabeblog.de* vom 12/06/2023, Nr. 53567 (Aufruf am 26.02.2024).

⁷⁸ EuGH 01.03.2018, C-9/17 *Tirkonnen*.

⁷⁹ Bitte um Berücksichtigung, dass es sich hierbei nicht um eine Rahmenvereinbarung gem § 31 Abs. 7 BVergG 2018 handelt. UE spricht jedoch nichts dagegen, ein daran angelegtes Vertragswerk im Open-House-Verfahren einzusetzen.

mer:in ausgelöst wird und damit eine Abnahmeverpflichtung auf Seiten der:des öffentlichen Auftraggebers:Auftraggeberin ausgelöst wird (bereits alleine durch Auswahl der:des Dritten oder zusätzliche Einhaltung von Formvorgaben, Berichtspflichten etc.). Hierbei ist aber zu beachten, dass iSd ausgeführten EuGH Judikatur jedoch von der:vom öffentlichen Auftraggeber:in faktisch kein Einfluss auf die Auswahl genommen werden darf, diese uE also nicht überschießend sein dürfen. Insofern sind uE bspw in der „Rahmenvereinbarung“ außerordentliche Kündigungsgründe zu definieren, die einen sofortigen Leistungsstopp ermöglichen (zB aus budgetären Gründen oder weil die zugelassenen Marktteilnehmer:innen die Zulassungskriterien oder sonstige Bedingungen nicht mehr erfüllen oder eine Schlechterfüllung in der Vergangenheit vorlag etc).

- 90 Konsequenterweise wären solche Kündigungsgründe uE jeweils auch in den zustande kommenden Leistungsvertrag zwischen öffentlicher:öffentlichen Auftraggeber:in und zugelassener:zugelassenen Marktteilnehmer:in aufzunehmen, der nach Auswahl der:des Dritten zustande kommt, damit auch laufende Auftragsverhältnisse sofort beendet werden können.
- 91 Sowohl die „Rahmenvereinbarung“, der Leistungsvertrag sowie Vertragsverhältnisse, die zwischen Dritten und zugelassenen Marktteilnehmer:innen zustande kommen, sind uE bereits im Rahmen der Bekanntmachung des Open-House-Verfahrens vorzulegen. Inwiefern diese Verträge während der Laufzeit abgeändert werden können bzw in welchem Umfang wurde – soweit für uns ersichtlich – noch nicht ausjudiziert. UE werden unwesentliche Änderungen, iSd der Regelungen des § 365 BVergG 2018 zu vertraglichen Änderungen während der Laufzeit, als unproblematisch zu beurteilen sein, während wesentliche Änderungen, also insb solche, die den Gesamtcharakter des Vertrages ändern, die Einleitung eines neuen Open-House-Verfahrens bedingen würden. Für absehbare oder wahrscheinliche Änderungen empfiehlt es sich uE iSd § 365 Abs 3 Z 2 BVergG 2018 soweit möglich bereits konkrete Abänderungsklauseln vorzusehen. Sofern es zu Änderungen der Vertragsgrundlagen kommt, haben diese uE auch gegenüber allen zugelassenen bzw. zukünftigen Marktteilnehmer:innen gleichermaßen zu gelten.

4. Anwendung auf den Sachverhalt

4.1. Anwendbarkeit des Ausnahmetatbestandes § 9 Abs 1 Z18 BVergG 2018 bei Beauftragung der BAWO mit den Unterstützungsleistungen für wohnungslose Personen nach dem LWA-G

- 92 Dieser Prüfung voranzustellen ist die Frage, ob überhaupt ein dem BVergG 2018 unterliegender Sachverhalt bei der Beauftragung der BAWO vorliegt. Hierfür ist wie unter Pkt 3.2 ausgeführt darauf abzustellen, ob die Beauftragung der BAWO entgeltlich iSd Eingehens von wechselseitigen Verpflichtungen (synallagmatisch) eingegangen wird.
- 93 Gegenständlich soll im Rahmen der Beauftragung der BAWO für die Abwicklung der Unterstützungsleistungen eine vertraglich festgelegte Pauschale bezahlt werden, welche in einem direkten Austauschverhältnis zu den erbrachten Abwicklungsleistungen der gemeinnützigen Abwicklungsstelle steht. Die in Rede stehende gemeinnützige Abwicklungsstelle (BAWO) erbringt demnach

ihre Leistungen uE auf Grundlage eines entgeltlichen und zweiseitig verbindlichen (synallagmatischen) Vertrages, weshalb uE von einem öff Auftrag iSd §§ 1 iVm 7 BVergG 2018 und nicht von einer Förderung gemäß ARR 2014 auszugehen ist.

- 94 Der Umstand, dass gegenständlich das bezahlte Pauschalentgelt lediglich der Kostendeckung dienen soll und hierbei kein Gewinn erwirtschaftet werden soll, ist für die Frage der Entgeltlichkeit iSd §§ 1 iVm 7 BVergG 2018 irrelevant.
- 95 Folglich ist – da der Anwendungsbereich des BVergG 2018 grundsätzlich eröffnet ist – zu prüfen, ob die Anwendbarkeit des § 9 Abs 1 Z 18 BVergG 2018, der die Vergabe von nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse von dem Anwendungsbereich („DANWI“) des BVergG 2018 ausnimmt, gegeben ist.

