

## KOKRETISIERUNG DER JUDIKATUR ZU ÖFFENTLICH-ÖFFENTLICHEN PARTNERSCHAFTEN

Anmerkungen zum Urteil EuGH Rs C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce (ASL)*

Arno Kahl

### Einleitung

Das Urteil des EuGH in der Rs Stadtreinigung Hamburg<sup>1</sup> hat im Jahr 2009 für Aufsehen gesorgt, weil es für die öffentliche Hand die Möglichkeit eröffnet hat, jenseits der für eine Inhouse-Vergabe relevanten Teckal-Kriterien<sup>2</sup> Kooperationen mit öffentlichen Einrichtungen einzugehen, ohne dabei dem Vergaberecht unterworfen zu sein. Eine solche vergabefreie Kooperation ist seither auch dann zulässig, wenn keine gemeinsame Einrichtung, wie zB ein Gemeindeverband, errichtet wird und somit eine „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ über die betroffene Einheit nicht möglich ist.<sup>3</sup> Solche nicht-institutionalisierten, öffentlich-öffentlichen Kooperationen entgehen vergaberechtlichen Bindungen nach im zitierten Urteil des EuGH vertretener Ansicht zunächst immer nur dann, wenn die Beteiligten gemeinsam eine öffentliche Aufgabe erfüllen. Zwischen den im Ausgangsfall beteiligten Gebietskörperschaften und der Stadtreinigung

Hamburg bestanden weiters keine direkten Finanztransfers, es war kein Privater an der gewählten Konstruktion beteiligt und es lag – wie der EuGH festhielt – keine Umgehungsabsicht der Landkreise vor, sondern es sollte vielmehr gemeinsam die öffentliche Aufgabe Müllentsorgung unter Ausgleich von (Überkapazitäten) bewältigt werden. Zudem war der geschlossene Vertrag zur Erfüllung dieser Aufgabe auch geeignet. In diesen Grenzen gestand der Gerichtshof den beteiligten Landkreisen die freie Wahl der Mittel zur Aufgabenerfüllung zu, ohne vergaberechtlichen Bindungen unterworfen zu sein.<sup>4</sup>

Im rezenten Urteil<sup>5</sup> hatte der EuGH nun die Möglichkeit, diese Kriterien nachzuschärfen und zum zweiten Mal zur Zulässigkeit nicht-institutionalisierter öffentlich-öffentlicher Partnerschaften Stellung zu nehmen.

### Sachverhalt und Entscheidung des EuGH

Im Ausgangsfall hatte die lokale Gesundheitsverwaltung Azienda Sanitaria Locale (ASL) di Lecce ohne Anwendung des Vergaberechts einen Vertrag mit einer Universität geschlossen, die zuvor nicht mit ihr in Beziehung gestanden war. Gegenstand des Vertrags war die Erforschung und Bewertung der Erdbebenanfälligkeit der Krankenhausanlagen der Provinz Lecce anhand neuester nationaler Vorschriften auf dem Gebiet der Sicherheit von Bauwerken.

<sup>1</sup> EuGH Rs C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*, Slg 2009, I-4747.

<sup>2</sup> Der EuGH verneint das Vorliegen eines Vertrags zwischen zwei verschiedenen Rechtssubjekten und damit die Anwendung des Vergaberechts „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“ („Kontrollkriterium“ und „Wesentlichkeitskriterium“ als „Teckal-Kriterien“; EuGH Rs C-107/98, *Teckal*, Slg 1999, I-8121, Rz 50).

<sup>3</sup> Zur Inhouse-Vergabe und zur vergabefreien Kooperation jenseits der Teckal-Kriterien weiterführend Kahl/Rosenkranz, *Vergaberecht* (2012) 42 ff; Müller, *Interkommunale Zusammenarbeit im Weg der In-House-Vergabe?* ZVB 2007/49, 197.

<sup>4</sup> S auch Storr, *Erweiterung kommunaler Spielräume durch Kooperation – Grundzüge eines Kooperationsrechts für Öffentlich-Private-Partnerschaften und Öffentlich-Öffentliche-Partnerschaften*, ÖZW 2011, 2 (11).

<sup>5</sup> EuGH Rs C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce (ASL)*.

