

Deutscher Städtetag

Deutscher Landkreistag

Deutscher Städte- und Gemeindebund

Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände

Bundesvereinigung komm. Spitzenverbände, Postfach 510620, 50942 Köln

Marienburg
Lindenallee 13 - 17
50968 Köln

30. Juli 2004

Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen vom 30. April 2004, KOM (2004) 327 endgültig

A. Allgemeine Anmerkungen

Die Städte, Gemeinden und Landkreise in Deutschland praktizieren öffentlich-private Partnerschaften (ÖPP) in vielfältiger Weise und Ausgestaltung. Dies bezieht sich sowohl auf die im Grünbuch angesprochenen vertraglichen ÖPP (z. B. Finanzierung und Betrieb von Hochbauten) als auch auf die institutionellen ÖPP (z. B. gemischt-wirtschaftliche Versorgungsunternehmen). ÖPP sind eine der denkbaren Möglichkeiten zur Organisation der Aufgabenerfüllung der Kommunen.

Flexibilität und Vielfalt der ÖPP erhalten

Als grundsätzlicher Vorteil erweist sich dabei bisher die Flexibilität, mit der die Kommunen das Instrument der ÖPP nutzen können. Diese muss erhalten bleiben. Eine Überregulierung, insbesondere mit Vorschriften des Vergaberechts, würde die Attraktivität dieser Organisationsform für die Erfüllung kommunaler Aufgaben stark vermindern. Die Folge wäre, dass sich Kommunen strikt entweder für eine reine Eigenerbringung oder für eine völlige Privatisierung entscheiden müssten. Dies bedeutete aber, dass die bisher bestehende Gestaltungsfreiheit der Städte, Gemeinden und Landkreise eingeschränkt und das in vielen Fällen auch sinnvolle Instrument der ÖPP aufgegeben würde.

Wir teilen die Einschätzung der EU-Kommission (Rd.-Nr. 5), dass im Rahmen von ÖPP stets für jedes einzelne Projekt bewertet werden muss, ob diese Art der Partnerschaft mit Privaten einen tatsächlichen Zusatznutzen gegenüber anderen Möglichkeiten kommunaler Aufgabenerfüllung bringt. Einer solchen Bewertung gehen äußerst komplexe Betrachtungen voraus. Ob eine ÖPP für die Kommune sinnvoll ist, hängt z.B. von der Risikoverteilung zwischen öffentlichem und privatem Partner oder den durch das Projekt verursachten Transaktionskosten ab. Ein generelles Urteil über die unterschiedlichen Formen von ÖPP ist zurzeit für den kommunalen Bereich in Deutschland noch schwierig abzugeben.

Im Bereich der vertraglichen ÖPP ist insbesondere auf die Beteiligung Privater an Hochbaumaßnahmen der Städte, Gemeinden und Landkreise hinzuweisen. So haben z.B. einzelne Kommunen die bauliche Erhaltung und den Betrieb ihrer Schulen im Wege der Ausschreibung auf Private übertragen. ÖPP bieten dabei als reine Finanzierungsmethode gegenüber herkömmlichen kommunalen Finanzierungsmethoden keinen Vorteil. Für eine Bewertung muss vielmehr auf die gesamte Nutzungsdauer des Projektes abgestellt werden, Diese umfasst neben der Bau- auch die Betriebsphase. Auf der Basis der Erfahrungen in anderen Mitgliedsstaaten der EU dürfte sich eine positive Bewertung der wirtschaftlichen Möglichkeiten solcher ÖPP ergeben.

Die institutionellen ÖPP haben bei den Kommunen in Deutschland insbesondere durch die Liberalisierung der Energiemärkte eine stärkere Verbreitung erlebt. Viele Kommunen haben Anteile an ihrem Energieversorgungsunternehmen an Private veräußert. Auch hier ist eine abschließende Bewertung dieses Prozesses nicht möglich. Es muss jedoch darauf hingewiesen werden, dass die Kartellbehörden in Deutschland bereits erhebliche Bedenken wegen der vertikalen Verflechtung großer überregionaler Versorgungsunternehmen mit kommunalen örtlichen Energieversorgern angemeldet haben. Es besteht die Gefahr, dass die großen überregionalen Versorger auch durch ihre Beteiligungen an örtlichen Versorgern eine Marktaufteilung verwirklichen, die dem Wettbewerbsgedanken nicht gerecht wird.

