

EuGH konkretisiert Pflicht zu Ausschreibung

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in einer Entscheidung vom 18. Januar dieses Jahres (Az. C-220/05) erneut wichtige Aussagen zur Ausschreibungspflicht bei innerstädtischen Erschließungen getroffen. Rechtsanwalt Dr. Martin Schellenberg stellt das Urteil vor.

Die französische Stadt Roanne beauftragte ohne Ausschreibung eine Tochtergesellschaft damit, im Bahnhofsbereich ein Freizeitzentrum zu errichten. Dort sollten ein Multiplex-Kino, Geschäftsräume, ein Hôtel sowie ein öffentlicher Parkplatz, Zugangswege und öffentliche Plätze entstehen. Die Auftragnehmerin sollte die Flächen kaufen, ein Auswahlverfahren für Architekten und Planungsbüros organisieren, die Bauarbeiten durchführen lassen sowie die Arbeiten koordinieren. Dann sollte sie das Areal in eigenem Namen auf eigene Rechnung verkaufen. Die Stadt subventionierte die Erschließung mit ca. 5,5 Mio. Euro und trug das finanzielle Risiko aus der Veräußerung.

Trifft auch deutsche Projekte

Die Opposition hat den entsprechenden Ratsbeschluss der Stadt vor dem Verwaltungsgericht Lyon mit der Begründung angefochten, dass der Auftrag für die Projektrealisierung ausschreibungspflichtig war. Das Verwaltungsgericht legte den Fall dem EuGH vor. Die Europa-Richter sollten klären, ob es sich in diesem Fall um einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne des europäischen Vergaberechts handelt. In dem Zusammenhang war auch offen, welche Erlöse in die Berechnung des Schwellenwerts einfließen. Schließlich sollte die Frage

beantwortet werden, ob die Ausschreibung deshalb entbehrlich war, weil die Projektentwicklungsgesellschaft als von der öffentlichen Hand beherrschtes Unternehmen selbst Unteraufträge ausschreiben musste.

ANZEIGE



Karl, Kewel & Partner
Real Estate Strategy Consultants

Valuation Services
Portfolio Due Diligence
Investment

+49 (0) 911 - 25 25 90

www.kknp.de

Der EuGH hat in allen Fragen der Opposition im Stadtrat Recht gegeben: Der Projektrealisierungsvertrag sei ein öffentlicher Bauauftrag, da der Schwerpunkt bei Bauleistungen liege. Nicht gelten ließ er das Argument, es handle sich um eine reine Immobilienveräußerung bzw. um den Erwerb von Immobilien. Derartige Geschäfte seien zwar grundsätzlich vergabefrei möglich. Abzustellen sei jedoch auf den Gesamtzusammenhang. Enge Vorgaben der öffentlichen Hand für die Gestaltung und Planung des Areals führten dazu, dass bei materieller Betrachtung ein Bauauftrag und kein vergabefreies Immobiliengeschäft vorliegt.

Bei der Berechnung des Schwellenwerts für diesen Bauauftrag sind alle Erlösströme zu berücksichtigen, die für den Auftragnehmer zu Einnahmen führen. Dementsprechend sind nicht nur die von der öffentlichen Hand zu zahlenden Vergütungen einzuberechnen. Vielmehr sind auch Veräußerungserlöse für Grundstücke bei der Berechnung der Schwellenwerte, die nach aktuellem EU-Recht bei Bauaufträgen 5,278 Mio. Euro betragen, relevant.

Schließlich hat der Gerichtshof eine Ausschreibung auch dann für erforderlich gehalten, wenn der Auftragnehmer selbst öffentlicher Auftraggeber ist und Unteraufträge demnach nach öffentlichem Vergaberecht auszuschreiben hat. Eine derartige Doppelausschreibung sei hinzunehmen. Im Übrigen sei sie keinesfalls zwingend, da Unteraufträge auch unterhalb der Schwellen vergeben werden könnten. In diesem Fall sowie im Fall der vollständigen Eigenerstellung würde der Auftrag dem Vergaberecht entzogen, wenn man den Hauptauftrag für ausschreibungsfrei hielte. Die Entscheidung ist auch für deutsche Projektrealisierungen von Bedeutung. Dies gilt zum einen für die Klärung der Berechnungsgrundlage für Schwellenwerte. Durch die weite Auslegung ist der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts in derartigen Projekten erweitert. Zum anderen gilt dies für die Qualifikation eines Projekts als öffentlicher Bauauftrag. Hier verengen sich die Gestaltungsspielräume für Projektrealisierer, gegebenenfalls durch reine Immobiliengeschäfte vergabefrei Realisierungen durchführen zu können.

Insgesamt ist festzustellen, dass der europäische Gerichtshof die Spielräume für vergabefreie Transaktionen sowohl im Dienst-

leistungs- als auch im Immobilienbereich systematisch verengt hat. Dies gilt insbesondere für die Durchführung von Projekten in gemischt-wirtschaftlichen Gesellschaften, die der EuGH in einer Reihe von Entscheidungen seit 2005 dem Vergaberecht unterstellt hat. Lediglich reine Immobilienverkäufe und -käufe sowie Vermietungen sind nach wie vor vergabefrei und werden dies aufgrund entsprechender Richtlinienvorgaben auch bleiben. Vorsicht ist jedoch auch hier dann geboten, wenn Dienstleistungselemente sowie Errichtungskomponenten Bestandteil der Verträge sind.

Nicht nur die Bauleistung zählt

Zusammengefasst ergeben sich für die Realisierung und Vergabe von Projekten folgende Konsequenzen aus dem Urteil:

- Die Abgrenzung zwischen einer vergabefreien Immobilienveräußerung und einem vergaberechtpflichtigen Bauauftrag ist nach einer materiellen Betrachtung des Gesamtzusammenhangs vorzunehmen: Nimmt die öffentliche Hand wesentlichen Einfluss auf die Gestaltung und die Planung, liegt ein Bauauftrag vor.

- Bei der Berechnung der Schwellenwerte für Bauaufträge sind nicht nur die reinen Bauleistungen, sondern alle Geldströme des Projektrealisierungsvertrags einzubeziehen.

Der EuGH setzt mit dieser Entscheidung eine Reihe von Urteilen seit 2005 fort, die Umgehungen des Vergaberechts durch gesellschaftsrechtliche und andere Gestaltungen verhindern sollen. (ba)

Der Autor: Rechtsanwalt Dr. Martin Schellenberg ist Partner der Hamburger Kanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek. Das Vergaberecht ist einer seiner Schwerpunkte (www.heuking.de).