

Studien zu Finanzen, Geld und Kapital

Band 11

**Die Koordinierung
der Vergabe öffentlicher Aufträge
in der Europäischen Union**

Von

Kirsten Michaela Frank



Duncker & Humblot • Berlin

DOI <https://doi.org/10.3790/978-3-428-49956-4>

Generated for Hochschule für angewandtes Management GmbH at 88.198.162.162 on 2025-10-30 23:11:32
FOR PRIVATE USE ONLY | AUSSCHLIESSLICH ZUM PRIVATEN GEBRAUCH

KIRSTEN MICHAELA FRANK

**Die Koordinierung der Vergabe öffentlicher Aufträge
in der Europäischen Union**

Studien zu Finanzen, Geld und Kapital

Band 11

Die Koordinierung der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union

Von

Kirsten Michaela Frank



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Frank, Kirsten Michaela:

Die Koordinierung der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union /
von Kirsten Michaela Frank. – Berlin : Duncker und Humblot, 2000

(Studien zu Finanzen, Geld und Kapital ; Bd. 11)

Zugl.: Frankfurt (Main), Univ., Diss., 1998

ISBN 3-428-09956-7

Alle Rechte vorbehalten

© 2000 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0939-5113

ISBN 3-428-09956-7

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 

DOI <https://doi.org/10.3790/978-3-428-49956-4>

Meinen lieben Eltern

Befragt, woran er kurz vor dem Start der Apollo 15 gedacht habe, als er in der Rakete saß und auf den Start wartete, antwortete der Astronaut David Scott: „You just sit there thinking that this piece of hardware has 400,000 components, all of them built by the lowest bidder.“

Vorwort

Die vorliegende Arbeit beschreibt und analysiert den inzwischen mehr als dreißig Jahre währenden Koordinierungsprozeß der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union, deren Ausgangspunkt die Liberalisierung des öffentlichen Auftragswesens war. Der Schwerpunkt lag folglich zunächst auf dem Abbau diskriminierender Handelspraktiken in den sechziger und Anfang der siebziger Jahre. Erst darauf folgte die eigentliche Koordinierung, also die Anpassung der national sehr unterschiedlichen Vergabesysteme in der Europäischen Union an grundlegende Prinzipien eines an der Idee des Wettbewerbs ausgerichteten Vergabekonzeptes. Dieser Prozeß ist bis heute nicht abgeschlossen. Die Ursachen dafür sind vielfältig: In einigen Staaten der Europäischen Union – so etwa in Deutschland – besitzt die formalisierte Vergabe öffentlicher Aufträge eine beinahe hundert Jahre währende Tradition, die sich nicht in wenigen Jahren aufbrechen und neu fassen läßt. Darüber hinaus wurde und wird die Vergabe öffentlicher Aufträge, die erheblichen Anteil am Bruttoinlandsprodukt der EU-Mitgliedstaaten haben, nach keynesianischem Vorbild zur Konjunktursteuerung eingesetzt, was in Zeiten der Stagnation oder gar Depression den Verbleib der vergebenen Aufträge im Vergabeland voraussetzt. Daneben eignet sich die Vergabe öffentlicher Aufträge zur Förderung bestimmter wirtschaftlicher oder sozialer Gruppierungen, die in der Regel aber nur für das eigene Land angestrebt wird. Und schließlich stößt es auch bei Unternehmen und Steuerzahlern häufig noch immer auf Unverständnis, wenn ein großer Teil öffentlicher Aufträge ins Ausland vergeben wird. Dieses Argument wiegt um so schwerer, je schwächer die Konjunktur und – damit verbunden – je höher die Arbeitslosigkeit im eigenen Lande ist.

Um einen breiten Bogen zu spannen und die Schwierigkeiten, aber auch die Möglichkeiten einer Koordinierung der Vergabe öffentlicher Aufträge zu demonstrieren, zeigt die vorliegende Arbeit im ersten Teil die Ausgangssituation des Koordinierungsprozesses auf. Sie geht dabei auf wirtschaftliche Nachteile ein, die innerhalb der Europäischen Union dadurch entstanden sind, daß die Mitgliedstaaten die Vergabe öffentlicher Aufträge in der Vergangenheit in der Regel lediglich auf

das eigene Hoheitsgebiet beschränkt haben. Im zweiten Teil wird der Beginn und der Fortgang des Koordinierungsprozesses beschrieben. Ausgangspunkt sind dabei die im EG-Vertrag manifestierten Freiheiten, die in ihrem Bezug auf das öffentliche Auftragswesen dargestellt und in ihrem Zusammenspiel und ihren Wechselwirkungen erläutert werden. Danach erst folgt die Darstellung des eigentlichen Koordinierungsprozesses, dessen Rechtsgrundlagen zunächst aufgezeigt werden. Sehr eingehend werden dann die ergriffenen Maßnahmen im Bereich Bau-, Liefer- und Dienstleistungen sowie in den sogenannten ausgenommenen Sektoren beschrieben und vor dem Hintergrund des angestrebten Ziels – der Schaffung eines einheitlichen EU-Vergabemarktes – analysiert. Ergänzt wird die Koordinierung von flankierenden Maßnahmen. Der dritte Teil der Arbeit behandelt die Umsetzung und Durchsetzung der Richtlinien zum öffentlichen Auftragswesen. Als Ergebnis kann vorweggenommen werden, daß durch die Koordinierung eine spürbare Veränderung beispielsweise der Importraten für von öffentlichen Auftraggebern nachgefragte Güter und Dienste nicht eingetreten ist, sich demgegenüber aber der Verwaltungsaufwand sowohl auf seiten der Auftraggeber als auch in den für diese produzierenden Unternehmen erhöht hat. Dieses Ergebnis wird anhand von Fallstudien belegt, die sich überwiegend auf den deutschen Markt beziehen. Daß sich diese jedoch auf andere Märkte in der Europäischen Union übertragen lassen, belegt unter anderem die Anschlußstudie an den Cecchini I-Bericht, auf die im dritten Teil der Arbeit näher eingegangen wird.

Diese Arbeit wäre nicht zustande gekommen ohne die besondere Unterstützung meines Doktorvaters Norbert Andel. Er hat mich dazu ermuntert, meine Forschungen – neben anderen Aufgaben – mit dem nötigen Elan voranzutreiben und die Arbeit abzuschließen. Für seine Anregungen und seine Kritik bin ich sehr dankbar. Ganz besonderen Dank schulde ich zudem meinen Eltern, die mich in jeder Weise – auch in Krisenzeiten – unterstützt haben. Schließlich danke ich der Sozietät Coudert Schürmann, die mir den nötigen Freiraum gewährt hat, diese Arbeit fertigzustellen.

Kirsten Frank

Inhaltsverzeichnis

Teil I

Die Ausgangssituation des Koordinierungsprozesses	19
A. Die unterschiedlichen nationalen Konzepte in der Europäischen Union – Anlaß für die Koordinierung: Hintergrund und Perspektiven	19
I. Ursachen, Formen und Wirkungen der Abschottung auf den nationalen Vergabemärkten	20
1. Die Ursachen der Marktabshottung	20
2. Die Formen der Marktabshottung	22
a) Maßnahmen der Ungleichbehandlung auf seiten der öffentlichen Auftraggeber zum Nachteil in- und ausländischer Bieter und Bewerber sowie in- und ausländischer Waren und Dienste	24
aa) Offene Ungleichbehandlungen	25
(1) Markteintrittsbarrieren	25
(2) Kostensteigernde Barrieren	27
bb) Versteckte Ungleichbehandlungen	28
b) Verhalten auf seiten der Anbieter	32
3. Wirkungen und Kosten der Marktabshottung	32
II. Die wirtschaftlichen Möglichkeiten und Perspektiven einer Öffnung der Vergabemärkte	35
1. Mikroökonomische Analyse	35
2. Makroökonomische Analyse	37
III. Ziele und Maßnahmen der Koordinierung des öffentlichen Auftragswesens	38
1. Die Ziele	38

2. Die Maßnahmen	39
a) Maßnahmen zur Liberalisierung des öffentlichen Auftragswesens	40
b) Maßnahmen zur Koordinierung des öffentlichen Auftragswesens	42
c) Überwachung	44
IV. Zusammenfassung	45

Teil II

Beginn und Fortgang der Koordinierung des öffentlichen Auftragswesens

B. Die Ausgangssituation	46
I. Der EG-Vertrag und seine für das öffentliche Auftragswesen einschlägigen Bestimmungen	46
II. Das allgemeine Diskriminierungsverbot des Artikel 6 EG-Vertrag	47
III. Das Verbot von mengenmäßigen Beschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung im Sinne der Artikel 30 ff. EG-Vertrag	48
1. Der Inhalt der Artikel 30 ff. EG-Vertrag	48
2. Das Verhältnis von Artikel 6 zu Artikel 30 ff. EG-Vertrag	50
IV. Das Verbot von Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit im Sinne der Artikel 52 ff. EG-Vertrag	50
V. Das Verbot von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit im Sinne der Artikel 59 ff. EG-Vertrag	52
VI. Das Verbot wettbewerbsverfälschender Beihilfen im Sinne der Artikel 92 ff. EG-Vertrag	54
VII. Zusammenfassung	55
C. Das sekundäre Gemeinschaftsrecht zur öffentlichen Auftragsvergabe: Der Ausgangspunkt für den Koordinierungsprozeß	57
I. Die Rechtsgrundlagen für eine Koordinierung des öffentlichen Auftragswesens	57
II. Die im öffentlichen Auftragswesen angewandten Rechtsetzungsverfahren	58
1. Der Erlaß von Richtlinien	58

Inhaltsverzeichnis	11
2. Die Allgemeinen Programme	59
3. Arten und Verfahren der Rechtsakte <i>nach</i> Inkrafttreten der Einheitlichen Europäischen Akte	60
a) Das Verfahren der Mitentscheidung	60
b) Die Verordnung	61
c) Die Entscheidung	62
d) Empfehlungen und Stellungnahmen	63
e) Mitteilungen und Erklärungen	63
D. Vorläufer der Koordinierung: Maßnahmen zur Liberalisierung der öffentlichen Vergabemärkte	64
I. Die Allgemeinen Programme zur Aufhebung der Beschränkung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit	64
II. Die erste Richtlinie zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs	66
III. Die ersten Richtlinien zur Liberalisierung des öffentlichen Auftragswesens	67
1. Die Waren-Liberalisierungsrichtlinie 70/32/EWG	67
2. Die Bau-Liberalisierungsrichtlinie 71/304/EWG	68
E. Die Koordinierung im Bauleistungsbereich: Die Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG, neu kodifiziert durch die Richtlinie 93/37/EWG und angepaßt durch die Richtlinie 97/52/EG	70
I. Der lange Weg vom Vorschlag zum Erlaß der Richtlinie	72
II. Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers	72
III. Der öffentliche Bauauftrag	78
IV. Konzessionsverträge	81
V. Anwendungsbereich	82
VI. Vergabeverfahren	85
VII. Art und Inhalt der Bekanntmachung	89
VIII. Verwendung technischer Merkmale	93
IX. Fristen	95
X. Eignung der Bieter und Bewerber	100

XI. Der Zuschlag	106
XII. Berücksichtigung vergabefremder Aspekte	108
XIII. Berichts- und Meldepflichten	110
F. Die Koordinierung im Lieferbereich: Die Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG, neu kodifiziert durch die Richtlinie 93/36/EWG und angepaßt durch die Richtlinie 97/52/EG	114
I. Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers	114
II. Der öffentliche Lieferauftrag	116
III. Anwendungsbereich	116
IV. Vergabeverfahren	121
V. Art und Inhalt der Bekanntmachung	123
VI. Verwendung technischer Merkmale	126
VII. Fristen	128
VIII. Eignung der Bieter und Bewerber	132
IX. Der Zuschlag	136
X. Berücksichtigung vergabefremder Aspekte	138
XI. Berichts- und Meldepflichten	139
G. Die Koordinierung im Dienstleistungsbereich: Die Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, angepaßt durch die Richtlinie 97/52/EG	143
I. Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers und der öffentliche Dienstleistungsauftrag	145
II. Anwendungsbereich	148
III. Vergabeverfahren	151
IV. Art und Inhalt der Bekanntmachung	155
V. Verwendung technischer Merkmale	157
VI. Fristen	158
VII. Eignung der Bieter und Bewerber	159
VIII. Der Zuschlag	163

Inhaltsverzeichnis	13
IX. Berücksichtigung vergabefremder Aspekte	164
X. Berichts- und Meldepflichten	164
H. Die Koordinierung der Auftragsvergabe in den Bereichen der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Sektor Telekommunikation: Die Sektorrichtlinie 90/531/EWG, neu kodifiziert durch die Richtlinie 93/38/EWG und angepaßt durch die Richtlinie 98/4/EG	168
I. Der Begriff des Sektorenauftraggebers	170
II. Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge	176
III. Anwendungsbereich	179
IV. Vergabeverfahren	187
V. Art und Inhalt der Bekanntmachung	191
VI. Verwendung technischer Merkmale	194
VII. Fristen	197
VIII. Eignung der Bieter und Bewerber	199
IX. Der Zuschlag	202
X. Berücksichtigung vergabefremder Aspekte	204
XI. Berichts- und Meldepflichten	205
I. Die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren und der Rechtsschutz nach Gemeinschaftsrecht	212
I. Die Überwachungsrichtlinien	212
1. Die Überwachungsrichtlinie für öffentliche Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge	213
2. Die Überwachungsrichtlinie für die ausgenommenen Sektoren	218
II. Rechtsschutzmöglichkeiten nach dem EG-Vertrag	225
J. Zusammenfassende Würdigung der Koordinierungsmaßnahmen	227
I. Der Abbau offener Ungleichbehandlungen – die Liberalisierung	227
II. Der Abbau versteckter Ungleichbehandlungen – die Koordinierung	231
III. Fazit	237

K. Flankierende Maßnahmen	239
I. Die Beratenden Ausschüsse und ihre Aufgaben	240
II. Wirtschaftliche Beobachtung des europäischen öffentlichen Vergabemarktes	245
III. Informationssysteme für interessierte Anbieter – elektronische Vernetzung	248
1. Insbesondere: Tenders Electronic Daily (TED)	249
2. SIMAP	250
IV. Standardformulare und einheitliche Nomenklatur	253
V. Harmonisierung technischer Spezifikationen und Transeuropäische Netze (TEN)	256
VI. Gegenseitige Anerkennung von Berufszertifikaten	257
VII. Auftragsberatung und andere Maßnahmen zugunsten der kleinen und mittleren Unternehmen	258
VIII. Private Initiativen: Gründung von Informationsforen und Vereinen zum öffentlichen Auftragswesen	261
L. Vereinbarungen der EU auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens mit Drittstaaten	263
I. Das EWR-Abkommen	263
II. Das GATT-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen – abgelöst durch das WTO-Übereinkommen	265
III. Das EU-USA-Abkommen	266
IV. Die Europa-Abkommen	268
V. Zusammenfassung des Teils II	270

Teil III

Die Umsetzung und Durchsetzung der EU-Richtlinien zum öffentlichen Auftragswesen anhand ausgewählter Beispiele	274
M. Fristen und andere Vorgaben zur Umsetzung der EU-Richtlinien	274
I. Der Bereich öffentliche Bauaufträge	277
II. Der Bereich öffentliche Lieferaufträge	277

Inhaltsverzeichnis	15
III. Der Bereich zuvor ausgenommener Sektoren	278
IV. Der Bereich öffentliche Dienstleistungsaufträge	279
V. Der Bereich Überwachung	279
N. Die bisherige Umsetzungspraxis in den Mitgliedstaaten der EU anhand ausgewählter Beispiele	281
I. Schwierigkeiten bei der Umsetzung und ausgewählte Vertragsverletzungsverfahren	281
II. Umsetzungsmaßnahmen in ausgewählten Mitgliedstaaten der EU	286
1. Das deutsche Modell	286
a) Die haushaltsrechtliche Lösung	288
aa) Die Umsetzung der materiellen EU-Vergaberichtlinien	288
bb) Die Umsetzung der EU-Überwachungsrichtlinien	291
b) Die Eingliederung des öffentlichen Vergabewesens in das Wettbewerbsrecht	295
c) Die Änderungen bei der Umsetzung der Überwachungsrichtlinien	299
d) Die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte	302
2. Das dänische Modell	304
a) Die Umsetzung der materiellen EU-Vergaberichtlinien	304
b) Die Umsetzung der EU-Überwachungsrichtlinien	306
3. Das österreichische Modell	307
a) Die Umsetzung der materiellen EU-Vergaberichtlinien	308
b) Die Umsetzung der EU-Überwachungsrichtlinien	310
4. Das französische Modell	312
a) Die Umsetzung der materiellen EU-Vergaberichtlinien	313
b) Die Umsetzung der EU-Überwachungsrichtlinien	315
5. Das britische Modell	315
a) Die Umsetzung der materiellen EU-Vergaberichtlinien	317
b) Die Umsetzung der EU-Überwachungsrichtlinien	320
6. Das belgische Modell	321
a) Die Umsetzung der materiellen EU-Vergaberichtlinien	322
b) Die Umsetzung der EU-Überwachungsrichtlinien	323

7. Das italienische Modell	323
a) Die Umsetzung der materiellen EU-Vergaberichtlinien	324
b) Die Umsetzung der EU-Überwachungsrichtlinien	327
O. Die Auswirkungen der EU-weiten Koordinierung des öffentlichen Auftrags- wesens	329
I. Die Anwendung der nationalen Vorschriften zur Umsetzung der Koordinie- rungsrichtlinien	329
1. Die falsche Auslegung der in den Richtlinien verwendeten Begriffe	329
2. Die bevorzugte Verwendung von Verhandlungs- und beschleunigten Ver- fahren	331
3. Die Verwendung technischer Spezifikationen sowie von Eignungs- und Zuschlagskriterien zur Abschottung nationaler Märkte	332
II. Die Marktentwicklung im Zuge der Koordinierung des öffentlichen Auftrags- wesens: Die Einschätzung der Kommission und anderer	333
1. Die Einschätzung der Kommission	335
2. Die Einschätzung des Wirtschafts- und Sozialausschusses	338
3. Die Einschätzung des Rates	340
4. Die Einschätzung auf deutscher Seite	341
5. Die „Cecchini II-Studie“	342
III. Auswirkungen in ausgewählten Beschaffungsbereichen	344
1. Die Beschaffungen auf Zentral- und Bundesebene	345
a) Die Beschaffungen der Bundeswehr	346
b) Die Beschaffungen des Bundesministeriums Bau	348
c) Die Beschaffungen des Bundesministeriums für Verkehr	348
d) Die Beschaffungen des Bundesministeriums des Innern	350
2. Die Beschaffungen auf regionaler Ebene	351
3. Die Beschaffungen der Sektorenauftraggeber	352
a) Die Beschaffungen der Deutschen Telekom AG	354
b) Die Beschaffungen der deutschen Elektrizitätsversorger	357
c) Die Beschaffungen der Deutschen Bahn AG	359

Inhaltsverzeichnis	17
IV. Die Nutzung der durch die Überwachungsrichtlinien begründeten Rechtsmittel	360
1. Die Nutzung des Nachprüfungsverfahrens in Deutschland	361
2. Die Nutzung des Nachprüfungsverfahrens in Österreich	362
3. Fazit	364
V. Zusammenfassung des Teils III	365
P. Schlußwort: Die Koordinierung des öffentlichen Auftragswesens in der EU:	
Rückblick und Ausblick	367
I. Der mäßige Erfolg der Koordinierungsmaßnahmen	367
II. Die Zukunft des öffentlichen Auftragswesen – eine Prognose	369
III. Die Perspektiven der weiteren Politik	371
Anhang I: Verzeichnis der von der Verfasserin geführten Interviews	373
Anhang II: Verzeichnis der wichtigsten Entscheidungen	374
Anhang III: Verzeichnis der EU-Koordinierungsrichtlinien zum öffentlichen Auftragswesen und damit verbundener Maßnahmen	376
Anhang IV: Dokumente	382
Literaturverzeichnis	387
Sachwortverzeichnis	397

Abkürzungsverzeichnis

BB	Betriebsberater
BddW	Blick durch die Wirtschaft
BDI	Bund der Deutschen Industrie
DIHT	Deutscher Industrie- und Handelstag
DB	Der Betrieb
DVA	Verdingungsausschuß für Bauleistungen
DVAL	Verdingungsausschuß für Leistungen
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVU	Energieversorgungsunternehmen
GPA	Government Procurement Act
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
HB	Handelsblatt
HdWW	Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaften
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
ÖA	Öffentliches Auftragswesen
PPLR	Public Procurement Law Review
VDEW	Vereinigung deutscher Elektrizitätswerke
VgNPV	Verordnung über die Vergabe- und Nachprüfungsbestimmungen für öffentliche Aufträge
VgRÄG	Vergaberechtsänderungsgesetz
VGv	Vergabeverordnung
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen
VOL	Verdingungsordnung für Leistungen
VOF	Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen
WTO	World Trade Organization
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZDH	Zentralverband des deutschen Handwerks
ZfZ	Zeitschrift für Zölle und Verbrauchsteuern
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZVgR	Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht

Teil I

Die Ausgangssituation des Koordinierungsprozesses

A. Die unterschiedlichen nationalen Konzepte in der Europäischen Union – Anlaß für die Koordinierung: Hintergrund und Perspektiven¹

Bei der Vollendung des Binnenmarktes nehmen die öffentlichen Aufträge nach Ansicht der Kommission eine Schlüsselrolle ein und gelten als ein Kernbereich für das Zusammenwachsen der europäischen Volkswirtschaften. Schätzungen zufolge machen allein die Käufe der Verwaltungen jährlich etwa 7% des Bruttoinlandsprodukts der Gemeinschaft aus; bezieht man auch die Einkäufe öffentlicher Unternehmen mit ein, errechnet sich ein Wert von durchschnittlich 10%.²

Im ersten Teil dieser Arbeit werden zunächst Ursachen und Formen der Abschottung auf den nationalen Vergabemärkten dargestellt und analysiert. Anschlie-

¹ Auf die einzelnen nationalen Konzepte und die Mechanismen der öffentlichen Auftragsvergabe soll in dieser Arbeit nicht eingegangen werden. Hier wird auf die folgende Literatur verwiesen: Europäische Kommission: *The Economics of 1992, The EC Commission's Assessment of the Economic Effects of Completing the Internal Market*, Study directed by Michael Emerson, assisted by Michel Aujean, Michel Catinat, Philippe Goybet and Alexis Jacquemin, Oxford 1988; dieselbe: *Öffentliches Auftragswesen. Regionale und soziale Aspekte*, Kom (89) 400, Brüssel 1989; Gandenberger, Otto: *Öffentliche Auftragsvergabe*, in: *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaften*, Band 5, hrsg. von Willi Albers et al., Stuttgart 1980; Möllhoff, Ulrich: *Das öffentliche Auftragswesen des Verteidigungsressorts im Spannungsfeld der Wirtschafts- und Finanzverfassung. Studien zum Finanz- und Steuerrecht*, Band 9, hrsg. von Christian Flämig, Frankfurt am Main u. a. 1985; Österreichische Bundeskammer der Gewerblichen Wirtschaft (Hrsg.): *Europäische Systeme der Auftragsvergabe*. Dargestellt am Beispiel der Vergabe von Bauaufträgen durch die öffentliche Hand. *Schriftenreihe der Bundeskammer*, Band 6, Wien 1968; Schmitz, Elke: *Das Recht der öffentlichen Aufträge im Gemeinsamen Markt. Eine rechtsvergleichende Darstellung. Schriftenreihe Europäische Wirtschaft*, Band 57, hrsg. von Rudolf Regul, Baden-Baden 1972; Stolz, Kathrin: *Das öffentliche Auftragswesen in der EG. Möglichkeiten und Grenzen einer Liberalisierung, Schriftenreihe Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft*, Band 147, hrsg. von Jürgen Schwarze, Baden-Baden 1991; Welter, Erich: *Der Staat als Kunde. Öffentliche Aufträge in der Wettbewerbsordnung*. Veröffentlichungen des Forschungsinstituts für Wirtschaftspolitik an der Universität Mainz, Heidelberg 1960.

² Vgl. Cecchini, Paolo: *Europa '92. Der Vorteil des Binnenmarktes*, Baden-Baden 1988, S. 37; Europäische Kommission: *Vademekum über öffentliches Auftragswesen in der Gemeinschaft*, 87/C 358/01, Brüssel 1987, S. 1.

End wird das Potential einer Öffnung der Vergabemärkte und der Koordinierung des Auftragswesens aufgezeigt. Davon ausgehend wird ein Ziel- und Maßnahmenkatalog für die Koordinierung des Auftragswesens auf EU-Ebene erarbeitet.

I. Ursachen, Formen und Wirkungen der Abschottung auf den nationalen Vergabemärkten

1. Die Ursachen der Marktabschottung

Die Ursachen der Abschottung nationaler Vergabemärkte sind vielfältig: Teilweise sind politische Motive, hauptsächlich aber wohl mangelndes Bewußtsein für die Vorteile eines möglichst breiten Wettbewerbs die Ursache dafür, daß öffentliche Auftraggeber immer wieder versuchen, in erster Linie auf das Angebot inländischer Dienste und Produkte zurückzugreifen, was zu einer Abschottung der nationalen Märkte führt.

Frühe Untersuchungen zeigen, daß ein wesentlicher Grund der Marktabschottung für öffentliche Aufträge darin liegt, daß Wähler und Politiker entsprechenden Druck auf die Vergabestellen ausüben. Nach dem Motto „Das Geld der Steuerzahler soll im eigenen Land bleiben“ werden öffentliche Aufträge als geeignetes Instrument angesehen, im eigenen Land Vollbeschäftigung zu erreichen oder zu sichern.³ Diese Idee ist auch dann die treibende Kraft, wenn öffentliche Aufträge neben dem eigentlichen Beschaffungszweck industrie-, regional-, konjunktur- und sozialpolitisch motiviert sind⁴ oder die nationale Unabhängigkeit von ausländischen Produzenten sichern sollen⁵. Wie das Beispiel des deutschen Transrapid zeigt, soll die Ausführung eines öffentlichen Auftrags gerade auf dem Gebiet der Hochtechnologie häufig als Aushängeschild dienen und wird als unerläßliches Mittel zur Exportsicherung angesehen. Die Ziele der Allokationseffizienz sowie der

³ Vgl. Charpentier, Guy/Clarke, Richard: Das öffentliche Auftragswesen im Gemeinsamen Markt. Bericht für die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Brüssel 1975, S. 9 f., 16 f. und 79; Europäische Kommission: Erste Mitteilung der Kommission an den Rat über den Stand der Öffnung der Märkte hinsichtlich der Vergabe von Lieferungsufträgen durch öffentliche Unternehmen und Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, SEK(72) 2601 endg. vom 24. Juli 1972, Brüssel 1972, S. 28.

⁴ Vgl. Charpentier, Guy/Clarke, Richard: Das Öffentliche Auftragswesen im Gemeinsamen Markt, S. 17 und 79; Europäische Kommission: The „Cost of Non-Europe“ in Public-Sector Procurement. Research on the „Cost of Non-Europe“. Basic Findings, Volume 5 Part A, Luxemburg 1988, S. 3.

⁵ Vgl. Hartley, Keith: Public Procurement and Competitiveness: A Community Market for Military Hardware and Technology? Journal of Common Market Studies, Volume XXV, No. 3, March 1987, S. 237 (239); Europäische Kommission: The „Cost of Non-Europe“ in Public-Sector Procurement, S. 3.

Wirtschaftlichkeit des Beschaffungsvorgangs treten dabei häufig in den Hintergrund und wirken nicht allein gegenüber dem Ausland abschottend, sondern grenzen auch inländische Anbieter vom Vergabemarkt aus, wenn diese nicht zum Kreis der Bevorzugten gehören. Zudem sind öffentliche Auftraggeber, die regelmäßig öffentliche Aufträge vergeben, bestrebt, feste Bindungen zu bewährten Lieferanten aufzubauen. Diese Bande sind vielfach über Jahre und Jahrzehnte hinweg gewachsen und bestehen überwiegend nur mit inländischen Anbietern, weil diese, was nicht zu unterschätzen ist, den gleichen sprachlichen und kulturellen Hintergrund mitbringen⁶. *Charpentier* und *Clarke* haben in einer Untersuchung aus dem Jahre 1975 herausgestellt, daß Ingenieure, die in den öffentlichen Vergabestellen mit der Abfassung technischer Spezifikationen befaßt sind und die Angebote zu beurteilen haben, davon ausgehen, daß das während des Studiums und anschließend in ihrer beruflichen Praxis übermittelte Wissen allen anderen, also auch ausländischen Erfahrungen überlegen ist⁷. Das Angebot eines ausländischen Produzenten muß folglich gegen ein häufig nicht einmal bewußtes Vorurteil ankommen. Unter anderem auf den unterschiedlichen Ausbildungssystemen beruht auch die von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedliche Entwicklung der Versorgungsnetze, von denen jedes seine technologischen Eigenheiten aufweist. Die relative Starrheit und Undurchlässigkeit der einzelnen Systeme hat dazu geführt, daß jedes Land eigene Standards, Normen und Spezifikationen entwickelt hat, die regelmäßig untereinander nicht kompatibel sind.⁸

Die öffentlichen Auftraggeber bevorzugen die örtliche Nähe der Lieferanten aber auch aus praktischen Gründen: Je geringer die Strecke zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber, desto leichter die Kommunikation. Das gilt nicht nur im Vorfeld einer Vergabe, wenn möglicherweise mit einzelnen Anbietern nachverhandelt wird, sondern auch während und nach der Ausführung des Auftrags. Der Auftragnehmer kann ein Produkt schneller nachliefern und ist im Falle des Kundendienstes besser zu erreichen als sein ausländischer Konkurrent⁹.

Eine weitere Ursache dafür, daß Vergabestellen sich häufig an inländische Unternehmen wenden oder diese bevorzugen, liegt in der fehlenden Übersicht der öffentlichen Einkäufer. Häufig verfügen sie nicht über die Sprachkenntnisse, die notwendig wären, um ausländische Anbieter erreichen und schließlich auch deren Angebote beurteilen zu können.¹⁰ Wählen sie außerdem den einfacheren Weg der

⁶ Vgl. *Charpentier, Guy/Clarke, Richard*: Das Öffentliche Auftragswesen im Gemeinsamen Markt, S. 9 und 51; Wirtschafts- und Sozialausschuß der EU: Fragebogen zum öffentlichen Auftragswesen vom März/April 1996, S. 2.

⁷ Vgl. *Charpentier, Guy/Clarke, Richard*: Das Öffentliche Auftragswesen im Gemeinsamen Markt, S. 51.

⁸ Vgl. ebenda, S. 64 ff.; Europäische Kommission: Vademekum über Öffentliches Auftragswesen in der Gemeinschaft, S. 2; dieselbe: Erste Mitteilung der Kommission an den Rat über den Stand der Öffnung der Märkte vom 24. Juli 1972, S. 28.

⁹ Vgl. ebenda, S. 28; Wirtschafts- und Sozialausschuß der EU: Fragebogen zum öffentlichen Auftragswesen, S. 2.

konstruktiven statt der funktionalen Leistungsbeschreibung und grenzen die Anbieter so in ihren Ausführungsmöglichkeiten stark ein, werden insbesondere ausländische Anbieter benachteiligt.

Aufgrund der national unterschiedlichen und teilweise komplizierten Vergabesysteme zieht es manchen Produzenten zudem gar nicht auf die ausländischen Vergabemärkte. Insbesondere fehlende oder unterschiedliche Rechtsmittel sowie strengere Gewährleistungsvorschriften als am eigenen Standort und das national meist voneinander abweichende Vertragsrecht halten Anbieter davon ab, sich um einen öffentlichen Auftrag in einem anderen Mitgliedstaat zu bewerben.¹¹ Häufig sind es kleine und mittelgroße Unternehmen, die vor dem Schritt ins Ausland zurückscheuen. Dieses Phänomen ist gerade dann zu beobachten, wenn das Auftragsvolumen die Kapazitäten des Unternehmens übersteigt.¹² Andererseits ist ein öffentlicher Auftrag für einen ausländischen Anbieter unter Umständen erst von einer bestimmten Auftragssumme an interessant – ein Spannungsfeld, das über Kooperationen und andere Formen der Zusammenarbeit insbesondere unter mittelständischen Unternehmen bewältigt werden kann.

Eine andere Ursache für die Abschottung der nationalen Vergabemärkte liegt zudem in der mangelhaften Kontrolle einzelner Vergabeentscheidungen durch nationale oder supranationale Instanzen, die noch dadurch unterstützt wird, daß viele Vergabestellen traditionell keiner Berichtspflicht unterliegen. Der Vergabe öffentlicher Aufträge fehlte deswegen die notwendige Transparenz, die in der Vergangenheit nur selten mittels einer „sozialen“ Kontrolle durch abgewiesene Bieter oder Bewerber ausgeglichen wurde. Denn vielfach ist den Bietern und Bewerbern kein Rechtsmittel an die Hand gegeben, um gegen eine rechtswidrige Vergabeentscheidung erfolgreich vorzugehen. Aber selbst wenn Rechtsmittel existieren, scheuen Bieter davor zurück, den Rechtsweg zu beschreiten, weil sie für die Zukunft weitere Nachteile befürchten.

2. Die Formen der Marktabschottung

Die Antwort auf die Frage nach den in der Vergangenheit, teils aber auch heute noch zu beobachtenden Formen der Marktabschottung im öffentlichen Auftragswesen läßt sich unterschiedlich strukturieren: Entweder wählt man ökonomische

¹⁰ Vgl. Europäische Kommission: Erste Mitteilung an den Rat über den Stand der Öffnung der Märkte vom 24. Juli 1972, S. 28; Charpentier, Guy / Clarke, Richard: Das öffentliche Auftragswesen im Gemeinsamen Markt, S. 20; Wirtschafts- und Sozialausschuß der EU: Fragebogen zum öffentlichen Auftragswesen, Anlage 1.

¹¹ Vgl. Europäische Kommission: The „Cost of Non-Europe“ in Public-Sector Procurement, S. 3.

¹² Vgl. dieselbe: Vademekum über Öffentliches Auftragswesen in der Gemeinschaft, S. 18; dieselbe: Erste Mitteilung der Kommission an den Rat über den Stand der Öffnung der Märkte vom 24. Juli 1972, S. 20.

Kategorien wie Markteintritts- und kostensteigernde Barrieren¹³. Oder aber man ordnet nach den juristischen Merkmalen „Diskriminierung“ sowie „Maßnahmen mit gleicher Wirkung“. Die letztgenannten Ordnungskriterien scheinen schon deswegen sinnvoll, weil sie sich an den Vorgaben des EG-Vertrages und damit der Rechtsgrundlage auch für die Öffnung des öffentlichen Auftragswesens orientieren. Der Vorteil einer Strukturierung anhand ökonomischer Ordnungsmerkmale liegt in der Kompatibilität mit mikro- und makroökonomischen Analysemodellen. Anhand solcher Modelle sollen unter A.II. dieser Arbeit kurz die wirtschaftlichen Vorteile einer Öffnung des Auftragswesens aufgezeigt werden.

Da also sowohl juristische als auch ökonomische Ordnungskriterien für die nachfolgende Untersuchung eine Rolle spielen, wird hier eine gemischte Strukturierung gewählt, bei der jedoch anstelle des Begriffs „Diskriminierung“ der Terminus „Ungleichbehandlung“ verwendet wird. Der Grund dafür liegt im EG-Vertrag, der Diskriminierung in einem ganz bestimmten, für die nachfolgende Analyse aber nicht umfassenden Sinne definiert: Zwar spricht Artikel 6 EG-Vertrag ein allgemeines Diskriminierungsverbot gegenüber Staatsangehörigen ausländischer Mitgliedstaaten aus; jedoch ist diese Bestimmung nur auf Personen, nicht aber auf Waren und Dienste, die naturgemäß keine Staatsangehörigkeit besitzen¹⁴, anwendbar. Hier greifen teilweise Sonderbestimmungen mit entsprechender Begriffsvielfalt, die an dieser Stelle eher Verwirrung stiftet als Erhellung bringt und deswegen nicht eingeführt werden soll.

Unterschieden wird im folgenden außerdem danach, ob die Marktabstottung von öffentlichen Auftraggebern ausgeht oder in einem Verhalten auf Seiten der Anbieter zu suchen ist. Dabei ist von Bedeutung, was unter dem Begriff des öffentlichen Auftraggebers zu verstehen ist. Für eine ökonomische Analyse ist es sinnvoll, eine möglichst weite Definition zu wählen, die nicht allein den Staat und seine Behörden, die Bezirksregierungen und Kommunen sowie die Personen des öffentlichen Rechts einschließt, sondern auch den gesamten Versorgungssektor umfaßt, der im allgemeinen nicht wettbewerblich organisiert ist. Zunächst sollen nämlich alle nur möglichen Potentiale der Koordinierung des Auftragswesens betrachtet werden. Zum Versorgungssektor zählen, unabhängig von ihrer privat- oder öffentlich-rechtlichen Rechtsform sowie privat- oder öffentlich-rechtlichen Eigentumsstruktur alle Unternehmen, die im Rahmen einer Monopolstellung oder Konzession öffentliche Versorgungsaufgaben wahrnehmen. Hier sind Unternehmen zu nennen, die Energie herstellen und vertreiben, Wasser aufbereiten und verteilen sowie Telekommunikations- und öffentliche Verkehrsleistungen erbringen. In ihrer Beschaffungspolitik und ihren Beschaffungstechniken ähneln diese Unternehmen

¹³ Diese Kategorisierung ist abgeleitet von Europäische Kommission: The Economics of 1992, S. 33.

¹⁴ Vgl. Wohlfahrt, Ernst/ Everling, Ulrich/ Glaesner, Hans-Joachim/ Sprung, Rudolf: Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Kommentar, Berlin und Frankfurt 1960, Art. 7 a.F. Rdnr. 13; Hainaut, Jean-Pierre/ Joliet, Roland: Les contrats de travaux et de fournitures de l'administration dans le Marché Commun, Bruxelles 1963, Band 1, S. 235.

eher Behörden oder juristischen Personen des öffentlichen Rechts, auch wenn sie zum Teil privatwirtschaftlich organisiert sein mögen und unter Umständen sogar in keinerlei eigentumsrechtlicher Beziehung (mehr) zum Staat und seinen Behörden stehen.^{15, 16}

a) Maßnahmen der Ungleichbehandlung auf seiten der öffentlichen Auftraggeber zum Nachteil in- und ausländischer Bieter und Bewerber sowie in- und ausländischer Waren und Dienste

Eine Ungleichbehandlung liegt immer dann vor, wenn gleichgelagerte Sachverhalte ungleich behandelt werden, ohne daß dies durch allgemeine und objektive Unterscheidungsmerkmale gerechtfertigt wäre, oder wenn ungleich oder verschieden gelagerte Sachverhalte gleich behandelt werden, obwohl sie sich in keinem allgemeinen oder objektiven Merkmal gleichen.¹⁷ Öffentliche Auftraggeber können verschiedene Maßnahmen ergreifen, wonach ausländische *Anbieter* von Waren und Diensten oder aber die aus einem ausländischen Staat der EU bezogenen *Waren und Dienste* benachteiligt werden. Der Unterschied liegt darin, daß im ersten Falle allein die Staatsangehörigkeit des Anbieters ohne Rücksicht auf die Herkunft der Waren den Ausschlag gibt, während im zweiten Falle allein auf die Herkunft der Waren und Dienste abgestellt wird, ohne daß es auf die Staatsangehörigkeit des Anbieters ankommt. Sofern *Dienstleistungen* betrachtet werden, kann eine Unterscheidung nach Staatsangehörigkeit des Anbieters und Herkunftsland der Dienstleistung grundsätzlich dahinstehen, weil eine Dienstleistung untrennbar an ihren Erbringer und dessen Staatsangehörigkeit geknüpft ist. Diese juristische Betrachtungsweise spielt im Rahmen der ökonomischen Analyse zwar noch keine Rolle, gewinnt aber bei der Frage nach den Rechtsgrundlagen der Liberalisierung¹⁸ des öffentlichen Auftragswesens an Bedeutung. Hier kommt neben der Dienstleistungsfreiheit dann auch die Niederlassungsfreiheit in Betracht.¹⁹

¹⁵ Vgl. dazu Charpentier, Guy/Clarke, Richard: Das Öffentliche Auftragswesen im Gemeinsamen Markt, S. 59 ff.; Europäische Kommission: The „Cost of Non-Europe“ in Public-Sector Procurement, S. 10.

¹⁶ An dieser Stelle soll (noch) nicht erörtert werden, ob eine Einbeziehung des Versorgungsektors in die Liberalisierung und Koordinierung des öffentlichen Auftragswesens sinnvoll ist. Dies spielt erst im dritten Teil dieser Arbeit eine Rolle.

¹⁷ Vgl. nur Grabitz/Hilf-von Bogdandy: Kommentar zur Europäischen Union, München 1996, Art. 6 n.F. Rdnr. 8 und 16.

¹⁸ Die Begriffe Liberalisierung und Koordinierung sollen erst unter A.III.2. dieser Arbeit erläutert werden.

¹⁹ Vgl. Stolz, Kathrin: Das öffentliche Auftragswesen in der EG, S. 45 ff.

aa) Offene Ungleichbehandlungen

Eine offene (unmittelbare, formelle) Ungleichbehandlung, die im Rahmen der Marktabstottung immer eine Benachteiligung des ausländischen Anbieters beziehungsweise der aus einem ausländischen Herkunftsland bezogenen Waren und Dienste darstellt, beruht auf Gesetzen, Rechtsverordnungen, Verwaltungsvorschriften oder auf Verwaltungsübung²⁰. Öffentlichen Auftraggebern wurde und wird – gesetzlich oder verwaltungsintern fixiert – bei Ausschreibungen und Vergabeentscheidungen oft ein erheblicher Ermessensspielraum eingeräumt, der dazu führen kann, daß ausländische Hersteller ihre Waren und Dienste nicht unter den gleichen Bedingungen und mit den gleichen Rechten wie einheimische Produzenten anbieten beziehungsweise erbringen können. Dabei ist zu unterscheiden zwischen Markteintrittsbarrieren, die den nationalen Vergabemarkt direkt gegen ausländische Güter und Dienste oder gegenüber ausländischen Anbietern abschirmen, und kostensteigernden Barrieren, die ein ausländisches Angebot verteuern und damit weniger wettbewerbsfähig machen sollen.

(1) Markteintrittsbarrieren

Deutlichste Form, den nationalen öffentlichen Vergabemarkt gegen ausländische Angebote abzuschotten, sind Vorschriften oder Praktiken, die es Ausländern verbieten, Angebote einzureichen oder sich als Subunternehmer an der Ausführung öffentlicher Aufträge zu beteiligen²¹. So sahen in der Vergangenheit die Lastenhefte des französischen Verteidigungsministeriums, der Post und auch der Stadt Paris, in denen die verwaltungsrechtlichen Pflichten zur Durchführung öffentlicher Aufträge festgeschrieben waren, ausdrücklich vor, daß die Bewerber um einen öffentlichen Auftrag französische Staatsangehörige sein mußten. In Belgien war in der Vergangenheit in jedem Einzelfall eine interministerielle Kommission dazu anzuhören, ob es wirtschaftlich zweckmäßig sei, einen bestimmten öffentlichen Auftrag ins Ausland zu vergeben. Teilweise hing die vorübergehende Einfuhr von Material von der Zustimmung der jeweiligen Berufsgenossenschaft ab, die das einzuführende Material auf dessen Vereinbarkeit mit den nationalen unfallschutzrechtlichen Vorschriften hin untersuchte; waren Bauaufträge betroffen, wurden meist nur belgische Unternehmer zugelassen.²² Ähnlich gelagert waren die Fälle, in denen der Zuschlag für die Vergabe eines öffentlichen Auftrags unter anderem nach dem Kriterium „Ursprungsland der Waren“ erteilt wurde, wobei inländische Waren be-

²⁰ Vgl. Schmitz, Elke: Das Recht der öffentlichen Aufträge, S. 108; Stolz, Kathrin: Das öffentliche Auftragswesen in der EG, S. 49 f.

²¹ Vgl. Europäischer Rat: Allgemeines Programm zur Aufhebung der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, ABl. vom 15. 1. 1962, S. 36 (37); Richtlinie der Europäischen Kommission vom 17. Dezember 1969, ABl. L 13 v. 19. 1. 1970, S. 1 (2); Europäische Kommission: The Economics of 1992, S. 17.

²² Vgl. Schmitz, Elke: Das Recht der öffentlichen Aufträge, S. 114 ff.

vorzugt wurden²³ – hiervon machte in der Vergangenheit besonders Frankreich starken Gebrauch²⁴. Ausnahmen wurden in der Regel nur gemacht, wenn es sich um ein sehr spezielles, nur im Ausland hergestelltes Produkt handelte beziehungsweise um eine seltene Dienstleistung, die nur ausländische Anbieter erbringen konnten. Waren und Dienste ausländischer Herkunft werden nach wie vor offen benachteiligt, wenn öffentliche Aufträge zum Zwecke industrie- oder regionalpolitischer Steuerung nur an inländische Unternehmen oder an Betriebe in bestimmten inländischen Regionen vergeben werden (eine in beinahe allen Mitgliedstaaten der EU zu beobachtende Praxis). Das ist auch dann der Fall, wenn aus konjunkturpolitischen Erwägungen Aufträge im Inland verbleiben sollen.²⁵ Der Zugang zum inländischen Vergabemarkt wird auch verhindert, wenn öffentliche Auftraggeber langfristige Rahmenverträge mit nationalen Lieferanten abschließen und solche Verträge immer wieder verlängern²⁶. Eine andere, subtile – trotzdem aber offene – Methode, den Markt gegenüber Gütern ausländischer Herkunft abzuschotten, liegt in der nachträglichen oder kurzfristigen Veränderung der (technischen) Ausschreibungsbedingungen, ohne ausländische Anbieter, die zunächst zur Angebotsabgabe zugelassen wurden, darüber zu informieren. Das ausländische Angebot kann dann schon deswegen den Zuschlag nicht erhalten, weil es den technischen Anforderungen nicht genügt.²⁷

Nicht selten werden die im nationalen Vergabesystem eröffneten und deswegen legalen Spielräume genutzt, um Anbieter von Gütern ausländischer Herkunft bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags auszuschließen: Anstelle offener Vergabeverfahren wurden und werden beschränkte oder freihändige Vergabeverfahren verwendet, die sich nur an inländische Bieter wenden. Bereits in der Anfangsphase werden ausländische Anbieter von einer öffentlichen Vergabe ausgeschlossen, wenn sie nicht zu den in einigen Ländern üblichen Vorgesprächen eingeladen worden sind (so etwa im Rahmen der „Koffietafeln“ in den Niederlanden)²⁸. Bisweilen wurden in der Vergangenheit die Anbieter ausländischer Waren und Dienste zur

²³ Vgl. Dicke, Hugo et al.: EG-Politik auf dem Prüfstand. Wirkungen auf Wachstum und Strukturwandel in der Bundesrepublik. Kieler Studien; hrsg. von Herbert Giersch, Band 209, Tübingen 1987, S. 36; Stolz, Kathrin: Das öffentliche Auftragswesen in der EG, S. 8. In der Vergangenheit sah das französische Musterlastenheft vor, daß bei Bauaufträgen das verwendete Material wie auch die eingesetzten Maschinen französischen Ursprungs sein mußten. Vgl. Schmitz, Elke: Das Recht der öffentlichen Aufträge im Gemeinsamen Markt, S. 114.

²⁴ Vgl. Schmitz, Elke: Das Recht der öffentlichen Aufträge, S. 114.

²⁵ Vgl. Charpentier, Guy/Clarke, Richard: Das Öffentliche Auftragswesen im Gemeinsamen Markt, S. 78 f.; Europäische Kommission: The „Cost of Non-Europe“ in Public-Sector Procurement, S. 13; dieselbe: Erste Mitteilung der Kommission an den Rat über den Stand der Öffnung der Märkte vom 24. Juli 1972, S. 33; dieselbe: Öffentliches Auftragswesen. Regionale und soziale Aspekte, Kom(89) 400, Brüssel 1989, S. 8.

²⁶ Vgl. Wirtschafts- und Sozialausschuß der EU: Fragebogen zum öffentlichen Auftragswesen, Anlage 1.

²⁷ Vgl. ebenda, Anlage 2.

²⁸ Vgl. ebenda, Anlage 1.

Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen nur dann zugelassen, wenn im Herkunfts-Mitgliedstaat Gegenseitigkeit verbürgt war.²⁹ Dies sah beispielsweise in Luxemburg ein Ministererlaß vom 29. Dezember 1956 vor, der allerdings mit dem Abschluß des EG-Vertrages 1957 hinfällig wurde, weil das Vertragswerk nach luxemburgischer Auffassung die verlangte Gegenseitigkeit garantiert³⁰. Selbst in Fällen, in denen ausländische Bieter zunächst einbezogen werden, jedoch die Möglichkeit von Nachverhandlungen besteht, verhandeln öffentliche Auftraggeber in der letzten Phase des Vergabeverfahrens oft nur noch mit inländischen Produzenten oder Dienstleistern. Selbst nach Öffnung der Angebote kann – bis zum Zuschlag – auf diese Weise ein nicht genehmer, meist ausländischer Bieter trotz wirtschaftlich günstigstem oder billigstem Angebot „ausgebootet“ werden, wenn der Auftraggeber mit anderen, meist inländischen Bietern über die Konditionen nachverhandelt³¹.

Die Vergabe öffentlicher Aufträge kann auch solche ausländischen Produzenten beeinflussen, die selber gar keine von öffentlichen Auftraggebern unmittelbar nachgefragten Güter herstellen: Vorschriften oder Praktiken verbieten in einem solchen Fall, daß bei Ausführung eines öffentlichen Auftrags ausländische Güter verwendet werden; sei es, daß diese als zu verarbeitende Rohstoffe unmittelbar in die Produktion des nachgefragten Gutes einfließen oder aber zum festen Kapitalbestand bei der Produktion des nachgefragten Gutes gehören (wie etwa Maschinen und Werkzeuge)³². Auf diese Weise können natürlich auch inländische Bieter und Bewerber benachteiligt werden, wenn sie mit einem Maschinen- und Werkzeugpark ausländischer Herkunft arbeiten (müssen).

(2) Kostensteigernde Barrieren

Einen ähnlichen Effekt wie Markteintrittsbarrieren haben kostensteigernde Barrieren. Sie schließen ausländische Angebote zwar nicht ausdrücklich vom inländischen öffentlichen Vergabemarkt aus, erschweren oder verteuern jedoch die Lieferung eingeführter Waren sowie die Erbringung von Dienstleistungen. Hierunter fallen Praktiken wie die unterschiedliche Behandlung in- und ausländischer Angebote bei Sicherheitsleistungen und Abschlagszahlungen, die in Belgien und Luxemburg zu beobachten waren³³ und teilweise – etwa in Frankreich – noch zu beobachten sind. In Fällen, in denen der öffentliche Auftraggeber (so beispielsweise in den

²⁹ Vgl. Richtlinie der Europäischen Kommission vom 17. Dezember 1969, ABl. L 13 v. 19. 1. 1970, S. 1 (2).

³⁰ Vgl. Europäische Kommission: Dokument IV/2735/I/60-D vom 15. 10. 1960, Brüssel 1960.

³¹ Vgl. das Beispiel bei Söffner, Frank: Die Vergabe öffentlicher Bauaufträge in der EG, München 1984, S. 136.

³² Vgl. Richtlinie der Europäischen Kommission vom 17. Dezember 1969, ABl. L 13 v. 19. 1. 1970, S. 1 (2); Schmitz, Elke: Das Recht der öffentlichen Aufträge, S. 109.

³³ Vgl. ebenda, S. 117 und 120.

Niederlanden) für das gewünschte Gut einen nationalen Produktionsanteil in bestimmter Höhe forderte oder wahlweise die Zahlung einer Kompensation anbot, verteuerte sich das ausländische Angebot dann, wenn sich der ausländische Anbieter für die Kompensationszahlung entschied.³⁴ Wurde im Ausschreibungstext die Vorlage bestimmter Zertifikate verlangt, war – so haben Befragungen von Anbietern ergeben – bisweilen zu beobachten, daß bestimmte Arbeits- und Verfahrensanweisungen in die Landessprache des öffentlichen Auftraggebers übersetzt werden mußten, obwohl sie bereits Bestandteil des Zertifikats waren.³⁵ Dieser zusätzliche Aufwand kostete nicht nur Zeit, sondern band auf seiten des Anbieters auch Arbeitskraft, um die nötige Zulassung oder Stellungnahme zu erwirken, und erhöhte dementsprechend die Angebots- oder Teilnahmekosten. Unmittelbar kostensteigernd wirkte auch das früher häufig zu beobachtende Erfordernis, das es Anbietern ausländischer Waren zur Pflicht machte, zur Teilnahme an einer öffentlichen Ausschreibung ein Bank- oder Postscheckkonto im Land des öffentlichen Auftraggebers zu eröffnen³⁶.

bb) Versteckte Ungleichbehandlungen

Eine versteckte (mittelbare, materielle) Ungleichbehandlung liegt vor, wenn zwar alle Anbieter unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit und alle Güter unabhängig von ihrer Herkunft gleich behandelt werden, diese Gleichbehandlung aber zwangsläufig Bewerber- oder Bietergruppen aus dem Ausland benachteiligt.³⁷ Diese Definition mag auf den ersten Blick widersprüchlich erscheinen, leuchtet aber spätestens bei Betrachtung einiger Beispiele ein: An erster Stelle sind in diesem Zusammenhang national unterschiedliche technische Normen, Spezifikationen und Muster³⁸ zu nennen. In der EU gab es Ende der achtziger Jahre mehr als 100.000 verschiedene technische Normen und Standards,³⁹ die entweder Kompatibilität mit bereits bestehenden Netzen und anderen technischen Einrichtungen gewährleisten oder dem Käufer die Beurteilung der Qualität des angebotenen Produkts erleichtern sollten. Im wesentlichen lassen sich drei Arten von technischen Handelsbarrieren unterscheiden: erstens rechtsverbindliche *technische Anforderungen*, die der nationale Gesetzgeber etwa im Interesse des Verbraucher- oder Um-

³⁴ Vgl. Wirtschafts- und Sozialausschuß der EU: Fragebogen zum öffentlichen Auftragswesen, Anlage 1.

³⁵ Vgl. ebenda, Anlage 2.

³⁶ Vgl. Richtlinie der Europäischen Kommission vom 17. Dezember 1969, ABl. L 13 v. 19. 1. 1970, S. 1 (3).

³⁷ Vgl. Schmitz, Elke: Das Recht der öffentlichen Aufträge, S. 108; Richtlinie der Europäischen Kommission vom 17. Dezember 1969, ABl. L 13 v. 19. 1. 1970, S. 1 (1).

³⁸ Vgl. Europäische Kommission: The Economics of 1992, S. 17; dieselbe: Vademekum über Öffentliches Auftragswesen in der Gemeinschaft, S. 10; Charpentier, Guy/Clarke, Richard: Das Öffentliche Auftragswesen im Gemeinsamen Markt, S. 81.

³⁹ Vgl. Europäische Kommission: The Economics of 1992, S. 49.

weltschutzes festlegt; zweitens durch private Normausschüsse festgelegte *Normen*, die keinen rechtsverbindlichen Charakter haben, sondern lediglich zur Kompatibilität verschiedener Produkte oder Systeme beitragen; und schließlich behördliche *Prüfungs- und Zulassungsverfahren*, die dazu dienen, Produkte und Herstellungsmethoden auf die Einhaltung bestimmter Normen und Vorschriften zu überprüfen und eine Betriebs- oder Zulassungserlaubnis zu erteilen⁴⁰. Aufgrund unterschiedlicher historischer Entwicklung sind nationale Normen, Spezifikationen und Standards zumeist nicht identisch, so daß solche Unternehmen, die ausschließlich oder überwiegend für inländische öffentliche Auftraggeber produzieren und nicht auf Exportgeschäfte angewiesen sind, mit ihrer Produktion in der Regel nur auf diejenigen nationalen Normen ausgerichtet sind, die an ihrem Produktionsstandort gelten. Eine Umstellung auf die Normen anderer Länder ist im allgemeinen kostenintensiv und zeitraubend. Ähnlich verhält es sich mit Bestimmungen, die auf nationaler Ebene zum Schutze der Gesundheit, des Verbrauchers oder der Umwelt entwickelt wurden. Sofern sich diese Regelungen von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterscheiden, kostet die Auflage des öffentlichen Auftraggebers, solche Bestimmungen einzuhalten, den ausländischen Anbieter Zeit und führt zu höheren Kosten, wenn er seine Produktion entsprechend umstellen muß. In der Praxis können öffentliche Auftraggeber eine Ausschreibung auf einen einzigen oder wenigstens einen kleinen Kreis inländischer Anbieter zuschneiden, indem sie dem Ausschreibungstext spezielle inländische Standards und Normen zugrundelegen.⁴¹ Dieses Phänomen ist dann besonders häufig zu beobachten, wenn der öffentliche Auftraggeber die technischen Anforderungen an ein Produkt selber definiert und die darauf spezialisierten Unternehmen (meist inländischer Herkunft) auswählt.⁴² Eine Umfrage der Kommission Ende der achtziger Jahre hat ergeben, daß die verschiedenen technischen Vorschriften und Normen als eines der größten Hindernisse auf dem Weg zu einem einheitlichen Vergabemarkt erachtet werden. Sie wurden gleich nach den durch die unterschiedlichen Vergabesystemen bedingten administrativen Schranken genannt.⁴³

Bisweilen schreiben öffentliche Auftraggeber vor, daß die Herstellung der zu liefernden Güter mit einem festgelegten Kontingent an Arbeitslosen oder Arbeitskräften einer bestimmten Region erfolgen soll. Italien hatte bis in die neunziger Jahre hinein eine solche Präferenzregelung zugunsten von Betrieben im Mezzogiorno, die vom Europäischen Gerichtshof jedoch als Verstoß gegen den EG-Vertrag beurteilt wurde.⁴⁴ In einem solchen Fall werden ausländische Anbieter zwar

⁴⁰ Vgl. Stolz, Kathrin: Das öffentliche Auftragswesen in der EG, S. 124.

⁴¹ Vgl. Welter, Erich: Der Staat als Kunde, S. 299 f.; Krämer, Hans: Rechtsprobleme des öffentlichen Auftragswesens im EG-Binnenmarkt, Kieler Arbeitspapiere Nr. 353, Kiel 1988, S. 2.

⁴² Vgl. Charpentier, Guy / Clarke, Richard: Das Öffentliche Auftragswesen im Gemeinsamen Markt, S. 18.

⁴³ Vgl. Umfrage der Europäischen Kommission, zitiert nach: Krämer, Hans: Rechtsprobleme des öffentlichen Auftragswesens im EG-Binnenmarkt, S. 5.

nicht ausdrücklich von der Bewerbung um einen öffentlichen Auftrag ausgeschlossen, sind tatsächlich aber kaum in der Lage, die genannten Voraussetzungen zu erfüllen. Allerdings werden auch inländische Anbieter durch solche Bestimmungen benachteiligt, wenn sie nicht in dem bevorzugten Gebiet ansässig sind. Versteckte Ungleichbehandlung wird häufig auch über die Festlegung der Eignungskriterien betrieben: Ausländische Anbieter werden gegenüber Inländern benachteiligt, wenn von einem Bieter oder Bewerber der Berufsabschluß des Vergabelandes gefordert wird oder er in das Berufsregister des Vergabelandes eingetragen sein muß. Eine Benachteiligung des ausländischen Anbieters stellt es auch dar, wenn nur eine Behörde aus dem Mitgliedstaat des öffentlichen Auftraggebers die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Interessenten bescheinigen kann⁴⁵. Ähnlich schwierig kann es für einen ausländischen Anbieter sein, sich in die Präqualifizierungsliste (so in Belgien) eines öffentlichen Auftraggebers eintragen zu lassen oder scharfe nationale Zulassungsverfahren zu durchlaufen.⁴⁶

So mußten in Luxemburg Ausländer ohne Niederlassung im Inland bis in die siebziger Jahre hinein durch Beantragung einer Niederlassungsgenehmigung den Nachweis führen, daß sie beispielsweise die gleichen technischen Bedingungen wie inländische Betriebe erfüllten.⁴⁷ In einigen Vergabeländern der EU war es Pflicht, zur Abwicklung des öffentlichen Auftrags in dem betreffenden Mitgliedstaat eine Gesellschaft nach dem Recht des Vergabelandes zu gründen beziehungsweise für das Aufstellen bestimmter Ausführungshilfen (etwa einer Beton- oder Asphaltaufbereitungsanlage) ein entsprechendes Grundstück in dem Vergabeland zu erwerben.⁴⁸

Häufig sind die Fristen für den Eingang der Angebote so kurz bemessen, daß es schon allein aufgrund des längeren, grenzüberschreitenden Postweges ausländischen Bietern kaum möglich ist, sich rechtzeitig um einen Auftrag zu bewerben. Die Kürze der Fristen wiegt umso schwerer, als es in der Regel auch länger dauert, bis ausländische Produzenten von der Absicht einer Auftragsvergabe erfahren, sei es, weil sie das relevante inländische Ausschreibungsblatt erst verspätet erhalten und möglicherweise den Text noch übersetzen müssen, sei es, weil die Ausschreibung oder Vergabeabsicht in ausländischen Publikationen erst mit Verzögerung bekannt gemacht wird. Ist der eigentlichen Vergabe ein Präqualifizierungsverfahren vorgeschaltet, kam es bisweilen vor, daß der Aufruf zur Teilnahme an der Präqualifizierung nur in nationalen Publikationsblättern veröffentlicht und dem potentiellen

⁴⁴ Vgl. EuGH Rs. C-351/88 „Laboratori Bruneau Srl vs. Unità Sanataria Locale RM/24 von Monterotondo“, ABl. C 208 v. 9. 8. 1991, S. 15.

⁴⁵ Vgl. Stolz, Kathrin: Das öffentliche Auftragswesen in der EG, S. 8.

⁴⁶ Vgl. Schmitz, Elke: Das Recht der öffentlichen Aufträge im Gemeinsamen Markt, S. 123; Stolz, Kathrin: Das öffentliche Auftragswesen in der EG, S. 8.

⁴⁷ Vgl. Schmitz, Elke: Das Recht der öffentlichen Aufträge im Gemeinsamen Markt, S. 120.

⁴⁸ Vgl. Wirtschafts- und Sozialausschuß der EU: Fragebogen zum öffentlichen Auftragswesen, Anlage 1 und 2.

ausländischen Bieterkreis dadurch unter Umständen nicht bekannt wurde. Erfahren ausländische Anbieter später von einem konkreten Vergabevorhaben, konnten sie schon deswegen ausgeschlossen werden, weil sie sich nicht an der Präqualifizierung beteiligt hatten.⁴⁹ Behindert wird eine Bewerbung ausländischer Anbieter auch dann, wenn die den Auftrag präzisierenden Verdingungsunterlagen lediglich in der Sprache des Mitgliedstaates des Auftraggebers publiziert werden und es nicht erlaubt ist, ein Angebot in englischer Sprache einzureichen⁵⁰.

Zu versteckter Ungleichbehandlung führt auch die Tatsache, daß jedes Land traditionell ein eigenes Vergabesystem besitzt, so daß ein ausländischer Anbieter sich immer wieder neu durch Vergabetechniken und -bestimmungen arbeiten muß. Denselben Aufwand muß in der Regel aber auch jedes Unternehmen betreiben, das sich erstmalig an der Vergabe eines *inländischen* Auftrags beteiligt. Gibt es Bieterlisten, wurden diese in der Vergangenheit bisweilen wegen „Überfüllung“ geschlossen. Das Nachsehen hatten in der Regel ausländische Anbieter, die sich wegen sprachlicher Schwierigkeiten und aufgrund von Informationsdefiziten zu spät um die Aufnahme in eine nationale Bieterliste beworben hatten⁵¹. Hier ist allerdings die Grenze zu einer offenen Benachteiligung nicht immer leicht zu ziehen, denn die (angebliche) „Überfüllung“ einer Bieterliste kann immer Grund sein, bewußt die Anbieter ausländischer Waren von der Auftragsvergabe auszuschließen. In Italien wurden beispielsweise traditionell im allgemeinen nur italienische Unternehmen in das „Nationale Verzeichnis der Bauunternehmer“ aufgenommen,⁵² was natürlich eine offene Benachteiligung in Form einer Markteintrittsbarriere darstellte. Hinzu kommt in einigen Mitgliedstaaten der EU eine beinahe unübersehbare Vielzahl von öffentlichen Auftraggebern. Gegenüber Großbritannien mit weniger als tausend öffentlichen Auftraggebern ist das Auftragswesen beispielsweise in Deutschland und Italien stark dezentralisiert; dort gab es Ende der achtziger Jahre mehr als 200.000 Vergabestellen⁵³. Eine Dezentralisierung im Vergabewesen führt in der Regel zu kleineren Auftragssummen, die es für ausländische Anbieter häufig nicht lukrativ erscheinen lassen, sich um die Ausführung eines Auftrags zu bewerben oder sich an einer Ausschreibung zu beteiligen.⁵⁴

⁴⁹ Vgl. ebenda, Anlage 2.

⁵⁰ Vgl. Stolz, Kathrin: Das öffentliche Auftragswesen in der EG, S. 7; Europäische Kommission: Öffentliches Auftragswesen. Regionale und soziale Aspekte, S. 28; Wirtschafts- und Sozialausschuß der EU: Fragebogen zum öffentlichen Auftragswesen, Anlage 1.

⁵¹ Vgl. Wirtschafts- und Sozialausschuß der EU: Fragebogen zum öffentlichen Auftragswesen, Anlage 1.

⁵² Vgl. Schmitz, Elke: Das Recht der öffentlichen Aufträge im Gemeinsamen Markt, S. 119.

⁵³ Vgl. Europäische Kommission: The „Cost of Non-Europe“ in Public-Sector Procurement, S. 11.

⁵⁴ Vgl. Charpentier, Guy/Clarke, Richard: Das Öffentliche Auftragswesen im Gemeinsamen Markt, S. 5.

b) Verhalten auf seiten der Anbieter

Die Abschottung nationaler Vergabemärkte geht nicht immer nur von öffentlichen Auftraggebern aus, sondern wird unter Umständen auch durch das Verhalten der Anbieter hervorgerufen. Auf nationaler Ebene lassen sich nicht selten Preis- und Marktaufteilungsabsprachen beobachten, die ausländische Anbieter in der Regel vom Markt ausschließen.⁵⁵ Es lassen sich zwei Arten von Kartellen unterscheiden: Während *Submissionskartelle* Preisabsprachen sind, die nur für eine Ausschreibung gelten, liegen *allgemeine Kartelle* vor, wenn Unternehmer Absatzquoten, Absatzgebiete und /oder Angebotspreise nicht nur für einen bestimmten Auftrag, sondern für alle möglichen Verkäufe abgesprochen haben – unabhängig davon, ob es sich um einen privaten oder einen öffentlichen Auftraggeber handelt.⁵⁶ Inländische Anbieter haben aufgrund der größeren Marktnähe und der besseren Kenntnis über Struktur und Techniken des inländischen Vergabewesens größeren Einblick in die Möglichkeiten der Preisgestaltung als ihre ausländischen Konkurrenten. Außerdem kommen Bestechungen und andere Formen der wettbewerbswidrigen Beeinflussung traditionell eher im eigenen Sprach- und Kulturkreis vor, so daß auch hier Anbieter ausländischer Waren häufig von der Vergabe eines öffentlichen Auftrags ausgeschlossen werden.

Soweit öffentliche Auftraggeber teilweise kundenspezifische technische Spezifikationen erarbeiten, die im allgemeinen den nationalen Vergabemarkt gegenüber Angeboten aus dem Ausland abschotten, werden sie dabei häufig von den betreffenden inländischen Unternehmen unterstützt. Diese Zusammenarbeit wird dadurch erleichtert, daß Techniker und Ingenieure auf beiden Seiten die gleiche Ausbildung erfahren haben und somit denselben technischen Hintergrund besitzen.⁵⁷

3. Wirkungen und Kosten der Marktabshottung

Der erste Bericht, der sich systematisch mit den Kosten und Konsequenzen der Abschottung auf den nationalen Vergabemärkte in der EU beschäftigt hat, stammt aus dem Jahr 1972 und wurde von der Kommission erarbeitet.⁵⁸ In dieser Untersuchung kam die Kommission zu dem Ergebnis, daß im Jahre 1969 nur etwa 3,5% aller in der EU erteilten Lieferaufträge an Unternehmen aus anderen Mitgliedstaa-

⁵⁵ Vgl. Europäische Kommission: Erste Mitteilung der Kommission an den Rat über den Stand der Öffnung der Märkte vom 24. Juli 1972, S. 33.

⁵⁶ Vgl. Gandenberger, Otto: Die Ausschreibung. Organisierte Konkurrenz um öffentliche Aufträge; Veröffentlichungen des Forschungsinstituts für Wirtschaftspolitik an der Universität Mainz, Band 14, Diss. Mainz, Heidelberg 1961, S. 223.

⁵⁷ Vgl. Charpentier, Guy / Clarke, Richard: Das Öffentliche Auftragswesen im Gemeinsamen Markt, S. 18 f.

⁵⁸ Vgl. Europäische Kommission: Erste Mitteilung der Kommission an den Rat über den Stand der Öffnung der Märkte vom 24. Juli 1972.

ten vergeben wurden.⁵⁹ Demgegenüber setzen andere Untersuchungen für innerhalb der EU vergebene Bau- und Lieferaufträge bis in die achtziger Jahre hinein einen Wert von lediglich etwa 2% der insgesamt erteilten Aufträge an; im Dienstleistungsbereich sogar nur etwa 1%.⁶⁰ In der privaten Wirtschaft waren von Anfang an sehr viel höhere Importraten zu beobachten: Der Anteil der innergemeinschaftlichen Einfuhren erreichte beispielsweise bei Hebe- und Fördergeräten 1969 bereits einen Wert von 27% und bei Werkzeugmaschinen für die Metallverarbeitung immerhin 17%.⁶¹

Der bisherige geringe Öffnungsgrad der nationalen Vergabemärkte hat dazu geführt, daß öffentliche Auftraggeber bestehende Preisdifferenzen zwischen den nationalen Märkten nicht abschöpfen konnten und vielfach zu überhöhten Preisen einkauften.⁶² Überaltete Industriestrukturen im Vergabeland wurden zudem künstlich am Leben erhalten, weil inländische öffentliche Auftraggeber den Anbietern im eigenen Land die ausländische Konkurrenz vom Leibe hielten. Dadurch verhinderten die Vergabestellen, daß ihre Mittel zukunftsfrächtigen Industriezweigen und Dienstleistungsbranchen zufließen konnten⁶³ und verstießen damit in eklatanter Weise gegen den Grundsatz der Allokationseffizienz. Eine andere wesentliche Konsequenz des nur auf inländische Anbieter konzentrierten Einkaufsverhaltens ist der Verlust beziehungsweise die Nichtausnutzung von Skaleneffekten durch größere Betriebseinheiten: In beinahe jeder europäischen Nation hat sich eine von den anderen europäischen Mitgliedstaaten unabhängige Industriestruktur entwickelt, was dazu geführt hat, daß es in der EU Mitte der achtziger Jahre eine ineffizient hohe Anzahl von Unternehmen mit großen Überkapazitäten gab, beispielsweise in den Bereichen Lokomotivenbau und Betriebszubehör, Großcomputer, Kraftwerkskomponenten, Heizkessel, Rüstungsgüter und Fernmeldeausrüstungen.⁶⁴ Diese lediglich auf den nationalen Markt ausgerichtete Industriestruktur führte zwangsläufig auch zu mehrfachen Aufwendungen in den Bereichen Forschung und Entwicklung, wobei allerdings nicht jeder Mehrfachaufwand auf diesem Gebiet zu

⁵⁹ Vgl. ebenda, S. 6.

⁶⁰ Vgl. Europäische Kommission: Europas Zukunft – Binnenmarkt 1992, in: Europäische Wirtschaft Nr. 35, 1988, S. 58; Cecchini, Paolo: Europa '92. Der Vorteil des Binnenmarktes, Baden-Baden 1988, S. 37; o.V.: EG-Nachrichten Nr. 39 vom 1. Oktober 1990, S. 3.

⁶¹ Vgl. Europäische Kommission: Erste Mitteilung der Kommission an den Rat über den Stand der Öffnung der Märkte vom 24. Juli 1972, S. 6.

⁶² Vgl. Cecchini, Paolo: Europa '92, S. 38; Europäische Kommission: The Economics of 1992, S. 20; dieselbe: The „Cost of Non-Europe“ in Public-Sector Procurement, S. 5.

⁶³ Vgl. Europäische Kommission: The „Cost of Non-Europe“ in Public-Sector Procurement, S. 5.

⁶⁴ Vgl. dieselbe: Erste Mitteilung der Kommission an den Rat über den Stand der Öffnung der Märkte vom 24. Juli 1972, S. 6 ff.; Cecchini, Paolo: Europa '92, S. 43 f.; Europäische Kommission: Vademekum über Öffentliches Auftragswesen in der Gemeinschaft, S. 2; Erhardt, Michael: Öffentliches Auftragswesen, in: Handbuch der europäischen Integration. Strategie – Struktur – Politik im EG-Binnenmarkt, hrsg. von Moritz Röttinger und Claudia Weyringer, Wien 1991, S. 735 (736 ff.).

wirtschaftlicher Ineffizienz führen muß. Unter Umständen werden nämlich nur auf diese Weise alternative Ideen entwickelt, die erst in ihrer Gesamtheit ein ausgefeiltes Produkt ergeben.⁶⁵

Unterschiedliche nationale Standards und Normen – wie sie sich insbesondere in der Elektrotechnik, dem Maschinenbau, bei Baumaterial, Chemieprodukten sowie Transport-, Präzisions- und medizinischem Material auswirken – können auf zweierlei Art negativ wirken: Zum einen sinkt die Produktionseffizienz, wenn ausländische Anbieter sich je nach Mitgliedstaat des zu beliefernden öffentlichen Auftraggebers auf unterschiedliche Normen und Spezifikationen einstellen und ihre Produktion von Fall zu Fall neu ausrichten müssen; zugleich erhöhen sich Lager- und Vertriebskosten, weil die Vorrathaltung und das Distributionssystem sich nicht an einem einheitlichen Gesamtbedarf, sondern an der prognostizierten Nachfrage der in den unterschiedlichen Ländern ansässigen öffentlichen Auftraggeber orientieren müssen.⁶⁶ Andererseits können auch beim öffentlichen Auftraggeber zusätzliche Kosten entstehen, wenn er ausländische Standards und Zertifikate akzeptiert, diese aber gegebenenfalls (zumindest beim ersten Mal) auf Qualität und Funktion hin prüfen muß.⁶⁷

Die genannten Konsequenzen – Einkauf zu überhöhten inländischen Preisen, geringer Preisdruck aufgrund mangelnden Wettbewerbs, ausbleibender Kostendruck wegen fehlender Skaleneffekte, erhöhter Aufwand im Bereich Forschung und Entwicklung sowie zusätzliche Kosten aufgrund unterschiedlicher nationaler Normen und Standards – haben letztlich zu einer entsprechenden Belastung des Steuerzahlers geführt, der die im Vergleich zu einem liberalisierten Vergabemarkt höheren Beschaffungskosten *ceteris paribus* über höhere Steuern finanzieren muß⁶⁸. Die Union der Industrien der Europäischen Gemeinschaft (UNICE) sieht in der Abschottung der nationalen Vergabemärkte gerade wegen der unzureichenden Möglichkeit, Skaleneffekte erzielen zu können, eine Ursache für die schwindende Leistungsfähigkeit der EU-Wirtschaft gegenüber der asiatischen und zunehmend auch wieder amerikanischen Konkurrenz.⁶⁹

⁶⁵ Vgl. Hartley, Keith: Public Procurement and Competitiveness, *Journal of Common Market Studies*, March 1987, S. 237 (237 ff.).

⁶⁶ Vgl. Europäische Kommission: *The Economics of 1992*, S. 50; dieselbe: *The „Cost of Non-Europe“ in Public-Sector Procurement*, S. 4.

⁶⁷ Vgl. dieselbe: *The Economics of 1992*, S. 50.

⁶⁸ Vgl. ebenda, S. 50.

⁶⁹ Vgl. Europäische Kommission: *Die Öffnung des öffentlichen Auftragswesens in der Gemeinschaft*, Stichwort Europa, Januar bis Februar 1989, S. 4.

II. Die wirtschaftlichen Möglichkeiten und Perspektiven einer Öffnung der Vergabemärkte

Die unter dem Stichwort „Cecchini-Bericht“ bekannte, von der Kommission Ende der achtziger in Auftrag gegebene Untersuchung zu den wirtschaftlichen Effekten einer Öffnung der nationalen Vergabemärkte in der EU kommt zu dem Ergebnis, daß die Koordinierung der öffentlichen Aufträge in der EU jährlich Einsparungen im Wert von bis zu 20 Milliarden ECU erbringen könnte. Berechnungen zufolge würden sich pro Jahr öffentliche Aufträge im Wert von etwa 240 bis 340 Milliarden ECU, oder gut 50% bis 70% aller vergebenen Aufträge, für öffentliche, EU-weite Ausschreibungen eignen.⁷⁰

Der „Cecchini-Bericht“ – dem eine Reihe detaillierter Untersuchungen zugrunde liegen⁷¹ – unterscheidet nach mikro- und makroökonomischem Ansatz. Unter dem mikroökonomischen Blickwinkel betrachten die Autoren die Auswirkungen des durch Öffnung und Koordinierung des öffentlichen Auftragswesens ausgelösten „Angebotsschocks“ auf Unternehmen, Verbraucher und öffentliche Auftraggeber. Die makroökonomische Analyse beschäftigt sich mit den Wirkungen auf wesentliche Grundindikatoren wie Bruttoinlandsprodukt, Inflation, Beschäftigung und Leistungsbilanz.

1. Mikroökonomische Analyse

Die mikroökonomische Betrachtung im Cecchini-Bericht stellt auf drei wesentliche Effekte ab: den statischen, den dynamischen und den Restrukturierungseffekt. Diese drei Effekte sollen kurz dargestellt und die dahinterliegenden angenommenen Wirkungsweisen und Mechanismen beschrieben werden.

Bereits kurzfristig sollte die Koordinierung des öffentlichen Auftragswesens dazu führen, daß öffentliche Auftraggeber die zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten der EU herrschenden Preisdifferenzen abschöpfen, das heißt das Angebot des jeweils wettbewerbsfähigsten Bieters oder Bewerbers wählen würden. Um den tatsächlichen Umfang dieses *statischen Effekts* bestimmen zu können, wurden beispielsweise in der dem Cecchini-Bericht zugrundeliegenden Atkins-Studie für etwa 40 überwiegend von öffentlichen Auftraggebern nachgefragte Produkte die Unterschiede zwischen den durchschnittlichen Preisen bestimmt und von diesen die mit dem Handel innerhalb der Union verbundenen zusätzlichen Kosten für Vertrieb, Transport, Versicherung und Abdeckung des Währungsrisikos abgezogen. Dieser Effekt wurde, bezogen auf das Jahr 1984, für die fünf untersuchten Länder

⁷⁰ Vgl. Cecchini, Paolo: Europa '92, S. 37 f.

⁷¹ Hier sind im wesentlichen zu nennen: Europäische Kommission: The „Cost of Non-Europe“ in Public-Sector Procurement, dieselbe: The Economics of 1992.

Belgien, Deutschland, Frankreich, Italien und Großbritannien auf zwischen 3 und 8 Milliarden ECU beziffert.⁷² Im Hinblick auf die damalige Zwölferegemeinschaft wurde dieser Wert auf jährliche Einsparungen von etwa 4,4 Milliarden ECU hochgerechnet.^{73,74} Dabei wurde davon ausgegangen, daß der Anteil der Importe aus anderen Ländern der EU auf den öffentlichen Beschaffungsmärkten die gleiche Höhe wie in der privaten Wirtschaft erreichen würde.⁷⁵ Unabhängig davon, ob diese Werte plausibel sind, haben Befragungen ergeben, daß öffentliche Auftraggeber bis Mitte der achtziger Jahre etwa 30% aller Projekte mit nur einem einzigen Anbieter abgewickelt haben; folglich war zu erwarten, daß mit der Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens ein großer direkter Effekt einhergehen würde.⁷⁶

Dieser sollte durch indirekte Wirkungen verstärkt werden, die teils kurzfristig, teils erst mittel- bis langfristig eintreten sollten: Bereits kurzfristig sollte der durch die Öffnung der Beschaffungsmärkte ausgelöste Angebotsschock zu einem stärkeren Wettbewerb führen (*dynamischer Effekt*). Die verschärfte Konkurrenz würde zu einer Anpassung der Preise an den jeweils wettbewerbsfähigsten Anbieter führen. Die Autoren der *Atkins-Studie* nahmen an, daß die durch den steigenden Konkurrenzdruck ausgelösten Preissenkungen auf Seiten der Unternehmen in Form sinkender Kosten aufgefangen würden: etwa durch Überwindung der X-Ineffizienz, verbesserte Managementmethoden und neue Technologien. Für die bereits genannte Fünfergemeinschaft wurden die jährlich möglichen Netto-Einsparungen auf einen Wert von zwischen 1 und 3 Milliarden ECU beziffert, der für die Zwölferegemeinschaft von 1984 auf durchschnittlich 2,3 Milliarden ECU extrapoliert wurde.⁷⁷

Auf mittlere Sicht prognostizierten die Autoren schließlich einen *Restrukturierungseffekt* infolge des steigenden Konkurrenzdrucks: Grenzüberschreitend sollten Größenvorteile in Form von Betriebsstillegungen, Verschmelzungen und Kooperationen (insbesondere im Mittelstand) genutzt werden. Aufgrund der Umstrukturierung würde es, so lautete die Prognose, in einigen, wenn auch nur wenigen Kernindustrien zur Ausnutzung von Skaleneffekten kommen; Ausgaben für Forschung und Entwicklung sowie Vertriebskosten würden sinken und alles zusammen zu-

⁷² Vgl. dieselbe: The „Cost of Non-Europe“ in Public-Sector Procurement, S. 7 und 45.

⁷³ Vgl. dieselbe: Europas Zukunft – Binnenmarkt 1992, S. 61.

⁷⁴ In die errechneten Werte waren allerdings auch die Einsparungspotentiale einbezogen, die sich durch eine liberale Kohlebeschaffung der europäischen Energieversorger ergeben würden. Die Liberalisierung der Energiewirtschaft ist jedoch weniger Gegenstand des öffentlichen Auftragswesens als vielmehr Teil der EU-Energiepolitik. Die Betrachtung der Kohleindustrie wird deshalb in dieser Arbeit ausgelassen.

⁷⁵ Vgl. Europäische Kommission: The „Cost of Non-Europe“ in Public-Sector Procurement, S. 16 ff.

⁷⁶ Vgl. dieselbe: Europas Zukunft – Binnenmarkt 1992, S. 60.

⁷⁷ Vgl. dieselbe: The „Cost of Non-Europe“ in Public-Sector Procurement, S. 9; Cecchini, Paolo: Europa '92, S. 102 f.; Europäische Kommission: Europas Zukunft – Binnenmarkt 1992, S. 61.

sätzlichen Druck auf die Preise ausüben. Für die fünf untersuchten Länder sollte dies weitere Netto-Einsparungen von jährlich zwischen 4 und 8 Milliarden ECU schaffen. Für die Gemeinschaft von 1984 hätte der Restrukturisierungseffekt einen durchschnittlichen Nettowohlfstandseffekt von 7,2 Milliarden ECU bedeutet.⁷⁸

Insgesamt, so die Prognose der Atkins-Studie, könnte die Koordinierung der Vergabe öffentlicher Aufträge – bezogen auf die fünf Mitgliedstaaten Belgien, Deutschland, Frankreich, Italien und Großbritannien – ohne die Einbeziehung des Verteidigungssektors jährlich Einsparungen zwischen 8 und 19 Milliarden ECU mit sich bringen.⁷⁹ Würde man diesen Sektor mit einem Einsparungspotential von gut 4 Milliarden ECU veranschlagen, hätte die Ende der achtziger Jahre aus zwölf Mitgliedstaaten bestehende EU jährlich durchschnittlich 18 Milliarden ECU einsparen können.⁸⁰

2. Makroökonomische Analyse

Die Öffnung des europäischen öffentlichen Auftragswesens in der EU sollte auch mit entsprechenden makroökonomischen Effekten einhergehen. Diese sollen hier, der Vollständigkeit halber, kurz erwähnt werden: Die aufgrund mikroökonomischer Abläufe sinkenden Produktionskosten würden, so die Prognose, auch ein *insgesamt* niedrigeres Preisniveau bedingen. Im Cecchini-Bericht wurde ein Anstieg des europäischen Bruttoinlandsprodukts allein infolge der Koordinierung des öffentlichen Auftragswesens um jährlich 0,5% prognostiziert. Mittelfristig sollten 400.000 neue Arbeitsplätze entstehen.⁸¹ Die Einsparungen der öffentlichen Auftraggeber sollten den finanziellen Spielraum des Staates erhöhen. Aufgrund zunehmenden Wachstums hätten zudem die Steuereinnahmen steigen und den genannten Effekt der größeren finanziellen Flexibilität der Mitgliedstaaten noch verstärken sollen. Defizite sollten verringert, Steuererleichterungen gewährt und über weitere Maßnahmen die Nachfrage belebt werden.⁸²

Die Prognosen klingen euphorisch und werden sicherlich nicht zu Unrecht von vielen Kritikern in Zweifel gezogen, zumal die Extrapolation der Werte für die Fünfer- auf die Zwölfergemeinschaft von 1984 fragwürdig erscheint. Der „Economist“ beispielsweise beurteilte die Ergebnisse der Cecchini-Studie als „a breathless enthusiastic ramble“ und bedauerte, daß die Kommission „goes on to concoct dubious guessimates of the benefits of the promised frontier-free market to Europe’s total output ... and prices.“ Nach Ansicht des Autoren hätte es völlig ausgereicht,

⁷⁸ Vgl. dieselbe: The „Cost of Non-Europe“ in Public-Sector Procurement, S. 7 und 9; dieselbe: Europas Zukunft – Binnenmarkt 1992, S. 61.

⁷⁹ Vgl. dieselbe: The „Cost of Non-Europe“ in Public-Sector Procurement, S. 45.

⁸⁰ Vgl. dieselbe: Europas Zukunft – Binnenmarkt 1992, S. 60.

⁸¹ Vgl. Cecchini, Paolo: Europa '92. Der Vorteil des Binnenmarktes, S. 124 ff.

