

## KONZESSIONEN

### BEGRIFFSBESTIMMUNG

#### Was ist eine Konzession?

Eine Konzession ist eine Art **Partnerschaft** zwischen dem öffentlichen Sektor und einem (in der Regel) privaten Unternehmen, die sich in bestimmten Bereichen wie etwa der Infrastrukturentwicklung bewährt hat.

Konzessionen werden in Sektoren vergeben, die **für die Lebensqualität der EU-Bürgerinnen und -Bürger** bedeutsam sind.

*Beispiele: Straßen- und Schienenverkehr, Hafen- und Flughafendienste, Instandhaltung und Verwaltung von Autobahnen, Abfallentsorgung, Energie- und Wärmeversorgung, Freizeiteinrichtungen und Parkhäuser.*

Konzessionen ermöglichen die **Mobilisierung von privatem Kapital und Know-how als Ergänzung zu den Ressourcen der öffentlichen Hand**. Sie ermöglichen Neuinvestitionen in öffentliche Infrastrukturen und Dienste, ohne die öffentliche Verschuldung zu erhöhen.

#### Worin besteht der Unterschied zwischen einer Konzession und einem öffentlichen Auftrag?

Bei einem öffentlichen Auftrag erhält ein Unternehmen einen festen Betrag für eine bestimmte Leistung.

*Beispiel: Ein privates Unternehmen baut und betreibt eine Autobahn zu einem festgesetzten Preis.*

Bei einer Konzession hingegen wird ein Unternehmen im Wesentlichen dadurch vergütet, dass es die Genehmigung zur betrieblichen Nutzung eines Bauwerks oder zur Erbringung einer Dienstleistung erhält, wobei es einem Verlustrisiko ausgesetzt ist.

*Beispiel: Ein privates Unternehmen baut und betreibt eine Autobahn, wobei seine Vergütung durch die Mauteinnahmen erfolgt. Es trägt dabei das Risiko, dass die Einnahmen nicht ausreichen, um seine Investitions- und sonstigen Kosten zu decken.*

#### Welche Risiken sind mit einer Konzession verbunden?



**Keine konzessionstypischen Risiken** sind hingegen

- schlechtes Management,
- Vertragsbruch,
- höhere Gewalt.

**Was ist keine Konzession?**

- **Lizenzen und Genehmigungen** — einseitige Handlungen einer Behörde zur Festlegung der Bedingungen, unter denen Unternehmen einer bestimmten Wirtschaftstätigkeit nachgehen können;
- **Zuschüsse oder Subventionen** — die Bereitstellung von Finanzmitteln geht nicht einher mit einer Übertragung des Eigentums oder des Nießbrauchs einer Bau- oder Dienstleistung an die gewährende Behörde;
- **Nutzungs- und Pachtverträge mit öffentlichen Stellen** — die Festlegung lediglich allgemeiner Bedingungen für die Nutzung bestimmter öffentlicher Güter wie Ländereien, Gewässer, Häfen oder Flughäfen ohne Bestellung bestimmter Bau- oder Dienstleistungen;
- **Wegerechte** — die Nutzung öffentlicher Immobilien für die Bereitstellung oder den Betrieb fester Verbindungen oder Netze zum Erbringen einer öffentlichen Dienstleistung (z. B. Verlegung von Stromkabeln), ohne dass eine öffentliche Stelle Liefer- oder Erwerbsverpflichtungen auferlegt;
- **Systeme mit freier Auswahl des Leistungserbringers** — alle Unternehmen, die bestimmte Bedingungen erfüllen, können einer bestimmten Geschäftstätigkeit nachgehen (z. B. Leistungsschecksysteme).

