


Anmerkung zu:	EuGH 9. Kammer, Beschluss vom 06.02.2020 - C-11/19
Autoren:	Dr. Pascal Friton, LL.M., RA, Dr. Florian Wolf, RA
Erscheinungsdatum:	11.05.2021
Quelle:	
Normen:	§ 130 GWB, EGRL 18/2004, EURL 24/2014
Fundstelle:	jurisPR-VergR 5/2021 Anm. 1
Herausgeber:	Prof. Dr. Lutz Horn, RA
Zitiervorschlag:	Friton/Wolf, jurisPR-VergR 5/2021 Anm. 1

Gestaltungsspielräume der Auftraggeber bei der Anwendung von Ausnahmen

Tenor

1. Art. 10 Buchst. h und Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG sind dahin auszulegen, dass sie regionalen Rechtsvorschriften, die die Vergabe eines öffentlichen Auftrags davon abhängig machen, dass die normale Krankentransportdienstleistung nicht durch eine Partnerschaft zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors gewährleistet werden kann, nicht entgegenstehen, solange die Wahl zugunsten einer besonderen Art und Weise der Dienstleistungserbringung, die in einem der Vergabe öffentlicher Aufträge vorgelegten Stadium getroffen wurde, die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung, der gegenseitigen Anerkennung, der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz beachtet.

2. Art. 10 Buchst. h und Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 sind dahin auszulegen, dass sie regionalen Rechtsvorschriften, die den öffentlichen Auftraggeber verpflichten, seine Entscheidung, die Vergabe der normalen Krankentransportdienstleistung durch eine Ausschreibung statt durch eine Direktvergabe im Wege eines mit einem anderen öffentlichen Auftraggeber geschlossenen Vertrags vorzunehmen, zu begründen, nicht entgegenstehen.

A. Problemstellung

Die EU-Vergaberichtlinien sehen verschiedene Ausnahmevorschriften vor, die einen bestimmten Beschaffungsvorgang dem Anwendungsbereich dieser Richtlinien entziehen können. Wenn die Voraussetzungen einer solchen Ausnahmevorschrift vorliegen, ist aber zunächst einmal offen, welche Folgen öffentliche Auftraggeber daraus ziehen können oder müssen. Besteht in einem solchen Fall eine Pflicht zur Anwendung der Ausnahmevorschrift, oder können sich öffentliche Auftraggeber auch gegen ihre Anwendung entscheiden?

Der EuGH hat in der vorliegenden Entscheidung Gelegenheit gehabt, für die beiden Ausnahmenvorschriften in Art. 12 Abs. 4 (öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit) und Art. 10 Buchst. h der Richtlinie 2014/24/EU (Rettungsdienstleistungen) die Gestaltungsspielräume der Auftraggeber bei der Anwendung von Ausnahmen und ihre Grenzen genauer zu bestimmen.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Ausgangsstreit betraf die Durchführung eines Vergabeverfahrens durch eine italienische Sozial- und Gesundheitsbehörde (Azienda ULSS n. 6 Euganea, im Folgenden: AULSS) zur Beschaffung von Dienstleistungen über die Beförderung von Patienten und Dialysepatienten in Krankenwagen. Der Auftrag sollte eine Laufzeit von fünf Jahren mit einem geschätzten Gesamtwert von rund 25 Mio. Euro haben.

Das Wohltätigkeitswerk Grünes Kreuz Padua (Pia Opera Croce Verde Padova, im Folgenden: Croce Verde) wandte sich gegen die Entscheidung der öffentlichen Auftraggeberin, einen öffentlichen Auftrag zu vergeben. Vorrangig hätte sie ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens einen Vertrag nach Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU mit einer Einrichtung des öffentlichen Sektors abschließen müssen. Das regionale italienische Recht enthielt eine spezielle Regelung, nach der solche Tätigkeiten grundsätzlich im Wege der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit an eine akkreditierte öffentliche Einrichtung zu vergeben sei. Nur wenn Rettungs- und Notfallbeförderungstätigkeiten nicht durch die akkreditierten öffentlichen Einrichtungen gewährleistet werden können, dürfe der Beschaffungsbedarf über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags gedeckt werden.

