



EUROPÄISCHE KOMMISSION

Inoffizielle Übersetzung des Dokuments
SEK(2011) 1169 endg. vom 4.10.2011
durch die GD Binnenmarkt und
Dienstleistungen.

ARBEITSDOKUMENT DER KOMMISSIONSDIENSTSTELLEN

**über die Anwendung des EU-Vergaberechts _im Fall von Beziehungen zwischen
öffentlichen Auftraggebern _(öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit)**

INHALTSVERZEICHNIS

1.	Einleitung	3
2.	Allgemeiner Grundsatz: Das EU-Vergaberecht gilt für Aufträge zwischen öffentlichen Auftraggebern	4
3.	Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben mit eigenen Mitteln – Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit, die außerhalb des Geltungsbereichs der EU-Vergabevorschriften liegen kann	6
3.1.	Überblick über die verschiedenen im Rahmen der Rechtsprechung entwickelten Konzepte.....	6
3.2.	Zusammenarbeit über getrennte Rechtspersonen (institutionalisierte / vertikale Zusammenarbeit“, „In-House-Rechtsprechung“)	7
3.2.1.	Beteiligung am Kapital einer „In-House“-Einrichtung.....	8
3.2.2.	Erstes Teckal-Kriterium: Erforderliche Kontrolle über die „In-House“-Einrichtung (organisatorische Abhängigkeit)	10
3.2.3.	Zweites Teckal-Kriterium: Die Tätigkeiten der „In-House“-Einrichtung müssen im Wesentlichen auf die von der/den kontrollausübenden Einrichtung(en) übertragen Aufgaben beschränkt sein (wirtschaftliche Abhängigkeit).....	13
3.2.4.	Zusätzliche offene Fragen in Bezug auf „In-House“-Szenarien	14
3.3.	Nichtinstitutionalisierte/horizontale Zusammenarbeit zur gemeinsamen Erfüllung öffentlicher Aufgaben	15
3.3.1.	Grundlegende Merkmale einer horizontalen Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern, die nicht im Geltungsbereich der EU-Vergabevorschriften liegt.....	15
3.3.2.	Unterscheidung zwischen einer „echten Zusammenarbeit“ und einem normalen öffentlichen Auftrag	16
3.3.3.	Etwaige Beschränkungen hinsichtlich der Tätigkeiten auf dem kommerziellen Markt	16
3.4.	Zusammenfassung	17
4.	Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben mit externen Mitteln – andere Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit.....	21
4.1.	Umverteilung von Zuständigkeiten zwischen öffentlichen Auftraggebern	21
4.2.	Außervertragliche Aufgabenverteilung.....	23
4.3.	Verbindung zwischen Vergabevorschriften und bestimmten ausschließlichen Rechten.....	24
4.4.	Beziehungen zwischen öffentlichen Auftraggebern im Rahmen von gemeinsamen oder zentralen Beschaffungsvereinbarungen	26

1. EINLEITUNG

Im Jahr 2009 wurden öffentliche Aufträge im Wert von 420 Mrd. EUR im Einklang mit den EU-Richtlinien über die öffentliche Auftragsvergabe veröffentlicht. Mit diesen Vorschriften soll sichergestellt werden, dass die jeweiligen öffentlichen Aufträge für den Wettbewerb zwischen Anbietern im Binnenmarkt geöffnet sind¹. Dabei schränkt das EU-Recht die Freiheit eines öffentlichen Auftraggebers nicht ein, die ihm übertragenen Aufgaben von öffentlichem Interesse mit seinen eigenen administrativen, technischen und sonstigen Mitteln zu erfüllen, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu seinen Dienststellen gehören.

Das Thema, ob die EU-Richtlinien über die öffentliche Auftragsvergabe auch für die verschiedenen Situationen gelten, in denen öffentliche Auftraggeber gemeinsam die Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben gewährleisten wollen, wird zurzeit debattiert. Der Gerichtshof der Europäischen Union (nachstehend „Gerichtshof“) hat bestätigt, dass im Fall von Aufträgen zwischen öffentlichen Auftraggebern nicht automatisch davon ausgegangen werden kann, dass sie vom Geltungsbereich des EU-Vergaberechts ausgenommen sind. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs geht allerdings auch hervor, dass bestimmte Formen der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern nicht als öffentliche Auftragsvergabe betrachtet werden können.

Aus diesem Grund sollte eine Trennung zwischen Auftragsvergabetätigkeiten, die vom freien Wettbewerb unter den Wirtschaftsteilnehmern profitieren sollten, was durch die EU-Vergabevorschriften gewährleistet wird, einerseits und anderen Vereinbarungen andererseits vorgenommen werden, die öffentliche Auftraggeber eingehen können, um die Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben zu gewährleisten, und die nicht in den Geltungsbereich der EU-Richtlinien über die öffentliche Auftragsvergabe fallen.

Zurzeit fällt es öffentlichen Auftraggebern, die eine Zusammenarbeit eingehen wollen, oft schwer zu unterscheiden, in welchen Fällen die EU-Richtlinien über die öffentliche Auftragsvergabe gelten und in welchen Fällen nicht.

Der Bericht des Europäischen Parlaments betont, dass Licht in diese Angelegenheit gebracht werden muss, und fordert *„die Kommission und die Mitgliedstaaten auf,*

¹ Der gesamte Markt für das öffentliche Auftragswesen in der EU beläuft sich auf ungefähr 17 % des BIP der EU. Die EU-Richtlinien über die öffentliche Auftragsvergabe regeln lediglich die Vergabe der Aufträge, die einen bestimmten Schwellenwert überschreiten. Im Jahr 2009 machte der Wert dieser Aufträge 3,6 % des BIP der EU aus. Im Fall des restlichen Markts für das öffentliche Auftragswesen müssen die Mitgliedstaaten das EU-Recht in Bezug auf die Grundsätze der Nichtdiskriminierung, der Gleichbehandlung der Bieter usw. einhalten, falls der zu vergebende Auftrag im Interesse der Unternehmen mit einem Standort in einem anderen Mitgliedstaat liegt.

Informationen über die rechtlichen Konsequenzen dieser Urteile [in Sachen öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit] allgemein zu verbreiten“².

Mit der vorliegenden Arbeitsunterlage soll dieser Forderung nachgekommen werden. Das Dokument soll einen umfassenden Überblick über die bestehende Rechtsprechung des Gerichtshofs vermitteln. Die Rechtsprechung wird konsolidiert und zusammengefasst, und es werden Schlussfolgerungen daraus gezogen, soweit die Urteile des Gerichtshofs dies zulassen. Es werden keine neuen Vorschriften oder Anforderungen festgelegt. Ziel ist es hingegen, zu einem besseren Verständnis und einer besseren Anwendung des bestehenden Rechtsrahmens beizutragen. Das Dokument ist zum Nutzen aller Akteure im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe gedacht, insbesondere der öffentlichen Behörden auf allen Verwaltungsebenen³. Der Leitfaden in diesem Dokument bezieht sich nur auf den Bereich des öffentlichen Auftragswesens und gilt unbeschadet der EU-Vorschriften zum Wettbewerb und über staatliche Beihilfen.

Nach einer Erinnerung daran, dass öffentliche Aufträge zwischen öffentlichen Auftraggebern unter die EU-Richtlinien über die öffentliche Auftragsvergabe fallen (Abschnitt 2), werden in dem Dokument die verschiedenen Formen der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern untersucht, die vom Geltungsbereich dieser Vorschriften ausgenommen werden können (Abschnitt 3), und schließlich andere Arten von Beziehungen vor dem Hintergrund des EU-Vergaberechts geprüft (Abschnitt 4).

Bei dieser Arbeitsunterlage handelt es sich um ein vorläufiges Dokument der Kommissionsdienststellen, das für die Kommission in keiner Weise bindend ist. Die Auslegung des EU-Rechts bleibt natürlich in jedem Fall Sache des Gerichtshofs der Europäischen Union.

2. ALLGEMEINER GRUNDSATZ: DAS EU-VERGABERECHT GILT FÜR AUFTRÄGE ZWISCHEN ÖFFENTLICHEN AUFTRAGGEBERN

Die EU-Richtlinien über die öffentliche Auftragsvergabe finden Anwendung, wenn öffentliche Auftraggeber und Einrichtungen entgeltliche Verträge mit einer anderen juristischen Person schließen. Wenn eine solche Vereinbarung eingegangen wird, spielt es keine Rolle, ob es sich dabei um einen privaten oder öffentlichen Vertragspartner handelt. Dies geht klar aus den einschlägigen Bestimmungen der Richtlinien und der Rechtsprechung des Gerichtshofs hervor.

² Initiativbericht der Abgeordneten Heide Rühle über „Neue Entwicklungen im öffentlichen Auftragswesen“ (Entschließung des Europäischen Parlaments vom 18. Mai 2010 zu neuen Entwicklungen im öffentlichen Auftragswesen (2009/2175(INI)).

³ Im Rahmen des „Grünbuchs über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens – Wege zu einem effizienteren europäischen Markt für öffentliche Aufträge“ (KOM(2011) 15 endgültig, Brüssel, 27.1.2011) wurde eine öffentliche Konsultation eingeleitet, um herauszufinden, wie der Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe in Zukunft umgestaltet werden soll. Bis zur Annahme und Umsetzung jeglicher neuer Rechtsvorschriften soll diese Arbeitsunterlage die bestehende Rechtslage klären.

In Artikel 1 Absatz 8 der Richtlinie 2004/18/EG⁴ (nachfolgend „Richtlinie für den öffentlichen Sektor“) ist Folgendes festgelegt:

„Die Begriffe „Unternehmer“, „Lieferant“ und „Dienstleistungserbringer“ bezeichnen natürliche oder juristische Personen, öffentliche Einrichtungen oder Gruppen dieser Personen und/oder Einrichtungen, die auf dem Markt die Ausführung von Bauleistungen, die Errichtung von Bauwerken, die Lieferung von Waren bzw. die Erbringung von Dienstleistungen anbieten.“ (Hervorhebung durch die Kommission).

In Artikel 1 Absatz 7 der Richtlinie 2004/17/EG⁵ (nachfolgend Sektorenrichtlinie) ist Folgendes festgelegt:

„„Unternehmer“, „Lieferant“ und „Dienstleistungserbringer“ sind entweder natürliche oder juristische Personen oder Auftraggeber im Sinne von Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe a) oder b) oder Gruppen dieser Personen und/oder Einrichtungen, die auf dem Markt die Ausführung von Bauleistungen, die Errichtung von Bauwerken, die Lieferung von Waren bzw. die Erbringung von Dienstleistungen anbieten.“ (Hervorhebung durch die Kommission).

