

P/S/R INSTITUT Fachbeitrag

10/2013

Grünes Licht für Konzessionsrichtlinie? Positive Abstimmung im Binnenmarktausschuss des EU-Parlaments

Herausgeber: P/S/R INSTITUT
Autor: Mag. Birgit Mitterlehner Bakk.phil. MA
Datum: 17. September 2013

Im Januar 2013 stimmte der Binnenmarktausschuss des Europäischen Parlaments für einen Kompromissentwurf betreffend den Ende 2011 von der Europäischen Kommission vorgelegten Konzessionsrichtlinienentwurf. Aufgrund zahlreicher Uneinigkeiten und des großen Protests von Seiten einiger EU-Mitgliedsstaaten wurden Trilog-Verhandlungen zwischen Rat, Parlament und Kommission einberufen. Nun sind diese nicht nur erfolgreich abgeschlossen, sondern wurden auch vom Binnenmarktausschuss des Europäischen Parlaments mit einem positiven Ergebnis abgestimmt. Noch dieses Jahr sollen sowohl die Vorschläge für eine Novelle der klassischen und Sektoren-Vergaberichtlinie, als auch der Vorschlag für eine Konzessionsrichtlinie das Plenum des Parlaments passieren. Ist dies der Fall, so gelten die Richtlinien zwar nicht wie Vorschriften unmittelbar. Sie werden als solche jedoch in den nächsten Jahren von den Mitgliedstaaten umzusetzen sein. Das heißt: Es steht nicht nur eine Novelle des österreichischen Vergaberechts an; **sondern** auch **Schaffung/Integration von Regelungen für die Vergabe von Konzessionen**, da Konzessionen derweil lediglich ab gewissen Auftragssummen im Bau geregelt sind (bzw. wo derzeit „lediglich“ die Grundfreiheiten und Prinzipien der Nicht-Diskriminierung **Anwendung finden**). Der folgende Beitrag erörtert deshalb die Fragen: Was sind Konzessionen und worum geht es beim Konzessionsrichtlinienentwurf überhaupt? Eingegangen wird hier vor allem auf Dienstleistungskonzessionen.

Was sind Konzessionen?

Gemäß dem gegenwärtigen Konzessionsrichtlinienentwurf stellen Dienstleistungskonzessionen einen *„entgeltlichen, schriftlich geschlossenen Vertrag zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern bzw. einer oder mehreren Vergabestellen [dar][...], wobei die Gegenleistung für die zu erbringenden Dienstleistungen entweder allein in dem Recht zur Nutzung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht.“*¹ Dies gilt analog für Baukonzessionen.

Konzessionen sind im Sinne des Konzessionsrichtlinienentwurfs – sofern sie an private Unternehmen vergeben werden – eine Art Public-Private Partnership. Dabei wird ein Nutzungsrecht² auf den Konzessionär übertragen.³ Die Vergütung und Gegenleistung besteht in der Einräumung des

¹ KOM(2011) 897 vom 20. Dezember 2011, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe; Vgl. auch Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. 2004 L 134, 114.

² EuGH, Rs C-382/05, Kommission/Italien, Slg 2007, I-6657; vgl. dazu auch BVA, Bescheid N/0042-BVA/07/2008-32 vom 20. Mai 2008: Das Risiko kann durch den Konzessionsgeber gemindert werden, es darf aber nicht gänzlich getilgt werden.

³ KOM(2011) 897; Aus der EuGH Rspr. geht hervor, dass eine Dienstleistungskonzession dann vorliegt, wenn die vereinbarte Vergütung im Recht des Dienstleistungserbringers zur Verwertung seiner eigenen Leistung besteht und impliziert, dass er

(exklusiven) Rechts zur wirtschaftlichen Verwertung der eigenen Leistung über einen bestimmten Zeitraum. Der Konzessionär trägt zudem die mit der Dienstleistung verbundenen wirtschaftlichen Risiken. Hierbei ist jedoch anzumerken, dass es im Rahmen einer Konzession durchaus erlaubt ist, wenn die vom Unternehmen gegenüber dem Bürger zu erbringende Leistung durch einen Anschluss- und Benutzungszwang unterlegt ist.⁴ Auch die Zahlung eines Zuschusses seitens des Auftraggebers an den Konzessionär ist möglich⁵, solange ein nicht unwesentliches wirtschaftliches Risiko bei letzterem verbleibt. Dienstleistungskonzessionen werden vor allem im Bereich der Daseinsvorsorge für Wasser, Abfall, Energie und Leistungen im Gesundheits- und Sozialbereich vergeben.

