

# VERGABERECHTS - UPDATE

Februar 2005

## EuGH: Enge Grenzen für In-House-Geschäft

### Europäische Kommission: Zahlreiche Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland

Der Spielraum für die vergaberechtsfreie Auftragsvergabe öffentlicher Stellen an gemischt-wirtschaftliche Unternehmen ebenso wie an rein öffentliche Einrichtungen ist seit langem Gegenstand heftiger Diskussion. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat diesen Spielraum in zwei neuen Grundsatzentscheidungen auf ein Minimum eingeeengt. Gleichzeitig hat er den Rechtsschutz von an der Vergabe interessierten Unternehmen gegen sog. „de-facto-Vergaben“ (Auftragsvergabe ohne Vergabeverfahren) stark erweitert.

Die deutsche Vergabepaxis steht besonders in diesem Bereich unter Beobachtung der Europäischen Kommission. Diese hat kürzlich beschlossen, sieben weitere Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland durchzuführen, um eine breitere Anwendung des Vergaberechts in Deutschland zu erzwingen.

Diese Entwicklungen auf europäischer Ebene werden bei der derzeit laufenden Novellierung des deutschen Vergaberechts eine wichtige Rolle spielen.

#### I. EuGH: Grenzen des In-House-Geschäfts

In zwei Entscheidungen vom 11. Januar 2005 (Rechtssache C-26/03, „Stadt Halle“) und 13. Januar 2005 (Rechtssache C-84/03, „Kommission gegen Spanien“) hat der EuGH die Grenzen des sogenannten „In-House-Geschäfts“ konkretisiert und den Anwendungsbereich des Vergaberechts erheblich ausgedehnt. Die drei wesentlichen Aussagen der Entscheidungen sind:

- Bei einer Auftragsvergabe an ein gemischt-wirtschaftliches Unternehmen, d.h. ein Unternehmen, an dem sowohl der öffentliche Auftraggeber als auch private Gesellschafter beteiligt sind, liegt unabhängig vom Umfang der privaten Beteiligung an der Gesellschaft nie ein vergaberechtsfreies In-House-Geschäft vor.
- Kooperationsvereinbarungen, die die allgemeine Staatsverwaltung mit anderen öffentlichen Einrichtungen oder diese untereinander schließen, unterfallen nur dann nicht dem Anwendungsbereich des Vergaberechts, wenn die eine öffentliche Stelle über die andere Partei eine Kontrolle ausübt wie über eine eigene Dienststelle und diese zugleich im wesentlichen für die kontrollierende öffentliche Stelle tätig ist.
- Auch die einer de-facto-Vergabe vorausgehende Entscheidung, kein förmliches Vergabeverfahren durchzuführen, unterliegt der gerichtlichen Nachprüfung.

#### Konsequenzen:

Konsequenz dieser Entscheidungen ist es, dass öffentliche Auftraggeber Aufträge künftig nur dann vergaberechtsfrei im Wege des In-House-Geschäfts erteilen dürfen, wenn sie 100 Prozent der Anteile des Auftragnehmers halten. Soll der Auftrag hingegen an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen erteilt werden, an dem auch private Gesellschafter beteiligt sind, ist stets die Durchführung eines Vergabeverfahrens erforderlich.<sup>1</sup> Gleichzeitig hat der Gerichtshof die Rechte (potentieller) Bieter erheblich gestärkt. Nicht nur Auftraggeber, sondern auch Auftragnehmer müssen danach verstärkt auf die Einhaltung des Vergaberechts achten.

Baltimore

Beijing

Berlin

Boston

Brussels

London

Munich

New York

Northern Virginia

Oxford

Waltham

Washington

## “Kein In-House- Geschäft bei Vergabe an gemischtwirtschaftliche Unternehmen”

Auftragnehmer riskieren sonst möglicherweise die Nichtigkeit eines mit einem öffentlichen Auftraggeber abgeschlossenen Vertrages.

Die Urteile des EuGH werden vor allem bei der Entscheidung öffentlicher Stellen und privater Investoren über eine (Teil-) Privatisierung öffentlicher Unternehmen oder über die Gestaltung von Projekten als „Public-Private- Partnership“ („PPP“ oder „ÖPP“) zu berücksichtigen sein. Im Bereich der öffentlich-öffentlichen Kooperation wird noch abzuwarten sein, welche Konsequenzen sich z. B. für die interkommunale Zusammenarbeit ergeben. Hier können sich allerdings erhebliche Chancen für privatwirtschaftliche Wettbewerber ergeben. Dies gilt insbesondere für die bisher häufig für den Wettbewerb verschlossenen Bereiche der Abfall- und Abwasserentsorgung.

