

Die Erledigung öffentlicher Dienstleistungen im Wege der In-House-Vergabe

Prof. Dr. Wolfgang Beck

Vortrag zur Praxismesse 2015

Übersicht

1. Fallkonstellationen
2. Problemstellung
3. Europarechtlicher Kontext
4. DAI
5. DAWI
6. Zulässigkeit von Ausgleichszahlungen
7. In-House-Vergabe
8. Interkommunale Kooperation
9. Fazit

1. Fallkonstellationen

- Stadt X beauftragt ihren Fachbereich „Beschaffung und Zentrale Dienste“ mit der Beschaffung von Büromaterialien
- Stadt X beauftragt – ohne Ausschreibung – die Büromöbel-GmbH mit der Beschaffung von Büromaterialien
- Stadt X beauftragt – ohne Ausschreibung – die Tochtergesellschaft „Städtische Beschaffungs-GmbH“ mit der Beschaffung von Büromaterialien
- Die Tochtergesellschaft „Stadtwirtschaft-GmbH“ der Stadt X beauftragt die Tochtergesellschaft „Städtische Beschaffungs-GmbH“ mit der Beschaffung von Büromaterialien

2. Problemstellung

- Öffentliche Aufträge sind wettbewerbsrelevant
- Zahlreiche Dienstleistungen werden traditionell im Rahmen der sog. Daseinsvorsorge, also im Allgemeininteresse erbracht
- Diese Dienstleistungen können von den Verwaltungen selbst oder durch Dritte erbracht werden
- Problem:
 - Liegt ein öffentlicher Auftrag (Richtlinie 2004/18), also ein zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Wirtschaftsteilnehmer geschlossener entgeltlicher Vertrag vor?
 - Unterliegt die Vergabe öffentlicher Aufträge dem Beihilferecht und – wenn ja – in welchem Umfang?

3. Europarechtlicher Kontext

- Allgemeines Beihilfeverbot nach Art. 107 Abs. 1 AEUV
- Vom Beihilfeverbot ausgenommen sind Dienstleistungen im allgemeinen Interesse (DAI) und Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse (DAWI)
- Ob und in welchem Umfang solche Dienstleistungen erbracht werden, liegt grundsätzlich im Ermessen der Mitgliedstaaten
- Insbesondere DAWI müssen mit beihilferechtlichen Regeln vereinbar sein
- Liegen die Voraussetzungen der AGVO vor, sind staatliche Fördermaßnahmen vom Beihilfeverbot freigestellt

4. DAI

- DAI sind nichtwirtschaftliche Dienste in kulturellen, sozialen oder sportlichen Bereich, die nicht über Marktpreise, sondern über Steuern finanziert werden
- Typische Bereiche: Ausübung hoheitlicher Befugnisse, öff. Sicherheit, Gesundheitsfürsorge durch die Solidargemeinschaft, ferner: öffentliches Bildungswesen
- Problem: Abgrenzung zu (sozialen) Dienstleistungen mit wirtschaftlichen Charakter!
- Faustformel: Liegt eine Marktgängigkeit der Dienstleistung vor, spricht einiges für DAWI und damit für eine beihilferechtliche Prüfung

5. DAWI I

- Für den wirtschaftlichen Charakter einer Dienstleistung kommt es auf Ausführung, Organisation und Finanzierung einer bestimmten wirtschaftlichen Tätigkeit an
- Auf die rechtliche Stellung des Dienstleisters kommt es dagegen nicht an
- Wird die Dienstleistung über Marktpreise finanziert und nicht über Steuern, ist sie wirtschaftlicher Natur
- Dienste mit europaweiter Bedeutung sind per se wirtschaftliche Dienstleistungen

5. DAWI II

- *Beispiele* für DAWI von europaweiter Bedeutung: Telekommunikation, Gas, Strom, Post, bestimmte Aspekte des öffentlich-rechtlichen Rundfunks
- DAWI sind daraufhin zu prüfen, ob die dafür gewährten Zuwendungen (Ausgleichsleistungen) dem Beihilfeverbot unterliegen
- Hierzu ist die EuGH-Rechtsprechung heranzuziehen
- ... und die Vergabe-Richtlinien zu beachten

5. DAWI III – Soziale Dienstleistungen

- Soziale Dienstleistungen können dem Wettbewerbs-/Beihilferecht unterliegen
- Die Eigenschaft als soziale Dienstleistung und das soziale Ziel genügen nicht, um eine DAWI zu verneinen
- EU-Kommission hat soziale und Gesundheitsdienstleistungen schon 2007 in die DAWI eingeschlossen
- Entscheidend sind Aufbau und Struktur der sozialen Dienstleistung: Organisation nach Solidaritätsprinzip; ausschl. steuerfinanz. Sicherungssysteme mit kostenfreien Leistungen
- Bsp.: Solidaritätsprinzip der dt. KV (Pflichtmitgliedschaft, ...)