⁸² Vgl. ebenda, S. 127.

die Zersplitterung des europäischen Vergabemarktes darzustellen, ohne daraus derart konkret aufgeschlüsselte Folgerungen zu ziehen.⁸³ Andererseits hält *Krämer* zu Recht dagegen, daß nur ein präzises Zahlenwerk ein plastisches Bild der Öffnung des Vergabemarktes zu geben vermag.⁸⁴ Angesichts der Bedeutung, die eine solide statistische Basis für den Fortgang der Koordinierung des Vergabewesens hätte haben sollen, überrascht es, daß der Cecchini-Bericht in der Öffentlichkeit auf nur geringe Kritik stieß. Selbst namhafte Industrieverbände hielten sich mit negativen Anmerkungen stark zurück. Kenner der politischen Szene nehmen an, daß die Kritiker ihr Protestpotential nicht bereits in einer Diskussion um den Bericht „verschleudern“ wollten, an den sich zunächst ohnehin keine unmittelbar spürbaren Folgen knüpften – abgesehen von der ohnehin schon akzeptierten Erkenntnis, daß die Vergabesysteme der EU-Mitgliedstaaten weiter aufeinander abgestimmt werden müßten. Kritik wollte man erst anbringen, wenn es an die weitere Gestaltung des Koordinierungsprozesses gehen würde.⁸⁵

III. Ziele und Maßnahmen der Koordinierung des öffentlichen Auftragswesens

1. Die Ziele

Angesichts der wirtschaftlichen Perspektiven auf mikro- und makroökonomischer Ebene ist man sich trotz der Unsicherheit über die tatsächliche Dimension dieser Effekte über das Ziel der Koordinierung des öffentlichen Auftragswesens auch im Lager der Skeptiker des Cecchini-Berichts einig: am Ende der Bemühungen soll ein freier, wettbewerblich organisierter, einheitlicher öffentlicher Vergabemarkt ohne Restriktionen und Ungleichbehandlungen stehen.⁸⁶ Damit verbunden sind als Unterziele die Versorgung der öffentlichen Auftragnehmer mit Gütern zu den bestmöglichen Bedingungen, das heißt zu bestmöglicher Qualität beziehungsweise möglichst geringem Preis, sowie eine unter Ausnutzung von Skaleneffekten arbeitende Industrie, die auch im außereuropäischen Wettbewerb bestehen kann.⁸⁷

⁸³ Vgl. o.V., *Economist* vom 14. 5. 1988.

⁸⁴ Vgl. Krämer, Hans: Rechtsprobleme des öffentlichen Auftragswesens im EG-Binnenmarkt, S. 3 f.

⁸⁵ Persönliches Gespräch.

⁸⁶ Vgl. nur Charpentier, Guy / Clarke, Richard: Das öffentliche Auftragswesen im Gemeinsamen Markt, S. 33 und 88; Stephan, Klaus-Dieter: Das öffentliche Auftragswesen und die europäische Wettbewerbsordnung, in: Starbatty, Joachim (Hrsg.): Europäische Integration: Wieviel Wettbewerb – wieviel Bürokratie, Veröffentlichungen der Hanns Martin Schleyer-Stiftung, Band 30, Essen 1990, S. 79 (82).

⁸⁷ Vgl. Europäische Kommission: Erste Mitteilung der Kommission an den Rat über den Stand der Öffnung der Märkte vom 24. Juli 1972, S. 8.

2. Die Maßnahmen

Die Maßnahmen zur Erreichung eines „Binnenmarktes für öffentliche Aufträge“ mußten und müssen an den Ursachen und Formen der Marktabschottung ansetzen. Und diese sind – wie unter A.II. dieser Arbeit gezeigt wurde – vielschichtig. Sie reichen von Ungleichbehandlungen ausländischer Anbieter und/oder Produkte über versteckte Formen der Ungleichbehandlung, wozu auch lediglich rein tatsächliche Beeinträchtigungen zählen, die sich nicht über das Gebot beseitigen lassen, jegliche Ungleichbehandlung zu unterlassen. Parallel zu den unterschiedlichen Formen der Marktabschottung läßt sich ein praktisch gut verwendbares Raster zur Erstellung eines Maßnahmenkataloges entwickeln. Es setzt sich aus drei Bestandteilen zusammen, die im nächsten Absatz kurz erläutert werden sollen, bevor auf konkrete Maßnahmen eingegangen wird: Grundlage für die Schaffung eines einheitlichen Vergabemarktes sind die Maßnahmen zur *Liberalisierung* des öffentlichen Auftragswesens zum Abbau von (offenen) Beschränkungen; darauf fußt die eigentliche *Koordinierung*, die geeignet ist, versteckte Ungleichbehandlungen abzubauen; am Ende steht schließlich die *Überwachung*.⁸⁸

Diese drei Abschnitte, in die sich der Weg zu einer Öffnung des öffentlichen Vergabemarktes einteilen läßt, implizieren unterschiedliche Einzelmaßnahmen, die sich nicht nur in ihrer Komplexität voneinander unterscheiden, sondern auch unterschiedlich stark nationale Belange betreffen, weswegen bei einigen der geplanten Maßnahmen mit Widerstand zu rechnen war und weiterhin zu rechnen ist. Während nämlich die Maßnahmen der *Liberalisierung* grundsätzlich das Gebot enthalten, weder Anbieter aufgrund ihrer Nationalität noch Güter aufgrund ihrer Herkunft unterschiedlich zu behandeln, fordert die *Koordinierung* den nationalen Gesetz- und Verordnungsgebern wie auch schließlich den öffentlichen Auftraggebern aktive Teilnahme ab. Denn hierunter fallen Maßnahmen wie die EU-weite Angleichung der nationalen Vergabesysteme sowie deren Anwendung. Die Koordinierung ist der wesentliche Schritt auf dem Weg zu einem freien öffentlichen Vergabemarkt, auch wenn es auf den ersten Blick so scheinen mag, als reiche es für eine Öffnung des Marktes schon aus, wenn kein ausländischer Anbieter mehr aufgrund seiner Nationalität diskriminiert wird. Letzteres ist ein Trugschluß, denn freier Wettbewerb ist dann nicht denkbar, wenn ein ausländischer Anbieter von der geplanten Vergabe eines öffentlichen Auftrags nicht erfährt und sich außerdem noch von Land zu Land auf unterschiedliche und teilweise komplizierte Vergabeverfahren sowie national unterschiedliche technische Vorschriften einstellen muß. Transparenz, das heißt Überblick über zu vergebende Aufträge, ist somit wesentlicher Bestandteil der Koordinierung. Die *Überwachung* schließlich dient dem Zweck, die Einhaltung der Maßnahmen zur Libera-

⁸⁸ Eine solche Aufteilung läßt sich ableiten aus Charpentier, Guy/Clarke, Richard: Das öffentliche Auftragswesen im Gemeinsamen Markt, S. 27; Stolz, Kathrin: Das öffentliche Auftragswesen in der EG, S. 62 f.

lisierung und Koordinierung zu gewährleisten; zugleich aber eignet sie sich je nach ihrer Ausgestaltung auch dazu, marktabschottende Absprachen auf seiten der Anbieter aufzudecken und Bieterkartelle, die zumeist auf nationaler Ebene aktiv sind, aufzubrechen.

a) Maßnahmen zur Liberalisierung des öffentlichen Auftragswesens

Wie schon erwähnt, dienen die Liberalisierungsmaßnahmen in erster Linie dazu, offene Ungleichbehandlungen ausländischer Anbieter und / oder Waren abzubauen. Dabei betonten vor allem *Charpentier* und *Clarke* in ihrem ersten systematischen Bericht zum öffentlichen Auftragswesen in der EU:

„Ein erster unerläßlicher Schritt ist es, die Regierungen und Gebietskörperschaften davon zu überzeugen, daß die Öffnung des öffentlichen Auftragswesens im Interesse ihrer Völker liegt. Wird die Sache als eine lästige Regel behandelt, die zwar grundsätzlich wünschenswert ist, doch eines jeden politischen oder wirtschaftlichen Interesses entbehrt und am besten möglichst lange aufgeschoben wird, so wird niemals ein Fortschritt erzielt werden“.⁸⁹

Zusätzlich sind konkrete Einzelmaßnahmen erforderlich, um Einfuhrbeschränkungen aufzuheben. Hierzu gehört das Verbot, Waren aufgrund ihrer Herkunft unterschiedlich zu behandeln und bei Vergabeentscheidungen Waren inländischen Ursprungs ohne sachlichen Grund den Vorzug zu geben. Gleiches gilt gegenüber ausländischen Anbietern. Daneben sind Maßnahmen zu untersagen, wonach ausländische Anbieter über ein Postscheck- oder Bankkonto im Mitgliedstaat des öffentlichen Auftraggebers verfügen müssen oder ihnen der Zugang zu im Zusammenhang mit einem öffentlichen Auftrag gewährten Krediten oder Subventionen verwehrt wird.⁹⁰

Eng mit der Liberalisierung des Marktes für öffentliche Aufträge hängt die Entscheidung darüber zusammen, wer den Regeln des öffentlichen Auftragswesens zu unterwerfen ist. Umstritten war und ist insoweit, ob dies für die Versorgungsunternehmen im Bereich Wasser, Energie, Verkehr und Telekommunikation unabhängig von ihrem rechtlichen Status in jedem Falle zutreffen sollte. Kriterium sollte dabei zum einen sein, ob diese Unternehmen zum Beispiel aufgrund einer Monopol- oder monopolähnlichen Stellung in ihrer Beschaffungspolitik eher den traditionellen öffentlichen Auftraggebern oder vielmehr Unternehmen des privaten Sektors ähneln.⁹¹ Hinzu kommt die ökonomische Motivation der Beschaffung: Ist diese vom Gesichtspunkt einzelwirtschaftlicher Effizienz geleitet, sind Versorgungsunterneh-

⁸⁹ Charpentier, Guy / Clarke, Richard: Das öffentliche Auftragswesen im Gemeinsamen Markt, S. 26.

⁹⁰ Vgl. Erhardt, Michael: Öffentliches Auftragswesen, S. 735 (740).

⁹¹ So auch Möschel, Wernhard: Privatisierung und öffentliches Vergaberecht, WuW 1997, S. 120 (122); Bohan, N. / Redonnet, D.: E.U. Procurement Legislation: Does the Emperor have Clothes? An Examination of the New Empirical Evidence, PPLR 1997, S. 141 (143).

men eher Unternehmen aus dem privaten Sektor gleichzustellen. Wird die Beschaffung der Versorgungsunternehmen jedoch ganz überwiegend auch von regional-, sozial- oder industriepolitischen Erwägungen geleitet, führt dies in der Regel zu unwirtschaftlichen Entscheidungen, wie bei öffentlichen Auftraggebern oftmals zu beobachten. Wie eine Betrachtung im dritten Teil dieser Arbeit zeigen wird, läßt sich gerade bei solchen Produkten, die insbesondere von Versorgungsunternehmen nachgefragt werden, eine starke Marktabstottung beobachten. Dies liegt nicht allein an gewollt protektionistischem Verhalten der Versorgungsunternehmen, sondern auch an den unterschiedlichen nationalen Versorgungsnetzen mit verschiedenen Normen und Standards, die in Einzelfällen mit ausländischen Produkten nicht kompatibel sind. Trotzdem zeigt das Beispiel der Verstromung deutscher Kohle, daß es vielfach vergabefremde Aspekte sind, die die Beschaffung von Versorgungsunternehmen leiten. Hinzu kommt, daß die Versorgungsunternehmen traditionell oder rein faktisch aufgrund der Bindung an ein Versorgungsnetz mit einer Monopolstellung ausgerüstet waren und teilweise noch sind, die sie von den Wettbewerbskräften des privaten Marktes isoliert.⁹² Dennoch sahen *Charpentier* und *Clarke* in ihrem Bericht an die Kommission eine größere Nähe der Versorgungsunternehmen zum privaten Sektor. So konkurrierten Eisenbahngesellschaften ihrer Ansicht nach mit den Betreibern anderer Verkehrsmittel, die Elektrizitätswerke mit Anbietern anderer Energieträger. Zudem besäßen, so ein weiteres Argument, die Versorgungsunternehmen keine unmittelbaren öffentlichen Hoheitsbefugnisse, da die gewährten Sonderrechte in der Regel auf Verträgen beruhten.⁹³ Die angeführten Begründungen vermögen nicht zu überzeugen: Zum einen ist die *Art* des Zustandekommens eines Monopols irrelevant. Ob ein Versorgungsunternehmen lediglich aufgrund *vertraglicher* Abmachung mit staatlichen Hoheitsbefugnissen ausgestattet ist, kann nach den oben genannten Kriterien nicht den Ausschlag geben. Zwar ist zuzugeben, daß ein ehemals öffentlich-rechtliches Versorgungsunternehmen nach erfolgter Privatisierung dann nicht mehr zur Vergabepaxis öffentlicher Auftraggeber neigt, wenn seine Dienstleistung tatsächlich im Wettbewerb mit anderen steht. Dies ist etwa dann der Fall, wenn ein ehemaliges Netzmonopol aufgebrochen und auch anderen Anbietern zugänglich gemacht wird. In einem solchen Fall sollte beispielsweise ein Telekommunikationsversorger dem privaten Sektor zugeschlagen werden. Jedoch herrscht Wettbewerb nicht etwa schon dann, wenn auch *andere* Möglichkeiten etwa der Energieversorgung (Wind- und Sonnenenergie) oder des Transports (Pkw als Alternative zur Bahn) bestehen. Denn häufig können verschiedene Versorgungssysteme schon deswegen realistischerweise nicht miteinander konkurrieren, weil beispielsweise eine andere Art der Energieversor-

⁹² Diese Ansicht teilt auch die Kommission zum Beispiel in einem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, KOM (88) 377 endg. – SYN 153 vom 11. Oktober 1988, S. 4.

⁹³ Vgl. *Charpentier, Guy/Clarke, Richard*: Das öffentliche Auftragswesen im Gemeinsamen Markt, S. 61.

gung mit erheblichen Anschlußkosten für ein neues System verbunden wäre, die sich gegebenenfalls nicht einmal auf mittlere Sicht amortisieren würden. Festzustellen bleibt, daß Versorgungsunternehmen unabhängig von ihrer Rechtsform dann den Regeln des öffentlichen Auftragswesens unterworfen werden sollten, wenn sie nicht im Wettbewerb mit anderen (privaten) Anbietern der gleichen oder jedenfalls tatsächlich vergleichbaren Leistung stehen.

b) Maßnahmen zur Koordinierung des öffentlichen Auftragswesens

Die Frage, wer zu den öffentlichen Auftraggebern zählt, ist natürlich auch für die Koordinierung von Bedeutung. Um den Produzenten aller EU-Mitgliedstaaten ungehinderten Zugang zu einem einheitlichen europäischen Vergabemarkt zu verschaffen, ist darüber hinaus eine EU-weite Angleichung der Vergabesysteme notwendig. Um dabei den Anbietern den Überblick über die Regeln des öffentlichen Auftragswesens zu erleichtern, sollten die Verfahren aufeinander abgestimmt – oder besser noch: vereinheitlicht – werden und mußten die Arten der Bekanntmachung und der Veröffentlichung aneinander angeglichen werden. Hierzu zählt auf europäischer Ebene auch die Angleichung von Normen und Standards im technischen Bereich.⁹⁴ Unter dem Stichwort „Transparenz der Auftragsvergabe“ lassen sich Maßnahmen auf drei Ebenen ansiedeln: Dazu zählen

- 1) die *Veröffentlichung* der Ausschreibungen in europaweit erscheinenden Publikationen, wie etwa dem Amtsblatt der EU oder allgemein zugänglichen Datenbanken mit angemessenen Mindestfristen;⁹⁵
- 2) die Festlegung wesentlicher *Ausschreibungsbestimmungen* vor der Veröffentlichung des Ausschreibungstextes. Mit Erscheinen des Ausschreibungstextes müssen die Modalitäten der Auftragsvergabe feststehen, wie etwa das verwendete Verfahren und die Zulassungskriterien, außerdem die Kriterien für die Auswahl des Angebotes. Zudem müssen die für den Zuschlag relevanten Anforderungen an das Produkt enthalten sein, wobei möglichst auf gemeinschaftliche Normen Bezug genommen werden sollte, oder aber, wenn dies nicht möglich ist, funktionale Leistungsbeschreibungen gewählt werden sollen. Die Angabe von Warenzeichen, Patenten oder Typen sollte nur ganz ausnahmsweise zulässig sein;⁹⁶

⁹⁴ Vgl. Europäische Kommission: Vademekum über öffentliches Auftragswesen in der Gemeinschaft, S. 2; dieselbe: The Economics of 1992, S. 56; Charpentier, Guy / Clarke, Richard: Das öffentliche Auftragswesen im Gemeinsamen Markt, S. 34.

⁹⁵ Vgl. ebenda, S. 34; Studiengruppe Öffentliches Beschaffungswesen (Beobachtungsstelle für den Binnenmarkt) der Fachgruppe Industrie, Handel, Handwerk und Dienstleistungen: Vorentwurf einer ergänzenden Stellungnahme zum Öffentlichen Beschaffungswesen, Brüssel, 9. November 1995, S. 3.

⁹⁶ Vgl. Charpentier, Guy / Clarke, Richard: Das öffentliche Auftragswesen im Gemeinsamen Markt, S. 33; Europäische Kommission: Vademekum über Öffentliches Auftragswesen

- 3) transparente *Auswahlverfahren*. Transparenz ist dann gewährleistet, wenn die unter 2) genannten und vorab zu veröffentlichenden Ausschreibungsbedingungen tatsächlich angewendet werden und dies auch überprüft werden kann. Auch wenn die Öffnung der eingegangenen Angebote selber nicht öffentlich ist, wird Transparenz erzielt, wenn nach der Vergabe des Auftrags wesentliche Daten desjenigen Angebots veröffentlicht werden, das den Zuschlag erhalten hat und gegebenenfalls in Schreiben an die abgewiesenen Bewerber oder Bieter die Ablehnung ihres Angebots begründet wird.⁹⁷

Damit sich die nationalen öffentlichen Vergabemärkte stärker öffnen können, wäre es unter ökonomischen Gesichtspunkten wünschenswert, vergabefremde Kriterien völlig auszuspüren – politisch ist dies aber ein kaum gangbarer Weg. Deswegen wäre es schon als Erfolg zu verbuchen, wenn der Rahmen für die Vergabe öffentlicher Aufträge aus sozial-, regional- oder ähnlichen politischen Erwägungen enger gesteckt und schließlich auf europäischer Ebene in Normen konkretisiert wäre, deren Einhaltung überprüft werden könnte. Darüber hinaus erfordert die Koordinierung die gegenseitige Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise und der Bescheinigung finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Leistungsfähigkeit aus anderen Mitgliedstaaten der EU.⁹⁸ Dies würde im Falle von Bieterlisten auch die Aufnahme ausländischer Interessenten in eine solche Liste erleichtern und beschleunigen. Dafür würde genügen, wenn die für die Prüfung der Leistungsfähigkeit zuständige Stelle im Mitgliedstaat des *Anbieters* dessen Leistungsfähigkeit nach den dort herrschenden Maßstäben bescheinigte und die öffentlichen Auftraggeber im Ausland diese Bescheinigung grundsätzlich akzeptieren müßten.⁹⁹ *Charpentier* und *Clarke* haben diesen Gedanken noch einen Schritt weitergeführt und als Alternative zu den separaten Listen einzelner öffentlicher Auftraggeber die Schaffung eines zentralen Clearing-Systems genannt: Vergabestellen sollten darin vermerken, an welcher Art von Lieferungen und Leistungen sie grundsätzlich interessiert sind; Unternehmen hätten die Möglichkeit, ihre Angebotspalette zu beschreiben.¹⁰⁰ In dem Clearing-System wäre bei vollständiger Erfassung aller Anbieter mit potentiellen Angeboten und aller Käufer mit potentieller Nachfrage der gesamte öffentliche Vergabemarkt abgebildet.

in der Gemeinschaft, S. 31; Studiengruppe Öffentliches Beschaffungswesen (Beobachtungsstelle für den Binnenmarkt): Ergänzende Stellungnahme zum Öffentlichen Beschaffungswesen, S. 3.

⁹⁷ Vgl. ebenda, S. 3.

⁹⁸ Vgl. Europäische Kommission: Vademekum über Öffentliches Auftragswesen in der Gemeinschaft, S. 24.

⁹⁹ Vgl. dazu ausführlich Charpentier, Guy/Clarke, Richard: Das öffentliche Auftragswesen im Gemeinsamen Markt, S. 34 ff.

¹⁰⁰ Vgl. ebenda, S. 43 f.

c) *Überwachung*

Regeln funktionieren nur, wenn ihre Einhaltung überwacht und den Teilnehmern des Systems Mittel an die Hand gegeben werden, ihre individuellen, aus dem System abgeleiteten Rechte durchzusetzen. Dies gilt auch für die hier abgeleiteten Maßnahmen zur Liberalisierung und Koordinierung des öffentlichen Auftragswesens. Die Kontrolle über die Beachtung der gesetzten Regeln kann auf zwei Arten erfolgen, die auch nebeneinander bestehen können: Ein Kontrollorgan überwacht auf EU-Ebene die Einhaltung der relevanten Normen.¹⁰¹ Dazu ist nötig, daß die öffentlichen Auftraggeber exakt umrissenen Berichtspflichten unterworfen werden, etwa zu Anzahl und Dimension der vergebenen Aufträge, sowie zu Arten und Gründen gewählter Vergabeverfahren. Daneben kann die Kontrolle im einzelnen Vergabeverfahren auf abgewiesene Bieter und Bewerber übertragen werden, denen die Möglichkeit gegeben werden muß, ohne großen Aufwand schnell und effizient die Rechtmäßigkeit einer Vergabeentscheidung überprüfen zu lassen. Spürbar sind beide Mittel aber nur, wenn im ersten Falle das Kontrollorgan und im zweiten Falle die zur Entscheidung berufene Instanz berechtigt sind, ein laufendes Vergabeverfahren auszusetzen oder eine bereits getroffene Vergabeentscheidung aufzuheben. Naturgemäß kommt eine Aussetzung des laufenden Vergabeverfahrens nur in Betracht, wenn offensichtliche Fehler bereits im Vorfeld begangen wurden und diese den Konkurrenten oder dem Kontrollorgan auch bekannt sind. Dies sind beispielsweise Unkorrektheiten bei der Präqualifizierung oder bei der Ausschreibung. Fehler bei der Auswahl des zum Zuge kommenden Angebots können nur durch eine Aufhebung der Vergabeentscheidung korrigiert werden. Ist bereits mit der Ausführung des Auftrags begonnen worden, scheint es kaum realistisch, den durch Zuschlag geschlossenen Vertrag wieder zu vernichten, zumal durch eine Aufhebung der Vergabeentscheidung in erster Linie derjenige Bieter bestraft würde, der im Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit des Zuschlags mit der Ausführung des Auftrags bereits begonnen hat. Wäre eine Aufhebung des Zuschlags jederzeit möglich, würde das zu gravierenden Reibungsverlusten führen und erhebliche Kosten verursachen. Ohne spürbare Sanktionen aber entsteht für die vergebende Stelle kein Anreiz, sich bei der nächsten Auftragsvergabe an die Spielregeln zu halten. Von der Möglichkeit, eine bereits getroffene Vergabeentscheidung wieder aufzuheben, sollte folglich nur in schwerwiegenden Fällen Gebrauch gemacht werden. In allen Fällen aber müssen gegen die für eine rechtswidrige Vergabeentscheidung verantwortlichen Personen Disziplinarmaßnahmen verhängt werden können.

¹⁰¹ Vgl. Studiengruppe Öffentliches Beschaffungswesen (Beobachtungsstelle für den Binnenmarkt): Ergänzende Stellungnahme zum Öffentlichen Beschaffungswesen, S. 3.

IV. Zusammenfassung

Auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens sind verschiedene Formen der Marktabstottung zu beobachten. Als Maßnahmen auf seiten der öffentlichen Auftraggeber tauchen offene (auch unmittelbare oder formelle) Ungleichbehandlungen in Form von Markteintrittsbarrieren und kostensteigernden Barrieren auf. Beide Arten dieser Ungleichbehandlung werden als offen bezeichnet, weil öffentliche Auftraggeber in diesen Fällen unmittelbar ausländische Anbieter beziehungsweise Güter ausländischen Ursprungs benachteiligen. Im Gegensatz zu den offenen Formen der Ungleichbehandlung liegt eine versteckte (auch mittelbare oder materielle) Ungleichbehandlung vor, wenn zwar alle Anbieter unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit und alle Güter unabhängig von ihrem Ursprung gleich behandelt werden, diese Gleichbehandlung aber zwangsläufig Bewerber- oder Bietergruppen aus dem Ausland benachteiligt. Marktabstottung wird aber auch von Anbietern selber betrieben, wenn sie über Preis- und Marktaufteilungsabsprachen ausländische Produzenten von der Marktteilnahme ausschließen.

Dem Cecchini-Bericht zufolge würden sich rund 50% bis 70% aller öffentlichen Aufträge für europaweite Ausschreibungen eignen. Eine wesentliche Ursache für die Marktabstottung liegt in der Ansicht vieler Politiker, Beamter und Wähler, daß das Geld der Steuerzahler im eigenen Land bleiben solle. Mittels der Vergabe öffentlicher Aufträge wird Industrie-, Regional-, Konjunktur- und Sozialpolitik betrieben. Hinzu kommt, daß zwischen den Vergabestellen und inländischen Produzenten oftmals langjährige Verbindungen bestehen, die zu einer protektionistischen Vergabepaxis geführt haben.

Bezahlt wird der geringe Öffnungsgrad der nationalen Vergabemärkte mit teilweise erheblichen Preisdifferenzen, die öffentliche Auftraggeber nicht abschöpfen. Skaleneffekte größerer Industrieinheiten werden nicht genutzt. Vielmehr beherrschen Überkapazitäten das Bild und werden veraltete Industriestrukturen mittels öffentlicher Aufträge künstlich am Leben erhalten. Unterschiedliche technische Normen und Standards erhöhen die Lager- und Vertriebskosten.

Ziel von Liberalisierung und Koordinierung des öffentlichen Auftragswesens ist ein freier, wettbewerblich organisierter, einheitlicher öffentlicher Vergabemarkt ohne Restriktionen und Ungleichbehandlungen. Die für diesen Zweck zu ergreifenden Maßnahmen lassen sich unterteilen in Maßnahmen zur Liberalisierung, zur Koordinierung sowie der Überwachung. Versorgungsunternehmen sollten, unabhängig von ihrem rechtlichen Status, den Regeln des öffentlichen Auftragswesens unterworfen werden, wenn sie nicht im Wettbewerb mit anderen privaten Anbietern stehen. Die Vergabesysteme müssen EU-weit angeglichen werden, Ausschreibungen europaweit publiziert und wesentliche Ausschreibungsbestimmungen vor ihrem Erscheinen grundsätzlich unumstößlich festgelegt werden. Im Rahmen der Überwachung muß öffentlichen Auftraggebern eine Berichtspflicht an ein EU-Kontrollorgan auferlegt werden und zudem Bewerbern und Bietern die Möglichkeit gegeben werden, Vergabeentscheidungen schnell und ohne großen Aufwand überprüfen zu lassen.

Teil II

Beginn und Fortgang der Koordinierung des öffentlichen Auftragswesens

Bereits am Ende des ersten Teils wurde das öffentliche Auftragswesen in den größeren Zusammenhang des Binnenmarktkonzeptes eingeordnet. Zu Beginn des zweiten Teils, im Kapitel B., sollen die vier Grundfreiheiten des EG-Vertrages – freier Verkehr von Waren, Diensten, Menschen und Kapital – bezogen auf das öffentliche Auftragswesen dargestellt werden. In Kapitel C. bis I. wird die Koordinierung des öffentlichen Auftragswesens im Rahmen sekundären Gemeinschaftsrechts dargestellt und beleuchtet. Dabei sollen nicht allein die ergriffenen Maßnahmen beschrieben, sondern auch Entscheidungswege und Entwicklungen aufgezeigt werden. Um das öffentliche Auftragswesen auch in seinem Umfeld einzuordnen, soll es in Kapitel L. außerdem in seinen Außenbeziehungen mit Drittstaaten betrachtet werden.

B. Die Ausgangssituation

I. Der EG-Vertrag und seine für das öffentliche Auftragswesen einschlägigen Bestimmungen

Der EWG-Vertrag von 1957 sah keine ausdrückliche Bestimmungen zur Regelung des öffentlichen Auftragswesens vor.¹ Aus heutiger Sicht hätte es jedoch schon aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung des öffentlichen Auftragswesens nahegelegen, in die Römischen Verträge wenigstens eine Norm zur Nichtdiskriminierung bei der öffentlichen Auftragsvergabe aufzunehmen. Warum dies unterblieben ist, ist nicht ganz klar. Ursache dafür könnte sein, daß die politisch Verantwortlichen Ende der fünfziger Jahre die wirtschaftliche Rolle des öffentlichen Auftragswesens noch nicht erkannt² oder die Schwierigkeiten auf dem Weg zu einer wett-

¹ Im EWG-Vertrag wurde jedoch ein Spezialfall des öffentlichen Auftragswesens geregelt: Im vierten Teil des EWG-Vertrages über die Assoziierung der überseeischen Länder und Hoheitsgebiete wurde in Art. 132 Ziff. 4 eine gleichberechtigte Teilnahme von Bewerbern aus Mitgliedstaaten der EU und den assoziierten Ländern für den Fall vorgeschrieben, daß es sich um öffentliche Aufträge aus Mitteln der EU handelte.

² Vgl. Seidel, Ingelore: Öffentliches Auftragswesen, in: Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, hrsg. von Manfred Dausen, München 1996, Rdnr. 27.

bewerblich organisierten Auftragsvergabe noch völlig verkannt hatten. Wahrscheinlich ist dies jedoch nicht. Denn bereits 1965, also noch nicht einmal ein Jahrzehnt nach Unterzeichnung der Verträge von Rom, war in einem Bericht des Wirtschaftsausschusses zu den Liberalisierungs- und Koordinierungsvorschlägen der Kommission zu lesen, daß im Zeitalter der wachsenden Staatsaufgaben die öffentliche Hand der größte Auftraggeber sei³. Plausibler ist deswegen, daß angesichts des zu erwartenden heftigen Widerstands in den Parlamenten der Signatarstaaten von einer Einbeziehung des öffentlichen Auftragswesens bewußt abgesehen wurde.⁴ Dafür spricht, daß auch auf Ebene des GATT eine Koordinierung der öffentlichen Auftragsvergabe erst spät in Angriff genommen wurde. Schließlich herrschte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nicht nur in den EU-Mitgliedstaaten traditionell ein protektionistisches Verhalten vor.

Auch wenn die Römischen Verträge keine speziellen Klauseln zur Regelung des öffentlichen Auftragswesens vorsahen, sind die allgemeinen Prinzipien des Vertrages auch auf das öffentliche Auftragswesen anzuwenden und trotz des inzwischen geschaffenen Sekundärrechts weiterhin einschlägig⁵. Hätten die Begründer der Europäischen Gemeinschaften etwas anderes gewollt, hätten sie das öffentliche Auftragswesen ausdrücklich von den Bestimmungen des EWG-Vertrages ausnehmen müssen.⁶ Die einschlägigen Bestimmungen sollen im folgenden in ihrem Bezug zum öffentlichen Auftragswesen dargestellt werden. An die Stelle des ehemaligen EWG-Vertrages ist inzwischen der EG-Vertrag getreten, der jedoch an den genannten vier Grundfreiheiten nichts geändert hat.

II. Das allgemeine Diskriminierungsverbot des Artikel 6 EG-Vertrag

Ausgangspunkt für eine Betrachtung des primären Gemeinschaftsrechts ist das allgemeine Diskriminierungsverbot in Artikel 6 EG-Vertrag. Danach ist jede Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit verboten. Artikel 6 EG-Vertrag ist im Hinblick auf das öffentliche Auftragswesen jedoch von untergeordneter Bedeutung, weil er nur subsidiär unbeschadet besonderer Bestimmungen des Vertrages eingreift. Bezogen auf das öffentliche Auftragswesen kommen als Spezialvor-

³ Vgl. Deringer, Arved (Hrsg.): Europäisches Parlament, Sitzungsdokumente 1965 – 1966, Bericht über die Vorschläge der EWG-Kommission zu Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge vom 22. 3. 1965, S. 2.

⁴ Vgl. Sundberg-Weitmann, Brita: Discrimination on Grounds of Nationality, Amsterdam 1977, S. 221; Schwarze, Jürgen: Diskriminierung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts, in: Öffentliche Aufträge und Forschungspolitik, hrsg. von Karl Matthias Meessen, Baden-Baden 1979, S. 79 (86).

⁵ Vgl. EuGH Rs. 45 / 87 „Dundalk Water Supply“, Slg. 1988, S. 4929.

⁶ Vgl. Sundberg-Weitmann, Brita: Discrimination on Grounds of Nationality, S. 222.

schriften vor allem der freie Warenverkehr (Artikel 30 ff.) sowie das Verbot von Beschränkungen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Artikel 52 ff. und 59 ff.) in Betracht. Dennoch wäre Artikel 6 EG-Vertrag weiterhin in allen denjenigen Fällen anzuwenden, die nicht von einer Sondervorschrift erfaßt werden. Es ist in der Literatur allerdings umstritten, ob in den Spezialvorschriften mit Blick auf das öffentliche Auftragswesen überhaupt eine Regelungslücke anzutreffen ist.

III. Das Verbot von mengenmäßigen Beschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung im Sinne der Artikel 30 ff. EG-Vertrag

1. Der Inhalt der Artikel 30 ff. EG-Vertrag

Artikel 30 ff. EG-Vertrag normieren als fundamentalen Grundsatz das Verbot mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen; einbezogen sind zudem alle Maßnahmen gleicher Wirkung. Anders ausgedrückt regeln die Artikel 30 ff. EG-Vertrag den freien Warenverkehr, weil nur der Austausch von Waren quantitativ beschränkt werden kann, nicht aber der von Dienstleistungen, deren Erbringung zwangsläufig an eine Person gebunden ist⁷. Folglich sind die Artikel 30 ff. EG-Vertrag als die für die Vergabe öffentlicher *Lieferaufträge* wesentlichen Bestimmungen anzusehen. Unter mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen versteht man alle Maßnahmen, die die Einfuhr einer Ware verbieten oder nach Menge, Wert oder Zeitraum begrenzen.⁸ Eine Maßnahme gleicher Wirkung ist nach der sogenannten *Dassonville-Formel* „jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“⁹. Aufgrund dieser weit gefaßten Formel und wegen der restriktiven Anwendung des Artikel 36 EG-Vertrag, der Beschränkungen des Warenverkehrs beispielsweise aufgrund der öffentlichen Ordnung und Sicherheit oder zum Schutz der Gesundheit ermöglichen würde, wurde diese Definition im *Cassis-Urteil*¹⁰ wieder eingeschränkt. In dieser Entscheidung berücksichtigte der Europäische Gerichtshof, daß die Mitgliedstaaten eigene Handelsregeln erlassen können, wenn eine entsprechende Gemeinschaftsregelung fehlt. Die sich aus solchen Handelsregelungen ergebenden Handelshemmnisse „müssen hingenommen werden,

⁷ Deswegen ist die Freiheit der Dienstleistungen an anderer Stelle, nämlich in Art. 59 ff. EG-Vertrag geregelt.

⁸ Vgl. Grabitz/Hilf-Matthies-von Borries: Kommentar zur Europäischen Union, München 1995, Art. 30 Rdnr. 1.

⁹ Diese Formel hat der EuGH in seinem Dassonville-Urteil aufgestellt; vgl. EuGH Rs. 8/74 „Dassonville“, Slg. 1974, S. 837 (852).

¹⁰ Vgl. EuGH Rs. 120/78 „Cassis des Dijon“, Slg. 1979, S. 649.

soweit sie notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden“¹¹. Dabei muß es sich um ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel handeln, das den Erfordernissen des freien Warenverkehrs vorgeht, und die Maßnahme muß zur Erreichung des Ziels notwendig sein und dessen wesentliche Garantie darstellen.¹² Voraussetzung ist aber, daß die Regelungen unterschiedslos auf in- und ausländische Waren angewendet werden und die Maßnahme nicht unverhältnismäßig ist. Liegen zwingende Erfordernisse in diesem Sinne vor, wie etwa die wirksame steuerliche Kontrolle oder der Verbraucherschutz, ist bereits tatbestandlich keine Maßnahme gleicher Wirkung gegeben.¹³ Bezogen auf die traditionell in den Mitgliedstaaten zu beobachtenden Formen der Marktabstottung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge verbieten Artikel 30 ff. EG-Vertrag im wesentlichen nur die offenen Formen der Ungleichbehandlung, soweit sie den Austausch von Waren betreffen¹⁴. Versteckte Ungleichbehandlungen sind in der Regel nicht erfaßt, weil nach der *Cassis*-Entscheidung ein Handelshemmnis, das keine mengenmäßige Beschränkung darstellt¹⁵, dann nicht diskriminierend wirkt, wenn es unterschiedslos auf in- und ausländische Waren angewendet wird und zwingende Erfordernisse im allgemeinen Interesse die Regelung notwendig machen. Die Tendenz der neueren Rechtsprechung geht dahin, den Anwendungsbereich der *Dassonville*-Formel noch weiter zu beschneiden. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1993¹⁶ hat der Gerichtshof entschieden, daß die zu *Dassonville* und *Dijon-de-Cassis* entwickelte Rechtsprechung künftig lediglich auf *produktbezogene* Beschränkungen anzuwenden sei (zum Beispiel auf Vorschriften, die die Etikettierung, Form, Zusammensetzung, Aufmachung oder Verpackung einer Ware betreffen). Der Gerichtshof begründet diese Einschränkung damit, daß nach der *Dassonville*-Formel grundsätzlich alle nationalen Verkaufsmodalitäten Einfluß auf den Warenaustausch nehmen könnten, angefangen beim Rabattverbot bis hin zum Ladenschluß. Deswegen gelten nationale Vertriebsvorschriften dann nicht mehr als Maßnahmen gleicher Wirkung, sofern sie unterschiedslos für alle Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und den Absatz inländischer und aus anderen Mitgliedstaaten importierter Waren rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berühren.¹⁷

¹¹ Ebenda, S. 662.

¹² Vgl. Grabitz/Hilf-Matthies-von Borries: Kommentar zur EU, Art. 30 Rdnr. 21.

¹³ Vgl. EuGH Rs. 113/80 „Kennzeichnung „foreign“,“ Slg. 1981, S. 1625 (1638); EuGH Rs. 220/81 „Stempelung von Edelmetallen“, Slg. 1982, S. 2349 (2360 f.).

¹⁴ Zur Diskussion, daß die öffentliche Auftragsvergabe unter den Begriff der „Maßnahme“ im Sinne der Art. 30 ff. EWG-Vertrag fällt, vgl. Stolz, Kathrin: Das öffentliche Auftragswesen in der EG, S. 30 ff.

¹⁵ Die Kernaussage des „*Cassis*-Urteils“ betrifft ja nur die Maßnahmen gleicher Wirkung.

¹⁶ Vgl. EuGH Rs. C-267/91 und 268/91 „Strafverfahren gegen Bernhard Keck und Daniel Mithouard“, EuZW 1993, 770 (771).

¹⁷ Vgl. ebenda; Hailbronner, Kay/Weber, Claus: Die Neugestaltung des Vergabewesens durch die Europäische Gemeinschaft, EWS 1997, S. 73 (74).

2. Das Verhältnis von Artikel 6 zu Artikel 30 ff. EG-Vertrag

Um sich Klarheit über die für das öffentliche Auftragswesen in der EU einschlägigen primären Rechtsgrundlagen zu verschaffen, muß untersucht werden, ob die Artikel 30 ff. EG-Vertrag eine für öffentliche Lieferaufträge abschließende Regelung darstellen. Die Kommission jedenfalls stützt ihre Liberalisierungs- und Koordinierungsmaßnahmen im Bereich der öffentlichen Lieferaufträge ausschließlich auf Artikel 30 ff. EG-Vertrag, ohne Artikel 6 EG-Vertrag zu nennen.¹⁸ Dies ist dann richtig, wenn ein öffentlicher Auftraggeber die Auftragsvergabe von der Herkunft einer Ware abhängig macht. Wegen der weiten Definition des Begriffs Maßnahmen gleicher Wirkung fallen – wie oben gezeigt wurde – darunter alle direkten und indirekten Maßnahmen, die bei der Auftragsvergabe auf die Herkunft der gewünschten Ware abstellen.¹⁹ Meines Erachtens übersieht diese Argumentation jedoch einen Aspekt: Artikel 30 ff. EG-Vertrag greifen dann nicht, wenn bei der Auftragsvergabe lediglich auf die Staatsangehörigkeit des Anbieters abgestellt wird, ohne daß es auf den Ursprung der Waren ankommt. Denkbar ist, daß ein Ausländer inländische Waren anbietet, jedoch aufgrund seiner Staatsangehörigkeit als Anbieter ausgeschlossen wird. Er müßte seinen Sitz allerdings weiterhin im Ausland haben, da er ansonsten in den Genuß der Niederlassungsfreiheit der unter B.IV. näher betrachteten Artikel 52 ff. EG-Vertrag kommen würde. Ist dies der Fall, muß die „Generalklausel“ des grundsätzlich subsidiären Artikel 6 EG-Vertrag greifen, weil Artikel 30 ff. EG-Vertrag, aber auch Artikel 52 ff. EG-Vertrag nicht einschlägig wären. Dieses Problem kann im Verhältnis zur Dienstleistungsfreiheit nicht auftauchen, weil eine Dienstleistung untrennbar an ihren Erbringer und folglich an dessen Staatsangehörigkeit gebunden ist.

Fazit dieser Überlegungen ist, daß im Bereich öffentlicher Lieferaufträge das Verbot diskriminierender Maßnahmen auf die Artikel 30 ff. EG-Vertrag zu stützen sind, wenn Waren ausländischen Ursprungs bei der Auftragsvergabe nicht berücksichtigt werden. Kommt es hingegen auf den Ursprung der Ware gar nicht an, sondern soll allein nach der *Staatsangehörigkeit* des Anbieters unterschieden werden, ist Artikel 6 EG-Vertrag einschlägig.

IV. Das Verbot von Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit im Sinne der Artikel 52 ff. EG-Vertrag

Die Artikel 52 ff. EG-Vertrag regeln die Niederlassungsfreiheit. Niederlassung im Sinne der Artikel 52 ff. EG-Vertrag bedeutet nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit

¹⁸ Vgl. z. B. Richtlinie 77/62/EWG, ABl. L 13 v. 15. 1. 1977, S. 1.

¹⁹ Vgl. dazu ausführlich Stolz, Kathrin: Das öffentliche Auftragswesen in der EG, S. 9 ff.

mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit.²⁰ Die Niederlassungsfreiheit spielt eng mit der Dienstleistungsfreiheit zusammen, regelt aber den besonderen Sachverhalt, daß sich der ausländische Anbieter einer Dienstleistung im Inland niedergelassen hat. Für die Abgrenzung zur Dienstleistungsfreiheit gibt es dabei im wesentlichen drei Kriterien: Im Unterschied zum sich im Inland niederlassenden Ausländer richtet sich der ausländische Dienstleistende im Inland nicht fest ein (*Art der Einrichtung*); sein Aufenthalt ist auch nicht auf Dauer angelegt, sondern auf die Zeit der Dienstleistungserbringung beschränkt (*Dauer*); und schließlich läßt der Dienstleistende den Schwerpunkt seiner Tätigkeit im Heimatland bestehen (*Umfang und Schwerpunkt der Tätigkeit*).²¹ Bezogen auf das öffentliche Auftragswesen stellt die Niederlassungsfreiheit die primäre Rechtsgrundlage für die Liberalisierung insbesondere der öffentlichen Bauaufträge als Teil des Dienstleistungssektors, aber auch aller übrigen Dienstleistungen für den Fall dar, daß sich der ausländische Dienstleistende im Inland niedergelassen hat.

Öffentliche Auftraggeber haben vielfältige Möglichkeiten, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge gegen die Niederlassungsfreiheit zu verstoßen. Am offenkundigsten sind alle Spielarten der offenen Diskriminierung, wie sie unter A.I.2.a)aa) dieser Arbeit exemplarisch aufgezählt wurden. Werden ausdrücklich nur einheimische Bieter und Bewerber zu einem öffentlichen Bauauftrag oder einem anderen öffentlichen Dienstleistungsauftrag zugelassen und gleichzeitig ausländische Anbieter daran gehindert, sich im Inland niederzulassen, ist dies von seiten der öffentlichen Auftraggeber die deutlichste Form eines Verstoßes gegen die Niederlassungsfreiheit. Subtiler und deswegen häufig schwerer aufzudecken sind alle Arten der versteckten Diskriminierung, die nur mittelbar nachteilig wirkt. Wird von einem Ausländer verlangt, er müsse in das inländische Berufsregister eingetragen sein oder einen inländischen Berufsabschluß besitzen, um bei der öffentlichen Auftragsvergabe berücksichtigt zu werden, stellt dies nicht in jedem Falle einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit dar. Bisweilen entspringen technische Spezifikationen oder die Forderung nach einer bestimmten beruflichen Qualifikation einem allgemeinen Interesse beispielsweise des Gesundheits- oder Umweltschutzes. Artikel 52 ff. EG-Vertrag verbieten Formen der versteckten Ungleichbehandlung nur, wenn sie ausdrücklich darauf angelegt sind, nach der Staatsangehörigkeit zu unterscheiden, das heißt diskriminierend zu wirken.²² Für das unter B. dieser Ar-

²⁰ Vgl. EuGH Rs. C-221/89 „The Queen/Secretary of State for Transport“, EuZW 1991, 764.

²¹ Vgl. Stolz, Kathrin: Das öffentliche Auftragswesen in der EG, S. 45; Europäische Kommission: Vademekum über öffentliches Auftragswesen in der Gemeinschaft, S. 13.

²² Die Frage, ob Art. 52 ff. EG-Vertrag nur ein Diskriminierungsverbot formuliert oder vielmehr auf den Abbau aller Beschränkungen unabhängig von ihrer diskriminierenden Wirkung abstellt, ist von der Rechtsprechung eindeutig entschieden worden. Nachhaltig hat der EuGH auf den Charakter des Art. 52 EG-Vertrag als Diskriminierungsverbot hingewiesen und dies mit der besonderen Stellung der Vorschrift als Spezialnorm zu Art. 6 EG-Vertrag begründet. Vgl. nur EuGH Rs. 2/74 „Reyners“, Slg. 1974, S. 531 ff. und zuletzt EuGH Rs. 221/85, Urteil vom 12. 2. 1987 in NJW 1987, S. 3069 f.); so auch Blumenwitz, Dieter:

beit formulierte Ziel, im Rahmen von Liberalisierung und Koordinierung des öffentlichen Auftragswesens *alle* Formen der Ungleichbehandlung abzubauen, läßt sich dies auf Grundlage der Niederlassungsfreiheit im Bereich Bau- und anderer Dienstleistungsaufträge folglich nicht vollständig erreichen, weil die Niederlassungsfreiheit nicht das geeignete Instrument ist, gegen alle Arten der versteckten Ungleichbehandlung vorzugehen.

Was die Abgrenzung zu den übrigen Grundfreiheiten im EG-Vertrag angeht, kommt grundsätzlich, wie bereits im vorangegangenen Abschnitt B.III.2. dieser Arbeit angedeutet, eine Überschneidung mit Artikel 30 ff. EG-Vertrag schon begrifflich nicht in Betracht, weil Artikel 30 ff. EG-Vertrag an den Ursprung der Waren, Artikel 52 ff. EG-Vertrag aber an das Merkmal der Staatsangehörigkeit und damit an Personen knüpft. Schwierigkeiten bereitet auch nicht die Abgrenzung zu Artikel 6 EG-Vertrag. Denn Artikel 52 EG-Vertrag formuliert ein besonderes Diskriminierungsverbot und ist gegenüber Artikel 6 EG-Vertrag die speziellere Norm. Für Artikel 6 EG-Vertrag bleibt im Rahmen der Artikel 52 ff. EG-Vertrag im Gegensatz zu Artikel 30 ff. EG-Vertrag kein Raum, weil von der Niederlassungsfreiheit schon begrifflich nur diejenigen Ausländer erfaßt werden, die sich im Inland dauerhaft einrichten wollen.

V. Das Verbot von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit im Sinne der Artikel 59 ff. EG-Vertrag

Dienstleistungen im Sinne der Artikel 59 ff. EG-Vertrag sind alle in der Regel gegen Entgelt erbrachten Leistungen, soweit sie nicht den Vorschriften zum freien Waren- und Kapitalverkehr sowie über die Freizügigkeit von Personen unterliegen. Zu den Dienstleistungen gehören insbesondere gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Tätigkeiten, soweit diese nicht den Charakter von Warenlieferungen haben.²³ Während Artikel 59 in Verbindung mit Artikel 60 EG-Vertrag den Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit postuliert, verweist Artikel 61 Absatz 1 EG-Vertrag ausdrücklich auf die für den Verkehr bestehenden Sondervorschriften. Artikel 61 Absatz 2 EG-Vertrag nimmt die mit dem Kapitalverkehr verbundenen Dienstleistungen der Banken und Versicherungen vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit aus. Ausgenommen von der Dienstleistungsfreiheit sind nach Artikel 66 in Verbindung mit Artikel 55 Absatz 1 EG-Vertrag zudem solche Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind.

Wie schon angedeutet, hängen Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit eng miteinander zusammen²⁴. Auch die Artikel 59 f. EG-Vertrag verlangen grundsätz-

Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Angleichung von Rechtsvorschriften auf dem Gebiete des Niederlassungsrechts der freien Berufe, NJW 1989, S. 621 (622).

²³ Vgl. Erhart, Michael: Öffentliches Auftragswesen, S. 741.

lich nur die Einhaltung des Diskriminierungsverbotes. Nichtdiskriminierende Ungleichbehandlungen können dann aufrechterhalten werden, wenn sie durch das Allgemeininteresse gerechtfertigt sind. Zulässig sind trotz der im EG-Vertrag garantierten Dienstleistungsfreiheit folglich Zulassungsverfahren für besondere Berufsgruppen, sofern sie aus Gründen der Rechtssicherheit unerlässlich sind. Begründet wird dies damit, daß es nicht Ziel der Dienstleistungsfreiheit sein kann, Anforderungen an Güte und Qualität der Dienstleistung oder auch an Ausbildung und Zuverlässigkeit des Dienstleistungserbringers möglichst gering zu halten.²⁵ Einzelne Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit sind folglich zunächst daraufhin zu untersuchen, ob sie auch gegenüber Inländern gelten, die auf demselben Gebiet tätig sind. Ist dies der Fall, verstößt die Beschränkung nur dann gegen den Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit, wenn sie nicht durch ein allgemeines Interesse gerechtfertigt ist.

Bezogen auf das öffentliche Auftragswesen folgt daraus, daß ein vollkommen unbeschränkter Austausch der von öffentlichen Auftraggebern nachgefragten Dienstleistungen letztlich nur durch eine Angleichung der einschlägigen Rechtsvorschriften zu Ausbildungsabschlüssen,²⁶ technischen Spezifikationen und Kriterien für die Zuverlässigkeit eines Bieters oder Bewerbers erreicht werden kann. Denn das Kriterium der im allgemeinen Interesse liegenden nichtdiskriminierenden Beschränkung ist unscharf und gestattet im Einzelfall Maßnahmen, die einer Öffnung des öffentlichen Vergabemarktes entgegenwirken können.

Zu Abgrenzungsschwierigkeiten kann es bisweilen zwischen Artikel 59 ff. EG-Vertrag und Artikel 30 ff. EG-Vertrag (freier Warenverkehr) kommen. Nicht immer läßt sich ohne weiteres bestimmen, ob es sich bei einer marktabschottenden Maßnahme um eine Maßnahme gleicher Wirkung oder eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit handelt. Daß dies nicht allein ein theoretisches Problem ist, sondern auch praktische Bedeutung besitzt, läßt sich einleuchtend an dem Beispiel eines öffentlichen Bauauftrags demonstrieren: Bauaufträge enthalten neben der Lieferung von Waren auch die Erbringung von Dienstleistungen, nämlich die Durchführung der Bauarbeiten. Auf einen Bauauftrag ließen sich folglich zugleich die Bestimmungen der Artikel 30 ff. EG-Vertrag (wenn der Bieter oder Bewerber in der Auswahl des zu verwendenden Materials beschränkt wird) *und* die Bestimmungen zur Dienstleistungsfreiheit nach Artikel 59 ff. EG-Vertrag (soweit es um den Anteil der durchzuführenden Bauarbeiten geht) anwenden. Ein solches Vorgehen erscheint aus praktischen Gründen unzweckmäßig. Kommission und Rat haben sich in den Anfängen der Liberalisierung und Koordinierung des öffentlichen Auftragswesens darauf verständigt, der Liberalisierung öffentlicher Bauaufträge

²⁴ Zur Abgrenzung der Niederlassungs- von der Dienstleistungsfreiheit vgl. B.I.3. dieser Arbeit.

²⁵ Vgl. statt vieler Grabitz/Hilf-Randelzhofer: Kommentar zur EU, Art. 59 Rdnr. 11; EuGH Rs. 279/80 „Strafverfahren gegen Alfred John Webb“, Slg. 1981, S. 3305 (3325).

²⁶ So auch Europäische Kommission: Vademekum über öffentliches Auftragswesen in der Gemeinschaft, S. 14.

ausschließlich die Dienstleistungsfreiheit zugrunde zu legen,²⁷ weil bei Bauaufträgen der Dienstleistungscharakter im Vordergrund stehe. Der Gerichtshof hat sich dieser Ansicht dagegen nicht angeschlossen. In der Rechtssache 45/87 *Dundalk Water Supply* hat er entschieden, daß die Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags nicht nur gegen die Dienstleistungsfreiheit, sondern auch gegen den Grundsatz des freien Warenverkehrs verstoßen kann.²⁸

Der Meinung des Gerichtshofs, daß auf öffentliche Bauaufträge neben der Dienstleistungsfreiheit grundsätzlich auch die Bestimmungen zum freien Warenverkehr anzuwenden sind, ist zuzustimmen. Die Regelungen des EG-Vertrages lassen eine andere Zuordnung auch gar nicht zu: Ausschlaggebend ist danach nämlich nicht, ob ein gehandeltes Gut *eher* als Dienstleistung oder als Ware einzustufen ist. Entscheidend ist allein, ob die von öffentlichen Auftraggebern getroffenen Maßnahmen geeignet sind, den freien Warenverkehr zu behindern, und zugleich oder ausschließlich darauf abstellen, die Dienstleistungsfreiheit zu beschränken. Was die im Hinblick auf eine Liberalisierung des öffentlichen Auftragswesens primär anzuwendenden Bestimmungen des EG-Vertrages angeht, ist eine Unterscheidung nach Bau- und Lieferaufträgen folglich nicht sinnvoll.²⁹ Welche Norm tatsächlich eingreift, läßt sich nur bei genauer Betrachtung der durch den öffentlichen Auftraggeber ausgeübten Beschränkung und deren Zielrichtung(en) feststellen.

VI. Das Verbot wettbewerbsverfälschender Beihilfen im Sinne der Artikel 92 ff. EG-Vertrag

Artikel 92 ff. EG-Vertrag regeln das Beihilfen- oder Subventionsrecht. Nach Artikel 92 EG-Vertrag sind alle vom Staat oder aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen an Privatunternehmen mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen oder zu beeinträchtigen drohen. Obwohl nach herrschender Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs der Beihilfenbegriff weit auszulegen ist,³⁰ ist eine umfassende und erschöpfende Definition des Begriffs bisher nicht erfolgt. Zweifellos sind direkte finanzielle Zuwendungen eines Staates an ein Unternehmen Beihilfen, aber auch andere finanzielle Erleichterungen können Beihilfen sein, so etwa spezielle Steuervorteile, staatliche Beteiligungen, Bürgschaften oder der Verkauf von Grundstücken unter Marktwert. Wesentliches Merkmal der Beihilfe ist, daß das Privatunternehmen in der Regel keine marktgerechte Gegenleistung erbringt.

²⁷ Vgl. die Begründung zur Bauliberalisierungsrichtlinie 71/304/EWG, Abl. L 185 v. 16. 8. 1971, S. 1, die das Verbot der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge behandelt.

²⁸ Vgl. EuGH Rs. 45/87 „Dundalk Water Supply“, Slg. 1988, S. 4929 (4966).

²⁹ So auch Stolz, Kathrin: Das öffentliche Auftragswesen in der EG, S. 41.

³⁰ Vgl. EuGH Rs. 47/69 „Frankreich vs. Kommission“ Slg. 1970, S. 487.

Streit besteht darüber, ob bei der Vergabe öffentlicher Aufträge die Einbeziehung vergabefremder Aspekte, wie etwa die Bevorzugung von Unternehmen aus strukturschwachen Regionen oder bestimmter Bevölkerungsgruppen, gegen den Grundsatz des Beihilfenverbots verstößt. Denn auch wenn der öffentliche Auftraggeber beim Zuschlag ein Angebot berücksichtigt, das schlechtere Konditionen als das annehmbarste Gebot enthält, liegt Entgeltlichkeit der zugeführten Mittel vor. Im Unterschied zu einer Vergabe des Auftrags zugunsten des annehmbarsten oder wirtschaftlichsten Angebots ist das Äquivalenzverhältnis in einem solchen Falle jedoch gestört. Aus diesem Grund erscheint es angebracht, auf die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge die Beihilfenvorschriften des EG-Vertrages anzuwenden. Schwierigkeiten kann im Einzelfall jedoch die Entscheidung darüber bereiten, welcher Teil des für eine Leistung oder Lieferung gezahlten Entgelts des öffentlichen Auftraggebers als Beihilfe anzusehen ist. Nur selten gleichen sich die eingehenden Angebote bis ins letzte Detail, so daß ein Mehrpreis unter Umständen auch durch eine bessere Qualität gerechtfertigt sein kann.

In seiner Rechtsprechung zur Anwendung von Präferenzregeln hat der Gerichtshof klargestellt, daß die Bevorzugung von Unternehmen im strukturschwachen italienischen Mezzogiorno als (unzulässige) Beihilfe im Sinne der Artikel 92 ff. EG-Vertrag anzusehen ist.³¹

VII. Zusammenfassung

Der EG-Vertrag bietet eine breite Grundlage für die *Liberalisierung* des öffentlichen Auftragswesens, ohne sich jedoch konkret auf das Vergaberecht zu beziehen. Die Liberalisierung der öffentlichen Lieferaufträge läßt sich im wesentlichen auf Artikel 30 ff. EG-Vertrag stützen, wobei die Rechtsprechung jedoch Handelshemmnisse dann zuläßt, wenn zwingende Erfordernisse sie notwendig machen. Die Niederlassungsfreiheit der Artikel 52 ff. EG-Vertrag erfaßt im wesentlichen alle ausländischen Dienstleister, die sich im Inland niederlassen wollen. Schutz bieten die Artikel 52 ff. EG-Vertrag jedoch nur, wenn eine gegen die Niederlassungsfreiheit gerichtete Maßnahme diskriminierende Wirkung entfaltet. Hat sich ein Ausländer nicht im Inland niedergelassen, garantieren die Artikel 59 ff. EG-Vertrag die Freiheit grenzüberschreitender Dienstleistungen. Ein freier Markt für die Vergabe öffentlicher Bauleistungen basiert nach der hier vertretenen Auffassung sowohl auf den Artikel 52 ff. und 59 ff. EG-Vertrag (Dienstleistungsfreiheit), was die Bauleistung als solche betrifft, als auch auf Artikel 30 ff. EG-Vertrag, so-

³¹ Vgl. EuGH Rs. C-21/88 „DuPont de Nemours Italiana – Mezzogiorno I“, Slg. 1990 I, S. 189; bestätigt durch EuGH Rs. 263/85 „Kommission vs. Italienische Republik“, Slg. 1991 I, S. 2457 sowie durch EuGH Rs. 351/77 „Laboratori Bruneau – Mezzogiorno II“, Slg. 1991 I, S. 3641.

weit es um den in einem Bauauftrag enthaltenen Warenanteil geht. Jedoch verbieten auch die Artikel 59 ff. EG-Vertrag lediglich direkt oder indirekt *diskriminierende* Maßnahmen öffentlicher Auftraggeber. Artikel 6 EG-Vertrag stellt einen Auffangtatbestand dar, der nach hier vertretener Ansicht nicht in jedem Falle durch die genannten Spezialvorschriften verdrängt wird. Sind vergabefremde Aspekte im Spiel, greifen die Vorschriften zum Verbot wettbewerbsverfälschender Beihilfen (Art. 92 ff. EG-Vertrag).

C. Das sekundäre Gemeinschaftsrecht zur öffentlichen Auftragsvergabe: Der Ausgangspunkt für den Koordinierungsprozeß

I. Die Rechtsgrundlagen für eine Koordinierung¹ des öffentlichen Auftragswesens

Die Ausführungen zu den Grundlagen eines freien Vergabemarktes haben bereits angedeutet, daß mit ihnen überwiegend nur auf den Abbau offener Ungleichbehandlungen gezielt werden kann. Wie unter A.I.2. dieser Arbeit gezeigt wurde, sind es aber nicht allein diskriminierende Verwaltungspraktiken, die die Öffnung der nationalen Vergabemärkte in der EU behindert haben und teilweise noch weiter behindern. Hinderlich wirken, das haben Umfragen ergeben, unter anderem national verschiedene technische Spezifikationen, die gerade im Bereich der Kommunikations-, Versorgungs- oder Verkehrsnetze eine große Rolle spielen. Hinzu kommen Sprachbarrieren, wenn die Vergabeabsicht nur in der Nationalsprache publiziert wird und Angebote nur in der Sprache des Auftraggebers eingereicht werden können, zu kurz bemessene Fristen für die Einreichung von Angeboten wie auch die Tatsache, daß die nationalen Vergabesysteme in vielen Details voneinander abweichen. Diese Abweichungen beruhen zum Teil auf einem unterschiedlichen Verständnis des Vergabegeschehens selber: Während die Auftragsvergabe von den einen dem hoheitlichen Handeln zugeordnet wird (Frankreich, Belgien, Italien), sehen die anderen den Staat bei der Vergabe öffentlicher Aufträge als privaten Teilnehmer am Markt und stufen die Vergabe als fiskalisches, also privatrechtliches Handeln ein (Deutschland, Niederlande, Luxemburg, Österreich).

Die genannten Barrieren lassen sich folglich allein durch eine *Koordinierung* des Vergabewesens beseitigen. In den genannten Bestimmungen zur Waren-, Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit findet sich daher auch die ausdrückliche Aufforderung an die Organe der EU, Richtlinien zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten in diesen Bereichen zu erlassen.² Die Bestimmungen wurden ursprünglich von Artikel 100 EG-Vertrag er-

¹ In den Richtlinien zum öffentlichen Auftragswesen verwenden Kommission und Rat durchweg den Begriff der Koordinierung. Auf anderen Gebieten fallen die Termini Harmonisierung, Angleichung oder Vereinheitlichung. Eine schon früh vorgenommene Exegese der verwendeten Begriffe hat ergeben, daß den Bezeichnungen kein bewußtes Unterscheidungsmerkmal zugrundeliegt, vielmehr sind die verwendeten Begriffe beliebig austauschbar. Vgl. dazu Lochner, ZgS 1962, S. 35.

gänzt, der das Prozedere des Erlasses von Richtlinien zur Errichtung oder zum Funktionieren des *Gemeinsamen Marktes* vorgab und die Grundlage für die Angleichung der national unterschiedlichen Rechtssysteme bildete. Seit der Einheitlichen Europäischen Akte, die am 1. Juli 1987 in Kraft getreten ist, unterliegt die Koordinierung des öffentlichen Auftragswesens der Zuständigkeitsregelung des Artikel 100 a EG-Vertrag, wonach der Rat gemäß dem Verfahren nach Artikel 189 b EG-Vertrag, das die Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses einschließt, Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten erläßt, die die Errichtung und das Funktionieren des *Binnenmarktes*³ zum Gegenstand haben. Das öffentliche Auftragswesen ist Bestandteil des Binnenmarktes, der definiert wird als „Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen dieses Vertrages gewährleistet ist.“⁴ Im Gegensatz zu Artikel 100 EG-Vertrag beschränkt der jetzt für das öffentliche Auftragswesen einschlägige Artikel 100 a in Verbindung mit Artikel 7 a und Artikel 189 b EG-Vertrag den Maßnahmenkatalog der Gemeinschaftsorgane nicht mehr nur auf den Erlass von Richtlinien, sondern erweitert ihn, beispielsweise um das Rechtsmittel der Verordnung.

II. Die im öffentlichen Auftragswesen angewandten Rechtsetzungsverfahren

1. Der Erlass von Richtlinien

Wesentliches Instrument zur Angleichung der nationalen Vergabesysteme war zu Beginn der Koordinierungsbemühungen bis zum Inkrafttreten der Einheitlichen Europäischen Akte *ausschließlich* der Erlass von Richtlinien nach Artikel 100 EG-Vertrag. Im Mittelpunkt stand dabei die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes. Unter dem Gemeinsamen Markt im Sinne des EG-Vertrags versteht man „die Beseitigung aller Hemmnisse im innergemeinschaftlichen Handel mit dem Ziel der Verschmelzung der nationalen Märkte zu einem einheitlichen Markt, dessen Bedingungen denjenigen eines wirklichen Binnenmarktes möglichst nahekommen“⁵. Im Unterschied zum Binnenmarkt verbindet sich mit dem Begriff des Gemeinsamen Marktes jedoch nicht die Schaffung gleicher Wettbewerbsvoraussetzungen; vielmehr war der Gemeinsame Markt allein darauf gerichtet, be-

² Vgl. Art 33 Abs. 7, Art. 57 Abs. 2 und Art. 66 EG-Vertrag.

³ Zur exakten Abgrenzung der Begriffe „Gemeinsamer Markt“ und „Binnenmarkt“ vgl. D.II.1. dieser Arbeit; Stolz, Kathrin: Das öffentliche Auftragswesen in der EG, S. 105 ff.; Grabitz/Hilf-Langeheine: Kommentar zur EU, Art. 100 a EG-Vertrag, Rdnr. 21.

⁴ Art. 7 a EG-Vertrag.

⁵ EuGH Rs. 15/81 „Gaston Schul Douane Expeditieur/Inspecteur der invoerrechten en accijnzen“, Slg. 1982, S. 1409 (1431 f.).

stehende Beschränkungen, die den Bestimmungen des ursprünglichen EG-Vertrages zuwiderliefen, zu beseitigen.

Charakteristisch für Richtlinien ist, daß sie in den betreffenden Mitgliedstaaten nicht unmittelbar wirken, sondern zunächst in nationales Recht transformiert werden müssen. Dabei ist eine Richtlinie nur hinsichtlich ihrer Ziele verbindlich und schreibt keine konkrete Umsetzungsmethode vor⁶. Mit Rücksicht auf die unterschiedlich gestalteten Vergabesysteme in den einzelnen Mitgliedstaaten erschien dies – unabhängig von der rechtlichen Vorgabe im EG-Vertrag – als vernünftiger Weg, weil die Zielvorgaben auf diese Weise stimmig in die bereits existierenden nationalen Vorschriften eingearbeitet werden konnten. Nach Artikel 100 EG-Vertrag besaß die Kommission das alleinige Vorschlagsrecht für den Erlaß von Richtlinien zur Rechtsangleichung.⁷ Rat und Europäisches Parlament konnten die Kommission jedoch unverbindlich zur Ausarbeitung von Koordinierungsvorschlägen auffordern. Der förmlich unterbreitete und im Teil C des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften veröffentlichte Kommissionsvorschlag bildete die Voraussetzung für ein Tätigwerden des Rates. Der Richtlinienvorschlag wurde zunächst in die Arbeitsgruppen des Rates geleitet, die aus Vertretern der nationalen Regierungen und der Kommission bestanden. Die Kommission besaß eine Vermittler- und Ausgleichsrolle für den Fall von Unstimmigkeiten zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten. Bevor der Rat die Richtlinie *einstimmig* erließ, waren – jedenfalls im Bereich des öffentlichen Auftragswesens – das Europäische Parlament und der Wirtschafts- und Sozialausschuß anzuhören, weil die Durchführung der Richtlinien für gewöhnlich mit einer Änderung der nationalen gesetzlichen Vorschriften verbunden war (und weiterhin ist). Auch die nationalen gesetzgebenden Körperschaften waren von den Richtlinienvorschlägen zu unterrichten. Das Erfordernis der Einstimmigkeit im Rahmen des Artikel 100 EG-Vertrag ließ von Anfang an befürchten, daß der Rat sich beim Erlaß von Richtlinien oftmals auf den „kleinsten gemeinsamen Nenner“ würde beschränken müssen. Richtlinien einstimmig zu erlassen, wurde mit wachsender Gemeinschaft zunehmend schwieriger; folglich war abzusehen, daß es – wie mit der Einheitlichen Europäischen Akte geschehen – zur Einführung eines Mehrheitensystems kommen würde.

2. Die Allgemeinen Programme

Neben dem Erlaß von Richtlinien sahen die Vorschriften zur Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit in Artikel 54 Absatz 1 sowie Artikel 63 Absatz 1 EG-Vertrag die Aufstellung Allgemeiner Programme zur Aufhebung der Beschränkun-

⁶ Vgl. Europäische Kommission: Die Vollendung des Binnenmarktes. Die Abschaffung der Grenzschränken und Steuerkontrollen, Brüssel, März 1988, S. III.

⁷ Zum nun folgenden Verfahren vgl. Grabitz/Hilf-Langeheine: Kommentar zur Europäischen Union, Art. 100 EG-Vertrag, Rdnr. 42 ff.

gen der Niederlassungs- sowie zur Dienstleistungsfreiheit vor. Darin sollten die allgemeinen Voraussetzungen und Zeitpläne (Stufen) für die Verwirklichung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit festgelegt werden. Teil dieser Programme war auch das öffentliche Auftragswesen. Seiner Rechtsnatur nach paßt das Allgemeine Programm zwar nicht in den Katalog der in Artikel 189 EG-Vertrag genannten verbindlichen Rechtsakte. Denn weder ist es unmittelbar geltende Verordnung noch Richtlinie oder Entscheidung. Auf der anderen Seite geht es über eine unverbindliche Empfehlung weit hinaus.⁸ Allgemeine Programme werden deswegen als Rechtsakte eigener Art eingestuft, die die Vertragsbestimmungen konkretisieren und ergänzen,⁹ ohne unmittelbare Rechtskraft zu entfalten.

Was das Verfahren anbelangt, so ähnelt die Erstellung eines Allgemeinen Programms dem Erlaß einer Richtlinie nach Artikel 100 EG-Vertrag: Das Vorschlagsrecht liegt bei der Kommission, anschließend muß der Rat einstimmig entscheiden, zuvor aber den Wirtschafts- und Sozialausschuß sowie das Europäische Parlament anhören.

3. Arten und Verfahren der Rechtsakte *nach* Inkrafttreten der Einheitlichen Europäischen Akte

Mit dem aufgrund der Einheitlichen Europäischen Akte eingeführten Artikel 100 a EG-Vertrag hat sich der Katalog zu nutzender Rechtsakte auch im Hinblick auf das öffentliche Auftragswesen erweitert: Ausdrücklich bezieht sich die Bestimmung ohne eine Beschränkung allein auf die Richtlinien auf *Maßnahmen* zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften. Damit stehen dem Rat seit 1987 zusätzlich zur Richtlinie auch die Verordnung (Artikel 189 Absatz 2 EG-Vertrag), die Entscheidung (Artikel 189 Absatz 4 EG-Vertrag), die Empfehlung und Stellungnahme (Artikel 189 Absatz 5 EG-Vertrag) sowie Mitteilungen und Erklärungen zur Verfügung. Zudem haben sich im Rahmen des Artikel 100 a EG-Vertrag die Verfahrensabläufe geändert, so daß die EU-Organe verpflichtet sind, das Verfahren der Mitentscheidung nach Artikel 189 b EG-Vertrag einzuhalten.

a) Das Verfahren der Mitentscheidung

Die Einführung der Mitentscheidung hat den Erlaß von Rechtsakten erheblich aufwendiger, dafür aber demokratischer gestaltet. Zudem wurde der inzwischen

⁸ Vgl. Everling, Ulrich: Zur rechtlichen Wirkung von Beschlüssen, Entschlüssen, Erklärungen und Vereinbarungen des Rates oder der Mitgliedstaaten der EG, in: Das europäische Gemeinschaftsrecht im Spannungsfeld von Politik und Wirtschaft, ausgewählte Aufsätze 1964 bis 1984, 1985, S. 105 (107).

⁹ Vgl. Grabitz / Hilf-Randelzhofer: Kommentar zur Europäischen Union, Art. 54 EG-Vertrag, Rdnr. 4; Stolz, Kathrin: Das öffentliche Auftragswesen in der EG, S. 42.

beachtlichen Größe der EU Rechnung getragen und der Abstimmungsprozeß vom zuvor geltenden Einstimmigkeitsprinzip befreit. Seit der Einheitlichen Europäischen Akte reicht es aus, für eine Entscheidung qualifizierte Mehrheiten im Europäischen Parlament und im Rat zu finden, was die Entscheidungsprozesse wiederum vereinfacht hat. Allerdings hat das Europäische Parlament an Macht gewonnen, weil es den Erlaß einer Richtlinie nunmehr verhindern kann. Über dieses „Blockaderecht“ hinaus hat es jedoch kein aktives Gestaltungsrecht erhalten

Soweit es um den Erlaß von Richtlinien geht, liegt das Initiativrecht weiterhin ausschließlich bei der Kommission, die ihren Vorschlag dem Europäischen Parlament und dem Rat unterbreitet. Nach der Stellungnahme des Europäischen Parlaments legt der Rat mit qualifizierter Mehrheit einen sogenannten Gemeinsamen Standpunkt fest, der dem Europäischen Parlament zur zweiten Lesung zugeleitet wird. Billigt das Parlament innerhalb von drei Monaten den Gemeinsamen Standpunkt oder läßt es den Zeitraum ungenutzt verstreichen, so erläßt der Rat die Richtlinie gemäß dem Gemeinsamen Standpunkt. Äußert das Parlament jedoch mit absoluter Mehrheit seiner Mitglieder die Absicht, den Gemeinsamen Standpunkt abzulehnen, muß es den Rat davon unverzüglich unterrichten. Dieser kann dann einen Vermittlungsausschuß anrufen, um den Standpunkt zu erläutern. Entweder lehnt das Parlament den Gemeinsamen Standpunkt dann mit absoluter Mehrheit seiner Mitglieder ab oder schlägt Abänderungen vor. Im Fall der Ablehnung gilt die Richtlinie als nicht angenommen. Schlägt der Rat Abänderungen an dem Gemeinsamen Standpunkt vor, ändert der Rat seinen Gemeinsamen Standpunkt entsprechend und erläßt die Richtlinie, wenn zuvor Kommission und Rat diesen Abänderungen zugestimmt haben. Lehnt die Kommission jedoch die Abänderungen ab, muß der Rat einstimmig entscheiden. Erläßt er die Richtlinie nicht, wird der Vermittlungsausschuß angerufen, der aus Mitgliedern des Rates und ebensovielen Mitgliedern des Europäischen Parlaments besteht. Billigt der Vermittlungsausschuß innerhalb von sechs Wochen den gemeinsamen Entwurf, haben Parlament und Rat sechs Wochen Zeit, die Richtlinie dem gemeinsamen Entwurf entsprechend zu erlassen; im Parlament ist dazu die absolute Mehrheit der abgegebenen Stimmen, im Rat eine qualifizierte Mehrheit erforderlich. Die Richtlinie wird nicht erlassen, wenn eines der beiden Organe dem gemeinsamen Entwurf nicht zustimmt. Billigt jedoch bereits der Vermittlungsausschuß den gemeinsamen Entwurf nicht, gilt die Richtlinie als nicht angenommen, sofern nicht der Rat mit qualifizierter Mehrheit den Gemeinsamen Standpunkt, den er vor Eröffnung des Vermittlungsverfahrens gebilligt hatte, gegebenenfalls mit entsprechenden Änderungen des Parlaments bestätigt.

b) Die Verordnung

Als weiteres Instrument steht den EU-Organen für die Koordinierung des öffentlichen Auftragswesens nunmehr auch die Verordnung zur Verfügung. Im Unterschied zur Richtlinie gelten Verordnungen gemäß Artikel 189 Absatz 2 EG-Vertrag

in allen Mitgliedstaaten unmittelbar, das heißt, es bedarf keiner Transformation in nationales Recht. Aus diesem Grund kann die Verordnung als europäisches Gesetz im funktionellen Sinne bezeichnet werden.¹⁰ Widerspricht das nationale Recht der Mitgliedstaaten im Einzelfalle einer EG-Verordnung, muß das Gemeinschaftsrecht vorrangig angewendet werden.¹¹

Die Richtlinie wird weiterhin im Vordergrund stehen, nachdem die Mitgliedstaaten inzwischen eine gemeinsame Erklärung¹² abgegeben haben, worin sie der Richtlinie gegenüber allen anderen möglichen Rechtsakten den Vorzug geben. Dementsprechend wurde auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens auch erst eine Verordnung erlassen; diese ist im Streit zwischen der EU und den USA über die gegenseitige Öffnung der öffentlichen Beschaffungsmärkte für Liefer- und Dienstleistungsaufträge ergangen: Darin wurde es bestimmten öffentlichen Auftraggebern in der EU untersagt, Liefer- und Dienstleistungsaufträge an Bieter aus den USA zu erteilen.¹³

c) Die Entscheidung

Im Unterschied zur Verordnung ist die *Entscheidung* nicht für eine unbestimmte Vielzahl von Fällen bestimmt, sondern regelt einen konkreten Einzelfall,¹⁴ kann dabei aber durchaus an mehrere Personen oder gar einen Mitgliedstaat gerichtet sein. Wie die Verordnung entfaltet sie unmittelbare Rechtswirkung für diejenigen Personen oder Mitgliedstaaten, an die sie gerichtet ist. Entscheidungen können sowohl vom Rat als auch von der Kommission erlassen werden. Bedient sich der Rat der Rechtsform Entscheidung, geschieht dies in der Regel zur Umsetzung völkerrechtlicher Entscheidungen¹⁵. Aber auch die Kommission nutzt die Möglichkeit der Entscheidung, beispielsweise um Anhänge von Richtlinien zu aktualisieren¹⁶ oder um in Einzelfällen Bestimmungen von Richtlinien auszulegen¹⁷.

¹⁰ Vgl. Prieß, Hans-Joachim: Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, Köln u. a. 1994, S. 39.

¹¹ Vgl. EuGH Rs. 6/64 „Costa vs. E.N.E.L.“, Slg. 1964, S. 1251 (1270); EuGH Rs. 106/77 „Staatliche Finanzverwaltung vs. S.p.A. Simmenthal“, Slg. 1978, S. 629 (643 f.).

¹² Gemeinsame Erklärung der Mitgliedstaaten zu Art. 100 a des EWG-Vertrages, Abl. L 169 v. 29. 6. 1987, S. 24.

¹³ Vgl. Verordnung 1461/93 (EWG) des Rates vom 8. 6. 1993 betreffend den Zugang zu den öffentlichen Aufträgen für Bieter aus den Vereinigten Staaten von Amerika, Abl. L 146 v. 17. 6. 1993, S. 1; L.III. dieser Arbeit.

¹⁴ Vgl. Grabitz/Hilf-Grabitz: Kommentar zur Europäischen Union, Art. 189 EG-Vertrag, Rdnr. 48 und 71.

¹⁵ Vgl. Entscheidung 93/324/EWG des Rates vom 10. 5. 1993 betreffend die Ausdehnung der Vorteile der Richtlinie 90/531/EWG auf die Vereinigten Staaten von Amerika, Abl. L 125 v. 20. 5. 1993, S. 54.

¹⁶ Vgl. Entscheidung 92/456/EWG der Kommission betreffend die Aktualisierung des Anhangs I der Baukoordinierungsrichtlinie vom 31. 7. 1992, Abl. L 257 v. 3. 9. 1992, S. 3.

d) Empfehlungen und Stellungnahmen

Im Gegensatz zur Verordnung und zur Entscheidung sollen die Adressaten – Mitgliedstaaten oder Personen – über eine Empfehlung oder Stellungnahme (Artikel 189 Absatz 5 EG-Vertrag) rechtlich nicht gebunden werden; vielmehr soll ihnen nur ein bestimmtes Verhalten nahegelegt werden¹⁸. Dies bedeutet jedoch nicht, daß beide Maßnahmearten rechtlich völlig irrelevant wären. Vielmehr sind die nationalen Gerichte verpflichtet, bei der Rechtsauslegung ergangene Empfehlungen und Stellungnahmen zu beachten.¹⁹ Empfehlungen oder Stellungnahmen geben Kommission oder Rat dann ab, wenn sie entweder nicht befugt sind, einen anderen (verbindlichen) Rechtsakt zu erlassen, oder wenn es ihnen nicht notwendig erscheint, sich in rechtlich bindender Form zu äußern. Aus diesem Grund hat die Kommission Vorgaben zur Standardisierung der Bekanntmachungen für Bau- und Lieferaufträge nur in Form einer Empfehlung gegeben.²⁰

e) Mitteilungen und Erklärungen

Der EG-Vertrag sieht noch andere Handlungsformen für die Organe der EU vor. Kommission und Rat sind befugt, Mitteilungen und Erklärungen abzugeben, die wie die Stellungnahme und Empfehlung keine unmittelbare Rechtswirkung entfalten. Eine Möglichkeit, interne Verwaltungsabläufe zu beeinflussen, bietet der Erlass sogenannter *Policy guidelines*. Solche Leitlinien sind beispielsweise zur Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe im Zusammenhang mit der Sektorenrichtlinie ergangen.²¹ Unmittelbar binden die *Guidelines* nur die Dienststellen der Gemeinschaft, können aber über den Grundsatz der Gleichbehandlung auch Außenwirkung entfalten²².

¹⁷ Vgl. Entscheidung 93/18/EWG der Kommission vom 23. 12. 1992 zur Feststellung, daß die Nutzung eines geographisch abgegrenzten Gebiets zum Zweck der Suche nach oder der Förderung von Öl oder Gas in Frankreich nicht als Tätigkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Lit. b) Ziff. i) der Richtlinie 90/531/EWG des Rates gilt, ABl. L 12 v. 20. 1. 1993, S. 19.

¹⁸ Vgl. Grabitz / Hilf-Grabitz: Kommentar zur Europäischen Union, Art. 189 EG-Vertrag, Rdnr. 80.

¹⁹ Vgl. EuGH Rs. C-322/88 „Grimaldi vs. Fonds des maladies professionnelles“, Slg. 1989, S. 4407 (4421).

²⁰ Vgl. Empfehlung 91/561/EWG der Kommission vom 24. 10. 1991 über die Standardisierung der Bekanntmachung öffentlicher Aufträge, ABl. L 305 v. 6. 11. 1991, S. 9.

²¹ Vgl. Europäische Kommission: Leitlinie der Kommission zur Auftragsvergabe von Flughafenbetrieben, die der Sektorenrichtlinie unterliegen, November 1992.

²² Vgl. Schwarze, Jürgen: Europäisches Verwaltungsrecht. Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaften, Band II, Baden-Baden 1988, S. 1044 ff.

D. Vorläufer der Koordinierung: Maßnahmen zur Liberalisierung der öffentlichen Vergabemärkte

Bevor Anfang der siebziger Jahre die erste Richtlinie zur Koordinierung des Vergaberechts erlassen wurde, hatten die Gemeinschaftsorgane schon ein Jahrzehnt zuvor ihr Augenmerk auf das öffentliche Auftragswesen gerichtet und erste Maßnahmen zur Liberalisierung des öffentlichen Vergabemarktes getroffen. Dieser zeitliche Abfolge entsprechend sollen zunächst die Anfänge der Marktöffnung für öffentliche Aufträge dargestellt werden, bevor auf die eigentlichen Maßnahmen zur Koordinierung eingegangen wird, die bei den öffentlichen Bauaufträgen begann, über die Liefer- und Dienstleistungsaufträge und die Aufträge der sogenannten Sektorenauftraggeber führte und beim Erlass der Überwachungsrichtlinien (vor-erst) endete.

I. Die Allgemeinen Programme zur Aufhebung der Beschränkung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit

Am 15. Januar 1962 veröffentlichte der Rat zwei von der Kommission erarbeitete Allgemeine Programme: eines zur Aufhebung der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit,¹ das zweite zur Aufhebung der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit². Im Zentrum beider Programme stand zwar nicht die Liberalisierung der Vergabe öffentlicher Aufträge, die Programme präzisierten aber das in den Artikeln 52 ff. und 59 ff. EG-Vertrag festgeschriebene Verbot diskriminierender Behandlung, das – wie gezeigt – auch das öffentliche Auftragswesen betrifft, und kündigten den Erlass entsprechender Richtlinien an.

Beide Programme enthalten einen minutiösen Zeitplan für ihre Umsetzung, der jedoch inzwischen überholt ist³ und deshalb auch nicht näher betrachtet werden soll, sowie eine erste Definition öffentlicher Auftraggeber. In einem enumerativen Verfahren wurde abstrakt-institutionell festgelegt, daß öffentliche Auftraggeber der „Staat, seine Gebietskörperschaften wie Länder, Regionen, Provinzen, Departement-

¹ Vgl. Allgemeines Programm zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs, ABl. v. 15. 1. 1962, S. 32.

² Vgl. Allgemeines Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit, ABl. v. 15. 1. 1962, S. 36.

³ Vgl. Grabitz/Hilf-Randelzhofer: Kommentar zur Europäischen Union, Art. 54, Rdnr. 3; Stolz, Kathrin: Das öffentliche Auftragswesen in der EG, S. 69.

ments, Gemeinden und andere noch zu bestimmende juristische Personen des öffentlichen Rechts“⁴ seien.

Im Allgemeinen Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit rügte der Rat erstmals verschiedene von den Mitgliedstaaten ergriffene Maßnahmen. So nannte er als Verstoß gegen den in Artikel 59 ff. EG-Vertrag enthaltenen Grundsatz der Inländergleichbehandlung, wenn Mitgliedstaaten Rechts- und Verwaltungsvorschriften anwendeten, die Ausländern die Erbringung von Dienstleistungen im Inland verboten. Dem stand gleich, wenn Ausländern die Erbringung von Dienstleistungen im Inland zwar erlaubt war, dies aber von einer Genehmigung oder der Ausstellung einer zusätzlichen Bescheinigung (besonderer Gewerbeausweis nur für ausländische Kaufleute) abhängig gemacht wurde. Abgeschafft werden sollte die in den Mitgliedstaaten zu beobachtende Praxis, die Erbringung von Dienstleistungen durch zusätzliche (steuerliche) Lasten zu verteuern und damit gegenüber inländischen Angeboten zu benachteiligen. Der Rat führte beispielhaft die Pflicht ausländischer Dienstleister auf, im Inland eine bestimmte Summe hinterlegen zu müssen, um einen Dienstleistungsauftrag überhaupt annehmen und ausführen zu können. Vorgesehen war außerdem die Beseitigung jener Verwaltungsvorschriften und -praktiken, wonach Ausländer von solchen Rechten ausgeschlossen waren, die üblicherweise mit der Erbringung von Dienstleistungen verbunden sind. Dazu gehörten die Befugnis, im Inland Verträge abzuschließen, Angebote einzureichen und sich als direkter Vertragspartner oder im Wege des Untervertrages an den vom Staat oder von anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts vergebenen Aufträgen zu beteiligen.⁵

Ähnliche programmatische Grundsätze enthielt das Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit. Ausländern sollte es erlaubt sein, sich im Inland niederzulassen, um eine selbständige Tätigkeit aufnehmen und ausüben zu können. Soweit Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder die gängige Verwaltungspraxis einzelner Mitgliedstaaten dies untersagten, waren die Vorschriften abzuändern beziehungsweise aufzuheben. Dies galt auch für Bestimmungen, die die Niederlassung eines Ausländers von zusätzlichen Bedingungen abhängig machten (besonderer Gewerbebeschein für Ausländer, vorherige berufliche Probezeit im Aufnahmeland und Erwerb einer speziellen Konzession) oder im Vergleich zu Inländern steuerlich erschwerten. Parallel zum Allgemeinen Programm zur Dienstleistungsfreiheit sollten solche Vorschriften oder Praktiken abgeschafft werden, die es Ausländern verboten, sich direkt oder indirekt an der Bewerbung um öffentliche Aufträge zu beteiligen. Kommission und Rat beabsichtigten auch, gegen Formen der versteckten Ungleichbehandlung vorzugehen: Im dritten Abschnitt des Allge-

⁴ Allgemeines Programm zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs, ABl. v. 15. 1. 1962, S. 32, Abschnitt V C lit. e) Ziff. 1; Allgemeines Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit, ABl. v. 15. 1. 1962, S. 36, Abschnitt IV B Ziff. 1.

