

Wer ist Auftraggeberin?

Nach dem EuGH darf eine Auftraggeberin, welcher andere Auftraggeberinnen staatliche Zuständigkeiten übertragen haben, eine Auftragnehmerin nur dann gestützt auf das Quasi-inhouse-Privileg beauftragen, wenn die übertragenden Stellen die Auftragnehmerin mitkontrollieren. – Diese Rechtsprechung überzeugt nicht.

Selon la CJUE, un pouvoir adjudicateur, auquel d'autres pouvoirs adjudicateurs ont délégué des compétences nationales, peut mandater un fournisseur et invoquer l'exception quasi in-house uniquement si les pouvoirs délégués contrôlent également ce fournisseur. Cette jurisprudence ne convainc pas.

EuGH C-328/19 (18.6.2020; Porin kaupunki)

Martin Beyeler, ordentlicher Professor an der Universität Freiburg

Der Fall

(3) 1. Mehrere Gemeinden hatten mit der Stadt Pori einen Vertrag abgeschlossen, nach welchem die Gemeinden ihre jeweiligen Zuständigkeiten im Bereich der Sozialdienstleistungen auf die Stadt übertragen, auf dass diese fortan nicht mehr nur auf ihrem eigenen Gebiet, sondern auch auf jenem der übertragenden Gemeinden die entsprechenden Dienstleistungen zugunsten der Bevölkerung erbringen würde. Die Gemeinden behielten dabei die Pflicht, die effektiven Kosten der ihren Bevölkerungen erbrachten Leistungen zu tragen, sowie das Recht, im Rahmen eines durch die Stadt beherrschten Steuerungsausschusses einen indirekten Resteinfluss auszuüben (vgl. zu dieser Kompetenzübertragung und zu deren vergaberechtlicher Qualifikation Nr. 7 im vorliegenden Heft).

2. Eine der Sozialdienstleistungen, welche die Stadt Pori gemäss dem erwähnten Vertrag für die Gemeinden zu erbringen hat, betrifft den Transport von Personen mit Behinderungen zu deren Arbeits- oder Tagesbetreuungsstätten. Für diese Transporte greift die Stadt Pori auf die Aktiengesellschaft Porin Linjat zurück, deren Aktien sie vollumfänglich besitzt und die sich nicht am freien Markt beteiligt (insbesondere: Porin Linjat verzichtet seit dem Jahr 2009 auf die Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen von Verkehrsdienstleistungen).

3. Ein privates Transportunternehmen erhob Beschwerde gegen die Betrauung von Porin Linjat mit den Transporten von Personen mit Behinderungen, soweit es nicht um die Bevölkerung der Stadt Pori ging, sondern um die Einwohnerinnen und Einwohner derjenigen Gemeinden, welche ihre Zuständigkeiten betreffend Sozialdienstleistungen der Stadt Pori übertragen hatten. Das beschwerdeführende Unternehmen brachte vor, die Gemeinden seien nicht berechtigt, ihren Bedarf an entsprechenden Transportleistungen gestützt auf eine Quasi-inhouse-Vergabe bei Porin Linjat zu befriedigen.

Der Entscheid

1. Der im Rahmen dieses Rechtsstreits mit verschiedenen Vorlagefragen befasste EuGH hält fest, dass immer dann, wenn eine innerstaatliche Kompetenzübertragung stattgefunden hat, die übertragenden Stellen ihre Zuständigkeit verlieren, was zur Folge hat, dass die empfangende, nunmehr zuständige Stelle in Bezug auf alle entsprechenden Leistungseinkäufe als öffentliche Auftraggeberin zu betrachten ist, unabhängig davon, ob diese Einkäufe denjenigen Dienstleistungen dienen, die ihr originär obliegen, oder aber jenen, deren Erbringung ihr übertragen worden ist.

