

DE

DE

DE



KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN

Brüssel, den 05.02.2008
C(2007)6661

MITTEILUNG DER KOMMISSION ZU AUSLEGUNGSFRAGEN

in Bezug auf die Anwendung der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen auf institutionalisierte Öffentlich Private Partnerschaften (IÖPP)

(Text von Bedeutung für den EWR)

MITTEILUNG DER KOMMISSION ZU AUSLEGUNGSFRAGEN

in Bezug auf die Anwendung der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen auf institutionalisierte Öffentlich Private Partnerschaften (IÖPP)

1. EINFÜHRUNG

In den vergangenen Jahren haben sich in vielen Bereichen öffentlich-private Partnerschaften (ÖPP) entwickelt. Charakteristisches Merkmal einer solchen, zumeist auf längere Zeit angelegten Zusammenarbeit ist die besondere Rolle des privaten Partners, der sich an verschiedenen Phasen eines bestimmten Projekts (Konzeption, Durchführung und Betrieb) beteiligt, der Risiken zu tragen hat, die traditionell durch den öffentlichen Sektor getragen wurden, und der oftmals zur Finanzierung des Projekts beiträgt.

Aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht steht es den öffentlichen Verwaltungen frei, eine Wirtschaftstätigkeit selbst auszuüben oder sie einem Dritten, beispielsweise einem im Rahmen einer ÖPP gegründeten gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, zu übertragen. Entscheiden sich öffentlichen Stellen jedoch dafür, Dritte in wirtschaftliche Tätigkeiten einzubinden, und wird diese Einbindung als öffentlicher Auftrag oder Konzession qualifiziert, so müssen die gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen beachtet werden. Durch diese Bestimmungen soll es – ganz im Sinne des Europäischen Binnenmarktes – allen interessierten Wirtschaftsteilnehmern ermöglicht werden, sich in einem fairen und transparenten Verfahren an Ausschreibungen für öffentliche Aufträge und Konzessionen zu beteiligen und durch den verstärkten Wettbewerb die Qualität derartiger Projekte zu heben und ihre Kosten zu senken¹.

Die öffentliche Konsultation zum Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und Konzessionen² hat ergeben³, dass hinsichtlich der Anwendung der gemeinschaftlichen Regelungen auf sogenannte „institutionalisierte“ ÖPP (IÖPP) erheblicher Klärungsbedarf besteht. Die Kommission versteht IÖPP als Zusammenarbeit zwischen öffentlichen und privaten Beteiligten, bei der gemischtwirtschaftliche Unternehmen gegründet werden, die öffentliche Aufträge oder Konzessionen durchführen⁴. Der private Beitrag zu einer IÖPP besteht – neben der Einbringung von Kapital oder anderer Vermögensgegenstände – in der aktiven

¹ Das Europäische Parlament hat in diesem Zusammenhang festgestellt, dass die Einhaltung dieser Regeln „ein wirksames Instrument zur Vermeidung unzumutbarer Wettbewerbsbeschränkungen sein kann, das gleichzeitig der öffentlichen Hand erlaubt, die Bedingungen hinsichtlich Qualität, Verfügbarkeit, Sozialstandards und Umweltauflagen selbst zu definieren und zu kontrollieren“ (Entschließung des Europäischen Parlaments zu dem Grünbuch der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse [P5_TA(2004)0018], Randnr. 32).

² KOM(2004) 327 vom 30.4.2004.

³ Mitteilung zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für das öffentliche Beschaffungswesen und Konzessionen, KOM[2005] 569 vom 15.11.2005, S. 9.

⁴ Die Mitgliedsstaaten verwenden in diesem Zusammenhang unterschiedliche Terminologien und Modelle (so zum Beispiel das Kooperationsmodell, Joint Ventures, Sociétés d'Economie Mixte).

Teilnahme an der Ausführung der Aufgabe, die dem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen übertragen wurde, und/oder in der Geschäftsführung der Gesellschaft. Demgegenüber stellt die reine Kapitalbeteiligung eines privaten Investors an einem öffentlichen Unternehmen keine IÖPP dar. Daher werden derartige Fälle von der vorliegenden Mitteilung nicht erfasst.

