

Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände



Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände · Postfach 12 03 15 · 10593 Berlin

5.2.2010

Bearbeitet von:
Tanja Struve

Telefon +32/2/740.16.30
Telefax +32/2/740.16.31

E-Mail:
Tanja.Struve@Landkreistag.de
Barbara.Meissner@Staedtetag.de
Bernd.Duesterdiek@DStGB.de

Aktenzeichen
II/24

Stellungnahme der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände zum Diskussionspapier der Generaldirektion Binnenmarkt (GD Markt) Public-public relations in the light of EU public procurement law (CC/2010/02/EN)

Die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände geht im Folgenden auf die vier, von der GD Markt in dem Diskussionsdokument gestellten Fragen ein. In Ergänzung dazu übermitteln wir in der Anlage das bereits im Rahmen des Bund-Länder-Ausschusses Öffentliches Auftragswesen am 21.1.2010 übergebene Positionspapier der Bundesvereinigung zur Öffentlichen Anhörung des Europäischen Parlaments (IMCO) „Public Procurement“ am 27.1.2010 in Brüssel.

Zu Frage 1. How do you assess the practical importance of this case-law?

Die öffentlich-öffentlichen Partnerschaften, insbesondere die kommunalen Kooperationen, beinhalten nicht zuletzt angesichts der Finanzsituation vieler Kommunen sowie der demografischen Entwicklung einen stark wachsenden Zukunftsbereich. Betroffen sind neben der Tourismusförderung und dem Wasserversorgungs- sowie dem Abwasser- und Abfallentsorgungsbereich zunehmend die Informationstechnologie (e-government) sowie die Felder Bildung und Kultur. Nur durch kommunale Kooperationen können in diesen Bereichen öffentliche Dienstleistungen zugunsten der Bürger und der Wirtschaft überhaupt noch effizient und in hoher Qualität sowie zu günstigen Preisen vorgehalten werden. Die kommunale Zusammenarbeit ist mit ihrer Orts- und Bürgernähe Ausfluss des Subsidiaritätsprinzips. Sie ist eine gezielte Alternative zur Privatisierung öffentlicher Aufgaben und damit eine bewusste Form der eigenverantwortlichen internen Organisation der öffentlichen Verwaltung.

Vor diesem Hintergrund ist die jüngste Rechtsprechung des EuGH, angefangen mit den „Irischen Rettungsdiensten“ (Urt. v. 18.12.2007 - C-532/03) über „Coditel“ (Urt. v. 13.11.2008 -

C-324/07), „Stadtreinigung Hamburg“ (Urt. V. 9.6.2009 – C-480/06) bis zu „SEA“ (Urt. V. 10.9.20098 - C-573/07) von großer praktischer Bedeutung für die kommunalen Auftraggeber.

Dem Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland in der Rechtssache „Stadtreinigung Hamburg“ waren die Niederlande und Finnland als Streithelfer beigetreten. Beide Länder haben den Antrag der Bundesregierung auf Abweisung der Klage unterstützt. Nicht zuletzt dadurch wird deutlich, dass die Entscheidung nicht nur für Deutschland allein, sondern ebenfalls für andere Mitgliedstaaten europaweit große Bedeutung erlangen wird.

Zu Frage 2. To what extent does this case-law clarify concerns regarding the setting-up of public-public co-operation? Are there any aspects which have not been considered?

Die seit Ende 2007 vom EuGH erneut entschiedenen Fälle zur öffentlich-öffentlichen Kooperation gehen durchweg positiv für die kommunale Seite und negativ für die Europäische Kommission aus. Dabei fällt ebenso auf, dass der EuGH in keinem der Fälle eine Differenzierung zwischen delegierender und mandatierender Aufgabenübertragung vornimmt.

