

Öffentliche Auftragsvergabe im Binnenmarkt

Erläuterungen und Materialien zur Ausschreibung, Angebotsprüfung und Vergabe nach VOB, VOL und VOF mit EG-Vorschriften - Leitfaden

Bearbeitet von
RA Thomas Schabel, Rudolf Ley

Loseblattwerk mit 43. Aktualisierung 2016. Loseblatt. Rund 1882 S. In 2 Ordnern
ISBN 978 3 8073 0843 2
Format (B x L): 14,6 x 20,6 cm

[Recht > Öffentliches Recht > Öffentliches Baurecht, Vergaberecht > Vergaberecht](#)

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

1.

Einführung

1.1 Vorgaben

1.1.1 Politische Ziele der EU auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens

Angesichts der gesamtwirtschaftlichen Bedeutung öffentlicher Aufträge ist die Liberalisierung des europäischen Beschaffungswesens für die EU ein zentraler Baustein für den Erfolg des Binnenmarktes insgesamt. Der Gesamtwert der von der öffentlichen Hand bzw. ihren Unternehmen in der EU vergebenen Aufträge belief sich nach Aussagen der EU-Kommission in 2002 auf ca. 1,5 Bill. Euro. Dies sind ca. 16 % des Bruttoinlandsproduktes der Mitgliedstaaten.

Trotz dieser unbestrittenen ökonomischen Daten war die Vergabe öffentlicher Aufträge in der Vergangenheit eine mehr oder weniger nationale Angelegenheit („buy national“). So zog der Cecchini-Bericht über die Kosten des Nicht-Europa¹⁾ im Bereich des öffentlichen Auftragswesens noch im Jahr 1987 die ernüchternde Bilanz, dass der Anteil der direkten grenzüberschreitenden Transaktionen bei nur 1,4 % des Gesamtvolumens lag.

Die EU verstärkte daraufhin ihre Bemühungen, die augenscheinlich nach wie vor abgeschotteten nationalen Beschaffungsmärkte zu öffnen.

Sie verspricht sich davon nicht nur eine Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit europäischer Unternehmen, sondern auch eine Einsparung öffentlicher Gelder in Höhe von ca. 30 bis 40 Mrd. Euro jährlich, wodurch ein gewichtiger Beitrag zum Abbau der dramatischen Haushaltsdefizite in den Mitgliedstaaten geleistet werden könnte²⁾. Darüber hinaus sollen faire, nichtdiskriminierende und transparente Vergabeverfahren dazu beitragen, das Risiko von Betrug und Korruption in der öffentlichen Verwaltung zu vermindern.

Trotz der vielfältigen Bemühungen konnte der Anteil direkter grenzüberschreitender Aufträge in den vergangenen Jahren nur marginal erhöht werden. Eine aktuelle Studie im Auftrag der EU-Kommission zeigte, dass immer noch nur 1,6 % aller Aufträge direkt an ausländische Unternehmen gehen (3,5 % des Volumens). Der Anteil indirekt grenzüberschreitender Aufträge, die z.B. an Niederlassungen ausländischer Unternehmen vergeben werden, liegt immerhin bei 11,4 % der Vergaben (13,4 % des Volumens).

1.1.2 Europarechtlicher Rahmen des öffentlichen Auftragswesens

Die Rechtsgrundlagen des Vergaberechts sind im EG-Vertrag (sog. primäres Gemeinschaftsrecht) und den EG-Vergaberichtlinien (sog. sekundäres Gemeinschaftsrecht) enthalten. Die EG-Vergaberichtlinien finden ausschließlich auf Beschaffungen oberhalb der sog. Schwellenwerte Anwendung, während die Vorschriften des EG-Vertrages auch für Verfahren unterhalb dieser Wertgrenzen gelten, so dass auch insoweit kein europarechtsfreier Raum existiert. Darauf hat die

- 1) „The cost of Non-Europe in Public Sektor Procurement“, WS Atkins Management Consultants, 1987.
- 2) Grünbuch, „Das Öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union. Überlegungen für die Zukunft“, Kom (96) 583 endgültig vom 27.11.1996.

A 1 Einführung

EG-Kommission in einer Mitteilung zu Auftragsvergaben, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, nachdrücklich hingewiesen¹).

Im Zentrum des europäischen Vergaberechts stehen die Prinzipien der Transparenz, der Nichtdiskriminierung und des fairen Wettbewerbs.

1.1.3 EU-Vertrag und Vertrag über die Arbeitsweise der EU (AEUV)

Die europäischen Verträge erwähnen zwar öffentliche Aufträge nicht ausdrücklich, sie legen aber allgemein verbindliche grundsätzliche Verpflichtungen fest, die von den öffentlichen Auftraggebern bei der Auftragsvergabe zu beachten sind. Dies gilt auch für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte der Vergaberichtlinien. Für das Vergaberecht sind vor allem die sog. Marktfreiheiten des Vertrages über die Arbeitsweise der EU (AEUV)² von Bedeutung, die für den Handel in einem gemeinsamen Markt unerlässlich sind.