Die wahrgenommene mangelnde Rechtssicherheit hinsichtlich der Einbeziehung privater Partner in IÖPP kann den Erfolg derartiger Projekte beeinträchtigen oder öffentliche Stellen oder private Beteiligte sogar davon abhalten, IÖPP einzugehen, um das Risiko zu vermeiden, Strukturen zu schaffen, die auf Verträgen gründen, welche sich später als mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar erweisen.

Das Europäische Parlament hat in seiner Entschließung zu öffentlich-privaten Partnerschaften vom 26. Oktober 2006⁵ den Wunsch der Praxis nach einer Klärung der Anwendung des Vergaberechts auf die Gründung öffentlich-privater Unternehmen, die mit einer Auftrags- oder Konzessionsvergabe verbunden ist, bestätigt und hat die Kommission aufgefordert, baldmöglichst entsprechende Klarstellungen zu treffen.

Die Kommission legt in dieser Mitteilung dar, wie sie die Anwendung der gemeinschaftlichen Bestimmungen für öffentliche Aufträge und Konzessionen⁶ im Zusammenhang mit der Gründung und Führung von IÖPP versteht.⁷ Dadurch soll mehr Rechtssicherheit geschaffen und insbesondere der immer wieder geäußerten Sorge entgegengetreten werden, die Anwendung des Gemeinschaftsrechts auf die Einbeziehung privater Partner mache IÖPP unattraktiv oder sogar unmöglich. Die vorliegende Mitteilung ist Teil des Engagements der Kommission, im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse rechtliche Klärung herbeizuführen, so wie es in der Mitteilung der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen⁸ vom 20. November 2007 angekündigt wurde.

Mit dieser Mitteilung werden keine neuen rechtlichen Vorschriften geschaffen, sondern das Verständnis der Kommission des EG-Vertrags, der Richtlinien für das öffentliche Auftragswesen und der einschlägigen Urteile des Europäischen

⁵ P6_TA(2006)0462, Absatz 35.

⁶ „Öffentliche Baukonzessionen“ sind Verträge, die von öffentlichen Bauaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Bauleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht; „Dienstleistungskonzessionen“ sind Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht (vgl. Artikel 1 Absatz 2 [3] und [4] der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. L 134 vom 30.4.2004, S. 114.).

⁷ Die vorliegende Mitteilung umfasst nicht jene öffentlichen Dienstleistungsaufträge und Dienstleistungskonzessionen, auf die Artikel 5 Absätze 2 bis 7 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates (ABl. L 315 vom 3.12.2007, S. 1) Anwendung findet.

⁸ KOM(2007) 725 vom 20.11.2007; siehe auch das Arbeitspapier der Dienststellen der Kommission "Häufig gestellte Fragen zur Anwendung der Bestimmungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse" SEC(2007) 1514, das der Mitteilung vom 20.11.2007 beigelegt ist.

Gerichtshofes (EuGH) dargelegt. Die verbindliche Auslegung des Gemeinschaftsrechts bleibt jedenfalls Sache des EuGH.

2. DIE GRÜNDUNG EINER IÖPP

2.1. Grundsätze

Es gibt auf Gemeinschaftsebene kein spezifisches Regelwerk für die Gründung von IÖPP. Generell gilt jedoch, dass im Bereich der öffentlichen Aufträge und der Konzessionen der Gleichbehandlungsgrundsatz und dessen spezielle Ausprägungen wie das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sowie die Artikel 43 EG zur Niederlassungsfreiheit und 49 EG zur Dienstleistungsfreiheit in jenen Fällen anwendbar sind, in denen eine öffentliche Stelle einem Dritten die Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten überträgt.⁹ Die Grundsätze, die sich aus den Artikeln 43 und 49 EG ergeben, umfassen neben der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung insbesondere auch das Transparenzgebot, die gegenseitige Anerkennung und die Verhältnismäßigkeit¹⁰. Für Fälle, die in den Anwendungsbereich der Richtlinien über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge¹¹ (die „Vergaberichtlinien“) fallen, gelten detaillierte Bestimmungen.

