ÖFFENTLICHE AUSSCHREIBUNG UND INHOUSE-VERGABE

Die auf kommunaler Ebene in letzter Zeit immer beliebter werdenden öffentlich-privaten Partnerschaften (sog. PPP-Modelle) mussten bisher nicht öffentlich ausgeschrieben werden. Durch ein aktuelles Urteil des Europäischen Gerichtshofes ergeben sich aber künftig für derartige PPP-Modelle schwerwiegende Konsequenzen.

Konkret ging es um die Frage, ob ein öffentlicher Auftraggeber einen Dienstleistungsauftrag ohne öffentliche Ausschreibung an eine Firma vergeben darf, deren Kapital mehrheitlich von eben diesem öffentlichen Auftraggeber und minderheitlich von einer privaten Gesellschaft gehalten wird. Der EuGH sagt nun im Falle eines solchen „Inhouse"-Verhältnisses eindeutig „Nein".

Achtung!
Damit wird diese Organisationsform, bei der sich kommunale Unternehmen durch die Aufnahme eines privaten Partners das nötige Kapital oder Know-how für die Durchführung bestimmter Projekte beschaffen, sicher an Anziehungskraft verlieren. Denn die Folge dieser Entscheidung ist, dass bei derartigen PPP-Konstruktionen nun in jedem Fall eine öffentliche Ausschreibung stattzufinden hat, selbst wenn die Beteiligung des Privaten an der Tochter des öffentlichen Auftraggebers auch nur 1 Prozent beträgt.

Sachverhalt:
Anlassfall für dieses Urteil war eine Auftragsvergabe ohne Ausschreibung durch die Stadt Halle in Deutschland. Diese Direktvergabe zur Abfallverwertung erfolgte an eine Gesellschaft, an der die Stadt indirekt zu 75 % beteiligt war. Eine private Gesellschaft hielt die übrigen 25 %. Die Stadt Halle vertrat daher den Standpunkt, aufgrund ihrer mehrheitlichen Beherrschung der Gesellschaft, handle es sich bei der stattgefundenen Direktvergabe um ein sog. „Inhouse Geschäft", bei dem die Vorschriften über das öffentliche Auftragswesen keine Anwendung finden. Diese Auffassung wurde nun durch das EuGH-Urteil korrigiert.

1. Urteil des EuGH:
Mit Spruch vom 11.01.2005 fällte der EuGH zur Zulässigkeit von Inhouse-Geschäften folgendes Urteil:
„Beabsichtigt ein öffentlicher Auftraggeber, mit einer Gesellschaft, die sich rechtlich von ihm unterscheidet und an deren Kapital er mit einem oder mehreren privaten Unternehmen beteiligt ist, einen entgeltlichen Vertrag über Dienstleistungen zu schließen, so sind die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge stets anzuwenden."

Begründung:
In der Begründung führte der EuGH zum Tatbestand der Beherrschung an, dass eine Kontrolle des öffentlichen Auftraggebers über die leistungserbringende Gesellschaft wie über eine eigene Dienststelle für den Fall einer auch nur minderheitlichen Beteiligung eines privaten Dritten an der Gesellschaft ausgeschlossen ist.

Als wichtigstes Argument gegen die Anwendbarkeit der Inhouse-Vergabe bei Beteilung Privater am leistenden Unternehmen wurde vom EuGH eine Gefährdung des Hauptzieles der gemeinschaftlichen Vorschriften zum öffentlichen Auftragswesen angeführt:

Die verfahrensfreie Vergabe an gemischt-wirtschaftliche Unternehmen würde den freien Dienstleistungsverkehr und den Wettbewerb innerhalb der EU gefährden, da derartige wirtschaftliche Engagements von Privaten diesen einen Vorteil gegenüber der Konkurrenz verschaffen könnten.

Auswirkungen:
Der EuGH hat mit dieser nicht unumstrittenen Entscheidung zweifellos der Praxis der verfahrensfreien Vergabe an gemischt-wirtschaftliche Unternehmen eine Absage erteilt, deren Folgen noch nicht zur Gänze abschätzbar sind.

Fallbeispiele:

1. **Kommission /Republik Österreich**

In dieser Rechtssache beschloss eine Stadtgemeinde, ihrer Pflicht zur Abfallentsorgung durch eine von ihr zu 100% gehaltene GmbH nachzukommen. Im Gemeinderat wurde neben der vergabeverfahrensfreien Übertragung der Abfallbeseitigung an die Gesellschaft außerdem beschlossen, einen Anteil von 49% an ein Privatunternehmen zu veräußern. Diese Inhouse-Vergabe an die gemischt-wirtschaftliche Abfallwirtschaftsgesellschaft wurde von der EU-Kommission als Verletzung der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften zum öffentlichen Auftragswesen angesehen.