Hier sind in erster Linie zu nennen:

– Freier Warenverkehr (Art. 34 AEUV ex-Art. 28 EGV)

Der Grundsatz des freien Warenverkehrs bzw. das Verbot mengenmäßiger Ein- und Ausfuhrbeschränkungen sowie aller Maßnahmen gleicher Wirkung sichern den grundsätzlich freien Handel mit Waren aller Art. Ausnahmen sind nur im engen Rahmen aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, zum Schutz der Gesundheit etc. zulässig. Im Bereich der Auftragsvergabe können insbesondere nationale technische Normen, aber auch Regelungen zur Bevorzugung bestimmter Regionen eines Mitgliedstaates dem freien Warenverkehr entgegenstehen³).

– Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 49, 56 AEUV ex-Art. 43, 49 EGV)

Die Niederlassungsfreiheit räumt jedem Unionsbürger das Recht ein, sich in jedem anderen Mitgliedstaat dauerhaft niederzulassen und eine wirtschaftliche Betätigung auszuüben. Die Dienstleistungsfreiheit ermöglicht die Erbringung von Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat, ohne dort dauerhaft ansässig zu sein. Danach wäre es grundsätzlich unzulässig, die Ausübung von Dienstleistungen an Bedingungen zu knüpfen, die Dienstleistungserbringer eines anderen Mitgliedstaates behindern könnten. Ausnahmen sind nur zulässig bei Tätigkeiten, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind oder aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, Ordnung oder Gesundheit. Der EuGH hat in Bezug auf den Gleichbehandlungsgrundsatz Folgendes festgestellt⁴:

„Nach Artikel 52 Absatz 2 (nunmehr Art. 43 Abs. 2) wird die Niederlassungsfreiheit nach den Bestimmungen des Niederlassungsstaats für seine eigenen Angehörigen ausgeübt.

Unterliegen die fraglichen spezifischen Tätigkeiten im Aufnahmestaat keiner Regelung, so dass ein Angehöriger dieses Mitgliedstaats für ihre Ausübung keine besondere Qualifikation aufweisen muss, so haben die Angehörigen

1) Mitteilung der Kommission 2006/C179/02; Abl. Nr. C 179 vom 1.8.2006, S. 2 ff.; so auch ständige Rechtsprechung des EuGH, zuletzt Urteile vom 21.2.2008, Rs. C-412/04, VergabeR 2008, 501; 15.5.2008, Rs. C-147/06, C-148/06.

2) Abl. Nr. C 115/47 vom 9.5.2008, unten auszugsweise abgedruckt in Abschnitt B 1.

3) EuGH vom 20.3.1990 Rs. C-21/88, Slg. 1990, I, S. 889.

4) EuGH vom 30.9.1995 Rs. C-55/94, Slg. 1995, I, S. 4165.

jedes anderen Mitgliedstaats das Recht, sich im Hoheitsgebiet des erstgenannten Staates niederzulassen und dort diese Tätigkeiten auszuüben.

Die Aufnahme und Ausübung einiger selbstständiger Tätigkeiten können jedoch von der Beachtung bestimmter durch das Allgemeininteresse gerechtfertigter Rechts- und Verwaltungsvorschriften, wie der Vorschriften über Organisation, Qualifikation, Standespflichten, Kontrolle und Haftung, abhängig gemacht werden. Diese Vorschriften können insbesondere vorsehen, dass die Ausübung einer spezifischen Tätigkeit je nach Lage des Falls den Inhabern eines Diploms, Prüfungszeugnisses oder sonstigen Befähigungsnachweises, ... oder den Personen, die einer bestimmten Ordnung oder Kontrolle unterliegen, vorbehalten ist. Unterliegt die Aufnahme oder Ausübung einer spezifischen Tätigkeit im Aufnahmemitgliedstaat derartigen Bedingungen, so muss der Angehörige eines anderen Mitgliedstaats, der diese Tätigkeit ausüben will, diese Bedingungen grundsätzlich erfüllen. Deshalb sieht Artikel 57 vor, dass der Rat Richtlinien für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise sowie für die Koordinierung der nationalen Bestimmungen über die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten erlässt.

Aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof (EuGH) ergibt sich jedoch, dass nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, vier Voraussetzungen erfüllen müssen: sie müssen in nicht-diskriminierender Weise angewandt werden; sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein; sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten, und sie dürften nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.“

– Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV ex-Art. 12 EGV)

Das Verbot jeder Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verkörpert das Grundprinzip des EG-Vertrages und wirkt in alle speziellen Regelungsbereiche hinein. Neben direkten Diskriminierungen schützt es auch vor indirekten Maßnahmen, die in subtiler Form ähnliche diskriminierende Wirkungen entfalten¹⁾. So hat der EuGH unter Bezugnahme auf den Gleichbehandlungsgrundsatz ein Vergabeverfahren beanstandet, in dem einem Bieter die Möglichkeit eingeräumt wurde, sein Angebot nachträglich zu verändern²⁾.

1.2 Richtlinien zur öffentlichen Auftragsvergabe

Der Vertrag verbietet zwar sämtliche diskriminierende Maßnahmen und Verhaltensweisen. Diese Verbote genügten nach Auffassung der Europäischen Kommission jedoch nicht, um im Bereich des öffentlichen Auftragswesens den Binnenmarkt zu verwirklichen. Die Unterschiedlichkeit der einzelstaatlichen Vergabevorschriften und die fehlende Verpflichtung zum innergemeinschaftlichen Wettbewerb führten im Ergebnis dazu, dass die nationalen Märkte weitgehend abgeschottet blieben. Die Kommission sah es daher als erforderlich an, in den Mitgliedstaaten im Wesentlichen gleiche Bedingungen für die Vergabe öffentli-

1) EuGH vom 5.12.1989 Rs. C-3/88, Slg. 1989, 4035.

2) EuGH vom 22.6.1993 Rs. C-243/89, Slg. 1993, I, 3353 und vom 25.4.1996 Rs. C-87/94, Slg. 1996, I, 2043.

cher Aufträge zu schaffen und die Vergabeverfahren transparenter zu gestalten, um die Einhaltung der Vertragsgrundsätze besser gewährleisten zu können. Auf der Ebene des sekundären Gemeinschaftsrechtes konnte die nähere Ausgestaltung der Rechtsmaterie entweder in Form von Verordnungen oder durch Richtlinien erfolgen. Verordnungen gelten in den Mitgliedstaaten unmittelbar, während **Richtlinien der Umsetzung in innerstaatliches Recht bedürfen** (Art. 288 AEUV ex-Art. 249 EGV). Im Hinblick auf die Heterogenität der nationalen Rechtssysteme und die unterschiedlichen Rechtstraditionen im öffentlichen Auftragswesen wurde für die angestrebte Harmonisierung das Instrument der Richtlinie gewählt.

Nach dem EG-Vertrag sind Richtlinien für die Mitgliedstaaten hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlassen jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. Die Mitgliedstaaten sind demnach verpflichtet alle Maßnahmen zu ergreifen, um ihr innerstaatliches Recht an die Richtlinien anzupassen. Die Richtlinien entfalten daher zunächst unmittelbar weder Rechte noch Pflichten für einzelne Bürger oder Körperschaften. Eine unmittelbare Wirkung kann jedoch dann eintreten, wenn die Richtlinien nicht rechtzeitig oder fehlerhaft umgesetzt werden. Dies setzt allerdings weiter voraus, dass die einzelne Vorschrift eine klare, genaue und uneingeschränkte Verpflichtung enthält, die den Adressaten der Richtlinie keinen Beurteilungsspielraum erlaubt. In einem solchen Fall sind alle Träger der Verwaltung verpflichtet, die Vorschriften unmittelbar anzuwenden und können sich die einzelnen vor den nationalen Gerichten auf die Bestimmungen einer Richtlinie unmittelbar berufen¹⁾.

1.2.1 Liberalisierungsrichtlinie

Der Rat der Europäischen Gemeinschaften hat im Jahr 1971 die Richtlinie zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge – Liberalisierungsrichtlinie²⁾ – erlassen. Nach ihren Grundsätzen sollte der Baumarkt in der Europäischen Union geöffnet werden, und zwar zunächst mindestens in dem Bereich, der durch die Nachfrage öffentlicher Auftraggeber bestimmt ist. Alle Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge sollten entfallen.

1.2.2 „Klassische“ Vergaberichtlinien

1.2.2.1 Baukoordinierungsrichtlinie

1971 wurde als Kernstück der Regelungen der Europäischen Union zum öffentlichen Auftragswesen die Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, die Baukoordinierungsrichtlinie³⁾ erlassen. Mit dieser Richtlinie sollte auf dem Bausektor der entscheidende Schritt zum Binnenmarkt getan werden, indem zunächst eine neue gemeinschaftsweite Ebene der Öffentlichkeit von Ausschreibungen geschaffen wurde. Das Ausschreibungs- und Vergabeverfahren sollte objektiviert und überprüfbar gemacht, diskriminierende Vorschriften reduziert werden. Die Publizität der Ausschreibungen nach

1) EuGH vom 22.6.1989, Vorabentscheidungsersuchen 103/88, Slg. 1989, 1839.

