

Aktuelle Entwicklungstendenzen im Recht der Öffentlich-Privaten Partnerschaften

Die Verstärkung des öffentlich-rechtlichen Aspekts

Bożena Popowska

I. Einführung, Ziel und Gegenstände

Das Institut der Öffentlich-Privaten Partnerschaft (ÖPP) wurde in der polnischen Rechtsordnung seit 1990 aufgebaut. Sie ist eine mit dem neuen politisch-wirtschaftlichen System verbundene Form der Erfüllung staatlicher Aufgaben. Zugleich handelt es sich um ein neues Handlungsfeld für private Geschäftstätigkeit und eine neue Art der Zusammenarbeit von öffentlicher Hand und privatem Sektor (zumeist privatwirtschaftlichen Unternehmen). Diese Entwicklung hat zwar mit der Privatisierung von Staatsunternehmen begonnen.¹ Doch haben sich anschließend weitere Arten und Rechtsformen der Kooperation ausgebildet, so dass die Entwicklung stetig an Dynamik gewinnt. In den 1990er Jahren wurde die vertraglich geregelte Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Hand und privaten Rechtsträgern zu einem wichtigen Thema in den Debatten über die „Privatisierung öffentlicher Aufgaben“.²

Normativ wurde der Begriff der Öffentlich-Privaten Partnerschaft durch das Gesetz über Öffentlich-Private Partnerschaften vom 28. Juli

1 Das erste Gesetz über Privatisierung der Gesellschaften wurde am 13.07.1990 verabschiedet, GBl. 1990, Nr. 51, Pos. 298 in der zuletzt geänderten Fassung, im Weiteren „Gesetz über die Privatisierung der Gesellschaften von 2005“ genannt.

2 Vgl. *Stanisław Biernat*, *Prywatyzacja zadań publicznych: Problematyka prawna*, 1994, S. 120–130; vgl. auch den gemeinsamen Tagungsband polnischer und deutscher Autoren zur Privatisierung öffentlicher Aufgaben (Tagung in Kraków v. 07.–11.09.1992), *Stanisław Biernat/Reinhard Henderl/Friedrich Schoch/Andrzej Wasilewski* (Hrsg.), *Grundfragen des Verwaltungsrechts und der Privatisierung*, 1994; aus der neusten deutschen Literatur übersetzt ins Polnische vgl. *Max-Emanuel Geis*, *Prywatyzacja zadań publicznych (partnerstwo publiczno-prywatne) w Niemczech*, in: Bogdan Dolnicki (Hrsg.), *Sposoby realizacji zadań publicznych*, 2017, S. 264–276.

2005 eingeführt. Dabei ist hervorzuheben, dass die Privatisierung der Staatsunternehmen ausschließlich nach den Regeln des polnischen Rechts durchgeführt wurde³, die Entwicklung der Gesetzgebung im Bereich der ÖPP jedoch von Anfang an durch die Rechtssetzung der EU geprägt ist.⁴ Von einem ausdrücklichen Einfluss der EU-Vorgaben lässt sich vor allem seit 2016 sprechen, als drei Richtlinien der EU-Organe umgesetzt wurden, die öffentliche Aufträge und den Konzessionsvertrag betreffen. In Anlehnung an die Titel der Richtlinien wurden sie umgesetzt durch eine Novelle des Gesetzes über die Vergabe der öffentlichen Aufträge, die in bestimmten Bereichen auch bei Öffentlich-Privaten Partnerschaften Anwendung findet, und durch das neue Gesetz über den Konzessionsvertrag, der eine gesonderte Form des Vertrags zur Ausführung von ÖPP darstellt. Indes behandeln diese Regelungen die mit ÖPP verbundenen Rechtsfragen nicht erschöpfend. Allgemeine Fragen dieser Form der Zusammenarbeit sind im Gesetz über Öffentlich-Private Partnerschaften vom 19. Dezember 2008 geregelt⁵ (im Folgenden abgekürzt: ÖPP-Gesetz), das seither nur eher marginal abgeändert wurde.

Die Notwendigkeit, die Entwicklung des Unionsrechts sowie des polnischen Rechts über die Wahrnehmung der öffentlichen Aufgaben und Ausführung der öffentlichen Investitionen zu berücksichtigen, fand ihren Ausdruck in einem neuen Gesetzentwurf zur Änderung des ÖPP-Gesetzes und einiger anderer Gesetze. Es ist somit an der Zeit, über die Änderungstendenzen der Regelungen über die Rechtsbeziehungen der öffentlichen Rechtsträger (zumeist der Rechtsträger der öffentlichen Verwaltung) mit den privaten Rechtsträgern (zumeist den Unternehmen) bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben nachzudenken. Dabei verlangt die facettenreiche Gesamthematik eine Schwerpunktsetzung, die eine strukturierende Analyse und weiterführende Analyseergebnisse ermöglicht. Der Rahmen für die hier angestellten Überlegungen wird vornehmlich durch die Rechtsnormen und Institute des öffentlichen Wirtschaftsrechts abgesteckt⁶, in denen das öffentliche Interesse

3 Zu erinnern ist die Tatsache, dass nach dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union Eigentumsfragen nicht in die Zuständigkeiten der EU fallen: „Die Verträge lassen die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt“, Art. 345 AEUV (GBl. 2004, Pos. 90.864/2 in der zuletzt geänderten Fassung).

4 Nach h.M. soll die Einführung von ÖPP in das polnische Rechtssystem ein Zeichen der Europäisierung des öffentlichen Wirtschaftsrechts sein, vgl. u.a. *Michał Kania*, Partnerstwo publiczno-prywatne, in: Roman Hauser / Zygmunt Niewiadomski (Hrsg.), *Publiczne prawo gospodarcze. System Prawa Administracyjnego*, Tom 8 B, 2013, S. 569–571.

5 Vgl. GBl. 2015, Pos. 696 in der zuletzt geänderten Fassung.

6 Aus den letzten Abhandlungen vgl. *Katarzyna Kokocińska*, Instytucje prawne publicznego prawa gospodarczego, in: Andrzej Powałowski (Hrsg.), *Prawne instrumenty oddziaływania*

eine wichtige Rolle spielt.⁷ Es bietet sich daher an, zu untersuchen, wie das geltende Recht das öffentliche Interesse in den ÖPP-Arenen schützt und zur Geltung bringt: Durch welche Rechtsträger wird das öffentliche Interesse bei ÖPP vertreten, welche Aufgaben haben diese Rechtsträger, welche Instrumente (Rechtsmittel und Rechtsformen) stehen zur Erfüllung dieser Aufgaben bereit, wer sorgt für die Durchsetzung öffentlicher Interessen, und zwar bis hin zu außergerichtlichem Rechtsschutz und zur gerichtlichen Kontrolle? Interessant wird auch die Frage sein, ob sich in der Entwicklung des rechtlichen Rahmens und der rechtlichen Direktiven für ÖPP eine klare Tendenz zur Verstärkung der öffentlichen Interessen ausmachen lässt.⁸ Dabei sind auch die Regelungsanliegen und einige Regulierungsansätze der vorgeschlagenen Änderungen des ÖPP-Gesetzes zu berücksichtigen. Der Änderungsentwurf zum ÖPP-Gesetz und einiger anderer Gesetze wirft auch die Frage nach der Notwendigkeit auf, das bestehende Rechtssystem bezüglich der ÖPP aufrechtzuerhalten, welches aus den erwähnten Regelwerken und ihren Ausführungsbestimmungen besteht.

Bei dieser konzeptionellen Ausrichtung bedarf es weder einer vollständigen Analyse der Rechtsvorschriften über ÖPP noch einer umfassenden Darstellung der jeweiligen Rechtsinstitute und rechtlichen Kategorien, die mit Öffentlich-Privaten Partnerschaften verbunden sind und zu denen auch die Kategorie des öffentlichen Interesses zählt.⁹ Eingehend zu berücksichtigen ist jedoch die bis hin zum Vergaberecht reichende Diskussion über ÖPP, die Gesetzeskommentare, Monographien und andere theoretische Abhandlungen umfasst.

na gospodarke, 2016, S. 36–44; *Teresa Rabska*, Prawo administracyjne a publiczne prawo gospodarcze (kilka dyskusyjnych refleksji), in: Jerzy Supernat (Hrsg.), *Między tradycją a przyszłością w nauce prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Janowi Bociowi*, 2009, S. 583–592 m. w. N.

- 7 *Rafał Blicharz / Michał Kania*, Klauzula interesu publicznego w publicznym prawie gospodarczym, 2010, Nr. 5, S. 19; *Teresa Rabska*, Refleksje nad nauką publicznego prawa gospodarczego, in: *Roczniki Nauk Prawnych*, 2011, Bd. XXI, Nr. 1, insb. S. 271.
- 8 *Blicharz und Kania* vergleichen die Bestimmungen der ÖPP-Gesetze von 2005 und von 2008 (siehe Fn. 3 und 6) mit Blick auf die dortigen Rechtsinstrumente zum Schutz des öffentlichen Interesses, s. *Blicharz / Kania* (Fn. 7), S. 19. Es erscheint angebracht, diese Untersuchungen zu vertiefen und die geltenden Regelungen hinsichtlich des öffentlichen Vergabewesens und der Konzessionsverträge sowie des Gesetzesentwurfes zum ÖPP-Gesetz mitzuberücksichtigen.
- 9 Als Publikationen aus jüngerer Zeit sind zu nennen: *Andrzej Borkowski*, Interes publiczny a partnerstwo publiczno-prywatne, in: Jolanty Blicharz (Hrsg.), *Prawne aspekty prywatyzacji*, 2012, S. 443–459; *Aleksandra Wilczyńska*, Interes publiczny jako podstawa partnerstwa publiczno-prywatnego, in: Michał Kania (Hrsg.), *Partnerstwo publiczno-prywatne. Teoria i praktyka*, Difin 2013, S. 23–31; *Tadeusz Kocowski*, Interes publiczny, konkurencja i równe traktowanie w zamówieniach publicznych, in: Henryk Nowicki / Paweł Nowicki (Hrsg.), *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, 2015, S. 83–97.

II. Rechtliche Grundlagen der Öffentlich-Privaten Partnerschaft: das ÖPP-Gesetz, das Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens und das Gesetz über den Konzessionsvertrag

Das derzeit die Grundlagen der ÖPP regelnde Gesetz ist das ÖPP-Gesetz. Ein Jahr später wurde das bereits nicht mehr geltende Gesetz über Baukonzessionen und/oder Dienstleistungen vom 9. Januar 2009 verabschiedet¹⁰, das ein gesondertes Auswahlverfahren des privaten Partners in bestimmten Fällen regelte¹¹. Obwohl das Gesetz in den nicht geregelten Fällen auf das Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens vom 29. Januar 2004¹² verweist, waren seine Regelungen über die Verfahrensweise und die Verfahrensordnung gegenüber dem Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens wesentlich entformalisierter; das Gesetz basierte hauptsächlich auf einer der flexibelsten Verfahrensarten bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, den Verhandlungen mit vorheriger Bekanntmachung.