⁵ Vgl. Einführung des Allgemeinen Programms zur Aufhebung der Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit, ABl. v. 15. 1. 1962, S. 32.

meinen Programms zur Niederlassungsfreiheit verpflichtete der Rat die Mitgliedstaaten dazu, die Voraussetzungen aufzuheben, „von denen die Aufnahme oder Ausübung einer selbständigen Tätigkeit auf Grund einer Rechts- oder Verwaltungsvorschrift oder auf Grund von Verwaltungspraktiken abhängt, soweit diese Voraussetzungen zwar unabhängig von der Staatsangehörigkeit gelten, jedoch ausschließlich oder vorwiegend Ausländer bei der Aufnahme oder Ausübung dieser Tätigkeit behindern“⁶.

Zugleich kündigte der Rat parallel zum Abbau offener und versteckter Ungleichbehandlungen Koordinierungsmaßnahmen bei der gegenseitigen Anerkennung von Befähigungsnachweisen und Diplomen an.⁷

II. Die erste Richtlinie zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs

Etwa zweieinhalb Jahre nach Veröffentlichung der Allgemeinen Programme zur Dienstleistungs- und zur Niederlassungsfreiheit erließ der Rat die erste der in den Programmen angekündigten Richtlinien: Die Richtlinie 64/429/EWG über die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs für selbständige Tätigkeiten der be- und verarbeitenden Gewerbe der CITI-Hauptgruppen 23 bis 40 (Industrie- und Handwerk) vom Juli 1964 sah vor, daß die Mitgliedstaaten bis Ende Januar 1965 die in den Allgemeinen Programmen genannten Beschränkungen für die Aufnahme und Ausübung der in den Klassen 23 bis 40 der Systematik der Zweige des produzierenden Gewerbes in den Europäischen Gemeinschaften (NICE) genannten Tätigkeiten aufheben sollten.⁸ In Artikel 4 wurden konkrete Beschränkungen in den einzelnen Mitgliedstaaten der damaligen Sechsergemeinschaft beim Namen genannt und ihre Beseitigung verbindlich festgeschrieben. Mehrheitlich handelte es sich dabei um ausschließlich für Ausländer bestehende Anmeldepflichten und Pflichten zur Erwirkung einer Genehmigung für die Aufnahme und Ausübung einer selbständigen Tätigkeit. Auf die Praktiken öffentlicher Auftraggeber wurde zwar nicht ausdrücklich verwiesen, jedoch sah Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a) der Richtlinie 64/429/EWG vor, daß diejenigen ausländischen Anbietern gleich Inländern behandelt werden sollten, die sich im betreffenden Mitgliedstaat niedergelassen hatten. Für im Ausland niedergelassene Dienstleister war eine Gleichbehandlung noch nicht ausdrücklich gefordert.

⁶ Allgemeines Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit, ABl. v. 15. 1. 1962, Abschnitt III.

⁷ Vgl. ebenda.

⁸ Vgl. Richtlinie 64/429/EWG des Rates vom 7. 7. 1964, ABl. v. 23. 7. 1964, S. 1880 (1881 f.).

III. Die ersten Richtlinien zur Liberalisierung des öffentlichen Auftragswesens

Mit der Erarbeitung spezieller Richtlinien eigens zum öffentlichen Auftragswesen begannen die Organe der Gemeinschaft Mitte der sechziger Jahre. Obwohl die unter B. dieser Arbeit genannten Bestimmungen des EG-Vertrages bereits geeignet waren, offenen Ungleichbehandlungen auf den öffentlichen Vergabemärkten entgegenzuwirken, wurden vor dem Beginn der *Koordinierung* des Vergaberechts Liberalisierungsrichtlinien zu Lieferungen und Leistungen an den Staat⁹ sowie zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge¹⁰ erlassen.

1. Die Waren-Liberalisierungsrichtlinie 70/32/EWG

Nachdem bereits 1965 die Vorarbeiten für die Richtlinie 70/32/EWG begonnen hatten, dauerte es gute fünf Jahre, bevor die Kommission die Waren-Liberalisierungsrichtlinie erließ. Grundlage für den Erlass der Richtlinie waren die Artikel 30 ff. und 100 EWG-Vertrag. Artikel 33 Absatz 7 EWG-Vertrag sah vor, daß die *Kommission* Richtlinien erlassen konnte, um Verfahren und Zeitfolge zur Beseitigung von Maßnahmen zu regeln, die den freien Warenverkehr beeinträchtigten. Die Richtlinie zielte darauf, das Verbot von Maßnahmen gleicher Wirkung zu erläutern und zu präzisieren. Da Artikel 30 und Artikel 34 EWG-Vertrag in der vertraglichen Übergangszeit nicht unmittelbar anwendbar waren, bedurfte es zunächst dieser Präzisierung durch eine Richtlinie. Spätestens seit dem 1. Januar 1970, dem Ende der im EWG-Vertrag vorgesehenen Übergangszeit, gelten die Artikel 30 ff. EG-Vertrag jedoch unmittelbar, so daß die Waren-Liberalisierungsrichtlinie bereits bei ihrem Inkrafttreten nur noch eine rein interpretatorische Funktion erfüllte¹¹.

Wie die Allgemeinen Programme zur Dienst- und Niederlassungsfreiheit zählte auch die Waren-Liberalisierungsrichtlinie bestehende Hindernisse bei der Öffnung der nationalen Vergabemärkte auf und forderte die Mitgliedstaaten auf, die im einzelnen genannten Beschränkungen zu beseitigen. Die Mitgliedstaaten wurden in Artikel 4 der Richtlinie darüber hinaus auch verpflichtet, Bericht über die ergriffenen Umsetzungsmaßnahmen zu erstatten.

⁹ Vgl. Richtlinie der Kommission 70/32/EWG vom 17. 12. 1969 über die Lieferungen von Waren an den Staat, seine Gebietskörperschaften und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, ABl. L 13 v. 19. 1. 1970, S. 1.

¹⁰ Vgl. Richtlinie des Rates 71/304/EWG vom 26. 7. 1971 zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge und bei öffentlichen Bauaufträgen, die an die Auftragnehmer über ihre Agenturen oder Zweigniederlassungen vergeben werden, ABl. L 185 v. 18. 8. 1971, S. 1.

¹¹ Vgl. Europäische Kommission: Vademekum über öffentliches Auftragswesen in der Gemeinschaft, S. 10; Weiss, Friedl: Public Procurement in the EEC – Public Supply Contracts, *European Law Review* 1988, S. 318 (321).

2. Die Bau-Liberalisierungsrichtlinie 71/304/EWG

Das Gegenstück zur Waren-Liberalisierungsrichtlinie – die Bau-Liberalisierungsrichtlinie – wurde erst 1971, also beinahe zehn Jahre nach Verabschiedung der zugrunde liegenden Allgemeinen Programme, vom Rat erlassen, der nach Artikel 54 und Artikel 63 Absatz 2 EWG-Vertrag zum Erlaß der die Beschränkungen der Dienst- und Niederlassungsfreiheit beseitigenden Richtlinien ermächtigt war. Die Bau-Liberalisierungsrichtlinie ist in Zusammenhang mit den unter D.II. betrachteten Richtlinien 64/427/EWG und 64/429/EWG zu lesen, in denen der Rat Einzelheiten zur Dienst- und Niederlassungsfreiheit der selbständigen Tätigkeiten in Handwerk und Industrie geregelt hatte¹². Beide Richtlinien hatten ausdrücklich nur die Gleichbehandlung jener ausländischen Dienstleister gefordert, die im betreffenden Mitgliedstaat *niedergelassen* waren.¹³) Dementsprechend zielte die Richtlinie 71/304/EWG darauf, jene Beschränkungen abzubauen, die weiterhin bestanden, wenn ein ausländischer Bieter sich um einen öffentlichen Bauauftrag als grenzüberschreitend tätiger Dienstleister bewarb¹⁴.

Gegenüber den später folgenden Baukoordinierungsrichtlinien waren die Bestimmungen vergleichsweise rudimentär. Denn wiederum erfolgte keine *genaue* Beschreibung der von der Richtlinie erfaßten öffentlichen Auftraggeber. Genannt waren wie in den Allgemeinen Programmen der Staat, die Gebietskörperschaften und die juristischen Personen des öffentlichen Rechts.¹⁵ Artikel 2 der Bau-Liberalisierungsrichtlinie umriß jedoch die Tätigkeiten, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, und stellt damit die erste Definition eines öffentlichen Bauauftrags auf EU-Ebene dar. Erfaßt waren alle Tätigkeiten in Klasse 40 der Systematik der Zweige des produzierenden Gewerbes in den Europäischen Gemeinschaften (NICE). Ausgenommen waren in Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe a) bis Buchstabe c) der Richtlinie 71/304/EWG der Bau von Atomanlagen wissenschaftlicher oder gewerblicher Art sowie Ausschachtungsarbeiten und Abraumbeseitigung im Hinblick auf die Gewinnung von Mineralien. Artikel 3 zählte die von den Mitgliedstaaten zu beseitigenden Maßnahmen auf. Im wesentlichen waren dies Rechts- sowie Verwaltungsvorschriften und -praktiken, die eine unterschiedliche, für ausländische Unternehmen benachteiligende Behandlung vorsahen sowie alle Maßnahmen, die zwar unterschiedslos für In- und Ausländer galten, letztlich aber Ausländer benachteiligten. Die Richtlinie nennt ausdrücklich diskriminierende technische Beschreibungen und den ungleichen Zugang zu Krediten, Beihilfen und Zuschüssen. Zur Umsetzung der Richtlinie gewährte der Rat den Mitgliedstaaten

¹² Vgl. D.II. dieser Arbeit.

¹³ Vgl. ebenda; Kalbe, Peter: Die EWG-Richtlinienvorschläge zur Liberalisierung und Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, AwD-BB 1965, S. 243 (243 f.).

¹⁴ Vgl. zweite Erwägung der Bauliberalisierungsrichtlinie 71/304/EWG, ABl. L 185 v. 16. 8. 1971, S. 1.

¹⁵ Vgl. ebenda, Art. 1.

eine Frist von zwölf Monaten nach Bekanntgabe der Richtlinie am 16. September 1971.

Wie die Waren-Liberalisierungsrichtlinie hatte auch die Bau-Liberalisierungsrichtlinie von Beginn an nur die Funktion einer reinen Interpretationshilfe. Denn seit Ablauf der im EWG-Vertrag festgelegten Übergangszeit, also seit dem 1. Januar 1970, gelten auch die Artikel 52 und 59 EG-Vertrag unmittelbar und bedurften keiner Umsetzung mehr durch entsprechende Richtlinien.

Die Bundesrepublik Deutschland hatte bereits im Jahr 1960 aus konjunkturpolitischen Erwägungen die Vergabe öffentlicher Aufträge durch den sogenannten *Drei-Minister-Erlass*¹⁶ einseitig weltweit liberalisiert. Deswegen hatten beide Liberalisierungsrichtlinien – unabhängig von EG-vertraglichen Übergangsfristen – für die Bundesrepublik *von Anfang an* nur deklaratorische Bedeutung.

¹⁶ Gemeinsames Rundschreiben des Bundesministers für wirtschaftlichen Besitz des Bundes, des Bundesministers für Wirtschaft und des Auswärtigen Amtes vom 29. 4. 1960, BWMBI. 1960, S. 269.

E. Die Koordinierung im Bauleistungsbereich: Die Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG, neu kodifiziert durch die Richtlinie 93/37/EWG und angepaßt durch die Richtlinie 97/52/EG

Wie schon bei näherer Betrachtung der Grundlagen zur Liberalisierung der öffentlichen Vergabemärkte aufgezeigt, reicht es zur Schaffung eines homogenen Marktes für öffentliche Aufträge nicht aus, lediglich bestehende offene Ungleichbehandlungen abzubauen. Beseitigt werden müssen vielmehr auch die im Kapitel A. als versteckte Ungleichbehandlungen qualifizierten Beschränkungen. Bevor die einzelnen Schritte auf dem Weg zu einer Angleichung der nationalen Vergabesysteme dargestellt werden, soll ein grober Überblick Vorgehensweise und Schwerpunkte der Koordinierungsbemühungen aufzeigen.

Die Koordinierung der Vergabe öffentlicher Aufträge vollzog sich abschnittsweise in verschiedenen Regelungsbereichen. Wesentliche Impulse auf dem Weg der Koordinierung des öffentlichen Auftragswesens gingen und gehen von den beiden Weißbüchern der Kommission aus den Jahren 1985 und 1995 aus. Während die Kommission im Weißbuch von 1985 ihr Augenmerk auf die Vollendung des EU-Binnenmarktes richtete, standen im Mittelpunkt des Weißbuches von 1995 die geplante Assoziierung mittel- und osteuropäischer Staaten, die ihre Schatten in den Europa-Abkommen der EU bereits vorauswirft¹. Die erste Koordinierungsrichtlinie wurde im Bereich der Bauleistungen 1971 erlassen; fünf Jahre später (1976) folgte der Lieferbereich. Ausgenommen waren allerdings in beiden Fällen die Auftraggeber der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie des Telekommunikationssektors, die nachfolgend deswegen als *ausgenommene Sektoren* bezeichnet werden. Die Auftragsvergabe in diesen Bereichen wurde erst im Jahre 1990 koordiniert. 1992 erließen Rat und Parlament die Koordinierungsrichtlinie für die öffentlichen Dienstleistungsaufträge. Parallel zu diesen Maßnahmen ergingen von 1989 an Überwachungsrichtlinien, die die Einhaltung der Koordinierungsrichtlinien in den Mitgliedstaaten sicherstellen sollen. Zwischenzeitlich sind die Richtlinien zum Teil mehrfach überarbeitet worden. Beabsichtigt ist, die Richtlinien aus den verschiedenen Bereichen in einem einzigen Regelwerk zusammenzufassen.²

Erste Prognosen und später angestellte Berechnungen haben gezeigt, daß die Öffnung der nationalen öffentlichen Beschaffungsmärkte im Bausektor nur weni-

¹ Vgl. dazu L.IV. dieser Arbeit.

² Vgl. Seidel, Ingelore: Öffentliches Auftragswesen, Rdnr. 58.

gen spezialisierten Branchen und Unternehmen wirtschaftliche Vorteile bringen würde, der Öffnungseffekt wegen des stark ortsgebundenen Charakters der Bauleistungen in diesem Sektor also beschränkt bleiben würde. Wohl aus diesem Grund, so wird verschiedentlich vermutet, trieben die Mitgliedstaaten die Koordinierung im Bauleistungsbereich am schnellsten voran.³

Vorrangiges Ziel der ersten Koordinierungsrichtlinie 71/305/EWG,⁴ die der Rat am 26. Juli 1971 erließ, war es, den Ermessensspielraum der öffentlichen Auftraggeber durch eine Vielzahl konkreter Verfahrensregeln rechtlich zu umgrenzen. In den Erwägungen zur Richtlinie stellte der Rat deswegen noch einmal diejenigen Grundsätze heraus, die er bereits in den Allgemeinen Programmen betont hatte:

- das Verbot der Beschreibung technischer Merkmale mit diskriminierender Wirkung;
- die ausreichende Bekanntgabe der Auftragsvergaben;
- die Festlegung objektiver Teilnahmekriterien und die Einführung eines Verfahrens, das die Gewähr für die gemeinsame Beachtung dieser Grundsätze bietet.⁵

In der Zwischenzeit ist die Richtlinie, die eine Vorreiterstellung in der Koordinierung des Vergaberechts einnimmt und auch als Vorbild für die Lieferkoordinierungsrichtlinie diente, mehrfach angepaßt worden⁶. Aufgrund der vielfältigen Änderungen und der dadurch bedingten Unübersichtlichkeit (einige der Anpassungen waren in die Richtlinie zu den ausgenommen Sektoren und in die Dienstleistungsrichtlinie aufgenommen worden) sah sich der Rat 1993 zu einer vollständigen Neufassung der Baukoordinierungsrichtlinie veranlaßt. Die ursprüngliche Richtlinie 71/305/EWG wurde durch die Richtlinie 93/37/EWG,⁷ die bis zum 1. Juli 1994 in nationales Recht umzusetzen war, neu gefaßt.

³ Vgl. Generaldirektor Braun, unveröffentlichter Vortrag am 26. 4. 1978, zitiert bei: Schwarze, Jürgen: Diskriminierung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts, S. 92.

⁴ Richtlinie des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge 71/305/EWG vom 26. 6. 1971, ABl. L 185 v. 16. 8. 1971, S. 5.

⁵ Vgl. ebenda, dritte Erwägung.

⁶ Anpassungen durch die Richtlinie 78/669/EWG des Rates vom 2. 8. 1978 (ABl. L 225 v. 16. 08. 1978, S. 41), die Richtlinie 89/440/EWG des Rates vom 18. 7. 1989 (ABl. L 210 v. 21. 7. 1989, S. 1), die Richtlinie 90/531/EWG des Rates vom 17. 9. 1990 (ABl. L 297 v. 29. 10. 1990, S. 1), die Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. 6. 1992 (ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1), die Richtlinie 93/4/EWG des Rates vom 8. 2. 1993 (ABl. L 38 v. 16. 2. 1993, S. 31) und die Richtlinie 97/52/EG (ABl. L 328 v. 28. 11. 1997, S. 1).

⁷ Vgl. Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

I. Der lange Weg vom Vorschlag zum Erlaß der Richtlinie

Die Kommission hatte im Frühjahr 1966 den Vorschlag „einer Richtlinie des Rates betreffend die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge“ erarbeitet,⁸ dem bereits zwei Entwürfe aus dem Jahre 1964 vorausgegangen waren. Schon 1967 war der Richtlinienvorschlag im Prinzip zur Verabschiedung reif, die Arbeiten auf der Fachebene jedenfalls waren abgeschlossen. Lediglich die ständigen Vertreter der Mitgliedstaaten bei der Kommission berieten noch über den Vorschlag. Dieser Prozeß zog sich beinahe vier Jahre lang hin, obwohl alle grundlegenden Schwierigkeiten und Fragen im Vorfeld bereits ausgeräumt worden waren. Die weniger fachlich als vielmehr politisch beeinflussten Beratungen waren im wesentlichen von gegenseitiger Unkenntnis über die Vergabesysteme und den zugehörigen Rechtsrahmen in den anderen EU-Mitgliedstaaten geprägt. So war für die deutschen Verhandlungsführer die Frage der Konzession bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge völlig neu, während diese Vertragsform in Frankreich und Italien längst gebräuchlich war. In Zeiten, in denen es noch keine Faxgeräte gab, schickten die Vertretungen meterlange Telexe in die zuständigen Heimatministerien, um die in ihren Augen noch offenen Fragen zu klären und Unsicherheiten zu beseitigen. Durch diesen ständigen Rückkoppelungsprozeß verzögerten sich die Verhandlungen immer mehr. Die lange Verhandlungsdauer dürfte aber noch einen anderen Grund gehabt haben: Da die Baukoordinierungsrichtlinie die erste Koordinierungsrichtlinie im öffentlichen Auftragswesen war, waren manche Mitgliedstaaten der Ansicht, von ihren nationalen Interessen keine Handbreit abrücken zu dürfen, um ihre Verhandlungsposition für weitere Koordinierungsmaßnahmen nicht zu schwächen⁹. Denn eines war sicher: Weitere Koordinierungen sollten folgen.

II. Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers

Die spürbarste Veränderung hat während der Anpassung der Baukoordinierungsrichtlinie der Begriff des öffentlichen Auftraggebers erfahren.¹⁰ Ursprünglich galten in Anlehnung an die Allgemeinen Programme nach Artikel 1 Buchstabe b) der Richtlinie 71/305/EWG „als öffentliche Auftraggeber der Staat, die Gebietskörperschaften und die in Anhang I¹¹ aufgeführten juristischen Personen des öffentli-

⁸ Vgl. Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates betreffend die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Dokument KOM (66) 59 endg. vom 4. 3. 1966.

⁹ Persönliches Gespräch.

¹⁰ Vgl. Seidel, Ingelore: Zur Wandlung des Begriffsinhaltes „öffentlicher Auftraggeber“ im EG-Vergaberecht vom institutionellen zum funktionellen Begriff sowie zu aktuellen Anwendungsfragen des erweiterten Begriffs, in: Festschrift für Prof. Wolfgang Heiermann, Wiesbaden u. a. 1995, S. 293 (293).

chen Rechts.“ In der Richtlinie war damit ein abstrakt-institutioneller Ansatz gewählt worden, allerdings war der persönliche Anwendungsbereich der Richtlinie auf die „klassischen institutionellen“ Auftraggeber beschränkt. Die Mitgliedstaaten hatten sich mit dieser Definition im wesentlichen auf diejenigen Auftraggeber geeinigt, die in den nationalen Konzepten übereinstimmend bereits als öffentliche Auftraggeber anerkannt waren.

Der Kreis öffentlicher Auftraggeber wurde mit der ersten großen Überarbeitung, der Richtlinie 89/440/EWG, durch einen Wandel zum funktionellen Auftraggeberbegriff schließlich stark erweitert.¹² Im Hinblick auf eine größtmögliche Öffnung der Märkte für öffentliche Bauaufträge schien es der Kommission zweckmäßiger, auch alle diejenigen Unternehmen als öffentliche Auftraggeber zu betrachten, die den Wettbewerbsbedingungen des Marktes dadurch entzogen waren, daß die öffentliche Verwaltung ihnen entweder entsprechende Konzessionen erteilt oder besondere oder ausschließliche Rechte im Sinne des Artikel 90 EG-Vertrag gewährt hatte. Dabei sollte unerheblich sein, ob es sich um privat- oder öffentlich-rechtliche Institutionen handelte.¹³ Neben die institutionellen öffentlichen Auftraggeber, die durch den formalrechtlichen Status der juristischen Person des öffentlichen Rechts definiert werden, sollte folglich der von der Funktion her definierte öffentliche Auftraggeber treten. Diesen Entschluß der Kommission begrüßte der Wirtschafts- und Sozialausschuß in seiner Stellungnahme, weil auf diese Weise der Anwendungsbereich der Richtlinie erweitert und eine Umgehung der Vorschriften erschwert werden sollte.¹⁴

Einzelne nationale Gruppen wehrten sich jedoch gegen die dadurch bedingte Einbeziehung auch privater Unternehmen, weil damit eine neue Belastung dieser Unternehmen mit bürokratischen und kostensteigernden Regeln einhergehen würde.¹⁵ Der Ausschuß für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau des deutschen

¹¹ Laut Anhang I gehörten zu den öffentlichen Auftraggebern in allen Mitgliedstaaten die aus den Gebietskörperschaften bestehenden Verbände des öffentlichen Rechts, z. B. „associations de communes“, „syndicats de communes“, Gemeindeverbände usw. Für die einzelnen Mitgliedstaaten wurden in den weiteren Ziffern spezielle Auftraggeber enumerativ aufgeführt. Für Deutschland die bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts.

¹² Dagegen, daß es sich um eine substantielle Erweiterung handelte, Hailbronner, Kay: Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers nach den EG-Richtlinien zur Vergabe öffentlicher Aufträge, EWS 1995, S. 285 (285).

¹³ Vgl. Art. 2 Abs. 2 des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Dokument KOM (86) 679 endg. vom 23. 12. 1986.

¹⁴ Vgl. Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABL. C 319 v. 30. 11. 1987, S. 55 (58).

¹⁵ Vgl. z. B. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau (16. Ausschuß) zu der Unterrichtung durch die Bundesregierung zum Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge – KOM (86) 679 endg. – BT-Drucksache 11/1653 vom 15. 1. 1988, S. 3.

Bundestages ging sogar soweit, dem Bundestag die Ablehnung der gesamten Baukoordinierungsrichtlinie zu empfehlen mit der Begründung, daß Bauunternehmen ohnehin aufgrund der Struktur der von ihnen angebotenen Werke und Dienstleistungen nur regional begrenzt tätig wären.¹⁶ Weder mit seinen grundsätzlichen Bedenken gegen die Baukoordinierungsrichtlinie noch gegen die Erweiterung des Auftraggeberbegriffs konnte sich der Ausschuß jedoch durchsetzen.

Das Europäische Parlament, das aufgrund der Einheitlichen Europäischen Akte in den Entscheidungsprozeß einzubeziehen war, griff die Idee der Kommission auf und setzte bei dem in den Mitgliedstaaten unterschiedlich verstandenen Rechtsbegriff der juristischen Person des öffentlichen Rechts an. Sie schlug vor, diesen durch den Begriff *Organ des öffentlichen Rechts* zu ersetzen, ein Begriff, der bis dahin in keinem der Mitgliedstaaten juristisch inhaltlich belegt war und der definiert werden sollte als „... jedes durch einen Rechts- oder Verwaltungsakt ... zur Deckung anderer allgemeiner Belange als derjenigen mit industriellem oder gewerblichem Charakter auftretende Organ, dessen Verwaltung teilweise oder ganz von Organen oder Beamten des Staates oder der Gebietskörperschaften beziehungsweise von durch diese benannten Verantwortlichen wahrgenommen wird und deren Tätigkeit in erster Linie vom Staat oder den Gebietskörperschaften finanziert wird“¹⁷.

Die Kommission hat diesen Änderungsvorschlag, einen rechtlich noch nicht belegten Begriff an die Stelle der juristischen Person des öffentlichen Rechts zu setzen und auf diese Weise den Auftraggeberbegriff zu erweitern, begrüßt, an die Stelle des *Organs* jedoch den Begriff *Einrichtung* gesetzt¹⁸. Auch der Rat schloß sich der Funktionalisierung des Auftraggeberbegriffs an, nahm jedoch noch eine wesentliche Änderung vor: Er verknüpfte die vorgeschlagenen Elemente der Definition nicht *kumulativ* miteinander, sondern stellte sie teilweise in ein Alternativverhältnis und erweiterte den Vorschlag der Kommission auf diese Weise noch. Als öffentliche Auftraggeber gelten nunmehr „der Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen. Einrichtung des öffentlichen Rechts ist jede Einrichtung,

- die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im *Allgemeininteresse* liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und
- die *Rechtspersönlichkeit* besitzt und

¹⁶ Vgl. ebenda, S. 3.

¹⁷ Stellungnahme des Europäischen Parlaments zu Art. 2 der Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABL. C 167 v. 27. 6. 1988, S. 64.

¹⁸ Vgl. Einführung und Art. 2 lit. b des geänderten Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Dokument KOM (88) 354 endg. vom 21. 6. 1988.

- die überwiegend vom Staat, den Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts *finanziert* wird *oder* die hinsichtlich ihrer *Leitung* der Aufsicht durch letztere unterliegt *oder* deren Verwaltungs- oder Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, den Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind“¹⁹.

Was unter einem im *Allgemeininteresse* liegenden Zweck zu verstehen ist, hat der Rat weder im Richtlinienentwurf noch in der amtlichen Begründung näher erläutert. Zwar hat die Kommission in einem späteren Dokument ausgeführt, das Allgemeininteresse sei im Unterschied zum Einzelinteresse „das Interesse der Gemeinschaft oder einer zu einem bestimmten Zeitpunkt der gesellschaftlichen Entwicklung von den Regierenden oder den Behörden festgelegten Gesamtheit“,²⁰ als eine griffige Definition ist diese Erläuterung jedoch nicht geeignet. Auch eine Orientierung an nationalen Vorgaben ist schwierig, da kein Mitgliedstaat den Begriff des Allgemeininteresses in seinem Rechtssystem kennt. Wohl gerade der Unschärfe dieses Begriffes wegen haben sich die Mitgliedstaaten auf ihn verständigen können. Für diese Vermutung spricht, daß anstelle des Allgemeininteresses auch der Begriff des in vielen Mitgliedstaaten bereits inhaltlich besetzten *öffentlichen* Interesses zur Diskussion stand, dessen Definition in den Mitgliedstaaten aber voneinander abweicht, und eine Verwendung des Begriffes deswegen nicht in Betracht kam²¹. Um zu vermeiden, daß einzelne Auftraggeber sich wegen des unbestimmten Begriffes dem Anwendungsbereich der Richtlinie entziehen würden, obwohl sie der Zielsetzung nach als öffentliche Auftraggeber zu gelten hätten, haben sich die EU-Organe auf eine pragmatische Lösung verständigt: Gemäß Artikel 1 Buchstabe b) Absatz 2 der Baukoordinierungsrichtlinie müssen die Mitgliedstaaten der Kommission alle diejenigen Einrichtungen beziehungsweise diejenigen Kategorien der Einrichtungen benennen, die ihrer Ansicht nach das Kriterium des Allgemeininteresses sowie die übrigen Voraussetzungen des Artikel 1 Buchstabe b) Absatz 2 der Richtlinie erfüllen. Anhand dieser Benennungen erstellt die Kommission einen Katalog, der im Anhang der Richtlinie aufgeführt ist und in bestimmten Abständen aktualisiert wird. Die Liste hat zwar keine konstitutive Wirkung, sondern wirkt lediglich deklaratorisch und ist deswegen keineswegs abschließend, jedoch kann sich ein in der Liste geführter Auftraggeber einer Anwendung kaum entziehen, solange der Europäische Gerichtshof nicht entsprechend entschieden hat.²² Für Erweiterungen oder Kürzungen des Katalogs

¹⁹ Art. 1 lit. b der Baukoordinierungsrichtlinie 89/440/EWG, ABl. L 210 v. 21. 7. 1989.

²⁰ Europäische Kommission: Öffentliche Aufträge und Gemeinschaftsfinanzierung, Brüssel 1991, S. 55.

²¹ Vgl. Seidel, Ingelore: Zur Wandlung des Begriffsinhaltes „öffentlicher Auftraggeber“ im EG-Vergaberecht vom institutionellen zum funktionellen Begriff, S. 296; Prieß, Hans-Joachim: Das Recht des öffentlichen Auftragswesens nach der Umsetzung des Europäischen Rechts: Ausschreibungspflichten, Verfahren und Rechtsschutz, Vortragsveranstaltung am 17. 10. 1996 in Mainz, Vortragsunterlage S. 40.

besitzt die Kommission die alleinige Entscheidungsbefugnis. Zwar soll die Kommission den Beratenden Ausschuß für öffentliche Aufträge hören, bevor sie eine solche Entscheidung fällt, und sich an seiner Stellungnahme orientieren, dazu *verpflichtet* ist sie jedoch nicht.²³

Schwierigkeiten bereitet auch das Begriffsmerkmal *nicht gewerblicher Art*. Die Praxis hat gezeigt, daß sich viele private Unternehmen, die aufgrund des Kriteriums *Allgemeininteresse* zum Kreis der öffentlichen Auftraggeber gehören würden, darauf berufen, eine gewerbliche Tätigkeit auszuüben und deswegen vom Anwendungsbereich der Richtlinie auszunehmen seien.²⁴ Diese Betrachtungsweise hält in vielen Fällen den Zielsetzungen der Novellierung von 1989 jedoch nicht stand. Denn unter den Begriff der *nicht gewerblichen Tätigkeit* fallen alle Tätigkeiten, die einen anderen Charakter besitzen als den eines Handels- beziehungsweise Industrieunternehmens.²⁵ Da mit der veränderten Definition des öffentlichen Auftraggebers insbesondere der Entwicklung neuer Formen der Auftragsvergabe – etwa durch die Zwischenschaltung privater Dritter – Rechnung getragen werden sollte, ist der Begriff „gewerblich“ anders zu verstehen als etwa in der deutschen oder österreichischen Gewerbeordnung. Zu den öffentlichen Auftraggebern zählen dementsprechend beispielsweise auch die Wohnungsbaugesellschaften, die im Anhang der Baukoordinierungsrichtlinie ausdrücklich aufgeführt sind.²⁶ Kritiker der neuen Definition des öffentlichen Auftraggebers rechneten damit, daß das Kriterium „gewerblich“ zu einer Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten führen könnte.²⁷ Entschärft wurde die in der Definition steckende Problematik, daß darunter zum Teil auch privatwirtschaftlich organisierte Institutionen fallen, inzwischen durch die Verabschiedung der Sektorenrichtlinie, da hier die Sektorenauftraggeber ausdrücklich genannt und damit zweifelsfrei dem Anwendungsbereich der Bau-, der Liefer- und der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie entzogen wurden.

Die Kommission hat erstmals im Jahre 1992 einen Katalog der funktionellen öffentlichen Auftraggeber, unterteilt nach Mitgliedstaaten und dort nach verschiedenen Kategorien, publiziert. Hierin sind für Deutschland unter der Kategorie *Juristische Personen des Privatrechts* aufgeführt:

²² Vgl. Seidel, Ingelore: Öffentliches Auftragswesen, Rdnr. 14; Lee, Philip: Public Procurement. Current EC Legal Development Series, Gosport (Hampshire), 1992, S. 57.

²³ Vgl. ebenda, S. 5 f.

²⁴ Vgl. Hailbronner, Kay: Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers nach den EG-Richtlinien zur Vergabe öffentlicher Aufträge, EWS 1995, S. 285 (286); zuletzt EuGH Rs. 44/96 „Mannesmann Anlagenbau Austria AG u. a. vs. Strohal Rotationsdruck GmbH“, EuZW 1998, S. 120.

²⁵ Vgl. Priß, Hans-Joachim: Das Recht des öffentlichen Auftragswesens nach der Umsetzung des Europäischen Rechts – Ausschreibungspflichten, Verfahren und Rechtsschutz, S. 50; Seidel, Ingelore: Zur Wandlung des Begriffsinhaltes „öffentlicher Auftraggeber“ im EG-Vergaberecht vom institutionellen zum funktionellen Begriff, S. 297.

²⁶ Anhang I Abschnitt III (Deutschland) Ziff. 2 zur Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

²⁷ Vgl. Lee, Philip: Public Procurement, S. 56 f.

- Gesundheitswesen: Krankenhäuser, Kurmittelbetriebe, medizinische Forschungseinrichtungen;
- Kultur: öffentliche Bühnen, Orchester, Museen, Bibliotheken, Archive, zoologische und botanische Gärten;
- Soziales: Kindergärten, Erholungseinrichtungen, Freizeiteinrichtungen, Gemeinschafts- und Bürgerhäuser, Frauenhäuser, Altersheime;
- Sport: Schwimmbäder, Sportanlagen und -einrichtungen;
- Sicherheit: Feuerwehren, Rettungsdienste;
- Bildung: Volkshochschulen, Umschulungs-, Aus-, Fort- und Weiterbildungseinrichtungen;
- Wissenschaft: wissenschaftliche Gesellschaften und Vereine, Großforschungseinrichtungen;
- Bauwesen und Wohnungswirtschaft: Wohnungsunternehmen, Unternehmen für Stadtplanung, Stadtentwicklung, Wohnraumvermittlung.²⁸

In der ersten Baukoordinierungsrichtlinie waren vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausdrücklich nur die öffentlich-rechtlichen Verkehrsträger und die Versorgungsbetriebe für Wasser und Energie ausgeschlossen.²⁹ Zum Bereich Telekommunikation hatte sich die Richtlinie ursprünglich nicht geäußert. Das heißt jedoch im Umkehrschluß nicht, daß die Richtlinie entgegen der späteren Version anfangs auf die von Auftraggebern aus diesem Bereich vergebenen Aufträge anwendbar gewesen wäre. Vielmehr waren die Vorschriften hier schon deswegen nicht einschlägig, weil die Auftraggeber aus dem Bereich Telekommunikation gar nicht der ursprünglichen Definition des öffentlichen Auftraggebers in Artikel 1 der Richtlinie unterfielen. Weder gehörten sie zum Staat noch zu den Gebietskörperschaften; auch im Anhang der Richtlinie waren sie als öffentliche Auftraggeber nicht eigens aufgeführt. Für die übrigen Auftraggeber der ausgenommenen Sektoren bedurfte es im Rahmen von Ausnahmeregelungen einer Klarstellung, weil es sich hierbei teilweise um kommunale Einrichtungen handelte, die gegebenenfalls unter die *Gebietskörperschaften* zu subsumieren gewesen wären.

In ihrem ursprünglichen Änderungsvorschlag hatte die Kommission beabsichtigt, den Ausschlußtatbestand *ausgenommene Sektoren* auf diejenigen Bauaufträge zu begrenzen, die an spezialisierte Unternehmen vergeben werden müssen. Dies sollte allerdings nur für Auftraggeber aus dem Wasser- und Energieversorgungssektor sowie für Auftraggeber aus dem Beförderungssektor gelten. Vom 1. Januar 1993 an, dem Stichtag des Binnenmarktes, sollte die Richtlinie ausnahmslos für

²⁸ Vgl. Anhang I Abschnitt III (Deutschland) Ziff. 2 zur Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

²⁹ Vgl. Art. 3 Abs. 4 und 5 der Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG; ABl. L 185 v. 16. 8. 1971, S. 5.

alle Bauaufträge auch der Auftraggeber aus den ausgenommenen Sektoren gelten.³⁰ Mit diesem Vorschlag konnte sich die Kommission nicht durchsetzen. Vielmehr entschieden sich Rat und Parlament für eine gesonderte Richtlinie, in der ausschließlich die Auftragsvergabe in den ausgenommenen Sektoren geregelt wurde. Grund für diese Sonderregelung war unter anderem, daß man diese Auftraggeber gegenüber den klassischen Auftraggebern vereinfachten Verfahren unterwerfen wollte, weil sie aufgrund ihres vielfach privatrechtlichen Status' eine Zwitterstellung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber im klassisch *institutionellen* Sinne und einem privaten gewerblich ausgerichteten Unternehmen einnehmen. Eine andere Sichtweise hätte sich in vielen Mitgliedstaaten letztlich nicht durchsetzen lassen.³¹ Die Kommission rückte dementsprechend auch von ihrer Forderung ab und verlangte in ihrem abgeänderten Entwurf nur noch, daß jedenfalls auch auf diesem Gebiet eine Koordinierung erfolgen müßte³².

Entschließt sich einer der vom Anwendungsbereich der Baukoordinierungsrichtlinie ausgenommenen Auftraggeber dennoch, die Vorschriften der Richtlinie zumindest teilweise freiwillig einzuhalten, kann er nicht gezwungen werden, auch die übrigen Regelungen zu beachten. Das hat der Europäische Gerichtshof in einem Verfahren der Kommission gegen Irland entschieden.³³

III. Der öffentliche Bauauftrag

Auch der Begriff des öffentlichen Bauauftrags ist seit der ersten Baukoordinierungsrichtlinie bis zur umfassenden Änderung von 1989 angepaßt und erweitert worden. Was unter einem Bauauftrag nunmehr zu verstehen ist, wird in Artikel 1 Buchstaben a) und c) in Verbindung mit Anhang II der Baukoordinierungsrichtlinie 93/73/EWG definiert. Danach ist ein öffentlicher Bauauftrag ein zwischen einem öffentlichen Auftraggeber im Sinne der Richtlinie und einem Unternehmen geschlossener schriftlicher entgeltlicher Vertrag über

- die Ausführung beziehungsweise
- die Planung und Ausführung von Bauvorhaben nach Maßgabe der Allgemeinen Systematik der Wirtschaftszweige in den Europäischen Gemeinschaften (NACE)³⁴

³⁰ Vgl. Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, KOM(86) 679 endg., S. 24.

³¹ Persönliches Gespräch.

³² Vgl. Geänderter Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, KOM(88) 354 endg., S. 27.

³³ Vgl. EuGH Rs. 45/87 „Dundalk“, Slg. 1988, S. 4929 (4962).

sowie

- die Ausführung beziehungsweise
- die Planung und Ausführung eines Bauwerks, das das Ergebnis einer Gesamtheit von Tief- und Hochbauarbeiten ist und seinem Wesen nach eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll,

sowie

- die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen.

Im Unterschied zur ersten Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG ist zusätzlich zum Verzeichnis der wirtschaftlichen Tätigkeiten in der EU der Begriff des *Bauwerks* in die Richtlinie aufgenommen und wie oben angegeben, definiert worden. Grund dafür waren in der Praxis zu beobachtende Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs der Richtlinie lediglich anhand der in Anhang II aufgeführten Tätigkeiten. Durch die Einbeziehung aller mit der Erstellung eines Bauwerks zusammenhängenden planerischen und ausführenden Tätigkeiten wird nunmehr sichergestellt, daß eine Bautätigkeit auch dann in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, wenn sie nicht ausdrücklich in dem genannten Verzeichnis aufgeführt ist³⁵. Seit 1989 stellt die Richtlinie zudem auf die *Summe* der Einzeltätigkeiten zur Erstellung eines Gesamtbauwerks ab, um einer Umgehung der Anwendung der Richtlinienvorschriften durch die Aufteilung der Gesamtleistung in unterhalb des Schwellenwertes³⁶ liegende Einzelleistungen entgegenzuwirken³⁷. Eine Aufteilung in Lose ist damit aber nicht untersagt, um auch kleinen und mittleren Unternehmen mit begrenzten Kapazitäten die Teilnahme an einem Vergabeverfahren zu ermöglichen.³⁸ Um festzustellen, ob der Schwellenwert im Einzelfall erreicht wird, muß jedoch der Wert der einzelnen Lose addiert werden.

Nicht vollständig durchsetzen konnte sich die Kommission mit ihrem Vorschlag, in den Anwendungsbereich der Richtlinie 89/440/EWG auch alle solchen Bauaufträge einzubeziehen, die unmittelbar oder mittelbar, völlig oder teilweise aus öffentlichen Mitteln finanziert werden³⁹. Zwar sah auch der Rat die Notwendig-

³⁴ Obwohl das NACE am 1. Januar 1993 durch das reformierte Verzeichnis NACE Rev. 1 ersetzt wurde (vgl. Verordnung (EWG) Nr. 3070/90, ABl. L 293 v. 24. 10. 1990, S. 1), ist im Rahmen der Baukoordinierungsrichtlinie weiterhin das alte Verzeichnis maßgeblich, weil es ausdrücklich in den Anhang der Richtlinie aufgenommen wurde.

³⁵ Vgl. Prieß, Hans-Joachim: Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, S. 48.

³⁶ Vgl. E.V. dieser Arbeit.

³⁷ Vgl. Seidel, Ingelore: Öffentliches Auftragswesen, Rdnr. 73.

³⁸ Vgl. Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, KOM(86) 679 endg., S. 20.

³⁹ Vgl. ebenda, Art. 3.

keit, subventionierte Bauaufträge Privater den Bestimmungen der Richtlinie zu unterwerfen, jedoch gilt dies nach Artikel 2 Absatz 1 der 1989 geänderten Richtlinie nur dann, wenn der Bauauftrag zu *mehr als 50%* von einem Mitgliedstaat subventioniert wird.

Im Falle des immer populärer werdenden *Bauleasings* müssen zwei Leistungsbeziehungen unterschieden werden: zum einen die Beziehung zwischen öffentlichem Auftraggeber (Leasingnehmer) und dem Leasinggeber, zum anderen das Verhältnis zwischen Leasinggeber und den Unternehmen, die den Bauauftrag tatsächlich ausführen. Unstreitig ist, daß der Leasinggeber als *Dritter* im Sinne von Artikel 1 Buchstabe a) der Baukoordinierungsrichtlinie anzusehen ist,⁴⁰ er also grundsätzlich den Bestimmungen der Richtlinie unterworfen ist. Noch nicht endgültig entschieden ist demgegenüber, ob der öffentliche Auftraggeber die Vergaberegeln der Baukoordinierungsrichtlinie auch bei der Auswahl des Leasingunternehmens anzuwenden hat oder ob vielmehr die Bestimmungen der Dienstleistungsrichtlinie eingreifen, weil ein Leasingvertrag zum überwiegenden Teil Dienstleistungselemente enthält⁴¹. Meines Erachtens ist der letzten Auffassung zuzustimmen, weil beim Leasingvertrag im Unterschied zu einem Bauauftrag der Dienstleistungscharakter im Vordergrund steht, es sich also nicht nur um eine Nebenleistung handelt. Vielmehr kommt es hier auf Fragen der Zahlungs- und Nutzungsmodalitäten an, während die baurechtlichen und -praktischen Fragen, zum Beispiel zu Garantien seitens des Erstellers, in den Hintergrund rücken. Von Bedeutung ist statt dessen die Gewährleistung des Leasinggebers.

Eine Abgrenzung zu den Lieferaufträgen wird in der Baukoordinierungsrichtlinie nicht vorgenommen. In Artikel 6 Absatz 5 der Richtlinie wird lediglich ein Hinweis auf anteilige Lieferaufträge oder Dienstleistungen gegeben. Danach ist bei der Berechnung der – im übernächsten Abschnitt dieses Kapitels betrachteten – Schwellenwerte für einen Bauauftrag auch der Wert der Lieferungen zu berücksichtigen, die für die Ausführung der Arbeiten *erforderlich* sind. In diesem Zusammenhang hilft eine Betrachtung von Artikel 1 Buchstabe a) der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG⁴² weiter. Hier werden typische Bautätigkeiten wie das *Verlegen* und *Anbringen* als Nebenarbeiten einer Warenlieferung bezeichnet, die am Charakter als Lieferung nichts ändern, so daß im Falle baulicher Nebenarbeiten die Lieferkoordinierungsrichtlinie einschlägig ist. Daraus kann umgekehrt geschlossen werden, daß in einem Bauauftrag enthaltene Lieferungen am Charakter als Bauauftrag nur dann etwas ändern, wenn ihr Anteil das *erforderliche* Maß übersteigt. Der Gerichtshof hat diese Ansicht im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens bestätigt. Danach unterliegt ein gemischter Vertrag, der sich so-

⁴⁰ Vgl. E.V. dieser Arbeit.

⁴¹ Vgl. Prieß, Hans-Joachim: Das Recht des öffentlichen Auftragswesens nach der Umsetzung des europäischen Rechts: Ausschreibungspflichten, Verfahren und Rechtsschutz, S. 51 f.

⁴² Vgl. Art. 1 lit. a Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

wohl auf die Durchführung von Bauarbeiten als auch auf eine Überlassung von Vermögensgegenständen bezieht, nicht dem Anwendungsbereich der Baukoordinierungsrichtlinie, wenn die Durchführung der Bauarbeiten gegenüber der Überlassung von Vermögensgegenständen von untergeordneter Bedeutung ist⁴³.

IV. Konzessionsverträge

In den Anwendungsbereich der Baukoordinierungsrichtlinie fallen seit der Novellierung von 1989 auch Baukonzessionsverträge.⁴⁴ Das sind Verträge, bei denen die Gegenleistung für die Bauarbeiten ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in einem solchen Recht zuzüglich eines Preises besteht. Bedeutung hatte das Verfahren der Vergabe von Baukonzessionen bisher insbesondere in Frankreich und in Italien, wo es für den Bau von Autobahnen angewandt wird⁴⁵. Der Rat schränkte den abgeänderten Vorschlag der Kommission, Konzessionen vollständig in den Anwendungsbereich der Richtlinie einzubeziehen,⁴⁶ nicht zuletzt wegen des deutschen Widerstands⁴⁷ erheblich ein: Baukonzessionsverträge unterliegen nun lediglich den Bekanntmachungsvorschriften der Baukoordinierungsrichtlinie, nicht aber den Vorschriften zu den technischen Spezifikationen und den Eignungskriterien zur Auswahl von Bietern und Bewerbern.⁴⁸ Etwas anderes gilt nur, wenn der Konzessionär selber öffentlicher Auftraggeber ist.⁴⁹ Außerdem kann der Auftraggeber dem Konzessionär vorschreiben, mindestens 30% des Gesamtwerts der Arbeiten an Dritte zu vergeben.⁵⁰

In der ursprünglichen Richtlinie 71/305/EWG waren die Baukonzessionen in Artikel 3 Absatz 1 vollständig vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen worden – mit der Ausnahme, wenn es sich bei dem Konzessionär um einen öffentlichen Auftraggeber handelte. Der Rat hatte zu diesem Themenkomplex zwar eine Erklärung abgegeben,⁵¹ die jedoch nicht dazu geeignet war, unmittelbare

⁴³ Vgl. EuGH Rs. C-331/92 „Gestión Hotelera Internacional SA vs. Comunidad Autónoma de Canarias u. a.“, Slg. 1994, S. 1329 (1329 f.).

⁴⁴ Vgl. Art. 3 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

⁴⁵ Vgl. Seidel, Ingelore: Öffentliches Auftragswesen, Rdnr. 74.

⁴⁶ Vgl. Art. 4 des geänderten Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, KOM(88) 354 endg.

⁴⁷ Vgl. Krämer, Hans: Rechtsprobleme des öffentlichen Auftragswesens im EG-Binnenmarkt, S. 40.

⁴⁸ Vgl. Art. 1 Abs. 3 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

⁴⁹ Vgl. ebenda, Art. 3 Abs. 3.

⁵⁰ Vgl. ebenda, Art. 3 Abs. 2, erster Spiegelstrich.

Rechtswirkung zu entfalten. In dieser Erklärung hatten sich die Mitgliedstaaten zum einen darauf geeinigt, daß öffentliche Auftraggeber die Vergabeabsicht von Konzessionen dann bekanntzumachen hätten, wenn deren Wert jenseits des Schwellenwertes von 1 Million Rechnungseinheiten liegen würde. Zum anderen sollte der Konzessionär im Konzessionsvertrag verpflichtet werden, bestimmte Bedingungen zu erfüllen: Beispielsweise sollte er – wie später in den Richtlinienentwurf aufgenommen – auf Wunsch des öffentlichen Auftraggebers mindestens 30% des Gesamtwertes der Arbeiten an Dritte vergeben müssen. Für die Bekanntmachung der Vergabe von Konzessionen waren in der Erklärung besondere Regelungen vorgesehen.⁵² Die Erklärung des Rates stieß im Parlament auf heftige Kritik. Das Parlament bemängelte in seiner Stellungnahme, daß der Rat die Koordinierung der Vergabeverfahren bei Konzessionsverträgen nur durch eine Erklärung „geregelt“ und zudem das Parlament nicht konsultiert hatte.⁵³ Das Parlament erachtete es als unvertretbar, daß durch einfachen Beschluß der Regierungsvertreter von den in den Richtlinien grundsätzlich vorgesehenen Verfahren abgewichen werden sollte. Aus diesem Grund forderte der Rechtsausschuß des Parlaments Kommission und Rat auf, die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe von Baukonzessionen in einem förmlichen Rechtsakt zu regeln. Für den Fall, daß dies nicht geschehen würde, sollte eingehend geprüft werden, ob der Gerichtshof mit dieser Frage befaßt werden könnte.⁵⁴ Wie zu Beginn des Abschnitts geschildert, wurden die Bestimmungen daraufhin in den Richtlinienentwurf aufgenommen.

V. Anwendungsbereich

Die Vorschriften der Baukoordinierungsrichtlinie sind nur auf solche Aufträge anwendbar, deren Umfang einen gewissen Schwellenwert übersteigt. In der ersten Richtlinie 71/305/EWG lag dieser Schwellenwert bei einem Auftragswert von mindestens 1 Million Rechnungseinheiten.⁵⁵ Die Kurse für die Umrechnung der Rechnungseinheiten waren ursprünglich auf der Basis des Goldstandards definiert. Die Umrechnung in die Landeswährungen auf Grundlage dieser Definition gab jedoch nicht den jeweiligen Wert der Währungen der Mitgliedstaaten wieder und

⁵¹ Vgl. Erklärung der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten über die Verfahren, die in Bezug auf Konzessionen für Bauarbeiten einzuhalten sind, ABL. C 82 v. 16. 8. 1971, S. 13.

⁵² Vgl. ebenda, Abschnitt II.

⁵³ Vgl. Bericht des Europäischen Parlaments über den Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften an den Rat für eine Richtlinie über die Einzelheiten und Bedingungen für die Veröffentlichungen der Bekanntmachungen von Bauaufträgen und Konzessionen für Bauarbeiten im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, DOK 54/72, S. 6 und 11.

⁵⁴ Vgl. ebenda, S. 13.

⁵⁵ Vgl. Art. 7 Abs. 1 der Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG, Abl. L 185 v. 16. 8. 1971, S. 5.

fürte deswegen zu Verzerrungen in den einzelnen Mitgliedstaaten⁵⁶. In Artikel 10 der Haushaltsordnung vom 21. Dezember 1977 wurde dieser Schwierigkeiten wegen eine Europäische Rechnungseinheit definiert, die einen Durchschnittswert der Währungen aller Mitgliedstaaten darstellte, aber noch nicht den Namen ECU trug; der Wert der Einheit wurde täglich neu ermittelt⁵⁷. Da die Anwendung der Richtlinie 71/305/EWG erforderte, daß ein bestimmter Bezugstag festgelegt würde, änderte der Rat in einer Anpassung der Richtlinie vom 2. August 1978 Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie dahingehend, daß der Bezugswert aus einem Jahresdurchschnitt berechnet und alle zwei Jahre auf seine Anpassung hin geprüft werden sollte.⁵⁸ In der nächsten größeren Anpassung von 1989 wurde der Schwellenwert auf 5 Millionen ECU⁵⁹ erhöht und ist bis 1997 unverändert geblieben,⁶⁰ obwohl der Wirtschafts- und Sozialausschuß für die Überarbeitung der Richtlinie von 1989 vorgeschlagen hatte, den Schwellenwert auf 3,5 Millionen ECU zu senken, um insbesondere mittelständischen Unternehmen die Möglichkeit zu geben, sich stärker an EU-weiten Ausschreibungen beteiligen zu können. Berechnungen des *Bureau d'information et de prévisions économiques* hatten ergeben, daß bei einer Schwelle von 3,5 Millionen ECU rund zwei Drittel des Volumens der Bauaufträge in der EU von den Richtlinienbestimmungen erfaßt werden würden.⁶¹ Nach Artikel 6 Absatz 3 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG galt der Schwellenwert von 5 Millionen ECU auch dann, wenn ein Bauwerk aus mehreren Losen besteht, die *Summe* aus den Werten der einzelnen Lose jedoch den genannten Schwellenwert erreicht. Für den Fall, daß der Wert eines Loses weniger als 1 Million ECU betrug, konnten die öffentlichen Auftraggeber von den Bestimmungen der Richtlinie jedoch abweichen, soweit der kumulierte Wert der vom Anwendungsbereich ausgenommenen Lose 20% des gesamten Auftragswerts nicht überstieg. Maßgebend war dabei immer der *geschätzte* Wert des Bauauftrags.⁶²

Im Vergleich zu den für die Lieferaufträge geltenden Schwellenwerten von 200.000 ECU schien der Wert von 5 Millionen ECU vergleichsweise hoch zu liegen. Jedoch gingen die Verfasser der Koordinierungsrichtlinien davon aus, daß es im Baubereich – wie erwähnt – ohnehin nur in hochspezialisierten Bereichen zur grenzüberschreitenden Vergabe von Bauaufträgen mit entsprechend großem Auf-

⁵⁶ Vgl. zweite Erwägung der Richtlinie 78/669/EWG des Rates vom 2. 8. 1978 zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. L 225 v. 16. 8. 1978, S. 41.

⁵⁷ Vgl. Art. 10 der Haushaltsordnung vom 21. 12. 1977 für den Gesamthaushaltsplan der Europäischen Gemeinschaften, ABl. L 356 v. 31. 12. 1977, S. 1.

⁵⁸ Vgl. Art. 1 der Richtlinie 78/669/EWG, ABl. L 225 v. 16. 8. 1978, S. 41.

⁵⁹ Seit dem 1. Januar 1999 entspricht ein ECU einem Euro.

⁶⁰ Vgl. Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

⁶¹ Vgl. Wirtschafts- und Sozialausschuß zum Änderungsvorschlag der Richtlinie 71/305/EWG, ABl. C 319 v. 30. 11. 1987, S. 55 (56 f.).

⁶² Vgl. Art. 6 Abs. 1 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

tragsvolumen kommen würde. Als weitere Begründung für den hohen Schwellenwert, den die Kommission für die Bekanntmachungspflichten ursprünglich sogar auf 7 Millionen ECU hatte festlegen wollen, nannte sie den raschen Anstieg der Baukosten, dem es vorzugreifen galt.⁶³ Für alle übrigen Bestimmungen hatte sie ursprünglich einen Schwellenwert von 700.000 ECU vorgeschlagen.⁶⁴ Mit diesem zweigeteilten Konzept konnte sie sich – insbesondere auch gegen den deutschen Widerstand – nicht durchsetzen.⁶⁵

Der Schwellenwert von 5 Millionen ECU mußte jedoch aufgrund des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen („Government Procurement Act (GPA)“) von 1994⁶⁶ geändert werden, da das Übereinkommen hier günstigere Bedingungen für Bieter vorsah als die Baukoordinierungsrichtlinie. Nach dem Prinzip der Meistbegünstigung mußten natürlich auch die Teilnehmer aus den EU-Mitgliedstaaten in den Genuß derjenigen (günstigeren) Bedingungen kommen, die Marktteilnehmern aus Nicht-EU-Staaten gewährt werden. Die Baukoordinierungsrichtlinie gilt seit 1997 für *alle* öffentlichen Bauaufträge, deren geschätzter Auftragswert mindestens dem ECU-Gegenwert (jetzt dem Euro-Gegenwert) von 5 Millionen Sonderziehungsrechten entspricht, was eine Senkung des Schwellenwerts bedeutete⁶⁷. Entsprechend wurden auch die Werte für die einzelnen Lose angepaßt und von 1 Million ECU auf 1 Million Sonderziehungsrecht geändert.

Soweit Baukonzessionen betroffen sind, ist der *Auftragswert* nicht geeignet, um festzustellen, ob der Schwellenwert erreicht wird, weil der Konzessionär keine oder nur eine geringe Restvergütung erhält. Wie eine Baukonzession im Hinblick auf die Schwellenwerte zu beurteilen ist, ist umstritten. Einer Ansicht zufolge muß das mit der Konzession verbundene Nutzungsrecht gegebenenfalls unter Berücksichtigung des gezahlten Preises bewertet werden,⁶⁸ nach anderer Auffassung ist der dem Konzessionsvertrag zugrundegelegte Gesamtwert maßgebend, hilfsweise der Wert einer vergleichbaren baulichen Anlage⁶⁹. Zum Streit ist es diesbezüglich noch nicht gekommen, jedenfalls ist kein Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof bekannt geworden. Dies liegt möglicherweise daran, daß von der Mög-

⁶³ Vgl. Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, KOM(86) 679 endg., S. 19 f.

⁶⁴ Vgl. ebenda, S. 28.

⁶⁵ Vgl. Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau, BT-Drucksache 11/1653, S. 4.

⁶⁶ Vgl. Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, ABl. L 336 v. 23. 12. 1994, S. 273.

⁶⁷ Vgl. geänderter Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 in Art. 3 der Richtlinie 97/52/EG, ABl. L 328 v. 28. 11. 1997, S. 1.

⁶⁸ Vgl. Prieß, Hans-Joachim: Das Recht des öffentlichen Auftragswesens nach der Umsetzung des europäischen Rechts: Ausschreibungspflichten, Verfahren und Rechtsschutz, S. 59.

⁶⁹ Vgl. Lampe-Helbig / Wörmann: Handbuch der Bauvergabe, 2. Auflage, München 1995, Rdnr. 314.

lichkeit der Konzession in der Regel nur bei sehr umfangreichen Bauprojekten Gebrauch gemacht wird, so daß in jedem Falle der Schwellenwert überschritten wird, unabhängig davon, welcher der beiden Berechnungsmethoden gefolgt wird.

Vom Anwendungsbereich der Baukoordinierungsrichtlinie waren bereits von Anfang an bestimmte Bereiche ausgenommen. *Heute* ist die Richtlinie in den folgenden Fällen nicht anwendbar:

- das Auftragsvolumen liegt unterhalb des *Schwellenwertes* (Artikel 4 Buchstabe a) Baukoordinierungsrichtlinie);
- ein Mitgliedstaat schließt mit einem Drittland oder mehreren *Drittländern ein Abkommen* über ein gemeinsames Projekt. Zuvor muß das Abkommen allerdings der Kommission mitgeteilt werden, die dann den Beratenden Ausschuß anzufragen hat (Artikel 5 Buchstabe a) Baukoordinierungsrichtlinie);
- ein Auftrag wird aufgrund eines internationalen *Abkommens* im Zusammenhang mit der *Stationierung von Truppen* im Hinblick auf Unternehmen eines Mitgliedstaates oder eines dritten Landes vergeben (Artikel 5 Buchstabe b) Baukoordinierungsrichtlinie);
- eine *internationale Organisation* vergibt aufgrund eines eigenen Verfahrens einen öffentlichen Auftrag (Artikel 5 Buchstabe c) Baukoordinierungsrichtlinie);
- ein öffentlicher Auftraggeber vergibt einen Bauauftrag in einem *sicherheitsrelevanten Bereich* (Artikel 4 Absatz 2 Baukoordinierungsrichtlinie).

VI. Vergabeverfahren

Wesentlicher Schritt zur Koordinierung des Vergaberechts war neben der Definition des öffentlichen Auftraggebers und des öffentlichen Bauauftrags die Wahl der Vergabeverfahren. Die Baukoordinierungsrichtlinie unterscheidet heute drei verschiedene Vergabeverfahren: das offene, das nicht offene und das Verhandlungsverfahren. Unter *offenen Verfahren* sind alle diejenigen einzelstaatlichen Verfahren zu verstehen, bei denen *alle* interessierten Unternehmer ein Angebot abgeben können.⁷⁰ Das *nicht offene* Verfahren wird in der Richtlinie definiert als einzelstaatliches Verfahren, bei dem nur die vom öffentlichen Auftraggeber aufgeforderten Unternehmen ein Angebot abgeben können.⁷¹ Zu den *Verhandlungsverfahren* zählen diejenigen einzelstaatlichen Verfahren, bei denen die öffentlichen Auftraggeber ausgewählte Unternehmen ansprechen und mit einem oder mehreren dieser Unternehmen über die Auftragsbedingungen verhandeln.⁷² Im Hinblick auf eine größt-

⁷⁰ Vgl. Art. 1 lit. e der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

⁷¹ Vgl. ebenda, Art. 1 lit. f.

⁷² Vgl. ebenda, Art. 1 lit. g.

mögliche Marktöffnung wäre zwischen den offenen und nicht offenen Verfahren eine Rangfolge wünschenswert gewesen, wonach die offenen Verfahren in der Regel und nicht offene wie Verhandlungsverfahren nur in eng begrenzten Ausnahmefällen hätten angewendet werden dürfen. Bedauerlicherweise wurde auf eine solche Prioritätenregelung jedoch verzichtet. Vielmehr wurden nur die Voraussetzungen für eine Anwendung des Verhandlungsverfahrens genannt,⁷³ woraus im Umkehrschluß zu folgern ist, daß nur in allen anderen Fällen wahlweise offene beziehungsweise nicht offene Verfahren angewendet werden müssen. Dies bestätigt der Wortlaut des Artikel 7 Absatz 4 der Baukoordinierungsrichtlinie. Hier heißt es: „In allen anderen Fällen vergibt der öffentliche Auftraggeber seine Bauaufträge im offenen oder nicht offenen Verfahren.“

Das Verhandlungsverfahren war erst mit der Anpassung von 1989 in die Richtlinie aufgenommen worden. Es ersetzte die in den ehemaligen Artikeln 9 und 10 der Richtlinie 71/305/EWG vorgesehene *freihändige Vergabe*, ein nicht förmliches Vergabeverfahren. In der Richtlinie war das Verfahren nicht ausdrücklich als freihändiges Verfahren bezeichnet worden, sondern wurde in Artikel 9 Absatz 1 der Richtlinie 71/305/EWG beschrieben als die Vergabe von Bauaufträgen unter Vernachlässigung der Richtlinienvorschriften, mit Ausnahme der Regelungen zu den *Gemeinsamen Vorschriften auf technischem Gebiet*. Im Gegensatz zum freihändigen Verfahren sind bei Anwendung des Verhandlungsverfahrens nunmehr zusätzlich auch Bekanntmachungs- und Teilnahmevorschriften einzuhalten:⁷⁴ Dem Verhandlungs- wie auch dem nicht offenen Verfahren muß in der Regel ein öffentlicher Teilnahmewettbewerb vorausgehen,⁷⁵ was zur Verstärkung des Wettbewerbs auf dem Markt für öffentliche Aufträge beitragen sollte. Außerdem ist sowohl im nicht offenen als auch im Verhandlungsverfahren eine Mindestteilnehmerzahl festgelegt; diese beträgt im nicht offenen Verfahren fünf und im Verhandlungsverfahren drei.⁷⁶ Das freihändige Verfahren hatte sich als gern benutztes Schlupfloch erwiesen, mit dessen Hilfe die Auftraggeber der Anwendung der Richtlinie vielfach entgehen konnten.⁷⁷ Dies lag an dem umfangreichen Katalog an Ausnahmen, bei deren Vorliegen die freihändige Vergabe angewendet werden konnte.⁷⁸

Dieser Ausnahmekatalog war für die Richtlinie 89/440/EWG überarbeitet, dabei jedoch nur die Anwendungsmöglichkeit im Falle für geheim erklärter Aufträge gestrichen worden. Hinzugekommen ist die Möglichkeit, das Verhandlungsverfahren

⁷³ Vgl. ebenda, Art. 7 Abs. 2 und 3.

⁷⁴ Vgl. ebenda, Art. 7.

⁷⁵ Vgl. ebenda, Art. 13 Abs. 1.

⁷⁶ Vgl. ebenda, Art. 22 Abs. 2 und Abs. 3.

⁷⁷ Vgl. Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, KOM (86) 679 endg., S. 4.

⁷⁸ Vgl. Art. 9 lit. a bis h der Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG, ABl. L 185 v. 16. 8. 1971, S. 5.

ren in Fällen anzuwenden, in denen aus Gründen der Dringlichkeit ein förmliches Verfahren wegen der zu langen Fristen nicht in Frage kommt. Obwohl Kommission und Rat mit dem Ziel angetreten waren, Schlupflöcher zu beseitigen und die Voraussetzungen für die nicht förmlichen Verfahren sehr viel enger zu fassen, haben sie damit ein neues, zuvor schon auf nationaler Ebene beliebtes Schlupfloch geschaffen. Nunmehr wird aber zusätzlich danach differenziert, ob vor Anwendung des Verhandlungsverfahrens eine Vergabebekanntmachung veröffentlicht werden muß oder darauf verzichtet werden kann.

Im Unterschied zur ersten Richtlinie 71/305/EWG wird in den folgenden Fällen vor Anwendung des Verhandlungsverfahren verlangt, daß der öffentliche Auftraggeber eine *Vergabebekanntmachung* veröffentlicht und die Bewerber nach bekannten Eignungskriterien ausgewählt hat:

- wenn nach Anwendung eines offenen oder nicht offenen Verfahrens *keine ordnungsgemäßen oder nur unannehbare Angebote* eingegangen sind; der öffentliche Auftraggeber kann auf eine Veröffentlichung der Vergabebekanntmachung verzichten, wenn er alle diejenigen Unternehmen in die anschließende Verhandlung einbezieht, die im Verlauf des vorangegangenen Verfahrens erfolglos Angebote eingereicht hatten;
- bei *Forschungs-, Versuchs- oder Entwicklungsprojekten*;
- wenn der geplante Bauauftrag eine *vorherige globale Preisgestaltung* nicht zuläßt.⁷⁹

In der Mehrzahl der Fälle ist die Veröffentlichung einer Vergabebekanntmachung jedoch nicht erforderlich:

- wenn nach Durchführung eines offenen oder nicht offenen Verfahrens *keine oder keine geeigneten Angebote* eingegangen sind;
- wenn aus künstlerischen oder technischen Gründen *nur ein Unternehmen* in Frage kommt;
- wenn *dringliche, zwingende Gründe*, die nicht vorhersehbar waren und auch nicht vom öffentlichen Auftraggeber verschuldet sind, es nicht zulassen, die in den offenen oder nicht offenen Verfahren vorgeschriebenen Fristen einzuhalten;
- wenn wegen eines unvorhergesehenen Ereignisses *zusätzliche Bauarbeiten* zur Ausführung der geplanten Bauleistungen erforderlich sind; der Auftrag muß dann aber an den Unternehmer vergeben werden, der die Bauleistung ausführt; Voraussetzung ist außerdem, daß sich die zusätzlichen Arbeiten nur mit wesentlichen Nachteilen für den öffentlichen Auftraggeber vom Hauptauftrag trennen lassen, oder eine Trennung zwar möglich ist, die Arbeiten aber für die Verbesserung der Bauleistung unbedingt erforderlich sind; in jedem Falle aber darf der

⁷⁹ Vgl. Art. 7 Abs. 2 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

Gesamtbetrag der Aufträge für die zusätzlichen Bauarbeiten 50% des Wertes des Hauptauftrags nicht übersteigen;

- neue Bauarbeiten, die in der *Wiederholung gleichartiger Bauleistungen* bestehen; diese Möglichkeit muß bereits bei der Ausschreibung des ersten Bauabschnitts angegeben werden.⁸⁰

Die Praxis hat gezeigt, daß die meisten Streitigkeiten um die Ausnahmeklausel der Dringlichkeit entstehen. In einer Entscheidung zu dieser Bestimmung hat der Europäische Gerichtshof deswegen betont, daß drei Voraussetzungen vorliegen müssen, damit ein öffentlicher Auftraggeber aus Dringlichkeitsgründen von den förmlichen Verfahren und einer vorherigen Vergabebekanntmachung abweichen darf:

- Es muß sich um ein *unvorhersehbares Ereignis* handeln, das vom Auftraggeber nicht verschuldet wurde.
- Die Auftragsvergabe muß so *dringlich* sein, daß sie mit den Fristen anderer Vergabeverfahren unvereinbar ist.
- Zwischen diesen beiden Erfordernissen muß ein *Kausalzusammenhang* bestehen.⁸¹

An anderer Stelle hat der Gerichtshof ausgeführt: „Diese Bestimmungen, die Ausnahmen von den Vorschriften zuzulassen, die die Wirksamkeit der durch den EG-Vertrag im Bereich der öffentlichen Bauaufträge eingeräumten Rechte gewährleisten sollen, sind eng auszulegen und der Beweis dafür, daß die außergewöhnlichen Umstände, die die Ausnahme rechtfertigen, tatsächlich vorliegen, obliegt demjenigen, der sich auf sie berufen will.“⁸²

Nähere Betrachtung verdient jeweils auch der erste Spiegelstrich der beiden Ausnahmekataloge. Ob die im Zuge einer Ausschreibung eingegangenen Angebote *unannehmbar* oder *ungeeignet* sind, entscheidet nämlich darüber, ob vor Beginn der Verhandlungen mit einem ausgewählten Kreis an Bietern die Vergabeabsicht im Verhandlungsverfahren bekannt gemacht werden muß (so im Falle eines unannehmbaren Angebots) oder nicht (so im Falle eines ungeeigneten Angebots). Bedauerlicherweise wird an keiner Stelle in der Richtlinie definiert, was unter einem ungeeigneten und was unter einem unannehmbaren Angebot zu verstehen ist; dies läßt sich lediglich bei Betrachtung der *gesamten* Richtlinie erschließen. Unter ungeeigneten Angeboten sind im Kontext der Richtlinie wohl solche zu verstehen, deren *Anbieter* ungeeignet sind (insofern ist der Ausdruck *ungeeignete Angebote* nicht korrekt); nicht ordnungsgemäß oder unannehmbar ist ein Angebot hingegen dann, wenn es die Zuschlagskriterien nicht erfüllt. Für eine solche Interpretation

⁸⁰ Vgl. ebenda, Art. 7 Abs. 3.

⁸¹ Vgl. EuGH Rs. C-107/92 „Kommission vs. Italienische Republik“, Urteil v. 2. 8. 1993, Rdnr. 12.

⁸² EuGH Rs. 199/85 „Kommission vs. Italienische Republik“, Slg. 1987, S. 1039 (1059).

spricht die in Artikel 11 Absatz 2 Buchstabe a) der Baukoordinierungsrichtlinie dem Auftraggeber eingeräumte Möglichkeit, auf eine Vergabebekanntmachung zu verzichten, wenn er für den Fall unannehmbarer oder nicht ordnungsgemäßer Angebote alle geeigneten Bieter in das Verhandlungsverfahren einbezieht. Daraus folgt nämlich, daß die Ausschreibung jedenfalls nicht an der fehlenden Eignung der Bieter gescheitert ist. Bleibt noch zu fragen, warum im Unterschied zu den unannehmbaren oder nicht ordnungsgemäßen Angeboten bei *ungeeigneten* Angeboten auf eine vorherige Vergabebekanntmachung des dann anwendbaren Vergabeverfahrens verzichtet werden kann. Die Urheber der Baukoordinierungsrichtlinie – wie auch der Liefer- und Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie – gingen offenbar davon aus, daß eine Vergabebekanntmachung ihren Sinn, potentielle Konkurrenten auf die Vergabe aufmerksam zu machen und auf diese Weise auch eine Kontrolle der Vergabeentscheidung durch die Konkurrenz zu ermöglichen, dann nicht erfüllen würde, wenn es mangels Geeignetheit gar keine potentielle Konkurrenz gibt. Es bleibt allerdings offen, wer überhaupt den Auftrag ausführen soll, wenn eine vorherige Ausschreibung gezeigt hat, daß es gar keinen – geeigneten – Anbieter gibt.

Artikel 9 der Baukoordinierungsrichtlinie sieht im Gegensatz zu den übrigen Bereichen öffentlicher Auftragsvergabe eine Sonderregelung für diejenigen Fälle vor, in denen sich Bauaufträge auf die Gesamtplanung und den Bau von Wohneinheiten im Rahmen des sozialen Wohnungsbaus erstrecken. Hier kann der öffentliche Auftraggeber ein gesondertes Verfahren anwenden, wenn die Planung aus bestimmten Gründen in enger Zusammenarbeit zwischen Beauftragten des öffentlichen Auftraggebers, Sachverständigen und dem Bauunternehmer durchgeführt werden muß. Aber auch dieses ansonsten nicht näher erläuterte Sonderverfahren muß den allgemeinen Bekanntmachungsregeln für nicht offene Verfahren und den Regeln über die Eignungsprüfung der in Betracht kommenden Unternehmer genügen.⁸³

VII. Art und Inhalt der Bekanntmachung

Weiterer wesentlicher Baustein der Koordinierung sind Inhalt und Art der Bekanntmachung. Beide korrespondieren im wesentlichen mit dem gewählten Vergabeverfahren. Um möglichst viele Anbieter zu erreichen und ein dementsprechend hohes Maß an Wettbewerb sicherzustellen, muß der öffentliche Auftraggeber seine Vergabeabsicht in jedem der drei Verfahrensarten im Supplement S zum Amtsblatt der EG sowie in der Datenbank Tender Electronic Daily (TED) bekanntmachen.⁸⁴ TED ist ein aktuelles Verzeichnis öffentlicher Aufträge und Ausschreibungen und entspricht als Online-Service dem Amtsblatt. Im TED sind nicht allein die Bekanntmachungen der EU-Mitgliedstaaten enthalten; etwa weitere 70 Länder teilen

⁸³ Vgl. Art. 9 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

⁸⁴ Vgl. ebenda, Art. 11 Abs. 2 und 9.

hier ihre Vergabeabsichten mit.⁸⁵ Geplant ist die Einführung eines neuen Informationssystems SIMAP, das an späterer Stelle – unter K.III.2. dieser Arbeit – erläutert werden soll.

Die Bekanntmachungspflicht trifft lediglich Auftraggeber, bei denen der geschätzte Auftragsumfang den Schwellenwert von 5 Millionen Sonderziehungsrechten übersteigt.⁸⁶ Daraus könnte sich schließen lassen, daß es jedem öffentlichen Auftraggeber freistehen müßte, auch Aufträge unterhalb des Schwellenwertes im Amtsblatt bekanntzugeben. In der ersten Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG war dies grundsätzlich zwar vorgesehen, jedoch mußte der Umfang des Bauauftrags mindestens 500.000 Rechnungseinheiten betragen.⁸⁷ Dieser untere Schwellenwert war aus zweierlei Gründen eingeführt worden: Zum einen gingen die Organe der EU nicht davon aus, daß es unterhalb dieses (unteren) Schwellenwertes für einen Anbieter wirtschaftlich vernünftig sein konnte, Bauaufträge in anderen EU-Staaten auszuführen. (Kritisch läßt sich jedoch fragen, warum dann nicht der gesamte Schwellenwert für Bauaufträge auf diesen Betrag herabgesetzt wurde.) Zum anderen, und dies ist wohl der gewichtigere Grund, hatte die EU laut Artikel 31 der Richtlinie 71/305/EWG die Kosten für die Veröffentlichung der Vergabeabsichten übernommen.⁸⁸ Die Bekanntmachungen im Amtsblatt drohten unabhängig von der Kostenübernahme durch die EU noch aus einem anderen Grund teuer zu werden: Da verbindliche Muster für die Veröffentlichung nicht vorgesehen waren und die Vergabebekanntmachung ursprünglich nicht auf eine bestimmte Wortanzahl beschränkt war, konnten öffentliche Auftraggeber im Umfang unbegrenzte Vergabebekanntmachungen veröffentlichen. Ein Anreiz zur Kürze bestand nicht. Die Kommission schlug deswegen im November 1971 in einem Richtlinienentwurf Regelungen zu den Bekanntmachungen von Bauaufträgen und Baukonzessionen vor.⁸⁹ Unter anderem sah der Entwurf in Artikel 1 vor, die maximale Länge der Bekanntmachungen auf 600 Wörter zu begrenzen. Dem Vorschlag hatte die Kommission in Anhang I des Entwurfs Bekanntmachungsmuster beigelegt. Die Richtlinie 72/277/EWG wurde im darauffolgenden Jahr vom Rat verabschiedet.⁹⁰ Danach durften die Bekanntmachungen etwa 650 Wörter enthalten und muß-

⁸⁵ Vgl. Prieß, Hans-Joachim: Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, S. 74.

⁸⁶ Vgl. Art. 11 Abs. 1 Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

⁸⁷ Vgl. Art. 19 der Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG, ABl. L 185 v. 16. 8. 1971, S. 5.

⁸⁸ Vgl. Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates über die Einzelheiten und Bedingungen für die Veröffentlichung der Bekanntmachungen von Bauaufträgen und Konzessionen für Bauarbeiten im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, ABl. C 7 v. 28. 1. 1972, S. 27.

⁸⁹ Vgl. ebenda.

⁹⁰ Vgl. Richtlinie 72/277/EWG des Rates vom 26. 7. 1972 über die Einzelheiten und Bedingungen für die Veröffentlichung der Bekanntmachungen von Bauaufträgen und Konzessionen für Bauarbeiten im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, ABl. L 176 v. 3. 8. 1972, S. 12.

ten sich an den vorgegebenen Mustern orientieren. Zwar war diese Regelung mit Informationsverlusten verbunden, was gerade bei umfangreichen Bauprojekten mit vielen Einzelbeschreibungen von Nachteil sein konnte, dafür wurde andererseits die Veröffentlichungen der Vergabebekanntmachungen aufgrund der Verwendung von Mustern sehr viel übersichtlicher gestaltet.

Mit der ersten umfassenden Änderung der Baukoordinierungsrichtlinie 1989 wurde die Bekanntmachungsrichtlinie 72/277/EWG wieder aufgehoben und ihre Bestimmungen in die Baukoordinierungsrichtlinie aufgenommen⁹¹. Zugleich wurde der untere Schwellenwert für die fakultative Bekanntmachung der Vergabeabsicht gestrichen. Freiwillige Veröffentlichungen sind seitdem unabhängig vom Auftragsvolumen zulässig. Diese Änderung ist zu begrüßen, weil gerade Anbieter in Grenzgebieten auch an kleineren Bauaufträgen aus dem Nachbarland interessiert sein können; jedoch hat die praktische Umsetzung gezeigt, daß öffentliche Auftraggeber in der Regel auf eine Bekanntmachung verzichten, wenn das geschätzte Auftragsvolumen den Schwellenwert nicht erreicht. Die ursprünglichen Regelungen zur Bekanntmachung wurden in einem Punkt eingeschränkt: Zunächst waren die Bekanntmachungen in allen Sprachen der Gemeinschaft veröffentlicht worden. In der ursprünglichen Sechser-Gemeinschaft hielt sich der damit verbundene Übersetzungsaufwand noch in Grenzen. Mit zunehmender Mitgliederzahl verursachte die Veröffentlichung in allen Sprachen jedoch Schwierigkeiten. Nicht allein, daß dabei erhebliche Übersetzungskosten anfielen, die Übersetzungen kosteten zudem viel Zeit und verzögerten die Veröffentlichung der Bekanntmachungen.⁹² Schließlich einigte man sich darauf, daß der volle Umfang der Bekanntmachungen lediglich in der jeweiligen Originalsprache und nur die wichtigsten Elemente der Bekanntmachungen in den übrigen Amtssprachen im Amtsblatt und im TED veröffentlicht werden müssen.⁹³ Die Belastung der EU, die die Kosten für die Bekanntmachungen übernimmt, ist beachtlich. Im Jahre 1992 gab die Union 35 Millionen ECU für Bearbeitung und Veröffentlichung der Bekanntmachungen öffentlicher Aufträge (einschließlich Bau- und Lieferaufträge) aus.⁹⁴

Auch wenn die drei in den Richtlinien genannten Verfahren hinsichtlich der *Art* ihrer Bekanntmachung einander entsprechen, gibt es inhaltliche Unterschiede, die sich teilweise aus den verschiedenen Verfahrensabläufen erklären. Unabhängig von der Art des gewählten Verfahrens müssen die Bekanntmachungen jedoch zunächst folgende Angaben enthalten:

⁹¹ Vgl. letzte Erwägung der Baukoordinierungsrichtlinie 89/440/EWG, ABl. L 210 v. 21. 7. 1989, S. 1.

⁹² Vgl. Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, KOM(86) 679 endg. v. 23. 12. 1986, S. 10.

⁹³ Vgl. Art. 11 Abs. 9 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

⁹⁴ Vgl. Europäisches Parlament: Endgültige Feststellung des Gesamthaushaltsplanes der Europäischen Gemeinschaften für das Haushaltsjahr 1992, ABl. L 26 v. 3. 3. 1992, S. 846.

- Adresse des öffentlichen Auftraggebers;
- gewähltes Vergabeverfahren und Art des Auftrags;
- Ausführungsort;
- Umfang der Leistungen, Merkmale des Bauwerks;
- bei Aufteilung in mehrere Lose die Größenordnung der einzelnen Lose und die Möglichkeit, Angebote für die einzelnen oder verbundene Lose abzugeben;
- Ausführungsfrist;
- zulässige Rechtsformen für Bietergemeinschaften;
- gegebenenfalls geforderte Kautionen und Sicherheiten;
- Finanzierungs- und Zahlungsbedingungen;
- Unterlagen zur Beurteilung der Eignung des Bieters oder Bewerbers;
- Zuschlagskriterien;
- gegebenenfalls Verbot von Änderungsvorschlägen.⁹⁵

Soll der Auftrag im offenen Verfahren vergeben werden, muß die Ausschreibung außerdem die Einsendefrist für die Angebote benennen sowie die Sprache(n), in der die Angebote abgefaßt sein müssen beziehungsweise dürfen. Zusätzlich muß die Adresse benannt sein, bei der Verdingungs- und andere Unterlagen angefordert werden können. Von besonderer Bedeutung für den Interessenten um einen öffentlichen Auftrag ist auch die Bindefrist, also die Zeitspanne, für die er an sein Angebot gebunden ist⁹⁶. Anstelle der Angebotsfrist im offenen Verfahren enthalten die Bekanntmachungen im Rahmen der nicht offenen und der Verhandlungsverfahren die Einsendefrist für die Anträge auf Teilnahme.⁹⁷

Während die erste Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG eine Bekanntmachung im Amtsblatt nur im Falle konkreter Bauvorhaben vorsah, wurden mit der Überarbeitung von 1989 Vorabinformationen und regelmäßige Bekanntmachungen eingeführt. Eine Vorabinformation über ein geplantes Bauvorhaben muß dann veröffentlicht werden, wenn das geschätzte Bauvolumen den Schwellenwert von 5 Millionen Sonderziehungsrechten übersteigt.⁹⁸ Naturgemäß können die Angaben, die der öffentliche Auftraggeber zu noch in der Planung befindlichen Vorhaben geben kann, nur vage sein. Dementsprechend sind die Angaben in der Vorabinformation nicht verbindlich.⁹⁹ Trotz ihres unverbindlichen Charakters erleichtert die Vor-

⁹⁵ Vgl. Anhang IV der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

⁹⁶ Vgl. ebenda, Anhang IV Ziff. B.

⁹⁷ Vgl. ebenda, Anhang IV Ziff. C und D.

⁹⁸ Vgl. geändert Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie 97/52/EG, ABl. L 328 v. 28. 11. 1997, S. 1.

⁹⁹ Vgl. Anhang IV Ziff. A Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

abinformation potentiellen Bietern und Bewerbern die Planung und verschafft einen Überblick über die Projekte, die in naher Zukunft anstehen. Trotzdem hatte sich der Ausschuß für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau im deutschen Bundestag gegen die Einführung des Vorabinformationsverfahrens ausgesprochen, weil dieses Verfahren seiner Ansicht nach zu einer Publikation völlig unzutreffender Daten führen würde, die keinem Unternehmen nützen würde. Für den Fall aber, daß ein Bauauftraggeber sich in einem bestimmten Rahmen an der gegebenen Vorabinformation würde festhalten lassen müssen, befürchtete der Ausschuß einen Rückgang der Bauvorhaben.¹⁰⁰ Diese Befürchtungen teilten jedoch weder die Kommission noch der Rat.

VIII. Verwendung technischer Merkmale

Befragungen haben ergeben, daß Unternehmen insbesondere die unterschiedlichen nationalen Normen und Spezifikationen in Ausschreibungen und Vergabeunterlagen als das größte Hindernis auf dem Weg zu einem einheitlichen öffentlichen Vergabemarkt betrachten.¹⁰¹ Zwar war den technischen Merkmalen schon in der ersten Koordinierungsrichtlinie 71/305/EWG ein eigener Abschnitt gewidmet worden, jedoch war es öffentlichen Auftraggebern danach nur verboten, technische Merkmale in die Vertragsklauseln aufzunehmen, die *ausschließlich* darauf zielten, bestimmte Unternehmen vorzuziehen oder auszuschließen.¹⁰² Grundsätzlich war es den Auftraggebern damit aber erlaubt, sich auf nationale Normen zu beziehen. Kommission und Rat sahen zum damaligen Zeitpunkt keine andere Möglichkeit, öffentliche Auftraggeber von der Verwendung diskriminierender technischer Beschreibungen abzuhalten, weil einheitliche EU-Normen, auf die der Rat die Auftraggeber hätte verweisen können, noch nicht vorhanden waren. Untersagt war aber auch in der Richtlinie 71/305/EWG die Angabe von Patenten, Warenzeichen oder Typen sowie die Angabe eines bestimmten Ursprungs oder einer bestimmten Produktion,¹⁰³ weil ausländische Anbieter dadurch unmittelbar von der Vergabe des öffentlichen Auftrags hätten ausgeschlossen werden können. Die Verwendung bestimmter Patente oder Ursprungsbezeichnungen sollte aber mit dem Zusatz „oder gleichwertiger Art“ zulässig sein, wenn der Auftraggeber den Auftragsgegenstand nicht durch hinreichend genaue, allgemein verständliche Bezeichnungen beschreiben konnte.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Vgl. Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau, BT-DS 11/1653, S. 4.