2. Hierauf trifft der EuGH die «Annahme, dass nach einer Übertragung von Befugnissen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 EUV [...] [vgl. Nr. 7 im vorliegenden Heft] das Erfordernis gilt, dass der öffentliche Auftraggeber, dem die Befugnisse übertragen wurden, und die anderen öffentlichen Auftraggeber, die auf die Ausübung der betreffenden Befugnis verzichtet haben, gemeinsam eine Kontrolle [über die Auftragnehmergesellschaft] ausüben». Nach dem Gerichtshof darf demnach die empfangende Stelle für einen Leistungseinkauf betreffend die übertragenen Befugnisse nur dann ausserhalb der Vergaberechtsgeltung auf eine Gesellschaft zurückgreifen, die ihr gegenüber die Quasi-inhouse-Kriterien erfüllt, wenn die übertragenden Stellen gemeinsam mit ihr die betreffende Gesellschaft kontrollieren.

3. In casu geht der EuGH davon aus, dass deutliche Indizien dafür sprächen, dass die übertragenden Gemeinden gemeinsam mit der Stadt Pori die Porin Linjat kontrollieren. In diesem Zusammenhang weist der Gerichtshof darauf hin, dass die Gemeinden Vertreterinnen und Vertreter in den Steuerungsausschuss (betreffend Erbringung von Sozialdienstleistungen) senden (wobei den Vertreterinnen und Vertretern der Stadt Pori die Stimmenmehrheit in diesem Ausschuss zukommt).

4. Überdies hält der Gerichtshof fest, dass das auf den Umsatz der Quasi-inhouse-Gesellschaft abstellende Tätigkeitserfordernis nicht nur dann erfüllt ist, wenn die betreffende Gesellschaft den erforderlichen Umsatzanteil (vgl. Art. 12 Abs. 1 Uabs. 1 lit. b und Abs. 5 der Richtlinie 2014/24) mit einer bestimmten sie kontrollierenden Auftraggeberin er-

zielt, sondern auch dann, wenn sie diesen Umsatzanteil insgesamt mit Auftraggeberinnen erzielt, welche sie gemeinsam kontrollieren (vgl. Art. 12 Abs. 3 Uabs. 1 lit. b der Richtlinie 2014/24). Das führt ihn zum Schluss, dass in casu jener Umsatz, den Porin Linjat mit Transportdiensten erzielt, welche die Stadt Porin in denjenigen Gemeinden zu erbringen hat, die ihr Zuständigkeiten übertragen haben, den ausserhalb des Marktes erzielten Umsätzen zuzuschlagen ist.

Die Anmerkungen

1. Dieser Entscheid, dessen Ergebnis zwar Zustimmung verdient (die gesamte Quasi-inhouse-Vergabe von Transportleistungen an Porin Linjat erschien dem EuGH als wahrscheinlich unionsrechtskonform), ist in sich widersprüchlich und auch abgesehen davon dogmatisch nicht überzeugend.

2. Es ist inkohärent, zunächst festzustellen, dass die übertragenden Gemeinden sich – ungeachtet der minderheitlichen Beteiligung am weitgehend strategisch tätigen Steuerungsausschuss (vgl. Rn. 29 des rapportierten Urteils) – jedes unmittelbaren Einflusses auf die Erbringung der Sozialdienstleistungen begeben haben (vgl. Rn. 48–56), so dass eine innerstaatliche Kompetenzübertragung (und weder eine Beauftragung noch eine Kooperation) vorliegt, um sodann auszuführen, die übertragenden Gemeinden kontrollierten (über ihre Beteiligung am Steuerungsausschuss betreffend Sozialdienstleistungen) zusammen mit der Stadt Pori deren Transportgesellschaft Porin Linjat (Rn. 70 und 73).

a. Dass für die Annahme von für die Quasi-inhouse-Vergabe relevanter Kontrolle nicht notgedrungen eine Beteiligung der Auftraggeberin am Kapital der Auftragnehmerin erforderlich ist (Rn. 68), steht angesichts der Formulierung von Art. 12 Abs. 3 Uabs. 1 lit. a der Richtlinie 2014/24 ausser Frage. Darum geht es jedoch nicht, sondern um die folgenden beiden Punkte.