Große Änderungen in der Regelung von ÖPP erfolgten nach 2014, als drei Richtlinien des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 verabschiedet wurden:

- die Richtlinie Nr. 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG¹³,
- die Richtlinie Nr. 2014/25/EU über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung und der Postdienste sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG¹⁴ und
- die Richtlinie Nr. 2014/23/EU über Konzessionsverträge¹⁵.

10 Vgl. GBl. 2015, Pos. 113, im Weiteren „Konzessionsvertrag“ genannt. Dieses Gesetz wurde von mir in dem hier erörterten Hinblick bereits in folgendem Artikel analysiert: *Bożena Popowska*, Publiczne prawo gospodarcze w płaszczyźnie proceduralnej, in: Leon Kieres (Hrsg.), *Nowe problemy badawcze w teorii publicznego prawa gospodarczego (z uwzględnieniem samorządu terytorialnego)*, 2010, S. 231–236.

11 Ein Kriterium für die Auswahl dieses Verfahrens war die Art der Vergütung für die Arbeiten oder Leistungen.

12 Vgl. GBl. 2015, Pos. 2164 in der zuletzt geänderten Fassung. Das Gesetz hat das Gesetz v. 10.06.1994 ersetzt, vgl. GBl. 2002., Nr. 72, Pos. 664 in der zuletzt geänderten Fassung.

13 Amtsblatt der EU v. 28.03.2014, Nr. L 94, S. 65; Amtsblatt der EU vom 25.11.2015, Nr. L 307, S. 5.

14 Amtsblatt der EU v. 28.03.2014, Nr. L 94, S. 243 (in der aktuell geltenden Fassung); Amtsblatt der EU v. 25.11.2015, Nr. L 307, S. 7.

15 Amtsblatt der EU v. 28.03.2014, Nr. L 94, S. 1.

Folge der Implementierung der beiden ersten Richtlinien ist eine umfangreiche Novelle des Gesetzes über das Recht des öffentlichen Vergabewesens, die mit dem Gesetz vom 22. Juni 2016 ergangen ist¹⁶, und die Verabschiedung eines neuen Gesetzes über Konzessionsverträge vom 21. Oktober 2016¹⁷ (im Folgenden abgekürzt: Gesetz über den Konzessionsvertrag). Angesichts der oben genannten Veränderungen drängt sich die Frage nach der Angleichung der angegebenen Regelungen an die Bestimmungen des ÖPP-Gesetzes aus dem Jahre 2008 auf.

Es sind fast zehn Jahre vergangen, seitdem das ÖPP-Gesetz verabschiedet wurde. In dem wirtschaftlichen Staatsleben ist dies eine lange Zeit, und in der Gesetzgebung zu ÖPP-ähnlichen Rechtsinstituten wurde viel geändert. Die zum ÖPP-Gesetz eingeführten Veränderungen sind dagegen nur gering.¹⁸ Umso größer sind die Erwartungen an den Änderungsentwurf zum ÖPP-Gesetz¹⁹, insbesondere an den in der Begründung enthaltenen Hinweis, dass eine der Zielsetzungen der Novelle der „Schutz der wichtigsten öffentlichen Interessen“ ist.²⁰

Für die hier zentral interessierende Frage nach einer Verstärkung der öffentlich-rechtlichen Aspekte bedarf es zunächst der Darstellung der grundlegenden Inhalte des ÖPP-Gesetzes sowie der Gesetzesbestimmungen, auf die dieses Gesetz verweist. Erst im Anschluss daran lässt sich eine Stellungnahme zu den Änderungsvorschlägen des ÖPP-Gesetzes abgeben.

16 Dabei handelt es sich um das Gesetz über die Änderung des Gesetzes über das Recht des Öffentlichen Vergabewesens und einiger anderer Gesetze, GBl. 2016, Pos. 1250.

17 GBl. 2016, Pos. 1920 in der aktuell geltenden Fassung.

18 Das Gesetz wurde fünf Mal abgeändert, zuletzt mit dem Gesetz v. 14.12.2016, GBl. 2016, Pos. 1920.

19 Die neuste Fassung des Gesetzentwurfes über die Änderung des Gesetzes über die Öffentlich-Rechtliche Partnerschaft und einiger anderer Gesetze wurde am 24. Mai 2017 veröffentlicht und ist auf der Seite des Regierungszentrums der Gesetzgebung (Rządowe Centrum Legislacji) unter folgendem Link abrufbar: <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12296204<18.09.2017>>. Der Entwurf wurde noch nicht beim Sejm eingereicht. Abgeschlossen ist dagegen bereits die sog. Ressortabsprache, auch öffentliche Anhörungen sind erfolgt. Zurzeit werden die Stellungnahmen der genannten Anhörungen analysiert. Es ist zu erwarten, dass wesentliche Änderungen des Entwurfs – noch vor Einreichung beim Sejm – während der Arbeiten im Komitee des Ministerrates sowie im Rechtskomitee vorgenommen werden.

20 Entwurfsbegründung (Fn. 19), S. 3 und 4.

III. Die Absicherung öffentlicher Interessen im ÖPP-Gesetz

Das ÖPP-Gesetz ist ein Rahmengesetz und regelt hauptsächlich die mit ÖPP verbundenen sachlich-rechtlichen Fragen. Außerdem enthält das Gesetz die wichtigsten Definitionen, nämlich Legaldefinitionen der ÖPP und des ÖPP-Vertrags.

Diese Definitionen bringen jedoch nicht die öffentlich-rechtlichen Bestandteile in ÖPP zum Ausdruck. Nach dem Gesetz wird die ÖPP als „gemeinsame Umsetzung eines Vorhabens durch Aufgaben- und Risikoteilung zwischen einem öffentlichen Rechtsträger und einem privaten Partner“ definiert (Art. 1 Abs. 2), wobei Aufgaben- und Risikoverteilung durch die Parteien selbst vorzunehmen sind.²¹ Es ist anzunehmen, dass der öffentliche Rechtsträger bei dieser Aufteilung solche öffentlichen Zwecke berücksichtigen sollte, denen auch das umzusetzende Vorhaben dienen sollte. Solch eine Bestimmung wird jedoch im Gesetz nicht *expressis verbis* zum Ausdruck gebracht.²² Ähnliches ist auch bei der Analyse der Definition vom „ÖPP-Vertrag“ zu verzeichnen. Der ÖPP-Vertrag ist nach dem Gesetz ein Vertrag, in dem der private Partner zur Durchführung eines Vorhabens gegen Vergütung sowie zur Übernahme der gesamten oder eines Teils der Kosten zur Durchführung des Vorhabens bzw. zur Sicherstellung, dass sie von einem Dritten übernommen wird, verpflichtet wird. Der öffentliche Partner ist dagegen zur Mitwirkung bei der Verwirklichung des Vorhabens verpflichtet, insbesondere durch Eigenleistungen (Art. 7 Abs. 1). Nach dem Gesetz kommen inländische oder ausländische Unternehmer als private Partner in Frage. Zu den öffentlichen Rechtsträgern gehören nach dem Gesetz insbesondere: Einrichtungen des öffentlichen Finanzsektors, andere als die oben genannten juristischen Personen, die mit dem besonderen Ziel errichtet wurden, Bedürfnisse allgemeiner Art, die keine industriellen oder geschäftlichen Merkmale aufweisen, zu befriedigen (Art. 2 Pkt. 1 und Pkt. 2). Aus der Definition des ÖPP-Vertrages ergibt sich unmittelbar keine besondere Position des öffentlichen Rechtsträgers.

In einem inneren Zusammenhang mit diesen Definitionen steht eine Vorschrift, nach der dem öffentlichen Rechtsträger die Kompetenzen

21 So auch in der Literatur. Der in der Definition enthaltene Hinweis auf Risiken betont die Tatsache, dass die Partner ein gemeinsames Vorhaben auszuführen haben, vgl. u.a. dazu *Katarzyna Płonka-Bielenin/Tomasz Moll*, Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, 2012, S. 24.

22 Die Risiken wurden in der nicht geltenden Verordnung des Wirtschaftsministers über die mit der Ausführung der Vorhaben im Rahmen der Öffentlich-Privaten Partnerschaft verbundenen Risiken v. 21.06.2006 genannt, siehe GBl. Nr. 125, Pos. 868.

zur laufenden Kontrolle der Ausübung der Aufgaben im Rahmen der Partnerschaft gewährt werden, nämlich Art. 8. Diese Kompetenz stellt sicher keine Kompetenz einer gleichberechtigten ÖPP-Vertragspartei dar.²³ Sie ist vielmehr eine zusätzliche Berechtigung, die aus der Funktion des für die Erfüllung der konkreten Aufgabe verantwortlichen öffentlichen Rechtsträgers als Veranstalter eines gemeinsamen Vorhabens folgt. Der jeweilige öffentliche Rechtsträger sollte sich solch eine Berechtigung in dem ÖPP-Vertrag einräumen lassen.²⁴

Der hier erörterte Art. 8 des ÖPP-Gesetzes ist auch deswegen von Bedeutung, weil er Argumente für die Bestimmung des rechtlichen Charakters des ÖPP-Gesetzes liefert; so wie er nämlich formuliert ist, lässt er die Rechtsnatur über das Zivilrecht hinausgehen.²⁵ Die Argumente, die auf den öffentlich-rechtlichen – für den ÖPP-Vertrag kennzeichnenden – Charakter hinweisen, sind auch in der Vorschrift zu finden, nach der in dem ÖPP-Vertrag die Folgen der Schlechterfüllung und Nichterfüllung der Verpflichtung zu bestimmen sind, insbesondere die Vertragsstrafe oder Herabsetzung der Vergütung von dem privaten Partner (unerlässliches Element des Vertrages, Art. 7 Abs. 3). In Art. 8 des ÖPP-Gesetzes sieht die Literatur gleichfalls einen zusätzlichen Schutz des öffentlichen Interesses.²⁶

Zu dieser Argumentation passt auch eine öffentlich-rechtliche Regelung über die Vorgehensweise bei der Wahl des jeweiligen privaten Partners. Das ÖPP-Gesetz selbst regelt die Arten der Auswahlverfahren des privaten Partners nur in einem sehr kleinen Umfang. Es werden nur „das günstigste Angebot“ und die Kriterien genannt, nach denen die Angebote zu bewerten sind, darunter obligatorische und fakultative

23 So auch *Anna Śniecikowska*, Kontrola partnerstwa publiczno-prywatnego na podstawie art. 8 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, in: Henryk Nowicki/Paweł Nowicki (Hrsg.), *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, 2015, insb. S. 414 und 418; *Piotr Bogdanowicz/Paweł Piotrowski*, in: Marcin Bejm (Hrsg.), *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz*, 2. Aufl. 2010, insbesondere S. 378-379. Ähnliche Bemerkungen zur Regelung des ÖPP-Gesetzes von 2005 in dem hier erörterten Bereich, vgl. *Bożena Popowska*, Partnerstwo publiczno-prywatne w świetle koncepcji „ciągu działań prawnych” i jej wpływ na ocenę umowy o PPP, in: Leon Kieres (Hrsg.), *Środki prawne publicznego prawa gospodarczego*, 2007, S. 153.

