

VERGABERECHT

Juli 2016/1

Neuerungen im Vergaberecht – Teil 2

In dieser Newsletter-Ausgabe stellen wir wieder eine für die Praxis wesentliche Neuerung vor, die die Vergaberechtsreform 2016 mit sich gebracht hat. Wir widmen uns hierbei der nunmehr gesetzlich geregelten Inhouse-Vergabe.

Die Inhouse-Vergabe

Vor der Vergaberechtsreform fehlte es im deutschen Vergaberecht an einer gesetzlichen Norm zur Regelung der Inhouse-Vergabe. Gleichwohl war es anerkannt, dass unter bestimmten Voraussetzungen eine vergaberechtsfreie Inhouse-Vergabe gegeben war. Hinsichtlich der Voraussetzungen griff man auf die Rechtsprechung des EuGH zurück, der in einer Vielzahl von Entscheidungen verschiedene Kriterien aufgestellt hatte, die kumulativ für eine vergaberechtsfreie Inhouse-Vergabe vorliegen mussten.

Nunmehr ist die Inhouse-Vergabe in § 108 GWB gesetzlich geregelt. Danach ergeben sich im Wesentlichen folgende mögliche Inhouse-Konstellationen, die vergaberechtsfrei sind:

- Klassisch-vertikale Inhouse-Vergaben,
- Inhouse-Vergaben bei „Enkel-Konstellationen“,
- Inverse und horizontale Inhouse-Vergaben und
- Inhouse-Vergaben bei gemeinschaftlicher Kontrolle über den Auftragnehmer.

Nachfolgend verschaffen wir Ihnen einen kurzen Überblick über die verschiedenen Konstellationen.

Klassisch-vertikale Inhouse-Vergaben

§ 108 Abs. 1 GWB betrifft die gesetzliche Regelung der klassisch-vertikalen Inhouse-Vergaben, in denen ein öffentlicher Auftraggeber i.S.v. § 99 Nr. 1 bis 3 GWB eine von ihm kontrollierte juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts beauftragt. Dabei müssen für eine solche Inhouse-Vergabe folgende Voraussetzungen kumulativ gegeben sein:

- Gemäß § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB ist es erforderlich, dass der öffentliche Auftraggeber über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt. Damit wird die inzwischen langjährige Rechtsprechung des EuGH zum sogenannten Kontroll-

kriterium übernommen (vgl. EuGH, Urteil vom 18. November 1999, C-107/98, „Teckal“, Rn. 50). Die Ausübung einer Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle wird nach § 108 Abs. 2 GWB vermutet, wenn der öffentliche Auftraggeber einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der kontrollierten juristischen Person ausübt. Dies entspricht den vom EuGH in seiner Rechtsprechung entwickelten Erfordernissen (ständige Rechtsprechung seit EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2005, C-458/03, „Parking Brixen“, Rn. 65; EuGH, Urteil vom 11. Mai 2006, C-340/04, „Carbotermo“, Rn. 36).

- Gemäß § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB ist zudem erforderlich, dass die kontrollierte juristische Person mehr als 80 Prozent ihrer Tätigkeiten in Ausführung der Aufgaben ausführt, mit denen sie von dem kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber oder von anderen durch diesen öffentlichen Auftraggeber kontrollierten juristischen Personen betraut worden ist. Damit wird das durch die Rechtsprechung entwickelte Wesentlichkeitskriterium, wonach die beauftragte juristische Person im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber tätig sein muss, präzisiert (ständige Rechtsprechung seit EuGH, Urteil vom 18. November 1999, C-107/98, „Teckal“, Rn. 50). Bislang war nicht immer eindeutig, ob in einem konkreten Fall die Wesentlichkeitsschwelle erreicht war oder nicht. Die nun normierte 80-Prozent-Grenze sorgt insofern für Rechtssicherheit. Zur Bestimmung der prozentualen Verteilung ist gemäß § 108 Abs. 7 Satz 1 GWB der durchschnittliche Gesamtumsatz der letzten drei Jahre vor Vergabe des öffentlichen Auftrags oder ein anderer geeigneter tätigkeitsgestützter Wert heranzuziehen.
- § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB stellt entsprechend der langjährigen Rechtsprechung des EuGH klar, dass bei einer privaten Beteiligung an der beauftragten juristischen Person eine Inhouse-Vergabe grundsätzlich ausgeschlossen ist (ständige Rechtsprechung seit EuGH, Urteil vom 11. Januar 2005, C-26/03, „Stadt Halle“, Rn. 49). Grund dafür ist, dass die Vergabe eines öffentlichen Auftrags ohne Wettbewerbsverfahren einem privaten Unternehmen, das am Kapital der kontrollierten juristischen Person beteiligt ist, einen unzulässigen Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern verschaffen würde.

Letztlich dürfte die gesetzliche Konkretisierung der vom EuGH aufgestellten Voraussetzungen im Sinne der Anwender in der Praxis sein.

