

Stellungnahme

Ansprechpartner
Vera Szymansky
Dr. Corinna Meyer
Dr. Jörg Rehberg

Reinhardtstraße 14
10117 Berlin
Telefon: +49 (0)30 28041-0
Telefax: +49 (0)30 28041-520
E - Mail: szymansky@bgw.de
meyer@bgw.de
rehberg@bgw.de

13.09.2006

zum
Entwurf eines Berichts
des Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherschutz
des Europäischen Parlamentes

über das Grünbuch der Kommission zu öffentlich-privaten Partner-
schaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffent-
liche Aufträge und Konzessionen, so genanntes

„Grünbuch PPP“

Verfasserin des Berichtes für den Ausschuss: **Barbara Weiler**

Vorläufig 2006/2043(INI) – PE 376.736v01 – 18.08.2006

Grundsätzliches

Die im Bundesverband der deutschen Gas- und Wasserwirtschaft (BGW) organisierten Wasserver- und Abwasserentsorgungsunternehmen begrüßen die Vorlage des Entwurfs eines Berichts des Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherschutz (Verfasserin: Barbara Weiler) vom 18.08.2006 über das Grünbuch der Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen.

Der Berichtsentwurf stellt aus Sicht des BGW die **Entscheidungshoheit der Staatsorganisation der Kommunen** und ihrer Gestaltungsfreiheit, beispielsweise in Form von kommunalen Verbänden in den Mitgliedsstaaten in Frage. Denn die von der Berichterstatterin vorgeschlagenen Regelungen bedeuten aus Sicht des BGW de-facto eine generelle Ausschreibungspflicht auch bei interkommunaler Zusammenarbeit. Die Kommunen könnten dann nicht mehr frei entscheiden, ob sie Leistungen in einer Form der Eigenleistung oder durch Einschalten eines Dritten erbringen. Dadurch überschreitet die EU ihren Kompetenzbereich, der durch die Entscheidungshoheit der Mitgliedsstaaten bei der Staatsorganisation begrenzt wird.

Viele der im Berichtsentwurf ausdrücklich genannten und immanenten Ausschreibungspflichten könnten dazu führen, dass langfristig **erfolgreiche öffentlich-private Partnerschaften** aufgelöst würden. Dadurch stünden Finanzmittel und Know-how aus privaten Partnerschaften für die öffentlichen Aufgabenträger, so sie diese nutzen wollen, nicht weiter zur Verfügung.

Aus den gleichen Gründen lehnt der BGW eine mögliche Verpflichtung zur Rückabwicklung bestehender Verträge strikt ab, die darüber hinaus zu erheblichen rechtlichen wie auch tatsächlichen Problemen führt. Folge einer Rückabwicklung könnten erhebliche Schadensersatzforderungen gegen die öffentlichen Auftraggeber sein.

Es fragt sich, ob mit den Vorschlägen willentlich oder unwillentlich eine Liberalisierung der Wasserver- und Abwasserentsorgung bezweckt ist, die vom Europäischen Parlament bislang ausdrücklich abgelehnt wurde.

Aus Sicht des BGW ist eine gesetzliche Regelung für Konzessionen nicht erforderlich. Eine Bewertung der Ergebnisse des Konsultationsprozesses der EU-Kommission durch den BGW bestätigt diese Einschätzung. Insbesondere die großen Mitgliedstaaten der EU lehnen eine Ausschreibungspflicht für Konzessionen eindeutig ab. Die Regelungen des europäischen Primärrechts und der Schutz der Grundfreiheiten sowie die Mitteilung der Kommission 2000/C 121/02, vom 29.04.2000 erachtet der BGW als ausreichend. Nach mündlichen Aussagen der Kommission plant diese, eine Richtlinie zu Konzessionen vorzulegen. Hierfür besteht aus Sicht des BGW keine Notwendigkeit.

Ebenso wenig ist nach Auffassung des BGW **eine eigenständig gesetzliche Regelung für öffentlich-private Partnerschaften notwendig**, da das bestehende Vergaberecht hier bereits weit gehende Ausschreibungspflichten vorsieht, die in der Praxis auch beachtet werden. Eine eigenständige Regelung würde darüber hinaus eine weitere Zersplitterung des Vergaberechts bewirken.