24 In der Literatur werden die Bestimmungen des ÖPP-Vertrags über die Kontrolle für einen wesentlichen Teil (*essentialia negotii*) des Vertrags gehalten, so auch *Borkowski* (Fn. 9), S. 458.

25 Allgemein zur Einordnung der Verträge, vgl. *Bożena Popowska*, Kwalifikacja prawna umowy koncesji; instrument „mieszany” czy typowy dla realizacji zadań gospodarczych przez administrację publiczną?, in: Andrzej Powalowski (Hrsg.), *Prawne instrumenty oddziaływania na gospodarkę*, 2016, S. 81–83 u. 93–97; *Popowska* (Fn. 23), insbesondere S. 154–156 und 161–174.

26 *Śniecikowska* (Fn. 23), S. 417–418.

Kriterien (Art. 6 Abs. 2). Das ÖPP-Gesetz weist auch auf das Kriterium der Wahl des jeweiligen Verfahrens hin.²⁷ Der ganze Ablauf des Verfahrens ist dagegen – als Verweisungen – entweder im Gesetz über den Konzessionsvertrag oder im Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens geregelt.²⁸ Beim Vergleich des Regelungsbereichs der beiden Gesetze lässt sich feststellen, dass in jedem Gesetz das Verfahren ausführlich vor dem Vertragsabschluss normiert ist, vor allem durch Bestimmung der Aufgaben, darunter meist diejenigen der öffentlichen Rechtsträger, die gemäß der verwendeten Terminologie in den beiden oben genannten Gesetzen Auftraggeber sind.²⁹

In den Bereich, für den das ÖPP-Gesetz auf das Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens verweist (Art. 4 Abs. 2), fallen auch die Fragen, die mit der Verfahrenskontrolle hinsichtlich der Auswahl eines privaten Partners für die ÖPP-Zusammenarbeit verbunden sind, sowie Fragen des Rechtsschutzes. Wie sich aus den bisherigen Ausführungen ergibt, finden sich auch außerhalb der Bestimmungen des ÖPP-Gesetzes wesentliche Regelungen zu ÖPP. Diese sind bei der Analyse der Bestimmungen des Gesetzes über das Recht des öffentlichen Vergabewesens sowie des Gesetzes über den Konzessionsvertrag näher zu erörtern.

Unter den eigenen Regelungen des ÖPP-Gesetzes sind überdies die Vorschriften zu nennen, nach denen der ÖPP-Vertrag auch durch eine Gesellschaft (Art. 14–16) ausgeführt werden kann, sowie eine Vorschrift, die die Aufgaben der Träger der öffentlichen Verwaltung im Rahmen von der ÖPP bestimmt (Art. 3).

Was die Möglichkeit der Durchführung des ÖPP-Vertrags durch eine Gesellschaft anbelangt, schränkt der Gesetzgeber den Katalog der zur Auswahl stehenden Gesellschaftsformen ein, wobei er sich an dem Schutz des öffentlichen Interesses ausrichtet.³⁰ Das ist auch das Ziel der Bestimmung, wonach dem öffentlichen Rechtsträger das Vorkaufsrecht

27 Kriterium ist die Vergütungsform – Art. 4 des ÖPP-Gesetzes i.V. m Art. 3 des Gesetzes über den Konzessionsvertrag.

28 Bei der Anwendung des Gesetzes über das Recht der öffentlichen Aufträge bei der Wahl eines privaten Partners ist das einschlägige EU-Recht zu beachten; nach der Richtlinie 2004/18/EG fehlt eine Differenzierung der Aufgaben zwischen gewöhnlichen öffentlichen Aufträgen sowie ÖPP.

29 In der Literatur zum öffentlichen Wirtschaftsrecht gilt die Regelung des Gesetzes über das Recht des öffentlichen Vergabewesens und des Gesetzes über den Konzessionsvertrag (zuvor Konzessionsgesetz) zum Verfahren bei der Auswahl eines privaten Partners als öffentliches Recht, so *Grzegorz Klich*, *Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego*, 2016, S. 135–139, *Popowska* (Fn. 10), insb. S. 209–211 und S. 229–242.

30 Zur Wahl stehen die Kapitalgesellschaft und Kommanditgesellschaft sowie Kommanditgesellschaft auf Aktien, wobei der öffentliche Rechtsträger kein Komplementär sein kann

der Aktien oder Geschäftsanteile des privaten Partners an der Gesellschaft zusteht. (Art. 16 Abs. 1).³¹

Im Vergleich zu der oben angeführten Regelung werden die Fragen über den Schutz des öffentlichen Interesses im Bereich der Bestimmung der Aufgaben des jeweils für ÖPP zuständigen Organs, d. h. des für die regionale Entwicklung zuständigen Ministers, nicht so deutlich zum Ausdruck gebracht. Zu den Zuständigkeiten des Organs gehören die Verbreitung und Werbung für ÖPP und die Analysen und Bewertungen von ÖPP-Leistungen, darunter die Optionen zur finanziellen Beteiligung des privaten Sektors (Art. 3). Nicht im Gesetz enthalten sind Instrumente, die einen tatsächlichen Einfluss auf den ÖPP-Markt haben.³²

Somit muss der herrschenden Meinung zugestimmt werden, dass das ÖPP-Gesetz von 2008 sehr liberale Grundsätze für die Zusammenarbeit zwischen den öffentlichen und privaten Partnern aufstellt. Dies dürfte auch auf das fehlende Interesse an der Zusammenarbeitsform zu Zeiten des ÖPP-Gesetzes von 2005 zurückzuführen sein. Die fehlende Nutzung der Kooperationsoptionen nach dem Gesetz von 2005 beruhte auf den zu strengen Voraussetzungen sowohl an die privaten als auch an die öffentlichen Partner.³³ Die Bereitstellung liberal ausgestalteter Kooperationsoptionen bedeutet aber nicht, dass der Gesetzgeber das öffentliche Interesse vernachlässigt. Im öffentlichen Interesse liegt vor allem die Akquise von privaten Investoren, die bereit und fähig sind, das Vorhaben mitzufinanzieren und die damit verbundenen Risiken zu tragen.³⁴ Das ist dem Gesetzgeber auch gelungen. Das ÖPP-Gesetz findet breite Anwendung. Der Zeitablauf und die mit in rechtstatsächlicher Hinsicht ÖPP verbundenen Erfahrungen, insbesondere neue Richtlinien hinsichtlich der öffentlichen Auftragsvergabe und des Konzessionsvertrages, haben den Gesetzgeber dazu bewogen, die Regelung dieser Form der Zusammenarbeit vom privaten und öffentlichen Sektor erneut zu analysieren.

(Art. 14 Abs. 1). Der Bezug auf die genannten Gesellschaftsformen soll die Vermögenshaftung des jeweiligen öffentlichen Rechtsträgers begrenzen.

- 31 Die Veräußerung der Aktien bzw. der Geschäftsanteile durch den privaten Partner bei der Verletzung dieser Vorschrift und des Art. 16 Abs. 2 ist unwirksam (Art. 16 Abs. 3). Zu den Vorteilen, die mit der Beteiligung eines öffentlichen Rechtsträgers an der Zweckgesellschaft verbunden sind, vgl. u. a. *Bartłomiej Poczowski*, Spółka celowa (SPV) jako instrument realizacji przedsięwzięć formule partnerstwa publiczno-prywatnego, *Kwartalnik Prawa Publicznego* 2015, S. 13–114.
- 32 In einem anderen Bereich ist der für die öffentlichen Finanzen zuständige Minister integriert; die Aufgaben dieses Organs werden mit der Aufsicht über die Staatsausgaben verbunden (Kapitel 5).
- 33 *Blicharz/Kania* (Fn. 7), S. 19; *Borkowski* (Fn. 9), S. 456–457; vgl. auch Fn. 8.
- 34 Wie oben, *Blicharz/Kania* (Fn. 7), S. 19; *Borkowski* (Fn. 9), S. 457.

IV. Die Absicherung öffentlicher Interessen im Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens

Zunächst ist daran zu erinnern, dass die Regelung des öffentlichen Vergabewesens in Polen auf die Zwischenkriegszeit zurückgeht. Allerdings war dieses Institut in den Jahren der Zentralverwaltungswirtschaft völlig entstellt worden. Doch entwickelten sich die öffentlichen Aufträge anschließend erneut zu einem wichtigen Instrument bei der Ausführung von Lieferungen, Erbringung von Dienstleistungen und Bauarbeiten, die durch öffentliche Mittel finanziert werden.³⁵ Wie bereits erwähnt, sind die Ausführungen über die öffentliche Auftragsvergabe in diesem Beitrag dadurch veranlasst, dass das ÖPP-Gesetz in wichtigen Bereichen auf das Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens verweist.

Dementsprechend finden sich die wesentlichen Einschränkungen der Vertragsfreiheit im Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens (Art. 353 mit Index 1. des poln. Zivilgesetzbuches³⁶). Ein Teil der Einschränkungen beruht auf Vorschriften des Zivilgesetzbuches, die anderen werden im Recht des öffentlichen Vergabewesens bestimmt. Das Ziel der letztgenannten Einschränkungen ist der Schutz des öffentlichen Interesses, indem der Auftraggeber das günstigste Ergebnis des Verfahrens erreicht und künftig beibehält.³⁷ Vereinfacht lassen sich zumindest zwei Gründe für die Sorge um das öffentliche Interesse nennen: eine erfolgreiche Ausführung der öffentlichen Aufgabe, wozu der Auftraggeber verpflichtet ist, sowie die Notwendigkeit, die Regeln der Bewirtschaftung öffentlicher Mittel einzuhalten.³⁸

Als öffentlich-rechtlich werden meistens die Einschränkungen hinsichtlich Vergabe der öffentlichen Aufträge bezeichnet, die an die öffentlichen Rechtsträger gerichtet sind oder wegen des Schutzes von öffentlichen Interessen festgesetzt werden.³⁹ Somit haben diejenigen

35 *Henryk Nowicki*, Wprowadzenie do systemu zamówień publicznych, in: Jacek Sadowy (Hrsg.), System zamówień publicznych w Polsce, Urząd Zamówień Publicznych, 2013, S. 15–20.

36 Gesetz v. 23.04.1964., zu finden in GBl. 2016, Pos. 380 in der zuletzt geänderten Fassung.

37 Vgl. *Tadeusz Kocowski*, Kontrola postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, in: Tadeusz Kocowski / Jacek Sadowy (Hrsg.), Kontrola zamówień publicznych, 2013, S. 22–23.