In Übereinstimmung dazu stellte der Gerichtshof fest, dass die Tatsache, dass *„der Dienstleistungserbringer eine vom Dienstleistungsempfänger verschiedene Körperschaft öffentlichen Rechts ist, [...] der Anwendung der Richtlinie [...] nicht entgegen [steht]“*⁶. Für die Anwendung der EU-Vergabevorschriften *„genügt es grundsätzlich, dass der Vertrag zwischen einer Gebietskörperschaft und einer rechtlich von dieser verschiedenen Person geschlossen wurde.“*⁷ Daher stellt es eine nicht ordnungsgemäße Umsetzung der EU-Richtlinien über die öffentliche Auftragsvergabe dar, *„Beziehungen gleich welcher Art, zwischen den öffentlichen Verwaltungen, ihren öffentlichen Einrichtungen und ganz allgemein den Einrichtungen des öffentlichen Rechts, die nicht gewerblicher Art sind“,* vom Geltungsbereich des nationalen Vergaberechts auszuschließen⁸.

⁴ 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 vom 30.4.2004, S. 114 -240.

⁵ Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. L 134 vom 30.4.2004, S. 1-113.

⁶ Rechtssache C-480/06, Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland, Slg. 2009, I-04747, Randnummer 33.

⁷ Rechtssache C-107/98, Teccal Srl gegen Comune di Viano und Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, Slg. 1999, I-08121, Randnummer 50.

⁸ Rechtssache C-84/03, Kommission gegen Spanien, Slg. 2005, I-00139, Randnummer 40.

3. WAHRNEHMUNG ÖFFENTLICHER AUFGABEN MIT EIGENEN MITTELN – ÖFFENTLICH-ÖFFENTLICHE ZUSAMMENARBEIT, DIE AUSSERHALB DES GELTUNGSBEREICHS DER EU-VERGABEVORSCHRIFTEN LIEGEN KANN

3.1. Überblick über die verschiedenen im Rahmen der Rechtsprechung entwickelten Konzepte

Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe geht hervor, dass das EU-Recht die Freiheit eines öffentlichen Auftraggebers⁹ nicht einschränkt, die ihm übertragenen Aufgaben von öffentlichem Interesse mit seinen eigenen administrativen, technischen und sonstigen Mitteln zu erfüllen, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu seinen Dienststellen gehören¹⁰.

Wenn ein öffentlicher Auftraggeber eine öffentliche Aufgabe mit seinen eigenen Mitteln wahrnimmt und dabei kein entgeltlicher Vertrag geschlossen wird, da es sich um eine interne Angelegenheit einer einzigen juristischen Person handelt, d. h. wenn einem öffentlichen Auftraggeber alle zur Erfüllung der Aufgabe erforderlichen Mittel innerhalb seiner eigenen Dienststelle zur Verfügung stehen, findet das EU-Vergaberecht keine Anwendung. Beispiel: Eine Stadt erbringt Verkehrsdienste in seinem Gebiet durch seine interne Verkehrsabteilung.

Außerdem kann die Möglichkeit, öffentliche Aufgaben mit seinen eigenen Mitteln zu erfüllen, auch in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Auftraggebern wahrgenommen werden. Verschiedene öffentliche Auftraggeber können sich gegenseitig unterstützen. Solange keine Vergütung oder irgendein Austausch gegenseitiger Rechte und Pflichten stattfindet, wird keine Dienstleistung im Sinne des EU-Vergaberechts erbracht. In diesen Fällen finden die EU-Vergabevorschriften keine Anwendung. Beispiel: Eine allgemeine Vereinbarung zwischen benachbarten Gemeinden, dass ihre Musikkapellen bei den Stadtfesten der jeweils anderen Gemeinde auftreten.

Wenn öffentliche Auftraggeber entgeltliche Verträge untereinander schließen (d. h. wenn diese gegenseitige Rechte und Pflichten mit sich bringen), stellt sich die Frage, ob diese Verträge vom Geltungsbereich der EU-Richtlinien über die öffentliche Auftragsvergabe ausgeschlossen werden können, obwohl Verträge zwischen verschiedenen juristischen

⁹ Hinsichtlich des Themas „öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit“ bezieht sich dieser Hinweis nur auf das Verhalten „öffentlicher Auftraggeber“ im Sinne der Richtlinie 2004/18/EG und nicht „öffentlicher Unternehmen“ gemäß der Definition der Sektorenrichtlinie oder privater Unternehmen, die auf der Grundlage von Sonder- oder Exklusivrechten nach Richtlinie 2004/17/EG tätig sind. Im Fall von „öffentlichen Auftraggebern“, die unter die Definition „Auftraggeber“ gemäß der Sektorenrichtlinie fallen, ist darauf hinzuweisen, dass ihre besondere Situation in Bezug auf öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit bislang vom Gerichtshof noch nicht ausdrücklich geprüft wurde. Die für „öffentliche Auftraggeber“ im Allgemeinen gezogenen Schlussfolgerungen sollten entsprechend auch gelten, wenn diese in ihrer Funktion als „Auftraggeber“ gemäß der Sektorenrichtlinie tätig sind, es sei denn, es bestehen erhebliche Unterschiede bei den anwendbaren Vorschriften. Außerdem enthält Artikel 23 der Sektorenrichtlinie Bestimmungen für bestimmte Arten öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit (sogar Dreieckssachverhalte sind möglich).

¹⁰ Rechtssache C-26/03, Stadt Halle und RPL Recyclingpark Lochau GmbH gegen Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, Slg. 2005, I-00001, Randnummer 48.

Personen grundsätzlich in deren Geltungsbereich fallen. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist dies in der Tat unter bestimmten Umständen möglich. Arbeiten öffentliche Auftraggeber zusammen, um die Erfüllung der Aufgaben von öffentlichem Interesse gemeinsam sicherzustellen, so können unter Umständen Aufträge vergeben werden, ohne dass das EU-Vergaberecht Anwendung finden muss. Eine solche Zusammenarbeit kann darin bestehen, gemeinsam eine dritte Einrichtung zu kontrollieren, der die Erfüllung der Aufgabe übertragen wurde („vertikale / institutionalisierte Zusammenarbeit“). Als Alternative dazu kann dies auch ohne die Schaffung einer neuen bzw. speziell damit beauftragten Einrichtung geschehen („horizontale / nichtinstitutionalisierte Zusammenarbeit“).

3.2. Zusammenarbeit über getrennte Rechtspersonen (institutionalisierte / vertikale Zusammenarbeit“, „In-House-Rechtsprechung“)

Es ist allgemein anerkannt, dass die EU-Richtlinien über die öffentliche Auftragsvergabe Anwendung finden, wenn Auftraggeber öffentliche Aufträge vergeben, d. h. mit einer dritten Partei schriftliche entgeltliche Verträge über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne der Richtlinien schließen. Sie gelten ebenfalls, wenn öffentliche Auftraggeber öffentliche Baukonzessionen gemäß der Richtlinie für den öffentlichen Sektor vergeben.

In der Rechtsache *Teckal*¹¹ legte der Gerichtshof diese Vorschriften funktionell aus. Er legte zwei Kriterien für die Ausnahme von den EU-Vergabevorschriften bei Beziehungen zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einer anderen juristischen Person fest. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs fällt eine solche Beziehung nicht in den Geltungsbereich des EU-Vergaberechts, wenn:

- (1) der öffentliche Auftraggeber über die betreffende juristische Person eine **Kontrolle ausübt, die der gleichkommt, die er über seine eigenen Dienststellen ausübt** und
- (2) diese juristische Person **zugleich ihre Wirtschaftstätigkeit im Wesentlichen mit der oder den Körperschaften abwickelt, die sie unterhalten**¹².

Der Gerichtshof kam folglich in Einklang mit der **internen Verwaltungsautonomie öffentlicher Auftraggeber** zu dem Schluss, dass das EU-Vergaberecht (d. h. nicht nur die Richtlinien, sondern auch die AEUV-Grundsätze) keine Anwendung findet, wenn ein öffentlicher Auftraggeber einen Auftrag an eine dritte Partei vergibt, die nur **formal,**

¹¹ Rechtssache C-107/98, *Teckal*, Randnummer 50. „Zur Beantwortung der Frage, ob ein Vertrag vorliegt, muß das vorlegende Gericht prüfen, ob eine Vereinbarung zwischen zwei verschiedenen Personen getroffen wurde. Dazu genügt es [...] grundsätzlich, daß der Vertrag zwischen einer Gebietskörperschaft und einer rechtlich von dieser verschiedenen Person geschlossen wurde. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die **Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen** und wenn diese Person zugleich **ihre Tätigkeit im wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben.**“

¹² Im Anschluss an das Urteil des Gerichtshofs kam der italienische Consiglio di Stato zu dem Schluss, dass AGAC ein „In-House“-Unternehmen von Viano ist (Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Urteil Nr. 2605 vom 9. Mai 2001).

jedoch nicht im Wesentlichen unabhängig von ihm ist. Diese Rechtsprechung bezieht sich auf Fälle, die **kein privates Kapital** der dritten Partei einschließen, die sowohl **organisatorisch als auch wirtschaftlich vom öffentlichen Auftraggeber abhängig ist.** Beispiel: Eine Stadt erbringt Verkehrsdienste in seinem Gebiet über sein Verkehrsunternehmen, das zur Gänze in seinem Besitz und unter seiner Kontrolle steht.

In nachfolgenden Urteilen¹³ stellte der Gerichtshof klar, dass das „In-House“-Konzept auch für die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit gilt, indem er entschied, dass die beiden *Teckal*-Kriterien von verschiedenen öffentlichen Auftraggebern gemeinsam erfüllt werden können. Beispiel: Zwei Städte erbringen Verkehrsdienste in ihrem Gebiet über ihr Verkehrsunternehmen, das in ihrem gemeinsamen Besitz und unter ihrer gemeinsamen Kontrolle steht.

Im Sinne dieser Arbeitsunterlage gilt diese Zusammenarbeit als „institutionalisiert“ oder „vertikal“, da sie öffentliche Auftraggeber einschließt, die die Erfüllung einer Aufgabe an eine separate Einrichtung vergeben, die in ihrem gemeinsamen Besitz und unter ihrer gemeinsamen Kontrolle steht und als Anbieter auftritt.

Diese „In-House“-Ausnahme wurde vom Gerichtshof sowohl für öffentliche Aufträge und Baukonzessionen anerkannt, die unter die EU-Richtlinien über die öffentliche Auftragsvergabe fallen, als auch für Dienstleistungskonzessionen, die den Grundsätzen des AEUV unterliegen.