Der BGW würde es begrüßen, **wenn die auf EU-Ebene bereits diskutierten Ausnahmeregelungen, insbesondere für Konzessionen der Wasserversorgung** und ggf. auch der Abwasserentsorgung **in den Bericht aufgenommen würden**, weil nur so langfristige Investitionen gesichert werden können und die Entscheidungshoheit der Kommunen erhalten bleibt.

Der BGW fordert, dass neben der Wasserversorgung auch die Abwasserentsorgung in den Anwendungsbereich der Sektorenrichtlinie (2004/17/EG) aufzunehmen ist. Hierdurch wird dem unmittelbaren, natürlichen Zusammenhang zwischen Wasserversorgung und Abwasserentsorgung Rechnung getragen. Der natürliche Kreislauf

des Wassers ist durch die unterschiedliche Behandlung unzureichend berücksichtigt und eine ganzheitliche Betrachtung sowie die Zusammenführung von Wasserversorgungsunternehmen mit Unternehmen der Abwasserentsorgung werden dadurch verhindert. Synergieeffekte bei der Vergabe können in Folge dessen nicht realisiert werden.

BGW verweist zudem auf seine Stellungnahme vom 30. Juli 2004, in der er ausführlich Position zum Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschlägen für öffentliche Aufträge und Konzessionen (KOM(2004)327 endg.) („Grünbuch PPP“) bezogen hat. Am 30. Mai 2006 hat der BGW zur 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 (KOM(2005)569 endg.) Stellung genommen. Diese Positionen insbesondere zu Detailfragen haben weiterhin Bestand.

Zu den Vorschlägen im Einzelnen unter Übernahme der Gliederung des Berichtsentwurfes:

Allgemeine Bemerkungen

Zu Vorschlag 2, 4, 12, 24

Der BGW begrüßt die ablehnende Haltung der Berichterstatterin in Bezug auf die Schaffung eines eigenen rechtlichen Regimes für ÖPP, hält aber auch eine gesetzliche Regelung für den Bereich der **Konzessionen** nicht für erforderlich.

Der BGW weist darauf hin, dass die Neugründung und der Verkauf von Anteilen an einer kommunalen Gesellschaft kein Beschaffungsvorgang im Sinne des Vergaberechts ist, sondern in den Bereich staatlicher Organisationshoheit fällt, für den der EU

die Regelungskompetenz fehlt. Soweit dagegen mit Neugründung oder Anteilsverkauf auch ein öffentlicher Auftrag verbunden ist, so ist bereits nach bestehendem Vergaberecht, wie dies auch von der Rechtsprechung mehrfach entschieden ist, dieser Vorgang als so genannter „inkorporierter Beschaffungsvorgang“ ausschreibungspflichtig. So ist beispielsweise der Verkauf von Anteilen an Stadtwerken, die kurz nach dem Verkauf mit der Durchführung der Wasserver- oder der Abwasserentsorgung beauftragt werden, bereits nach geltendem Vergaberecht grundsätzlich ausschreibungspflichtig.

Für den Bereich der **In-house Vergabe** als wesentlicher Bestandteil der kommunalen Entscheidungshoheit kommt eine Regelung im Rahmen des bestehenden europäischen Vergaberechts in Betracht. Es dürfen aber gerade nicht die strengen Maßstäbe des EuGH für diesen Bereich angesetzt werden. Entgegen der Begründung zum Berichtsentwurf auf S. 12 sind die EuGH Entscheidungen in Sachen „Teckal“ und „Stadt Halle“ für den BGW nicht „wegweisend“. Der BGW weist auf den Trend zur „Rekommunalisierung“ in diesem Bereich hin. Privatwirtschaftliches Know-how und Finanzmittel stünden der öffentlichen Hand bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dann nicht mehr zur Verfügung. Vor allem sieht der BGW in der genannten Rechtsprechung eine Beschränkung der Entscheidungshoheit der Kommunen, die nicht durch gesetzliche Regelungen auf EU-Ebene weiter eingeschränkt werden darf, vielmehr sind die Handlungsspielräume für die Kommunen zu erweitern.