¹⁰¹ Vgl. Umfrage der Europäischen Kommission, zitiert nach Krämer, Hans: Rechtsprobleme des öffentlichen Auftragswesens im EG-Binnenmarkt, S. 5.

¹⁰² Vgl. Art. 10 Abs. 2 der Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG, ABl. L 185 v. 16. 8. 1971, S. 5.

¹⁰³ Vgl. ebenda, Art. 10 Abs. 2.

¹⁰⁴ Vgl. ebenda.

Diese Ausnahmeregelung ist auch nach Anpassung der Richtlinie von 1989 erhalten geblieben.¹⁰⁵ Seitdem jedoch die europäischen Harmonisierungsbemühungen auf dem Gebiet der Normung voranschreiten, haben sich den Organen der EU auf technischem Gebiet neue Spielräume beim Abbau von Diskriminierungen eröffnet.¹⁰⁶ Um der Möglichkeit vorzubeugen, inländische Anbieter durch die Verwendung nationaler Normen, Patente und Ursprungsbezeichnungen zu bevorzugen und damit ausländische Anbieter zu benachteiligen, haben Kommission, Rat und Europäisches Parlament sich für eine von öffentlichen Auftraggebern einzuhalten- de Rangfolge entschieden: Öffentliche Auftraggeber müssen im Rahmen der Leistungsbeschreibung zunächst auf innerstaatliche Normen zurückgreifen, mit denen europäische Normen umgesetzt werden. Fehlen solche Normen, müssen europäische technische Zulassungen oder gemeinsame technische Spezifikationen verwendet werden. Zu den europäischen Normen im Baubereich zählen die von dem technischen Komitee für Normung (CEN) und dem europäischen Komitee für elektrotechnische Normung (CENELEC) angenommenen technischen Spezifikationen sowie die gemeinsamen Regeln beider Institute als europäische Normen (EN) oder Harmonisierungsdokumente (HD).¹⁰⁷ Von dem Grundsatz, national umgesetzte EU-Normen anzuwenden, kann in folgenden Ausnahmefällen abgewichen werden:

- wenn gemeinschaftsrechtliche *Regelungen fehlen*;¹⁰⁸
- wenn die gemeinschaftlichen Regelungen keine Bestimmungen zur Feststellung der *Übereinstimmung* enthalten;
- wenn es *keine technische Möglichkeit* gibt, die *Übereinstimmung* eines Erzeugnisses mit den gemeinschaftlichen Regelungen in zufriedenstellender Weise festzustellen;
- wenn die Anwendung dieser Regelungen den öffentlichen Auftraggeber zur Verwendung von Erzeugnissen oder Materialien zwingen würde, die mit von ihm bereits benutzten Anlagen *nicht kompatibel* sind;
- wenn die Anwendung dieser Regelungen unverhältnismäßige *technische Schwierigkeiten* oder unverhältnismäßig hohe Kosten verursachen würde;
- wenn das betreffende *Vorhaben von „wirklich“ innovativer Art* ist und die Anwendung der gemeinschaftlichen Regelungen nicht angemessen wäre.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Vgl. Art. 10 Abs. 6 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

¹⁰⁶ Vgl. Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Dokument KOM(86) 679 endg., S. 9.

¹⁰⁷ Vgl. Anhang III „Begriffsbestimmungen für einige technische Spezifikationen“ Ziff. 3 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

¹⁰⁸ Vgl. ebenda, Art. 10 Abs. 5.

¹⁰⁹ Vgl. ebenda, Art. 10 Abs. 3.

Diese Ausnahmefälle eröffnen erhebliche Schlupflöcher. In umfangreichen oder Bauprojekten mit hohen technischen Anforderungen kann ein öffentlicher Auftraggeber sich leicht darauf berufen, daß eine Anwendung der europäischen Regeln mit erheblichen Kosten oder Schwierigkeiten verbunden wäre. Handelt es sich bei dem betreffenden Bauauftrag um einen Erweiterungsbau, ist die Versuchung groß, sich auf die Inkompatibilität anderer als der gewünschten Produkte zu berufen. Da auch die Kommission diese Ausweichmöglichkeiten gesehen hat, hat sie versucht, einem drohenden Mißbrauch der Ausnahmeregelung durch Maßnahmen auf zwei Ebenen vorzubeugen: *Zum einen* muß ein öffentlicher Auftraggeber die Gründe für einen Verzicht auf gemeinschaftliche Regelungen entweder in seinen internen Unterlagen vermerken oder in der Vergabebekanntmachung nennen und diese Informationen auf Verlangen an die Kommission und an andere Mitgliedstaaten weitergeben.¹¹⁰ Werden die Angaben in die Vergabebekanntmachung aufgenommen, führt dies in Anbetracht der Beschränkung des Bekanntmachungstextes auf 650 Wörter dazu, daß für Leistungsbeschreibungen weniger Raum bleibt, was insbesondere bei technisch komplexen Bauaufträgen von erheblichem Nachteil sein kann. *Zum anderen* sieht die Richtlinie im Rahmen der einzuhaltenden Rangfolge vor, daß bei Nichtverwendung europäischer Normen zunächst solche einzelstaatlichen technischen Spezifikationen heranzuziehen sind, die anerkanntermaßen den wesentlichen Anforderungen der Gemeinschaftsrichtlinie zur technischen Harmonisierung entsprechen.¹¹¹ Im übrigen ist auf sonstige Dokumente Bezug zu nehmen. Dabei hat der öffentliche Auftraggeber wiederum eine bestimmte Reihenfolge einzuhalten: Zuerst muß er auf solche innerstaatlichen Normen zurückgreifen, mit denen vom Land des Auftraggebers akzeptierte internationale Normen umgesetzt werden. Sind solche für den konkreten Bauauftrag nicht vorhanden oder aus anderen Gründen nicht anwendbar, ist in der Normenrangfolge auf sonstige innerstaatliche Normen oder Zulassungen des Landes des Auftraggebers und schließlich auf alle weiteren Normen zurückzugreifen.¹¹²

IX. Fristen

Fristen spielen in der Baukoordinierungsrichtlinie in verschiedenen Zusammenhängen eine Rolle: als Angebotsfrist, Bewerbungsfrist, Zuschlags- und Bindefrist sowie als Ausführungsfrist. Nachdem die Fristen in der ersten Baukoordinierungsrichtlinie nach Ansicht der Kommission teilweise zu kurz bemessen waren,¹¹³ strebte die Kommission unter anderem eine Verlängerung der Angebots- und der

¹¹⁰ Vgl. ebenda, Art. 10 Abs. 4.

¹¹¹ Vgl. ebenda, Art. 10 Abs. 5 Ziff. a).

¹¹² Vgl. ebenda, Art. 10 Abs. 5 Ziff. c) lit. i) bis iii).

¹¹³ Vgl. Antwort der Europäischen Kommission vom 15. 7. 1983 auf die schriftliche Anfrage Nr. 80/83 von Edward Kellett-Bowman, S. 2.

Bewerbungsfrist an. Bevor sie die Richtlinie jedoch entsprechend änderte, was noch sechs Jahre dauern sollte, hatte sie die zuständigen Verwaltungsstellen in den Mitgliedstaaten (unverbindlich) aufgefordert, die vorgeschriebenen Mindestfristen nach Möglichkeit zu verlängern¹¹⁴. Damit setzte sie auf die *freiwillige* Mitarbeit der öffentlichen Auftraggeber, was den Erfolg dieses Vorgehens in Frage stellte. Zudem hatte die Kommission den öffentlichen Auftraggebern empfohlen, die Bekanntmachungen auf dem schnellsten Wege (per Telex, Telegramm oder Eilsendung) an das Amt für Veröffentlichungen zu senden.¹¹⁵ Auch der Erfolg dieser Empfehlung war an die Kooperationsbereitschaft der öffentlichen Auftraggeber geknüpft und versagte in den Fällen, in denen diesen an einer EU-weiten Ausschreibung beispielsweise aus politischen Gründen gar nicht gelegen war.

Im einzelnen stellen sich Ausgangssituation und Entwicklung der Richtlinie im Hinblick auf die Fristen wie folgt dar:

Die *Angebotsfrist*, die den Zeitraum zwischen Bekanntmachung der Vergabeabsicht und dem Eingang der Angebote bezeichnet und der Ausarbeitung und Abgabe von Angeboten dient, ist sowohl im offenen Verfahren als auch im nicht offenen Verfahren von Bedeutung. Im nicht offenen Verfahren geht der Angebotsfrist noch die *Teilnahme-* oder *Bewerbungsfrist* voraus, die sich an den offenen Aufruf zur Teilnahme im Amtsblatt anschließt. Diese Frist ist unter Umständen auch im Verhandlungsverfahren zu beachten, jedoch entfällt hier die Angebotsfrist, weil sich an die Auswertung der eingegangenen Bewerbungen unmittelbar die Verhandlungen mit den ausgewählten Bewerbern anschließen, die an keine weitere Frist mehr gebunden sind. Ursprünglich lag die Angebotsfrist im offenen Verfahren bei mindestens 36 Tagen, gerechnet vom Tag der Absendung der Bekanntmachung an.¹¹⁶ Nachdem sich Interessenten öffentlicher Aufträge bei der Kommission mehrfach über zu kurze Fristen beschwert hatten, war die Kommission bei den Mitgliedstaaten wiederholt vorstellig geworden, um die Einhaltung wenigstens der *Mindestfristen* zu *empfehlen*.¹¹⁷ Ein schärferes Vorgehen und möglicherweise auch die Einleitung entsprechender Vertragsverletzungsverfahren wäre angebracht gewesen. Auf Betreiben der Kommission wurde die Mindestfrist dann auf 52 Tage verlängert, um den Bietern den Marktzugang zu erleichtern.¹¹⁸ Wie auch vorher schon zuvor beginnt die Frist mit dem Tag der Absendung der Bekanntmachung an das Amt für amtliche Veröffentlichungen.¹¹⁹

¹¹⁴ Vgl. ebenda.

¹¹⁵ Vgl. ebenda.

¹¹⁶ Vgl. Art. 13 Abs. 1 der Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG, Abl. L 185 v. 16. 8. 1971, S. 5.

¹¹⁷ Vgl. Antwort der Europäischen Kommission vom 15. 7. 1983 auf die schriftliche Anfrage Nr. 80/83 von Edward Kellett-Bowman, S. 2.

¹¹⁸ Vgl. Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordinierung der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Dokument KOM(86) 679 endg., S. 11.

Faktisch wurde durch die Überarbeitung eine Verlängerung von mindestens 13 Tagen erreicht, wenn man berücksichtigt, daß die Vergabebekanntmachung ursprünglich nach spätestens *neun* Tagen im Amtsblatt veröffentlicht werden mußte,¹²⁰ jetzt aber spätestens nach *zwölf* Tagen¹²¹. Aufgrund des 1989 eingeführten Systems der Vorabinformation steht es dem öffentlichen Auftraggeber nunmehr frei, die Angebotsfrist von 52 Tagen auf 36 Tage oder gar 22 Tage zu verkürzen, wenn er zuvor von der Möglichkeit der Vorabinformation Gebrauch gemacht hat.¹²² Voraussetzung ist aber, daß diese Vorabinformation mindestens 52 Tage, höchstens aber 12 Monate vor dem konkreten Aufruf im Amtsblatt veröffentlicht wurde.¹²³ Die Fristverkürzung soll den öffentlichen Auftraggeber einen Anreiz geben, geplante Bauprojekte frühzeitig im Amtsblatt bekanntzugeben und damit möglichen Interessenten eine längerfristige Planung zu erlauben. Die Kommission hatte im Hinblick auf die Vorabinformation ursprünglich eine noch einschneidendere Regelung vorgesehen, mit der sie sich jedoch nicht durchsetzen konnte: Für den Fall, daß ein öffentlicher Auftraggeber über ein Bauprojekt nicht vorab informiert hätte, sollte die Angebotsfrist das Doppelte der bei Vorabinformation geltenden Frist betragen.¹²⁴ Bei der deutschen Verhandlungsdelegation war die Verlängerung der Angebotsfrist auf 52 Tage auf Verständnis gestoßen. Eine über die schließlich vereinbarten 52 Tage hinausgehende Frist wollte man jedoch nicht zugestehen, da dies die Durchführung von Bauvorhaben zu sehr verzögert hätte.¹²⁵

Wendet der öffentliche Auftraggeber das nicht offene Verfahren oder das Verhandlungsverfahren an, beträgt die Frist für Anträge auf Teilnahme am Wettbewerb (Bewerbungsfrist) derzeit 37 Tage, wiederum gerechnet vom Tag der Absendung der Bekanntmachung an das Amt für amtliche Veröffentlichungen.¹²⁶ Ein Vergleich mit der Richtlinie 71/305/EWG ist nicht möglich, weil das Verhandlungsverfahren hier noch nicht vorgesehen war, sondern erst mit der Änderung von 1989 an die Stelle der freihändigen Vergabe trat, der im Unterschied zum Verhandlungs-

¹¹⁹ Vgl. Art. 12 Abs. 1 Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

¹²⁰ Vgl. Art. 12 Abs. 4 der Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG, ABl. L 185 v. 16. 8. 1971, S. 5.

¹²¹ Vgl. Art. 11 Abs. 10 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

¹²² Vgl. ebenda, Art. 12 Abs. 2.

¹²³ Vgl. geänderter Art. 12 Abs. 2 in Art. 3 der Richtlinie 97/52/EG, ABl. L 328 v. 28. 11. 1997, S. 1.

¹²⁴ Vgl. Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordinierung der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Dokument KOM(86) 679 endg., S. 11.

¹²⁵ Vgl. Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau, BT-DS 11/1653, S. 4.

¹²⁶ Vgl. Art. 13 Abs. 1 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

verfahren kein Teilnahmewettbewerb vorauszugehen hatte. Die Angebotsfrist im Fall des nicht offenen Verfahrens wurde von ursprünglich mindestens 21 Tagen¹²⁷ auf jetzt 40 Tage vom Tag der Absendung der schriftlichen Aufforderung zur Angebotsabgabe an¹²⁸ erhöht. Veröffentlicht der öffentliche Auftraggeber eine Vorabinformation, kann er diese Frist auf bis zu 26 Tage verkürzen.¹²⁹

Von Anfang an sah die Baukoordinierungsrichtlinie auch ein *beschleunigtes Verfahren* mit kürzeren Fristen vor. Im Rahmen dieses Verfahrens konnte die Bewerbungsfrist für das nicht offene Verfahren in dringlichen Fällen ursprünglich auf zwölf Tage und die Angebotsfrist auf zehn Tage von Absendung der Bekanntmachung beziehungsweise der Aufforderung zur Teilnahme an verkürzt werden.¹³⁰ Berücksichtigt man, daß die Bekanntmachung im Fall des beschleunigten Verfahrens spätestens fünf Tage nach ihrer Absendung an das Amt für amtliche Veröffentlichungen zu publizieren war,¹³¹ hatte ein Anbieter im ungünstigsten Fall sieben Tage Zeit, um seine Teilnahmeunterlagen einzureichen. Mußte der Interessent gegebenenfalls noch Eignungs- und Befähigungsnachweise beschaffen, war dies ein knapp bemessener Zeitraum. Für die Ausarbeitung des Auftrags selber blieb (und bleibt) trotz der Verpflichtung, die Aufforderung zur Teilnahme auf dem schnellstmöglichen Weg zu übermitteln,¹³² ein Zeitraum von höchstens zehn Tagen, was für die Verarbeitung umfangreicher Verdingungsunterlagen, die möglicherweise noch angefordert werden müssen, ebenfalls zu kurz bemessen ist. Folglich war es unumgänglich, die Fristen zu verlängern. Dies geschah jedoch in sehr begrenztem Rahmen und auch nur für die Bewerbungsfrist, was dafür spricht, daß dem Bedürfnis des öffentlichen Auftraggebers nach einer raschen Vergabeentscheidung größere Priorität eingeräumt wurde. Anträge auf Teilnahme sind nun innerhalb von 15 Tagen zu stellen, gerechnet vom Tag der Absendung der Bekanntmachung an.¹³³ Die Richtlinie wurde 1989 dahingehend ergänzt, daß die Bewerbungsfrist auch beim Verhandlungsverfahren einzuhalten ist. Einem Interessenten bleiben angesichts der Verpflichtung des Amts für amtliche Veröffentlichungen, die Bekanntmachung spätestens fünf Tage nach Absendung zu veröffentlichen, im ungünstigsten Fall zehn Tage Zeit, um seine Bewerbungsunterlagen auszuarbeiten. Die Betrachtung der Eignungskriterien wird jedoch zeigen, daß bestimmte Dokumente

¹²⁷ Vgl. Art. 14 Abs. 3 der Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/WG, Abl. L 185 v. 16. 8. 1971, S. 5.

¹²⁸ Vgl. Art. 13 Abs. 3 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, Abl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

¹²⁹ Vgl. ebenda, Art. 13 Abs. 4.

¹³⁰ Vgl. Art. 15 Abs. 1 der Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG, Abl. L 185 v. 16. 8. 1971, S. 5.

¹³¹ Vgl. ebenda, Art. 12 Abs. 4.

¹³² Vgl. ebenda, Art. 15 Abs. 3; Art. 14 Abs. 3 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, Abl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

¹³³ Vgl. Art. 14 Abs. 1 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, Abl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

oder Mitgliedschaften inzwischen gegenseitig anerkannt werden müssen, so daß die Beschaffung der Eignungsnachweise im Einzelfall nicht mehr so aufwendig ist wie zu Beginn der Koordinierung.

Fordert ein Bieter zusätzliche Informationen an, müssen diese im beschleunigten Verfahren nach wie vor spätestens vier Tage vor Ablauf der Frist erteilt werden.¹³⁴ Ansonsten beträgt diese Frist sechs Tage.¹³⁵

Um einen einheitlichen europäischen Vergabemarkt herzustellen, hätte festgeschrieben werden müssen, daß alle potentiellen Anbieter *zur gleichen Zeit* auf die notwendigen Informationen zugreifen und nationale Anbieter nicht aufgrund von „Vorabveröffentlichungen“ in heimischen Publikationsorganen einen Informationsvorsprung gewinnen können. Bereits in der Richtlinie 71/305/EWG war zwar vorgesehen, daß die Bekanntmachung in den jeweiligen nationalen Amtsblättern oder Fachzeitschriften nicht vor dem Tag der Absendung an das Amt für amtliche Veröffentlichungen veröffentlicht werden durfte.¹³⁶ Da die Bekanntmachung aber erst spätestens neun Tage nach Absendung im Amtsblatt zu veröffentlichen war,¹³⁷ konnte ein nationaler Anbieter für die Ausarbeitung seines Angebots folglich einen Vorsprung von bis zu neun Tagen vor der Konkurrenz aus den übrigen Mitgliedstaaten erlangen. Dieser mögliche zeitliche Vorlauf hat sich – zumindest theoretisch – mit Änderung der Richtlinie von 1989 noch vergrößert, weil die Bekanntmachung jetzt erst binnen *zwölf* Tagen nach Absendung an das Amt für amtliche Bekanntmachungen in Amtsblatt und TED veröffentlicht werden muß.¹³⁸ Bei großen Bauvorhaben mit erheblichem planerischen Aufwand kann eine zusätzliche Frist von zwölf Tagen – im beschleunigten Verfahren von bis zu fünf Tagen – dem einzelnen Anbieter einen erheblichen Vorteil verschaffen. Interessanterweise trifft die Richtlinie keine Vorkehrung für den Fall, daß ein Angebot nur anhand der beim öffentlichen Auftraggeber einzusehenden Verdingungsunterlagen angefertigt werden kann. Um wenigstens annähernde Chancengleichheit unter den Wettbewerbern herzustellen, hätten die öffentlichen Auftraggeber verpflichtet werden müssen, den Tag der Einsichtnahme in die Verdingungsunterlagen auf ein Datum *nach* Veröffentlichung der Vergabeabsicht im Amtsblatt der EG festzulegen. Da die Richtlinie aber keine entsprechenden Einschränkungen vorsieht, sondern in Artikel 11 Absatz

¹³⁴ Vgl. Art. 15 Abs. 3 der Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG, ABl. L 185 v. 16. 8. 1971, S. 5; Art. 14 Abs. 2 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

¹³⁵ Vgl. Art. 13 Abs. 1 (offene Verfahren) und Art. 14 Abs. 3 (nicht offene Verfahren) der Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG, ABl. L 185 v. 16. 8. 1971, S. 5; Art. 12 Abs. 4 (offene Verfahren) und Art. 13 Abs. 6 (nicht offene Verfahren) der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

¹³⁶ Vgl. Art. 12 Abs. 5 der Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG; ABl. L 185 v. 16. 8. 1971, S. 5.

¹³⁷ Vgl. ebenda, Art. 12 Abs. 4.

¹³⁸ Vgl. Art. 11 Abs. 11 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

11 lediglich festgestellt wird, daß die nationale Bekanntmachung nur die Angaben der Bekanntmachung im Amtsblatt der EG beinhalten darf, gestatten sie einem öffentlichen Auftraggeber, den Einsichtstermin für nationale Anbieter faktisch vorzuziehen. Dazu bedarf es in der Bekanntmachung lediglich des Hinweises, daß die Verdingungsunterlagen täglich während der Bürozeiten eingesehen werden können. Es ist unverständlich, daß hierzu keine eigene Regelung getroffen wurde. Dies ist umso weniger einzusehen, als es sich bei den Fällen, in denen die Verdingungsunterlagen aufgrund ihres Umfangs nicht zugeschickt werden können, sondern vor Ort eingesehen werden müssen, in der Regel um große Auftragsvolumina handelt, die für einen EU-weiten Wettbewerb gerade geeignet sind.

Unabhängig von diesem Manko wurde das Verbot der vorherigen national beschränkten Bekanntmachung in der Anpassung von 1989 auf die Presse im Land des öffentlichen Auftraggebers ausgedehnt,¹³⁹ was sinnvoll ist, da insbesondere kommunale öffentliche Auftraggeber ihre Bauleistungen häufig in den lokalen Zeitungen und nicht in speziellen Submissionsblättern ausschreiben.

Während der *Zuschlags-* oder *Bindefrist* prüft der öffentliche Auftraggeber die eingegangenen Angebote und erteilt im Anschluß den Zuschlag. Während dieser Zeit sind die Bieter an ihr Angebot gebunden. Aus Sicht der Anbieter sollte diese Frist möglichst kurz bemessen sein, damit die zur Ausführung des Auftrags nötigen Kapazitäten nicht zu lange bereitgehalten werden müssen und möglicherweise unnötig Ressourcen binden. Eine kurze Frist kann aber auch im Interesses des Auftraggebers liegen, wenn er den Auftrag rasch ausführen möchte. Erstaunlicherweise ist in der Baukoordinierungsrichtlinie keine Regelung zur Zuschlagsfrist getroffen worden, obwohl im Muster zu den offenen Verfahren unter Ziffer 12 vorgesehen ist, die Bindefrist zu veröffentlichen¹⁴⁰. Hier wollte man die öffentlichen Auftraggeber nicht unnötig einengen, da es stark von der Komplexität des einzelnen Auftrags abhängt, wieviel Zeit die Prüfung der eingegangenen Angebote in Anspruch nimmt. Kommission und Rat gingen davon aus, daß das Interesse des Auftraggebers an dem Auftrag ausreichen würde, die Zuschlagsfrist so kurz wie möglich zu halten. Um den Bietern jedoch die Disposition über ihre Ressourcen zu erleichtern, sollte die Bindefrist veröffentlicht werden.¹⁴¹

X. Eignung der Bieter und Bewerber

Als Maßnahme versteckter Ungleichbehandlung war das Beispiel genannt worden, Bietern oder Bewerbern die Erbringung bestimmter, in der Regel an inländischen Standards orientierter Eignungsnachweise aufzuerlegen. Dazu gehörte das

¹³⁹ Vgl. ebenda, Art. 11 Abs. 11.

¹⁴⁰ Vgl. ebenda, Anhang IV „Muster für die Bekanntmachung öffentlicher Bauaufträge. B. Offene Verfahren.“

¹⁴¹ Persönliches Gespräch.

Erfordernis, einen inländischen Berufsabschluß zu besitzen oder in das entsprechende Berufsregister im Mitgliedstaat des öffentlichen Auftraggebers eingetragen zu sein. Daß ein Anbieter seine Eignung sowohl in fachlicher als auch in wirtschaftlicher Hinsicht unter Beweis stellt, ist ein legitimes Anliegen öffentlicher Auftraggeber. Jedoch muß die Prüfung an Kriterien ausgerichtet sein, die auch ein ausländischer Anbieter ohne zusätzliche Schwierigkeiten erfüllen kann und die mit der Ausführung des anstehenden Auftrags in unmittelbarem Zusammenhang stehen.

Die Eignungsprüfung spielt in den Baukoordinierungsrichtlinien an zwei Stellen eine Rolle: zum einen im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs bei der Auswahl der Bewerber im nicht offenen und im Verhandlungsverfahren; zum anderen bei der Bewertung der Bieter im offenen Verfahren. Grundsätzlich sah bereits die Richtlinie 71/305/EWG vor, daß die Eignungsprüfung dem Zuschlag voranzugehen hat, das heißt die Erfüllung der Eignungs- vor den Zuschlagskriterien geprüft werden müssen.¹⁴² Diese Systematik hat der Europäische Gerichtshof bestätigt, wenn er auch in der für das öffentliche Auftragswesen zentralen „Beentjes“-Entscheidung festgestellt hat, daß die Prüfung der Eignung und die Erteilung des Zuschlags durchaus gleichzeitig erfolgen können, beides jedoch voneinander unabhängige Vorgänge darstellt.¹⁴³ Dies kann dann eine Rolle spielen, wenn vom öffentlichen Auftraggeber formulierte Bedingungen sich unter Umständen nicht auf den ersten Blick als Eignungs- oder Zuschlagskriterium bestimmen lassen. Klassisches Beispiel ist die Forderung, zur Ausführung des ausgeschriebenen Auftrags ein bestimmtes Maß an Langzeitarbeitslosen zu beschäftigen. Ist diese Bedingung kein Eignungs-, sondern ein Zuschlagskriterium, darf ein Anbieter, der diese Anforderung nicht erfüllt, nicht bereits auf der Stufe Eignungsprüfung als ungeeignet ausgeschlossen werden. Ist die Beschäftigung eines bestimmten Quantum an Langzeitarbeitslosen eines unter mehreren *Zuschlagskriterien*, kann ein Bieter den Mangel, diese Bestimmung nicht zu erfüllen, möglicherweise dadurch ausgleichen und gegebenenfalls sogar überkompensieren, daß er weitere Zuschlagskriterien besser als seine Konkurrenten erfüllt. Unabhängig davon, ob die vergabefremde Bedingung der Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen nach Allokations- und fiskalischen Gesichtspunkten wünschenswert und im Rahmen der Baukoordinierungsrichtlinie überhaupt gestattet ist, führt die Berücksichtigung dieses Aspekts – wenn überhaupt – dann erst auf der Stufe Zuschlagskriterium zu einer ökonomisch ausgewogenen Entscheidung. Um Bedingungen dieser Art durchzusetzen, werden sie meist jedoch als entsprechende Verpflichtung in die Vertragsklauseln aufgenommen.

¹⁴² Vgl. Art. 20 Richtlinie der Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG, ABl. L 185 v. 16. 8. 1971, S. 5.

¹⁴³ Vgl. EuGH Rs. 31/87 „Gebroeders Beentjes vs. Niederländischer Staat“, Slg. 1988, S. 4635 (4656).

Die Baukoordinierungsrichtlinie sieht bei der Eignungsprüfung im wesentlichen zwei Verfahrensschritte vor: Zunächst können in einem ersten Schritt Bieter oder Bewerber ohne weitere Prüfung ihrer Eignung ausgeschlossen werden, wenn sie eines der in einem Katalog aufgeführten (Negativ-)Merkmale erfüllen. Wer das Ausschlußverfahren unbeschadet durchlaufen hat, muß darüber hinaus anhand bestimmter Kriterien – positiv – seine Eignung beweisen.

Vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden können Bieter und Bewerber,

- wenn sie sich im *Konkurs*, Vergleich oder einem ähnlichen Verfahren befinden, ein solches Verfahren gegen sie eingeleitet wurde oder sie ihre gewerbliche Tätigkeit zwischenzeitlich eingestellt haben;
- wenn sie mit rechtskräftigem Urteil aus Gründen bestraft wurden, die ihre *berufliche Zuverlässigkeit* in Frage stellen;
- die im Rahmen ihrer *beruflichen Tätigkeit* eine *schwere Verfehlung* begangen haben, die von dem öffentlichen Auftraggeber nachweislich festgestellt wurden;
- wenn sie ihrer Verpflichtung zur Abführung von *Sozialbeiträgen* im Land ihres Sitzes oder nach den Regeln des Mitgliedstaates des öffentlichen Auftraggebers nicht nachgekommen sind;
- wenn sie ihre Verpflichtung zur *Steuer- und Abgabenzahlung* nach den Vorschriften ihres Sitzlandes oder des Mitgliedstaates des öffentlichen Auftraggebers nicht erfüllt haben;
- wenn sie sich bei der Erteilung von Auskünften, die nach den Bestimmungen der Richtlinie eingeholt werden können, in erheblichem Maße *falscher Erklärungen* strafbar gemacht haben.¹⁴⁴

Als Nachweis dafür, daß die genannten Ausschlußgründe nicht vorliegen, müssen die Auftraggeber Auszüge aus dem Strafregister oder entsprechende Bescheinigungen eines Gerichts oder einer Behörde akzeptieren. Sind solche Bescheinigungen in einem Mitgliedstaat nicht vorgesehen, genügt auch eine eidesstattliche Versicherung des betreffenden Unternehmens.¹⁴⁵ Die eidesstattliche Versicherung ist gegenüber den nur schwer manipulierbaren Auszügen aus Strafregistern oder Bescheinigungen von Verwaltungsbehörden das schwächste Mittel, um zu belegen, daß ein Ausschlußgrund für einen Bieter oder Bewerber nicht eingreift. Wer bereits wegen entsprechender Delikte einschlägig vorbestraft ist, wird kaum davor zurückschrecken, falsch auszusagen, um jedenfalls nicht bereits in der Eignungsprüfung bei der Bewerbung um einen öffentlichen Auftrag zu scheitern.

Die Liste der Ausschlußgründe ist aber noch aus einem anderen Grund zu kritisieren: Im Hinblick auf eine an *ökonomischen* Kriterien zu orientierende Vergabe

¹⁴⁴ Vgl. Art. 23 der Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG, ABl. L 185 v. 16. 8. 1971, S. 5; Art. 24 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

¹⁴⁵ Vgl. ebenda.

öffentlicher Aufträge ist zu fragen, ob es überhaupt eine Rolle spielen sollte, daß ein Anbieter in der Vergangenheit mit dem Strafgesetz in Konflikt geraten ist. Schließlich kann es nicht Ziel der öffentlichen Auftragsvergabe sein, einen Unternehmer für ein bereits abgeurteiltes Vergehen noch einmal zu bestrafen, indem ihm die Teilnahme an einem Vergabeverfahren versagt wird. Unabhängig davon ist nicht nachzuvollziehen, warum die Ausschlußgründe nicht nach einer bestimmten Zeit – ähnlich einer Verjährungsfrist – wegfallen sollen. Die Liste der Ausschlußgründe ist vielmehr nach dem Prinzip „einmal unzuverlässig, immer unzuverlässig“ erstellt worden; eine Ausschlußfrist für die Ausschlußgründe ist in der Richtlinie selber nicht vorgesehen. Sie könnte sich höchstens aus den vorzulegenden nationalen Bescheinigungen ergeben, wenn Verfehlungen nach Ablauf einer bestimmten Frist zu streichen sind (so etwa beim polizeilichen Führungszeugnis in der Bundesrepublik Deutschland). Außerdem ist die Liste an manchen Stellen zu unbestimmt formuliert: Beispielsweise ist es eine reine Auslegungsfrage, welche Verfehlungen die berufliche Zuverlässigkeit eines Bieters oder Bewerbers in Frage stellen; offen ist zudem, wie sich bestimmen läßt, ob eine Verfehlung als schwer oder nur als leicht einzustufen ist. Und schließlich: Wann ist der *Nachweis* erbracht, daß die schwere Verfehlung *im Rahmen* der beruflichen Tätigkeit begangen wurde?

Auch im Zusammenhang mit falschen Erklärungen bei der Erteilung von Auskünften läßt die Richtlinie verschiedene Interpretationsmöglichkeiten zu: Aus dem Wortlaut der genannten Vorschrift geht nämlich nicht hervor, ob der Anbieter nur für *das* Vergabeverfahren als unzuverlässig gelten soll, in dem er die „in erheblichem Maß“¹⁴⁶ falschen oder gar keine Erklärungen abgegeben hat, oder ob seine darauf gegründete Unzuverlässigkeit auch für weitere Vergabeverfahren gelten soll. Eine Klarstellung wäre wünschenswert gewesen. Manches spricht aber für die erste Interpretationsmöglichkeit. Denn wie soll der öffentliche Auftraggeber eines nachfolgenden Vergabeverfahrens nachprüfen, ob ein Anbieter in einem vorangegangenen Verfahren falsche oder gar keine Auskünfte zu seiner Eignung erteilt hat?

Trotz dieser Zweifelhaftheiten beabsichtigt die Kommission, das System der Ausschlußgründe weiter auszubauen, um gegen Korruption und Bestechung im öffentlichen Auftragswesen wirksam vorgehen zu können. Sie erwägt derzeit die Einführung schwarzer Listen, in denen Unternehmen aufgeführt werden, die bereits in Korruptions- und Bestechungsfälle verwickelt waren. Diese Liste will sie für öffentliche Auftraggeber zugänglich machen, damit diese leicht und rasch feststellen können, ob ein Anbieter in der Vergangenheit schon einmal mit dem Gesetz in Konflikt geraten ist.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Art. 24 lit. g) der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

¹⁴⁷ Vgl. Europäische Kommission: Mitteilung der Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament über eine Politik der Europäischen Union zur Bekämpfung von Korruption, KOM(97) 192 endg. v. 21. 5. 1997, II.3.3.1. Ziff. 42–46.

Die sich an die Prüfung der Ausschließungsgründe anschließende – positive – Eignungsprüfung orientiert sich an verschiedenen formellen und materiellen Kriterien. *Formelles* Kriterium ist der Nachweis über die Eintragung in das Berufsregister des Mitgliedstaates, in dem der Bieter oder Bewerber ansässig ist.¹⁴⁸ Die *materiellen* Kriterien, die Aufschluß über die Befähigung eines Anbieters geben sollen, den ausgeschriebenen Auftrag auch ausführen zu können, lassen sich weiter unterteilen nach finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Leistungsfähigkeit.¹⁴⁹ Um seine finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nachzuweisen, muß der Bieter oder Bewerber auf Verlangen des öffentlichen Auftraggebers folgende Bescheinigungen vorlegen:

- Bankerklärungen;
- Bilanzen oder Bilanzauszüge, falls deren Veröffentlichung im Sitzstaat des Bieters oder Bewerbers vorgeschrieben ist;
- Erklärungen über den Gesamtumsatz des Unternehmens und seinen Umsatz bei der Ausführung von Bauarbeiten in den letzten drei Geschäftsjahren.¹⁵⁰

Für den Fall, daß ein Interessent die geforderten Nachweise aus triftigem Grund nicht erbringen kann, kann er andere geeignete Belege vorlegen.¹⁵¹ Diese Bestimmung, die seit der Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG unverändert beibehalten wurde, ist insbesondere für neu auf den Markt gekommene Unternehmen von Bedeutung, weil diese über den Gesamtumsatz vorangegangener Geschäftsjahre keine Rechenschaft ablegen können. Daneben hat der Europäische Gerichtshof entschieden, daß es Auftraggebern nur im Rahmen der Beurteilung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit von Unternehmen gestattet ist, *andere* als die in der Richtlinie ausdrücklich genannten Nachweise zu fordern.¹⁵² Soweit der Nachweis technischer Leistungsfähigkeit erbracht werden soll, stellt der Katalog in der Richtlinie einen Numerus clausus dar. Danach kann jeder Bieter oder Bewerber aufgefordert werden, seine technische Leistungsfähigkeit nachzuweisen durch:

- *Studiennachweise* und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung;
- Angaben über in den letzten fünf Jahren *erbrachten Bauleistungen* mit Bescheinigungen etwa über die ordnungsgemäße Ausführung und den Wert der Bauleistung;
- Erklärung über die Ausstattung und die *technische Ausrüstung* des Unternehmens;

¹⁴⁸ Vgl. Art. 24 der Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG, ABl. L 185 v. 16. 8. 1971; Art. 15 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

¹⁴⁹ Vgl. zu der unverändert fortbestehenden Systematik nur Art. 16 und 27 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

¹⁵⁰ Vgl. ebenda, Art. 16 Abs. 2.

¹⁵¹ Vgl. ebenda, Art. 16 Abs. 3.

¹⁵² Vgl. EuGH Rs. 76/81 „Transporoute“, Slg. 1982, S. 417 (428).

- Erklärung über die Zahl der in den letzten drei Jahren von dem Unternehmen *Beschäftigten* und die Zahl der Führungskräfte;
- Erklärung über die *Techniker* oder die technischen Stellen, über die das Unternehmen bei der Ausführung des Auftrags verfügen wird.¹⁵³

Gerade bei umfangreichen und technisch sehr komplexen Bauprojekten ist dem öffentlichen Auftraggeber zuzugestehen, hohe Anforderungen an die Leistungsfähigkeit der Anbieter zu stellen. Sichergestellt werden muß aber, daß diese Anforderungen nicht dazu dienen, bestimmte Anbieter von vornherein von der Auftragsvergabe auszuschließen. Um dies nachprüfen zu können, müßte es der abgewiesene Bieter oder Bewerber im Einzelfall auf einen Rechtsstreit ankommen lassen. Wie realistisch ein solches Vorgehen gerade im Hinblick auf die Teilnahme an späteren Vergabeverfahren ist, soll an späterer Stelle – unter I.I. dieser Arbeit – näher untersucht werden.

Artikel 29 der Baukoordinierungsrichtlinie enthält Regelungen für den Fall, daß in einem Mitgliedstaat amtliche Listen über Unternehmen geführt werden, die für öffentliche Bauaufträge zugelassen sind.¹⁵⁴ Solche Listen gibt es traditionell in Belgien, Italien und Spanien.¹⁵⁵ Ist ein Unternehmen in eine solche Liste eingetragen, begründet die Eintragung die Vermutung dafür, daß der betreffende Unternehmer für seiner Klassifizierung entsprechende Arbeiten geeignet ist.¹⁵⁶ Auch öffentliche Auftraggeber aus anderen Mitgliedstaaten können auf die Liste zurückgreifen, allerdings nur zugunsten derjenigen Unternehmen, die in dem Lande ansässig sind, in dem die amtlichen Listen geführt werden. Möchten Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten in eine Landesliste aufgenommen werden, können von ihnen nur solche Nachweise und Erklärungen verlangt werden, die auch inländische Unternehmen vorlegen müssen und die in den Richtlinienbestimmungen zu wirtschaftlicher, finanzieller und technischer Befähigung aufgeführt sind.¹⁵⁷ Um Transparenz zu schaffen und die Listen nicht zu einer vorrangig von inländischen Interessenten genutzten Institution werden zu lassen, sieht Artikel 29 Absatz 5 der Baukoordinierungsrichtlinie vor, daß Mitgliedstaaten, die amtliche Listen führen, den anderen Mitgliedstaaten die Anschrift der Stelle mitteilen müssen, bei der die Aufnahme in die Listen beantragt werden kann.

¹⁵³ Vgl. Art. 27 Abs. 1 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S 54.

¹⁵⁴ Vgl. Art. 29 Abs. 1 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

¹⁵⁵ Vgl. Prieß, Hans-Joachim: Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, S. 95 Fn. 196.

¹⁵⁶ Vgl. Art. 29 Abs. 3 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

¹⁵⁷ Vgl. ebenda, Art. 29 Abs. 3 und Abs. 4.

XI. Der Zuschlag

Die quantitativen oder qualitativen Zuschlagskriterien entscheiden darüber, welches Angebot den Zuschlag erhält. Wie schon die Richtlinie 71/305/EWG sieht auch die Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG zwei Kategorien von Zuschlagskriterien vor: zum einen das Kriterium *niedrigster Preis*, zum anderen das *wirtschaftlich günstigste Angebot*¹⁵⁸. Bevor jedoch unter den als geeignet befundenen Angeboten das beste ausgewählt wird, muß der öffentliche Auftraggeber diejenigen Angebote näher untersuchen, deren Preis im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig erscheint.^{159, 160} Hintergrund dieser Vorschrift ist nach offizieller Lesart die Tatsache, daß Unternehmen günstige Angebote häufig nur deswegen unterbreiten können, weil sie von staatlichen Stellen subventioniert werden, was den Wettbewerb um öffentliche Aufträge verzerren könnte. Um ein Unternehmen jedoch nicht ohne Grund vom Vergabeverfahren auszuschließen, muß der öffentliche Auftraggeber vor einer Ablehnung das betreffende Angebot prüfen und dafür geeignete Unterlagen anfordern;¹⁶¹ die Entscheidung, ob ein Auskunftersuchen sinnvoll ist oder nicht, steht folglich nicht im Ermessen des Auftraggebers. Dies schützt einen Bieter vor dem willkürlichen Ausschluß vom Vergabeverfahren, ohne daß er zuvor die Möglichkeit gehabt hätte, sein Angebot unter wirtschaftlichen Aspekten zu rechtfertigen. Bei der Frage, ob ein Angebot aufgrund zu geringen Entgelts vom Vergabeverfahren auszuschließen ist, kann der öffentliche Auftraggeber folgende Gesichtspunkte berücksichtigen:

- die *Wirtschaftlichkeit des Bauverfahrens*,
- die *Wirtschaftlichkeit der gewählten technischen Lösung*,
- die außergewöhnlich *günstigen Bedingungen*, über die der Bieter bei der Durchführung der Arbeiten verfügt, oder
- die *Originalität des Projekts*.¹⁶²

Die Richtlinie selber sieht kein Kriterium vor, wonach sich bestimmen ließe, wann ein Angebot als zu niedrig anzusehen ist. Entsprechende Bestimmungen sind

¹⁵⁸ Vgl. ebenda, Art. 30 Abs. 1.

¹⁵⁹ Vgl. Art. 29 Abs. 5 Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG, ABl. L 185 v. 16. 8. 1971, S. 5 bzw. Art. 30 Abs. 4 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

¹⁶⁰ Darauf, daß ein Angebot nur *offensichtlich* ungewöhnlich niedrig ist, kommt es nicht mehr an. Dies hatte noch Art. 29 Abs. 5 Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG, ABl. L 185 v. 16. 8. 1971, S. 5 gefordert.

¹⁶¹ Vgl. ebenda, Art. 29 Abs. 5 bzw. Art. 30 Abs. 4 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54; EuGH Rs. 76/81 „Transporoute“, Slg. 1982, S. 417 (428); EuGH Rs. 103/88 „Fratelli Costanzo“, Slg. 1989, S. 1839 (1868).

¹⁶² Vgl. Art. 29 Abs. 5 der Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG, ABl. L 185 v. 16. 8. 1971, S. 5 bzw. Art. 30 Abs. 4 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

im allgemeinen in den nationalen preisrechtlichen Regelungswerken zu finden. Nach italienischem Recht ist ein Angebot dann als ungewöhnlich niedrig einzustufen, wenn das geforderte Entgelt um mindestens 10% unter dem Durchschnittspreis aller zum Vergabeverfahren zugelassenen Angebote liegt.¹⁶³

Damit einzelne Anbieter aufgrund dieser Vorschrift nicht willkürlich von der Auftragsvergabe ausgeschlossen werden, sieht die Richtlinie außerdem vor, daß der öffentliche Auftraggeber der Kommission die Ablehnung eines als zu niedrig erachteten Angebots mitteilt. Diese Verpflichtung greift allerdings nur dann, wenn die Verdingungsunterlagen den Zuschlag auf das *niedrigste* Angebot vorsehen.¹⁶⁴ Die genannte Berichtspflicht hat in der Praxis jedoch bereits deswegen keine große Bedeutung, weil die meisten öffentlichen Aufträge nicht nach dem Kriterium *niedrigster Preis*, sondern nach dem Kriterium *wirtschaftlich günstigstes Angebot* vergeben werden. Während der niedrigste Preis ein rein quantitatives Kriterium ist und bei identischem Leistungsangebot eine objektive Bewertung zuläßt, eröffnet das wirtschaftlich günstigste Angebot dem öffentlichen Auftraggeber einen Ermessensspielraum. Hier spielen nicht allein quantitative, sondern auch qualitative Kriterien eine Rolle. Wesentliche Kriterien, die der Bauauftraggeber im Rahmen des wirtschaftlich günstigsten Angebots berücksichtigen kann, sind der Preis, die Ausführungsfrist, Betriebskosten, Rentabilität und / oder technischer Wert.¹⁶⁵ Diese Liste für die Bewertung der Angebote ist nicht abschließend; alle Kriterien, die bei der Bewertung eine Rolle spielen, müssen aber bereits in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen publiziert werden, möglichst in der Reihenfolge ihrer Bedeutung.¹⁶⁶ Selbst wenn der öffentliche Auftraggeber eine solche Reihenfolge vorgibt, ist für den Interessenten ohne zusätzliche Angaben jedoch nicht erkennbar, wie stark die einzelnen Kriterien ins Gewicht fallen. Der sich dadurch eröffnende Ermessensspielraum erlaubt es dem öffentlichen Auftraggeber, innerhalb dieses Rahmens Angebote nach willkürlichen Kriterien vorzuziehen, indem er diejenigen Merkmale oder Konstellationen von Merkmalen als besonders vorteilhaft beurteilt, die das Angebot des von ihm bevorzugten Bieters erfüllt. Einem Ermessensmißbrauch könnte vorgebeugt werden, wenn der Auftraggeber bereits in der Ausschreibung oder Bekanntmachung anhand eines Punktekatalogs vorgeben müßte, wie stark einzelne Kriterien ins Gewicht fallen sollen. Damit würde der Auftraggeber nicht nur aufzeigen, daß zwischen den einzelnen Merkmalen eine Abstufung besteht, er würde auch deutlich machen, wie *groß* der Abstand zwischen den einzelnen Kriterien ist. Am Ermessensspielraum des öffentlichen Auftraggebers würde das grundsätzlich zwar nichts ändern, da bestimmte Kriterien wie etwa ästhetische Gesichtspunkte weiterhin ausschließlich subjektiv beurteilt

¹⁶³ Vgl. Prieß, Hans-Joachim: Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, S. 106.

¹⁶⁴ Vgl. Art. 30 Abs. 4 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

¹⁶⁵ Vgl. ebenda, Art. 30 Abs. 1 lit. b.

¹⁶⁶ Vgl. ebenda, Art. 30 Abs. 2.

werden können. Über das Punktesystem würden die an sich qualitativen Merkmale aber in gewissem Rahmen quantifizierbar.¹⁶⁷

Schwieriger würde die Anwendung eines solchen Punktesystems, wenn Bieter Änderungen vorschlagen, wie es laut Artikel 19 Absatz 1 der Baukoordinierungsrichtlinie möglich ist. Da aber die öffentlichen Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen erläutern müssen, die die Änderungsvorschläge erfüllen sollen,¹⁶⁸ ließen sich anhand dieser Mindestanforderungen Grundkategorien für ein Punktesystem entwickeln, die jedoch nicht so präzise und umfassend sein könnten wie in einem Vergabeverfahren, in dem Änderungsvorschläge nicht zugelassen sind. Die Möglichkeit, Änderungsvorschläge einzureichen, wurde erst mit der grundlegenden Überarbeitung der Richtlinie von 1989 eingeführt. Ursprünglich hatte die Kommission Änderungsvorschläge nur von einer bestimmten Größenordnung an zulassen wollen.¹⁶⁹ Aus technologischer Sicht sind Änderungsvorschläge jedoch unabhängig vom Auftragsvolumen wünschenswert, weil sie den Technologietransfer zwischen den Mitgliedstaaten der EU vorantreiben und den Wettbewerb zwischen verschiedenen technischen Lösungen fördern.¹⁷⁰ Das Ziel, über die Zulassung von Änderungsvorschlägen Technologie- und Know-how-Transfer zu betreiben, kann unter Umständen zu einem Konflikt mit der Transparenz des Vergabeverfahrens führen. Sind die Mindestanforderungen nicht exakt formuliert, kann eine Vergabeentscheidung für Außenstehende unter Umständen nur schwer nachvollziehbar sein. Dem öffentlichen Auftraggeber ist damit ein Ermessensspielraum eröffnet, der wiederum Mißbrauchsmöglichkeiten gewährt. Entsprechend streng sollte die Auftragsvergabe überwacht werden, wenn ein Änderungsvorschlag berücksichtigt wird. Objektiv wäre das Vergabeverfahren dann, wenn im Falle von Änderungsvorschlägen der Auftrag auf Grundlage der vorgeschlagenen Änderungen neu ausgeschrieben würde.

XII. Berücksichtigung vergabefremder Aspekte

Die Baukoordinierungsrichtlinie sieht vor, daß die Zuschlagskriterien niedrigster Preis und wirtschaftlich günstigstes Angebot dann keine Anwendung finden sollen, wenn ein Mitgliedstaat bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge bestimmten Bie-

¹⁶⁷ In den USA wird dieses Prinzip als sogenanntes „Scoring System“ bereits praktiziert.

¹⁶⁸ Vgl. Art. 19 Abs. 2 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

¹⁶⁹ Vgl. Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, KOM(86) 679 endg., S. 13.

¹⁷⁰ Vgl. 22. Erwägung der Baukoordinierungsrichtlinie 89/440/EWG, ABl. L 210 v. 21. 7. 1989, S. 1.

tern eine Vorzugsbehandlung gewährt, deren Regelung zum Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie bereits in Kraft war.¹⁷¹ Dies ist eines der Einfallstore für die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge. Vorzugsbehandlung genießen bestimmte Personengruppen oder Unternehmen zumeist aus sozialen oder regionalpolitischen Erwägungen. Zu diesen Gruppen gehörten in Deutschland beispielsweise Bewohner und Unternehmen im ehemaligen Zonenrandgebiet sowie nach der deutsch-deutschen Vereinigung Unternehmen aus den neuen Bundesländern. Da das EU-Vergaberecht solche wettbewerbsverzerrenden Aspekte jedoch möglichst ausschließen will, wurde mit der Richtlinie 89/440/EWG die Anwendung – wie soeben erwähnt – auf bereits *bestehende* Vorzugsbehandlungen beschränkt.

Zudem waren unbeschadet dieser Regelung in Artikel 30 Absatz 3 der Baukoordinierungsrichtlinie seit der Fassung von 1989 nur solche Bevorzugungen noch bis zum Eintritt des Binnenmarktes gestattet, die darauf zielten, den Abstand zwischen den Regionen zu verringern, Arbeitsplätze zu schaffen sowie im Niedergang befindliche Industriegebiete zu fördern, wenn diese Bevorzugungen mit dem EG-Vertrag und den internationalen Verpflichtungen der EU vereinbar waren.¹⁷² Der Unterschied zwischen beiden Bestimmungen ist nicht klar, hätte aber hervorgehoben werden müssen, weil sich an beide Bestimmungen unterschiedliche Konsequenzen knüpfen; denn die eben genannten regional- und arbeitsmarktpolitischen Maßnahmen waren ausdrücklich nur bis zum 31. Dezember 1992 zugelassen. Licht in das Dunkel hat auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes nicht gebracht. Grundsätzlich gilt zwar nach einer Entscheidung des Gerichtshofes von 1985, daß andere als die in der Richtlinie genannten Kriterien bei der Erteilung des Zuschlags keine Rolle spielen dürfen.¹⁷³ In der schon zitierten *Beentjes*-Entscheidung hat der Gerichtshof jedoch neben den in der Richtlinie genannten Zuschlagskriterien auch andere soziale Kriterien, wie etwa die Beschäftigung einer bestimmten Anzahl von Langzeitarbeitslosen zugelassen, wenn ausgeschlossen ist, „daß eine solche Bedingung nur von einheimischen Bietern oder daß sie von Bietern aus anderen Mitgliedstaaten nur mit größeren Schwierigkeiten erfüllt werden könnte“.¹⁷⁴

Das Urteil ist auch aus anderen Gründen auf heftige Kritik gestoßen. Kritiker sehen vor allem die folgenden Gefahren:

¹⁷¹ Vgl. Art. 30 Abs. 3 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

¹⁷² Vgl. Art. 29 a Abs. 1 der Baukoordinierungsrichtlinie 89/440/EWG, ABl. L 210 v. 21. 7. 1991, S. 1 bzw. Art. 31 Abs. 1 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

¹⁷³ Vgl. EuGH Rs. 274/83 „Kommission vs. Italienische Republik“, Slg. 1985, S. 1077 (1091).

¹⁷⁴ Vgl. EuGH Rs. 31/87 „Gebroeders Beentjes vs. Niederlande“, Slg. 1988, S. 4635 (4659).

- Die Berücksichtigung auch nur eines vergabefremden Kriteriums könnte *Signalwirkung* haben.
- Es ist nicht ausgeschlossen, daß gerade die im *Beentjes*-Urteil genannten Kriterien *diskriminierend* wirken.
- Der Grundsatz, öffentliche Aufträge nach dem niedrigsten Preis oder dem wirtschaftlich günstigsten Angebot zu vergeben, würde damit ständig unterhöhlt und irgendwann möglicherweise ganz aufgegeben. Er ist aber einer der tragenden Pfeiler des EU-Vergaberechts.¹⁷⁵

Die Kritiker haben eine mögliche Umkehr der Rechtsprechung zu diesem Thema jedoch noch nicht abgeschrieben.¹⁷⁶ Möglicherweise wird sich die Kommission, die bestrebt ist, vergabefremde Gesichtspunkte aus der Vergabe öffentlicher Aufträge herauszuhalten, noch zu diesem Thema äußern. Vom Europäischen Parlament, das gefordert hatte, beim Zuschlag als Vertragsbestandteil künftig auch das Kriterium Frauenförderung zu berücksichtigen, ist in dieser Hinsicht nichts zu erwarten. Bei den Beratungen im Ministerrat hatte sich gezeigt, daß einige Mitgliedstaaten – ausgenommen Deutschland – mit einem solchen Vorschlag sympathisieren.¹⁷⁷

Daß vergabefremde Aspekte auch in anderen Zusammenhängen berücksichtigt werden können, zeigt die Behandlung der kleinen und mittleren Unternehmen in der Baukoordinierungsrichtlinie. Um auch diesen Unternehmen die Möglichkeit zu geben, sich an umfangreicheren Ausschreibungen zu beteiligen, gestattet die Richtlinie die Aufteilung von Aufträgen in Lose¹⁷⁸. Eine solche Aufteilung wirkt nicht diskriminierend, kann aber negativen Einfluß auf die mit der Koordinierung der Auftragsvergabe beabsichtigte Ausnutzung von Skaleneffekten haben.

XIII. Berichts- und Meldepflichten

Um sicherzustellen, daß Ausnahmebestimmungen nicht zum Regelfall werden und die Kommission sich zudem einen Überblick über die Entwicklung des europäischen öffentlichen Vergabewesens verschaffen kann, wurden in die Richtlinie Berichts- und Meldepflichten aufgenommen. Seit der ersten Baukoordinierungsrichtlinie wurden diese Pflichten erheblich ausgeweitet. Ursprünglich war in Artikel 9 der Richtlinie 71/305/EWG festgelegt, daß die Mitgliedstaaten der Kom-

¹⁷⁵ Vgl. Seidel, Ingelore: Öffentliches Auftragswesen, Rdnr. 112.

¹⁷⁶ Vgl. Lenz, Carl Otto: Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH – Wirkung und Konsequenzen für das öffentliche Auftragswesen, Forum '92 Öffentliches Auftragswesen, hrsg. von Forum Öffentliches Auftragswesen, Köln 1993, S. 33.

¹⁷⁷ Vgl. Seidel, Ingelore: Öffentliches Auftragswesen, Rdnr. 111.

¹⁷⁸ Vgl. Art. 6 Abs. 3 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

mission jährlich vor Ende Juni eine Aufstellung über Anzahl und Wert der im freihändigen Verfahren vergebenen Aufträge übermitteln sollten. Weitere Berichtspflichten waren nicht vorgesehen. Unterstützung erhielten Kommission und Rat in ihrer Haltung, keine Daten zu statistischen Zwecken zu erheben und deswegen auch keine entsprechenden Berichtspflichten zu begründen, von *Charpentier* und *Clarke*, die die schon erwähnte erste grundlegende Untersuchung zum öffentlichen Auftragswesen in der EU angestellt hatten. Beide hielten eine Sammlung statistischer Daten zur Betrachtung der Entwicklung der grenzüberschreitenden Vergabe öffentlicher Aufträge für unzumutbar und sogar gefährlich. Ihrer Ansicht nach geben solche Daten nicht das tatsächliche Bild des grenzüberschreitenden Warenaustauschs wieder, weil in öffentlichen Aufträgen teilweise ausländische Zulieferprodukte stecken, die nicht ausgewiesen und deswegen nie vollständig erfasst werden könnten.¹⁷⁹ Tatsächlich kann eine statistische Erhebung nicht das *wahre* Bild des EU-Vergabemarktes zeichnen, jedoch hätten von Anbeginn an konsequent durchgeführte statistische Erhebungen dabei helfen können, wenigstens die Richtung der Koordinierung zu bestimmen. Ohne die entsprechenden Untersuchungen konnten Erfolg oder Mißerfolg jedoch überhaupt nicht beurteilt werden.

Kommission und Rat haben bei der ersten grundlegenden Überarbeitung der Richtlinie diesen Fehler revidiert und den Mitgliedstaaten eine Berichtspflicht auferlegt, wonach diese der Kommission jedes zweite Jahr eine statistische Aufstellung der von den öffentlichen Auftraggebern vergebenen Aufträge übermitteln müssen¹⁸⁰. Nach Anpassung an das GPA von 1994 müssen die Mitgliedstaaten der Kommission in jährlichem Abstand berichten.¹⁸¹ In diesen Aufstellungen müssen mindestens Anzahl und Wert der von öffentlichen Auftraggebern über dem Schwellenwert vergebenen Aufträge aufgeführt sein. Die Informationen müssen nach Art der Bauarbeiten und nach Nationalität des Unternehmens, das den Zuschlag erhalten hat, aufgeschlüsselt sein.¹⁸² Soweit die Berichts- und Meldepflichten überhaupt eingehalten werden, werden die erhobenen Daten von der Kommission jedoch nicht veröffentlicht.¹⁸³ Ergänzt wird die Erhebung statistischen Materials durch ein Fragerecht des Beratenden Ausschusses für öffentliche Aufträge, der unter K.I. dieser Arbeit näher betrachtet wird.

Neben der Einführung statistischer Erhebungen wurden auch die ex-post-Berichtspflichten im einzelnen Vergabefall mit der Überarbeitung von 1989 verändert und erheblich erweitert. Nach erfolgter Vergabe eines Auftrags müssen öffentliche

¹⁷⁹ Vgl. Charpentier, Guy/Clarke, Richard: Das öffentliche Auftragswesen im Gemeinsamen Markt, S. 7 f.

¹⁸⁰ Vgl. Art. 34 Abs. 1 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

¹⁸¹ Vgl. geänderter Art. 34 in Art. 3 der Richtlinie 97/52/EG, ABl. L 328 v. 28. 11. 1997, S. 1.

¹⁸² Vgl. Art. 34 Abs. 2 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

¹⁸³ Persönliches Gespräch.

Auftraggeber jetzt eine entsprechende Vergabebekanntmachung im Amtsblatt veröffentlichen.¹⁸⁴ Auch für diesen Fall ist im Anhang der Richtlinie ein Muster vorgesehen. Danach muß die Bekanntmachung neben den Kriterien der Auftragsvergabe die Anzahl der eingegangenen Angebote benennen. Aufgeführt sein müssen unter anderem Name und Anschrift des erfolgreichen Bieters, der gezahlte Preis oder wenigstens eine Preisspanne sowie gegebenenfalls der Wert und der Teil des Auftrags, der an Dritte weitervergeben werden kann, um besonders kleinen und mittleren Unternehmen die Möglichkeit zu geben, sich zwecks Unterbeteiligung an den beziehungsweise die Auftragnehmer zu wenden.¹⁸⁵ Nur in Ausnahmefällen kann von der Veröffentlichung der Angaben abgesehen werden:

- wenn sie den *Gesetzesvollzug behindern* würde;
- wenn sie dem *öffentlichen Interesse zuwiderlaufen* würde;
- wenn sie die *berechtigten geschäftlichen Interessen* öffentlicher oder privater Unternehmen berühren oder
- wenn sie den *lauteren Wettbewerb* zwischen den Unternehmen beeinträchtigen würde.¹⁸⁶

Die genannten Fällen bieten erhebliche Schlupflöcher für öffentliche Auftraggeber, über einen vergebenen Auftrag nicht zu berichten, allerdings wird dieser Nachteil wenigstens bis zu einem gewissen Grad durch die Verpflichtung der öffentlichen Auftraggeber ausgeglichen, nach Artikel 8 Absatz 3 Baukoordinierungsrichtlinie einen Vergabevermerk anzufertigen, der auf Verlangen der Kommission zugeleitet werden muß. Dieser Vermerk muß detailliertere Informationen über den Ablauf des Vergabeverfahrens enthalten als die Bekanntmachung im Amtsblatt: er muß neben dem Namen des erfolgreichen Bieters auch die Gründe für dessen Auswahl sowie für die Ablehnung nicht erfolgreicher Bieter oder Bewerber nennen. Vergibt der öffentliche Auftraggeber den Auftrag im Verhandlungsverfahren, muß der Vergabevermerk die Umstände benennen, die die Anwendung dieses Verfahrens gerechtfertigt haben.¹⁸⁷ Die Praxis zeigt zudem, daß von der oben genannten Möglichkeit, Angaben nicht zu veröffentlichen, nur ganz selten Gebrauch gemacht wird. Auf genaue Zahlen möchte sich die Kommission jedoch nicht festlegen.¹⁸⁸

Ein weiteres Instrument der externen Kontrolle des Vergabeverfahrens ist in die Richtlinie aufgenommen worden: Danach ist der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, den nicht berücksichtigten Bietern oder Bewerbern, die dies beantragen, die Gründe für die Ablehnung ihrer Bewerbung oder ihres Angebots sowie den Na-

¹⁸⁴ Vgl. Art. 11 Abs. 5 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

¹⁸⁵ Vgl. ebenda, Anhang IV Ziff. E.

¹⁸⁶ Vgl. ebenda, Art. 11 Abs. 5.

¹⁸⁷ Vgl. ebenda, Art. 8 Abs. 3.

¹⁸⁸ Persönliches Gespräch.

men des erfolgreichen Bieters mitzuteilen.¹⁸⁹ Diese Pflicht hat der öffentliche Auftraggeber auch dann, wenn er auf die Vergabe eines dem Wettbewerb unterstellten Auftrags verzichtet oder das Verfahren von neuem einleitet.¹⁹⁰ Gegen diese Ausweitung der Berichts- und Meldepflichten hat sich im Vorfeld ihrer Einführung der für das Vergaberecht im Bauwesen zuständige Ausschuß im deutschen Bundestag ausgesprochen. Neben dem Argument, daß die Einführung solcher Pflichten einen hohen Personaleinsatz erfordere, kam die Angst zum Ausdruck, daß ein öffentlicher Auftraggeber künftig damit rechnen müsse, von abgelehnten Bietern oder Bewerbern mit Klagen überzogen zu werden, wenn der Auftraggeber die Ablehnung schriftlich begründen und ihnen auf diese Weise Material an die Hand geben müsse.¹⁹¹ Die Besorgnis sprach dafür, daß die von der Kommission auf diese Weise beabsichtigte externe Kontrolle möglicherweise Erfolg haben würde.

Seit der Anpassung der Richtlinie an die Regelungen des GPA von 1994 muß der Auftraggeber auf Anfrage einem abgewiesenen Bieter oder Bewerber auch die charakteristischen Merkmale und die wesentlichen Vorteile des Angebots, das den Zuschlag erhalten hat, nennen. Davon kann der Auftraggeber jedoch in bestimmten Fällen abweichen – etwa dann, wenn die *Weitergabe* dieser Informationen *nicht im öffentlichen Interesse* liegt oder die Geschäftsinteressen einzelner Unternehmer hierunter leiden könnten.¹⁹² Der mit dem öffentlichen Interesse befaßte Teil dieser Formulierung ist unglücklich gewählt und entspricht auch nicht der im WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen getroffenen Regelung, wonach von einer Mitteilung nur abgesehen werden kann, wenn die *Mitteilung gegen das öffentliche Interesse* verstieße. Fraglich ist dagegen, wann die Mitteilung über Merkmale und Vorzüge des gewählten Angebots an den abgewiesenen Unternehmer *im öffentlichen Interesse* liegen kann. Sie liegt in erster Linie im Interesse des abgewiesenen Anbieters. Die Klausel wird in den meisten Fällen die Weitergabe der genannten Information deswegen wohl verhindern, weil ein öffentlicher Auftraggeber zum eigenen Schutz bestrebt sein wird, die Mitteilungen an die nicht zum Zuge gekommenen Konkurrenten so knapp wie möglich zu halten.

¹⁸⁹ Vgl. Art. 8 Abs. 1 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

¹⁹⁰ Vgl. ebenda, Art. 8 Abs. 2.

¹⁹¹ Vgl. Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau, BT-DS 11/1635, S. 4.

¹⁹² Vgl. geänderter Art. 8 Abs. 1 in Art. 3 der Richtlinie 97/52/EG, ABl. L 328 v. 28. 11. 1997, S. 1.

F. Die Koordinierung im Lieferbereich: Die Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG, neu kodifiziert durch die Richtlinie 93/36/EWG und angepaßt durch die Richtlinie 97/52/EG

Der Lieferbereich des öffentlichen Auftragswesens wurde erst fünfeinhalb Jahre nach den öffentlichen Bauaufträgen mit der Richtlinie 77/62/EWG vom 21. Dezember 1976¹ koordiniert. Dabei diente die Baukoordinierungsrichtlinie teilweise als Vorbild.² Um die nach der Koordinierung der Vergabe öffentlicher Bauaufträge entstandene Lücke im Lieferbereich zu schließen, hatte die Kommission die Koordinierung auch auf diesem Gebiet schnell vorantreiben wollen und dem Rat bereits am 15. März 1971 einen entsprechenden Richtlinienentwurf unterbreitet. Mit diesem Vorschlag hatte sie sich jedoch aus verschiedenen Gründen nicht durchsetzen können. Woran die Akzeptanz des ersten Richtlinienentwurfs im einzelnen scheiterte, soll im jeweiligen Zusammenhang in den folgenden Abschnitten dargestellt werden.

Die Richtlinie 77/62/EWG wurde mehrfach überarbeitet,³ zuletzt mit der Richtlinie 93/36/EWG vom 14. Juni 1993⁴ neu gefaßt und mit der Richtlinie 97/52/EG an die WTO-Bestimmungen von 1994 angepaßt⁵.

I. Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers

Die Entwicklung des Begriffs *öffentlicher Auftraggeber* durchlief im Bereich der Lieferaufträge eine ähnliche Entwicklung wie bei den öffentlichen Bauaufträgen. Dies überrascht schon deswegen nicht, weil es erklärtes Ziel von Kommission und Rat war, den *gesamten* Markt für öffentliche Aufträge zu öffnen. Dazu gehörte zwangsläufig auch, die Auftraggeber in allen Bereichen gleichlautend zu definie-

¹ Vgl. Richtlinie 77/62/EWG des Rates vom 21. 12. 1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. L 13 vom 15. 1. 1977, S. 1.

² Vgl. Krämer, Hans: Rechtsprobleme des öffentlichen Auftragswesens im EG-Binnenmarkt, S. 20.

³ Anpassungen durch die Richtlinie 80/767/EWG des Rates vom 22. 7. 1980 (ABl. L 215 vom 18. 8. 1980, S. 1); Richtlinie 88/295/EWG des Rates vom 22. 3. 1988 (ABl. L 127 vom 20. 5. 1988, S. 1); Richtlinie 90/531/EWG des Rates vom 17. 9. 1990 (ABl. L 297 vom 29. 10. 1990, S. 1), Richtlinie des Rates 92/50/EWG vom 18. 6. 1990 (ABl. L 209 vom 24. 7. 1992, S. 1) und Richtlinie 97/52/EG (ABl. L 328 v. 28. 11. 1997, S. 1).

⁴ Vgl. Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 vom 9. 8. 1993, S. 1.

⁵ Vgl. Lieferkoordinierungsrichtlinie 97/52/EG, ABl. L 328 vom 28. 11. 1997, S. 1.

ren; insoweit kann im wesentlichen also auf die Koordinierung der Vergabe öffentlicher Bauaufträge verwiesen werden⁶. Dieses Gleichgangs wegen zählten in der ersten Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG zu den öffentlichen Auftraggebern der Staat, die Gebietskörperschaften und die in einem Anhang näher bestimmten juristischen Personen des öffentlichen Rechts⁷. Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts waren auch hier im einzelnen bezeichnet worden, weil in einigen Mitgliedstaaten der Terminus entweder nicht bekannt war oder aber unterschiedlich definiert wurde. Auch in der Lieferkoordinierungsrichtlinie besaß die Liste der Auftraggeber keinen abschließenden Charakter, sondern sollte allein als Richtschnur dienen. Dies galt auch für spätere Überarbeitungen.⁸

Im Jahre 1980 wurde der Anwendungsbereich der Lieferkoordinierungsrichtlinie aufgrund des Beschlusses des Rates 80/271/EWG vom 10. Dezember 1979⁹ erweitert¹⁰. Dieser Beschluß betraf den Abschluß der multilateralen Übereinkommen, die im Zuge der Verhandlungen im Rahmen des *General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)* von 1973 bis 1979 ausgehandelt worden waren.¹¹ Dem Abkommen war auch ein Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen¹² beigefügt worden, das lediglich Lieferaufträge erfaßte und in dessen Anhang I diejenigen Stellen genannt waren, die im Rahmen des multilateralen Abkommens als öffentliche Auftraggeber zu gelten hatten. Um sich so genau wie möglich am Wortlaut des GATT-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen zu orientieren, wurde diese Liste in einer eigenen Richtlinie 80/767/EWG¹³ umgesetzt und nicht in die Richtlinie 77/62/EWG integriert. Nachteil dieses Vorgehens war die Unübersichtlichkeit, die mit dem Bestehen zweier, sich teilweise überschneidender Richtlinien einherging. Diese Unübersichtlichkeit wurde mit der Überarbeitung von 1988¹⁴ beseitigt, als der Rat auf Vorschlag der Kommission beide Richtlinien in einer Richtlinie zusammenzog und gemeinsam überarbeitete.

Seit Neufassung der Richtlinie im Jahr 1993¹⁵ deckt sich die Definition des öffentlichen Auftraggebers mit derjenigen in der Baukoordinierungsrichtlinie.

⁶ Vgl. E.II. dieser Arbeit.

⁷ Vgl. Art. 1 lit. b) der Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG, ABl. L 13 v. 15. 1. 1977, S. 1.

⁸ Vgl. Lee, Philip: Public Procurement, S. 13.

⁹ Zu dieser Motivation vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. b) des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 77/62/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. C 287 v. 17. 11. 1979, S. 9.

¹⁰ Zu den Einzelheiten vgl. F.III. dieser Arbeit.

¹¹ Vgl. Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, ABl. L 71 v. 17. 3. 1980, S. 44.

¹² Vgl. ebenda, S. 44.

¹³ Vgl. Richtlinie 80/767/EWG, ABl. L 215 v. 18. 8. 1980, S. 1.

¹⁴ Vgl. Lieferkoordinierungsrichtlinie 88/295/EWG, ABl. L 127 v. 20. 5. 1988, S. 1.

¹⁵ Vgl. Art. 1 lit. b) der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

II. Der öffentliche Lieferauftrag

Ähnlich wie der Begriff des öffentlichen Bauauftrags ist auch die Definition des Lieferauftrags seit der ersten Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG umfassend angepaßt worden. Ursprünglich waren von der Richtlinie nur Kaufverträge erfaßt, nämlich entgeltliche schriftliche Verträge über die Lieferung von Waren. Nebenarbeiten wie das Anbringen oder Verlegen waren allerdings inbegriffen.¹⁶ Zur Abgrenzung von öffentlichem Liefer- und Bauauftrag wird auf E.III. dieser Arbeit verwiesen. Mit der novellierten Fassung von 1988 wurde der Gegenstand der Lieferkoordinierungsrichtlinie erweitert: Von der Richtlinie erfaßt sind jetzt alle schriftlichen entgeltlichen Lieferverträge über Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Ratenkauf (mit oder ohne Kaufoption) von Waren.¹⁷

III. Anwendungsbereich

In der Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG waren die Vorschriften auf technischem Gebiet, die Bekanntmachungsvorschriften sowie die Teilnahmebestimmungen nur auf solche Lieferaufträge anwendbar, deren Netto-Auftragswert mindestens 200.000 Rechnungseinheiten betrug.^{18, 19} Wäre der Rat dem Vorschlag der Kommission gefolgt, wäre dieser Schwellenwert erheblich niedriger ausgefallen und hätte nur 60.000 Rechnungseinheiten betragen.²⁰ Die Idee der Kommission, nur Lieferaufträge mit sehr kleinem Umfang vom Anwendungsbereich der Richtlinie auszunehmen, stieß jedoch weder beim Parlament noch beim Rat auf Zustimmung: Der Wirtschafts- und Sozialausschuß hatte eine Anhebung des Schwellenwertes auf 100.000 Rechnungseinheiten gefordert;²¹ das Europäische Parlament korrigierte diesen Betrag auf 200.000 Rechnungseinheiten²². Es begrün-

¹⁶ Vgl. Art. 1 lit. a) der Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG, ABl. L 13 v. 15. 1. 1977, S. 1.

¹⁷ Vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. a) der Richtlinie 80/767/EWG, ABl. L 215 v. 18. 8. 1980, S. 1.

¹⁸ Vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. a) der Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG, ABl. L 13 v. 15. 1. 1977, S. 1.

¹⁹ Bezüglich des Begriffs „Rechnungseinheiten“ wird auf die Ausführungen unter E.V. dieser Arbeit verwiesen.

²⁰ Vgl. Art. 5 Abs. 1 des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates betreffend die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. C 50 v. 22. 5. 1971, S. 15.

²¹ Vgl. II 8. Erwägungsgrund der Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem Vorschlag einer Richtlinie des Rates betreffend die Koordinierung des Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. C 30 v. 25. 3. 1972, S. 17.

²² Vgl. 10. Bemerkung der Entschließung mit der Stellungnahme des Europäischen Parlaments zu dem Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften an den Rat für eine Richtlinie zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. C 46 v. 9. 5. 1972, S. 34.

dete diese Forderung damit, daß es andernfalls bei den in Artikel 1 der Richtlinie genannten Nebenarbeiten (Verlegen und Anbringen) zu Wettbewerbsverzerrungen kommen würde.²³ Die Kommission zeigte sich in dieser Hinsicht allerdings nur wenig kompromißbereit: In ihrem geänderten Vorschlag zur Richtlinie war sie bereit, den Schwellenwert auf 100.000 Rechnungseinheiten anzuheben, weil nur Lieferaufträge unterhalb dieses Wertes ihrer Ansicht nach von geringer Bedeutung für den Wettbewerb waren²⁴. Obwohl die Kommission sowohl das Parlament als auch den Wirtschafts- und Sozialausschuß darauf hingewiesen hatte, daß die öffentlichen Vergabemärkte nur dann erfolgreich geöffnet werden könnten, wenn die Ermessensspielräume der Beschaffungsstellen in engen Grenzen gehalten würden,²⁵ folgten Parlament und Rat dem Kommissionsvorschlag nicht.

Der Kommission kam insoweit das bereits unter E. dieser Arbeit angesprochene Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen²⁶ entgegen. Das Übereinkommen schrieb in Artikel 1 Ziffer 1 Buchstabe c) vor, daß seine Regeln auf Beschaffungsaufträge mit einem Wert von mindestens 150.000 Sonderziehungsrechten angewendet werden mußten. Da nach dem Prinzip der Meistbegünstigung unter den EU-Mitgliedstaaten die Bedingungen für den Zugang zu öffentlichen Aufträgen mindestens ebenso günstig sein müssen wie für Drittländer, mußten die Bestimmungen der Lieferkoordinierungsrichtlinie – jedenfalls für die im GATT-Übereinkommen genannten Beschaffungsstellen – entsprechend angepaßt werden²⁷. Der Schwellenwert in Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a) wurde in der Überarbeitung von 1980 deswegen für alle vom GATT-Übereinkommen betroffenen öffentlichen Auftraggeber (im wesentlichen die Zentralregierungen) auf 140.000 Europäische Rechnungseinheiten festgesetzt – ein Armutszeugnis für Rat und Parlament, die auf EU-Ebene keinen niedrigeren Schwellenwert hatten forcieren wollen. Seit der Richtlinie 88/295/EWG, in der die Definitionen der öffentlichen Auftraggeber aus den Richtlinien 77/62/EWG und 80/767/EWG zusammengezogen wurden, wird unterschieden zwischen den öffentlichen Auftraggebern nach GATT-Übereinkommen, für die der im Übereinkommen genannte (niedrigere) Schwellenwert gilt, und den übrigen öffentlichen Auftraggebern in der EU, die zunächst erst von 200.000 ECU an die Bestimmungen der Lieferkoordinierungsrichtlinie beachten mußten²⁸. Der gesplittete Schwellenwert wurde 1997 an die neuen WTO-Regelungen angepaßt: An die Stelle des für alle öffentlichen Auftraggeber

²³ Vgl. ebenda.

²⁴ Vgl. Geänderter Vorschlag einer Richtlinie (EWG) des Rates betreffend die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, KOM(73) 459 endg., 4. 5. 1973, S. 3.

²⁵ Vgl. Europäische Kommission: Informatorische Aufzeichnung vom Mai 1973.

²⁶ Vgl. Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, ABl. L 71 v. 17. 3. 1980, S. 44.

²⁷ Vgl. 6. Erwägung der Richtlinie 80/767/EWG, ABl. L 215 v. 18. 8. 1980, S. 1.

²⁸ Vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. a) der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

geltenden Schwellenwerts von bisher 200.000 ECU ist der Wert von 200.000 Sonderziehungsrechten gerückt. Für die in Anhang I der Richtlinie aufgeführten WTO-Beschaffungsstellen beträgt der Schwellenwert nun 130.000 Sonderziehungsrechte²⁹. Zuvor wurde in der Lieferkoordinierungsrichtlinie für die in Anhang I der Richtlinie genannten Auftraggeber lediglich auf den Schwellenwert im GATT-Übereinkommen verwiesen, dieser aber nicht ausdrücklich genannt.³⁰

Nachdem jetzt auch Miet- und Leasingverträge dem Anwendungsbereich der Lieferkoordinierungsrichtlinie unterliegen, wurde für diese Vertragstypen eine besondere Methode zur Berechnung des Vertragswerts festgelegt, um das Erreichen des einschlägigen Schwellenwerts bestimmen zu können: Bei unbefristeten Verträgen folgt der Vertragswert aus der monatlichen Zahlung multipliziert mit dem Faktor 48, bei Daueraufträgen stehen verschiedene Berechnungsmethoden zur Wahl.³¹

Ausgenommen vom Anwendungsbereich der Richtlinie waren die Lieferaufträge der Verkehrsunternehmen öffentlichen Rechts sowie die Lieferaufträge der Versorgungsbetriebe für Wasser und Energie.³² Wie schon unter E.V. dieser Arbeit gezeigt, unterlag der Telekommunikationssektor auch nicht den Bestimmungen der Lieferkoordinierungsrichtlinie. Ausgenommen waren und sind nach wie vor außerdem diejenigen öffentlichen Lieferaufträge, die aufgrund eines internationalen Abkommens zwischen einem Mitgliedstaat und einem oder mehreren Drittstaaten über ein gemeinsam zu verwirklichendes Objekt, aufgrund eines internationalen Abkommens im Zusammenhang mit der Stationierung von Truppen oder aufgrund des besonderen Verfahrens einer internationalen Organisation vergeben werden³³. Mit der Anpassung an die Bestimmungen des GATT-Übereinkommens zum öffentlichen Beschaffungswesen von 1980 wurde in der Richtlinie auf Beschaffungen im Verteidigungsbereich ausdrücklich Bezug genommen. Bestimmte, in Anhang II der Richtlinie aufgeführte Waren (zum Beispiel bestimmte Arten mineralischer Brennstoffe, pharmazeutische Erzeugnisse und Düngemittel)³⁴ unterlagen den Richtlinienbestimmungen, soweit der geschätzte Wert der geplanten Lieferaufträge zwischen 140.000 und 200.000 Europäischen Rechnungseinheiten lag. Für Beschaffungen unterhalb und oberhalb der genannten Spannweite war keine ausdrückliche Regelung getroffen. Daß für einen Warenumfang zwischen 140.000 und 200.000 Europäischen Rechnungseinheiten überhaupt eine Sonderregelung ge-

²⁹ Vgl. geändert Art. 5 Abs. 1 lit. a) in Art. 2 der Richtlinie 97/52/EG, ABl. L 328 v. 28. 11. 1997.

³⁰ Vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. a) zweiter Spiegelstrich der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

³¹ Vgl. ebenda, Art. 5 Abs. 2 und 3.

³² Vgl. Art. 2 Abs. 2 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG, ABl. L 13 v. 15. 1. 1977, S. 1.

³³ Vgl. ebenda, Art. 3 bzw. Art. 4 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

³⁴ Vgl. Art. 2 Abs. 2 und Art. 3 der Richtlinie 80/767/EWG, ABl. L 215 v. 18. 8. 1980, S. 1.

troffen wurde, liegt wiederum daran, daß für diese Spanne das Meistbegünstigungsprinzip zum Zuge kam³⁵. Die entsprechende Bestimmung des GATT-Übereinkommens, das mit niedrigeren Schwellenwerten operierte, war folglich in die Richtlinie zu übernehmen. Die Formulierung in Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 80/767/EWG, daß sich innerhalb dieser Spannbreite die in den Anwendungsbe-
reich der Richtlinie fallenden Lieferaufträge der militärischen Beschaffungsstellen auf die im Anhang II genannten Waren *beschränkten*, ließ darauf schließen, daß *jenseits* des EU-Schwellenwertes militärische Beschaffungen grundsätzlich der Lieferkoordinierungsrichtlinie unterlagen.

Daß dies so ist, stellt die Lieferkoordinierungsrichtlinie seit ihrer Überarbeitung von 1988 klar, um Fehlinterpretationen vorzubeugen.³⁶ Allerdings dürfen nach Artikel 223 Absatz 1 Buchstabe b) EG-Vertrag solche Waren von den Wettbewerbsregeln eines Gemeinsamen Marktes ausgenommen werden, die zur Wahrung der wesentlichen Sicherheitsinteressen der Mitgliedstaaten erforderlich sind (Herstellung von Waffen, Munition und Kriegsmaterial sowie der Handel damit). Von Anfang an sah der EG-Vertrag aber ausdrücklich vor, daß durch diese Ausnahmeregelung nicht die Wettbewerbsbedingungen für Waren mit nicht ausschließlich militärischem Zweck beeinträchtigt werden dürften.³⁷ Vor der klarstellenden Änderung der Richtlinie hatte auch der Ausschuß für Wirtschaft, Währung und Industriepolitik die Ansicht geäußert, daß die Beschaffungsstellen des Militärs den Kauf von Kraftfahrzeugen, Uniformen und ähnlichem Material den Richtlinien der Gemeinschaft entsprechend auszuschreiben hätten. Er forderte Kommission und Rat deswegen auf, die Liste der Waren, die ausschließlich für militärische Zwecke bestimmt sein und dem Anwendungsbereich der Richtlinie nicht unterliegen sollten, im Amtsblatt zu veröffentlichen,³⁸ um Unsicherheiten zu beseitigen. Diese Liste, die laut Artikel 223 Absatz 2 EG-Vertrag innerhalb des ersten Jahres nach Inkrafttreten des Vertrages festzulegen war, war mit einer Entscheidung vom 15. April 1958 in Kraft getreten, wurde aber nie veröffentlicht. Grund dafür war eine Entscheidung der Regierungen der Mitgliedstaaten vom Juli 1963, wonach lediglich Angehörige von Mitgliedstaaten von ihren Heimatstaaten eine Kopie der Liste anfordern können, wenn sie dafür triftige Gründe nennen;³⁹ dies stand einer allgemeinen Veröffentlichung im Amtsblatt entgegen. Kommission und Rat schlugen deswegen einen anderen Weg ein und bezogen sich in Artikel 5 der Richtlinie 88/295/EWG auf die in Anhang II der

³⁵ Vgl. dazu die Ausführungen unter F.III. dieser Arbeit.

³⁶ Vgl. Art. 2 a) Lieferkoordinierungsrichtlinie 88/295/EWG, ABl. L 127 v. 20. 5. 1988, S. 1 bzw. Art. 3 Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

³⁷ Vgl. Art. 223 Abs. 1 lit. b) S. 2 EG-Vertrag.

³⁸ Vgl. Bericht des Europäischen Parlaments im Namen des Ausschusses für Wirtschaft, Währung und Industriepolitik zur Mitteilung der Kommission an den Rat (Dok. C 2-9/85 – KOM(84) 717 endg.) über öffentliche Lieferaufträge – Sachlagen und Leitlinien – Berichterstatter: Karl von Wogau, Dokument A2-38/85 v. 28. 5. 1985, II. A Rdnr. 11 f.

³⁹ Vgl. Grabitz/Hilf-Hummer: Kommentar zur Europäischen Union, Art. 223 Rdnr. 12.

Richtlinie genannte Güterliste: Aufträge im geschätzten Wert von mindestens 130.000 ECU unterfallen dann den Bestimmungen der Lieferkoordinierungsrichtlinie, wenn sie Waren der in Anhang II der Richtlinie genannten Liste umfassen.⁴⁰ Die ausdrückliche Begrenzung auf Lieferaufträge mit einem Auftragsvolumen von zwischen 130.000 und 200.000 ECU ist entfallen. Von 200.000 ECU an müssen militärische Beschaffungsstellen die Vorschriften der Lieferkoordinierungsrichtlinie zusätzlich dann anwenden, wenn es sich um Waren handelt, die *nicht* in Anhang II der Richtlinie aufgeführt sind, für die aber auch nicht die Ausnahmeregelung des Artikel 223 EG-Vertrag eingreift.⁴¹ Zusammengefaßt: Besitzt ein Lieferauftrag aus dem militärischen Bereich einen Umfang von mindestens 130.000 ECU, unterliegt er dann den Bestimmungen der Lieferkoordinierungsrichtlinie, wenn es sich um Waren des Anhangs II der Richtlinie handelt. Besitzt der Auftrag einen Wert von mindestens 200.000 ECU, unterliegt er grundsätzlich den Bestimmungen der Richtlinie. Ausgenommen von diesem Grundsatz sind aufgrund der Regelung des Artikel 223 EG-Vertrag jedoch solche Aufträge, die spezifische militärische Güter betreffen.⁴²

Vom Anwendungsbereich der Richtlinie sind seit der Überarbeitung von 1988 Lieferungen ausgenommen, „die nach den Rechts- und Verwaltungsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaates für geheim erklärt werden oder deren Ausführung nach diesen Vorschriften besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordert oder wenn der Schutz wesentlicher Interessen der Staatssicherheit es gebietet.“⁴³ Die Richtlinie 77/62/EWG hatte solche Aufträge nicht vollständig dem Anwendungsbereich der Richtlinie entzogen, sondern für die genannten Fälle eine Vergabe im freihändigen Verfahren vorgesehen.⁴⁴ Die Kommission hatte an dieser Bestimmung festhalten wollen, weil auf diese Weise die Anwendung beispielsweise der Bestimmungen zu den technischen Spezifikationen auch auf für geheim erklärte Lieferungen anwendbar gewesen wären,⁴⁵ ist damit jedoch auf den Widerstand der Mitgliedstaaten gestoßen.

