

Konzessionsvergaberichtlinie der EU

Beschluss des Hauptausschusses auf seiner 206. Sitzung am 6. Februar 2013 in Bremerhaven

1. Der Hauptausschuss des Deutschen Städtetages fordert, dass zumindest die kommunale Wasserwirtschaft aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie herausgenommen wird, wofür sich auch mehrheitlich deutsche EU-Abgeordnete parteiübergreifend einsetzen. Der Hauptausschuss des Deutschen Städtetages fordert das EU-Parlament auf, die Richtlinie zur Vergabe von Konzessionen abzulehnen, wenn die Ausnahme der kommunalen Wasserwirtschaft aus der Richtlinie keine Mehrheit findet.
2. Der Hauptausschuss fordert die Bundesregierung auf, sich gegenüber der EU-Kommission und dem EU-Parlament für eine Herausnahme der kommunalen Wasserwirtschaft aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie einzusetzen.
3. Der Hauptausschuss fordert darüber hinaus EU-Kommission, EU-Parlament und die Bundesregierung auf, in den Trilogverfahren zwischen EU-Kommission, EU-Parlament und EU-Ministerrat die vorgesehenen Regelungen zur interkommunalen Zusammenarbeit und zur In-house-Vergabe, die über die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hinausgehende und einschränkende Kriterien beinhalten, sowohl in der allgemeinen Vergaberichtlinie als auch in der Konzessionsvergaberichtlinie zu streichen.

Erläuterungen:

1. Verfahrensstand

Die EU-Kommission hat am 20. Dezember 2011 Vorschläge zur Vergaberechtsreform und Konzessionsvergabe vorgelegt. Im Einzelnen handelte es sich jeweils um eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates

- über die öffentliche Auftragsvergabe, KOM(2011) 896/2
- über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, KOM(2011) 895 endgültig und
- über die Konzessionsvergabe, KOM(2011) 897 endgültig.

Das Präsidium des Deutschen Städtetages hatte sich in der Sitzung am 7./8. März 2012 eingehend mit den Richtlinienentwürfen befasst. Im Hinblick auf die allgemeine Vergaberichtlinie hatte sich das Präsidium u. a. gegen das Vorhaben der EU-Kommission gewandt, Möglichkeiten der Kommunen bei der Beschaffung von Liquidität und der Refinanzierung kommunaler Investitionen einschränken zu wollen. Weiterhin forderte das Präsidium, die bisherige Abgrenzung der sozialen Dienstleistungen beizubehalten und für Rettungsdienste nur die nachträgliche Bekanntmachung der Vergabe vorzusehen. Auch sprach sich das Präsidium für den Erhalt kommunaler Handlungsfreiheit bei interkommunaler Zusammenarbeit und der Inhouse-Vergabe aus.

Das Präsidium hatte sich anlässlich dieser Sitzung nachdrücklich für eine Ablehnung einer eigenständigen Richtlinie zur Vergabe von Konzessionen ausgesprochen. Es sieht keine Notwendigkeit für eine Gesetzgebung auf europäischer Ebene, da der Europäische Gerichtshof für alle öffentlichen Auftraggeber die wesentlichen Grundsätze für die Vergabe von Konzessionen definiert hat.

Mit dieser Position befand bzw. befindet sich der Deutsche Städtetag im Einklang mit der ablehnenden Haltung des Bundesrates gegen eine derartige Initiative. Der Bundesrat hatte sich in seiner Sitzung am 02.03.2012 ebenfalls erneut gegen einen Legislativakt ausgesprochen und die Subsidiaritätsrüge erhoben. Er ist der Auffassung, dass die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen ausreichend auf nationaler Ebene geregelt werden könne und es dazu keiner Regelung auf europäischer Ebene bedürfe. Obwohl sich der Bundesrat gegen den Erlass einer eigenständigen Konzessionsrichtlinie ausgesprochen hatte, war die Bundesregierung allerdings bisher nicht bereit, sich gegenüber der EU-Kommission sowie dem EU-Parlament gegen den Erlass dieser Richtlinie einzusetzen.

Auf der Grundlage des Beschlusses des Präsidiums hat die Hauptgeschäftsstelle alleine und gemeinsam mit den anderen kommunalen Spitzenverbänden und dem Verband kommunaler Unternehmen (VKU) im Jahr 2012 zahlreiche Gespräche geführt, u. a. mit EU-Kommissar Barnier und weiteren Vertretern/innen der EU-Kommission, Bundes- und Landesregierungen sowie Parlamentariern auf der europäischen und nationalen Ebene. Insbesondere wurden dabei die Gefahren für die Ausgestaltung der Daseinsvorsorge, insbesondere der kommunalen Wasserwirtschaft, durch eine eigenständige Richtlinie zur Konzessionsvergabe dargelegt.

Der Binnenmarktausschuss des Europäischen Parlaments (IMCO) hat am 18.12.2012 über die allgemeine Vergaberichtlinie beraten und mehrere Beschlüsse gefasst, die den kommunalen Forderungen entsprachen, wie z.B. die Beibehaltung der Ausnahme der kommunalen Kapitalbeschaffung vom Anwendungsbereich der Richtlinie. Allerdings sind einige weitere Forderungen zur Verbesserung der Vergabe bei interkommunaler Zusammenarbeit und der Inhouse-Vergabe nicht oder nur teilweise aufgegriffen worden.

