



KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN

Brüssel, den 15.11.2005
KOM(2005) 569 endgültig

**MITTEILUNG DER KOMMISSION AN DAS EUROPÄISCHE PARLAMENT, DEN
RAT, DEN EUROPÄISCHEN WIRTSCHAFTS- UND SOZIALAUSSCHUSS UND
DEN AUSSCHUSS DER REGIONEN**

**zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften
für das öffentliche Beschaffungswesen und Konzessionen**

INHALTSVERZEICHNIS

1.	Einleitung	3
2.	Kernfragen – Handlungsbedarf.....	5
2.1.	Bereiche, in denen Folgemaßnahmen auf Gemeinschaftsebene erforderlich sind	5
2.2.	Wettbewerblicher Dialog: Erläuterung durch die Kommission.....	5
2.3.	Bereiche, in denen derzeit keine gesonderte Maßnahme der Gemeinschaft vorgeschlagen wird	6
2.3.1.	Keine neuen Rechtsvorschriften, in denen sämtliche vertragliche ÖPP behandelt werden	6
2.3.2.	Keine Gemeinschaftsmaßnahmen in Bezug auf sonstige ÖPP-spezifische Aspekte...	6
2.4.	Fortführung der Diskussion über ÖPP auf EU-Ebene	6
3.	Konzessionen	7
3.1.	Hintergrund	7
3.2.	Möglichkeiten zur Schaffung von Rechtssicherheit	8
3.3.	Inhalt einer möglichen Gemeinschaftsinitiative im Bereich Konzessionen	10
4.	Institutionalisierte ÖPP	10
4.1.	Favorisierter Ansatz	10
4.2.	Inhalt einer möglichen Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich der institutionalisierten ÖPP	11
5.	Weiteres Vorgehen.....	12

**MITTEILUNG DER KOMMISSION AN DAS EUROPÄISCHE PARLAMENT, DEN
RAT, DEN EUROPÄISCHEN WIRTSCHAFTS- UND SOZIALAUSSCHUSS UND
DEN AUSSCHUSS DER REGIONEN**

**zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften
für das öffentliche Beschaffungswesen und Konzessionen**

(Text von Bedeutung für den EWR)

1. EINLEITUNG

Wenn es darum geht, eine Infrastruktur bereitzustellen oder eine Dienstleistung zu erbringen, interessieren sich öffentliche Stellen auf allen Ebenen in zunehmendem Maße für eine Zusammenarbeit mit der Privatwirtschaft. Das Interesse an einer solchen Zusammenarbeit, die im Allgemeinen als öffentlich-private Partnerschaft (ÖPP) bezeichnet wird, erklärt sich zum Teil aus dem Nutzen, den die öffentlichen Stellen aus dem Know-how der Privatwirtschaft ziehen können – insbesondere zur Steigerung ihrer Effizienz –, und zum Teil aus den haushaltspolitischen Sachzwängen. ÖPP sind allerdings keine Patentlösung: Bei jedem Vorhaben muss geprüft werden, ob diese Art der Partnerschaft für die jeweilige Dienstleistung oder den betreffenden öffentlichen Bauauftrag tatsächlich Vorteile gegenüber anderen Möglichkeiten wie etwa der klassischen Vergabepraxis hat.

Nach dem Gemeinschaftsrecht steht es öffentlichen Stellen frei, eine Wirtschaftstätigkeit selbst auszuüben oder sie Dritten zu übertragen. Entscheiden sich die öffentlichen Stellen jedoch dafür, Dritte in solche Tätigkeiten einzubinden, müssen u. U. die gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für das öffentliche Beschaffungswesen und Konzessionen beachtet werden.

Diese gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für das öffentliche Beschaffungswesen und Konzessionen dienen in erster Linie der Schaffung eines Binnenmarktes, in dem neben dem freiem Warenverkehr, der Dienstleistungs- und der Niederlassungsfreiheit die Wahrung der Grundsätze der Gleichbehandlung, der Transparenz und der gegenseitigen Anerkennung gewährleistet ist und in dem öffentliche Stellen bei der Beschaffung von Waren, Dienst- oder Bauleistungen ein gutes Preis-/Leistungsverhältnis erzielen. Angesichts der steigenden Bedeutung von ÖPP wurde es als notwendig erachtet, zu untersuchen, inwieweit diese Ziele bei der Vergabe von ÖPP-Aufträgen und Konzessionen mit dem geltenden Gemeinschaftsrecht erreicht werden. Anhand der Ergebnisse sollte die Kommission beurteilen können, ob der gegenwärtige europäische Rechtsrahmen einer Erläuterung, Ergänzung oder Verbesserung bedarf. Die Kommission hat daher am 30. April 2004 das Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen¹ vorgelegt.