Inhouse-Vergaben bei „Enkel-Konstellationen“

Neben der klassisch-vertikalen Inhouse-Vergabe sind Inhouse-Vergaben gemäß § 108 Abs. 2 Satz 2 GWB auch bei sogenannten „Enkel-Konstellationen“ zulässig. Die „Enkel-Konstellation“ beschreibt den Fall, bei dem die erforderliche Kontrolle durch eine andere juristische Person ausgeübt wird, die wiederum durch den öffentlichen Auftraggeber kontrolliert wird. Sie entspricht einer klassisch-vertikalen Inhouse-Vergabe mit der Besonderheit, dass die Kontrolle nicht unmittelbar durch den öffentlichen Auftraggeber, sondern über eine

zwischen geschaltete juristische Person ausgeübt wird. Dabei muss der Grad der erforderlichen Kontrolle auf beiden Ebenen gegeben sein, also sowohl auf der Ebene „Tochter“ zu „Enkel“ als auch auf der Ebene „öffentlicher Auftraggeber“ zu „Tochter“.

Inverse und horizontale Inhouse-Vergaben

In § 108 Abs. 3 GWB sind die Fallgruppen der inversen und horizontalen Inhouse-Vergabe geregelt.

§ 108 Abs. 3 Satz 1 Var. 1 GWB betrifft den Fall, bei dem eine kontrollierte juristische Person, die öffentlicher Auftraggeber i.S.v. § 99 Nr. 1 bis 3 GWB ist, einen Auftrag an ihren kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber vergibt (Auftragsvergabe von der „Tochter“ an die „Mutter“). Bei dieser Konstellation handelt es sich letztlich um eine Umkehrung des klassisch-vertikalen Inhouse-Geschäfts.

§ 108 Abs. 3 Satz 1 Var. 2 GWB regelt wiederum die horizontale Inhouse-Vergabe. Bei dieser Konstellation beauftragt eine von einem öffentlichen Auftraggeber kontrollierte juristische Person eine andere juristische Person, die von demselben öffentlichen Auftraggeber kontrolliert wird (Auftragsvergabe von der „Schwester“ an die „Schwester“).

Die Voraussetzungen von § 108 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 GWB sind bei den beiden in § 108 Abs. 3 GWB aufgeführten Varianten entsprechend anzuwenden.

Inhouse-Vergaben bei gemeinschaftlicher Kontrolle über den Auftragnehmer

Nach § 108 Abs. 4 GWB erstrecken sich die erlaubten Inhouse-Vergaben auch auf Konstellationen, in denen die Kontrolle des Auftragnehmers abweichend von § 108 Abs. 1 GWB durch mehrere Auftraggeber gemeinsam ausgeübt wird. Für einen Fall von § 108 Abs. 4 GWB müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- Nach § 108 Abs. 4 Nr. 1 GWB muss ein öffentlicher Auftraggeber einen Auftragnehmer mit anderen Auftraggebern gemeinsam kontrollieren. Wann eine solche Kontrolle gegeben ist, ergibt sich aus § 108 Abs. 5 GWB.
- § 108 Abs. 4 Nr. 2 GWB überträgt den Wesentlichkeitsgrundsatz des § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB auf die Konstellationen einer gemeinsamen Kontrolle. Abweichend von § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB bezieht sich das Wesentlichkeitskriterium in diesem Fall auf alle kontrollierenden Auftraggeber. Der Auftragnehmer muss also 80 Prozent seiner Tätigkeiten nicht allein für den Auftraggeber im konkreten Fall, sondern für alle ihn kontrollierenden Auftraggeber oder andere von diesen Auftraggebern kontrollierte juristische Personen erbringen.
- § 108 Abs. 4 Nr. 3 GWB entspricht der Voraussetzung des § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB.

Durch § 108 Abs. 4 GWB werden auch solche öffentlichen Aufträge erfasst, die von einer kontrollierten juristischen Person, die zugleich öffentlicher Auftraggeber i.S.v. § 99 Nr. 1 bis 3 GWB ist, an einen von mehreren sie kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber vergeben werden.

Fazit

Im Ergebnis erscheint die Regelung der Inhouse-Vergabe durchaus gelungen. Sie dürfte die Rechtssicherheit im Vergleich zur bisherigen EuGH-Rechtsprechung erhöhen, da unter anderem die Vorgaben des EuGH konkretisiert wurden.

Gleichwohl wird es aber auch in Zukunft einige Abgrenzungsschwierigkeiten und Unklarheiten im Zusammenhang mit der Inhouse-Vergabe geben. Beispielsweise ist unklar, inwiefern eine indirekte Beteiligung Privater bei einer Inhouse-Vergabe möglich ist.

Im Übrigen wäre es sicherlich von Vorteil gewesen, die Inhouse-Vergabe nicht zusammen mit der interkommunalen Kooperation (siehe § 108 Abs. 6 GWB) in einer Norm zu regeln. Eine Aufteilung der Bestimmungen zur Inhouse-Vergabe und der Bestimmungen zur interkommunalen Kooperation in zwei verschiedene Normen hätte gewiss einer besseren Übersichtlichkeit gedient.

Ihre Ansprechpartner bei Nohr-Con und LEXTON Rechtsanwälte:

Genadijus Smertjevas

Bereichsleiter

Nohr-Con

Oraniendamm 34

13469 Berlin

T + 49 30 437 466 78

F + 49 30 437 466 79

gs@nohr-con.de

www.nohr-con.de



Fabian Winters, LL.M.

Rechtsanwalt

LEXTON Rechtsanwälte

Kurfürstendamm 220

10719 Berlin

T + 49 30 8866886-0

F + 49 30 8866886-60

winters@lexton.de

www.lexton.de