38 In den Veröffentlichungen aus den letzten Jahren wird darauf hingewiesen, dass die Regelung der öffentlichen Aufträge wirtschaftlichen Zwecken (Maximierung der Gewinne des Auftraggebers durch Einsparungen) dient und gleichzeitig ein Werkzeug der Wirtschafts- und Sozialpolitik des jeweiligen Staates darstellt, vgl. *Klich* (Fn. 29), S. 3 ff. m. w. N.

39 Vgl. *Klich* (Fn. 29), S. 135–139. Vertiefend zu den zivilrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Regelungsmethoden der öffentlichen Aufträge sowie dem öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Charakter des öffentlichen Auftrags *Marka Szydło*, Prawna koncepcja zamówienia publicznego, 2014, S. 215–252.

Vorschriften einen öffentlich-rechtlichen Charakter, die das öffentliche Vergabeverfahren regeln⁴⁰, sowie diejenigen, die die Kontrolle über die Vergabe der öffentlichen Aufträge bestimmen. In den beiden Bereichen sind nämlich öffentliche Rechtsträger tätig: der Auftraggeber⁴¹ und der Präsident des Vergabeamts⁴². Beide handeln im öffentlichen Interesse. Die Bestimmungen des Gesetzes über das Recht des öffentlichen Vergabewesens finden auch entsprechende Anwendung bei der Wahl des jeweiligen privaten Partners und beim ÖPP-Vertrag sowie in dem durch das ÖPP-Gesetz nicht bestimmten Bereich, also in den Fällen, in denen die Bestimmungen des Gesetzes über den Konzessionsvertrag keine Anwendung finden.⁴³

Unter dem Verfahren wird das Vorgehen von der Einleitung des Verfahrens bis zur Wahl des Angebots des Auftragnehmers verstanden (Art. 2 Pkt. 7a). Dabei hat der Auftraggeber die Hauptrolle als Veranstalter und derjenige, der das Verfahren über die Vergabe des Auftrags durchführt (Art. 15). Zu den Aufgaben des Auftraggebers gehören nach den gesetzlichen Vorgaben unter anderem:

- die Erfüllung der Pflichten, die mit der Bekanntmachung der Ausschreibung verbunden sind (die Offenheit und Aufgeschlossenheit gegenüber dem Wettbewerb),
- die Verifizierung der Auftragnehmer (anhand der gesetzlichen Ausschlussgrundsätze gemäß Art. 24 und hinsichtlich der Erfüllung der durch den Auftraggeber vorgeschriebenen Bedingungen für die Anteilnahme an dem Verfahren – Art. 22 Abs. 1a, Abs. 1b, Abs. 2 und Abs. 2a), weiterhin
- die Erstellung der Spezifikation von wesentlichen Auftragsbedingungen (Art. 29) sowie
- die Durchführung des Verfahrens nach der bestimmten Art und Weise⁴⁴.

40 Anderer Meinung war das Oberste Gericht im Urt. v. 27.02.2009 (V CSK 337/08; OSP 2010/3, Pos. 33). Dazu *Kocowski* (Fn. 9), S. 96 m. w. N.

41 Behörden des öffentlichen Finanzwesens und andere Behörden, die zum Zwecke der Befriedigung allgemeiner Bedürfnisse handeln (Art. 2 Pkt. 12 und Art. 3).

42 Das Zentralorgan der Regierungsverwaltung (Art. 152 Abs. 1 des Gesetzes über das öffentliche Vergabewesen).

43 Die Gesetzesvorschriften über den Konzessionsvertrag dann angewendet, wenn das Entgelt des privaten Partners in einem Recht auf Nutzziehung aus dem Gegenstand der Öffentlich-Privaten Partnerschaft besteht (Art. 4 ÖPP-Gesetz).

44 Das Gesetz über das Recht des Vergabewesens sieht neun Verfahrensarten bei der Vergabe der öffentlichen Aufträge vor, wobei die Anwendung jeder Verfahrensart von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängt. Nicht alle Verfahrensarten können bei dem Verfahren über den Abschluss eines ÖPP-Vertrags angewendet werden, z.B. die

Wie sich aus diesen Regelungen ergibt, sind die Beschränkungen des Auftraggebers im Wesentlichen auf die öffentlich-rechtliche (den Schutz des öffentlichen Interesses bezweckende) Einschränkung der Vertragsfreiheit bei der Auswahl des privaten Geschäftspartners reduziert⁴⁵, was letztendlich zur Wahl des günstigsten Angebots führen sollte, d. h. desjenigen Angebots, das das öffentliche Interesse bestmöglich befriedigt. Das ist auch das Ziel von mehreren rechtlichen Regelungen, die in der Novelle des Gesetzes über das Recht des öffentlichen Vergabewesens vom 22. Juni 2016 enthalten sind und die auf die Implementierung von zwei Richtlinien des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 (2014/24/EU und 2014/25/EU) zurückzuführen sind.⁴⁶ Die wesentlichen Änderungen betreffen das Verfahren, unter anderem die Bewertungskriterien der Angebote (Art. 91 Abs. 2). Art. 91 Abs. 2 des Gesetzes über das Recht des öffentlichen Vergabewesens verstärkt im Vergleich zu der vorher geltenden Regelung das Prinzip, wonach der Auftraggeber auch andere Bewertungskriterien der Angebote als den Preis anzuwenden hat, wie etwa die Berücksichtigung sozialer und ökologischer Aspekte, was auch die Möglichkeiten zur Verwirklichung der betroffenen öffentlichen Interessen im jeweiligen Verfahren erweitert. Besondere Aufmerksamkeit hinsichtlich des hier erörterten Schutzes öffentlicher Interessen sollte auch einer neuen Vorgehensweise bei der Vergabe öffentlicher Aufträge geschenkt werden, nämlich der „Innovationspartnerschaft“ (Unterabschnitt 6a). Die Innovationspartnerschaft weicht von dem festen Rahmen der Durchführung des Verfahrens ab, was die Suche nach innovativen, maßgeschneiderten Lösungen, die der Markt zur Zeit nicht anbieten könnte, erleichtert. Das Verfahren der Innovationspartnerschaft bietet überdies eine Chance, innovative Projekte durchzuführen, die auf dem Prinzip der Zusammenarbeit zwischen dem öffentlichen und privaten Sektor sowie den Forschungseinrichtungen fußen. Dabei ergibt sich die Stärke der Innovationspartner-

freihändige Vergabe oder die Versteigerung. Unter Berücksichtigung der Definition des Vorhabens kann man annehmen, dass in der Praxis besonders folgende Verfahrensweisen Anwendung finden: Ausschreibung (unbegrenzte und begrenzte, Art. 39 und Art. 47), Verhandlungen mit Bekanntmachung (Art. 54) sowie wettbewerblicher Dialog (Art. 60a). Näher *Katarzyna Płonka-Bielenin*, Zastosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie wyboru partnera prywatnego w ramach instytucji partnerstwa publiczno-prywatnego – wybrane zagadnienia, in: Henryk Nowicki/Paweł Nowicki (Hrsg.), *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, 2015, S. 378-390.

45 Zu nennen sind bspw. die Vorschriften zur Festlegung von Auftragswert und -gegenstand, Bewertungskriterien und Gründen der Ablehnung des Angebots. Näher *Klich* (Fn. 29), S. 63–84.

46 Vgl. Fn. 13 und 14.

schaft aus der Möglichkeit, die Potenziale dreier Partner zu verbinden: die Welt der Wissenschaft sowie den öffentlichen und privaten Sektor.⁴⁷

Ein bedeutender Bestandteil der rechtlichen Regelung zum öffentlichen Vergabewesen ist die Kontrolle bei der Auftragsvergabe. Die Vorschriften über die Kontrolle des Verfahrens bei der Vergabe der öffentlichen Aufträge finden auch bei der Wahl des privaten Partners im Rahmen der ÖPP-Zusammenarbeit Anwendung.

Bei der Beschreibung des Kontrollsystems der öffentlichen Aufträge ist hervorzuheben, dass nicht alle rechtlichen Lösungen in diesem Bereich unmittelbar zum Schutz des öffentlichen Interesses beitragen. Es handelt sich um die Vorschriften über die Kontrollmöglichkeiten des Verfahrens über die Vergabe öffentlicher Aufträge, die den Auftragnehmern (und Bietern) zustehen, d. h. denjenigen, die an der Erteilung eines öffentlichen Auftrags interessiert sind. Die Auftragnehmer (und Bieter) nehmen zum Schutz ihrer privaten Interessen die ihnen zuerkannten Rechtsmittel in Anspruch: die Berufung (Art. 180) und die Klage bei einem ordentlichen Gericht (Art. 198a). Da in dem durch die Berufung des Auftragnehmers eingeleiteten Verfahren die Übereinstimmung des Vergabeverfahrens mit den Bestimmungen des Vergaberechts untersucht wird, lässt sich feststellen, dass dieses Verfahren auch für den Schutz des öffentlichen Interesses von Vorteil ist.⁴⁸

Zum Schutz des öffentlichen Interesses trägt vor allem die durch den Präsidenten des Vergabeamts durchgeführte Kontrolle bei.⁴⁹ Die Kontrolle hat zum Ziel, die Übereinstimmung des jeweiligen Vergabeverfahrens mit den Bestimmungen des Gesetzes und den Vollstreckungsakten, die anhand der in ihnen enthaltenen Delegationen verabschiedet wurden (Art. 161 Abs. 2), zu überprüfen. Gemeint sind damit die Regeln und Standards, die das Erzielen des besten Ergebnisses gewährleisten.⁵⁰

Zu nennen sind dabei insbesondere die allgemeinen Regeln des Verfahrens über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags, die im Grunde genommen die Richtlinien für die Verwirklichung des öffentlichen Interesses in solchen Verfahren sind, d. h. die Vorschriften des lautereren Wettbewerbs und der Gleichbehandlung der Auftragnehmer gemäß den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz (Art. 7).

47 *Małgorzata Borowiak / Tomasz Siedlecki*, Nowy tryb – partnerstwo innowacyjne, in: *Monitor Zamówień Publicznych*, 2016, Nr. 9, S. 28–30.

48 Vgl. *Kocowski* (Fn. 37), S. 28–32.

49 Sonderregelungen betreffen die Kontrolle der öffentlichen Aufträge durch die Oberste Kontrollkammer und regionale Rechnungskammern, vgl. *Kocowski* (Fn. 37), S. 36–37.

50 *Szydło* (Fn. 39), S. 112–123.

Insoweit ist vor allem auf die Zuständigkeiten des Präsidenten des Vergabeamts hinzuweisen, nach denen er berechtigt ist, die schon abgeschlossenen Verträge für ungültig zu erklären (Art. 146 Abs. 1 Pkt. 6). Der Präsident des Vergabeamtes kann bei Gericht beantragen, den jeweiligen Vertrag rückgängig zu machen, falls der Auftraggeber rechtswidrig eine Handlung vorgenommen hat oder es unterlassen hat, diese vorzunehmen, was den Ausgang des Verfahrens beeinflussen könnte bzw. hätte beeinflussen können. Als Kläger tritt er auch als der Vertreter des öffentlichen Interesses auf.⁵¹

V. Die Absicherung öffentlicher Interessen im Gesetz über den Konzessionsvertrag

Beim Übergang zur Erörterung der Vorschriften des Gesetzes über den Konzessionsvertrag vom 21. Oktober 2016 in dem hier interessierenden Bereich ist daran zu erinnern, dass das Gesetz eine Sonderform des ÖPP-Vertrags regelt – den „Vertrag über die Konzession“ – und in zwei Fragen auf das Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens verweist, nämlich bei den zuständigen Organen und den Rechtsschutzmöglichkeiten.