2) Richtlinie des Rates vom 26.7.1971 Nr. 71/304/EWG; ABl. Nr. L 185 vom 16.8.1971, S. 1 ff.

3) Richtlinie des Rates vom 26.7.1971 Nr. 71/305/EWG; ABl. Nr. L 185 vom 16.8.1971, S. 5 ff., zuletzt geändert durch die Richtlinie 97/52/EG vom 13.10.1997, ABl. Nr. L 328 vom 28.11.1997, S. 1.

der Koordinierungsrichtlinie sollte durch die Bekanntmachungsrichtlinie¹⁾ geschaffen werden, die die Art und Weise der Veröffentlichung von Ausschreibungen ab einem bestimmten Wert der auszuschreibenden Baumaßnahme vorschrieb.

1.2.2.2 Lieferkoordinierungsrichtlinie

Für Lieferungen wurde im Jahr 1977 die „Lieferkoordinierungsrichtlinie“²⁾ erlassen, um die staatliche Beschaffung von Waren aller Art von nationalen Beschränkungen zu befreien und umgekehrt die Möglichkeiten der Anbieter, sich in der Europäischen Union wirtschaftlich zu betätigen und sich dort um öffentliche Aufträge zu bewerben, zu verbessern.

1.2.2.3 Dienstleistungsrichtlinie

Auch der Markt für gewerbliche und freiberufliche Dienstleistungsaufträge sollte insoweit EU-weit geöffnet werden, als öffentliche Auftraggeber die angebotenen Leistungen „beschaffen“ bzw. nachfragen. Hierzu wurde die Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge erlassen³⁾.

1.2.3 Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR) 2004

Die Dreiteilung der Leistungsbereiche mit jeweils besonderen Vergaberichtlinien erwies sich in der Folgezeit als entbehrlich. Der Auftraggeberbegriff ist derselbe, die Vergabeverfahren – Offenes, Nichtoffenes und Verhandlungsverfahren – sind nach ihren Voraussetzungen weitgehend und nach ihrem Ablauf ganz identisch.

Diese Kongruenz zeigte sich auch an der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Vergaberecht, deren überwiegender Teil sich auf die Richtlinienbestimmungen bezog, die für alle drei Richtlinien galten, wie z. B.

- Auftraggebereigenschaft,
- Zulässigkeit der Vergabeverfahren,
- einzelne Bedingungen der Vergabeverfahren,
- Eignungsnachweisen,
- Unterauftragnehmer,
- Vergabekriterien,
- Rechtsschutz.

Die Kommission erkannte, dass damit zahlreiche Fragenkreise für alle drei Richtlinien gleichen Inhalt hatten und gleich relevant waren, so dass sie den Schluss zog, dass drei parallele Richtlinien für die Leistungsbereiche unnötig waren. Resultat dieser Einschätzung ist die **Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR) 2004 (Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Liefer-**

1) Richtlinie des Rates vom 26.6.1972 Nr. 72/277/EWG; ABl. Nr. L 176 vom 3.8.1972, S. 12 ff. Mit der Richtlinie des Rates vom 18.7.1989 Nr. 89/440/EWG; ABl. Nr. L 210 vom 21.7.1989, S. 1 ff. aufgehoben.

2) Richtlinie des Rates vom 21.12.1976 Nr. 77/62/EWG; ABl. Nr. L 13 vom 15.1.1977, S. 1 ff., zuletzt geändert durch die Richtlinie 97/52/EG vom 13.10.1997, ABl. Nr. L 328 vom 28.11.1997, S. 1.

3) Richtlinie des Rates vom 18.6.1992 Nr. 92/50/EWG; ABl. Nr. L 209 vom 24.7.1992, S. 1, geändert durch Richtlinie 97/52/EG vom 13.10.1997, ABl. Nr. L 328 vom 28.11.1997, S. 1.

aufträge und Dienstleistungsaufträge vom 31.3.2004), die am 31.3.2004 im Amtsblatt veröffentlicht wurde¹⁾.

Diese Richtlinie, die bis zum 31.1.2006 in nationalstaatliches Recht umzusetzen war, vereinigt also die Leistungsbereiche Bau, Lieferung und Dienstleistung, bringt aber darüber hinaus erhebliche Fortschritte für das Vergabeverfahren. Weiterhin wurden die zahlreichen Urteile des Europäischen Gerichtshofs zum Vergaberecht – über 80 Urteile und Beschlüsse sind seit 1982 bekannt geworden – ausgewertet. Die neuen elektronischen Ausschreibungstechniken wurden zugelassen. Auch wurden Rahmenvereinbarungen in den Bereich der klassischen Auftraggeber übernommen, ein „Dynamisches Beschaffungssystem“ sowie die „Elektronische Auktion“ ermöglicht, zentrale Beschaffungsstellen genannt und ein neues Verfahren entwickelt, der „Wettbewerbliche Dialog“ für die Vergabe besonders komplexer Aufträge. Auch die Definition der Leistungsinhalte ist durch Bezugnahme auf CPV, NACE und CPC klarer geregelt. Dasselbe gilt für die Frage nationaler Zulassungen und Bietergemeinschaften sowie subventionierter Aufträge.