Beachtung der Freiheit der Kommunen zur eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung und Organisationsgestaltung

Von entscheidender Bedeutung für die weiteren Beurteilungen von ÖPP generell ist aber die Beachtung der mitgliedstaatlichen Organisationsfreiheit sowie hier insbesondere der national wie europarechtlich abgesicherten Selbstverwaltung der Kommunen. National folgt diese Gewährleistung aus der deutschen Verfassung in Art. 28 Abs. 2 GG. Europarechtlich sieht nunmehr der von der Regierungskonferenz einstimmig beschlossene Verfassungsvertrag in Art. I-5 die *Achtung* der nationalen Identität der Mitgliedstaaten, die in deren grundlegender politischer und *verfassungsrechtlicher Struktur einschließlich der regionalen und kommunalen Selbstverwaltung* zum Ausdruck kommt, vor. Zu dem Kernbereich dieser Selbstverwaltungsgarantie und damit zu den Grundlagen der nationalen verfassungsrechtlichen Struktur im Sinne von Art. I-5 Verfassungsvertrag gehört die Kooperations- und Organisationshoheit, die den Kommunen die eigenverantwortliche Entscheidung garantiert, Dienstleistungen und hoheitliche Tätigkeiten selbst zu erledigen, die Erledigung auf Dritte zu übertragen oder – wie hier – für die Aufgabenerfüllung mit Privaten und/oder anderen Trägern der öffentlichen Verwaltung zu kooperieren. Hierbei handelt es sich nicht um Konzessionserteilungen, sondern um die eigenverantwortliche Entscheidung über die Modalitäten der Aufgabenerfüllung.

Ganz überwiegend erfüllen die Städte, Gemeinden und Landkreise in Deutschland ihre Aufgaben selbst oder durch eigene Einrichtungen und Unternehmen. Deshalb trifft das in Rd.-Nr. 3 des Grünbuchs vermittelte Bild, dass die öffentliche Hand Abstand von ihrer Funktion als direkter Akteur nimmt und sich lediglich auf die Organisation, Regulierung und Controlling der Erfüllung ihrer Aufgaben beschränkt für die Kommunen in Deutschland nicht zu. Das dieser Betrachtung seitens der EU-Kommission zugrunde liegende Modell einer bloßen Gewährleistungskommune mag in einzelnen Bereichen diskussionswürdig sein, es ist aber weder Regelfall noch zwingendes Leitbild. Das, wie aufgezeigt, national wie europarechtlich verbürgte Selbstverwaltungsrecht, das den Kernbestand eigener Aufgabenerfüllung schützt, gewährleistet vielmehr, dass Städte, Gemeinden und Landkreise auch zukünftig unabhängig darüber entscheiden können müssen, ob sie eine Aufgabe selbst, durch eigene Unternehmen oder Einrichtungen oder durch private Dritte erfüllen. Die Festlegung auf eine Gewährleistungsfunktion wäre eine Neuverteilung der Verantwortung bei öffentlichen Aufgaben der Städte, Gemeinden und Landkreise zwischen diesen und den beauftragten Dritten. Bei dem in Deutschland ganz überwiegend praktizierten Modell der kommunalen Eigenleistung liegt sowohl die Festsetzung der politischen Rahmenbedingungen einer Aufgabe als auch ihre Verwirklichung bei der Kommune. Bei der Gewährleistung würde dies auf die Verantwortung reduziert, politische Vorgaben für die Aufgabenerfüllung zu setzen und deren Umsetzung zu überwachen. Eine solche Neuverteilung kann aber, wenn überhaupt, nur das Ergebnis einer intensiven gesellschaftspolitischen Diskussion in den Mitgliedstaaten bzw. ihren Untergliederungen sein. Eine solche Diskussion betrifft wesentliche Fragen der innerstaatlichen Organisation, der historisch gewachsenen Strukturen und damit auch der Ausgestaltung der gesellschaftlichen Rahmenbedingungen. Die Festlegung, ob sich die öffentliche Hand eher als Gewährleister oder eher als Erbringer öffentlicher Aufgaben sieht oder zu sehen hat, kann daher nicht auf europäischer Ebene getroffen werden.

Vor dem Hintergrund dieser grundsätzlichen Betrachtungen ergeben sich notwendigerweise Auswirkungen zur Einschätzung eines Verfahrensrahmens für die Konzessionsvergabe, zu den Möglichkeiten interkommunaler Zusammenarbeit, auch zu Fragen von Inhouse-Geschäften sowie zu lokalen Dienstleitungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse:

Kein Verfahrensrahmen für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen erforderlich

Auf Grund der erheblich von der Einschätzung der Kommission, die das Gewährleistungsmodell bereits als in der Praxis vorherrschend ansieht, abweichenden tatsächlichen Organisation der kommunalen Aufgabenerfüllung in Deutschland, die durch die Eigenerfüllung geprägt ist, haben die in dem Grünbuch getroffenen Aussagen und Fragestellungen für die Kommunen in Deutschland eine über den Bereich der ÖPP hinausgehende Bedeutung. Dies betrifft insbesondere die Erteilung von Dienstleistungskonzessionen. Soweit hier eine stärkere, an das bestehende Vergaberecht angelehnte europäische Regelung angedacht ist, hätte dies sowohl Auswirkungen auf die Beauftragung eigener Einrichtungen und Unternehmen durch die Kommunen als auch auf die interkommunale Zusammenarbeit. Die Kommunen wenden sich daher gegen einen gemeinschaftlichen Rechtsakt zur Festlegung eines Verfahrensrahmens für die Konzessionsvergabe. Dies entspricht sowohl der Haltung der Mehrheit des Rates als auch der des Europäischen Parlaments, die im Rahmen des kürzlich verabschiedeten Legislativpakets zum öffentlichen Auftragswesen gemeinschaftsrechtlicher Regelungen für Dienstleistungskonzessionen abgelehnt haben. Wesentliche Entwicklungen, die einen erneuten Anlauf der EU-Kommission rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich.