4.1.1. Allgemeines Interesse

- 96 Das erste Tatbestandsmerkmal der § 9 Abs 1 Z18 BVergG 2018 ist das Vorliegen des allgemeinen Interesses an der zu vergebenden Dienstleistung. Gegenständlich geht es im Wesentlichen darum, dass die in Rede stehende Abwicklungsstelle die Abwicklung von Unterstützungsleistungen an wohnungslose Menschen unter Anwendung des Housing-First-Ansatzes erbringen soll.
- 97 Hierbei sollen wohnungslosen Menschen leistbare sowie dauerhafte Wohnungen bei gleichzeitiger sozialarbeiterischer bzw auch interdisziplinärer psychosozialer Begleitung zur Verfügung gestellt werden. Dieser Ansatz ist nicht nur im Interesse der wohnungslosen Menschen, sondern nach den uns mitgeteilten Informationen auch von hohem gesamtgesellschaftlichem sowie volkswirtschaftlichem Interesse, da dadurch deutlich weniger Kosten für diese Personengruppe anfallen, die von der Allgemeinheit zu tragen wären (zB weniger Aufenthalte in Notquartieren bzw temporären Quartieren, diese weniger oft Krankenhausaufenthalte in Anspruch nehmen oder Rettungs- und Polizeieinsätze benötigen etc). Außerdem ist dadurch auch die Chance deutlich höher, dass diese in weiterer Folge wieder in den Arbeitsmarkt eingegliedert werden und dadurch selbst auch einen Beitrag in das bestehende Sozialversicherungssystem leisten.
- 98 **UE liegen daher gute Anhaltspunkte dafür vor, dass die Abwicklung von Unterstützungsleistungen von obdachlosen Personen nach dem Housing-First-Ansatz im allgemeinen Interesse liegt und insofern gemeinwohlorientiert und im Interesse der Gesamtbevölkerung ist.**

4.1.2. Dienstleistungen nichtwirtschaftlicher Tätigkeit

- 99 Wie unter Pkt 3.2.2 ff ausgeführt gibt es für die Beurteilung, ob eine wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Tätigkeit vorliegt unterschiedliche Ansatzpunkte. Im Folgenden wird daher anhand der uE gegenständlich in Frage kommenden Ansatzpunkte beurteilt, ob eine wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Tätigkeit vorliegt.

4.1.2.1. Tätigkeit in Ausübung öffentlicher Befugnisse

- 100 Gegenständlich ist zu prüfen, ob es sich bei den Aufgaben der zu beauftragenden Organisation, im konkreten der BAWO, um solche handelt, bei der es sich um „**wesentliche Aufgaben des Staates**“ handelt oder diese ihrem **Wesen nach oder ihren Zielen nach mit diesen Aufgaben verbunden** sind und es für **diese geltende Vorschriften** gibt. Da gegenständlich mehrere Tätigkeiten iZm der Abwicklung der Unterstützungsleistungen an die BAWO übertragen werden sollen (siehe Pkt 2), ist zu prüfen ob alle Tätigkeiten/Aufgabengebiete mit der Ausübung der hoheitlichen Befugnisse **untrennbar verbunden** sind.
- 101 Vor dem Hintergrund des ergangenen VfGH⁸⁰-Erkenntnis ist uE zu prüfen, ob die zu übertragenden Tätigkeiten der BAWO „**funktionell als staatliche Verwaltung**“ iSd Art 20 B-VG anzusehen sind. Hierzu wird ein **organisatorisches Naheverhältnis** des Staates (sodass ein beherrschender Einfluss auf die BAWO besteht hat) sowie wird ein „**spezifisches funktionelles Naheverhältnis im Sinne eines Aufgabenübertragungszusammenhanges**“ benötigt.
- 102 Zum organisatorischen Naheverhältnis kann festgehalten werden, dass die BAWO nach den uns zur Verfügung gestellten Informationen überwiegend vom Bund mittels Förderungen und Subventionen (dh über die letzten Jahre zu mehr als 90 %) finanziert wird. UE kann aus diesem Umstand ein beherrschender Einfluss abgeleitet bzw argumentiert werden, weshalb uE das organisatorische Naheverhältnis bejaht bzw zumindest vertreten werden kann.⁸¹
- 103 Zum spezifischen funktionellen Naheverhältnis kann festgehalten, dass in dem Erkenntnis zugrunde liegenden Fall, der COFAG ua folgende Tätigkeiten bzw einzuhaltenden Vorgaben zur Auftragsbesorgung übertragen wurden: Abwicklung der Dienstleistungen entsprechend der gesetzlichen Bestimmungen und finanziellen Maßnahmen (und zwar nach den Vorgaben der vom BMF erlassenen Richtlinie), Handeln im eigenen Namen aber auf Rechnung des Bundes (siehe im Konkreten bereits oben 3.2.2.1.1). UE kann die hier erfolgte Aufgabenübertragung weitestgehend auf den gegenständlich zu beurteilenden Fall umgelegt werden.
- 104 So ist im LWA-G geregelt, dass das BMSGPK sich geeigneter Stellen zur Abwicklung bestimmter Unterstützungsleistungen, darunter auch gegenüber wohnungslosen Personen, bedienen soll. Hierzu gibt das LWA-G ebenso vor, dass Richtlinien vom BMSGPK im Einvernehmen mit dem BMF erstellt werden sollen, die die konkrete Vorgehensweise der Abwicklung dieser Unterstützungsleistungen vorsehen. Nach den uns übermittelten Informationen soll gegenständlich eine sehr ähnliche Ausgestaltung wie bei der Abwicklung der Unterstützungsleistungen zur Delogierungsprävention und Wohnungssicherung erfolgen. Insofern ist iSd VfGH Erkenntnisses davon auszugehen, dass *somit (nahezu) kein unternehmerischer Spielraum*“ bei der Abwicklung bei der BAWO bleibe, weshalb uE auch das geforderte spezifische funktionelle Naheverhältnis im Sinne eines Aufgabenübertragungszusammenhanges als gegeben argumentiert werden kann.

⁸⁰ VfGH G 265/2022-45.

⁸¹ Vgl zB § Abs 1 Z 2 lit c BVergG 2018, die eine überwiegende Finanzierung durch bspw dem Bund gleichsetzt, wenn die Leitungsgremien der fraglichen Organisation vom Bund beschickt werden.