Anzumerken ist, dass der Begriff der Konzession bisher in den EU-Mitgliedstaaten verschiedenartig verwendet wurde: So besteht beispielsweise die Frage, ob österreichische Kraftfahrlinienkonzessionen per Definition einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag oder Dienstleistungskonzessionen nach dem europäischen Vergaberecht/Konzessionsrichtlinienentwurf darstellen. Grundsätzlich stellen letztere keine Dienstleistungskonzessionen nach stRspr des EuGH oder Vergaberecht dar, handelt es sich doch um eine Gewerbeberechtigung.⁶

Der Konzessionsrichtlinienentwurf

Der 2011 von der Europäischen Kommission vorgelegte Konzessionsrichtlinienentwurf⁷ orientiert sich inhaltlich an den Regelwerken zur Vergabe öffentlicher Aufträge. Die vorgesehenen Regelungen sind daher *per se* nichts Neues, sie sind lediglich milder ausgestaltet. Zusätzlich wurde – und das gilt auch für die gegenwärtig ebenfalls in Trilog-Verhandlungen diskutierten Vergaberichtlinienvorschläge von 2011 – die EuGH-Rsp in den Entwürfen berücksichtigt.

Prinzipiell werden öffentliche Auftraggeber künftig bei Konzessionsvergaben ab einem gewissen Auftragswert zu einer europaweiten Ausschreibungspflicht verpflichtet, wobei die Ausnahmeregelung

das mit den fraglichen Dienstleistungen verbundene Betriebsrisiko übernimmt: vgl. EuGH, Rs C-324/98, *Telaustria* u. *Telefonadress/Telekom Austria*, Slg 2000, I-10745, Rn 58, und EuGH, Beschluss Rs C-358/00, *Buchhändler-Vereinigung/Saur Verlag* u. *Die Deutsche Bibliothek*, Slg 2002, I-4685, Rn 27 u. 28, sowie EuGH, Rs C-458/03, *Parking Brixen/Gemeinde und Stadtwerke Brixen (Parking Brixen)*, Slg 2005, I-8585., Rn 40.

⁴ Das Verhältnis dieser Voraussetzungen zueinander war zunächst unklar. Das OLG Jena hatte dem EuGH die Frage vorgelegt, ob es für die Annahme einer Dienstleistungskonzession ausreicht, dass der Konzessionär seine Vergütung von Dritten erhebe. Vgl: OLG Jena Beschluss vom 08.05.2009, 9 Verg 2/08; OLG München, Beschluss vom 02.07.2009, Verg 5/09.

⁵ z. B. bei einer Gebühr pro Mülltonne an ein exklusiv mit der Sammlung und Behandlung von Müll betrautes Unternehmen würde es sich nicht um eine Konzession, sondern um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag handeln: EuGH, C-29/04, *Kommission/Österreich*, Slg 2005, I-9705, Rn 8 und 32.

⁶ *Lessiak Rudolf/Aicher Josef*, Rechtsgutachten zu Fragen der Anpassung des österreichischen Personenbeförderungsrechts an die VO (EG) Nr 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (PSO), erstattet von Lessiak & Partner Rechtsanwälte, Dr. Aicher Unternehmensforschung.