Vertrauensschutz

Soweit die Kommission aber die im Grünbuch dargelegten Überlegungen, einen Verfahrensrahmen für die Konzessionsvergabe vorzuschlagen, weiter verfolgt, dürfen die dort getroffenen Regelungen jedenfalls keine Rückwirkung auf bereits bestehende ÖPP haben. Sollten diese nämlich nicht unter Beachtung der neuen Regeln eingegangen wurden, wäre es anderenfalls notwendig, sie rückabzuwickeln. Dies muss aber aufgrund des damit verbundenen erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Aufwands und der finanziellen Risiken für die Beteiligten vermieden werden.

Konkretisierung der Inhouse-Kriterien

Die EU-Kommission sieht die öffentliche Hand als Gewährleister und nicht als Erbringer von öffentlichen Aufgaben an. Daraus ergibt sich für sie automatisch der Ansatz, Dienstleistungsaufträge und Dienstleistungskonzessionen, die sich von den Erstgenannten nur durch die Ausgestaltung der Entgeltregelungen unterscheiden, auf das Verhältnis der Kommunen zu ihren Unternehmen und die interkommunale Zusammenarbeit auszuweiten. Unabhängig von der Frage, inwieweit eine Beauftragung eines kommunalen Unternehmens oder einer kommunalen Einrichtung durch eine Trägerkommune in der jeweiligen Ausgestaltung überhaupt einen Dienstleistungsauftrag bzw. eine Dienstleistungskonzession darstellt, ist hier die Definition der sogenannten Inhouse-Geschäfte für uns von besonderer Bedeutung. Eine Festlegung der Kriterien in der Gestalt, dass ein Inhouse-Verhältnis lediglich bei 100 %igen Tochterunternehmen der Kommunen vorliegt, würde dazu führen, dass institutionelle ÖPP der Kommunen nicht weiter verfolgt werden. Es muss daher eine rechtliche Lösung gefunden werden, die die Beauftragung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens durch die Kommune ohne Ausschreibung unter bestimmten Voraussetzungen als Inhouse-Geschäft zulässt.

Problematisch erscheint eine solche Absicht der Kommission auch vor dem Hintergrund, dass es in einigen Sektoren der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse - insbesondere in den investitionsintensiven Bereichen - außer kommunalen Anbietern, die in ihrer Leistungserbringung auf ihr Territorium begrenzt sind, nur noch einige wenige große, europaweit agierende Unternehmen gibt, die den Markt bestimmen. Bei europaweiten Ausschreibungen sind es insbesondere diese Unternehmen, die sowohl in Bezug auf die Dienstleistungskonzessionen, aber auch im Hinblick auf die

Auswahl des privaten Partners die kostengünstigsten Angebote vorlegen können. Der von der Kommission angedachte Verfahrensrahmen für Dienstleistungskonzessionen wird in diesen Sektoren mittelfristig dazu führen, dass es kaum noch kommunale Unternehmen geben wird, sondern lediglich einige wenige private Anbieter. Insbesondere für kleine und mittlere Kommunen bedeutet dies automatisch, dass die Möglichkeit der Einflussnahme auf die Erbringung der Dienstleistung stark eingeschränkt werden wird. Sie stehen einer Marktmacht gegenüber, die ihnen sowohl die Art der Erbringung der Dienstleistungen als auch mittelfristig den Preis diktieren kann.