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass während die Beziehung zwischen dem kontrollausübenden öffentlichen Auftraggeber bzw. Auftraggebern einerseits und der kontrollierten Einrichtung andererseits aufgrund der „In-House“-Situation vom EU-Vergaberecht ausgeschlossen werden kann, gleichzeitig eine Stelle, die als „In-House“-Einrichtung gilt, normalerweise auch als „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ gilt würde und verpflichtet ist, das EU-Vergaberecht für ihre eigene Auftragsvergabe einzuhalten.

In den folgenden Abschnitten sind die entsprechenden Bedingungen des Gerichtshofs in seiner „In-House“-Rechtsprechung genau beschrieben, die bei der Entscheidung, ob das EU-Vergaberecht Anwendung findet oder nicht, geprüft werden müssen.

3.2.1. *Beteiligung am Kapital einer „In-House“-Einrichtung*

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs kann ein öffentlicher Auftraggeber keine „In-House“-Kontrolle über eine Einrichtung ausüben, wenn ein oder mehrere private Unternehmen Miteigentümer dieser Einrichtung sind¹⁴. Das ist auch der Fall, wenn der

¹³ Rechtssachen C-324/07, *Coditel Brabant SA gegen Commune d’Uccle und Région de Bruxelles-Capitale*, Slg. 2008, I-08457 und C-573/07, *Sea Srl gegen Comune di Ponte Nossa*, Slg. 2009, I-08127.

¹⁴ „Dagegen schließt die – auch nur minderheitliche – Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Gesellschaft, an der auch der betreffende öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, es auf jeden Fall aus, dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine ähnliche

öffentliche Auftraggeber in der Lage ist, ungeachtet der privaten Beteiligung alle Entscheidungen über diese Einrichtung unabhängig zu treffen. Nach Auffassung des Gerichtshofs ist die Beziehung zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und seinen eigenen Dienststellen durch Überlegungen und Anforderungen bestimmt, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen. Die Anlage von privatem Kapital in einem Unternehmen beruht dagegen auf Überlegungen, die mit privaten Interessen zusammenhängen, und verfolgt andersartige Ziele¹⁵. Dies trifft auch im Fall von reinen Kapitaleinlagen in eine „In-House“-Einrichtung durch ein privates Unternehmen zu (d. h. beispielsweise der Kauf von Aktien oder Anteilen, nicht jedoch die Gewährung von Standardkrediten¹⁶), auch wenn damit kein operativer Beitrag verbunden ist.

- Bedeutung einer potenziellen künftigen Beteiligung mit privatem Kapital

Grundsätzlich muss **zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe** festgestellt werden, ob eine private Beteiligung am Kapital des Unternehmens vorliegt, an das der fragliche öffentliche Auftrag vergeben wird^{17,18}. Die Öffnung des Unternehmenskapitals zu einem späteren Zeitpunkt wird nur dann berücksichtigt, wenn zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe an das Unternehmen bereits eine konkrete Aussicht auf eine baldige Kapitalöffnung besteht¹⁹.

Die rein theoretische Möglichkeit der Kapitalbeteiligung einer privaten Partei an einer „In-House“-Einrichtung alleine schadet der „In-House“-Beziehung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und seinem Unternehmen nicht²⁰.

Im Fall der Vergabe eines Auftrags ohne Ausschreibung an ein Unternehmen auf Grundlage der „In-House“-Ausnahme würde der Erwerb einer Beteiligung an dem Unternehmen durch private Anleger zu einem späteren Zeitpunkt, aber immer noch innerhalb der Gültigkeitsdauer des Auftrags, allerdings die **Änderung einer**

Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen“ (Rechtssache C-26/03, Stadt Halle, Randnummer 49).

¹⁵ Rechtssache C-26/03, Stadt Halle, Randnummer 50.

¹⁶ Es würde sich jedoch nicht um Standardkredite handeln, wenn z. B. die Möglichkeit bestände, den Kredit für dessen Rückzahlung in Aktien bzw. Anteile der „In-House“-Einrichtung umzuwandeln.
¹⁷ Rechtssache C-26/03, Stadt Halle, Randnummern 15 und 52 sowie Rechtssache C-573/07, Sea, Randnummer 47.

¹⁸ „Ausnahmsweise können besondere Umstände die Berücksichtigung von nach der Vergabe des betreffenden Auftrags eingetretenen Ereignissen erfordern. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn Anteile der den Zuschlag erhaltenden Gesellschaft, die bisher vollständig vom öffentlichen Auftraggeber gehalten wurden, kurz nach Vergabe des betreffenden Auftrags an diese Gesellschaft im Rahmen einer künstlichen Gestaltung zur Umgehung der einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften an ein privates Unternehmen übertragen werden (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. November 2005, Kommission/Österreich, C-29/04, Slg. 2005, I-9705, Randnrn. 38 bis 41).“

¹⁹ Rechtssache Sea, Randnummer 50.

²⁰ Siehe IÖPP-Mitteilung, Fußnote 14. Dieser Standpunkt wurde mittlerweile durch das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache C-371/05, Kommission gegen Italien, Slg. 2008, I-00110, Randnummer 29, bestätigt.

grundlegenden Bedingung der Auftragsvergabe bedeuten. Unter diesen Umständen müsste der Auftrag im Wege einer Ausschreibung vergeben werden²¹.

- Alleinige Beteiligung des öffentlichen Sektors am Kapital der „In-House“-Einrichtung

Umgekehrt sollte der Umstand, dass öffentliche Auftraggeber Alleineigentümer sind, als Hinweis darauf – jedoch nicht als an sich entscheidender Faktor – betrachtet werden, dass diese eine für die „In-House“-Ausnahme erforderliche Kontrolle ausüben²².

Dieser Hinweis wird jedoch entkräftet, wenn öffentliche Auftraggeber ein gewinnorientiertes Unternehmen gründen, das vollkommen unabhängig von ihnen ist. Dies wird auch durch die Rechtssache *Parking Brixen* verdeutlicht, bei der die Einrichtung zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe zwar im Besitz eines öffentlichen Auftraggebers war, aber über ein Maß an Selbständigkeit verfügte²³ (siehe nächster Abschnitt), was den Gerichtshof dazu veranlasste, den „In-House“-Status zu verweigern.

3.2.2. *Erstes Teckal-Kriterium: Erforderliche Kontrolle über die „In-House“-Einrichtung (organisatorische Abhängigkeit)*

Der Öffentliche Auftraggeber muss über die „In-House“-Einrichtung eine Kontrolle ausüben wie über seine eigenen Dienststellen²⁴. Wie diese Kontrolle ausgeübt wird, d. h. durch **Befugnisse des privaten oder öffentlichen Rechts**, ist irrelevant. Bei der Beurteilung, ob die Anforderung der „ähnlichen Kontrolle“ erfüllt ist, *„sind alle Rechtsvorschriften und maßgebenden Umstände zu berücksichtigen. [...] Es muss sich dabei um die Möglichkeit handeln, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen.“*²⁵

Zu diesem Zweck müssen die folgenden Punkte berücksichtigt werden:

- Gemeinsame Kontrolle von mehreren öffentlichen Auftraggebern über eine „In-House“-Einrichtung

Der Gerichtshof legte durch sein *Coditel*-Urteil neue Einzelheiten in Bezug auf das erste *Teckal*-Kriterium fest. Der Gerichtshof stellte klar, dass die Kontrolle über die „In-House“-Einrichtung zwar wirksam sein muss, nicht aber unbedingt individuell ausgeübt werden muss. Er bestätigte daher den Grundsatz, dass die **Kontrolle im Sinne des ersten Teckal-Kriteriums gemeinsam ausgeübt werden kann.**

²¹ Rechtssache Sea, Randnummer 53.

²² Rechtssache C-340/04, Carbotermo SpA und Consorzio Alisei gegen Comune di Busto Arsizio und AGESP SpA., Slg. 2006, I-04137, Randnummer 37: „*Dass der öffentliche Auftraggeber allein oder zusammen mit anderen öffentlichen Stellen das gesamte Kapital einer auftragnehmenden Gesellschaft hält, deutet – ohne entscheidend zu sein – darauf hin, dass er [...] über diese Gesellschaft eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt.*“

²³ Rechtssache C-458/03, Parking Brixen GmbH gegen Gemeinde Brixen und Stadtwerke Brixen AG., Slg. 2005, I-08585, Randnummer 70.

²⁴ Rechtssache C-107/98, Teckal, Randnummer 50.

²⁵ Rechtssache C-458/03, Parking Brixen, Randnummer 65 sowie Rechtssache C-371/05, Randnummer 24.

Der Gerichtshof hat diese weiter gefasste Interpretation im Wesentlichen dadurch gerechtfertigt, dass durch eine strengere Auslegung dieses Kriteriums die *Teckal*-Ausnahme in den meisten Fällen einer Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern nicht anwendbar wäre. In dem gleichen Sinne hat der Gerichtshof entschieden, dass das **Verfahren, das die kontrollausübenden Behörden zur gemeinsamen Beschlussfassung anwenden, unerheblich ist**. Der Rückgriff auf eine Mehrheitsentscheidung hebt beispielsweise die Einführung einer (gemeinsamen) Kontrolle aller beteiligten öffentlichen Auftraggeber nicht auf²⁶. „*Infolgedessen kann in einem Fall, in dem eine öffentliche Stelle einer Aktiengesellschaft mit vollständig öffentlichem Kapital als Minderheitsgesellschafterin beitrifft, um dieser Gesellschaft die Verwaltung einer öffentlichen Dienstleistung zu übertragen, die Kontrolle, die die öffentlichen Stellen als Gesellschafter der Gesellschaft über diese ausüben, dann, wenn die Kontrolle von diesen Stellen gemeinsam ausgeübt wird, als Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen angesehen werden*“^{27,28}.

- Erforderlicher Umfang der Befugnisse über die „In-House“-Einrichtung

Für die Erfüllung des ersten *Teckal*-Kriteriums muss der öffentliche Auftraggeber ein ausreichendes Ausmaß an Kontrolle behalten, so dass er die Handlungsfreiheit der fraglichen Einrichtung einschränken kann.

Im Fall der Rechtssache *Coditel* wurde der Umstand, dass die **Beschlussorgane** der konzessionsnehmenden Einrichtung nur aus Vertretern der an der Zusammenarbeit beteiligten öffentlichen Auftraggeber **bestehen**, als starker Hinweis darauf betrachtet, dass eine „In-House“-Kontrolle ausgeübt wird.

Die **Rechtsform** der „In-House“-Einrichtung *im eigentlichen Sinne* ist nicht ausschlaggebend, kann jedoch als Anhaltspunkt angesehen werden. Der Gerichtshof hat beispielsweise in der Rechtssache *Coditel* betont, dass die „In-House“-Einrichtung „*nicht die Form einer Aktiengesellschaft hat, die Ziele unabhängig von ihren Anteilseignern verfolgen kann, sondern eine interkommunale Genossenschaft ist*“. Nach den einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften kann diese keinen kommerziellen Charakter haben²⁹.