- 105 **UE kann daher ebenso argumentiert werden, dass es gegenständlich „der Sache nach keinen erkennbaren Unterschied in der Aufgabenbesorgung gibt, ob der Bund die Tätigkeit selbst, dh. in unmittelbarer Staatsverwaltung ausübt, oder diese privatwirtschaftlichen Tätigkeiten durch die [BAWO] besorgen lässt.“**
- 106 Vor diesem Hintergrund ist uE insb auf die zitierte europäische Rechtsprechung unter Rz 37 zu verweisen, die in Fällen bei der die Verwaltung unterstützenden IT-Dienstleistungen beurteilt wurden (Datenbanken, Vergabepattformen, Plattformen für den Hochschulbereich) klargestellt hat, dass es sich beim Tätigwerden dieser privaten Einheiten um solche Tätigkeiten handle, die **untrennbar mit den Aufgaben des Staates** (bspw im Bereich der öffentlichen Hochschulbildung) verbunden waren, weshalb **sämtliche** von diesen erbrachten Leistungen als nichtwirtschaftliche anzusehen waren, da sie **Tätigkeiten in Ausübung öffentlicher Befugnisse gleichgestellt** wurden.
- 107 Wie bereits ausgeführt, stellt die Aufgabenübertragung an die BAWO auch nach der VfGH Jud nahezu keinen Unterschied zur unmittelbaren Staatsverwaltung dar, weshalb uE bei der Abwicklung von Unterstützungsleistungen, die dem Staat zukommen, argumentiert werden kann, dass zu erbringende Tätigkeiten der BAWO (siehe Pkt 2) in Ausübung öffentlicher Befugnisse geschehen. So ist die BAWO, nach den Ausführungen der EK im Fall *Hochschulinformations-System GmbH*⁸², uE ein Mittel um die dem Staat zukommenden sozialen Gemeinwohlverpflichtungen im Bereich der Wohnungslosenhilfe nachzukommen. Zudem wird auch in den zu erlassenden Richtlinien festgelegt, wie diese Fördermaßnahmen konkret umgesetzt werden sollen und verbleibt der BAWO hier kein Spielraum, weshalb sie als quasi-staatliche Einrichtung angesehen werden kann, zumal sie bereits aufgrund ihrer Statuten nicht gewinnorientiert ist.
- 108 **UE kann daher aufgrund der europäischen Jud sowie des Erkenntnisses des VfGH mit guten Gründen argumentiert bzw jedenfalls vertreten werden, dass die BAWO gegenständlich in Ausübung öffentlicher Befugnisse tätig werden würde, was zur Folge hätte, dass sämtliche Tätigkeiten iZm mit der Abwicklung der Unterstützungsleistungen als nichtwirtschaftliche Tätigkeiten anzusehen sind.**

4.1.2.2. Tätigkeiten iZm sozialer Sicherheit

- 109 Wie unter Pkt 3.2.2.2 ausgeführt hat die EK aufgrund von ergangener Jud zu Sozialversicherungssystemen gewisse Kriterien entwickelt, die bei Tätigkeiten iZm sozialer Sicherheit für die Beurteilung, ob eine wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Tätigkeit vorliegt herangezogen werden sollen. Diese können uE – auch vor dem Hintergrund, dass von der EK klargestellt wurde, dass auch außerhalb der von der EK näher ausgeführten Bereiche, nichtwirtschaftliche Tätigkeit sein können – für das gegenständlich umzusetzende Projekt herangezogen werden, da dieses uE von den näher beschriebenen Tätigkeitsbereichen in der DAWI-Mitteilung, dem der sozialen Sicherheit am nächsten kommt.

⁸² BESCHLUSS (EU) 2020/391 DER KOMMISSION vom 20. September 2019 über die Maßnahme SA.34402-2015/C (ex 2015/NN) Deutschlands zugunsten der Hochschulinformations-System GmbH.

- 110 Rein sozialer Zweck: Besonderes Augenmerk hat die EK hierbei daraufgelegt, dass mit den Tätigkeiten „*rein soziale Zwecke*“ umgesetzt werden. **UE ist ein rein sozialer Zweck gegenständlich offenkundig bzw nicht von der Hand zu weisen, da in dem zu beurteilenden Projekt wohnungslose Menschen ohne Erbringung einer Gegenleistung unterstützt werden sollen.**
- 111 Gewinnorientierung: Aufgrund § 2 der Statuten der BAWO ergibt sich, dass diese nicht auf Gewinn ausgerichtet ist. Nach den uns mitgeteilten Informationen wird der BAWO ein Pauschalentgelt für die Abwicklung bezahlt, was uE ebenso gegen eine Gewinnerzielungsabsicht spricht, da der tatsächliche Aufwand nach den uns mitgeteilten Informationen zum derzeitigen Zeitpunkt schwer abschätzbar ist und von der BAWO daher in Kauf genommen wird, die Leistungen verlustbringend zu erbringen. Sollte sich im Zuge der Abwicklung des Projekts herausstellen, dass die Abwicklungsstelle bei Einbehaltung des gesamten pauschalen Entgelts einen Gewinn verzeichnen würde, soll nach unserem Informationsstand vertraglich festgehalten werden, dass die über die anfallenden Aufwendungen hinausgehenden Mittel, dem BMSGPK rückübermittelt werden. Die genaue Vorgehensweise wird unserer Information zufolge einerseits vertraglich geregelt und andererseits in der Richtlinie festgelegt werden, sodass zu jederzeit maximal eine Kostendeckung der Abwicklungsstelle gegeben ist. **UE ist daher auch das Kriterium, dass keine Gewinnorientierung auf Seiten der BAWO vorliegt unstrittig als gegeben anzusehen.**
- 112 Solidaritätsprinzip: Der Leistungsanspruch (im Hinblick auf die Leistungen der Abwicklungsstelle) richtet sich – wie in der Richtlinie festzulegen sein wird (§ 6 LWA-G) – nach dem **Bedarf und der Bedürftigkeit** der jeweiligen Antragstellerin:des jeweiligen Antragstellers. Wie bei den vom EuGH zu beurteilenden Sozialversicherungssystemen werden die **Unterstützungsleistungen daher uE nach dem Grundsatz der Solidarität abgewickelt und sind daher unabhängig von abgeführten Beiträgen oder dergleichen.**
- 113 Staatliche Kontrolle bzw gesetzliche Determinierung über das Tätigwerden der Abwicklungsleistungen: Das LWA-G legt in § 6 Abs 1 fest, dass die näheren Voraussetzungen für die **Verwendung der Mittel** gemäß Abs 1 Z 1, durch eine eigene Richtlinie abschließend geregelt werden. Es werden (ua) die Höhe der pauschalierten Förderung für die Durchführung der Projekte (Z 2), der Ablauf der Förderungsgewährung (Z 4), die Berichtspflichten (Z 6), Maßnahmen zur Qualitätssicherung (Z 7) sowie die persönlichen und sachlichen Voraussetzungen für den Erhalt der Zuwendungen (Z 3) genannt. Letztlich ist für die Ausgestaltung der Richtlinie von Bedeutung, dass sämtliche Ansuchen auf Unterstützungsleistung ausschließlich auf Grundlage des im LWA-G (bzw der daraus resultierenden Richtlinie) festgelegten Vorgaben abgewickelt werden und der Abwicklungsstelle bei der Beurteilung der Ansuchen, insb bezüglich der Auszahlungen, kein Ermessen bleibt. **Aufgrund dieser gesetzlichen Vorgaben und vor dem Hintergrund, dass eine Richtlinie zu erlassen ist, die das Tätigwerden der Abwicklungsstelle konkret regeln wird, was auch vertraglich festgelegt wird, kann uE eine staatliche Kontrolle iS der europäischen Jud⁸³ mit guten Gründen argumentiert werden.**

