

P/S/R INSTITUT Fachbeitrag

02/2013

Inhouse Vergabe: Alle Details

Herausgeber: P/S/R INSTITUT
Autor: Mag. Birgit Mitterlehner Bakk.phil. MA
Datum: 22. Mai 2013

Der Europäische Binnenmarkt hat den Wettbewerb für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) geöffnet. In diesem Wettbewerb besteht Ausschreibungspflicht für Leistungen über einem gewissen Schwellenwert und das Vergaberecht findet Anwendung. Dieses wird derzeit novelliert. Dazu soll eine Konzessionsrichtlinie verabschiedet werden. Doch: Muss die öffentliche Hand Leistungen der Daseinsvorsorge in den Wettbewerb stellen und in der Folge auch das mittlerweile hochkomplexe Vergaberecht anwenden? Nein! Es gibt durchaus Regeln und Möglichkeiten, nach welchen die öffentliche Hand vergaberechtsfrei agieren kann. So kann sie im Bereich der Daseinsvorsorge frei entscheiden, ob sie Leistungen selbst erbringt, oder ob sie diese von Dritten erbringen lässt oder ganz auslagert. Diese Möglichkeit DAWI selbst zu erbringen beschreibt sogenannte „In-Sich-Geschäfte“ und wird als Inhouse-Vergabe bezeichnet. Da es sich in diesem Fall nicht um einen Zukauf von Dritten zur Erbringung von Leistungen durch einen entgeltlichen Vertrag handelt und die öffentliche Hand demnach weiterhin eine Erbringerrolle als Daseinsvorsorger einnimmt, stellt diese keine öffentliche Beauftragung dar. Dies gilt auch im Falle der Verabschiedung des Konzessionsrichtlinienentwurfs und somit auch für den Wassersektor. Somit erzwingt die EU weder eine Privatisierung noch einen Wettbewerb, sondern gibt lediglich Regeln für diesen vor.

Wann sind Inhouse Vergaben erlaubt?

Derzeit beinhaltet das geltende Gemeinschafts-Vergaberecht lediglich in Bezug auf die Sektorenrichtlinie eine Klausel, welche von einer Ausschreibungspflicht bei gemeinsamen und verbundenen Unternehmen absieht.¹ Die EuGH-Rechtsprechung hat diese „Spielregeln“ ausformuliert und in den letzten Jahren deutlich verschärft.² Diese „Spielregeln“ wurden *grosso modo* auch in die neuen Richtlinienentwürfe zur klassischen Vergabe, Sektorenvergabe bzw. Konzessionsvergabe mit aufgenommen. Die Verabschiedung der Konzessionsrichtlinie würde somit zum einen für mehr Rechtssicherheit, zum anderen jedoch auch für mehr Rigorosität sorgen.³

Erlaubt sind Inhouse-Vergaben nach bisheriger Rechtsprechung, gesetzt dem Falle, dass keinerlei Privatvermögen am Konzessionärs-Unternehmen beteiligt ist,⁴ der öffentliche Auftraggeber über dieses Kontrolle ausübt, wie über seine eigenen Dienststellen und der Konzessionär seine Tätigkeiten im

¹ Art. 23 der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl 2004 L 134, 1.

² Vgl. EuGH, Rs C-107/98, *Teckal Srl/Gemeinde Aviano* (Teckal), Slg 1999 I-08121, EuGH, Rs C-26/03, *Stadt Halle und RPL Recyclingpark Lochau GmbH/Arbeitsgemeinschaft TREA* (Stadt Halle), Slg 2005, I-1; EuGH, Rs C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO)/Transformación Agraria SA (TRAGSA) u. Administración del Estado (Asemfo)*, Slg 2007, I-2999 etc.

³ KOM(2011) 897 vom 20. Dezember 2011, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe; Dies entspricht nicht den im öffentlichen Interesse liegenden Zielen: vgl. dazu EuGH, Rs C-26/03, *Stadt Halle*, Slg 2005, I-1Rn 50.

Wesentlichen für diesen verrichtet.⁵ Dies nennt man das Teckal- oder auch das Kontroll- und Wesentlichkeitsprinzip.⁶ Das Kontrollprinzip wurde in Art. 15 Abs. 1 lit b) des Konzessionsrichtlinienentwurfs aufgenommen:

„Eine von einem öffentlichen Auftraggeber oder einer Vergabestelle [...] an eine andere juristische Person vergebene Konzession fällt nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie, wenn sämtliche der nachfolgend genannten Bedingungen erfüllt sind:

[...]

b) mindestens 90 % der Tätigkeiten der juristischen Person werden für den öffentlichen Auftraggeber bzw. die Vergabestelle, der bzw. die die Kontrolle ausübt, oder für andere von ihm bzw. ihr kontrollierte juristische Personen ausgeführt;“

