



Sachstand

Auftragsvergaben an bundeseigene Unternehmen

Auftragsvergaben an bundeseigene Unternehmen

Aktenzeichen: WD 7 - 3000 - 136/16
Abschluss der Arbeit: 30. August 2016
Fachbereich: WD 7: Zivil- Straf- und Verfahrensrecht, Umweltschutzrecht, Verkehr, Bau und Stadtentwicklung

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	4
2.	Vergabeverfahren öffentlicher Auftraggeber	4
3.	Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit	6
4.	Fazit	9

1. Einleitung

Der Presse¹ und den Mitteilungen des Deutschen Bundestages ist zu entnehmen, dass von einer erneuten Ausschreibung des Fahrdienstes des Bundestages in Zukunft abgesehen werden soll und das bundeseigene Unternehmen BwFuhrparkService GmbH als Vertragspartner gewonnen werden soll.

Grundsätzlich sind öffentliche Auftraggeber verpflichtet, Aufträge in einem förmlichen Vergabeverfahren auszuschreiben. Es stellt sich deshalb die grundlegende Frage, ob die Bundestagsverwaltung verpflichtet ist, ihren Fahrdienst in einem Vergabeverfahren auszuschreiben.

Hierzu werden zunächst die Grundsätze eines Vergabeverfahrens und die Ausnahmen hiervon für *öffentliche Auftraggeber* vorgestellt (Ziffer 2.). Anschließend werden dann die besonderen Voraussetzungen summarisch erläutert, nach denen ausnahmsweise von einem Vergabeverfahren bei einer sogenannten *öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit* abgesehen werden kann (Ziffer 3.). Bereits an dieser Stelle ist darauf zu verweisen, dass die Wissenschaftlichen Dienste nach ihren Verfahrensgrundsätzen keine Rechtsprüfung im Einzelfall vornehmen. Die nachfolgenden Ausführungen geben vielmehr die allgemeine Rechtslage bei einer Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber wieder.

2. Vergabeverfahren öffentlicher Auftraggeber

Die Vergabe öffentlicher Aufträge ist im 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)² geregelt. Es handelt sich im Einzelnen um die §§ 97 bis 184 GWB. Grundsätze, Definitionen und der Anwendungsbereich sind in den §§ 97 ff. GWB dargestellt.

Grundsätzlich sind *öffentliche Aufträge* im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren zu vergeben. Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und in der Regel privaten Unternehmen, die die Beschaffung von Leistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben (vgl. § 103 Abs. 1 GWB).

Der vergaberechtliche Begriff des öffentlichen Auftraggebers ist in § 99 GWB legaldefiniert. Die Vorschrift hat folgenden Wortlaut:

„Öffentliche Auftraggeber sind

1. Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen,

1 Vgl. hierzu die Zusammenstellung „Bundestag/Fahrdienst“ der Pressedokumentation (**Anlage**).

2 In der Fassung der Bekanntmachung vom 26.06.2013 (BGBl. I S. 1750, ber. S. 3245), zuletzt geändert durch Art. 2 des Strommarktgesetzes vom 26.07.2016 (BGBl. I S. 1786).

2. andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, sofern

a) sie überwiegend von Stellen nach Nummer 1 oder 3 einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise finanziert werden,

b) ihre Leitung der Aufsicht durch Stellen nach Nummer 1 oder 3 unterliegt oder

c) mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe durch Stellen nach Nummer 1 oder 3 bestimmt worden sind;

dasselbe gilt, wenn diese juristische Person einer anderen juristischen Person des öffentlichen oder privaten Rechts einzeln oder gemeinsam mit anderen die überwiegende Finanzierung gewährt, über deren Leitung die Aufsicht ausübt oder die Mehrheit der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organs bestimmt hat,

3. Verbände, deren Mitglieder unter Nummer 1 oder 2 fallen,

4. natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts sowie juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit sie nicht unter Nummer 2 fallen, in den Fällen, in denen sie für Tiefbaumaßnahmen, für die Errichtung von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäuden oder für damit in Verbindung stehende Dienstleistungen und Wettbewerbe von Stellen, die unter die Nummern 1, 2 oder 3 fallen, Mittel erhalten, mit denen diese Vorhaben zu mehr als 50 Prozent subventioniert werden.“

Die Bundesrepublik Deutschland ist eine Gebietskörperschaft im Sinne des § 99 Nr. 1 GWB, für die die Bundestagsverwaltung handelt.

Der § 107 GWB enthält „Allgemeine Ausnahmen“ für die Anwendbarkeit des 4. Teils des GWB, beispielsweise für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen zu Schieds- und Schlichtungsdienstleistungen oder für den Erwerb, die Miete oder die Pacht von Grundstücken. Die Vorschriften des GWB finden ausnahmsweise auch keine Anwendung bei einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit (vgl. § 108 GWB).

