

## Wichtige EuGH-Urteile zur (kommunalen) Daseinsvorsorge

### C-107/98 „TECKAL“ vom 18.11.1999: Entwicklung der sog. TECKAL-KRITERIEN (Randnotiz 50) und Reichweite der Vergabe-RL (Randnotiz 38)

38.

Aus Artikel 2 der Richtlinie 92/50 ergibt sich *e contrario*, dass ein öffentlicher Auftrag unter die Richtlinie 93/36 fällt, wenn er sich gleichzeitig auf Waren im Sinne der Richtlinie 93/36 und auf Dienstleistungen im Sinne der Richtlinie 92/50 bezieht und der Wert der betreffenden Waren denjenigen der in den Auftrag einbezogenen Dienstleistungen übersteigt.

50.

Dazu genügt es nach Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 93/36 grundsätzlich, dass der Vertrag zwischen einer Gebietskörperschaft und einer rechtlich von dieser verschiedenen Person geschlossen wurde. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine KONTROLLE ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit IM WESENTLICHEN für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben.

### C-379/98 „Preussen-Elektra“ vom 13.03.2001: Definition Beihilfe „Klima- und Umweltschutz sind vorrangige Güter, die die potentielle Behinderung des innergemeinschaftlichen Handels rechtfertigen können. Das (deutsche) Energie-Einspeisegesetz stellt keine Beihilfe dar, da weder unmittelbare noch mittelbare staatliche Hilfen fließen, keine Ausweitung Art. 92 EGV (13.03.2001)“

### C-92/00 Stadt Wien: überholt, bezieht sich auf Überprüfung der Rechtsmittel bei Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (18.06.2002)

### C-513/99 „Concordia/Finnland“ vom 17.09.2002 – (ökolog.) Zuschlagskriterien

4.

Artikel 36 der Richtlinie 92/50, der die Überschrift „Zuschlagskriterien“ trägt, lautet wie folgt:

„(1) Der Auftraggeber wendet unbeschadet der für die Vergütung von bestimmten Dienstleistungen geltenden einzelstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften bei der Erteilung des Zuschlags folgende Kriterien an:

a) entweder - wenn der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt - verschiedene auf den jeweiligen Auftrag bezogene Kriterien, z. B. Qualität, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit der Leistung, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt, Ausführungszeitraum oder -frist, Preis,

b) oder ausschließlich das Kriterium des niedrigsten Preises.

*(2) Bei Aufträgen, die auf das wirtschaftlich günstigste Angebot vergeben werden sollen, geben die Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen oder in der Vergabebekanntmachung alle Zuschlagskriterien an, deren Verwendung sie vorsehen, möglichst in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung.*

53

*Nach Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50 kann der Auftraggeber bei der Erteilung des Zuschlags - wenn der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt - verschiedene auf den jeweiligen Auftrag bezogene Kriterien, zum Beispiel Qualität, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit der Leistung, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt, Ausführungszeitraum oder -frist und Preis, anwenden.*

54.

*Um zu bestimmen, ob und unter welchen Voraussetzungen der Auftraggeber nach Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe a Umweltschutzkriterien berücksichtigen kann, ist erstens festzustellen, dass - wie eindeutig aus dem Wortlaut dieser Vorschrift und insbesondere aus der Verwendung des Ausdrucks „zum Beispiel“ hervorgeht - die Kriterien, die als Kriterien für die Erteilung des Zuschlags für einen öffentlichen Auftrag an das wirtschaftlich günstigste Angebot festgelegt werden können, nicht abschließend aufgezählt sind.*

55.

*Zweitens darf Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe a nicht dahin ausgelegt werden, dass jedes Vergabekriterium, das der Auftraggeber festgelegt hat, um das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln, notwendigerweise rein wirtschaftlicher Art sein muss. Es kann nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass Faktoren, die nicht rein wirtschaftlich sind, sich auf den Wert eines Angebots für diesen Auftraggeber auswirken können.*

61.

*Außerdem geht ebenfalls aus der Rechtsprechung hervor, dass ein Zuschlagskriterium, das einem öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe des Auftrags an einen Bieter eine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen würde, unvereinbar mit Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50 wäre (siehe in diesem Sinne Urteile Beentjes, Randnr. 26, und SIAC Construction, Randnr. 37).*

62.

*Sodann ist festzustellen, dass die zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots festgelegten Kriterien unter Beachtung aller Verfahrensvorschriften der Richtlinie 92/50, insbesondere der Publizitätsvorschriften, angewendet werden müssen. Gemäß Artikel 36 Absatz 2 dieser Richtlinie müssen daher alle derartigen Kriterien im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung des Auftrags ausdrücklich angegeben werden, wenn möglich in absteigender Reihenfolge der ihnen zugemessenen Bedeutung, damit die Unternehmer in der Lage sind, vom Bestehen und von der Tragweite dieser Kriterien Kenntnis zu nehmen...*

64.

*Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass der öffentliche Auftraggeber, wenn er beschließt, einen Auftrag an den Bieter zu vergeben, der das wirtschaftlich günstigste Angebot gemäß Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50 abgegeben hat, Umweltschutzkriterien berücksichtigen darf, sofern diese Kriterien mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen, diesem Auftraggeber keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen, im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung des Auftrags ausdrücklich genannt sind und bei ihnen alle wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, vor allem das Diskriminierungsverbot, beachtet werden.*

**C-26/03 „STADT HALLE“ vom 11.01.2003. Erstmals DEFINITION des Anteils PRIVATEN Kapitals, abgeleitet vom Kontrollprinzips, der eine In-House-Vergabe ausschließt. Im vorliegenden Fall genügt bereits 1 % um freihändige Vergabe auszuschließen.**

4

... Die Verfahren, auf die sich diese Vorschrift bezieht, sind das „offene Verfahren“, das „nichtoffene Verfahren“ und das „Verhandlungsverfahren“.

33

...Beschließt ein öffentlicher Auftraggeber, kein Vergabeverfahren einzuleiten, weil der Auftrag seiner Auffassung nach nicht in den Anwendungsbereich der einschlägigen Gemeinschaftsvorschriften fällt, so handelt es sich um die erste Entscheidung, die gerichtlich überprüfbar ist.

35

Nicht nachprüfbar sind Handlungen, die eine bloße Vorstudie des Marktes darstellen oder die rein vorbereitend sind und sich im Rahmen der internen Überlegungen des öffentlichen Auftraggebers im Hinblick auf die Vergabe eines öffentlichen Auftrags abspielen.

49

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ist es nicht ausgeschlossen, dass es weitere Umstände gibt, unter denen eine Ausschreibung nicht obligatorisch ist, auch wenn der Vertragspartner eine Einrichtung ist, die sich vom öffentlichen Auftraggeber rechtlich unterscheidet. Das gilt dann, wenn die öffentliche Stelle, die ein öffentlicher Auftraggeber ist, über die fragliche Einrichtung eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und diese Einrichtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen mit der oder den öffentlichen Stellen errichtet, die ihre Anteile innehaben (vgl. in diesem Sinne Urteil Teckal, Randnr. 50). Es ist daran zu erinnern, dass in dem vorgenannten Fall die Einrichtung zu 100 % von öffentlichen Stellen gehalten wurde. Dagegen schließt die – auch nur minderheitliche – Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Gesellschaft, an der auch der betreffende öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, es auf jeden Fall aus, dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen.

50

Insoweit ist zunächst festzustellen, dass die Beziehung zwischen einer öffentlichen Stelle, die ein öffentlicher Auftraggeber ist, und ihren Dienststellen durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen. Die Anlage von privatem Kapital in einem Unternehmen beruht dagegen auf Überlegungen, die mit privaten Interessen zusammenhängen, und verfolgt andersartige Ziele.

51

Zweitens würde die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen ohne Ausschreibung das Ziel eines freien und unverfälschten Wettbewerbs und den in der Richtlinie 92/50 genannten Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessenten beeinträchtigen, insbesondere weil ein solches Verfahren einem am Kapital dieses Unternehmens beteiligten privaten Unternehmen einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten verschaffen würde.

52

Auf die Fragen 2a und 2b ist daher zu antworten, dass, wenn ein öffentlicher Auftraggeber beabsichtigt, mit einer Gesellschaft, die sich rechtlich von ihm unterscheidet und an deren Kapital er mit einem oder mehreren privaten Unternehmen beteiligt ist, einen entgeltlichen Vertrag über Dienstleistungen zu schließen, die in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 fallen, die in dieser Richtlinie vorgesehenen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge stets anzuwenden sind.

2.

Die Voraussetzung für die Anwendung von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 87 Absatz 1 EG), wonach die Beihilfe geeignet sein muss, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, hängt nicht vom örtlichen oder regionalen Charakter der erbrachten Verkehrsdienste oder der Größe des betreffenden Tätigkeitsgebiets ab. Öffentliche Zuschüsse, die den Betrieb von Liniendiensten im Stadt-, Vorort- und Regionalverkehr ermöglichen sollen, fallen jedoch nicht unter diese Bestimmung, soweit sie als Ausgleich anzusehen sind, der die Gegenleistung für Leistungen darstellt, die von den begünstigten Unternehmen zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden. Für die Anwendung dieses Kriteriums hat das vorlegende Gericht zu prüfen, ob folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

Erstens ist das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut worden, und diese Verpflichtungen sind klar definiert worden;

zweitens sind die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufgestellt worden;

drittens geht der Ausgleich nicht über das hinaus, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken;

viertens ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs, wenn die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, auf der Grundlage einer Analyse der Kosten bestimmt worden, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Transportmitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind.

C-84/03 „KOMMISSION/SPANIEN“ vom 13.01.2005: Spanien hat die Vergabe-RL nicht ordnungsgemäß umgesetzt, nationale Gesetze können Kooperationsvereinbarungen zwischen verschiedenen Einrichtungen des öffentlichen Rechts nicht pauschal und generell vom Vergaberecht freistellen.

