

Öffentliches Auftragswesen;

Inhouse-Geschäft, Rechtsschutz bei De-facto-Vergabe, Vergabe von Dienstleistungskonzessionen

Rd.Erl. d. MW vom 16.03.2005 - 26.3- 32570/ 34

- VORIS 72082 -

- Im Einvernehmen mit MI und MF -

1. Inhouse-Geschäft (Eigenleistungen)

Unter einem vergaberechtlichen Inhouse-Geschäft wird die Leistungserbringung innerhalb einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft oder mit einem eng verbundenen Auftragnehmer verstanden. Unter bestimmten Voraussetzungen sind derartige Vergaben (= Eigenleistungen) nicht den Regelungen des Vergaberechts unterworfen.

Der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 18.11.1999 (Rs. C-107/98 - Teckal) festgestellt, dass das Vergaberecht bei Dienstleistungsaufträgen dann anzuwenden ist, wenn der Vertrag zwischen einer Gebietskörperschaft und einer von dieser rechtlich verschiedenen Person geschlossen wird. Nach dieser Rechtsprechung liegt eine Eigenleistung nur vor, wenn im Wesentlichen folgende Kriterien kumulativ gegeben sind:

- 1.1 Der öffentliche Auftraggeber ist am Auftragnehmer nicht nur anteilmäßig beteiligt, sondern
- 1.2 er übt eine umfassende Kontrolle über den Auftragnehmer wie über seine eigenen Dienststellen aus,
- 1.3 der Auftragnehmer ist im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber tätig.

In Verbindung mit dem EuGH - Urteil vom 11.01.2005 (Rs. C-26/03 - Stadt Halle) sind hieraus - je nach Fallkonstellation - differenzierte Rechtsfolgen abzuleiten.

- a) Eigengesellschaften (zu 100% in kommunaler Hand):

Grundsätzlich hat der EuGH die Zulässigkeit von Inhouse-Geschäften bestätigt, die im Rahmen der kommunalen Planungshoheit getätigt werden. Danach haben Öffentliche Auftraggeber die Möglichkeit, ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen administrativen, technischen und sonstigen Mitteln zu erfüllen, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu ihren Dienststellen gehören. Es liegt damit kein öffentlicher Auftrag an einen Auftragnehmer vor mit der Folge, dass die Bestimmungen des Vergaberechts hier nicht angewendet werden müssen.

- b) Gemischt - öffentliche Unternehmen (Anteile in der Hand mehrerer öffentlicher Träger):

Für gemischt - öffentliche Unternehmen gelten die Ausführungen zu a) entsprechend, sofern die genannten Kriterien 1.1 bis 1.3 erfüllt sind.

- c) Gemischt - wirtschaftliche Unternehmen (Anteile mehrheitlich in öffentlicher, minderheitlich in privater Hand):

Die öffentliche Auftragsvergabe unterliegt der Anwendung des Vergaberechts und somit dem Vergabeverfahren, sobald eine – auch nur minderheitliche – Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Gesellschaft, an der auch der betreffende öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, besteht. Diese Konstellation schließt in jedem Fall aus, dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt, wie über seine eigenen Dienststellen. Anderenfalls würden das Ziel eines freien und unverfälschten Wettbewerbs und der Grundsatz der Gleichbehandlung beeinträchtigt, weil eine Vergabe ohne Ausschreibung an die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft einen Vorteil zugunsten des hieran beteiligten privaten Unternehmens gegenüber seinen Konkurrenten darstellen würde.

2. Rechtsschutz bei De-facto-Vergabe

Gemäß dem EuGH-Urteil vom 11.01.2005 unterliegt auch die so genannte De-facto-Vergabe, also die formlose Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages ohne Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen, dem vergaberechtlichen Rechtsschutz, sofern der Auftragswert die einschlägigen Schwellenwerte für eine europaweite Ausschreibung überschreitet.

Hiernach erstreckt sich dieser Rechtsschutz auch auf Entscheidungen, die ein öffentlicher Auftraggeber außerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens trifft, indem er einen Auftrag nicht im Wege eines Vergabeverfahrens, sondern freihändig vergibt. Hiergegen kann ein Nachprüfungsverfahren bei der zuständigen Vergabekammer eingeleitet werden, sobald den interessierten Unternehmen eine entsprechende Willensäußerung des Auftraggebers zur Kenntnis gelangt. Dabei ist unerheblich, ob der Antragsteller schon eine formale Bieter- oder Bewerbungsbereitschaft aufweist.