Im Fall der Rechtssache *Carbotermo*³⁰ war der Gerichtshof der Ansicht, dass die von einem öffentlichen Auftraggeber über eine andere Einrichtung ausgeübte Kontrolle, die nur in dem **Umfang besteht, den das Gesellschaftsrecht der Gesellschaftermehrheit**

²⁶ Rechtssache C-324/07, *Coditel*, Randnummer 51.

²⁷ Rechtssache C-573/07, *Sea*, Randnummer 63.

²⁸ In der Rechtssache C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) gegen Comune di Cingia de Botti*, Sgl. 2005, I-07287, war der Gerichtshof der Auffassung, dass eine Minderheitsbeteiligung von 0,97 % so gering ist, dass die Gemeinde keine „In-House“-Kontrolle über die konzessionsnehmende Einrichtung ausüben kann. In seinen Folgeentscheidungen hat er jedoch die Möglichkeit einer gemeinsamen Kontrolle über die „In-House“-Einrichtung durch mehrere öffentliche Auftraggeber zugelassen, die einzeln möglicherweise nur eine kleine Minderheitsbeteiligung haben.

²⁹ Rechtssache *Coditel*, Randnummer 37.

³⁰ Siehe Fußnote 22.

einräumt, möglicherweise nicht ausreicht, um als Kontrolle im Sinne des ersten *Teckal*-Kriteriums zu gelten. In einem solchen Fall sind die Befugnisse des öffentlichen Auftraggebers zur Beeinflussung der Entscheidungen der fraglichen Einrichtung erheblich beschränkt³¹. Wenn der öffentliche Auftraggeber die Entscheidungen der Einrichtung nur mittels einer **Holdingsgesellschaft** beeinflusst, kann dies gleichfalls die Kontrolle schwächen, die der öffentliche Auftraggeber möglicherweise über diese ausübt. Folglich dürfte das erste *Teckal*-Kriterium nicht erfüllt sein³².

Im Fall der Rechtssache *Sea*³³ war die „In-House“-Einrichtung eine Aktiengesellschaft. Obwohl diese Rechtsform die Möglichkeit einer „In-House“-Kontrolle nicht ausschloss, prüfte der Gerichtshof die spezifischen Befugnisse der öffentlichen Auftraggeber eingehend, insbesondere die Befugnisse, die ihnen eine Kontrolle über die Geschäftsführungsorgane der „In-House“-Einrichtung ermöglichten und die über die normalen Vorschriften, die für eine solche Kontrolle in einer Aktiengesellschaft gelten, hinausgingen.

- Potenzielle Unabhängigkeit/Marktorientierung der „In-House“-Einrichtung

Im Fall der Rechtssachen *Coditel* und *Sea* war der Gerichtshof der Auffassung, dass das erste *Teckal*-Kriterium nicht mehr erfüllt wäre, wenn die kontrollierte Einrichtung eine Marktausrichtung und ein Maß an Selbständigkeit erwerben würde, die eine Kontrolle durch die öffentlichen Auftraggeber als nicht gesichert erscheinen lassen würde. In diesem Zusammenhang müsste z. B. die **räumliche und die materielle Auswirkung** der Tätigkeiten der kontrollierten Einrichtung sowie ihre **Möglichkeit, Verbindungen zu Unternehmen des Privatsektors zu knüpfen**, berücksichtigt werden³⁴. Es würde darauf hindeuten, dass keine Marktorientierung der kontrollierten Einrichtung besteht, wenn sich der **geografische Wirkungsbereich** der Tätigkeiten der kontrollierten Einrichtung auf das Gebiet der öffentlichen Auftraggeber beschränkt, in deren Besitz sie steht, und sich **ihre Tätigkeiten** (d. h. die von ihr verfolgten Ziele) auf die Ausführung von Aufgaben für diese öffentlichen Auftraggeber beschränken³⁵. Diese Prüfung führte zu der Entscheidung, dass in den Rechtssachen *Coditel* und *Sea* eine „In-House“-Kontrolle ausgeübt wurde, wogegen in der Rechtssache *Parking Brixen* das Gegenteil der Fall war.

Die kontrollierte Einrichtung kann **Verbindungen zu Unternehmen des Privatsektors knüpfen**, solange diese die wesentliche Tätigkeit der Einrichtung, d. h. die Verwaltung öffentlicher Dienstleistungen, nur ergänzen³⁶. Durch ein vollständiges Verbot von Verbindungen zu Unternehmen des Privatsektors würde das zweite *Teckal*-Kriterium wirkungslos werden.

Beispiel: Handelt es sich bei der Haupttätigkeit der „In-House“-Einrichtung um Abfallsammlung für die kontrollausübenden öffentlichen Auftraggeber sowie die

³¹ Rechtssachen *Carbotermo*, Randnummer 38 und *Parking Brixen*, Randnummer 70.

³² Rechtssache *Carbotermo*, Randnummern 38 und 39.

³³ Siehe Fußnote 27.

³⁴ Rechtssachen C-324/07, *Coditel*, Randnummer 36 und C-573/07, *Sea*, Randnummer 73.

³⁵ Rechtssachen *Coditel*, Randnummer 38 und *Sea* Randnummern 74-76.

³⁶ Rechtssache C-573/07, *Sea*, Randnummern 79-80.

selektive Sortierung von Abfällen, könnte es erforderlich sein, als ergänzende Tätigkeit, bestimmte Kategorien gesammelter Stoffe zwecks deren Rückgewinnung an spezialisierte Stellen weiterzuverkaufen³⁷.

3.2.3. *Zweites Teckal-Kriterium: Die Tätigkeiten der „In-House“-Einrichtung müssen im Wesentlichen auf die von der/den kontrollausübenden Einrichtung(en) übertragenen Aufgaben beschränkt sein (wirtschaftliche Abhängigkeit)*

Für eine „In-House“-Ausnahme muss die kontrollierte Einrichtung ihre **Wirtschaftstätigkeiten im Wesentlichen** für die Körperschaft oder die Körperschaften verrichten, die ihre Anteile innehaben. Mit diesem Kriterium soll sichergestellt werden, dass das EU-Vergaberecht anwendbar bleibt, wenn eine von einer oder mehreren Körperschaften kontrollierte Einrichtung auf dem Markt tätig ist und daher mit anderen Unternehmen in Wettbewerb treten kann³⁸.

Im Fall der Rechtssache *Carbotermo* entschied der Gerichtshof, dass der in der Sektorenrichtlinie festgelegte, auf der Grundlage des Umsatzes festgelegte Schwellenwert von 80 %, über dem an verbundene Unternehmen vergebene Aufträge außerhalb des Anwendungsbereichs dieser Richtlinie liegen können, nicht im Rahmen der Richtlinie für den öffentlichen Sektor verwendet werden kann³⁹.

Im selben Urteil hat der Gerichtshof jedoch eine wesentliche Klarstellung der Bedeutung „wesentliche Ausrichtung der Tätigkeit“ gebracht⁴⁰. Nach Auffassung des Gerichtshofs wird dieses Kriterium nur erfüllt, wenn die „In-House“-Einrichtung **hauptsächlich** für die Körperschaft tätig wird. Jede andere Tätigkeit sollte rein **nebensächlich** sein.

Für diese Beurteilung sind **alle Tätigkeiten relevant, die die „In-House“-Einrichtung als Auftragnehmer im Rahmen einer Vergabe durch den öffentlichen Auftraggeber verrichtet. Diese Überlegung ist maßgeblich**, ungeachtet der Identität des Begünstigten (sei es der öffentliche Auftraggeber selbst oder der Nutzer der Leistungen), der Einrichtung, die das betreffende Unternehmen vergütet (sei es die Körperschaft, die seine Anteile innehat, seien es Dritte als Nutzer der Dienstleistungen) oder des Gebiets, in dem diese Dienstleistungen erbracht werden.

Wenn die Anteile an einer „In-House“-Einrichtung von mehreren Körperschaften gehalten werden, so kann die Voraussetzung hinsichtlich der wesentlichen Ausrichtung ihrer Tätigkeit erfüllt sein, wenn diese „In-House“-Einrichtung ihre Tätigkeit nicht unbedingt für eine bestimmte dieser Körperschaften, sondern für diese Körperschaften

³⁷ Rechtssache C-573/07, *Sea*, Randnummer 78.

³⁸ Rechtssache *Carbotermo*, Randnummer 60.

³⁹ Rechtssache *Carbotermo*, Randnummer 55. (Dieses Urteil bezieht sich auf die „alte“ Sektorenrichtlinie (93/38). In Artikel 23 der „neuen“ Sektorenrichtlinie (2004/17/EG) ist gleichfalls ein auf der Grundlage des Umsatzes festgelegter Schwellenwert von 80 % vorgesehen, über dem an sogenannte verbundene Unternehmen vergebene Aufträge außerhalb des Anwendungsbereichs dieser Richtlinie liegen können.)

⁴⁰ Rechtssache *Carbotermo*, Randnummern 63-68.

insgesamt verrichtet. Folglich sind im Fall einer „In-House“-Einrichtung, deren Anteile von mehreren Körperschaften gehalten werden, die Tätigkeiten zu berücksichtigen, die sie für alle diese Körperschaften verrichtet⁴¹.

3.2.4. *Zusätzliche offene Fragen in Bezug auf „In-House“-Szenarien*

Die folgenden Fragen wurden zwar noch nicht direkt im Rahmen der Rechtsprechung des Gerichtshofs behandelt, könnten in der Praxis jedoch auftreten:

- Darf die kontrollausübende Einrichtung über privates Kapital verfügen?

Die Frage über ein etwaiges privates Kapital in der kontrollausübenden Einrichtung kann im Fall von Einrichtungen des öffentlichen Rechts auftreten. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass diese dennoch in der Lage wären, eine „In-House“-Kontrolle über eine andere Einrichtung auszuüben.

- Ist eine „Bottom-up-Auftragsvergabe“ (d. h. Auftragsvergabe durch die kontrollierte Einrichtung an die Muttergesellschaft) möglich?

Im Fall einer „Bottom-up-Auftragsvergabe“ lässt sich feststellen, dass die „In-House“-Logik (d. h. es sind keine zwei Einrichtungen als unabhängige Entscheidungsträger vorhanden) immer noch gelten würde.

- Sind Aufträge zwischen „In-House“-Schwesterunternehmen (d. h. Aufträge zwischen zwei „In-House“-Einrichtungen, die von derselben Muttergesellschaft kontrolliert werden) möglich?

