



Cross-border Joint Public Procurement

Legal Opinion

Scenarios regarding public procurement law

A preliminary reflection has yielded three cases that must be explored regarding possible scenarios and considering procurement legislation:

- A. Common buying of products throughout an inter-communal platform (regardless of which organisation form)
- B. Common Procurement throughout a communal body representing a procurement-platform and a consumption of the procurement services by the members of this inter-communal platform
- C. Each of the communal bodies is responsible for their own buying. There will be an inter-communal cooperation that addresses questions of procurement and economic on an information basis

A. Common buying of products throughout an inter-communal platform (regardless of which organisation form):

This kind of joint arrangement raises the following questions:

1. Which legal basis is valid for the tender(different public procurement laws)?
2. Which legal protection is valid for the suppliers joining the tender ?

The sole responsibility for the content of this publication lies with the authors. It does not necessarily reflect the opinion of the European Communities. The European Commission is not responsible for any use that may be made of the information contained herein.



B. . Common Procurement throughout a communal body representing a procurement-platform and a consumption of the procurement services by the members of this inter-communal platform

In this case and, if the in afore mentioned problems are solved, it is necessary to document the frame of representation of the respective administrative body and to legitimise the development of the tender process on behalf of the others. The follow questions are important in this context:

- Is this representation established as a result of a tender?
- Is this representation established on legal basis?
- Is this representation established on contract basis?
- What legal protections are available for the suppliers?

C. Each of the communal bodies is responsible for their own buying. However, there will be an inter-communal cooperation that addresses questions of procurement and economic on an information basis

This kind of cooperation facilitates the exchange of information and does not activate a legal relation between the administrative bodies inter se. Nevertheless, high attention should be given to data protection and special agreements on confidentiality.

Mag. Alexandra Terzaki
Director

TERZAKI Unternehmensberatung
Gatterburggasse 6/2/15
A- 1190 Wien

m: +43 (0) 676 622 92 03
t: +43 (1) 3695978
f: +43 (1) 3695978 - 20

office@terzaki.at
www.terzaki.at

Annexes

1. REPORT on new developments in public procurement (2009/2175(INI)) Committee on the Internal Market and Consumer Protection, Rapporteur: Heide Rühle
2. European Parliament resolution of 18 May 2010 on new developments in public procurement (2009/2175(INI))
3. Promoting Innovation Through Public Procurement: Best Practice & Networking” Brussels, 23-24 March 2010 MAIN OUTCOMES
4. DStGB begrüßt EuGH-Entscheidung: Kein Vergaberecht bei interkommunalen Kooperationen
5. Stellungnahme zu Cross- Boatder Joint Public Procurement



ANNEX 1

EUROPEAN PARLIAMENT 2009 - 2014

Session document

A7-0151/2010

10.5.2010

REPORT on new developments in public procurement
(2009/2175(INI))

Committee on the Internal Market and Consumer Protection

Rapporteur: Heide Rühle

General remarks and recommendations

1. Deplores the fact that the aims of the 2004 revision of the public procurement directives have not yet been achieved, particularly with regard to the simplification of procurement rules and the creation of more legal certainty; expresses the hope, however, that the most recent judgments handed down by the CJEU will help to resolve the outstanding legal issues and that the number of appeal procedures will fall; calls on the Commission to have regard to, and actively to pursue, the aims of simplifying and streamlining the public procurement procedure in any review of the European rules;
2. Further deplores the fact that the existing regulations – in combination with incomplete implementation measures at national and regional level, the plethora of soft law proposals put forward by the Commission, and the interpretation of the relevant legal provisions by European and national courts – have given rise to a complicated and confusing set of rules which is creating, in particular for public bodies, private undertakings and providers of services of general interest, serious legal problems that can no longer be overcome without incurring substantial administrative costs or seeking external legal advice; urges the Commission to remedy this situation and, as part of the ‘Better Lawmaking’ initiative, to examine the impact of soft law proposals, to restrict such proposals to key aspects and to assess them in the light of the principles of subsidiarity and proportionality, taking into account the five principles set out in the 2001 White Paper on European Governance (openness, participation, accountability, effectiveness and coherence);
3. Points out that as a result of this development public procurers often have to prioritise legal certainty above policy needs and, given the pressure on public budgets, frequently have to award the contract or service in question to the cheapest offer rather than the most economically advantageous tender; is afraid that this will weaken the EU’s innovative base and global competitiveness; urges the Commission to remedy this situation and to develop strategic measures to encourage and empower public procurers to award contracts to the most economical, highest-quality offers;
4. Emphasises that European initiatives in the area of public procurement must be coordinated more effectively in order to avoid jeopardising consistency with the public procurement directives or creating legal problems for those applying the rules; calls, therefore, for compulsory coordination measures within the Commission, under the lead of the Internal Market and Services Directorate-General, which is in charge of public procurement, and with the participation of the other relevant Directorates-General; calls for a uniform internet presence and regular information for the contracting authorities, with a view to making the



