IMMOBILIEN ZEITUNG
FACHZEITUNG FÜR DIE IMMOBILIENWIRTSCHAFT

Ein Beitrag aus der Immobilien Zeitung Nr. 24/2013 vom 20. Juni 2013

Vergaberecht

Städtische Gesellschaft ist kein öffentlicher Auftraggeber

Ein übergeordnetes Interesse des öffentlichen Anteilseigners am Erhalt der durch ihn beherrschten Gesellschaft (hier Messe Düsseldorf GmbH) führt nicht dazu, dass diese Tochtergesellschaft zwingend als öffentliche Auftraggeberin anzusehen ist.

VK Düsseldorf, Beschluss vom 21. März 2013, Az. VK-33/2012-L (bestandskr.)

Rechtsanwalt Martin Hahn von Lenz und Johlen

Der Fall

Die Messe Düsseldorf GmbH möchte Dienstleistungen an Dritte vergeben. Zu diesem Zweck leitet sie ein strukturiertes Auswahlverfahren ein, schreibt den oberhalb des Schwellenwerts liegenden Vertrag jedoch nicht europaweit aus. Ein Bieter rügt Verstöße gegen Vergaberecht und reicht Nachprüfungsantrag ein. Dieser wird verworfen. Die Messe handelt nach Auffassung der VK gewerblich, da sie wie jeder andere Wettbewerber in einem bestehenden Markt tätig sei und das Risiko der eigenen Geschäfte zu tragen habe. Damit ist § 98 Nr. 2 GWB nicht einschlägig, die Messe Düsseldorf ist kein öffentlicher Auftraggeber.

Die Folgen

Die Entscheidung ist von großer Relevanz für alle öffentlich beherrschten Unternehmen, die eine wichtige Rolle z.B. im Bereich der Wirtschaftsförderung oder der Stadtentwicklung einnehmen. Die VK entschied auf nationaler Ebene erstmals, dass eine Messegesellschaft i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB gewerblich tätig sein kann. Die Messen in Berlin und Hamburg werden von den dortigen Vergabesenaten als öffentliche Auftraggeber eingestuft, u.a. auch deswegen, weil die Gesellschafter im Krisenfall eine Insolvenz aus regionalpolitischen Gründen abwenden würden. Gerade solch übergeordnete Interessen sollen nach dem vorliegenden Beschluss hingegen nicht dazu führen, Insolvenzfähigkeit der Tochtergesellschaft zu verneinen bzw. deren Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber zu bejahen.

Was ist zu tun?

Öffentlich beherrschte Gesellschaften – gerade auch im Bereich der Immobilienwirtschaft – sehen sich oftmals mit der Frage konfrontiert, ob sie als öffentlicher Auftraggeber das Vergaberecht zu beachten haben. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn konkrete Verlustübernahmeregelungen mit der öffentlichen Hand geregelt sind, somit kein echtes Insolvenzrisiko besteht. Derartige Gestaltungen sind jedoch im Bereich der Immobilienwirtschaft mit öffentlicher Beteiligung sehr selten. Die dann stets im Raum stehende Erwägung, dass aufgrund einzelner „Leuchtturmprojekte“ oder der allgemeinen Bedeutung für die Stadtentwicklung keine echte Insolvenzgefahr bestehen solle, ist nach dem vorliegenden Beschluss nicht mehr stichhaltig. Bei streng renditeorientierter, wirtschaftlich nachvollziehbarer Förderung durch die Gesellschafter ist ein Unternehmen nicht zwangsläufig öffentlicher Auftraggeber, auch wenn es eine gewichtige Rolle im kommunalen Umfeld spielt. Vor diesem Hintergrund kann eine Neubewertung der Auftraggebereigenschaft von öffentlich beherrschten Unternehmen sinnvoll sein. *(ba)*