Der Staatsrat Italiens (Consiglio di Stato) legte dem EuGH zwei Fragen zur Vorabentscheidung vor. Mit seiner ersten Frage wollte er wissen, ob der im italienischen Regionalgesetz vorgesehene Vorrang einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit vor einer Ausschreibung mit Art. 12 Abs. 4 und Art. 10 Buchst. h der Richtlinie 2014/24/EU vereinbar sei. Mit seiner zweiten Frage bat der Staatsrat den Gerichtshof um Beantwortung der Frage, ob es mit diesen Vorschriften der Richtlinie vereinbar sei, wenn von einem Auftraggeber gesetzlich verlangt werde, die Entscheidung zur Durchführung einer Ausschreibung anstatt einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit zu begründen.

In seiner Entscheidung wiederholt der EuGH zunächst seine Rechtsprechung in der Sache „Irgita“ (EuGH, Urt. v. 03.10.2019 - C-285/18; vgl. dazu Friton/Zuppke, jurisPR-VergR 3/2020 Anm. 1). Dort hatte er festgestellt, dass die Mitgliedstaaten bei der Wahl bezüglich der Art der Erbringung von Dienstleistungen im Grundsatz frei seien. Öffentliche Auftraggeber könnten sich daher – so der EuGH in „Irgita“ – entscheiden, anstelle eines öffentlichen Auftrags eine Inhouse-Vergabe nach Art. 12 Abs. 1 der Richtlinien 2014/24/EU vorzunehmen. Diese Freiheit finde ihre Schranken jedoch im Primärrecht: Die Grundfreiheiten und die sich daraus ergebenden Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, gegenseitiger Anerkennung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz müssen bei der Entscheidung für oder gegen die Anwendung der Ausnahmenvorschrift beachtet werden.

Die „Irgita“-Rechtsprechung wendet der EuGH im Anschluss in zwei Schritten auch im vorliegenden Verfahren an. In einem ersten Schritt stellt er klar, dass die dort zur Inhouse-Vergabe getroffenen Aussagen auch bezüglich einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit gemäß Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU gelten (Rn. 47). Da die Mitgliedstaaten bezüglich der Art der Erbringung von Dienstleistungen wählen könnten, dürften sie – wie vorliegend Italien – die Vergabe eines öffentlichen Auftrags unter den Vorbehalt stellen, dass eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit nach Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU nicht möglich sei. Es gelte aber auch hier, dass ein solcher Vorbehalt zugunsten der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit mit den in „Irgita“ genannten, primärrechtlichen Grundsätzen vereinbar sein müsse.

In einem zweiten Schritt wendet der EuGH die „Irgita“-Rechtsprechung auch auf die Ausnahmevorschrift für Rettungsdienstleistungen gemäß Art. 10 Buchst. h sowie das sog. Light Regime in Art. 74 bis 77 der Richtlinie 2014/24/EU an (Rn. 51). Aufgrund der Wahlfreiheit bezüglich der Art der Erbringung von Dienstleistungen könnten Mitgliedstaaten auch dann vorrangig ein Vergabeverfahren nach den Art. 74 ff. der Richtlinie 2014/24/EU durchführen, wenn die Voraussetzungen von Art. 10 Buchst. h dieser Richtlinie vorliegen. Auch in diesem Fall müssten öffentliche Auftraggeber bei der Entscheidung, auf welchem Wege der Beschaffungsbedarf gedeckt werden soll, die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung, der gegenseitigen Anerkennung, der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz beachten.

Die zweite Vorlagefrage betraf ein Spezifikum des italienischen Regionalrechts. Der italienische Staatsrat wollte wissen, ob öffentliche Auftraggeber zu einer schriftlichen Begründung verpflichtet werden dürfen, wenn sie die Vergabe normaler Krankentransportdienstleistungen im Wege eines Vergabeverfahrens statt durch eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit vornehmen. Mit Verweis auf seine Antwort zur ersten Frage bejaht der EuGH die Frage knapp (Rn. 56).

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung des Gerichtshofes ist eine konsequente Fortführung der „Irgita“-Rechtsprechung. Der EuGH wiederholt seine zentrale Aussage aus der „Irgita“-Entscheidung, wonach die Freiheit bei der Entscheidung für oder wider eine Inhouse-Vergabe unter Beachtung der primärrechtlichen Grundsätze getroffen werden muss. Diese Maßgabe wendet er sodann auch auf die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit und die Bereichsausnahme für Rettungsdienstleistungen an.