Es fällt auf, dass die Besonderheiten der einzelnen Leistungsbereiche vorwiegend den Dienstleistungsbereich betreffen (Art. 16–18, 20–22 VKR). Zu Wettbewerben im Dienstleistungsbereich macht der Titel IV, Art. 66–74 VKR, wie bisher die wesentlichen Vorgaben. Im Baubereich sind nur wenige Sonderregelungen vorhanden, wie zum Beispiel besondere Regeln für den sozialen Wohnungsbau und Baukonzessionen. Letztere sind nun nahezu abschließend im Titel Art. 56 bis 65 VKR geregelt.

Die Richtlinie ist in sinnfälliger Weise so gegliedert, dass die einzelnen Bestimmungen das Vergabeverfahren begleiten, so dass also bei den Weichenstellungen für die Anwendung des Vergaberechts begonnen wird, dem Auftraggeberbegriff, dem Auftragsbegriff, den Schwellenwerten und den Ausnahmen, und dass dann über die Verfahrenswahl einzelne Verfahrensbestimmungen und Formalien einschließlich der Bekanntmachungen geregelt sind. Es geht dann in die Durchführung der Verfahren mit Prüfung der Eignung und Maßgaben für die Ausschreibung. Schließlich werden die Zuschlagskriterien genannt und Bedingungen für die Ausführung von Aufträgen. Diese Struktur spiegelt das Vergabeverfahren wider und hat damit den großen Vorzug der Verständlichkeit und der Kongruenz mit den tatsächlichen Abläufen für sich.

1.2.4 Sektorenrichtlinie 2004

Die für die Betätigung öffentlicher Auftraggeber in den zunächst ausgeschlossenen Sektoren der Daseinsvorsorge, nämlich Verkehr, Wasser- und Energieversorgung sowie der Telekommunikation einschlägige Richtlinie („Sektorenrichtlinie“²⁾) ist am 17. September 1990 erlassen worden.

Der deutliche zeitliche Abstand von neunzehn Jahren zum Erlass der Baukoordinierungsrichtlinie für die allgemeinen öffentlichen Auftraggeber erklärt sich

1) Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. Nr. 134 vom 30.4.2004, S. 114 ff., zuletzt geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 1177/2009 der Kommission vom 30.11.2009, ABl. Nr. L 314 vom 1.12.2009, S. 64. Abgedruckt unter B 2.

2) Richtlinie des Rates vom 17.9.1990 Nr. 90/531/EWG; ABl. Nr. L 297 vom 29.10.1990, S. 1 ff., zuletzt geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 1177/2009 der Kommission vom 30.11.2009, ABl. Nr. L 314 vom 1.12.2009, S. 64. Abgedruckt unter B 4.

durch die besondere Bedeutung der „Sektoren“ für die jeweilige nationale Daseinsvorsorge einerseits und die völlig unterschiedlichen Strukturen in den jeweiligen Mitgliedstaaten andererseits. Die Sektorauftraggeber strebten danach, mittels fester, meist national geprägter Lieferbeziehungen ihren Versorgungsauftrag zu erfüllen. Dagegen stand der Anspruch der Europäischen

(Fortsetzung Seite 13)

Gemeinschaft, den freien Austausch von Waren und Dienstleistungen durchzusetzen. Dieser Gegensatz konnte nur in einem Prozess und in vielen Diskussionen in eine Verlaufsform gebracht werden¹⁾. Die Sektorenrichtlinie bezog sich dabei schon bei ihrem Erlass sowohl auf Bau- wie auf Lieferleistungen. Mit der Kodifikation durch die Richtlinie des Rates vom 14.06.93, Nr. 93/38 EWG²⁾ wurden auch die Vergaben für Dienstleistungsaufträge integriert.

Als Sektorenauftraggeber wurden sowohl öffentliche, wie private Auftraggeber klassifiziert. Damit war von vorne herein klargestellt, dass öffentliche Sektorenauftraggeber nicht den „klassischen“ Richtlinien unterworfen waren, also der Bau-, Liefer- und Dienstleistungsrichtlinie. Das wurde in der Folgezeit in Deutschland vielfach übersehen, sodass öffentliche Sektorenauftraggeber durch viele Vorschriften in ihrem Marktverhalten gegenüber privaten erheblich beeinträchtigt sind.

Mit der Neufassung der Sektorenkoordinierungsrichtlinie 2004 sind zahlreiche Neuerungen eingefügt worden, die teilweise dem oben Gesagten zur Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004 entsprechen.

