

# Private Übernahme eines Quasi-inhouse-Vehikels

Der EuGH bezieht Stellung zur Frage, ob ein Leistungserbringer, welcher zunächst gestützt auf das Quasi-inhouse-Privileg beauftragt worden war, nach seiner Übernahme durch einen im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung bestimmten Wirtschaftsteilnehmer weiterhin den ursprünglichen Vertrag erfüllen darf.

*La CJUE prend position sur la question de savoir si une entité quasi-inhouse à laquelle un marché avait initialement été attribué sans appel à la concurrence peut continuer à exécuter ce contrat après sa reprise par un opérateur économique désigné à l'issue d'un appel d'offres public.*

Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 12. Mai 2022 (C-719/20), Comune di Lerici

**Martin Beyeler**, Dr. iur., Professor an der Universität Freiburg

seinerzeit gestützt auf das Quasi-inhouse-Privileg vergeben worden war.

## Der Fall

**(1)** 1. Im Jahr 2005 hatte die italienische Gemeinde Lerici einen bis Ende 2028 laufenden Quasi-inhouse-Auftrag betreffend Abfallbewirtschaftung an ACAM erteilt. Dieses Unternehmen stand im ausschliesslichen Besitz und unter der Kontrolle der Gemeinde Lerici sowie weiterer Gemeinden.

2. Nachdem ACAM im Jahr 2013 in finanzielle Schwierigkeiten geraten war und mit ihren Gläubigern eine Vereinbarung betreffend Umstrukturierung geschlossen hatte, suchte sie durch Veranstaltung einer öffentlichen Ausschreibung einen neuen Partner, der schliesslich im staatlich gehaltenen, börsenkotierten und für privates Kapital offenen Unternehmen IREN gefunden wurde. Alle bislang an ACAM beteiligten Gemeinden übertrugen IREN im Jahr 2017 ihre Anteile. Im Gegenzug erhielten alle Gemeinden – ausser der Gemeinde Lerici, welche hierauf verzichtete – Anteile von IREN, die dem Wert der abgegebenen Anteile entsprachen. IREN fuhr sodann mit der Leistungserbringung für die Gemeinden, darunter auch die Gemeinde Lerici, fort.

3. In der Zwischenzeit war in Italien die Zuständigkeit für die Abfallbewirtschaftung von den Gemeinden zu den Provinzen transferiert worden. Die Provinz La Spezia, in welcher die Gemeinde Lerici liegt, beschloss Mitte 2018, für die Gemeinde Lerici bei IREN gestützt auf ein Quasi-inhouse-Geschäft Abfallbewirtschaftungsleistungen bis Ende des Jahres 2028 zu bestellen. Die Gemeinde Lerici erhob gegen diesen Beschluss Klage, weil sie der Ansicht war, dass die Voraussetzungen für ein Quasi-inhouse-Geschäft nicht erfüllt seien.

4. Im Zuge des Rechtsstreits wurde dem EuGH die Frage vorgelegt, ob es mit dem Unionsrecht vereinbar ist, wenn ein im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung bestimmter Wirtschaftsteilnehmer (IREN), über den die vergebende Stelle keine Kontrolle ausübt, nach Übernahme des ursprünglichen Leistungserbringers (ACAM) die Erfüllung eines Vertrags fortsetzt, welcher diesem Leistungserbringer

## Der Entscheid

1. Der Gerichtshof verneint diese Frage. Seiner Auffassung zufolge darf IREN in der Gemeinde Lerici, die an ihr nicht beteiligt ist, nicht damit fortfahren, den im Jahr 2005 an ACAM quasi-inhouse vergebenen Auftrag zu erfüllen.

2. Als Erstes hält der EuGH fest, dass die während der Laufzeit eines Quasi-inhouse-Vertrags erfolgende Übernahme des Quasi-inhouse-Leistungserbringers durch einen Wirtschaftsteilnehmer je nach den Umständen dazu führen kann, dass von einer wesentlichen Vertragsänderung auszugehen ist, welche nicht ohne öffentliche Ausschreibung (der verbleibenden Leistungen) durchgeführt werden darf. Eine solche Ausschreibungspflicht tritt insbesondere dann ein, wenn die Übernahme dazu führt, dass der öffentliche Auftraggeber seine Kontrolle über den Leistungserbringer verliert und dieser darum nicht mehr wie eine interne Dienststelle des Auftraggebers erscheint.

3. Sodann weist der Gerichtshof darauf hin, dass zwar Art. 72 Abs. 1 lit. d Ziff. ii RL 2014/24 den ausschreibungsfreien Ersatz eines Leistungserbringers durch einen neuen Wirtschaftsteilnehmer während laufenden Vertrags unter bestimmten Umständen erlaubt, dass diese Bestimmung in casu jedoch nicht anwendbar ist, weil sie davon ausgeht, dass der erste Leistungserbringer im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung bestimmt worden ist, wohingegen im vorliegenden Fall eine solche Ausschreibung gerade nicht stattgefunden hatte, weil die Gemeinde Lerici den streitbetreffenden Vertrag damals gestützt auf das Quasi-inhouse-Privileg direkt der ACAM vergeben hatte.