## KONZESSIONEN

### ZUSCHLAGSKRITERIEN

#### Welchen Anforderungen müssen die Zuschlagskriterien für Konzessionen genügen?

##### Die Zuschlagskriterien müssen

- die **Gleichbehandlung** aller Teilnehmer sicherstellen;
- **nichtdiskriminierend** sein, d. h. sie dürfen nicht die Bevorzugung lokaler oder nationaler Produkte oder Unternehmen bezwecken oder bewirken;
- **Bezug zum Gegenstand der Konzession haben** (Beispiel: Die Neubeschäftigung eines bestimmten Prozentsatzes von Arbeitslosen bei der Ausübung der Konzession kann ein Kriterium sein, nicht jedoch die Beschäftigungspolitik eines Unternehmens oder die Schulung von Beschäftigungssuchenden vor Ort ohne jede Verbindung zur Konzession.);
- **objektiv** sein und dürfen dem öffentlichen Auftraggeber keinen unbegrenzten Ermessensspielraum geben (Beispiel: Kriterien wie „zur Zufriedenheit des Auftraggebers“ oder „für den Auftraggeber optimal“ sind nicht akzeptabel.);
- **vorab in absteigender Reihenfolge ihrer Bedeutung bekanntgegeben** werden. Diese Transparenzvorschrift ermöglicht es potenziellen Auftragnehmern, ihre Angebote gut vorzubereiten, und verhindert, dass Auftraggeber die Kriterien an die erhaltenen Angebote anpassen. Erhält ein öffentlicher Auftraggeber jedoch ein Angebot, das eine bei aller Umsicht nicht denkbare innovative Lösung mit außergewöhnlich hoher funktioneller Leistungsfähigkeit vorsieht, so kann er ausnahmsweise die Reihenfolge der Zuschlagskriterien ändern, um diese innovative Lösung zu berücksichtigen. In diesem Fall muss der Auftraggeber die Gleichbehandlung aller tatsächlichen oder potenziellen Bieter durch eine neue Aufforderung zur Angebotsabgabe oder – in bestimmten Fällen – eine neue Konzessionsbekanntmachung sicherstellen.

## **KONZESSIONEN**

### **LAUFZEIT**

#### **Wie lange sollten Konzessionen gelten?**

Ein Konzessionsvertrag muss **zeitlich begrenzt** sein.

Die Richtlinie sieht allerdings keine bestimmte Höchstlaufzeit für Konzessionen vor.

- Die Laufzeit von **Konzessionen, die für mehr als fünf Jahre vergeben werden**, darf nicht den Zeitraum überschreiten, innerhalb dessen der Konzessionsnehmer nach vernünftigem Ermessen seine Investitionen wieder erwirtschaften kann.

#### **Wie wird die Laufzeit festgelegt?**

Die Höchstlaufzeit muss **in den Konzessionsunterlagen** genannt werden, und zwar entweder als auszuhandelnder Punkt (kann ein Zuschlagskriterium sein und mithin im Wettbewerb ermittelt werden) oder als feste Vertragsbedingung.

#### **Welche Faktoren sollten bei der Berechnung der Höchstlaufzeit berücksichtigt werden?**

Projektspezifische Gründe, u. a.:

- Gesamtinvestition (darunter Urheberrechte, Patente, Logistik);
- die Ertragsfähigkeit des betreffenden Vermögenswerts;
- Nutzertarife sowie Betriebs- und Instandhaltungskosten des Vermögenswerts.

Dabei können sowohl die Erstinvestitionen als auch zur Ausübung der Konzession für notwendig erachtete spätere Investitionen berücksichtigt werden.

Ebenso können bestimmte zum Erreichen von Vertragszielen notwendige Investitionen (z. B. Mitarbeiterschulung zur Gewährleistung eines bestimmten Qualitätsniveaus der erbrachten Leistung) berücksichtigt werden.

#### **Kann eine Konzession verlängert werden?**

Soweit die Vorschriften für Vertragsänderungen es ermöglichen.

## **KONZESSIONEN**

### **Ausnahmen**

#### **Welche Konzessionen fallen nicht unter die Richtlinie?**

##### ***Konzessionen für die Trinkwasserversorgung***

- Konzessionen für die Bereitstellung und den Betrieb fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der **Gewinnung, der Fortleitung und der Abgabe von Trinkwasser oder der Einspeisung von Trinkwasser in diese Netze**;
- Konzessionen für die **Abwasserbeseitigung oder -behandlung im Zusammenhang mit der Bereitstellung oder dem Betrieb der oben genannten Wasserversorgungsnetze oder der Einspeisung von Wasser in diese Netze**;
- Konzessionen für **Wasserbauvorhaben sowie Bewässerungs- oder Entwässerungsvorhaben im Zusammenhang mit der Bereitstellung oder dem Betrieb der oben genannten Wasserversorgungsnetze oder der Einspeisung von Wasser in diese Netze**, sofern die zur Trinkwasserversorgung bestimmte Wassermenge mehr als 20 % der mit diesen Vorhaben bzw. Be- und Entwässerungsanlagen bereitgestellten Gesamtwassermenge ausmacht.