⁸³ EuGH vom 16.03.2004, Rs C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01.

- 114 Zusammenfassend kann daher festgehalten, dass uE gute Argumente dafürsprechen, dass die BAWO gemessen an den Kriterien die für Tätigkeiten iZm sozialer Sicherheit entwickelt wurden, nichtwirtschaftliche Tätigkeiten im Rahmen der Abwicklung ausführen würde. Dies, da die vorgenannten Kriterien bei Beauftragung der BAWO uE allesamt als für die Nichtwirtschaftlichkeit sprechend erfüllt werden würden.
- 115 Auf das Vorliegen des Kriteriums der Mitgliedschaft in einem Versicherungssystem, welches für Sozialversicherungssysteme entwickelt wurde, kann es uE gegenständlich nicht ankommen, da dieses auf den gegenständlich vorliegenden Fall uE nicht umlegbar ist. Sofern dies aber miteinbezogen werden soll, kann festgehalten werden, dass uE auch dieses Kriterium in der Tendenz ebenso für die Nichtwirtschaftlichkeit spricht, da die Beziehung der Unterstützungsleistungen nach dem LWA-G nicht an die Mitgliedschaft in einem freiwilligen Versicherungssystem geknüpft ist, weshalb dieses uE eher dem System einer Pflichtmitgliedschaft gleichkommt (idS, dass man weder eintreten noch austreten kann).

4.1.2.3. Wirtschaftlichkeitskriterium

- 116 Unabhängig von einem bestimmten Tätigkeitsbereich (wie bspw Tätigkeiten iZm sozialer Sicherheit) kann auch anhand der unter Pkt 3.2.2.3 dargestellten Kriterien festgestellt werden, ob gegenständlich eine wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Tätigkeit vorliegt. Bei den relevanten Kriterien handelt es sich um das Marktkriterium, Entgeltlichkeitskriterium sowie die Gewinnerzielungsabsicht.
- 117 **Marktkriterium:** Hierbei ist nach den Ausführungen unter Pkt 3.2.2.3.1 zu prüfen, ob die in Frage stehenden Tätigkeiten von privaten Einrichtungen mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt werden könnten. Gegenständlich soll mit dem Projekt Housing First erstmals **bundesweit** von einer zentralen Stelle, in Zusammenarbeit mit regionalen Beratungseinrichtungen, Unterstützungsleistungen an wohnungslose Menschen weitergeleitet werden. Im Rahmen dessen ist eine Vielzahl an Tätigkeiten, die uE jedoch alle unmittelbar iZm der Abwicklung des Projekts Housing-First stehen, von der zentralen Stelle bundesweit zu erbringen (siehe Pkt 2). Der relevante Markt ist daher das österreichische Staatsgebiet sowie die Durchführung von Unterstützungsleistungen für wohnungslose Menschen nach dem Housing-First-Prinzip.
- 118 Nach den uns vorliegenden Informationen gibt es am freien Markt, wo Angebot und Nachfrage von und nach bestimmten Dienstleistungen zusammentreffen und sich der Preis dementsprechend bestimmt, keine geeignete und flächendeckende direkte Versorgung von wohnungslosen Personen mit leistbaren, dauerhaften Wohnungen bei gleichzeitiger sozialarbeiterischer bzw auch interdisziplinärer psychosozialer Begleitung nach dem Housing First Ansatz. Für diese Zielgruppe gibt es demnach kein Angebot, welches hinsichtlich seiner Eigenschaften, seines Preises (Unentgeltlichkeit) und des vorgesehenen Verwendungszwecks als austausch- oder substituierbar angesehen werden kann. Ohne staatliches Eingreifen iS der Finanzierung solcher Projekte würde der Markt auf sich alleine gestellt keine geeigneten Angebote hervorbringen.
- 119 Das BMSGPK nimmt hier uE entsprechend dem gesetzlichen Auftrag im LWA-G seine sozialpolitische Verantwortung gegenüber den wohnungslosen Menschen wahr und entwickelt bzw führt

das gegenständliche Projekt durch, da es diesbezüglich kein adäquates Angebot gibt. Die Existenz der Zielgruppen, dh der wohnungslosen Personen kann uE ua als Nachweis dafür erachtet werden, dass es am Markt kein adäquates Angebot gibt. Als Nachweis für das Nichtvorhandensein eines adäquaten Angebots bzw eines Marktes dieser konkreten Leistungen kann ferner herangezogen werden, dass Wohnungslosenhilfe nach den uns übermittelten Informationen derzeit nur regional von einzelnen Organisationen erfolgt, aber es hierbei keine weitere bundesweit operierende Einrichtung gibt. Kurzum bedeutet dies, dass die BAWO bereits von ihrer Struktur her ein Alleinstellungsmerkmal auf dem relevanten, bundesweiten Markt hat, da diese als einzige bundesweit aktiv ist.

