

P/S/R INSTITUT Fachbeitrag

11/2013

## Das Vergaberecht „umschiffen“? Alle Details zur Inhouse-Vergabe

**Herausgeber:** P/S/R INSTITUT  
**Autor:** Mag. Birgit Mitterlehner Bakk.phil. MA  
**Datum:** 26. September 2013

*Im Rahmen der Ausgestaltung des Binnenmarkts gewinnt die Frage an Aktualität, wie es sich künftig mit Verkehrs-, Wasser-, Energie- und ähnlichen Leistungen, die unserer Grundversorgung dienen, verhalten wird. Noch diesen Herbst/Winter soll eine Konzessionsrichtlinie beschlossen werden, welche binnen drei Jahren von den Mitgliedstaaten umzusetzen sein wird. Doch: Muss die öffentliche Hand derartige 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, ob sie diese von Dritten erbringen lässt oder ganz auslagert.*

### **Was sind Inhouse-Vergaben?**

Die 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. Interessant ist im Sektorenbereich auch das Konzernprivileg verbundener Unternehmen oder von Joint Ventures. Diese Ausnahmetatbestände gelten im Übrigen auch für die Vergabe öffentlicher Aufträge, welche gegenwärtig auch novelliert wird. Somit erzwingt die EU weder eine Privatisierung noch einen Wettbewerb, sondern gibt lediglich Regeln für den Fall einer Auslagerung von Leistungen vor.

### **Was muss man beachten, um Inhouse vergeben zu können?**

Erlaubt sind Inhouse-Vergaben nach bisheriger Rechtsprechung, gesetzt den Fall, dass keinerlei Privatvermögen am Konzessionärs-Unternehmen beteiligt ist<sup>1</sup>, der öffentliche Auftraggeber über dieses – in gleicher Weise wie über seine eigenen Dienststellen – Kontrolle ausübt und der Konzessionär seine Tätigkeiten im Wesentlichen (90 % der Tätigkeiten für den öffentlichen Auftraggeber, höchstens 10 % der Tätigkeiten am freien Markt)<sup>2</sup> für diesen verrichtet.<sup>3</sup> Dies nennt man das Teckal- oder auch

---

<sup>1</sup> Vgl. EuGH, Rs C-26/03, *Stadt Halle und RPL Recyclingparkt Lochau GmbH/Arbeitsgemeinschaft TREA* (Stadt Halle), Slg 2005, I-1.

<sup>2</sup> EuGH, Rs C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO)/Transformación Agraria SA (TRAGSA) u. Administración del Estado (Asemfo)*, Slg 2007, I-2999; Vorschlag für eine Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, KOM(2011) 895 vom 20. Dezember 2011; Vorschlag für eine Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe, KOM(2011) 896 vom 20. Dezember 2011; Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe, KOM(2011) 897 vom 20. Dezember 2011.

<sup>3</sup> Diese sogenannten Kontroll- und Wesentlichkeitsprinzipien haben sich maßgeblich aus der EuGH-Gesetzgebung heraus entwickelt. Es handelt sich somit um einen quasi verwaltungsinternen Vorgang: Vgl. dazu EuGH, Rs C-458/03, *Parking Bri-*

das Kontroll- und Wesentlichkeitsprinzip.<sup>4</sup> Während der Richtlinienvorschlag im Originalentwurf dieser stRspr entsprach, haben die Trilog-Verhandlungen zu weicheren Regeln geführt, als vom EuGH vorgezeichnet. So sollen Inhouse-Vergaben nunmehr auch möglich sein, wenn eine private Minderheitsbeteiligung vorliegt, solange der Private keine Entscheidungen blockieren oder kontrollieren kann und die private Beteiligung durch nationales Recht vorgeschrieben ist.<sup>5</sup> Eine private Bagatellbeteiligung wäre künftig somit möglich. Auch der Schwellenwert der Tätigkeit für den öffentlichen Auftraggeber wurde von 90 % auf 80 % herabgesetzt, wodurch die Unternehmen bis zu 20 % ihrer Tätigkeiten auf dem freien Markt erbringen werden können. Dies ist vor allem im Energiebereich wesentlich.<sup>6</sup> Auch beinhaltet der Vorschlag eine Definition zur Messung dieser Werte.<sup>7</sup>

Diese Klausel impliziert jedoch eine Ausschreibungspflicht bei der Konzessionsvergabe an Mehrspartenunternehmen.<sup>8</sup> Dementsprechend wird künftig ein Unbundling notwendig sein. Hierbei gilt es jedoch auch, das Konzessionsprivileg<sup>9</sup> zu beachten, das einen weiteren Ausnahmetatbestand für Sektorenauftraggeber formuliert (vgl. Beitrag nächste Woche).

## 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, 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 %.<sup>10</sup> Das Wesentlichkeitskriterium wurde so auch in den Kommissionsrichtlinienentwurf aufgenommen<sup>11</sup>, vom Binnenmarktausschuss des Europäischen Parlaments in seinem Kompromissvorschlag jedoch wieder auf 80 % heruntergestuft. Dieser Wert wurde auch in den Trilog-Verhandlungen bestätigt. Dies ist vor allem für Unternehmen von Bedeutung, die einen wesentlichen Teil ihrer Leistungen

---

*xen/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 Srl/Gemeinde Aviano* (Teckal), Slg 1999 I-08121 Rn 50.