⁴⁰ Vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. a) zweiter Spiegelstrich der Lieferkoordinierungsrichtlinie 88/295/EWG, ABl. 127 v. 20. 5. 1988, S. 1.

⁴¹ Vgl. ebenda, Art. 5 Abs. 1 lit. a) erster Spiegelstrich.

⁴² Vgl. Europäische Kommission: Aktionsplan für die Verteidigungsindustrie, Kom(97) 583 endg., Brüssel, den 12. November 1997, V 3.

⁴³ Art. 3 Abs. 2 lit. c) der Lieferkoordinierungsrichtlinie 88/295/EWG, ABl. L 127 v. 20. 5. 1988, S. 1.

⁴⁴ Vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. g) der Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG, ABl. L 13 v. 15. 1. 1977, S. 1.

⁴⁵ Vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. e) des zweiten Änderungsvorschlages der Kommission zur Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG, ABl. C 303 v. 13. 11. 1987, S. 3.

IV. Vergabeverfahren

Wie bei der Koordinierung der öffentlichen Bauaufträge spielen auch im Bereich öffentlicher Lieferaufträge die Arten der Vergabeverfahren und die Voraussetzungen der Wahl des zu verwendenden Verfahrens eine wesentliche Rolle auf dem Weg zu einem einheitlichen öffentlichen Beschaffungsmarkt. Wie in der Baukoordinierungsrichtlinie wird auch im Lieferbereich heute zwischen offenen, nicht offenen und Verhandlungsverfahren unterschieden⁴⁶. Letzteres hat wie bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge das freihändige Verfahren ersetzt und wurde mit der Überarbeitung von 1988 in die Richtlinie aufgenommen⁴⁷. Die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe von Lieferaufträgen ähnelten denen der freihändigen Bauauftragsvergabe, jedoch waren einige Bestimmungen speziell auf Lieferaufträge zugeschnitten. Wie bei öffentlichen Bauaufträgen konnten die öffentlichen Auftraggeber in Fällen unbrauchbarer Ergebnisse einer Ausschreibung, aus technischen und künstlerischen Gesichtspunkten, bei Forschungsaufträgen und im Fall für geheim erklärter Aufträge einen Lieferauftrag ursprünglich freihändig vergeben.⁴⁸

Speziell auf den Bereich öffentlicher Lieferaufträge waren die folgenden Ausnahmetatbestände zugeschnitten:

- *Dringliche, zwingende Gründe* im Zusammenhang mit Ereignissen, die der öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte, ließen die Einhaltung bestimmter Fristen nicht zu; dies war allerdings nur gestattet, soweit unbedingt erforderlich;
- *der ursprüngliche Unternehmer lieferte zusätzliche Waren*, die entweder zur teilweisen Erneuerung von gelieferten Waren oder Einrichtungen, zur laufenden Benutzung oder zur Erweiterung von Lieferungen bestimmt waren, wenn ein Wechsel des Unternehmers dazu geführt hätte, daß der öffentliche Auftraggeber Betriebsmittel unterschiedlichen technischen Materials hätte kaufen müssen und dies eine technische Unvereinbarkeit oder jedenfalls erhebliche technische Schwierigkeiten mit sich gebracht hätte;
- beim Kauf an *Börsen* der Gemeinschaft notierter Waren;
- bei Aufträgen über die Lieferung von *Anlagen für die Datenverarbeitung*; allerdings galt diese Ausnahme nur bis zum 1. Januar 1981.⁴⁹

⁴⁶ Vgl. Art. 1 lit. d) bis f) der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

⁴⁷ Vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. f) der Lieferkoordinierungsrichtlinie 88/295/EWG, ABl. L 127 v. 20. 5. 1988, S. 1.

⁴⁸ Vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. a) bis c) und g) der Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG, ABl. L 13 v. 15. 1977, S. 1.

⁴⁹ Vgl. ebenda, Art. 6 Abs. 1 lit. d) bis f) und h).

Mit der 1980 vorgenommenen Anpassung an das GATT-Übereinkommen entfiel die Regelung, wonach öffentliche Auftraggeber das freihändige Verfahren beim Bezug börsennotierter Waren anwenden durften⁵⁰. Eine entsprechende Regelung war in dem Ausnahmekatalog des GATT-Übereinkommens nämlich nicht vorgesehen worden;⁵¹ wegen des Grundsatzes der Meistbegünstigung mußte auch in der Lieferkoordinierungsrichtlinie darauf verzichtet werden. Auch Lieferaufträge, die börsennotierte Waren zum Gegenstand haben, müssen nun grundsätzlich im offenen oder nicht offenen Verfahren vergeben werden, wenn nicht andere Gründe die Anwendung des Verhandlungsverfahrens rechtfertigen.

Weil sich das freihändige Vergabeverfahren auch im Bereich der öffentlichen Lieferaufträge als Schlupfloch erwiesen hatte, wollte die Kommission die Voraussetzungen für die Anwendung des Verhandlungsverfahrens einschränken und durch zusätzliche Publikationserfordernisse eine externe Kontrollmöglichkeit schaffen. Sie wählte dazu einen ähnlichen Weg wie bei der Koordinierung öffentlicher Bauaufträge und führte in Einzelfällen die vorherige Vergabebekanntmachung ein: Diese ist – entgegen der Vielzahl von Fällen in der Baukoordinierungsrichtlinie – im Rahmen öffentlicher Lieferaufträge aber nur für den Fall vorgesehen, daß im Zuge eines offenen oder nicht offenen Verfahrens keine ordnungsgemäßen oder nur solche Angebote abgegeben wurden, die nach innerstaatlichen (mit EU-Recht vereinbaren) Vorschriften unannehmbar sind.⁵² Die Voraussetzungen für die Anwendung des Verhandlungsverfahrens *ohne* vorherige Vergabebekanntmachung unterscheiden sich kaum von denen der freihändigen Vergabe in der Richtlinie 80/767/EWG; vollständig vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen sind inzwischen – wie erwähnt – zudem die für geheim erklärten Aufträge. In dringenden Fällen darf das Verhandlungsverfahren aber nur noch dann angewendet werden, wenn die Dringlichkeit nicht auf ein Verschulden des Auftraggebers zurückzuführen ist.⁵³ In ihrem Vorschlag zur Änderung der Richtlinie hatte die Kommission darauf hingewiesen, daß die Regelung Mißbräuchen ansonsten Tür und Tor öffnen würde.⁵⁴ Für den Fall, daß ein Unternehmen Anschlußaufträge ausführen sollte, wurde die Laufzeit solcher Aufträge wie auch die Laufzeit von Daueraufträgen auf drei Jahre begrenzt.⁵⁵

⁵⁰ Vgl. Art. 4 der Richtlinie 80/767/EWG, ABl. L 215 v. 18. 8. 1980, S. 1.

⁵¹ Vgl. Art. V Ziff. 15 des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen, ABl. L 71 v. 17. 3. 1980, S. 44.

⁵² Vgl. Art. 6 Abs. 3 i.V.m. Art. 9 Abs. 2 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 88/295/EWG, ABl. L 127 v. 20. 5. 1988, S. 1 bzw. Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Art. 9 Abs. 2 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

⁵³ Vgl. Art. 6 Abs. 4 lit. d) der Lieferkoordinierungsrichtlinie 88/295/EWG, ABl. L 127 v. 20. 5. 1988, S. 1 bzw. Art. 6 Abs. 4 lit. d) der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

⁵⁴ Vgl. Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 77/62/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge und zur Streichung einiger Bestimmungen der Richtlinie 80/767/EWG, KOM(86) 297 endg., S. 4.

Für alle übrigen Vergabeentscheidungen war und ist wie in der Baukoordinierungsrichtlinie die Vergabe im offenen oder nicht offenen Verfahren vorgesehen,⁵⁶ wobei Kommission und Rat es konsequenterweise auch hier unterlassen haben, eine Rangfolge zwischen beiden Verfahren vorzuschreiben.

V. Art und Inhalt der Bekanntmachung

Ein Hauptaugenmerk haben Kommission und Rat bei ihren Bestrebungen zur Koordinierung der Vergabepraktiken immer wieder auf die Veröffentlichung von Vergabebekanntmachungen gelegt, weil Transparenz am besten über Publizität erreicht werden kann. Den Bekanntmachungsvorschriften war in den Richtlinien deswegen auch immer ein eigener Abschnitt gewidmet worden.⁵⁷ Um die Wiederholung der Aufzählung von Publikationsorten zu vermeiden, wird auf den entsprechenden Absatz unter E.VII. dieser Arbeit verwiesen.

Wie bereits bei der Behandlung öffentlicher Bauaufträge festgestellt wurde, sind öffentliche Auftraggeber erst dann zur EU-weiten Veröffentlichung einer Vergabebekanntmachung verpflichtet, wenn der geschätzte Auftragswert den Schwellenwert erreicht, der unter F.III. dieser Arbeit für den Bereich der öffentlichen Lieferaufträge näher betrachtet wurde⁵⁸. Der Wortlaut der Richtlinie stellt nunmehr sicher, daß öffentliche Auftraggeber auch *unterhalb* des Schwellenwerts Hinweise auf die Vergabe von Aufträgen geben können.⁵⁹ Wie in der ersten Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG war nämlich auch in der ersten Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG eine fakultative Bekanntmachung von Vergabeabsichten unterhalb des Schwellenwertes erst bei Erreichen eines bestimmten Auftragsvolumens möglich, das bei 100.000 Europäischen Rechnungseinheiten gelegen hatte⁶⁰.

Obwohl Lieferaufträge sich in der Regel in weniger Worten beschreiben lassen als komplexe Bauvorhaben, waren von Anfang an auch für Lieferaufträge maximal

⁵⁵ Vgl. Art. 6 Abs. 4 lit. e) der Lieferkoordinierungsrichtlinie 88/295/EWG, ABl. L 127 v. 20. 5. 1988, S. 1 bzw. Art. 6 Abs. 4 lit. e) der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

⁵⁶ Vgl. Art. 6 Abs. 5 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 88/295/EWG, ABl. L 127 v. 20. 5. 1988, S. 1 bzw. Art. 6 Abs. 4 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

⁵⁷ Vgl. Abschnitt III der Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG, ABl. L 13 v. 15. 1. 1977, S. 1 bzw. Abschnitt III der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

⁵⁸ Vgl. Art. 5 Abs. 1 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

⁵⁹ Vgl. ebenda, Art. 13.

⁶⁰ Vgl. Art. 16 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG, ABl. L 13 v. 15. 1. 1977, S. 1.

650 Wörter für den Ausschreibungstext vorgesehen⁶¹. Entsprechende Muster, die bei der Erstellung des Ausschreibungstextes verwendet werden sollten, waren bereits im Anhang der Richtlinie 77/62/EWG veröffentlicht worden.⁶² An dieser Konzeption hat sich grundsätzlich nichts geändert, wenn auch gegenüber der Richtlinie 77/62/EWG verschiedene Bekanntmachungsformulare neu hinzugekommen sind,⁶³ weil mit der Überarbeitung von 1988 beispielsweise das System der Vorinformation eingeführt wurde: Im Gegensatz zu den Regelungen im Bau- und Dienstleistungssektor waren im Bereich öffentlicher Lieferungen – aufgrund der Auswirkungen des GATT-Übereinkommens auf die Lieferkoordinierungsrichtlinie – ursprünglich aber nur die in Anhang I der Richtlinie 80/767/EWG aufgeführten öffentlichen Auftraggeber zur Veröffentlichung von Vorinformationen verpflichtet⁶⁴. Das waren im wesentlichen nur die Ministerien und andere den Regierungen unmittelbar unterstehenden Stellen der Mitgliedstaaten. In Deutschland mußten danach lediglich das Auswärtige Amt und die Bundesministerien (beim Bundesministerium für das Post- und Fernmeldewesen jedoch nur der Bereich Postwesen) Vorinformationen veröffentlichen.⁶⁵ Ausgenommen waren neben den Beschaffungsstellen auf Länder- und Kommunalebene auch solche auf Bundesebene, soweit sie nicht im Anhang I aufgeführt waren. Im Hinblick auf die Zielsetzung, eine größtmögliche Marktöffnung im öffentlichen Auftragswesen zu erreichen, war dies eher unverständlich, rührt aber daher, daß sich die Koordinierung der öffentlichen *Lieferaufträge* im wesentlichen vor dem Hintergrund des GATT vollzog und die Mitgliedstaaten nicht mehr zugestehen wollten als im Rahmen des GATT unbedingt erforderlich war.⁶⁶ Die Kommission hatte die Vorinformation bereits 1988 für alle öffentlichen Auftraggeber einführen wollen,⁶⁷ sich mit diesem Vorschlag jedoch nicht durchsetzen können und ist schließlich wieder davon abgerückt.⁶⁸ Jedoch wurde in die Richtlinie 88/295/EWG ein Absatz aufgenommen,

⁶¹ Vgl. ebenda, Art. 9 Abs. 7 bzw. Art. 9 Abs. 11 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

⁶² Vgl. Art. 9 Abs. 7 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG, ABl. L 13 v. 15. 1. 1977, S. 1.

⁶³ Vgl. Art. 9 Abs. 4 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

⁶⁴ Vgl. Art. 9 Abs. 1 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 88/295/EWG, ABl. L 127 v. 20. 5. 1988, S. 1.

⁶⁵ Vgl. Anhang I „Bundesrepublik Deutschland – Verzeichnis der zentralen Beschaffungsstellen“ der Richtlinie 80/767/EWG, ABl. L 215 v. 18. 8. 1980, S. 1.

⁶⁶ Vgl. Lee, Philip: Public Procurement, S. 21.

⁶⁷ Vgl. Art. 9 Abs. 1 des Vorschlags einer Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 77/62/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge und zur Streichung einiger Bestimmungen der Richtlinie 80/767/EWG, KOM(86) 297 endg. vom 19. 6. 1986; Art. 10 Abs. 1 des zweiten Änderungsvorschlags für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 77/62/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge und zur Streichung einiger Bestimmungen der Richtlinie 80/767/EWG, ABl. C 303 v. 13. 11. 1987, S. 3.

wonach der Rat auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments sowie des Wirtschafts- und Sozialausschusses bis zum 1. März 1990 über die Ausdehnung der Verpflichtung zur Vorinformation auch auf andere öffentliche Auftraggeber befinden sollte.⁶⁹ Das System der Vorinformation ist insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen von großer Bedeutung, weil diese in der Regel mehr Zeit benötigen, um Angebote auszuarbeiten, und kurzfristig meist nicht über die notwendigen Kapazitäten verfügen, um rasch ein Angebot erstellen zu können. Das System der Vorinformation kommt ihnen entgegen, weil es zumindest eine grobe Planung dessen erlaubt, was im laufenden Geschäftsjahr an öffentlichen Aufträgen in Frage kommen könnte und weil gerade der Mittelstand häufig nicht über die nötigen (Vor-)Kontakte zu Beschaffungsstellen verfügt⁷⁰.

Mit der Richtlinie 93/36/EWG wurde die Pflicht zur Vorinformation schließlich auf alle öffentlichen Lieferauftraggeber ausgeweitet. Nunmehr müssen alle öffentlichen Auftraggeber nach dem Beginn ihres jeweiligen Haushaltsjahres eine nicht verbindliche, nach Warenbereichen aufgeschlüsselte Bekanntmachung über alle Beschaffungen mit einem geschätzten Auftragsvolumen von mindestens 750.000 ECU, die sie während der kommenden zwölf Monate durchzuführen beabsichtigen, veröffentlichen.⁷¹ Damit potentiellen Anbietern die Suche nach für sie geeigneten Aufträgen erleichtert wird, sieht die Lieferkoordinierungsrichtlinie seit 1993 auch vor, daß öffentliche Auftraggeber bei den Vorinformationen zur Beschreibung der Warenbereiche auf die Nomenklatur *Classification of Products According to Activities (CPA)*⁷² Bezug nehmen.⁷³ Die Vorinformation muß im vollen Umfang und in allen Amtssprachen der EU sowohl im Amtsblatt als auch im TED veröffentlicht werden.⁷⁴ Dasselbe gilt für die Bekanntmachung des *Ergebnisses* eines Vergabeverfahrens,⁷⁵ um eine größtmögliche externe Kontrolle über vergebene Lieferaufträge sicherzustellen. Hingegen muß die Absicht, einen *konkreten* Lieferauftrag vergeben zu wollen, unabhängig von der Art des gewählten Verfahrens vollständig nur in der Originalsprache in Amtsblatt und TED veröffentlicht wer-

⁶⁸ Vgl. Art. 9 Abs. 1 des Vorschlags für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 77/62/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge und zur Aufhebung einiger Bestimmungen der Richtlinie 80/767/EWG, ABl. C 65 v. 10. 3. 1988, S. 5.

⁶⁹ Vgl. Art. 9 Abs. 1 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 88/295/EWG, ABl. L 127 v. 20. 5. 1988, S. 1.

⁷⁰ Vgl. Lee, Philip: Public Procurement, S. 21.

⁷¹ Vgl. Art. 9 Abs. 1 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

⁷² Vgl. dazu K.IV. dieser Arbeit.

⁷³ Vgl. Art. 9 Abs. 1 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

⁷⁴ Vgl. ebenda.

⁷⁵ Vgl. Art. 9 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 9 Abs. 6 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1

den; in den übrigen Amtssprachen wird lediglich eine gekürzte Version publiziert.⁷⁶

Was den Inhalt betrifft, ähneln die Bekanntmachungsmuster für Lieferaufträge in Anhang IV der Richtlinie 93/36/EWG im wesentlichen denen der Baukoordinierungsrichtlinie. Insoweit kann auf die Ausführungen unter E.VII. dieser Arbeit verwiesen werden. Ein wesentlicher Unterschied zu den Bekanntmachungen im Rahmen der Baukoordinierungsrichtlinie liegt in der Art der Leistungsbeschreibung: An die Stelle von Ausführungsort, Umfang der Leistungen und Merkmale des Bauwerks treten bei den Bekanntmachungsmustern für Lieferaufträge der Ort der Lieferung sowie Art und Menge der zu liefernden Waren unter Angabe der CPA-Referenznummer.

VI. Verwendung technischer Merkmale

Während die erste Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG noch vorsah, daß öffentliche Auftraggeber sich bei der Festlegung technischer Merkmale uneingeschränkt auf einzelstaatliche Normen beziehen konnten, wurde in der ersten Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG bereits eine Rangfolge technischer Normen festgelegt, die verbindlich vorgeschrieben war. Die erste Position in dieser Reihenfolge nahmen die durch einen Rechtsakt der Gemeinschaft obligatorisch gewordenen Gemeinschaftsnormen ein. War eine solche Gemeinschaftsnorm vorhanden, durfte nur in Ausnahmefällen auf sie verzichtet werden. Es folgten andere von einem Vergabeland angenommene gemeinschaftliche Normen oder europäische Normen (insbesondere CEN- und CENELEC-Normen) sowie vom Vergabeland angenommene internationale Normen (ISO- und CEI-Normen). Erst wenn auch solche Normen nicht verfügbar waren, konnten öffentliche Auftraggeber sich auf innerstaatliche und schließlich auch auf andere Normen beziehen.⁷⁷ Wie die Baukoordinierungsrichtlinie verbot auch die Richtlinie 77/62/EWG den öffentlichen Auftraggebern, technische Merkmale in die Vertragsklauseln aufzunehmen, die darauf zielten, bestimmte Unternehmen oder Erzeugnisse zu bevorzugen oder auszuschließen.⁷⁸ Soweit die Angabe von Warenzeichen, Patenten oder Typen sowie die Angabe eines bestimmten Ursprungs oder einer bestimmten Produktion gestattet war, wird auf die Ausführungen unter E.VIII. dieser Arbeit verwiesen.

Die eingeschränkte Verwendungsmöglichkeit von Warenzeichen, Patenten, Typen und Ursprungsbezeichnungen ist auch nach der Überarbeitung von 1993 erhalten geblieben, weiterhin aber unter der Maßgabe, daß der Auftragsgegenstand

⁷⁶ Vgl. ebenda, Art. 9 Abs. 7.

⁷⁷ Vgl. Art. 7 Abs. 1 Ziff. 1 bis 5 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG, ABl. L 13 v. 15. 1. 1977, S. 1.

⁷⁸ Vgl. ebenda, Art. 7 Abs. 2.

nicht durch hinreichend genaue, allgemein verständliche Bezeichnungen beschrieben werden kann⁷⁹. Bei der Festlegung technischer Merkmale wurden die Normen, auf die öffentliche Auftraggeber Bezug nehmen dürfen, den Entwicklungen auf dem Gebiet der technischen Normung angepaßt. Die Reihenfolge der anzuwendenden technischen Spezifikationen beginnt nunmehr bei innerstaatlichen Normen, die europäische Normen umsetzen; es folgen europäische technische Zulassungen sowie gemeinsame technische Spezifikationen.⁸⁰ Für den Fall, daß es entsprechende Normen, Spezifikationen oder Zulassungen auf europäischer Ebene (noch) nicht gibt und öffentliche Auftraggeber sich auf andere einzelstaatliche Spezifikationen beziehen, sind einzelstaatliche Normen heranzuziehen, für die die Richtlinie wiederum eine spezielle Rangfolge vorsieht. Zu verwenden sind zunächst solche einzelstaatlichen Spezifikationen, die den wesentlichen Anforderungen der Gemeinschaftsrichtlinien zur technischen Harmonisierung entsprechen; es folgen die technischen Spezifikationen betreffend die Planung, Berechnung und Verwirklichung von Bauvorhaben und den Einsatz von Produkten. Erst dann können die technischen Spezifikationen unter Bezugnahme auf sonstige Dokumente festgelegt werden, wobei wiederum eine Normenrangfolge zu beachten ist: (a) innerstaatliche Normen, mit denen vom Land des Auftraggebers akzeptierte internationale Normen umgesetzt werden, (b) sonstige innerstaatliche Normen und innerstaatliche technische Zulassungen des Landes des Auftraggebers sowie (c) alle weiteren Normen.⁸¹

Unabhängig von den schon genannten Ausnahmeregelungen sieht die Richtlinie 93/36/EWG in Artikel 8 Absatz 3 in bestimmten Fällen weitere Ausnahmen vor, bei denen öffentliche Auftraggeber von der Bezugnahme auf europäischen Normen, Zulassungen oder technischen Spezifikationen abweichen können:

- wenn die entsprechenden Normen, Zulassungen oder technischen Spezifikationen *keine Bestimmungen zur Feststellung der Übereinstimmung* enthalten beziehungsweise die Feststellung der Übereinstimmung technisch nicht auf zufriedenstellende Weise möglich ist;
- wenn durch die Bezugnahme Gemeinschaftsvorschriften im Bereich der *Informationstechnologie und der Telekommunikation* beeinträchtigt würden;
- wenn die Anwendung der europäischen Regeln den Auftraggeber zur Verwendung von Erzeugnissen oder Materialien zwingen würde, die mit von ihm *bereits benutzten Anlagen nicht kompatibel* sind oder unverhältnismäßig hohe Kosten oder technische Schwierigkeiten verursachen würden.⁸²

⁷⁹ Vgl. Art. 8 Abs. 6 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1

⁸⁰ Vgl. ebenda, Art. 8 Abs. 2.

⁸¹ Vgl. ebenda, Art. 8 Abs. 5.

⁸² Vgl. ebenda, Art. 8 Abs. 3 lit. a) bis c).

Machen öffentliche Auftraggeber von dem in Artikel 8 Absatz 3 der Richtlinie 93/36/EWG gewährten Wahlrecht Gebrauch, müssen sie, soweit möglich, die Gründe dafür im Amtsblatt oder in den Ausschreibungsunterlagen angeben und auch in ihren internen Unterlagen festhalten, um diese Information auf Nachfrage an die Kommission oder die Mitgliedstaaten weiterzuleiten⁸³.

Die genannte Rangfolge, die bei europäischen Spezifikationen beginnt, drückt das Bestreben der Kommission aus, die Verwendung europäischer Normen voranzutreiben.⁸⁴ Dieses Ziel verfolgte mit der nötigen Durchsetzungskraft auch das Europäische Parlament, das sich gegen einen Gemeinsamen Standpunkt des Rates ausgesprochen hatte, wonach es einem öffentlichen Auftraggeber gestattet sein sollte, von der Reihenfolge unter anderem dann abzuweichen, wenn die zunächst zu beachtende Norm nach Ansicht des öffentlichen Auftraggebers für den vorgesehenen Gebrauch technisch ungeeignet oder die Norm aus anderen Gründen nicht angemessen wäre.⁸⁵ Eine solche Bestimmung hätte dem Mißbrauch Tür und Tor geöffnet und wäre für die angestrebte Harmonisierung auf dem Gebiet des europäischen Normungswesens kontraproduktiv gewesen.

VII. Fristen

Wie schon bei der Baukoordinierungsrichtlinie richten sich auch im Rahmen der Lieferkoordinierungsrichtlinie die zu beachtenden Fristen im wesentlichen nach der Art des Vergabeverfahrens. Allerdings spielte in den Bereich der Lieferaufträge von 1980 an wiederum das GATT mit seinen Bestimmungen zum öffentlichen Beschaffungswesen hinein, weswegen bereits in der ersten Anpassung der Lieferkoordinierungsrichtlinie vom 22. Juli 1980 auch einige Fristen angepaßt, das heißt zum Teil gegenüber den Bestimmungen in der Richtlinie 77/62/EWG verlängert werden mußten.

Wie anfangs auch bei den Bauaufträgen lag die Angebotsfrist für Lieferaufträge im *offenen Verfahren* ursprünglich bei mindestens 36 Tagen, gerechnet vom Tag der Absendung der Bekanntmachung an⁸⁶. Das GATT-Übereinkommen über das

⁸³ Vgl. ebenda, Art. 8 Abs. 4.

⁸⁴ Zu dieser Intention vgl. Art. 5 Ziff. 1 des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 77/62/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge und zur Aufhebung einiger Bestimmungen der Richtlinie 80/767/EWG, ABl. C 65 v. 10. 3. 1988, S. 5.

⁸⁵ Vgl. Art. 4 Abs. 2 lit. g) des Beschlusses des Europäischen Parlaments betreffend den Gemeinsamen Standpunkt des Rates zu dem Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 77/62/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge und zur Streichung einiger Bestimmungen der Richtlinie 80/767/EWG, ABl. C 13 v. 18. 1. 1988, S. 62.

⁸⁶ Vgl. Art. 10 Abs. 1 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG, ABl. L 13 v. 15. 1. 1977, S. 1.

öffentliche Beschaffungswesen von 1980 forderte eine Mindestfrist zwar von nur 30 Tagen, legte als Beginn des Fristenlaufs jedoch den Zeitpunkt der *Veröffentlichung* der Bekanntmachung fest.⁸⁷ Die Kommission wollte bei der Überarbeitung der Lieferkoordinierungsrichtlinie 1980 die Angebotsfrist auf eben diese Mindestfrist von 30 Tagen herabsetzen, den Fristenbeginn mit *Absendung* der Bekanntmachung aber unverändert lassen⁸⁸. Damit wären die Anforderungen des GATT-Übereinkommens jedoch nicht eingehalten worden, weil eine Fristberechnung ab *Absendung* der Bekanntmachung den Interessenten an einem öffentlichen Auftrag gegenüber einer Fristberechnung erst ab *Veröffentlichung* schlechter gestellt hätte. Schließlich einigte man sich sogar darauf, die Angebotsfrist auf 42 Tage vom Tag der Absendung an das Amt für amtliche Veröffentlichungen an zu erweitern,⁸⁹ wobei ähnliche Erwägungen wie bei der Fristverlängerung im Rahmen der Baukoordinierungsrichtlinie eine Rolle gespielt haben dürften: nämlich die Marktförderung der ausländischen Lieferanten und die Verzögerungen auf dem internationalen Postweg⁹⁰. In der Anpassung von 1988 an die Regelungen des GATT-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom Dezember 1986 wurde die Angebotsfrist im offenen Verfahren auf 52 Tage verlängert⁹¹ (wiederum gerechnet vom Tag der Absendung der Bekanntmachung an) und damit der Regelung in der Baukoordinierungsrichtlinie angeglichen.

Bei den *nicht offenen Verfahren* war bereits in der Richtlinie 77/62/EWG berücksichtigt worden, daß der Einreichung des Angebots in der Regel ein Antrag auf Teilnahme vorauszugehen hat. Dabei hatte sowohl die Frist für den Antrag auf Teilnahme als auch die Angebotsfrist ursprünglich nur je 21 Tage betragen, jeweils gerechnet vom Tag der Absendung der Bekanntmachung beziehungsweise der Absendung der schriftlichen Aufforderung zur Angebotsabgabe.⁹² Im Zuge der 1980 vorgenommenen Anpassung an das GATT-Übereinkommen, das sowohl für den Antrag auf Teilnahme als auch für die Angebotsabgabe eine Mindestfrist von je 30 Tagen ab *Veröffentlichung* der Bekanntmachung beziehungsweise ab dem *Zugang* der Angebotsaufforderung vorsah,⁹³ wurden die Fristen in unterschiedlichem Umfang verlängert: Die Frist für den Eingang der Anträge auf Teilnahme betrug nun

⁸⁷ Vgl. Art. V Ziff. 10 lit. a) des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen, Abl. L 71 v. 7. 3. 1980, S. 44.

⁸⁸ Vgl. Art. 10 Abs. 1 des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 77/62/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge vom 8. 11. 1979, Abl. C 287 v. 17. 11. 1979, S. 9.

⁸⁹ Vgl. Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 80/767/EWG, Abl. L 215 v. 18. 8. 1980, S. 1.

⁹⁰ Vgl. dazu E.IX. dieser Arbeit.

⁹¹ Vgl. Art. 10 Abs. 1 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 88/295/EWG, Abl. L 127 v. 20. 5. 1988, S. 1.

⁹² Vgl. Art. 11 Abs. 1 und 3 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG, Abl. L 13 v. 15. 1. 1977, S. 1.

⁹³ Vgl. Art. V Ziff. 10 lit. b) und c) des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen, Abl. L 71 v. 7. 3. 1980, S. 44.

42 Tage und war gegenüber den Regelungen in der Richtlinie 77/62/EWG folglich verdoppelt worden; die Angebotsfrist wurde dem Wortlaut des GATT-Übereinkommens entsprechend nur auf 30 Tage ausgedehnt, wobei der Fristenlauf wiederum mit Absendung der Angebotsaufforderung in Lauf gesetzt wurde⁹⁴. Ihrem Vorschlag für eine Änderung der Richtlinie 77/62/EWG zufolge hatte die Kommission sowohl für die Teilnahme- als auch für die Angebotsfrist ursprünglich die im GATT-Übereinkommen vorgeschlagene Mindestfrist von je 30 Tagen ansetzen wollen,⁹⁵ dabei aber wiederum den in den EU-Koordinierungsrichtlinien gewohnten Fristbeginn – den Tag der Absendung – ansetzen wollen. Seit der Überarbeitung von 1988 beträgt die Teilnahmefrist nunmehr mindestens 37 Tage, die Angebotsfrist hingegen 40 Tage, wobei – wie gewohnt – der Tag der Absendung den Ausschlag gibt⁹⁶. Damit hat sich nicht nur die Frist auf Teilnahme verkürzt, sondern auch das Verhältnis der Teilnahmefrist zur Angebotsfrist umgekehrt: Im nicht offenen Verfahren ist jetzt nicht mehr die Frist zum Antrag auf Teilnahme die längere, sondern die Angebotsfrist. Die Kommission hatte dies in ihrem ersten Entwurf von 1986 zur Änderung der Lieferkoordinierungsrichtlinie nicht beabsichtigt, sondern vielmehr an der Teilnahmefrist von 42 Tagen festhalten und lediglich die Angebotsfrist auf 40 Tage erweitern wollen.⁹⁷ In einer weiteren Überarbeitung des Richtlinienentwurfs hatte sie die Teilnahmefrist dann jedoch auf die genannten 37 Tage verkürzt⁹⁸ und in den Erwägungen zur Richtlinie festgestellt, daß es für eine Erweiterung des Lieferantenkreises genügen würde, *entweder* die Teilnahmefrist *oder* die Angebotsfrist zu verlängern⁹⁹.

Im Falle des *Verhandlungsverfahrens*, das für den Bereich der Lieferaufträge seit 1988 vorgesehen ist, beträgt die Frist für den Antrag auf Teilnahme – wie bei den nicht offenen Verfahren – mindestens 37 Tage von Absendung der Bekanntmachung an¹⁰⁰.

⁹⁴ Vgl. Art. 6 Abs. 2 und 4 der Richtlinie 80/767/EWG, ABl. L 215 v. 18. 8. 1980, S. 1.

⁹⁵ Vgl. Art. 11 Abs. 1 und 3 des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 77/62/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. C 287 v. 17. 11. 1979, S. 9.

⁹⁶ Vgl. Art. 11 Abs. 1 und 3 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 88/295/EWG, ABl. L 127 v. 20. 5. 1988, S. 1.

⁹⁷ Vgl. Art. 8 des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 77/72/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge und zur Streichung einiger Bestimmungen der Richtlinie 80/767/EWG vom 19. 6. 1986, KOM(86) 297 endg.

⁹⁸ Vgl. Art. 12 Abs. 1 der Zweiten Änderung des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 77/62/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge und zur Streichung einiger Bestimmungen der Richtlinie 80/767/EWG, ABl. C 303 v. 13. 11. 1987, S. 3.

⁹⁹ Vgl. ebenda, 14. Erwägung.

¹⁰⁰ Vgl. Art. 11 Abs. 1 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 88/295/EWG, ABl. L 127 v. 20. 5. 1988, S. 1.

Genau wie die Baukoordinierungsrichtlinie sah auch die Lieferkoordinierungsrichtlinie von Anfang an vor, daß in dringlichen Fällen die Angebots- und Teilnahmefristen verkürzt werden konnten. In jedem Falle aber mußte die Teilnahmefrist mindestens zwölf Tage betragen, die Angebotsfrist durfte zehn Tage nicht unterschreiten.¹⁰¹ Die Fristen für dieses sogenannte beschleunigte Verfahren mußten im Zuge der Anpassung an das GATT-Übereinkommen zum öffentlichen Beschaffungswesen von 1980 nicht geändert werden, weil hier ausdrücklich eine Verkürzung in dringlichen Fällen vorgesehen, Mindestfristen für diesen Fall aber nicht genannt waren.¹⁰² Weil die Praxis in dringlichen Fällen jedoch von der verkürzten Teilnahmefrist kaum Gebrauch machte, wurde diese Frist auf Betreiben der Kommission¹⁰³ in der Überarbeitung von 1988 auf 15 Tage verlängert¹⁰⁴. Seitdem wurde auch diese Frist nicht mehr verändert. Besonderheiten hinsichtlich der Fristen galten entgegen den Bestimmungen in der Baukoordinierungsrichtlinie zunächst dann nicht, wenn öffentliche Auftraggeber nach Beginn des jeweiligen Haushaltsjahres Vorinformationen über geplante Beschaffungen veröffentlichen.¹⁰⁵

Gleichlautend zur Baukoordinierungsrichtlinie können jedoch seit der Anpassung von 1997 an die WTO-Bestimmungen auch im Rahmen der Lieferkoordinierungsrichtlinie die Angebotsfristen im offenen Verfahren von 52 auf 36 oder gar 22 Tage verkürzt werden, wenn wenigstens 52 Tage, aber höchstens zwölf Monate zuvor eine den Auftrag betreffende Vorinformation im Amtsblatt veröffentlicht wurde¹⁰⁶. Ähnlich sieht die Regelung für das nicht offene Verfahren aus, hier kann die Frist unter den genannten Voraussetzungen von 37 auf 26 Tage verkürzt werden.¹⁰⁷ Möglich war eine Fristverkürzung im Lieferbereich bisher nur, wenn ein Fall besonderer Dringlichkeit vorliegt. Daß eine Fristverkürzung bei Nutzung des Vorinformationsverfahrens bisher noch nicht möglich war, kann nur mit einem redaktionellen Versehen erklärt werden.¹⁰⁸ Denn über die Möglichkeit, die Angebotsfrist zu verkürzen, sollen öffentliche Auftraggeber dazu animiert werden, in Vorinformationen ihre Vergabeabsichten frühzeitig kundzutun. Dies mußte aber gleicher-

¹⁰¹ Vgl. Art. 12 Abs. 1 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG, ABl. L 13 v. 15. 1. 1977, S. 1.

¹⁰² Vgl. Art. V Ziff. 10 lit. d) des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen, Abl. L 71 v. 7. 3. 1980, S. 44.

¹⁰³ Vgl. II Art. 7 bis 9 des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 77/62/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge und zur Streichung einiger Bestimmungen der Richtlinie 80/767/EWG vom 19. 6. 1986, KOM(86) 297 endg.

¹⁰⁴ Vgl. Art. 12 Abs. 1 lit. a) der Lieferkoordinierungsrichtlinie 88/295/EWG, ABl. L 127 v. 20. 5. 1988, S. 1.

¹⁰⁵ Vgl. ebenda, Art. 9 Abs. 1.

¹⁰⁶ Vgl. neuer Art. 10 Abs. 1 lit. a) in Art. 2 der Richtlinie 97/52/EG, ABl. L 328 v. 28. 11. 1997, S. 1.

¹⁰⁷ Vgl. ebenda, neuer Art. 11 Abs. 3 lit. a) in Art. 2.

¹⁰⁸ So auch Prieß, Hans-Joachim: Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, S. 77, Fn. 123.

maßen für Lieferaufträge wie für Bau- und übrigens auch für Dienstleistungsaufträge gelten.

In Übereinstimmung mit den Regelungen in der Baukoordinierungsrichtlinie müssen öffentliche Auftraggeber rechtzeitig angeforderte zusätzliche Auskünfte über Verdingungsunterlagen spätestens sechs Tage vor Ablauf der Frist für den Eingang der Angebote erteilen; im beschleunigten Verfahren verkürzt sich diese Frist auf vier Tage.¹⁰⁹

Wie bei der Bewerbung um öffentliche Bauaufträge können nationale Anbieter bei der Bewerbung um öffentliche Lieferaufträge einen zeitlichen Vorsprung von bis zu zwölf beziehungsweise im beschleunigten Verfahren von bis zu fünf Tagen vor Unternehmen aus anderen EU-Staaten gewinnen, da ein Auftraggeber die Bekanntmachung am selben Tag in den Amtsblättern oder in der Presse seines Landes veröffentlichen darf, an dem er sie an das Amt für amtliche Veröffentlichungen abschickt.¹¹⁰

Wie die Baukoordinierungsrichtlinie trifft auch die Lieferkoordinierungsrichtlinie keine Bestimmungen zur Zuschlagsfrist. Auch hier ist in den Bekanntmachungsmuster lediglich vorgesehen, den Zeitpunkt der Öffnung der eingegangenen Angebote zu benennen.¹¹¹

VIII. Eignung der Bieter und Bewerber

Das legitime Interesse öffentlicher Auftraggeber, die Eignung potentieller Anbieter für die Ausführung eines öffentlichen Auftrags zu überprüfen, ist bereits unter E.X. dieser Arbeit näher betrachtet worden. Wie bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge ist auch bei der Vergabe von Lieferaufträgen streng zwischen der Erfüllung der Eignungs- und der Zuschlagskriterien zu trennen: Systematisch hat die Eignungsprüfung der Erteilung des Zuschlags vorauszugehen, auch wenn in der Praxis häufig beides zusammen geprüft wird¹¹². Die Eignungsprüfung der Bieter oder Bewerber vollzieht sich – wie bei den öffentlichen Bauaufträgen – in zwei Abschnitten: In einem ersten Schritt wird geprüft, ob ein Ausschlußgrund vorliegt. Die Liste der Ausschlußgründe entspricht derjenigen in Artikel 24 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG¹¹³. Um sich entsprechende Kenntnisse über mög-

¹⁰⁹ Vgl. Art. 11 Abs. 5 und Art. 12 Abs. 2 der der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

¹¹⁰ Vgl. ebenda, Art. 9 Abs. 9; E.IX. dieser Arbeit.

¹¹¹ Vgl. Anhang IV „Bekanntmachungsmuster für Lieferaufträge, B. Offene Verfahren“ Ziff. 7 lit. b) der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

¹¹² Vgl. E.X. dieser Arbeit.

¹¹³ Die Liste der Ausschlußgründe befindet sich in Art. 20 Abs. 1 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

liche Ausschlußgründe zu verschaffen, ist es öffentlichen Auftraggebern gestattet, bestimmte Nachweise darüber zu verlangen, daß Ausschlußgründe nicht eingreifen. Die Aussagekraft solcher Bescheinigungen wurde bereits unter E.X. dieser Arbeit eingehend untersucht.

Dem Ausschlußverfahren schließt sich in einem zweiten Schritt die Prüfung an, ob die Lieferanten für die Ausführung des anstehenden Lieferauftrags geeignet sind. Die Kriterien der (positiven) Eignungsprüfung sind – wie in der Baukoordinierungsrichtlinie – formeller und materieller Natur¹¹⁴: Zu den formellen Kriterien zählen die Eintragung des Bieters oder Bewerbers in das nationale Handels- oder Berufsregister.¹¹⁵ Die materiellen Eignungskriterien, anhand derer die fachliche Eignung des Lieferanten beurteilt werden soll, werden weiter unterteilt nach finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Leistungsfähigkeit des Lieferanten. Während die Bescheinigungen, die der öffentliche Auftraggeber zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit des Anbieters anfordern kann, denen in der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG entsprechen,¹¹⁶ bestehen hinsichtlich des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit zwischen beiden Richtlinien Unterschiede, die sich aufgrund des unterschiedlichen Charakters von Bau- und Lieferleistungen erklären lassen. Sowohl in der Baukoordinierungs- als auch in der Lieferkoordinierungsrichtlinie ist der Katalog zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit im Gegensatz zu den Nachweisregeln für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit abschließend.¹¹⁷

Den Nachweis ihrer technischen Leistungsfähigkeit können Interessenten öffentlicher Lieferaufträge auf folgende Arten erbringen:

- durch eine *Liste* der wesentlichen in den letzten drei Jahren *erbrachten Lieferungen* (bei Lieferung an öffentliche Auftraggeber durch von der zuständigen Behörde ausgestellte oder beglaubigte Bescheinigung; bei Lieferung an private Auftraggeber durch vom Käufer ausgestellte Bescheinigung oder einfache Erklärung des Lieferanten);
- durch *Beschreibung der technischen Ausrüstung*, der Maßnahmen zur Qualitätsgewährleistung und der Untersuchungs- und Forschungsmöglichkeiten;
- durch *Angabe über die technische Leitung* oder die technischen Stellen, insbesondere im Bereich Qualitätskontrolle;
- durch *Muster, Beschreibungen und/oder Fotografien* der zu liefernden Erzeugnisse;

¹¹⁴ Diese Differenzierung entstammt Prieß, Hans-Joachim: Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, S. 89 f.

¹¹⁵ Vgl. Art. 21 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

¹¹⁶ Vgl. ebenda, Art. 22; Art. 26 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

¹¹⁷ Vgl. E.X. dieser Arbeit; EuGH Rs. C-362/90 „Kommission vs. Italienische Republik“, Urteil v. 31. 3. 1992, S. 4.

- durch *Bescheinigungen*, daß genau gekennzeichnete Produkte bestimmten Spezifikationen oder Normen entsprechen;
- in Ausnahmefällen durch eine *Kontrolle der Produktionskapazitäten* und erforderlichenfalls der Untersuchungs- und Forschungsmöglichkeiten des Lieferanten durch den öffentlichen Auftraggeber oder einer zuständigen amtlichen Stelle.¹¹⁸

Obwohl – wie bereits dargelegt – die Eignungsprüfung eines Bieters oder Bewerbers streng von der Prüfung getrennt werden soll, ob das von ihm eingereichte Angebot die Zuschlagskriterien erfüllt, lassen die genannten Eignungskriterien zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit vermuten, daß es im Rahmen öffentlicher Lieferaufträge leicht zu einer Vermengung beider Teilnahmebestimmungen kommen kann. Denn jedenfalls ist zu fragen, wie die Eignungsprüfung von der Erteilung des Zuschlags getrennt werden kann, wenn – bereits vor der Erteilung des Zuschlags – Fotografien über das zu liefernde Produkt auch über die Eignung des Anbieters entscheiden sollen¹¹⁹.

Interessanterweise haben sich die Bestimmungen zu den Eignungskriterien seit dem ersten Vorschlag der Kommission zur Lieferkoordinierungsrichtlinie¹²⁰ kaum geändert. Ausgespart war hier lediglich eine Regelung für den Fall, daß ein Mitgliedstaat amtliche Listen der für öffentliche Lieferungen zugelassenen Lieferanten führt. Ein entsprechender Passus wurde in die Lieferkoordinierungsrichtlinie erst mit der Überarbeitung von 1993 aufgenommen und diese damit an die Bestimmungen in der Baukoordinierungsrichtlinie angepaßt¹²¹: Diejenigen Mitgliedstaaten, die amtliche Listen führen, sind nunmehr verpflichtet, dabei die bereits zitierten Bestimmungen zur Eignung von Bietern und Bewerbern zu beachten. Dies bedeutet, daß zur Aufnahme in eine solche Liste keine Bescheinigungen gefordert werden dürfen, die über die in der Richtlinie vorgesehenen Nachweise hinausgehen.¹²² Will ein Lieferant die Eintragung in eine amtliche Liste für eine Bewerbung um einen öffentlichen Auftrag in einem *anderen* Mitgliedstaat verwenden, stellt die Bescheinigung über die Aufnahme in die amtliche Liste lediglich eine Vermutung dar, daß der Anbieter für die seiner Klassifizierung in der Liste entsprechenden Lieferungen geeignet ist.¹²³ Möchte sich ein Lieferant in die Liste eines anderen Mitgliedstaates aufnehmen lassen, können laut Artikel 25 Absatz 4 der Lieferkoor-

¹¹⁸ Vgl. Art. 23 Abs. 1 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

¹¹⁹ Vgl. ebenda, Art. 23 Abs. 1 lit. d).

¹²⁰ Vgl. Abschnitt IV Kapitel 1 „Eignungskriterien“ des Vorschlags der Kommission zu einer Richtlinie des Rates betreffend die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. C 50 v. 22. 5. 1971, S. 15.

¹²¹ Vgl. E.X. dieser Arbeit.

¹²² Vgl. Art. 25 Abs. 1 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

¹²³ Vgl. ebenda, Art. 25 Abs. 3.

dinierungsrichtlinie 93/36/EWG entsprechend den Bestimmungen in der Baukoordinierungsrichtlinie von ihm keine anderen Nachweise als für inländische Lieferanten verlangt werden. Diese Vorschrift ist trotz des mißverständlichen Wortlauts so zu verstehen, daß von dem Lieferanten zwar der Nachweis über seine Eintragung in ein Berufsregister gefordert werden kann, wenn auch inländische Lieferanten diese Auflage erfüllen müssen, jedoch nur in das Berufsregister seines *Sitzstaates*. Das ergibt bereits der Bezug auf Artikel 21 der Lieferkoordinierungsrichtlinie, der im zweiten Absatz die einzelnen nationalen Berufs- und Handelsregister nennt.

Rechtsstreitigkeiten zwischen der Kommission und einigen Mitgliedstaaten der EU hatten es notwendig werden lassen, nähere Regelungen zu den amtlichen Listen in die Lieferkoordinierungsrichtlinie aufzunehmen. In einem Verfahren der Kommission gegen das Königreich Spanien hatte der Europäische Gerichtshof bereits vor Inkrafttreten des Artikel 25 der Lieferkoordinierungsrichtlinie entschieden, daß von Unternehmen anderer EU-Mitgliedstaaten, die die Aufnahme in eine amtliche Liste beantragen, keine anderen Nachweise als von inländischen Lieferanten verlangt werden können.^{124, 125} In derselben Entscheidung hatte der Gerichtshof klargestellt, daß es keinem Bieter oder Bewerber zum Nachteil gereichen dürfe, wenn ein Mitgliedstaat eine amtliche Liste führe.¹²⁶ Damit ist – im Gegensatz zur Sektorenrichtlinie¹²⁷ – sichergestellt, daß ein Unternehmen auch dann zum Vergabeverfahren zugelassen werden muß, wenn es eine Aufnahme in die Liste nicht beantragt hat; Voraussetzung ist natürlich gleichwohl, daß es die geforderten Leistungsnachweise – dann allerdings außerhalb des Listenverfahrens – erbringen kann. Weder in der Lieferkoordinierungsrichtlinie noch in der Entscheidung des Gerichtshof ist jedoch etwas darüber ausgesagt, ob ein Bieter oder Bewerber in einem konkreten Vergabeverfahren als ungeeignet abgewiesen werden darf, weil zuvor seine Aufnahme in die amtliche Liste des Mitgliedstaates des öffentlichen Auftraggebers gescheitert ist. Eine solche Ablehnung wäre mit den Bestimmungen der Lieferkoordinierungsrichtlinie meines Erachtens dann vereinbar, wenn sie auf das Vorliegen eines *Ausschlußgrundes* gestützt würde. Dieser läßt sich nämlich grundsätzlich nicht über den Zeitablauf korrigieren, was bereits unter E.X. dieser Arbeit kritisiert wurde. Anders müßte der Fall aber dann liegen, wenn eine Aufnahme in die Liste an einem der Positiv-Kriterien zur wirtschaftlichen, finanziellen

¹²⁴ Vgl. EuGH Rs. C-71/92 „Kommission vs. Königreich Spanien“, Urteil vom 17. 11. 1993, S. 11.

¹²⁵ Obwohl die entsprechende Klausel bereits in die Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG aufgenommen worden war, waren die Bestimmungen von den Mitgliedstaaten erst zum 14. 6. 1994 umzusetzen und bei Entscheidung des Rechtsstreits im November 1993 (noch) nicht anwendbar. Abgesehen davon war die Klage der Kommission bereits seit 1992 anhängig (wie man dem Aktenzeichen entnehmen kann) – zu einem Zeitpunkt also, zu dem die Richtlinienänderung selber noch gar nicht erlassen war.

¹²⁶ Vgl. EuGH Rs. C-71/92 „Kommission vs. Königreich Spanien“, Urteil v. 17. 11. 1993, S. 10.

¹²⁷ Vgl. H.VIII. dieser Arbeit.

oder technischen Leistungsfähigkeit des Bieters oder Bewerbers gescheitert war, weil der Lieferant das betreffende Kriterium zu einem späteren Zeitpunkt möglicherweise erfüllen kann.

Die Regelungen des GATT-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen von 1980 hatten eine Anpassung der Richtlinienbestimmungen zu den amtlichen Listen nicht notwendig gemacht, weil nach dem GATT-Übereinkommen nur sichergestellt sein mußte, daß die amtlichen Listen allen, also auch ausländischen, qualifizierten Lieferanten zugänglich sein müssen¹²⁸. Dies war für den Bereich der EU, um den allein es bei der Anpassung der Koordinierungsrichtlinien an das GATT-Übereinkommen ging, bereits aufgrund des Diskriminierungsverbots im EG-Vertrag gewährleistet.

IX. Der Zuschlag

Nach erfolgter Eignungsprüfung entscheiden die Zuschlagskriterien darüber, welches der eingegangenen Angebote zum Zuge kommt. Dabei unterscheidet sich die in der Lieferkoordinierungsrichtlinie gewählte Systematik nicht von derjenigen in der Baukoordinierungsrichtlinie, weswegen auf die Ausführungen zu den quantitativen und qualitativen Zuschlagskriterien niedrigster Preis und wirtschaftlich günstigstes Angebot unter E.XI. dieser Arbeit verwiesen werden kann.

Werden in der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG als Kriterien für die Auswahl des *wirtschaftlich günstigsten* Angebots beispielhaft Preis, Ausführungsfrist, Betriebskosten, Rentabilität oder technischer Wert genannt,¹²⁹ nennt die Lieferkoordinierungsrichtlinie über Preis, Lieferfrist und Betriebskosten hinaus weitere Kriterien wie Rentabilität, Qualität, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, technischer Wert, Kundendienst und technische Hilfe¹³⁰. Das bedeutet aber nicht, daß die letztgenannten Kriterien, wie etwa Ästhetik, bei der Ausschreibung eines öffentlichen Bauauftrags keine Rolle spielen dürfen; die beispielhafte Aufzählung stellt vielmehr klar, daß es sich um eine offene, erweiterbare Liste handelt. Voraussetzung ist aber – und insoweit unterscheiden sich Bau- und Lieferkoordinierung nicht voneinander – daß die Zuschlagskriterien in den Verdingungsunterlagen oder in der Bekanntmachung möglichst in der Reihenfolge ihrer Bedeutung angegeben werden¹³¹.

¹²⁸ Vgl. Art. V Abs. 2 lit. d) und e) des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen, ABl. L 71 v. 17. 3. 1980, S. 44.

¹²⁹ Vgl. Art. 30 Abs. 1 lit. b) der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

¹³⁰ Vgl. Art. 26 Abs. 1 lit. b) der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

¹³¹ Vgl. ebenda, Art. 26 Abs. 2; Art. 30 Abs. 2 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

Wie die Baukoordinierungsrichtlinie sieht auch die Lieferkoordinierungsrichtlinie vor, daß der öffentliche Auftraggeber ungewöhnlich niedrige Angebote ablehnen kann. Zuvor muß er vom Bieter jedoch schriftlich Aufklärung über die Einzelposten des Angebots verlangen.¹³² Das anschließende Prüfungsverfahren unterscheidet sich nicht von dem in der Baukoordinierungsrichtlinie.¹³³ Auch die Lieferkoordinierungsrichtlinie schreibt vor, daß der öffentliche Auftraggeber der Kommission die Ablehnung des als zu niedrig erachteten Angebots mitteilt, wenn das Zuschlagskriterium der niedrigste Preis ist;¹³⁴ während in der ersten Richtlinie zur Lieferkoordinierung noch vorgesehen war, daß der öffentliche Auftraggeber in diesen Fällen an den Beratenden Ausschuß für öffentliche Aufträge berichten sollte¹³⁵. Hintergrund dieser Umstellung, die erst mit der Richtlinie 93/36/EWG erfolgte, war, daß die Kommission mit den Richtlinien zusammenhängende Berichte und Mitteilungen in eigener Hand konzentrieren wollte¹³⁶.

Schon in der ersten Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG¹³⁷ war vorgesehen, daß Unternehmen Änderungsvorschläge einreichen können. Solche Änderungsvorschläge sind gegenwärtig immer dann zugelassen, wenn der öffentliche Auftraggeber den Lieferauftrag nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots vergibt¹³⁸ und Änderungsvorschläge in der Bekanntmachung nicht ausdrücklich *ausgeschlossen* hat¹³⁹. In den Verdingungsunterlagen hat er zudem die Mindestanforderungen zu erläutern, die die Änderungsvorschläge erfüllen müssen. Allerdings, das ergibt der Wortlaut im ersten Absatz des Artikel 16 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ist der öffentliche Auftraggeber nicht *verpflichtet*, Änderungsvorschläge zu berücksichtigen. Diese Formulierung verunsichert, weil es offensichtlich keiner weiteren Erklärung bedarf, weswegen der unter Umständen wirtschaftlich günstigste Vorschlag, der aber ein Änderungsvorschlag ist, trotz seiner Beurteilung als vorteilhaftestes Angebot nicht zum Zuge kommt. In der Richtlinie ist lediglich festgelegt, daß ein Änderungsvorschlag jedenfalls nicht deswegen abgelehnt werden darf, weil darin auf bestimmte Spezifikationen Bezug genommen wird oder weil der Änderungsvorschlag zu einem Dienstleistungsauftrag und nicht zu einem Lieferauftrag führt.¹⁴⁰

¹³² Vgl. Art. 27 Unterabs. 1 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

¹³³ Vgl. ebenda, Art. 27 Unterabs. 2.

¹³⁴ Vgl. ebenda, Art. 27 Unterabs. 3.

¹³⁵ Vgl. Art. 25 Abs. 7 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG, ABl. L 13 v. 15. 1. 1977, S. 1.

¹³⁶ Vgl. 17. Erwägung der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

¹³⁷ Vgl. Art. 8 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG, ABl. L 13 v. 15. 1. 1977, S. 1.

¹³⁸ Vgl. Art. 16 Abs. 1 Unterabs. 1 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

¹³⁹ Vgl. ebenda, Art. 16 Abs. 1 Unterabs. 2.

X. Berücksichtigung vergabefremder Aspekte

Im ersten Vorschlag der Kommission zur Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG war nicht vorgesehen, daß öffentliche Auftraggeber von den Zuschlagskriterien niedrigster Preis oder wirtschaftlich günstigstes Angebot zugunsten der Bevorzugung nationaler Anbieter abweichen durften.¹⁴¹ Der Wirtschafts- und Sozialausschuß, dem der Richtlinienvorschlag zwecks Anhörung zugeleitet worden war, kritisierte jedoch, daß das öffentliche Auftragswesen aufgrund dieser starren Zuschlagsregeln nicht mehr dazu benutzt werden konnte, „Zielsetzungen gemeinsamer Politiken, die anderweitig umschrieben sind“¹⁴², umzusetzen. Er hob insbesondere sozial-, technologie-, konjunktur- und regionalpolitische Funktionen hervor, denen das öffentliche Auftragswesen seiner Ansicht nach auch dienen sollte.¹⁴³ Unter anderem auf sein Betreiben hin wurde in die Bestimmungen zu den Zuschlagskriterien schließlich ein Passus aufgenommen, wonach von den Vergabekriterien niedrigster Preis oder wirtschaftlich günstigstes Angebot zugunsten einer Bevorzugung bestimmter Bieter dann abgewichen werden durfte, wenn die bevorzugende Regelung bei Annahme der Richtlinie bereits bestanden hatte und außerdem mit den Bestimmungen des EG-Vertrages vereinbar war¹⁴⁴. Insbesondere die struktur- und regionalpolitischen Funktionen des öffentlichen Auftragswesens wurden bei der zweiten Überarbeitung der Richtlinie 1988 in den Vordergrund gerückt, an der Regelung des Artikel 25 Absatz 4 der Richtlinie aber weiterhin festgehalten.¹⁴⁵ Darüber hinaus wurde klargestellt, daß nationale Bestimmungen bis zum 31. Dezember 1992 der Richtlinie *nicht* entgegenstehen würden, die darauf zielten, „den Abstand zwischen den verschiedenen Regionen zu verringern und die Schaffung von Arbeitsplätzen in Regionen, die in ihrer Entwicklung zurückgeblieben sind, sowie in im Rückgang befindlichen Industriegebieten zu fördern“¹⁴⁶. Voraussetzung war nach wie vor jedoch die Vereinbarkeit mit den Bestimmungen des EG-Vertrages sowie den internationalen Verpflichtungen der Gemeinschaft.

Seit der Anpassung der Richtlinie im Jahre 1993 ist die Einbeziehung vergabefremder Aspekte bei einer Ausschreibung nicht mehr ausdrücklich vorgesehen.

¹⁴⁰ Vgl. ebenda, Art. 16 Abs. 1 Unterabs. 3 und Abs. 2.

¹⁴¹ Vgl. Abschnitt IV, Kapitel 2 „Zuschlagskriterien“ des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie betreffend die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. C 50 v. 22. 5. 1971, S. 15.

¹⁴² I. Ziff. 1 Unterabs. 1 der Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem Vorschlag einer Richtlinie des Rates betreffend die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. C 30 v. 25. 3. 1972, S. 17.

¹⁴³ Vgl. ebenda.

¹⁴⁴ Vgl. Art. 25 Abs. 4 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG, ABl. L 13 v. 15. 1. 1977, S. 1.

¹⁴⁵ Vgl. Art. 16 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 88/295/EWG, ABl. L 127 v. 20. 5. 1988, S. 1.

¹⁴⁶ Art. ebenda, Artikel 16.

Das Kapitel „Zuschlagskriterien“ wurde insoweit – im Unterschied zur Baukoordinierungsrichtlinie, in der die Regelung zur Bevorzugung bestimmter Bieter beibehalten wurde¹⁴⁷ – korrigiert¹⁴⁸. Daß vergabefremde Aspekte über die offene Liste der Zuschlagskriterien zur Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots Einzug halten könnten, ist zwar nicht ausdrücklich ausgeschlossen, aber schon deswegen nicht anzunehmen, weil es ansonsten in der ersten Lieferkoordinierungsrichtlinie keiner Bestimmung bedurft hätte, die die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte ausdrücklich gestattete. Auf eine solche Auslegung deutet auch die Formulierung im vierten Absatz des Artikel 25 der Richtlinie 77/62/EWG hin, wonach *andere* als die Kriterien niedrigster Preis und wirtschaftlich günstigstes Angebot angewendet werden durften, wenn bestimmte Bieter bei der Vergabeentscheidung bevorzugt werden sollten. Aus beiden Tatsachen läßt sich der Schluß ziehen, daß die Richtlinie jetzt – nach Wegfall dieser Bestimmung – die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte beim Zuschlag nicht mehr gestattet.

Inwieweit die unter E.XII. dieser Arbeit bereits angesprochene *Beentjes*-Entscheidung, mit der der Europäische Gerichtshof im Rahmen der Baukoordinierungsrichtlinie unter Beachtung bestimmter Grundsätze die Berücksichtigung beispielsweise sozialer Aspekte bei der Auftragsvergabe zugelassen hat, auch die Vergabepraxis bei öffentlichen Lieferaufträgen beeinflussen wird, bleibt abzuwarten.

XI. Berichts- und Meldepflichten

Auch in die Lieferkoordinierungsrichtlinie wurden verschiedene Berichts- und Meldepflichten sowohl für die Mitgliedstaaten als auch für einzelne öffentliche Auftraggeber aufgenommen. Um sicherzustellen, daß die Richtlinie frist- und sachgerecht in nationales Recht umgesetzt würde, mußten und müssen die Mitgliedstaaten der Kommission die Umsetzung unverzüglich mitteilen und ihr den Wortlaut der wichtigsten innerstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften übermitteln¹⁴⁹.

Solange die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte ausdrücklich gestattet war, wollte die Kommission darüber wachen, daß nationale Präferenzregeln nicht mißbraucht wurden: Die erste Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG sah deswegen vor, daß die Mitgliedstaaten der Kommission entsprechende Maßnah-

¹⁴⁷ Vgl. E.XII. dieser Arbeit.

¹⁴⁸ Vgl. Abschnitt IV, Kapitel 3 „Zuschlagskriterien“ der Richtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

¹⁴⁹ Vgl. Art. 30 und 31 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG, ABl. L 13 v. 15. 1. 1977, S. 1; Art. 9 und 10 der Richtlinie 80/767/EWG, ABl. L 215 v. 18. 8. 1980, S. 1; Art. 20 und 21 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 88/295/EWG, ABl. L 127 v. 20. 5. 1988, S. 1 und Art. 34 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

men sowie die Einzelheiten ihrer Anwendung mitteilen und dazu einen jährlichen Bericht übersenden sollten.¹⁵⁰

Im Gegensatz zur ersten Baukoordinierungsrichtlinie¹⁵¹ waren bereits in der ersten Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG statistische Erhebungen vorgesehen, um Erfolg und Effizienz der Richtlinie – zumindest auf Ebene der Bundes- oder Zentralverwaltungen – beurteilen zu können: Die Mitgliedstaaten wurden verpflichtet, der Kommission im Jahresabstand eine Aufstellung über die von der Zentral- oder Bundesverwaltung nach der Lieferkoordinierungsrichtlinie vergebenen Aufträge zu übersenden.¹⁵² Dazu zählen in Deutschland nicht die Bundesländer. Ausdrücklich war zunächst auch eine Veröffentlichung des erhobenen Materials vorgesehen, deren Modalitäten in der Richtlinie jedoch nicht festgelegt wurden.¹⁵³ Von einer Veröffentlichung ist seit der Überarbeitung von 1988 keine Rede mehr; vielmehr wurde diese Bestimmung aus der Richtlinie 77/62/EWG ersatzlos gestrichen.¹⁵⁴ Andererseits wurden die Mitteilungspflichten der Mitgliedstaaten gegenüber der Kommission erweitert: Spätestens zum 31. Oktober eines jeden Jahres müssen die Mitgliedstaaten Anzahl und Wert der im zurückliegenden Jahr vergebenen öffentlichen Lieferaufträge mitteilen. Dabei sind die Aufträge aufzuschlüsseln nach Vergabeverfahren, Waren und Nationalität des Lieferanten, der den Zuschlag erhalten hat.¹⁵⁵

In der ersten Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG war – parallel zur Baukoordinierungsrichtlinie – vorgesehen, daß die Mitgliedstaaten der Kommission jährlich vor Ablauf des Monats Juni eine Aufstellung über Anzahl und Wert der Aufträge übermitteln sollten, die im *freihändigen Verfahren* vergeben worden waren. Von der Berichtspflicht ausgenommen waren jedoch alle für geheim erklärten Lieferungen wie auch solche, deren Ausführung besondere Sicherheitsmaßnahmen erforderte, sowie Aufträge über die Lieferung von Anlagen für die Datenverarbeitung.¹⁵⁶ Mit der ersten Überarbeitung von 1980 wurde die Berichtspflicht ausdrücklich auf einzelne öffentliche Auftraggeber ausgeweitet. Nunmehr waren öffentliche Auftraggeber verpflichtet, einen schriftlichen Bericht über *jeden* freihändig vergebenen Lieferauftrag anzufertigen, der aufzubewahren und im Bedarfsfalle der zuständigen nationalen Behörde zu übersenden war. Nicht erfaßt waren die

¹⁵⁰ Vgl. Art. 27 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG, ABl. L 13 v. 15. 1. 1977, S. 1.

¹⁵¹ Vgl. E.XIII. dieser Arbeit.

¹⁵² Vgl. Art. 29 Abs. 1 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG, ABl. L 13 v. 15. 1. 1977, S. 1.

¹⁵³ Vgl. ebenda, Art. 29 Abs. 2.

¹⁵⁴ Vgl. Art. 29 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 88/295/EWG, ABl. L 127 v. 20. 5. 1988, S. 1.

¹⁵⁵ Vgl. ebenda, Art. 29 Abs. 1 und 2 und Art. 31 Abs. 1 und 2 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

¹⁵⁶ Vgl. Art. 6 Abs. 2 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG, ABl. L 13 v. 15. 1. 1977, S. 1.

schon in der ersten Richtlinie ausgenommenen für geheim erklärten sowie besonderen Sicherheitsmaßnahmen unterliegenden Lieferaufträge und schließlich Aufträge über die Lieferung von Anlagen für die Datenverarbeitung. Da mit der Anpassung an das GATT-Übereinkommen von 1980 die Möglichkeit, an Börsen der Gemeinschaft notierte Waren freihändig einzukaufen, gestrichen worden war, entfiel auch die diesbezügliche Meldepflicht.¹⁵⁷

Nachdem das freihändige Verfahren in der Richtlinie 88/295/EWG vom Verhandlungsverfahren abgelöst worden war, wurden auch die zugehörigen Berichts- und Meldepflichten angepaßt und bis zur weiteren Überarbeitung von 1993 zudem auf das nicht offene Verfahren angewendet: Bis zur Änderung in der Richtlinie 93/36/EWG mußten öffentliche Auftraggeber einen schriftlichen Bericht mit Begründung für die Verfahrenswahl anfertigen, wenn sie einen Lieferauftrag im nicht offenen oder im Verhandlungsverfahren vergeben hatten. Auf Verlangen mußte dieser Bericht der Kommission vorgelegt werden.¹⁵⁸ Weil dies aber einen erheblichen Verwaltungsaufwand bedeutete und die Berichte ihrer Menge und ihres Umfangs wegen von der Kommission nicht effektiv verarbeitet werden konnten, wurde die Kontrolle über die Rechtmäßigkeit der angewendeten Verfahren in die Hände derjenigen gelegt, die sich am meisten dafür interessieren würden: in die Hände der abgewiesenen Bieter und Bewerber. Zwar muß jetzt jeder öffentliche Auftraggeber über alle vergebenen Aufträge einen Vergabevermerk anfertigen, der bestimmte Mindestangaben enthalten und auf Verlangen weiterhin an die Kommission übersendet werden muß,¹⁵⁹ darüber hinaus aber haben abgewiesene Bieter und Bewerber ein zusätzliches Kontrollinstrument an die Hand bekommen: Auf Antrag muß der öffentliche Auftraggeber ihnen die Gründe für die Ablehnung ihres Angebots oder ihrer Bewerbung nennen und ihnen im Falle eines Angebots den Namen des erfolgreichen Bieters mitteilen.¹⁶⁰ Daneben sind öffentliche Auftraggeber verpflichtet, Bewerbern und Bietern auf Anfrage die Gründe zu nennen, derentwegen sie auf eine Auftragsvergabe im wettbewerblichen Verfahren verzichtet haben.¹⁶¹ Eine ähnliche Kontrollmöglichkeit war bereits in der Überarbeitung von 1988 vorgesehen: Öffentliche Auftraggeber haben seitdem über jeden vergebenen Auftrag eine Bekanntmachung zu veröffentlichen,¹⁶² woran auch mit der Richtlinie 93/36/EWG festsgehalten wurde¹⁶³. Ob

¹⁵⁷ Vgl. Art. 4 der Richtlinie 80/767/EWG, ABl. L 215 v. 18. 8. 1980, S. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 lit. f) der Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG, ABl. L 13 v. 15. 1. 1977, S. 1.

¹⁵⁸ Vgl. Art. 6 Abs. 6 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 88/295/EWG, ABl. L 127 v. 20. 5. 1988, S. 1.

¹⁵⁹ Vgl. Art. 7 Abs. 3 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

¹⁶⁰ Vgl. ebenda, Art. 7 Abs. 1.

¹⁶¹ Vgl. ebenda, Art. 7 Abs. 2.

¹⁶² Vgl. Art. 9 Abs. 3 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 88/295/EWG, ABl. L 127 v. 20. 5. 1988, S. 1.

dieses Verfahren allerdings den gewünschten Kontrolleffekt durch abgewiesene Bieter und Bewerber hat, ist angesichts der Vielfalt von Veröffentlichungen im Supplement S zum Amtsblatt zu bezweifeln.

Wie in der Baukoordinierungsrichtlinie wurde auch in der Lieferkoordinierungsrichtlinie die Mitteilungspflicht an abgewiesene Bewerber oder Bieter auf Informationen über Merkmale und Vorteile des ausgewählten Angebots erweitert¹⁶⁴. Der Wortlaut der Klausel entspricht insoweit dem der Baukoordinierungsrichtlinie.

¹⁶³ Vgl. Art. 9 Abs. 3 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

¹⁶⁴ Vgl. geänderter Art. 7 Abs. 1 in Art. 2 der Richtlinie 97/52/EG, ABl. L 328 v. 28. 11. 1997, S. 1.

G. Die Koordinierung im Dienstleistungsbereich: Die Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, angepaßt durch die Richtlinie 97/52/EG

Weniger weil die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge als zu komplex erachtet wurde, sondern weil man sich von der Koordinierung in den Bereichen öffentliche Bau- und Lieferaufträge – jedenfalls nach offizieller Tonart – stärkere Auswirkungen auf den Binnenmarkthandel versprochen hatte als von der Koordinierung der öffentlichen Auftragsvergabe im Dienstleistungssektor,¹ wurde der Bereich öffentliche Dienstleistungsaufträge als letzter koordiniert. Tatsächlich wollten sich die Mitgliedstaaten, die ohnehin nur ungern auf ihre Einflußmöglichkeiten im Bereich des öffentlichen Auftragswesens verzichtet hatten, möglichst lange noch die Bastion öffentliche Dienstleistungsaufträge erhalten. Aus diesem Grund konnte die Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie schließlich auch nur deswegen verabschiedet werden, weil sich die Mitgliedstaaten auf eine sachlich nicht nachzuvollziehende unterschiedliche Behandlung von Dienstleistungen der Kategorie I A und der Kategorie I B geeinigt hatten. Zusätzlicher Druck ging bedauerlicherweise auch nicht von den GATT-Übereinkommen zum öffentlichen Beschaffungswesen aus, weil deren Bestimmungen auf die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge bis 1996 zunächst nicht anwendbar waren.

Der Koordinierung öffentlicher Dienstleistungsaufträge war neben den Koordinierungsmaßnahmen in den Bereichen Bau- und Lieferungen außerdem die Koordinierung der Auftragsvergabe in den sogenannten ausgenommenen Sektoren vorausgegangen. Die Sektorenrichtlinie soll jedoch erst anschließend betrachtet werden, weil sie gerade im Hinblick auf die Definition des Auftraggebers besondere Eigenarten aufweist, die nicht in die Homogenität der bisherigen Betrachtung passen.

Ihren Vorschlag für die Dienstleistungsrichtlinie legte die Kommission am 13. Dezember 1990 vor.² Erlassen wurde die Richtlinie 92/50/EWG³ am 18. Juni 1992. Grund für die verhältnismäßig rasche Verabschiedung waren weniger ein all-

¹ Vgl. Lee, Philip: Public Procurement, S. 129.

² Vgl. Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, KOM(90) 372 endg., Abl. C 23 v. 31. I. 1991, S. 1.

³ Vgl. Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

gemeines Bedürfnis zur Eile oder die Übereinstimmung der verantwortlichen Gremien in den wesentlichen Punkten als vielmehr die für die Verabschiedung der Richtlinie vorgegebenen knappen Fristen im Weißbuch von 1985. Der Wirtschafts- und Sozialausschuß bedauerte in diesem Zusammenhang, daß die Richtlinie aufgrund der terminlichen Vorgaben mit heißer Nadel gestrickt werden mußte und keinen Raum ließ, die verschiedenen wirtschaftlichen und beruflichen Tätigkeiten getrennt voneinander zu regeln.⁴ Dies wäre angesichts der unterschiedlichen Ausbildungssysteme in den einzelnen Mitgliedstaaten notwendig gewesen. Um hier diskriminierende Maßnahmen wirkungsvoll unterbinden zu können, müssen die Mitgliedstaaten mindestens gezwungen werden, ihre Berufszertifikate gegenseitig anzuerkennen. Dies soll unter K.VI. dieser Arbeit näher betrachtet werden.

In Aufbau und Inhalt ähnelt die Dienstleistungskordinierungsrichtlinie der Bau- und der Lieferkordinierungsrichtlinie, unterscheidet aber im Gegensatz dazu zwei Kategorien von Aufträgen, für die unterschiedliche Bestimmungen der Richtlinie einschlägig sind. Lediglich die erste Kategorie von Dienstleistungsaufträgen, zu denen beispielsweise Instandhaltung und Reparatur, Fracht- und Personenbeförderung im Flugverkehr sowie das Fernmeldewesen gehören, unterliegen der vollen Anwendung der Koordinierungsrichtlinie. Auf die zweite Kategorie Dienstleistungen, etwa das Gaststätten- und Beherbergungsgewerbe, sind lediglich die allgemeinen technischen Bestimmungen der Richtlinie sowie bestimmte Publizitätsvorschriften anwendbar.⁵ Ursache für diese Differenzierung war der Wunsch der Mitgliedstaaten, die volle Anwendung der Richtlinie zunächst auf solche Dienstleistungen zu beschränken, bei denen ein grenzüberschreitender Handel bereits festzustellen war oder wenigstens erwartet wurde. Alle anderen Dienstleistungen sollten zunächst nur beobachtet werden, um zu einem späteren Zeitpunkt geeignete Maßnahmen zur weiteren Koordinierung treffen zu können.⁶ Eine weitere Besonderheit gegenüber der Bau- und der Lieferkordinierungsrichtlinie liegt in der Bereitstellung eines zusätzlichen Vergabeverfahrens, des *Wettbewerbs*,⁷ den öffentliche Auftraggeber bei Auftragsvergaben im Zusammenhang mit Raum- und Stadtplanung, der Architektur und der Datenverarbeitung anwenden können.

⁴ Vgl. Abschnitt 2.2. und 2.3. der Stellungnahme 91/C 191/16 des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. C 191 v. 22. 7. 1991, S. 41.

⁵ Vgl. Abschnitt II i.V.m. den Anhängen I A und I B der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

⁶ Vgl. ebenda, 21. Erwägung.

⁷ Vgl. ebenda, Art. 1 lit. g).

I. Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers und der öffentliche Dienstleistungsauftrag

Aus Sicht der Kommission und der EU-Mitgliedstaaten hatte sich die in der Baukoordinierungsrichtlinie von 1988 fixierte Definition des öffentlichen Auftraggebers als praktikabel und umfassend bewährt und wurde deswegen (vor entsprechender Anpassung der Lieferkoordinierungsrichtlinie im Jahr 1993)⁸ auch in die Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie aufgenommen.

Verknüpfungen mit der Bau- und der Lieferkoordinierungsrichtlinie ergeben sich aber nicht nur im Hinblick auf die Definition des öffentlichen Auftraggebers, sondern auch aufgrund der erforderlichen Abgrenzung des Dienstleistungs- vom Baubeziehungsweise vom Lieferauftrag. Der Begriff des Dienstleistungsauftrags ist negativ formuliert und bedient sich im Rahmen des gewählten Ausschlußprinzips einer abgestuften Regelung: Öffentliche Dienstleistungsaufträge sind alle zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge, sofern es sich nicht um Bauaufträge im Sinne der Baukoordinierungsrichtlinie oder um Lieferaufträge im Sinne der Lieferkoordinierungsrichtlinie handelt.⁹ Dabei ist der Begriff des Dienstleistungserbringers nicht auf den privaten Sektor beschränkt; in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen auch die Dienstleistungen öffentlicher Einrichtungen, sofern diese entgeltlich angeboten werden.¹⁰ Mit der gewählten negativen Formulierung sollte der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie der Charakter einer abschließenden Regelung mit Auffangfunktion verliehen werden, um mit ihrer Hilfe alle Auftrags-typen zu erfassen, die weder in den Anwendungsbereich der Bau- noch in den der Lieferkoordinierungsrichtlinie fielen.¹¹ Schwierig wird die Zuordnung jedoch dann, wenn die abgeschlossenen Verträge Leistungsbestandteile enthalten, die nicht nur eindeutig einem, sondern mehreren der genannten Bereiche zuzuordnen sind. Denn ein öffentlicher Auftrag kann nach der Systematik der Koordinierungsrichtlinien im Gegensatz zu den einschlägigen Liberalisierungsbestimmungen im EG-Vertrag entweder nur Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrag sein, weil es schon aus praktischen Erwägungen nicht möglich ist, sich teilweise gegenseitig ausschließende Elemente der verschiedenen Richtlinien miteinander zu verbinden. In der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie wird in Artikel 2 aber ausdrücklich nur der Fall geregelt, daß ein Auftrag sowohl Dienstleistungs- als auch Lieferbestandteile enthält. Ob der Gesamtauftrag in diesem Fall als Liefer- oder Dienstleistungsauftrag eingestuft wird, hängt davon ab, welcher Anteil – derjenige der Lie-

⁸ Vgl. F.I. dieser Arbeit.

⁹ Vgl. Art. 1 lit. A i) der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

¹⁰ Vgl. ebenda, Art. 1 lit. c).

¹¹ Vgl. Prieß, Hans-Joachim: Das Recht des öffentlichen Auftragswesens nach der Umsetzung des Europäischen Rechts: Ausschreibungspflichten, Verfahren und Rechtsschutz, S. 23.

ferung oder der Dienstleistung – am Gesamtauftrag überwiegt. Eine entsprechende Regelung für die Abgrenzung zwischen Bau- und Dienstleistungen fehlt im Text, findet sich aber in den Erwägungen zur Richtlinie. Auch hier soll anhand des Schwerpunkts der enthaltenen Leistungen entschieden werden, ob das geplante Vorhaben als Bau- oder Dienstleistungsauftrag zu gelten hat und nach der Bau- oder der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie vorgegangen werden muß. In den Erwägungen zur Dienstleistungskordinierungsrichtlinie heißt es hierzu:

„... Ein Vertrag (muß), um als öffentlicher Bauauftrag eingeordnet zu werden, die hauptsächlich Errichtung eines Bauwerks im Sinne der Richtlinie zum Inhalt haben. ... Soweit Bauleistungen ... lediglich von untergeordneter Bedeutung sind und somit nicht den Inhalt des Vertrages ausmachen, führen sie nicht zu einer Einordnung des Vertrages als öffentlicher Bauauftrag.“¹²

Bestimmte Einzelverträge, bei denen es sich dem Grundsatz nach um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag handelt, sind vom Anwendungsbereich der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie ausgenommen. Hier setzt die zweite Stufe des Ausschlußprinzips an. Die Dienstleistungskordinierungsrichtlinie ist nicht anwendbar auf:

- Verträge über Erwerb oder Miete von oder *Rechte an Grundstücken* oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen; finanzielle Dienstleistungsverträge, die in Zusammenhang mit dem Kauf- oder Mietvertrag abgeschlossen werden, werden jedoch erfaßt;
- Kauf, Entwicklung, Produktion oder Koproduktion von *Programmen durch Rundfunk- oder Fernsehanstalten* sowie die Ausstrahlung von Sendungen;
- *Fernsprechdienstleistungen*, Telexdienste, der bewegliche Telefondienst, Funkrufdienst und die Satellitenkommunikation;
- Aufträge über *Schiedsgerichts- und Schlichtungsleistungen*;
- Verträge über finanzielle Dienstleistungen im Zusammenhang mit Ausgabe, Verkauf, Ankauf oder Übertragung von Wertpapieren oder anderen *Finanzinstrumenten* sowie Dienstleistungen der Zentralbanken;
- *Arbeitsverträge*;
- Aufträge über *Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen* anderer Art als derjenigen, deren Ergebnisse ausschließlich Eigentum des öffentlichen Auftraggebers für seinen Gebrauch bei der Ausübung seiner eigenen Tätigkeit sind, sofern die Dienstleistung vollständig durch den öffentlichen Auftraggeber vergütet wird.¹³

¹² 16. Erwägung der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

¹³ Vgl. ebenda, Art. 1 lit a).

Die erste Ausnahme (Erwerb von Rechten an Grundstücken) war geschaffen worden, um das gerade auf kommunaler Ebene immer populärer werdende „Sale and lease back-Verfahren“ nicht zu konterkarieren. Nach dem genannten Prinzip verkaufen insbesondere Gemeinden und andere kommunale Verwaltungsträger bestehende Gebäudekomplexe an private Unternehmen, um auf diese Weise Liquidität zu schaffen. Da sie die Gebäude jedoch meist für ihre Verwaltungstätigkeit oder zur Bereitstellung öffentlicher Leistungen benötigen, mieten sie die Gebäude im Gegenzug wieder an. Gegen die Ausnahme von Leasing- und Mietverträgen aus dem Anwendungsbereich der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie hatte sich der Wirtschafts- und Sozialausschuß in seiner Stellungnahme zum Richtlinienvorschlag der Kommission ausgesprochen,¹⁴ war damit aber an Kommission und Rat gescheitert. Durchsetzen konnte sich der Wirtschafts- und Sozialausschuß jedoch mit seiner Forderung, öffentliche Dienstleistungskonzessionen¹⁵ in den Anwendungsbereich der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie einzubeziehen¹⁶. Die Kommission hatte diese in ihrem Entwurf zur Richtlinie ausnehmen wollen. Gegen die Einbeziehung von Programmen durch Rundfunk- oder Fernsehanstalten in den Anwendungsbereich der Richtlinie hatten sich die öffentlich-rechtlichen Fernsehanstalten erfolgreich gewehrt. Sie wollten sich in ihrer Entscheidungsfreiheit bei der Programmgestaltung – auch mit Blick auf die private Konkurrenz – nicht eingengen lassen.¹⁷ Bei den Fernsprechkonzeptionen gab es zur Zeit des Erlasses der Richtlinie in vielen EU-Mitgliedstaaten noch keine Möglichkeit, unter mehreren Anbietern zu wählen. In Deutschland gab es zum damaligen Zeitpunkt nur die heutige Telekom. Schiedsrichter und Schlichter werden nicht allein wegen ihrer Kompetenz ausgewählt, sondern auch aufgrund des in sie gesetzten Vertrauens. Dieses Auswahlkriterium läßt sich nach Ansicht von Kommission und Rat nicht objektiv festlegen, weswegen auch Schiedsgerichts- und Schlichtungsleistungen vom Anwendungsbereich der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie ausgenommen wurden. Dies trifft auch auf Arbeitsverträge sowie Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen zu.¹⁸

¹⁴ Vgl. Abschnitt 3.2.2. der Stellungnahme 91/C 191/16 des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. C 191 v. 22. 7. 1991, S. 41.

¹⁵ Eine öffentliche Dienstleistungskonzession ist ein Vertrag zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einer anderen Stelle, aufgrund dessen der Auftraggeber die Ausführung einer zugunsten der Öffentlichkeit ausgeübten Tätigkeit, die seiner Verantwortung untersteht, einer anderen Stelle seiner Wahl überträgt, die die Tätigkeit gegen das Recht zur Nutzung dieser Tätigkeit oder gegen dieses Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises ausführt. Vgl. zu dieser Definition Art. 1 lit. h) des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, KOM(90) 372 endg., ABl. C 23 v. 31. 1. 1991, S. 1.

¹⁶ Vgl. Abschnitt 3.2.4. der Stellungnahme 91/C 191/16 des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. C 191 v. 22. 7. 1991, S. 41.

¹⁷ Persönliches Gespräch.

¹⁸ Persönliches Gespräch.

Die vom Anwendungsbereich der Dienstleistungskoordinerungsrichtlinie erfaßten Dienstleistungen werden in den Anhängen I A und I B der Richtlinie – nach den in der Einleitung dieses Kapitels bereits genannten zwei Kategorien – unter Verweis auf die CPC-Nomenklatur der Vereinten Nationen¹⁹ abschließend spezifiziert.

II. Anwendungsbereich

Wie schon Bau- und Lieferaufträge sollten auch öffentliche Dienstleistungsaufträge geringeren Umfangs vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen werden, weil die Urheber der Richtlinie davon ausgingen, daß eine EU-weite Ausschreibung erst von einer gewissen Größenordnung an Sinn habe. Deswegen wurde für Dienstleistungsaufträge ein Schwellenwert in Höhe von ursprünglich 200.000 ECU festgelegt. Erst wenn das geschätzte Volumen eines Dienstleistungsauftrags diesen Wert erreichte oder überstieg, waren die Bestimmungen der Richtlinie einschlägig. Wegen des sehr viel höheren Schwellenwertes von 5 Millionen Sonderziehungsrechten in der Baukoordinierungsrichtlinie konnte dies im Bereich bauplanerischer Leistungen von Anfang zu Ungleichbehandlungen führen: Lag nämlich das geschätzte Gesamtvolumen eines Bauauftrags mit einem Anteil an planerischen Leistungen von mindestens 200.000 ECU unterhalb des Schwellenwertes von 5 Millionen Sonderziehungsrechten und überstiegen die planerischen Leistungen nicht den Wert der Bauausführung, griffen weder die Bestimmungen der Bau- noch die der Dienstleistungskoordinerungsrichtlinie. In einem solchen Fall wäre – aufgrund des Übergewichts der Bauleistungen – nämlich allein die Baukoordinierungsrichtlinie einschlägig gewesen, die jedoch wegen Nichterreichens des Schwellenwertes nicht anwendbar war. „Findige“ öffentliche Bauherren konnten und können – auch nach Änderung des Schwellenwertes aufgrund des WTO-Abkommens von 1994 – auf diese Weise die Anwendung der Dienstleistungskoordinerungsrichtlinie umgehen, wenn sie die Bauplanung und -ausführung in einem Vertrag miteinander verbinden und nicht getrennt in Auftrag geben, und der gesamte Auftragswert unterhalb der Schwelle von 5 Millionen Sonderziehungsrechten liegt. Interessanterweise ist in der Dienstleistungskoordinerungsrichtlinie wie auch in der Bau- und in der Lieferkoordinierungsrichtlinie zwar vorgesehen, daß Aufträge nicht mit der Absicht in Lose aufgeteilt werden dürfen, die Auftragsvergabe dem Anwendungsbereich der Richtlinie zu entziehen²⁰. Die Tatsache, daß verschiedene Aufträge auch *verbunden* werden können, um sie den Bestimmungen der Richtlinien zu entziehen, wurde offenbar übersehen. Hätte sich die Kommissi-

¹⁹ Vgl. Verordnung (EWG) Nr. 3693/93 betreffend die statistische Güterklassifikation in Verbindung mit den Wirtschaftszweigen in der Europäischen Gemeinschaft, ABl. L 342 v. 31. 12. 1993, S. 1.

