

Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Vergabe- und Beihilferecht

Prof. Christopher H. Bovis

Öffentliche Dienstleistungen im Recht

- Art. 106 AEUV (ex-Art. 86 EGV) =
Grundlage für öffentliche Dienstleistungen
 - Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen
 - Universaldienstverpflichtungen
 - Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse
 - Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse

Öffentliche Dienstleistungen als Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

Was ist eine Dienstleistung von allgemeinem Interesse (DAI)?

Protokoll Nr. 26 zum AEUV

Der Begriff DAI bezieht sich sowohl auf ‚wirtschaftliche‘ als auch auf nicht wirtschaftliche Dienstleistungen, die nach Auffassung der Mitgliedstaaten von allgemeinem Interesse sind und mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden

- DAI umfassen:
 - Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) [AEUV ist anwendbar]
 - Nicht wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse [AEUV ist nicht anwendbar]

Merkmale öffentlicher Dienstleistungen

- Wirtschaftlicher Charakter
 - Kosten- und Nutzenüberlegungen
- Nicht gewerblicher Charakter
- Markt sui generis
 - Begrenzte Anwendung von Kartellrecht
 - Vorschriften über staatliche Beihilfen
 - Öffentliche Auftragsvergabe als Wettbewerbskriterium

Konzeptionelle Prämisse für DAWI

Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

- Art. 14 und Art. 106 Abs. 2 AEUV
- Protokoll Nr. 26

Nicht gewerblicher Charakter *gegenüber*

- Nachfrage
- Häufigkeit der angebotenen Dienstleistungen
- Qualität der Dienstleistungen
- Endkundenentgelte
- Rentabilität der Dienstleistungserbringer

DAWI

- „Dienstleistungen mit wirtschaftlichem Charakter, welche die Behörden in den Mitgliedstaaten auf nationaler, regionaler oder kommunaler Ebene abhängig von der Zuständigkeitsverteilung zwischen diesen Behörden nach einzelstaatlichem Recht entsprechend spezifischen **Gemeinwohlverpflichtungen** durch einen Akt der Betrauung auf der Grundlage des Kriteriums eines allgemeinen Interesses erbringen und um sicherzustellen, dass die Dienstleistungen unter Bedingungen erbracht werden, die nicht notwendigerweise den marktüblichen Bedingungen entsprechen”.

- **Beispiele für Betrauungsakte**
 - Konzessionsvertrag und Ausschreibungsunterlagen
 - Ministerielle Programmverträge
 - Ministerielle Anweisungen
 - Gesetze und Rechtsvorschriften
 - Einjährige oder mehrjährige Leistungsverträge
 - Rechtsverordnungen, regulatorische Entscheidungen, kommunale Entscheidungen oder Rechtsakte

Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen

- Staatliche Finanzierung, keine Beihilfe
 - Art. 14 AEUV (ex-Art. 16 EGV)
 - Art. 106 Abs. 2 AEUV (ex-Art. 86 Abs. 2 EGV)
 - Altmark-Urteil

Der Begriff der Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse (SDAI)

- *Mitteilung der Kommission: Umsetzung des Gemeinschafts-programms von Lissabon: Die Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union*
- *Mitteilung der Kommission: Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement*
- SDAI können wirtschaftlicher oder nicht wirtschaft-licher Natur sein
- Bei SDAI, die wirtschaftlicher Natur sind, handelt es sich um DAWI

DAWI

Gesundheitsdienstleistungen;

Gesetzliche und ergänzende Systeme der sozialen Sicherung zur
Absicherung elementarer Lebensrisiken in Bezug auf:

Leben

Gesundheit

Alter

Arbeitsunfälle

Arbeitslosigkeit

Ruhestand

Behinderungen

SDAI

Persönliche Dienstleistungen zur Sicherstellung des sozialen Zusammenhalts, zur Erleichterung der Integration von Einzelpersonen in die Gesellschaft zur Wahrnehmung ihrer Grundrechte

Hilfe für Menschen bei der Bewältigung von entscheidenden Momenten im Leben und von Krisen (Überschuldung, Arbeitslosigkeit, Drogenabhängigkeit, Auseinanderfallen der Familie)

Maßnahmen zur Erleichterung der sozialen Eingliederung (Rehabilitierung, Sprachkurse für Zuwanderer) und insbesondere Maßnahmen auf dem Arbeitsmarkt (Berufsbildung, berufliche Wiedereingliederung).

