



## **Die neue EU-Konzessionsvergaberichtlinie**

**Veranstaltung des forum vergabe e.V.  
am 04.12.2013 in Düsseldorf**

### **Thesen**

**erstellt und verantwortet vom forum vergabe e.V.**

#### **1. Anwendungsbereich der Konzessionsvergaberichtlinie<sup>1</sup>**

Rechtsanwältin Dr. Rebecca Schäffer, MJJ,  
Avocado Rechtsanwälte, Köln

- Die Konzessionsrichtlinie sieht als neuen Adressen sog. Vergabestellen vor (Art. 4).
- Umfasst sind auch die Baukonzessionen.
- Die Anforderungen an das Betriebsrisiko sind höher als bei der „Gotha“-Entscheidung des EuGH. Wie sind Verträge einzustufen, die keine Konzessionsverträge i.S.d. Richtlinie sind, aber nach der „Gotha“-Entscheidung auch nicht als Dienstleistungsverträge anzusehen wären?
- Nicht sicher ist, ob auch Wegekonzessionen i.S.d. § 36 EnWG erfasst werden, die Referentin neigt dazu, dies anzunehmen.
- Auch Konzessionen hinsichtlich Sozialdienstleistungen sind umfasst.
- Bei Konzessionen im Wasserbereich ist immer das Primärrecht zu beachten.

#### **2. Anwendungsbereich von Inhouse-Geschäften und Interkommunaler Zusammenarbeit**

Barbara Meißner, Hauptreferentin, Deutscher Städtetag, Köln

- Die Voraussetzungen für ein Inhouse-Geschäft entsprechen weitgehend der „Teckal“-Rechtsprechung. Gelockert wurde das Wesentlichkeitskriterium.
- Bei der Umsatzermittlung sind alle Sparten und Geschäftsbereiche zu berücksichtigen und beim 80 %-Wert einzurechnen.

---

<sup>1</sup> Soweit nicht anders benannt, beziehen sich die Verweise auf die bei Durchführung der Veranstaltung vorliegenden, allerdings in den Sprachfassungen teils unterschiedlichen und in der Nummerierung teils ungeschlossenen Entwürfe der Konzessionsvergaberichtlinie.

- Bei Vergaben im Wasserbereich erscheint diskussionswürdig, ob es bei einem Erfordernis von 90% für eine Inhouse-Vergabe verbleibt. Eine Übernahme der Regelung der Konzessionsvergaberichtlinie erscheint jedoch wahrscheinlicher.
- Im Ergebnis gibt es ausschreibungspflichtige Formen der Interkommunalen Zusammenarbeit.
- Delegierende Aufgabenübertragungen sind vergaberechtsfrei möglich.
- Nicht sicher ist, ob bei mandatierenden Aufgabenübertragungen der Ausführende nicht als eine Art „Erfüllungsgehilfe“ anzusehen ist und daher ein vergabepflichtiger Vorgang vorliegt.
- Bei dem Erfordernis einer „öffentlichen Dienstleistung“ ist jeweils zu prüfen, ob dies insbesondere bei Leistungen der Daseinsvorsorge erfüllt ist.
- Bei der Interkommunalen Zusammenarbeit müssen beide Partner an der Aufgabenerfüllung beteiligt sein, die reine Geldleistung einer Seite reicht nicht aus.
- Eine solche Kooperation darf nur noch zu 20 % am Markt tätig sein, was bisher unregelt war.

### **3. Vergabe von Konzessionsverträgen**

Rechtsanwalt Dr. Roland M. Stein, LL.M.,  
Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Berlin

- Die Richtlinie sieht keine ausdrücklichen Vorgaben für die Durchführung von Vergabeverfahren vor. Auftraggeber können daher den Verfahrensablauf weitgehend frei festlegen.
- Zwingend vorgeschrieben ist die vorherige Bekanntmachung.
- Die Verhandlungsmöglichkeiten erscheinen enger als bei der allgemeinen Vergaberichtlinie für klassische Auftraggeber zu sein.
- Auftraggeber können auch für Subunternehmer das Vorliegen von Ausschlussgründen prüfen und Abhilfe verlangen.
- Näher zu prüfen ist der Umfang der vom Auftraggeber zu fordernden gesamtschuldnerischen Haftung von Auftragnehmer und Subunternehmern.
- Bei der Frage, ob eine Vertragsänderung wettbewerblich relevant ist, muss geprüft werden, ob dies unter Rückgriff auf das Vergabeverfahren ermittelt kann bzw. muss.

- Es ist zu erwarten, dass der EuGH bei Lücken in der Konzessionsvergaberichtlinie auf die klassische Vergaberichtlinie zurückgreift.

#### **4. Elektronische Vergaben**

Daniel Zielke, Deutsche eVergabe

- Die Vorgaben der Konzessionsvergaberichtlinie zu elektronischen Verfahren beschränken sich auf den reinen Vergabeprozess. Vor- und nachgelagerte Prozesse werden nicht erfasst.
- Die Konzessionsvergaberichtlinie verlangt nur die elektronische Bereitstellung von Unterlagen, nicht deren elektronische Verarbeitung etc.
- Auch ein Gleichlauf mit klassischen Vergaben, aber auch erleichterte Dokumentationsmöglichkeiten können für ein gesamthaftes elektronisches Vergabesystem sprechen.
- Bekanntmachungen sind zwingend elektronisch vorzunehmen.
- Neu ist, dass Bekanntmachungen in nationalen Veröffentlichungen erst nach Veröffentlichung durch die EU erfolgen dürfen; bisher musste nur die Versendung an die EU abgewartet werden.

#### **5. Rechtsschutz**

Markus Zeise, 2. VK Bund, Bonn

- Die Statthaftigkeit von Nachprüfungsverfahren kann sich nach dem Unterschied zwischen der ursprünglichen Schätzung und den tatsächlichen Angebotspreisen richten, Art. 6.
- Daher empfehlen sich im Zweifel konservative Schätzungen des Auftragswertes.
- Offen ist, ob die Berücksichtigung von Mängeln bei früherer Vertragsdurchführung von einem Dritten eingeführt und durchgesetzt werden kann.
- Bei der geforderten Einhaltung von Tarifverträgen ist zu klären, ob dies alle in Frage kommenden umfasst oder nur die für allgemein verbindlich erklärten.
- Die Möglichkeit, nachträglich die „Reihenfolge der Zuschlagskriterien“ zu ändern, kann wohl nur die Gewichtung betreffen, nicht aber das Einführen neuer Kriterien.
- Anders als bei der klassischen Vergaberichtlinie sieht die Konzessionsvergaberichtlinie nicht vor, dass Auftraggeber ein „Mehr an Eignung“ berücksichtigen können.