Die Tatsache, dass eine private Partei und ein öffentlicher Auftraggeber¹² im Rahmen eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens zusammenarbeiten, kann nicht dazu führen, dass die rechtlichen Bestimmungen für öffentliche Aufträge und Konzessionen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge oder Konzessionen an diese private Partei oder das betreffende gemischtwirtschaftliche Unternehmen unbeachtet bleiben. Nach der Rechtsprechung des EuGH¹³ schließt die – auch nur minderheitliche – Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Gesellschaft, an der auch der betreffende öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, auf jeden Fall die Möglichkeit eines "in-house" Verhältnisses, auf das das Vergaberecht prinzipiell nicht anzuwenden wäre, zwischen diesem öffentlichen Auftraggeber und dieser Gesellschaft aus.¹⁴

⁹ Rechtssache C-458/03, Parking Brixen, Slg. 2005, I-8612, Randnr. 61.

¹⁰ Vgl. Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. C 121 vom 29.4.2000, S. 6.

¹¹ Richtlinie 2004/18/EG, siehe Fußnote 6 oben, und Richtlinie 2004/17/EG, ABl. L 134 vom 30.4.2004, S. 1.

¹² In dieser Mitteilung umfasst der Begriff „öffentliche Auftraggeber“ sowohl die öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Artikels 1 Absatz 9 der Richtlinie 2004/18/EG als auch die Auftraggeber im Sinne des Artikels 2 der Richtlinie 2004/17/EG.

¹³ Rechtssache C-26/03, Stadt Halle, Slg. 2005, I-1, Randnr. 49.

¹⁴ Nach der Rechtsprechung des EuGH (Rechtssache C-410/04, ANAV, Slg. 2006, I-3303, Randnr. 30ff.) ist es jedoch nicht nur die tatsächliche Beteiligung eines privaten Dritten am Kapital eines öffentlichen Unternehmens, sondern bereits die Absicht eines öffentlichen Auftraggebers, das Kapital einer Tochtergesellschaft für private Dritte zu öffnen, die den "in-house" Status eines öffentlichen Unternehmens ausschließt. Mit anderen Worten können öffentliche Aufträge oder Konzessionen nicht "in-house" an öffentliche Unternehmen vergeben werden, deren Kapital während der Laufzeit der betreffenden öffentlichen Aufträge oder Konzessionen gegenüber Privaten geöffnet werden soll. Hingegen steht nach Auffassung der Kommission allein die theoretische Möglichkeit der Beteiligung eines Privaten an dem Kapital eines öffentlichen Unternehmens dem in-house Verhältnis dieses Unternehmens zu einem öffentlichen Auftraggeber nicht entgegen.

2.2. Der Gründungsvorgang

In der Praxis erfolgt die Errichtung einer IÖPP üblicherweise

- entweder durch die Gründung eines neuen Unternehmens, dessen Kapital vom öffentlichen Auftraggeber und dem privaten Partner – in manchen Fällen auch von mehreren öffentlichen Auftraggebern und/oder mehreren privaten Partnern – gemeinsam gehalten wird, und der Vergabe eines öffentlichen Auftrags oder einer Konzession an dieses neugegründete gemischtwirtschaftliche Unternehmen
- oder aber durch die Beteiligung eines privaten Partners an einem bestehenden öffentlichen Unternehmen, das öffentliche Aufträge oder Konzessionen im Rahmen eines "in-house" Verhältnisses bereits in der Vergangenheit erhalten hat.

Unabhängig von der Art der Gründung einer IÖPP verlangt das gemeinschaftliche Vergabe- und Konzessionsrecht von öffentlichen Auftraggebern ein faires und transparentes Verfahren einzuhalten, und zwar entweder, wenn sie einen privaten Partner auswählen¹⁵, der durch seine Beteiligung an der IÖPP Warenlieferungen, Bau- oder Dienstleistungen erbringt, oder wenn sie einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen einen öffentlichen Auftrag oder eine Konzession übertragen.¹⁶ Es ist zu betonen, dass öffentliche Auftraggeber keinesfalls "eine Verfahrensgestaltung wählen könnten, die die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge an gemischtwirtschaftliche Unternehmen verschleiern soll".¹⁷

Jedenfalls wäre nach Auffassung der Kommission eine doppelte Ausschreibung, d.h. eine Ausschreibung für die Auswahl des privaten Partners der IÖPP und eine weitere Ausschreibung für die Vergabe des öffentlichen Auftrags bzw. der Konzession an das gemischtwirtschaftliche Unternehmen, nicht praktikabel.