- 120 Festzuhalten ist weiters, dass es sich hierbei nicht um ein „normales“ Marktumfeld handelt, da gegenständlich keine Gewinnerzielung mit den Tätigkeiten einhergeht. Dh, dass sich uE die zu beurteilenden Marktteilnehmer:innen auf gemeinnützige Organisationen beschränken, da unter „normalen“ Marktbedingungen eine solche – lediglich kostendeckende – Leistung nicht erbracht werden würde (siehe hierzu weiter unten bzw bereits oben). Dies ergibt sich nicht zuletzt auch aus dem Umstand, dass am österreichischen Wohnungsmarkt angebotsseitig eine ausgeprägte Knappheit an leistbaren, langfristigen Mietwohnungen herrscht. Seitens der angebotsseitigen Marktteilnehmer:innen (dh der Wohnungswirtschaft – Bauträger:innen, Immobilienbesitzer:innen) besteht daher kein wirtschaftliches Interesse, diese stark nachgefragten Wohnungen gezielt an besonders vulnerable Kund:innen (dh potenzielle Mieter:innen), zu denen obdachlose und wohnungslose Menschen zweifelsohne gehören, zu vermieten.
- 121 Abschließend soll hierbei noch auf das Erkenntnis des VfGH⁸⁴ zur COFAG verwiesen werden, der die zumindest im Ansatz vergleichbaren Tätigkeiten als solche bezeichnet hat, die „**keine Tätigkeit** [darstellen], **die gleich einem Privaten im Wirtschaftsverkehr erbracht [werden]**“ (Hervorhebung nicht im Original).
- 122 Vor diesem Hintergrund ist bezugnehmend auf die Fallkonstellationen in Rz 58 festzuhalten, dass uE gegenständlich kein abgeschotteter Markt vorliegt, da der Bund das Tätigwerden im Rahmen der Wohnungslosenhilfe nicht verbietet bzw eigenen Stellen vorbehält.
- 123 **Es sprechen daher uE gute Argumente dafür, dass gegenständlich – wenn überhaupt – ein hypothetischer Markt vorliegt, ohne dass private Marktteilnehmer:innen an der Ausführung dieser Tätigkeit interessiert sind. Dies deshalb, da einerseits mangels der erzielbaren Gewinne für private Marktteilnehmer:innen das Tätigwerden von vornherein uninteressant ist und andererseits nach den uns übermittelten Informationen zum derzeitigen Zeitpunkt keine gemeinnützige Organisation bundesweit Wohnungslosenhilfe nach dem Housing-First-Prinzip erbringt. Vielmehr organisieren sich die meisten dieser gemeinnützigen Organisationen in der einzigen bundesweit tätigen Organisation hierfür, der BAWO. UE spricht daher dieser Umstand auch dafür, dass für die konkret nachgefragte Tätigkeit im Moment keine alternativen Marktteilnehmer:innen zur BAWO bestehen, weshalb dieses Kriterium für das Vorliegen einer nichtwirtschaftlichen Tätigkeit spricht.**

⁸⁴ VfGH 5.10.2023, G 265/2022-45.

- 124 **Entgeltlichkeitskriterium:** Entgeltlichkeit liegt vor, wenn eine Art von Entgelt bzw Gegenleistung gegenüber der:dem Erbringer:in erbracht wird und diese ein Äquivalent zu der erbrachten Leistung iSd, dass zumindest Selbstkostendeckung auf Seiten der Erbringer:innenseite vorliegt.
- 125 Gegenständlich soll die BAWO nach den uns mitgeteilten Informationen für die Abwicklung ein pauschales Leistungsentgelt bekommen, wobei dieses nicht dazu führen soll, dass diese einen Gewinn erzielt, sondern lediglich kostendeckend arbeiten kann. Da der Aufwand im Vorhinein schwer abschätzbar ist (und insb auch davon abhängig sein wird, wie das Projekt von der Zielgruppe angenommen wird), kann es auch sein, dass mit dem im Vorhinein festgelegten Entgelt kein Auslangen gefunden wird. Wir gehen aber selbst in dem Fall davon aus, dass das Entgelt diesfalls trotzdem wohl nicht als „*völlig untergeordnet*“ angesehen werden kann oder sich als „*unwesentlich darstellt*“.
- 126 **Aus unserer Sicht sprechen daher die besseren Argumente dafür, dass gegenständlich Entgeltlichkeit vorliegt, was für eine wirtschaftliche Tätigkeit spricht. Eine abschließende Beurteilung hiervon ist uE aber erst ex post möglich, wenn der gezahlte Pauschalbetrag den tatsächlich anfallenden Kosten gegenübergestellt werden kann.**
- 127 **Kriterium Gewinnerzielungsabsicht:** Hierbei kann bereits auf die Ausführungen unter Rz 111 verwiesen werden. Daraus ergibt sich zusammengefasst, dass die BAWO einerseits aufgrund ihrer Statuten keine Gewinne erzielen darf und andererseits laut den uns mitgeteilten Informationen vertraglich verpflichtet werden wird, allfällige Gewinne aufgrund des erhaltenen Pauschalbetrags für die Abwicklung an das BMSGPK rückzahlen zu müssen.
- 128 **Demnach spricht die fehlende Gewinnerzielungsabsicht uE gegenständlich gegen das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit.**
- 129 **Vor diesem Hintergrund kommen wir zu dem Schluss, dass die Wirtschaftlichkeitskriterien gegenständlich in einer Gesamtschau betrachtet uE für das Vorliegen einer nichtwirtschaftlichen Tätigkeit sprechen, da uE sowohl das Marktkriterium sowie das Kriterium der Gewinnerzielungsabsicht dahingehend zu beurteilen sind. Nicht zuletzt werden nichtwirtschaftliche Tätigkeiten in der Lit⁸⁵ tendenziell solchen zugeordnet, wenn es sich um Tätigkeiten/Leistungen von gemeinnützigen Organisationen handelt, deren Preis durch Spenden gestützt wird. Die BAWO ist ein gemeinnütziger Verein, der überwiegend (zu mehr als 90 %) vom Staat gefördert bzw subventioniert wird und sollen gegenständlich die Kosten für die Abwicklung des Projekts nicht nur gestützt, sondern komplett vom Bund mittels eines Pauschalentgelts übernommen werden. Insofern ist dieser Sachverhalt uE auf den in der Lit vorzuziehen umlegbar, da uE in der Sache kein Unterschied besteht, ob die Möglichkeit zur Erbringung einer Tätigkeit von Spenden oder staatlichen Zuwendungen abhängig ist.**