Im Vergleich zum vorherigen Rechtsrahmen⁵² stellt das Gesetz über den Konzessionsvertrag eine umfangreiche Regelung dar, die flexiblere Lösungen einführt.⁵³ Dies ist darauf zurückzuführen, dass das neue Gesetz über den Konzessionsvertrag die Bestimmungen der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates 2014/23/EU über die Vergabe von Konzessionen⁵⁴ implementiert; denn diese Richtlinie regelt ein breites Spektrum der Fragen zum Verfahren bei der „Vergabe der Aufträge in Form von Konzessionen durch die auftraggebenden Institutionen und Rechtsträger“ (Art. 1 Abs. 1).⁵⁵ Wie in der Begründung des Entwurfs festgestellt wurde, hat das neue Gesetz – laut der Präambel

51 *Ryszard Szostak / Jacek Skoczny*, System zamówień publicznych w Polsce, 2013, S. 321–323.

52 Gemeint ist das Gesetz über Konzessionen für Bauarbeiten oder Dienstleistungen, vgl. Fn 11. Näher zum o.g. Gesetz *Popowska* (Fn. 10), S. 234–236 sowie *Popowska* (Fn. 25), insbesondere S. 84–92.

53 Vgl. *Andrzej Panasiuk*, Zasadnicze kierunki zmian regulacji prawnej koncesji na roboty budowlane lub usługi w świetle nowej dyrektywy 2014/13/EU, Samorząd Terytorialny 2015, S. 61.

54 Vgl. Fn. 15.

55 Zur o.g. Richtlinie u. a. *Panasiuk* (Fn. 53), S. 53–62; vgl. auch die eingehende Beschreibung des Verfahrens bei *Michał Kania*, Postępowanie koncesyjne w świetle nowej dyrektywy europejskiej, Prawo zamówień publicznych 2015, S. 85–93.

– zum Ziel, klare und transparente Regeln und Verfahrensweisen bei der Auftragsvergabe in Form von Konzessionsverträgen über Bauarbeiten oder Dienstleistungen einzuführen, was die Übereinstimmung mit dem in diesem Bereich geltenden Recht der EU absichern soll. Diese Verfahren sollen im Vergleich zu dem Verfahren über die Vergabe eines „einfachen“ öffentlichen Auftrags vereinfacht sein, zugleich sollen sie die Ausführung des öffentlichen Interesses möglichst im vollen Umfang gewährleisten.

Beide Gründe spiegeln sich in den Vorschriften wider, die „das Verfahren über den Abschluss des Konzessionsvertrags“ regeln (Kapitel 5). Das Gesetz lässt die Veranstaltung des Verfahrens im Ermessen des Auftraggebers, wobei nun die Grundelemente des Verfahrens bestimmt werden, die der jeweilige Auftraggeber anwenden kann (Art. 28 und Art. 29). Der Gesetzgeber will erreichen, dass die Auftraggeber selbst das Verfahren über die Wahl des Auftragnehmers bestimmen können und dabei in dem größtmöglichen Ausmaß das öffentliche Interesse befriedigen.

Ein wesentlicher Bestandteil des hier erörterten Verfahrens ist die Bestimmung der Qualifizierungskriterien bei der Auswahl von Auftragnehmern sowie der Bewertungskriterien für das Angebot. Der Gesetzgeber setzt – unter Berücksichtigung des Schutzes öffentlicher Interessen – die Bestimmungsrahmen für beide Elemente fest. Hinsichtlich der durch den Auftraggeber erfolgenden Bestimmung der Qualifizierungskriterien für die Auftragnehmer ist auf die Vorschriften hinzuweisen, nach denen die Kriterien der wirtschaftlichen bzw. finanziellen Leistungsfähigkeit sowie der technischen und beruflichen Leistungen mit dem Gegenstand des jeweiligen Konzessionsvertrages proportional zu dem Gegenstand verbunden sein sollen; mit hierher gehören ferner Vorschriften, die den tatsächlichen Wettbewerb sichern sowie es dem Auftraggeber ermöglichen sollen, das Potential des jeweiligen Auftragnehmers zur Ausführung des Konzessionsvertrags zu überprüfen (Art. 33 Abs. 1 und Abs. 2). Auch die durch den Auftraggeber bestimmten Bewertungskriterien der Angebote sollen mit dem Vertragsgegenstand verbunden sein und in den Vergabedokumenten von den wichtigsten bis zu weniger wichtigen aufgelistet werden. Als solche Kriterien können insbesondere Umweltfaktoren sowie soziale oder innovative Faktoren des Gegenstands des Konzessionsvertrages gelten (Art. 37 Abs. 1 und Abs. 2).

Außer den oben angeführten, verweisen auch andere neue rechtliche Vorschriften über das Verfahren zur Auswahl des jeweiligen privaten Partners auf die öffentlichen Zwecke, denen sie zu dienen haben,

darunter die Sicherung des lautereren Wettbewerbs, die Gleichbehandlung, die Verhältnismäßigkeit und die Transparenz (Art. 12). Zu erwähnen sind insbesondere die Vorschriften über die Erteilung von Auskünften, Zugänglichmachung der Dokumente, Kommunikation zwischen dem Auftraggeber und den Verfahrensbeteiligten (Art. 13 und Art. 14) und über die Bekanntmachung (Kapitel 4).

Dem öffentlichen Interesse soll auch die viel eindeutiger Bestimmung von „wirtschaftlichem Risiko“ als Definitionsbestandteil des jeweiligen Konzessionsvertrags dienen, das das mit dem Bedarf und der Nachfrage verbundene Risiko sowie das Übertragungsprinzip des so verstandenen Risikos auf den Auftragnehmer umfasst (Art. 3 Abs. 3).⁵⁶

Das Gesetz über den Konzessionsvertrag implementiert auch andere Vorgaben der Bestimmungen der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates 2014/23/EU vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Konzession. Die neuen rechtlichen Lösungen in der polnischen Rechtsordnung hinsichtlich ÖPP sind Sonderverträge über die Konzession wie z. B. Konzessionsvertrag über soziale Dienstleistungen oder andere Sonderleistungen⁵⁷ (Kapitel 8). Kennzeichnend für diese Verträge ist nicht nur die Art des Leistungsgegenstandes, sondern auch das zum Vertragsabschluss führende Verfahren. Grundsätzlich vereinfacht das Gesetz das Abschlussverfahren solcher Verträge, indem die Anwendung der Gesetzesvorschriften, darunter auch die Vertragsabschlussbedingungen, bis auf die genannten Ausnahmen ausgeschlossen werden (Art. 51 Abs. 1 und Abs. 2). Der Auftraggeber hat somit eine größere Freiheit bei der Gestaltung des jeweiligen Verfahrens, welches das bestmögliche Ergebnis sichern sollte, d. h. eine optimale Auswahl des Auftragnehmers nach den Bedürfnissen.

Bei der Erörterung der öffentlich-rechtlichen Regelungen des Gesetzes über den Konzessionsvertrag ist auch auf die Tatsache hinzuweisen, dass wegen der Ähnlichkeit zwischen den Richtlinien 2014/23 und 2014/24 sowie 2014/25 das Gesetz eine ganze Reihe analoger Lösungen enthält wie diejenigen, die zum Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens im Rahmen einer großen Novelle vom 22. Juni 2016 eingeführt wurden. Von engen Verbindungen zwischen dem Gesetz über den Konzessionsvertrag und dem Gesetz über das Recht des öffentlichen

56 Vgl. Art. 1 Abs. 3 des Konzessionsvertrages von 2009. Erörtert werden diese Fragen u. a. von *Panasiuk* (Fn. 53), S. 63.

57 Sie werden im Anhang Nr. 4 zu der Richtlinie 2014/23/EU aufgelistet: „Dienstleistungen aus dem Bereich Gesundheitswesen, soziale und verbundene Dienstleistungen, Verwaltungsleistungen, soziale Leistungen, Bildungsleistungen, Leistungen im Bereich der Gesundheitspflege, Kultureilleistungen, Postleistungen“.

Vergabewesens zeugen unter anderem die Erklärungen der verwendeten Begriffe, die an die Definitionen aus dem Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens angelehnt sind oder hierauf verweisen, z. B. der Begriff der Dienstleistungen (Art. 2 Pkt. 9) und der Begriff des Auftraggebers (Art. 2 Pkt. 11) sowie bei der Angabe der Organe, die für die mit dem Konzessionsvertrag verbundenen Angelegenheiten zuständig sind. Dabei weist das Gesetz auf den Präsidenten des Vergabeamts und die Nationale Berufungskammer hin (Kapitel 9).⁵⁸ Im Zusammenhang mit den Zuständigkeiten dieser Organe bewegt sich auch die Regelung über die den Auftragnehmern zustehenden Rechtsschutzmöglichkeiten. Die Systematik dieses Rechtsschutzes hat dieselbe Grundstruktur wie das Rechtsschutzsystem im Vergaberecht (Kapitel 10).⁵⁹

Es ist hervorzuheben, dass die neue Regelung in diesem Bereich eine grundlegende Änderung im Vergleich zu der Regelung des Vorläufer-Gesetzes über den Konzessionsvertrag vom 9. Januar 2009 darstellt. Letzteres eröffnete für den Rechtsschutz eine Klagemöglichkeit vor dem Verwaltungsgericht, die dem Rechtsträger zusteht, der ein Interesse an dem Abschluss des Vertrages hatte bzw. hat und der einen Schaden wegen einer Verletzung der Vorschriften des Gesetzes durch den Auftraggeber davongetragen hat bzw. davontragen kann (Art. 27).⁶⁰

In Bezug auf die zuletzt angesprochenen Änderungen des Gesetzes über den Konzessionsvertrag ist auch zu erwähnen, dass die frühere Regelung, die eine verwaltungsgerichtliche Kontrolle vorschrieb, die Argumente für eine Verstärkung des öffentlich-rechtlichen Charakters der Konzessionsverträge lieferte und somit die Forderung begründete, eine Sonderkategorie der Verträge in das polnische Rechtssystem nach

58 Zugleich werden in der Rechtslehre Systemunterschiede und funktionelle Unterschiede zwischen einem klassischen öffentlichen Auftrag und einer Konzession betont, wobei meistens auf das Element des Risikos des Rechtsträgers hingewiesen wird, der die jeweilige Konzession ausführt, vgl. insbesondere *Panasiuk* (Fn. 53), S. 55–57.