Der Binnenmarktausschuss des Europäischen Parlaments (IMCO) hat dann am 24.01.2013 den Entwurf einer Richtlinie zur Vergabe von Konzessionen mehrheitlich, allerdings u. a. gegen Stimmen deutscher EU-Parlamentarier aus allen Parteien, zugestimmt.

2. Sachstand nach den Beschlussfassungen im Binnenmarktausschuss

Während die zahlreichen Gespräche und schriftlichen Stellungnahmen gegenüber EU-Parlamentariern und der EU-Kommission bei der allgemeinen Vergaberichtlinie Erfolge gebracht hatte, konnten nur geringe Verbesserungen gegenüber der ursprünglichen Fassung der Richtlinie zur Vergabe von Konzessionen erreicht werden. Insbesondere für die für die Kommunen zentrale Frage der Ausgestaltung der kommunalen Wasserwirtschaft sowie den Regelungen zur interkommunalen Zusammenarbeit und Inhouse-Vergabe haben sich die Verfechter der Konzessionsvergaberichtlinie mehrheitlich durchgesetzt. Bedauerlich ist zudem, dass – anders als vom Deutschen Städtetag, den

anderen kommunalen Spitzenverbänden und dem VKU gefordert – keine vollständige Harmonisierung gleichlautender Sachverhalte in den Entwürfen der allgemeinen Vergaberichtlinie sowie der Konzessionsrichtlinie erfolgt ist.

Hervorzuheben ist, dass der Schwellenwert für die Ausschreibungspflicht von Konzessionen auf 8 Millionen Euro – geplant waren zunächst 5 Millionen Euro – festgesetzt werden soll. Der Deutsche Städtetag hatte einen Schwellenwert von mindestens 10 Millionen Euro gefordert. Ebenso wurde der Forderung des Deutschen Städtetages entsprochen, die Rettungsdienstleistungen, soweit sie keine Transportleistungen umfassen, aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie auszunehmen. Insofern gelten für diese Leistungen wie bisher die Regelungen des EU-Primärrechts. Dieses entspricht ebenfalls der nunmehr vorgesehenen Regelung in der allgemeinen Vergaberichtlinie. Darüber hinaus erfolgte eine deutliche Verschlankung des Regelumfangs sowie der Regelungstiefe, wobei dies nicht zwingend zu einer Vereinfachung der Anwendung der Regelungen führen wird.

2.1 Wasserversorgung

Bedauerlicherweise keinen Erfolg zeigten bisher die Bemühungen des Deutschen Städtetages in Bezug auf den Wasserbereich. Entgegen unserer Forderungen nach völliger Herausnahme dieses Bereichs aus dem Anwendungsbereich der Konzessionsvergaberichtlinie, wurde ein unbefriedigender Kompromiss beschlossen. Danach sollen für einen Übergangszeitraum bis 2020 Mehrsparten-Stadtwerke, die nur für die eigenen Bürger und damit auf dem räumlich begrenzten Gebiet ihrer Kommunen tätig sind, von dem Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen werden.

Grundsätzlich sieht der Kompromissvorschlag vor, dass sog. Mehrsparten-Stadtwerke, also Stadtwerke, die z.B. sowohl im Bereich der Energie (liberalisierter Markt) als auch im Bereich des Wassers (nicht liberalisierter Markt) tätig sind, nicht mehr als 20 % des durchschnittlichen Gesamtumsatzes außerhalb der Dienstleistungserbringung für den Konzessionsgeber erwirtschaften dürfen. Diese Regelung gilt allerdings nur für Stadtwerke ohne private Beteiligung. Stadtwerke mit privater Beteiligung unterliegen grundsätzlich der Ausschreibungspflicht.

Damit wären nur die Wasserbetriebe von dem Anwendungsbereich der Richtlinie nicht betroffen, die zu 100 % öffentlich-rechtlich organisiert sind. Auch Stadtwerke, die sich zu 100 % in öffentlicher Hand befinden, allerdings privat-rechtlich organisiert sind und mehrere Sparten haben, würden nur dann nicht unter die Konzessionsvergaberichtlinie fallen, wenn der Jahresumsatz zu mindestens 80 % mit der Wasserversorgung der Kommune erwirtschaften würde. Somit würde für eine große Zahl der Stadtwerke, die in der Regel mehrere Sparten bedienen, der nunmehr gefundene Kompromiss zur Folge, dass sie – wenn sie für den Wasserbereich von der Ausschreibungspflicht befreit sein wollen – deren Sparten informell, organisatorisch und gesellschaftsrechtlich trennen müssen.

Dieser Kompromiss erforderte also, wenn die Wasserwirtschaft in kommunaler Hand gehalten werden soll, eine Zwangsumorganisation der deutschen Wasserwirtschaft. Vielmehr ist zu erwarten, dass eine Liberalisierung der Wasserwirtschaft, also der Privatisierung, Tür und Tor geöffnet würde.