Im Fall von „Aufträgen zwischen „In-House“-Schwesterunternehmen“ kontrolliert keine der Einrichtungen die andere, beide werden jedoch von derselben Muttergesellschaft kontrolliert. Die „In-House“-Rechtsprechung scheint normale öffentliche Aufträge zwischen diesen Einrichtungen (den „In-House“-Schwesterunternehmen) nicht vom Geltungsbereich der Vergabevorschriften auszuschließen, da keine der beiden Einrichtungen eine Kontrolle über die andere ausübt. Es könnte allerdings formal der „In-House“-Rechtsprechung entsprechen, wenn z. B. ein öffentlicher Auftraggeber, der über zwei „In-House“-Einrichtungen verfügt und diese kontrolliert, bestimmte Waren bei einem seiner „In-House“-Unternehmen bestellt und diese direkt an das andere „In-House“-Unternehmen liefern lässt.

⁴¹ Rechtssache Carbotermo, Randnummern 70-71.

3.3. Nichtinstitutionalisierte/horizontale Zusammenarbeit zur gemeinsamen Erfüllung öffentlicher Aufgaben⁴²

3.3.1. Grundlegende Merkmale einer horizontalen Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern, die nicht im Geltungsbereich der EU-Vergabevorschriften liegt

In seinem *Hamburg-Urteil*⁴³ hat der Gerichtshof auch eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit außerhalb des Konzepts einer Nutzung gemeinsam kontrollierter „In-House“-Einrichtungen anerkannt. Der Gerichtshof betonte, dass das EU-Recht den öffentlichen Stellen für die gemeinsame Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben keine spezielle Rechtsform vorschreibt⁴⁴. Im Sinne dieser Arbeitsunterlage gilt diese Zusammenarbeit als „nichtinstitutionalisiert“ oder „horizontal“, da sie verschiedene öffentliche Auftraggeber einschließt.

Bislang handelt es sich dabei um das einzige Urteil des Gerichtshofs über öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit, die keine gemeinsam kontrollierten „In-House“-Einrichtungen einschließt. Der Gerichtshof dürfte sich bei seiner Entscheidungsfindung auf viele individuelle Umstände gestützt haben, die für diesen bestimmten Fall maßgeblich waren.

Gleichwohl scheint es in Anbetracht der Aspekte des Urteils, die von allgemeiner Bedeutung sein könnten, begründet, daraus zu schließen, dass öffentliche Auftraggeber eine horizontale Zusammenarbeit untereinander eingehen können (ohne der Schaffung einer gemeinsam kontrollierten „In-House“-Einrichtung), die den Abschluss von Vereinbarungen einschließt, die nicht in den Geltungsbereich des EU-Vergaberechts fallen, wenn zumindest die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- Die Vereinbarung bezieht sich nur auf öffentliche Auftraggeber, und es besteht keine Beteiligung von privatem Kapital⁴⁵,
- die Vereinbarung beruht auf einer echten Zusammenarbeit, mit dem Ziel einer gemeinsamen Erfüllung einer gemeinsamen Aufgabe, im Gegensatz zu einem normalen öffentlichen Auftrag und

⁴² Der Gerichtshof hat diesen Begriff in seinem Urteil nicht ausdrücklich definiert und folglich offen gelassen, ob er sich auf Aufgaben bezieht, die i) tatsächlich vom öffentlichen Auftraggeber durchgeführt werden, ii) der öffentliche Auftraggeber rechtlich erledigen kann oder iii) der öffentliche Auftraggeber rechtlich ausüben muss. Nach Auffassung der Kommissionsdienststellen kann dieser Begriff im weiten Sinne ausgelegt werden.

⁴³ Siehe Fußnote 6.

⁴⁴ Siehe Fußnote 6, Randnummer 47.

⁴⁵ Im Hamburg-Urteil bezog sich der Gerichtshof auf „öffentliche Stellen“, und teilte dabei die Auslegung der Kommissionsdienststellen, dass eine solche horizontale Zusammenarbeit allen Kategorien von öffentlichen Auftraggebern offen stehen könnte, d. h. auch Einrichtungen des öffentlichen Rechts. Die logische Folge des Kriteriums, dass an einer solchen horizontalen Zusammenarbeit kein privates Kapital beteiligt sein sollte, wäre jedoch, dass diese Art der Zusammenarbeit Einrichtungen des öffentlichen Rechts, die privates Kapital einschließen, nicht offen stehen würde.

- ihre Zusammenarbeit ist nur durch Überlegungen in Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt.

3.3.2. Unterscheidung zwischen einer „echten Zusammenarbeit“ und einem normalen öffentlichen Auftrag

Nach dem *Hamburg-Urteil* verfolgt eine Zusammenarbeit das Ziel, **eine allen Kooperationspartnern obliegende öffentliche Aufgabe gemeinsam wahrzunehmen**. Solch eine gemeinsame Wahrnehmung von Aufgaben ist durch Beteiligung und gegenseitige Pflichten der Vertragspartner gekennzeichnet, was zu gegenseitigen Synergiewirkungen führt. Dies bedeutet nicht zwangsläufig, dass jeder der Kooperationspartner gleichermaßen an der tatsächlichen Wahrnehmung der Aufgabe beteiligt sein muss – die Zusammenarbeit kann auf einer Aufgabenverteilung oder einer bestimmten Spezialisierung beruhen. Mit dem Auftrag muss jedoch ein **gemeinsames Ziel** verfolgt werden, nämlich die gemeinsame Erfüllung derselben Aufgabe.

Beispiel: Verfolgen die Kooperationspartner als gemeinsames Ziel die Abfallverwertung, könnten sie die entsprechenden Aufgaben so verteilen, dass einer für die Abfallsammlung und der andere für die Abfallverbrennung zuständig ist.

Eine allgemeine Auslegung der Rechtsprechung lässt auch darauf schließen, dass die Vereinbarung auf einer realen Zusammenarbeit beruhen muss, im Gegensatz zu einem normalen öffentlichen Auftrag, bei dem eine Partei gegen Entgelt eine bestimmte Aufgabe wahrnimmt⁴⁶. Eine solch einseitige Übertragung einer Aufgabe von einem öffentlichen Auftraggeber an einen anderen kann nicht als Zusammenarbeit betrachtet werden.

Beispiel: Die Verwaltungsgebäude einer Stadt werden, ohne vorheriges Vergabeverfahren, von einer anderen Stadt mit Strom versorgt.

Die Zusammenarbeit ist durch Überlegungen bestimmt, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen. Sie kann daher zwar gegenseitige Rechte und Pflichten einschließen, nicht jedoch **Finanztransfers** zwischen den öffentlichen Kooperationspartnern, abgesehen von der Erstattung der **tatsächlichen** Kosten für Bauleistungen, Dienstleistungen oder Waren. Die Erbringung von Dienstleistungen gegen Entgelt ist folglich ein Merkmal von öffentlichen Aufträgen, die in den Geltungsbereich der EU-Vergabevorschriften fallen.

3.3.3. Etwaige Beschränkungen hinsichtlich der Tätigkeiten auf dem kommerziellen Markt

Der Gerichtshof erklärte, dass die Zusammenarbeit nur durch Überlegungen in Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt sein sollte. Folglich wäre eine Zusammenarbeit nicht befreit, wenn sie von anderen Überlegungen, insbesondere kommerziellen, geleitet bzw. hauptsächlich bestimmt wäre. Daher sollten die

⁴⁶ Rechtssache C-275/08, Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland, Slg. 2009, I-00168.

Kooperationspartner im Prinzip keine Tätigkeiten auf dem Markt im Rahmen der Zusammenarbeit ausüben. In anderen Worten sollte sich die Kooperationsvereinbarung nicht auf Tätigkeiten erstrecken, die auf dem freien Markt angeboten werden⁴⁷.

Beispiel: Hätten die Kooperationspartner in der Rechtssache *Hamburg* eine Müllverbrennungsanlage gebaut, deren Kapazität ihren Bedarf übersteigt, und hätten diese freien Kapazitäten auf dem freien Markt gewinnbringend verkaufen wollen, wäre ihre Zusammenarbeit nicht nur durch Überlegungen und Erfordernisse im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt.

3.4. Zusammenfassung

Unter den oben genannten Umständen kann festgestellt werden, dass normale öffentliche Aufträge zwischen öffentlichen Auftraggebern weiterhin unter die Bestimmungen des Vergaberechts fallen (z. B. der Erwerb bestimmter Dienstleistungen von einem anderen öffentlichen Auftraggeber). Öffentliche Auftraggeber können jedoch Strukturen für eine Zusammenarbeit schaffen, unabhängig davon, ob sie institutionalisiert sind oder nicht⁴⁸.

Nach Auffassung der Kommissionsdienststellen sind die beiden Formen der vertikalen und horizontalen öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit zwei gleichermaßen verfügbare Mittel für öffentliche Auftraggeber, um die Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben außerhalb des Geltungsbereichs des EU-Vergaberechts zu organisieren. Der Gerichtshof hat eindeutig bestätigt, dass das EU-Recht den öffentlichen Auftraggebern für die gemeinsame Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben keine spezielle Rechtsform vorschreibt. Die beiden außerhalb des Geltungsbereichs des EU-Vergaberechts liegenden

⁴⁷ In Fällen, in denen solch ein vollkommener Ausschluss aus praktischen Gründen im Widerspruch zu dem dieser Zusammenarbeit zugrunde liegenden allgemeinen öffentlichen Interesse stehen würde (z. B. die wirtschaftlich angemessene Nutzung von Ressourcen), könnten grundsätzlich ergänzende und nebensächliche Tätigkeiten mit Einrichtungen zulässig sein, die nicht an dieser Zusammenarbeit teilnehmen (z. B. eine angemessene Nutzung ergänzender freier Kapazitäten).

⁴⁸ Es wurde argumentiert, dass das Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon diese Rechtsprechung des Gerichtshofs in einem anderen Licht erscheinen lässt. Es trifft zu, dass der Vertrag von Lissabon wesentliche Änderungen eingeführt hat, die das gesamte EU-Rechtssystem betreffen und auch bei der Auslegung des sekundären EU-Rechts berücksichtigt werden sollten. Eine der durch den Vertrag von Lissabon eingeführten Änderungen ist die Anerkennung der regionalen und lokalen Selbstverwaltung (Artikel 4 Absatz 2 EUV). Außerdem wird in Artikel 1 des Protokolls (Nr. 26) über Dienste von allgemeinem Interesse die wichtige Rolle und der weite Ermessensspielraum der nationalen, regionalen und lokalen Behörden in der Frage anerkannt, wie Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auf eine den Bedürfnissen der Nutzer so gut wie möglich entsprechende Weise zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu organisieren sind. Diese Bestimmungen bestätigen das Recht der Behörden zu entscheiden, auf welche Weise sie Dienstleistungen gestalten, die sie für die Öffentlichkeit erbringen müssen. Andererseits steht fest, dass dieses Recht, das auch in der Vergangenheit nicht in Frage gestellt wurde, im Einklang mit anderen Bestimmungen des EU-Rechts ausgeübt werden muss. Folglich könnten bestimmte von öffentlichen Auftraggebern getroffene Entscheidungen voraussetzen, dass diese dem EU-Vergaberecht entsprechen müssen. Öffentliche Auftraggeber werden durch das EU-Recht nicht dazu gezwungen, Tätigkeiten auszulagern. Sondern es soll damit sichergestellt werden, dass, wenn öffentliche Auftraggeber beschließen, eine separate – private oder öffentliche – Einrichtung auf kommerzieller Basis einzubeziehen, dies auf transparente und nicht diskriminierende Weise geschieht.