Public Procurement boosts Energy Efficiency

relevant legal provisions more transparent and user-friendly;

5. Criticises the lack of transparency with regard to the composition and work of the Commission's internal advisory committee on public procurement (ACPP) and the role and competencies of the Advisory Committee on the Opening-Up of Public Procurement (CCO), and calls on the Commission to take steps to ensure that the composition of both this committee and the planned new advisory committee on publicprivate partnerships is balanced, including trade unionists and representatives of the business community, in particular SMEs, and that they work in a transparent manner; demands that the European Parliament be kept properly informed and receive all the available information at every stage and at the end of the process;

6. Takes the view that, since public contracts concern public funds, they should be transparent and open to public scrutiny; asks the Commission for clarification with a view to ensuring legal certainty for local and other public authorities and enabling them to inform citizens of their contractual obligations; 7. Stresses that public contracts must be awarded under transparent conditions whereby all interested parties are treated equally and the relationship between price and project performance is the ultimate criterion, so that they go to the best tender and not merely the cheapest tender;

8. Calls on the Commission to carry out an ex-post assessment of the public procurement directives, taking account of the opinions expressed in this report; expects that review to be carried out with the full involvement of all stakeholders and in close cooperation with the European Parliament; advocates that any revision take account of the whole framework and encompass the directive on review procedures concerning the award of public contracts as well as an analysis of the national laws transposing the directive on review procedures, in order to prevent any further fragmentation of public procurement law; takes the view that the practical impact of that directive cannot yet be assessed, as it has not been transposed in all the Member States; Public-public cooperation

9. Points out that the Lisbon Treaty, which came into force on 1 December 2009, incorporates an acknowledgement of the right to regional and local self-government into European Union primary law for the first time (Article 4(2) of the Treaty on European Union); emphasises that in several judgments the CJEU has invoked the right to local self-government and made it clear that the 'possibility for public authorities to use their own resources to perform the public-interest tasks conferred on them may be exercised in cooperation with other public authorities' (judgment in Case C-324/07); draws attention, further, to the CJEU Grand Chamber judgment of 9 June 2009 in Case C-480/06, which found, further, that Community law does not require public authorities to use any particular legal form in order to carry out their public service tasks on a joint basis; accordingly, regards public-public partnerships, such as cooperation agreements between local authorities and forms of national cooperation, as falling outside the scope of the public procurement directives, provided that the following criteria are all met:

- the purpose of the partnership is the provision of a public-service task conferred on all the local authorities concerned,
- the task is carried out solely by the public authorities concerned, i.e. without the involvement of private individuals or undertakings, and
- the activity involved is essentially performed on behalf of the public authorities concerned;



Public Procurement boosts Energy Efficiency

10. Points out that the Commission has clarified that not every action taken by public authorities is subject to procurement law, and that as long as European law provisions do not require the creation of a market in a certain area, it remains up to the Member States to decide whether and to what extent they want to perform public functions themselves;

11. Points out that the CJEU's conclusions in the aforementioned judgment not only apply directly to cooperation between local authorities but are generally valid, with the result that they can be applied to cooperation between other public contracting authorities;

EXPLANATORY STATEMENT

Legal uncertainties

There are various reasons for this development. The aim of the 2004 revision of the public procurement directives was to simplify and modernise the procedures for the award of public contracts and make them more flexible; that aim has not been achieved, however. On the one hand, some provisions of the directives themselves are not sufficiently clear: political disagreements in the Council and Parliament resulted in compromises on wording, loopholes and inconsistencies in the texts.

On the other, the transposition process in the Member States proved to be a time-consuming one, the transposed versions often contained more stringent provisions, additional criteria were incorporated, whilst some provision designed to increase flexibility were left out: In short, the letter of the law changed during transposition.

Legal uncertainties have led to a plethora of appeal procedures and national and European court cases. Attempts have been made, through the case-law of the CJEU and by means of Commission soft law proposals, to close the legal loopholes, an approach which has merely added to the confusion.