### Im Einzelnen:

**Kein In-House-Geschäft bei Vergabe an gemischtwirtschaftliche Unternehmen.** In der Rechtssache C-26/03 („Stadt Halle“) hatte der EuGH über eine Vorabentscheidungsfrage des OLG Naumburg zu entscheiden. Gegenstand des Ausgangsverfahrens war die ohne Vergabeverfahren erfolgte Erteilung eines Auftrags durch die Stadt Halle an eine GmbH, deren Anteile zu 75 Prozent von der Stadt selbst und zu 25 Prozent von einem privaten Unternehmen gehalten wurden. Der EuGH hält zwar im Anschluss an seine bisherige Rechtsprechung fest, dass öffentliche Auftraggeber grundsätzlich ihre Aufgaben vergaberechtsfrei mit ihren eigenen administrativen, technischen und sonstigen Mitteln erfüllen können. Vergibt die öffentliche Stelle aber einen Auftrag an eine von ihr rechtlich zu unterscheidende Einrichtung, liegt nur dann ein vergaberechtsfreies Geschäft vor, wenn sie „über die fragliche Einrichtung eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und diese Einrichtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen mit der oder den öffentlichen Stellen verrichtet, die ihre Anteile innehaben (so das Urteil in der Rechtssache C-107/98, „Teckal“). In der Entscheidung „Stadt Halle“ hat der EuGH nunmehr fest-

gestellt, dass jede, auch nur minderheitliche Beteiligung eines privaten Unternehmens an einer Gesellschaft, an der auch der öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, eine „ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen“ ausschließt. (Urteil C-26/03, Rdnr. 49).

**Öffentlich-Öffentliche Kooperation kein vergaberechtsfreier Raum.** In der Rechtssache C-84/03 („Kommission gegen Spanien“) lag dem EuGH ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Spanien wegen nicht hinreichender Umsetzung der Liefer- und Baukoordinierungsrichtlinien vor. Spanien hatte in seinem Vergabegesetz unter anderem eine Regelung geschaffen, wonach Kooperationsvereinbarungen, die die allgemeine Staatsverwaltung mit anderen öffentlichen Einrichtungen oder diese untereinander schließen, nicht in den Anwendungsbereich des Vergabegesetzes fallen. In Deutschland wurden solche Kooperationen bisher uneinheitlich behandelt. Bei einer kommunalen Kooperationen im ÖPNV wurde etwa entschieden, dass diese nicht dem Vergaberecht unterfallen.<sup>2</sup> Das OLG Düsseldorf und das OLG Frankfurt/Main hingegen kamen in zwei Entscheidungen aus dem Jahr 2004, in denen es um kommunale Vereinbarungen über das Sammeln und Erfassen von Abfällen ging, zum gegenteiligen Ergebnis.<sup>3</sup> Diese Ansicht wird nun vom EuGH bestätigt. Der Gerichtshof stellt fest, dass die Grundsätze der Teckal-Rechtsprechung grundsätzlich auch auf öffentlich-öffentliche Kooperationen anzuwenden sind. Vergaberecht ist daher nur dann nicht anzuwenden, wenn die eine vertragsschließende Partei – der Auftraggeber – (i) über den von ihr rechtlich verschiedenen Vertragspartner eine Kontrolle ausübt wie über eine eigene Dienststelle und (ii) dieser Partner zugleich im wesentlichen für die ihn kontrollierende öffentliche Stelle tätig ist. (Urteil C-84/03, Rdnr. 38).

### Nachprüfbarkeit von de-facto-Vergaben.

Schließlich äußerte sich der EuGH in der Rechtssache „Stadt Halle“ auch zur Nachprüfbarkeit der de-facto-Vergabe ohne Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens. Bisher ging ein erheblicher Teil der Rechtsprechung in Deutschland

1. Etwas anderes gilt weiter für Sektorenauftraggeber, für die mit Art. 23 der Richtlinie 2004/17/EG eine Spezialregelung über die Vergabe von Aufträgen an verbundene Unternehmen besteht. Danach unterfallen Auftragsvergaben an verbundene Unternehmen nicht dem Vergaberecht, sofern mindestens 80 % des von dem verbundenen Unternehmen während der letzten drei Jahre mit Dienstleistungs-, Liefer- bzw. Bauaufträgen erzielten durchschnittlichen Umsatzes aus der Erbringung der entsprechenden Leistungen für die mit ihm verbundenen Unternehmen stammen. Für das Vorliegen eines verbundenen Unternehmens genügt grundsätzlich ein beherrschender Einfluss.