C-458/03 „PARKING BRIXEN“ vom 13.10.2005 :  
a) Bei „Dienstleistungskonzessionen“ gelten nicht die VergabeRL, sondern die allgemeinen Grundsätze der EGV insbesondere Artikel 43 und 49 sowie die Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz (Direktvergabe nur als Ausnahmetatbestand In-House möglich).  
b) Teckal-Kriterien für In-House bekräftigt, liegen aber nicht vor, da das Kontrollkriterium nicht eingehalten wird – siehe Randnummer 67 – 69, 72 („deren Kapital bald für Fremdkapital offenstehen muss...“):

72

Demnach ist die zweite Vorlagefrage folgendermaßen zu beantworten:

Die Artikel 43 EG und 49 EG sowie die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz sind dahin auszulegen, dass sie es einer öffentlichen Stelle verbieten, eine öffentliche Dienstleistungskonzession ohne Ausschreibung an eine Aktiengesellschaft zu vergeben, die durch Umwandlung eines Sonderbetriebs dieser öffentlichen Stelle entstanden ist, deren Gesellschaftszweck auf bedeutende neue Bereiche ausgeweitet wurde, deren Kapital bald für Fremdkapital offen stehen muss, deren geografischer Tätigkeitsbereich auf das gesamte Land und das Ausland ausgedehnt wurde und deren Verwaltungsrat sehr weitgehende Vollmachten der Verwaltung innehat, die er selbständig ausüben kann.

**C-231/03: „CONAME“ vom 21.07.2005: Bei einer Beteiligung von nur 0,97 % an einer Gesellschaft die zumindest teilweise privatem Kapital offen steht wird In-House ausgeschlossen und auf das Transparenzgebot verwiesen.**

**C-340/04: „CARBOTERMO“ vom 11.05.2006: Zum einen wird klargestellt, dass die RL angewendet wird deren Auftrags-Anteil überwiegt (RandNr. 31). Eine DL-Konzession wird verneint, da das Kontroll-Kriterium wird nicht erfüllt werde, da eine  Holding-Gesellschaft dazwischen geschaltet ist und der Verwaltungsrat weitgehende Befugnisse hat. Zum  Wesentlichkeitskriterium interessante Ausführung (RandNr. 65-676 und Urteil Teil 3)**

3.

Für die im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Richtlinie 93/36 vorzunehmende Beurteilung, ob ein Unternehmen seine Tätigkeit im Wesentlichen für die Körperschaft verrichtet, die seine Anteile innehat, sind alle Tätigkeiten zu berücksichtigen, die dieses Unternehmen aufgrund einer Vergabe durch den öffentlichen Auftraggeber verrichtet, unabhängig davon, wer diese Tätigkeit vergütet – sei es der öffentliche Auftraggeber selbst oder der Nutzer der erbrachten Dienstleistungen –, und ohne dass es darauf ankäme, in welchem Gebiet diese Tätigkeit ausgeübt wird.

**C-295/05 „ASEMFO/TRAGSA“ vom 19.04.2007: In-House-Vergabe / Vorlage-Verfahren Zur Frage des Kontroll- und Wesentlichkeitskriterium bei einer Öffentlichen Zweckgesellschaft (Tragsa). Beide Kriterien werden bejaht, da Tragsa als Zweckgesellschaft keinen eigenen Spielraum hat und die öffentlichen Gesellschafter zu je 99 % (span. Staat) und 1 % (vier autonome Regionen) das Kapital der Tragsa halten. Auch das Wesentlichkeitskriterium wird bejaht, da Tragsa zu 55% für die autonomen Regionen und knapp 35 % den span. Staat tätig ist.**

57

Bezüglich der ersten Voraussetzung, d. h. der Kontrolle durch die öffentliche Stelle, ergibt sich aus der Rechtsprechung, dass der Umstand, dass der öffentliche Auftraggeber allein oder zusammen mit anderen öffentlichen Stellen das gesamte Kapital einer auftragnehmenden Gesellschaft hält, grundsätzlich darauf hindeutet, dass er über diese Gesellschaft eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt (Urteil Carbotermo und Consorzio Alisei, Randnr. 37).

58

*Im Ausgangsverfahren geht – vorbehaltlich einer Überprüfung durch das vorlegende Gericht – aus den Akten hervor, dass 99 % des Gesellschaftskapitals der Tragsa vom spanischen Staat selbst sowie über eine Holdinggesellschaft und einen Garantiefonds gehalten werden und dass vier Autonome Regionen, die jeweils über eine Aktie verfügen, 1 % dieses Kapitals halten.*

59

*In diesem Zusammenhang kann der Auffassung nicht gefolgt werden, dass diese Voraussetzung nur bei den vom spanischen Staat erteilten Aufträgen erfüllt sei, nicht aber bei den von den Autonomen Regionen erteilten Aufträgen, denen gegenüber die Tragsa als Dritter anzusehen sei.*

60

*Nach Art. 88 Abs. 4 des Gesetzes 66/1997 sowie Art. 3 Abs. 2 bis 6 und Art. 4 Abs. 1 und 7 des Königlichen Dekrets 371/1999 scheint die Tragsa nämlich verpflichtet zu sein, die Aufträge auszuführen, die ihr von den öffentlichen Stellen, einschließlich der Autonomen Regionen, erteilt werden. Aus diesen nationalen Rechtsvorschriften scheint sich auch zu ergeben, dass die Tragsa – ebenso wie in ihrem Verhältnis zum spanischen Staat – im Rahmen ihrer Geschäfte mit den Autonomen Regionen als Hilfsmittel und technischer Dienst die Gebühren für ihr Tätigwerden nicht frei festlegen kann und dass ihre Beziehungen zu diesen Regionen nicht vertraglicher Natur sind.*