59 Somit besteht das System aus Folgendem: Berufung zur Nationalen Berufungskammer und Klage an das Bezirksgericht.

60 Die Regelung zum Konzessionsvertrag verweist in Bezug auf das Verfahren ergänzend auf die Vorschriften des Gesetzes über das Recht des Verfahrens vor den Verwaltungsgerichten v. 30.08.2002 (siehe GBl. 2016., Pos. 718 in der zuletzt geänderten Fassung). Zum Rechtsschutzsystem im Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens und im Gesetz über Konzessionen s. *Popowska* (Fn. 10), S. 231–236 sowie *Popowska* (Fn. 25), S. 89–93. In dem geltenden Gesetz wird vom Grundsatz der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte abgewichen, was in der Begründung des Entwurfs durchaus plausibel erläutert wird, u. a. dadurch, dass die Verwaltungsgerichte lediglich eine Kontrolle über die Rechtsmäßigkeit des Verfahrens vornehmen, ohne dabei den zivilrechtlichen Charakter dieses Vertrages zu berücksichtigen, überdies, dass das verwaltungsgerichtliche Verfahren keine Fristen zur Entscheidung über die Sache vorsieht, was das Verfahren verlängert (S. 38 der Begründung).

Vorbild der deutschen Rechtsordnung⁶¹ einzuführen – die Verwaltungsverträge.⁶² Die Änderung des Rechtsschutzsystems im Bereich des Verfahrens über den Abschluss eines Konzessionsvertrags sollte jedoch die wissenschaftlichen Debatten über das Bedürfnis nach einer neuen rechtlichen Form der Geschäftstätigkeit der öffentlichen Rechtsträger mit den privaten Rechtsträgern in Gestalt eines Verwaltungsvertrags nicht beeinflussen und schon gar nicht beenden. Es geht um eine Erweiterung des Instrumentenspektrums der Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung und zwar insbesondere in den Fällen, in denen die Verwaltung nicht in Rechte und Pflichten der Bürger eingreift, sondern eher private Rechtsträger oder die, die mit ihnen bei der Erledigung öffentlicher Aufgaben zusammenarbeiten, unterstützt.⁶³

VI. Eine Zwischenbilanz: Zur Notwendigkeit einer Änderung der ÖPP-Regelungen

Nach alledem spricht vieles dafür, die grundlegenden Fragen der Öffentlich-Privaten Partnerschaft von Anbeginn neu zu bestimmen. Das geltende ÖPP-Gesetz von 2008 regelt nur teilweise einige Fragen, indem es im Allgemeinen auf das Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens sowie auf das Gesetz über den Konzessionsvertrag verweist. Das erstgenannte Vergabegesetz wurde jedoch mit der Novelle von 2016 gründlich abgeändert, das zweitgenannte Gesetz – ebenfalls im Jahre 2016 verabschiedet – stellt im Vergleich mit dem Gesetz über den Konzessionsvertrag von 2009 eine ganz neue Regelung dar. Dabei ist daran zu erinnern, dass sowohl die Novelle des Gesetzes über das Recht des öffentlichen Vergabewesens als auch das Gesetz über den Konzessionsvertrag eine Folge der Implementierung der genannten

61 Vgl. § 54 ff. des deutschen VwVfG. Hinzuzufügen ist, dass der Verwaltungsvertrag auch in anderen Staaten nach dem deutschen Vorbild eingeführt wurde, vgl. u.a. *Agnieszka Kubiak-Kozłowska*, *Formy konsensualne w postępowaniu administracyjnym*, in: Jan Zimmermann (Hrsg.), *Koncepcja systemu prawa administracyjnego – Zjazd Katedr Prawa Administracyjnego i Postępowania Administracyjnego*. Zakopane 24–27 września 2006 r., 2009, S. 442–450.

62 Vgl. *Bożena Popowska*, *Decyzja i umowa jako formy działania podmiotów administracji gospodarczej; konkurencja, współwystępowanie czy alternatywa?*, in: *Bożena Popowska* (Hrsg.), *Instrumenty i formy działania administracji gospodarczej*, 2009, insb. S. 112–115 m.w.N., davon insb. *Ziemowit Cieślaka*, *Umowa administracyjna w państwie prawa*, 2004.

63 Das Institut des Verwaltungsvertrags wird als eine besondere Form des Verwaltungshandels angesehen, s. hierzu: *Gesetzentwurf über Allgemeine Vorschriften des Verwaltungsrechts v. 19.03.2008; Sejm RP VI Kadencja – Druck 3942; abrufbar unter: <http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/WWW-wszystkie/3942?OpenDocument> <04.10.2017>.*

EU-Richtlinien sind, die im Jahre 2014 erlassen wurden.⁶⁴ Es ist auch hervorzuheben, dass die beiden genannten Gesetze (die Novelle des Gesetzes über das Recht des öffentlichen Vergabewesens sowie das Gesetz über den Konzessionsvertrag) getrennt die Verträge bestimmen („öffentliche Aufträge“ und „Konzessionsvertrag über die Bauarbeiten oder Dienstleistungen“), die durch einen öffentlichen Rechtsträger mit dem Unternehmer abgeschlossen werden sowie getrennt die Verfahren über den Vertragsabschluss und den Rechtsschutz bestimmen. Diese Gesetze behandeln jedoch nicht die Charakteristika der ÖPP und enthalten auch keine Legaldefinitionen. Sie präsentieren zudem weder ein normatives Muster des ÖPP-Vertrags⁶⁵, noch regeln sie ganzheitlich die Rolle der staatlichen Organe gegenüber ÖPP. Ausnahmen sind die Kontrollzuständigkeiten des Präsidenten des Vergabeamts, die auch die Verfahrensweise bei der Auswahl des privaten Partners im Rahmen der ÖPP umfassen, sowie die Entscheidungszuständigkeiten der Nationalen Berufungskammer.

Es fehlt demnach ein Gesetz, das die begrifflichen Grundlagen für ÖPP enthält und das Verhältnis des Staates zu diesem Rechtsinstitut klärt, darunter die Aufgaben der für ÖPP zuständigen Organe. Solch ein Gesetz müsste mit den Vorschriften des Gesetzes über das Recht der öffentlichen Aufträge sowie des Gesetzes über den Konzessionsvertrag, die auch für ÖPP Anwendung finden, abgestimmt sein.⁶⁶ Wie bereits hervorgehoben, genügt das geltende Gesetz diesen Anforderungen nicht.

Der vorgelegte Entwurf des Gesetzes über die ÖPP⁶⁷ ist bemüht, die bisherigen Defizite zu bereinigen. Die Begründung des Entwurfs hebt hervor, dass er unter anderem die Verbesserung des rechtlichen Umfeldes der ÖPP zum Ziel habe, zu der die Anpassung der Vorschriften des

64 Der Erlass der Konzessionsrichtlinie kann als Bestätigung dafür angesehen werden, dass im Bereich des EU-Rechts „klassische“ öffentliche Aufträge getrennt von Konzessionsverträgen betrachtet werden.

65 Es ist hinzuzufügen, dass das Recht der öffentlichen Aufträge in einzelnen Bereichen den Inhalt des Vertrags über den öffentlichen Auftrag regelt, z. B. in Art. 142 Abs. 5 (in dieser Vorschrift geht es um obligatorische inhaltliche Elemente von Verträgen mit einer Vertragslaufzeit von über 12 Monaten), was auch einen ÖPP-Vertrag auf Grund des Verweises in Art. 4 des ÖPP-Gesetzes betrifft.

66 Ein alternativer Vorschlag ist der Erlass eines Gesetzes, das den sachlichen Inhalt der drei hier beschriebenen Gesetze umfasst, d. h. die Fragen aus dem Bereich öffentlicher Aufträge und der Öffentlich-Privaten Partnerschaft samt der Sonderregeln zum Konzessionsvertrag. Diese Forderung hat *Kocowski* (Fn. 9), wie oben vorgebracht, wobei er betonte, dass die Frage der Konzession in dem Recht des öffentlichen Vergabewesens in seinem ursprünglichen Wortlaut schon geregelt wurde, vgl. S. 97.

67 Vgl. Fn. 19.

ÖPP-Gesetzes an die Änderungen beitragen sollte, die im Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens 2016 und im neuen Gesetz über den Konzessionsvertrag eingeführt wurden. Diese Änderungen sollten – laut dem Gesetzgeber – zur größeren Flexibilität des Vertragsabschlusses durch die öffentliche Hand beitragen. Das Bestreben der Entwurfsersteller ist auch die Abschaffung bestimmter rechtlicher Einschränkungen für die Unternehmer, die privates Kapital in ÖPP-Vorhaben anlegen wollen; dazu soll die Einführung der Vorschriften beitragen, die *expressis verbis* unter anderem eine Anpassung an weltweit angenommene Standards für den ÖPP-Bereich vornehmen.

Es ist hier nicht der Ort für eine umfassende Würdigung des umfangreichen Entwurfs. Stattdessen sind nur einige ausgewählte Aspekte näher zu beleuchten, und zwar vornehmlich die, die sich dort erstmals normativ niedergeschlagen haben und – wie im Entwurf explizit hervorgehoben – den Schutz des öffentlichen Interesses bezwecken. Dies betrifft vor allem die Regelungen der Aufgaben des für ÖPP zuständigen Organs. Zu erwähnen sind außerdem einige Vorschriften des Entwurfs, die – namentlich bei den liberalen Grundsätzen für die ÖPP – von der derzeit geltenden Rechtsordnung abweichen. Solche Vorschriften stehen meist im Kontext mit anderen, die auf die Berücksichtigung des öffentlichen Interesses pochen. Beispiele liefern die Regelungen hinsichtlich der Verfahren über die Wahl eines privaten Partners und die Verwendung der Form einer Gesellschaft. Da an diesem Entwurf noch gearbeitet wird, kann sich der Wortlaut einiger Vorschriften vor der Vorlage im Sejm allerdings noch ändern.⁶⁸ Deshalb und wegen des in diesem Beitrag nur begrenzt zur Verfügung stehenden Raums beschränken sich die hier angestellten Überlegungen auf prinzipielle Aspekte.