²⁰ Vgl. Art. 7 Abs. 3 der Dienstleistungskoordinerungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

on mit ihrem Entwurf zur Dienstleistungskordinierungsrichtlinie durchgesetzt, wäre eine solche Umgehung nicht möglich gewesen. Auf die reine Bauplanung wären dem Entwurf zufolge die Regeln der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie nämlich nur dann anwendbar gewesen, wenn der Auftragswert des damit verbundenen *Bauprojekts* den Schwellenwert der Baukordinierungsrichtlinie erreicht oder überschritten hätte²¹. Dagegen hatte sich aber mit Erfolg der Wirtschafts- und Sozialausschuß gewandt, der nicht auf die Gesamtkosten des zu planenden Bauwerks zurückgreifen, sondern vielmehr den Wert der planerischen Leistung²² selber ansetzen wollte.

Differenziert nach Auftragsart wurde in die Dienstleistungskordinierungsrichtlinie eine Anleitung zur Berechnung des geschätzten Auftragswerts aufgenommen: Bei Versicherungsleistungen ist die Versicherungsprämie ausschlaggebend, die die Kommission ursprünglich auf einen Wert von jährlich 100.000 ECU hatte festlegen wollen,²³ für die dann aber auch der Schwellenwert von 200.000 ECU galt. Bei finanziellen Dienstleistungen sind Gebühren, Provisionen, Zinsen und andere vergleichbare Vergütungen anzusetzen, und auch für Verträge, die Planungsleistungen beinhalten, werden die Gebühren oder Provisionen zugrundegelegt. Bei Aufteilung eines Auftrags in mehrere Lose müssen die einzelnen Lose zur Bestimmung des Auftragsvolumens addiert werden. Erreicht oder überschreitet die Summe der Auftragsvolumina aller Lose den Schwellenwert, so sind die Bestimmungen der Richtlinie auf alle Lose anwendbar. Dem öffentlichen Auftraggeber steht es allerdings frei, die Bestimmungen der Richtlinie auf solche Lose anzuwenden, deren geschätzter Wert unterhalb von 80.000 ECU liegt, sofern der kumulierte Wert solcher Lose 20% des Wertes *aller* Lose nicht übersteigt.²⁴ Bei Dauerschuldverhältnissen unterscheidet die Richtlinie zur Bestimmung des Auftragsvolumens nach der Laufzeit des Vertrages: Bei einer Laufzeit von bis zu vier Jahren ist der geschätzte Gesamtwert für die Dauer des Vertrages anzusetzen; bei einer Laufzeit von mehr als vier Jahren ergibt sich der Vertragswert aus der monatlichen Zahlung multipliziert mit dem Faktor 48.²⁵ Bei regelmäßig zu vergebenden Aufträgen und Daueraufträgen errechnet sich der Auftragswert entweder anhand des tatsächlichen Auftragswerts für entsprechende Leistungen der vorangegangenen zwölf Monate, wobei gegebenenfalls Anpassungen an Mengen- und Kostenänderungen vorgenommen wer-

²¹ Vgl. Art. 8 Abs. 2 des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. C 23 v. 31. 1. 1991, S. 1.

²² Vgl. Ziff. 3.5.1.2. der Stellungnahme 91/C 191/16 des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. C 191 v. 22. 7. 1991, S. 41.

²³ Vgl. Art. 8 Abs. 1 des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. C 23 v. 31. 1. 1991, S. 1.

²⁴ Vgl. Art. 7 Abs. 4 der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

²⁵ Vgl. ebenda, Art. 7 Abs. 5.

den sollen. Alternativ dazu kann der Wert auch anhand des geschätzten Gesamtwertes für die auf die erste Dienstleistungserbringung folgenden zwölf Monate bestimmt werden²⁶.

Obwohl die Kommission in dem Bemühen angetreten war, die Richtlinien durch die Einarbeitung der WTO-Bestimmungen nicht zu komplizieren,²⁷ ist ihr das bei der Änderung der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie nicht gelungen. So gibt es nun statt *einem* Schwellenwert drei Schwellenwerte. Für Dienstleistungen der Kategorie B sowie für die in Kategorie A aufgeführten Dienstleistungen aus den Bereichen Forschung und Entwicklung und für bestimmte Fernmeldediensten gilt grundsätzlich weiterhin der Schwellenwert von 200.000 ECU. Für alle übrigen Dienstleistungen der Kategorie A gilt ein gesplitteter Schwellenwert: Werden solche Dienstleistungen von im Anhang I der Lieferkordinierungsrichtlinie aufgeführten Auftraggebern vergeben, beträgt der Schwellenwert 130.000 Sonderziehungsrechte; sind die betreffenden Auftraggeber nicht in Anhang I der Lieferkordinierungsrichtlinie aufgeführt, also keine speziellen „WTO-Auftraggeber“, gilt ein Schwellenwert von 200.000 Sonderziehungsrechten²⁸. Im Zuge des geteilten Schwellenwertes mußten auch die Schwellenwerte für Wettbewerbe, die zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrags führen sollen, entsprechend gesplittet werden²⁹.

Wie bereits in der Bau- und der Lieferkordinierungsrichtlinie vorgesehen, sind auch die Bestimmungen der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie nicht auf alle Auftragsarten anwendbar, auch wenn es sich dem Grundsatz nach um Dienstleistungsaufträge im Sinne der Richtlinie handelt. Ausgenommen sind:

- Dienstleistungsaufträge im Bereich der *Verteidigung*, sofern die Regelung des Artikel 223 EG-Vertrag eingreift³⁰ (Artikel 4 Absatz 1 der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie);
- Dienstleistungsaufträge, die für *geheim erklärt* werden oder deren Ausführung besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordert, oder wenn der Schutz wesentlicher Interessen eines Staates es gebietet (Artikel 4 Absatz 2 der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie);

²⁶ Vgl. ebenda, Art. 7 Abs. 6.

²⁷ Vgl. 7. Erwägung des Vorschlags der Kommission 95/C 138/01 vom 27. April 1995 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 92/50/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, der Richtlinie 93/36/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge und der Richtlinie 93/37/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. C 138 v. 3. 6. 1995, S. 1.

²⁸ Vgl. geänderter Art. 7 Abs. 1 lit. a) in Art. 1 der Richtlinie 97/52/EG, ABl. L 328 v. 28. 11. 1997, S. 1.

²⁹ Vgl. ebenda, geänderter Art. 13 Abs. 1 und Abs. 2 in Art. 1.

³⁰ Art. 223 EG-Vertrag Abs. 1 lit. b. gestattet, auch öffentliche Dienstleistungsaufträge vom Anwendungsbereich der Richtlinie dann auszunehmen, wenn dies wesentlichen Sicherheitsinteressen im Zusammenhang mit der Erzeugung oder dem Handel von Waffen, Munition und Kriegsmaterial entspricht.

- Dienstleistungsaufträge, die aufgrund eines zwischen einem Mitgliedstaat und einem Drittland oder mehreren Drittländern geschlossenen *internationalen Abkommens* vergeben werden (Artikel 5 Buchstabe a) der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie);
- Dienstleistungsaufträge, die aufgrund eines internationalen Abkommens in Zusammenhang mit der *Stationierung von Truppen* geschlossen werden (Artikel 5 Buchstabe b) der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie);
- Dienstleistungsaufträge, die dem besonderen Verfahren einer *internationalen Organisation* unterliegen (Artikel 5 Buchstabe c) der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie);
- Dienstleistungsaufträge, die an einen anderen *öffentlichen Auftraggeber* aufgrund eines diesem gewährten ausschließlichen Rechts vergeben werden (Artikel 6 der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie);
- Dienstleistungsaufträge, die von einem Auftraggeber aus den sogenannten *ausgenommenen Sektoren* vergeben werden (Artikel 1 Buchstabe a) Ziffer ii) der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie).

Die genannten Ausschlußgründe sind, wie der Europäische Gerichtshof in der Entscheidung zu einem Rechtsstreit der Kommission gegen Spanien ausgeführt hat, abschließend;³¹ weitere Ausnahmen folglich nicht zulässig. Zugleich wacht der Europäische Gerichtshof streng darüber, daß auch die eingeräumten Ausnahmen nicht mißbraucht werden: In der Entscheidung eines Rechtsstreits der Kommission gegen Italien, der zwar die Anwendung der Lieferkordinierungsrichtlinie betraf, auf die Dienstleistungskordinierungsrichtlinie aber übertragbar ist, stellte der Gerichtshof fest, daß ein öffentlicher Auftraggeber sich dann nicht auf eine Ausnahmeregelung berufen dürfe, wenn die Vorschriften der Richtlinie auf andere Weise angewendet werden könnten, ohne die berechtigten Interessen des Mitgliedstaates zu verletzen.³² Eine Rolle spielt dieser Urteilsspruch insbesondere bei vor schnell für geheim erklärten öffentlichen Aufträgen.

III. Vergabeverfahren

Wie die Bau- und die Lieferkordinierungsrichtlinie unterscheidet auch die Dienstleistungskordinierungsrichtlinie zwischen offenen, nicht offenen und Verhandlungsverfahren.^{33, 34} Darüber hinaus sieht die Dienstleistungskordinierungs-

³¹ Vgl. EuGH Rs. C-71/92 „Kommission vs. Königreich Spanien“, Urteil v. 17. 11. 1993, S. 13.

³² Vgl. EuGH Rs. C-3/88 „Kommission vs. Italienische Republik“, Slg. 1989, S. 4035 (4061 ff.).

³³ Vgl. Art. 1 lit. d) bis f) der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

richtlinie auf den Gebieten Raum- und Stadtplanung, Architektur, Bauwesen und Datenverarbeitung – wie schon erwähnt – die Veranstaltung von Wettbewerben vor: Im Rahmen solcher Auslobungsverfahren sollen Anbieter Pläne oder Planungen einreichen, über deren Realisierung Preisgerichte entscheiden³⁵. Die genannten Verfahren finden jedoch nur auf die vorrangigen Dienstleistungen der *Kategorie I A* Anwendung. Es sind dies:

- Instandhaltung und Reparatur;
- Landverkehr einschließlich Geldtransporte und Kurierdienste, ohne Postverkehr;
- Fracht- und Personenbeförderung im Flugverkehr, ohne Postverkehr;
- Postbeförderung im Landverkehr sowie Luftpostbeförderung;
- Fernmeldewesen;
- finanzielle Dienstleistungen, a) Versicherungsleistungen, b) Bankenleistungen und Wertpapiergeschäfte;
- Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten;
- Forschung und Entwicklung (mit Ausnahmen);
- Buchführung, -haltung und -prüfung;
- Markt- und Meinungsforschung;
- Unternehmensberatung und verbundene Tätigkeiten;
- Architektur, technische Beratung und Planung; integrierte technische Leistungen; Stadt- und Landschaftsplanung; zugehörige wissenschaftliche und technische Beratung; technische Versuche und Analysen;
- Werbung;
- Gebäudereinigung und Hausverwaltung;
- Verlegen und Drucken gegen Vergütung oder auf vertraglicher Grundlage;
- Abfall- und Abwasserbeseitigung; sanitäre und ähnliche Dienstleistungen.³⁶

Enthält ein Dienstleistungsauftrag Anteile von Dienstleistungen, die nicht in Anhang I A der Richtlinie genannt sind, müssen die Verfahrensvorschriften der Richtlinie dann angewendet werden, wenn der Anteil der in Anhang I A genannten Leistungen am Gesamtwert überwiegt.³⁷ Auch hier wird wieder die Möglichkeit eröffnet, durch die „geschickte“ Verbindung einer der in Kategorie I A genannten

³⁴ Vgl. zur Definition dieser Verfahren die Abschnitte E.VI. dieser Arbeit.

³⁵ Vgl. Art. 1 lit. g) der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

³⁶ Vgl. ebenda, Anhang I A.

³⁷ Vgl. ebenda, Art. 10.

Dienstleistung mit weiteren, nicht dieser Kategorie zugehörigen Dienstleistungen einen Auftrag bewußt dem Anwendungsbereich der Richtlinie zu entziehen.

Vom Anwendungsbereich der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie wollte der Wirtschafts- und Sozialausschuß sämtliche „Dienstleistungen, die im Rahmen von Forschungsarbeiten, Versuchen, Experimenten oder Entwicklungsarbeiten ausgeführt werden“,³⁸ ausnehmen, scheiterte damit am Widerstand des Rates, der sich für eine vermittelnde Lösung entschied. Anstelle des Vorschlags der Kommission, *alle* mit Forschung und Entwicklung in Zusammenhang stehenden Dienstleistungsaufträge dem Anwendungsbereich der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie zu unterwerfen, und des genannten Wunsches des Wirtschafts- und Sozialausschusses unterliegen jetzt nur diejenigen Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen den kompletten Vorschriften der Richtlinie 92/50/EWG, deren „Ergebnisse ausschließlich Eigentum des Auftraggebers für seinen Gebrauch bei der Ausübung seiner eigenen Tätigkeiten sind, sofern die Dienstleistung vollständig durch den Auftraggeber vergütet wird“³⁹.

Was die *Wahl* der anzuwendenden Verfahren betrifft, wurde auch bei der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie wiederum versäumt, eine klare Priorität zugunsten der offenen Verfahren zu schaffen. Vielmehr stehen diese auf einer Stufe mit den nicht offenen Verfahren⁴⁰. Offene und nicht offene Verfahren finden immer dann Anwendung, wenn die Voraussetzungen für die Anwendung des Verhandlungsverfahrens mit oder ohne vorherige Bekanntmachung nicht vorliegen. Das Verhandlungsverfahren *mit vorheriger Vergabebekanntmachung* kann in folgenden Fällen angewendet werden:

- wenn nach Durchführung eines offenen oder nicht offenen Verfahrens *keine ordnungsgemäßen* oder nur *unannehmbare Angebote* eingegangen sind; einer Bekanntmachung bedarf es nicht, wenn der Auftraggeber in die anschließenden Verhandlungen alle geeigneten Bieter einbezieht, die im vorangegangenen Verfahren ein Angebot eingereicht haben;
- bei Dienstleistungen, die eine *vorherige globale Preisgestaltung* nicht zulassen;
- wenn vertragliche *Spezifikationen nicht hinreichend genau festgelegt* werden können, um den Auftrag durch die Wahl des besten Angebots im Rahmen eines offenen oder nicht offenen Verfahrens vergeben zu können; dies gilt insbesondere bei geistig-schöpferischen und finanziellen Dienstleistungen.⁴¹

³⁸ Ziff. 3.6.2. der Stellungnahme 91/C 191/16 des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. C 191 v. 22. 7. 1991, S. 41.

³⁹ Zeile 8 i.V.m. Fußnote 4 des Anhangs I A der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

⁴⁰ Vgl. ebenda, Art. 11 Abs. 4.

⁴¹ Vgl. ebenda, Art. 11 Abs. 2.

In den folgenden Fällen kann der öffentliche Auftraggeber einen Auftrag im Verhandlungsverfahren vergeben, *ohne die Vergabeabsicht zuvor bekanntzumachen*:

- wenn im Rahmen eines offenen oder nicht offenen Verfahrens *keine oder keine geeigneten Angebote* abgegeben worden sind;
- wenn die Dienstleistung aus technischen oder künstlerischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten *nur von einem bestimmten Anbieter* ausgeführt werden kann;
- wenn *im Anschluß an einen Wettbewerb* der Auftrag an den Gewinner oder einen der Gewinner vergeben werden soll; im Falle mehrerer Gewinner müssen all diese an den Verhandlungen beteiligt werden;
- im Falle *dringlicher, zwingender Gründe* im Zusammenhang mit Ereignissen, die der Auftraggeber nicht voraussehen konnte und die er auch nicht verschuldet hat;
- im Falle *zusätzlicher Dienstleistungen*, die wegen eines unvorhergesehen Ereignisses zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen erforderlich sind; der Gesamtwert der zusätzlichen Leistungen darf jedoch 50% des Wertes des Hauptauftrages nicht übersteigen;
- bei neuen Dienstleistungen, die in der *Wiederholung gleichartiger Leistungen* bestehen, die durch denselben Auftraggeber an den gleichen Dienstleistungserbringer vergeben werden, der den ersten Auftrag erhalten hat; die Möglichkeit des Anschlußauftrags muß bereits bei der Ausschreibung des ersten Vorhabens angegeben werden; das Verfahren darf zudem nur binnen drei Jahren nach Abschluß des ersten Auftrags angewendet werden.⁴²

Leider wurde auch bei der Konzeption der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie nicht der Versuch unternommen, die Voraussetzungen für die Anwendung des Verhandlungsverfahrens möglichst eng zu fassen. Hierfür setzte sich auch nicht der Wirtschafts- und Sozialausschuß, der den Katalog der Ausnahmen vom offenen und nicht offenen Verfahren sogar noch erweitern wollte auf „Angebote für die Erbringung geistiger Leistungen . . . , die ein hohes Maß an Sachverstand erfordern“⁴³. Eine solche Formulierung hätte vermutlich den Effekt einer Generalklausel gehabt. Abgewiesene Bieter hätten dann unter Zugzwang gestanden und das Gegenteil darlegen und gegebenenfalls auch beweisen müssen.

Auch wenn der Wirtschafts- und Sozialausschuß sich mit seinen Vorschlägen zu einer umfassenderen Anwendung des Verhandlungsverfahrens nicht durchsetzen konnte, stellt der dennoch weite Ausnahmekatalog vom offenen und nicht offenen

⁴² Vgl. ebenda, Art. 11 Abs. 3.

⁴³ Ziff. 3.6.1. der Stellungnahme 91 / C 191 / 16 des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. C 191 v. 22. 7. 1991, S. 41.

Verfahren eine große Versuchung für öffentliche Auftraggeber dar, häufiger als unter ökonomischen Gesichtspunkten erwünscht auf das Verhandlungsverfahren zurückzugreifen. Obwohl bisher kaum Rechtsprechung zur Dienstleistungskoordinationsrichtlinie ergangen ist, raten allerdings Praktiker öffentlichen Auftraggebern, vom Verhandlungsverfahren nur in wirklichen Ausnahmefällen Gebrauch zu machen. Denn gerade wenn die Vergabeabsicht zuvor bekanntgemacht werden muß, könnten Konkurrenten, die nicht zur Teilnahme an den Verhandlungen aufgefordert worden sind, versucht sein, mit der Begründung, die Voraussetzungen für die Anwendung des Verhandlungsverfahrens hätten nicht vorgelegen, gerichtlich gegen die Vergabeentscheidung vorzugehen⁴⁴.

Wann ein *Wettbewerb* durchzuführen ist, hängt vom Charakter der zu vergebenden Dienstleistung ab. Artikel 13 der Dienstleistungskoordinationsrichtlinie sieht für die Durchführung eines Wettbewerbs besondere Bestimmungen vor, wenn die Summe der Preisgelder und Zahlungen an die Teilnehmer eines Wettbewerbs 200.000 ECU oder mehr beträgt. Die Zulassung zur Teilnahme an dem Wettbewerb darf nicht auf das Gebiet eines Mitgliedstaates oder eines Teils davon beschränkt werden. Des weiteren darf die ausschreibende Stelle nicht verlangen, daß es sich bei den Teilnehmern nur um juristische oder natürliche Personen handelt.⁴⁵ Nicht untersagt ist es hingegen, die Zahl der Teilnehmer zu beschränken, sofern zur Beschränkung des Teilnehmerkreises lediglich nicht diskriminierende Auswahlkriterien verwendet werden.⁴⁶ Daß das Preisgericht seine Entscheidung unabhängig trifft, soll zum einen durch die Unabhängigkeit der Juroren, zum anderen durch die Anonymität der Wettbewerbsarbeiten gewährleistet werden.⁴⁷

IV. Art und Inhalt der Bekanntmachung

Auch die Dienstleistungskoordinationsrichtlinie unterscheidet zwischen der Veröffentlichung allgemeiner Vorinformationen, der Bekanntmachung konkreter Vergabeabsichten und der Bekanntmachung von Ergebnissen abgeschlossener Vergabeverfahren.⁴⁸ Im Unterschied zur Baukoordinierungs- und der erst nach der Dienstleistungsrichtlinie verabschiedeten Neufassung der Lieferkoordinierungsrichtlinie von 1993 richten sich Bekanntmachungsgrad und -inhalt jedoch danach, ob es sich um eine vorrangige Dienstleistung der Kategorie I A oder eine nachrangige der Kategorie I B handelt.

⁴⁴ Vgl. Lee, Philip: Public Procurement, S. 147.

⁴⁵ Vgl. Art. 13 Abs. 4 der Dienstleistungskoordinationsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

⁴⁶ Vgl. ebenda, Art. 13 Abs. 5.

⁴⁷ Vgl. ebenda, Art. 13 Abs. 6.

⁴⁸ Vgl. zur Bekanntmachung von Vergabeergebnissen G.X. dieser Arbeit.

Für vorrangige Dienstleistungen der Kategorie I A gilt, daß öffentliche Auftraggeber zu Beginn ihres Haushaltsjahres eine Bekanntmachung über die vorgesehenen Dienstleistungsaufträge in jeder Kategorie des Anhangs I A veröffentlichen müssen, sofern deren Gesamtwert je Kategorie mindestens 750.00 ECU beträgt.⁴⁹ Wie der Baukoordinierungsrichtlinie ist auch der Richtlinie für öffentliche Dienstleistungsaufträge ein Muster für die Bekanntmachung im Vorinformationsverfahren beigelegt. Es sieht nicht nur die Veröffentlichung des geschätzten Auftragsumfangs in jeder der unter Anhang I A genannten Kategorien vor, sondern auch den Zeitpunkt, zu dem die einzelnen Vergabeverfahren voraussichtlich eingeleitet werden sollen⁵⁰. Auf diese Weise soll potentiellen Anbietern die Disposition erleichtert werden. An seine Planungen ist der öffentliche Auftraggeber jedoch nicht gebunden. Für Dienstleistungen der Kategorie I B ist die Durchführung eines Vorinformationsverfahrens nicht vorgesehen. Zu diesen nachrangigen Dienstleistungen gehören:

- Gaststätten- und Beherbergungsgewerbe;
- Eisenbahnen;
- Schifffahrt;
- Neben- und Hilfstätigkeiten des Verkehrs;
- Rechtsberatung;
- Arbeits- und Arbeitskräftevermittlung;
- Auskunfts- und Schutzdienste;
- Unterrichtswesen und Berufsausbildung;
- Gesundheits-, Veterinär- und Sozialwesen;
- Erholung, Kultur und Sport;
- sonstige Dienstleistungen.⁵¹

Auch *konkrete* Vergabeabsichten müssen nur für vorrangige Dienstleistungen der Kategorie I A veröffentlicht werden.⁵² Dies gilt auf jeden Fall dann, wenn ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag im offenen, nicht offenen oder im Wettbewerbsverfahren vergeben werden soll, sowie dann, wenn vor Durchführung eines Verhandlungsverfahrens eine Bekanntmachung angeordnet ist. Für alle vier Verfahrensarten sind zugehörige Muster im Anhang der Dienstleistungs Koordinierungsrichtlinie veröffentlicht.⁵³ Diese Muster unterscheiden sich nicht wesentlich

⁴⁹ Vgl. Art. 15 Abs. 1 der Dienstleistungs Koordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

⁵⁰ Vgl. ebenda, Anhang III A „Muster für die Bekanntmachung öffentlicher Aufträge im Vorinformationsverfahren.“

⁵¹ Vgl. ebenda, Anhang I B.

⁵² Vgl. ebenda, Art. 15 Abs. 2.

⁵³ Vgl. ebenda, Anhang III B, C und D „Muster für die Bekanntmachung öffentlicher Aufträge“ und Anhang IV A „Bekanntmachungen über Wettbewerbe.“

von denjenigen in der Bau- und in der Lieferkoordinierungsrichtlinie, so daß auf die entsprechenden Ausführungen unter E.VII. und F.V. dieser Arbeit verwiesen werden kann. Die Bekanntmachungsmuster für die Vergabe öffentlicher Dienstleistungen sehen vor anzugeben, ob die Erbringung der Dienstleistung aufgrund nationaler Rechts- und Verwaltungsvorschriften einem besonderen Berufsstand vorbehalten ist. In einem solchen Fall muß der öffentliche Auftraggeber auf die entsprechende Vorschrift verweisen und auch anzeigen, ob juristische Personen Namen und berufliche Qualifikation derjenigen Personen angeben müssen, die für die Ausführung der betreffenden Dienstleistung verantwortlich sein sollen.⁵⁴ Dies kommt insbesondere in den Bereichen Forschung und Entwicklung sowie Buchhaltung und Buchprüfung in Betracht. Plant der öffentliche Auftraggeber einen Wettbewerb, muß er angeben, ob er eine offene oder beschränkte Auslobung beabsichtigt. Im Falle des beschränkten Wettbewerbs muß er die beabsichtigte Zahl der Teilnehmer und gegebenenfalls die Namen bereits ausgewählter Teilnehmer nennen; des weiteren muß er die Kriterien angeben, die er bei der Auswahl der Teilnehmer anwenden will. Erforderlich sind außerdem Angaben zum Preisgericht und zur Frage, ob der Auftraggeber an die Entscheidung der Jury gebunden sein soll.⁵⁵

Alle Bekanntmachungen werden im vollen Wortlaut der Originalsprache sowohl im Amtsblatt als auch in der Datenbank TED veröffentlicht. Daneben erscheint in beiden Publikationsorganen eine Zusammenfassung der wichtigsten Elemente der Ausschreibungen auch in den übrigen Amtssprachen der Union.⁵⁶ Um eine rasche Veröffentlichung zu gewährleisten, muß der öffentliche Auftraggeber die Bekanntmachung so rasch wie möglich an das Amt für amtliche Veröffentlichungen übermitteln. Im Falle des beschleunigten Verfahrens müssen die Bekanntmachungen per Fernschreiben, Telegramm oder Telekopierer übermittelt werden (electronic mail ist noch nicht vorgesehen).⁵⁷

V. Verwendung technischer Merkmale

Für die Verwendung technischer Spezifikationen in den Vergabebekanntmachungen und den Verdingungsunterlagen ist – wie in der Bau- und Lieferkoordinierungsrichtlinie – eine genau einzuhaltende Reihenfolge vorgegeben. Da sich die Bestimmungen in Artikel 14 der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie im wesentlichen mit den entsprechenden Vorschriften in der Baukoordinierungsrichtlinie decken, kann auf die Ausführungen unter E.VIII. dieser Arbeit verwiesen werden.

⁵⁴ Vgl. ebenda, Anhang III B Ziff. 4 und C Ziff. 4 „Muster für die Bekanntmachung öffentlicher Aufträge.“

⁵⁵ Vgl. ebenda, Anhang IV A „Bekanntmachungen über Wettbewerbe.“

⁵⁶ Vgl. ebenda, Art. 17 Abs. 3 und 4.

⁵⁷ Vgl. ebenda, Art. 17 Abs. 2.

Darüber hinaus bezieht die Dienstleistungskordinierungsrichtlinie ausdrücklich die Richtlinie 86/361/EWG des Rates vom 24. Juli 1986 über die erste Phase der gegenseitigen Anerkennung der Allgemeinzulassungen von Telekommunikations-Endgeräten⁵⁸ und den Beschluß 87/95/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986 über die Aufstellung von Normen auf dem Gebiet der Informationstechnologie und der Telekommunikation⁵⁹ ein. In diesem Zusammenhang sieht die Dienstleistungskordinierungsrichtlinie vor, daß öffentliche Dienstleistungsauftraggeber in ihren Verdingungsunterlagen von europäischen technischen Zulassungen oder gemeinsamen technischen Spezifikationen abweichen können, wenn dies die Anwendung der genannten Richtlinie beziehungsweise des genannten Beschlusses beeinträchtigen würde.⁶⁰

VI. Fristen

Hinsichtlich der Fristen unterscheidet sich die Dienstleistungskordinierungsrichtlinie nicht von der Baukordinierungsrichtlinie. Wegen des Gleichlaufs der Fristen in der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie mit denen der Baukordinierungsrichtlinie sollen die einzelnen Fristen nur noch einmal kurz genannt werden: Die Angebotsfrist beträgt bei den offenen Verfahren mindestens 52 Tage vom Tag der Absendung der Bekanntmachung an das Amt für amtliche Bekanntmachungen⁶¹. Macht der öffentliche Auftraggeber vom System der Vorinformation Gebrauch, kann er die Angebotsfrist auf 36 Tage verkürzen.⁶² Bei den nicht offenen Verfahren und den Verhandlungsverfahren mit vorheriger Veröffentlichung einer Vergabebekanntmachung beträgt die der Angebotsfrist vorausgehende Teilnahmefrist mindestens 37 Tage.⁶³ Die Angebotsfrist liegt hier bei mindestens 40 Tagen, wobei eine Verkürzung auf 26 Tage möglich ist, wenn der öffentliche Auftraggeber die Vergabe des betreffenden Dienstleistungsauftrags bereits in einer Vorinformation angekündigt hat.⁶⁴ Die Möglichkeit, Angebotsfristen zu verkürzen, hängt jedoch seit der Anpassung an das WTO-Übereinkommen davon ab, ob die Bekannt-

⁵⁸ Vgl. Richtlinie 86/361/EWG des Rates vom 24. Juli 1986 über die erste Phase der gegenseitigen Anerkennung der Allgemeinzulassungen von Telekommunikationsendgeräten, ABl. L 217 v. 5. 8. 1986, S. 21, geändert durch die Richtlinie 91/263/EWG, ABl. L 128 v. 23. 5. 1991, S. 1.

⁵⁹ Vgl. Beschluß 87/95/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986 über die Aufstellung von Normen auf dem Gebiet der Informationstechnologie und der Telekommunikation, ABl. L 36 v. 7. 2. 1987, S. 31.

⁶⁰ Vgl. Art. 14 Abs. 3 lit. b) der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

⁶¹ Vgl. ebenda, Art. 18 Abs. 1.

⁶² Vgl. ebenda, Art. 18 Abs. 2.

⁶³ Vgl. ebenda, Art. 19 Abs. 1.

⁶⁴ Vgl. ebenda, Art. 19 Abs. 3 und 4.

machung im Vorinformationsverfahren mindestens 52 Tage, höchstens aber zwölf Monate vor dem öffentlichen Aufruf beziehungsweise der Aufforderung zur Angebotsabgabe erfolgt ist⁶⁵.

Im beschleunigten Verfahren, das in Dringlichkeitsfällen bei den nicht offenen Verfahren vorgesehen ist, gelten verkürzte Fristen: für die Bewerbungsfrist mindestens 15 und für die Angebotsfrist mindestens zehn Tage⁶⁶. Warum, so mag man sich fragen, wurde ein beschleunigtes Verfahren nicht auch für die offenen Vergabeverfahren vorgesehen? Die Antwort ist einfach und beruht auf einer realistischen Einschätzung der Vergabesituation in Dringlichkeitsfällen: Ist ein dringender Bedarf entstanden, wird sich kein öffentlicher Auftraggeber dem aufwendigen (und zudem im Ausgang ungewisseren) Verfahren einer öffentlichen Ausschreibung unterziehen.

Fordert ein Bieter im beschleunigten Verfahren zusätzliche Auskünfte über die Verdingungsunterlagen an, muß der Auftraggeber diese spätestens vier Tage vor Ablauf der Frist für den Eingang der Angebote erteilen.⁶⁷ Im offenen sowie im nicht beschleunigten nicht offenen Verfahren beträgt diese Frist sechs Tage.⁶⁸

VII. Eignung der Bieter und Bewerber

Die Prüfung, ob ein Bewerber oder Bieter für die Ausführung eines Dienstleistungsauftrags geeignet ist, vollzieht sich – wie bei der Bau- und Lieferkoordinierungsrichtlinie – in zwei Schritten: Unabhängig vom auszuführenden Vertrag wird der Bewerber oder Bieter zunächst auf seine generelle Geeignetheit hin untersucht, sodann wird gefragt, ob er in der Lage ist, auch den anstehenden Auftrag auszuführen⁶⁹.

Der Katalog möglicher Ausschlußgründe in Artikel 29 der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie unterscheidet sich nicht wesentlich von demjenigen der Baukoordinierungsrichtlinie. Vom Vergabeverfahren können demnach beispielsweise solche Dienstleistungserbringer ausgeschlossen werden, die sich im Konkursverfahren, im gerichtlichen Vergleichsverfahren oder in Liquidation befinden⁷⁰. Gegenüber der Liste in der Baukoordinierungsrichtlinie wurde jedoch eine Erweiterung vorgenommen: Für die Ausführung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags

⁶⁵ Vgl. geänderter Art. 18 Abs. 2 und Art. 19 Abs. 4 in Art. 1 der Richtlinie 97/52/EG, ABl. L 328 v. 28. 11. 1997, S. 1.

⁶⁶ Vgl. Art. 20 Abs. 1 der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

⁶⁷ Vgl. ebenda, Art. 20 Abs. 2.

⁶⁸ Vgl. ebenda, Art. 18 Abs. 4 und Art. 19 Abs. 6.

⁶⁹ Vgl. ebenda, Art. 23.

⁷⁰ Vgl. zur vollständigen Liste E.X. dieser Arbeit.

sind nicht nur diejenigen Kandidaten ungeeignet, die bei der Auskunftserteilung gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber in erheblichem Maße falsche Erklärungen abgegeben haben, sondern auch solche, die überhaupt keine Auskunft erteilt haben.⁷¹

Um die Dokumente zur Eignungsbescheinigung – wie zum Beispiel Strafregister – einschätzen und würdigen zu können, wurden die Mitgliedstaaten aufgefordert, bis zum 1. Juli 1993 diejenigen Behörden und Stellen, die für die Ausstellung dieser Bescheinigungen zuständig sind, zu benennen und der Kommission und den anderen Mitgliedstaaten mitzuteilen.⁷² In der Vergangenheit waren die Mitgliedstaaten mit dieser, auch im Bau- und Lieferbereich bestehenden Verpflichtung sehr lax umgegangen.

Der auf den konkret auszuführenden Dienstleistungsauftrag bezogene zweite Teil der Eignungsprüfung orientiert sich zunächst – wie gewohnt – an formellen Kriterien: Im Unterschied zur Baukoordinierungsrichtlinie kann der öffentliche Dienstleistungsauftraggeber verlangen, daß Bewerber oder Bieter, die eine bestimmte Berechtigung besitzen oder im Ursprungsland Mitglied einer bestimmten *Organisation* sein müssen, um dort die gewünschte Dienstleistung erbringen zu können, diese Berechtigung oder Mitgliedschaft nachweisen⁷³. Weiteres formelles Kriterium für die Eignung eines Dienstleistungserbringers ist die Eintragung in das Berufs- oder Handelsregister des Mitgliedstaates, in dem der Bewerber oder Bieter ansässig ist. Zwar ist eine solche Eintragung entgegen dem Wunsch des Wirtschafts- und Sozialausschusses⁷⁴ keine Pflicht, jedoch *kann* der öffentliche Auftraggeber einen entsprechenden Nachweis verlangen⁷⁵. Allerdings stellt die Richtlinie nicht klar, welche Konsequenz eintritt, wenn ein Anbieter den vom Auftraggeber geforderten Nachweis nicht beibringt. Denn die in Artikel 30 der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie genannten formellen Voraussetzungen gehören nicht zu den in Artikel 23 der Richtlinie genannten Gründen, bei deren Vorliegen ein Anbieter vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden kann⁷⁶. Dies läßt den Schluß zu, daß ein öffentlicher Auftraggeber zwar die Eintragung in das Berufs- oder Handelsregister im Herkunftsland des Bewerbers oder Bieters verlangen kann, letztlich aber nicht gehalten ist, den Auftrag nur an solche Anbieter zu vergeben, die einen entsprechenden Nachweis tatsächlich auch erbracht haben.

⁷¹ Vgl. Art. 29 lit. g) der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

⁷² Vgl. ebenda, Art. 29, letzter Satz.

⁷³ Vgl. ebenda, Art. 30 Abs. 1.

⁷⁴ Vgl. Ziff. 3.12. der Stellungnahme 91/C 191/16 des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. C 191 v. 22. 7. 1991, S. 1.

⁷⁵ Vgl. Art. 30 Abs. 2 der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

⁷⁶ In diesem Punkt unterscheidet sich die Systematik der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie von derjenigen in der Baukoordinierungsrichtlinie.

Hinsichtlich der Kriterien zur Bestimmung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eines Anbieters unterscheidet sich die Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie nur minimal von der Baukoordinierungsrichtlinie.⁷⁷ Anstatt entsprechende Bankerklärungen vorzulegen, kann der Anbieter seine finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit auch durch den Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherungsdeckung belegen.⁷⁸ Der Wirtschafts- und Sozialausschuß hat im Zusammenhang mit den vorgesehenen Nachweisen zur finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ein allen Koordinierungsrichtlinien anhaftendes Manko angesprochen: Die Prognose darüber, ob ein Anbieter finanziell und wirtschaftlich in der Lage ist, einen Dienstleistungsauftrag auszuführen, orientiert sich grundsätzlich ausschließlich an Daten der Vergangenheit. Ein Neueinsteiger, der mit solchen Nachweisen in der Regel nicht aufwarten kann, kann zwar laut Artikel 28 Absatz 3 der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie seine Leistungsfähigkeit auch auf andere Art nachweisen, jedoch wäre es wünschenswert gewesen, für diesen Fall konkrete Nachweismöglichkeiten zu benennen. Der Wirtschafts- und Sozialausschuß hatte Kommission und Rat aufgefordert zu überprüfen, ob der in Artikel 31 aufgeführte Katalog gegenüber Berufsanfängern nicht diskriminierend wirken könnte.⁷⁹ Obwohl sich gerade auf dem Dienstleistungsmarkt viele Neueinsteiger tummeln – man denke nur an die ständigen Neugründungen von Beratungsunternehmen – wurde der Richtlinienentwurf unter diesem Gesichtspunkt bisher nicht überarbeitet.

Gravierende Unterschiede zur Baukoordinierungsrichtlinie bestehen jedoch, soweit der Anbieter seine Eignung zur *Ausführung* der gewünschten Dienstleistung nachweisen soll. Im Gegensatz zur Baukoordinierungsrichtlinie spricht die Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie nicht von „technischer Leistungsfähigkeit“, sondern vermeidet eine konkrete Bezeichnung ganz, obwohl es ausschließlich technische Faktoren sind, die in den Eignungskatalog aufgenommen wurden. Seine Eignung zur Ausführung des Dienstleistungsauftrags kann der Anbieter folgendermaßen nachweisen:

- durch *Studiennachweise* und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung;
- mittels einer Liste über wesentliche *in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen* unter Angabe des Rechnungswerts, des Lieferungszeitpunkts sowie der öffentlichen oder privaten Empfänger der erbrachten Dienstleistungen;
- durch Angabe der *technischen Leitung* oder der technischen Stellen, die mit der Qualitätskontrolle beauftragt sind;

⁷⁷ Vgl. dazu die Ausführungen unter E.X. dieser Arbeit.

⁷⁸ Vgl. Art. 31 Abs. 1 lit. a) der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

⁷⁹ Vgl. Ziffer 3.13. der Stellungnahme 91/C 191/16 des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. C 191 v. 22. 7. 1991, S. 41.

- durch Angabe der Zahl der in den letzten drei Jahren von dem Unternehmen *Beschäftigten* und der *Führungskräfte*;
- durch Nennung der *Ausstattung*, der Geräte und der technischen Ausrüstung, über die der Anbieter verfügen wird;
- durch Beschreibung der Maßnahmen zur *Gewährleistung der Qualität* sowie der Untersuchungs- und Forschungsmöglichkeiten;
- bei *Leistungen komplexer Art* oder wenn die Dienstleistung einem besonderen Zweck dienen soll, durch eine Kontrolle, die vom Auftraggeber oder von einer anderen zuständigen amtlichen Stelle durchgeführt wird; hierbei dürfen jedoch nur die Leistungsfähigkeit des Anbieters und gegebenenfalls dessen Untersuchungs- und Forschungsmöglichkeiten sowie die zur Qualitätssicherung getroffenen Vorkehrungen untersucht werden.⁸⁰

Auch der öffentliche Dienstleistungsauftraggeber muß in der Bekanntmachung im Amtsblatt oder in der Aufforderung zur Angebotsabgabe angeben, welche Nachweise der Bewerber oder Bieter vorzulegen hat.⁸¹ In diesem Zusammenhang stellt die sogenannte *Transporoute*-Entscheidung⁸² des Europäischen Gerichtshofs klar, daß die in der Richtlinie genannte Liste abschließenden Charakter besitzt. Darüber hinaus kann der öffentliche Auftraggeber keine weiteren Nachweise verlangen. An dieser Stelle sieht die Dienstleistungskordinierungsrichtlinie (wie auch die ihr folgende Überarbeitung der Lieferkordinierungsrichtlinie) gegenüber der Baukordinierungsrichtlinie eine interessante Neuerung vor: Der Auftraggeber darf die zum Nachweis der finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit vorgesehenen Informationen nur insoweit verlangen, wie dies durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist. Dies bedeutet, daß er in der Regel nur einen *Teil* der vorgesehenen Nachweise anfordern darf. Inwieweit der Auftragsgegenstand jedoch die Vorlage eines bestimmten Nachweises rechtfertigen kann und inwieweit nicht, bleibt der Einschätzung des Auftraggebers überlassen. Dabei hat der Auftraggeber unter anderem auch die berechtigten Interessen der Dienstleistungserbringer am Schutz ihrer technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnisse zu berücksichtigen.⁸³

Das Zertifizierungswesen hat in die Eignungskriterien der Dienstleistungsrichtlinie im Gegensatz zu Bau- und Lieferkordinierungsrichtlinie schon Einzug gehalten: Soweit der Bewerber oder Bieter nachweisen muß, bestimmte Qualitätsanforderungen zu erfüllen, sind die Auftraggeber gehalten, auf bestimmte, in der Richtlinie näher bezeichnete Standards Bezug zu nehmen.⁸⁴

⁸⁰ Vgl. Art. 32 Abs. 2 der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

⁸¹ Vgl. ebenda, Art. 32 Abs. 3.

⁸² Vgl. EuGH Rs. 76/81 „Transporoute“ Slg. 1982, S. 417.

⁸³ Vgl. Art. 32 Abs. 4 der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

Gleichlautend zur Baukoordinierungsrichtlinie wurde auch in die Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie eine Regelung für den Fall aufgenommen, daß Mitgliedstaaten amtliche Listen der für öffentliche Dienstleistungsaufträge zugelassenen Dienstleistungserbringer führen⁸⁵ Um Wiederholungen zu vermeiden, wird auf die Ausführungen unter E.X. dieser Arbeit verwiesen.

VIII. Der Zuschlag

Die Zuschlagskriterien in der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie unterscheiden sich nicht von denen der Bau- und Lieferkoordinierungsrichtlinie. Es sind dies das wirtschaftlich günstigste Angebot oder ausschließlich das Kriterium niedrigster Preis.⁸⁶ Daß in der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie im Vergleich zum Bau- und Lieferbereich die Reihenfolge der Zuschlagskriterien umgekehrt wurde, liegt daran, daß bei Dienstleistungen in der Regel nur selten der Preis, sondern meist auch das der Leistung zugrundeliegende Konzept eine Rolle spielt. Als Kriterien zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit eines Angebots sind beispielhaft genannt: Qualität, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit der Leistung, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt, Ausführungszeitraum oder -frist und schließlich auch der Preis.⁸⁷ Die verwendeten Kriterien muß der Auftraggeber bei der Ausschreibung oder in den Vertragsunterlagen möglichst in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung benennen.⁸⁸ Wäre es nach den Vorstellungen des Wirtschafts- und Sozialausschusses gegangen, wäre das ausschließliche Kriterium des niedrigsten Preises ganz gestrichen worden;⁸⁹ der Vorschlag wurde jedoch abgelehnt.

Um sicherzustellen, daß das Angebot eines scharf kalkulierenden Bieters oder Bewerbers nicht zu unrecht als zu niedrig abgewiesen wird, muß der öffentliche Auftraggeber vor der Ablehnung eines solchen Angebots schriftlich Aufklärung verlangen. Erst dann kann er abschließend beurteilen, ob die abgegebenen Erklärungen das niedrige Preisniveau rechtfertigen. Lehnt ein Auftraggeber ein Angebot schließlich doch als ungewöhnlich niedrig ab, muß er dies zudem der Kommission mitteilen.⁹⁰ Bedauerlicherweise wurde jedoch weder festgelegt, binnen welcher

⁸⁴ Vgl. ebenda, Art. 33.

⁸⁵ Vgl. ebenda, Art. 35.

⁸⁶ Vgl. ebenda, Art. 36 Abs. 1.

⁸⁷ Vgl. ebenda, Art. 36 Abs. 1 lit. a).

⁸⁸ Vgl. ebenda, Art. 36 Abs. 2.

⁸⁹ Vgl. Ziffer 3.14. der Stellungnahme 91/C 191/16 des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. C 191 v. 22. 7. 1991, S. 41.

⁹⁰ Vgl. Art. 37 der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

Frist eine solche Mitteilung an die Kommission zu ergehen hat, noch welche Anforderungen an die Sachverhaltsschilderung gestellt werden.

IX. Berücksichtigung vergabefremder Aspekte

Entgegen der Baukoordinierungsrichtlinie, aber auch entgegen dem ursprünglichen Vorschlag der Kommission⁹¹ werden bei den Zuschlagskriterien für einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag vergabefremde Aspekte beispielsweise in Form regionaler Präferenzen weder ausdrücklich einbezogen noch ausdrücklich ausgeschlossen. Das ist insoweit mißlich, als dieser Auslassungen wegen – ähnlich dem Lieferbereich – nicht klar ist, ob ein Auftraggeber bei der Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags vergabefremde Aspekte berücksichtigen darf oder nicht. Aus dem Vergleich mit der Baukoordinierungsrichtlinie, in der die Berücksichtigung vergabefremder Kriterien bis Ende 1992 ausdrücklich gestattet war, soweit sie nicht diskriminierend wirkten,⁹² läßt sich jedoch schließen, daß bei der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge eine solche Ausnahmeregelung gar nicht erst greifen sollte. Für diese Annahme spricht auch, daß in dem Vorschlag der Kommission eine Berücksichtigung regionaler und ähnlicher Präferenzen ohnehin nur bis zum 31. Dezember 1992 gestattet werden sollte⁹³. Da die Richtlinie aber erst Mitte 1992 im Amtsblatt der EG veröffentlicht wurde und von den Mitgliedstaaten erst spätestens zum 1. Juli 1993 umzusetzen war, wäre eine solche Ausnahmeregelung praktisch ohnehin nicht mehr zum Zuge gekommen.

X. Berichts- und Meldepflichten

Auf Betreiben der Kommission wurden den Mitgliedstaaten sowie den öffentlichen Auftraggebern auch in der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie Berichts- und Meldepflichten auferlegt, um die Umsetzung der Richtlinie beobachten zu können. Die Konzeption dieser Meldepflichten entspricht im wesentlichen derjenigen der Bau- und Lieferkoordinierungsrichtlinie und soll deswegen nur kurz erläutert werden.

⁹¹ Vgl. Art. 34 und 35 des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. C 23 v. 31. 1. 1991, S. 1.

⁹² Vgl. Art. 30 Abs. 4, dritter Unterabsatz der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

⁹³ Vgl. Art. 35 des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. C 23 v. 31. 1. 1991, S. 1.

Die Mitgliedstaaten wurden verpflichtet, der Kommission den Wortlaut der wichtigsten innerstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften mitzuteilen, die sie auf dem Gebiet öffentliche Dienstleistungsaufträge erlassen würden.⁹⁴ Um aber auch den *Erfolg* der Umsetzungsmaßnahmen beurteilen zu können, sind die Staaten gehalten, der Kommission seit dem 31. Oktober 1995 im zweijährlichen Rhythmus eine Aufstellung über zwischenzeitlich vergebene Dienstleistungsaufträge zu übermitteln. In diesen Aufstellungen müssen mindestens Anzahl und Wert der von den einzelnen Auftraggebern oder Gruppen von Auftraggebern vergebenen Aufträge ab Erreichen des Schwellenwerts enthalten sein; dabei wird nach den angewendeten Vergabeverfahren, der Dienstleistungskategorie und Nationalität des Dienstleistungserbringers, der den Zuschlag erhalten hat, unterschieden. Für den Fall, daß öffentliche Dienstleistungsaufträge im Verhandlungsverfahren vergeben werden, müssen lediglich Anzahl und Wert der Aufträge genannt werden, die in die einzelnen Mitgliedstaaten oder in Drittstaaten vergeben worden sind.⁹⁵

Mit dem Ziel, jede Auftragsvergabe ab Erreichen des Schwellenwerts auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüfen zu können, müssen öffentliche Auftraggeber das *Ergebnis* eines Vergabeverfahrens im Amtsblatt publizieren und zwar unabhängig davon, ob es sich um Dienstleistungen der Kategorie I A oder der Kategorie I B handelt.⁹⁶ Bei Dienstleistungen der Kategorie I B muß der öffentliche Auftraggeber in seiner Mitteilung an das Amt für amtliche Veröffentlichungen jedoch mitteilen, ob er mit einer Veröffentlichung des Vergabeergebnisses einverstanden ist.⁹⁷ Behindert die Veröffentlichung der Angaben über die Auftragsvergabe den Gesetzesvollzug, läuft sie dem öffentlichen Interesse zuwider, berührt sie die legitimen geschäftlichen Interessen öffentlicher oder privater Unternehmen oder könnte sie den fairen Wettbewerb zwischen den Dienstleistungserbringern beeinträchtigen, kann von der Veröffentlichung des Vergabeergebnisses abgesehen werden.⁹⁸ Auf eine Meldung an das Amt für amtliche Veröffentlichungen können die öffentlichen Auftraggeber zur Sicherstellung der Überwachung jedoch auch in diesen Fällen nicht verzichten. Vergabeentscheidungen müssen folglich auch dann bekanntgemacht werden, wenn der Dienstleistungsauftrag im Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung der Vergabeabsicht vergeben wurde. Denn im Unterschied zu Artikel 11 Absatz 3 der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie, wonach der öffentliche Auftraggeber in den dort genannten Fällen ausdrücklich nur auf die *vorherige* Bekanntmachung der Vergabeentscheidung im Verhandlungsverfahren verzichten kann, gilt die nachträgliche Notifikation des Artikel 16

⁹⁴ Vgl. Art. 44 Abs. 2 der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

⁹⁵ Vgl. ebenda, Art. 39 Abs. 1 und 2.

⁹⁶ Vgl. ebenda, Art. 16 Abs. 1.

⁹⁷ Vgl. ebenda, Art. 16 Abs. 3.

⁹⁸ Vgl. ebenda, Art. 16 Abs. 5.

der Dienstleistungskoordinierrichtlinie für alle Vergabeergebnisse gleichermaßen, unabhängig vom gewählten Vergabeverfahren. Auf diese Weise soll ein Mindestmaß an Kontrolle auch über im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Ankündigung der Vergabeabsicht vergebene öffentliche Aufträge sichergestellt werden. Diese Überwachungsmethode ist jedoch schon deswegen wenig erfolgversprechend, weil die einmal getroffene Vergabeentscheidung in der Regel nicht wieder aufgehoben werden kann, selbst wenn dem Vergabeverfahren gravierende Mängel anhaften sollten.

In den Mustern der Anhänge III E und IV B der Dienstleistungskoordinierrichtlinie ist festgelegt, welche Angaben öffentliche Auftraggeber nach der Auftragsvergabe zu veröffentlichen haben. Neben genauen Angaben zum Auftraggeber müssen genannt werden: das gewählte Vergabeverfahren, die Kategorie und Beschreibung der Dienstleistung unter Angabe der CPC-Referenznummer, Tag und Kriterien der Auftragserteilung, die Anzahl der eingegangenen Angebote, Name und Anschrift des erfolgreichen Bieters beziehungsweise der erfolgreichen Bieter, der Mindest-/Höchstpreis oder die Preisspanne sowie gegebenenfalls Wert und Anteil des Auftrags, der voraussichtlich als Unterauftrag an Dritte vergeben werden soll.⁹⁹ Hat der öffentliche Auftraggeber einen Wettbewerb veranstaltet, muß er in der anschließenden Ergebnisbekanntmachung unter anderem mitteilen, wieviele Teilnehmer sich beteiligt haben, wieviele davon aus dem Ausland kamen, wer den Wettbewerb gewonnen hat und gegebenenfalls, was es an Preisen zu gewinnen gab.¹⁰⁰

Kontrollfunktion sollen aber auch die abgewiesenen Bewerber und Bieter übernehmen: Soweit sie dies schriftlich beantragt haben, teilt ihnen der öffentliche Auftraggeber binnen 15 Tagen nach Eingang ihres Antrags die Gründe für die Ablehnung ihrer Bewerbung oder ihres Angebots mit. Kam ein Angebot zum Zuge, muß der Auftraggeber in der Begründung auch den Namen des erfolgreichen Bieters nennen.¹⁰¹ Hat der öffentliche Auftraggeber seine Vergabeabsicht öffentlich bekanntgemacht, dann aber auf die Vergabe des Auftrags verzichtet, muß er den Bietern oder Bewerbern auf Anfrage die Gründe dafür nennen oder aber das Verfahren neu einleiten. Diesen Entschluß muß er auch dem Amt für amtliche Veröffentlichungen mitteilen.¹⁰² Wie für die Bau- und die Lieferkoordinierungsrichtlinie wurde auch die Dienstleistungskoordinierrichtlinie aufgrund der Anpassung an das WTO-Abkommen von 1994 dahingehend geändert, daß öffentliche Auftraggeber abgewiesenen Bietern oder Bewerbern nicht nur den Namen des zum Zuge gekommenen Anbieters schriftlich mitteilen müssen, sondern darüber hinaus auch die Charakteristika und wesentlichen Vorteile des Angebots, das den Zuschlag er-

⁹⁹ Vgl. ebenda, Anhang III E „Muster für die Bekanntmachung öffentlicher Aufträge, Auftragsvergabe.“

¹⁰⁰ Vgl. ebenda, Anhang IV B „Ergebnisse von Wettbewerben.“

¹⁰¹ Vgl. ebenda, Art. 12 Abs. 1.

¹⁰² Vgl. ebenda, Art. 12 Abs. 2.

halten hat¹⁰³. Der Wirtschafts- und Sozialausschuß fürchtete jedoch gerade im Bereich der Dienstleistungsaufträge, daß eine *schriftliche* Auskunftspflicht zur Zurückhaltung seitens der öffentlichen Auftraggeber führen werde. Er wollte deswegen an der Praxis festhalten, wonach öffentliche Auftraggeber auf Nachfrage in der Regel nur mündlich Auskunft über das erfolgreiche Angebot geben.¹⁰⁴ Daraufhin wurde in die Änderungsrichtlinie kein ausdrückliches Schriftformerfordernis aufgenommen.

Damit die Angaben der öffentlichen Auftraggeber auch überprüft werden können, müssen die Auftraggeber über jeden vergebenen Auftrag einen Vergabevermerk anfertigen, der der Kommission auf Anfrage übermittelt werden muß. Darin müssen mindestens genannt sein:

- Name und Anschrift des Auftraggebers sowie Gegenstand und Wert des Auftrags;
- die Namen der berücksichtigten Bewerber oder Bieter und die Gründe für ihre Auswahl;
- die Namen der ausgeschlossenen Bewerber oder Bieter und die Gründe für ihre Ablehnung;
- der Name des erfolgreichen Bieters und die Gründe für die Auswahl seines Angebots sowie der Anteil, den der erfolgreiche Bieter an Dritte weiterzugeben beabsichtigt;
- im Falle der Anwendung des Verhandlungsverfahrens die Angabe des Grundes, der die Anwendung des Verfahrens rechtfertigte.¹⁰⁵

¹⁰³ Vgl. geänderter Art. 12 Abs. 1 in Art. 1 der Richtlinie 97/52/EG, ABl. L 328 v. 28. 11. 1997, S. 1.

¹⁰⁴ Vgl. Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses 95/C 256/02, ABl. C 256 v. 2. 10. 1995, S. 4.

¹⁰⁵ Vgl. Art. 12 Abs. 3 der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

H. Die Koordinierung der Auftragsvergabe in den Bereichen der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Sektor Telekommunikation: Die Sektorenrichtlinie 90/531/EWG, neu kodifiziert durch die Richtlinie 93/38/EWG und angepaßt durch die Richtlinie 98/4/EG

Am 17. September 1990 verabschiedete der Rat die Richtlinie 90/531/EWG.¹ Sie sollte den gesamten Bereich der öffentlichen Aufträge in den bisher ausgenommenen Sektoren regeln, die von der Bau- und der Lieferkoordinierungsrichtlinie nicht erfaßt worden waren. Nachdem 1992 die Dienstleistungskordinierungsrichtlinie verabschiedet worden war, mußte anschließend auch die Sektorenrichtlinie angepaßt und um die Sparte Dienstleistungsaufträge erweitert werden. Dies geschah mit der Richtlinie 93/38/EWG². Ergänzt wurde die Richtlinie 93/38/EWG im Jahre 1994 durch die Richtlinie 94/22/EG,³ die sich auf eine Ausnahmeregelung zur Exploration und Förderung von Kohlenwasserstoffen bezieht. Die Auswirkungen dieser Ergänzung werden im folgenden Abschnitt H.I. erläutert.

Die Diskussion um die Sektorenrichtlinie zog sich lange hin. Den Mitgliedstaaten bereitete die Koordinierung auf diesem Gebiet erhebliche Schwierigkeiten, weil in die Sektorenrichtlinie auch Unternehmen mit privatrechtlichem Status einbezogen werden sollten, auf die die Definition des klassischen öffentlichen Auftraggebers, wie sie einheitlich für Bau-, Liefer- und Dienstleistungskordinierungsrichtlinie gefunden worden war, nicht zutraf. Gerade auch bei ehemals staatlichen Unternehmen, die mit großem Aufwand in private Rechtsformen überführt worden waren – wie die Deutsche Telekom AG – mußte eine Reglementierung des Einkaufs auf starken Widerstand stoßen. Eine Koordinierung der Sektorenauftraggeber konnte folglich nur dann Erfolg haben, wenn sie behutsam erfolgen würde. Der Wirtschafts- und Sozialausschuß des Europäischen Parlaments vermutete deswegen wohl zutreffend, daß es eher politische als rein rechtliche Hindernisse waren, die einer Öffnung des Auftragswesens im Sektorenbereich zunächst entgegenstanden⁴.

¹ Vgl. Richtlinie des Rates vom 17. September 1990 betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie-, und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. L 297 v. 29. 10. 1990, S. 1.

² Vgl. Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

³ Vgl. Richtlinie 94/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 1994 über die Erteilung und Nutzung von Genehmigungen zur Prospektion, Exploration und Gewinnung von Kohlenwasserstoffen, ABl. L 164 v. 30. 6. 1994, S. 3.

Andererseits war die Verabschiedung der Sektorenrichtlinie deswegen besonders wichtig, weil die Sektorenauftraggeber häufig Hochtechnologieprodukte einkaufen. Von der Öffnung gerade dieser Märkte hatten sich Kommission und Rat erhebliche dynamische Effekte versprochen.⁵ Dies hatte die Kommission in einer speziell auf die Sektorenunternehmen bezogenen Untersuchung von 1988⁶ noch einmal besonders hervorgehoben. Die Studie gab schließlich auch den Ausschlag bei der Frage, welche Sektoren in welchem Umfang dem Geltungsbereich der Richtlinie unterworfen werden sollten. Im Rahmen dieser Studie war die Kommission zu dem Ergebnis gekommen, daß unter Flugverkehrsgesellschaften bereits genügend Wettbewerb herrsche und eine Regulierung in diesem Bereich deswegen nicht notwendig sei. Dem widersprach der Wirtschafts- und Sozialausschuß, der es gerne gesehen hätte, wenn auch die Flugverkehrsgesellschaften der Sektorenrichtlinie unterworfen worden wären.⁷

Ursprünglich war vorgesehen, die ausgenommenen Sektoren nicht in *einer* Richtlinie zusammenzufassen, sondern in zwei getrennten Richtlinien zu behandeln. Gemeinsam koordiniert werden sollte die Auftragsvergabe im Bereich Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung⁸. Demgegenüber sollten die Beschaffungen des Telekommunikationssektors in einer eigenen Richtlinie geregelt werden.⁹ Auf Empfehlung des Parlaments nahm die Kommission von diesem Vorhaben jedoch Abstand und beschloß, die spezifischen Vorschriften des Vorschlags für den Telekommunikationsbereich in den Richtlinienvorschlag für die übrigen Sektoren aufzunehmen.¹⁰ Den Telekommunikationssektor hatte die Kommission deswegen getrennt behandeln wollen, weil hier schon sehr früh Maßnahmen für einen gemeinschaftsweiten Wettbewerb ergriffen worden waren. Bereits 1976 hatte der Rat die Kommission aufgefordert, Maßnahmen vorzuschlagen, die bei der Vergabe von Lieferaufträgen im Telekommunikationssektor einen effektiven Wettbewerb gewährleisten würden.¹¹ Allerdings erging erst acht Jahre später eine entsprechende

⁴ Vgl. Wirtschafts- und Sozialausschuß CES(89) 433, S. 3 Rdnr. 2.2., zitiert bei Stolze, Kathrin: Das öffentliche Auftragswesen, S. 130.

⁵ Vgl. Teil III dieser Arbeit; Lee, Philip: Public Procurement, S. 87.

⁶ Vgl. Europäische Kommission: Eine Gemeinschaftsregelung für Beschaffungen in den ausgenommenen Sektoren: Wasser, Energie, Verkehr und Telekommunikation, KOM(88) 376 endg.

⁷ Vgl. Stabenow, Michael: Auftragsvergaben der öffentlichen Hand. Neuer Anlauf zur Liberalisierung in der EG, BddW v. 23. 5. 1989.

⁸ Vgl. Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, KOM(88) 377 endg., Brüssel, den 11. Oktober 1988.

⁹ Vgl. ebenda.

¹⁰ Vgl. Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung und im Telekommunikationssektor, KOM (89) 380 endg., Brüssel 1989.

¹¹ Vgl. 2. Erwägung der Empfehlung des Rates 84/550/EWG vom 12. November 1984 betreffend die erste Phase der Öffnung der öffentlichen Fernmeldemärkte, ABl. L 298 v. 16. 11. 1984, S. 51.

*Empfehlung des Rates betreffend die erste Phase der Öffnung der öffentlichen Fernmeldemärkte.*¹² Ziel der Empfehlung war, einen gemeinsamen Markt für Fernmeldeausrüstungen zu schaffen und den Fernmeldeverwaltungen auf diese Weise eine größere Auswahl zu bieten. Hintergrund war die „Notwendigkeit, ... ein eigenes industrielles Potential Europas für die einschlägigen Technologien zu bilden oder zu konsolidieren“¹³. Die Mitgliedstaaten sollten dafür sorgen, daß ihre Fernmeldeverwaltungen Unternehmen aus anderen EU-Ländern die Möglichkeit geben würden, Angebote in einer Höhe von mindestens 10% des jährlichen Auftragswertes in bestimmten Bereichen der Telekommunikationstechnik einzureichen.¹⁴ Die Durchführung der Empfehlung war als „Experiment“ betrachtet worden, in dessen Rahmen den Mitgliedstaaten bestimmte Berichtspflichten auferlegt wurden. Der Vorschlag der Kommission zu einer Richtlinie über die Auftragsvergabe im Telekommunikationssektor stellt gleichsam ein Teilergebnis dieses Experiments dar.¹⁵

I. Der Begriff des Sektorenauftraggebers

Die Sektorenrichtlinie enthält die ausführlichste Definition des Auftraggeberbegriffs in den Koordinierungsrichtlinien zum Vergabewesen, weil – wie bereits angesprochen – teilweise auch privatrechtlich organisierte und nicht in überwiegend staatlichem Eigentum stehende Unternehmen dem Anwendungsbereich der Richtlinie unterworfen werden sollten. Da die Beschaffungsstellen folglich unabhängig von ihrer Rechtsform fixiert wurden, mußte die Definition der Sektorenrichtlinie über die *bisher* bei der Koordinierung verwendete funktionale Bestimmung des Auftraggebers hinausgehen. Um Sektorenauftraggeber in privater Rechtsform nicht zu sehr zu brüskieren, vermeidet die Sektorenrichtlinie die Verwendung des Begriffs „öffentlicher Auftraggeber“ und nennt statt dessen lediglich den „Auftraggeber“¹⁶. Dennoch sind einige Komponenten des Sektorenauftraggeberbegriffs mit der Definition in Bau-, Liefer- und Dienstleistungskordinierungsrichtlinie beinahe vollständig deckungsgleich. Entscheidendes Abgrenzungskriterium sind aber die Geschäftsfelder, auf denen eine Behörde oder ein Unternehmen tätig ist.

Während der öffentliche Auftraggeber in der Bau-, Liefer- und Dienstleistungskordinierungsrichtlinie eindimensional definiert ist und den „Staat, die Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen,“¹⁷ erfaßt, ruht

¹² Vgl. Empfehlung des Rates 84/550/EWG vom 12. November 1984 betreffend die erste Phase der Öffnung der öffentlichen Fernmeldemärkte, ABl. L 298 v. 16. 11. 1984, S. 51.

¹³ Vgl. ebenda, 7. Erwägung.

¹⁴ Vgl. ebenda, erster Spiegelstrich.

¹⁵ Vgl. Krämer, Hans: Rechtsprobleme des öffentlichen Auftragswesens im EG-Binnenmarkt, S. 56.

¹⁶ Vgl. Art. 2 Abs. 1 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

die Begriffsbestimmung in der Sektorenrichtlinie auf drei Säulen: den staatlichen Behörden, den staatlichen Unternehmen und allen anderen Auftraggebern, soweit diese aufgrund eines besonderen oder ausschließlichen Rechts auf einem der genauer bezeichneten Betätigungsfelder tätig sind.

Die *staatliche Behörde*¹⁸ wird beinahe wortgleich so definiert wie der öffentliche Auftraggeber in den bisher betrachteten klassischen Koordinierungsrichtlinien. Demzufolge wird in der Sektorenrichtlinie der Terminus *Einrichtung des öffentlichen Rechts* als Teilbegriff der staatlichen Behörde erläutert. Hier taucht allerdings ein wesentlicher Unterschied zu den übrigen Koordinierungsrichtlinien auf: Während diese nämlich darauf abstellen, daß die Einrichtung Aufgaben *nicht gewerblicher Art* erfüllt,¹⁹ formuliert die Sektorenrichtlinie: „Einrichtungen des öffentlichen Rechts sind Einrichtungen, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, ... Aufgaben zu erfüllen, die einen anderen Charakter als den eines Handels- beziehungsweise Industrieunternehmens besitzen ...“²⁰. Mit dieser Formulierung wurde der Kritik an der deutschen Fassung in den übrigen Koordinierungsrichtlinien Rechnung getragen, wonach der Begriff der Gewerblichkeit zu ungenau sei.²¹ Im übrigen entspricht die Formulierung der Sektorenrichtlinie dem in den englischen und französischen Richtlinienfassungen verwendeten Wortlaut.

Dem Anwendungsbereich der Sektorenrichtlinie unterliegt eine staatliche Behörde aber nur dann, wenn sie eine der in Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie aufgelisteten Tätigkeiten ausübt:

- Bereitstellung oder Betrieb fester Netze zur Versorgung der Öffentlichkeit im Zusammenhang mit der Produktion, dem Transport oder der Verteilung von *Trinkwasser, Strom, Gas oder Wärme* beziehungsweise die Versorgung dieser Netze mit Trinkwasser, Strom, Gas oder Wärme;
- Nutzung eines geographisch abgegrenzten Gebietes zum Zwecke der Suche oder Förderung von *Erdöl, Gas, Kohle* oder anderen Festbrennstoffen oder zum Zwecke der *Versorgung von Beförderungsunternehmen* im Luft- oder See- oder Binnenschiffsverkehr mit Flughäfen oder anderen Verkehrseinrichtungen;
- Betrieb von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im *Bereich des Verkehrs* per Schiene, automatischen Systemen, Straßenbahn, Trolleybus, Bus oder Kabel;

¹⁷ Vgl. nur Art. 1 lit. b) der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

¹⁸ Vgl. Art. 1 Ziff. 1 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. v. 9. 8. 1993, S. 84.

¹⁹ Vgl. nur Art. 1 lit. b) erster Spiegelstrich der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

²⁰ Art. 1 Ziff. 1 erster Spiegelstrich der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. v. 9. 8. 1993, S. 84.

²¹ Vgl. E.II. dieser Arbeit; Seidel, Ingelore: Zur Wandlung des Begriffsinhalts „öffentlicher Auftraggeber“ im EG-Vergaberecht vom institutionellen zum funktionellen Begriff, S. 296 f.

- Bereitstellung oder Betrieb von öffentlichen *Telekommunikationsnetzen* oder das Angebot von einem oder mehreren öffentlichen Telekommunikationsdiensten.²²

Die zweite Säule, auf der der Begriff des Sektorenauftraggebers ruht, sind die *öffentlichen Unternehmen*. Öffentliches Unternehmen ist „jedes Unternehmen, auf das die staatlichen Behörden aufgrund von Eigentum, finanzieller Beteiligung oder der für das Unternehmen einschlägigen Vorschriften unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben können“²³. Auch hier greift die Sektorenrichtlinie aber nur ein, wenn das Unternehmen eine der oben schon genannten Tätigkeiten ausübt.²⁴

Die dritte Säule stößt insbesondere bei betroffenen Unternehmen in privater Rechtsform auf Kritik, teilweise wird von Systembruch gesprochen²⁵: Von der Richtlinie erfaßt werden nämlich auch *alle* übrigen Personen und Einrichtungen, wenn sie eine oder „verschiedene dieser Tätigkeiten auf der Grundlage von *besonderen* oder *ausschließlichen* Rechten ausüben, die von einer zuständigen Behörde eines Mitgliedstaats gewährt wurden“²⁶. Um Streitigkeiten über Abgrenzungsfragen von vornherein zu vermeiden, wurden in die Anhänge der Sektorenrichtlinie Listen derjenigen Auftraggeber aufgenommen, die die Kriterien des Sektorenauftraggebers erfüllen. Dazu zählen Auftraggeber aus den Bereichen

- Gewinnung, Fortleitung oder Verteilung von Trinkwasser;
- Erzeugung, Fortleitung oder Verteilung von elektrischem Strom;
- Fortleitung und Verteilung von Gas oder Wärme;
- Öl- und Gasgewinnung;
- Aufsuchung und Gewinnung von Kohle oder anderen Festbrennstoffen;
- Schienenverkehrsdienste;
- Stadtbahn-, Straßenbahn-, Obus- oder Omnibusverkehr;
- Flughafeneinrichtungen;
- See- oder Binnenschiffahrtsverkehr oder Betreiber anderer Verkehrsendpunkte;
- Telekommunikation.²⁷

Soweit diese Liste keinen abschließenden Charakter besitzt, kommt es bei der Einbeziehung nicht staatlicher Stellen darauf an, was unter einem *besonderen* oder

²² Vgl. Art. 2 Abs. 2 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

²³ Ebenda, Art. 1 Ziff. 2.

²⁴ Vgl. ebenda, Art. 2 Abs. 1 lit. a) i.V.m. Art. 2 Abs. 2.

²⁵ Vgl. Rittner, Fritz: Das öffentliche Auftragswesen im Spannungsfeld zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, in: Das öffentliche Auftragswesen in der EG, hrsg. von Jürgen Schwarze u. a., Baden-Baden 1996, S. 7 (10).

²⁶ Art. 2 Abs. 1 lit. b) der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. v. 9. 8. 1993, S. 84.

²⁷ Vgl. ebenda, Anhänge I bis X.

einem *ausschließlichen* Recht zu verstehen ist. Dies wird in Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie zwar näher erläutert,²⁸ hat aber trotzdem bereits zu Streitigkeiten vor dem Europäischen Gerichtshof geführt²⁹.

Die Kommission hat sich in Zusammenhang mit den genannten Streitigkeiten der Auffassung des Generalanwalts Jacobs angeschlossen, der in bezug auf den Telekommunikationssektor eine weite Definition für den Begriff des besonderen oder ausschließlichen Rechts vorgeschlagen hat:

„Wenn daher ein Mitgliedstaat einem einzelnen Unternehmen das alleinige Recht gewährt, ein öffentliches Telekommunikationsnetz zu betreiben oder Telekommunikationsdienste zu erbringen, so ist hinreichend klar, daß dieses Unternehmen über ein ausschließliches Recht ... verfügt. Wenn das Recht zum Betrieb des Netzes oder zur Erbringung der Telekommunikationsdienste mehr als einem Unternehmen gewährt wird, wobei aber die Zahl solcher Unternehmen begrenzt ist, dann verfügen diese Unternehmen über besondere Rechte“³⁰.

Da die meisten Rechte, die ein Mitgliedstaat einem oder mehreren Unternehmen einräumt, auf wenige Nutznießer beschränkt sind (weil meist auch nur dies für die Beteiligten wirtschaftlich sinnvoll ist), ist faktisch immer der Fall des ausschließlichen oder besonderen Rechts einschlägig, sofern ein solches Recht auf den genannten Tätigkeitsfeldern erteilt wird. Schließlich hatte die Kommission auch beabsichtigt, möglichst alle Anbieter der zuvor ausgenommenen Sektoren zu erfassen,³¹ wobei sie es jedoch versäumt hat, die Aufträge aller Geschäftsfelder, die mit den genannten Tätigkeiten in *keinem* Zusammenhang stehen, vom Anwendungsbereich der Sektorenrichtlinie auszunehmen. Man denke nur an einen privaten Wasserversorger, der außerdem noch einen privaten Binnenhafen betreibt.³² Grundsätzlich wäre der Betrieb des *privaten* Hafens zwar vom Anwendungsbereich der Sektorenrichtlinie ausgenommen, jedoch unterwirft der Wortlaut das Einkaufsverhalten des Wasserversorgers auch in diesem Bereich den Richtlinienbestimmungen,³³ weil es sich grundsätzlich um eine Tätigkeit im Sinne des Artikel 2 Absatz 2

²⁸ Laut Art. 2 Abs. 3 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG gelten als „besondere oder ausschließliche Rechte ... (solche), die sich aus der von einer zuständigen Behörde ... aufgrund einer beliebigen Rechts- oder Verwaltungsvorschrift erteilten Genehmigung ergeben, wonach die Ausübung einer Tätigkeit im Sinne des Absatzes 2 einem oder mehreren Auftraggeber(n) vorbehalten wird.“

²⁹ Vgl. EuGH Rs 202/88 „Frankreich vs. Kommission“, Slg. 1991, S. 1223; EuGH Rs. C-271, 281 und 289/90 „Spanien, Belgien, Italien vs. Kommission“, Slg. 1992 I, S. 5833.

³⁰ Generalanwalt Francis Jacobs in den Rechtssachen C-271, 281 und 289/90 „Spanien, Belgien und Italien vs. Kommission, Slg. 1992 I, S. 5833 (5856).

³¹ Vgl. Europäische Kommission: Eine Gemeinschaftsregelung für Beschaffungen in den ausgenommenen Sektoren: Wasser, Energie, Verkehr und Telekommunikation, KOM(88) 376 endg., S. 23 ff.

³² Dieses Beispiel wurde entnommen Lee, Philip: Public Procurement, S. 96.

³³ Vgl. Art. 2 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

der Richtlinie handelt und die Ausnahme des Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie nur für solche Tätigkeiten gilt, die nicht in der Liste des Artikel 2 Absatz 2 aufgeführt sind. Kommission und Rat haben es in diesem Zusammenhang versäumt, den Anwendungsbereich der Richtlinie dahingehend zu beschränken, daß *weitere* Geschäftsfelder eines grundsätzlich der Sektorenrichtlinie unterliegenden Auftraggebers auch dann von der Richtlinie ausgenommen werden sollen, wenn sie sich zwar auf eines der in Artikel 2 Absatz 2 genannten Tätigkeitsfelder beziehen, jedoch nicht aufgrund eines ausschließlichen oder besonderen Rechts ausgeübt werden. So wie die Richtlinie derzeit formuliert ist, bezieht sie nämlich solche „privaten“ Tätigkeiten dann ein, wenn ein Auftraggeber aufgrund einer anderen, lizenzierten Tätigkeit der Richtlinie unterliegt. Hier handelt es sich offensichtlich um ein Redaktionsversehen von Kommission und Rat; jedenfalls ist eine so weitgehende Einbeziehung der aufgelisteten Tätigkeiten von der Kommission ursprünglich nicht beabsichtigt gewesen.

In anderen Bereichen sind Kommission und Rat präziser vorgegangen: Die Erzeugung von zum Eigenverbrauch produzierten Trinkwassers oder von Elektrizität unterliegt dann nicht den Bestimmungen der Richtlinie, wenn der Verbrauch der Ausübung einer anderen, nicht in der Liste des Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie genannten Tätigkeit dient, die Lieferung an das öffentliche Netz nur vom Eigenverbrauch des Auftraggebers abhängt und durchschnittlich nicht mehr als 30% der gesamten Trinkwasser- oder Energieerzeugung des Auftraggebers pro Jahr ausmacht. Gleiches gilt für die Erzeugung von Gas oder Wärme, wenn diese als Nebenprodukt einer nicht in Artikel 2 aufgeführten Tätigkeit abfallen und die Lieferung an das öffentliche Netz nur darauf abzielt, die Energie wirtschaftlich zu nutzen; allerdings darf die Lieferung an das Netz nicht mehr als 20% des Umsatzes des Auftraggebers betragen.³⁴ In den genannten Fällen geht es lediglich um die ökonomische Verwendung von „Abfallprodukten“, die nicht im *Zentrum* eines Produktionsprozesses stehen.

Eine weitere Ausnahme *kann* in den Bereichen Suche und Förderung von Erdöl, Gas, Kohle oder anderen Festbrennstoffen gewährt werden. Die Kommission ist mit dieser Klausel vor allem den Niederlanden und Großbritannien entgegengekommen, die den Löwenanteil des Erdöls in der EU fördern. Auf Antrag eines Mitgliedstaates kann die Kommission entscheiden, daß die Nutzung geographisch abgegrenzter Gebiete zum Zwecke der Suche oder Förderung der genannten Stoffe nicht als Tätigkeit im Sinne des Artikel 2 Absatz 2 der Sektorenrichtlinie gilt, wenn in dem betreffenden Mitgliedstaat folgende fünf Bedingungen erfüllt sind:

- Ist für die Exploration eine Genehmigung erforderlich, muß es auch *anderen Auftraggebern freistehen*, eine solche Genehmigung zu den gleichen Bedingungen zu beantragen.

³⁴ Vgl. ebenda, Art. 2 Abs. 5.

- Soll eine derartige Genehmigung erteilt werden, müssen die *Kriterien für die technische und finanzielle Leistungsfähigkeit* feststehen, bevor die Qualifikation der Bewerber beurteilt wird.
- Die Genehmigung selber muß *anhand objektiver Kriterien erteilt* werden, die vor Einreichung der Angebote festgelegt und veröffentlicht und in nicht diskriminierender Weise angewendet werden müssen.
- Ebenso müssen alle *Bedingungen oder Auflagen* für die Ausübung oder die Aufgabe der Tätigkeit festgelegt werden, bevor die Anträge auf Genehmigung eingereicht werden; auch diese Bedingungen oder Auflagen sind in nicht diskriminierender Weise anzuwenden.
- Schließlich darf den Auftraggebern nicht zur Auflage gemacht werden, *Angaben über derzeitige oder künftige Quellen für ihre Käufe* zu machen.³⁵

Die Mitgliedstaaten werden für den Fall, daß sie eine solche Ausnahme beantragen, zudem dazu angehalten, durch die Formulierung der Genehmigungsbedingungen oder andere geeignete Maßnahmen dafür zu sorgen, daß jeder Auftraggeber bei der Auftragsvergabe den Grundsatz der Nichtdiskriminierung beachtet.³⁶ Die Niederlande haben schon bald nach Verabschiedung der ersten Sektorenrichtlinie 90/531/EWG, am 7. Februar 1991, eine entsprechende Feststellung bei der Kommission beantragt. Auf diesen Antrag hin hat die Kommission knapp zwei Jahre später entschieden, daß vom Entscheidungstag an, dem 10. Dezember 1993, „die Nutzung geographisch abgegrenzter Gebiete zum Zwecke der Suche nach und der Förderung von Erdöl und Gas in den Niederlanden nicht als Tätigkeit im Sinne von Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe b) Ziffer i) der Richtlinie 90/531/EWG (gilt); die diese Tätigkeiten ausübenden Auftraggeber gelten in den Niederlanden nicht als im Besitz von besonderen oder ausschließlichen Rechten im Sinne von Artikel 2 Absatz 3 Buchstabe b) dieser Richtlinie“³⁷. Entsprechende Entscheidungen ergingen auch auf Antrag Frankreichs und Großbritanniens.³⁸

Inzwischen haben das Europäische Parlament und der Rat eine eng mit dieser Alternativregelung zusammenhängende Richtlinie³⁹ mit Vorgaben zur Erteilung von Nutzung von Genehmigungen zur Prospektion, Exploration und Gewinnung von Erdöl, Gas oder Kohlenwasserstoffen erlassen, um die Bedingungen zu konkretisieren und transparenter zu gestalten. Kommt ein Mitgliedstaat den in dieser

³⁵ Vgl. ebenda, Art. 3 Abs. 1.

³⁶ Vgl. ebenda, Art. 3 Abs. 2.

³⁷ Entscheidung 93/676/EG der Kommission, ABl. L 361 v. 17. 12. 1993, S. 41.

³⁸ Vgl. Entscheidung 93/18/EWG der Kommission, ABl. L 12 v. 20. 1. 1993, S. 19 und Entscheidung 93/425/EWG der Kommission, ABl. L 196 v. 5.8. 1993, S. 55.

³⁹ Vgl. Richtlinie 94/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 1994 über die Erteilung und Nutzung von Genehmigungen zur Prospektion, Exploration und Gewinnung von Kohlenwasserstoffen, ABl. L 164 v. 30. 6. 1994, S. 3.

Richtlinie aufgeführten Voraussetzungen nach, gelten die genannten fünf Bedingungen als erfüllt.⁴⁰ Ziel dieser Richtlinie, die am 1. Juli 1995 in Kraft getreten ist, war es vor allem, Unternehmen aus allen Mitgliedstaaten den Zugang zu Genehmigungen im genannten Bereich offen zu halten.⁴¹

II. Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge

Da es sich bei der Sektorenrichtlinie um eine zusammengefaßte Richtlinie handelt, sind Gegenstand der Richtlinie die drei Auftragsarten Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge. Obwohl zu erwarten gewesen wäre, daß diese drei Begriffe in der Sektorenrichtlinie nicht anders definiert werden würden als in den speziellen Koordinierungsrichtlinien, haben Kommission und Rat die Definitionen nicht einfach übernommen. Vielmehr wurde auf die Tätigkeitsschwerpunkte der Sektorenrichtlinie abgestellt und die Definition der Auftragsarten daran ausgerichtet.⁴² Dies fällt insbesondere beim Begriff des Bauauftrags auf.

Hier stellt die Sektorenrichtlinie im Unterschied zur Baukoordinierungsrichtlinie⁴³ nicht auch auf Ausführung und Planung von *Bauvorhaben* oder *Bauwerken* ab. Vielmehr verweist die Definition lediglich auf die planerischen und ausführenden Einzelleistungen, wie sie in Anhang XI der Sektorenrichtlinie spezifiziert werden. Dort wurde das Verzeichnis der Berufstätigkeiten im Baugewerbe aus dem allgemeinen Verzeichnis der wirtschaftlichen Tätigkeiten in der Europäischen Gemeinschaft (NACE) aufgenommen, das sich ja auch in Anhang II der Baukoordinierungsrichtlinie wiederfindet. Eigens genannt wird in der Sektorenrichtlinie die Durchführung von Tief- und Hochbauarbeiten,⁴⁴ da diese insbesondere bei der Ausführung von in den Tätigkeitsfeldern der Sektorenrichtlinie häufig vorkommenden Infrastrukturmaßnahmen anfallen. Bauaufträge im Sinne der Sektorenrichtlinie sind also zwischen einem Auftraggeber und einem Unternehmer geschlossene entgeltliche Verträge, die „entweder die Ausführung oder gleichzeitig die Ausführung und die Planung oder – gleichgültig mit welchen Mitteln – die Durchführung von Tief- oder Hochbauarbeiten im Sinne des Anhangs XI“ zum Gegenstand haben. „Diese Aufträge können darüber hinaus die für ihre Ausfüh-

⁴⁰ Vgl. ebenda, Art. 12.

⁴¹ Vgl. ebenda, 6. Erwägung.

⁴² Vgl. Begründung zu Art. 1 des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung und im Telekommunikationssektor, KOM(89) 380 endg., Brüssel 1989.

⁴³ Vgl. Art. 1 lit. a) der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

⁴⁴ Vgl. Art. 1 Ziff. 4 lit. b) der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

rung erforderlichen Lieferungen und Dienstleistungen umfassen“⁴⁵. Um jedoch sicherzustellen, daß zur Bestimmung, ob der für Bauaufträge geltende Schwellenwert von derzeit 5 Millionen Sonderziehungsrechten erreicht wird, nicht lediglich Einzelleistungen herangezogen werden, sondern die für ein Projekt insgesamt erbrachte Bauleistung den Ausschlag gibt, stellt Artikel 14 Absatz 10 der Sektorenrichtlinie auf den *Gesamtwert* des Bauwerks ab. In diesem Zusammenhang wird der Begriff des Bauwerks exakt so definiert wie in der Baukoordinierungsrichtlinie, nämlich als das „Ergebnis einer Gesamtheit von Hoch- und Tiefbauarbeiten, das seinem Wesen nach eine wirtschaftliche und technische Funktion erfüllen soll“⁴⁶.