Vertikale Zusammenarbeit

Mit seiner Rechtsprechung zur interkommunalen Zusammenarbeit im Fall Coditel setzt der EuGH einen Meilenstein mit einem Urteil zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen im Wege der ausschreibungsfreien In-House-Vergabe. Die GD Markt nutzt in ihrem Diskussionsdokument für diese Konstellation den Begriff der vertikalen Zusammenarbeit, auf kommunaler Ebene wird diese regelmäßig als institutionalisierte Form der Zusammenarbeit bezeichnet. Der EuGH wendet vorliegend mit den Teckal-Kriterien eine Rechtsfigur aus der Rechtsprechung zum gemeinschaftlichen Vergaberecht grundsätzlich auf die interkommunale Zusammenarbeit an. Das widerspricht zwar der Auslegung der kommunalen Spitzenverbände, die interkommunale Zusammenarbeit als innerstaatlichen Organisationsakt zu qualifizieren, um sie somit vollständig vom Anwendungsbereich des Vergaberechts auszunehmen. Die Anwendung der Teckal-Rechtsprechung auf die kommunale Kooperation suggeriert, dass es sich dabei um eine auftragsähnliche Situation und somit eine Beschaffung am Markt handelt.

Dennoch beseitigt der EuGH mit diesem Urteil in der Vergangenheit bestehende Rechtsunsicherheiten. Erstmals anerkennt der EuGH die gemeinsame Kontrolle mehrerer kommunaler Gebietskörperschaften über eine ausführende Einrichtung im Sinne der für ein vergabefreies In-house-Geschäft entwickelten analogen Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle. Er lehnt insofern die von der Kommission in der Vergangenheit geforderte individuelle Kontrolle einer jeden beteiligten Gebietskörperschaft auf die ausführende Einrichtung ab.

In seiner Bedeutung nicht zu unterschätzen ist der Hinweis des Gerichtshofs, dass die Gebietskörperschaften nicht in ihrer Möglichkeit beschnitten werden dürften, ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen administrativen, technischen und sonstigen Mitteln erfüllen zu können, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu ihren Dienststellen gehören (so bereits der EuGH in seinem Urt. „Stadt Halle“ v. 11.1.2005 - C-26/03, Rdnr. 48), und dass dies auch die Entscheidung über die Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen erfasse (siehe „Coditel“ Rdnr. 49). Denn bereits an dieser Stelle würdigt der EuGH das national im Recht der kommunalen Selbstverwaltung anerkannte Prinzip, das die Entscheidung über die Art und Weise der Erbringung kommunaler Dienstleistungen auch gemeinsam mit anderen Gebietskörperschaften umfasst und schafft damit die Grundlage für seine folgende, noch weiter reichende Rechtsprechung.

Horizontale Zusammenarbeit

Mit seiner Rechtsprechung in der Rechtssache „Stadtreinigung Hamburg“ stellt der EuGH erstmals den für die kommunale Praxis mindestens ebenso bedeutsamen Fall einer nicht-institutionalisierten interkommunalen Zusammenarbeit auf der Grundlage eines öffentlich-rechtlichen Vertrages vom Anwendungsbereich des Europäischen Vergaberechts frei.

Der EuGH sieht darin die interkommunale Zusammenarbeit anhand der folgenden Kriterien als vergaberechtsfrei an:

1. die Erfüllung einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe bzw. von Aufgaben, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen;
2. durch ausschließlich öffentliche Stellen ohne die Beteiligung Privater;
3. auf vertraglicher Grundlage oder einer institutionalisierten Rechtsform wie beispielsweise einem Zweckverband in Deutschland oder einer interkommunalen Genossenschaft („intercommunalité“) in Belgien oder Frankreich

Dabei ist bezeichnend, dass der EuGH die allgemeine Beschreibung „einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe“ wählt und nicht etwa den diesbezüglich engeren Begriff „Dienstleistung der Daseinsvorsorge“ oder den dafür auf europäischer Ebene gebräuchlicheren Ausdruck „Dienstleistung von allgemeinem Interesse“. Darunter könnte man durchaus auch die zur organisatorischen Durchführung der gesetzlichen Aufgaben erforderlichen internen Dienstleistungen, z. B. IT-Dienstleistungen, verstehen. Jedenfalls macht er mit diesem Begriff deutlich, dass seine Rechtsprechung gerade nicht auf den speziellen Hintergrund des Abfallrechts beschränkt sein soll, wie das Diskussionsdokument unter 1.2. auf Seite 9 anzudeuten scheint.