¹ KOM(2004) 327 endgültig vom 30.4.2004.

Die damit ausgelöste Debatte stieß auf reges Interesse und wurde allgemein begrüßt. Bei der Kommission gingen fast 200 Beiträge der unterschiedlichsten Akteure ein, darunter auch Beiträge zahlreicher Mitgliedstaaten. Sowohl der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss² als auch der Ausschuss der Regionen³ gaben Stellungnahmen zu dem Grünbuch ab. Im Mai 2005 wurde ein Bericht mit einer Auswertung sämtlicher im Laufe der öffentlichen Konsultation eingereichten Beiträge veröffentlicht⁴.

In dieser Mitteilung werden die im Anschluss an die Konsultation bestehenden politischen Optionen vorgestellt, wobei das Ziel darin liegt, einen effektiven Wettbewerb für ÖPP zu gewährleisten, ohne dabei die für innovative und häufig komplexe Vorhaben erforderliche Flexibilität allzu sehr einzuschränken. Dass die politischen Präferenzen bereits in diesem Stadium dargelegt werden, entspricht der Rechenschafts- und Transparenzpflicht, die sich die Kommission für die Ausübung ihres Initiativrechts auferlegt hat und die als Grundsatz in der „Besseren Rechtsetzung für Wachstum und Arbeitsplätze in der Europäischen Union“⁵ festgehalten wurde.

Einerseits sollen in dieser Mitteilung zwar Schlussfolgerungen für die weitere Politik gezogen werden, die sich auf die Konsultation zum ÖPP-Grünbuch stützen, andererseits sind die dargelegten Möglichkeiten jedoch in einem breiteren Kontext zu sehen, der auch Schlussfolgerungen aus Urteilen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, Erfahrungen mit Verfahren, die die Kommission nach Artikel 226 EG-Vertrag gegen Mitgliedstaaten eingeleitet hat, und bilaterale Kontakte mit Interessenträgern umfasst.

Zwar wurden im Rahmen der Konsultation sowohl konkrete Auskünfte zur praktischen Erfahrung mit ÖPP als auch die bevorzugten Lösungen der Betroffenen zusammengetragen, sie kann aber eine eingehende Analyse der Auswirkungen derartiger Lösungen nicht ersetzen. Gemäß den Grundsätzen der „besseren Rechtsetzung“ wird daher eine Folgenabschätzung vorgenommen, bevor eine endgültige Entscheidung über etwaige gesetzgeberische Initiativen zur Erläuterung, Ergänzung oder Verbesserung der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für das öffentliche Beschaffungswesen und Konzessionen getroffen wird.

² Stellungnahme zu dem Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, Brüssel, 27.-28. Oktober 2004, EWSA 1440/2004.

³ Stellungnahme des Ausschusses der Regionen vom 17. November 2004 zum Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, (KOM(2004) 327 endg.), ECOS-037.

⁴ SEK(2005) 629 vom 3.5.2005. Dieser Bericht und die meisten der bei der Kommission eingegangenen Beiträge sind auf folgender Website der Kommission abrufbar:
http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/ppp_de.htm.

⁵ Siehe Mitteilungen der Kommission zu den Themen Europäisches Regieren: Bessere Rechtsetzung. KOM(2002) 275 endg. vom 5.6.2002 und Bessere Rechtsetzung für Wachstum und Arbeitsplätze in der Europäischen Union, KOM(2005) 97 endg. vom 16.3.2005.

2. KERNFRAGEN – HANDLUNGSBEDARF

2.1. Bereiche, in denen Folgemaßnahmen auf Gemeinschaftsebene erforderlich sind

Im ÖPP-Grünbuch wurde eine Reihe von Themen im Zusammenhang mit ÖPP und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für das öffentliche Beschaffungswesen und Konzessionen behandelt. Nach den Reaktionen der Betroffenen zu schließen, sind nur in wenigen dieser Themenbereiche Folgemaßnahmen auf Ebene der Gemeinschaft erforderlich. Anzuführen sind hier insbesondere:

- die Vergabe von Konzessionen (Fragen 4 bis 6 des Grünbuchs – Abschnitt 3 dieser Mitteilung) und
- die Errichtung von Unternehmen, die Dienstleistungen für die Allgemeinheit erbringen und deren Kapital von einem öffentlichen und einem privatwirtschaftlichen Partner gehalten wird (institutionalisierte ÖPP) (Fragen 18 und 19 des Grünbuchs – Abschnitt 4 dieser Mitteilung).