⁸⁵ Raptis, Wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse – Probleme der Abgrenzung. Z *öffentl Recht* 64, (2009), 83.

4.1.3. Frage I: Ist eine allfällige Beauftragung der BAWO vom Anwendungsbereich des BVergG 2018 aufgrund des § 9 Abs 1 Z 18 BVergG 2018 ausgenommen?

130 UE ist unstrittig, dass mit der gegenständlichen Projektumsetzung allgemeine Interessen verfolgt werden. Dies einerseits im Kontext der Zielgruppe, der wohnungslosen Menschen, die unmittelbar von dem Projekt profitieren, aber auch mittelbar für die „Allgemeinheit“ da diese bspw volkswirtschaftlich davon profitiert, dass weniger Menschen von Wohnungslosigkeit betroffen sind (siehe konkret Pkt 4.1.1).

131 Zur Frage, ob eine nichtwirtschaftliche Dienstleistung gegenständlich vorliegt gibt es uE gegenständlich mehrere Ansatzpunkte, mit denen die Anwendbarkeit des § 9 Abs 1 Z 18 BVergG 2018 begründet werden kann.

- So bestehen uE jedenfalls vertretbare Gründe, dass das Tätigwerden der BAWO in diesem Projekt als der „*unmittelbaren Staatsverwaltung*“ nahekommt. Zudem ergibt sich aus der europäischen Jud zu IT-Dienstleistungen, die die Verwaltung bei ihrer hoheitlichen Aufgabenerfüllung unterstützt, dass diese in Ausübung der öffentlichen Befugnisse erbracht werden und somit als nichtwirtschaftlich zu qualifizieren sind. UE kann auch die Aufgabenerfüllung der BAWO in dem gegenständlichen Projekt als untrennbar mit den hoheitlichen Aufgaben des Staates (soziale Gemeinwohlverpflichtungen gegenüber wohnungslosen Menschen) verbunden angesehen werden. Demnach würde die BAWO bei Beauftragung mit der Abwicklung des gegenständlichen Projekts, **Tätigkeiten in Ausübung öffentlicher Befugnisse erbringen**. Ein solches Tätigwerden ist wiederum jedenfalls als nichtwirtschaftlich zu beurteilen.

Ob die extern auszulagernden Tätigkeiten (technische Umsetzung Datenbank/Online-Antragstool, Wirtschaftsprüfung) untrennbar mit der öffentlichen Aufgabenbesorgung zusammenhängen ist uE insb auch an der EuGH Entscheidung *Compass-Datenbank/Österreich*⁸⁶ zu beurteilen. Hierbei wurde die Führung einer Datenbank als untrennbar mit der öffentlichen Aufgabenbesorgung und insofern als nichtwirtschaftliche Tätigkeit beurteilt. UE kann daher auch argumentiert werden, dass die technische Umsetzung der Datenbank/Online-Antragstool dementsprechend untrennbar mit der Erfüllung der sonstigen nichtwirtschaftlichen Aufgaben in Verbindung steht und als nichtwirtschaftliche Dienstleistung qualifiziert werden kann. Hinsichtlich der Wirtschaftsprüfungsleistungen können uE ähnliche Argumente ins Treffen geführt werden, da ohne des Einsatzes von solchen, den gesetzlichen Vorgaben⁸⁷ nicht effektiv entsprochen werden könnte.

- Ein weiterer Ansatzpunkt hinsichtlich der Nichtwirtschaftlichkeit liegt uE darin, dass man die von der Jud entwickelten Kriterien zu Tätigkeiten iZm der **sozialen Sicherheit** auf gegenständlichen Fall anwendet. So ergibt sich uE unstrittig, dass die hierbei relevanten Kriterien (rein soziale Tätigkeiten, keine Gewinnorientierung, Solidaritätsprinzip, staatliche Kontrolle bzw gesetzliche Determinierung) allesamt vorliegen.

Die extern ausgelagerten Tätigkeiten der BAWO (technische Umsetzung Datenbank/Online-Antragstool, Wirtschaftsprüfung) könnten entsprechend der Ausführung unter Rz 49 uE als

⁸⁶ EuGH 12.06.2012, C-138/11.

⁸⁷ Vgl insb § 6 Abs 1 Z 8 LWA-G Maßnahmen zur Vermeidung von Mehrfachförderungen.

für die Ausführung der nichtwirtschaftlichen Haupttätigkeit erforderlich angesehen werden was bewirken würde, dass auch diese als nichtwirtschaftliche zu qualifizieren wären.