2. OLG Koblenz, Beschl. v. 20.12.2001, NZBau 2002, 346.

3. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 5.5.2004, NZBau 2004, 398; OLG Frankfurt/Main, Beschl. v. 7.9.2004, NZBau 2004, 692.

davon aus, dass die Einleitung eines Nachprüfverfahrens grundsätzlich unzulässig sei, wenn der öffentliche Auftraggeber beschlossen habe, keine öffentliche Ausschreibung durchzuführen und kein förmliches Vergabeverfahren einzuleiten.<sup>4</sup> Hierzu stellt der EuGH fest, dass die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers, kein Vergabeverfahren einzuleiten, als Pendant zu seiner Entscheidung, ein solches Verfahren zu beenden, angesehen werden kann. Beschließt ein öffentlicher Auftraggeber, kein Vergabeverfahren einzuleiten, weil der Auftrag seiner Auffassung nach nicht in den Anwendungsbereich der einschlägigen Gemeinschaftsvorschriften fällt, so handelt es sich um die erste Entscheidung, die gerichtlich überprüfbar ist. Dies gelte unabhängig davon, ob diese Maßnahme außerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens oder im Rahmen eines solchen Verfahrens getroffen wird. (Urteil C-26/03, Rdnr. 33).

## II. Europäische Kommission: Zahlreiche Vertragsverletzungs- verfahren gegen Deutschland

Die Europäische Kommission hat am 14. Januar 2005 beschlossen, gegen Deutschland sieben Vertragsverletzungsverfahren wegen der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen und -konzessionen ohne vorherige Ausschreibung durchzuführen.<sup>5</sup> In einem Fall hat die Kommission Klage vor dem EuGH erhoben, in den anderen Fällen eine begründete Stellungnahme abgegeben:

- **Interkommunale Zusammenarbeit.** Die Vergabe einer Dienstleistungskonzession über die Ableitung von Abwasser durch die Gemeinde Hinte (Niedersachsen) an einen öffentlich-rechtlichen Wasserverband sowie die Erteilung eines Abfallbeseitigungsauftrags durch mehrere niedersächsische Landkreise an die Stadtreinigung Hamburg (eine Anstalt des öffentlichen Rechts) stellen nach Ansicht der Kommission ausschreibungspflichtige Vergaben dar. Die Kommission befindet sich damit auf derselben Linie wie die geschilderten Entscheidungen des EuGH zur Vergabepflichtigkeit interkommunaler Kooperationen.

- **In-House-Geschäft.** Die Kommission geht weiter gegen die Vergabe eines Abfallbeseitigungsauftrags ohne Ausschreibung an eine Gesellschaft vor, an der der öffentliche Auftraggeber – die Abfallverwertungsgesellschaft des Rhein-Neckar-Kreises mbH – mit 51% beteiligt ist. Sie ist der Ansicht, dass der Auftrag dem Vergaberecht unterfällt und kein In-House-Geschäft darstellt. Auch hier stützt die neueste Rechtsprechung des EuGH die Auffassung der Kommission.
- **Vergaben im unterenschwelligen Bereich.** In zwei Fällen freihändiger Vergaben ohne Bekanntmachung unterhalb der Schwellenwerte durch deutsche Museen und die Stadt Oestrich-Winkel (Hessen) ist die Kommission der Ansicht, dass ein nach den Grundsätzen des EG-Vertrages ausreichend transparentes Vergabeverfahren durchgeführt werden müsse. Dies schließt die Direktvergabe jedenfalls dann aus, wenn in Europa ein hoch entwickelter Markt für die Dienstleistung existiere, und untersage eindeutig eine freihändige Vergabe ohne vorherige Bekanntmachung.

“Öffentlich-Öffentliche

Kooperation kein

vergaberechtsfreier

Raum”

## Vergaberechts-Update

Ansprechpartner:

Berlin:

**Dr. Natalie Lübben**

+49 (30) 20 22 64 11

natalie.luebben@wilmerhale.com

**Dr. Rainer Velte**

+49 (30) 20 22 63 36

rainer.velte@wilmerhale.com

**Rüdiger Schütt**

+49 (30) 20 22 63 39

ruediger.schuettt@wilmerhale.com

4. Ansonsten komme die Einleitung eines vergaberechtlichen Nachprüfverfahrens nur in Betracht, wenn das Ziel des Antragstellers darin liegt, dem Auftraggeber ein bestimmtes Verhalten in einem noch laufenden förmlichen Vergabeverfahren aufzugeben oder diesem eine bestimmte Verhaltensweise in einem noch laufenden förmlichen Vergabeverfahren zu untersagen (vgl. insoweit die umfangreichen Nachweise in dem der EuGH-Entscheidung zugrunde liegenden Vorlagebeschluss des OLG Naumburg, NZBau 2003, 224, 226).

5. IP/05/44 v. 14.1.2005.

6. Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der uschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste; ABl. L 134 v. 30.4.2004, S. 1.

7. 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. L 134 v. 30.4.2004, S. 114.