Zu beiden Punkten forderte eine deutliche Mehrheit der Antwortenden gemeinschaftliche Maßnahmen im Interesse der Rechtssicherheit. Die entsprechenden Initiativen werden in gesonderten Abschnitten dieser Mitteilung vorgestellt.

2.2. Wettbewerblicher Dialog: Erläuterung durch die Kommission

Ein Punkt, der bei den Betroffenen auf großes Interesse stieß, war der wettbewerbliche Dialog, ein neues Vergabeverfahren, das eigens auf komplexe öffentliche Aufträge zugeschnitten ist und durch die Richtlinie 2004/18/EG eingeführt wird. Die Bedeutung dieses Verfahrens wurde nur von wenigen Interessenträgern in Frage gestellt. In vielen Reaktionen wurden ein umfassender Schutz des geistigen Eigentums sowie eine Begrenzung des von den Bietern im Rahmen dieses Verfahrens geforderten Aufwands verlangt.

Die Kommission ist davon überzeugt, dass die praktische Erfahrung mit diesem Verfahren, das in den meisten Mitgliedstaaten noch nicht angewandt wird⁶, die diesbezüglichen Bedenken zerstreuen wird. Wie von einer Reihe von Interessenträgern gefordert, werden die Bestimmungen über den wettbewerblichen Dialog noch einmal in einem Papier erläutert, das auf der Website der Kommission abrufbar sein wird⁷.

⁶ Die Mitgliedstaaten müssen die Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft setzen, die erforderlich sind, um dieser Richtlinie spätestens am 31. Januar 2006 nachzukommen.

⁷ http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/index_de.htm

2.3. Bereiche, in denen derzeit keine gesonderte Maßnahme der Gemeinschaft vorgeschlagen wird

2.3.1. Keine neuen Rechtsvorschriften, in denen sämtliche vertragliche ÖPP behandelt werden

Alle ÖPP-Konstruktionen sind, sofern sie in den Anwendungsbereich des EG-Vertrags fallen, als öffentliche Aufträge oder Konzessionen einzustufen. Da jedoch für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen unterschiedliche Vorschriften gelten, gibt es im EG-Recht kein einheitliches, speziell auf ÖPP zugeschnittenes Vergabeverfahren.

Vor diesem Hintergrund hatte die Kommission den Interessenträgern die Frage gestellt, ob sie neue Rechtsvorschriften begrüßen würden, in denen sämtliche vertragliche ÖPP behandelt würden, so dass sie ein und demselben Regelwerk für die Vergabe unterworfen wären, ganz gleich ob die Vorhaben als öffentliche Aufträge oder als Konzessionen einzustufen wären (Frage 7 des Grünbuchs).

Die Konsultation hat deutlich gemacht, dass ein Regelwerk, dem alle vertraglichen ÖPPs unterworfen sind, ganz gleich ob die Vorhaben als öffentliche Aufträge oder als Konzessionen eingestuft werden, bei den Betroffenen auf starke Ablehnung stößt. Die Kommission beabsichtigt daher nicht, die Vergaberegeln für öffentliche Aufträge und Konzessionen einander anzugleichen.

2.3.2. Keine Gemeinschaftsmaßnahmen in Bezug auf sonstige ÖPP-spezifische Aspekte

Die Antworten auf die Frage zu privat initiierten ÖPP (Frage 9 des Grünbuchs) ließen keinen aktuellen Bedarf an Gemeinschaftsmaßnahmen zur Förderung solcher Gebilde erkennen.

Gemeinschaftsinitiativen zur Klärung der vertraglichen Rahmenbedingungen für ÖPP auf Gemeinschaftsebene (Frage 14 des Grünbuchs) oder zur Klärung oder Umgestaltung der Regeln für die Vergabe von Unteraufträgen (Frage 17 des Grünbuchs) fanden ebenfalls keine Unterstützung.