Keine Beeinträchtigung interkommunaler Zusammenarbeit

Noch drängender ist das Problem bei der interkommunalen Zusammenarbeit. Es muss sichergestellt werden, dass die Regelungen des Vergaberechts und zu Dienstleistungskonzessionen die kommunale Zusammenarbeit nicht beeinträchtigen. Bei den in den Gesetzen der deutschen Bundesländer geregelten Instrumenten dieser Zusammenarbeit handelt es sich entgegen der Auffassung der Europäischen Kommission (vgl. die mit Gründen versehene Stellungnahme vom 30. März 2004 (2000/4433 C(2004)1202)) lediglich um kommunale Organisationsfragen und nicht um die Erteilung einer Dienstleistungskonzession oder einen vergaberelevanten Dienstleistungsauftrag. Kommunale Zweckverbände sind Instrumente bzw. Organisationsformen, die helfen, den eigenen, kommunalen Handlungsspielraum zu sichern, handlungsfähig möglichst effektiv Leistungen zu erbringen, die in Einzelleistung ggf. kostenintensiver wären. Es wird dabei aber keine Leistung am Markt gegen Entgelt eingekauft oder beschafft. Vielmehr geht mit der Gründung eines Zweckverbandes die öffentlich-rechtliche Aufgabe der Kommune auf den Zweckverband kraft Gesetzes, nicht aber durch Rechtsgeschäft über. Es handelt sich um einen Fall unmittelbarer gemeinsamer Aufgabenerledigung durch eine seit jeher praktizierte Rechts- und Organisationsform kommunaler Eigenproduktion. Ein Markt wird nicht betreten.

Lokale Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

Insbesondere für die Erbringung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) müssen neben den im Grünbuch angesprochenen Wettbewerbsgrundsätzen die Gemeinwohlverpflichtungen betrachtet werden. Es bedarf daher zum einen der Abwägung der Wettbewerbsgrundsätze mit dem Verfassungsbeschluss zur Beachtung der kommunalen Selbstverwaltung und Subsidiarität; zum anderen greifen auch die im EGV zu DAWI festgelegten Regelungen in Art. 16 und Art. 86,2. In diesem Zusammenhang könnte für die Beauftragung kommunaler Unternehmen und Einrichtungen der kommunalen Zusammenarbeit mit lokalen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, durch die der Binnenmarkt nur unwesentlich beeinträchtigt wird, sollte eine Freistellungsregelung von den Vorschriften für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen und –konzessionen geschaffen werden. Dies entspräche der Lösung, die zurzeit durch den Vorschlag der EU-Kommission für eine Freistellungsentscheidung im Bereich des europäischen Beihilferechts angestrebt wird. Mögliche Kriterien für die Vermutung einer nur unwesentlichen Beeinträchtigung des Binnenmarktes wären in erster Linie der lediglich örtliche Bezug der Dienstleistung, aber auch die öffentliche Rechtsform des beauftragten Unternehmens oder auch Schwellenwerte.

B. zu den Fragen

- 1. Welche Formen von ÖPP auf Vertragsbasis sind Ihnen bekannt?
Gibt es in Ihrem Land spezifische (gesetzliche oder andere) Rahmenbedingungen für derartige Konstruktionen?**

In der Bundesrepublik Deutschland sind vielfältige Modelle von ÖPP auf Vertragsbasis bekannt. Neben den klassischen Betreiber- und Betriebsführungsmodellen sowie dem Konzessionsmodell wer-

den Kombinationen aus diesen Modellen gewählt. ÖPP umfasst eine Vielzahl von Formen und Ausgestaltungen. Gemeinsam ist allen, dass es sich um die gemeinschaftliche privat-öffentliche Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben handelt. Dabei geht es nicht nur um Investitionen, die derzeit im Vordergrund stehen, sondern auch um die Erbringung von Dienstleistungen.

Hauptmotiv für die Kommunen zur Suche nach Möglichkeiten zur langfristigen Zusammenarbeit mit privaten Investoren ist der Wunsch, durch Effizienzsteigerungen die engen finanziellen Spielräume für Investitionen erweitern zu können. Hierdurch soll die Kluft zwischen wachsendem Erweiterungs-, Ersatz- und Modernisierungsbedarf in der kommunalen Infrastruktur einerseits und den geringeren Ressourcen andererseits verkleinert werden.

Im Bereich der vertraglichen ÖPP hat die Bundesregierung unter Beteiligung interessierter Kreise das Projekt „PPP“ im öffentlichen Hochbau ins Leben gerufen; mit diesem Projekt soll der Gedanke der langfristig angelegten Zusammenarbeit der öffentlichen Hand mit privaten Investoren forciert werden. Nähere Angaben zu diesem Projekt und zu den rechtlichen Rahmenbedingungen für PPP in Deutschland sind unter der Internetadresse www.bmwbw.de/Bauwesen-.346.htm abrufbar. Zeitgleich haben einzelne Kommunen die bauliche Erhaltung und den Betrieb ihrer Schulen im Wege der Ausschreibung auf Private übertragen. Durch die Beurteilung der gesamten Nutzungsdauer eines Projektes, die neben der Bau- auch die Betriebsphase umfasst, dürfte sich auf der Basis der Erfahrungen in anderen Mitgliedsstaaten der EU eine positive Bewertung der wirtschaftlichen Möglichkeiten solcher ÖPP ergeben. Zur Begleitung der ÖPP-Projekte im Hochbau wurde im Rahmen des erwähnten Projekts beim Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen inzwischen eine Task force gegründet. Auch einzelne Länder sind derzeit dabei, entsprechende Task forces einzurichten.