All this has left us with a complex set of rules which are creating serious legal problems, primarily for smaller local authorities, but also for small and medium-sized undertakings, problems which they can no longer solve without incurring additional costs or seeking external legal advice. Legal uncertainties or the threat of legal action have brought important procurement projects to a halt and there is hardly another area in which so many legal disputes have flared up. The incorrect application of the rules governing procurement is one of the most common causes of errors in the disbursement of resources under the European Structural Funds.

The main areas of legal dispute concern public-public partnerships, town planning (including the construction of social housing) and service concessions. However, there is also uncertainty surrounding public-private partnerships, the procurement of fair-trade products, the application of the public procurement directives to contracts whose value falls below the relevant thresholds and the scope for taking account of social criteria, such as equal pay, gender equality, compliance with wage agreements and the provision of jobs for the long-term unemployed and young people with poor skills or qualifications.



Public Procurement boosts Energy Efficiency

Legal clarification by the CJEU of the situation regarding public-public partnerships

The entry into force of the Lisbon Treaty has changed the legal position, above all by strengthening the role of local and regional authorities. For the first time an acknowledgment of the ‘right to regional and local self-government’ has been incorporated into European Union primary law (Article 4(2) TEU): ‘The Union shall respect the equality of Member States before the Treaties as well as their national identities, inherent in their fundamental structures, political and constitutional, inclusive of regional and local self-government’.

Article 1 of the new Protocol on services of general interest (No 26) likewise emphasises the following: ‘the essential role and the wide discretion of national regional and local authorities in providing, commissioning and organising services of general economic interest as closely as possible to the needs of the users’.

In a number of judgments handed down prior to the entry into force of the new Treaty the CJEU had invoked the right to local self-government and made it clear that the ‘possibility for public authorities to use their own resources to perform the public-interest tasks conferred on them may be exercised in cooperation with other public authorities’ (Case C-480/06, *Stadtwerke Hamburg*). In this way the CJEU has confirmed local authorities’ margin for discretion and strengthened local self-government. However, the judgments do not constitute a blank cheque justifying all forms of cooperation between local authorities. The CJEU regards public-public partnerships, such as cooperation agreements between local authorities and national cooperation, as falling outside the scope of the public procurement directives if they meet the following criteria:

1. the purpose of the partnership is the joint provision of a public-service task conferred on all local authorities,
2. the task is carried out solely by public authorities, i.e. without the involvement of private individuals or undertakings,
3. and the activity involved is essentially performed on behalf of the public authorities concerned.

The CJEU has also confirmed that the mere possibility of a public-public partnership being opened up to private investors does not invalidate the exclusion of such partnerships from the scope of the public procurement directives if there is no real prospect of such a step being taken at the time when the contract is awarded.

A controversial area of public procurement law has thus been adequately clarified. One consequence of this ruling must be that the Commission refrains from bringing Treaty infringement proceedings against Member States in this area and, together with Parliament and stakeholders, begins the work of consolidating the CJEU case-law. This report is intended as the first contribution to that process.



ANNEX 2

European Parliament resolution of 18 May 2010 on new developments in public procurement (2009/2175(INI))

Public-public cooperation

9. Points out that the Lisbon Treaty, which came into force on 1 December 2009, incorporates an acknowledgement of the right to regional and local self-government into European Union primary law for the first time (Article 4(2) of the Treaty on European Union); emphasises that in several judgments the CJEU has invoked the right to local self-government and made it clear that the "possibility for public authorities to use their own resources to perform the public-interest tasks conferred on them may be exercised in cooperation with other public authorities" (judgment in Case C-324/07); draws attention, further, to the CJEU Grand Chamber judgment of 9 June 2009 in Case C-480/06, which found, further, that Community law does not require public authorities to use any particular legal form in order to carry out their public service tasks on a joint basis; accordingly, regards public-public partnerships, such as cooperation agreements between local authorities and forms of national cooperation, as falling outside the scope of the public procurement directives, provided that the following criteria are all met:

- the purpose of the partnership is the provision of a public-service task conferred on all the local authorities concerned,
- the task is carried out solely by the public authorities concerned, i.e. without the involvement of private individuals or undertakings, and
- the activity involved is essentially performed on behalf of the public authorities concerned;

10. Points out that the Commission has clarified that not every action taken by public authorities is subject to procurement law, and that as long as European law provisions do not require the creation of a market in a certain area, it remains up to the Member States to decide whether and to what extent they want to perform public functions themselves;