Im Schlussantrag des Generalanwalts wird auf das Urteil in der Rechtssache Stadt Halle verwiesen, wonach jede Beteiligung eines privaten Gesellschafters **die geforderte Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle** ausschließt. Nach Ansicht des Generalanwalts ist die Anteilsübertragung an den privaten Dritten in unmittelbarem Zusammenhang mit der Inhouse-Vergabe zu sehen.

Im Lichte der neuen Rechtssprechung des EuGH ist der Ansicht des Generalanwalts wohl zu folgen und stellt die Inhouse-Vergabe an die gemischtwirtschaftliche Abfallentsorgungsgesellschaft daher zweifellos eine Verletzung des Gemeinschaftsrechts dar.

2. **Kommission/ Bundesrepublik Deutschland**

Im ersten Fall wurde eine gemischt-wirtschaftliche Gesellschaft langfristig von der Stadt Köln mit der Abfallverwertung beauftragt, ohne den Zuschlag in einem Vergabenverfahren erhalten zu haben. Der zweite Fall betraf die Vergabe eines Auftrages zur Abfallbeseitigung an ein öffentliches Unternehmen mit privater Beteiligung ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens.

In beiden Fällen beruft sich die Bundesrepublik auf das Vorliegen von Inhouse-Geschäften als Ausnahme von der Geltung des Vergaberechts, um die fehlende Durchführung von Vergabeverfahren zu rechtfertigen. Die Kommission begründet ihre Vorgangsweise wiederum mit der mangelnden Beherrschung gleich einer eigenen Dienststelle und dem daraus folgenden Fehlen einer zwingenden Voraussetzung zur Durchführung von Inhouse-Geschäften.

Durch die Klarstellung des EuGH, dass eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle durch die Beteiligung privater Dritter ausgeschossen ist, ist der Ansicht der Kommission zu folgen und sind die durchgeführten Inhouse-Vergaben gemeinschaftswidrig.

Resümee:
Die Erteilung von Aufträgen an öffentlich-private Partnerschaften im Rahmen der Inhouse-Vergabe wird nach der neuen Rechtsprechung des EuGH nicht mehr möglich sein.

Öffentlich-öffentliche Partnerschaften

Freihändige Auftragsvergaben der öffentlichen Hand im Rahmen des Inhouse-Privilegs einerseits an gemischtwirtschaftliche Unternehmen, aber auch andererseits an rein öffentliche Einrichtungen, sind seit langem Gegenstand heftiger Diskussionen. Der EuGH engte diesen bisher vergaberechtsfreien Raum in zwei Grundsatzentscheidungen auf ein Minimum ein:

In der oben behandelten „Stadt Halle Entscheidung“ dehnte der EuGH den Anwendungsbereich des Vergaberechts erheblich aus und untersagte die Inanspruchnahme des Inhouse-Privilegs bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen und zwar unabhängig vom Umfang der privaten Beteiligung an der Gesellschaft.

2. Urteil des EuGH:

In einer zweiten Entscheidung vom 13.01.2005 Kommission/ Königreich Spanien unterwarf der EuGH auch Kooperationsvereinbarungen dem Vergaberecht, welche die allgemeine Staatsverwaltung mit anderen öffentlichen Einrichtungen bzw. diese untereinander schließen, sofern die öffentliche Stelle über den anderen Rechtsträger nicht eine Kontrolle ausübt wie über eine eigene Dienststelle und diese zugleich im wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber tätig ist.

Sachverhalt:

Die EG-Kommission beantragte die Verurteilung des Königreichs Spanien wegen der Verletzung von Pflichten aus dem EG-Vertrag, weil das neu gefasste Gesetz über öffentliche Aufträge Kooperationsvereinbarungen zwischen der öffentlichen Verwaltung und den übrigen öffentlichen Einrichtungen und damit auch solche Vereinbarungen, die öffentliche Aufträge im Sinne der Richtlinien sind, vom Anwendungsbereich des Gesetzes vollkommen ausgeschlossen hat.

Der EuGH betont in dieser Entscheidung:

(Auch) für öffentlich-öffentliche Partnerschaften („OPP“) müssen dieselben Maßstäbe wie für Public-Private-Partnerships“ („PPP“) gelten. Dies bedeutet praktisch, dass eigentlich jede OPP zukünftig öffentlich ausgeschrieben werden müsste, weil der geforderte Beherrschungsgrad im Rahmen der Zusammenarbeit zwischen (Gebiets)-Körperschaften nicht erreichbar ist.

Die Entscheidung Kommission/ Spanien betrifft in erster Linie die interkommunale Zusammenarbeit. Die Gemeinden haben sich insbesondere im Bereich der Abwasserver- und –entsorgung sowie der Abfallwirtschaft vielfach zu OPP entschlossen. Eine solche OPP kann zum einen im Wege des Zusammenschlusses mehrerer (Orts-)Gemeinden zu einem Gemeindeverband erfolgen. Zum zweiten sind die Gemeinden selbständige Wirtschaftskörper, die aufgrund der ihnen zukommenden Privatautonomie Kapitalgesellschaften zur Besorgung öffentlicher Aufgaben gründen können. Zum dritten können Aufgaben auch im Wege eines (privatrechtlichen) Vertrages von einer Gemeinde auf eine andere übertragen werden.

