

UPDATE BAUEN UND IMMOBILIEN

KOMMUNALE WOHNUNGSBAUGESELLSCHAFTEN KÖNNEN ÖFFENTLICHER AUFTRAGGEBER SEIN

VK Sachsen, Beschluss vom 11.06.2021 - 1/SVK/006-21

Eine kommunale Wohnungsbaugesellschaft (W) schrieb Transportdienstleistungen zur Entsorgung europaweit aus. Im Rahmen des von einem nicht für den Zuschlag vorgesehenen Bieter (B) angestregten Nachprüfungsverfahrens verteidigte sich W damit, dass der Rechtsweg nicht eröffnet sei, weil der in Rede stehende Auftrag kein Auftrag eines öffentlichen Auftraggebers sei. W sei keine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 99 Nr.2 GWB, weil sie gewerblich tätig sei.

Die Vergabekammer bewertet W unter Berücksichtigung der konkreten Umstände als öffentliche Auftraggeberin im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB. Insbesondere sei unter Zugrundelegung des vom EuGH entwickelten Maßstabs zur Bewertung des Tatbestandsmerkmals eine „Nichtgewerblichkeit“ festzustellen. Angesichts in der Vergangenheit gewährter Bürgschaften sei davon auszugehen, dass die Kommune auch künftig Risiken übernehmen und – soweit erforderlich – zur Abwendung einer Insolvenz eine Rekapitalisierung vornehmen werde. Da für den Teilbereich des sozialen Wohnungsbaus der Gewinnerzielung nach der Satzung kein Vorrang eingeräumt ist, infiziere dies die gesamte Tätigkeit, sodass es an der Gewinnerzielungsabsicht fehle. Schließlich agiere W im Teilbereich „Sozialwohnungen“ nicht in einem wettbewerblichen Markt, der mit dem regulären Wohnungsmarkt vergleichbar sei.

Bedeutung für die Praxis

Die Vergabekammer Sachsen bleibt bei ihrer Linie, dass kommunale Wohnungsbaugesellschaften regelmäßig öffentliche Auftraggeber sind. Dies deckt sich mit der weit überwiegenden vergaberechtlichen Rechtsprechung. Nur vereinzelt haben Nachprüfungsinstanzen die Auftraggebereigenschaft bei kommunalen Wohnungsbaugesellschaften verneint, wobei es jeweils auf die besonderen Umstände des Einzelfalles ankam.

Auch Auftraggeber und Bieter sollten berücksichtigen, dass die konkreten Umstände des Einzelfalles maßgeblich sind. Kommunen mit mehreren Gesellschaften haben die Möglichkeit, durch die Gestaltung der Gesellschaftsverträge dafür zu sorgen, dass das Vergaberecht wegen des im konkreten Fall als gewerblich zu bewertenden Handelns nicht anwendbar ist.