Diese Klausel impliziert jedoch eine Ausschreibungspflicht bei der Konzessionsvergabe an Mehrspartenunternehmen.⁷ Sie wurde in dieser Form in der Abstimmung des Binnenmarktausschusses des Europäischen Parlaments im Januar 2013 nicht nur angenommen,⁸ sondern sogar ausformuliert, indem der Begriff Tätigkeiten in lit b) durch average total turnover ersetzt wurde.⁹

Um eine etwaige Ausschreibungspflicht zu umgehen, müsste somit künftig in Mehrspartenunternehmen bis 2020 eine Trennung erfolgen. Ob eine buchhalterische Ausgliederung wirklich reicht oder eine kostenintensivere informationelle, organisatorische oder gesellschaftsrechtliche Trennung nötig wäre, ist jedoch nicht geklärt. Dies hängt auch davon ab, wie der Wortlaut der Klausel nach den Trilog-Verhandlungen schlussendlich lautet

Wesentlichkeitskriterium als Inhouse-Kriterium bei Konzessionen

Das Wesentlichkeitskriterium gilt als Voraussetzung für die Inhouse-Vergabe und bezieht sich auf den erwirtschafteten Umsatz. Es wurde bisher informell als 80%-Umsatzgrenze interpretiert, was bedeutet,

⁴ Vgl. Rs C-26/03, *Stadt Halle*, Slg 2005, I-1.

⁵ Diese sogenannten Kontroll- und Wesentlichkeitsprinzipien haben sich maßgeblich aus der EuGH-Gesetzgebung entwickelt. Es handelt sich somit um einen quasi verwaltungsinternen Vorgang: vgl. dazu EuGH, Rs C-458/03, *Parking Brixen/Gemeinde und Stadtwerke Brixen* (Parking Brixen), Slg 2005, I.8585.: Kontrolle bedeutet, dass die öffentliche Stelle, die diese ausübt, in der Lage sein muss, „sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen.“; Vgl. dazu auch EuGH, Rs C-107/98, *Teckal*, Slg 1999 I-08121 Rn 50.

⁶ Diese wurden in der EuGH-Rsp näher ausformuliert.

⁷ KOM(2011) 897 vom 20. Dezember 2011.

⁸ Committee on the Internal Market and Consumer Protection, Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts (COM(2011)0897 – C7-0004/2012 – 2011/0437(COD)), http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2F%2FEP%2F%2FNONSGML%2BCOMPARL%2BPE-492_669%2B02%2BDOC%2BPDPDF%2BV0%2F%2FEN; Einzig der Wert des extern zu erwirtschaftenden Umsatzes wurde von 90% auf 80% abgeändert.

⁹ Committee on the Internal Market and Consumer Protection, Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement (COM(2011)0896 – C7-0006/2012 – 2011/0438(COD)), <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201301/20130110ATT58822/20130110ATT58822EN.pdf>.

dass 80% des Umsatzes vom öffentlichen Auftraggeber stammen müssen und höchstens 20% am freien Markt ausgeübt werden dürfen. In der Rs *Asemfo* erhöhte der EuGH diesen Wert explizit auf 90%.¹⁰ Das Wesentlichkeitskriterium wurde so auch in den Kommissionrichtlinienentwurf aufgenommen,¹¹ vom Binnenmarktausschuss des Europäischen Parlaments in seinem Kompromissvorschlag jedoch wieder auf 80% herunter gesetzt. Dies ist vor allem für Unternehmen von Bedeutung, die einen wesentlichen Teil ihrer Leistungen am freien Markt erbringen (z. B. Energie) bzw. für Mehrspartenunternehmen, welche Sparten abdeckten, in denen ein Großteil der Leistungen am freien Markt ausgeübt wird, sodass sie als Ganzes die 80%-Schwelle nicht schaffen würden.

Privatbeteiligung

In Bezug auf die Inhouse Vergabe hat der EuGH seine Rechtsprechung im Laufe der Jahre maßgeblich geändert: So wurden in der Rs *Teckal* Inhouse-Vergaben an gemischt-wirtschaftliche Unternehmen als für erlaubt empfunden,¹² dies jedoch in der Rs „Halle“ wieder revidiert: Bei Minderheitsbeteiligungen bzw. gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen ist eine Inhouse-Vergabe mittlerweile nicht mehr möglich, da dies dem freien und unverfälschten Wettbewerb sowie dem Gleichbehandlungsgrundsatz entgegenstehen würde, hätte doch der private Mitanbieter einen Vorteil gegenüber etwaigen Konkurrenten.¹³ Lediglich die Beauftragung von ausschließlich im Eigentum mehrerer Verwaltungsträger stehender gemischt-öffentlicher Gesellschaften ist somit zulässig.¹⁴ Diese Neuregelung hatte unbestreitbar Auswirkungen auf die Organisation der Daseinsvorsorge in Europa, da öffentliche Unternehmen mit der Entscheidung in der Rs *Halle* entweder zur Rekommunalisierung gezwungen wurden oder in den Wettbewerb treten mussten.