2.4. Fortführung der Diskussion über ÖPP auf EU-Ebene

Mit der vorliegenden Mitteilung soll die Diskussion über ÖPP und die gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für das öffentliche Beschaffungswesen und Konzessionen jedoch noch nicht abgeschlossen werden. Die Erfahrung mit ÖPP nimmt kontinuierlich zu. Alle Parteien, auch die Behörden der Mitgliedstaaten und die Kommission, lernen nach wie vor aus der praktischen Anwendung des Gemeinschaftsrechts auf solche Partnerschaften. Das sollte die Kommission zwar nicht davon abhalten, bereits heute festgestellte Mängel des bestehenden Rechtsrahmens in Angriff zu nehmen, doch die Diskussion zwischen den Kommissionsdienststellen und den in die Entwicklung von ÖPP eingebundenen

Akteuren muss auf allen Ebenen fortgeführt und insbesondere bei geplanten Folgenabschätzungen berücksichtigt werden.⁸

Weitergeführt wird diese Diskussion in Ausschüssen auf Ebene der Kommission, in denen Vergaberechterspezten⁹ und Vertreter¹⁰ der Mitgliedstaaten¹¹ zusammenkommen, ferner über die Teilnahme an Konferenzen über ÖPP und Vergabewesen sowie durch direkte Kontakte zwischen Bediensteten der Kommission und ÖPP-Experten. Unter den nationalen ÖPP-Taskforces scheint darüber hinaus allgemeines Einvernehmen darüber zu bestehen, dass sich bei der Infrastrukturentwicklung weitere Verbesserungen erzielen ließen, wenn der öffentliche Sektor über ein effizienteres Instrument zum Austausch von Erfahrungen in den Bereichen ÖPP-Strategie, -Programmentwicklung und -Projektdurchführung verfügen würde. Die Taskforces erwägen daher gemeinsam mit der Europäischen Investitionsbank die Einrichtung eines europäischen ÖPP-Erfahrungszentrums. Die Kommission würde eine solche Initiative grundsätzlich begrüßen.

3. KONZESSIONEN

3.1. Hintergrund

Ein zentrales Merkmal von Konzessionen ist das Recht des Konzessionärs zur wirtschaftlichen Nutzung des Bauwerks bzw. der Dienstleistung, das als Gegenleistung für die Errichtung des Bauwerks bzw. die Erbringung der Dienstleistung gewährt wird. Von öffentlichen Aufträgen unterscheiden sich Konzessionen im Wesentlichen durch das mit der Nutzung verbundene Risiko, das der Konzessionär, der die jeweiligen Vorhaben normalerweise zumindest teilweise finanziert, tragen muss. Eine derartige Einbindung von Privatkapital gilt als einer der wichtigsten Anreize, die öffentlich-private Partnerschaften für die öffentliche Hand bieten. Obwohl Baukonzessionen in der Praxis eine wichtige Rolle spielen, gibt es im abgeleiteten Gemeinschaftsrecht nur wenige Bestimmungen für die Koordinierung diesbezüglicher Vergabeverfahren. Was die Erteilung von Dienstleistungskonzessionen angeht, so unterliegt diese lediglich den Grundsätzen der Artikel 43 und 49 des EG-Vertrags, vornehmlich den Grundsätzen der Transparenz, der Gleichbehandlung, der Verhältnismäßigkeit und der gegenseitigen Anerkennung. Vor diesem Hintergrund wurde in dem Grünbuch die Frage aufgeworfen, ob ein Vorschlag für einen gemeinschaftlichen Rechtsakt zur Festlegung eines Verfahrensrahmens für die Konzessionsvergabe für wünschenswert gehalten wird (Frage 6).

Eine deutliche Mehrheit der Antwortenden hat bei der Konsultation bestätigt, dass in Bezug auf die Gemeinschaftsvorschriften für die Konzessionserteilung mehr

⁸ Besonderes Augenmerk sollte in diesem Zusammenhang auf ÖPPs gelegt werden, die zur Errichtung und Betrieb grenzüberschreitender Infrastruktur gegründet wurden.

⁹ Beratender Ausschuss für die Öffnung des öffentlichen Auftragswesens, eingesetzt mit dem Beschluss der Kommission 87/305/EWG.

¹⁰ Beratender Ausschuss für öffentliche Bauaufträge, eingesetzt mit dem Beschluss des Rates 71/306/EWG.

¹¹ Gemäß den Regelungen für die Interimsperiode umfassen die Ausschüsse nicht nur Vertreter der Mitgliedstaaten, sondern auch Beobachter aus den beitretenden Ländern.

Rechtssicherheit gewünscht wird. Bei der Frage, wie diese Rechtssicherheit herzustellen ist – durch Rechtsvorschriften oder einen, nicht verbindlichen, Auslegungstext –, gehen die Meinungen allerdings auseinander.