##### ***Konzessionen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs auf der Schiene und der Straße***

- Dienstleistungsaufträge nach Artikel 5 der Verordnung 1370/2007 fallen nicht unter die Konzessionsrichtlinie.
- Güter- und Personenverkehrsdienste werden hingegen von der Konzessionsrichtlinie erfasst. Auch für die Vergabe von Baukonzessionen durch Behörden, öffentliche Unternehmen oder private Organisationen mit ausschließlichen Rechten (also im „klassischen“ und Versorgungssektor) gelten die Bestimmungen der Richtlinie.

##### ***Von Behörden und Auftraggebern, die keine öffentlichen Unternehmen und privaten Organisationen mit ausschließlichen Rechten sind, sowohl im „klassischen“ als auch im Versorgungssektor vergebene Konzessionen***

##### ***Aufgrund ausschließlicher Rechte vergebene Konzessionen***

- Diese Ausnahme gilt **nur** für Dienstleistungskonzessionen, die an Wirtschaftsteilnehmer **im Versorgungssektor** vergeben werden.
- Sie ist **an zwei Bedingungen geknüpft**:

- Der Wirtschaftsteilnehmer hat ein älteres ausschließliches Recht zum Erbringen der Dienstleistungen, die Gegenstand der Konzession sind.
- Dieses Recht wurde gewährt nach einer veröffentlichten nationalen Rechts- oder Verwaltungsvorschrift in Übereinstimmung mit dem EU-Vertrag und EU-Rechtsakten, die gemeinsame Marktzugangsregeln für eine Versorgungstätigkeit festlegen (z. B. Konzessionen im Elektrizitätssektor gemäß der durch die Richtlinie 2009/72/EG aufgehobenen Richtlinie 2003/54/EG und Erdgaskonzessionen gemäß der Richtlinie 2009/73/EG).

### ***Dienstleistungen im Bereich Glücksspiel***

- Dienstleistungskonzessionen für Lotteriedienste, die **auf der Grundlage eines nach nationalen Rechts- oder Verwaltungsvorschriften in Übereinstimmung mit den EU-Verträgen gewährten älteren ausschließlichen Rechts erteilt** wurden, **fallen nicht unter die Richtlinie.**
- Andere Glücksspieldienste auf der Grundlage von Konzessionsverträgen (z. B. Kasinokonzessionen) werden hingegen von der Richtlinie erfasst. Für Glücksspieldienste auf der Grundlage von **Genehmigungen oder Lizenzen gilt die Richtlinie nicht.**

### **Welche Regeln gelten für Konzessionen, die nicht unter die Richtlinie fallen?**

Die im EU-Vertrag verankerten Grundsätze der **Gleichbehandlung und Transparenz.**

## KONZESSIONEN

### VERFAHRENSGARANTIEN

#### Sieht die Richtlinie bestimmte Verfahren für die Vergabe von Konzessionsverträgen vor?

Nein, **der öffentliche Auftraggeber ist nicht verpflichtet, bestimmte Verfahren zu befolgen** (auch keine „offenen“ oder „nichtoffenen“ Verfahren wie bei der Vergabe öffentlicher Aufträge).

Der öffentliche Auftraggeber kann das Verfahren nach nationalem Recht und nach seinen Vorstellungen gestalten, solange er bestimmte Grundregeln einhält.