4. Im Weiteren stellt der EuGH fest, dass zwischen der Gemeinde Lerici und IREN kein Quasi-inhouse-Verhältnis i.S.v. Art. 12 Abs. 1–3 RL 2014/24 gegeben ist, zumal die Gemeinde über keine Anteile der IREN verfügt und auch sonst über keine Mittel der alleinigen oder gemeinsamen Kontrolle dieses Unternehmens. In diesem Sinn kann nicht gesagt werden, die Übernahme und Fortführung der Erfüllung des Vertrags durch IREN sei dadurch gerecht-

fertigt, dass nach wie vor ein Quasi-inhouse-Verhältnis bestehe.

5. Vor diesem Hintergrund schliesst der EuGH, dass der Umstand, dass nun IREN für die Gemeinde Lericì Abfallbewirtschaftungsleistungen erbringt, eine wesentliche Änderung des ursprünglichen Vertrags von 2005 darstellt und daher gegen Unionsrecht verstösst, solange IREN den entsprechenden Auftrag nicht im Rahmen einer richtlinienkonformen öffentlichen Ausschreibung gewonnen hat. Dabei kommt es nicht darauf an, ob IREN in den ursprünglichen Vertrag eingetreten ist oder ob sie einen neuen Auftrag erhalten hat.

6. Nach der Meinung des Gerichtshofs ändert der «Umstand, dass IREN von ACAM – und damit von den an dieser beteiligten Gemeinden [darunter auch die Gemeinde Lericì] – nach Abschluss einer öffentlichen Ausschreibung ausgewählt wurde, [...] an diesem Ergebnis nichts». Denn zu jenem Zeitpunkt, zu dem die Provinz La Spezia den streitgegenständlichen Beschluss fasste, IREN in der Gemeinde Lericì die Abfallbewirtschaftung betreiben zu lassen, war die Gemeinde Lericì an IREN weder direkt noch indirekt beteiligt. Für den EuGH würde die Ausschreibung, über welche IREN bestimmt worden ist, nur dann etwas ändern, wenn die Gemeinde Lericì in diesem Rahmen zusammen mit IREN eine gemeinsam gehaltene, gemischtwirtschaftliche Tochtergesellschaft im Sinn des Urteils Acoset (EuGH C-196/08, 15.10.2009, Rn. 55–62) gegründet hätte. Das ist jedoch vorliegend nicht der Fall. Daher kommt es für den Gerichtshof nicht darauf an, unter welchen Bedingungen und Modalitäten das Ausschreibungsverfahren durchgeführt worden war, aus dem IREN siegreich hervorging.

7. «Nach alledem ist festzustellen, dass die Richtlinie 2014/24 dem entgegensteht, dass die Ausführung eines [quasi-]inhouse vergebenen öffentlichen Auftrags ohne Ausschreibung fortgesetzt wird, wenn der öffentliche Auftraggeber am Auftragnehmer nicht mehr – wenigstens mittelbar – beteiligt ist und überdies keinerlei Kontrolle ausüben kann.»

8. Der Gerichtshof fügt an, dass auch dann gleich zu entscheiden wäre, wenn davon ausgegangen werden müsste, dass IREN nicht den Vertrag von 2005 weiterführt, sondern im Jahr 2018 durch die Provinz La Spezia neu beauftragt wurde. Denn diese Provinz besitzt keine Anteile an IREN und verfügt über keine Möglichkeit der Kontrolle dieses Unternehmens, so dass sich insoweit nichts anderes ergibt als im Verhältnis zwischen der Gemeinde Lericì und IREN.

## Die Anmerkungen

1. Dem rapportierten Urteil ist insoweit zu widersprechen, als es auf einer im Urteilstext nicht begründeten und auch materiell grundlosen Verengung des Blickwinkels beruht.

2. Kein Zweifel besteht daran, dass ab jenem Zeitpunkt, zu dem die Gemeinde Lericì ihre Anteile an ACAM auf IREN übertrug, ohne zugleich Anteile von IREN zu erhalten, ein Quasi-inhouse-Verhältnis i.S.v. Art. 12 Abs. 1–3 RL 2014/24 zwischen dieser Gemeinde (oder der Provinz La Spezia) und IREN nicht bestehen konnte, weil die Gemeinde (und die Provinz) keine Kontrolle über IREN hatte (vgl. Art. 12 Abs. 1 lit. a und Abs. 3 lit. a RL 2014/24). Insoweit ist klar, dass die streitgegenständliche, zugunsten der Gemeinde Lericì erfolgende Leistungserbringung durch IREN unabhängig davon, ob sie die Weiterführung des ursprünglichen Vertrags von 2005 darstellt oder auf eine neue Vergabe zurückgeht, nicht aufgrund des Quasi-inhouse-Privilegs ausschreibungsfrei bleiben konnte.