61

*Die Tragsa dürfte daher im Verhältnis zu den Autonomen Regionen, die einen Teil ihres Kapitals halten, nicht als ein Dritter angesehen werden können.*

62

*Hinsichtlich der zweiten Voraussetzung, dass die Tragsa ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die öffentliche Körperschaft oder die öffentlichen Körperschaften verrichten muss, die ihre Anteile innehaben, ergibt sich aus der Rechtsprechung, dass die Voraussetzung, wenn die Anteile an einem Unternehmen von mehreren Körperschaften gehalten werden, erfüllt sein kann, wenn dieses Unternehmen seine Tätigkeit im Wesentlichen nicht unbedingt für eine bestimmte dieser Körperschaften, sondern für diese Körperschaften insgesamt verrichtet (Urteil Carbotermo und Consorzio Alisei, Randnr. 70).*

63

*Im Ausgangsverfahren verrichtet die Tragsa, wie aus den Akten hervorgeht, im Durchschnitt über 55 % ihrer Tätigkeit für die Autonomen Regionen und knapp 35 % für den Staat. Demnach ist die Tragsa im Wesentlichen für die Körperschaften und öffentlichen Einrichtungen tätig, die ihre Anteile innehaben.*

**C-382/05 KOMMISSION-ITALIEN vom 18.07.2007: Dienstleistungskonzession wird vom EuGH verneint, das nationale Recht kann nicht die Kriterien der EU-Verträge aushebeln (Randnummer 30 + 31), Analogie Kommission – Spanien. Eine Dienstleistungs-Konzession beinhaltet die Übernahme des verbundenen Betriebsrisikos und keine direkte Vergütung durch die öffentlichen Auftraggeber. Italien wird verurteilt.**

**C-503/04 Kommission-Deutschland vom 18.07.2007**  
**Geht nur um Umsetzung eines Urteils bzgl. eines Abwasser- und eines Müllentsorgungsvertrages (Braunschweig)**

**C-532/03** „IRISCHE RETTUNGSDIENSTE“ vom 18.12.2007 – Große Kammer  
Der EuGH prüfte die Anwendbarkeit der allgemeinen Grundsätze des EG-Vertrages (Transparenz, Nichtdiskriminierung und Verhältnismäßigkeit). Diese erklärt er für nicht anwendbar, da die agierende öffentliche Einrichtung, hier der Stadtrat von Dublin, die Rettungsdienste in Wahrnehmung eigener, unmittelbar durch Gesetz verliehener Kompetenzen erbringe und hierfür auch zum Teil eigene Mittel aufbringe. Dabei ist die Frage, ob ein schriftlicher Vertrag zwischen den Einrichtungen geschlossen wurde, offensichtlich nicht entscheidungsrelevant. Jedenfalls stützt der EuGH seine Entscheidung nicht ausdrücklich auf das Fehlen des Vertrages. Vielmehr bejaht er die Vergaberechtsfreiheit der vorliegenden Konstellation.

37

*Weder das Vorbringen der Kommission noch die vorgelegten Schriftstücke belegen aber, dass die Vergabe eines öffentlichen Auftrags stattgefunden hätte, da sich nicht ausschließen lässt, dass der DCC Rettungstransportdienste in Wahrnehmung seiner eigenen, unmittelbar durch Gesetz verliehenen Zuständigkeiten erbringt. Der bloße Umstand, dass zwischen zwei öffentlichen Einrichtungen ein Mechanismus für die Finanzierung solcher Dienste besteht, impliziert im Übrigen nicht, dass die Erbringung der fraglichen Dienste eine Vergabe öffentlicher Aufträge bildet, die anhand der Grundregeln des Vertrags zu beurteilen wäre.*

38

*Da die Kommission nicht bewiesen hat, dass Irland seine Verpflichtungen aus dem Vertrag verletzt hat, ist die vorliegende Klage abzuweisen.*

**C-454/06:** PRESSETEXT/ÖSTERREICH vom 19.06.2008: Wann müssen Vertragsänderungen während der Vertragszeit neu ausgeschrieben werden (Preisanpassung an Euro plus geringfügige Anpassung der Preise)? Verneint. Vorlageverfahren.

**C-371/05** „KOMMUNE MANTUA“ vom 17.07.2008, Präzisierung der In-house-Definition: Beteiligung von privatrechtlichen Gesellschaften an einem kommunalen Unternehmen bleiben unerheblich, solange diese vollständig in öffentlicher Trägerschaft gehalten werden. Allein die Möglichkeit einer Öffnung für privates Kapital genügt nicht, es muss schon im konkreten Fall beabsichtigt sein (lt. Landkreistag in informellen Gesprächen mit Com bestätigt). Ferner muss das zweite Kriterium: „Wesentlich“ auf die Gesamtheit der beteiligten Kommunen bezogen werden.

29.