Der Forschungsauftrag umfasste für jedes betroffene Gebäude folgende drei Abschnitte:<sup>6</sup>

- Bestimmung des Anlagentyps, der für den Bau verwendeten Materialien und der angewandten Berechnungsmethoden; summarische Prüfung des tatsächlichen Sachstands im Verhältnis zu der verfügbar gemachten Projektdokumentation;
- Prüfungen der baulichen Vorschriftsmäßigkeit, summarische Untersuchung der globalen Reaktion des Gebäudes auf Erdbeben, etwaige örtliche Untersuchungen von für die Bestimmung der globalen Reaktion auf Erdbeben bedeutsamen baulichen Bestandteilen oder Subsystemen;
- Ausarbeitung der Ergebnisse des zweiten Abschnitts und Erstellung von technischen Merkblättern für die bauliche Beurteilung, insbesondere: Erstellung von Berichten über den festgestellten Bautyp, über die Materialien und über den Erhaltungszustand des Bauwerks, mit besonderer Bezugnahme auf die Gesichtspunkte, die sich in höherem Maß auf die Reaktion des Bauwerks in Bezug auf die Erdbebengefährdung des Standorts des Bauwerks auswirken; Ausarbeitung technischer Merkblätter über die Einstufung der Erdbebenanfälligkeit der Krankenhäuser; Erstellung technischer Berichte über bauliche Bestandteile und Subsysteme, die in Bezug auf die Prüfung der Erdbebenanfälligkeit als kritisch angesehen werden; Abfassung einleitender Anregungen und summarische Beschreibung der durchführbaren Arbeiten zur Anpassung oder Verbesserung im Hinblick auf die Erdbebenanfälligkeit, mit besonderer Bezugnahme auf die Vorzüge und Grenzen der verschiedenen möglichen Technologien aus technischer und wirtschaftlicher Sicht.

Der am 22. Oktober 2009 in Verbindung mit dem Forschungsauftrag geschlossene Vertrag sieht u.a. Folgendes vor:

- Die Höchstdauer dieses Vertrags wird auf 16 Monate festgelegt;

---

<sup>6</sup> Die folgenden Aufzählungen sind den Rz 13 f des Urteils wörtlich entnommen.

- mit dem Forschungsauftrag wird die Gruppe für Gebäudetechnik betraut, die hochqualifiziertes externes Personal heranziehen kann;
- dieser Auftrag wird im Rahmen einer engen Zusammenarbeit zwischen den von der ASL und der Universität eingesetzten Arbeitsgruppen ausgeführt, um die Ziele zu erreichen, die den dritten Abschnitt des Auftrags bilden;
- die wissenschaftliche Verantwortung liegt bei zwei Personen, die jeweils von der einen und der anderen Partei benannt werden;
- die ASL ist Eigentümerin aller aus der Versuchstätigkeit abgeleiteten Ergebnisse, verpflichtet sich jedoch, die Universität in jeder Veröffentlichung im technisch-wissenschaftlichen Bereich zu zitieren; die Universität ist befugt, diese Ergebnisse mit Genehmigung der ASL für wissenschaftliche Veröffentlichungen oder Mitteilungen zu verwenden;
- für die Gesamtleistung gewährt die ASL der Universität einen Betrag von 200 000 Euro ohne Mehrwertsteuer, zahlbar in vier Raten; im Fall der vorzeitigen Auflösung des Vertrags hat die Universität jedoch Anspruch auf einen Betrag, der vom Umfang der geleisteten Arbeit abhängt und den getragenen Kosten sowie den Ausgaben für Verpflichtungen entspricht, die sie im Rahmen der Ausführung des Auftrags übernommen hat.<sup>7</sup>

Verschiedene Kammern, Berufsverbände und Unternehmen erhoben gegen die Entscheidung über die Genehmigung dieses Lastenhefts Klage. Schließlich wurde der EuGH mit der Frage befasst, „ob die Richtlinie 2004/18 [Anm: RL über die Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen] dahin auszulegen sei, dass sie einer nationalen Regelung entgegensteht, die es erlaubt, ohne Ausschreibung einen Vertrag zu schließen, mit dem zwei öffentliche Einrichtungen

---

<sup>7</sup> Die Zahlungen sollen nur die für die Universität anfallenden Kosten abdecken. Gewinn für die Universität ist keiner enthalten.

eine Zusammenarbeit wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende vereinbaren.“<sup>8</sup>