VII. Ausgewählte Regelungen zum Schutz des öffentlichen Interesses im Entwurf zu der ÖPP-Novelle

1. Aufgaben des zuständigen Organs in Partnerschaftssachen

Das ÖPP-Gesetz enthält – wie erwähnt – eine Vorschrift, die die Aufgaben des zuständigen Ministers für die regionale Entwicklung bestimmt (Art. 3). Im Vergleich zu dieser Regelung sieht der Entwurf der Novelle eine breite Regelung der Aufgaben und Zuständigkeiten des für ÖPP

68 Vgl. Fn. 19.

zuständigen Organs vor, die sich in einem zusätzlichen Kapitel 4a finden. Das Organ ist der für Angelegenheiten der regionalen Entwicklungen zuständige Minister (zur Zeit der Minister für die Entwicklung und die Finanzen). Nach der Entwurfsbegründung zielt die neue Regelung darauf ab, einer mit starken Befugnissen ausgestatteten Einheit in der öffentlichen Verwaltung wesentliche Funktionen in dem Bereich ÖPP anzuvertrauen, so wie es in mehreren EU-Mitgliedstaaten der Fall ist. Da diesem Organ entsprechende Werkzeuge zur Verfügung gestellt werden, soll es dazu dienen, den Inlandsmarkt der ÖPP effektiv zu beeinflussen. Solch ein Konzept, das dem zuständigen Minister für die regionale Entwicklung die Zuständigkeiten im Rahmen der ÖPP anvertraut, wird in den Vorschriften der EU-Verordnung Nr. 1303/2013 vom 17. Dezember 2013 begründet. Diese bestimmen die allgemeinen Vorschriften über Fonds der EU für 2014–2020.⁶⁹ In dem Entwurf sind Musteraufgaben des zuständigen Organs angegeben. Das sind unter anderem die Verbreitung von und Werbung für best-practice-Empfehlungen im Bereich ÖPP, die Vorbereitung und Verbreitung von Musterverträgen für ÖPP, die Richtlinien und andere Dokumente, die bei der Planung und der Ausführung der ÖPP verwendet werden, das Pflegen einer Datenbank über ÖPP⁷⁰ sowie die Analyse und Bewertung der Funktionsfähigkeit von ÖPP, darunter der jeweiligen Lage und der finanziellen Perspektiven beim Einsatz des privaten Sektors.

Mit der zuletzt genannten Aufgabe verbindet sich die in dem Entwurf enthaltene neue Regelung zu Auskunftspflichten des an einer ÖPP beteiligten öffentlichen Rechtsträgers gegenüber dem zuständigen (Überwachungs-)Organ. Dabei geht es vor allem um den Vergleich und die Bewertung von Verträgen über Vertrags-ÖPP, über Projektgesellschaften und mit etwaigen Tochtergesellschaften des privaten Partners.⁷¹

Eine weitere Neuregelung, die zur polnischen Rechtsordnung vorgeschlagen wurde, ist ein sogenannter negativer ÖPP-Test, d.h. ein

69 Amtsblatt der EU v. 10.12.2013, Nr. L 347, S. 320. Zu erwähnen ist, dass nach geltender Rechtslage die Investitionen, die über mehrere Jahre in Programmen eingeplant sind und die in den Vorschriften über öffentliche Finanzen angegeben werden, einer Entscheidung des für die Sachen der regionalen Entwicklung zuständigen Ministers unterliegen, vgl. Art. 19 des Gesetzes über die Regeln des Betreibens von der regionalen Politik v. 06.12.2006, (d. h. GBl. 2006, Pos. 383 in der zuletzt geänderten Fassung), die Entwicklungsprogramme mit einem Wert von über 300 Mio. Złoty werden dem Ministerrat zur Bearbeitung vorgelegt.

70 Diese Datenbank wird durch den für die regionale Entwicklung zuständigen Minister anhand der von den öffentlichen Rechtsträgern eingeholten Informationen erstellt.

71 Der Umfang der Informationen über den Vertrag ist groß und umfasst u.a. die Auswahlverfahren des jeweiligen privaten Partners, den Wert der Investitionen und den Wert der Dienstleistung sowie den Wert des Vertrags.

Zustimmungsvorbehalt zur Ausführung von Vorhaben, wenn der Wert der Zuschüsse aus dem Budget des Staates größer oder gleich dem Wert von 300 Millionen Złoty ist, mit Ausnahme der Projekte, die aus der EU finanziert werden (vorgeschlagener Art. 16c Abs. 2).⁷² Hinzuzufügen ist, dass in dem Entwurf nicht nur die Investitionen im Rahmen der ÖPP angesprochen werden, sondern auch die anderweitig ausgeführten Investitionen. In dem letzteren Fall hat der negative ÖPP-Test zum Ziel, die Richtigkeit der Ausführung des Vorhabens außerhalb der ÖPP-Form zu bewerten. Der Gesetzentwurf bestimmt eingehend das Verfahren der Zustimmung zur Ausführung des Vorhabens durch den Minister in einer anderen Form als ÖPP; das ordnungsgemäß durchlaufene Zustimmungsverfahren ist Voraussetzung für eine erfolgreiche Entscheidung. Die Erteilung einer Zustimmung setzt den Nachweis voraus, dass die Ausführung des Vorhabens auf die in dem Antrag bestimmte Weise „für das öffentliche Interesse am günstigsten ist, insbesondere, dass sie eine hohe Qualität der Aufgabenausführung durch den öffentlichen Rechtsträger und sparsame Verwendung der Ressourcen sichert“ (Art. 16d Abs. 1a nach dem Gesetzentwurf).⁷³

Nach dem Entwurf wird die Zustimmung und Verweigerung der Zustimmung kein Verwaltungsbescheid und auch keine Zusicherung der Finanzierung aus dem Staatsbudget sein. Der Entwurf sieht vielmehr einen Rechtsbehelf gegen die Entscheidung des Ministers vor, falls die Erteilung der Zustimmung verweigert wird. In diesem Fall kann man sich mit dem gleichen Antrag an den Ministerrat wenden.⁷⁴ Die Zustimmung des Ministerrates ersetzt dann die Zustimmung des Ministers.

Wenn die Zustimmung nicht erforderlich ist, kann sich der öffentliche Rechtsträger an den zuständigen Minister mit dem Antrag wenden, ein nicht verbindliches Gutachten zu der geplanten ÖPP zu erlassen. In der Begründung des Entwurfs wird darauf hingewiesen, dass der Erlass eines unverbindlichen Gutachtens auch die Kosten der Geschäftstätigkeit durch die potenziellen privaten Partner senken sollte.⁷⁵

72 Zu erinnern ist auch daran (Fn. 19), dass vor der Übergabe des Entwurfs an den Sejm Änderungen vorgenommen werden können, darunter auch solche, die den negativen Test betreffen.

73 In der Begründung des Entwurfs wurde erklärt, dass – wenn der Minister zustimmt – das Projekt als ÖPP ausgeführt werden sollte (S. 26).

74 Der öffentliche Rechtsträger stellt den Antrag über den zuständigen Minister. Der Minister kann dem Antrag stattgeben, die Verweigerung rückgängig machen und eine Zustimmung erteilen (Selbstkontrolle). Ansonsten hat der Ministerrat zu entscheiden.

75 Zurzeit ergibt sich aus dem Verhältnis aller abgeschlossenen ÖPP-Verträge zu allen veröffentlichten Bekanntmachungen, dass lediglich jedes vierte Verfahren mit einem

2. Änderungen im Verfahren zur Auswahl des privaten Partners

Eine der wichtigsten Änderungen in dem Entwurf zum ÖPP-Gesetz betrifft die Verpflichtung des öffentlichen Rechtsträgers, vor der Einleitung des Auswahlverfahrens die Rentabilität der Vorhabenverwirklichung im Vergleich mit einer anderweitigen Realisierung (insbesondere ausschließlich aus öffentlichen Mitteln) zu bewerten (Art. 2a).⁷⁶ Dieser Vorschlag zeugt zweifelsohne von dem Bemühen, das öffentliche Interesse hinsichtlich des Einsatzes öffentlicher Mittel verstärkt zur Geltung zu bringen. Ein vergleichbares Bemühen um die Verstärkung des Schutzes öffentlicher Interessen lässt sich auch den Vorschlägen des Entwurfs zur Novelle des ÖPP-Vertrags entnehmen, die sich auf die Verfahrensfragen beziehen.

In der Gesamtbetrachtung ist hervorzuheben, dass der ÖPP-Gesetzesentwurf nicht die Regel ändert, wonach die Auswahl eines privaten Partners nach den Vorschriften eines der beiden Hauptgesetze (Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens und Gesetz über den Konzessionsvertrag) zu erfolgen hat. Das Novum ist, dass es zur Regel werden soll, die in dem Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens vorgeschriebenen Verfahrensweisen anzuwenden. Der öffentliche Rechtsträger kann sich jedoch in den bestimmten Fällen für das Verfahren entscheiden, das in dem Gesetz über den Konzessionsvertrag vorgeschrieben ist.⁷⁷ Die Änderung hat zum Ziel, das Risiko zu eliminieren, ein nicht ordnungsmäßiges Verfahren über die Auswahl des privaten Partners zu wählen. Der Entwurf behält auch die im ÖPP-Gesetz angenommene Regel (in Anlehnung an das „günstigste Angebot“ – Art. 6) bei, indem die Wahl eines Angebots je nach Höhe der Vergütung des privaten Partners ausgeschlossen wird. Die Änderung gegenüber der aktuellen Rechtslage stellt dagegen auf die Bewertungskriterien für die Angebote ab; der Entwurf weist auf einen Katalog der Musterbewertungskriterien für die Angebote hin, die jedoch – abweichend von der

Vertragsabschluss endet. Private Partner, wenn sie eine Entscheidung für die Beteiligung an einer ÖPP treffen, werden besser vorbereitete Projekte wählen, d.h. solche, die den Anschein erwecken, mit einem Vertragsabschluss beendet werden zu können. Ein positives Gutachten des zuständigen Ministers wird gerade auf diese Investitionen hinweisen.

76 In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass die einschlägige Lösung des ÖPP-Gesetzes von 2005 einer der Gründe für die fehlende praktische Anwendung der ÖPP-Form gewesen sei, vgl. Fn. 8.

77 Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 des Gesetzes nach dem Entwurf sowie der ergänzte Abs. 2a.

derzeitigen Gesetzeslage – nicht obligatorisch sind.⁷⁸ Diese Änderung sollte zu einer größeren Flexibilität bei der Auswahl der privaten Partner beitragen, was für den Schutz des öffentlichen Interesses vorteilhaft ist.

3. Verwendung der gesellschaftlichen Organisationsformen

Eine ganze Reihe der im Entwurf der Novellen zum ÖPP-Gesetz enthaltenen Regelungen, die sich auf die Verwendung gesellschaftsrechtlicher Organisationsformen beziehen, sind für öffentliche Rechtsträger von Vorteil. Die Liberalisierung der Zusammenarbeit wird jedoch durch die Regelungen begleitet, die dem öffentlichen Interesse dienen. So ist (nach der Wahl des günstigsten Angebots) beispielsweise eine neue Option die Zulassung von Verträgen mit einer Tochtergesellschaft des ausgewählten privaten Partners – d. h. die Bildung einer Zweckgesellschaft, die in dieser Form in der internationalen Praxis bei der Durchführung von ÖPP verbreitet ist. Mit dieser Organisationsform verbindet die geplante Novelle Vorschriften, die dem privaten Partner die Haftung für Schäden auferlegt, die darauf zurückzuführen sind, dass der Tochtergesellschaft die Mittel für die Aufgabendurchführung nicht zur Verfügung gestellt werden – auch dies dient nach dem Entwurf ausdrücklich dem Schutz des öffentlichen Interesses.