Hinsichtlich der Bewertung der Erfahrungen mit vertraglichen ÖPP verweisen wir auf die Aussagen in Teil A.

Spezifische sondergesetzliche Rahmenbedingungen für derartige Konstruktionen sind in der Bundesrepublik Deutschland nicht vorhanden. Vielmehr können durch in anderen Rechtsgebieten erlassene Rechtsvorschriften, wie Gemeindeordnungen Haushalts- und Vergaberecht zufrieden stellende Lösungen und Regelungen zur Bildung derartiger Konstruktionen abgeleitet werden. Der Erlass spezifischer Rahmenbedingungen für derartige Konstruktionen ist daher nicht erforderlich. Einzelheiten zu den rechtlichen Rahmenbedingungen für vertragliche ÖPP in Deutschland finden sich auf der bereits erwähnten Internetseite www.bmwbw.de/Bauwesen-.346.htm der Bundesregierung.

2. Nach Auffassung der Kommission wird die Umsetzung des wettbewerblichen Dialogs in einzelstaatliche Rechtsvorschriften den betroffenen Parteien ein Verfahren an die Hand geben, das sich ganz besonders für die Vergabe öffentlicher Aufträge im Zusammenhang mit der Einrichtung einer ÖPP auf Vertragsbasis eignet und gleichzeitig die Grundrechte der Wirtschaftsteilnehmer wahrt. Stimmen Sie dem zu? Falls nein, warum nicht?

Für den Fall, dass eine Ausschreibungsverpflichtung im Zusammenhang mit der Einrichtung einer ÖPP auf Vertragsbasis besteht, könnte der wettbewerbliche Dialog als Unterfall des Verhandlungsverfahrens ein geeignetes Verfahren darstellen. Er bietet durchaus Vorteile, da mit seiner Hilfe die Kosten und Risiken eines ÖPP-Modelles ausgelotet werden können. Insofern ist die optionale Anwendung zu begrüßen. Allerdings wird sich im Falle der Einführung des wettbewerblichen Dialogs in Deutschland erst noch zeigen müssen, ob dieses Instrument praxistauglich ist. Hier sehen wir gewisse Probleme in Zusammenhang mit der Regelung des Art. 29 Abs. 8 der Richtlinie, wonach die öffentlichen Auftraggeber wegen des aufwendigen Verfahrens Prämien oder Zahlungen an die Teilnehmer am wettbewerblichen Dialog vorsehen können. Setzt sich in der Praxis durch, dass die öffentlichen Auftraggeber diese Zahlungen nicht vorsehen, dann wird der wettbewerbliche Dialog insbesondere für den Mittelstand (KMU) unattraktiv; setzt sich demgegenüber in der Praxis durch, dass

die öffentlichen Auftraggeber solche Zahlungen faktisch ausloben müssen, dann dürfte das die Attraktivität des wettbewerblichen Dialogs insbesondere bei kleinen und mittleren öffentlichen Auftraggebern einschränken.

Keinesfalls darf aber eine Verbindung zwischen dem vergaberechtlichen Instrument des wettbewerblichen Dialogs und den Dienstleistungskonzessionen gezogen werden. Nach unserer Auffassung kann das Verhandlungsverfahren - anders als unter Randnummer 24 des Grünbuches dargestellt - sehr wohl angewandt werden, wenn Probleme aufgrund der Tatsache auftreten, dass die rechtliche und finanztechnische Konstruktion sehr komplex ist. Das Verhandlungsverfahren ist ja gerade darauf ausgelegt, mit einer möglichst geringen Anzahl von Bewerbern im Wege des Verhandels zu einer eindeutigen Leistungsbeschreibung zu gelangen.

3. Sehen Sie in bezug auf diese Aufträge neben der Wahl des Vergabeverfahrens andere Punkte, die mit dem Gemeinschaftsrecht über öffentliche Aufträge in Konflikt stehen könnten? Wenn ja, nennen Sie diese und begründen sie!

Nein.

4. Haben Sie bereits einmal ein Verfahren zur Vergabe einer Konzession in der Europäischen Union organisiert, daran teilgenommen, bzw. ein solches organisieren oder daran teilnehmen wollen? Welche Erfahrungen haben Sie gemacht?

Nein.

5. Halten Sie das derzeitige Gemeinschaftsrecht für präzise genug, um die konkrete und effektive Teilnahme von Gesellschaften oder Gruppierungen aus anderen Staaten an den Konzessionsvergaben sicher zu stellen? Sind sie der Ansicht, dass in dieser Hinsicht normalerweise ein tatsächlicher Wettbewerb herrscht?

Das häufige Fehlen von Angeboten aus anderen Mitgliedsländern nicht nur bei ÖPP, sondern im gesamten Vergabebereich, liegt im Regelfall nicht an den Verfahrensweisen oder fehlendem Wettbewerb, sondern an dem mangelnden Interesse der Bieter. Dieses scheint insbesondere für die mittelständische Wirtschaft zu gelten.