Der EuGH stellte zunächst klar, dass die vergebenen Dienstleistungen – je nachdem, ob sie den einschlägigen Schwellenwert überschreiten – entweder der Vergaberichtlinie oder – wenn dies nicht der Fall ist – den allgemeinen Grundsätzen des AEUV (insb Wettbewerbsoffenheit, Transparenz und Nichtdiskriminierung; Vergabeprimärrecht) unterfallen. Im vorliegenden Zusammenhang konnte die konkrete Zuordnung dahinstehen, weil sowohl die Ausnahme nach den Inhouse- als auch nach den Stadtreinigung Hamburg-Kriterien in beiden Fällen greifen würde.<sup>9</sup>

Allerdings sah der Gerichtshof im zu beurteilenden Fall nicht sämtliche in der Rs Stadtreinigung Hamburg aufgestellten Kriterien im Anlassverfahren als sicher<sup>10</sup> erfüllt an. So enthält der Vertrag zwischen der lokalen Gesundheitsverwaltung und der Universität „eine Reihe inhaltlicher Aspekte ..., von denen ein erheblicher, ja überwiegender Teil in Tätigkeiten besteht, die im Allgemeinen von Ingenieuren oder Architekten ausgeübt werden und die, auch wenn sie auf einer wissenschaftlichen Grundlage beruhen, gleichwohl nicht mit wissenschaftlicher Forschung gleichzusetzen sind“. Daraus folgert der Gerichtshof – und dies ist wichtig –, dass wohl keine *gemeinsame* Erfüllung der entsprechenden öffentlichen Aufgabe durch die ASL und die Universität vorliegt.<sup>11</sup> Weiters stört den Gerichtshof, dass der Vertrag zu einer *Bevorzugung bestimmter privater Unternehmen* führen könnte. Dies deshalb, weil er der Universität

---

<sup>8</sup> EuGH Rs C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce* (ASL), Rz 22.

<sup>9</sup> In Rz 28 hat der EuGH klargestellt, dass „Tätigkeiten wie diejenigen, die Gegenstand des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vertrags sind, ungeachtet der ... Tatsache, dass sie der wissenschaftlichen Forschung zugerechnet werden können, entsprechend ihrer tatsächlichen Natur entweder unter die in Anhang II Teil A Kategorie 8 der Richtlinie 2004/18 genannten Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen oder unter die in Kategorie 12 dieses Anhangs aufgeführten Ingenieursdienstleistungen und die zugehörige wissenschaftliche und technische Beratung“ fallen. An der Entgeltlichkeit des Auftrags ändert der Umstand nichts, dass bloß die anfallenden Kosten erstattet werden sollen (Rz 29).

<sup>10</sup> Die Beurteilung, ob dies der Fall ist, ist Aufgabe des vorlegenden Gerichts.

<sup>11</sup> Rz 37.

die Möglichkeit einräumt, hochqualifiziertes externes Personal hinzuzuziehen, das in privaten Dienstleistungserbringern bestehen kann. Die Teilnahme Privater hat der EuGH aber für eine Ausnahme von öffentlich-öffentlichen Partnerschaften vom Vergaberecht ausgeschlossen.<sup>12</sup>

## Anmerkungen

Aus dem rezenten Urteil lässt sich ableiten, dass nicht nur Konstellationen der interkommunalen Zusammenarbeit, also der Kooperation von Gebietskörperschaften, unter die in der Rs Stadtreinigung Hamburg judiziell geschaffene Ausnahme vom Vergaberecht fallen können. Allerdings greift die Ausnahme immer nur, wenn die konkrete öffentliche Aufgabe sämtlichen Beteiligten zur Erfüllung übertragen ist. Die – wie der vorliegende Fall zeigt auch nur potentielle – Beteiligung Privater ist jedenfalls unzulässig. Im Ergebnis knüpft der EuGH also an die in der Rs Stadtreinigung Hamburg aufgestellten Kriterien an und bestätigt die dort aufgestellten Grundsätze.