Eine andere, für die privaten Rechtsträger vorteilhafte Regelung ist die Änderung der Vorschriften, die für zu streng gehalten werden und die Ausführung des ÖPP-Vertrags durch die von öffentlichen und privaten Akteuren gemeinsam gegründete Gesellschaft regeln (Art. 14 des ÖPP-Gesetzes). Die vorgesehene Novelle sieht unter anderem eine Möglichkeit vor, den privaten Partner zu der schon bestehenden Gesellschaft des öffentlichen Rechtsträgers zuzulassen. Die Folge der in dem Entwurf geplanten Regelungen hinsichtlich der Vertragsdurchführung (Ausführung der Partnerschaft) in Form einer Gesellschaft ist die Einführung von Vorschriften zum ÖPP-Gesetz, die die Position des privaten Partners in der Gesellschaft verstärken sollten. Dem dient unter anderem die Erweiterung des Katalogs der Situationen, in denen die für die Gesellschaft verbindlichen Entscheidungen der Zustimmung aller Gesellschafter bzw. Aktionäre bedürfen.

78 Im Sinne des Art. 6 Abs. 2 des ÖPP-Gesetzes sind obligatorische Bewertungskriterien für die Angebote wie folgt: Aufteilung der Aufgaben und Risiken, die mit dem Vorhaben zwischen dem öffentlichen Rechtsträger und dem jeweiligen privaten Partner verbunden sind, sowie Fristen und Höhe der vorgesehenen Zahlungen.

VIII. Schlussbemerkungen

Das weit verstandene System der öffentlichen Aufträge, das auch ÖPP umfasst, wird in Polen durch drei Gesetze geregelt: das ÖPP-Gesetz, das Gesetz über den Konzessionsvertrag und das Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens, wobei die zwei zuletzt genannten Gesetze die EU-Richtlinien von 2014 über die öffentlichen Aufträge und den Konzessionsvertrag implementieren. Die beiden Gesetze bestimmen lediglich einige Fragen, die für das Institut der ÖPP kennzeichnend sind, denn Hauptgegenstand der Regelungen sind das Verfahren über den Vertragsabschluss (für einen öffentlichen Auftrag bzw. einen Konzessionsvertrag) sowie mit den jeweiligen Vertragstypen verbundene Vorgaben. Bei der Schlüsselfrage für die Zusammenarbeit im Rahmen der ÖPP, die in der EU durch *soft law* bestimmt wird, hat sich der polnische Gesetzgeber dafür entschieden, diese in einem abgetrennten, besonderen Gesetz zu regeln. Derzeit ist dies das Gesetz vom 19. Dezember 2008. Wie es sich aus den obigen Erörterungen ergibt, stellt es weder eine vollständige Regelung im Bereich der ÖPP noch eine für die Bedürfnisse der Praxis angemessene Lösung dar. Zudem ist es nicht mit den zurzeit geltenden Regelungen des Gesetzes über das Recht des Vergabewesens und des Gesetzes über den Konzessionsvertrag harmonisiert. Daher ist die Überarbeitung des ÖPP-Gesetzes völlig begründet.

Grundsätzlich ist den im Entwurf zur Novellierung des ÖPP-Gesetzes vorgeschlagenen Regelungen zuzustimmen, und zwar auch denjenigen, die den grundlegenden Änderungsbedarf beim Einsatz von ÖPP unterstreichen. Dabei handelt es sich unter anderem um die Definition des günstigsten Angebots sowie um die Kriterien für die Bewertung der Angebote, die getrennt im Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens und im Gesetz über den Konzessionsvertrag geregelt sind.⁷⁹

Im zusammenfassenden Rückblick ist zunächst festzuhalten, dass in der Rechtslehre die Vorschriften des ersten ÖPP-Gesetzes von 2005 mit den aktuell geltenden Vorschriften von 2008 in dem hier interessierenden Bereich schon seit geraumer Zeit miteinander verglichen werden.⁸⁰ Die Meinungen über die Änderung der ÖPP-Regelung in dem Gesetz von 2008 im Vergleich zu dem Gesetz von 2005 sind ähnlich. Sie wei-

79 Das Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens regelt die Bewertungskriterien der Angebote umfassend (Art. 91 ff.), das Gesetz über den Konzessionsvertrag regelt diese Frage dagegen nicht eingehend (Art. 37).

80 Auch die Regelungen zum Konzessionsvertrag von 2009 wurden nach den Voraussetzungen der Konzessionsvertrag-Richtlinie bewertet, die sich in den neuen Regelungen zum Konzessionsvertrag von 2016 widerspiegeln; vgl. *Panasiuk* (Fn. 53), S. 60–62.

sen auf eine ausdrückliche Liberalisierung der Zusammenarbeitsregel bei ÖPP im geltenden Gesetzesrecht (ÖPP-Gesetz 2008) hin, die auf eine sowohl bei den öffentlichen als auch bei den privaten Akteuren fehlende Akzeptanz von ÖPP unter den Rahmenbedingungen der früheren Rechtsordnung (ÖPP-Gesetz 2005) zurückgeht.⁸¹ Denn die Liberalisierung der Regeln über die Zusammenarbeit im Rahmen von ÖPP in dem Gesetz von 2008 hatte zum Ziel, die öffentlichen und privaten Rechtsträger zu aktivieren und die Unternehmer dazu zu bewegen, sich an gemeinsamen Projekten zu beteiligen, bei denen es um die Erledigung öffentlicher, im Interesse der Allgemeinheit liegender Aufgaben geht.⁸² Demnach verfolgte die Liberalisierung der ÖPP-Vorschriften aus damaliger Sicht mit der Optimierung der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben ein öffentliches Interesse und schob dafür den mit dem Gesetz von 2005 intendierten Schutz der öffentlichen Mittel teilweise beiseite.

Die Analyse der beiden Gesetze zeigt, dass die normativen Regulierungen eine unterschiedliche Dichte haben und vielfältige Regelungstechniken sowohl des privaten als auch des öffentlichen Rechts einsetzen. Dabei hat der polnische Gesetzgeber vergleichbare sachlich-rechtliche Fragen bei der Zulassung und Ausgestaltung von ÖPP in dem Gesetz von 2005 und in dem Gesetz von 2008 auf verschiedene Art und Weise geregelt. Die Abweichungen betreffen beispielsweise den Inhalt des Vertrags (mit strengeren Vorgaben 2005 und weniger strengen Direktiven 2008) und die Verpflichtung zur Bekanntmachung (2005 in größerem Umfang, 2008 in engerem Umfang). Konzeptionell folgten die Rechtsänderungen von 2008 einer Tendenz des Rückzugs der öffentlichen Akteure aus der beherrschenden Stellung gegenüber den Privaten und einer stärkeren Berücksichtigung der privaten Interessen und Präferenzen.⁸³ 2008 wollte der Gesetzgeber die Stellung der an ÖPP beteiligten öffentlichen und privaten Rechtsträger in ein Gleichgewicht bringen.

Der Vergleich des Designs der beiden Regelwerke zeigt auch, dass der Einsatz bestimmter Regelungsmodelle in gewissem Umfang zeitabhängig ist. Eine wichtige Rolle spielen dabei die jeweilige Marktlage, die Vorhaben und Möglichkeiten der öffentlichen Hand, das Potenzial des privaten Sektors sowie die rechtlichen und ökonomischen

81 *Kania* (Fn. 7), S. 19 und *Borkowski* (Fn. 9), S. 456–459. Auch die Änderungen der Regelung des Konzessionsvertrags, die sich nach Bestimmungen der Richtlinie über die Konzession von 2014 richten, wurden ähnlich erklärt.

82 *Borkowski* schreibt von „einer Sorge hinsichtlich der öffentlichen Aufgabenerfüllung, die die öffentlichen Bedürfnisse befriedigt“; diese Sorge sei „ein Kernpunkt des Schutzes des öffentlichen Interesses“, siehe *Borkowski* (Fn. 9), S. 457.

83 *Borkowski* (Fn. 9), S. 457; vgl. auch *Wilczyńska* (Fn. 9), S. 26–31.

Rahmenbedingungen für die unternehmerische Betätigung. In diesen Szenarien sind die öffentlichen Interessen an einer arbeitsteiligen Kooperation von öffentlicher Hand und Privaten immer wieder neu zu bestimmen und mit den Anliegen der privaten Akteure immer wieder neu auszutarieren. Der rationale Gesetzgeber kann daraus wichtige Impulse erhalten und Anregungen für die Ausgestaltung der normativen Rahmenordnung für ÖPP beziehen.

In dem aktuellen Entwurf zur Novellierung des ÖPP-Gesetzes zeichnet sich im Vergleich mit dem ÖPP-Gesetz von 2008 teilweise eine erneute Trendwende ab. Offenbar halten die in einer gewissen Deregulierungseuphorie vollzogenen Liberalisierungen einer erneuten Überprüfung unter den heutigen Gegebenheiten nicht mehr durchgängig Stand. Dies erklärt die mit dem Novellierungsentwurf angestrebte normative Verstärkung öffentlich-rechtlicher Aspekte in den Kooperationsarenen der ÖPP – so etwa durch die Verpflichtung der Verwaltungsträger, bereits vor der Ausschreibung die Rentabilität einer in Aussicht genommenen ÖPP zu bewerten, und durch die Verstärkung des Einflusses von Körperschaften der öffentlichen Verwaltung auf den ÖPP-Markt mittels der Erweiterung der Aufgaben und Zuständigkeiten „des in Partnerschaftssachen zuständigen Organs“. Die darin zum Ausdruck kommende „Rückkehr des Öffentlichen“ folgt einem auch in anderen Ländern zu beobachtenden Trend der (Re-)Publizisierung. Allerdings weist ein Teil der geplanten neuen Regelungen in die entgegengesetzte Richtung und soll auch für die Privaten vorteilhaft sein – so namentlich die erweiterten Optionen zur Kooperation in gesellschaftsrechtlichen Formen. Ob diese auf die Absicherung privater Interessen zielenden Regelungen ausreichen, um private Investoren unter den veränderten öffentlich-rechtlichen Rahmenbedingungen zu einer intensiveren Zusammenarbeit mit der öffentlichen Hand in ÖPP zu bewegen, bleibt abzuwarten. Schon jetzt ist freilich absehbar, dass wegen der sich im Wirtschaftsleben seit jeher rasch ändernden tatsächlichen Gegebenheiten auch künftig normativer Anpassungsbedarf entstehen wird. Daher bleibt der Gesetzgeber gefordert, eine jeweils zeitgerechte Rahmenordnung für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben bereitzustellen, die neben anderen Handlungs- und Organisationsformen auch ÖPP aufnimmt und im Allgemeininteresse eine effektive und effiziente Erledigung öffentlicher Aufgaben ermöglicht.

Die Autorin *Prof. dr. hab. Bożena Popowska* ist Inhaberin der Katedra Publicznego Prawa Gospodarczego (Lehrstuhl für Öffentliches Wirtschaftsrecht) an der Uniwersytet im. Adama Mickiewicza (Adam-Mickiewicz-Universität) Poznań.