- Zur Beurteilung der Nichtwirtschaftlichkeit können uE schlussendlich auch die **Wirtschaftlichkeitskriterien** herangezogen werden. So liegen uE gute Argumente vor, dass gegenständlich für die zu erbringende Tätigkeit der BAWO – wenn überhaupt – lediglich ein hypothetischer Markt besteht, auf den nach derzeitigem Kenntnisstand zum Zeitpunkt der Gutachterserstellung keine privaten Interessent:innen drängen, was für das Vorliegen einer nichtwirtschaftlichen Tätigkeit spricht. Zudem ist uE unstrittig, dass die BAWO bei Erbringung der Tätigkeiten keine Gewinnerzielungsabsicht vorweisen würde. **Dementsprechend spricht auch das Wirtschaftlichkeitskriterium (mit Ausnahme des Entgeltkriteriums) in einer Gesamtschau für das Vorliegen einer nichtwirtschaftlichen Tätigkeit.**

Bei Verfolgung dieses Ansatzes müssten jedoch uE die ausgelagerten Tätigkeiten der BAWO (technische Umsetzung Datenbank/Online-Antragstool, Wirtschaftsprüfung) von dieser Einordnung getrennt beurteilt werden und diese uE nach den vergaberechtlichen Vorgaben vergeben bzw. beschafft werden.⁸⁸

132 UE ergibt sich daher, dass uE gut bzw. jedenfalls rechtlich vertretbar argumentiert werden kann, dass gegenständlich die BAWO gesamthaft ohne Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens beauftragt werden kann, da der Ausnahmetatbestand des § 9 Abs 1 Z 19 BVergG 2018 gegenständlich einschlägig ist. So liegen nach den oben getätigten Ausführungen bei der Beauftragung der BAWO uE unstrittigerweise Dienstleistungen im Allgemeininteresse vor und kann die Nichtwirtschaftlichkeit uE über drei verschiedene Ansätze, die jeweils für sich alleine die Nichtwirtschaftlichkeit begründen können, argumentiert werden. Festhalten wollen wir idZ auch, dass sich weder aus der Lit noch der Jud ergibt, dass diese unterschiedlichen Ansätze betreffend die Frage der Nichtwirtschaftlichkeit nicht nebeneinander vorliegen können oder sich gegenseitig ausschließen. Vielmehr spricht uE das (zumindest argumentierbare) gleichzeitige Vorhandensein dieser Ansätze umso mehr dafür, dass die Nichtwirtschaftlichkeit der zur beurteilenden Tätigkeit gegenständlich als gegeben zu beurteilen ist.

133 Einschränkend dazu muss festgehalten werden, dass sofern nur der Ansatzpunkt des Wirtschaftlichkeitskriteriums verfolgt wird oder als gegeben angesehen wird und die Beauftragung nur so begründet wird, uE die BAWO nicht gesamthaft mit den Tätigkeiten in Bezug auf die extern zu erbringenden Tätigkeiten beauftragt werden kann, sondern hierfür die vergaberechtlichen Vorgaben zu beachten sind.

134 Vor diesem Hintergrund sowie dem Umstand, dass eine Vergabe der externen Dienstleistungen im Wege einer Direktvergabe nach § 46 BVergG 2018 möglich ist (siehe hierzu sogleich), welche verhältnismäßig ohne übermäßigen Aufwand abgewickelt werden kann, empfehlen wir aus anwaltlicher Vorsicht, diese nach den Regelungen des BVergG 2018 zu vergeben. Explizit soll jedoch festgehalten werden, dass hiermit nicht zum Ausdruck gebracht werden soll, dass die beiden anderen Ansätze (Tätigkeit in Ausübung öffentlicher

⁸⁸ Vgl § 3 BVergG 2018.

Befugnisse oder Tätigkeiten (z. M. sozialer Sicherheit) im Vergleich zu den Wirtschaftlichkeitskriterien tendenziell weniger vorliegen bzw schlechter argumentiert werden können. Diese Empfehlung rührt gegenständlich rein aus einer Abwägung zwischen jedenfalls rechtssicheren Auftragsvergaben (nach dem BVergG 2018), die verhältnismäßig ressourcenschonend abgewickelt werden können, im Vergleich zur Begründung eines Ausnahmebestands, welchem – auch wenn dieser uE gegenständlich gut begründbar ist – immer eine gewisse Rechtsunsicherheit innewohnt.

4.1.4. Folgefrage: Ist eine allfällige Beauftragung der BAWO zumindest betreffend der überwiegend zu erbringenden Abwicklungsleistungen vom Anwendungsbereich aufgrund des § 9 Abs 1 Z 18 BVergG 2018 ausgenommen?

- 135 Wie oben ausgeführt ist eine Beauftragung für die BAWO im Wege des § 9 Abs 1 Z 18 BVergG 2018 je nach Ansatzpunkt für die nichtwirtschaftliche Tätigkeit auch gesamthaft möglich. Sofern man die extern zu beauftragenden Dienstleistungen nicht als nichtwirtschaftliche Tätigkeiten von allgemeinem Interesse beurteilt (da diese nicht mit der Ausübung öffentlicher Tätigkeiten untrennbar verbunden sind bzw nicht als (untergeordnete) Nebentätigkeiten zu beurteilen sind), ist uE nach § 3 BVergG 2018 vorzugehen und dementsprechend die extern zu erbringenden Leistungen nach dem BVergG 2018 zu vergeben bzw zu beschaffen, da es sich sodann um entgeltliche Dienstleistungsaufträge gem § 7 BVergG 2018 handelt.
- 136 Hierbei ist festzuhalten, dass die geschätzten Auftragswerte für die Dienstleistungen der technischen Umsetzung Datenbank/Online-Antragstool bei EUR 70.000,- und für die Wirtschaftsprüfung bei EUR 10.000,- pro Jahr (somit für die gesamte Laufzeit des Projekts bei rund EUR 20.000,-) liegen. Gegenständlich beträgt die Schwelle für die Durchführung einer Direktvergabe gem § 46 iVm § 1 Z 3 Schwellenwertverordnung 2023 EUR 100.000,-.
- 137 Dies hat zur Folge, dass die extern zu vergebenden Aufträge jeweils unter der Direktvergabeschwelle liegen. Dies gilt selbst bei erfolgter Zusammenrechnung nach § 16 Abs 4 BVergG 2018. **Kurzum bedeutet dies, dass die ggf extern zu erbringenden Leistungen uE beide jeweils im Wege einer Direktvergabe gem § 46 BVergG 2018 vergeben werden könnten.**
- 138 **Unabhängig davon könnten die übrigen Leistungsteile, die direkt von der BAWO erbracht werden sollen uE mittels § 9 Abs 1 Z 18 BVergG 2018 und somit ohne Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens beauftragt werden (siehe bereits Frage I).**

4.2. Möglichkeit zur Beauftragung der Beratungseinrichtungen ohne Durchführung eines förmlichen Verfahrens/Beauftragung im Rahmen eines Open-House-Verfahrens

- 139 Gegenständlich sollen der BAWO wie im LWA-G⁸⁹ vorgesehen zur Abwicklung der Unterstützungsleistungen Beratungseinrichtungen nachgeschaltet werden. Diese sollen nach den uns derzeit übermittelten Informationen eine Vielzahl von Tätigkeiten direkt mit der betroffenen Zielgruppe (dh den wohnungslosen Menschen) durchführen, die sich nach derzeitigem Stand in 4

⁸⁹ Vgl § 5 Abs 1.