Die GD Markt knüpft in ihrem Diskussionsdokument darüber hinausgehend weitere Kriterien an die Ausschreibungsfreiheit, die sie aus dem Urteil „Stadtreinigung Hamburg“ herauslesen will. Zum Einen sieht sie die Erfüllung eines Elementes der Zusammenarbeit im Sinne einer gemeinsamen Erfüllung von öffentlichen Aufgaben der Gebietskörperschaften (*jointly ensuring the execution of a public task that all the cooperation partners have to perform*) sowie das Fehlen eines finanziellen Austauschverhältnisses, das über eine Kostenerstattung der tatsächlichen Kosten hinausgeht, zwischen den Kooperationspartnern in 1.2.2. (*Cooperation*) als erforderlich an (i.). Zum Anderen müsse die Zusammenarbeit Zielen dienen, die im öffentlichen Interesse liegen, und dürfe keine kommerziellen Überlegungen im Sinne einer Marktorientierung der beteiligten Gebietskörperschaften (*Solely governed by considerations and requirements relating to the pursuit of objectives in the public interest*) beinhalten in 1.2.3. (ii.)

i. Element der Zusammenarbeit

Es mag zwar richtig sein, dass nach dem Sachverhalt des vorliegenden Falles ein Austauschverhältnis zwischen den Landkreisen und der Stadtreinigung Hamburg vorliegt, das über die Dienstleistungserbringung gegen einfache Entgeltzahlung hinaus geht. Dabei handelt es sich insbesondere um eine gegenseitige Verpflichtung, sich in Notfällen Beistand bei der Erfüllung der ihnen gesetzlich obliegenden Entsorgungspflicht zu leisten (Rdnr. 42). Allerdings weist der EuGH darauf hin, dass die Stadt Hamburg dennoch den Hauptteil der Leistungen erbringt. Damit ist jedenfalls das vorliegende Austauschverhältnis keineswegs im Sinne einer gleichrangigen gegenseitigen Leistungserbringung zu werten.

Sollte die GD Markt an dieser Stelle mit dem erforderlichen Zusammenarbeitselement meinen, dass die Zusammenarbeit geknüpft sein soll an eine Erfüllung von Aufgaben, die allen beteiligten Gebietskörperschaften als öffentliche Aufgaben obliegen, sind dagegen keine Einwände zu erheben. Die öffentlichen Stellen werden in der Praxis ohnehin regelmäßig nur in Bezug auf Aufgaben zusammenarbeiten, die ihnen gesetzlich obliegen. Sollte aber eine

arbeitsteilige Zusammenarbeit im Sinne einer gemeinsamen Erledigung dahingehend gemeint sein, dass jede Gebietskörperschaft einen eigenen Teil an Leistungen erbringen muss, so geht dies weit über das vom EuGH Gemeinte und in der Praxis Durchsetzbare hinaus.

- ii. Zusammenarbeit muss Zielen dienen, die im öffentlichen Interesse liegen, und keine kommerziellen Überlegungen beinhalten

Gegen das Erfordernis, dass die Zusammenarbeit Zielen dienen muss, die im öffentlichen Interesse liegen, sind keine Einwände zu erheben. Ebenfalls gegen die Schlussfolgerung, dass die Ziele keine kommerziellen Überlegungen beinhalten dürfen, ist dem Grunde nach nichts einzuwenden. Allerdings schlussfolgert die GD Markt unter 1.2.3. auf Seite 10 weiter, dass dies bedeute, dass die Aktivitäten auf dem Wettbewerbsmarkt der an der Zusammenarbeit beteiligten öffentlichen Partner außerhalb dieser Zusammenarbeit beschränkt werden müssten. Es wird nicht deutlich, welche Aktivitäten die GD Markt an dieser Stelle meinen kann, insbesondere ob dies den gleichen Dienstleistungssektor oder aber auch andere Betätigungsfelder der Gebietskörperschaften einschließt.

Schlussfolgerung

Entscheidend ist, dass der EuGH in seinen allgemeinen Feststellungen ab den Randnummern 44ff. in der Rechtssache „Stadtreinigung Hamburg“ eine Zusammenarbeit in Form gemeinsamer Erledigung nicht mehr erwähnt. Das gleiche gilt für die von der GD Markt vorgebrachte Voraussetzung des Fehlens eines finanziellen Austauschverhältnisses zwischen den Kooperationspartnern sowie des Fehlens einer möglichen Marktorientierung. Die - im Gegensatz zu Beginn der Würdigung durch den Gerichtshof zunächst auf den konkreten Sachverhalt bezogenen Ausführungen - sehr allgemeine Wortwahl des EuGH in seinen Schlussfolgerungen unterstreicht die Allgemeingültigkeit dieser Aussagen. Diese betont ebenfalls, dass der EuGH seine Entscheidung nicht rein auf den Bereich des Abfallrechts beschränken will (s.o.).