Nicht nachprüfbar sind jedoch Handlungen, die eine bloße Vorstudie des Marktes darstellen oder die rein vorbereitend sind und sich im Rahmen der internen Überlegungen des öffentlichen Auftraggebers im Hinblick auf die Vergabe eines öffentlichen Auftrages abspielen.

3. Vergabe von Dienstleistungskonzessionen

3.1 Definition

Als Dienstleistungskonzession wird in der Mitteilung der EU-Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht (EU-Amtsblatt C 121, 29.04.2000) ein dem Staat zurechenbarer Akt definiert, durch den eine Behörde einem Dritten, entweder vertraglich oder durch einen einseitigen Akt mit Zustimmung dieses Dritten, die vollständige oder teilweise Durchführung von Dienstleistungen überträgt, die grundsätzlich in die Zuständigkeit des Staates fallen und für die der Dritte die Nutzung trägt.

Eine Dienstleistungskonzession ist damit ein Vertrag eines öffentlichen Konzessionsgebers mit einem Unternehmer, der einerseits die Gestaltung und unter Umständen auch Verpflichtung zur Erbringung einer Dienstleistung enthält und andererseits hierfür aber kein Entgelt des Konzessionsgebers vorsieht, sondern das wirtschaftliche Risiko dem Unternehmer überantwortet, der sich in der Regel durch Entgelte Dritter oder sonstige entgeltliche Leistungen

an Dritte refinanziert. Begriffs prägend für die Dienstleistungskonzession sind die Gestaltung durch den Konzessionsgeber und das eigene wirtschaftliche Risiko des Konzessionärs.

3.2 Vergabe

Dienstleistungskonzessionen unterliegen im Gegensatz zu Dienstleistungsaufträgen nicht den Ausschreibungsregeln des Vergaberechts. Somit unterliegen entsprechende Vergaben weder dem Rechtsschutz des 4. Teils des GWB, noch können sie Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer sein. Gleichwohl sind Dienstleistungskonzessionen nicht vollständig dem Wettbewerbsrecht nach dem EG-Vertrag entzogen. Vielmehr müssen sie nach den Vorschriften und Grundsätzen des Wettbewerbsrechtes des EG-Vertrages (insbesondere den Artikeln 28 bis 30 und 43 bis 55) sowie den in der Rechtsprechung des EuGH festgesetzten Prinzipien vergeben werden.

Vom Konzessionsgeber sind bei der Vergabe einer Dienstleistungskonzession folgende Grundsätze zu beachten:

Gleichbehandlung

Die zugrunde gelegten Regeln für die Vergabe müssen allen Bietern/ Bewerbern bekannt sein und diskriminierungsfrei auf die gleiche Art und Weise auf sie angewendet werden.

Transparenz

Ein transparentes Verfahren sichert die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung aller potentiellen Bieter, indem es unverfälschte Wettbewerbsbedingungen garantiert. In den notwendigen Informationen für mögliche Bewerber sind der Gegenstand der Konzession sowie Art und Umfang der vom Konzessionär erwarteten Leistungen anzugeben.

Verhältnismäßigkeit

Der Konzessionsgeber definiert das verfolgte Ziel (insbesondere technische Spezifikationen). Die gewählten Maßnahmen dürfen jedoch nicht die Grenzen dessen überschreiten, was zur Erreichung des Ziels notwendig und geeignet ist. Unverhältnismäßig hohe Standards hinsichtlich der technischen, fachlichen und finanziellen Anforderungen sind nicht gestattet. Die Laufzeit der Konzession ist so festzulegen, dass der freie Wettbewerb nur soweit eingeschränkt wird, wie die Amortisierung der Investitionen und die angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals es erfordern.

Gegenseitige Anerkennung

Ein EU-Mitgliedstaat muss die Erbringung von Dienstleistungen durch einen Wirtschaftsteilnehmer aus einem anderen Staat der EU zulassen, wenn diese Dienstleistungen den vom Bestimmungsland festgelegten, gerechtfertigten Vorgaben entsprechen (Herkunftslandprinzip). Danach sind technische Spezifikationen, Kontrollen, Titel, Bescheinigungen und Qualifikationen aus einem anderen EU-Mitgliedstaat vom Konzessionsgeber zu akzeptieren, soweit sie in Bezug auf die von ihm festgelegten Erfordernisse im Bestimmungsland als gleichwertig anerkannt sind.

4. Schlussbestimmung

Die genannten Grundsätze zu Nr. 1 und Nr. 2 gelten auch für die Vergabe von Bau- und Lieferaufträgen sowie für Auftragsvergaben freiberuflicher Leistungen.