In den Fällen der Dienstleistungskonzessionen besteht für Gruppierungen und Gesellschaften aus anderen Staaten effektiv die Möglichkeit, Konzessionär zu werden. Art. 43 ff. EGV sind insoweit hinreichend präzise.

6. Halten Sie einen Vorschlag für einen gemeinschaftlichen Rechtsakt zur Festlegung eines Verfahrenrahmens für die Konzessionsvergabe für wünschenswert?

Nein.

Siehe im Übrigen Teil A der Stellungnahme.

- 7. Allgemeiner gefragt: Wenn sie ein neues Gesetzgebungsvorhaben der Kommission für erforderlich halten, gibt es dann objektive Gründe dafür, in diesem Rechtsakt sämtliche ÖPP auf Vertragsbasis zu behandeln und sie ein und demselben Regelwerk für die Vergabe zu unterwerfen, ganz gleich ob die Vorhaben als öffentliche Aufträge oder als Konzessionen einzustufen sind?**

Nein.

Siehe im Übrigen Teil A der Stellungnahme.

- 8. Ist Ihrer Erfahrung nach der Zugang der ausländischen Akteure zu privat initiierten ÖPP gewährleistet? Für den Fall, dass die Vergabestellen zur Initiative aufrufen, wird dieser Aufruf dann angemessen bekannt gemacht, so dass alle interessierten Akteure Kenntnis davon haben können? Wird für die Ausführung des ausgewählten Objektes ein Auswahlverfahren auf Basis eines effektiven Wettbewerbs organisiert?**

Nach unserer Erfahrung ist dies im Rahmen der bestehenden Regelungen gewährleistet. Siehe im Übrigen auch die Antwort zu Frage 5.

- 9. Wie könnte Ihrer Auffassung nach die Entwicklung privat initiierten ÖPP in der Europäischen Union unter Wahrung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung und ohne den Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot gewährleistet werden?**

Die Entwicklung privat initiierten ÖPP würde bei der Erstellung eines einheitlichen Rechtsrahmens und damit bei einer generellen Ausschreibungspflicht in zu starre rechtliche Grundlagen gezwängt. Damit wäre jede private Initiative im Keim erstickt und dieses Instrument wiederum zum Scheitern verurteilt. Im Einzelfall könnte jedoch ein Verhandlungsverfahren als Vergabeart gewählt werden. Zur Entwicklung und Förderung privat initiierten ÖPP bedarf es eines Anreizes der Privatwirtschaft, der ihre Kreativität fördert. Es bleibt deshalb zu überlegen, ob im Wege der Wertung der Angebote diese Kreativität angemessen berücksichtigt werden kann und sollte. Lediglich eine an die Vorstellungen des Urheberrechts angelehnte Entlohnung der Idee dürfte dafür nicht ausreichend sein.

- 10. Welche Erfahrung haben Sie in der Phase im Anschluss an die Auswahl des privaten Partners im Rahmen von ÖPP auf Vertragsbasis gemacht?**

In dieser Phase wurden unterschiedliche Erfahrungen gemacht. Das Gelingen der ÖPP auf Vertragsbasis ist von der sorgfältigen Planung und Vorbereitung sowie der vertraglichen Gestaltung abhängig. Zudem ist großer Wert auf einen gerechten Risiko- und Lastenausgleich zu legen. Das Finanzierungs- und Vollzugsrisiko darf nicht einseitig zu Lasten eines Partners geregelt werden. Letztendlich ist immer der Einzelfall zu betrachten und ausschlaggebend. So ist es etwa in den bereits erwähnten Modellen der Schulsanierung im Rahmen vertraglicher ÖPP selbstverständlich, dass das Risiko zukünftig sinkender Schülerzahlen beim Schulträger und damit bei der Kommune anzusiedeln ist; in Anwendungsfällen der ÖPP im Verkehrsbereich, in denen der private Investor den Nutzern der Verkehrsinfrastruktur Entgelte abverlangen darf, ist es demgegenüber selbstverständlich, das Risiko einer mangelnden Inanspruchnahme dieser Infrastruktur dem privaten Investor aufzuerlegen.

Eine einheitliche europäische Regelung zur Risikoverteilung ist nicht erforderlich, wäre angesichts der Bandbreite von ÖPP-Anwendungsfällen auch ausgesprochen kontraproduktiv.

11. Sind Ihnen Fälle bekannt, in denen die Ausführungsbedingungen einschließlich der Klausel zur Anpassung im Zeitverlauf, eine diskriminierende Wirkung entfalten konnten oder eine ungerechtfertigte Behinderung der Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit darstellten? Falls ja, beschreiben Sie bitte die Art der aufgetretenen Probleme.

Nein.

12. Sind Ihnen Praktiken oder Mechanismen zur Bewertung von Angeboten bekannt, die eine diskriminierende Wirkung haben?

Nein.