#### Welche Grundregeln sind zu befolgen?

**Der öffentliche Auftraggeber muss**

- **eine Konzessionsbekanntmachung** im Amtsblatt der EU veröffentlichen, die folgende Anforderungen erfüllt:
  - Sie muss eine Beschreibung der Konzession enthalten.
  - Sie muss die Bedingungen für die Teilnahme am Konzessionsvergabeverfahren enthalten (z. B. Mindestumsatz, Besitz bestimmter Ausrüstungen, Erfahrungen mit bestimmten Bau- oder Dienstleistungen);
- entweder in der Konzessionsbekanntmachung oder in anderen Konzessionsunterlagen potenzielle und tatsächliche Teilnehmer am Verfahren **über die Mindestanforderungen und die Zuschlagskriterien informieren**;
  - Beispiele für Mindestanforderungen: Anzahl der Fahrstreifen einer Autobahn, Abmessungen und Form von Tunneln, Häufigkeit von Busverkehrsdiensten usw.;
  - Beispiele für Zuschlagskriterien: von den Nutzern verlangten Entgelte, Umweltverträglichkeit der für einen Verkehrsdienst eingesetzten Fahrzeuge usw.;
- **an den festgelegten Anforderungen festhalten** und Interessenten, die sie nicht erfüllen, ablehnen;
- **wegen Delikten wie Betrug oder Geldwäsche verurteilte Interessenten** vom Verfahren **ausschließen**;
- **alle Teilnehmer über den Verfahrensablauf und den voraussichtlichen Zeitplan informieren**. Sind spätere Änderungen wahrscheinlich (weil beispielsweise die Verhandlungen mehr oder weniger Zeit in Anspruch nehmen), so muss der öffentliche Auftraggeber alle Teilnehmer im Voraus unterrichten.

#### Lassen Konzessionsvergabeverfahren Spielraum für Verhandlungen?

Der öffentliche Auftraggeber

- kann mit Interessenten und Bietern verhandeln. Allerdings dürfen **bestimmte Elemente** der ursprünglichen Ausschreibung nicht bei laufendem Verfahren geändert werden – **sie sind also nicht verhandelbar**. Dies gilt für
  - den Gegenstand der Konzession
  - die Vergabekriterien und
  - die Mindestanforderungen.
- muss **sicherstellen, dass alle Phasen des Verfahrens** in der zweckmäßigsten Weise **dokumentiert werden** (Audio- oder Videoaufzeichnungen, von unabhängigen Beobachtern eidlich bestätigtes Protokoll usw.)

## KONZESSIONEN

### BERECHNUNG DES WERTS EINER KONZESSION

#### Ab welchem Schwellenwert gilt die Richtlinie?

Die Richtlinie gilt nur für die Vergabe von Bau- oder Dienstleistungskonzessionen mit einem Wert von mindestens

**5 Millionen Euro.**

#### Wie wird der geschätzte Wert einer Konzession ermittelt?

Bei der Ermittlung des Werts einer Konzession **muss der öffentliche Auftraggeber folgenden Faktoren Rechnung tragen:**

- dem Gesamtumsatz des Konzessionsnehmers während der Vertragslaufzeit
- ohne MwSt.
- als Gegenleistung für die Bau- und Dienstleistungen, die Gegenstand der Konzession sind, sowie für die damit verbundenen Lieferungen.

Der öffentliche Auftraggeber muss

- den **geschätzten, nicht den exakten tatsächlichen Wert** der Konzession angeben.

In den meisten Fällen ist es unmöglich, den künftigen Gesamtumsatz des Konzessionsnehmers genau zu berechnen, weil Konzessionen naturgemäß Risiken implizieren. Der Umsatz hängt von verschiedenen Faktoren ab (Anzahl der Nutzer, Beeinträchtigung der Nutzbarkeit des Vermögenswerts etwa durch das Wetter usw.).

- eine **möglichst genaue Schätzung angeben**. Er muss den geschätzten Konzessionswert nach einer in den Konzessionsunterlagen angegebenen objektiven Methode berechnen.

Diese Schätzung muss bei Versand der Konzessionsbekanntmachung bzw. in Fällen, in denen keine Bekanntmachung notwendig ist, bei Einleitung des Konzessionsvergabeverfahrens gültig sein.

Liegt jedoch der Wert der Konzession zum Vergabezeitpunkt mehr als 20 % über dem geschätzten Wert, so wird das Erreichen des Schwellenwerts anhand dieses höheren tatsächlichen Konzessionswerts geprüft.