3.2. Möglichkeiten zur Schaffung von Rechtssicherheit

Aus der Konsultation ging hervor, dass für die Vergabe von Konzessionen ein stabiler, widerspruchsfreier Rechtsrahmen auf EU-Ebene benötigt wird, und zwar insbesondere zur Verringerung der Transaktionskosten (durch Senkung der rechtlichen Risiken) und ganz allgemein zur Stärkung des Wettbewerbs. Viele Interessenträger führten an, dass mehr Rechtssicherheit und echter Wettbewerb im Bereich der Konzessionen in der Praxis zu mehr ÖPP führen würden und somit – in Zeiten knapper Haushaltsmittel – zu einem höheren privaten Finanzierungsanteil bei öffentlichen Vorhaben. Auf Seiten der privatwirtschaftlichen Interessengruppen wurde insbesondere betont, dass sich eine solche Rechtssicherheit nur durch Maßnahmen auf EU-Ebene herstellen ließe, wodurch gleichzeitig auch die mit einem Flickwerk nationaler Rechtsvorschriften verbundenen Probleme umgangen würden; dies sei vor allem für die neuen Mitgliedstaaten wichtig, die am meisten auf Privatfinanzierungen angewiesen seien. Es gibt grundsätzlich zwei Möglichkeiten, dies zu erreichen: (1) rechtlich nicht verbindliche Leitlinien, namentlich Mitteilungen zu Auslegungsfragen und (2) Rechtsvorschriften, in denen die Verpflichtungen, die sich aus den allgemeinen Grundsätze des EG-Vertrags ergeben, in konkrete Bestimmungen gefasst werden.

Auslegungsmitteilung

Eine Mitteilung, die den Anwendungsbereich und den Inhalt der für die Konzessionsvergabe geltenden Grundsätze des EG-Vertrags erläutert, hat die Kommission bereits (im April 2000) vorgelegt. Viele der Betroffenen hielten eine Auslegungsmitteilung für ein wirksames Instrument, um schnell Rechtsklarheit zu schaffen. Aus Anmerkungen, die zentrale Akteure im Laufe der Diskussion machten, geht allerdings hervor, dass in der bereits vorhandenen Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen nicht klar genug erläutert wird, was die Grundsätze des EG-Vertrags für die Konzessionsvergabe bedeuten. In ihren Beiträgen gingen mehrere von ihnen – überraschenderweise – davon aus, dass es nach geltendem Gemeinschaftsrecht nicht erforderlich ist, die Konzessionsvergabe für den Wettbewerb zu öffnen und allen Unternehmen die Möglichkeit zu geben, ihr Interesse an einer Konzession zu bekunden.

Andere Teilnehmer hielten eine Auslegungsmitteilung für das ideale Instrument zur besseren Abgrenzung zwischen öffentlichen Aufträgen und Konzessionen. Die Sicherheit, die eine Auslegungsmitteilung bieten kann, ist jedoch begrenzt, da sie, wie der Name bereits sagt, lediglich eine Auslegung der bestehenden Rechtsvorschriften darstellt. Ist eine Vorschrift nicht präzise genug, so ist eine reine Interpretation in vielen Fällen kaum dazu geeignet, diesem Problem abzuhelpen. Eine Überarbeitung der im April 2000 vorgelegten Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen, die zwar sicherlich einen gewissen Zusatznutzen brächte, würde dem Wunsch nach mehr Rechtssicherheit daher wahrscheinlich nicht gerecht.

Gesetzgeberische Initiative

Die zu Tage getretenen Missverständnisse bezüglich des Anwendungsbereichs und des Inhalts der gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen von öffentlichen Auftraggebern, die Konzessionen vergeben, untermauert die Auffassung verschiedener Beteiligter, dass die allgemeinen Grundsätze des EG-Vertrags auch nach einer Klärung durch ein Auslegungspapier der Kommission nicht genügend Rechtssicherheit bieten. Dem Vernehmen nach lassen sie den öffentlichen Auftraggebern zu viel Ermessensspielraum, so dass mit ihnen allein keine EU-weite Gleichbehandlung europäischer Unternehmen gewährleistet ist. In der Tat zeigt sich – trotz Klarstellungen durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften¹² – sowohl in der Rechtspraxis als auch in Lehrmeinungen, dass die Anforderungen des EG-Vertrags unterschiedlich ausgelegt werden. Es wurde berichtet, dass dies Bieter vor besondere Schwierigkeiten stellt, die nationale Gerichte mit der Nachprüfung von Konzessionsvergaben befassen. Diese Gegebenheiten können Unternehmen zweifellos davon abhalten, sich um Konzessionen zu bewerben und können so den Wettbewerb bei ÖPP einschränken, was letztlich deren Erfolg gefährdet.

