

Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

EuZW 10/2003

24. Mai · 14. Jahrgang 2003 · Seite 289 – 320

Schriftleitung: Rechtsanwältin *Dr. Monika Tacke*, Frankfurt a. M.

Gastkommentar

Mehr transparenten Wettbewerb bei der Vergabe von öffentlichen Dienstleistungskonzessionen!

Nach Art. 1 III a des Vorschlags für eine Richtlinie über die Koordinierung der Vergabeverfahren vom 28. 5. 2002 sind Dienstleistungskonzessionen Verträge, „die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Dienstleistung ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht“. Die Ausübung des Nutzungsrechts ermöglicht dem Konzessionär dann eine Refinanzierung seines Angebotes über den Markt. Entscheidend ist also, dass der Konzessionär ein eigenes Vermarktungsrisiko übernimmt, während dem Bieter bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen die Amortisierung seines Einsatzes durch den Zuschlagspreis sicher ist. Die Dienstleistungskonzession betrifft Tätigkeiten, die Gegenstand von ausschließlichen, zumindest aber von besonderen Rechten i. S. von Art. 86 I EG sind. Regelmäßig liegt in der Konzessionsverleihung auch eine Betrauung mit „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ (Daseinsvorsorge) im Sinne von Art. 86 II EG. In ihrem „Non-Paper zu Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ vom 12. 11. 2002 betont die Kommission, „dass ein Großteil der Schwierigkeiten durch mehr Transparenz bei der Vergabe eines öffentlichen Versorgungsauftrages sowie im Verhältnis zwischen den Unternehmen, die die öffentlichen Dienste erbringen, und dem Staat vermieden werden könnte“. Nun gilt es, zur Tat zu schreiten und das Wettbewerbsprinzip bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen verfahrensrechtlich umzusetzen! Da Dienstleistungsaufträge nach der geltenden Dienstleistungskoordinierrichtlinie 92/50/EWG eine entgeltliche Leistungserbringung voraussetzen, fallen Dienstleistungskonzessionen in der vergaberechtlichen Praxis mangels Entgeltlichkeit nicht unter das Vergaberegime der Dienstleistungskoordinierrichtlinie. Würde man dagegen ein weites Verständnis von Dienstleistungsaufträgen mit der Folge zu Grunde legen, dass bei der Erteilung einer Dienstleistungskonzession sämtliche Vorschriften der Dienstleistungskoordinierrichtlinie einzuhalten wären, dann wäre das Vergabeverfahren viel komplexer als jenes zur Erteilung einer Baukonzession. Für letztere stellt die geltende Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG die Wahl des Vergabeverfahrens weitgehend in das Ermessen des Auftraggebers. Dass Konzessionen einem weniger ausdifferenzierten Vergabeverfahren unterliegen, wird damit gerechtfertigt, dass der Konzessionär das Vermarktungsrisiko trägt und sich damit die Situation grundsätzlich anders darstelle als bei den üblichen Auftragsituationen. Die Praxis hat sich Versuchen entgegengestellt, einen vergaberechtlichen Entgeltlichkeitsbegriff zu entwickeln, der nicht nur Geldzahlungen, sondern auch geldwerte Begünstigungen umfasst. Der *EuGH* hat sowohl die Anwendung der Dienstleistungskoordinierrichtlinie (Rs. C-358/00 = EuZW 2003, 159 – Buchhändler Vereinigung/Deutsche Bibliothek) als auch der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG

(Rs. C-324/98 = EuZW 2001, 90 – Teleaustria) auf Dienstleistungskonzessionen verneint. In der Entscheidung *Teleaustria* hat der *EuGH* die Grundprinzipien des primärrechtlichen Ausschreibungswesens umrissen, die auch außerhalb des Anwendungsbereichs des sekundärrechtlichen EG-Vergaberechts für die Vergabe öffentlicher Aufträge gelten: Diskriminierungsverbot, Transparenzpflicht und Gebot der Wettbewerbsoffenheit. Obwohl die Kommission in ihrem Richtlinienvorschlag vom 28. 5. 2002 eine Definition der Dienstleistungskonzession formuliert, werden in Art. 18 a dieses Vorschlags Dienstleistungskonzessionen ausdrücklich vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen. Im Fall der Auftragsvergabe an Dritte durch ein nach Art. 86 I bzw. II EG öffentlich konzessioniertes Unternehmen verkürzt Art. 2 a des Kommissionsvorschlags zudem die primärrechtlichen *Teleaustria*-Postulate auf ein Diskriminierungsverbot. Eine sekundärrechtliche Verfahrensregelung für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen soll ausbleiben. Die Zughaltigkeit der Kommission ist deshalb so unverständlich, weil sich die Handhabung der zu allgemein gehaltenen *Teleaustria*-Postulate als schwierig erwiesen hat. Insbesondere bleibt der inhaltliche Gehalt des vom *EuGH* angemahnten „vergaberechtlichen Mindeststandards“ ungewiss. Die im Rat vorherrschende Auffassung, die eine sekundärrechtliche Harmonisierungsregelung der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen ablehnt, verkennt überdies das vergabespezifische Bedürfnis nach Rechtssicherheit, insbesondere im Rahmen der Aufgabenprivatisierung. Das über die üblichen Bieterisiken (Fehlalkulation etc.) hinausgehende Vermarktungsrisiko des Konzessionärs mag es zwar rechtfertigen, die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen und Dienstleistungen differenziert zu behandeln, etwa mit Blick auf das prinzipielle Vorrangverhältnis zwischen Offenem und Nichtoffenem Verfahren bzw. dem Verhandlungsverfahren. Nicht zu rechtfertigen ist aber eine Verweigerungshaltung gegenüber einer sekundärrechtlichen Mindestharmonisierung und insbesondere nicht, dass dem abgewiesenen Bieter für eine Dienstleistungskonzession das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren (vgl. §§ 102 ff. GWB) vorenthalten wird, er vielmehr auf die (nachträgliche) Beschreitung des ordentlichen Rechtsweges verwiesen ist. Zudem ist dem erfolglosen Mitbewerber eine Vorabinformation (vgl. § 13 VgVO) verwehrt. Eine sekundärrechtliche Regelung des Vergabeverfahrens für Dienstleistungskonzessionen würde nicht, wie protektionistische Stimmen im Rat meinen, die Unausgewogenheiten beim Zugang zu solchen Aufträgen vergrößern, sondern im Gegenteil – gerade weil die Konzessionsvergaben in den einzelnen Mitgliedstaaten so unterschiedlich praktiziert werden – den Binnenmarkt durch mehr Transparenz und Wettbewerb bei der Konzessionsvergabe und damit regelmäßig auch die Qualität der Daseinsvorsorge stärken.

Univ.-Professor Dr. Christian Koenig LL. M., Bonn