6. Zulässigkeit von Ausgleichsleistungen

- Bloße Ausgleichsleistungen an ein Unternehmen für die Erbringung von DAWI sind keine verbotenen Beihilfen
- Kriterien des *Altmark-Trans*-Urteils des EuGH für das Vorliegen einer DAWI und damit für gerechtfertigte Ausgleichszahlungen:
 - Betrauungsakt mit best. DAWI
 - transparente Ausgleichsparameter
 - keine Überkompensation
 - Selbsterbringung (In-House-Vergabe) oder Drittvergabe (i.d.R. nach Ausschreibung)
- Bei der Selbsterbringung müssen zusätzlich die Voraussetzungen der In-House-Vergabe erfüllt sein

7. In-House-Vergabe I

- Dienstleistungen von rechtlich unselbstständigen eigenen Dienststellen fallen nicht unter eine In-House-Vergabe: kein öffentlicher *Auftrag* (klassische „Selbsterbringung“)
- Bei der In-House-Vergabe (auch In-House-Geschäft) handelt es sich um öffentliche Aufträge an einen rechtlich selbstständigen Dritten, welcher der Kontrolle des öffentlichen Auftraggebers unterliegt (z. B. kommunale Tochtergesellschaften)
- Die Prüfungskriterien ergeben sich aus der Rechtsprechung des EuGH; hilfreich sind EU-Richtlinien und Mitteilungen der Kommission

7. In-House-Vergabe II

- Voraussetzungen wurden mit der *Teckal-Urteil* des EuGH konkretisiert:
 - *Beteiligungskriterium*: öffentlicher Auftraggeber ist am öffentlichen (!) Auftragnehmer beteiligt
 - *Kontrollkriterium*: Auftraggeber übt Kontrolle über den rechtlich selbstständigen Auftragnehmer aus wie über eine eigene Dienststellen
 - *Wesentlichkeitskriterium*: Tätigkeit des Auftragnehmers erfolgt im Wesentlichen für den Auftraggeber
- Für die Bewertung des Einzelfalls sind zahlreiche weitere EuGH-Entscheidungen von Bedeutung (siehe Anlage)

7. In-House-Vergabe III

- Fremdauftragsquote (des Auftragnehmers) von 10 % ist unschädlich
- Aufträge von Tochtergesellschaften an die beherrschende Muttergesellschaft (Botton-up-Vergabe) sowie zwischen kommunalen Schwestergesellschaften (horizontale In-House-Geschäfte) sind zulässig, wenn keine Privaten beteiligt sind
- Unterbeauftragung eines Privaten durch die Tochtergesellschaft einer Kommune ist *ausschreibungspflichtig* (Umgehungsgeschäft!)
- Anteilsveräußerung der beauftragten und beherrschten Tochtergesellschaft an einen Privaten nach Auftragserteilung

8. Interkommunale Kooperation I

- Formal: kein In-House-Geschäft!
- IK ist als traditionelle Form der Aufgabenerledigung zwischen öffentlichen Einrichtungen durch Art. 28 Abs. 2 GG gewährleistet
- Öffentliche Aufträge unterliegen grundsätzlich dem Beihilfe- und Vergaberecht, es sei denn
 - die Voraussetzungen des In-House-Geschäfts sind gegeben oder
 - es ist eine Zusammenarbeit bei der Wahrnehmung einer allen Beteiligten obliegenden Gemeinwohlaufgabe vereinbart
 - ohne Beteiligung Privater
 - nur durch die Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegender Ziele bestimmt

8. Interkommunale Kooperation II Beispiele

- Abfallentsorgungsvertrag zwischen Kommunen zur gemeinsamen öffentlichen Aufgabenerfüllung (keine Ausschreibung)
- Landkreis beauftragt Stadt X mit Reinigungsdienstleistungen: gewöhnlicher Austausch von Leistungen (Ausschreibung)
- Beauftragung eines Zweckverbandes mit der Klärschlambeseitigung durch eine Kommune (kein In-House-Geschäft: mangelnde Kontrolle)
- Einkauf von Elektrizität durch eine Kommune von eigener Stadtwerke-GmbH, wenn die GmbH mehr als 20 % des Umsatzes mit Privatkunden erzielt (Wesentlichkeitskriterium fehlt)

9. Fazit

- Öffentliche Aufträge sind wettbewerbsrelevant, unterliegen also grundsätzlich den Regeln des Beihilfe- und Vergaberechts der EU
- **Nicht**wirtschaftliche soziale, kulturelle u. ähnliche Dienstleistungen (DAI) sind nicht marktrelevant und unterliegen nicht dem Beihilferecht
- DAWI unterliegen dem Vergaberecht dann nicht, wenn ein In-House-Geschäft vorliegt
- Interkommunale Kooperation unterliegt dem Vergaberecht auch dann nicht, wenn eine Zusammenarbeit bei der Wahrnehmung einer allen Beteiligten obliegenden Gemeinwohlaufgabe vereinbart wird

Rechtsprechung / Literatur

– **EuGH-Urteile:**

- Teckal (C-107/98)
- Altmark-Trans (C-280/00)
- Stadtreinigung Hamburg (C-480/06)
- Krankenkasse (C-159/11)
- Piepenbrock (C-386/11)
- Datenlotsen (C-15/13)

– **Literatur:**

- Soltész, Ulrich, EuZW 2015, 127 ff. (europ. Beihilferecht)
- Pfannkuch, Benjamin, Die Gemeinde SH 2014, 186 ff. (neue Vergabe-RL)
- Weiß, Wolfgang, EuR 2013, 669 ff. (soz. Dienstleistungen)

▲ Hochschule Harz

Hochschule für angewandte Wissenschaften

Prof. Dr. Wolfgang Beck

Telefon: +49 3943 – 659 402

Telefax: +49 3943 – 5402

E-Mail: wbeck@hs-harz.de

Domplatz 16

38820 Halberstadt