11. Points out that the CJEU's conclusions in the aforementioned judgment not only apply directly to cooperation between local authorities but are generally valid, with the result that they can be applied to cooperation between other public contracting authorities;

12. Points out that, in its judgment of 10 September 2009 in Case C-573/07, the CJEU found that the mere possibility of opening up the capital of a previously publicly-owned company to private investors may not be taken into consideration as a factor making competitive tendering a requirement unless the character of the public capital company changes during the period for which the contract is valid, thereby altering the fundamental conditions of the contract and necessitating a new competitive tender; notes that there have been major developments in relation to the rules in the area of public-public cooperation as a result of the CJEU's case-law, and welcomes the recent judgements handed down by the Court in this area; calls, therefore, on the Commission and the Member States to make information about the legal implications of these judgments widely available;

**ANNEX 3****Promoting Innovation Through Public Procurement: Best Practice & Networking”
Brussels, 23-24 March 2010 MAIN OUTCOMES****Setting up cross border PCP projects: experiences from areas such as ICT for transport, healthcare and energy”:** Chair: Lieve Bos (DG INFSO) & discussant: Suvi Kempainen (Culminatum, FI)

The discussion in the parallel session on PCP showed that there was significant interest in setting up cross border PCP pilots. The new type of EC support for these type of joint cross-border PCP procurements in the upcoming FP7 ICT work programme 2011-2012 was really welcomed in this respect. One difficulty identified was that there are still considerable differences in the level of experience with PCP across Member States. Where some Member States already have started preparing for pilot projects or already have PCP projects ongoing (Netherlands, UK, Belgium, Hungary, Finland), other Member States are still in the early stages of discovering the PCP concept. The main proposals for policy action at EU level arising from the discussion were

Ø Proposal 1: the need to further raise top level political awareness and mindshare on PCP to provide stronger backing for the public procurers that are currently preparing PCP pilots,

Ø Proposal 2: the need to make available more EU good practices on PCP by encouraging more PCP pilot projects (e.g. through EU funding for PCP pilots) and collecting/promoting such EU-law conform good PCP practices through a handbook.

**Public Procurement boosts Energy Efficiency**

Opportunities in transport for joint public procurement”: Chair: Sylvain Haon (Polis, BE), & discussants: Rasmus Lindholm (Project Manager for GSC and ERTICO,

BL) and Kenneth Mc Leod (TIE, UK)

2 difficulties to be overcome

Ø Pre-commercial procurement is still not known well enough by a large number of transport professionals which may otherwise be interested. This is a barrier to innovation in transport. More generally, there is not enough knowledge about how to best invest public money to stimulate innovation in a sector where the public authorities are one of the main actor. They for instance manage the infrastructure, and support several services.

Ø Joint public procurement between several public authorities faces several legal barriers.

2 proposals for policy action at EU level to support the issue:

Ø Proposal 1: Provide an overview and comparative analysis of the various possible tools for the procurement of innovation in the transport sector (specifically Intelligent Transport Systems)

Ø Proposal 2: Fund pre-commercial procurement trial scheme in the transport sector

Intervention of Heide Rühle (Member of the European Parliament) during the concluding session

After illustrating her report on "new developments in public procurement", Ms Rühle affirmed that innovation can only occur if procurers take responsibilities. One of the biggest problems is the context of legal uncertainty. In this regard, we should work to make it easier and to improve the framework in which companies operate. Ms Rühle underlined that all DGs have to speak the same language.

.



Annex 4

DStGB begrüßt EuGH-Entscheidung: Kein Vergaberecht bei interkommunalen Kooperationen

Norbert Portz, 09.06.2009

Quelle: <http://www.dstgb->

[vis.de/home/rechtsprechung/dstgb_begruesst_eugh_entscheidung_kein_vergaberecht_bei_interkommunalen_kooperationen/index.html](http://www.dstgb-vis.de/home/rechtsprechung/dstgb_begruesst_eugh_entscheidung_kein_vergaberecht_bei_interkommunalen_kooperationen/index.html)

Der Europäische Gerichtshof hat im Sinne der langjährig erhobenen DStGB-Forderung die Zusammenarbeit zwischen Kommunen erleichtert. Entscheiden sich Kommunen für eine Zusammenarbeit, müssen sie keine Ausschreibung durchführen und brauchen daher nicht Angebote privater Unternehmen einzuholen, urteilte der EuGH in seiner Entscheidung vom 09.06.2009 (Az: C-480/06).