Darüber hinaus ist die Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber nochmals besonders in den §§ 115 bis 118 GWB angesprochen. Hier werden „Besondere Ausnahmen“³ geregelt, insbesondere für Vergaben, die die Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekte umfassen (vgl. § 117 GWB).

3 Vgl. im Einzelnen § 116 Abs. 1 Nr. 1 – 6 GWB.

3. Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit

Durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz (VergRModG)⁴ wurde erstmals mit § 108 GWB die Möglichkeit eröffnet, eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit vergaberechtlich zu regeln.

Der Unionsgesetzgeber hat mit dem Paket zur Modernisierung des europäischen Vergaberechts ein vollständig überarbeitetes Regelwerk für die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen vorgelegt. Das Modernisierungspaket umfasst die Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe (Richtlinie 2014/24/EU), die Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen in den Bereichen der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Richtlinie 2014/25/EU) und die Richtlinie über die Vergabe von Konzessionen (Richtlinie 2014/23/EU). Diese Richtlinien waren bis zum 18. April 2016 in deutsches Recht umzusetzen.

Damit wurde nunmehr gesetzlich klargestellt, unter welchen Voraussetzungen zwischen öffentlichen Auftraggebern geschlossene Verträge von der Anwendung des 4. Teils des GWB ausgenommen sind.

Die Vorschrift, die am 18. April 2016 in Kraft getreten ist, hat folgenden Wortlaut:

„(1) Dieser Teil ist nicht anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, die von einem öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 99 Nummer 1 bis 3 an eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts vergeben werden, wenn

1. der öffentliche Auftraggeber über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt,
2. mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber oder von einer anderen juristischen Person, die von diesem kontrolliert wird, betraut wurde, und
3. an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die durch gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.

(2) Die Ausübung einer Kontrolle im Sinne von Absatz 1 Nummer 1 wird vermutet, wenn der öffentliche Auftraggeber einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausübt. Die Kontrolle kann auch durch eine andere juristische Person ausgeübt werden, die von dem öffentlichen Auftraggeber auf gleiche Weise kontrolliert wird.

⁴ Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz - VergRModG) vom 17.02.2016 (BGBl. I S. 203).

(3) Absatz 1 gilt auch für die Vergabe öffentlicher Aufträge, die von einer kontrollierten juristischen Person, die zugleich öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nummer 1 bis 3 ist, an den kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber oder an eine von diesem öffentlichen Auftraggeber kontrollierte andere juristische Person vergeben werden. Voraussetzung ist, dass keine direkte private Kapitalbeteiligung an der juristischen Person besteht, die den öffentlichen Auftrag erhalten soll. Absatz 1 Nummer 3 zweiter Halbsatz gilt entsprechend.

(4) Dieser Teil ist nicht anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, bei denen der öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 Nummer 1 bis 3 über eine juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts zwar keine Kontrolle im Sinne des Absatzes 1 Nummer 1 ausübt, aber

1. der öffentliche Auftraggeber gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle ausübt wie jeder der öffentlichen Auftraggeber über seine eigenen Dienststellen,
2. mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von den öffentlichen Auftraggebern oder von einer anderen juristischen Person, die von diesen Auftraggebern kontrolliert wird, betraut wurde, und
3. an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht; Absatz 1 Nummer 3 zweiter Halbsatz gilt entsprechend.

(5) Eine gemeinsame Kontrolle im Sinne von Absatz 4 Nummer 1 besteht, wenn

1. sich die beschlussfassenden Organe der juristischen Person aus Vertretern sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber zusammensetzen; ein einzelner Vertreter kann mehrere oder alle teilnehmenden öffentlichen Auftraggeber vertreten,
2. die öffentlichen Auftraggeber gemeinsam einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausüben können und
3. die juristische Person keine Interessen verfolgt, die den Interessen der öffentlichen Auftraggeber zuwiderlaufen.

(6) Dieser Teil ist ferner nicht anzuwenden auf Verträge, die zwischen zwei oder mehreren öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 99 Nummer 1 bis 3 geschlossen werden, wenn

1. der Vertrag eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern begründet oder erfüllt, um sicherzustellen, dass die von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden,
2. die Durchführung der Zusammenarbeit nach Nummer 1 ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt wird und

3. die öffentlichen Auftraggeber auf dem Markt weniger als 20 Prozent der Tätigkeiten erbringen, die durch die Zusammenarbeit nach Nummer 1 erfasst sind.