13. Sind Sie wie die Kommission der Auffassung, dass bestimmte Interventionsklauseln in bezug auf die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung problematisch sein können? Sind Ihnen andere Typen von Klauseln bekannt, deren Anwendung zu ähnlichen Problemen führen kann?

Interventionsklauseln sind in der Praxis unverzichtbar. Vertragliche ÖPP leben davon, dass sie bei allen Beteiligten eines Projektes auf breite Akzeptanz stoßen. Voraussetzung dafür ist u. a. das Vertrauen auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit auch der beteiligten privaten Investoren. So wird von Gegnern vertraglicher ÖPP häufig das Risiko einer Insolvenz des privaten Investors in den Vordergrund gestellt. Dieses Risiko bleibt stets vorhanden, lässt sich aber bezogen auf das konkrete Projekt durch die von der EU-Kommission kritisch betrachteten Interventionsklauseln relativieren. Kann die beteiligte Kommune davon ausgehen, dass eine beteiligte Bank die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines privaten Investors überwacht und im Falle des Unterschreitens eines gewissen Limits von einer Ersetzungsmöglichkeit Gebrauch machen kann, dann lässt sich dadurch das Funktionieren einer vertraglichen ÖPP über den vorgesehenen Zeitraum sicherstellen. Eine mögliche Insolvenz eines privaten Investors schlägt dann nicht mehr auf das konkrete Modell durch.

Die EU-Kommission wird sich daher überlegen müssen, ob es ihr darum geht, die möglichen Effizienzgewinne, die mit einer stärkeren Verbreitung vertraglicher ÖPP verbunden sein könnten, innerhalb des gemeinsamen Wirtschaftsraumes zu realisieren. Dann wird sie eine vertragliche ÖPP als ein Gesamtwerk betrachten müssen, dessen Entstehung den Grundsätzen der Transparenz und der Gleichbehandlung Rechnung trägt, deren weiteres Schicksal sich dann aber an den Interessenlagen der beteiligten Partner orientieren muss. Schwebt der EU-Kommission demgegenüber vor, eine vertragliche ÖPP im Laufe ihrer Geltungsdauer immer wieder neu den vergaberechtlichen Regelungen zu unterwerfen, wird sie diesen Interessenlagen nicht gerecht und eine Verbreitung der ÖPP eher behindern.

14. Halten Sie es für erforderlich, dass bestimmte Aspekte der vertraglichen Rahmenbedingungen für ÖPP auf Gemeinschaftsebene geklärt werden? Falls ja, was sollte geklärt werden?

Wir halten es nicht für erforderlich, bestimmte Aspekte der vertraglichen Rahmenbedingungen für ÖPP auf Gemeinschaftsebene zu regeln. Vielmehr sollte und muss es den Mitgliedstaaten und Vertragspartnern des ÖPP überlassen bleiben, die einzelnen Vertragsanpassungen zu regeln. Jeder Vertrag bedarf zu seiner erfolgreichen Abwicklung auch der Regelung im Einzelfall. Selbstverständlich lassen sich gewisse Vertragsanpassungen vorhersehen und in den Verdingungsunterlagen berücksichtigen. Dennoch brauchen alle Verträge gewisse Spielräume, um bestimmten Entwicklungen, die angesichts der langen Laufzeit solcher Verträge nicht vorhersehbar sind, Rechnung tragen zu können. Man sollte den beteiligten Parteien zutrauen, dass sie diesen Entwicklungen in Kenntnis der Rahmenbedingungen des Einzelfalles und in Wahrung ihrer aufeinander abgestimmten Interessenla-

gen am besten Rechnung tragen können. Ein schematisches Verfahren zur Vertragsanpassung widerspricht den Bedürfnissen der Praxis und könnte dazu führen, dass im Ergebnis für eine oder sogar alle Vertragsparteien das mit ÖPP verbundene Risiko deutlich zunimmt. Es können nicht alle Unwägbarkeiten eines über Jahre hinweg lebenden Projektes bei der Vergabe bereits überschaut werden.

15. Sind Ihnen bei ÖPP-Konstruktionen besondere Probleme mit der Vergabe von Unteraufträgen bekannt? Welche?

Nein.

16. Rechtfertigt die Existenz von ÖPP auf Vertragsbasis, die die Übertragung eines Aufgabenpaketes an einen einzigen privaten Partner impliziert, ihre Auffassung nach, dass ausführlichere Regeln für die Vergabe von Unteraufträgen eingeführt werden und / oder dass der Anwendungsbereich erweitert wird?

Nein.

17. Halten Sie, allgemeiner gesprochen, eine ergänzende Initiative auf Gemeinschaftsebene zur Klärung oder Umgestaltung der Regeln für die Vergabe von Unteraufträgen für erforderlich?