Dass dies erwähnenswert ist, zeigen die Überlegungen der im Anlassfall zuständigen Generalanwältin. Sie hat vorgeschlagen, die Grenzen für öffentlich-öffentlichen Partnerschaften deutlich enger zu ziehen. Da die Universität im konkreten Fall als Wirtschaftsteilnehmer aufgetreten sei, komme ihr aus der Sicht des Vergaberechts die gleiche Stellung zu wie einem privaten Unternehmen. Durch die wettbewerbsfreie Vergabe sei sie etwa im Vergleich zu Ingenieur- und Architektenverbänden bessergestellt worden, weil die Mitglieder dieser Verbände die von der ASL di Lecce gewünschten Arbeiten auch erledigen hätten können; und wenn dies nicht der Fall gewesen wäre, wären wohl zumindest verschiedene andere Universitäten und Forschungseinrichtungen dazu in der Lage gewesen.<sup>13</sup>

Der Ansicht der Generalanwältin,<sup>14</sup> dass die Universität schon durch die Direktvergabe selbst

---

<sup>12</sup> Diese Beschränkung gilt sowohl für institutionalisierte (s dazu EuGH Rs C-26/03, *Stadt Halle*, Slg 2005, I-1, Rz 49) als auch für nicht-institutionalisierte Partnerschaften.

<sup>13</sup> Schlussanträge Rz 82 ff.

<sup>14</sup> Nach ihrer Ansicht wäre eine öffentlich-öffentliche Partnerschaft der ASL mit der Universität nur zulässig gewesen, wenn „die erforderlichen Verfahren zur Erforschung und Bewertung der Erdbebenanfälligkeit

bessergestellt wäre und andere Wirtschaftsteilnehmer dadurch benachteiligt seien, weshalb die Stadtreinigung Hamburg-Kriterien nicht erfüllt seien, ist der Gerichtshof nicht gefolgt. Vielmehr hat er die vergabefreie vertragliche Zusammenarbeit zwischen der Gebietskörperschaft und der Universität – unter Zugrundelegen eines engeren Diskriminierungsbegriffs – als grundsätzlich ausnahmefähig angesehen.<sup>15</sup> Auf die Meinung der Generalanwältin geht der Gerichtshof überhaupt nicht ein und prüft erst einen Schritt später – nicht jedoch bereits auf der Ebene der Auswahl des öffentlichen Partners –, ob private Unternehmen (im Wege der Zuziehung externer Experten durch die Universität) auf dem Boden der konkreten Vertragsgestaltung diskriminiert werden können. Im Stadtreinigung Hamburg-Urteil ist das Kriterium der Wettbewerbsverzerrung nur am Rande mit der Feststellung behandelt worden, dass die Stadtreinigung die private Müllverbrennungsanlage auf dem Boden des Vergaberechts als Partner ausgewählt hat. Allerdings – und dies macht die Aussage zur Wettbewerbsverzerrung im rezenten Urteil unklar – unterfällt natürlich auch die Universität als Einrichtung des öffentlichen Rechts ihrerseits den vergaberechtlichen Bestimmungen bei der Zuziehung externer Experten. Ob hinsichtlich des Kriteriums der Wettbewerbsverzerrung schon das letzte Wort gesprochen ist, erscheint daher zweifelhaft.

Abschließend sei noch auf die geplante Novellierung des bestehenden Vergabesekundärrechts hingewiesen. Die Kommission hat am 20.12.2011 einen Vorschlag für Richtlinien über die öffentliche Auftragsvergabe (allgemeine VergabeRL)<sup>16</sup>, über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (SektorenRL)<sup>17</sup> und über die Konzessionsvergabe<sup>18</sup> unterbreitet. Darin soll auch die

nicht-institutionalisierte öffentlich-öffentliche Partnerschaft geregelt werden.<sup>19</sup>

#### Über den Autor:

Univ.-Prof. Dr. Arno Kahl ist am Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre der Universität Innsbruck tätig.

#### Kontaktadresse:

Innrain 52 d, 6020 Innsbruck

#### E-Mail:

[arno.kahl@uibk.ac.at](mailto:arno.kahl@uibk.ac.at)

---

tatsächlich von einer solchen Komplexität waren, dass letztlich allein die besagte Universität – und auch keine andere – die Studie hätte durchführen können” (Rz 85).

<sup>15</sup> Im konkreten Fall hat der EuGH wie dargestellt freilich aus anderen Gründen Zweifel am Vorliegen einer öffentlich-öffentlichen Partnerschaft.

<sup>16</sup> KOM(2011) 896 endg.

<sup>17</sup> KOM(2011) 895 endg.

<sup>18</sup> KOM(2011) 897 endg.

---

<sup>19</sup> S Art 11 Abs 4 KOM(2011) 896 endg. und die dort in lit c normierte 10%-Schwelle.