⁷ Vgl KOM(2011) 897 und COM(2011)0897 – C7-0004/2012 – 2011/0437(COD)), A7-0030/2013: *Juvin, Philippe*: Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts.

betreffend Inhouse Vergabe – wick auch in den Regelungen zur öffentlichen Auftragsvergabe der Fall – bestehen bleibt. Der ausschreibungspflichtige Auftragswert wurde, nach Abstimmung im Binnenmarktausschuss des Europäischen Parlaments, auf 8 Mio. Euro festgelegt.⁸ Darüber wird jedoch noch diskutiert. Da Konzessionen über längere Zeiträume laufen, kann diese Ausschreibungspflicht somit unter Umständen auch kleinere Gemeinden treffen.⁹

Laut einer Berechnung der Österreichischen Vereinigung für das Gas- und Wasserfach überschreiten bei einer Konzessionslaufzeit von 20 Jahren bereits Wasserversorgungsunternehmen, die rund 4.000 Einwohner bedienen, den besagten Schwellenwert.¹⁰ Geltung finden soll die Richtlinie künftig unter anderem in den Sektoren Wasser (Trink- und Abwasser), Post, Abfall und Energie. Ausgenommen sind ÖPNV-Dienstleistungen¹¹, der Verteidigungs- und Sicherheitsbereich und der Rundfunk- und Medienbereich. Wie in den Vergaberichtlinienvorschlägen gibt es keine Trennung zwischen prioritären und nicht-prioritären Dienstleistungen. Für soziale Dienste sieht der Original-Richtlinienentwurf explizit ein erleichtertes Regime vor.¹² Diese werden zusätzlich in einem eigenen Anhang definiert. Der Kompromissvorschlag des Binnenmarktausschusses sieht jedoch deren die Ausnahme als auch die Ausnahme des Zivil- und Katastrophenschutzes sowie von Glücksspiel/Wetten vor.

Konzession vs. öffentlicher Auftrag

Gerade für „kleinere“ öffentliche Auftraggeber besteht die erste Schwierigkeit nicht in der zusätzlichen Belastung durch ein zusätzliches Regelwerk, sondern in der Frage: Was ist ein öffentlicher Auftrag und was eine Konzession?

Der Unterschied zwischen einer Konzession und einem öffentlichen Auftrag besteht darin, dass dem öffentlichen Auftrag ein entgeltlicher Vertrag zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen zugrunde liegt. Somit handelt es sich in einfachen Worten um einen „Einkauf“ von Bau-, Liefer-, oder Dienstleistungen.¹³ Im Gegensatz zu einem auf einem Hoheits- oder Verwaltungsakt oder

⁸ Die Kommission hatte in ihrem Vorschlag einen Wert von 5 Mio. Euro festgelegt gehabt. Dies wird derzeit allerdings noch im Trilog-Verfahren erörtert.

⁹ Auch die Änderung bestehender Konzessionsverträge (etwa eine Laufzeitverlängerung, um aufwändige Neuausschreibungen zu vermeiden) soll, wenn die Änderung 10% des Auftragsvolumens übersteigt, unter die Richtlinie fallen.

¹⁰ Wagner Alice, Konzessionsrichtlinie – Abkehr vom Wachstum-durch-Markttöffnung-Modell der Kommission?, in Arbeit & Wirtschaft – AK Wien [Weblog], (2013).

¹¹ Diese werden durch die Verordnung (EG) Nr 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr 1191/69 und (EWG) Nr 1107/70 des Rates, ABl 2007 L 315, 1 geregelt.

¹² Nachträgliche Bekanntmachung.

¹³ Vgl. RL 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,

einem auf einem Gesetz oder einer Verordnung beruhenden Akt stellt dieser „Einkauf“ einen Akt der Privatwirtschaftsverwaltung dar, der durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen zustande kommt.¹⁴ Dieser verpflichtet den Auftragnehmer dazu, eine *de facto* dem Auftraggeber obliegende (Pflicht-)Aufgabe auf Grund bestimmter vertraglich vereinbarter Dienstleistungen gegen ein vertraglich vereinbartes Entgelt zu besorgen. Da somit ein vertraglich geregelter Beschaffungszweck vorliegt, kann die Erbringung vom Aufgabenträger auch erzwungen bzw. dieser aufgrund dessen sanktioniert werden.¹⁵ Konzessionen unterscheiden sich von öffentlichen Aufträgen dadurch, dass der Konzessionär lediglich ein Nutzungsrecht gewährt bekommt und Bürger, welche nicht direkt am Konzessionsvertrag beteiligt sind, für die Inanspruchnahme besagter Leistungen direkt ein Entgelt an den Konzessionär zahlen müssen.¹⁶