Arten der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit sind zwar strukturell unterschiedlich, weisen allerdings einige gemeinsame Merkmale auf.

- Verwendung eigener Mittel bei der Zusammenarbeit mit Anderen

Eine öffentliche Stelle kann ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben entweder mit ihren eigenen Mitteln erfüllen, ohne sich an Einrichtungen zu wenden, die nicht zu ihren Dienststellen gehören, oder in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen⁴⁹, und zwar entweder im Rahmen einer institutionalisierten Zusammenarbeit durch eine gemeinsam kontrollierte „In-House“-Einrichtung oder ohne eine solche institutionalisierte Form.

- Nur Beteiligung von öffentlichen Auftraggebern, kein privates Kapital

Außerdem scheint aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs⁵⁰ klar hervorzugehen, dass jegliche öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit rein öffentlich bleiben muss, um von der Anwendung der EU-Vergabevorschriften ausgenommen zu werden. Die Beteiligung von privatem Kapital an einer der kooperierenden Einrichtungen sorgt folglich dafür, dass die Zusammenarbeit nicht von Vergabevorschriften ausgenommen ist⁵¹.

- Keine Marktorientierung

Wenn die kooperierenden Einrichtungen marktorientiert sind, stehen sie in direktem Wettbewerb mit privaten Unternehmen und haben dieselben oder ähnliche kommerzielle Ziele und Instrumente. An einer Zusammenarbeit, die von den Vergabevorschriften ausgenommen ist und eine öffentliche Aufgabe erfüllen soll, sollten nur Einrichtungen beteiligt sein, die nicht hauptsächlich auf einem Markt mit einem kommerziellen Zweck tätig sind. Dies ergibt sich hauptsächlich aus dem Umstand, dass die Kooperationspartner öffentliche Auftraggeber sein müssen. Der Status öffentlicher Auftraggeber setzt eine Beschränkung ihrer Tätigkeiten voraus, wogegen Einrichtungen des öffentlichen Rechts „zu dem besonderen Zweck gegründet [...] [worden sein müssen], im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind“.

Außerdem muss die „In-House“-Einrichtung bei einer vertikalen Zusammenarbeit ihre Tätigkeiten im Wesentlichen für die kontrollausübenden öffentlichen Auftraggeber verrichten. Jede auf dem Markt durchgeführte Tätigkeit darf diese wesentlichen Tätigkeiten nur ergänzen, da eine potenzielle Marktorientierung die für eine vertikale Zusammenarbeit erforderliche gemeinsame Kontrolle als nicht gesichert erscheinen lassen würde.

In Bezug auf die horizontale Zusammenarbeit erklärte der Gerichtshof, dass die Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern, solange sie nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen, das Hauptziel der EU-

⁴⁹ Rechtssachen Coditel, Randnummern 48 und 49 sowie Hamburg, Randnummer 45.

⁵⁰ Rechtssache C-26/03, Stadt Halle.

⁵¹ Rechtssachen Stadt Halle und Hamburg, Randnummern 44 und 47.

Vorschriften über das öffentliche Auftragswesen, d. h. einen freien Dienstleistungsverkehr und die Eröffnung eines unverfälschten Wettbewerbs in allen Mitgliedstaaten, nicht in Frage stellt⁵². Das ist der Fall, wenn die Zusammenarbeit keine kommerziellen Überlegungen einschließt.

- Art der Verbindung der Kooperationspartnern

Der Gerichtshof betonte in seinem *Hamburg*-Urteil, dass das EU-Recht den öffentlichen Stellen für die gemeinsame Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben keine spezielle Rechtsform vorschreibt. Es besteht zwar keine solche Anforderung, es sollte allerdings in Anbetracht der beiden Formen der vertikalen und horizontalen öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit darauf hingewiesen werden, dass die Art der Verbindung zwischen den kooperierenden Einrichtungen unterschiedlich ist und darauf eingegangen werden muss.

Im Falle einer institutionalisierten Zusammenarbeit kann die Existenz einer (gemeinsamen) „In-House“-Kontrolle sogar eine Vereinbarung vom Geltungsbereich der Auftragsvergabeordnung ausnehmen, die in der Regel darunter fallen würde. Die „In-House“-Ausnahme bezieht sich also auf einen durch andere Bestimmungen erfassten öffentlichen Auftrag für die Wahrnehmung einer Aufgabe gegen Bezahlung.

Im Fall einer nichtinstitutionalisierten Zusammenarbeit hingegen scheint wichtig zu sein, um sie von einem normalen öffentlichen Auftrag zu unterscheiden, dass erstgenannte durch eine Zusammenarbeit bestimmt ist, die gegenseitige Rechte und Pflichten beinhaltet, die über die „Wahrnehmung einer Aufgabe gegen Entgelt“ hinausgehen, und dass das Ziel der Zusammenarbeit nicht kommerzieller Art ist.

⁵² Rechtssache Hamburg, Randnummer 47.

Übersicht

I. Öffentlicher Auftrag zwischen unabhängigen öffentlichen Auftraggebern → Anwendung der Vergabevorschriften

II. Von öffentlichen Auftraggebern mit eigenen Mitteln gemeinsam wahrgenommene öffentliche Aufgabe

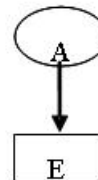
a) „In-House“-Kontrolle (Vergabe eines Auftrags durch einen öffentlichen Auftraggeber an seine „In-House“-Einrichtung)

3 allgemeine Voraussetzungen:

- kein privates Kapital in der „In-House“-Einrichtung
- der öffentliche Auftraggeber (bzw. die Auftraggeber gemeinsam) muss über die „In-House“-Einrichtung eine ähnliche Kontrolle ausüben wie über seine eigenen Dienststellen
- die „In-House“-Einrichtung verrichtet ihre Tätigkeiten im Wesentlichen für den kontrollausübenden öffentlichen Auftraggeber bzw. die Auftraggeber.

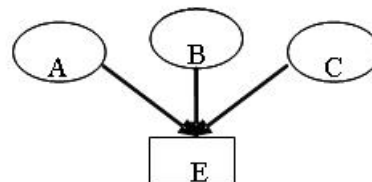
Ein öffentlicher Auftraggeber kontrolliert seine „In-House“-Einrichtung:

A ist der öffentliche Auftraggeber, und E ist eine separate juristische Person, die sowohl organisatorisch als auch wirtschaftlich von A abhängig ist.



Mehrere öffentliche Auftraggeber kontrollieren gemeinsam eine „In-House“-Einrichtung:

A, B und C sind öffentliche Auftraggeber, und E ist eine separate juristische Person, die sowohl organisatorisch als auch wirtschaftlich von allen drei öffentlichen Auftraggebern abhängig ist.



b) Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern ohne Schaffung einer bestimmten Struktur

3 Voraussetzungen:

- die Vereinbarung schließt nur öffentliche Auftraggeber ein, und es besteht keine Beteiligung von privatem Kapital
- die Vereinbarung beruht auf einer realen Zusammenarbeit, mit dem Ziel einer gemeinsamen Erfüllung einer gemeinsamen Aufgabe, im Gegensatz zu einem normalen öffentlichen Auftrag und
- ihre Zusammenarbeit ist nur durch Überlegungen in Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt.

4. WAHRNEHMUNG ÖFFENTLICHER AUFGABEN MIT EXTERNEN MITTELN – ANDERE ÖFFENTLICH-ÖFFENTLICHE ZUSAMMENARBEIT

Dieser Abschnitt befasst sich mit Konstellationen, in denen die einem öffentlichen Auftraggeber übertragene Aufgabe im öffentlichen Interesse letztlich von einer externen Stelle ausgeführt wird. Dies kann der Fall sein, wenn die **Zuständigkeit** für eine bestimmte öffentliche Aufgabe als solche einem anderen öffentlichen Auftraggeber übertragen wird. Die **Wahrnehmung** einer bestimmten Aufgabe kann auch einer anderen Einrichtung übertragen werden. Das kann geschehen i) ohne Schaffung von vertraglichen Bindungen, ii) durch einen Rückgriff auf einen anderen öffentlichen Auftraggeber, dem ein ausschließliches Recht zusteht, oder iii) durch eine gemeinsame Auftragsvergabe mit anderen öffentlichen Auftraggebern bzw. durch zentrale Beschaffungsstellen.

4.1. Umverteilung von Zuständigkeiten zwischen öffentlichen Auftraggebern

Die rechtliche Zuständigkeit für eine öffentliche Aufgabe kann als ausschließliche Pflicht und ausschließliches Recht zur Erfüllung dieser Aufgabe mit eigenen verwaltungstechnischen, technischen oder sonstigen Mitteln oder durch einen Rückgriff auf externe Einrichtungen verstanden werden. Der Ausdruck Zuständigkeit für eine bestimmte öffentliche Aufgabe schließt die öffentliche Gewalt ein, die für die Festlegung des regulatorischen Rahmens zur Wahrnehmung der Aufgabe auf Ebene der betroffenen Behörde erforderlich ist.

Die Organisation einer nationalen Verwaltung als solche fällt nicht in den Zuständigkeitsbereich der EU. Folglich liegt es an jedem Mitgliedstaat, seine Verwaltung umzustrukturieren, und als Teil dieser Umstrukturierung die Übertragung von Zuständigkeiten für bestimmte öffentliche Aufgaben von einer öffentlichen Behörde auf eine andere zu ermöglichen. (Naturgemäß bezieht sich der hier beschriebene Vorgang auf keine Einrichtungen mit privatem oder gemischtem Kapital).