Ein möglicher Weg zur Gründung einer IÖPP, der nach Ansicht der Kommission mit den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts vereinbar ist und zugleich eine doppelte Ausschreibung verhindert, stellt sich folgendermaßen dar: Der private Partner der IÖPP wird durch ein Verfahren ausgewählt, dessen Gegenstand sowohl der öffentliche Auftrag oder die Konzession ist,¹⁸ der bzw. die dem zu gründenden gemischtwirtschaftlichen Unternehmen übertragen werden soll, wie auch der Beitrag des privaten Partners zur Abwicklung dieser Aufgaben und/oder zur Geschäftsführung des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens. Die Auswahl des

¹⁵ Eine faire und transparente Auswahl des privaten Partners einer IÖPP gewährleistet, dass dem Ziel eines freien unverzerrten Wettbewerbs entsprochen und der Gleichbehandlungsgrundsatz eingehalten wird, insbesondere indem das Entstehen unbegründeter Vorteile des an der IÖPP beteiligten privaten Unternehmens gegenüber seinen Konkurrenten vermieden wird. Die Gründung einer IÖPP durch die faire und transparente Auswahl des privaten Partners für das gemischtwirtschaftliche Unternehmen trägt dadurch den diesbezüglichen Bedenken des EuGH, die dieser in der Rechtssache Stadt Halle, siehe Fußnote 13 oben, in der Randnr. 51 zum Ausdruck gebracht hat, Rechnung.

¹⁶ Öffentliche Auftraggeber, deren Aufträge von der Richtlinie 2004/17/EG erfasst werden, sind berechtigt, Aufträge direkt an verbundene Unternehmen im Sinne des Artikels 23 dieser Richtlinie zu vergeben.

¹⁷ Rechtssache C-29/04, Kommission gegen Österreich, Slg. 2005, I-9705, Randn. 42.

¹⁸ Soweit die betreffende IÖPP durch die Beteiligung eines privaten Partners an einem bestehenden öffentlichen Unternehmen gegründet worden ist, kann auch die Übertragung jener öffentlichen Aufträge oder Konzessionen Gegenstand des Auswahlverfahrens des privaten Partners dieser IÖPP sein, die in der Vergangenheit von dem betreffenden öffentlichen Unternehmen "in-house" ausgeführt wurden.

privaten Partners geht einher mit der Gründung der IÖPP und der Übertragung der jeweiligen wirtschaftlichen Aufgaben auf das gemischtwirtschaftliche Unternehmen.

2.3. Die Auswahl privater Partner für IÖPP

2.3.1. Rechtlicher Rahmen

Wenn es sich bei der Aufgabe, die der IÖPP übertragen wird, um einen öffentlichen Auftrag handelt, der vollständig in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien fällt, so richtet sich das Verfahren für die Auswahl des privaten Partners nach diesen Richtlinien. Handelt es sich bei den Aufgaben um Baukonzessionen oder öffentliche Aufträge, die nur zum Teil von den Richtlinien erfasst sind, so kommen neben den entsprechenden Bestimmungen der Richtlinien die aus dem EG-Vertrag abgeleiteten wesentlichen Grundsätze zur Anwendung. Soweit Dienstleistungen des Anhangs II B der Richtlinie 2004/18/EG betroffen sind, kommen die wesentlichen Grundsätze des EG-Vertrags, so wie sie sich aus den Artikeln 43 und 49 ergeben, dann zur Anwendung, wenn erwartet werden kann, dass die betreffenden Aufträge für Unternehmen, die in einem anderen als demjenigen Mitgliedstaat niedergelassen sind, dem der öffentliche Auftraggeber angehört, von eindeutigem Interesse sind.¹⁹ Wenn es sich schließlich um eine Dienstleistungskonzession handelt, muss die Auswahl des privaten Partners gemäß den Grundsätzen des EG-Vertrags erfolgen.

