IMMOBILIEN ZEITUNG
FACHZEITUNG FÜR DIE IMMOBILIENWIRTSCHAFT

Ein Beitrag aus der Immobilien Zeitung Nr. 31 vom 4.8.2011

Vergaberecht

Die Vergabe einer Dienstleistungskonzession, welche auch die Errichtung und anschließende Nutzung eines Gebäudes beinhaltet, kann nach Abschluss des Dienstleistungskonzessionsvertrags nicht mehr von einem Mitbewerber angefochten werden.

VG Aachen, Beschluss vom 16. Juni 2011, Az. 7 L 154/11

Rechtsanwalt Rainer Schmitz von Lenz und Johlen, Köln

Der Fall

Eine Kommune will die Errichtung und den Betrieb eines Krematoriums einem privaten Unternehmen übertragen. Sie schließt mit einem Bewerber einen öffentlich-rechtlichen Vertrag ab. Anschließend beantragt ein Mitbewerber vorläufigen Rechtsschutz per einstweiliger Anordnung. Er rügt die Verletzung europarechtlicher Vorgaben, insbesondere der Gleichbehandlungs- und Transparenzpflicht.

Die Folgen

Der öffentlich-rechtliche Vertrag sah vor, dass der Investor das Krematorium im eigenen Namen und auf eigene Rechnung errichten und betreiben sollte. Das VG bejahte daher zwar grundsätzlich eine der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung unterliegende Dienstleistungskonzession, diese war aber wegen des vollzogenen Abschlusses nicht mehr aufhebbar. Dabei konnte das Gericht offen lassen, ob der Auswahlentscheidung ein den europarechtlichen Vorgaben entsprechendes ordnungsgemäßes Vergabeverfahren vorangegangen war. Denn selbst bei Verstößen gegen die gemeinschaftsrechtlichen Verfahrensprinzipien bleibt der Vertrag wirksam. Es gibt keine europarechtlichen Bestimmungen, die die Nichtigkeit eines Dienstleistungskonzessionsvertrags anordnen, dem eine mangelhafte oder sogar überhaupt keine Ausschreibung vorausging.

Was ist zu tun?

Kommunen stehen häufig vor dem Problem, im öffentlichen Interesse liegende Einrichtungen insbesondere im Bereich der Daseinsvorsorge schaffen zu wollen, diese aber nicht finanzieren zu können. Einen Ausweg bietet die Übertragung von Errichtung und Betrieb an einen privaten Investor auf dessen volles Risiko, häufig verbunden mit der Veräußerung eines kommunalen Grundstücks. Für den an einer solchen Dienstleistungskonzession interessierten Investor besteht regelmäßig die Schwierigkeit, dass zwar die gemeinschaftsrechtlichen Grundregeln zum Wettbewerbs- und damit Konkurrentenschutz gelten, es aber keine klaren Verfahrensregeln gibt. Daher sollte der interessierte Investor schon dann vorläufigen vorbeugenden Rechtsschutz in Anspruch nehmen, sobald ihm Anhaltspunkte für eine Verletzung etwa des Gleichbehandlungsgebots oder des Diskriminierungsverbots vorliegen. Beim Wettbewerb um derartige Dienstleistungskonzessionen besteht die Möglichkeit, eine einstweilige verwaltungsgerichtliche Anordnung mit dem Inhalt zu beantragen, der Kommune den Abschluss des Konzessionsvertrags einstweilen zu untersagen. Es besteht dann allerdings die Gefahr, dass die Kommune den Antrag zum Anlass nimmt, den Vertrag umgehend abzuschließen. Um eine solche Entwicklung zu verhindern, empfiehlt es sich, unter Hinweis auf die besondere Dringlichkeit eine Vorsitzendenentscheidung zu beantragen. *(law)*