Ziel der Vergabevorschriften ist es, Situationen zu regeln, in denen ein öffentlicher Auftraggeber Waren, Dienstleistungen oder Bauleistungen beschafft, d. h. er erwirbt die Leistung bestimmter Wirtschaftstätigkeiten, um seine eigenen Bedürfnisse oder die der Bürger zu erfüllen. Ein öffentlicher Auftraggeber, der alle Zuständigkeiten für eine bestimmte öffentliche Aufgabe jemandem anderen überträgt, erwirbt keine

Dienstleistung zu seinen eigenen Zwecken. Stattdessen übergibt er die Verantwortung für eine bestimmte Aufgabe einer anderen Einrichtung.

Die Übertragung der Zuständigkeit für eine bestimmte öffentliche Aufgabe von einem öffentlichen Auftraggeber an einen anderen ist nicht durch die Vergabevorschriften geregelt, die teilweise auf Artikel 56 AEUV (vormals Artikel 49 EGV) beruhen, d. h. dem freien Dienstleistungsverkehr.

Die Übertragung der Zuständigkeit für eine bestimmte öffentliche Aufgabe von einer öffentlichen Stelle an eine andere bedeutet, dass sowohl die öffentliche Gewalt als auch jegliche damit zusammenhängenden Wirtschaftstätigkeiten übertragen werden. Im Bereich der Abfallwirtschaft beispielsweise schließt die Übertragung aller Zuständigkeiten die Übertragung der Rechte für die Festsetzung von Preisen, die Festlegung von Vorschriften für die Sammlung, Sortierung, Lagerung und Aufbereitung von Abfall sowie die Übertragung des Rechts ein, die Aufgabe nach diesen Vorschriften zu verwalten und letztlich durchzuführen. Öffentliche Gewalt umfasst all diese Rechte. Diese Rechte enthalten auch das Recht zu bestimmen, wie die konkreten Wirtschaftstätigkeiten, die zur Erfüllung der öffentlichen Aufgabe erforderlich sind (z. B. die Sammlung, Beförderung, Lagerung, Beseitigung und das Recycling von Abfällen), durchgeführt werden sollen, d. h. entweder durch die öffentliche Stelle selbst oder durch eine von ihr beauftragte dritte Partei.

In den Mitgliedsstaaten treten zwar Situationen auf, in denen Zuständigkeiten übertragen werden, diese werden jedoch weder von den EU-Vorschriften noch von der Rechtsprechung des Gerichtshofs ausdrücklich erfasst.

Der Gerichtshof verwies in einer Rechtssache⁵³ auf die Übertragung öffentlicher Gewalt als ein Mitgliedstaat die Übertragung von Zuständigkeiten von einer öffentlichen Stelle an einen Dritten in Anspruch nahm. Nach dieser Rechtsprechung findet **keine** Übertragung von Zuständigkeiten statt, wenn:

- die öffentliche Einrichtung, die ursprünglich zuständig war, hauptverantwortlich für ein Projekt bleibt, da die Aufgabe rechtlich nicht übertragbar ist,
- die neue Einrichtung erst nach Genehmigung durch die ursprünglich zuständige öffentliche Einrichtung rechtlich relevante Tätigkeiten wahrnehmen kann und
- die neue Einrichtung für die Erfüllung ihrer Aufgaben von der ursprünglich zuständigen öffentlichen Einrichtung finanziert wird, so dass ihr kein Handlungsspielraum bleibt.

Auf dieser Grundlage ist das entscheidende Merkmal, wodurch sich die Übertragung von Zuständigkeiten von einer öffentlichen Stelle an eine andere als Teil der Umstrukturierung der öffentlichen Verwaltung unterscheidet, die Vollständigkeit der

⁵³ Rechtssache C-264/03, Kommission gegen Frankreich, Slg. 2005, I-08831, Randnummer 54. Siehe auch Schlussanträge des Generalanwalts Maduro vom 24. November 2004, Randnummern 39-41.

Übertragung. Die Stelle, die die Zuständigkeit einer anderen Stelle überträgt, behält keinerlei Verantwortung. Der Empfänger der Übertragung muss die Zuständigkeit unabhängig und in eigener Verantwortung wahrnehmen.

Die übertragende Stelle verliert insbesondere das Recht, die Wahrnehmung der Wirtschaftstätigkeiten im Zusammenhang mit der entsprechenden öffentlichen Aufgabe zu bestimmen. Diese Wirtschaftstätigkeiten werden unter der Aufsicht des Übertragungsempfängers ausgeübt.

Dies schließt jedoch einen gewissen Einfluss, den die übertragende Stelle darauf haben kann, wie die Wahrnehmung der fraglichen öffentlichen Aufgabe konkret organisiert wird, nicht aus. Beamte der übertragenden öffentlichen Stelle könnten somit Mitglieder der Exekutiv- oder Leitungsorgane der Behörde sein, der die Zuständigkeit für die fragliche öffentliche Aufgabe übertragen wurde. Die übertragende Behörde kann auch das Recht auf bestimmte Informationen behalten.

Auf dieser Grundlage kann der Schluss gezogen werden, dass das EU-Vergaberecht keine Anwendung findet, wenn z. B. mehrere öffentliche Behörden beschließen, eine neue Einrichtung zu schaffen, der sie eine bestimmte Zuständigkeit vollständig übertragen, oder wenn eine öffentliche Behörde beschließt, ihre Zuständigkeit einer bereits bestehenden Einrichtung zu übertragen, und die öffentliche Aufgabe in der Folge vom Übertragungsempfänger völlig unabhängig und unter eigener Verantwortung wahrgenommen wird und die übertragende öffentliche Behörde keinerlei Kontrolle über die Dienstleistung behält.

4.2. Außervertragliche Aufgabenverteilung

Gemäß den EU-Richtlinien über die öffentliche Auftragsvergabe ist ein Vertrag zwischen mindestens zwei rechtlich unterschiedlichen Einrichtungen erforderlich, die ihre Entscheidungen unabhängig von einander treffen⁵⁴. Ein Vertrag ist im Wesentlichen eine Willensübereinstimmung, die erfordert, dass die jeweiligen Parteien in der Lage sind zu entscheiden, ob sie die vertragliche Bindung beginnen oder beenden wollen⁵⁵. Andere Hinweise darauf, ob ein Vertrag besteht, lassen sich darin erkennen, ob die Parteien in der Lage sind, über den konkreten Inhalt der zu erbringenden Dienstleistungen und die für ihre Leistungen geltenden Gebühren zu verhandeln⁵⁶. Ein Vertrag setzt eine synallagmatische Verbindung voraus. Wenn kein Vertrag besteht, gelten die EU-Richtlinien über die öffentliche Auftragsvergabe nicht. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs fällt es nicht in den Geltungsbereich der EU-Richtlinien über die öffentliche Auftragsvergabe, wenn eine Einrichtung eine Tätigkeit, anstatt auf Grundlage eines

⁵⁴ Rechtssache Teckal, Randnummer 51.

⁵⁵ Rechtssache C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) gegen Transformación Agraria SA (Tragsa) und Administración del Estado, Slg. 2007, I-02999, Randnummer 54 sowie Rechtssache C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia gegen Administración General del Estado, Slg. 2007, I-12175, Randnummer 55.

⁵⁶ Siehe vorherige Fußnote.

Vertrags, aufgrund von Verpflichtungen durchführt, die sich aus den nationalen Rechtsvorschriften ergeben.

Insbesondere entschied der Gerichtshof in der Rechtssache *Tragsa*⁵⁷, dass das private Unternehmen Tragsa auf Grundlage des nationalen Rechts keine andere Wahl hatte, als den erteilten Auftrag anzunehmen, und auch die Gebühren für seine Dienstleistungen nicht frei festlegen konnte, sondern rechtlich verpflichtet war, die Aufträge des öffentlichen Auftraggebers auszuführen, da es ein Hilfsmittel und ein technischer Dienst dieser Behörde war. Der Gerichtshof vertrat die Auffassung, dass die Beziehungen zwischen Tragsa und den öffentlichen Auftraggebern, die seine Dienstleistungen bezogen, nicht vertraglicher Art waren, sondern in jeder Hinsicht einen internen, durch Abhängigkeit und Unterordnung gekennzeichneten Charakter hatten⁵⁸. Folglich galten die EU-Richtlinien über die öffentliche Auftragsvergabe für diese Beziehungen nicht.

Die Anwendung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) ist jedoch nicht davon abhängig, ob ein Vertrag besteht oder nicht. Der AEUV ist „in jenen Fällen anwendbar, in denen eine öffentliche Stelle einem Dritten die Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten überträgt“⁵⁹. Demgegenüber kennt der Gerichtshof die „In-House“-Ausnahme auch im Zusammenhang mit dem AEUV an.

4.3. Verbindung zwischen Vergabevorschriften und bestimmten ausschließlichen Rechten

Wenn ein öffentlicher Auftraggeber über ein ausschließliches Recht im Sinne von Artikel 18 der Richtlinie 2004/18/EG verfügt, können andere öffentliche Auftraggeber die entsprechenden Dienstleistungsaufträge nur an diese Einrichtung vergeben. Der Hauptgrund für die Einführung dieser Bestimmung war, wettbewerbliche Vergabeverfahren in Fällen zu vermeiden, in denen der fragliche Auftrag aufgrund eines ausschließlichen Rechts letztlich nur an eine Einrichtung vergeben werden konnte.

In der öffentlichen Diskussion könnte sich der Ausdruck „ausschließliche Rechte“ auf relativ unterschiedliche Konstellationen beziehen, vom Vorbehalten eines ganzen Wirtschaftssektors für öffentliche Auftraggeber bis zur ausschließlichen Vergabe einer bestimmten Aufgabe an ein bestimmtes Unternehmen. Nicht jedes ausschließliche Recht rechtfertigt jedoch die Ausnahme von der Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags. Nach Artikel 18 muss das jeweilige ausschließliche Recht im Rahmen von veröffentlichten, mit dem Vertrag übereinstimmenden Rechts- oder Verwaltungsvorschriften vergeben werden. Außerdem **bezieht sich Artikel 18 nur auf Rechte, die bestimmten Stellen des öffentlichen Sektors gewährt werden, um bestimmte Dienste für den öffentlichen Sektor auf der Grundlage eines ausschließlichen Rechts zu erbringen**. Durch die Beschränkung dieser Ausnahme auf Aufträge, die an Einrichtungen vergeben werden, die selbst öffentliche Auftraggeber sind, wird eine wettbewerbsorientierte Auftragsvergabe auf nachgeordneten Märkten sichergestellt, da der öffentliche Auftraggeber, der über das ausschließliche Recht

⁵⁷ Rechtssache C-295/05, Tragsa.

⁵⁸ Rechtssache C-295/05, Tragsa, Randnummer 51.

⁵⁹ Rechtssache Parking Brixen, Randnummer 61.

verfügt, für seine eigenen Beschaffungen die EU-Richtlinien über die öffentliche Auftragsvergabe befolgen muss.