Nicht zuletzt verdeutlicht die Tatsache, dass das Urteil von der Großen Kammer des EuGH gesprochen wurde, den Grundsatzcharakter der Entscheidung. Auch verleiht die auffällige, für Entscheidungen der Großen Kammer typische Kürze des Urteils (vgl. ebenso Urteil „Irische Rettungsdienste“) dem deutlichen Willen des Gerichtshofs und der Klarheit dieses Urteilsspruches nochmals Ausdruck.

Ausdrücklich schreibt der Gerichtshof mit seinen jüngsten Urteilen die Rechtsprechung fort, dass die freie Entscheidung über die Erbringung von im öffentlichen Interesse liegenden Dienstleistungen auch die Entscheidung umfasse, diese in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen zu erbringen („Stadtreinigung Hamburg“, Rdnr. 45). Damit stärkt er die Wahlfreiheit der Kommunen und nicht zuletzt das Recht der kommunalen Selbstverwaltung insgesamt. Der EuGH stellt damit zudem klar, dass die Leistungserbringung in der Gestalt kommunaler Zusammenarbeit eine interne Organisationsentscheidung der kommunalen Ebene und keine Beschaffung am Markt ist.

Die von der Europäischen Kommission vertretene unterschiedliche Behandlung institutionalisierter und nicht institutionalisierter kommunaler Zusammenarbeit war schon aufgrund des unauflösbaren Wertungswiderspruchs nicht haltbar. Kommunen wären danach für jede Form der Zusammenarbeit gezwungen, einen eigenständigen Zweckverband zu gründen, auch wenn dies im Einzelfall den Anforderungen in der Praxis nicht entsprochen hätte. Der EuGH greift eben dieses Argument auf, indem er ausdrücklich festhält, dass es auf die Rechtsform der Kooperation nicht ankommen könne. Das Gemeinschaftsrecht schreibe den öffentlichen Stellen für die gemeinsame Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben gerade keine spezielle Rechtsform vor.

Diese jüngste EuGH-Rechtsprechung in den genannten Fällen ist mithin eindeutig und hat entgegen der Andeutung der GD Markt in dem Diskussionsdokument unter 1.2. auf Seite 9 gerade keinen Einzelfallcharakter. Für die Feststellung der Vergaberechtsfreiheit dieser Kooperationsformen zwischen öffentlichen Einrichtungen bedarf es insofern aktuell auch keiner Novellierung der EU-Vergaberichtlinien, ebenso wenig wie der Vorlage einer interpretierenden Mitteilung durch die Europäische Kommission.

Zu Frage 3. In your respective Member State(s) what are the public-public co-operation set-ups for which these judgements could be applied to? Are there other types of co-operation between public authorities to which the application of EU procurement rules remains unclear?

Wie zur Frage 2 dargelegt, ist die Rechtsprechung des EuGH auf alle Fälle der institutionalisierten sowie nicht institutionalisierten Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Gebietskörperschaften anwendbar. Es bleibt demnach keine Rechtsunsicherheit für die kommunale Ebene.

Zu Frage 4. Can you give practical examples of public-public co-operation? Are there rules in your respective Member States aimed at enabling or facilitating the setting-up of public-public co-operation?

Was die praktischen Beispiele betrifft, wird auf die Ausführungen zur Frage 1 verwiesen. Jedes deutsche Bundesland hat eigene Gesetze über die kommunale Zusammenarbeit, in der in der Tat Regelungen zur Errichtung und Förderung von interkommunalen Kooperationen zugrunde gelegt werden. Ebenso wie auf der Grundlage der EuGH-Rechtsprechung zur In-House-Vergabe können auf der Grundlage der neueren EuGH-Rechtsprechung zur horizontalen öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit die vergaberechtsfreien Sachverhalte unter Zugrundelegung dieser speziellen landesorganisationsrechtlichen Regelungen im Einzelfall bestimmt werden.