

## EU-Vergaberecht: Generelle in-House-Klausel für Rechtssicherheit unverzichtbar

Die Europäische Kommission hat am 04.10.2011 einen Leitfaden zur Anwendung von EU-Vergaberecht auf öffentlich-öffentliche Kooperationen vorgelegt (vgl. [SEC\(2011\) 1169 final](#)). Sie erläutert darin die relevante EuGH-Judikatur. Doch nur eine klare Unterscheidung von in-House-Modellen, öffentlichen Aufträgen im Sinne der [Richtlinien 17/2004/EG und 18/2004/EG](#) sowie Konzessionsverträgen vermag Rechtssicherheit herzustellen. Dafür hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) bereits im Urteil [Teckal](#) (C-107/98) grundlegende Kriterien identifiziert. Auf dieser Basis gilt es im Detail zu klären, inwieweit EU-Vergaberecht<sup>1</sup> die Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber berührt.

Laut EuGH liegen Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern nicht automatisch außerhalb des Anwendungsbereichs der Vergaberichtlinien. Der Gerichtshof zeigte jedoch, dass diese Kooperationen unter gewissen Voraussetzungen eben nicht als öffentliche Aufträge anzusehen sind.<sup>2</sup> Ob die beauftragte Entität eine öffentlich- oder privatrechtliche organisierte darstellt, ob es sich um eine institutionalisierte oder nicht-institutionalisierte (vertragliche) Form der Zusammenarbeit handelt, sei für die Unterscheidung dem Grunde nach unerheblich. Selbst die Gründung einer eigenen Unternehmung muss nicht unbedingt die Anwendung der Richtlinien nach sich ziehen, sofern damit Aufgaben von öffentlichem Interesse erfüllt werden.

### EuGH gibt Kriterien zur Unterscheidung vor

Dem Teckal-Urteil zufolge liegt kein öffentlicher Auftrag im unionsrechtlichen Sinne vor, wenn 1) *die Gebietskörperschaft über die rechtlich von ihr verschiedene Person **eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen** und wenn 2) diese Person ihre **Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften** verrichtet, die ihre Anteile innehaben.*

Eine nähere Verortung des ersten Kriteriums vollzog der Gerichtshof in weiteren Entscheidungen<sup>3</sup>. Demnach schließt bereits eine finanzielle oder organisatorische Beteiligung Privater eine Freistellung aus (vgl. Urteil [Halle](#)). Die schiere Möglichkeit künftiger privater Beteiligungen spielt zwar für die gegenwärtige Einstufung keine Rolle. Eine solche würde jedoch Bedingungen grundlegend ändern und zum gegebenen Zeitpunkt ein Vergabeverfahren erfordern (vgl. Urteil [Sea](#)). Eine gemeinschaftliche Ausübung der Kontrolle sei ebenso zulässig wie Geschäftsbeziehungen der beauftragten Person zu privatwirtschaftlichen Akteuren, wenn diese im Zuge der Kerntätigkeit erfolgen müssen (vgl. Urteil [Coditel](#)). Auch die Gesellschaftsform der Beauftragten sei nicht relevant, obgleich ihr eine indizierende Wirkung zukomme. Im Gegensatz dazu legte das Urteil [Carbotermo](#) fest, dass eine Einflussnahme via Holding oder Aktienmehrheit alleine nicht automatisch einer Kontrolle im Sinne des Urteils im Fall Teckal gleichkommt.

<sup>1</sup> Innerhalb der EU trägt die öffentliche Beschaffung rund zwei Bio. EUR jährlich oder 19 Prozent zum Gesamt-BIP bei. Rund 420 Mrd. EUR fließen auf der Grundlage der EU-Vergaberichtlinien (RL 17 und 18/2004/EG) in die Wirtschaft.

<sup>2</sup> Vgl. Leitfaden 3.1, Definition in-House-Vergabe, S. 5.

<sup>3</sup> Vgl. Coditel (C-324-07), Carbotermo (C-340-04), Sea (C-573-07), Halle (C-26/03), Hamburg (C-480-06)

## Transfer von Zuständigkeiten

Mit Blick auf das zweite Kriterium befand der EuGH Umsatzschwellenwerte zwecks Einordnung der Tätigkeit für nicht praktikabel. Auch böten die jeweils Begünstigten keine brauchbaren Anhaltspunkte. Im Falle mehrerer Auftraggeber ist die übertragene Tätigkeit im Wesentlichen mit allen gemeinsam auszuüben. Dabei machte das Urteil Hamburg nochmals deutlich, dass das Unionsrecht keine bestimmte Organisations- oder Rechtsform für zu beauftragende Entitäten vorschreibt. Letztere sollten jedoch neben ihrer Kernaufgabe keinerlei kommerzielle Aktivitäten setzen. Die EU-Legislative adressiert auch die Rechtsbeziehungen zwischen den Auftraggebern nicht. Es müsse sich jedoch um eine wirkliche Kooperation handeln, deren Steuerung ausschließlich vom öffentlichen Interesse an der jeweiligen Aufgabe geleitet wird. Auch der Transfer von Zuständigkeiten einer oder mehrerer öffentlicher Stellen auf eine neu eingerichtete Unternehmung ist nur unter Einhaltung bestimmter Kriterien zulässig, ohne dass EU-Vergaberecht schlagend wird.

## VÖWVG kämpft für generelle in-House-Klausel

Mit Blick auf mögliche Effizienzgewinne forcieren die europäischen und nationalen Gesetzgeber seit längerem die Zusammenarbeit öffentlicher Stellen, insbesondere auf kommunaler Ebene. Diese ist daher zu erleichtern und nicht zu erschweren. Die Anreize, insbesondere für kleinere Auftraggeber, schwinden jedoch, wenn aufwendige Vergabeverfahren anfallen. Sind doch bei einer in-House-Organisation lediglich die im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union festgeschriebenen Grundprinzipien zu berücksichtigen. Eine Ausschreibungspflicht hingegen zerstört die jahrzehntelang gepflegten Formen der interkommunalen Zusammenarbeit in Österreich.

Der VÖWVG hält daher eine statthafte [Klarstellung](#) im Zuge der Neuregelung öffentlicher Vergaben bzw. für den Bereich Dienstleistungskonzessionen für unverzichtbar. Aus Verbandsperspektive führt nur eine generelle in-House-Klausel nach dem Vorbild der EU-Verordnung [\(EG\) 1370/2007](#) über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (vgl. Art 5 Abs. 2) zu mehr Rechtssicherheit und wahrt gleichzeitig die Flexibilität öffentlicher Auftraggeber.

Für weitere Fragen stehen wir Ihnen jederzeit zur Verfügung!

Herzlichst,

Ihr [VÖWVG](#)-Team

Rückfragehinweis: [nikolaus.summer@voewg.at](mailto:nikolaus.summer@voewg.at)