b. Erstens hat der Steuerungsausschuss keine Kompetenzen betreffend Porin Linjat bzw. die Ausübung der (vollumfänglich bei der Stadt Pori liegenden) Aktionärsrechte gegenüber dieser Gesellschaft. Es erscheint deshalb als verfehlt, den mit Sozialdienstleistungen beschäftigten Steuerungsausschuss als Mittel zur Kontrolle der Porin Linjat zu betrachten (Rn. 70 und 73). Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Steuerungsausschuss die durch die Stadt Pori im Rahmen der Erbringung von Sozialdienstleistungen geschlossenen Verträge zu genehmigen hat (Rn. 29). Hieraus ergibt sich keine Kontrolle der Gemeinden über die Porin Linjat, auch keine gemeinsam mit der Stadt Pori ausgeübte Kontrolle.

c. Zweitens ist es nicht überzeugend, den den übertragenden Gemeinden verbleibenden Rest-Einfluss bezüglich der Sozialdienstleistungen als so gering einzustufen, dass eine wahrhaftige innerstaatliche Kompetenzübertragung vorliegt (bei der die übertragende Stelle die betreffende Kompetenz und Erfüllungsverantwortung aufgibt), ihn aber dessenungeach-

tet als so gross zu betrachten, dass er gemeinsam mit den Kontrollmöglichkeiten, über welche die Stadt Pori gegenüber der Porin Linjat verfügt, für die Erfüllung des Kontrollerfordernisses im Sinn der Quasi-inhouse-Vergabe genügt. Tatsächlich gibt das rapportierte Urteil keinen Hinweis, aus dem sich schliessen liesse, dass die sehr beschränkten Einflussmöglichkeiten der übertragenden Gemeinden im Steuerungsausschuss betreffend Sozialdienstleistungen diesen Gemeinden die Möglichkeit gäben, zusammen mit der Stadt Pori die Porin Linjat zu kontrollieren. Vielmehr deutet alles darauf hin, dass die Stadt Pori die Kontrolle über die Porin Linjat ganz allein ausübt, und zwar über ihre Aktionärsrechte und nicht über den erwähnten Steuerungsausschuss. Das gilt insbesondere dann, wenn es beim Kontrollerfordernis vorab darum gehen soll, dass verhindert wird, dass eine Quasi-inhouse-Gesellschaft eine übermässige Marktausrichtung entwickelt (Rn. 73).

3. Allerdings ist die Annahme, die der EuGH in Rn. 70 des rapportierten Urteils trifft (vgl. vorne Der Entscheid, Ziff. 2), ungeachtet des Gesagten unzutreffend. Damit kommt es auf die Frage, ob die übertragenden Gemeinden (ggf. zusammen mit der Stadt Pori) über die Porin Linjat Kontrolle ausüben (vgl. vorne Die Anmerkungen, Ziff. 2), nicht an.

a. Nach Rn. 69 des rapportierten Urteils tritt eine öffentliche Stelle für Einkäufe, die sie zur Erfüllung von Aufgaben tätigt, welche ihr aufgrund innerstaatlicher Kompetenzübertragung obliegen, allein als Auftraggeberin auf. Sie kauft also alle Leistungen, die sie für die ihr originär obliegenden sowie für die ihr übertragenen Aufgaben benötigt, im eigenen Namen ein (daran ändert die nachgelagerte Kostenerstattungspflicht der übertragenden Gemeinden nichts). Hierauf hätte der EuGH nach meinem Dafürhalten die Schlussfolgerung wagen sollen, dass es bei der Frage, unter welchen Umständen die Empfängerin von innerstaatlich übertragenen Kompetenzen für den daraus entstehenden Bedarf auf Quasi-inhouse-Gesellschaften zurückgreifen darf, bezüglich des Kontrollerfordernisses nur darauf ankommen kann, ob die die Kompetenzen empfangende Stelle dieses Erfordernis erfüllt – nicht jedoch darauf, ob die die Kompetenzen abgebenden Stellen irgendeine Kontrolle ausüben. Unter der Rn. 70 trifft der Gerichtshof jedoch die Annahme, dass die Stadt Pori als zuständige Stelle nur dann sämtliche Leistungen gestützt auf das Quasi-inhouse-Privileg bei der Porin Linjat beziehen dürfe, wenn die übertragenden Gemeinden die Porin Linjat (gemeinsam mit der Stadt Pori) kontrollierten.

