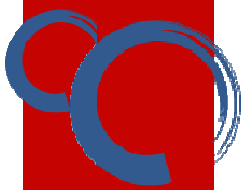


EU-Dienstleistungskonzessionsrichtlinie und ihre Auswirkungen auf die kommunale Daseinsvorsorge

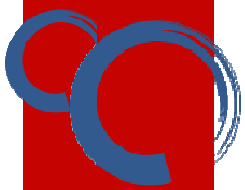
Prof. Dr. iur. Gerald G. Sander



Grundlagen des EU-Vergaberegimes

Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen der WTO

- Seit 1995 als Teil der Welthandelsordnung der WTO
- plurilaterale Vereinbarung der EU mit 13 Mitgliedern der WTO, u. a. Island, Israel, Japan, Kanada, Korea, Norwegen, Schweiz und die USA
- Bieter aus allen Vertragsstaaten dürfen sich an den Ausschreibungsverfahren beteiligen und ihre Angebote müssen diskriminierungsfrei behandelt werden



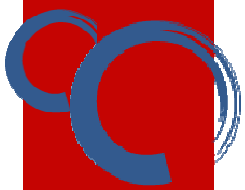
Umsetzung der Verpflichtung im EU-Recht

Richtlinie 2004/18/EG mit Schwellenwerten ab 01/2012:

- Liefer- und Dienstleistungs-Aufträge: 200.000 €
- Bauaufträge: 5.000.000 €
- keine Anwendung auf DL-Konzessionen

Richtlinie 2004/17/EG für Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, Postdienste:

- Liefer- und DL-Aufträge: 400.000 €
- Bauaufträge: 5.000.000 €
- keine Anwendung auf Bau- und DL- Konzessionen



Problemlage

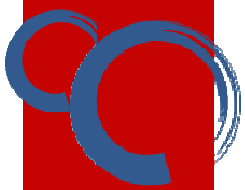
Interkommunale Kooperation

- Kommune A vergibt Auftrag an Kommune B
- Kommunen erledigen Aufgabe zusammen im Zweckverband
- Kommunen schließen ö-r Vereinbarung zur Aufgabenerledigung

EuGH: öffentliche Stellen können Aufgaben grundsätzlich auch mit anderen öffentlichen Stellen wahrnehmen, ohne sich an Externe wenden zu müssen („Stadtreinigung HH“).

aber: interkommunale Zusammenarbeit darf nicht generell vom EU-Vergaberecht ausgeschlossen werden („KOM./SPA“).

Folge: Benachteiligung von Staaten mit kommunaler Selbstverwaltung, da kommunaler Partner eine „andere Stelle“ ist.

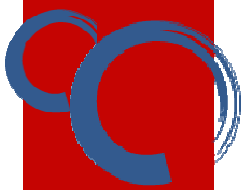


Kriterien der „Teckal“-Rechtsprechung

Keine Anwendbarkeit des EU-Vergaberechts auf sog. **In-House-Geschäft**, wenn beauftragte Körperschaft:

- eine Kontrolle über die beauftragte Körperschaft ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen
- die beauftragte Körperschaft im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft(en) tätig ist, die ihre Anteile innehat (innehaben)

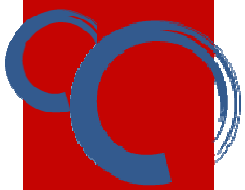
gilt auch: wenn Kommune Auftrag an gemischt-wirtschaftliches Unternehmen (z.B. GmbH oder AG) vergeben will, an dem Kommune (alle) Anteile besitzt



Kontrollkriterium

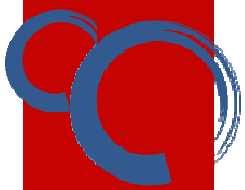
Vorliegen einer Kontrolle ist abzulehnen:

- bei jeder (auch noch so geringen) privaten Beteiligung („Stadt Halle“)
- auf Grund einer Einzelfallentscheidung bei nur öffentlichen Anteilseignern an der beauftragten Gesellschaft
bei GmbH: Kontrolle eher +,
bei AG: Kontrolle eher -



Wesentlichkeitskriterium

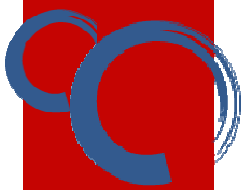
- Umsätze für alle öffentlichen Stellen können zusammengerechnet werden
- 80%-Schwelle der Sektorenrichtlinie auf andere Bereiche nicht übertragbar
- 90% der Tätigkeit für (alle) öffentlichen Stellen ist ausreichend („Asemfo“)



„Coditel Brabant“

Kontrolle bei mehreren öffentlichen Stellen gemeinsam möglich, wenn:

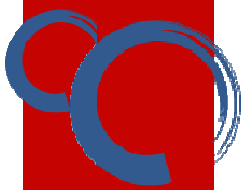
- institutionalisierte Einrichtung (z.B. Zweckverband), d.h. vertikale Kooperation
- Organe nur aus Vertretern der angeschlossenen öffentlichen Stellen
- Organe kein hohes Maß an Selbstständigkeit
- Leistungen nur für Mitglieder; nicht am Markt für Dritte
- keine Öffnung für privates Kapital



„Stadtreinigung Hamburg“

Interkommunale Kooperation ohne Ausschreibung zulässig, wenn

- gemeinsame Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe
 - öffentliche Aufgabe
 - gemeinsame Wahrnehmung
- Finanztransfer nur zur Kostendeckung
- keine Beteiligung privaten Kapitals
- Kooperation im regionalen Verbund?
- gewisse zeitliche Dauer der Kooperation?



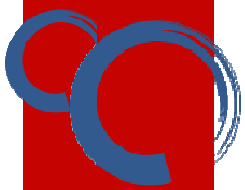
Dienstleistungskonzessionen

Erteilung einer Dienstleistungskonzession fällt nach Art. 17 der Koordinierungs-RL und Art. 18 der Sektoren-RL nicht in den Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts

EuGH:

dennoch gelten Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz („Parking Brixen“)

- Bekanntgabe der Vergabeabsicht
- angemessener Grad an Öffentlichkeit zur Nachprüfung
- kein völliges Fehlen einer Ausschreibung



Abgrenzung zw. DL-Auftrag und DL-Konzession

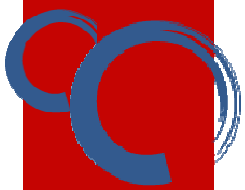
DL-Konzession wenn:

Überlassung des Nutzungsrechts durch Kommune an
Konzessionär als Gegenleistung

Zahlung eines Miet- oder Pachtzins an Kommune;
Konzessionär refinanziert sich beim Endkunden

Übernahme eines mit der Erbringung dieser
Dienstleistung am Markt typischerweise verbundenen
wirtschaftlichen Risikos durch den Konzessionär

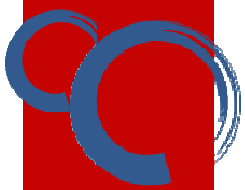
Bsp.: Anlagenbetreiber, Netzbetreiber



Richtlinienvorschlag zu DL-Konzessionen

Gründe für den Vorschlag

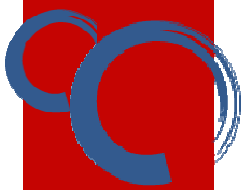
- Beseitigung der Rechtsunsicherheit (Konkretisierung der EuGH-Rechtsprechung)
- Besserer Zugang zu den Konzessionsmärkten/mehr Wettbewerb
- Bessere Nachprüfbarkeit des Vergabeverfahrens



Richtlinienvorschlag zu DL-Konzessionen

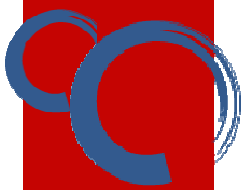
Übertragung der wesentlichen Grundsätze der Baukonzessionen

- Schwellenwert für europaweite Ausschreibung: 5 000 000 €
= geschätzter Gesamtwert aller vom Konzessionärs während der gesamten Laufzeit der Konzession zu erbringenden Leistungen
- Mindestfrist für die Interessenbekundung: 52 Tage
- Zuschlagskriterium: wirtschaftlich günstigstes Angebot
- Einbeziehung des Versorgungssektors; sektorspezifische Regelung, die einen garantierten Ausgleich für Investitionen u.a. vorsieht, sind keine Konzession
- Anwendung der Rechtsmittelrichtlinien 89/655/EWG und 92/13/EG in der Fassung der RL 2007/66/EG



Kritik

- Höherer Verwaltungsaufwand
- Weniger Flexibilität für Verwaltung
- Verstoß gegen Subsidiarität
- Keine nachgewiesene Wettbewerbssteigerung
- Ermessensspielräume für DAWI aus den europäischen Verträgen werden ausgehebelt
- Eigentliches Ziel der Kommission sei die Liberalisierung des Wassermarktes (Hauptanwendungsfall: Baukonzessionen im Nichtsektorenbereich sind ja bereits geregelt)



Folgen bei Verstoß gegen Vergabepflicht

1) Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG:

- Unwirksamkeit der Verträge
- Ausnahme: zwingende Gründe des Allgemeininteresses
- dann aber: alternative Sanktionen (z.B. Geldbußen)

2) Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH durch die Kommission