Zu Vorschlag 3

Der BGW hält einen umfassenden Bestandsschutz bestehender Verträge für zwingend erforderlich. Darüber hinaus müssen bestehende Verträge auch verlängert werden können und die Ausübung weiterer Optionen möglich sein.

Zu Vorschlag Nr. 5, 6 und Nr. 7

Bindende Rechenschaftspflichten gegenüber Bürgern und Vertrags- sowie Akteneinsichtsrecht für gewählte Mandatsträger sollten soweit möglich durch Verweis auf die bestehenden Informationsrechte gewährleistet werden. Umfassende Informations-

pflichten bestehen beispielsweise durch die Informationsrichtlinien der EU, deren Umsetzung in Deutschland bereits erfolgt ist. Es ist zu beachten, dass Informationsrechte vor allem während eines Vergabeverfahrens mit dem Vertrauensschutz der Bieter im Einklang stehen müssen und auch eine Kollision verschiedener Interessen verhindert werden muss, wenn Mandatsträger zugleich bei Bietern selbst oder über nahe stehende Personen engagiert sind. Im Übrigen sind Vertrags- bzw. Akteneinsichtsrechte auch an den handels- und gesellschaftsrechtlichen Regelungen des jeweiligen Mitgliedslandes auszurichten. Es ist zu hinterfragen, ob diese Regelungen supranational verändert werden sollten.

Zur Vermeidung von Korruption sollten Mittel – wie das bereits bestehende Korruptionsregister – stärker genutzt werden.

Zu Vorschlag Nr. 9

Der BGW begrüßt die Initiative zum Schutz der kommunalen Arbeitnehmer, gibt aber zu bedenken, dass auch insofern die Entscheidungshoheit der Kommune zu beachten ist.

Zu Vorschlag Nr. 10

Der BGW begrüßt die Forderung nach einer Vernetzung nationaler und regionaler ÖPP-Kompetenzzentren. Auch hier gibt es bereits nationale Ansätze, die ausbaufähig sind.

Zu Vorschlag Nr. 11

Der BGW weist darauf hin, dass Regelungen zur Auftragsvergabe unterhalb der Schwellenwerte nicht in den Kompetenzbereich der EU fallen. Weder eine Mitteilung der Kommission noch andere gesetzgeberische Vorschläge sind hier geboten. Wie der deutsche Wirtschaftsminister Herr Glos (siehe Pressemitteilung des Bundeswirtschaftsministers am 24.7.2006) sieht der BGW bereits in der Mitteilung der Kommission zur Vergabe unterhalb der Schwellenwerte eine Kompetenzüberschreitung der EU.

ÖPP als öffentliche Aufträge

Zu Vorschlag Nr. 13

Der BGW begrüßt diesen Vorschlag der Berichterstatterin als einen richtigen Schritt zur Vereinfachung des Vergaberechts und zur Unterstützung der Entscheidungshoheit der Kommunen. Klarzustellen ist, dass Auftraggeber im Sektorenbereich die vollständige Wahlfreiheit auch in Bezug auf das Verhandlungsverfahren behalten müssen.

Zu Vorschlag Nr. 14 und Nr. 15

Der BGW sieht in Vorschlag Nr. 14 keine Veränderung zum geltenden Recht, soweit die Aussage auf öffentliche Aufträge beschränkt wird. Der BGW weist aber insbesondere darauf hin, dass für Sektorenauftraggeber die Anwendung des Verhandlungsverfahrens aufrechterhalten werden muss. Da für Sektorenauftraggeber durch Einführung des wettbewerblichen Dialogs keine Verbesserung des Vergaberechts entsteht, sondern vielmehr nur ein relativ komplexes Verfahren hinzutritt, kann auf seine Anwendung für Sektorenauftraggeber verzichtet werden.