<sup>4</sup> Diese wurden in der EuGH-Rsp näher ausformuliert.

<sup>5</sup> Vgl. Art 15 Award of concession contracts, 2011/0437 (COD) – COM(2011) 896, Version of 1 July 2013, 201ff.

<sup>6</sup> Vgl. Art 15, 2011/0437 (COD) – COM(2011) 896, Version of 1 July 2013, 201ff.

<sup>7</sup> Vgl. dazu Art 15 Par 6 2011/0437 (COD) – COM(2011) 896, Version of 1 July 2013, 212.

<sup>8</sup> KOM(2011) 897 vom 20. Dezember 2011.

<sup>9</sup> Vgl. dazu Art 11, 2011/0437 (COD) – COM(2011) 896, Version of 1 July 2013, 191ff.

<sup>10</sup> EuGH, Rs C-295/05, *Asemfo*, Slg 2007, I-2999; KOM(2011) 895 vom 20. Dezember 2011; KOM(2011) 896 vom 20. Dezember 2011; KOM(2011) 897 vom 20. Dezember 2011.

<sup>11</sup> KOM(2011) 897 vom 20. Dezember 2011.

am freien Markt erbringen, sodass sie als Ganzes die 80 %-Schwelle nicht schaffen würden.

### **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.<sup>12</sup> Wenngleich diese Kontrolle nicht von jedem einzeln ausgeübt werden muss<sup>13</sup>, ist hierbei eine Beteiligung sowohl am Kapital als auch an den Leitungsorganen der Einrichtung aller (!) Partner von Nöten<sup>14</sup>, 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.<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup>

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.<sup>17</sup>

Der Konzessionsrichtlinienentwurf beinhaltet die allgemeinen Regeln zur Inhouse-Vergabe als auch zu

---

<sup>12</sup> EuGH, Rs C-324/07, *Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale*, (Coditel Brabant), Slg 2008, I-8457, Rn 51.

<sup>13</sup> 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 Nossia (Sea)*, Slg 2009, I-8127 Rn 59.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> Vgl. EuGH Rs C-573/07, *Sea*, Slg 2009, I-8127.

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> EuGH, Rs C-480/06, *Kommission/Deutschland*, Slg 2009 I-4747.

vertikalen und horizontalen öffentlich-öffentlichen Partnerschaften.<sup>18</sup> Neu ist hingegen die Anerkennung der Inhouse-Kriterien im Falle von Tochter-Mutter- und Schwester-Schwester-Vergaben.<sup>19</sup> Hierbei ist zu beachten, dass der Konzessionsrichtlinienentwurf im Original vorsah, dass die kontrollierte juristische Person keine anderen Einnahmen als diejenigen, die sich aus der Erstattung der tatsächlich entstandenen Kosten im Zusammenhang mit den von den öffentlichen Auftraggebern vergebenen Aufträgen ergeben, erwirtschaften darf, bzw. eine Vereinbarung zur Zusammenarbeit keine anderen Finanztransfers zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern oder Vergabestellen betroffen sein dürfen als jene, die die Erstattung der tatsächlichen Kosten (Bauarbeiten, Dienstleistungen oder Lieferungen betreffen. Diese Bestimmungen wurden jedoch im Rahmen der Trilog-Verhandlungen aufgehoben.

### Zur Geschichte der Inhouse-Vergabe

Bisher hat lediglich die stRspr diese „Spielregeln“ nicht nur ausformuliert, sondern in den letzten Jahren auch deutlich verschärft.<sup>20</sup> Aufgrund der präjudiziellen Wirkung der EuGH-Judikatur, sind diese, unbeschadet der Diskussion, ob diese eine *erga omnes*- oder eine *inter partes*-Wirkung entfaltet, ernst zu nehmen. Dies zeigt sich auch daran, dass diese „Spielregeln“ *grosso modo* auch in die neuen Richtlinienentwürfe zur klassischen Vergabe, Sektorenvergabe bzw. Konzessionsvergabe mit aufgenommen wurden. Die zu erwartende Verabschiedung der Richtlinienentwürfe würde somit zum einen für mehr Rechtssicherheit sorgen, zum anderen auch im Bereich Konzessionen, wo bis dato im Europarecht lediglich das Primärrecht „greift“, für mehr Rigorosität sorgen.<sup>21</sup> Im Sektorenbereich und für Mehrspartenunternehmen mindestens genauso wichtig ist der zweite Ausnahmetatbestand des Vergaberechts: das Konzernprivileg für verbundene Unternehmen und Joint Ventures.

---

<sup>18</sup> Art 15 Abs 3 u. 4 KOM(2011) 897 vom 20. Dezember 2011.

<sup>19</sup> Art 15 Abs 2 KOM(2011) 897 vom 20. Dezember 2011.

<sup>20</sup> Vgl. EuGH, Rs C-107/98, *Teckal*, Slg 1999 I-08121; EuGH, Rs C-26/03, *Stadt Halle*, Slg 2005, I-1; EuGH, Rs C-295/05, *Asemfo*, Slg 2007, I-2999 etc.

<sup>21</sup> KOM(2011) 897 vom 20. Dezember 2011; Dies entspricht nicht den im öffentlichen Interesse liegenden Zielen: vgl. dazu EuGH, Rs C-26/03, *Stadt Halle*, Slg 2005, I-1 Rn 50.