3a. Ebenso steht fest, dass die Gemeinde Lericì im Rahmen der Ausschreibung, durch welche IREN bestimmt wurde, keine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft im Sinn des Urteils Acoset (C-196/08) gegründet hat.

b. Nicht verständlich ist es jedoch, dass der EuGH davon ausgeht, die genannte Ausschreibung hätte nur dann eine Rechtfertigung der Leistungserbringung durch IREN darstellen können, wenn sie zur Gründung einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft geführt hätte. Sosehr es richtig ist, dass eine Rechtfertigung gegeben wäre, wenn die hier interessierende Ausschreibung im Sinn des Urteils Acoset erstens die Gründung einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft und zweitens die Beauftragung dieser Gesellschaft mit der Erbringung von Leistungen zum Gegenstand gehabt hätte, so unzutreffend ist es, zu meinen, das wäre (nebst der Hypothese einer Quasi-inhouse-Vergabe) die einzige Möglichkeit der vergaberechtskonformen Beauftragung von IREN mit der Weiterführung der Erbringung der infrage stehenden Leistungen.

4. Der Gerichtshof, der sich ausdrücklich nicht mit den «Merkmale[n] der öffentlichen Ausschreibung, bei der IREN ausgewählt wurde», beschäftigen will, nachdem er festgestellt hat, dass in diesem Rahmen keine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft gegründet wurde, erklärt nicht, warum es seiner Ansicht nach kategorisch ausgeschlossen sein soll, dass diese Ausschreibung auch ohne Vorgehen im Sinn des Urteils Acoset eine Rechtsgrundlage für die Leistungserbringung durch IREN darstellen könnte.

a. Tatsächlich ist das alles andere als ausgeschlossen: Bestimmt eine öffentliche Auftraggeberin, welche zuvor einen zeitlich befristeten Auftrag quasi-inhouse einer durch sie kontrollierten Gesellschaft vergeben hat, im Rahmen eines dem betreffenden Auftragswert entsprechenden öffentlichen Vergabeverfahrens ein Privatunternehmen, welches gemäss den Ausschreibungsbedingungen erstens die Tochtergesellschaft übernehmen und zweitens sodann den dieser Gesellschaft vergebenen Auftrag weiter ausführen soll (selbst oder über die Gesellschaft), und wird dementsprechend im Vergabeverfahren die Eignung zur Auftrags Erfüllung geprüft sowie das entsprechende Angebot bewertet, so stellt dieses Vergabeverfahren ungeachtet des Umstands, dass es nicht

zur Gründung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens führt, wie jedes andere solche Verfahren eine ausreichende vergaberechtliche Grundlage für die spätere Leistungserbringung dar.

**b.** Dazu, ob in der Ausschreibung, die im vorliegenden Fall zur Bestimmung von IREN führte, die soeben genannten Bedingungen erfüllt waren – namentlich, ob die weitere Auftragsausführung durch IREN zum Gegenstand dieses Verfahrens gehörte –, lässt sich dem rapportierten Urteil (vgl. insb. Rn. 12–14 und Rn. 51–54) nichts Schlüssiges entnehmen, was wohl darin begründet ist, dass der EuGH meint, darauf könne es per se nicht ankommen. Indessen ist die Hypothese nicht besonders gewagt, wonach es im Rahmen dieser Ausschreibung nicht nur um die Übernahme von ACAM ging, sondern ebenso um die sodann tatsächlich lückenlos geschehene Fortführung der Leistungserbringung durch das im Vergabeverfahren zu bestimmende Unternehmen. Wenn es nicht darum gegangen wäre, hätten die beteiligten Gemeinden ACAM wohl in Konkurs gehen lassen und nicht nach einem privaten Partner gesucht, der mit seinem Kapital und Know-how das Überleben von ACAM sichert. Fraglich bleibt jedoch gleichwohl, ob das Verfahren den

genannten Bedingungen genüge, ob also IREN auf ihre Eignung zur Auftragserfüllung überprüft worden und ein entsprechendes Angebot abgegeben hatte. Nach der hier vertretenen Auffassung hätte der EuGH dies prüfen müssen.

**5.** Am rapportierten Urteil ist nach dem Gesagten zu kritisieren, dass es ohne Grund den Blickwinkel verengt und davon ausgeht, ein laufender Vertrag, der zunächst quasi-inhouse vergeben worden war, könne nur dann auf eine private Wirtschaftsteilnehmerin (welche die Voraussetzungen der Quasi-inhouse-Vergabe nicht erfüllt) übertragen werden, wenn die Auftraggeberin zusammen mit dieser ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen gründet. In unzutreffender Art wird so behauptet, es sei nicht vergaberechtskonform, wenn im Rahmen einer Ausschreibung eine als geeignet beurteilte Wirtschaftsteilnehmerin mit der Erbringung von bestimmten Leistungen während bestimmter Zeit beauftragt wird, nachdem sie hierüber das unter den Zuschlagskriterien als am vorteilhaftesten bewertete Angebot eingereicht hat. Tatsächlich spricht nichts gegen eine solche Vergabe, zumindest wenn die Vertragsdauer betreffend Leistungserbringung beschränkt wird.