Lieferaufträge sind in der jetzigen Fassung der Sektorenrichtlinie nur geringfügig anders definiert als in der Lieferkoordinierungsrichtlinie. Es sind dies entgeltliche schriftliche Verträge über Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Mietkauf (anstelle des in der Lieferkoordinierungsrichtlinie genannten Ratenkaufs) mit oder ohne Kaufoption von Waren.⁴⁷ Während in der ersten Sektorenrichtlinie 90/531/EWG in Anlehnung an die Lieferkoordinierungsrichtlinie Nebenarbeiten wie das Verlegen oder Anbringen eigens in die Definition des Lieferauftrags einbezogen wurden,⁴⁸ konnten die Verfasser in der Sektorenrichtlinie auf diesen Zusatz verzichten, als sie 1993 die Dienstleistungsaufträge in den Richtlinien text aufnahmen, da diese Tätigkeiten ihrem Wesen nach Dienstleistungen darstellen. Die 1993 erfolgte Einbeziehung der Dienstleistungsaufträge in die Sektorenrichtlinie hat zur Entschärfung noch eines weiteren Problems beigetragen: Bestand ein Auftrag teils aus Lieferungen, teils aus Dienstleistungen, ohne daß der Dienstleistungsanteil lediglich als Nebenarbeit eingestuft werden konnte, herrschte trotz der ausdrücklichen Einbeziehung nur von Nebenarbeiten Unsicherheit darüber, ob ein solcher Auftrag in seiner *Gesamtheit* oder aber nur der reine Lieferanteil als Lieferauftrag betrachtet werden mußte. In Zusammenhang mit der Lieferkoordinierungsrichtlinie hatte der Europäische Gerichtshof beide Leistungen zusammengezogen, um festzustellen, ob der Schwellenwert erreicht war, von dem an die Lieferkoordinierungsrichtlinie Anwendung findet.⁴⁹ Seit der Überarbeitung von 1993 ist auch für den Sektorenbereich ausdrücklich festgelegt, daß der höhere Auftragsanteil darüber entscheidet, ob ein Auftrag als Dienstleistung oder als Lieferung einzustufen ist.⁵⁰ Ob der jeweilige Schwellenwert erreicht ist, bestimmt sich jedoch nach dem Wert des *Gesamtauftrags*⁵¹.

⁴⁵ Ebenda, Art. 1 Ziff. 4 lit. b).

⁴⁶ Ebenda, Art. 14 Abs. 10.

⁴⁷ Vgl. ebenda, Art. 1 Ziff. 4 lit. a).

⁴⁸ Vgl. ebenda, Art. 1 Ziff. 3 lit. a).

⁴⁹ Vgl. EuGH Rs. C-3/88 „Kommission vs. Italienische Republik“, Slg. 1989, S. 4035.

⁵⁰ Vgl. Art. 1 Ziff. 4 letzter Absatz der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. v. 9. 8. 1993, S. 84.

⁵¹ Vgl. ebenda, Art. 14 Abs. 8.

Auch die in der Richtlinie 90/531/EWG noch ausdrücklich aufgeführten Aufträge über Software zum Betreiben eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes oder zur Verwendung in Verbindung mit einem öffentlichen Telekommunikationsdienst,⁵² die ihrem Wesen nach Dienstleistungsaufträge darstellen, konnten in der überarbeiteten Version 93/38/EWG aufgrund der dortigen Einbeziehung von Dienstleistungsaufträgen gestrichen werden.

Auch die Definition der *Dienstleistungsaufträge* hat sich gegenüber der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie vereinfacht – wenn auch nicht wesentlich. Auch in der Sektorenrichtlinie wird der Dienstleistungsauftrag negativ definiert und umfaßt alle entgeltlichen schriftlichen Verträge, die weder Liefer- noch Bauauftrag sind⁵³. Im übrigen sind die Vergaberegeln auch in den Sektoren dann nicht anwendbar, wenn es sich um den Abschluß beispielsweise von Arbeitsverträgen oder um Aufträge über Schiedsgerichts- und Schlichtungsleistungen handelt.⁵⁴ Die Liste der Ausnahmen ist mit derjenigen der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie aber nur bis auf zwei Sonderfälle identisch: Während in der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie Kauf, Entwicklung, Produktion oder Koproduktion von Programmen durch Rundfunk- oder Fernsehanstalten und die Ausstrahlung von Sendungen sowie die Dienstleistungen der Zentralbanken ausdrücklich ausgenommen sind,⁵⁵ fehlen entsprechende Bestimmungen in der Sektorenrichtlinie. Der Grund ist einleuchtend: Solche Dienstleistungen kommen auf den Gebieten Wasser, Energie, Verkehr und Telekommunikation⁵⁶ gar nicht in Betracht und müssen folglich auch nicht eigens ausgenommen werden.

Im Unterschied zu Bau-, Liefer- und Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie bezieht die Sektorenrichtlinie ausdrücklich auch *Rahmenübereinkünfte* in den Richtlinien-text mit ein. In solchen Übereinkünften legen Auftraggeber und Lieferanten die Bedingungen – insbesondere Preis und gegebenenfalls Menge – für Aufträge fest, die im Laufe eines absehbaren, künftigen Zeitraums vergeben werden sollen.⁵⁷ Für Rahmenübereinkünfte gelten, wie in Abschnitt H.IV. dieser Arbeit gezeigt wird, erleichterte Vergabebedingungen. Damit Auftraggeber die eingeräumte Möglichkeit, Rahmenübereinkünfte abzuschließen, nicht dazu mißbrauchen, die Bestimmungen der Sektorenrichtlinie zu umgehen, hatte das Europäische Parlament dafür plädiert, die Geltungsdauer solcher Übereinkünfte auf vier Jahre zu begrenzen,⁵⁸ war damit aber auf den Widerstand der Kommission gestoßen. Diese

⁵² Vgl. ebenda, Art. 1 Ziff. 3 lit. a).

⁵³ Vgl. ebenda, Art. 1 Ziff. 4 lit. c).

⁵⁴ Vgl. ebenda, Art. 1 Ziff. 4 lit. c) Ziff. i) bis vi).

⁵⁵ Vgl. Art. 1 lit. a) Ziff. iv) der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

⁵⁶ Der Begriff der Telekommunikation, wie er in Art. 1 Ziff. 15 zweiter Absatz der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG definiert ist, schließt Rundfunk und Fernsehen ausdrücklich aus.

⁵⁷ Vgl. Art. 1 Ziff. 5 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

⁵⁸ Vgl. Änderungsantrag Nr. 28 (Art. 1 Abs. 4) des Europäischen Parlaments des überprüften Vorschlags für eine Richtlinie des Rates über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im

sah es als ausreichend an, daß die Richtlinie es ausdrücklich verbietet, Rahmenübereinkünfte dazu zu mißbrauchen, den Wettbewerb zu verhindern, einzuschränken oder zu verfälschen⁵⁹. Ob eine Begrenzung der Laufzeit sinnvoll gewesen wäre, soll erst im dritten Teil dieser Arbeit untersucht werden, wenn die Effizienz der Koordinierungsbemühungen betrachtet wird.

Die Zusammenfassung aller Auftragsstypen hat zu Vereinfachungen geführt, unter anderem deswegen, weil Abgrenzungen, die in den einzelnen Richtlinien des Bau-, Liefer- und Dienstleistungsbereichs teilweise doppelt oder gar dreifach vorgenommen werden mußten, zusammengefaßt werden konnten. Diese Zusammenfassung im Sektorenbereich könnte – und das gilt nicht nur für die Definition des Auftrags – Vorbild für eine zusammenfassende (und hoffentlich vereinfachende) Koordinierungsrichtlinie in den Bereichen Bau, Lieferungen und Dienstleistungen sein.

III. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich der Sektorenrichtlinie ist aus verschiedenen Gründen komplizierter ausgefallen als derjenige in Bau-, Liefer- und Dienstleistungs Koordinierungsrichtlinie. Dies liegt zum einen daran, daß die in der Bau-, der Liefer- und der Dienstleistungs Koordinierungsrichtlinie sehr unterschiedlich gestalteten Anwendungsmodalitäten in der Sektorenrichtlinie miteinander verbunden worden sind. Zum anderen waren sich Kommission und Europäisches Parlament angesichts der unterschiedlichen Strukturen beispielsweise auf den Energiemärkten der Mitgliedstaaten über die Höhe der Schwellenwerte in den einzelnen Sektoren uneins und nahmen letztlich eine Splittung der Schwellenwerte für die Bereiche Wasser, Energie und Verkehr sowie den Telekommunikationssektor vor. Und schließlich sollten Ausnahmen beispielsweise für verbundene Unternehmen und bestimmte Arten von Aufträgen gemacht werden. All diese Aspekte haben dazu geführt, daß ein auf den ersten Blick sehr unübersichtliches Sammelsurium von Ausnahmeregelungen Einzug in die Sektorenrichtlinie gehalten hat.

Infolge der soeben angesprochenen Meinungsverschiedenheiten zwischen Kommission und Europäischem Parlament wurden in die Sektorenrichtlinie nicht einfach die *Schwellenwerte* aus den Koordinierungsrichtlinien Bau, Lieferungen und Dienstleistungen übernommen. Vielmehr entschied man sich für einen gesplitteten Anwendungsbereich: Für Liefer- und Dienstleistungsaufträge, die von Institutionen der Sektoren Wasser, Energie oder Verkehr vergeben werden, galt ursprünglich ein

Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, KOM(90) 301 endg., Brüssel, den 12. Juli 1990.

⁵⁹ Vgl. Art. 5 Abs. 4 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84; zuvor schon Art. 5 Abs. 4 der Sektorenrichtlinie 90/531/EWG, ABl. L 297 v. 29. 10. 1990, S. 1.

Schwellenwert von 400.000 ECU. Dieser Wert war im wesentlichen auf entsprechenden Druck der deutschen Bundesregierung zustande gekommen, die auf diese Weise die praktischen Auswirkungen der Richtlinie gerade auch auf private Sektorenauftraggeber etwas abmildern wollte⁶⁰. Bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen aus dem Bereich Telekommunikation lag die Schwelle zunächst bei 600.000 ECU. Bei Bauaufträgen wurde einheitlich auf den Betrag der Baukoordinierungsrichtlinie zurückgegriffen.⁶¹ Das Europäische Parlament hatte sich gegen den von der Kommission vorgeschlagenen, für alle Sektoren einheitlichen Schwellenwert von 200.000 ECU für Lieferaufträge gewandt, weil seiner Ansicht nach Lieferaufträge erst ab einem Betrag von einer Million ECU für eine EU-weite Ausschreibung interessant seien⁶². Die Parlamentarier konnten diese Behauptung allerdings nicht statistisch oder auf andere Weise argumentativ belegen. Die Kommission hatte an dem Schwellenwert von 200.000 ECU aus der ursprünglichen Lieferkoordinierungsrichtlinie festhalten wollen, weil dieser das Ergebnis einer langen und intensiven Debatte gewesen war und umfassende Anhörungen zur Frage, ob der Schwellenwert gesenkt oder erhöht werden sollte, ergebnislos verlaufen waren. In diesem Zusammenhang hatte die Kommission erstmals laut darüber nachgedacht, den Schwellenwert für Bauaufträge von derzeit 5 Millionen Sonderziehungsrechten zu senken⁶³. Dann hat sie auf eine entsprechende Initiative jedoch verzichtet – weil auch hier eindeutige Resultate nicht prognostiziert werden konnten. Ein anderes Argument hätte gerade im Sektorenbereich für eine Senkung der Schwellenwerte – insbesondere bei den Liefer- und später auch bei den Dienstleistungsaufträgen – gesprochen: In Mitgliedstaaten mit vielen kleinen Auftraggebern, wie etwa bei der deutschen Stromerzeugung und -verteilung, bleiben die Aufträge solcher Institutionen mit sehr viel höherer Wahrscheinlichkeit unterhalb des Schwellenwerts, als dies in einem Staat mit stark zentralisierter Struktur (wie Frankreich) und entsprechend höheren Auftragsvolumina der Fall ist. Erwartungsgemäß hatte Frankreich deswegen als einziger Mitgliedstaat gegen den Richtlinienentwurf gestimmt, weil man in Paris befürchtete, daß insbesondere die deutschen Stromversorger die EU-Vorschriften würden umgehen können⁶⁴.

Mit der Erweiterung der Sektorenrichtlinie auf den Dienstleistungsbereich im Jahre 1993 wurden die Schwellenwerte für Dienstleistungsaufträge den Schwellen-

⁶⁰ Vgl. o.V.: Argumentationslinie der Bundesregierung hat hinsichtlich der „Privaten“ einen Bruch, HB v. 6. 3. 1990.

⁶¹ Vgl. Art. 14 Abs. 1 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

⁶² Vgl. Änderungsantrag 13 sowie S. 32 f. des Berichts des Europäischen Parlaments im Namen des Ausschusses für Wirtschaft, Währung und Industriepolitik über den Vorschlag der Kommission an den Rat (KOM(88) 377) für eine Richtlinie betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, PE 128.101 / endg., Brüssel 1989.

⁶³ Vgl. Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, KOM(88) 377 endg., Brüssel, 1988, S. 15 f.

⁶⁴ Vgl. Stabenow, Michael: EG-Regeln für öffentliche Aufträge, BddW v. 27. 2. 1990.

werten für Lieferungen angepaßt, um möglichen Auseinandersetzungen hinsichtlich gemischter Aufträge mit Liefer- und Dienstleistungsbestandteilen vorzubeugen. Denn es wäre abzusehen gewesen, daß sich der Gerichtshof bei auseinanderfallenden Schwellenwerten in Einzelfällen mit der Frage hätte auseinandersetzen müssen, ob bei einem gemischten Auftrag die Liefer- oder die Dienstleistungskomponente überwiegt. Bei einem höheren Schwellenwert für Lieferaufträge wären Auftraggeber nämlich versucht gewesen, den Lieferanteil überwiegen zu lassen.

Die Ratifizierung des WTO-Übereinkommens von 1994 hat dann weitere Änderungen notwendig werden lassen: Entgegen den Vorgaben des WTO-Übereinkommens, das weder auf die Telekommunikationsdienste, die Bereiche Gas- oder Wärmeversorgung, Öl- und Gasförderung noch auf den Schienenverkehr (ohne Stadtbahnen) anwendbar ist, war die Kommission ursprünglich bestrebt, *alle* Sektorenauftraggeber – unabhängig von deren Rechtsform – vollständig den neuen Bestimmungen zu unterwerfen. Einzig Frankreich begrüßte den Ansatz der Kommission, die geplanten Änderungen in der Sektorenrichtlinie auf alle Bereiche anzuwenden. Andere Mitgliedstaaten mit einem hohen Anteil an privatrechtlich organisierten Sektorenauftraggebern, wie etwa Deutschland, waren jedoch gegen eine solche Einbeziehung⁶⁵ und plädierten für eine minimalistische Lösung bei der Umsetzung des WTO-Übereinkommens⁶⁶. Daß ihr Vorschlag für die durch das WTO-Übereinkommen bedingten Änderungen der Sektorenrichtlinie auf heftige Kritik stoßen würde, hat die Kommission vorhergesehen und deswegen auch schon im Vorfeld versucht, den Kritikern den Wind aus den Segeln zu nehmen. Ihre ursprüngliche Entscheidung, das WTO-Übereinkommen umfassender als notwendig umzusetzen, begründete die Kommission damit, daß nur eine (annähernde) Gleichbehandlung aller privaten und öffentlichen Sektorenauftraggeber die Ausgewogenheit des Vergaberechts gewährleisten könne. Ihrer Ansicht nach kann nur so der Markt für die von den Sektorenauftraggebern nachgefragten Produkte geöffnet und ein angemessenes Gleichgewicht erreicht werden; auf die Rechtsstellung der Auftraggeber dürfe es nicht ankommen⁶⁷. Nachdem der Ausschuß für Wirtschaft, Währung und Industriepolitik des Europäischen Parlaments den ersten Vorschlag der Kommission für eine Änderung der Sektorenrichtlinie⁶⁸

⁶⁵ Vgl. Prieß, Hans-Joachim: Das öffentliche Beschaffungswesen in den Jahren 1994 und 1995, EuZW 1996, S. 357 (357 f.).

⁶⁶ Vgl. Krause-Sigle, Brigitte: Marktöffnung bei öffentlichen Aufträgen in Deutschland – die neue Situation, in: Forum '95 Öffentliches Auftragswesen, hrsg. von Forum Öffentliches Auftragswesen, Köln 1995, S. 21 (23).

⁶⁷ Vgl. 7., 8., 10. und 11. Erwägung des geänderten Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 93/38/EWG zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. C 28 v. 29. I. 1997, S. 4.

⁶⁸ Vgl. Vorschlag (95) 107 endg. der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 93/38/EWG zur Koordinierung der

abgelehnt hatte,⁶⁹ hat die Kommission überraschend schnell am 21. November 1996 einen zweiten Entwurf⁷⁰ vorgelegt, der wiederum heftig diskutiert wurde. Da der Rat am 20. Dezember 1996 einen Gemeinsamen Standpunkt⁷¹ und das Europäische Parlament dazu Mitte Mai 1997 Änderungsvorschläge verabschiedet hatte⁷², mußte im Vermittlungsausschuß nach einer einvernehmlichen Lösung gesucht werden. Nicht gefolgt ist die Kommission dem Vorschlag, das WTO-Übereinkommen in einer eigenen *WTO-Sektorenrichtlinie* umzusetzen, was sicherlich zu großer Unübersichtlichkeit geführt hätte⁷³.

Erster Ansatzpunkt für die Kritik des Ausschusses waren die durch das WTO-Übereinkommen überarbeitungsbedürftig gewordenen Schwellenwerte der Sektorenrichtlinie. Die neuen Schwellenwerte sind daraufhin so kompliziert gestaltet, daß das Durchlesen der Vorschrift nicht sofort erhellt, für welchen Auftraggeber künftig welcher Schwellenwert gelten soll. Ursprünglich hatte die Änderung vergleichsweise einfach aussehen sollen: Für Auftraggeber des Telekommunikationssektors sollte der Schwellenwert weiterhin bei 600.000 ECU im Falle von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen liegen; im Falle von Bauaufträgen bei 5 Millionen ECU. Für alle anderen Sektorenauftraggeber sollte der Schwellenwert für Liefer- und Dienstleistungsaufträge künftig bei dem 400.000 Sonderziehungsrechten entsprechenden ECU-Gegenwert liegen, für Bauaufträge beim ECU-Gegenwert von 5 Millionen Sonderziehungsrechten.⁷⁴ Diese einfache und zugleich anwenderfreundliche Lösung ist auch deshalb auf Kritik gestoßen, weil die Mehrheit der Mitglied-

Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. C 138 v. 3. 6. 1995, S. 49.

⁶⁹ Vgl. Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, Währung und Industriepolitik über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 93/38/EWG zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (KOM(95) 107), PE 215.159/endg., Brüssel 1995.

⁷⁰ Vgl. geänderter Vorschlag (96) 598 endg. der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 93/38/EWG zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. C 28 v. 29. 1. 1997, S. 4.

⁷¹ Vgl. Gemeinsamer Standpunkt des Rates, ABl. C 111 v. 9. 4. 1997, S. 1.

⁷² Vgl. Forum ÖA Monatsinfo Mai 1997, S. 6.

⁷³ Vgl. Entwurf einer Empfehlung des Europäischen Parlaments für die zweite Lesung betreffend den Gemeinsamen Standpunkt des Rates hinsichtlich des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 93/38/EWG zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (KOM(95) 107), PE 215.159/endg., Brüssel 1995, S. 9.

⁷⁴ Vgl. neuer Art. 14 Abs. 1 und Abs. 2 in Art. 1 des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 93/38/EWG zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. C 138 v. 3. 6. 1995, S. 49.

staaten der Kommission nicht die Möglichkeit einräumen wollte, „auf kaltem Wege“ die Schwellenwerte insgesamt herabzusetzen. Erschwerend kam hinzu, daß die Auftragsvergabe in den ausgenommenen Sektoren ohnehin ein heikles Thema ist und die Mitgliedstaaten auf jede Ausdehnung des Anwendungsbereichs sehr empfindlich reagieren. In der Änderungsrichtlinie ist es deswegen – auch nach dem Veto des Wirtschafts- und Währungsausschusses – bei den gesplitteten Schwellenwerten geblieben, die jedoch um die Bestimmungen aus dem WTO-Übereinkommen erweitert und dadurch kompliziert wurden. Für Auftraggeber aus dem Telekommunikationssektor besteht der bisherige Schwellenwert fort. Für Auftraggeber aus den Bereichen Gewinnung, Fortleitung oder Verteilung von Trinkwasser, Erzeugung, Fortleitung oder Verteilung von elektrischem Strom, im Bereich Stadtbahn-, Straßenbahn-, O-Bus- oder Omnibusverkehr, im Bereich Flughafeneinrichtungen sowie im Bereich des See- oder Binnenhafenverkehrs oder anderer Verkehrsendpunkte gelten die folgenden Regelungen: Handelt es sich um Liefer- oder um sogenannte vorrangige Dienstleistungsaufträge, die in Anhang XVI Teil A der Sektorenrichtlinie aufgeführt sind, gilt ein Schwellenwert im ECU-Gegenwert von 400.000 Sonderziehungsrechten. Dieser Wert gilt jedoch nicht für die in Kategorie 8 enthaltenen Dienstleistungsaufträge im Bereich Forschung und Entwicklung sowie für Dienstleistungen der Kategorie 5 im Bereich Fernmeldewesen mit den CPC-Referenznummern 7524 bis 7526⁷⁵. Für diese wie auch für nachrangige Dienstleistungen der Kategorie B liegt der Schwellenwert bei 400.000 ECU. Für Bauaufträge der genannten Sektorenauftraggeber liegt er einheitlich beim ECU-Gegenwert von 5 Millionen Sonderziehungsrechten⁷⁶. Für Sektorenauftraggeber in den Bereichen Fortleitung und Verteilung von Gas oder Wärme, Öl- und Gasgewinnung, Aufsuchung und Gewinnung von Kohle oder anderen Festbrennstoffen sowie für Auftraggeber aus dem Bereich der Schienenverkehrsdienste liegen die Schwellenwerte für alle Liefer- und Dienstleistungsaufträge bei 400.000 ECU und für Bauaufträge bei 5 Millionen ECU.⁷⁷

Der durch die Schwellenwerte festgelegte Anwendungsbereich der Richtlinie wird durch Ausnahmen weiter eingeschränkt: Der bereits erwähnte Artikel 6 der Sektorenrichtlinie nimmt Aufträge oder Wettbewerbe, die ein Auftraggeber nicht zum Zweck der in Artikel 2 beschriebenen Tätigkeiten (auf den Gebieten Wasser, Energie, Verkehr und Telekommunikation) vornimmt, vom Anwendungsbereich der Richtlinie aus. Von dieser Ausnahme gibt es allerdings dann eine Ausnahme, wenn es sich um Auftraggeber aus dem Bereich der Wasserversorgung handelt: Sind solche Auftraggeber auch mit der Ableitung oder Klärung von Abwässern beschäftigt, unterliegen Aufträge in diesem Bereich den Bestimmungen der Richtlinie. Gleiches gilt für Aufträge in Zusammenhang mit Wasserbauvorhaben sowie

⁷⁵ Vgl. geänderter Art. 14 Abs. 1 lit. a) und lit. b) Ziff. i) in Art. 1 der Richtlinie 98/4/EG, ABl. L 101 v. 4. 1. 1998, S. 1.

⁷⁶ Vgl. ebenda, geänderter Art. 14 Abs. 1 lit. b) Ziff. i) und Ziff. ii) in Art. 1.

⁷⁷ Vgl. ebenda, geänderter Art. 14 Abs. 1 lit. c) in Art. 1.

Vorhaben auf dem Gebiet der Bewässerung und Entwässerung, sofern die zur Trinkwasserversorgung bestimmte Wassermenge mehr als ein Fünftel der mit diesen Vorhaben zur Verfügung gestellten Gesamtwassermenge ausmacht.⁷⁸ Aufträge aus diesen Tätigkeitsfeldern hatten zuvor schon der Liefer-, Bau- und Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie unterlegen und sollten jetzt aus Gründen der Einheitlichkeit und Übersichtlichkeit der Sektorenrichtlinie unterworfen werden.⁷⁹

Aufträge, die mit Blick auf eine Weiterveräußerung oder weitere Vermietung vergeben werden, unterliegen der Sektorenrichtlinie nicht, sofern der Auftraggeber kein besonderes oder ausschließliches Recht zum Verkauf oder zur Vermietung des Auftragsgegenstands besitzt und andere Unternehmen die Möglichkeit haben, solche Gegenstände unter den gleichen Bedingungen wie der betreffende Auftraggeber zu verkaufen oder zu vermieten.⁸⁰ Unter diese Regelung fallen beispielsweise Gas- oder Stromversorgungsbetriebe, die Haushaltsgeräte zum Wiederverkauf an ihre Kunden erwerben. Auf solchen Geschäftsfeldern setzt sich der Auftraggeber dem Wettbewerb mit der Privatwirtschaft aus, so daß eine Reglementierung diesbezüglicher Einkäufe nicht notwendig erschien.⁸¹

Von der Sektorenrichtlinie ausgeklammert sind auch Aufträge in Verbindung mit solchen Telekommunikationsdienstleistungen, deren Erbringung liberalisiert wurde.⁸² Auch hier steht der Gedanke im Hintergrund, daß der nach dem Abbau von Zugangsbeschränkungen herrschende Wettbewerb die Regelung der Beschaffungen überflüssig gemacht hat. Da Kommission und Rat mit der Idee angetreten waren, Einkaufsregeln für Auftraggeber einzuführen, um den auf bestimmten Sektoren mangelnden Wettbewerb auszugleichen, scheint es sinnvoll, das Reglement zurückzunehmen, sobald sich ein Wettbewerb aufgrund anderweitiger Deregulierungen von selber einstellt. Aus diesem Grund hatten die Mitgliedstaaten auch davon abgesehen, die Beschaffungen von Schifffahrts- und Luftverkehrsgesellschaften in den Anwendungsbereich der Sektorenrichtlinie einzubeziehen.⁸³

Auf leise Kritik stieß beim Europäischen Parlament der Vorschlag der Kommission, den Einkauf von Wasser durch die in Anhang I der Sektorenrichtlinie genannten Auftraggeber im Bereich Gewinnung, Fortleitung oder Verteilung von Wasser auszunehmen.⁸⁴ Die Parlamentarier wandten ein, daß gerade in Grenzgebieten eine Marktöffnung bei der Wasserversorgung möglich und in solchen Fäl-

⁷⁸ Vgl. Art. 6 Abs. 2 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

⁷⁹ Vgl. ebenda, 14. Erwägung.

⁸⁰ Vgl. ebenda, Art. 7 Abs. 1.

⁸¹ Vgl. Begründung zu Art. 6 des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung und im Telekommunikationssektor, KOM(89) 380 endg., Brüssel 1989.

⁸² Vgl. Art. 8 Abs. 1 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

⁸³ Vgl. ebenda, 18. und 19. Erwägung.

⁸⁴ Vgl. ebenda, Art. 9 Abs. 1 lit. a).

len generell wünschenswert wäre.⁸⁵ Der Rat folgte jedoch dem Vorschlag der Kommission,⁸⁶ die diese Ausnahmeregelung damit begründete, daß die Anwendung von Vergabevorschriften in diesem Bereich nicht sinnvoll wäre, weil die Wasserversorger ihr Wasser notwendigerweise aus nahegelegenen Quellen beziehen müßten⁸⁷. Anders lautet die Begründung dafür, daß die Lieferungen von Energie oder von Brennstoffen zum Zweck der Energieerzeugung von der Sektorenrichtlinie ausgenommen sind, wenn auch die Auftraggeber aus den Bereichen Erzeugung, Fortleitung oder Verteilung von elektrischem Strom, Fortleitung und Verteilung von Gas oder Wärme, Öl- und Gasgewinnung oder Aufsuchung und Gewinnung von Kohle oder anderen Festbrennstoffen kommen.⁸⁸ Nach Ansicht der Kommission sind Vergabevorschriften nicht geeignet, die Hemmnisse für den grenzüberschreitenden Handel im Energiesektor zu beseitigen. Im Gegenteil: Die Kommission befürchtete, daß die Einbeziehung der Energiebeschaffung in den Anwendungsbereich der Richtlinie die Akzeptanz der Sektorenrichtlinie erschwert und deren Verabschiedung verzögert hätte.⁸⁹ Um einen Interessenausgleich dennoch herzustellen, sagte sie jedoch zu, die bestehenden Hindernisse bis Ende 1992 auf andere Art abzubauen.⁹⁰ Das Parlament hätte es gerne gesehen, wenn die Verpflichtung der Kommission, einen entsprechenden Maßnahmenkatalog noch im Laufe des Jahres 1989 auszuarbeiten, in den Richtlinien-text aufgenommen worden wäre;⁹¹ dazu kam es aber nicht.

Daneben gelten die Bestimmungen der Sektorenrichtlinie nicht für *Dienstleistungsaufträge*, die ein Auftraggeber an ein mit ihm verbundenes Unternehmen oder die ein von mehreren Auftraggebern gegründetes Gemeinschaftsunterneh-

⁸⁵ Vgl. Bericht des Europäischen Parlaments im Namen des Ausschusses für Wirtschaft, Währung und Industriepolitik über den Vorschlag der Kommission an den Rat (KOM (88) 377 – Dok. C2–188/88) für eine Richtlinie betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, PE 128.101 / endg., S. 31.

⁸⁶ Vgl. 15. Erwägung der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

⁸⁷ Vgl. Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung und im Telekommunikationssektor, KOM (89) 380 endg., Brüssel 1989, S. 20.

⁸⁸ Vgl. Art. 9 Abs. 1 lit. b) der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

⁸⁹ Vgl. Bericht des Europäischen Parlaments im Namen des Ausschusses für Wirtschaft, Währung und Industriepolitik über den Vorschlag der Kommission an den Rat (KOM (88) 377 – Dok. C2–188/88) für eine Richtlinie betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, PE 128.101 / endg., S. 31.

⁹⁰ Vgl. Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, KOM(88) 377 endg., Brüssel 1988, Rdnr. 61.

⁹¹ Vgl. Bericht des Europäischen Parlaments im Namen des Ausschusses für Wirtschaft, Währung und Industriepolitik über den Vorschlag der Kommission an den Rat (KOM (88) 377 – Dok. C2–188/88) für eine Richtlinie betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, PE 128.101 / endg., S. 18, Änderungsantrag Nr. 12.

men an einen dieser Auftraggeber oder an ein mit diesem verbundenen Unternehmen vergibt. Voraussetzung dafür ist allerdings, daß dieses Unternehmen mindestens 80% seines durchschnittlichen Umsatzes im Dienstleistungssektor damit erzielt, daß es Leistungen an verbundene Unternehmen erbringt.⁹² Dahinter steht die Idee, daß es sich bei den genannten Konstruktionen lediglich um eine Ausgliederung einer oder mehrerer der Tätigkeiten handelt, die zwar grundsätzlich der Sektorenrichtlinie unterliegen würden. Hier soll es aber keinen Unterschied machen, ob mit dieser Tätigkeit zusammenhängende Dienstleistungen intern oder von einem verbundenen Unternehmen erbracht werden, solange dieses Unternehmen jedenfalls nicht für den freien Markt produziert.⁹³ Dieser Grundsatz leuchtet ein, jedoch erscheint die 80%-Grenze willkürlich gewählt. Denn schließlich greift das genannte Argument nur für Unternehmen, die zu 100% für den Auftraggeber tätig sind; nur in diesem Fall macht es tatsächlich keinen Unterschied, ob die in Frage stehende Dienstleistung vom Auftraggeber selber oder von einem mit ihm verbundenen Unternehmen oder für dieses Unternehmen erbracht werden. Aufgrund der 80%-Grenze jedenfalls können bis zu 20% der Dienstleistungsaufträge, die ohne diese Ausnahmeregelung der Sektorenrichtlinie unterworfen wären, unter Mißachtung der Spielregeln für die Sektorenauftraggeber vergeben werden. Wenn es schon eine solche Ausnahmeregelung gibt, stellt sich weiter die Frage, warum sie lediglich für Dienstleistungsaufträge, nicht aber für Bau- und Lieferaufträge gelten soll. Denn schließlich ist es durchaus denkbar, daß ein großer Energiekonzern eigene Bauleistungen erbringt, diesen Bereich aber in Form eines Tochterunternehmens ausgliedert. Warum soll es dann im Hinblick auf den Anwendungsbereich der Sektorenrichtlinie einen Unterschied machen, ob der Energiehersteller selber oder seine eigens zu diesem Zweck gegründete Tochter die genannten Leistungen erbringt?

Die Sektorenrichtlinie gilt auch nicht für Dienstleistungsaufträge an solche Stellen, die *ihrerseits* Auftraggeber im Sinne der Dienstleistungskoordinationsrichtlinie aufgrund eines ausschließlichen Rechts sind, das diesen Stellen durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften übertragen wurde.⁹⁴ Diese kompliziert klingende Klausel regelt eine Selbstverständlichkeit, die aber der Vollständigkeit halber erwähnt werden muß: Die Erteilung von Lizenzen oder Patenten beispielsweise kann nicht ausgeschrieben werden, sondern muß – als Dienstleistung – von der dafür zuständigen Behörde, wie beispielsweise dem Deutschen Patentamt in München, erbracht werden. Die Anwendung von Vergabevorschriften kommt in solchen Fällen natürlich nicht in Betracht.

Wie schon die Koordinierungsrichtlinien in den Bereichen Bau, Lieferungen und Dienstleistungen nimmt auch die Sektorenrichtlinie für geheim erklärte Auf-

⁹² Vgl. Art. 13 Abs. 1 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

⁹³ Vgl. ebenda, 32. Erwägung.

⁹⁴ Vgl. ebenda, Art. 11.

träge vom Anwendungsbereich der Richtlinie aus⁹⁵. Dasselbe gilt für Aufträge, die im Rahmen bestimmter internationaler Abkommen vergeben werden.⁹⁶

IV. Vergabeverfahren

Die in der Sektorenrichtlinie festgeschriebenen Vergabeverfahren unterscheiden sich grundsätzlich nicht von denjenigen der Koordinierungsrichtlinien Bau, Lieferungen und Dienstleistungen. Wie dort können auch in den Sektoren das offene, das nicht offene und das Verhandlungsverfahren angewendet werden.⁹⁷ Jedoch sind die Sektorenauftraggeber in der *Wahl* der Vergabeverfahren völlig frei. Dies war ein Eingeständnis an die Sektorenauftraggeber, die bei der Beschaffung nicht zu stark reglementiert werden wollten.⁹⁸ Die Sektorenauftraggeber sind folglich nicht – wie die öffentlichen Auftraggeber – gezwungen, das Verhandlungsverfahren nur unter eng begrenzten Voraussetzungen anzuwenden, sondern können nach Belieben darauf zurückgreifen. Um trotzdem ein Mindestmaß an Transparenz zu gewährleisten, müssen die Sektorenauftraggeber vor Einleitung eines Vergabeverfahrens grundsätzlich einen Aufruf zum Wettbewerb veröffentlichen⁹⁹ und dürfen nur in bestimmten Fällen darauf verzichten. Vergleicht man diese Ausnahmeliste mit den Koordinierungsrichtlinien in den Bereichen Bau, Lieferungen und Dienstleistungen, stellt man fest, daß sie im wesentlichen mit den Fällen übereinstimmt, in denen dort auf eine dem Verhandlungsverfahren vorgeschaltete Vergabebekanntmachung verzichtet werden kann.¹⁰⁰ Der Sektorenauftraggeber darf dann auf einen Wettbewerbsaufruf verzichten:

- wenn im Rahmen eines Verfahrens mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb *keine* oder keinen geeigneten *Angebote* abgegeben worden sind;
- wenn ein Auftrag nur zu *Forschungs- oder ähnlichen Zwecken* und nicht mit Gewinnerzielungsabsicht oder zur Deckung der Forschungskosten vergeben wird und sofern die Vergabe des Auftrags einem Aufruf zum Wettbewerb für Folgeaufträge nicht vorgreift;

⁹⁵ Vgl. ebenda, Art. 10.

⁹⁶ Vgl. ebenda, Art. 12.

⁹⁷ Vgl. ebenda, Art. 20 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Ziff. 7.

⁹⁸ Persönliches Gespräch.

⁹⁹ Vgl. ebenda, Art. 20 Abs. 1.

¹⁰⁰ Ursprünglich hatte die Kommission eine solche Vorgehensweise in Anlehnung an die Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG auch für die Sektorenrichtlinie vorgesehen, war dann aber davon wieder abgekommen, um die Vergabeverfahren *insgesamt* transparenter zu gestalten. Vgl. Art. 12 des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, KOM(88) 377 endg., Brüssel 1988.

- wenn der Auftrag wegen seiner *technischen oder künstlerischen Besonderheiten* oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von bestimmten Auftragnehmern durchgeführt werden kann;
- wenn *dringliche zwingende* und für den Auftraggeber nicht vorhersehbare *Gründe* eine Einhaltung der für die einzelnen Verfahren vorgeschriebenen Fristen nicht erlauben;
- wenn im Falle von *Lieferaufträgen* der ursprüngliche Unternehmer Leistungen zur Erneuerung oder Erweiterung durchführt und ein Wechsel des Unternehmers dazu führen würde, daß der Auftraggeber Material unterschiedlicher technischer Merkmale kaufen müßte und dies eine technische Unvereinbarkeit oder unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten mit sich bringen würde;
- bei *zusätzlichen Bauarbeiten oder Dienstleistungen*, die ursprünglich nicht vorgesehen waren, wegen eines unvorhergesehenen Ereignisses aber erforderlich sind, sofern der Auftrag an den Unternehmer oder Dienstleistungserbringer des ersten Auftrags vergeben wird; der zusätzliche Auftrag muß vom Hauptauftrag nicht ohne wesentlichen Nachteil für den Auftraggeber getrennt werden können oder wenigstens für dessen Abrundung unbedingt erforderlich sein;
- bei neuen Bauarbeiten, die in der *Wiederholung gleichartiger Arbeiten* bestehen, die vom selben Auftraggeber an den ersten Unternehmer vergeben werden und dem ersten Auftrag ein Wettbewerb vorangegangen war; die Möglichkeit eines solchen Verfahrens muß bereits bei der Ausschreibung des ersten Bauabschnitts angegeben werden;
- wenn es sich um die Lieferung *börsennotierter Waren* handelt;
- bei Aufträgen, die aufgrund einer *Rahmenübereinkunft* vergeben werden;
- bei *Gelegenheitskäufen*, wenn Lieferungen aufgrund einer besonders günstigen und schnell vorübergehenden Gelegenheit zu einem Preis unterhalb des Marktüblichen gekauft werden können; zum Beispiel auch in einem Liquidationsverfahren;
- wenn der betreffende Dienstleistungsauftrag im Anschluß an einen Wettbewerb an den Gewinner oder einen der *Gewinner des Wettbewerbs* vergeben werden muß.¹⁰¹

Als Besonderheit kommt – wie in der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie – hinzu, daß die genannten Vergabeverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb ohnehin nicht greifen, wenn es sich um Dienstleistungen der Kategorie B handelt,¹⁰² wie sie in Anhang XVI Teil B der Sektorenrichtlinie benannt sind. Die Liste der vorrangigen Dienstleistungen in der Kategorie A, bei denen die Bestimmungen zu den Vergabeverfahren vollständig eingreifen, sowie die Liste der nach-

¹⁰¹ Vgl. Art. 20 Abs. 2 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

¹⁰² Vgl. ebenda, Art. 16.

rangigen Dienstleistungen der Kategorie B, auf die nur wenige Bestimmungen der Richtlinie anzuwenden sind, stimmen mit denjenigen der Dienstleistungs Koordinierungsrichtlinie überein und brauchen deswegen nicht mehr eigens erläutert zu werden.¹⁰³

Ist ein Aufruf zum Wettbewerb erforderlich, kann – und dies stellt einen gravierenden Unterschied zu den Koordinierungsrichtlinien in den Bereichen Bau, Lieferungen und Dienstleistungen dar – dieser auf drei verschiedene Arten erfolgen. Nach dem Wunsch der Kommission sollen die drei Methoden jedoch nicht alternativ, sondern – wenn möglich – parallel angewendet werden¹⁰⁴: Als erstes ist die auf den konkret zu vergebenden Auftrag bezogene Bekanntmachung gemäß Anhang XII der Sektorenrichtlinie genannt. Die Teile A, B und C des Anhangs XII unterscheiden dabei die Bekanntmachung im offenen, nicht offenen und Verhandlungsverfahren. Oder aber die Veröffentlichung erfolgt zweitens im Rahmen einer regelmäßigen Bekanntmachung, wie in Anhang XIV vorgesehen. In diesem Fall muß der Auftragsgegenstand bereits näher bestimmt sein, damit ein Bewerber sich auf Umfang und Ausführungsdauer wenigstens annähernd einstellen kann. Zudem muß der Hinweis enthalten sein, daß ein späterer Aufruf vor der Vergabe im nicht offenen oder im Verhandlungsverfahren nicht mehr erfolgen wird,¹⁰⁵ und interessierte Unternehmen müssen aufgefordert werden, ihr Interesse mitzuteilen. Kommt der Zeitpunkt, zu dem der Auftrag vergeben werden soll, muß der Auftraggeber alle früheren Bewerber auffordern, ihr Interesse zu *bestätigen* und ihnen die genauen Daten zur Auftragsvergabe mitteilen. Erst nach entsprechendem Rücklauf kann der Auftraggeber die Bieter beziehungsweise Verhandlungsteilnehmer auswählen. Dieses Verfahren bietet sich insbesondere bei regelmäßig wiederkehrenden Aufträgen an; der Auftraggeber kann dann nämlich auf die Veröffentlichung jedes einzelnen Auftrags verzichten, wodurch er gerade bei häufigen und immer gleichartigen Beschaffungsakten Zeit und Kosten sparen kann. Eine dritte Möglichkeit, zum Wettbewerb aufzurufen, bietet die Veröffentlichung einer Bekanntmachung über das Bestehen eines *Prüfungssystems* gemäß Anhang XIII der Sektorenrichtlinie. Interessenten können sich im Rahmen eines solchen Verfahrens (prä-) qualifizieren und werden später – im Falle eines konkreten Vergabeverfahrens – zur Abgabe eines Angebots oder zur Teilnahme an einem Verhandlungsverfahren aufgefordert¹⁰⁶. Dieses Verfahren hat die Kommission mit Blick auf besonders komplexe

¹⁰³ Vgl. G.III. dieser Arbeit.

¹⁰⁴ Vgl. Anmerkungen zu Art. 16 des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung und im Telekommunikationssektor, KOM(89) 380 endg., Brüssel 1989, S. 10.

¹⁰⁵ Für das offene Verfahren kommt ein solches Vorgehen nicht in Betracht, weil dieses Verfahren sich gerade durch einen vorherigen Konkurrenzauftrag in der konkreten Vergabeentscheidung auszeichnet.

¹⁰⁶ Vgl. zum genauen Ablauf Art. 21 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

oder vertrauliche Aufträge in die Sektorenrichtlinie aufgenommen¹⁰⁷. Das vorgeschaltete Präqualifizierungsverfahren erlaubt bereits im Vorfeld die Auswahl zuverlässiger und besonders geeigneter Anbieter.

Die Vorgaben zur Auftragsvergabe in der Sektorenrichtlinie, die sich stark von den Verfahren im Bau-, Liefer- und Dienstleistungsbereich unterscheiden, müssen den Sektorauftraggeber förmlich dazu verleiten, einen Auftrag „still und leise“ zu vergeben: Dazu muß er nur das System der Präqualifizierung verwenden und den Auftrag außerdem im nicht offenen oder im Verhandlungsverfahren vergeben. Für beide Maßnahmen bedarf es keiner besonderen Voraussetzungen. Hinzu kommt, daß der Katalog der Ausnahmen, bei deren Vorliegen auf den Aufruf zum Wettbewerb ohnehin verzichtet werden kann, entgegen der Ansicht der Kommission¹⁰⁸ sehr weit gefaßt ist. Die Wahrscheinlichkeit, daß ein potentieller Anbieter von einem konkreten Auftrag erfährt, wird damit noch geringer.

Bei Wettbewerben im klassischen Sinne des Wortes, die nur zur Vergabe von Dienstleistungsaufträgen durchgeführt werden – beispielsweise als Wettbewerb architektonischer Entwürfe – erfolgt ein Aufruf durch eine Bekanntmachung gemäß Anhang XVII der Sektorenrichtlinie¹⁰⁹. Zur Beschreibung des Verfahrensablaufs wurde der Wortlaut aus der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie unverändert übernommen. Insoweit wird auf die Ausführungen unter G.III. dieser Arbeit verwiesen. Lediglich die Schwellenwerte, von denen an die speziellen Wettbewerbsvorschriften des Artikel 23 anzuwenden sind, stimmen nicht mit denjenigen der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie überein, weil die Werte an die übrigen in der Richtlinie aufgeführten Beträge angepaßt werden sollten, die die in der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie genannten Schwellen übersteigen. Demzufolge sind die Bestimmungen des Artikel 23 Sektorenrichtlinie nur dann anwendbar, wenn der Wert des anschließend geplanten Dienstleistungsauftrags oder der zu vergebenden Preisgelder 400.000 ECU erreicht oder übersteigt. Handelt es sich jedoch um einen Auftraggeber aus dem Telekommunikationssektor, sind die Bestimmungen erst dann einschlägig, wenn die ausgelobten Preisgelder mindestens 600.000 ECU betragen¹¹⁰.

¹⁰⁷ Vgl. Anmerkungen zu Art. 16 des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung und im Telekommunikationssektor, KOM (89) 380 endg., Brüssel 1989, S. 10.

¹⁰⁸ Vgl. ebenda, S. 10, Anmerkungen zu Art. 15.

¹⁰⁹ Vgl. Art. 21 Abs. 4 i.V.m. Art. 23 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

¹¹⁰ Vgl. ebenda, Art. 23 Abs. 1 und 2.

V. Art und Inhalt der Bekanntmachung

Aus der Liefer-¹¹¹ und der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie¹¹² wurde für die Sektorauftraggeber die Verpflichtung übernommen, mindestens einmal im Jahr durch eine Bekanntmachung im Amtsblatt über geplante Anschaffungen im Bau-, Liefer- und Dienstleistungsbereich zu informieren. Vorabinformationen waren und sind zwar auch in der Baukordinierungsrichtlinie vorgesehen, jedoch muß eine solche Information im Rahmen der Baukordinierungsrichtlinie immer schon dann publiziert werden, wenn sich ein konkretes Bauprojekt *abzeichnet*¹¹³. Auf einen (mindestens jährlichen) Rhythmus kommt es dabei nicht an. Um die verschiedenen Vorinformationssysteme der einzelnen Koordinierungsrichtlinien zusammenzuführen, wurden die Sektorauftraggeber für alle Bereiche einheitlich auf regelmäßige Bekanntmachungen verpflichtet. Lieferaufträge werden dabei nach Warenbereichen aufgeschlüsselt, deren geschätzter Wert bei mindestens 750.000 ECU liegen muß. Dieselbe Schwelle gilt für den Gesamtwert von Dienstleistungsaufträgen der vorrangigen Kategorie A in den dort genannten Bereichen.¹¹⁴ Beide Werte sind – entgegen den sonst in der Richtlinie verwendeten unterschiedlichen Schwellenwerten – unabhängig davon einschlägig, ob es sich um Aufträge aus dem Telekommunikationssektor oder aus den übrigen Sektoren handelt.

Wie schon in der Liefer- und der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie geht auch aus dem Wortlaut der Sektorenrichtlinie nicht eindeutig hervor, wann die Schwellenwerte für die regelmäßigen Bekanntmachungen erreicht sind. Während Prieß¹¹⁵ davon ausgeht, daß eine regelmäßige Bekanntmachung schon dann erfolgen muß, wenn der kumulierte Gesamtwert *aller* für ein Jahr geplanten Lieferbeziehungsweise Dienstleistungsaufträge die Schwelle von 750.000 ECU mindestens erreicht, deutet der Wortlaut des Artikel 22 Absatz 1 Buchstabe a) und Buchstabe c)¹¹⁶ auf eine andere Interpretation hin: Entscheidend kommt es darauf an, ob die Lieferungen eines *Warenbereichs* beziehungsweise die Dienstleistungen für

¹¹¹ Vgl. Art. 9 Abs. 1 und Abs. 4 i.V.m. Anhang IV der Lieferkordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

¹¹² Vgl. Art. 15 Abs. 1 und Art. 17 Abs. 1 i.V.m. Anhang III A der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

¹¹³ Vgl. Art. 11 Abs. 1 und Abs. 7 i.V.m. Anhang IV A Baukordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

¹¹⁴ Vgl. Art. 22 Abs. 1 lit. a) und lit. c) der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

¹¹⁵ Vgl. Prieß, Hans-Joachim: Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, S. 73 f.

¹¹⁶ Hier heißt es: „... bei Dienstleistungsaufträgen den voraussichtlichen *Gesamtwert* der Dienstleistungen für jede der in Anhang XIV Teil A genannten *Kategorien* von Dienstleistungen, die in den folgenden zwölf Monaten vergeben werden sollen und *deren* nach Maßgabe des Artikels 14 geschätzter *Gesamtwert* mindestens 750.000 ECU beträgt.“

eine der in Anhang XVI Teil A genannten *Kategorien* den Wert von 750.000 ECU erreichen. Die von *Priß* favorisierte Definition hat den vermeintlichen Vorteil, daß die Hürde für eine regelmäßige Bekanntmachung gegebenenfalls sehr viel tiefer liegen würde, wenn ein Auftraggeber Lieferungen und Dienstleistungen aus vielen verschiedenen Bereichen in Auftrag gibt, da es allein auf den *Gesamtwert* aller Lieferungen beziehungsweise aller Dienstleistungen ankäme. Regelmäßige Bekanntmachungen kämen folglich in der Regel sehr viel häufiger vor als wenn auf den Gesamtwert in den einzelnen Warenbereichen beziehungsweise Dienstleistungskategorien abgestellt werden müßte. Dieser Vorteil aber trügt: Da nämlich andererseits die regelmäßige Bekanntmachung bereits als Aufruf zum Wettbewerb dienen kann, könnten hier viele geplante kleine Aufträge zusammengefaßt werden, die schnell den speziellen Schwellenwert erreichen, um so den späteren konkreten Einzelauftrag zu umgehen. Wenn ein potentieller Anbieter den Zeitpunkt verpaßt hat, zu dem ein für ihn interessanter Sektorenauftraggeber eine regelmäßige Bekanntmachung publiziert hat, zöge nicht nur *eine* Chance an ihm vorbei, sondern gingen gleich mehrere potentielle Aufträge verloren. Um Mißverständnisse zu vermeiden, wäre eine Klarstellung in der Richtlinie wünschenswert gewesen. Die soeben angesprochenen Schwierigkeiten tauchen im Zusammenhang mit Bauaufträgen übrigens nicht auf. Ein Bauauftrag ist dann in die jährliche Bekanntmachung aufzunehmen, sobald sein (einzelner) Auftragswert mindestens 5 Millionen Sonderziehungsrechte erreicht.¹¹⁷

Inhaltlich unterscheiden sich die Muster für die regelmäßigen Bekanntmachungen der Sektorenrichtlinie nicht wesentlich von denen der Liefer- und Dienstleistungs koordinierungsrichtlinie beziehungsweise dem Muster für das Vorabinformationsverfahren der Baukoordinierungsrichtlinie. Da die regelmäßigen Bekanntmachungen – wie soeben unter H.IV. dieser Arbeit angesprochen – auch als Aufruf zum Wettbewerb dienen können, muß darin angegeben werden, ob eine Bekanntmachung für im Wettbewerb vergebene Aufträge zu einem späteren Zeitpunkt noch einmal veröffentlicht wird¹¹⁸.

Regelungsbedarf bestand aufgrund der WTO-Bestimmungen von 1994 für den Fall, daß ein Auftraggeber nach erfolgtem Aufruf zum Wettbewerb in Form einer regelmäßigen Bekanntmachung in einer konkreten Vergabesituation die Bewerber auffordert, ihr zunächst nur generell bekundetes Interesse für den konkret anstehenden Auftrag zu bestätigen, um die Bieter beziehungsweise Verhandlungsteilnehmer auswählen zu können. Die WTO-Bestimmungen verlangen, daß der Aufforderung an die Bewerber umfassende Informationen über den auszuführenden Auftrag vorausgehen müssen¹¹⁹. Die bisherige Regelung in der Sektorenrichtlinie

¹¹⁷ Vgl. Art. 22 Abs. 1 lit. b) der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 8. 9. 1993, S. 84.

¹¹⁸ Vgl. ebenda, Art. 21 Abs. 2 lit. b) i.V.m. Anhang XIV Teil A. Ziff. 4, Teil B Ziff. 5 und Teil C Ziff. 4.

¹¹⁹ Vgl. Art. XI Abs. 3 i.V.m. Art. IX Abs. 6 des Agreement on Government Procurement, ABl. L 336 v. 23. 12. 1994, S. 273.

sah demgegenüber nur vor, daß die Auftraggeber den Interessenten an einem Auftrag „genauere Angaben“ dazu machen sollen¹²⁰, eine sehr vage Formulierung. Die Kommission wollte die Vorschrift des WTO-Übereinkommens zunächst durch eine Bezugnahme auf die Angaben, die in den Mustern für die Bekanntmachungen bei nicht offenen oder Verhandlungsverfahren im Anhang XII Teil B und Teil C der Sektorenrichtlinie enthalten sind, umsetzen.¹²¹ Da diese Angaben aber weit über die im WTO-Übereinkommen gesteckten Anforderungen hinausgehen, nahm sie auch diese Formulierung wieder zurück und übernahm statt dessen den Wortlaut der einschlägigen Vorschrift aus dem WTO-Übereinkommen. Danach müssen die Auftraggeber vor der Aufforderung an die Bewerber, ihr Interesse an einem bestimmten Auftrag zu bekunden, künftig Auskunft geben beispielsweise über Art und Menge der geplanten Leistungen, die veranschlagte Frist für die Inanspruchnahme etwaiger Optionen auf zusätzliche Aufträge, die Art des anzuwendenden Verfahrens, den Liefer- beziehungsweise Leistungszeitpunkt, die Sprachen, in denen die Angebote abzugeben sind, die wirtschaftlichen und technischen Anforderungen, die finanziellen Garantien und die Höhe der für die Vergabeunterlagen zu entrichtenden Beträge.¹²² Mit dieser Präzisierung können unnötige Kosten auf Seiten der Lieferanten, Unternehmer und Dienstleister vermieden werden, weil diese bereits vor Anforderung der Verdingungsunterlagen und gegebenenfalls prophylaktischer Freihaltung von Produktionskapazitäten entscheiden können, ob ein Auftrag für sie überhaupt in Frage kommt. Für die Auftraggeber wird diese Bestimmung voraussichtlich jedoch zu größerem Aufwand und damit verbunden höheren Kosten führen.

Für den Fall, daß der Sektorenauftraggeber auf eine regelmäßige Bekanntmachung verzichtet oder unabhängig davon zum Wettbewerb aufruft, wenn eine konkrete Vergabeentscheidung ansteht, ähneln auch die in der Sektorenrichtlinie verwendeten Bekanntmachungsmuster denen aus den Koordinierungsrichtlinien Bau, Lieferungen, Dienstleistungen. Allerdings gibt es keine getrennten Muster für die einzelnen Bereiche – vielmehr sind diese in einem einzigen Muster für das jeweilige *Verfahren* zusammengefaßt.¹²³ Eine eingehende Betrachtung ist angesichts des Gleichklangs mit den Mustern aus den übrigen Koordinierungsrichtlinien nicht notwendig.¹²⁴

¹²⁰ Vgl. Art. 21 Abs. 2 lit. c) der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

¹²¹ Vgl. geänderter Art. 21 Abs. 2 lit. c) des Vorschlags der Kommission 95/C 138/01 vom 27. April 1995 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 92/50/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, der Richtlinie 93/36/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge und der Richtlinie 93/37/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. C 138 v. 3. 6. 1995, S. 1.

¹²² Vgl. geänderter Art. 21 Abs. 2 lit. c) in Art. 1 der Richtlinie 98/4/EG, ABl. L 101 v. 4. 1. 1998, S. 1.

¹²³ Vgl. Anhang XII Teile A, B und C der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

Wie schon im vorangegangenen Abschnitt angesprochen, haben Sektorenauftraggeber die Möglichkeit, Prüfungssysteme einzurichten. Diese Listen ähneln vom Prinzip her den sogenannten Länderlisten, die im Rahmen der Bau-, Liefer- und Dienstleistungs koordinierungsrichtlinie unter dem Stichwort *Eignungskriterien* angesprochen worden sind. Von diesen Länderlisten unterscheiden sich die Prüflisten eines Auftraggebers im wesentlichen jedoch dadurch, daß die Aufnahmekriterien in eine solche Prüfliste individueller gestaltet werden können. Prüflisten einzelner Auftraggeber können sich folglich voneinander unterscheiden, während es in jedem Mitgliedstaat nur *eine* amtliche Liste beispielsweise für Bauarbeiten geben kann. Wie das System der Prüflisten funktioniert und welche Maßstäbe ein Auftraggeber anlegen kann und darf, soll erst im Abschnitt *Eignungskriterien* unter H.VIII. dieser Arbeit dargestellt werden. Erfolgt der Aufruf zum Wettbewerb durch Veröffentlichung einer Bekanntmachung über das Bestehen eines Prüfungssystems, muß der Auftraggeber lediglich ein Mindestmaß an Informationen publizieren: den Zweck und gegebenenfalls die Dauer des Prüfungssystems sowie die Anschrift, unter der ein Interessent die Bedingungen des Prüfungssystems abrufen kann.¹²⁵

Die Vorschrift über die Präqualifizierungslisten mußte aufgrund des WTO-Übereinkommens von 1994 ergänzt werden: Auftraggeber, die eine solche Liste betreiben, müssen künftig sicherstellen, daß sich Interessenten *jederzeit* einer Aufnahmeprüfung für die Liste unterziehen können¹²⁶. Auch in diesem Zusammenhang wurde jedoch auf die Aufnahme eines speziellen Diskriminierungsverbotes verzichtet, obwohl das WTO-Übereinkommen vorsieht, daß ein Präqualifizierungssystem nicht unnötig hinausgezögert werden darf, um einen Interessenten von einem bestimmten Vergabeverfahren auszuschließen.

Alle Bekanntmachungen werden ungekürzt in der jeweiligen Originalsprache auf Kosten der EU im Amtsblatt veröffentlicht, zugleich aber auch in die Datenbank TED aufgenommen. Außerdem wird eine Zusammenfassung der wichtigsten Bestandteile einer Bekanntmachung in den anderen Amtssprachen der EU veröffentlicht. Verbindlich ist aber nur der Wortlaut in der Originalsprache.¹²⁷

VI. Verwendung technischer Merkmale

Auch die Sektorenrichtlinie verpflichtet Auftraggeber darauf, bei der Beschreibung des Auftragsgegenstands europäische Spezifikationen zu verwenden, sofern

¹²⁴ Vgl. E.VII., F.V. und G.IV. dieser Arbeit.

¹²⁵ Vgl. Art. 21 Abs. 1 lit. c) i.V.m. Anhang XIII der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

¹²⁶ Vgl. geänderter Art. 30 Abs. 1 in Art. 1 der Richtlinie 98/4/EG ABl. L 101 v. 4. 1. 1998, S. 1.

¹²⁷ Vgl. Art. 25 Abs. 1 und Abs. 2 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 8. 9. 1993, S. 84.

solche bestehen.¹²⁸ Diese Vorschrift gilt übrigens auch – parallel zur Dienstleistungskordinierungsrichtlinie – für nachrangige Dienstleistungen der Kategorie B¹²⁹. Die Urheber der Richtlinie waren sich aber bewußt, daß gerade auf hochtechnisierten Gebieten, wie sie bei Sektorauftraggebern häufig anzutreffen sind, die Verwendung europäischer Spezifikationen auf Schwierigkeiten stoßen kann. Sektorauftraggeber sind deswegen nicht in jedem Falle gezwungen, auf (vorhandene) europäische Normen und Standards zurückzugreifen. Dies gilt etwa dann, wenn

- es technisch unmöglich ist, die *Übereinstimmung* eines Erzeugnisses mit europäischen Spezifikationen auf zufriedenstellende Weise *festzustellen*;
- die Verwendung europäischer Spezifikationen die Anwendung der Richtlinie betreffend die erste Phase der gegenseitigen Anerkennung der *Allgemeinzulassungen von Telekommunikations-Endgeräten*¹³⁰ oder die Anwendung der Entscheidung des Rates über die Aufstellung von Normen auf dem Gebiet der Informationstechnologie und der Telekommunikation¹³¹ beeinträchtigen würde;
- der Auftraggeber bei der Anpassung an europäische Spezifikationen zum Erwerb von Anlagen gezwungen würde, die mit bereits genutzten Anlagen *inkompatibel* wären, oder die Umstellung unverhältnismäßig hohe Kosten verursachen würde. Allerdings dürfen die Auftraggeber diese Ausnahme nur im Rahmen einer klar definierten Strategie zur Übernahme europäischer Spezifikationen in Anspruch nehmen;
- die betreffende europäische Spezifikation *für die geplante spezielle Anwendung ungeeignet* ist oder den seit ihrer Verabschiedung eingetretenen technischen Entwicklungen nicht Rechnung trägt. In diesem Fall muß der Auftraggeber der zuständigen Normungsstelle mitteilen, aus welchem Grund er die Norm für ungeeignet hält und deren Revision beantragen;
- es sich um ein *innovatives Vorhaben* handelt und die Anwendung europäischer Spezifikationen deswegen unangemessen wäre.¹³²

So sehr die Kommission bemüht war, den Ausnahmekatalog auf das wesentliche zu beschränken, so groß sind die Schlupflöcher, mit deren Hilfe ein Auftraggeber der Verwendung europäischer Spezifikationen entkommen kann. Trotzdem fand der Vorschlag der Kommission von Anfang an die Zustimmung des Europäischen

¹²⁸ Vgl. ebenda, Art. 18 Abs. 2.

¹²⁹ Vgl. ebenda, Art. 16.

¹³⁰ Vgl. Richtlinie 86/361/EWG des Rates vom 24. Juli 1986, ABl. L 217 v. 5. 8. 1986, S. 21, geändert durch Richtlinie 91/263/EWG, ABl. L 128 v. 23. 5. 1991, S. 1.

¹³¹ Vgl. Entscheidung 87/95/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986, ABl. L 36 v. 7. 2. 1987, S. 31.

¹³² Vgl. Art. 18 Abs. 6 lit. a) bis e) der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

Parlaments.¹³³ Grund dafür war wohl auch, daß das grundsätzliche Gebot, auf europäische Spezifikationen Bezug zu nehmen, durch das Verbot ergänzt wurde, im Ausschreibungstext oder in den Verdingungsunterlagen Erzeugnisse einer bestimmten Produktion beziehungsweise Herkunft oder besondere Verfahren zu erwähnen, wenn dies die Bevorzugung oder den Ausschluß bestimmter Unternehmen bewirken würde. Allerdings gibt es auch hier wieder eine Einschränkung: Die Bezugnahme auf solche Spezifikationen ist dann zulässig, wenn diese Spezifikationen für den Auftragsgegenstand unerlässlich sind.¹³⁴

Im Unterschied zu den Koordinierungsrichtlinien in den Bereichen Bau, Lieferungen und Dienstleistungen ist in der Sektorenrichtlinie keine Rangfolge von Spezifikationen für den Fall vorgesehen, daß eine europäische Spezifikation nicht existiert. Hier ist lediglich festgelegt, daß dann nach Möglichkeit auf andere in der Union gebräuchliche Normen zurückgegriffen werden soll¹³⁵. Auf Anfrage muß ein Auftraggeber interessierten Anbietern die technischen Spezifikationen mitteilen, die er regelmäßig in seinen Aufträgen nennt.¹³⁶

Interessanterweise hatte die Kommission in ihrem 1995 geänderten Richtlinienentwurf das im ersten Vorschlag zur Umsetzung des WTO-Übereinkommens von 1994 noch ausdrücklich vorgesehene Verbot, bei der Ausarbeitung technischer Spezifikationen Rat von außen einzuholen, wenn dadurch der Wettbewerb ausgeschaltet werden könnte¹³⁷, bereits in ihrem zweiten Entwurfsvorschlag gestrichen. Wie in der Änderung von Bau-, Liefer- und Dienstleistungskordinierungsrichtlinie begründete sie dies damit, daß das in die Änderungsrichtlinie aufgenommene allgemeine Diskriminierungsverbot eine *spezielle* Untersagung nicht erfordere¹³⁸. Diese Argumentation leuchtet aus zwei Gründen nicht ein. Zum einen gilt das bereits im EG-Vertrag an mehreren Stellen verankerte Diskriminierungsverbot auch

¹³³ Vgl. Bericht des Europäischen Parlaments im Namen des Ausschusses für Wirtschaft, Währung und Industriepolitik über den Vorschlag der Kommission an den Rat (KOM(88) 377 – Dok. C2 – 188/88) für eine Richtlinie betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, PE 128.101 / endg., S. 28.

¹³⁴ Vgl. Art. 18 Abs. 5 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

¹³⁵ Vgl. ebenda, Art. 18 Abs. 3.

¹³⁶ Vgl. ebenda, Art. 19 Abs. 1.

¹³⁷ Vgl. neuer Art. 18 Abs. 9 in Art. 1 des Vorschlags der Kommission 95/C 138/01 vom 27. April 1995 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 92/50/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, der Richtlinie 93/36/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge und der Richtlinie 93/37/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. C 138 v. 3. 6. 1995, S. 1.

¹³⁸ Vgl. beispielsweise 12. Erwägung des geänderten Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 93/38/EWG zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. C 28 v. 29. 1. 1997, S. 4.

im Rahmen der Koordinierungsrichtlinien Bau, Lieferungen und Dienstleistungen; trotzdem wurden dort spezielle Diskriminierungsverbote aufgenommen. Zum anderen haben die Koordinierungsrichtlinien, auch nach dem Verständnis der Kommission selber, nicht nur die Aufgabe, das Auftragswesen transparenter zu gestalten und für Marktteilnehmer aus allen EU-Mitgliedstaaten zu öffnen; vielmehr sollen sie auch Diskriminierungen abbauen. Denn erst wenn dies gelungen ist, können auch die Maßnahmen zur einheitlichen und übersichtlichen Gestaltung des Vergaberechts greifen. Es ist deswegen durchaus sinnvoll, in den Koordinierungsrichtlinien an den geeigneten Stellen auf besondere Situationen hinzuweisen, in denen Diskriminierung droht und in denen ein besonderes Verbot den allgemeinen Grundsatz konkretisiert. Die Argumentation der Kommission zeigt aber, daß sie inzwischen insbesondere im hochsensiblen Sektorenbereich bestrebt ist, die Auftragsvergabe so zurückhaltend wie möglich zu regeln und Reglementierungen dort zurückzunehmen, wo diese nicht unbedingt notwendig erscheinen.

VII. Fristen

Die in der Sektorenrichtlinie relevanten Fristen stimmen nur teilweise mit denen in den Koordinierungsrichtlinien Bau, Lieferungen und Dienstleistungen überein. Außerdem ist aufgrund der Tatsache, daß Sektorenauftraggeber die regelmäßigen Bekanntmachungen als Aufruf zum Wettbewerb benutzen können, eine weitere Frist hinzugekommen: Dient die regelmäßige Bekanntmachung als Aufruf zum Wettbewerb, dürfen zwischen der Veröffentlichung und dem Zeitpunkt, zu dem die Aufforderung an die Bewerber ergeht, ihr Interesse zu bekunden, höchstens zwölf Monate liegen,¹³⁹ um sicherzustellen, daß der Kalkulationszeitraum für einen Interessenten einigermaßen überschaubar bleibt und Projekte nicht in Vergessenheit geraten. In den meisten anderen Fällen sind die Fristen flexibler gestaltet als in den Koordinierungsrichtlinien Bau, Lieferungen und Dienstleistungen. Dies korrespondiert mit den Spielräumen, die den Sektorenauftraggebern bei der Wahl des anzuwendenden Vergabeverfahrens gewährt wurden.

Die Angebotsfrist beträgt bei den offenen Verfahren wie in den klassischen Koordinierungsrichtlinien 52 Tage, vom Tag der Absendung der Bekanntmachung an. Diese Frist kann auf 36 Tage verkürzt werden, jedoch keinesfalls eine Frist von 22 Tagen unterschreiten, wenn der Auftraggeber die Vergabeabsicht zuvor im Rahmen einer regelmäßigen Bekanntmachung publiziert hat¹⁴⁰. Das WTO-Übereinkommen von 1994 erlaubt demgegenüber, die Angebotsfrist im vorgenannten Fall auf zehn Tage zu verkürzen, läßt den Lauf der Frist aber erst am Tage der *Veröffentlichung* der Bekanntmachung beginnen. Da das Amt für amtliche Veröffentlichungen ge-

¹³⁹ Vgl. Art. 22 Abs. 3 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

¹⁴⁰ Vgl. ebenda, Art. 26 Abs. 1.

halten ist, die Bekanntmachung spätestens zwölf Tage nach Absendung zu veröffentlichen,¹⁴¹ läuft die in der Richtlinie gewählte Formulierung im ungünstigsten Fall – bei Ausschöpfung dieser zwölf Tage – auf die Zehntagesfrist des WTO-Übereinkommens hinaus.

Bei den nicht offenen und den Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb ist die Teilnahmefrist komplizierter gestaltet: Hat der Auftraggeber im Amtsblatt die konkrete Vergabeabsicht bekanntgemacht oder Anbieter, die sich auf eine regelmäßige Bekanntmachung hin oder im Rahmen eines Prüfungssystems für einen Auftrag interessiert haben, angeschrieben, beginnt der Fristenlauf mit dem Tag der Absendung der Bekanntmachung beziehungsweise der Absendung der Aufforderung zur Teilnahme. Die Frist betrug vor Anpassung an das WTO-Übereinkommen von 1994 von diesem Tag an grundsätzlich fünf Wochen¹⁴², eine im Vergleich zu den sonst verwendeten *Tagesfristen* unübliche Methode der Fristberechnung. Das WTO-Übereinkommen machte die *Verlängerung* dieser Frist notwendig: Die Frist für den Eingang von Teilnahmeanträgen im nicht offenen beziehungsweise im Verhandlungsverfahren mußte – wie im WTO-Übereinkommen festgelegt¹⁴³ – um zwei auf 37 Tage verlängert werden. Auch hier war wieder eine etwas kompliziertere Rechnung erforderlich, weil das WTO-Übereinkommen Fristen vom Zeitpunkt der Veröffentlichung an errechnet, die Koordinierungsrichtlinien jedoch vom Tag der Absendung an das Amt für amtliche Veröffentlichungen ausgehen, ein Modus, den die Kommission nicht ändern möchte, weil nur auf diese Weise tatsächlicher Druck auf das Amt für amtliche Veröffentlichungen ausgeübt werden kann, die Bekanntmachungen schnellstmöglich zu publizieren. Die Teilnahmefrist kann weiterhin auf mindestens 22 Tage verkürzt werden, ohne daß es weiterer Voraussetzungen bedürfte.¹⁴⁴ Im Falle, daß sich Auftraggeber und ausgewählte Bewerber im nicht offenen beziehungsweise im Verhandlungsverfahren nicht auf die *Angebotsfrist* einigen können, sieht die Richtlinie vor, daß der Auftraggeber die Frist nach eigenem Ermessen festsetzt. Um den Vorgaben des WTO-Übereinkommens zu genügen, muß diese Frist in der Regel 24 Tage, darf aber keinesfalls weniger als zehn Tage betragen.¹⁴⁵

Die anschließende Angebotsfrist ist Verhandlungssache zwischen dem Auftraggeber und den ausgewählten Bewerbern; jedoch muß allen Bewerbern dieselbe Frist für die Einreichung von Angeboten eingeräumt werden.¹⁴⁶ Kommt eine Eini-

¹⁴¹ Vgl. ebenda, Art. 25 Abs. 3.

¹⁴² Vgl. ebenda, Art. 26 Abs. 2 lit. a).

¹⁴³ Vgl. Art. XI Abs. 2 lit. b) des Agreement on Government Procurement, ABL L 336 v. 23. 12. 1994, S. 273.

¹⁴⁴ Vgl. geänderter Art. 26 Abs. 2 lit. a) in Art. 1 der Richtlinie 98/4/EG, ABL L 101 v. 4. 1. 1998, S. 1.

¹⁴⁵ Vgl. ebenda, geänderter Art. 26 Abs. 2 in Art. 1.

¹⁴⁶ Vgl. Art. 26 Abs. 2 lit. b) der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABL L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

gung nicht zustande, setzt der Auftraggeber eine Angebotsfrist von *grundsätzlich* mindestens drei Wochen, wenigstens aber von zehn Tagen fest, gerechnet von der Aufforderung zur Angebotsabgabe an.¹⁴⁷ Die Festlegung der Angebotsfrist wird im Unterschied zur Teilnahmefrist dadurch *justitiabel*, daß der Auftraggeber bei Festlegung dieser Frist bestimmte Faktoren einbeziehen muß. So hat er beispielsweise zu berücksichtigen, wenn Angebote nur nach Prüfung umfangreicher Unterlagen, nach einer Ortsbesichtigung oder der Einsichtnahme in ergänzende Unterlagen erstellt werden können.¹⁴⁸ Da zu kurz bemessene Fristen vor allem im Ausland ansässige Bewerber und Bieter benachteiligen können, wäre die Wahl insbesondere einer längeren Angebotsfrist wünschenswert gewesen. Dies gilt umso mehr, als ein Auftraggeber vom Bieter angeforderte Auftragsunterlagen und zusätzliche Unterlagen „in der Regel“ binnen sechs Tagen nach Erhalt der Aufforderung zusenden muß.¹⁴⁹ Bei einer ungünstigen Konstellation – zum Beispiel Verzögerungen bei der Postzustellung im Ausland – kann die Angebotsfrist dann aber schon verstrichen sein.

Ein beschleunigtes Verfahren, wie in der Bau-, Liefer- und Dienstleistungskoordinierrichtlinie vorgesehen, kennt die Sektorenrichtlinie nicht. Insofern kommt eine weitere Fristverkürzung über die genannten Minimalfristen hinaus nicht in Betracht.

VIII. Eignung der Bieter und Bewerber

In der Sektorenrichtlinie sind keine getrennten Kapitel für die Eignungs- und die Zuschlagskriterien vorgesehen. Das bedeutet aber nicht, daß die Eignungsprüfung zusammen mit dem Zuschlag erfolgen darf. Vielmehr stellen Überschrift und Reihenfolge in Abschnitt V der Sektorenrichtlinie klar, daß Bieter und Bewerber zunächst auf ihre Eignung hin untersucht werden müssen. Erst danach erfolgt die Prüfung der Angebote und anschließend der Zuschlag.¹⁵⁰

Im Unterschied zu den Koordinierungsrichtlinien Bau, Lieferungen und Leistungen sind die Sektorenauftraggeber nicht verpflichtet, eine bestimmte *Mindestanzahl* an Angeboten zuzulassen, um einen ausreichenden Wettbewerb zu gewährleisten. Trotzdem schreibt auch die Sektorenrichtlinie vor, jedenfalls so viele Bewerber zu berücksichtigen, daß ein Wettbewerb gewährleistet ist. Dabei kann die Zahl der Bewerber so weit verringert werden, daß ein angemessenes Verhältnis zu den

¹⁴⁷ Vgl. ebenda, Art. 26 Abs. 2 lit. c).

¹⁴⁸ Vgl. ebenda, Art. 26 Abs. 2 lit. c) zweiter Halbsatz i.V.m. Art. 28 Abs. 3.

¹⁴⁹ Vgl. ebenda, Art. 28 Abs. 1.

¹⁵⁰ Als Argument dienen auch die Ausführungen der Kommission in Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, KOM(88) 377 endg., Brüssel 1988, S. 23 Rdnr. 98.

besonderen Merkmalen des Auftragsvergabeverfahrens und dem zur Durchführung notwendigen Aufwand sichergestellt ist.¹⁵¹

Wie schon angesprochen, wurde den Sektorenauftraggebern außerdem die Möglichkeit eingeräumt, ein eigenes System zur Prüfung von Lieferanten, Unternehmern und Dienstleistern einzurichten und zu betreiben. Um dabei Diskriminierungen vorzubeugen, wurden umfangreiche Vorschriften in die Richtlinie aufgenommen, die den Auftraggebern aber dennoch einen weiten Spielraum zur Konzeption ihres individuellen Prüfsystems gewähren. Auftraggeberspezifische Listen hat es in den einzelnen Mitgliedstaaten der EU traditionell schon immer gegeben, sie waren auch unter den Koordinierungsrichtlinien Bau, Lieferungen und Dienstleistungen nicht eigens untersagt worden. Jedoch darf einem Bewerber im Rahmen der klassischen Koordinierungsrichtlinien sein Angebot auf Teilnahme an einem Vergabeverfahren nicht deswegen verweigert werden, weil er auf der speziellen Liste eines Auftraggebers nicht vermerkt ist. Einer solchen Verpflichtung sind die Sektorenauftraggeber nicht unterworfen; vielmehr dürfen sie einen Bewerber ablehnen, wenn er nicht auf ihrer Präqualifikationsliste steht. Dies führt – wie schon die Kommission mit Vorlage ihres ersten Vorschlags zur Sektorenrichtlinie angemerkt hat – zu großer Unübersichtlichkeit des Vergabemarktes, wenn jeder Sektorenauftraggeber Prüflisten einrichtet und dabei unterschiedliche Maßstäbe setzt¹⁵². Trotzdem haben sich Kommission und Rat für die Einführung des Präqualifizierungsverfahrens entschieden, weil man davon ausging, den Sektorenauftraggebern auf diese Weise eine regelmäßige und zuverlässige Versorgung bei gleichzeitig wirtschaftlicher Betriebsführung am besten sichern zu können.¹⁵³ Der Preis, den die Union unter Umständen dafür zahlt, ist ein Verlust an Wettbewerb, da ein nicht auf einer Präqualifikationsliste vermerkter Anbieter zwangsläufig von den Vergabeverfahren des betreffenden Auftraggebers ausgeschlossen werden wird.

Über die Aufnahme in die Präqualifizierungsliste dürfen nur objektive Kriterien zu administrativen, technischen und finanziellen Verpflichtungen entscheiden; gegebenenfalls muß der Auftraggeber auf europäische Normen Bezug nehmen.¹⁵⁴ Bei der Formulierung der Kriterien darf er spezielle Qualitäts- und Serviceanforderungen berücksichtigen, darf jedoch keine Prüfungen und Nachweise verlangen, die sich mit bereits vorliegenden Nachweisen überschneiden.¹⁵⁵ Damit Interessenten nicht plötzlich von einem Prüfungssystem überrascht werden, muß der Auf-

¹⁵¹ Vgl. Art. 31 Abs. 3 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

¹⁵² Vgl. Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, KOM(88) 377 endg., Brüssel 1988, S. 24 Rdnr. 99.

¹⁵³ Vgl. Krefter, Volker: Auswirkungen der EG-Sektorenrichtlinie aus technischer Sicht, Konferenz Auftragsvergabepaxis, Frankfurt 1993, S. 45.

¹⁵⁴ Vgl. Art. 30 Abs. 2 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

¹⁵⁵ Vgl. ebenda, Art. 30 Abs. 5.

traggeber im Amtsblatt eine entsprechende Bekanntmachung veröffentlichen. Wie bereits unter H.V. dieser Arbeit aufgezeigt, muß der Auftraggeber in dieser Bekanntmachung über die Existenz, den Zweck und die Bedingungen informieren, unter denen die Prüfungsregeln angefordert werden können. Für den Fall, daß das System über einen Zeitraum von mindestens drei Jahren laufen wird, muß die Bekanntmachung jährlich veröffentlicht werden. Bei kürzerer Dauer genügt eine Bekanntmachung zu Beginn des Verfahrens.¹⁵⁶ Den Interessenten werden auf entsprechende Anforderung hin die Regeln und Kriterien für die Prüfung sowie gegebenenfalls deren Überarbeitung mitgeteilt.¹⁵⁷ Die Entscheidung, ob ein Interessent in die Präqualifikationsliste aufgenommen wird, kann mehr als sechs Monate in Anspruch nehmen, auch wenn der Auftraggeber laut Artikel 30 Absatz 4 binnen einer angemessenen Frist entscheiden *soll*. Da eine längere Bearbeitungsdauer jedoch nicht sanktioniert wird, sondern lediglich einer gesonderten (möglicherweise nur formelhaften) Begründung bedarf,¹⁵⁸ ist davon auszugehen, daß ein Auftraggeber sich mit der Prüfung eines Aufnahmeantrags nicht beeilen wird, wenn er mit Umfang und Qualität seiner bereits bestehenden Liste zufrieden ist. Dies muß als Zugeständnis an die Sektorenauftraggeber und ihre Sonderstellung im (öffentlichen) Auftragswesen gewertet werden. Die Kommission wollte die Auftraggeber nicht zu einer zu plötzlichen Öffnung ihrer meist national geprägten Listen zwingen, sondern ihnen eine Übergangsfrist einräumen.¹⁵⁹ Um diese Frist jedoch nicht ausufern zu lassen, wollte die Kommission als Gründe für eine verzögerte Bearbeitung der Aufnahmeanträge für eine Präqualifizierungsliste nur solche „objektiver Natur“ zulassen,¹⁶⁰ hat diesen Vorschlag dann allerdings nicht weiter verfolgt. Es ist allerdings auch fraglich, ob die Formulierung geeignet gewesen wäre, rein willkürliche Verzögerungstaktiken auszuschließen.

Hat ein Interessent die Prüfung, die auch mehrere Stufen durchlaufen kann, bestanden, *muß* er in das Verzeichnis aufgenommen werden. Durchaus zulässig ist es, ihn nur für bestimmte Auftragsstypen zuzulassen.¹⁶¹ Scheitert ein Interessent im Prüfungsverfahren, muß er über die Ablehnung seines Aufnahmeantrags unter Angabe von Gründen unterrichtet werden.¹⁶² In der Richtlinie wurde auch für den Fall Vorsorge getroffen, daß einem qualifizierten und deswegen in die Liste aufgenommenen Bewerber die Qualifikation nachträglich wieder aberkannt wird. Bevor es zur Aberkennung kommt, die nur auf die zur Aufnahme in die Liste relevanten

¹⁵⁶ Vgl. ebenda, Art. 30 Abs. 9.

¹⁵⁷ Vgl. ebenda, Art. 30 Abs. 3.

¹⁵⁸ Vgl. ebenda, Art. 30 Abs. 4.

¹⁵⁹ Vgl. Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, KOM(88) 377 endg., Brüssel 1988, S. 24 Rdnr. 102.

¹⁶⁰ Vgl. ebenda, Art. 20 Abs. 1.

¹⁶¹ Vgl. Art. 30 Abs. 7 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

¹⁶² Vgl. ebenda, Art. 30 Abs. 6.

Kriterien gestützt werden kann, muß dies dem Qualifikanten schriftlich mitgeteilt werden.¹⁶³

Sofern ein Auftraggeber von der Möglichkeit eines Präqualifizierungsverfahrens keinen oder jedenfalls keinen ausschließlichen Gebrauch macht, verweist die Sektorenrichtlinie auf die Eignungskriterien der Bau- und Lieferkoordinierungsrichtlinie. Über die dort genannten sind aber ausdrücklich weitere Ausschließungsgründe zugelassen,¹⁶⁴ was die Sektorenrichtlinie von den übrigen Koordinierungsrichtlinien unterscheidet, da dort ein Numerus clausus der Ausschließungsgründe herrscht. Im Hinblick auf das Zertifizierungswesen im Dienstleistungssektor hat die Sektorenrichtlinie in Artikel 32 die entsprechende Bestimmung aus der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie übernommen. Insofern kann auf die Ausführungen unter G.VII. dieser Arbeit verwiesen werden. Gleiches gilt für die Zulassung von Bietergemeinschaften und die Anforderungen an die Rechtsform eines Anbieters.¹⁶⁵

IX. Der Zuschlag

Die Bestimmungen zur Erteilung des Zuschlags sind sehr viel umfangreicher ausgefallen als in den Koordinierungsrichtlinien Bau, Lieferungen und Dienstleistungen. Dies liegt im wesentlichen daran, daß in die Sektorenrichtlinie zwei Artikel zu Waren und Dienstleistungen mit Drittlandsursprung aufgenommen wurden. Danach ist unter bestimmten Voraussetzungen die Zurückweisung von Angeboten aus bestimmten Drittländern zulässig, weil die GATT-Bestimmungen, die in diesem Kapitel bereits angesprochen wurden, für die Sektorenauftraggeber zunächst nicht einschlägig waren und deswegen keine entsprechenden Rücksichtnahmen forderten.

Die Zuschlagskriterien in der Sektorenrichtlinie unterscheiden sich nicht von denen in den Koordinierungsrichtlinien Bau, Lieferungen, Dienstleistungen, lediglich die Reihenfolge ist – wie in der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie – umgekehrt. Das Kriterium des niedrigsten Preises steht erst an zweiter Stelle hinter dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots, wobei wiederum mehrere Merkmale – wie etwa Lieferfrist, Ausführungsdauer und Betriebskosten – berücksichtigt werden können.¹⁶⁶ Besondere Bestimmungen trifft die Richtlinie im Fall vorgelegter Varianten, die angesichts der teilweise hochtechnischen Güter in den Sektorenbereichen häufiger vorkommen können. Wollen Auftraggeber Varianten nicht zulassen, müssen sie frühzeitig, das heißt bereits in den Auftragsunterlagen

¹⁶³ Vgl. ebenda, Art. 30 Abs. 8.

¹⁶⁴ Vgl. ebenda, Art. 31 Abs. 1 und Abs. 2.

¹⁶⁵ Vgl. ebenda, Art. 33.

¹⁶⁶ Vgl. ebenda, Art. 34 Abs. 1.

ausdrücklich darauf hinweisen. Ansonsten sind sie nämlich verpflichtet, bei der Vergabe nach dem wirtschaftlich günstigsten Angebot Änderungen zu akzeptieren, soweit diese bestimmte, vom Auftraggeber festzulegende Mindestanforderungen erfüllen¹⁶⁷. Auftraggeber dürfen nach entsprechender Prüfung ungewöhnlich niedrige Angebote ablehnen, müssen aber jedenfalls solche Angebote akzeptieren, die aufgrund einer mit Artikel 93 EG-Vertrag vereinbarten staatlichen Beihilfe ungewöhnlich niedrig liegen.¹⁶⁸

Sektorauftraggebern ist es gestattet, Angebote an Waren aus solchen Drittländern zurückzuweisen, mit denen die Gemeinschaft keine Übereinkunft geschlossen hat, durch die ein vergleichbarer oder tatsächlicher Zugang zu den Märkten dieser Drittländer gewährleistet wird. Die Klausel greift ein, wenn der Anteil der aus diesen Drittländern stammenden Waren mehr als 50% des Gesamtwertes der in dem Angebot enthaltenen Waren ausmacht.¹⁶⁹ Bei Gleichwertigkeit mit einem Angebot, das im Rahmen der Drittlands Klausel nicht zurückgewiesen werden darf – also höchstens einen 50%igen Drittlandsanteil besitzt – ist das nicht der Drittlands Klausel unterliegende Angebot zu bevorzugen. Die Preise solcher Angebote gelten als gleich, wenn sie nicht um mehr als 3% voneinander abweichen.¹⁷⁰ Der Wirtschafts- und Sozialausschuß und auch das Europäische Parlament hatten die Hürde für Anbieter aus Drittstaaten noch höher legen wollen: Die Klausel hätte – wäre es nach ihnen gegangen – bereits bei einem Drittlandsanteil von 40% eingreifen sollen.¹⁷¹ Mit der Drittlands Klausel soll der EU ein Mittel an die Hand gegeben werden, Druck auf (dritte) Verhandlungspartner auszuüben, um Reziprozität in noch nicht geregelten Bereichen zu erzielen. Die eigentliche Idee, die hinter den Drittlandsbestimmungen liegt, findet sich jedoch in der Begründung der Kommission zum ersten Vorschlag für eine Sektorenrichtlinie. Hier heißt es:

„Unternehmen aus Drittländern beobachten mit wachsendem Interesse den neuen Impuls der Gemeinschaft, als Schlüsselement in der Vollendung ihres Binnenmarktes bis 1992 eine gemeinsame Rahmenregelung für das Beschaffungswesen festzulegen. Sie konzentrieren sich speziell auf die Initiativen der Gemeinschaft zur Öffnung des Beschaffungswesens in den ausgenommenen Bereichen wegen deren offensichtlicher wirtschaftlicher und technologischer Bedeutung und auch, weil der erbitterte internationale Wettbewerb in diesen Sektoren alle Teilnehmer zur Suche nach neuen Märkten zwingt. Die Öffnung des Auftragswesens in den ausgenommenen Bereichen könnte unter bestimmten Umständen dazu führen, daß Unternehmen aus Drittländern entweder direkt oder durch ihre in den Mitgliedstaaten niedergelassenen Tochtergesellschaften Zugang zu Großaufträgen erhalten. Mit anderen Worten, die Gemeinschaft läuft ernstlich Gefahr, Unternehmen aus Drittländern den Zugang zu ihrem Markt zu erleichtern, wenn die Richtlinien über die ausgenommenen Bereiche der Außendimension nicht angemessen Rechnung tragen.“¹⁷²

¹⁶⁷ Vgl. ebenda, Art. 34 Abs. 3.