ÖPP als Konzessionen

Vorbemerkung des BGW zu den Vorschlägen Nr. 16 ff.

Der BGW begrüßt zunächst, dass zwischen ÖPP als öffentliche Aufträge und ÖPP als Konzessionen differenziert wird. Diese Einteilung zeigt, dass eine unterschiedliche Behandlung geboten ist. Gemeinschaftliche Rechtsvorschriften für die Vergabe von Konzessionen sind im Vergleich zu den Vergaberichtlinien, die den Beschaffungsvorgang durch den öffentlichen Auftraggeber reglementieren, sachlich nicht gerechtfertigt. Grund hierfür ist der materielle Unterschied zwischen einem entgeltlichen öffentlichen Auftrag zwecks Beschaffung/Einkauf und der Erteilung einer Konzession an den Konzessionsnehmer durch den Konzessionsgeber. Während bei der

Vergabe eines öffentlichen Auftrags das wirtschaftliche Risiko bei dem öffentlichen Auftraggeber liegt, trägt im Rahmen der Konzession demgegenüber der Konzessionär im Wesentlichen das wirtschaftliche Risiko und tritt in unmittelbare Rechtsbeziehung zu dem Kunden/Bürger. Diese maßgeblichen Faktoren bedingen eine unterschiedliche Behandlung. Bei einer Gleichbehandlung von Konzessionen und öffentlicher Aufträge würde außerdem die Entscheidungshoheit der Kommunen grundsätzlich in Frage gestellt werden, deren Schutz aber im Entwurf des Vertrags über eine Verfassung für Europa, vgl. Art. 5 Abs. 1 Satz 1, besonders betont wird.

Zu Vorschlag Nr. 16

Wie bereits in der Vorbemerkung zu den Vorschlägen Nr. 16 ff. ausgeführt, lehnt der BGW eine Gesetzgebungsinitiative der Kommission zur Einführung einer Ausschreibungspflicht für Konzessionen ab.

Zu Vorschlag Nr. 17

Der BGW weist darauf hin, dass mit der Mitteilung der Kommission 2000/C 121/02 vom 29.04.2000 Konzessionen umfassend definiert sind und diese Mitteilung daher zur Abgrenzung ausreichend ist.

Zu Vorschlag Nr. 18

Der BGW ist der Auffassung, dass eine starre Fristenregelung dem Charakter von Konzessionen widerspricht und einer Investitionsbereitschaft entgegensteht. Da Konzessionen dem Vergaberecht nicht unterfallen, dürfen für sie nicht strengere Regelungen gelten als für Verträge, die im Wege der Ausschreibung abgeschlossen wurden.

Zu Vorschlag Nr. 19 und Nr. 20

Der BGW lehnt es insgesamt ab, dass Konzessionen dem Vergaberecht unterfallen. Daher bedarf es für Konzessionen keiner Regelung zur Anwendung des wettbewerblichen Dialogs.

IÖPP und Inhouse

Zu Vorschlag Nr. 21 bis 24

Die angesprochene Rechtsunsicherheit im Bereich der so genannten IÖPP ist aus Sicht des BGW nicht gegeben. Soweit es um eine Neugründung und den Anteilsverkauf an öffentlichen Unternehmen geht, liegt kein Beschaffungsvorgang im Sinne des Vergaberechts vor. Dagegen gebietet das geltende Vergaberecht bei unmittelbarem zeitlichem und inhaltlichem Zusammenhang mit der Vergabe eines öffentlichen Auftrags die Durchführung eines Vergabeverfahrens. In der nationalen Vergabepaxis wird dies so auch vollzogen.

Soweit mit Neugründung oder Anteilsverkauf auch ein öffentlicher Auftrag verbunden ist, so ist bereits nach bestehendem Vergaberecht, wie dies auch von der Rechtsprechung mehrfach entschieden ist, dieser Vorgang als so genannter „inkorporierter Beschaffungsvorgang“ ausschreibungspflichtig. So ist beispielsweise der Verkauf von Anteilen an Stadtwerken, die kurz nach dem Verkauf mit der Durchführung der Wasserver- oder der Abwasserentsorgung beauftragt werden, nach geltendem Vergaberecht grundsätzlich ausschreibungspflichtig.