Der DStGB hatte stets die Auffassung vertreten, dass es sich bei reinen interkommunalen Kooperationen um eine bloße Aufgabenübertragung innerhalb der öffentlichen Hand und nicht um eine Beschaffung auf dem Wettbewerbsmarkt handele. Die Entscheidung ist ein eindeutig positives Signal für eine immer notwendiger werdende Zusammenarbeit der Kommunen und verhindert Zwangsliberalisierungen.

1. Sachlage:

Den Schlussanträgen des EuGH-Generalanwalts und der Klage der EU-Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland liegt ein Abfallentsorgungsvertrag, den die Stadtreinigung Hamburg mit vier umliegenden Landkreisen direkt und ohne EU-Ausschreibung geschlossen hat, zu Grunde. In diesem Vertrag verpflichtete sich die Stadtreinigung, den Landkreisen für die Müllverbrennung in einer bestimmten Anlage eine Kapazität von 120 000 Tonnen/Jahr zur Verfügung zu stellen. Die Landkreise verpflichteten sich ihrerseits, der Stadtreinigung hierfür eine Jahresvergütung zu zahlen. Für den Vertrag war eine Laufzeit von 20 Jahren vorgesehen.

Nach Auffassung der EU-Kommission und des zuständigen Generalanwalts beim EuGH hätten die Landkreise mit Hamburg eine gemeinsame öffentliche Körperschaft errichten oder aber die Entsorgung ihres Mülls öffentlich ausschreiben müssen.

2. Entscheidung

Dem widersprach nun der EuGH. Er betonte, dass die Müllentsorgung unstrittig zu den öffentlichen Aufgaben gehört. Dabei nahm der Gerichtshof eine eindeutige und kommunalfreundliche Fortentwicklung seiner bisherigen Rechtsprechung vor, mit der Kooperationen zwischen Städten und Gemeinden nunmehr erleichtert werden.

- Bisherige Ausnahmen vom Vergaberecht bei Kontrolle der Einrichtung

Der EuGH betont zwar zunächst unter Berufung auf seine Rechtsprechung (EuGH-Fall „Spanien“ vom 13.01.2005 – Rs. C-84/03), dass ein Dienstleistungserbringer auch eine Körperschaft öffentlichen Rechts sein könne, wenn dieser auf dem Markt unter bestimmten



Public Procurement boosts Energy Efficiency

Bedingungen als Wirtschaftsteilnehmer Leistungen anbieten. Er führt jedoch weiter aus, dass der EuGH-Rechtsprechung schon bisher dann keine zwingende Ausschreibungspflicht zu entnehmen ist, wenn die öffentliche Stelle über die fragliche (öffentliche) Einrichtung, die für sie die Leistungen erbringt, eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und diese Einrichtung zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für diese beherrschende oder die beherrschenden Stellen (Gebietskörperschaften) verrichtet (EuGH-Entscheidungen „Teckal“ und „Halle“).

Insoweit hatte der EuGH jüngst entschieden (EuGH, NZBau 2009, 54 ff. „Coditel“), dass die Kontrolle bei einer insgesamt von den Kommunen getragenen Einrichtung (hier: Genossenschaft) auch von allen Gemeinden gemeinsam durchgeführt werden könne.

- Öffentlich-rechtliche Vereinbarung: Keine Kontrolle

Im vorliegenden Fall der „Stadtreinigung Hamburg“ ist jedoch nach dem EuGH unstrittig keine Kontrolle der vier Landkreise über ihren Vertragspartner, die Stadtreinigung Hamburg, gegeben (Rn. 36). Neu ist daher an der Entscheidung des EuGH vom 09.06.2009, dass er erstmalig explizit eine Ausschreibungspflicht auch für die Fälle verneint, dass sich Kommunen nicht zu einer gemeinsamen Einrichtung (Zweckverband, gemeinsame Gesellschaft etc.) zusammenschließen, sondern ihre Kooperation auf gleichberechtigter Ebene rein vertraglich regeln. Bei dieser Art der Kooperation passt das für die „In-House-Vergaben“ entwickelte Kriterium für eine Vergaberechtsfreiheit, nämlich die „Kontrolle“ einer beherrschenden Kommune über ihre Einrichtung wie über ihre eigenen Dienststellen, ersichtlich nicht.