*En ce qui concerne le second argument soulevé par la Commission, il y a lieu de relever que la possibilité pour des personnes privées de participer au capital de la société adjudicataire, eu égard notamment à la forme sociale de ladite société, ne suffit pas, en l'absence d'une participation effective de leur part au moment de la conclusion d'une convention telle que celle en cause dans la présente affaire, pour conclure que la première condition, relative au contrôle de l'autorité publique, n'est pas remplie. En effet, pour des raisons de sécurité juridique, l'éventuelle obligation pour le pouvoir adjudicateur de procéder à un appel d'offres public doit être*

examinée, en principe, au vu des conditions prévalant à la date de l'attribution du marché public en cause (voir, en ce sens, arrêt du 10 novembre 2005, Commission/Autriche, C-29/04, Rec. p. I-9705, point 38).

30

Certes, des circonstances particulières, notamment lorsqu'il apparaît que l'ouverture du capital de l'entité concernée à des associés privés était envisagée dès l'attribution dudit marché public, peuvent requérir la prise en compte d'une participation effective desdits associés intervenue ultérieurement à ladite attribution (voir, en ce sens, arrêt Commission/Autriche, précité, points 38). Toutefois, en l'espèce, force est de constater que la Commission n'est pas parvenue à rapporter la preuve de l'existence de telles circonstances particulières.

31

S'agissant de la seconde condition, relative à l'activité de l'entité concernée, il convient de rappeler qu'une entreprise réalise l'essentiel de son activité avec la collectivité qui la détient, au sens de l'arrêt Teckal, précité, si l'activité de cette entreprise est consacrée principalement à cette collectivité, toute autre activité ne revêtant qu'un caractère marginal (voir arrêt Carbotermo et Consorzio Alisei, précité, point 63).

32

En outre, dans le cas où plusieurs collectivités détiennent une entreprise, la condition relative à l'activité peut être satisfaite si cette entreprise effectue l'essentiel de son activité non nécessairement avec telle ou telle de ces collectivités, mais avec ces collectivités prises dans leur ensemble. Par conséquent, l'activité à prendre en compte dans le cas d'une entreprise détenue par plusieurs collectivités est celle que cette entreprise réalise avec l'ensemble de ces collectivités (voir arrêt Carbotermo et Consorzio Alisei, précité, points 70 et 71).

**Engl. Translation:**

29

As regards the second argument made by the Commission, it is worth noting that the possibility for private persons to participate in the capital of the contracting company, in particular considering this company's corporate form, is not sufficient, in the absence of an effective participation on their part at the time of conclusion of an agreement like that in question in this case, to conclude that the first condition regarding the control by the public authority is not fulfilled. In fact, for reasons of legal certainty, the possible obligation of the contracting authority to undertake a public call for tenders must be examined, in principle, in light of the conditions prevailing on the date on which the public contract at issue was awarded (in this respect see the judgment of 10 November 2005, Commission/Austria, C-29/04, Rec. p. 1-9705, point 38).

30

To be certain, special circumstances, particularly when it appears that the opening of the capital of the entity concerned to private partners was envisioned as of the awarding of this public contract, can require the consideration of an effective participation of these partners occurring subsequent to the said awarding of the tender (in this respect see the judgment Commission/Austria, supra, point 38). However, in the case in point it must be noted that the Commission has not succeeded in proving the existence of such special circumstances.

31

As for the **second condition** regarding the activity of the entity concerned, it must be recalled that a company realizes the bulk of its activity with the authority that owns it within the meaning of the Teckal judgment cited above if the activity of said company is devoted mainly to that authority, with any other activity being only marginal in nature (see the judgment Carbotermo and Consorzio Alisei, supra, point 63).

32

Furthermore, if several authorities own a company, the condition regarding the company's activity can be satisfied if it conducts the bulk of its activity not necessarily with one or other of these authorities but with the group of authorities taken as a whole. Consequently, the activity to be taken into consideration in the case of a company owned by several authorities is that which said company realizes with all these authorities (see the judgment Carbotermo and Consorzio Alisei, supra, points 70 and 71).

**„CODITEL BRABANT“ vom 13.11.2008: Mit diesem Urteil präzisiert der EuGH nochmals seine Rechtsprechung zur vergabefreien In-House Konstellation sowie vergaberechtlichen Bewertung von IKZ.**

Der EuGH qualifiziert die Übertragung der Verwaltung des kommunalen Kabelfernsehnetzes als **DIENSTLEISTUNGSKONZESSION UND NICHT ALS DIENSTLEISTUNGSauftrag**, da nicht die Gebietskörperschaft das Entgelt für die erbrachte Leistung zahle, sondern die Nutzer die Zahlungen entrichteten. Die Gegenleistung bestehe im Recht zur Verwertung der eigenen Leistung. Daraus folge, dass nicht die Vergaberichtlinien, sondern die **GRUNDPRINZIPIEN DES EG-VERTRAGES** anzuwenden seien (Transparenzpflicht, Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sowie Gleichbehandlungsgrundsatz).

Diese seien nach Rechtsprechung des EuGH nur dann nicht anwendbar, wenn die konzessionserteilende öffentliche Stelle über die konzessionsnehmende Einrichtung eine **KONTROLLE** ausübe wie über ihre eigenen Dienststellen und zugleich diese Einrichtung ihre Tätigkeit im **WESENTLICHEN** für die Stelle oder die Stellen verrichtet, die ihre Anteile innehaben bzw. innehätten (In-House-Prinzip).

