



Association of Austrian Cities

30, av Cortenberg, 1040 Bruxelles
Tel +32.2.282.06.80 Fax +32.2.28206.82.

Brussels Office

in the Permanent Representation of Austria to the EU

BXL April 2006

STATEMENT

für öffentliche Anhörung im EP Binnenmarktausschuss am 20.4.2006 in BXL
„Vergaberecht: in-house Regime und Teckal-Kriterien“

von

Bgm Dr Heinz Schaden (Vizepräsident des Österreichischen Städtebundes)

Einleitung: starke kommunale Selbstverwaltung in DE und Ö; historisch gewachsen; das Recht auf wirtschaftliche Betätigung ist in der Verfassung verankert; Stadtwerke werden von Bürgern als (logische) Auslagerungen der Stadt angesehen, ihre Tätigkeit wird den Kommunen unmittelbar zugerechnet, auch wenn es sich um rechtlich selbständige Unternehmungen handelt

Vergabeverfahren sind kosten-, personal- und zeitintensiv; für ein durchschnittliches Verfahren sind ca. 40 Wochenstunden zu veranschlagen, dazu kommt noch die Länge des Verfahrens (ca. 1 bis 3 Monate); Beispiel aus Ö: Ausschreibung der Abwasserbeseitigung in Zistersdorf/NÖ belief sich auf ca. 1/2 Mio. € an Anwalt/Konsulentenkosten – zum Vergleich:

Nachmittagsbetreuung der Stadt Salzburg im Jahr 2005: 981.000 € für die Betreuung von knapp 1.000 Kindern in 20 Schulen

I) Frage: Warum ist In-House für uns so wichtig? (In-House = Ausnahme vom Vergaberecht)

Antwort: Weil es uns erlaubt, Aufgaben durch Unternehmen, an denen die Kommunen wesentlich beteiligt sind, wie durch eigene Unternehmen erledigen zu lassen, d.h. Vertrauen zum Personal, Erhalt von wertvollem Know-how in den öffentlichen Stellen, Aufrechterhaltung demokratischer Kontrollfunktionen.

Wichtig: Gewährleistungsfunktion der Gemeinden für die wesentlichen Punkte der Daseinsvorsorge. Es muss den Kommunen das Wahlrecht erhalten bleiben, selbst zu entscheiden, ob eine Leistung ausgeschrieben wird oder nicht – die Kommunen sind nicht gegen fairen Wettbewerb und scheuen ihn auch nicht, allerdings darf der Wettbewerb nicht zum obersten Prinzip der Daseinsvorsorge erhoben werden.

II) Frage: Warum haben wir Probleme mit den Teckal-Kriterien und den jüngsten Entwicklungen?

(zur Erinnerung: Teckal (C-107/98) gilt, sobald ein öffentlicher Auftraggeber beschließt eine Aufgabe einem Dritten zu übertragen. Eine In-house Rechtsperson gilt nicht als „Dritte“, wenn 1. der öffentliche Auftraggeber über die in Rede stehende Rechtsperson eine Kontrolle ausübt, die der gleichkommt, die er über eigene Dienststellen ausübt, und wenn 2. diese Rechtsperson ihre Wirtschaftstätigkeit im Wesentlichen mit der oder den Körperschaften abwickelt, die sie unterhält. Bei Teckal ging es um ein Konsortium, an dem nur Kommunen beteiligt waren)

Antworten:

1. Kriterium „Kontrolle (ähnlich) wie über eine eigene Dienststelle“

a) EuGH sagt (Urteil „Halle“ Januar 2005): ausgeschlossen bei jeglicher Beteiligung Privater

(zur Erinnerung: nach Stadt Halle (C-26/03) Urteil, sind Vergaberichtlinien grundsätzlich anwendbar, wenn ein öffentlicher Auftraggeber beschließt, einen entgeltlichen schriftlichen Vertrag mit einer anderen Rechtsperson zu schließen, deren Kapital zumindest teilweise in privaten Händen ist.)