In den ersten beiden Fällen (Bildung eines Gemeindeverbandes durch Vereinbarung oder Gründung eines öffentlich-öffentlichen Unternehmens) liegt keine Personenidentität zwischen ausgliederndem und ausgegliedertem Rechtsträger vor; es wurde also jedenfalls ein „Vertrag zwischen einer Gebietskörperschaft und einer rechtlich verschiedenen Person geschlossen“, welcher nach dieser zweiten Entscheidung des EuGH künftig dem Vergaberecht unterliegen soll.

Aber auch bei einem öffentlich-rechtlichen Übertragungsakt könnte in Zukunft kein vergabefreier Raum vorliegen. So deutet beispielsweise die deutsche Rechtsprechung die Ausgliederung von Aufgaben von einer Gemeinde an eine andere durch öffentlich-rechtlichen Vertrag (teilweise) als einen dem Vergaberecht unterliegenden Vertrag.

Beherrschung:

Die vom EuGH für diese Fälle verlangte Beherrschung wird daher bei diesen OPP nicht erreichbar sein. Erfolgt die interkommunale Zusammenarbeit durch die Bildung eines Gemeindeverbandes, darf die verbandangehörige Gemeinde die an den Gemeindeverband übertragenen Aufgaben nicht mehr selbst besorgen. Zudem hat sie –und das ist entscheidend – gegenüber den Organen des Gemeindeverbandes kein Weisungs- sowie Aufsichts- oder Überprüfungsrecht.
Die verbandsangehörige Gemeinde kann ihren Einfluss auf die Besorgung der Aufgaben, welche dem Gemeindeverband übertragen wurden, nur mehr durch die Bestellung ihres Vertreters in den Organen des Gemeindeverbands geltend machen. Daher kann bei dieser Form der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit von einer Kontrolle wie über eine eigne Dienststelle keine Rede sein.

Aber auch bei einer OPP im Wege eines gemischt öffentlichen Gemeinschaftsunternehmens ist der vom EuGH geforderte Beherrschungsgrad nicht zu erreichen. In der Gesellschaft kann sich – schon aus Gründen der Gemeindeautonomie – nicht eine Gemeinde der anderen so unterordnen, dass diese beherrschende Gemeinde über das Gemeinschaftsunternehmen eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt.

Es wird sich daher um ein gemeinsam beherrschtes Unternehmen handeln, mit dem die einzelnen Gesellschafter nicht so schalten und walten können, wie mit einer eigenen Dienststelle. Wird die Aufgabenbesorgung mittels Vertrags auf eine andere Kommune übertragen, kann von Beherrschung auch keine Rede mehr sein.

Ausblick:

Folgt man daher dem EuGH, so sind folgende wesentliche Konsequenzen aus der Entscheidung Kommission/ Spanien abzuleiten:

- Erstens ist nur mehr die Inhouse-Vergabe an nicht selbständige Wirtschaftskörper oder an Eigengesellschaften möglich, die im alleinigen Eigentum des ausgliedernden Rechtsträgers stehen.
- Zweitens sind auch bestehende Verträge zur interkommunalen Zusammenarbeit – insbesondere wenn es sich um langfristige Verträge handelt – in Gefahr. Die EG-Kommission könnte Vertragsverletzungsverfahren einleiten und so gegen diese Verträge vorgehen. Dann wäre wohl eine Neuausschreibung unumgänglich, um die Verhängung von Zwangsgeldern zu vermeiden.

Stand: Februar 2013

Dieses Merkblatt ist ein **Produkt der Zusammenarbeit aller Wirtschaftskammern**.
Bei Fragen wenden Sie sich bitte an die Wirtschaftskammer Ihres Bundeslandes:
Burgenland, Tel. Nr.: 05 90907, Kärnten, Tel. Nr.: 05 90904, Niederösterreich Tel. Nr.: (02742) 851-0,
Oberösterreich, Tel. Nr.: 05 90909, Salzburg, Tel. Nr.: (0662) 8888-0, Steiermark, Tel. Nr.: (0316) 601-0,
Tirol, Tel. Nr.: 05 90905-1111, Vorarlberg, Tel. Nr.: (05522) 305-0, Wien, Tel. Nr.: (01) 51450-1010,
Hinweis: Diese Information finden Sie auch im Internet unter http://wko.at. Alle Angaben erfolgen trotz sorgfältigster Bearbeitung ohne Gewähr. Eine Haftung der Wirtschaftskammern Österreichs ist ausgeschlossen. Bei allen personenbezogenen Bezeichnungen gilt die gewählte Form für beide Geschlechter!