Dieser Kompromiss steht aber im Widerspruch zum Vertrag von Lissabon. Dieser sieht in Art. 14 AEUV das Recht der eigenverantwortlichen Erbringung der Leistungen der Daseinsvorsorge vor. Die Festschreibung des Prinzips der kommunalen Selbstverwaltung hat zur Folge, dass viele öffentliche Dienstleistungen nicht mehr automatisch vom Wettbewerbsrecht der EU betroffen sind. Dazu im Gegensatz steht nunmehr die geplante Ausschreibungspflicht. Auch die EU-Wasserrahmenrichtlinie betont im Erwägungsgrund 1, dass Wasser keine übliche Handelsware ist, sondern ein ererbtes Gut, das geschützt, verteidigt und entsprechend behandelt werden muss. Zudem wird unter Erwägungsgrund 15 festgestellt, dass die Wasserversorgung eine Leistung der Daseins-

vorsorge im Sinne der Mitteilung der Kommission „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“ ist. Damit greift die geplante Ausschreibungspflicht in das Recht der Mitgliedstaaten auf die eigene Organisation ihrer Daseinsvorsorgeaufgaben ein.

2.2. Inhouse-Vergabe

Gegenstand des Kompromisses waren bei den Regelungen zur Inhouse-Vergabe vor allem das „Wesentlichkeitskriterium“ sowie das Verbot der privaten Beteiligung. Nach dem Kompromissvorschlag ist auf den Gesamtumsatz des beauftragten Unternehmens abzustellen. Diese Regelung findet sich auch in dem Entwurf der allgemeinen Vergaberichtlinie. Die kommunalen Spitzenverbände sowie der VKU hatten vorgeschlagen, eine Tätigkeit dann noch als „wesentlich“ anzusehen, wenn diese 80 % der Tätigkeiten der juristischen Person, die Gegenstand des Auftrags ist, betreffen. Damit wäre auf den Umsatz der einzelnen Sparten des beauftragten Unternehmens abzustellen gewesen und für Mehrsparten-Stadtwerke eine noch vertretbare Regelung erfolgt. Ebenso soll – entsprechend des Entwurfs der allgemeinen Vergaberichtlinie – eine private Beteiligung dann zulässig sein, wenn diese gesetzlich vorgeschrieben ist, sofern diese dem EU-Recht entspricht und keinen Einfluss auf Entscheidungen des Auftraggebers hat. Damit wäre der Konstruktion der Wasserzweckverbände in einigen Ländern Genüge getan, die somit nicht der Ausschreibungspflicht unterfielen.

2.3 Interkommunale Zusammenarbeit

Für den in der kommunalen Praxis wichtigen Bereich der interkommunalen Zusammenarbeit hatten die kommunalen Spitzenverbände und der VKU gefordert, dass die als zu weitreichend, da über die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hinausgehenden Vorschläge, gestrichen werden. Dieses betraf zum einen die Forderung nach „echter Zusammenarbeit“ zum Zweck der Erbringung einer gemeinsamen öffentlichen Aufgabe als auch zum anderen des Tätigseins dieser Kooperation am Markt. Diese Voraussetzungen wurden in den Beratungen bisher nicht gestrichen.

Damit soll es für die Ausschreibungsfreiheit der interkommunalen Zusammenarbeit erforderlich sein, dass die kooperierenden Partner gegenseitige Rechte und Pflichten zur Erfüllung der gemeinsamen Aufgabe tragen. Damit sollen die sog. „mandatierenden Vereinbarungen“, mittels derer lediglich die Durchführung der Aufgabe, nicht aber die Übertragung auf den Kooperationspartner erfolgt, ausschreibungsfrei nicht möglich sein. Die kommunalen Spitzenverbände hatten sich für die Ausschreibungsfreiheit dieser Form interkommunaler Zusammenarbeit eingesetzt. Sie sehen die interkommunale Zusammenarbeit als eine Form der innerorganisatorischen Wahrnehmung und damit nicht als Aufgaben an, die am Markt erbracht werden, was für die Begründung einer Ausschreibungspflicht erforderlich ist. Als weiteres Kriterium für die Zulässigkeit der interkommunalen Zusammenarbeit soll die Voraussetzung eingeführt werden, dass die Kooperationspartner nur lediglich 20 % ihrer Tätigkeiten am Markt ausüben dürfen. Diese Regelung wurde allerdings aus dem Entwurf der allgemeinen Vergaberichtlinie durch den zuständigen Ausschuss herausgenommen.

Weiteres Verfahren

Bisher ist noch nicht abschließend geklärt, ob nach den Abstimmungen bereits direkt das Trilogverfahren zwischen Rat, Europäischer Kommission sowie dem Europäischen Parlament eröffnet werden soll oder zuvor das Plenum über den vom Ausschuss verabschiedeten Text abstimmen soll. Diese Frage wird derzeit in den Fraktionen diskutiert. Vor diesem Hintergrund sollte der Deutsche Städte- tag insbesondere gegenüber der Bundesregierung, wie im Beschlussvorschlag dargestellt, die Positionen der Kommunen nachdrücklich einfordern.