



## UPDATE VERGABERECHT

### KOMMUNALES UNTERNEHMEN = ÖFFENTLICHER AUFTRAGGEBER?

#### VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 21.12.2017 – VK 1-24/17

Die Wohnungsbaugesellschaft W, deren Alleingesellschafterin die Stadt S ist, führte ein überwiegend formfreies nationales Verfahren zur Beschaffung von Dienstleistungen durch. U.a. forderte sie Bieter B zur Angebotsabgabe auf, dessen Angebot preislich über dem EU-Schwellenwert lag. Nach Angebotsöffnung teilte W dem B mündlich mit, dass sie den Konkurrenten K beauftragen werde. Hierauf rügte B die Verfahrensführung; u.a. sei keine Vorinformation nach § 134 GWB erfolgt. W wies die Rüge zurück, da sie nicht an das EU-Vergaberecht gebunden sei, und schloss den Vertrag mit K. B beehrte Nachprüfung, da W als Auftraggeber gemäß dem GWB anzusehen sei. Dies folge u.a. aus ihrem gesellschaftsvertraglichen Zweck, der vorrangig eine sichere und sozial verantwortbare Wohnungsversorgung breiter Bevölkerungsschichten vorsehe. W machte geltend, keinen sozialen Wohnungsbau zu betreiben, ihre Projekte nicht aus öffentlichen Mitteln zu finanzieren und auch sonst wie Privatinvestoren am Immobilienmarkt tätig zu sein; funktional betrachtet sei sie kein öffentlicher Auftraggeber.

Die VK hingegen gibt W auf, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ein förmliches EU-weites Verfahren durchzuführen. W sei öffentlicher Auftraggeber gemäß § 99 Nr. 2 GWB. Insbesondere die Tatbestandsvoraussetzungen „Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben“ sowie „nichtgewerblicher Art“ lägen vor. Die von W entsprechend des Gesellschaftsvertrags ausgeübten Tätigkeiten (u.a. die auf die in ihrem und dem Eigentum von S stehende Objekte beschränkte Immobilienverwaltung und die Entwicklung städtebaulicher und infrastruktureller Projekte) dienten in erster Linie der sozialen Wohnraumförderung und damit dem Allgemeininteresse. W habe keine Umstände vorgetragen, dass sich ihr tatsächliches Handeln vom ursprünglichen Gesellschaftszweck losgelöst habe. Im Übrigen wäre die Auftraggebereigenschaft selbst dann weiter zu bejahen, wenn nur ein relativ geringer Teil der wahrgenommenen Aufgaben im Allgemeininteresse liege und eine (sogar schwerpunktmäßige) Verschiebung hin zu nicht öffentlichen Zwecken dienenden Unternehmenstätigkeiten erfolgt wäre. Die Nichtgewerblichkeit beruhe darauf, dass W nicht vollständig den Marktgesetzen unterliege; dies folge u.a. daraus, dass S sich durch Zuschusszahlungen zur Stärkung der Kapitalrücklage finanziell bei W engagiere und ihr insoweit das wirtschaftliche Marktrisiko abnehme.

#### Bedeutung für die Praxis

Unternehmen im staatlichen/kommunalen Eigentum unterliegen zwar nicht per se als öffentliche Auftraggeber den vergaberechtlichen Vorgaben. Indes sollte zur Vermeidung einer Angreifbarkeit von Beschaffungsmaßnahmen vor deren Durchführung stets geprüft werden, inwieweit sich aus den konkreten Umständen der Unternehmensbetätigung eine Auftraggebereigenschaft mit den damit verbundenen Pflichten ergeben könnte.