Phasen gliedern (Anbahnung/Vorbereitung, Matching und Einzug, Nach dem Einzug sowie Allgemeine Tätigkeiten).

- 140 Diese Aufgaben sollen daher von den bereits bestehenden regional tätigen Beratungseinrichtungen und deren mobilen Sozialbetreuer:innen erbracht werden. Vor dem Hintergrund, dass gegenständlich das Angebot der Unterstützungsleistung möglichst flächendeckend angeboten werden soll, wird die Möglichkeit der Durchführung eines Open-House-Verfahrens in Betracht gezogen, sodass ein Pool an Beratungseinrichtungen für die Abwicklung des Projekts Housing First geschaffen wird. Es soll daher im Konkreten aufgrund des Open-House-Verfahrens, eine Art Rahmenvereinbarung mit den, die Zulassungskriterien erfüllenden Beratungseinrichtungen geschlossen werden.
- 141 Aus vergaberechtlicher Sicht spricht uE grundsätzlich nichts gegen die Abwicklung in Form eines Zulassungssystems. Entscheidend wird hierbei uE sein, dass wie bereits unter Pkt 3.4 ausgeführt, bei den Zulassungskriterien darauf Bedacht genommen wird, eine ausgewogene Mischung zwischen sachlich begründbaren Bedingungen als auch Anforderungen an die fachliche Eignung festzulegen (bspw Mindestbelegschaft, Qualifikation, Erfahrung etc) sowie danach zu trachten, dass diese Zulassungskriterien nicht von vornherein auf einige wenige „Player“ auf dem Markt zugeschnitten sind. Zum Zeitpunkt dieses Gutachtens liegen diese Kriterien noch nicht vor, aber bietet uE die ergangene Jud hierbei einen durchaus weiten Ermessensspielraum.
- 142 Entscheidend wird uE auch sein, dass die konkrete Auswahl, welche Beratungseinrichtung konkret zum Zug kommt, von einer:einem Privaten und nicht dem BMSGPK als öffentliche:r Auftraggeber:in getroffen wird. Nach den uns derzeit mitgeteilten Informationen wird eine Ausgestaltung angedacht, in welcher die wohnungslosen Menschen selbst auf eine Beratungseinrichtung zugehen und in diesem Zusammenhang eine Art Vertragsverhältnis mit der jeweiligen Beratungseinrichtung zur Abwicklung des Housing-First Projekts abschließen. Die Auswahl soll daher jedenfalls nicht vom BMSGPK oder einer:eines sonstigen öffentlichen Auftraggeber:in getroffen werden, weshalb diese angedachte Konstruktion uE den Vorgaben der hierzu ergangenen Jud entspricht.
- 143 Hinsichtlich der Vergütung steht nach unserem Informationsstand derzeit in Rede, dass für verschiedene Leistungspakete (Betreuungspakete) eine pauschale Abgeltung vorgesehen sein soll, die in den Verfahrensunterlagen sowie allen sonstigen Bedingungen transparent im Vorhinein (dh bereits im Rahmen der europaweiten Bekanntmachung) festgelegt wird. Diese Vorgehensweise ist uE mit der ergangenen Jud zu Open-House-Verfahren vereinbar.
- 144 Aus der hierzu ergangenen Jud *Tirkonnen* ist es auch unproblematisch, dass dieses Zulassungssystem auf einen bestimmten Zeitraum begrenzt sein wird. Wie lange konkret das Open-House-Verfahren „offen“ sein wird, ist nach unserem Informationsstand zum derzeitigen Zeitpunkt noch offen. Aus der ergangenen Jud gibt sich hierbei jedoch kein Mindest- oder Maximalmaß.
- 145 Hierzu ist uE zudem festzuhalten, dass es aus rechtlicher Sicht uE grundsätzlich auch möglich sein sollte, dass die BAWO hierbei als Auftraggeber:in im Open-House-Verfahren auftritt, solange die vorgenannten Grundsätze eingehalten werden.

4.2.1. Frage II: Können die der Abwicklungsstelle nachgeschalteten Beratungseinrichtungen ohne Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens beauftragt werden bzw diese Leistungen im Wege eines Open-House-Verfahrens beauftragt werden?

- 146 Nach den unter Pkt 4.2 vorgenommenen Ausführungen kann uE hinsichtlich der Beauftragung der der BAWO nachgeschalteten Beratungseinrichtungen grundsätzlich festgehalten werden, dass diese uE grundsätzlich ohne weiteres im Zuge eines Open-House-Verfahrens beauftragt werden können. Entscheidend ist hierbei jedoch die genaue Ausgestaltung der Verfahrensunterlagen und die darin enthaltenen Bedingungen (insb Zulassungskriterien, Abrufmodalitäten etc). Da diese gegenständlich noch nicht final vorliegen, kann daher noch keine abschließende Beurteilung vorgenommen werden.
- 147 **Abschließend kann aber festgehalten werden, dass unter der Prämisse, dass das Open-House-Verfahren entsprechend der derzeitigen Informationen (siehe Pkt 4.2) ausgestaltet wird uE ex ante gute Gründe dafürsprechen sollten, dass eine Beauftragung der Beratungseinrichtungen im Wege eines Open-House-Verfahrens möglich sein sollte.**

Mit freundlichen Grüßen

(Christian Gruber)