Kontrollprinzip: Inhouse Vergabe an öffentlich-öffentliche Partnerschaften

Prinzipiell muss neben dem Wesentlichkeitskriterium auch das Kontrollkriterium erfüllt und in der Folge eine gemeinsame Kontrolle vorhanden sein. Die EuGH Rechtsprechung bestätigt diesbezüglich die vergaberechtsfreie Vergabe im Falle einer von mehreren öffentlichen Auftraggebern ausgeübten Kontrolle – z. B. durch Mehrheitsentscheidung.¹⁵ Wenngleich diese Kontrolle nicht von jedem einzelnen

¹⁰ EuGH, Rs C-295/05, *Asemfo*, Slg 2007, I-2999; KOM(2011) 895 vom 20. Dezember 2011, Vorschlag für eine Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste; KOM(2011) 896 vom 20. Dezember 2011, Vorschlag für eine Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe; KOM(2011) 897 vom 20. Dezember 2011, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe.

¹¹ KOM(2011) 897 vom 20. Dezember 2011.

¹² Vgl. EuGH, Rs C-107/98, *Teckal*, Slg 1999 I-08121.

¹³ Vgl. Rs C-26/03, *Stadt Halle*, Slg 2005, I-1.

¹⁴ Vgl. *Österreichischer Städtebund*, Europäisches Vergaberecht: Österreichs Kommunen fordern Rechtssicherheit (2009).

¹⁵ EuGH, Rs C-324/07, *Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale*, (Coditel Brabant), Slg 2008, I-8457, Rn 51.

ausgeübt werden muss,¹⁶ ist hierbei eine Beteiligung sowohl am Kapital als auch an den Leitungsorganen der Einrichtung aller (!) Partner von Nöten,¹⁷ um die Kriterien einer Inhouse Vergabe zu erfüllen. Auch war lange strittig, ob an 100% öffentlichen Aktiengesellschaften Inhouse vergeben werden kann. Dies wurde durch die Entscheidung in der Rs Sea Srl geklärt.¹⁸ Demnach sind Inhouse-Vergaben auch bei Aktiengesellschaften möglich, sofern zum Zeitpunkt der Vergabe keine Privatbeteiligung ersichtlich ist oder anvisiert wird und das Kontroll- und Wesentlichkeitskriterium nach Maßgabe der Satzung erfüllt ist. Eine Teilprivatisierung im Anschluss an eine Inhouse Vergabe ist bei AGs und GmbHs nicht rechtskonform.¹⁹

In der Rs Stadtreinigung Hamburg ist erstmals ein Urteil über die horizontale Zusammenarbeit gefallen. Dazu müssen für ein vergaberechtsfreies Vorgehen folgende Kriterien erfüllt sein:

- (1) Erfüllung einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe bzw. von Aufgaben, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen;
- (2) die Kooperation erfolgt ausschließlich zwischen öffentlichen Stellen ohne die Beteiligung Privater;
- (3) die Kooperation erfolgt auf vertraglicher Grundlage oder in Form einer institutionalisierten Zusammenarbeit wie beispielsweise einem Zweckverband.²⁰

Der Konzessionsrichtlinienentwurf beinhaltet die allgemeinen Regeln zur Inhouse-Vergabe als auch zu vertikalen und horizontalen öffentlich-öffentlichen Partnerschaften.²¹ Neu ist hingegen die Anerkennung der Inhouse-Kriterien im Falle von Tochter-Mutter- und Schwester-Schwester-Vergaben.²²

¹⁶ EuGH, Rs C-324/07, *Coditel Brabant*, Slg 2008, I-8457 Rn. 47 u. 50, sowie EuGH, Rs C-573/07, *Sea Srl/Comune di Ponte Nossa (Sea)*, Slg 2009, I-8127 Rn 59.

¹⁷ Vgl. EuGH, Rs C-182/11, *Econord SpA/Comune di Cagno u. Comune di Varese*, sowie Rs C-183/11 *Econord SpA/Comune di Solbiate u. Comune di Varese (Econord)*, verbundene Rechtssachen C-182/11 u. C-183/11, EuZW 2013, 110.

¹⁸ Vgl. EuGH Rs C-573/07, *Sea*, Slg 2009, I-8127.

¹⁹ EuGH, Rs C- 29/04, *Kommission/Österreich*, Slg 2005, I-9705; EuGH, Rs C 410/04 *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori/Comune di Bari u. AMTAB Servizio SpA (ANAV)*, 2006 I-03303.

²⁰ EuGH, Rs C-480/06, *Kommission/Deutschland*, Slg 2009 I-4747.

²¹ Art. 15 Abs 3 u. 4, KOM(2011) 897 vom 20. Dezember 2011.

²² Art. 15 Abs 2, KOM(2011) 897 vom 20. Dezember 2011.