

Aggerverband ▪ Bergisch-Rheinischer Wasserverband
Erftverband ▪ Emschergenossenschaft ▪ Linksniederrheinische
Entwässerungs-Genossenschaft ▪ Lippeverband ▪ Niersverband
Wasserverband Eifel-Rur ▪ Ruhrverband ▪ Wupperverband



Arbeitsgemeinschaft der
Wasserwirtschaftsverbände
in Nordrhein-Westfalen

**agw-Stellungnahme über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens - Wege zu einem effizienteren europäischen Markt für öffentliche Aufträge vom 27.1.2011
KOM (2011)15 endgültig**

Bergheim, den 15.04.2011

Paffendorfer Weg 42
50126 Bergheim

Telefon 02271 88-1339
Telefax 02271 88-1365

www.agw-nw.de
info@agw-nw.de

Die in der **agw** zusammengeschlossenen Wasserwirtschaftsverbände in Nordrhein-Westfalen begrüßen die Vorlage des von der EU-Kommission verabschiedeten Grünbuchs „über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens - Wege zu einem effizienteren europäischen Markt für öffentliche Aufträge“. Die **agw** bittet die Vertreter der EU-Kommission, des Europäischen Parlaments sowie die Vertreter von Bund und Ländern im Konsultationsprozess unsere Anmerkungen und Vorschläge zu berücksichtigen.

Zu 2.3: Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit

Prämissen der Kommission:

EU-Kommission:

Die Kommission geht davon aus, dass die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit „in den letzten Jahrzehnten strittige Debatten ausgelöst hat, ob und in welchem Umfang Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge auf zwischen öffentlichen Behörden vergebene Aufträge Anwendung finden sollten.

agw-Position:

In Deutschland hat eine solche Debatte nicht stattgefunden. Worüber debattiert wurde war die Frage, in wieweit private Zwangsmitglieder in öffentlichen Körperschaften das Wesen dieser Körperschaften verändern und die Anwendung des Vergaberechts erfordern. Beispiel ist die Übertragung des Kanalnetzes der Stadt Hamm an den Lippeverband. Die Rechtmäßigkeit dieser Übertragung ist zwischenzeitlich auch durch die Kommission anerkannt.

EU-Kommission:

Der Grundsatz des fairen und offenen Wettbewerbs untersagt es, dass zwischen öffentlichen Behörden vergebene Aufträge automatisch vom Anwendungsbereich der EU-Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen werden.

agw-Position:

An diesem Punkt ist zu hinterfragen ob überhaupt ein Markt für solche Leistungen existiert und ob es sich um Leistungen im Rahmen der Daseinsvorsorge handelt. Für den letztgenannten Fall ist die Anwendung des Vergaberechts nicht erforderlich.

EU-Kommission:

Abgesehen von diesen beiden Formen der Zusammenarbeit muss auf einen weiteren Fall eingegangen werden, der nicht die „Zusammenarbeit“ zwischen mehreren öffentlichen Auftraggebern im engeren Sinne, sondern vielmehr die Übertragung der Zuständigkeit für eine öffentliche Aufgabe von einer Behörde auf eine andere betrifft. Solch ein Zuständigkeitstransfer fällt nicht in den Anwendungsbereich der EU-Richtlinien

für das öffentliche Auftragswesen, wenn die Zuständigkeit als solche insgesamt übertragen wird....

agw-Position:

Dies betrifft zum Beispiel in Deutschland die Übertragung von Pflichtaufgaben der Kommunen an andere öffentliche Körperschaften. Diese Praxis hat sich bewährt und sollte auch weiterhin nicht unter den Anwendungsbereich der EU-Vergaberichtlinien fallen.

EU-Kommission:

Aus dem Fallrecht des EuGH⁵² scheint klar hervorzugehen, dass jegliche öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit, die von der Anwendung der EU-Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens ausgenommen ist, rein öffentlich bleiben muss. Die Beteiligung mit privatem Kapital an einer der kooperierenden Einrichtungen sorgt folglich dafür, dass die Zusammenarbeit nicht von den Verfahrensvorschriften für öffentliche Aufträge ausgenommen ist.

agw-Position:

Wir weisen darauf hin, dass zwischen privaten Kapitalbeteiligungen und privaten Zwangsmitgliedschaften in öffentlichen Körperschaften, in denen diese keine Anteile an den Assets besitzen, zu unterscheiden ist. Siehe unsere erste Anmerkung zu den Prämissen der Kommission.