Das **WESENTLICHKEITSKRITERIUM** sei bereits nach der Feststellung des vorliegenden Gerichts erfüllt und daher nicht Gegenstand der zu prüfenden Vorlagefragen.

Nach Prüfung sieht der EuGH auch das **KONTROLLKRITERIUM** als erfüllt an. Das Kriterium sei erfüllt, wenn die konzessionerteilende öffentliche Stelle die Möglichkeit habe, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen der konzessionsnehmenden Einrichtung ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen. Dazu seien erstens die Beteiligung am Kapital der konzessionsnehmenden Einrichtung, zweitens die Zusammensetzung ihrer Beschlussorgane und drittens der Umfang der Befugnisse ihres Verwaltungsrats zu berücksichtigen. Damit anerkennt der EuGH die gemeinsame Kontrolle mehrerer kommunaler Gebietskörperschaften über eine ausführende Einrichtung im Sinne der In-house-Kriterien als Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle an. Er lehnt die von der EU-Kommission geforderte individuelle Kontrolle einer jeden beteiligten Gebietskörperschaft auf die ausführende Einrichtung ausdrücklich ab.

Erstmals erkennt der EuGH in diesem Urteil die **KOMMUNALE SELBSTVERWALTUNG IM PRINZIP** an, das heißt dass Gebietskörperschaften nicht in ihren Möglichkeiten beschnitten werden dürfen, ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen administrativen, technischen und sonstigen Mitteln zu erfüllen und dass dies auch die Entscheidung über die Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen beinhalten kann. Siehe Randnummer 47

*(Bemerkung: damit wendet der EuGH allerdings - wie die Kommission - mit den Teckal-Kriterien die Rechtsprechung zum gemeinschaftlichen Vergaberecht grundsätzlich auch auf die interkommunale Zusammenarbeit an, d.h. er wertet sie nicht als innerstaatlichen Organisationsakt sondern als Ausnahmetatbestand des Vergaberechtes und nimmt sie nicht vollständig vom Anwendungsbereich des Vergaberechts aus.)*

46

*Nach der Rechtsprechung muss die konzessionserteilende öffentliche Stelle über die konzessionsnehmende Einrichtung eine Kontrolle ausüben wie über ihre eigenen Dienststellen, beide Kontrollen müssen sich aber nicht in allen Punkten gleichen (vgl. in diesem Sinne Urteil Parking Brixen, Randnr. 62). Die Kontrolle über die konzessionsnehmende Einrichtung muss wirksam sein, nicht aber unbedingt individuell ausgeübt werden.*

47

*Zum anderen ist in dem Fall, dass sich mehrere öffentliche Stellen dafür entscheiden, ihrem gemeinwirtschaftlichen Auftrag durch die Einschaltung einer gemeinsamen konzessionsnehmenden Einrichtung nachzukommen, normalerweise ausgeschlossen, dass eine dieser Stellen, sofern sie nicht eine Mehrheitsbeteiligung an dieser Einrichtung hält, allein eine bestimmende Kontrolle über deren Entscheidungen ausübt. Zu verlangen, dass die Kontrolle durch eine öffentliche Stelle in einem solchen Fall individuell sein muss, würde bewirken, in den meisten Fällen, in denen eine öffentliche Stelle einem Zusammenschluss weiterer öffentlicher Stellen wie einer interkommunalen Genossenschaft beitreten möchte, eine Ausschreibung vorzuschreiben.*

48

*Ein solches Ergebnis wäre aber mit der Systematik der Gemeinschaftsvorschriften auf dem Gebiet der öffentlichen Aufträge und der Konzessionen nicht vereinbar. Eine öffentliche Stelle hat nämlich die Möglichkeit, ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen administrativen, technischen und sonstigen Mitteln zu erfüllen, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu ihren Dienststellen gehören (Urteil Stadt Halle und RPL Lochau, Randnr. 48).*

49

*Von dieser Möglichkeit für die öffentlichen Stellen, zur Erfüllung ihres gemeinwirtschaftlichen Auftrags auf ihre eigenen Mittel zurückzugreifen, kann in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen Gebrauch gemacht werden (vgl. in diesem Sinne Urteil Asemfo, Randnr. 65).*

50

*Deshalb ist die Möglichkeit zuzulassen, dass mehrere öffentliche Stellen, wenn sie die Anteile an einer konzessionsnehmenden Einrichtung halten, der sie die Erfüllung eines gemeinwirtschaftlichen Auftrags übertragen, ihre Kontrolle über diese Einrichtung gemeinsam ausüben.*

51

*Bei einem Kollegialorgan ist das Verfahren zur Beschlussfassung, insbesondere der Rückgriff auf eine Mehrheitsentscheidung, unerheblich.*

53

*Im Übrigen hat der Gerichtshof in einem späteren Urteil, nämlich dem Urteil Asemfo (Randnrn. 56 bis 61), anerkannt, dass die Voraussetzung hinsichtlich der Kontrolle durch die öffentliche Stelle in einem Fall, in dem diese nur 0,25 % des Kapitals eines öffentlichen Unternehmens hielt, unter bestimmten Umständen erfüllt sein konnte.*

#### **Urteil**

3.