Eine Gleichbehandlung von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen lehnt der BGW ab.

Zu Vorschlag Nr. 25

Der BGW weist darauf hin, dass bei einer Definition des In-house Geschäftes darauf zu achten ist, dass die Entscheidungshoheit der Kommunen nicht eingeschränkt wird. Die stark limitierende Rechtsprechung des EuGH als Maßstab heranzuziehen, würde den Gestaltungsspielraum für die Kommunen extrem verringern. Die Entscheidungen des EuGH in Sachen „Teckal“ und „Stadt Halle“ sind entgegen der Begründung zum Berichtsentwurf (s. S. 12) nicht „wegweisend“. Es muss eine Regelung geschaffen werden, die eine In-house Vergabe auch bei Minderheitsbeteiligung eines privaten Partners an einem öffentlichen Unternehmen sicherstellt. Andernfalls fungiert die Kommission als Exekutive zusammen mit dem EuGH als Gesetzge-

bungsorgan ohne Beteiligung des gewählten Europäischen Parlaments. Eine solche Regelung sollte in den geltenden Vergaberichtlinien ergänzt werden.

Interkommunale Zusammenarbeit

Zu Vorschlag Nr. 27 ff.

Der BGW begrüßt die Auffassung, dass Formen der Kooperation auf kommunaler Ebene Bestand haben sollen, um die Entscheidungshoheit der Kommunen zu erhalten und Synergieeffekte zu erzielen.

Zu Vorschlag Nr. 28

Der BGW sieht ebenfalls Bedarf zur Klärung der Rechtsunsicherheiten im Bereich der interkommunalen Zusammenarbeit. Nach Meinung des BGW kann und muss eine solche Klärung aber im Rahmen des bestehenden Vergaberechtsregimes geschehen. Ein weiteres Rechtsregime würde das ohnehin unübersichtliche Vergaberecht weiter verkomplizieren.

Zu Vorschlag Nr. 29

Der BGW begrüßt die in diesem Vorschlag beinhaltete Auffassung, dass die interkommunale Zusammenarbeit grundsätzlich nicht dem Vergaberecht unterliegt. Denn dabei handelt es sich um einen Akt der Verwaltungsorganisationshoheit, der dem Vergaberecht von vorneherein entzogen ist. Die nachfolgende Erbringung von Leistung ist dagegen eine Eigenerfüllung des neuen öffentlichen Aufgabenträgers. Dies gilt auch für die Verbändeorganisation der Zweckverbände wie auch der sondergesetzlichen Verbände, die ebenfalls als staatlicher Organisationsakt zu bewerten ist. Da der EU zur Beeinflussung der Verwaltungs- bzw. Staatsorganisation keine Regelungskompetenz zusteht, verbietet sich eine Regelung auf diesem Gebiet. Zur Klärung dieses Sachverhaltes bietet sich das bestehende Vergaberecht an.

Zu Vorschlag Nr. 30

Der BGW unterstützt die Ablehnung des Vergaberechts in den Fällen, in den Kommunen innerhalb ihres räumlichen Wirkungskreises Aufgaben gemeinsam mit anderen Kommunen erfüllen wollen. Die Einschränkung, dass dabei die betreffende Leistung sonstigen Dritten nicht angeboten werden darf, hält der BGW zumindest für missverständlich und lehnt sie deshalb ab. Soweit mit Dritten beispielsweise weitere Kommunen gemeint sind, kann diese Einschränkung jedenfalls nicht gelten.

Zu Vorschlag 32

Hierzu merkt der BGW an, dass das „Anbieten von Leistungen wie Private“ als unklarer Begriff zu weiterer Rechtsunsicherheit führen kann und darüber hinaus der völlige Ausschluss eines Drittgeschäftes nicht mit der Unternehmensrealität vereinbar ist sowie einer effizienten Erledigung öffentlicher Aufgaben entgegen steht.