Zu den Fragen im Einzelnen:

Frage 30: *Halten Sie es im Lichte der vorstehenden Ausführungen für nützlich, auf EU-Ebene legislative Regeln für den Anwendungsbereich und die Kriterien für eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit einzuführen?*

agw-Position:

Die **agw** schlägt vor, die Gestaltungsmöglichkeiten öffentlicher Körperschaften, z.B. der Kommunen, zu erhalten. Damit können diese ihrer Gewährleistungsverpflichtung von Leitungen der Daseinsvorsorge entsprechend der Situation vor Ort optimal nachkommen. Die Gründung von, der Beitritt zu und die Kooperation zwischen öffentlichen Körperschaften ist ein administrativer Akt innerhalb der Mitgliedsstaaten, der nicht den europäischen Vergabebestimmungen unterliegen sollte.

Frage 31: *Sind Sie der Meinung, dass ein Konzept mit bestimmten gemeinsamen Kriterien für bislang ausgenommene Formen der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit entwickelt werden sollte? Was wären Ihrer Auffassung nach die wesentlichen Bestandteile eines solchen Konzepts?*

agw-Position:

Nach Auffassung der **agw** ist sinnvoll, ein Konzept mit bestimmten gemeinsamen Kriterien in eine Novelle des geltenden Vergaberechts aufzunehmen. Das könnte beispielsweise im Rahmen einer Definition des

öffentlichen Auftrags geschehen. Eine bloße Erwähnung in den Erwägungsgründen ist aus unserer Sicht nicht ausreichend.

Ein solches Konzept sollte die Gründe des EuGH-Urteils in der Entscheidung Abfallentsorgung Hamburg (RS C– 480/06) berücksichtigen. Eine ausschreibungsfreie öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit würde danach voraussetzen, dass an keiner der beteiligten Körperschaften eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung von juristischen Personen des Privatrechts gegeben ist. Es muss aber möglich sein, dass öffentlich-rechtliche Körperschaften privatrechtliche Mitglieder haben, wenn die Mitgliedschaft durch Gesetz begründet ist, diese also Zwangsmitglieder sind. Die Europäische Kommission hat eine solche Zwangsmitgliedschaft im Verfahren Abwasserentsorgung Hamburg für unschädlich gehalten (Fall 2007/4504).

Es muss sich weiter um eine Aufgabe handeln, die den Vertragsparteien als Aufgabe im Allgemeinen oder allgemeinen wirtschaftlichen Interesse durch Gesetz zugewiesen wurde. Die Vereinbarung muss das Ziel haben, diese Aufgaben gemeinsam zu erfüllen und sich dabei auch gegenseitig Beistand zu leisten.

Gewinnerzielungsabsichten sollten dabei nicht im Vordergrund stehen. Es sollte aber zulässig sein, Zahlungspflichten in der Weise zu vereinbaren, dass die mit dem Erfüllen der Aufgabe verbundenen Kosten erstattet werden.

Frage 32: *Oder würden Sie für verschiedene Formen der Zusammenarbeit spezifische Bestimmungen im Sinne des EuGH-Fallrechts bevorzugen (z. B. „In-house“- und horizontale Zusammenarbeit)? Wenn ja, bitte erläutern Sie die Gründe dafür und um welche Bestimmungen es sich handeln sollte?*

agw-Position:

Siehe unsere Anmerkungen zur Frage 31.

Frage 33: *Sollten die EU-Regeln auch einen Zuständigkeitstransfer abdecken? Bitte erläutern Sie die Gründe.*

agw-Position:

Bei dieser Frage geht es um die Übertragung von Pflichtaufgaben (Zuständigkeiten) an andere öffentliche Körperschaften. Die **agw** lehnt EU-Regeln für einen Zuständigkeitstransfer ab. Bei einem solchen Transfer handelt es sich um innerstaatliche Verwaltungsakte, für die es keiner zusätzlichen EU-Regelung bedarf.