Die in dem vorliegenden Dokument zitierte Rechtsprechung bezieht sich zum Teil auf öffentliche Aufträge, die vollständig von den Vergaberichtlinien erfasst sind. Da diese Rechtsprechung jedoch oftmals auf den Grundsätzen des EG-Vertrags basiert, kann sie durchaus auch auf die Anwendung des Gemeinschaftsrechts auf andere Situationen, wie zum Beispiel Konzessionen oder öffentliche Aufträge, die nicht oder nicht vollständig von den Vergaberichtlinien erfasst werden²⁰, anwendbar sein.

2.3.2. Verfahren der Auftragsvergabe

Soweit die Gründung einer IÖPP die Übertragung eines öffentlichen Auftrags, der von der Richtlinie 2004/18/EG vollständig erfasst ist, an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen mit sich bringt, bieten das offene und nichtoffene Verfahren, so wie in dieser Richtlinie definiert, aufgrund der besonderen finanziellen und rechtlichen Komplexität derartiger Aufträge, eventuell nicht ausreichende Flexibilität. Für derartige Fälle hat die Richtlinie 2004/18/EG den Wettbewerblichen Dialog²¹ als neues innovatives Verfahren eingeführt, das nicht nur darauf abzielt, den Wettbewerb zwischen Wirtschaftsteilnehmern zu gewährleisten, sondern auch dem Erfordernis gerecht zu werden, dass der öffentliche Auftraggeber alle Aspekte des Auftrags mit jedem Bewerber erörtern kann²².

¹⁹ Rechtssache C-507/03, Kommission gegen Irland, [2007], Randnote 32, noch nicht in den Slg. veröffentlicht.

²⁰ Zur Klärung der Vergabe solcher Aufträge siehe die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, ABl. C 179 vom 1.8.2006, Seite 2. Einige Mitgliedstaaten und das Europäische Parlament haben beim Gericht erster Instanz die Aufhebung der Mitteilung beantragt. Zum Zeitpunkt der Annahme der vorliegenden Mitteilung ist das Verfahren noch beim Gericht erster Instanz anhängig.

²¹ Artikel 29 der Richtlinie 2004/18/EG.

²² Erwägungsgrund 31 der Richtlinie 2004/18/EG.

Das Verhandlungsverfahren mit Veröffentlichung einer Bekanntmachung kann bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, die von der Richtlinie 2004/18/EG vollständig erfasst sind, nur in Ausnahmefällen zur Anwendung gelangen.²³ Dem gegenüber können öffentliche Auftraggeber immer auf das Verhandlungsverfahren zurückgreifen, wenn sie Konzessionen übertragen oder wenn sie öffentliche Aufträge erteilen, die von der Richtlinie 2004/18/EG nicht oder nur teilweise erfasst sind.

2.3.3. *Informationen über das Vorhaben*

Wenn die öffentliche Aufgabe, die mit der Gründung einer IÖPP verbunden ist, in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien oder sektor-spezifischer Gemeinschaftsregeln, welche Vergabeverpflichtungen enthalten²⁴, fällt, müssen besondere Publikationsanforderungen eingehalten werden²⁵. Was jene Verträge, die nicht von den Richtlinien erfasst werden, und Dienstleistungskonzessionen betrifft, verlangen die sich aus dem EG-Vertrag ergebenden Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung²⁶, dass potenziellen Bietern der gleiche Zugang zu angemessenen Informationen über die Absicht der öffentlichen Hand, ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen zu errichten und an dieses einen öffentlichen Auftrag oder eine Konzession zu vergeben, eingeräumt wird. Angemessene Information kann am besten gewährleistet werden, indem vor der Auswahl des privaten Partners eine Bekanntmachung veröffentlicht wird, die potenziellen Interessenten hinreichend zugänglich ist.

2.3.4. *Zulässige Eignungs- und Zuschlagskriterien und Bekanntmachungsvorschriften für diese Kriterien*

Nach Auffassung der Kommission verpflichtet das Gemeinschaftsrecht den öffentlichen Auftraggeber zur Bekanntmachung von Eignungs- und Zuschlagskriterien, um den privaten Partner der IÖPP auszuwählen. Die entsprechenden Kriterien müssen dem Grundsatz der Gleichbehandlung entsprechen. Dies gilt für öffentliche Aufträge, die vollständig in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien fallen,²⁷ sowie, der Auffassung der Kommission zufolge, für andere öffentliche Aufträge und Konzessionen. Die Auswahl der Bieter und der Kandidaten zur Teilnahme an dem Vergabeverfahren und die Wahl zwischen den Angeboten haben auf Grundlage dieser Kriterien zu erfolgen. Das Verfahren ist gemäß der ursprünglich festgelegten Regeln und grundsätzlichen Anforderungen durchzuführen²⁸.