Maßnahmen zur Eingliederung von Personen mit langfristigen Bedürfnissen aufgrund Behinderung oder Gesundheitsproblem

Sozialwohnungen, die Wohnraum für benachteiligte Personen oder soziale Gruppen bieten.

Öffentliche Dienstleistungen und Wettbewerb: Grundsätze der Regulierung der öffentlichen Auftragsvergabe

- **Transparenz**
- **Rechenschaftspflicht**
- **Objektivität**
- **Nichtdiskriminierung**

Was bedeutet öffentliches Auftragswesen?

- Verfahrensgarantie für Wettbewerb
- Konzeptionelles Instrument
 - Ordre Public
 - Öffentliche Dienstleistungen

Öffentliches Auftragswesen und öffentliche Dienstleistungen

- Öffentliche Auftraggeber
 - Einrichtungen des öffentlichen Rechts

„die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen“

Anforderungen an ein allgemeines wirtschaftliches Interesse

- Bedürfnisse einer kommunalen oder nationalen Gemeinschaft als Ganzes, die sich nicht mit dem spezifischen oder ausschließlichen Interesse einer eindeutig bestimmten Person oder Personengruppe nicht überschneiden
- C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova*, Slg. 1991, I-5889

Gewerblicher Charakter

- Gewinnerzielungsabsicht
- Verfolgung von Zielen durch Entscheidungen nach gewerblichen Gesichtspunkten
- C-360/96, *Gemeente Arnhem Gemeente Rheden gegen BFI Holding BV*
- C-223/99, *Agora Srl gegen Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*

- Die Nagelprobe:

Der Staat oder andere öffentliche Auftraggeber beschließen eigenständig, die Bedürfnisse zu befriedigen bzw. einen entscheidenden Einfluss auf die Bereitstellung der entsprechenden Dienstleistungen auszuüben

Konzeptionelle Ansätze des EuGH und der Kommission in Bezug auf die Finanzierung öffentlicher Dienstleistungen

- Beihilfeansatz
- Entschädigungsansatz
- Quid-pro-quo-Ansatz

Der Beihilfeansatz

- Jede öffentliche Finanzierung gilt als Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV (ex-Art. 87 Abs. 1 EGV)
 - Könnte nach Art. 106 Abs. 2 AEUV (ex-Art. 86 Abs. 2 EGV) gerechtfertigt sein
 - Muss dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen

Der Beihilfeansatz (Forts.)

Art. 107 Abs. 1 AEUV: „Soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“

Grundsatz: jede Form von Beihilfe ist generell unvereinbar mit dem Binnenmarkt

Verfahren: Anmeldung, Stillhaltepflicht, Genehmigung

Die Europäische Kommission hat die alleinige Befugnis zur Bewertung der Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen mit dem Binnenmarkt

Der Beihilfeansatz (Forts.)

Der Begriff der Beihilfe ist weiter als der Begriff der Subvention; er umfasst auch Maßnahmen, die in verschiedener Form die Belastungen vermindern, die ein Unternehmen regelmäßig zu tragen hat und die, obwohl sie keinen Subventionen darstellen, diesen nach Art und Wirkung gleichstehen

[Italien gegen Kommission, C-66/02, Chronopost, C-341/06]

Der Beihilfeansatz (Forts.)

Vorteil ist die Befreiung von der **normalen** Belastung = Kostenbestandteil der wirtschaftlichen Tätigkeit des begünstigten Unternehmens

[Kahla, T-20/03; GEMO, C-126/01]

Die „normale Belastung“ wird im geltenden Rechtsrahmen der Mitgliedstaaten ermittelt

Der Beihilfeansatz (Forts.)

Vorteil umfasst auch die Bereitstellung von Gütern und Dienstleistungen zu günstigen Bedingungen [GEMO, C-126/01; UFEX, T-613/97]

Der Einsatz des **öffentlichen Auftragswesens** beseitigt den Vorteil für Unternehmen, die für öffentliche Stellen Waren liefern bzw. Dienstleistungen erbringen [Welsh public sector broadband network, N46/2007]

Der Beihilfeansatz (Forts.)