Generell ist nur schwer nachvollziehbar, weshalb Dienstleistungskonzessionen, die häufig bei teuren, komplexen Vorhaben zum Einsatz kommen, in den sekundärrechtlichen Gemeinschaftsvorschriften überhaupt nicht behandelt werden. In einigen Stellungnahmen zum ÖPP-Grünbuch wurde versucht, das Fehlen ausführlicher Vergabeverfahren auf Gemeinschaftsebene zu erklären. Angeführt wurden u. a. die bei Konzessionsvergaben wohl erforderliche Flexibilität und das Subsidiaritätsprinzip. Diese Argumente gegen eine verbindliche Gemeinschaftsregelung sind jedoch nicht überzeugend: Die Verabschiedung von Gemeinschaftsvorschriften für die Konzessionsvergabe bedeutet nicht, dass öffentliche Stellen bei der Auswahl eines privatwirtschaftlichen Partners für eine ÖPP keine Flexibilität mehr besitzen. Bei einer gesetzgeberischen Initiative im Bereich der Konzessionsvergabe muss berücksichtigt werden, dass sich Konzessionen u. U. sehr komplex gestalten und dass Verhandlungen zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den Bietern erforderlich sind. Vor diesem Hintergrund ist schwerlich einzusehen, warum verbindliche Vorschriften für die Konzessionsvergabe zwangsläufig dazu führen sollten, dass die Flexibilität der öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen über Gebühr eingeschränkt wird. Ebenso sollte anhand des genauen Inhalts dieser Initiative entschieden werden, ob sie mit dem Subsidiaritätsprinzip vereinbar ist oder nicht. Es gibt keinen Grund für die Annahme, dass eine solche Maßnahme *per se* dem Subsidiaritätsprinzip zuwiderläuft.

Nach sorgfältiger Abwägung aller im Lauf der Konsultation zum ÖPP-Grünbuch angeführten Argumente und Fakten sieht es derzeit aus, als stelle eine gesetzgeberische Initiative im Bereich Konzessionen die bessere Lösung dar. Wie bereits erwähnt, sind gemäß den Grundsätzen der „besseren Rechtsetzung“ vor einem förmlichen Legislativvorschlag weitere eingehende Analysen durchzuführen, um (1) festzustellen, ob eine Gemeinschaftsinitiative zur Regulierung der Konzessionsvergabeverfahren tatsächlich erforderlich ist, (2) wenn ja, zu ermitteln,

¹² Rechtssache C-324/98, *Telaustria*, Slg. 2000, Seite I-10475 und Rechtssache C-231/03 *Coname* [2005] (noch nicht in der Slg. veröffentlicht).

wie sie auszugestalten ist und (3) ihre möglichen Auswirkungen besser zu überblicken.

3.3. Inhalt einer möglichen Gemeinschaftsinitiative im Bereich Konzessionen

Wie oben erläutert, ist es möglicherweise erforderlich, die sich aus dem EG-Vertrag ergebenden allgemeinen Grundsätze klar in eine gemeinschaftliche Rechtsvorschrift für die Vergabe von Konzessionen zu fassen. In der Rechtsvorschrift, die sowohl Bau- als auch Dienstleistungskonzessionen erfassen sollte, sollten Konzessionen und öffentliche Aufträge eindeutig gegeneinander abgegrenzt werden. Sie würde eine angemessene Bekanntmachung der Absicht der Konzessionserteilung vorschreiben und die Regeln für die Auswahl der Konzessionäre auf der Grundlage objektiver, nicht diskriminierender Kriterien festlegen. Ganz allgemein sollten die Regeln auf die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Teilnehmer des Konzessionsvergabeverfahrens abzielen. Darüber hinaus könnten in einer solchen Initiative Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der langen Laufzeit von Konzessionen angesprochen werden, wie beispielsweise das Erfordernis, die Konzessionen im Laufe der Zeit anzupassen. Ein weiterer Themenkomplex von Interesse sind in diesem Zusammenhang ÖPPs, die zur Errichtung und Betrieb grenzüberschreitender Infrastruktur gegründet wurden.

Eine Wirkung einer solchen Rechtsvorschrift im Bereich Konzessionen wäre in den meisten Mitgliedstaaten ferner ein Qualitätssprung beim Bieterschutz, denn gilt für Konzessionen erst einmal das sekundäre Gemeinschaftsrecht, so fallen sie in den Anwendungsbereich der Gemeinschaftsrichtlinien über Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge. Diese wiederum sehen wirksamere und angemessenere Rechtsmittel vor als die vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften entwickelten allgemeinen Grundsätze des Rechtsschutzes.