Die Frage, welche konkreten Anforderungen sich aus der Geltung des Primärrechts ableiten lassen, war allerdings schon im Anschluss an das Urteil „Irgita“ unklar (vgl. Friton/Zupke, juris-PR-VergR 3/2020 Anm. 1). Diese Unklarheit ist durch den vorliegenden Beschluss nicht beseitigt worden. Ein wesentlicher Unterschied zwischen den beiden Entscheidungen ist aber, dass in der Rechtssache „Irgita“ im nationalen litauischen Recht strengere Anforderungen an die Anwendung der Inhouse-Vergabe gestellt wurden, während im vorliegenden italienischen Fall der Vorrang der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit gegenüber einem Vergabeverfahren festgeschrieben war. Die Entscheidung des Gerichtshofes ist also dahingehend zu verstehen, dass bei der Entscheidung für eine bestimmte Beschaffungsart (Inhouse-Vergabe, öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit, Bereichsausnahme Rettungsdienst, Light Regime oder wettbewerbliches Vergabeverfahren) stets die Grundsätze des Primärrechts zu beachten sind, wenn sich der Auftraggeber für eine Variante entscheidet, die weniger Wettbewerb zulässt. Der Rückgriff auf eine bestimmte Beschaffungsart ist daher nur zulässig, wenn dieses Vorgehen mit den Grundsätzen der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz vereinbar ist.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Aussage des Gerichtshofes, dass bei einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit sowie der Anwendung der Bereichsausnahme Rettungsdienst zu prüfen ist, ob deren Anwendung mit primärrechtlichen Grundsätzen vereinbar ist, bringt leider keine zusätzliche Klarheit, sondern eher Unsicherheit mit sich. Es bleibt nämlich unklar, welche Anforderungen an eine solche Prüfung zu stellen sind. Sowohl die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit als auch die Bereichsausnahme Rettungsdienst entziehen den zu vergebenden Auftrag dem freien Wettbewerb. Sie kollidieren also – jedenfalls bei Vorliegen eines grenzüberschreitenden Interesses – stets mit den primärrechtlichen Grundsätzen, weil potentielle Auftragnehmer, die von den Ausnahmevorschriften nicht privilegiert werden, von vornerein von der Auftragserteilung ausgeschlossen sind.

Hinsichtlich der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit hat der Gerichtshof in seiner Entscheidung sehr stark die Freiheit der öffentlichen Auftraggeber betont, frei zu entscheiden, ob sie ih-

ren Beschaffungsbedarf auf staatlicher Ebene durch eine gemeinsame Projektrealisierung decken oder einen Auftrag nach außen vergeben. Daher dürfte ein Verstoß gegen primärrechtliche Grundsätze in dieser Konstellation allenfalls dann anzunehmen sein, wenn ein Auftraggeber sich aufgrund ausschließlich sachfremder, diskriminierender Erwägungen für eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit entscheidet. Das könnte z.B. dann der Fall sein, wenn die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit nur aus dem Grund gewählt wird, den Auftrag nicht an Wirtschaftsteilnehmer aus einem anderen Mitgliedstaat vergeben zu müssen.

Bei der Bereichsausnahme Rettungsdienst fehlt eine vergleichbar starke Betonung der Entscheidungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers. Allerdings hat der Gerichtshof die Gelegenheit ungenutzt gelassen, den von den öffentlichen Auftraggebern anzulegenden Prüfmaßstab genauer zu konkretisieren. Es besteht daher in diesen Fällen eine größere Unsicherheit als bei der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit, unter welchen Voraussetzungen die Anwendung der Bereichsausnahme Rettungsdienst mit Blick auf das Primärrecht zulässig ist. Der dazu bestehende Streit bleibt also weiter aktuell (vgl. dazu Friton, Vergabeblog.de vom 14/10/2019, Nr. 42187 sowie Kieselmann, Vergabeblog.de vom 18/02/2019, Nr. 39856). Das rechtssicherste Vorgehen bleibt daher, wie auch vom italienischen Gericht im Ausgangsrechtsstreit angenommen, die Durchführung eines Light-Vergabefahrens nach Art. 74 bis 77 der Richtlinie 2014/24/EU (§§ 130 ff. GWB).

© juris GmbH