²³ Siehe Artikel 30 und 31 der Richtlinie 2004/18/EG.

²⁴ Siehe zum Beispiel Artikel 4 der Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 des Rates über den Zugang von Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft zu Strecken des innergemeinschaftlichen Flugverkehrs, ABl. L 15 vom 23.1.1993, S. 33.

²⁵ Siehe Artikel 41 ff der Richtlinie 2004/17/EG und Artikel 35 und 36 der Richtlinie 2004/18/EG.

²⁶ Rechtssache C-324/98, Telaustria, Slg. 2000, I-10745, Randnr. 60 und 61.

²⁷ Rechtssache C-19/00, SIAC Constructions, Slg. 2001, I-7725, Randnr. 41-45; Rechtssache C-31/87, Beentjes, Slg. 1988, S. 4635, Randnr. 29ff.

²⁸ Selbst wenn in den Spezifikationen die Möglichkeit vorgesehen ist, dass Kandidaten technische Verbesserungen für die vom öffentlichen Auftraggeber vorgeschlagenen Lösungen vornehmen (was bei IÖPP häufig der Fall sein wird), dürfen solche Änderungen nicht die grundsätzlichen Anforderungen des Projekts betreffen und müssen begrenzt werden.

Die Vergaberichtlinien enthalten objektive Anforderungen hinsichtlich der persönlichen Eigenschaften des privaten Partners, wie die persönliche Lage des Bewerbers, seine wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit, die jeweilige Befähigung zur Berufsausübung und seine technische und/oder berufliche Leistungsfähigkeit.²⁹ Diese Kriterien können auch auf die Verfahren zur Vergabe von Konzessionen und solcher öffentlicher Aufträge angewendet werden, die nicht vollständig von den Vergaberichtlinien erfasst sind.

Im Bereich der sozialen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse brachte das Arbeitspapier der Dienststellen der Kommission "Häufig gestellte Fragen zur Anwendung der Bestimmungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse"³⁰ Klärung hinsichtlich zulässiger Auswahl und Zuschlagskriterien.

2.3.5. *Besondere Elemente der Satzung, der Gesellschaftervereinbarung und des öffentlichen Auftrags oder der Konzession*

Die Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung schließen eine Verpflichtung zur Transparenz mit ein, die darin besteht, zugunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet³¹. Im Rahmen der Gründung von IÖPP bedeutet diese Verpflichtung nach Ansicht der Kommission, dass der öffentliche Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen über Folgendes grundsätzliche Informationen bekanntmacht: die öffentlichen Aufträge und/oder Konzessionen, die an das zukünftige gemischtwirtschaftliche Unternehmen vergeben werden sollen, den Gesellschaftsvertrag, die Gesellschaftervereinbarung sowie alle anderen Elemente, die einerseits die vertragliche Beziehung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem privaten Partner, und andererseits die vertragliche Beziehung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem zukünftigen gemischtwirtschaftlichen Unternehmen festlegen. Wenn der öffentliche Auftraggeber den Wettbewerblichen Dialog oder das Verhandlungsverfahren anwendet, müssen einige dieser Informationen nicht im Vorhinein festgelegt werden; sie können im Dialog oder in Verhandlung mit den Bewerbern gefunden und ausgestaltet werden. Die Ausschreibung sollte Informationen hinsichtlich der ins Auge gefassten Dauer des öffentlichen Auftrages oder der Konzession, der bzw. die von dem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen ausgeführt werden soll, beinhalten.