Eine ergänzende Initiative auf Gemeinschaftsebene wird nicht für erforderlich gehalten. Wettbewerb und Engagement leben davon, dass nicht alle Geschäftsvorgänge bei jedermann gleichförmig und für jedermann voraussehbar erfolgen.

18. Welche Erfahrungen haben Sie mit der Einrichtung institutionalisierter ÖPP gemacht? Lassen Ihre Erfahrungen Sie zu der Schlussfolgerung gelangen, dass die gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen bei institutionalisierten ÖPP-Konstruktionen eingehalten werden? Falls nein, warum nicht?

Die Einrichtung der institutionalisierten ÖPP bedarf ebenfalls guter und gründlicher Vorbereitung (s. Antwort zu Frage 10). Hier ist vor allem die sorgfältige Auswahl der Partner ein wichtiges Kriterium. Zudem muss der Vertrag sorgfältig ausgearbeitet werden und auf einen Interessenausgleich zwischen den Partnern Wert gelegt werden. Sind diese Kriterien erfüllt, kann die institutionalisierte ÖPP durchaus erfolgreich sein. Augenmerk ist insbesondere auf die Mehrheitsverhältnisse sowie auf die Möglichkeiten der Einflussnahme zu legen. Auch ohne nationale oder EU-rechtliche Vorgaben haben sich viele erfolgreiche ÖPP entwickelt. Das spricht gegen das Erfordernis eines besonderen gemeinschaftlichen Rechtsrahmens.

Dabei lassen unsere Erfahrungen die Schlussfolgerung zu, dass die bestehenden gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen eingehalten werden.

19. Halten Sie eine Initiative auf Gemeinschaftsebene für erforderlich, um die Verpflichtungen zu klären und zu vertiefen, die die öffentlichen Auftraggeber in Bezug auf den Wettbewerb zwischen potentiell an einem institutionalisierten ÖPP-Projekt interessierten Wirtschaftsteilnehmern haben? Falls ja, welchen Aspekt halten Sie für besonders wichtig und welche Form sollte eine solche Initiative haben? Falls nein, warum nicht?

Nein.

Aufgrund ihres Organisationsrechts steht es den Kommunen frei, sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben der Gestaltungsform der institutionellen ÖPP zu bedienen. Ob die Auswahl der privaten Partner und die Beauftragungen gemischtwirtschaftlicher Unternehmen mit der Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen ausschreibungspflichtig sind, hängt unter anderem davon ab, ob es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne des Vergaberechts handelt. Die Vergaberichtlinien der EU definieren öffentliche Aufträge als entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmern, die Lieferungen sowie Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Eine Ausschreibungspflicht besteht für den öffentlichen Auftraggeber, wenn ein Beschaffungsakt vorliegt. Dies ist der Fall, wenn ein Dritter mit der Durchführung einzelner Leistungen beauftragt wird und für diese Leistungen von der öffentlichen Behörde ein Entgelt erhält. Diese Regelungen sind eindeutig und bedürfen keiner weiteren Ergänzung.

Häufig sind es die Privaten, die bestimmte Maßnahmen initiieren. Muss trotz dieser Initiative einzelner privater Unternehmen die Auswahl des Partners ausgeschrieben werden, macht die private Initiative keinen Sinn mehr, so dass mit einem Rückzug der Privaten gerechnet werden kann. Dies dürfte umso eher zutreffen, wenn - wie von der EU-Kommission vorgeschlagen - auch die Vertragsgestaltung gemeinschaftsweiten Regelungen unterzogen werden soll.

20. Welche Maßnahmen oder Verfahren behindern in der Europäischen Union die Einrichtung von ÖPP?

Zum gegenwärtigen Zeitpunkt bestehen keine Hindernisse. Sollte allerdings ein gemeinschaftlicher Rechtsrahmen eingeführt werden, werden die Flexibilität der ÖPP – Modelle behindert und zusätzliche Bürokratie aufgebaut. Das könnte zum Rückgang derartiger Modelle führen.

21. Kennen Sie andere ÖPP – Formen aus Drittländern? Kennen Sie aus Ihren Erfahrungen in solchen Ländern bewährte Verfahrensweisen, die auch für die EU beispielgebend sein könnten? Falls ja, welche?

Nein.

22. Denken Sie, dass es nützlich wäre, im Hinblick auf den großen Investitionsbedarf einzelner Mitgliedstaaten zum Erreichen einer sozialen und dauerhaften Entwicklung gemeinsam und in regelmäßigen Abständen über diese Fragen unter den betroffenen Akteuren nachzudenken und bewährte Verfahrensweisen auszutauschen? Sollte die Kommission nach ihrer derzeitigen Auffassung ein derartiges Netzwerk aufbauen?

Ein Erfahrungsaustausch ist grundsätzlich immer sinnvoll. Wir sind daher gerne bereit, uns an einem solchen Austausch auch auf europäischer Ebene zu beteiligen.