(7) Zur Bestimmung des prozentualen Anteils nach Absatz 1 Nummer 2, Absatz 4 Nummer 2 und Absatz 6 Nummer 3 wird der durchschnittliche Gesamtumsatz der letzten drei Jahre vor Vergabe des öffentlichen Auftrags oder ein anderer geeigneter tätigkeitsgestützter Wert herangezogen. Ein geeigneter tätigkeitsgestützter Wert sind zum Beispiel die Kosten, die der juristischen Person oder dem öffentlichen Auftraggeber in dieser Zeit in Bezug auf Liefer-, Bau- und Dienstleistungen entstanden sind. Liegen für die letzten drei Jahre keine Angaben über den Umsatz oder einen geeigneten alternativen tätigkeitsgestützten Wert wie zum Beispiel Kosten vor oder sind sie nicht aussagekräftig, genügt es, wenn der tätigkeitsgestützte Wert insbesondere durch Prognosen über die Geschäftsentwicklung glaubhaft gemacht wird.

(8) Die Absätze 1 bis 7 gelten entsprechend für Sektorenauftraggeber im Sinne des § 100 Absatz 1 Nummer 1 hinsichtlich der Vergabe von öffentlichen Aufträgen sowie für Konzessionsgeber im Sinne des § 101 Absatz 1 Nummer 1 und 2 hinsichtlich der Vergabe von Konzessionen.“

Diese Vorschrift setzt die Rechtsprechung des EuGH⁵ weitgehend in nationales Recht um und unterscheidet entsprechend der Vorgaben der EU-Richtlinien grundsätzlich zwischen der Zusammenarbeit auf vertikaler und horizontaler Ebene. Nach der amtlichen Begründung zu § 108 GWB erfassen dessen Absätze 1 bis 5 die vertikale Ebene mit den verschiedenen Inhouse-Konstellationen. § 108 Absatz 1 dient der Umsetzung von Art. 12 Absatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU und betrifft die klassischen Inhouse-Konstellationen, in denen ein öffentlicher Auftraggeber eine von ihm kontrollierte juristische Person des privaten Rechts beauftragt. Die Voraussetzungen hierfür finden sich in den Nummern 1 bis 3 des § 108 Abs. 1 GWB.

Die horizontale Zusammenarbeit von öffentlichen Auftraggebern ist in § 108 Abs. 6 GWB geregelt.⁶ Die Vorschrift dient der Umsetzung des Art. 12 Absatz 4 der Richtlinie 2014/24/EU.⁷ Anders als in § 108 Abs. 1 bis 5 GWB fehlt es in diesen Fällen an einem Über-/Unterordnungsverhältnis und der damit verbundenen Kontrolle des Auftraggebers über den Auftragnehmer. Stattdessen soll § 108 Abs. 6 GWB öffentlichen Auftraggebern die Möglichkeit einräumen, ohne Anwendung des Vergaberechts öffentliche Dienstleistungen unter bestimmten Voraussetzungen gemeinsam im Wege der Zusammenarbeit zu erbringen.⁸

5 Vgl. EuGH, Urteil vom 18.11.1999, C-107/98, „Teckal“, Rn. 50; EuGH, Urteil vom 13.10.2005, C-458/03, „Parking Brixen“, Rn. 65; EuGH, Urteil vom 11.5.2006, C-340/04, „Carbotermo“, Rn. 36; EuGH, Urteil vom 11.1.2005, C- 26/03, „Stadt Halle“, Rn. 49.

6 Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 18/6281, S. 80.

7 Vgl. hierzu im Einzelnen EuGH, Urteil vom 13.6.2013, Rs. C-386/11, „Piepenbrock“; EuGH, Urteil vom 19.12.2012, Rs. C-159/11, „Lecce“ und EuGH, Urteil vom 9.6.2009, Rs. C-480/06, „Kommission/Deutschland“

8 BT-Drucks. 18/6281, S. 81.

4. Fazit

Zusammenfassend lässt sich festzustellen, dass es sich bei der Anwendung des 4. Abschnitts des GWB, einschließlich seiner Ausnahmeregelungen, um einen *öffentlichen Auftraggeber* handeln muss. Als solche kommen in erster Linie die Gebietskörperschaften Bundesrepublik Deutschland (Bund), die Länder und die Gemeinden in Betracht. Die Bundesrepublik Deutschland ist eine Gebietskörperschaft im Sinne des § 99 Nr. 1 GWB, für die die Bundestagsverwaltung handelt. Die Prüfung der weiteren Voraussetzungen einer Ausschreibung, beispielsweise des Fahrdienstes, anlässlich einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit nach § 108 GWB, erfordert im Einzelnen tatsächliche Feststellungen im konkreten Einzelfall.

Ende der Bearbeitung