Prinzipiell ist der Rechtsschutz bei öffentlichen Aufträgen rigoroser als bei Konzessionen¹⁷, da erstere mittlerweile sehr detailliert geregelt sind (z.B. Nachprüfungsverfahren) und der Auftragnehmer die geforderten Vertragskriterien, auf Grund einer vertraglichen Verpflichtung, die zwischen beiden Parteien entsteht, einhalten muss.¹⁸

Hintergründe zum Vergaberecht

Auf europäischer Ebene wird bei Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen in klassische Aufträge und Aufträge, welche bestimmte Sektoren betreffen, unterschieden. Baukonzessionen werden nur marginal vom europäischen Vergaberecht erfasst und Dienstleistungskonzessionen unterliegen gegenwärtig auf EU-Ebene lediglich den primärrechtlichen Grundprinzipien (z.B. Gleichbehandlung, Transparenz, Nicht-Diskriminierung).¹⁹ Mit Verabschiedung eines Konzessionsrichtlinienentwurfs²⁰ im November 2011 versuchte die Europäische Kommission, Dienstleistungskonzessionen ins Vergaberechtsregime einzubinden. Dies war nicht der erste Versuch: Schon als Baukonzessionen in den 1990er Jahren europarechtlich in das rechtliche Rahmenwerk zur Auftragsvergabe aufgenommen wurden²¹, sollten auch Dienstleistungskonzessionen ihren Platz darin finden. Allerdings wurde dies nie

ABl. 2004 L 134, 1; RL2004/18/EG, vom, ABl. 2004 L 134, 114; KOM(2011) 897;BVergG 2006 BGBl. I 17 i. d. F. BGBl. 461/2012.

¹⁴ Kahl Arno/Rosenkranz Sigmund, Vergaberecht (2012) 31.

¹⁵ Aicher Josef, Die Vergabe von Rettungsdienstleistungen (2010) 4f.

¹⁶ KOM(2011) 897, Art. 2 Abs. 2.; BVA, Bescheid N/0042-BVA/07/2008-32.

¹⁷ Hier herrscht lediglich zivilrechtlicher Schutz.

¹⁸ Vgl. Kahl Arno/Rosenkranz Sigmund, Vergaberecht (2012) 31.

¹⁹ Vgl. RL 2004/18/EG, RL 2004/17/EG, Art 17 RL 2004/18/EG, ABl. 2004 L 134, 114; EuGH, Rs C-458/03, Parking Brixen, Slg 2005, I-8585; EuGH, , Rs C-231/03 Consorzio Aziende Metano/Comune die Cingia de' Botti(Coname), Slg 005, I-7287; EuGH, Rs C-324/98, Telaustria u. Telefonadress/Telekom Austria, [Slg 2000, I-10745](#): die primärrechtlichen Grundprinzipien haben in der Organisation der Daseinsvorsorge auf Grund ihrer horizontalen Natur stets Anwendung zu finden.

²⁰ KOM(2011) 897.

²¹ Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge,

umgesetzt. Der Bedarf für eine Konzessionsrichtlinie ist nach Maßgabe der Europäischen Kommission auf mangelnde Rechtssicherheit, mangelnde Effizienz, Risiken, Wettbewerbsverzerrung (Zugang der KMUs), die potenziellen Gefahr der Abschottung der Märkte und eine potenzielle Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs zurückzuführen.²²

Die Trilog-Verhandlungen zwischen Rat, Parlament und Kommission sind nun abgeschlossen. Eine positive Abstimmung im Plenum des Parlaments ist noch dieses Jahr zu erwarten.

ABl. L 199 vom 9.8.1993, S. 54: Öffentliche Baukonzessionen: „ Verträge, die von den unter Buchstabe a) genannten Verträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Arbeiten ausschließlich [sic!] in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht“

²² KOM(2011) 897.