- Funktionale Weiterentwicklung der EuGH-Rechtsprechung

Die jetzige EuGH-Entscheidung muss daher eindeutig als funktionale Weiterentwicklung einer nicht gegebenen Ausschreibungspflicht bei interkommunalen Kooperationen gewertet werden. Denn der EuGH stellt bewusst nicht mehr auf das nur für „In-House-Vergaben“ passende Kontrollkriterium ab.

Der vom EuGH angenommenen rein vertraglichen Kooperation zwischen den Kommunen lagen jedoch Besonderheiten zugrunde, die auch für eine Übertragbarkeit auf andere kommunale Sachverhalte zu beachten sind:

- Besonderheiten

So hat der EuGH deutlich ausgeführt, dass es sich bei dem streitigen Vertrag zwischen der Stadtreinigung Hamburg und den vier Landkreisen um eine Zusammenarbeit von Gebietskörperschaften bei der „Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe – der Abfallentsorgung – handele“. Diese Aufgabe stehe mit der Umsetzung der EU-Richtlinie 75/442/EWG des Rates vom 15.07.1975 über Abfälle (ABl. L-194, S. 39) in Zusammenhang, mit der die Mitgliedsstaaten dazu verpflichtet werden, Abfallwirtschaftspläne zu erstellen, die insbesondere „Maßnahmen zur Förderung der Rationalisierung des Einsammelns, Sortierens und Behandelns von Abfällen“ vorsehen, wobei eine der wichtigsten dieser Maßnahmen darin bestehe, den Abfall in einer so nah wie möglich gelegenen Anlage zu verwerten.



Public Procurement boosts Energy Efficiency

Auch weist der EuGH auf die ausdrückliche Gewährleistung der Sicherstellung der Abfallentsorgung durch die vorliegende vertragliche Kooperation hin (Rn. 38). Zudem betont er die in dem Vertrag getroffenen gegenseitigen Verpflichtungen, die unter anderem auch Regelungen für Notfälle und damit insgesamt die „gemeinsame Aufgabenwahrnehmung“ von Kommunen betreffen (Anmerkung: In der Präambel des Vertrages war das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien als „Regionaler Entsorgungsverbund“ bezeichnet worden).

Damit werden speziell die Synergieeffekte, die sich aus der gemeinsam vereinbarten Entsorgung in der Müllverbrennungsanlage ergeben, herausgestellt. So waren die Landkreise insbesondere verpflichtet, ihre nicht selbst genutzten Entsorgungskapazitäten der Stadtreinigung Hamburg zur Verfügung zu stellen, um Abhilfe für den Mangel an Entsorgungskapazitäten der Stadt Hamburg zu schaffen. Die Landkreise verpflichteten sich zudem, den Anteil nicht verwertbarer Müllverbrennungsschlacke zur Entsorgung in ihren Deponiebereichen aufzunehmen, der von ihnen angelieferten Abfallmenge entspricht (Rn. 41 und Rn. 42).

Schließlich betont der EuGH, dass die Erbringung von Abfallentsorgungsleistungen nur gegenüber dem Betreiber der Müllverbrennungsanlage vergütet wird. Aus dem Vertrag zwischen der Stadtreinigung Hamburg und den Landkreisen ergebe sich, dass die vorgesehene Zusammenarbeit gerade nicht zu solchen Finanztransfers zwischen den Parteien führe, die über die Erstattung des Teils der Kosten hinausgehen, der von den Landkreisen zu tragen ist, aber von der Stadtreinigung Hamburg an den Betreiber gezahlt wird.

3. Bewertung des DStGB

- Vergaberechtlicher Meilenstein

Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs ist aus DStGB-Sicht nachdrücklich zu begrüßen. Sie ist ein vergaberechtlicher Meilenstein und entspricht den Positionen und Forderungen des DStGB nach einer Freistellung der interkommunalen Kooperationen vom Vergaberecht.

Der DStGB hat stets vertreten, dass die reine interkommunale Kooperation eine organisatorische Aufgabenübertragung innerhalb der öffentlichen Hand und gerade keine Beschaffung auf dem – externen – Markt darstelle. Bei diesen Kooperationen ist nicht das Gegenüber von Staat einerseits und Wirtschaft andererseits berührt, so dass auch keine Ungleichbehandlung Privater stattfinden kann. Demgemäß hat der DStGB stets einen Verzicht auf das aus dem In-House-Geschäft entwickelte und für vertragliche Kooperationen (öffentlich-rechtliche Vereinbarungen nach dem GKG) nicht passende Kontrollkriterium gefordert.