Nach Meinung der Kommission verlangt der Grundsatz der Transparenz, dass mögliche Erneuerungen oder Änderungen der öffentlichen Aufträge oder Konzessionen, die dem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen ursprünglich übertragen wurden, sowie mögliche Zuweisungen zusätzlicher Aufgaben in den Ausschreibungsunterlagen veröffentlicht werden. Die Ausschreibungsunterlagen sollten zumindest Angaben zur Anzahl und zu den Voraussetzungen der Ausübung derartiger Optionen enthalten. Die entsprechende Information sollte ausreichend detailliert sein, um einen fairen und wirkungsvollen Wettbewerb zu gewährleisten.

²⁹ Artikel 45 bis 48 der Richtlinie 2004/18/EG und Artikel 54 der Richtlinie 2004/17/EG.

³⁰ Siehe Fußnote 8 oben.

³¹ Rechtssache C-324/98, Telaustria, siehe Fußnote 26 oben, Randnr. 62; Rechtssache C-458/03, Parking Brixen, siehe Fußnote 9 oben, Randnr. 49.

Es ist ratsam, dass der Vertrag zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem privaten Partner von Anfang an festlegt, was zu geschehen hat, wenn das gemischtwirtschaftliche Unternehmen zukünftig keine öffentlichen Aufträge erhält bzw. bereits erteilte öffentliche Aufträge nicht verlängert werden. Aus der Sicht der Kommission sollte der Gesellschaftsvertrag so formuliert sein, dass ein zukünftiger Wechsel des privaten Partners möglich ist. Da der private Partner nicht automatisch von der Teilnahme an weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen werden kann, muss der öffentliche Auftraggeber bei diesen Verfahren besondere Aufmerksamkeit auf die Verpflichtung zur Transparenz und zur Gleichbehandlung aller Bieter richten.

3. DIE PHASE NACH GRÜNDUNG DER IÖPP

Der EuGH hat festgestellt, dass Unternehmen, deren Kapital wenn auch nur teilweise privaten Unternehmen geöffnet ist, im Hinblick auf die beteiligten öffentlichen Stellen nicht als Strukturen der „internen“ Verwaltung einer öffentlichen Dienstleistung angesehen werden können.³² Dies hat zur Folge, dass Vergaberegeln, unabhängig davon, ob sie sich aus dem EG-Vertrag oder den Vergaberichtlinien ergeben, zu beachten sind, wenn gemischtwirtschaftlichen Unternehmen öffentliche Aufträge oder Konzessionen übertragen werden, es sei denn, die Vergabe dieser Aufträge erfolgte bereits im Rahmen einer wettbewerbsgerechten Ausschreibung zur Gründung des betreffenden Unternehmens. Mit anderen Worten: IÖPP müssen innerhalb der Grenzen ihres ursprünglichen Unternehmensgegenstandes arbeiten und können grundsätzlich ohne ein Verfahren, das dem gemeinschaftlichen Vergabe- und Konzessionsrecht entspricht, keine weiteren öffentlichen Aufträge oder Konzessionen erhalten.

Da eine IÖPP jedoch regelmäßig gegründet wird, um über einen längeren Zeitraum eine Leistung zu erbringen, muss sie sich an bestimmte Veränderungen des wirtschaftlichen, rechtlichen oder technischen Umfelds anpassen können. Die gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen schließen die Möglichkeit, solche Entwicklungen zu berücksichtigen, nicht aus, sofern dies unter Wahrung der Grundsätze der Gleichbehandlung³³ und der Transparenz³⁴ geschieht. Möchte der Auftraggeber die Möglichkeit bewahren, aus bestimmten Gründen einige Ausschreibungsbedingungen nach Zuschlagserteilung abzuändern, muss er eine solche Änderungsmöglichkeit ebenso wie die Modalitäten ihrer Durchführung in der Ausschreibungsbekanntmachung oder den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich festlegen und den Rahmen für den Ablauf des Verfahrens vorgeben, so dass sämtliche am Auftrag interessierten Unternehmen hiervon von Anfang an Kenntnis haben und daher bei der Abfassung ihres Angebots gleichgestellt sind.³⁵

³² Rechtssache C-231/03, Coname, Slg. 2005, I-7287, Randnr. 26; Rechtssache C-410/04, ANAV, siehe Fußnote 14 oben, Randnr. 32.

³³ Siehe etwa verbundene Rechtssachen C-285/99 and C-286/99, Lombardini and Mantovani, Slg. 2001 I-9233, Randnr. 37, und Rechtssache C-315/01, GAT, Slg. 2003 I-6351, Randnr. 73.

