



An die
Landkreise
in Sachsen-Anhalt

Vergaberecht
Az.: 600-53/kö
Tel.: 0391/56531-40
weiss@landkreistag-st.de

12. Juni 2014

Rundschreiben Nr. 267/2014

Europäischer Gerichtshof konkretisiert Kriterien für ausschreibungsfreie In-house-Geschäfte

Bezug: Unser Rundschreiben Nr. 182/2014 vom 14. April 2014

Kurzfassung:

Der Europäische Gerichtshof hat auf das Vorabentscheidungsersuchen des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg das Kriterium der „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ (1. Teckal-Kriterium) seiner Inhouse-Rechtsprechung weiter konkretisiert. Die Kontrolle darf sich demnach nicht lediglich auf einzelne Bereiche der kontrollierten Einheit beschränken. Vielmehr muss sie sich auf sämtliche Tätigkeitsfelder der untergeordneten Körperschaft erstrecken. Der Gerichtshof äußert sich hingegen vorliegend nicht zur Frage der Zulässigkeit sogenannter horizontaler In-house-Geschäfte.

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat am 8. Mai 2014 ein weiteres Urteil zu ausschreibungsfreien Inhouse-Geschäften veröffentlicht (**Anlage**). Dem Urteil lag ein Vorabentscheidungsersuchen des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg (OLG) zugrunde. Darin ging es dem OLG darum, ob der zugrundeliegende Sachverhalt einer Auftragsvergabe in einer Drei-Personen-Konstellation als „horizontales In-house-Geschäft“ gelten und damit vergaberechtsfrei sein könnte.

Betroffen war die Technische Universität Hamburg-Harburg, die einer eigens für die Entwicklung und Implementierung von Hochschul-Informationssystemen von der Bundesrepublik Deutschland und den Bundesländern gegründeten IT-Gesellschaft den Auftrag zur Einrichtung einer bestimmten Hochschulsoftware erteilt hatte und zwar ohne europaweite Ausschreibung. Der Auftragswert lag geschätzt bei 840.000 Euro. Gegen dieses Vorgehen wendete sich die Datenlotsen Informationssysteme GmbH.

Albrechtstr. 7
39104 Magdeburg

Tel. (0391) 56 53 1 - 0
Fax (0391) 56 53 1 - 90

verband@landkreistag-st.de
<http://www.komsanet.de>

Stadtparkasse Magdeburg
IBAN: DE98 8105 3272 0037 0030 87
BIC: NOLADE21MDG

Die Besonderheit dieses Falles liegt darin, dass die Aufsicht über die Hochschule durch die Freie und Hansestadt Hamburg erfolgt, allerdings lediglich für den Bereich der Bewirtschaftung der der Universität zugewiesenen Mittel, nicht auf den ihr satzungsgemäß eingeräumten Autonomiebereich von Forschung und Lehre. Die Aufsicht über die IT-Gesellschaft obliegt gemeinsam dem Bund und den Ländern. Die Tätigkeit der IT-Gesellschaft erfolgt nahezu ausschließlich für die öffentlich-rechtlichen Hochschulen in Deutschland.

Ein vergabefreies Inhouse-Geschäft liegt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH dann vor, wenn der öffentliche Auftraggeber über eine rechtlich von ihm verschiedene Person eine „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ ausübt (1. Teckal-Kriterium) und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet (2. Teckal-Kriterium), die ihre Anteile innehaben (EuGH-Urteil Teckal, C-107/98).

Der EuGH hat das Kriterium der „Kontrolle wie über eigene Dienststellen“ dahingehend weiter definiert, dass für den öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit gegeben sein muss, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen der beauftragten Einrichtung ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen, und dass die von dem öffentlichen Auftraggeber ausgeübte Kontrolle wirksam, strukturell und funktionell sein muss (EuGH-Urteil Econord, C182/11 und C183/11). Zudem könne die Kontrolle unter bestimmten Voraussetzungen von mehreren öffentlichen Stellen gemeinsam ausgeübt werden, die gemeinsam die Anteile an der beauftragten Körperschaft hielten.