Dem hat sich der EuGH in seiner Entscheidung vom 09.06.2009 angeschlossen. Er betont, dass es keinen Unterschied mache, ob die interkommunale Zusammenarbeit durch Schaffung einer Einrichtung des öffentlichen Rechts (Beispiel: kommunaler Zweckverband), also in institutioneller Form, erfolgt, bei der das Kontrollkriterium durch eine gemeinsame Beherrschung gegeben ist, oder aber die kommunale Kooperation in der zweiten Hauptform der Gesetze über kommunale Gemeinschaftsarbeit, der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung, also nicht institutionell, erfolge.



Public Procurement boosts Energy Efficiency
 - Beachtung des Einzelfalls

Dennoch darf wegen des vorliegend zu entscheidenden Spezialfalls das Urteil des EuGH nicht als umfassender vergaberechtlicher Freibrief für alle einseitig erfolgenden und punktuellen Beauftragungen einer Kommune durch eine andere Kommune mit zu erbringenden Leistungen (Beispiel: Lieferung von Strom für die Verwaltungsgebäude einer Stadt durch das Stadtwerk einer anderen Stadt ohne vorherige Ausschreibung) angesehen werden. Ein derartiger Sachverhalt dürfte auch nach der Entscheidung des EuGH nicht ohne vorherige Ausschreibung erfolgen können.

Insoweit sind die Besonderheiten der EuGH-Entscheidung vom 09.06.2009 darin zu sehen, dass es sich „bei dem regionalen Entsorgungsverbund“ um die „gemeinsame Wahrnehmung einer allen Kommunen obliegenden öffentlichen Aufgabe – der Abfallentsorgung“ handelte. Gerade die Sicherstellung einer gemeinsamen Abfallentsorgung, die vorliegend durch gegenseitige Verpflichtungen der Vertragsparteien, insbesondere auch für Notfälle, zum Ausdruck kommt, führte zu der vom EuGH angenommenen und nicht gegebenen Ausschreibungspflicht.

Für die Übertragbarkeit auf andere Fälle bedeutet dies, dass der EuGH im Grundsatz für eine Vergaberechtsfreiheit zwar nicht – wie noch die EU-Kommission – eine gemeinsam beherrschte kommunale Einrichtung (Zweckverband etc.) voraussetzt. Durch das Abstellung auf die gemeinsame Wahrnehmung einer allen (kommunalen) Beteiligten obliegenden öffentlichen Aufgabe, die auch vorliegend durch die Bezeichnung in der Präambel des Vertrages „Regionaler Entsorgungsverbund“ zum Ausdruck kommt sowie auch durch die Dauerhaftigkeit des Vertrages (zwanzig Jahre), war aber im Grunde eine ähnliche Intensität der Zusammenarbeit wie beim Zweckverband gegeben.

- Schlussfolgerungen

Dies bedeutet, dass Kommunen nach der EuGH-Entscheidung vom 09.06.2009 dann vergaberechtsfrei auch auf der Grundlage öffentlich-rechtlicher Verträge zusammenarbeiten können, wenn folgende Voraussetzungen gewahrt sind:

- Zusammenarbeit von Kommunen bei der Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe. Dies beinhaltet, dass sich gerade aus der gemeinschaftlichen Aufgabenerledigung der Sinn und Zweck der von allen Beteiligten übernommenen Aufgabe ergibt. Mit anderen Worten entspricht die gemeinsame Aufgabenerfüllung auf öffentlich-rechtlich-vertraglicher Grundlage einem grundsätzlich auch in diesem Fall möglichen Zusammenschluss zu einem (kommunalen) Zweckverband.

- Diese gemeinsame Aufgabenerfüllung wird grundsätzlich dadurch deutlich, dass gegenseitige Verpflichtungen der vertragsschließenden Gebietskörperschaften, mit denen auch beiderseitige Synergieeffekte ausgelöst werden, bestehen (Hier: Ausnutzung der Entsorgungskapazitäten und beiderseitige Zurverfügungstellung des Abfalls etc.) und die über ein normales Vertragsverhältnis Auftraggeber-Auftragnehmer (Leistung gegen Entgelt) hinausgehen.

- Weiterer Anhaltspunkt für die beiderseitigen und auf ein Ziel ausgerichteten Verpflichtungen (Hier: Auslastung der Müllverbrennungsanlage) ist die jeweilige Anpassung der zu liefernden (Entsorgungs-)Mengen, etwa bei Notfällen.