³⁴ Siehe etwa Rechtssache C-92/00, HI, Slg. 2002 I-5553, Randnr. 45, und Rechtssache C-470/99, Universale-Bau u.a., Slg. 2002, I-11617, Randnr. 91.

³⁵ Rechtssache C-496/99, Kommission gegen CAS Succhi di Frutta SpA, Slg. 2004, I 3801, Randnr.118.

Veränderungen wesentlicher Bestimmungen dieser Verträge, die nicht durch die ursprünglichen Angebotsunterlagen vorgesehen waren, erfordern ein neues Vergabeverfahren³⁶. Der EuGH erachtet die Bestimmung eines Vertrages insbesondere dann als wesentlich, wenn es sich dabei um eine Bedingung handelt, die den Bietern, wenn sie in der Ausschreibungsbekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen enthalten gewesen wäre, die Abgabe eines erheblich abweichenden Angebots erlaubt hätte.³⁷ Beispiele für wesentliche Bestimmungen eines Vertrags umfassen den Umfang von Bau- oder Dienstleistungen, die durch den Auftragnehmer zu erbringen sind, oder die Gebühren, die der Nutzer der Dienstleistung dem Auftragnehmer zu zahlen hat.

Es ist darauf hinzuweisen, dass im sekundären Gemeinschaftsrecht für öffentliche Aufträge und Baukonzessionen Ausnahmesituationen festgelegt sind, in denen zusätzliche Bau- und Dienstleistungen, die ursprünglich nicht vom Vorhaben umfasst waren, ohne eine vorherige Ausschreibung direkt vergeben werden können³⁸.

Dem Gemeinschaftsrecht zufolge steht es dem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen – genau so wie anderen Wirtschaftsteilnehmern – frei, sich an öffentlichen Ausschreibungen zu beteiligen³⁹. Dies gilt auch für Vergabeverfahren, die durch eine wesentliche Änderung oder Verlängerung der öffentlichen Aufträge oder Konzessionen, die das gemischtwirtschaftliche Unternehmen bereits innehat, notwendig geworden sind. Der öffentliche Auftraggeber muss in einem solchen Fall besondere Aufmerksamkeit auf die Verpflichtung zur Transparenz und zur Gleichbehandlung aller Bieter richten. Besondere Vorkehrungen sind zu treffen, um sicherzustellen, dass eine strikte Trennung zwischen den Personen, die für den öffentlichen Auftraggeber die Ausschreibung vorbereiten und über die Vergabe entscheiden, und den Personen, die die IÖPP leiten, gegeben ist und dass keine vertraulichen Informationen vom öffentlichen Auftraggeber zur IÖPP gelangen.

³⁶ Rechtssache C-337/98, Kommission gegen Frankreich, Slg. 2000, I-8377, Randnr. 50.

³⁷ Rechtssache C-496/99, Kommission gegen CAS Succhi di Frutta SpA, siehe Fußnote 35 oben, Randnr. 116f.

³⁸ Artikel 31 und 61 der Richtlinie 2004/18/EG und Artikel 40 Abs. 3 (f) und (g) der Richtlinie 2004/17/EG. Nach Ansicht der Kommission können die einschlägigen Ausnahmen auch auf die Vergabe von Aufträgen angewendet werden, die nicht von den Richtlinien erfasst sind, wie etwa Dienstleistungskonzessionen (siehe die Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs in der Rechtssache C-525/03, Kommission gegen Italien, Randnr. 46 bis 48). Grundsätzlich hält die Kommission Änderungen wesentlicher Bestimmungen von Dienstleistungskonzessionen, die in den Verdingungsunterlagen nicht vorgesehen worden sind, nur dann für akzeptabel, wenn diese Änderungen durch unvorgesehene Umstände notwendig geworden sind, die keiner der Vertragsparteien zurechenbar sind, oder wenn derartige Änderungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind (Artikel 46 EG-Vertrag).

³⁹ Nach Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 2004/18/EG müssen die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass die Teilnahme einer „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ als Bieter in einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge keine Wettbewerbsverzerrungen gegenüber privaten Bietern verursacht.