Der EuGH verneint vorliegend ein Inhouse-Geschäft in der klassischen Konstellation (sog. vertikales Inhouse-Geschäft), weil die Universität als öffentlicher Auftraggeber keine Kontrolle über die von ihr beauftragte IT-Gesellschaft ausübe. Die Universität sei weder an dem Kapital dieser Gesellschaft beteiligt noch habe sie einen Vertreter in deren Aufsichtsrat. Ebenso sei Kontrollkriterium für eine Inhouse-Ausnahme in einer Drei-Personen-Konstellation (sog. horizontales Inhouse-Geschäft) nicht erfüllt. Bei diesem könnte man ggf. von einem vergaberechtsfreien Innenverhältnis ausgehen, wenn öffentliche Beteiligungsgesellschaften (sog. Schwester-Gesellschaften) gleichermaßen der Kontrolle (wie über eine eigene Dienststelle) durch ihren gemeinsamen Mutter-Gesellschafter unterliegen. Der EuGH verneint aber bereits, dass die Stadt Hamburg die Universität wie eigene Dienststellen kontrolliere, da sich die Kontrolle der Stadt nur auf einen Teil von deren Tätigkeiten beziehe, und zwar allein auf den Beschaffungsbereich, nicht aber auf die Bereiche Lehre und Forschung, in denen die Universität über eine weitgehende Autonomie verfüge. Zu einer weiteren Prüfung im Sinne des horizontalen Inhouse-Geschäfts kommt das Gericht daher nicht.

Der EuGH verneint zudem auch eine Ausschreibungsfreiheit aufgrund einer horizontalen interkommunalen Zusammenarbeit im Sinne seiner Entscheidungen Stadtreini-

gung Hamburg (C-480/06) und Lecce (C-159/11), da die Zusammenarbeit zwischen der Universität und der IT-Gesellschaft nicht der Erledigung einer gemeinsamen öffentlichen Aufgabe diene.

Damit kommt der EuGH zu dem Schluss, dass die Vergabe des Auftrags durch die Universität an die IT-Gesellschaft nach der Richtlinie über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG) hätte ausgeschrieben werden müssen.

Bewertung

Mangels der erfüllten Voraussetzung einer „Kontrolle über eigene Dienststellen“ weder in der klassischen (Kontrolle der Universität über IT-Gesellschaft) noch in der Dreier-Konstellation (Kontrolle der Stadt Hamburg über Universität und IT-Gesellschaft) beantwortet der EuGH in dem vorliegenden Urteil nicht die in der deutschen Rechtslehre sehr umstrittene Frage, ob eine Auftragsvergabe in einer Drei-Personen-Konstellation als „horizontales In-House-Geschäft“ unter die Teckal-Rechtsprechung fällt. Damit bleibt die Frage der Zulässigkeit horizontaler Inhouse-Geschäfte weiter offen.

Allerdings beinhalten die neuen Vergaberichtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU zu beiden Inhouse-Konstellationen ausführliche Regelungen, die sich derzeit im nationalen Umsetzungsprozess befinden, der bis zum 17. April 2016 abgeschlossen sein muss. Nach Artikel 12 Absatz 2 Satz 2 der allgemeinen Richtlinie 2014/24/EU ist im Sinne eines horizontalen Inhouse-Geschäfts eine Beschaffung zwischen und innerhalb von mehreren von der Gebietskörperschaft (Mutter) umfassend kontrollierten Töchtern (Schwestern) vergaberechtsfrei.

Vorliegend entwickelt der Gerichtshof vielmehr das Kriterium der Kontrolle „wie über eine eigene Dienststelle“ seiner Inhouse-Rechtsprechung weiter. Hierfür bleibt der EuGH bei seiner für Inhouse-Vergaben sehr restriktiven Auslegung. Für dieses Kontrollkriterium darf die Kontrolle nämlich nicht nur auf einzelne Bereiche oder Tätigkeitsfelder (wie vorliegend den Beschaffungsbereich) beschränkt sein, sondern sie muss sich auf sämtliche Tätigkeitsfelder der untergeordneten Körperschaft (hier der Universität) erstrecken.



Theel

Anlage

(**nur** digital in unserem verbandsinternen Internetangebot unter „Rundschreiben“)