Detailangaben zum Inhalt einer solchen Gemeinschaftsinitiative können in diesem Stadium noch nicht gemacht werden. Ob es einschlägige Vorschriften geben wird und wie diese aussehen, hängt vom Ergebnis der umfassenden Folgenabschätzung ab, die die Kommission vornehmen muss. Es wäre verfrüht, sich jetzt schon zum Geltungsumfang derartiger Bestimmungen zu äußern, so dass auch die Anwendungsschwellen noch nicht angegeben werden können. Auf Gemeinschaftsebene bestehende sektorspezifische Regelungen für die Vergabe von Konzessionen sollen durch diese Initiative allerdings nicht geändert werden.

4. INSTITUTIONALISIERTE ÖPP

4.1. Favorisierter Ansatz

Die öffentliche Konsultation über das ÖPP-Grünbuch hat gezeigt, dass geklärt werden muss, wie die gemeinschaftlichen Vergabevorschriften auf die Errichtung von Unternehmen anzuwenden sind, die Dienstleistungen für die Allgemeinheit erbringen und deren Kapital von einem öffentlichen und einem privatwirtschaftlichen Partner gemeinsam gehalten wird (institutionalisierte ÖPP). Nach Aussagen einiger Betroffener ist die Klärung dieser Frage ausgesprochen dringlich. Es wurde berichtet, dass öffentliche Stellen bewusst keine innovativen institutionalisierten ÖPP eingehen, weil sie befürchten, damit eine Partnerschaft einzurichten, die sich im

Nachhinein als mit dem EG-Recht unvereinbar erweist. Nur wenige Interessenträger waren jedoch der Ansicht, dass für Rechtssicherheit in diesem Bereich ein rechtsverbindliches Instrument erforderlich ist.

Das beste Mittel zur Förderung echten Wettbewerbs und zur Herstellung von Rechtssicherheit im Bereich der institutionalisierten ÖPP scheint daher zum gegenwärtigen Zeitpunkt eine Mitteilung zu Auslegungsfragen zu sein. Anders als bei den Konzessionen gibt es nämlich bisher noch keinerlei Erfahrungen mit einer Auslegungsmitteilung, in der dargelegt würde, wie die Vergabevorschriften bei der Errichtung von institutionalisierten ÖPP anzuwenden sind. Darüber hinaus ist die Einrichtung öffentlich-privater Konstruktionen zur Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in den meisten Mitgliedstaaten ein verhältnismäßig neuer, innovativer Ansatz. Eine nicht bindende Maßnahme würde hier die erforderliche Orientierungshilfe liefern, ohne Innovationen abzuwürgen. Ferner ist es bei den institutionalisierten ÖPP besonders wichtig, Unsicherheiten schnell auszuräumen.

Insgesamt gesehen scheint eine Auslegungsmitteilung hier besser geeignet zu sein als eine Rechtsvorschrift. Sollte sich in der Zukunft jedoch herausstellen, dass eine Auslegungsmitteilung – wie bei den Konzessionen – nicht ausreicht, um eine korrekte Anwendung des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten, kann immer noch ein Gesetzgebungsvorschlag eingebracht werden.

4.2. Inhalt einer möglichen Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich der institutionalisierten ÖPP

Durch eine Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich der institutionalisierten ÖPP und der gemeinschaftlichen Vergabevorschriften sollte vor allem die Anwendung der Vergabevorschriften in folgenden Fällen geklärt werden: (1) Errichtung von Wirtschaftsgebilden mit gemischtem Kapital, deren Ziel die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichen) Interesse ist, und (2) Beteiligung von privaten Firmen an bestehenden öffentlichen Unternehmen, die solche Dienstleistungen erbringen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass in einer Mitteilung auf jeden Fall dargelegt werden sollte, wie institutionalisierte ÖPP errichtet werden müssen, damit gewährleistet ist, dass die damit einhergehende Aufgabenübertragung mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang steht¹³.

Im Kapitel über institutionalisierte ÖPP befasste sich das Grünbuch auch mit „Inhouse“-Beziehungen¹⁴. Es wurde darauf hingewiesen, dass die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften für das öffentliche Beschaffungswesen und Konzessionen generell immer dann gelten, wenn ein öffentlicher Auftraggeber beschließt, eine Aufgabe einem Dritten, das heißt einer eigenständigen Rechtsperson, zu übertragen. Nach ständiger Rechtsprechung¹⁵ des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften kann etwas anderes nur dann gelten, wenn (1) die Gebietskörperschaft über die fragliche Rechtsperson eine Kontrolle ausübt wie über eine eigene Dienststelle und wenn (2) diese Rechtsperson zugleich ihre Tätigkeit im

¹³ Konkret sollte sich eine solche Mitteilung eingehend mit den Punkten befassen, die in den Abschnitten 58 und 69 des ÖPP-Grünbuchs behandelt wurden.