*Wenn eine öffentliche Stelle einer interkommunalen Genossenschaft, deren Mitglieder sämtlich öffentliche Stellen sind, beitrifft, um ihr die Verwaltung eines gemeinwirtschaftlichen Dienstes zu übertragen, kann die Kontrolle über die Genossenschaft durch die ihr angeschlossenen Stellen, damit sie als eine Kontrolle wie über deren eigene Dienststellen angesehen werden kann, von den angeschlossenen Stellen gemeinsam, gegebenenfalls mit Mehrheitsbeschluss, ausgeübt werden.*

C-250/07

HELLENISCHE REPUBLIK vom 04.06.2009

**Auftragsvergabe Thermoelektrisches Kraftwerk Kreta – Abweisung eines Bieters als „ungeeignet“ ist lt. EuGH gerechtfertigt, da die hell. Rep. auf die entsprechenden Bedingungen (Volumen Schadstoffemission) bestehen musste und sie außerdem die erneute Ausschreibung nicht wesentlich verändert hat. Sie hätte allerdings zeitnah informieren müssen.**

55

*Festzustellen ist aber, dass die Vorschriften über die betreffenden Volumina im Rahmen des dritten Verfahrens nicht geändert worden sind und dass die Auftraggeberin ebenso wie in den beiden früheren Verfahren auf deren Einhaltung bestehen musste. Gerade weil in Bezug auf diese Vorschriften keinerlei Abweichung zulässig war, mussten die Bieter im Übrigen eine Ehrenerklärung abgeben, mit der sie sich verpflichteten, ihre Angebote mit der Ausschreibung in Übereinstimmung zu bringen, soweit es um die garantierten Volumina ging.*

C-480/06

„STADTREINIGUNG HAMBURG“ vom 09.06.2009 – Große Kammer

**In diesem Urteil wird erstmals vom EuGH eine Pflicht zur Ausschreibung auch in den Fällen verneint, wo sich Kommunen nicht zu einer gemeinsamen Einrichtung zusammenschließen, sondern eine Kooperation rein vertraglich regeln. Hier passte die bisherige In-House-Definition nicht, der EuGH entwickelt sie deshalb weiter**

**Siehe auch Randnotiz 31 Reichweite des Urteils (wg. Beteiligung privaten Kapitals bei der Müllverwertungsanlage).**

31

*Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Klage der Kommission nur den Vertrag zwischen der Stadtreinigung Hamburg und vier angrenzenden Landkreisen zum Gegenstand hat, der die Zusammenarbeit bei der Abfallentsorgung gewährleisten soll, und nicht den Vertrag zur Regelung des Verhältnisses zwischen der Stadtreinigung Hamburg und dem Betreiber der Müllverwertungsanlage Rugenberger Damm.*

44

*Damit steht fest, dass der beanstandete Vertrag sowohl die Rechtsgrundlage als auch den Rechtsrahmen für die zukünftige Errichtung und den Betrieb einer Anlage bildet, die für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe – der thermischen Abfallverwertung – bestimmt ist. Der Vertrag wurde ausschließlich zwischen öffentlichen Stellen ohne Beteiligung Privater geschlossen, sieht keine Vergabe eventuell erforderlicher Aufträge über den Bau und den Betrieb der Anlage vor und präjudiziert sie auch nicht.*

45

*Der Gerichtshof hat u. a. festgestellt, dass eine öffentliche Stelle ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen Mitteln und auch in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen erfüllen kann, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu ihren Dienststellen gehören (vgl. Urteil Coditel Brabant, Randnrn. 48 und 49).*

46

*Die Kommission hat im Übrigen in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass sie, wäre die fragliche Zusammenarbeit in Form der Schaffung einer Einrichtung des öffentlichen Rechts erfolgt, die von den verschiedenen Körperschaften damit betraut worden wäre, die im Allgemeininteresse liegende Aufgabe der Abfallentsorgung wahrzunehmen, akzeptiert hätte, dass die Nutzung der Anlage durch die betreffenden Landkreise nicht der Regelung über öffentliche Aufträge unterliege. Sie ist jedoch der Auffassung, dass ohne eine solche Einrichtung der*

interkommunalen Zusammenarbeit der von der Stadtreinigung Hamburg an die betreffenden Landkreise vergebene Dienstleistungsauftrag hätte ausgeschrieben werden müssen.

47

Jedoch ist festzustellen, dass zum einen das Gemeinschaftsrecht den öffentlichen Stellen für die gemeinsame Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben keine spezielle Rechtsform vorschreibt. Zum anderen kann eine solche Zusammenarbeit öffentlicher Stellen das Hauptziel der Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen – einen freien Dienstleistungsverkehr und die Eröffnung eines unverfälschten Wettbewerbs in allen Mitgliedstaaten – nicht in Frage stellen, solange die Umsetzung dieser Zusammenarbeit nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen, und der in der Richtlinie 92/50 genannte Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessenten gewährleistet ist, so dass kein privates Unternehmen besser gestellt wird als seine Wettbewerber (vgl. in diesem Sinne Urteil Stadt Halle und RPL Lochau, Randnrn. 50 und 51).

48

Schließlich ist den dem Gerichtshof vorliegenden Akten auch kein Hinweis darauf zu entnehmen, dass die beteiligten Körperschaften in der vorliegenden Rechtssache eine Gestaltung gewählt hätten, mit der das Vergaberecht umgangen werden sollte.