Public Procurement boosts Energy Efficiency

- Indiz für die gemeinsame öffentliche Aufgabenerfüllung dürfte auch die Dauerhaftigkeit (Hier: zwanzig Jahre), die im Gegensatz zur punktuellen Beschaffung steht, sein. Insoweit sind auch dauerhafte vertragliche Kooperationen von Kommunen im Bereich der Wasserver- und Abwasserentsorgung vergaberechtsfrei zulässig.

- Es darf keine Beteiligung Privater und damit keine Ungleichbehandlung Privater bei der Kooperation gegeben sein.

- Nicht direkt, aber zumindest mittelbar wird man aus der EuGH-Entscheidung auch schließen können, dass vergaberechtsfreie Kooperationen auf öffentlich-vertraglicher Grundlage sich genauso wie kommunale Zweckverbände grundsätzlich auf „regionale Verbände“ beschränken. Eine vergaberechtsfreie Kooperation entfernt liegender Kommunen (Beispiel: Flensburg mit Garmisch-Partenkirchen) dürfte hiernach rechtlich schwer vorstellbar sein.

- Fazit

Als Fazit lässt sich feststellen, dass der Europäische Gerichtshof mit seiner Entscheidung erstmalig auch öffentlich-rechtliche Vereinbarungen innerhalb eines regionalen Verbundes sowie bei gemeinsamer Wahrnehmung einer von allen Körperschaften übernommenen öffentlichen Aufgabe als vergaberechtsfrei angesehen hat. Dies ist nachdrücklich zu begrüßen. Es bedeutet jedoch nicht, dass auch einseitige punktuelle Beschaffungen von Kommunen bei anderen Kommunen (Beispiel: Strombeschaffung einer Kommune von einem anderen Stadtwerk) damit automatisch ohne vorherigen Wettbewerb vergaberechtsfrei werden.

Im Weiteren bleibt aber abzuwarten, wie der Europäische Gerichtshof seine Rechtsprechung konkretisiert.



Annex 5

Mag. Alexandra Terzaki
Geschäftsführerin

TERZAKI Unternehmensberatung
Gatterburggasse 6/2/15
A- 1190 Wien

m: +43 (0) 676 622 92 03
t: +43 (1) 3695978
f: +43 (1) 3695978 - 20

office@terzaki.at
www.terzaki.at

Es sind bei einer ersten Betrachtung drei Fälle herauszuarbeiten, welche als mögliches Szenario aus vergaberechtlicher Sicht zur hinterfragen gelten.

1. Gemeinsame Abwicklung einer Beschaffungsgruppe durch eine interkommunale Plattform (unabhängig davon in welcher rechtlichen Form diese gebildet wird)
2. Beschaffung durch eine kommunalen Stelle als Vertreterin der Beschaffungsplattform und Bezug der Beschaffungsleistungen durch die „Mitglieder“ der interkommunalen Plattform
3. Die Kommunalen Stellen beschaffen zwar jede für sich, es findet jedoch eine interkommunale Kooperation im Sinne des fachlichen und kaufmännischen Austausches

Ad 1.

Bei einer derartigen gemeinsamen Abwicklung stellt sich die Frage

- Ø Nach welchem vergaberechtlichen Regelungssystem (gesetzliche Grundlage) soll die jeweilige Ausschreibung abgewickelt werden?
- Ø Insbesondere gilt es zu klären, welcher Rechtsschutz den Bietern zur Verfügung steht

Ad 2.

Bei einer derartigen Abwicklung und auch dann, wenn oben angeführte Probleme lösbar sind, ist es im Innenverhältnis erforderlich den Zulässigkeitsrahmen der Vertretungsbefugnis der jeweiligen kommunalen Stelle festzulegen um die Legitimation der Abwicklung des Verfahrens auch im Namen der anderen belegen zu können,

- Ø Erfolgt eine solche Vertretung als Ergebnis einer Ausschreibung?
- Ø Erfolgt die Vertretung auf gesetzlicher Basis?
- Ø Erfolgt die Vertretung auf vertraglicher Basis (Vereinbarung)?



Public Procurement boosts Energy Efficiency

Ø Auch gilt es zu klären, welcher Rechtsschutz den Bietern zur Verfügung steht?

Ad 3.

Eine Solche Kooperation ermöglicht den Informationsaustausch und aktiviert keine vergaberechtlichen Bindungen im Innenverhältnis. Zu beachten sind jedoch Datenschutzverpflichtungen und allfällige Geheimhaltungsanforderungen seitens der kommunalen Stellen die eingehalten werden müssen.