b. Diese Annahme widerspricht der Feststellung, dass die innerstaatliche Kompetenzübertragung dazu führt, dass die empfangende Stelle (Stadt Pori) für die betreffenden Dienstleistungen allein zuständig ist und dass es bei allen Einkäufen, die der Erbringung dieser Dienstleistungen dienen, um einen eigenen Bedarf der empfangenden Stelle geht. Mit der Verantwortlichkeit für die Aufgabenerfüllung wird auch der Bedarf für den Einkauf von Leistungen übertragen. Das heisst, dass die übertragenden Gemeinden nicht als Bedarfsträger auftreten, wenn die empfangende Stelle einkauft. Es

geht hier also weder um direkte (Vertragsschluss in fremdem Namen) oder indirekte Stellvertretung (Vertragsschluss im eigenen Namen zwecks direkter Weitergabe der eingekauften Leistungen gemäss einem zweiten, analogen Vertrag), sondern vielmehr um die Deckung eines eigenen Bedarfs der empfangenden Stelle, welcher den eigenen Kompetenzen dieser Stelle entspricht, unabhängig davon, welchen Ursprungs diese sind. Dementsprechend ist es unzutreffend, zu verlangen, dass die übertragenden Stellen an der Kontrolle einer Quasi-inhouse-Gesellschaft der empfangenden Stelle teilhaben, wenn die empfangende Stelle dieser Gesellschaft Aufträge im Rahmen der ihr obliegenden (originären oder übertragenen) Aufgaben gestützt auf das Quasi-inhouse-Privileg erteilen will. Die übertragenden Stellen vergeben keine Aufträge, weder juristisch noch faktisch. Daran ändert ein nachträgliches Genehmigungsrecht des Steueraussschusses nichts – ein solches Genehmigungsrecht führt höchstens dazu, dass der betreffende Sachverhalt nicht als (hinreichend) umfassende innerstaatliche Kompetenzübertragung betrachtet werden kann (doch könnte immer noch eine ebenso vergaberechtsfreie innerstaatliche Kooperation bzw. Instate-Vergabe vorliegen).

c. Innerstaatliche Kompetenzübertragungen sind im Regelfall vollständig in dem Sinn, dass die übertragende Stelle (bzw. die Stelle, welche die betreffenden Kompetenzen bis zu einer angeordneten Übertragung innehatte) die gesamte Erfüllungsverantwortung dauerhaft (und möglicherweise

auch definitiv) abtritt und sich jeglichen Einflusses auf die künftige Aufgabenerfüllung enthält. In solchen Konstellationen wäre es nachgerade absurd, eine Quasi-inhouse-Vergabe der empfangenden Stelle davon abhängig zu machen, ob die früher zuständigen Stellen gemeinsam mit der empfangenden Stelle die Kontrolle über die Quasi-inhouse-Gesellschaft ausüben.

d. Zwar kann eine innerstaatliche Kompetenzübertragung (die keinen öffentlichen Auftrag darstellt) auch dann vorliegen, wenn die übertragenden Stellen sich eine indirekte Rest-Einflussnahme vorbehalten, doch handelt es sich hier um eine rechtsfiktive Gleichstellung mit dem Fall der vollständigen Übertragung. Diese Gleichstellung ist nur überzeugend, solange diese Rest-Einflussnahme so gering ist, dass sie den vollständigen Übergang der Erfüllungsverantwortung nicht infrage stellt. Wo das aber zutrifft, muss eine Einflussnahme auf die Auftragsvergaben der empfangenden Stelle ausgeschlossen sein, weil ansonsten die Erfüllungsverantwortung nicht in hinreichendem Mass abgegeben worden ist. Daher ist auch bei Kompetenzübertragungen, bei denen eine Möglichkeit zur indirekten Rest-Einflussnahme bei den übertragenden Stellen bleibt, auf das (durch den EuGH im rapportierten Urteil, Rn. 70 aufgestellte) Erfordernis zu verzichten, wonach bei Quasi-inhouse-Vergaben der empfangenden Stelle auch die übertragenden Stellen Kontrolle über die auftragnehmende Gesellschaft ausüben müssten.