
Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

EuZW 14/2005

25. Juli · 16. Jahrgang 2005 · Seite 417–448

Schriftleitung: Rechtsanwalt *Martin W. Huff*, Frankfurt a. M.

Gastkommentar

Die EU-Ausschreibungsdoktrin – Ein teurer Wettbewerb für die Infrastrukturnutzer?

Ein Missverständnis verbreitet sich zunehmend um Public Private Partnerships: Ausschreibungswettbewerb um den *geringstmöglichen* öffentlichen Zuschuss sei ein zwingendes Gebot. Richtig ist zunächst, dass der *EuGH* in seiner Vorabentscheidung in der Rechtssache *Altmark Trans* die Durchführung eines offenen, diskriminierungsfreien und transparenten Ausschreibungsverfahrens als wirksames – wenngleich nicht zwingendes – Instrument qualifiziert hat, um bei der Kompensation von Kosten unternehmerisch geleisteter Daseinsvorsorge EG-beihilfenrechtswidrige Begünstigungen auszuschließen (*EuGH*, Slg. 2003, I-7747, insb. Rdnrn. 93 ff. = *EuZW* 2003, 496). Danach „darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns [...] zu decken“. Um diesem Gebot der Ausgleichsbeschränkung auf die Nettomehrkosten gerecht zu werden, sollte ein wettbewerbliches Vergabeverfahren durchgeführt werden, „das die Auswahl desjenigen Bewerbers ermöglicht, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann“. Alternativ dazu, d. h. wenn kein so qualifiziertes Vergabeverfahren durchgeführt wird, ist „die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein *durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen* [...] bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte“ (Benchmarking). Zweifel daran, dass ein durchgeführtes Ausschreibungsverfahren der vom *EuGH* vorgenommenen wettbewerblichen Qualifizierung genügt, könnten sich ergeben, wenn ein Kostenzuschuss des öffentlichen Auftraggebers als Gegenleistung für zu erbringende Daseinsvorsorgedienste etwa in den Vergabeunterlagen statisch fixiert worden ist und nicht zur wettbewerblichen Disposition im Ausschreibungsverfahren steht. Allerdings stellt der *EuGH* nicht auf den „geringstmöglichen Zuschuss“, sondern auf die „geringsten Kosten für die Allgemeinheit“ ab. Würde die Betrachtung alleine auf eine wettbewerbliche Zuschussminimierung verengt, so müsste ein Auftragnehmer die durch den öffentlichen Zuschuss nicht gedeckten Refinanzierungskosten der Daseinsvorsorge, etwa eines Sportinfrastrukturbaus, in dem Maße, in dem der Baukostenzuschuss reduziert wird, auf die Nutzer (Allgemeinheit) abwälzen. Zwischen der Zuschusshöhe und den Kosten für die (Nutzer-)Allgemeinheit besteht regelmäßig ein umgekehrtes Proportionalitätsverhältnis. Die (Refinanzierungs-)Kostenwälzung zu Lasten der (Nutzer-)Allgemeinheit nimmt in dem Maße zu, in dem der öffentliche Zuschuss wettbewerblich nach unten verhandelt wird. Die Entlastung des öffentlichen Haushaltes durch eine wettbewerbliche Zuschussminimierung wird mit einer Belastung

der Allgemeinheit durch höhere Nutzungsentgelte erkaufte. Da der öffentliche Haushalt und damit auch die staatlichen bzw. kommunalen Zuschüsse aus – der Progression unterliegenden – Steuereinnahmen gespeist werden, Nutzungsentgeltsysteme aber grundsätzlich die Infrastrukturnutzer gleichbehandeln, ist mit einer wettbewerblichen Zuschussminimierung häufig auch eine subtil verdeckte Lastenumverteilung von wohlhabenden auf weniger begüterte Nutzer verbunden. Ein solcher im Zuge von Aufgabenprivatisierungen möglicher Umverteilungseffekt entspricht aber kaum einer Dienstleistung, „zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit“. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass sich der öffentliche Kostenzuschuss an das Daseinsvorsorgeunternehmen lediglich als eine von mehreren Leistungs-/Gegenleistungskomponenten darstellt, die insbesondere bei komplexen Infrastrukturdiensten häufig im Rahmen eines vergaberechtlichen Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem öffentlichen Teilnahmewettbewerb und künftig auch nach dem neuen Vergaberecht im „wettbewerblichen Dialog“ verhandelt werden. Diese Verfahren sind auf die Entwicklung kreativer Infrastrukturkonzepte unter gleichzeitiger Aktivierung unternehmerischer Kosteneffizienzpotenziale gerichtet und verzichten vor diesem Hintergrund auf eine starre Festschreibung der Leistungs-/Gegenleistungsparameter. Diese verdichten sich vielmehr erst im Laufe des Verfahrens und werden damit prozedural optimiert. Die für eine bestimmte öffentliche Fördersumme gebotenen Infrastrukturbau- und/oder -betriebslösungen der verschiedenen Bieter weichen bei einem funktionierenden Ausschreibungswettbewerb voneinander ab und werden in einem Verhandlungsverfahren (möglichst ohne Auswahl eines „bevorzugten Bieters“) oder im „wettbewerblichen Dialog“ optimiert. Im Rahmen der abschließenden Auswertung der Angebote werden die verschiedenen Leistungsprofile und ihre Preise (Kosten) gegenübergestellt und gegeneinander abgewogen. Erst auf Grund einer Wirtschaftlichkeitsabwägung in diesem komplexen Leistungs-/Gegenleistungsgeflecht der unterschiedlichen Angebote kann ermittelt werden, welches die qualitativ beste Leistung zu den geringstmöglichen Kosten für die Allgemeinheit gewährleistet. Aspekte wie (freiwillig) angebotene Kapazitätserhöhungen an Parkplätzen großer Sportinfrastrukturen sind für die Allgemeinheit erheblich. Fazit: Damit der Ausschreibungswettbewerb in der Daseinsvorsorge um das Gebot zu den „geringsten Kosten für die Allgemeinheit“ nicht ein teurer Wettbewerb für die Infrastrukturnutzer wird, darf nicht einseitig auf das Angebot zum geringstmöglichen öffentlichen Zuschuss abgestellt werden.

Professor Dr. Christian Koenig LL. M. (LSE), Bonn