

P/S/R INSTITUT Fachbeitrag

02/2014

## Interkommunale Zusammenarbeit auf den Punkt gebracht

**Herausgeber:** P/S/R INSTITUT  
**Autor:** Mag. Birgit Mitterlehner Bakk.phil. M.A.  
**Datum:** 26. Jänner 2014

*Jüngste Beobachtungen zeigen, dass immer mehr Kommunen, im Rahmen öffentlich-öffentlicher Partnerschaften, anstreben Synergien zu schaffen. Derartige Partnerschaften sind, wie eine hausinterne Leistungserfüllung unter gewissen Bedingungen als In-Sich-Geschäfte einzustufen und somit nicht ausschreibungspflichtig. Im Rahmen der geplanten EU-Konzessionsrichtlinie gewinnt die Frage an Aktualität, wie es sich künftig mit der interkommunalen Zusammenarbeit verhalten wird: Durch das neue Richtlinienpaket wird die dazu existierende Judikatur kodifiziert bzw. teilweise sogar unterminiert. Klar ist: Im schlimmsten Falle darf die Entscheidung für eine interkommunale Zusammenarbeit nicht von der öffentlichen Hand getroffen werden, sondern muss das Ergebnis einer europaweiten Ausschreibung sein.*

### **Kontrollprinzip: Inhouse-Vergabe an öffentlich-öffentliche Partnerschaften**

Um einer Ausschreibungspflicht zu entgehen, 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. Wenngleich diese Kontrolle nicht von jedem einzeln ausgeübt werden muss ist hierbei eine Beteiligung sowohl am Kapital als auch an den Leitungsorganen der Einrichtung aller (!) Partner von Nöten, um die Kriterien einer Inhouse-Vergabe zu erfüllen. Auch war lange strittig, ob an 100 % öffentlichen Aktiengesellschaften Inhouse vergeben werden kann. Nach neuesten Erkenntnissen sind Inhouse-Vergaben jedoch 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 (im Rahmen des Konzernprivilegs jedoch schon!).

Die Konzessionsrichtlinie beinhaltet die allgemeinen Regeln zur Inhouse-Vergabe als auch zu vertikalen und horizontalen öffentlich-öffentlichen Partnerschaften. Neu ist hingegen die Anerkennung der Inhouse-Kriterien im Falle von Tochter-Mutter- und Schwester-Schwester-Vergaben. 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. Dies bedeutet, dass den Kommunen nunmehr auch ein gewisses Profitstreben möglich sein wird.

Erwähnenswert ist auch die noch wenig diskutierte horizontale Zusammenarbeit. Dafür müssen für ein ausschreibungsfreies 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.

Die Möglichkeit der unechten Zusammenarbeit ist neu und wird vor allem bei Leistungen der Daseinsvorsorge „mit dem Ziel, sicherzustellen, dass öffentliche Dienstleistungen, die sie zu erbringen haben, bereitgestellt werden“ eingeräumt.

### **Wesentlichkeitskriterium als Inhouse-Kriterium bei Konzessionen**

Auch das Wesentlichkeitskriterium gilt als Voraussetzung für die Inhouse-Vergabe. Es bezieht sich prinzipiell 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 %. Das Wesentlichkeitskriterium wurde so auch in den Kommissionsrichtlinienentwurf aufgenommen, vom Binnenmarktausschuss des Europäischen Parlaments in seinem Kompromissvorschlag jedoch wieder auf 80 % herabgestuft. Dieser Wert wurde auch in den Trilog-Verhandlungen bzw. nun im Parlament bestätigt. Dies ist vor allem für Unternehmen von Bedeutung, die einen wesentlichen Teil ihrer Leistungen am freien Markt erbringen, sodass sie als Ganzes die 80 %-Schwelle nicht schaffen würden.