- Vereinbarkeit mit dem AEUV

Die veröffentlichten Rechts- oder Verwaltungsvorschriften müssen mit den entsprechenden Vorschriften des AEUV vereinbar sein, insbesondere mit Artikel 49 (vormals Artikel 43 EGV) und Artikel 56 (vormals Artikel 49 EGV) und mit den sich aus diesen Artikeln ergebenden Regeln und Grundsätzen übereinstimmen. Diese Regeln und Grundsätze umfassen Nichtdiskriminierung, Transparenz, Verhältnismäßigkeit, gegenseitige Anerkennung sowie den Schutz der Rechte von Einzelpersonen.

Ein ausschließliches Recht, das definitionsgemäß die Dienstleistungsfreiheit anderer Einrichtungen beschränkt, ist nur unter bestimmten Umständen gerechtfertigt⁶⁰.

Das ausschließliche Recht muss daher entweder gerechtfertigt sein durch die im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmeregelungen (Ausübung öffentlicher Gewalt gemäß Artikel 51 AEUV (vormals Artikel 45 EGV), aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gemäß Artikel 52 AEUV (vormals Artikel 46 EGV)) oder in Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses, die für die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles geeignet sein müssen und nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist, und auf jeden Fall in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden müssen^{61,62}.

- Erfordert der Grundsatz der Nichtdiskriminierung, dass das ausschließliche Recht auf Wettbewerbsbasis gewährt wird?

Artikel 18 bezieht sich, wie bereits erwähnt, auf Rechte, die bestimmten Stellen des öffentlichen Sektors gewährt werden, um bestimmte Dienste für den öffentlichen Sektor

⁶⁰ Rechtssache 203/08, *The Sporting Exchange Ltd*, Inhaberin der Firma *Betfair* gegen Minister van Justitie, Slg. 2010, noch nicht veröffentlicht, Randnummern 23-25 sowie Rechtssache C-124/97, *Markku Juhani Läärä*, *Cotswold Microsystems Ltd* und *Oy Transatlantic Software Ltd* gegen *Kihlakunnansyöttäjä (Jyväskylä)* und *Suomen valtio (Finnischer Staat)*, Slg. 1999, I-06067, Randnummern 29-31 sowie Rechtssache C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional* und *Bwin International Ltd* gegen *Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, Slg. 2009, I-07633, Randnummern 52-55.

⁶¹ Rechtssache C-243/01, *Gambelli*, Slg. 2003, I-13031, Randnummer 65 sowie Rechtssache C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda* und andere gegen *Commissariaat voor de Media*, Slg. 1991, I-04007.

⁶² Außerdem können Entscheidungen, Unternehmen ausschließliche Rechte zu gewähren, einen Verstoß gegen den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union darstellen, wenn die vom Leistungserbringer zu erfüllenden gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen nicht ordnungsgemäß festgelegt sind (Rechtssache C-66/86, *Silver Line Reisebüro*, Slg. 1989, I-803), wenn der Leistungserbringer nachweislich nicht in der Lage ist, den Bedarf zu decken (Rechtssache C-41/90, *Höfner*, Slg. 1991, I-1979) oder es eine alternative Methode zur Erfüllung der Verpflichtungen gibt, die weniger wettbewerbsverzerrende Auswirkungen hätte (Rechtssache T-266/97, *Vlaamse Televisie Maatschappij*, Slg. 1999, II-2329). Die Voraussetzung, dass die Gewährung eines ausschließlichen Rechts mit dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vereinbar sein muss, wird auch nicht erfüllt, wenn die Vorschrift, durch die es gewährt wird, mit dem sekundären EU-Recht nicht vereinbar ist (Rechtssache C-220/06, *Correos*, Randnummern 64-66).

auf der Grundlage eines ausschließlichen Rechts zu erbringen. Beruht die Rechtfertigung für eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs auf zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, lautet eine der Voraussetzungen, dass die fragliche Vorschrift nicht diskriminierend sein darf. Dies bedeutet, dass eine private Einrichtung generell keinen Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Mitbewerbern haben sollte. Aus diesem Grund ist schwer vorstellbar, wie dieser Grundsatz ohne ein transparentes Verfahren, mit dem die Gleichbehandlung sichergestellt wird, erfüllt werden kann, wenn ein ausschließliches Recht einem öffentlichen Auftraggeber gewährt wird und privates Kapital beteiligt ist (was im Fall einer Einrichtung des öffentlichen Rechts auftreten kann)⁶³. Andererseits ist dies angesichts der Entstehungsgeschichte und des Zwecks von Artikel 18 sowie der jüngsten Rechtsprechung in vergleichbaren Situationen möglicherweise nicht erforderlich, wenn der Empfänger des ausschließlichen Rechts eine staatliche Stelle ist, wie ein öffentlicher Auftraggeber ohne privates Kapital⁶⁴.

4.4. Beziehungen zwischen öffentlichen Auftraggebern im Rahmen von gemeinsamen oder zentralen Beschaffungsvereinbarungen

Die gemeinsame Auftragsvergabe kann viele verschiedene Formen annehmen, von der Organisation einer bestimmten gemeinsamen Ausschreibung bis zum systematischen Rückgriff auf eine Spezialisierung (z. B. ist ein öffentlicher Auftraggeber für bestimmte Arten von Aufträgen zuständig, auf den alle betroffenen Einrichtungen zurückgreifen, und ein anderer öffentlicher Auftraggeber für andere Aufträge usw.) bis zur Schaffung einer bestimmten Struktur (Organ) für die gemeinsame Auftragsvergabe. Die Beziehungen zwischen den verschiedenen Teilnehmern selbst können, abhängig von der gewählten Methode, in den Geltungsbereich der EU-Vergabevorschriften fallen oder nicht.

Im Fall einer einfachen administrativen Zusammenarbeit bei der Erstellung gemeinsamer Spezifikationen, für die keinerlei entgeltliche Verträge zwischen den Parteien erforderlich sind (d. h. wenn sich öffentliche Auftraggeber darauf beschränken, eine gemeinsame Ausschreibung zu organisieren) wenden sie die Vergabevorschriften gemeinsam an, ihre Zusammenarbeit fällt aber nicht unter diese Vorschriften. In Artikel 1 Absatz 9 der Richtlinie 2004/18/EG sind öffentliche Auftraggeber unter anderem als aus einer oder mehreren dieser Stellen gebildeten Vereinigungen definiert, d. h. einer oder mehreren regionalen oder lokalen Gebietskörperschaften oder Einrichtungen des öffentlichen Rechts. Diese Bestimmung kann im Zusammenhang mit der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit von Interesse sein.

Außerdem haben sich in den Mitgliedstaaten verschiedene zentrale Beschaffungsverfahren entwickelt. Zentrale Beschaffungsstellen sind öffentliche Auftraggeber, die dafür zuständig sind, für andere öffentliche Auftraggeber Ankäufe zu tätigen oder öffentliche Aufträge zu vergeben/Rahmenvereinbarungen zu schließen. In Artikel 11 der Richtlinie 2004/18/EG ist ausdrücklich festgelegt, dass öffentliche Auftraggeber Bauleistungen, Waren und/oder Dienstleistungen durch zentrale Beschaffungsstellen erwerben dürfen. Die zentralen Beschaffungsstellen können

⁶³ Siehe analog Rechtssache C-203/08, Sporting Exchange Ltd., Randnummern 47 und 50.

⁶⁴ Siehe vorherige Fußnote, Randnummern 59-60.

entweder als Großhändler tätig sein (sie führen die Beschaffung so durch, dass andere Stellen *von* ihnen erwerben können), oder als Zwischenhändler auftreten, die für die Vergabeverfahren und die Verwaltung von Verträgen zuständig sind, so dass andere Stellen *durch* sie erwerben können. In beiden Fällen muss kein Vergabeverfahren hinsichtlich der Beziehung zwischen der zentralen Beschaffungsstelle und den Stellen, die auf diese zurückgreifen, durchgeführt werden, vorausgesetzt die zentrale Beschaffungsstelle hat ihre Aufträge im Einklang mit der entsprechenden EU-Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe vergeben.

ANHANG I

Auflistung der Rechtssachen

Rechtssache C-480/06, Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland, Slg. 2009, I-04747

Rechtssache C-107/98, Teckal Srl gegen Comune di Viano und Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, Slg. 1999, I-08121

Rechtssache C-84/03, Kommission gegen Spanien, Slg. 2005, I-00139

Rechtssache C-26/03, Stadt Halle und RPL Recyclingpark Lochau GmbH gegen Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, Slg. 2005, I-00001

Rechtssache C-324/07, Coditel Brabant SA gegen Commune d'Uccle und Région de Bruxelles-Capitale, Slg. 2008, I-08457

Rechtssache C-573/07, Sea Srl gegen Comune di Ponte Nossa, Slg. 2009, I-08127

Rechtssache C-29/04 Kommission gegen Republik Österreich, Slg. 2005, I-09705

Rechtssache C-340/04, Carbotermo SpA und Consorzio Alisei gegen Comune di Busto Arsizio und AGESP SpA., Slg. 2006, I-04137

Rechtssache C-458/03, Parking Brixen GmbH gegen Gemeinde Brixen und Stadtwerke Brixen AG., Slg. 2005, I-08585

Rechtssache C-371/05, Kommission gegen Italien, Slg. 2008, I-00110.

Rechtssache C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname) gegen Comune di Cingia de Botti, Slg. 2005, I-07287

Rechtssache C-275/08, Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland, Slg. 2009, I-00168

Rechtssache C-264/03, Kommission gegen Frankreich, Slg. 2005, I-08831

Rechtssache C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) gegen Transformación Agraria SA (Tragsa) und Administración del Estado, Slg. 2007, I-02999

Rechtssache 203/08, The Sporting Exchange Ltd, Inhaberin der Firma Betfair gegen Minister van Justitie, Slg. 2010, noch nicht veröffentlicht

Rechtssache C-124/97, Markku Juhani Läära, Cotswold Microsystems Ltd und Oy Transatlantic Software Ltd gegen Kihlakunnansyyttäjä (Jyväskylä) und Suomen valtio (Finnischer Staat), Slg. 1999, I-06067

Rechtssache C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional und Bwin International Ltd gegen Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, Slg. 2009, I-07633

Rechtssache C-243/01, Gambelli, Slg. 2003, I-13031

Rechtssache C-288/89, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda und andere gegen Commissariaat voor de Media, Slg. 1991, I-04007.

Rechtssache C-66/86, Silver Line Reisebüro, Slg. 1989, I-803

Rechtssache C-41/90, Höfner, Slg. 1991, I-1979

Rechtssache T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij, Slg. 1999, II-2329

Rechtssache C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia gegen Administración General del Estado, Slg. 2007, I-12175