Ziel war die Vereinfachung und die Modernisierung der Richtlinie; weiterhin wurde auch sie an verschiedene Urteile des Europäischen Gerichtshofs angepasst, insbesondere solche zur Auswahl von Zuschlagskriterien.

In den vergangenen Jahren hat sich der Wettbewerb in den einzelnen Sektoren unterschiedlich entwickelt. Im Hinblick auf die Wettbewerbssituation im Telekommunikationssektor erschien es der Kommission nicht länger notwendig, die Beschaffungstätigkeit dieses Sektors zu regeln. Er wird daher von der neuen Richtlinie nicht mehr erfasst.

Logische Konsequenz der veränderten Wettbewerbslage im Telekommunikationssektor ist, dass nunmehr die Beschaffung von Kommunikationsdienstleistungen der Richtlinie unterfällt. Diese waren bisher wegen des fehlenden Wettbewerbs auf der Anbieterseite ausgenommen.

Weiterhin ausgenommen bleiben Luftverkehrsgesellschaften und Seeverkehrsunternehmen. Neu erfasst werden demgegenüber die Postdienste, wobei bemerkenswert ist, dass die Deutsche Post AG im entsprechenden Anhang VI der Richtlinie nicht als Auftraggeber genannt ist.

Generell sieht Art. 30 der neuen Richtlinie vor, dass nach dem dort geregelten Verfahren Sektorentätigkeiten von der Richtlinie ausgenommen werden können, wenn diese Tätigkeit in dem jeweiligen Mitgliedstaat auf Märkten ohne Zugangsbeschränkungen dem direkten Wettbewerber ausgesetzt ist.

Die Richtlinie stellt nun ausdrücklich die Forderung, dass private und öffentliche Auftraggeber gleich behandelt werden. Das wird ein weiterer Hebel sein, die Gleichstellung öffentlicher Sektorenauftraggeber mit klassischen Auftraggebern, die von den erstgenannten als Hindernis empfunden werden, aufzugeben.

Wie bei der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004 werden Umweltbelange stärker als bisher in den Regelungsgehalt der Richtlinie einbezogen.

Was in der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004 als wettbewerblicher Dialog etabliert wurde, wird als „technischer Dialog“ bezeichnet und stellt eine Stellungnahme dar, die bei der Erstellung der Verdingungsunterlagen verwendet werden darf.

1) Zu den Problemen der Kodifikation siehe unten Teil A 4.

2) ABL Nr. L 199 vom 9.8.1993, S. 84 ff.

A 1 Einführung

Die Einteilung der Dienstleistungen in vorrangige und nachrangige ist unverändert aus der bisherigen Richtlinie übernommen worden.

Für online-Beschaffungssysteme wurden neue Vorschriften geschaffen, ebenso für elektronische Auktionen und „zentrale Beschaffungsverfahren“, mit denen mehrere öffentliche Auftraggeber ihren Bedarf zusammenfassen und damit einerseits ihre Beschaffungssysteme zu reduzieren in der Lage sind, andererseits ihre Marktmacht besser nutzen können. Auch die in der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004 genannten zentralen dynamischen Beschaffungssysteme sind nun berücksichtigt.

1.2.5 Rechtsmittelrichtlinien

Um den Teilnehmern an den Ausschreibungsverfahren, den Bieterinnen oder Bewerbern durchsetzbare Rechte zu garantieren, sind zwei Rechtsmittelrichtlinien – eine zur Bau-, Lieferkoordinierungs- und Dienstleistungsrichtlinie und eine zur Sektoren- und Telekommunikationsrichtlinie – erlassen worden¹⁾, die die Mitgliedstaaten verpflichten, Verfahren und Instanzen zur Nachprüfung der Vergabeverfahren einzurichten. Mit der Richtlinie 2007/66/EG²⁾ sind folgende Neuregelungen in die Rechtsmittelrichtlinien eingebracht worden:

- Bevor der Vertrag geschlossen wird, müssen die Auftraggeber nun die Bieterinnen und Bewerber über die Zuschlagsentscheidung informieren (eine entsprechende Regelung ist in Deutschland bereits in § 13 VgV enthalten, s. dazu 1.3.3). Die „Stillhaltefrist“ zwischen Information und Vertragsschluss beträgt 10 Kalendertage bei der Nutzung von Fax oder elektronischer Kommunikationsmittel, ansonsten 15 Kalendertage. Die Mitgliedstaaten können Ausnahmen von der Stillhaltefrist zulassen (z.B. bei Aufträgen, die auf der Grundlage von Rahmenverträgen vergeben werden). Die Verletzung der Stillhaltefrist führt im Regelfall zur Unwirksamkeit des Vertrages. Die nationalen Gesetzgeber dürfen jedoch aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls alternative Sanktionen wie Bußgelder oder verkürzte Vertragslaufzeiten vorsehen. Ebenso können die Mitgliedstaaten die Möglichkeit der Geltendmachung der Unwirksamkeit zeitlich befristeten.
- Unzulässige Direktvergaben („De-facto-Vergaben“) sind regelmäßig unwirksam. Die Mitgliedstaaten können insoweit vorsehen, dass alle vertraglichen Verpflichtungen rückwirkend aufgehoben werden oder dass die Wirkung der Aufhebung auf die Verpflichtungen beschränkt ist, die noch zu erfüllen sind. Im letzteren Fall tragen die Mitgliedstaaten dafür Sorge, dass auch alternative Sanktionen Anwendung finden. Aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls können die Nachprüfungsinstanzen darauf verzichten, eine de-facto-Vergabe für unwirksam zu erklären; in diesem Fall müssen aber alternative Sanktionen angewendet werden. Auch die Überprüfung von de-facto-Vergaben kann von den Mitgliedstaaten zeitlich befristet werden.

1) Richtlinie des Rates vom 21.12.1989 Nr. 89/665/EWG; ABl. Nr. L 395 vom 30.12.1989, S. 33 ff., auf Dienstleistungen ausgedehnt durch die Richtlinie des Rates vom 18.6.1992 Nr. 92/50/EWG; ABl. Nr. L 209 vom 24.7.1992, S. 15 – Rechtsmittelrichtlinie –; abgedruckt unter B 6. Richtlinie des Rates vom 25.2.1992 Nr. 92/13/EWG; ABl. EG Nr. L 76 vom 23.3.1992, S. 3 ff. – Sektorechtsmittelrichtlinie –; abgedruckt unter B 6/1.

2) Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2007, ABl. Nr. L 335 vom 20.12.2007, S. 31 ff.

- Die Mitgliedstaaten können jetzt eine Frist für die Einleitung von Nachprüfungsverfahren festlegen. Der Bieter/Bewerber muss dann nach Zurückweisung seiner Rüge durch den Auftraggeber innerhalb dieser Frist einen Nachprüfungsantrag stellen.

1.2.6 Verordnung über die Verwendung von Standardformularen für die Bekanntmachung öffentlicher Aufträge

Mit der Richtlinie 2001/78/EG der Kommission¹⁾ wurden die in den Anhängen der Baukoordinierungs-, Lieferkoordinierungs-, Dienstleistungs- und Sektorenrichtlinie enthaltenen Bekanntmachungsmuster durch neue Standardformulare ersetzt. Die Benutzung der Standardformulare soll nach Auffassung der Kommission die Anwendung der Bekanntmachungsvorschriften vereinfachen, den Informationszugang erleichtern und für mehr Transparenz auf den Märkten sorgen. Zudem soll durch die Standardformulare die Nutzung neuer elektronischer Medien erleichtert werden. Nach der Veröffentlichung der Richtlinie sind in den Formularen eine Reihe von Fehlern festgestellt worden. Die Kommission hat sich daher dazu entschlossen, die genannten Formulare in ihrer korrigierten Fassung neu zu veröffentlichen²⁾. Auch die neuen Vergaberichtlinien vom 31. März 2004 nehmen hinsichtlich der Veröffentlichung von Bekanntmachungen Bezug auf die Standardformulare (Art. 36 Abs. 1 der Vergabekoordinierungsrichtlinie bzw. Art. 44 Abs. 1 der Sektorenrichtlinie).

Mit Verordnung (EG) Nr. 1564/2005³⁾ vom 7. September 2005 hat die EU-Kommission aktualisierte Standardformulare vorgelegt, die den Inhalten der neuen Vergaberichtlinien entsprechen. Die Auftraggeber müssen die neuen Formulare spätestens ab dem 1. Februar 2006 für die Veröffentlichung von Bekanntmachungen anwenden. Mittels der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 842/2011⁴⁾ vom 19. August 2011 hat die Kommission die bisherigen Standardformulare nochmals aktualisiert, um dem technischen Fortschritt Rechnung zu tragen. Außerdem wurden mit dieser Verordnung auch Formulare für Vergaben in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit eingeführt. Die praxisrelevantesten Formulare für die klassischen Auftraggeber (Vorinformation, Auftragsbekanntmachung, Vergebene Aufträge) sind incl. ausführlicher Ausfüllhinweise unter B 3 abgedruckt.