■ „... bildet die Durchführung eines Vergabeverfahrens im vollen Wettbewerb einen wichtigen Hinweis darauf, dass die nach dem Auftrag bzw. der Konzession zu erbringenden Dienstleistungen zum Marktpreis vergütet werden, so dass keine staatliche Beihilfe vorliegt. Die Einhaltung der Vergabevorschriften dient in diesen Fällen also auch zur Durchsetzung der Regeln über staatliche Beihilfen.“

[Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen, Häufig gestellte Fragen zur Anwendung der Bestimmungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse, Begleitdokument zu der Mitteilung „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, einschließlich Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse: ein neues europäisches Engagement“ SEK(2007) 1514, 21/11/2007]

Anwendung des Beihilfeansatzes

- Bestehen öffentlicher Märkte
C-94/01 Chronopost u.a.
- Nichtanwendbarkeit des Grundsatzes des privaten Investors
- Öffentliche Auftragsvergabe als Authentifizierungsinstrument für öffentliche Ausgaben

Der Entschädigungsansatz

- Reflektiert eine Entschädigung für ein angemessenes Entgelt
- Staatliche Finanzierung ist nur dann als Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV (ex-Art 87 Abs. 1 EGV) anzusehen, wenn und insoweit diese ein derartiges angemessenes Entgelt übersteigt
- Angemessenes Entgelt = Marktpreis

Anwendung des Entschädigungsansatzes

- Theorie vom tatsächlichen Vorteil
 - Alle angeblich gewährten Vorteile müssen parallel zu den Verpflichtungen untersucht werden
 - Zusammenspiel mit Regelungen im Verkehrsbereich und Gemeinwohlverpflichtung
- Schwellenwert-Benchmarking
 - Basiskosten = Marktpreis (überprüft durch öffentliche Auftragsvergabe)

C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG u. a. gegen Strohal Rotationsdruck GesmbH

Der Quid-pro-quo-Ansatz

- Staatliche Finanzierung ist nicht als Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV (ex-Art 87 Abs. 1 EGV) anzusehen, wenn ein

direkter und offensichtlicher Zusammenhang zwischen

staatlicher Finanzierung und einem

klar definierten öffentlichen Versorgungsauftrag

besteht.

Anwendung des Quid-pro-quo-Ansatzes

- Abkehr von „Auswirkungen von Maßnahmen“
- Rückgriff auf Formalitäten und Verfahren
- Marktpreis = konzeptioneller Schwellenwert
- Auftragsvergabe überprüft Marktpreis

C-107/98, *Teckal Srl gegen Comune di Viano*

Altmark

- Mischform aus Entschädigungs- und Quid-pro-quo-Ansatz
- Staatliche Beihilfe wird nicht als Beihilfe angesehen, wenn
 - von der Privatwirtschaft ein klar definierter öffentlicher Versorgungsauftrag erfüllt wird
 - die Höhe der Entschädigung objektiv und transparent ermittelt wird
 - die Entschädigung nicht die Kosten zuzüglich eines angemessenen Gewinns übersteigt
 - in Ermangelung eines öffentlichen Vergabeverfahrens die Entschädigung durch Analyse der Kosten/Gewinn-Struktur eines typischen Unternehmens ermittelt wird

Werden durch öffentliche Auftragsvergabe DAWI gesichert?

- Ein bestehendes öffentliches Auftragswesen
 - zeugt von der Existenz relevanter Märkte
 - bietet eine Kostengrundlage ?

Schutzwirkung wird ausgehöhlt, und es wird ein trügerisches Gefühl der Sicherheit vermittelt

Nichtanwendbarkeit von Vergabeverfahren

- Abhängige Unternehmen
- Ähnliche Kontrollverhältnisse
- Dienstleistungen der Kategorie 2 in der Dienstleistungsrichtlinie
- Dienstleistungskonzessionen
- Verbundene Unternehmen
- Besondere oder ausschließliche Rechte
- wettbewerbsorientierte Versorgungsmärkte (Telekom)
- institutionalisierte öffentlich-private Partnerschaften

Inhärente Flexibilität

■ Zuschlagskriterien

- Wirtschaftlich günstigstes Angebot (MEAT = most economically advantageous tender)
 - Überlässt Auftraggebern Auswahl der Kriterien
 - Beentjes (*C-31/87, Gebroeders Beentjes B.V. gegen Niederlande*)
 - Nord-Pas-de Calais (*C-225/98, Kommission gegen Frankreich*)
 - OPAC (*C-237/99, Kommission gegen Frankreich*)