Ob ein öffentlicher Auftraggeber eine Kontrolle „wie über seine eigene Dienststelle“ ausübt, hängt nicht alleine vom Beteiligungsverhältnis ab, sondern von der vertraglichen Konstruktion!

DE/Ö Verbände fordern: In-House muss auch bei privater Minderheitsbeteiligung möglich sein, wenn auf vertragliche Art sichergestellt ist, dass Beherrschung und damit Kontrolle der Gesellschaft durch die Gebietskörperschaft erfolgt;

b) Gesellschaften, an denen mehrere Kommunen beteiligt sind:

Rechtsklarheit/Rechtssicherheit bei Auslegung von Teckal **absolut** notwendig; klarzustellen: wenn die Gesellschaft in öffentlicher Hand ist, muss **jeder** öffentliche Anteilseigner (egal wie viel Prozent er konkret besitzt) dieses Unternehmen In-House beauftragen können: „**Heute** werden interkommunale Partnerschaften in den verschiedenen Formen etabliert und **heute** müssen Gemeinden wissen, ob sie riskieren gesetzeswidrig zu handeln und möglicherweise derartige Partnerschaften rückabwickeln müssen, was mit enormen Kosten verbunden wäre“ (siehe *Stadt Halle Problematik, wo ebenfalls in der Vergangenheit PPP unter in-house Regime aufgebaut wurden, die – wie seit man Stadt Halle weiß – nicht regelkonform sind*).

2. Kriterium Tätigkeit im Wesentlichen für Anteilseigner

Große Rechtsunsicherheit bei Auslegung von „**im Wesentlichen**“ (heißt das 80 % oder, wie KOM teilweise behauptet, „beinahe ausschließlich“?). Der EuGH hat bisher zum Wesentlichkeitskriterium keine präzisen Ausführungen gemacht, was zu großer Rechtsunsicherheit führt und bei jeder Beauftragung einer – auch im 100%igen Eigentum einer Kommune stehenden Gesellschaft – die Gefahr einer EuGH Beschwerde provoziert.

[siehe Schlussanträge Stix-Hackl zu Carbotermo (C-340/04 Rz.-113): auch Leistungen direkt an die Bürger müssen damit erfasst sein (betrifft Auslegung des Begriffs des „Dritten“)]

III) Frage: Was sind unsere Forderungen?

Antwort:

1. private Beteiligung muss bei in-house Regime möglich sein

Ansonsten könnte dies dazu führen, dass Gemeinden keine gemischt-wirtschaftlichen Unternehmungen mehr gründen; für die Besorgung mancher öffentlicher Dienstleistungen ist das private Know-how und privates Kapital jedoch notwendig;

2. Klarstellung, dass sowohl bei 100 % Eigentum einer Kommune als auch bei Beteiligung mehrerer Kommunen/öffentlicher Stellen Kontrollkriterium erfüllt ist

3. praxistaugliche Anwendung des zweiten Teckal-Kriteriums

4. gesetzliche Verankerung: mehrere Möglichkeiten: **a.** Klarstellung in einem **Rahmengesetz zu SGEIs** (u.a. von EP gefordert - Herzog Bericht/Langen Bericht und z.Z.t von SPE Fraktion diskutiert; auch in EU Verfassung vorgesehen); **b.** in den **Vergaberichtlinien** als Addendum; **c.** in der zukünftigen **Richtlinie zu den Dienstleistungskonzessionen** (Veröffentlichung angeblich für 2007 geplant); **d.** in einer **Interpretativen Mitteilung** oder **e.** entzieht sich Gesetzgeber weiterhin seiner Verantwortung und überlässt Einzelfallentscheidungen dem EUGH?

Appell: Gewähren sie uns **Flexibilität** und schützen sie die **Entscheidungsfreiheit** der Kommunen