¹⁴ Abschnitt 63 des ÖPP-Grünbuchs.

¹⁵ Urteil vom 18. November 1999, Rechtssache C-107/98, *Teckal*, Slg. 1999, S. I-08121, Randnr. 50.

Wesentlichen für diese Gebietskörperschaft(en) verrichtet. In seinem Urteil vom 11. Januar 2005 in der Rechtssache *Stadt Halle*¹⁶ ergänzte der Gerichtshof diese Definition von „Inhouse“-Beziehungen durch die Feststellung, dass die in den Vergaberichtlinien vorgesehenen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge – sofern die anderen Voraussetzungen für ihre Anwendung erfüllt sind – stets anzuwenden sind, wenn ein öffentlicher Auftraggeber beabsichtigt, mit einer Gesellschaft, die sich rechtlich von ihm unterscheidet und an deren Kapital er mit mindestens einem privaten Unternehmen beteiligt ist, einen entgeltlichen Vertrag zu schließen.

Auf Seiten des öffentlichen Sektors forderten einige Betroffene, darunter auch Regierungen von Mitgliedstaaten, eine Ausweitung des Begriffs „inhouse“, der ihrer Ansicht nach vom Gerichtshof zu eng ausgelegt wird. Es scheint jedoch derzeit keine überzeugenden Belege dafür zu geben, dass sich bei öffentlichen Dienstleistungen dadurch eine bessere Qualität oder niedrigere Preise erzielen ließen, dass Privatunternehmen – im Rahmen von institutionalisierten ÖPP – ohne ein vorheriges wettbewerbliches Vergabeverfahren gemeinwirtschaftliche Aufgaben übertragen werden. Darüber hinaus ist schwer vorstellbar, wie eine Behandlung, bei der institutionalisierte ÖPP gegenüber ihren privatwirtschaftlichen Wettbewerbern bevorzugt würden, mit der Verpflichtung zur Gleichbehandlung vereinbar sein soll, die sich aus dem EG-Vertrag ergibt.

Aus den Beiträgen zum Grünbuch, den im Rahmen dieser Konsultation geführten Diskussionen mit Betroffenen und den Erfahrungen mit Verfahren nach Artikel 226 EG-Vertrag geht hervor, dass auch geklärt werden muss, inwieweit das Gemeinschaftsrecht auf die Übertragung von Aufgaben an öffentliche Einrichtungen anzuwenden ist und für welche Form der Zusammenarbeit die Binnenmarktvorschriften nicht gelten. Erst kürzlich hat der Gerichtshof¹⁷ dargelegt, dass bei Beziehungen zwischen Behörden, ihnen unterstehenden Stellen und ganz allgemein nichtgewerblichen Einrichtungen des öffentlichen Rechts die Anwendung der Vergabevorschriften nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Eine Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich der institutionalisierten ÖPP könnte selbstverständlich weitere Erläuterungen zu dieser Frage umfassen.

5. WEITERES VORGEHEN

Die in der vorliegenden Mitteilung erörterten Maßnahmen, d. h. eine etwaige Rechtsvorschrift im Bereich der Konzessionen und eine Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich der institutionalisierten ÖPP, müssen eingehender geprüft werden. Diese Arbeiten werden auch eine gezielte Konsultation der Betroffenen beinhalten.

Das Auslegungspapier zum Thema institutionalisierte ÖPP soll im Laufe des Jahres 2006 erarbeitet werden.

¹⁶ Rechtssache C-26/03 [2005], Randnr. 52, noch nicht in der Slg. veröffentlicht.

¹⁷ Urteil vom 13. Januar 2005 in der Rechtssache C-84/03, *Kommission gegen Spanien*, [2005] noch nicht in der Slg. veröffentlicht.

Darüber hinaus werden die Kommissionsdienststellen 2006 eine eingehende Folgenabschätzung für eine Rechtsvorschrift über Konzessionen vornehmen. Ob es letztendlich zu dieser Rechtsvorschrift kommt oder nicht und wenn ja, wie sie genau aussieht, hängt vom Ergebnis dieser Folgenabschätzung ab.