49

Nach alledem ist die Klage der Kommission abzuweisen, ohne dass über die übrigen Verteidigungsmittel der Bundesrepublik Deutschland entschieden zu werden braucht.

**C-206/08: „EURAWASSER“ vom 10.09.2009, gegen ein nichtförmliches Vergabeverfahren im Wasserbereich. Nach Ansicht des EuGH sind Dienstleistungskonzessionen in der Wasserwirtschaft nicht dadurch ausgeschlossen, dass das Benutzungsverhältnis im Rahmen einer Satzung geregelt und mit einem Anschluss- und Benutzungszwang ausgestattet ist. Das wirtschaftliche Risiko, das bei einer Dienstleistungskonzession vorzuliegen habe, könne auch in einem eingeschränkten Umfang vorliegen. Der EuGH bekräftigt, dass es öffentlichen Auftraggebern freistehe, Dienstleistungen mittels einer Konzession erbringen zu lassen, wenn sie der Auffassung sind, dass die Erbringung der betreffenden gemeinwirtschaftlichen Leistung so am besten sicherzustellen ist.**

74

Zum anderen muss es den redlich handelnden öffentlichen Auftraggebern weiterhin freistehen, Dienstleistungen mittels einer Konzession erbringen zu lassen, wenn sie der Auffassung sind, dass die Erbringung der betreffenden gemeinwirtschaftlichen Leistung so am besten sicherzustellen ist, und zwar selbst dann, wenn das mit der Nutzung verbundene Risiko erheblich eingeschränkt ist.

75

Es wäre außerdem nicht sachgerecht, von einer Behörde, die eine Konzession vergibt, zu verlangen, dass sie für einen schärferen Wettbewerb und ein höheres wirtschaftliches Risiko sorgt, als sie in dem betreffenden Sektor aufgrund der für ihn geltenden Regelungen existieren.

80

Folglich ist auf die erste und die zweite Frage zu antworten, dass bei einem Vertrag über Dienstleistungen der Umstand, dass eine unmittelbare Entgeltzahlung des öffentlichen Auftraggebers an den Auftragnehmer nicht

*erfolgt, sondern der Auftragnehmer das Recht erhält, Entgelte von Dritten zu erheben, genügt, um den betreffenden Vertrag als „Dienstleistungskonzession“ im Sinne des Art. 1 Abs. 3 Buchst. b der Richtlinie 2004/17 einzuordnen, wenn das vom öffentlichen Auftraggeber eingegangene Betriebsrisiko aufgrund der öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung der Dienstleistung von vornherein zwar erheblich eingeschränkt ist, der Auftragnehmer aber dieses eingeschränkte Risiko in vollem Umfang oder zumindest zu einem erheblichen Teil übernimmt.*

**C-573/07: „Comune die Ponte Nossa“ vom 10.09.2009, Vorabentscheidungsverfahren bzgl. eines nichtförmlichen Vergabeverfahrens eines Dienstleistungsauftrages/Abfall. Ergänzt das Urteil "Coditel-Brabant". Es ist grundsätzlich möglich über eine Aktiengesellschaft eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle auszuüben, auch wenn der öffentliche Auftraggeber nur 0,25 % des Kapitals der öffentlichen Gesellschaft hält - und die bloße Möglichkeit einer Beteiligung von Privaten lässt noch nicht den Schluss zu dass das Kontrollkriterium in Frage steht, allerdings steht jegliche - auch minderheitliche - private Beteiligung einer ausschreibungsfreien Vergabe entgegen und eine spätere Beteiligung von Privaten setzt eine Neuausschreibung voraus. Das Wesentlichkeitskriterium ist auch erfüllt wenn die Gesellschaft nur im geringen Maß für private Dritte tätig wird und dies ihre wesentlichen Tätigkeiten nur ergänzt.**

53

*Zu beachten ist allerdings, dass es im Fall der Vergabe eines Auftrags ohne Ausschreibung an eine Gesellschaft mit öffentlichem Kapital, bei der die in Randnr. 51 des vorliegenden Urteils angeführten Voraussetzungen vorliegen, eine eine Ausschreibung erfordernde Änderung einer grundlegenden Bedingung dieses Auftrags bedeuten würde, wenn zu einem späteren Zeitpunkt, aber immer noch innerhalb der Gültigkeitsdauer des Auftrags, Privatpersonen zur Beteiligung am Grundkapital der genannten Gesellschaft zugelassen würden.*

79

*Es ist festzustellen, dass dann, wenn die der im Ausgangsverfahren fraglichen, den Zuschlag erhaltenden Gesellschaft verliehene Befugnis, Dienstleistungen an private Wirtschaftsteilnehmer zu erbringen, ihre wesentliche Tätigkeit nur ergänzt, was vom vorlegenden Gericht zu prüfen ist, das Bestehen dieser Befugnis dem Hauptzweck dieser Gesellschaft, der nach wie vor in der Verwaltung öffentlicher Dienstleistungen besteht, keinen Abbruch tut. Daher genügt das Bestehen einer solchen Befugnis nicht für die Feststellung, dass die genannte Gesellschaft eine Marktausrichtung hat, die eine Kontrolle durch die Körperschaften, die ihre Anteile halten, als nicht gesichert erscheinen lässt.*