

## VERGABEBETRACHTUNG:

**Deregulierung im Trend?**

(BS) Elf mal und damit so häufig wie noch nie hat der Europäische Gerichtshof 2009 über Vergaberecht entschieden. Lässt sich eine Tendenz erkennen? Allerdings: Die Richtung geht klar weg von der strengen Regulierung der vergangenen Jahre. Mit einem Paukenschlag hat der EuGH am 09.06.2009 (C-480/06 – "Stadtreinigung Hamburg") die interkommunale Kooperation vergabefrei gestellt. Der deutsche Gesetzgeber hatte sich im April 2009 mit Hinweis auf die "strenge EuGH-Rechtsprechung" noch geweigert, eine entsprechende Freistellung in § 99 GWB aufzunehmen.

Auch die Inhouse-Kriterien hat der EuGH 2009 weiter gelockert. Betroffen ist hier das "Dienststellenkriterium", also die Anforderung, dass der Auftraggeber den Vertragspartner wie seine eigene Dienststelle kontrollieren muss, um in den Genuss der Ausschreibungsfreiheit zu gelangen. Auch Aktiengesellschaften sind nun grundsätzlich geeignet, dieses Kriterium zu erfüllen (EuGH v. 10.09.2009, C-537/07).

Als Erleichterung der innerstaatlichen Zusammenarbeit darf die Zulassung eines Universitätsverbands zu öffentlichen Ausschreibungen gelten (EuGH v. 23.12.2009, C-305/08). Auch hier hinkt das deutsche Recht hinterher: Die bereits im Bundesanzeiger veröffentlichte neue Fassung der VOB/A schließt gemeinnützige Einrichtungen von Vergabeverfahren nach wie vor aus (vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2010). Das dürfte nun keinen Bestand mehr haben.

Deregulierend wirkt schließlich auch die Entscheidung des EuGH vom 10.09.2009 (C-206/08) zur Dienstleistungskonzession. Die Abgrenzung zu vergabepflichtigen öffentlichen Aufträgen wurde bisher nach Risikogesichtspunkten vorgenommen. Der EuGH: Marktrisiken müssen nicht übertragen werden, um in den Genuss der ausschreibungsfreien Dienstleistungskonzession zu kommen.

Nun darf nicht verschwiegen werden, dass der EuGH 2009 auch eine Reihe regulierungsfreundlicher Entscheidungen getroffen hat: Krankenkassen hat er als öffentli-



*Der Autor ist Rechtsanwalt und Partner der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek im Büro Hamburg sowie Lehrbeauftragter für Vergaberecht der Universität Hamburg. Per E-Mail erreichen Sie ihn unter [m.schellenberg@heuking.de](mailto:m.schellenberg@heuking.de). Ausführliche Informationen zu den 20 wichtigsten Entscheidungen im Vergaberecht 2009 und den 15 wichtigsten Neuerungen der Vergaberechtsreform 2010 können mit Bezug auf diesen Beitrag unter [www.heuking.de](http://www.heuking.de) oder telefonisch unter 040/35 52 80-65 abgerufen werden.*

che Auftraggeber qualifiziert (EuGH v. 11.06.2009, C-300/0). Die strengen Anforderungen zur Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien hat er aufrecht erhalten (EuGH v. 12.11.2009, C-199/07). Wenig überraschend hat er den Bau der Kölner Messe (EuGH v. 29.10.2009, C-536/07) und eine große IT-Beschaffung der Datenzentrale Baden-Württemberg (EuGH v. 15.10.2009, C-275/08) als ausschreibungspflichtig qualifiziert.

Wieder von seiner liberaleren Seite zeigte sich der EuGH mit der Aussage, dass gesellschaftsrechtlich verbundene Unternehmen nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden dürfen (EuGH v. 19.05.2009, C-538/07 u. EuGH v. 23.12.2009, C-376/08).

Fazit: Der EuGH hat das Vergaberecht 2009 weiter liberalisiert. Mit Spannung wird nun darauf gewartet, ob sich dieser Trend 2010 fortsetzt. Ein erster Test wird die Entscheidung zu der Ausschreibungspflicht von Grundstücksverkäufen im Rahmen von kommunalen Erschließungsvorhaben sein. Der Generalanwalt hat sich (in vorauseilendem Gehorsam?) bereits für die Ausschreibungsfreiheit entschieden.

**Martin Schellenberg**