1.2.7 Verordnung über das Gemeinsame Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV)

Der Beschreibung der zu vergebenden Leistung kommt im Rahmen der Bekanntmachung eine zentrale Bedeutung zu. Nur durch eine eindeutige Beschreibung kann es potenziellen Interessenten ermöglicht werden, in der Fülle der Ausschreibungen festzustellen, ob seine Leistung auf dem Beschaffungsmarkt angefragt wird. Erst dann kann sich ein Interessent mit Aussicht auf Erfolg zu bewerben. Um hier eine europaweite Standardisierung zu erreichen, wurden verschiedene Nomenklaturen entwickelt, auf die in den Formularen der Bekanntmachungsrichtlinie Bezug genommen wird:

- 1) Richtlinie der Kommission vom 13.9.2001; ABl. Nr. L 285 vom 29.10.2001, S. 1 ff.
- 2) ABl. Nr. L 214/1 vom 9.8.2002, S. 1 ff.
- 3) ABl. Nr. L 257 vom 1.10.2005, S. 1 ff.; auszugsweise abgedruckt unter B 3.
- 4) ABl. Nr. L 222 vom 27.8.2011, S. 1 ff.; auszugsweise abgedruckt unter B 3.

A 1 Einführung

- CPV (Gemeinsames Vokabular für öffentliche Aufträge)
- CPA (Güterklassifikation in Verbindung mit den Wirtschaftszweigen in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft)
- CPC (Zentrale Güterklassifikation der Vereinten Nationen)
- NACE (Allgemeine Systematik der Wirtschaftszweige in den Europäischen Gemeinschaften).

Die Verwendung unterschiedlicher Nomenklaturen beeinträchtigte nach Meinung der Kommission allerdings immer noch die Öffnung und die Transparenz der öffentlichen Beschaffungsmärkte. Sie hielt es daher für angezeigt, ein einheitliches Klassifikationssystem für öffentliche Aufträge einzuführen. Von einem einheitlichen alphanumerischen Code verspricht sie sich einen Abbau der Sprachbarrieren, weniger Fehlerquellen bei der Übersetzung von Bekanntmachungen und damit insgesamt eine noch größere Transparenz im Bereich öffentlicher Aufträge. Zudem soll auch die Erstellung von Statistiken im Beschaffungswesen vereinfacht werden.

Aus den vorgenannten Gründen hat die Kommission bereits 1996 empfohlen¹⁾, bei Bekanntmachungen zur Beschreibung des Auftragsgegenstandes des CPV zu verwenden. Mit Verordnung (EG) Nr. 2195/2002²⁾, die durch Verordnung (EG) Nr. 2151/2003³⁾ geändert wurde, hat die EU-Kommission mit Wirkung vom 20. Dezember 2003 das CPV als einheitliches Klassifikationssystem bei öffentlichen Aufträgen verbindlich und in allen Mitgliedstaaten unmittelbar geltend eingeführt. Auch in den neuen Vergaberichtlinien vom 31. März 2004 wird nun auf das CPV Bezug genommen. Mit Verordnung (EG) Nr. 213/2008⁴⁾ wurde eine weitere Änderung des CPV vorgenommen. Ziel ist, der Entwicklung des Marktes und des Bedarfs der Benutzer Rechnung zu tragen. Hierfür wurden Struktur und Codes des CPV angepasst. Das neue Vokabular gilt ab dem 29. September 2008.

Das Bundesministerium für Wirtschaft gibt die jeweils geltende Fassung des CPV nach § 14 VgV im Bundesanzeiger bekannt.

Das CPV stellt eine Weiterentwicklung und eine Verbesserung der CPA und der NACE dar, da es besser auf die Besonderheiten öffentlicher Aufträge zugeschnitten ist. Im Gegensatz zur sechsstelligen Klassifikation des CPA wurde das CPV zu einer achtstelligen Nomenklatur verfeinert. Eine neunte Ziffer dient dem Amt für amtliche Veröffentlichungen der Überprüfung der achtstelligen Ziffer. Das CPV umfasst einen Hauptteil und einen Zusatzteil. Dem Hauptteil liegt eine Baumstruktur zugrunde, die den jeweiligen Leistungsgegenstand zunehmend präzisiert (je mehr Nullen, desto allgemeiner). Der Zusatzteil kann verwendet werden, um die Beschreibung des Auftragsgegenstandes zu ergänzen.

Sucht z. B. eine Behörde den CPV-Code für netzwerkfähige Laserdrucker, so findet sie den entsprechenden Code wie folgt:

- 1) Empfehlung der Kommission vom 30.7.1996 (96/527/EG); ABl. Nr. L 222 vom 3.9.1996, S. 10 ff.
- 2) Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.11.2002 Nr. 2195/2002; ABl. Nr. L 340 vom 16.12.2002, S. 1 ff.
- 3) Verordnung der Kommission vom 16.12.2003 Nr. 2151/2003; ABl. Nr. L 329 vom 17.12.2003, S. 1 ff.; berichtigt am 18.12.2003, ABl. Nr. L 330 vom 18.12.2003, S. 34. Abgedruckt (ohne Anhänge) unter B 5.
- 4) Verordnung der Kommission vom 28.11.2007, ABl. Nr. L 74 vom 15.3.2008, S. 1 ff.