¹⁶⁸ Vgl. ebenda, Art. 34 Abs. 5.

¹⁶⁹ Vgl. ebenda, Art. 36 Abs. 1 und Abs. 2.

¹⁷⁰ Vgl. ebenda, Art. 36 Abs. 3.

¹⁷¹ Vgl. Stabenow, Michael: Auftragsvergaben der öffentlichen Hand, BddW v. 23. 5. 1889.

In diesem Szenario zeichnet die Kommission das Bild eines wilden Tigers, der im Begriff ist, sich auf das ahnungslose Kälbchen EU-Markt für öffentliche Aufträge zu stürzen. Dieses Bild war insbesondere in den achtziger Jahren charakteristisch die internationalen Handelsbeziehungen. Allerdings hat die Kommission im oben aufgeführten Zusammenhang auch sanftere Töne angeschlagen und in Aussicht gestellt, mittelfristig die Märkte auch für Waren aus Drittländern zu öffnen¹⁷³. Inwieweit ihr das gelungen ist, soll unter anderem an dem zwischen der EU und den USA ausgetragenen Konflikt in Abschnitt L.III. dieser Arbeit aufgezeigt werden.

Eine besondere Regelung wurde für *Dienstleistungen* getroffen. Stellt die Kommission fest, daß ein Drittland Unternehmen der EU keinen Zugang zu seinem Markt für öffentliche oder Dienstleistungsaufträge im Sektorenbereich gewährt, kann der Rat die in Artikel 37 der Sektorenrichtlinie beschriebenen Maßnahmen ergreifen: Danach kann er die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen an Unternehmen aus dem betreffenden Drittland aufschieben oder jedenfalls für einen bestimmten Zeitraum beschränken.¹⁷⁴ Diese Maßnahmen kann der Rat auch ergreifen, wenn das betreffende Drittland Unternehmen der EU keine Inländerbehandlung oder nicht die gleichen Wettbewerbsmöglichkeiten wie inländischen Unternehmen bietet, oder wenn Unternehmen in dem Drittland eine bessere Behandlung erfahren als Unternehmen aus der EU.¹⁷⁵ Ergreift der Rat im Einzelfall eine der genannten Maßnahmen, stellt dies gegenüber der Vorschrift zu *Lieferaufträgen* mit Drittlandsursprung eine drastische Verschärfung dar. Bei einer Ungleichbehandlung von Lieferaufträgen in einem Drittland steht es nämlich jedem *Sektorenauftraggeber* frei, Vergeltungsmaßnahmen zu ergreifen. Diese Wahlfreiheit gibt es für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen bei entsprechendem, alle Auftraggeber erfassenden Beschluß des Rates hingegen nicht.

X. Berücksichtigung vergabefremder Aspekte

Die Sektorenrichtlinie sieht wie die Baukoordinierungsrichtlinie vor, daß von den Vergabekriterien wirtschaftlich günstigstes Angebot oder niedrigster Preis abgewichen werden darf, wenn ein Mitgliedstaat bestimmten Bietern eine Vorzugsbehandlung gewährt. Diese Bestimmung greift allerdings nur dann, wenn die zugrundeliegende Regelung schon bei Inkrafttreten der Sektorenrichtlinie galt und

¹⁷² Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, KOM(88) 377 endg., Brüssel 1988, S. 26 Rdnr. 104.

¹⁷³ Vgl. ebenda, S. 26 Rdnr. 107.

¹⁷⁴ Vgl. Art. 37 Abs. 4 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

¹⁷⁵ Vgl. ebenda, Art. 37 Abs. 3 lit. b) und lit. c).

mit dem EG-Vertrag vereinbar ist.¹⁷⁶ Darüber hinaus waren bis zum Eintritt des Binnenmarktes auch solche Bevorzugungen gestattet, die das Wirtschaftsgefälle zwischen den Regionen und die Schaffung von Arbeitsplätzen in den am wenigsten entwickelten Regionen sowie den im Niedergang befindlichen Industriegebieten fördern sollten. Auch eine solche Bevorzugung war allerdings nur erlaubt, wenn sie mit den Regeln des EG-Vertrages vereinbar war,¹⁷⁷ also insbesondere nicht gegen die eingangs dieses zweiten Teils angesprochenen Artikel 30, 52 und 59 EG-Vertrag verstieß. Wie schon in der Baukoordinierungsrichtlinie ist auch hier nicht klar, worin der eigentliche Unterschied zwischen Artikel 35 Absatz 1 und Artikel 35 Absatz 2 der Sektorenrichtlinie liegt.¹⁷⁸

XI. Berichts- und Meldepflichten

In Anlehnung an die Koordinierungsrichtlinien Bau, Lieferungen und Dienstleistungen wurden auch in die Sektorenrichtlinie Berichts- und Meldepflichten aufgenommen, um einerseits die Effizienz der Bestimmungen beurteilen, andererseits aber auch die korrekte Umsetzung und Anwendung überwachen zu können. Gegenüber den übrigen Koordinierungsrichtlinien wurden zusätzliche Meldepflichten aufgenommen, etwa infolge der Reziprozitätsregelungen und der Sondervorschriften zur Nutzung geographisch abgegrenzter Gebiete zum Zwecke beispielsweise der Erdöl- und Gasförderung.

Die Meldepflichten der Mitgliedstaaten beginnen bei der Frage, welche Institutionen der Sektorenrichtlinie überhaupt unterliegen sollen. Da die Liste der nach Tätigkeitsbereichen geordneten Sektorenauftraggeber in den Anhängen I bis X der Sektorenrichtlinie so vollständig wie möglich sein soll, sind die Mitgliedstaaten gehalten, der Kommission alle die Liste betreffenden Änderungen mitzuteilen¹⁷⁹. Desgleichen müssen sie die Kommission davon in Kenntnis setzen, wenn sie beabsichtigen, die Ausnahme des Artikel 3 in Anspruch zu nehmen. Danach kann, wie schon unter H.I. dieser Arbeit aufgezeigt wurde, die Nutzung geographisch abgegrenzter Gebiete zum Zwecke der Suche oder Förderung von Erdöl, Gas, Kohle oder anderen Festbrennstoffen unter bestimmten Voraussetzungen vom Tätigkeitskatalog der Richtlinie ausgenommen werden. Die Kommission legt dem Rat jährlich einen Bericht über die Praxis der Erteilung von Ausnahmegenehmigungen im Rahmen des Artikel 3 vor.¹⁸⁰ Weitere Meldepflichten bestehen für die Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit den in die Sektorenrichtlinie aufgenommenen Rezi-

¹⁷⁶ Vgl. ebenda, Art. 35 Abs. 1.

¹⁷⁷ Vgl. ebenda, Art. 35 Abs. 2.

¹⁷⁸ Vgl. E.XII. dieser Arbeit.

¹⁷⁹ Vgl. Art. 2 Abs. 6 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

¹⁸⁰ Vgl. ebenda, Art. 3 Abs. 4.

prozitätsvorschriften. Hierzu heißt es: „Die Mitglieder informieren die Kommission über allgemeine Schwierigkeiten rechtlicher oder tatsächlicher Art, die ihre Unternehmen bei der Bewerbung um Dienstleistungsaufträge in Drittländern antreffen“¹⁸¹. Um eine größtmögliche und lückenlose Datenbasis zu dieser Fragestellung zu erhalten, hätte der Kommission eigentlich daran gelegen sein müssen, den Mitgliedstaaten die Berichtspflicht zwingend aufzuerlegen, etwa in Form eines jährlichen Berichts. Davon wurde jedoch abgesehen, zumal die Mitgliedstaaten selber ein Interesse daran haben, abgeschottete Drittlandsmärkte aufzubrechen. Die Bündelung der dazu notwendigen Information an zentraler Stelle mußte ihnen da entgegenkommen. Sich selber hat die Kommission eine Berichtspflicht in regelmäßigen Abständen allerdings auferlegt. Erstmals zum 31. Dezember 1994 und dann in regelmäßigen Abständen mußte und muß sie dem Rat einen Bericht über den Zugang zu Dienstleistungsaufträgen in Drittstaaten vorlegen, wobei auch der Verhandlungsstand im Rahmen des GATT berücksichtigt werden soll.¹⁸² Wünschenswert wäre gewesen, den Begriff der Regelmäßigkeit näher zu definieren und beispielsweise eine jährliche oder jedenfalls zweijährliche Berichtspflicht zu statuieren, um die zeitlichen Abstände zwischen den einzelnen Berichten nicht zu groß werden zu lassen. Die Beobachtung der Warenmärkte wurde im Vergleich zu den Dienstleistungsmärkten stärker formalisiert: Seit dem zweiten Halbjahr 1991 muß die Kommission dem Rat jährlich über die Fortschritte bei den multilateralen und bilateralen Verhandlungen über den Zugang von EU-Unternehmen zu Drittlandsmärkten berichten und dabei auch die tatsächliche Anwendung der getroffenen Vereinbarungen berücksichtigen¹⁸³. Schließlich müssen die Mitgliedstaaten – wie schon im Rahmen der Koordinierungsrichtlinien Bau, Lieferungen und Dienstleistungen – der Kommission den Wortlaut der wichtigsten innerstaatlichen Rechtsvorschriften mitteilen, die sie auf dem von der Richtlinie erfaßten Gebiet erlassen¹⁸⁴.

Bestimmte Melde- und Berichtspflichten, die in den übrigen Koordinierungsrichtlinien eine zentrale Rolle einnehmen, wurden in der Sektorenrichtlinie konsequenterweise ausgespart: So müssen die Mitgliedstaaten der Kommission keine Auskunft darüber geben, wieviele Aufträge die Sektorenauftraggeber im Verhandlungsverfahren und wieviele im offenen Verfahren vergeben haben oder wieviele Auftraggeber das System der Präqualifizierung nutzen. Daß die Kommission auf solche Meldepflichten verzichtet hat, ist verständlich, wenn man berücksichtigt, daß den Sektorenauftraggebern größtmögliche Flexibilität gestattet werden sollte. Die angesprochenen Meldepflichten dienen in den Koordinierungsrichtlinien Bau, Lieferungen und Dienstleistungen im wesentlichen dazu, Defizite bei der Umsetzung der Richtlinien aufzudecken und sicherzustellen, daß beispielsweise das Verhand-

¹⁸¹ Vgl. ebenda, Art. 37 Abs. 1.

¹⁸² Vgl. ebenda, Art. 37 Abs. 2.

¹⁸³ Vgl. ebenda, Art. 36 Abs. 6.

¹⁸⁴ Vgl. ebenda, Art. 47.

lungsverfahren nicht unangemessen häufig verwendet wird. Da es im Rahmen der Sektorenrichtlinie den Auftraggebern aber gerade freistehen soll, auf das Verhandlungsverfahren nach Belieben zurückzugreifen, wäre eine diesbezügliche Meldepflicht der Mitgliedstaaten von rein statistischem Interesse gewesen, Konsequenzen hätten sich an das Zahlenmaterial aber nicht geknüpft. Ganz sind die Mitgliedstaaten einer Mitteilungspflicht gegenüber der Kommission jedoch nicht entgangen: Jährlich müssen sie einen Bericht über den Gesamtwert der in den einzelnen Sektoren vergebenen Aufträge unterhalb der einschlägigen Schwellenwerte in Artikel 14 erstellen.¹⁸⁵ Seit der Anpassung von 1998 besteht für die in das WTO-Übereinkommen einbezogenen Sektoren eine solche Mitteilungspflicht auch hinsichtlich der über dem Schwellenwert liegenden vergebenen Aufträge. Ausgenommen wurden jedoch bestimmte Dienst- und Telekommunikationsdienstleistungen.¹⁸⁶

Die größere Freiheit der Sektorenauftraggeber setzt sich auch bei den Dokumentations-, Berichts- und Meldepflichten des einzelnen *Auftraggebers* fort. Sektorenauftraggeber sind nicht verpflichtet, einen Vergabevermerk anzufertigen oder den Bietern beziehungsweise Bewerbern die getroffene Vergabeentscheidung mitzuteilen. Ein abgewiesener Bieter oder Bewerber hat folglich keinen Anspruch darauf, die Gründe für seine Ablehnung zu erfahren. Statt dessen müssen die Auftraggeber der Kommission für jeden vergebenen Auftrag und jeden durchgeführten Wettbewerb binnen zwei Monaten nach der Vergabe des betreffenden Auftrags die Ergebnisse des Vergabeverfahrens mitteilen¹⁸⁷. Dies gilt auch für Dienstleistungen der Kategorie B.¹⁸⁸ Die Angaben sind teilweise zur Veröffentlichung im Amtsblatt der EG bestimmt,¹⁸⁹ damit abgewiesene Bieter oder Bewerber die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens überprüfen können. Bekanntmachungsmuster dazu sind in den Anhängen VX und XVII der Richtlinie abgedruckt. Im Rahmen der Bekanntmachung über vergebene Aufträge muß der Sektorenauftraggeber zunächst kurz die wesentlichen Daten des vergebenen Auftrags nennen, damit die zuvor am Verfahren Beteiligten den Auftrag wiedererkennen. Er muß informieren über das Datum der Auftragsvergabe, darüber, ob Teile des Auftrags als Unterauftrag vergeben werden, über die Zahl der eingegangenen Angebote sowie Namen und Anschrift der ausgewählten Bieter. Handelt es sich hierbei um empfindliche geschäftliche Angaben, kann die Kommission von einer Veröffentlichung der eingegangenen Angebote und der Namen der Gewinner absehen.¹⁹⁰ Fakultativ kann der Auftraggeber das Zuschlagskriterium angeben und den Zuschlagspreis oder die Preisspanne nennen. Grundsätzlich nicht für die Veröffentlichung bestimmt sind

¹⁸⁵ Vgl. ebenda, Art. 42 Abs. 1.

¹⁸⁶ Vgl. geänderter Art. 42 Abs. 1 in Art. 1 der Richtlinie 98/4/EG, ABl. L 101 v. 4. 1. 1998, S. 1.

¹⁸⁷ Vgl. Art. 24 Abs. 1 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

¹⁸⁸ Vgl. ebenda, Art. 16.

¹⁸⁹ Vgl. ebenda, Art. 24 Abs. 2.

¹⁹⁰ Vgl. ebenda, Art. 24 Abs. 2.

- die Zahl der vergebenen Aufträge, wenn ein Auftrag zwischen mehreren Auftragnehmern aufgeteilt wurde;
- der Wert jedes vergebenen Auftrags;
- das Ursprungsland der Ware oder der Dienstleistung;
- die in Anspruch genommenen Ausnahmen bei der Verwendung europäischer Spezifikationen;
- das angewandte Zuschlagskriterium (wenn der Auftraggeber einer Veröffentlichung nicht ausdrücklich zugestimmt hat);
- die als zu niedrig erachteten und deswegen nicht gewählten Angebote.¹⁹¹

Diese Daten kann die Kommission jedoch in vereinfachter Form zu statistischen Zwecken publizieren.¹⁹²

Hat der Auftraggeber einen Wettbewerb durchgeführt, muß er in der Bekanntmachung über die Vergabeentscheidung das Projekt kurz beschreiben, die Gesamtzahl der Teilnehmer nennen und darunter die Zahl der ausländischen Teilnehmer ausweisen. Er muß über die Gewinner informieren und gegebenenfalls über die ausgelobten und vergebenen Preise.¹⁹³ In diesem Zusammenhang ist nicht vorgesehen, daß die Kommission von einer Veröffentlichung absieht, wenn es sich um in geschäftlicher Hinsicht empfindliche Daten handelt.

Ergänzt werden diese Bekanntmachungsregeln durch die Verpflichtung der Sektorenauftraggeber, „sachdienliche Unterlagen“ über jede Auftragsvergabe mindestens vier Jahre lang aufzubewahren, um auch später ihre Entscheidung noch begründen zu können. Die Unterlagen müssen Angaben enthalten über die Prüfung und Auswahl der Anbieter, gegebenenfalls die Inanspruchnahme der Abweichungsmöglichkeiten beim Gebrauch europäischer Spezifikationen, den Rückgriff auf Verfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb sowie die Inanspruchnahme bestimmter in der Richtlinie vorgesehener Ausnahmemöglichkeiten. Auf Anfrage muß der Auftraggeber der Kommission die Angaben übermitteln¹⁹⁴. Ursprünglich hatte die Kommission diesen Komplex so regeln wollen, daß die Auftraggeber einen internen Bericht über jeden vergebenen Auftrag hätten erstellen müssen, woraus hervorgehen sollte, aus welchem Grund der Auftraggeber ein bestimmtes Vergabeverfahren verwendet habe oder warum bei der Bekanntmachung einer Auftragsvergabe einzelne Umstände als geschäftlich sensibel erachtet worden seien und deswegen nicht hätten veröffentlicht werden können¹⁹⁵. Geändert

¹⁹¹ Vgl. ebenda, Anhang XV.

¹⁹² Vgl. ebenda, Art. 24 Abs. 4.

¹⁹³ Vgl. ebenda, Anhang XVIII.

¹⁹⁴ Vgl. ebenda, Art. 41 Abs. 1 und Abs. 2.

¹⁹⁵ Vgl. Art. 27 Abs. 1 des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, KOM(88) 377 endg., Brüssel 1988.

wurde dieser Passus auf Einspruch des Europäischen Parlaments. Die Parlamentarier waren der Ansicht, daß die von der Kommission gewünschte Überwachungsmöglichkeit über einzelne Vergabeentscheidungen auch dann gewährleistet wäre, wenn die Auftraggeber lediglich die relevanten Unterlagen aufbewahren würden.¹⁹⁶ Über die jetzt gewählte Aufbewahrungs- und Auskunftspflicht hinaus muß jeder Auftraggeber der Kommission über diejenigen Aufträge berichten, die er im Rahmen des Artikel 3 aufgrund einer Ausnahme vergeben hat,¹⁹⁷ damit die Kommission überprüfen kann, ob die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der wettbewerbsorientierten Auftragsvergabe auch dann beachtet werden, wenn die Vergabevorschriften der Sektorenrichtlinie selber nicht anwendbar sind. In einer Entscheidung dazu hat die Kommission inzwischen festgelegt, binnen welcher Fristen die Kommission über die Anwendung der Ausnahmebestimmung unterrichtet werden muß, welche Angaben der Auftraggeber machen muß und welche Unterlagen in diesem Zusammenhang aufzubewahren sind¹⁹⁸. Warum diese Regelungen nicht als Bestandteil in die Sektorenrichtlinie aufgenommen wurden, ist einfach zu begründen: Während der Erlass einer *Entscheidung* ausschließlich in den Zuständigkeitsbereich der Kommission fällt, hätte die entsprechende Änderung beziehungsweise Erweiterung der Richtlinie die Einbeziehung von Parlament und Rat erfordert, was angesichts der zu regelnden Materie jedoch nicht notwendig war. Allerdings leidet unter dieser Aufspaltung in Richtlinie und ergänzende Entscheidung die Übersichtlichkeit.

Der vorstehend zitierte Artikel 41 der Sektorenrichtlinie wurde im Zuge der Anpassung an das WTO-Übereinkommen von 1994 ergänzt um eine Mitteilungspflicht gegenüber abgewiesenen Bietern oder Bewerbern, wie sie schon zuvor in den Koordinierungsrichtlinien Bau, Lieferungen und Dienstleistungen vorgesehen war. Diese Pflicht wurde entgegen dem ersten Entwurf¹⁹⁹ nicht allen Sektorenauf-

¹⁹⁶ Vgl. Art. 27 Änderungsantrag 27 in Verbindung mit S. 30 des Berichts des Europäischen Parlaments im Namen des Ausschusses für Wirtschaft, Währung und Industriepolitik über den Vorschlag der Kommission an den Rat (KOM(88) 377 – Dok. C2 – 188/88) für eine Richtlinie betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, PE 128.101/endg., Brüssel 1989.

¹⁹⁷ Vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. b) der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

¹⁹⁸ Vgl. Entscheidung 93/327/EWG der Kommission vom 13. Mai 1993 zur Festlegung der Voraussetzungen, unter denen die öffentlichen Auftraggeber, die geographisch abgegrenzte Gebiete zum Zwecke der Suche oder Förderung von Erdöl, Gas, Kohle oder anderen Festbrennstoffen nutzen, der Kommission Auskunft über die von ihnen zu vergebenen Aufträge zu erteilen haben, ABl. L 129 v. 27. 5. 1993, S. 25.

¹⁹⁹ Vgl. geänderter Art. 41 Abs. 1 und Abs. 2 in Art. 1 des Vorschlags der Kommission 95/C 138/01 vom 27. April 1995 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 92/50/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, der Richtlinie 93/36/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge und der Richtlinie 93/37/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. C 138 v. 3. 6. 1995, S. 1.

traggebern auferlegt: Nur Auftraggeber, die in den vom GATT-Übereinkommen erfaßten Bereichen tätig sind, sollen auf schriftliche Anfrage Auskunft über ihre Vergabeentscheidung geben müssen; etwa darüber, warum die Bewerbung oder das Angebot des Anfragenden abgelehnt wurde und was die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Bieters, der namentlich genannt werden muß, sind.²⁰⁰ Daß diese Angaben dem Vorschlag zufolge nur gegenüber Bietern mit eigenem *ordnungsgemäßen* Angebot gemacht werden, soll sicherstellen, daß Marktteilnehmer nicht bloß deswegen an Vergabeverfahren teilnehmen, um zusätzliche Informationen über ihre Konkurrenten zu erhalten. Im Gegensatz zur Änderungsrichtlinie für die Koordinierungsrichtlinien Bau, Lieferungen und Dienstleistungen gestattet die geänderte Sektorenrichtlinie die Zurückhaltung bestimmter Informationen nicht etwa dann, wenn die Weitergabe nicht im öffentlichen Interesse liegt, sondern nur dann, wenn die Bekanntgabe der Information dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen würde. Wie wenig sinnvoll die in der Änderungsrichtlinie Bau, Lieferungen und Dienstleistungen aufgenommene Bestimmung demgegenüber ist, wurde bereits aufgezeigt. Die für die Sektorenrichtlinie verabschiedete Regelung bringt die Sektorauftraggeber in Zugzwang und gibt ihnen auf, im Einzelfall darzulegen und gegebenenfalls auch zu belegen, weshalb die Bekanntgabe bestimmter Informationen über den vergebenen Auftrag dem öffentlichen Interesse zuwiderläuft. Kreise der Wirtschaft befürchten jedoch, daß dies in Einzelfällen zur Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen führen kann²⁰¹.

Um die Anwendung auch anderer Ausnahmebestimmungen überwachen zu können und einer Aushöhlung der Vorschriften entgegenzuwirken,²⁰² müssen Auftraggeber, die mit mindestens einem Geschäftszweig der Sektorenrichtlinie unterfallen, der Kommission auf deren Verlangen alle Tätigkeiten mitteilen, die ihres Erachtens nicht dem Anwendungsbereich der Sektorenrichtlinie unterliegen und bei deren Durchführung die Vorschriften der Richtlinie nicht beachtet werden müssen. Um dabei auf ein einheitliches Vorgehen hinzuwirken, kann die Kommission in regelmäßigen Abständen Listen mit Tätigkeitskategorien im Amtsblatt der EG veröffentlichen, die ihrer Ansicht nach unter die Ausnahmeregelung fallen.²⁰³ Eine Mitteilungspflicht gilt auch bei Aufträgen, die zum Zwecke der Weiterveräußerung oder der Vermietung an Dritte vergeben werden und für die die Ausnahmebestimmung des Artikel 7 Absatz 1 Sektorenrichtlinie einschlägig ist,²⁰⁴ wie auch für Auftraggeber aus dem Telekommunikationssektor, wenn diese von der Ausnahme des Artikel 8 Absatz 1 Sektorenrichtlinie Gebrauch machen, wonach unter beson-

²⁰⁰ Vgl. neuer Art. 41 Abs. 3 und Abs. 4 in Art. 1 der Richtlinie 98/4/EG, ABl. L 101 v. 4. 1. 1998, S. 1.

²⁰¹ Vgl. Forum ÖA Monatsinfo Januar/Februar 1997, S. 4.

²⁰² Vgl. Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, KOM(88) 377, Brüssel 1988, S. 9 Rdnr. 36.

²⁰³ Vgl. Art. 6 Abs. 3 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

²⁰⁴ Vgl. ebenda, Art. 7 Abs. 2.

deren Voraussetzungen die Bestimmungen der Richtlinie für Einkäufe ausschließlich in Verbindung mit einem oder mehreren Telekommunikationsdiensten nicht eingreifen.²⁰⁵ Und schließlich müssen die Sektorenauftraggeber der Kommission auf deren Verlangen mitteilen, wenn sie einen Auftrag an ein verbundenes oder gemeinsames Unternehmen vergeben.²⁰⁶

²⁰⁵ Vgl. ebenda, Art. 8 Abs. 2.

²⁰⁶ Vgl. ebenda, Art. 13 Abs. 2.

I. Die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren und der Rechtsschutz nach Gemeinschaftsrecht

Die besten Regeln taugen nichts, wenn es keine rechtliche Möglichkeit zu ihrer Durchsetzung gibt. Zwar sieht der EG-Vertrag in Artikel 169 ein Vertragsverletzungsverfahren vor, das die Kommission – auch auf Anregung Dritter – bei Verstößen gegen Gemeinschaftsrecht anstrengen kann, jedoch dauert ein solches Verfahren in der Regel mindestens zwei Jahre¹ und ist folglich zu schwerfällig, um einen raschen und effektiven Rechtsschutz zu gewähren. Vor diesem Hintergrund brachte die Kommission, wie im Weißbuch von 1985² schon angekündigt, 1987 einen Vorschlag für die Überwachungsrichtlinie im Bereich öffentlicher Bau- und Lieferaufträge ein³. Nach der Verabschiedung am 21. Dezember 1989 folgte 1992 als reine Formsache die Anpassung für öffentliche Dienstleistungsaufträge;⁴ im selben Jahr wurde eine eigene Überwachungsrichtlinie für die zuvor ausgenommenen Sektoren verabschiedet⁵. Daneben besteht der Rechtsschutz auf europäischer Ebene natürlich fort. Auch er soll im folgenden Abschnitt kurz erläutert werden.

I. Die Überwachungsrichtlinien

Die beiden Überwachungsrichtlinien, die auch als Rechtsmittel- oder Eingriffsrichtlinien bezeichnet werden, wurden erst nach zähen Auseinandersetzungen auf

¹ Vgl. Geänderter Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsregeln im Rahmen der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, KOM(88) 733 endg., Brüssel, den 8. Dezember 1988, S. 10 Rdnr. 17.

² Vgl. Europäische Kommission: Weißbuch KOM(85) 310, Rdnr. 85.

³ Vgl. Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsregeln im Rahmen der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, KOM(87) 134 endg., ABl. L 230 v. 28. 8. 1987, S. 6.

⁴ Vgl. Art. 41 der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

⁵ Vgl. Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. L 76 v. 23. 3. 1992, S. 14.

den Weg gebracht. Wesentlicher Streitpunkt war zum einen die Frage, wie weit Einflußmöglichkeit und Eingriffsbefugnisse der Kommission gehen sollten; zum anderen strebte insbesondere die deutsche Verhandlungsdelegation einen möglichst großen Handlungsspielraum bei der Gestaltung der Nachprüfungsverfahren an und wollte nicht gezwungen sein, einen gerichtlichen Rechtsschutz einzuführen⁶. Als Vorbild für die Richtlinien diente die Konstruktion im französischen Vergaberecht; wegweisend war die Idee, daß die Interessenten an einem bestimmten Auftrag die materiellen marktöffnenden EU-Vergaberichtlinien am besten selber durchsetzen können.⁷

1. Die Überwachungsrichtlinie für öffentliche Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge

Mit dem 1987 ergangenen Vorschlag für eine Überwachungsrichtlinie zunächst nur im Bau- und Lieferbereich beabsichtigte die Kommission, nicht nur sich selber, sondern auch allen an einem Vergabeverfahren Beteiligten ein wirksames Instrumentarium zur Ahndung und Beseitigung von Verstößen gegen das Vergaberecht an die Hand zu geben. Bei der Konzeption der Überwachungsrichtlinie spielten mehrere Aspekte eine wesentliche Rolle. So hatte die Kommission festgestellt, daß die Vergabestellen in den meisten Fällen noch während des laufenden Verfahrens vor Erteilung des Zuschlags gegen einschlägiges EU-Vergaberecht verstoßen,⁸ eine Tatsache, die schon deswegen nicht überrascht, weil die Richtlinien ohnehin zum größten Teil das Verfahren vor dem eigentlichen Zuschlag regeln. Die wichtigsten und häufigsten Verstöße, die die Kommission bei der Erarbeitung der Überwachungsrichtlinie zugrundelegte, waren die folgenden:

- die *Nichtveröffentlichung* von Bekanntmachungen im Amtsblatt der EG;
- die *Aufteilung* von Aufträgen *in Lose*, um unterhalb der Schwellenwerte zu bleiben;
- die ungerechtfertigte *Verwendung des Verhandlungsverfahrens*;
- der ungerechtfertigte Verweis auf die *Dringlichkeit*, um die Fristen für die Veröffentlichung zu verkürzen sowie die extensive Nutzung anderer Ausnahmen;

⁶ Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft: Tagesnachrichten Nr. 9500 v. 3. 1. 1990; Schabel, Thomas: Öffentliche Auftragsvergabe im Binnenmarkt, Erläuterungen und Materialien zur Ausschreibung, Angebotsprüfung und Vergabe nach VOB und VOL mit EG-Vorschriften, München 1991, Ziff. A 6; persönliches Gespräch.

⁷ Vgl. Marx, Friedhelm: Das Recht des öffentlichen Auftragswesens nach der Umsetzung des Europäischen Rechts, S. 104.

⁸ Vgl. Geänderter Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsregeln im Rahmen der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, KOM(88) 733 endg., Brüssel, den 8. Dezember 1988, S. 6 f. Rdnr. 9 f.

- die Nichtbeachtung der in den Richtlinien vorgesehenen *Mindestfristen*;
- die Verwendung diskriminierender *Vertragsbedingungen*, beispielsweise die Verwendung nationaler technischer Spezifikationen, obwohl entsprechende europäische Normen existieren;
- die *verzögerte Bearbeitung* von Angeboten oder Bewerbungen ausländischer Anbieter;
- diskriminierende Praktiken bei der Auftragsvergabe, zum Beispiel die diskriminierende Anwendung der *Regeln über ungewöhnlich niedrige Preise*.⁹

Erklärtes Ziel war es deswegen, ein laufendes Vergabeverfahren mit Mitteln des einstweiligen Rechtsschutzes gegebenenfalls aussetzen zu können.¹⁰ Neben den genannten typischen Verstößen mußte die Kommission bei der Ausarbeitung des Richtlinien textes auch berücksichtigen, daß Vergabeverfahren im Vergleich zu gerichtlichen und auch außergerichtlichen Kontrollverfahren meist recht schnell beendet sind. Es galt also, ein effizientes und schnelles Überprüfungsverfahren zu erstellen, wenn man in ein noch laufendes Verfahren eingreifen wollte. Weil es in der Regel die zu Unrecht abgewiesenen Bewerber oder Bieter sind, die ein Interesse daran haben, die Rechtmäßigkeit eines Vergabeverfahrens überprüfen zu lassen, hätte es grundsätzlich genügt, ausschließlich diesen Gruppierungen die nötigen Rechtsmittel zuzuweisen. Das sah die Kommission – zu Recht – jedoch anders. Denn welcher abgewiesene Unternehmer wird einen Auftraggeber verklagen, von dem er hofft, vielleicht wenigstens einen der nächsten Aufträge zu erhalten?¹¹

Die Lösung, die die Kommission für dieses Problem dann jedoch vorschlug, stieß unter anderem bei der deutschen Bundesregierung und den Wirtschaftsverbänden des Landes auf Kritik.¹² Als *Hüterin des Vertrages*¹³ hatte die Kommission sich mit erheblichen Eingriffsbefugnissen ausstatten wollen. Die Überwachung hätte dann gleichgewichtig auf zwei Säulen geruht: einem nationalen Nachprüfungsverfahren, das von am Vergabeverfahren Beteiligten in Gang gesetzt werden sollte, sowie auf der Eingriffsbefugnis der Kommission, die auf eine Beschwerde hin oder aus eigenen Stücken hätte tätig werden können.

⁹ Vgl. ebenda, S. 6 f. Rdnr. 9 f.; Lee, Philip: Public Procurement, S. 169.

¹⁰ Vgl. Art. 1 des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsregeln im Rahmen der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, KOM(87) 134 endg., ABl. L 230 v. 28. 8. 1987, S. 6.

¹¹ Vgl. geänderter Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsregeln im Rahmen der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, KOM(88) 733 endg., Brüssel, den 8. Dezember 1988, S. 10 Rdnr. 16.

¹² Vgl. Franke, Horst: Vorschläge der EG-Kommission für eine Überwachungs-, Sektoren- und Telekom-Richtlinie, in: Liberalisierung des Baumarktes in der Europäischen Gemeinschaft, Schriftenreihe des Bayerischen Bauindustrieverbandes, München 1989, S. 17 ff.; Bundesministerium für Wirtschaft: Tagesnachrichten Nr. 9500 v. 3. 1. 1990.

¹³ Art. 155 EG-Vertrag.

Dem ersten Richtlinienentwurf zufolge sollte die Kommission zum einen ein Interventionsrecht im laufenden (nationalen) verwaltungsrechtlichen oder gerichtlichen Nachprüfungsverfahren besitzen, um die Einhaltung der Gemeinschaftsregeln und das gemeinschaftliche öffentliche Interesse geltend zu machen.¹⁴ Zum anderen sollte die Kommission das sehr weitgehende Recht haben, in dringenden Fällen ein Vergabeverfahren – allerdings höchstens für drei Monate – auszusetzen.¹⁵ Exemplarisch war in Artikel 4 des Vorschlags eine Liste beigefügt, in der die Fälle aufgeführt waren, die zum Eingreifen der Kommission hätten berechtigen sollen. Nicht alle der aufgezählten Fälle lassen schon auf den ersten Blick den Schluß zu, daß es sich um einen eindeutigen Verstoß gegen EU-Vergaberecht handelt:

- „– Nichtveröffentlichung der Ausschreibung im Amtsblatt der EG;
- nicht gerechtfertigte Verwendung von außergewöhnlichen Vergabeverfahren;
- Verwendung von nicht mit dem Gemeinschaftsrecht zu vereinbarenden administrativen, finanziellen, wirtschaftlichen oder technischen Klauseln in der Ausschreibung ...;
- vollständiger Ausschluß eines Unternehmens beziehungsweise Lieferanten von der Beteiligung an dem Auftrag im Widerspruch zu den Gemeinschaftsregeln.“¹⁶

Der Ausschuß für Wirtschaft, Währung und Industriepolitik des Europäischen Parlaments billigte das geplante Interventionsrecht der Kommission weitestgehend, wollte aber sichergestellt wissen, daß die Kommission zunächst die Vergabestelle auf das vermeintliche Fehlverhalten hinweisen müsse, bevor sie ein Vergabeverfahren aussetzen könne.¹⁷ Die Kommission reagierte auf diesen Hinweis pikiert, weil es sich von selbst verstehe, „daß die Kommission vor der Entscheidung zur Aussetzung des Verfahrens Kontakt zu der Vergabebehörde aufnimmt, um eine gütliche Lösung zu erzielen. Nur wenn diese Behörde sich nicht kooperativ zeigt, kann die Kommission die vorübergehende Aussetzung eines laufenden Vergabeverfahrens bewirken“¹⁸.

Vor allem die Bundesrepublik Deutschland wollte ein Interventionsrecht der Kommission nicht akzeptieren, weil sie eine Bürokratisierung des Vergabewesens

¹⁴ Vgl. Art. 2 Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsregeln im Rahmen der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, KOM(87) 134 endg., ABl. L 230 v. 28. 8. 1987, S. 6.

¹⁵ Vgl. ebenda, Art. 3.

¹⁶ Vgl. ebenda, Art. 4 Abs. 1 lit. a) bis lit. d).

¹⁷ Vgl. Begründung des Berichts des Ausschusses für Wirtschaft, Währung und Industriepolitik über den Vorschlag der Kommission der EG an den Rat (KOM(87) 134 endg. – C2–110/87) für eine Richtlinie zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsregeln im Rahmen der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, PE 118.211/endg., Brüssel, den 3. Februar 1988, S. 1 Ziff. 2.

¹⁸ Geänderter Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsregeln im Rahmen der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, KOM (88) 733 endg., Brüssel, den 8. Dezember 1988, S. 12 Rdnr. 21.

und natürlich auch einen zu starken Einfluß der Kommission auf nationale Angelegenheiten befürchtete¹⁹. Ihr genügte der etwas fadenscheinige Einwand der Kommission nicht, sowohl die betroffenen Mitgliedstaaten als auch die Auftraggeber könnten gegen eine von der Kommission verfügte Aussetzung eines Vergabeverfahrens mit einer Klage wegen Ermessensmißbrauch nach Artikel 173 EG-Vertrag²⁰ vorgehen²¹. Denn gerade weil die durch den EG-Vertrag eröffneten Rechtswege in der Regel langwierig sind, wollte die Kommission für sich selber eine schnelle Eingriffsbefugnis konstituieren. Sie hätte folglich damit rechnen müssen, daß sich die Mitgliedstaaten im Gegenzug nicht auf die Rechtsmittel des Vertrages verweisen lassen würden. Mit ihrer Auffassung konnte sich die Bundesrepublik im Rat durchsetzen: Der Kommission wurde lediglich ein Hinweisrecht an den betreffenden Mitgliedstaat zugestanden.²² Innerhalb einer 21-Tage-Frist muß der benachrichtigte Mitgliedstaat der Kommission entweder bestätigen, daß der Verstoß beseitigt wurde, oder begründen, weshalb der vermeintliche Verstoß nicht beseitigt wurde, oder aber mitteilen, daß das Verfahren ausgesetzt wurde.²³ Ein gewisses Maß an Interventionsmöglichkeiten besitzt die Kommission jedoch trotzdem: Sie kann gegen den Mitgliedstaat, in dem gegen das Vergaberecht ihrer Ansicht nach verstoßen wird, ein Vertragsverletzungsverfahren nach Artikel 169 EG-Vertrag anstrengen. Von diesem Recht hat die Kommission in der Vergangenheit mehrfach – teilweise mit Erfolg – Gebrauch gemacht.

Um einen gewissen Gleichklang beim nationalen Rechtsschutz zu gewährleisten, einigten sich die Mitgliedstaaten auf ein *Nachprüfungsverfahren* – allerdings entgegen der Vorstellung der Kommission ohne eigenes Anhörungsrecht für die Kommission. Im Vergleich zum ersten Vorschlag sind in der endgültigen Richtlinie die Grundzüge eines solchen Nachprüfungsverfahrens dezidiert beschrieben: So muß sichergestellt sein, daß im Rahmen eines solchen Verfahrens einstweilige Verfügungen ergehen können, das Verfahren ausgesetzt werden kann, rechtswidrige Entscheidungen aufgehoben werden können und Schadensersatz zugesprochen werden kann²⁴. Auch die Frage nach Art und Umfang des zu gewährenden Schadensersatzes war anfangs umstritten: Ursprünglich hatte die Kommission Schadensersatz „für die Kosten von Studien, Gewinnausfall oder den Verlust einer

¹⁹ Vgl. Krämer, Hans: Rechtsprobleme des öffentlichen Auftragswesens im EG-Binnenmarkt, S. 50 ff.; persönliches Gespräch.

²⁰ Der EuGH kann die Entscheidung der Kommission nach Art. 174 EG-Vertrag für nichtig erklären und die Kommission zu Schadensersatz verurteilen. Vgl. Art. 215 und Art. 178 EG-Vertrag.

²¹ Vgl. geänderter Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsregeln im Rahmen der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, KOM(88) 733 endg., Brüssel, den 8. Dezember 1988, S. 20.

²² Vgl. Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 89/665/EWG, ABl. L 395 v. 30. 12. 1989, S. 33.

²³ Vgl. ebenda, Art. 3 Abs. 3.

²⁴ Vgl. ebenda, Art. 2 Abs. 1.

Chance“²⁵ vorgesehen. Eine solche Form des Schadensersatzes wäre zwar grundsätzlich wünschenswert, weil der entgangene Gewinn den wirklichen Schaden eines zu Unrecht abgewiesenen Bieters darstellt; dies trifft aber nur dann zu, wenn sicher feststeht, daß dieser Bieter bei korrekt verlaufenem Vergabeverfahren den Zuschlag tatsächlich auch erhalten hätte. Wie soll ein abgewiesener Bieter, der diesbezüglich beweispflichtig wäre, das jedoch nachweisen können? Der Ausschuß für Wirtschaft, Währung und Industriepolitik hat dieses Problem offenbar nicht bemerkt oder jedenfalls die Formulierung nicht beanstandet, wohl aber gesehen, daß es ebenso schwierig sein würde, den Schaden für den *Verlust einer Chance* zu bemessen²⁶. Auf sein Anraten hin wurde die entsprechende Passage vollständig geändert und zur Ausgestaltung des Schadensersatzes keine Aussage getroffen. Die nationalen Instanzen sind bei der Bemessung der Höhe des Schadensersatzes dementsprechend an nationale Vorgaben gebunden.

Ein Nachprüfungsverfahren veranlassen können Interessenten an einem bestimmten Vergabeverfahren sowie die durch ein Vergabeverfahren Verletzten.²⁷ Insbesondere auf Drängen der Bundesrepublik²⁸ wurde festgeschrieben, daß die für das *Nachprüfungsverfahren* zuständige Instanz kein Gericht sein müsse²⁹. Die deutsche Verhandlungsdelegation war beauftragt worden, einen Rahmen durchzusetzen, in dem auch die deutsche sogenannte haushaltsrechtliche Lösung würde bestehen können, die nach Ansicht der Bundesregierung am besten geeignet war, Verzögerungen bei der Abwicklung des Zuschlags (die gerade bei großen Bauaufträgen zu erheblichen zusätzlichen Kosten hätten führen können) zu vermeiden. Insbesondere bei den romanischen Staaten, für die die Nachprüfung einer Vergabeentscheidung vor Gericht schon vor der EU-Koordinierung selbstverständlich war (auch wenn dadurch die übliche Korruption bisher kaum eingedämmt werden konnte), hatte die deutsche Verhandlungsdelegation starke Überzeugungsarbeit für ein flexibles Nachprüfungsverfahren leisten müssen. Während sich Großbritannien, die Niederlande und Dänemark der deutschen Position gegenüber aufgeschlossen zeigten, mußten die Deutschen in Paris und Madrid um Zustimmung für ihren Ansatz, auf der ersten Stufe der Nachprüfung kein Gericht einschalten zu wollen, werben. Bis zur letzten entscheidenden Sitzung des Ministerrats unter spa-

²⁵ Art. 1 Abs. 3 zweiter Spiegelstrich des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsregeln im Rahmen der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, KOM(87) 134 endg., ABl. L 230 v. 28. 8. 1987, S. 6.

²⁶ Vgl. Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, Währung und Industriepolitik über den Vorschlag der Kommission der EG an den Rat (KOM(87) 134 endg. – C2 – 110/87) für eine Richtlinie zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsregeln im Rahmen der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, PE 118.211/endg., Brüssel, den 3. Februar 1988, S. 11 Ziff. 4.

²⁷ Vgl. Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665/EWG, ABl. L 395 v. 30. 12. 1989, S. 33.

²⁸ Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft: Tagesnachrichten Nr. 9500 vom 3. Januar 1990.

²⁹ Vgl. Art. 2 Abs. 8 der Richtlinie 89/665/EWG, ABl. L 395 v. 30. 12. 1989, S. 33.

nischer Präsidentschaft war offen, ob der Einsatz sich gelohnt hatte. Die französische Wirtschaftsministerin Cresson und ein weiterer südeuropäischer Staat stimmten gegen das flexible Nachprüfungsverfahren, das den deutschen Sonderweg gestatten sollte; für eine Sperrminorität reichte dies jedoch nicht aus. Getragen wurde die Entscheidung auch von der Kommission, die zu diesem Zeitpunkt unter britischem Direktorat stand. Die Kommission hatte ein Kompromißpaket geschnürt, das auch den deutschen Sonderweg umfassen sollte. Umso überraschender war es später, daß die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen der haushaltsrechtlichen Lösung anstrebte, die ja gerade Gegenstand des Kompromisses gewesen war. Manch einer aus der deutschen Verhandlungsdelegation fühlte sich betrogen.³⁰ Allerdings ist in der Richtlinie ausdrücklich angemerkt, daß in jedem Falle eine Klage oder eine *weitere Nachprüfung* bei einem Gericht im Sinne des Artikel 177 EG-Vertrag angestrengt werden können müsse.³¹

2. Die Überwachungsrichtlinie für die ausgenommenen Sektoren

Erwartungsgemäß war die Erarbeitung der Überwachungsrichtlinie für die ausgenommenen Sektoren schwieriger und noch sehr viel heftiger umstritten als die Überwachungsrichtlinie für die Bereiche Bau, Lieferungen und Dienstleistungen. Denn hier hatte die Kommission eine noch größere Gratwanderung zu vollführen: Sie mußte nicht nur die teilweise sehr unterschiedlichen nationalen Rechtssysteme in einer vernünftigen Lösung zum Ausgleich bringen. Sie mußte bei der Konzeption des Nachprüfungsverfahrens zudem darauf achten, daß einzelne Nationen nicht mit ihren Verfassungen in Konflikt gerieten. Insbesondere die deutsche Verhandlungsdelegation wünschte ein flexibles und nicht auf zu starke Eingriffsrechte ausgerichtetes System. Weil viele der deutschen Sektorenauftraggeber privatrechtlich organisiert sind, befürchtete die Bundesregierung, daß es gegen die Grundrechte der freien Berufsausübung beziehungsweise der allgemeinen Handlungsfreiheit verstoßen würde, wenn Vergabeentscheidungen solcher Unternehmen aufgehoben oder korrigiert werden könnten.³²

Trotz dieser Schwierigkeiten wollte die Kommission mit der Sektoren-Überwachungsrichtlinie die vorerst letzte Lücke bei der Liberalisierung des öffentlichen

³⁰ Persönliches Gespräch.

³¹ Vgl. Art. 2 Abs. 8 der Richtlinie 89/665/EWG, ABl. L 395 v. 30. 12. 1989, S. 33.

³² Vgl. Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, KOM(90) 297 endg., Brüssel, den 30. Juli 1990, S. 7 Ziff. 9; Stellungnahme 91/C 60/06 des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. C 60 v. 8. 3. 1991, S. 16.

Auftragswesens so umfassend wie möglich schließen und dabei ähnlich wie in der zuvor verabschiedeten Überwachungsrichtlinie Bau, Lieferungen und Dienstleistungen vorgehen³³. Der erste Vorschlag, den sie vorlegte, stieß zwar bei den Mitgliedstaaten – und hier insbesondere Deutschland – auf Zustimmung, fand aber kein Wohlwollen beim Wirtschafts- und Sozialausschuß, der seine Kritik in einer Stellungnahme ungewöhnlich deutlich äußerte³⁴. Der zunächst vorgelegte Vorschlag der Kommission sah nämlich zwar ein Nachprüfungsverfahren mit vorläufigen Maßnahmen vor, um ein laufendes Verfahren aussetzen oder rechtswidrige Entscheidungen aufheben zu können;³⁵ alternativ dazu sollte es den Mitgliedstaaten jedoch freistehen, den Sektorenauftraggebern – anstelle der Einrichtung eines Nachprüfungsverfahrens – Bescheinigungen über die Rechtmäßigkeit ihrer Vergabepraktiken auszustellen³⁶. Auf diese Weise hätten die Mitgliedstaaten die Bestimmungen über die Aussetzung von Vergabeverfahren und Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen sowie die Streichung rechtswidriger Spezifikationen im Einzelfall umgehen können. Der Wirtschafts- und Sozialausschuß befürchtete, daß mit einer solchen Umgehungsmöglichkeit die gesamte Richtlinie zu einem zahnlosen „Papiertiger“³⁷ reduziert würde und wies darauf hin, daß die Mitgliedstaaten auch schon ohne die Richtlinie gemäß Artikel 5 des EG-Vertrages verpflichtet seien, wirksame Rechtsmittel zur Durchführung unmittelbar geltender Gemeinschaftsbestimmungen zur Verfügung zu stellen³⁸.

Auf diese Kritik hin änderte die Kommission ihren Richtlinienvorschlag ab, indem sie die Mitgliedstaaten zwar weiterhin verpflichtete, ein Bescheinigungsverfahren einzuführen und zu betreiben. Jedoch wurde die Möglichkeit, dieses Verfah-

³³ Vgl. Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, KOM (90) 297 endg., Brüssel, den 30. Juli 1990, S. 3 Ziff. 3.

³⁴ Vgl. Stellungnahme 91/C 60/06 des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. C 60 v. 8. 3. 1991.

³⁵ Vgl. Art. 2 des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, KOM(90) 297 endg., Brüssel, den 30. Juli 1990.

³⁶ Vgl. ebenda, Kapitel 2 des Vorschlags.

³⁷ Ziff. 9 der Stellungnahme 91/C 60/06 des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. C 60 v. 8. 3. 1991.

³⁸ Vgl. ebenda, Ziff. 9.

ren *alternativ* zu einem Nachprüfungsverfahren betreiben zu können, gestrichen³⁹. Diese kumulative Verknüpfung hätte eine Mehrfachbelastung der Mitgliedstaaten, die bereits im Rahmen der Sektorenrichtlinie bestimmte Meldungen und Mitteilungen an die Kommission machen müssen, zur Folge gehabt⁴⁰. Die Kommission wollte auf das Bescheinigungsverfahren jedoch nicht verzichten, weil sie der Überzeugung war, auf diese Weise die korrekte Umsetzung der Sektorenrichtlinie am besten überwachen zu können⁴¹. Diese Ansicht teilten die Mitgliedstaaten nicht, wollten das Bescheinigungsverfahren aber auch nicht ganz streichen. Man einigte sich darauf, es den Sektorenauftraggebern freizustellen, von dem Verfahren Gebrauch zu machen, um nach außen die Einhaltung der Vergaberegeln aus der Sektorenrichtlinie bekunden zu können⁴². Da die Auftraggeber, die eine solche Bescheinigung erhalten haben, dies im Amtsblatt bekanntmachen können,⁴³ war es notwendig, einen Rahmen für das Verfahren vorzugeben, um auf diese Weise ein einheitliches Vorgehen der Mitgliedstaaten sicherzustellen. Im Gegensatz zu den vorangegangenen Vorschlägen der Kommission⁴⁴ ist der *Inhalt* des der Bescheinigung zugrundeliegenden Berichts jedoch nicht vorgegeben. Aus dem Bericht muß lediglich hervorgehen, ob die Vergabeverfahren und -praktiken des betreffenden Auftraggebers mit den einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung der Sektorenrichtlinie übereinstimmen⁴⁵. Die Prüfer müssen von den Auftraggebern unabhän-

³⁹ Vgl. Art. 3 des geänderten Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. C 179 v. 10. 7. 1991, S. 18.

⁴⁰ Vgl. H.XI. dieser Arbeit.

⁴¹ Vgl. 11. Erwägung des geänderten Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. C 179 v. 10. 7. 1991, S. 18.

⁴² Vgl. 12. Erwägung der Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. L 76 v. 23. 3. 1992, S. 14.

⁴³ Vgl. ebenda, Art. 5 Abs. 2.

⁴⁴ Vgl. Art. 8 des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, KOM(90) 297 endg., Brüssel, den 30. Juli 1990; Art. 5 des geänderten Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. C 179 v. 10. 7. 1991, S. 18.

⁴⁵ Vgl. Art. 4 der Sektorenüberwachungsrichtlinie 92/13/EWG, ABl. L 76 v. 23. 3. 1992, S. 14.

gig sein und ihre Aufgaben in völliger Objektivität wahrnehmen. Außerdem müssen sie eine bestimmte berufliche Qualifikation und Erfahrung für die Tätigkeit als Prüfer mitbringen. Bei der Definition der erforderlichen beruflichen Qualifikation sind die Mitgliedstaaten zwar frei, diese muß jedoch mindestens einem Hochschulabschluß im Sinne der Richtlinie 89/48/EWG⁴⁶ entsprechen.⁴⁷ Wie oft eine Prüfung wiederholt wird, steht im Ermessen des jeweiligen Sektorenauftraggebers. Da er in der Bekanntmachung im Amtsblatt aber auch das Ausstellungsdatum der Bescheinigung angeben muß, wird der Auftraggeber an einer Aktualisierung in regelmäßigen Abständen jedoch interessiert sein. Allerdings hängt dies auch von der Höhe der Kosten und der Kostentragungspflicht einer solchen Bescheinigung ab, wozu in der Richtlinie bedauerlicherweise keine Regelung getroffen wurde.

Kern der Sektorenüberwachungsrichtlinie ist nach der Intervention des Wirtschafts- und Sozialausschusses nunmehr das Nachprüfungsverfahren. Es unterscheidet sich jedoch in einigen Punkten vom Nachprüfungsverfahren in der Überwachungsrichtlinie Bau, Lieferungen und Dienstleistungen: In der Sektorenüberwachungsrichtlinie werden den Mitgliedstaaten Wahlmöglichkeiten im Hinblick auf die zu ergreifenden Sanktionen eingeräumt. Wie in der Überwachungsrichtlinie Bau, Lieferungen und Dienstleistungen kann die Nachprüfungsstelle entweder in ein laufendes Vergabeverfahren eingreifen, indem sie das Verfahren aussetzt oder eine Vergabeentscheidung sowie diskriminierende Klauseln aufhebt.⁴⁸ Oder aber – und das ist neu – sie erlegt einem gegen die Vergaberegeln verstoßenden Sektorenauftraggeber die Zahlung eines Geldbetrages für den Fall auf, daß der Rechtsverstoß nicht beseitigt oder verhindert wird⁴⁹. Welche der genannten Maßnahmen die Nachprüfungsstelle ergreifen darf, entscheidet der jeweilige Mitgliedstaat – entweder für alle Sektorenauftraggeber gleich oder aber für bestimmte Kategorien von Auftraggebern anhand objektiver Kriterien.⁵⁰ Mit dieser Regelung kamen die Mitgliedstaaten der Bundesrepublik Deutschland entgegen, die nach diesem Kompromiß nicht gezwungen ist, in das Vergabeverfahren oder die -entscheidung eines Sektorenauftraggebers einzugreifen, sondern lediglich Druck auf den Auftraggeber ausüben muß. Um dieses Instrument aber nicht zu einem stumpfen Schwert werden zu lassen, hatte die Kommission, die auch in ihrem ersten Vorschlag schon – allerdings kumulativ – die Möglichkeit eines Zwangsgeldes vorgesehen hatte, die Höhe des zu zahlenden Betrages auf mindestens 1% des Auftragswerts festlegen wollen⁵¹. Diese pauschale Regelung lehnten sowohl der Wirtschafts- und Sozialaus-

⁴⁶ Auf diese Richtlinie, abgedruckt in ABl. L 19 v. 24. 1. 1989, S. 16, wird unter M.VI. dieser Arbeit kurz eingegangen.

⁴⁷ Vgl. Art. 6 der Sektorenüberwachungsrichtlinie 92/13/EWG, ABl. L 76 v. 23. 3. 1992, S. 14.

⁴⁸ Vgl. ebenda, Art. 2 Abs. 1 lit. a) und lit. b).

⁴⁹ Vgl. ebenda, Art. 2 Abs. 1 lit. c).

⁵⁰ Vgl. ebenda, Art. 2 Abs. 1 lit. c).

⁵¹ Vgl. Art. 11 des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvor-

schoß als auch das Europäische Parlament ab, weil es dann notwendig gewesen wäre, in der Richtlinie eine genaue und wiederum zu überwachende Berechnungsmethode für den Auftragswert festzulegen.⁵² Dem Änderungsvorschlag des Parlaments zufolge sollte der anzusetzende Betrag aber jedenfalls so hoch sein, daß der Auftraggeber davon abgehalten wird, einen Verstoß zu begehen oder weiter daran festzuhalten.⁵³ Diese Formulierung des Änderungsvorschlags übernahm der Rat.⁵⁴

Der durch einen Rechtsverstoß des Auftraggebers Geschädigte kann im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens unter bestimmten Voraussetzungen Schadensersatz fordern.⁵⁵ Dabei wurde der diesbezüglich sehr weitgehende Entwurf der Kommission abgeschwächt, die verlangt hatte, daß es zum Anspruch auf Schadensersatz genügen müsse, wenn der Anspruchsteller nachweise, daß der Auftraggeber gegen die Gemeinschaftsvorschriften für das Auftragswesen oder die einzelstaatlichen Vorschriften zu deren Umsetzung verstoßen habe und dieser Verstoß seine Chancen beeinträchtigt habe, den Zuschlag zu erhalten⁵⁶. Diese Regelung hätte einem abgewiesenen Bieter oder Bewerber beinahe immer einen Anspruch auf Schadensersatz gewährt, wenn der Auftraggeber gegen die Bestimmungen des Vergaberechts verstoßen hätte, weil es eines Nachweises, daß gerade er ansonsten den Zuschlag erhalten hätte, dieser Formulierung nach nicht bedurft hätte. Die Chancen, den Zuschlag zu erhalten, sind nämlich wohl durch jeden Verstoß gegen das Vergaberecht beeinträchtigt. Die Mitgliedstaaten haben sich dem Vorschlag der Kom-

schriften betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, KOM(90) 297 endg., Brüssel, den 30. Juli 1990; Art. 2 Abs. 5 des Geänderten Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. C 179 v. 10. 7. 1991, S. 18.

⁵² Vgl. Anmerkung zu Art. 2 Ziff. 7 der Stellungnahme 91/C 60/06 des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. C 60 v. 8. 3. 1991.

⁵³ Vgl. Änderung Nr. 5 der Stellungnahme des Europäischen Parlaments zum Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. C 106 v. 22. 4. 1991, S. 82.

⁵⁴ Vgl. Art. 2 Abs. 5 der Sektorenüberwachungsrichtlinie 92/13/EWG, ABl. L 76 v. 23. 3. 1992, S. 14.

⁵⁵ Vgl. ebenda, Art. 2 Abs. 1 lit. d).

⁵⁶ Vgl. Art. 2 Abs. 7 des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, KOM(90) 297 endg., Brüssel, den 30. Juli 1990.

mission, den auch das Europäische Parlament unterstützte,⁵⁷ deswegen nicht abgeschlossen. Sie wollten aber auch nicht so weit gehen und Schadensersatz nur für den Fall zuerkennen, daß der Anspruchsteller nachweisen kann, ohne die Rechtsverletzung den Zuschlag sicher erhalten zu haben; denn dieser Nachweis kann dann kaum erbracht werden, wenn der Zuschlag nicht auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis lautet, sondern anhand des wirtschaftlich günstigsten Angebots erteilt wird. Die Verhandlungsdelegationen der Mitgliedstaaten einigten sich schließlich darauf, daß der Anspruchsteller eine „echte Chance“ gehabt haben müsse, den Zuschlag zu erhalten, die durch den Rechtsverstoß aber beeinträchtigt worden sei⁵⁸. Natürlich stellt sich auch hier die Frage, wann eine „echte Chance“ gegeben ist. Dies wird in der Richtlinie nicht näher erläutert; die Auslegung ist demnach Aufgabe der für die Zusprechung von Schadensersatz zuständigen Instanzen.

Ansonsten entsprechen die für das Nachprüfungsverfahren getroffenen Regelungen in der Sektorenüberwachungsrichtlinie denjenigen der Überwachungsrichtlinie Bau, Lieferungen und Dienstleistungen. Gleiches gilt für das von der Kommission anzustrebende Hinweis- oder Beanstandungsverfahren⁵⁹. Allerdings hat der Mitgliedstaat im Rahmen der Sektorenüberwachungsrichtlinie 30 und nicht nur 21 Tage nach Eingang des Hinweises der Kommission Zeit, in der vorgeschriebenen Form darauf zu reagieren.⁶⁰

Die Sektorenüberwachungsrichtlinie sieht neben den genannten Verfahren noch ein Schlichtungsverfahren auf Gemeinschaftsebene vor. Mit der Einführung dieses Verfahrens hoffte die Kommission, Streitigkeiten bereits im Vorfeld einer ansonsten gerichtlich ausgetragenen Auseinandersetzung bereinigen zu können⁶¹. In Anspruch nehmen kann das Schlichtungsverfahren jeder, der ein Interesse an einem bestimmten Auftrag besitzt und der meint, daß der betreffende Sektorenauftraggeber gegen die Gemeinschaftsvorschriften oder die einzelstaatlichen Vorschriften zu deren Umsetzung verstoßen habe und ihm dadurch ein Schaden entstanden sei. Der Antrag ist an die Kommission oder an die im Anhang aufgeführten einzelstaat-

⁵⁷ Vgl. Änderungsvorschlag Nr. 6 der Stellungnahme des Europäischen Parlaments zum Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. C 106 v. 22. 4. 1991, S. 82.

⁵⁸ Vgl. Art. 2 Abs. 7 der Sektorenüberwachungsrichtlinie 92/13/EWG, ABl. L 76 v. 23. 2. 1992, S. 14.

⁵⁹ Vgl. Kapitel 2 der Sektorenüberwachungsrichtlinie 92/13/EWG, ABl. L 76 v. 23. 2. 1992, S. 14.

⁶⁰ Vgl. ebenda, Art. 8 Abs. 3.

⁶¹ Vgl. Ziff. 18 der Begründung des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, KOM(90) 297 endg., Brüssel, den 30. Juli 1990.

lichen Behörden, die die Anträge an die Kommission weiterleiten, zu richten.⁶² Das Schlichtungsverfahren findet aber nur statt, wenn der betreffende Sektorenauftraggeber zustimmt. In diesem Falle schlägt die Kommission aus einer Liste unabhängiger, für diese Aufgabe eigens akkreditierter Personen einen Schlichter vor. Diese Liste wird von der Kommission unter Hinzuziehung des Beratenden Ausschusses für das öffentliche Auftragswesen beziehungsweise des Beratenden Ausschusses für das Vergabewesen im Telekommunikationssektor erstellt. Die am Verfahren Beteiligten müssen sich mit dem vorgeschlagenen Schlichter einverstanden erklären und zugleich einen weiteren Schlichter benennen. Die beteiligten Schlichter können zudem zwei weitere Personen als Sachverständige zur Beratung hinzuziehen.⁶³ Da nicht nur ein „neutraler“, das heißt von der Kommission ausgewählter Schlichter am Verfahren beteiligt ist, sondern auch je ein von den Parteien ernannter Schlichter, sind auch die Interessen der Beteiligten vertreten, was die Akzeptanz des Schiedsspruches erhöhen dürfte. Sollten sich die Parteien trotzdem überverteilt fühlen, können sie das Verfahren zu jedem Zeitpunkt abbrechen⁶⁴ und beispielsweise in ein Nachprüfungsverfahren übergehen. Die Kommission hatte zunächst eine andere Zusammensetzung des Schlichtergremiums vorgeschlagen: Diesem Vorschlag zufolge sollte der Vorsitzende des Beratenden Ausschusses für das öffentliche Auftragswesen beziehungsweise derjenige des Beratenden Ausschusses für das Vergabewesen im Telekommunikationssektor zur Schlichtung eine Arbeitsgruppe einrichten, der mindestens zwei Mitglieder des Ausschusses und der Vorsitzende selbst oder ein anderer von ihm benannter Kommissionsbediensteter angehören sollten⁶⁵. Das Europäische Parlament hatte die Zusammensetzung noch spezifizieren wollen und vorgeschlagen, daß mindestens zwei Mitglieder der Arbeitsgruppe nicht die Staatsangehörigkeit des betroffenen Auftraggebers besitzen dürften.⁶⁶ Obwohl jeder Mitgliedstaat aufgefordert war, je zwei Personen als Schlichter vorzuschlagen, sind nur Deutschland, Österreich, Belgien, Finnland,

⁶² Vgl. Art. 9 der Sektorenüberwachungsrichtlinie 92/13/EWG, ABl. L 76 v. 23. 3. 1992, S. 14.

⁶³ Vgl. ebenda, Art. 10 Abs. 2.

⁶⁴ Vgl. ebenda, Art. 10 Abs. 7.

⁶⁵ Vgl. Art. 14 Abs. 1 und Abs. 2 des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, KOM(90) 297 endg., Brüssel, den 30. Juli 1990; Art. 11 Abs. 1 und Abs. 2 des geänderten Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. C 179 v. 10. 7. 1991, S. 18.

⁶⁶ Vgl. Änderungsvorschlag Nr. 19 der Stellungnahme des Europäischen Parlaments zum Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. C 106 v. 22. 4. 1991, S. 82.

Frankreich, Irland, Italien, Luxemburg und Schweden dieser Aufforderung gefolgt. Aufgrund dieser Vorschläge hat die Kommission Anfang 1996 eine vorläufige Liste von Schlichtern erstellt, von der Gebrauch gemacht werden kann⁶⁷.

Grundsätzlich können Schlichtungs- und Nachprüfungsverfahren unter bestimmten Voraussetzungen unabhängig voneinander nebeneinander geführt werden, auch wenn dies aus ökonomischer Sicht kaum sinnvoll ist. Hat aber etwa ein anderer Betroffener als derjenige, der das Schlichtungsverfahren beantragt hat, schon ein gerichtliches Nachprüfungsverfahren angestrengt, können die Schlichter ihn auffordern mitzuteilen, ob er dem Schlichtungsverfahren beitreten will. Weigert sich der Betroffene, können die Schlichter per Mehrheitsbeschluß das Schlichtungsverfahren beenden, wenn sie der Auffassung sind, daß der Beitritt des Betroffenen zur Beilegung des Streits notwendig ist⁶⁸.

II. Rechtsschutzmöglichkeiten nach dem EG-Vertrag

Der EG-Vertrag selber sieht Rechtsschutzmöglichkeiten vor, die auch im Rahmen des öffentlichen Auftragswesens greifen. Im Mittelpunkt steht dabei das vergleichsweise schwerfällige Vertragsverletzungsverfahren nach Artikel 169 EG-Vertrag.⁶⁹ Dieses Verfahren kann von der Kommission angestrengt werden, wenn sie einem Mitgliedstaat vertragswidriges Verhalten vorwirft – sei es, daß dieses selber eine Richtlinienbestimmung nicht korrekt in nationales Recht umgesetzt hat, oder sei es, daß ein öffentlicher Auftraggeber oder ein Sektorenauftraggeber die Bestimmungen nicht ordnungsgemäß anwendet. In der Regel erfährt die Kommission aufgrund einer Beschwerde durch einen abgewiesenen Bieter oder Bewerber von der Vertragsverletzung eines Mitgliedstaates. Deswegen hat sie Betroffene auch schon vor Verabschiedungen der Überwachungsrichtlinien dazu angehalten, sich im Falle eines vermeintlichen Vertragsverstoßes bei der Kommission zu beschweren⁷⁰. Inzwischen veröffentlicht sie im Amtsblatt regelmäßig ein Formblatt für Beschwerden „bei der Kommission wegen Nichteinhaltung der Rechtsvorschriften der Gemeinschaft“⁷¹. Bestätigt sich nach weiteren Recherchen der Kommission der Verdacht auf eine Verletzung der Gemeinschaftsvorschriften, fordert

⁶⁷ Vgl. Europäische Kommission: Bildung einer Liste von Schlichtern, KOM CC/96/03-DE, Brüssel, den 1. 3. 1996.

⁶⁸ Vgl. Art. 11 Abs. 1 der Sektorenüberwachungsrichtlinie 92/13/EWG, ABl. L 76 v. 23. 3. 1992, S. 14.

⁶⁹ Vgl. zum Verfahrensablauf speziell bezogen auf das öffentliche Auftragswesen Fernández Martín, José: The European Commission's Centralised Enforcement of Public Procurement Rules: A Critical View, PPLR 1993, S. 40.

⁷⁰ Vgl. Europäische Kommission: Vademekum über öffentliches Auftragswesen in der Gemeinschaft, Teil 3.

⁷¹ Vgl. Formblatt 89/C 26/07 z. B. in ABl. C 26 v. 1. 2. 1989, S. 6.

die Kommission den betreffenden Mitgliedstaat auf, innerhalb einer bestimmten Frist den Verstoß zu beseitigen oder aber darzulegen, warum das beanstandete Verhalten mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sein soll. Kommt der Mitgliedstaat dieser Aufforderung innerhalb der gesetzten Frist nicht nach, ruft die Kommission den Europäischen Gerichtshof an. Sind die Voraussetzungen gegeben, kann dieser auch einstweilige Maßnahmen nach den Artikeln 185, 186 und 192 EG-Vertrag ergreifen und beispielsweise die Erteilung des Zuschlags aussetzen.

So langwierig das Vertragsverletzungsverfahren grundsätzlich auch ist, hat die Kommission von diesem Instrument schon mehrfach erfolgreich Gebrauch gemacht; von 1984 bis 1990 hat sie allein im Rahmen des öffentlichen Auftragswesens knapp 100 Vertragsverletzungsverfahren angestrengt,⁷² wovon lediglich etwa 20% gerichtlich geklärt werden mußten.

⁷² Vgl. Fernández Martín, José: The European Commission's Centralised Enforcement of Public Procurement Rules, PPLR 1993, S. 40 (41).

J. Zusammenfassende Würdigung der Koordinierungsmaßnahmen

Bevor in Teil III dieser Arbeit ein Überblick über die Umsetzung der Koordinierungsrichtlinien und deren Auswirkungen gegeben wird, soll hier zunächst betrachtet werden, ob die in den Richtlinien vorgesehenen Maßnahmen überhaupt geeignet sind, die gesteckten Ziele Liberalisierung und Koordinierung des öffentlichen Auftragswesens in der EU als Unterziele eines frei zugänglichen EU-Marktes für öffentliche Aufträge zu erreichen, ohne daß bereits auf die *praktischen* Probleme bei Umsetzung und Anwendung der Richtlinien eingegangen werden soll. Bei dieser Betrachtung sollen die unter A. dieser Arbeit als notwendig erachteten Einzelmaßnahmen zum Vergleich herangezogen werden. Im wesentlichen sollen dabei die folgenden Fragestellungen eine Rolle spielen:

- Sind die Vorschriften in den Koordinierungsrichtlinien grundsätzlich geeignet, *offene Ungleichbehandlungen*¹ abzubauen?
- Eröffnen sie den Anbietern aus anderen EU-Mitgliedstaaten gleiche *Zugangsmöglichkeiten* zu öffentlichen Aufträgen wie inländischen Anbietern, das heißt, sind sie geeignet, auch *versteckte Ungleichbehandlungen* zu beseitigen?
- Setzen sie *Anreize* für Anbieter aus EU-Mitgliedstaaten, sich um öffentliche Aufträge aus anderen EU-Staaten zu bewerben?

I. Der Abbau offener Ungleichbehandlungen – die Liberalisierung

Ausgangspunkt nicht nur der Koordinierungs-, sondern auch der Liberalisierungsmaßnahmen ist die zentrale Frage, wer überhaupt *öffentlicher Auftraggeber* ist, weil nur für die erfaßten Institutionen die in die Richtlinien aufgenommenen Vorschriften greifen. Eng damit verbunden ist die Frage, welche *Auftragsarten* den Richtlinien unterliegen. Grundsätzlich gilt: Je weiter der Auftraggeberbegriff und je umfassender die Definition des Begriffs öffentliche Aufträge, desto größer auch die Reichweite der Richtlinien. Dabei darf allerdings nicht übersehen werden, daß bei einer zu weiten Definition des Auftraggeberbegriffs bestehende Marktkräfte

¹ Zur Erinnerung: Dazu gehört nicht nur die ungleiche Behandlung gleicher Sachverhalte, sondern auch die gleiche Behandlung ungleicher Sachverhalte.

ausgeschaltet werden, wenn auch Institutionen erfaßt werden, die dem Wettbewerb bereits ausgesetzt und dadurch zu einem effizienten Einkaufsverhalten gezwungen sind. Dieses Problem taucht beim Staat im klassischen Sinne nicht auf, wohl aber bei den Sektorenauftraggebern, die teilweise privatrechtlich organisiert sind, unabhängig davon aber bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen der Sektorenrichtlinie unterfallen. Die in den Koordinierungsrichtlinien Bau, Lieferungen und Dienstleistungen gewählte Definition² hat den Spagat, den Kommission, Parlament und Rat aufgrund der unterschiedlichen Rechtsbegriffe in den einzelnen Mitgliedstaaten anstrengen mußten, bewältigt und bezieht alle staatlichen Institutionen sowie solche mit quasi-staatlichem Charakter ein. Obwohl unter die Definition je nach Abhängigkeitsgrad von staatlichen Institutionen auch einige Sektorenauftraggeber fallen würden, wurden diese zunächst generell ausgenommen. Für diese Auftraggeber stellt sich die Frage, ob ihre Einbeziehung in die Liberalisierung und Koordinierung der öffentlichen Auftragsvergabe ökonomisch sinnvoll ist. Als Abgrenzungskriterien wurden in der Sektorenrichtlinie einerseits die Zuordnung der ausgeübten Tätigkeit zu einem der klassischen Versorgungsbereiche und andererseits die Marktstellung der betreffenden Institution gewählt: Hat diese Institution eine Monopolstellung oder jedenfalls eine monopolähnliche Stellung inne, ist es sinnvoll, sie durch die Einhaltung bestimmter Einkaufsregeln zu einem effizienten Beschaffungsverhalten zu zwingen. Zu kritisieren ist deswegen nicht, daß der Anwendungsbereich der Sektorenrichtlinie sehr umfassend ausgefallen ist. Zu bemängeln ist aber das in der Sektorenrichtlinie gewählte Abgrenzungskriterium „besonderes Recht“: Ist eine Institution auf einem der von der Richtlinie erfaßten Tätigkeitsfelder aufgrund eines besonderen Rechts tätig, unterliegt sie den Bestimmungen der Richtlinie, auch wenn neben ihr noch andere Institutionen aufgrund derselben Voraussetzungen tätig sind.³ Diese Regelung berücksichtigt nicht, daß Wettbewerb auch dann stattfinden kann, wenn der Zugang zu einem Markt zwar staatlich kontrolliert wird, sich trotzdem aber hinreichend viele Konkurrenten auf diesem Markt tummeln. Das Beispiel der zum 1. Januar 1998 erfolgten Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes und des damit verbundenen Wettbewerbs zwischen den Anbietern von Telekommunikationsdienstleistungen zeigt, daß die Richtlinie für solche Fälle eine abweichende Regelung hätte vorsehen müssen. Andererseits wird dieser Mangel dadurch etwas abgeschwächt, daß die Sektorenrichtlinie den von ihr erfaßten Auftraggebern ohnehin einen sehr viel größeren Spielraum bei der Auftragsvergabe einräumt.

Zu befürworten ist die Tatsache, daß alle *Auftragsarten* in die Richtlinien einbezogen wurden. Daß die Vorschriften der Richtlinien grundsätzlich jedenfalls nicht

² Vgl. Art. 1 lit. b) der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9.18.1993, S. 54; Art. 1 lit. b) der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1; Art. 1 lit. b) der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

³ Vgl. Art. 2 Abs. 1 bis Abs. 3 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

umgangen werden können, stellt die negative Definition des Dienstleistungsauftrags sicher. Bedauerlich ist jedoch, daß zur Wahrung von Sicherheitsinteressen Aufträge vom Anwendungsbereich der Richtlinien ausgenommen werden können, wovon insbesondere Aufträge in Zusammenhang mit militärischen Aufgaben betroffen sind, die oftmals ein erhebliches Volumen besitzen. Eine von der Kommission in Auftrag gegebene Studie aus dem Jahr 1991 hat ergeben, daß die Mitgliedstaaten von dieser Ausnahmeregelung starken Gebrauch machen, und nur etwa 50% der Aufträge des Verteidigungssektors nach den Vorschriften der Koordinierungsrichtlinie vergeben werden. Die dadurch entstehenden zusätzlichen Kosten schätzt die Kommission auf jährlich fünf bis 11 Milliarden ECU. Sie hatte die als *Birmingham Studie* bezeichnete Untersuchung zunächst geheimgehalten, um die damalige Maastricht-Debatte nicht zusätzlich anzuheizen. Da inzwischen jedoch alle Mitgliedstaaten zu erheblichen Sparmaßnahmen gezwungen sind und der Fall des Eisernen Vorhangs den Ost-West-Konflikt entschärft hat, strengt die Kommission derzeit konkrete Überlegungen an, den Verteidigungssektor vollständig in das öffentliche Auftragswesen einzubeziehen⁴.

Die meisten offenen Ungleichbehandlungen sind im wesentlichen bereits durch die Liberalisierungsrichtlinien 70/32/EWG und 71/304/EWG⁵ abgebaut worden und werden außerdem durch den EG-Vertrag unterbunden. Dennoch können Ungleichbehandlungen zwischen Anbietern aus unterschiedlichen EU-Mitgliedstaaten auch heute noch beispielsweise unter dem Stichwort *vergabefremde Aspekte* auftauchen, die – wie schon angesprochen – durch die Richtlinien nicht ausdrücklich ausgeschlossen sind.

Unter fiskalischen und allokativen Gesichtspunkten sinnvoll ist die Regelung in der Lieferkoordinierungsrichtlinie, *Rahmenvereinbarungen und Daueraufträge* nur für eine Laufzeit von höchstens drei Jahren zuzulassen,⁶ um nach Ablauf dieser Zeit auch anderen Anbietern wieder die Chance zu geben, in ein laufendes Projekt einzusteigen. Da gerade die Vereinbarung von Rahmen- und Dauerverträgen eine effektive Möglichkeit gewährt, ausländische Anbieter vom inländischen Vergabemarkt fernzuhalten, dient die Bestimmung im wesentlichen dem Abbau offener Ungleichbehandlungen. Andererseits läßt sich nicht leugnen, daß öffentliche Auftraggeber bei immer gleichen und regelmäßigen Beschaffungen – auch unter Kostenaspekten – ein Interesse daran haben müssen, dauerhafte Lieferbeziehungen einzurichten. Solche Verbindungen zunächst auf drei Jahre zu beschränken, stellt demnach einen Kompromiß zwischen dem Interesse der Wirtschaft und dem Interesse des öffentlichen Auftraggebers dar. Eine entsprechende Regelung findet sich

⁴ Vgl. Beseler, Hans Friedrich: Bilanz und Perspektiven der EG-Binnenmarktöffnung für öffentliche Aufträge, in: Forum '95 Öffentliches Auftragswesen, hrsg. von Forum Öffentliches Auftragswesen, S. 35 (45 f.).

⁵ Vgl. D.III.1. sowie D.III.2. dieser Arbeit.

⁶ Vgl. Art. 6 Abs. 3 lit. e) der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

im übrigen auch in der Baukoordinierungsrichtlinie⁷: Da Daueraufträge oder Rahmenvereinbarungen hier naturgemäß keine große Rolle spielen, ist im Fall der Wiederholung gleichartiger Bauleistungen⁸ die weitere Vergabe an den erfolgreichen Bieter der ersten Bauleistung innerhalb von drei Jahren möglich. Verstreicht die Dreijahresfrist ungenutzt, muß in der Regel neu ausgeschrieben werden. Eine gleichlautende Regelung ist für die Sektorenauftraggeber nicht getroffen worden. Sie sind demnach frei, Rahmenübereinkünfte auch für eine längere Laufzeit als drei Jahre abzuschließen, auch dies ist Ausdruck der schwächeren Reglementierung im Sektorenbereich.

Ein Verbot, nicht genehme Anbieter über *spontane Änderungen des laufenden Vergabeverfahrens* auszuschließen, wurde in den Koordinierungsrichtlinien zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen. Es folgt aber aus mehreren Bestimmungen in den Koordinierungsrichtlinien: Heißt es beispielsweise in der Baukoordinierungsrichtlinie an einer Stelle, daß die Bekanntmachungen der Vorabinformationen nicht verbindlich sind,⁹ folgt daraus im Umkehrschluß, daß Bekanntmachungen ansonsten grundsätzlich verbindlich sind. Das muß sowohl für die Bekanntmachung der Vergabeabsicht im offenen und nicht offenen Verfahren als auch für die zugehörigen Verdingungsunterlagen gelten, die im Bekanntmachungstext nur in Auszügen publiziert werden (können). Dieser Gedanke läßt sich im übrigen auch aus den Voraussetzungen für das Verhandlungsverfahren ableiten. Hierzu heißt es in der Baukoordinierungsrichtlinie sinngemäß: Das Verhandlungsverfahren kann dann nicht angewendet werden, wenn nach erfolglos verlaufenem offenem oder nicht offenem Verfahren die Auftragsbedingungen grundlegend geändert wurden.¹⁰ In einem solchen Fall muß das offene beziehungsweise das nicht offene Verfahren noch einmal angewendet werden. Daraus läßt sich schließen, daß die Vergabemodalitäten erst recht nicht in einem *laufenden* Verfahren verändert werden dürfen, ohne von neuem in das Vergabeverfahren eintreten zu müssen. Angesichts der erheblichen Folgen, die eine plötzliche Änderung der Auftragsbedingungen insbesondere für ausländische Anbieter mit sich bringt, wäre es allerdings wünschenswert gewesen, ein solches Verbot und damit verbunden zugleich ein Nachverhandlungsverbot ausdrücklich in die Richtlinientexte aufzunehmen. Statt dessen hat der Rat im April 1994 eine eigene Erklärung zum Wechsel des Vergabeverfahrens und zum Nachverhandlungsverbot abgegeben. Über den rechtlichen Charakter dieser Erklärung wird gestritten: Während die einen die Erklärung des Rats als eine politische (unverbindliche) Willenserklärung einstufen, sehen die anderen darin eine verbind-

⁷ Vgl. Art. 7 Abs. 3 lit. e) der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

⁸ Die Wiederholung einer Bauleistung ist beispielsweise denkbar, wenn eine Region in zeitlich dichter Folge mehrere Schulsporthallen des gleichen Typs in Fertigbauweise in Auftrag gibt.

⁹ Vgl. Art. 11 Abs. 1 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

¹⁰ Vgl. ebenda, Art. 7 Abs. 2 lit. a) und Abs. 3 lit. a).

liche Vorgabe, die auf die Vergaberegeln der EU-Mitgliedstaaten unmittelbaren Einfluß hat¹¹. In Anbetracht der vorangegangenen Betrachtung, wonach sich das Verbot, im laufenden Verfahren von einem Vergabemodus zu einem anderen zu wechseln, bereits aus den Richtlinien ergibt, muß der Streit nicht entschieden werden. Daß Verhandlungen während eines laufenden offenen oder nicht offenen Verfahrens verboten sind, hat der Europäische Gerichtshof zuletzt in einem 1996 entschiedenen Rechtsstreit der Kommission gegen Belgien klargestellt.¹²

II. Der Abbau versteckter Ungleichbehandlungen – die Koordinierung

Die soeben genannten Bestimmungen zu *Rahmenvereinbarungen und Daueraufträgen* sowie das Verbot, im laufenden Verfahren die *Vergabebedingungen zu ändern*, sind auch Teil der Koordinierung, also der Anpassung der national unterschiedlichen Vergabesysteme.

Dazu gehört auch, daß In- und Ausländer bei dem Nachweis ihrer *Zuverlässigkeit in technischer, wirtschaftlicher und finanzieller Hinsicht* gleichgestellt sind¹³. Das bedeutet aber nur, daß von ausländischen Bewerbern oder Bietern keine zusätzlichen besonderen Nachweise verlangt werden können und die Eintragung in ein Berufsregister nur im eigenen Sitzstaat verlangt werden kann. In der Praxis ist aber durchaus denkbar, daß die in Einzelfällen gestattete Festlegung spezifischer Eignungskriterien etwa bei technisch sehr komplexen Bauprojekten zu Ungleichbehandlungen führt und somit den Zugang zu nationalen Vergabemärkten erschwert, wenn Inländer die zugehörigen Nachweise leichter erbringen können als Unternehmen aus anderen EU-Mitgliedstaaten. Auch die Gewährung von Sicherheitsleistungen kann für Ausländer nach wie vor eine Ungleichbehandlung mit sich bringen, wenn damit grenzüberschreitende kostspielige Finanztransaktionen verbunden sind. Daran ändert nichts, daß bei der *Höhe* der zu hinterlegenden Sicherheit zwischen In- und Ausländern nicht unterschieden wird. Größere Unternehmen gehen deswegen zunehmend dazu über, Niederlassungen im Ausland einzurichten – zum einen, um möglichst dicht am Marktgeschehen zu sein, zum anderen, um zusätzliche Kosten zu umgehen, die grenzüberschreitende Transaktionen immer noch mit sich bringen.

¹¹ Vgl. Zusammenfassung der Aussprache über den Vortrag von Schölch, Karl: Auswirkungen der EG-Richtlinien für öffentliche Aufträge – Situation, Erfahrungen, Ausblick. Speziell aus Sicht der mittelständischen Unternehmen, in: Forum '95 Öffentliches Auftragswesen, hrsg. von Forum Öffentliches Auftragswesen, S. 77 (77 f.).

¹² Vgl. EuGH Rs. C-87/94 „Kommission gegen Belgien“ Urteil v. 25. 4. 1996; vorher schon EuGH Rs. C-243/89 „Kommission vs. Dänemark“ Slg. 1993 I, S. 3380.

¹³ Vgl. nur Abschnitt IV Kapitel 2 „Eignungskriterien“ der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

Auftraggeber bemängeln insbesondere im Baubereich, daß die in den Richtlinien vorgesehenen Verfahren zur Bestimmung der Eignung von Bietern und Bewerbern angesichts der ständigen Um- und Restrukturierungen in der Baubranche nicht mehr zeitgemäß seien. Da sich das Wesen eines Unternehmens binnen der in den Richtlinien als relevanter Zeitraum festgeschriebenen drei Jahre erheblich verändern könne, könnte anhand von Bescheinigungen über Projekte aus den vergangenen drei Jahren über den augenblicklichen Zustand eines Unternehmen in der Regel keine Aussage getroffen werden. Auftraggeber müßten daher das Recht haben, Bücher und Abläufe der sich bewerbenden Unternehmen einzusehen,¹⁴ ein sehr weitreichender Vorschlag, der in der Wirtschaft auf Kritik stoßen dürfte.

In diesem Zusammenhang ist es einerseits bedauerlich, daß nur die Sektorenrichtlinie ausdrücklich vorschreibt, wie ein *Präqualifizierungsverfahren* auszusehen hat¹⁵. Denn verwendet werden Präqualifizierungslisten nicht nur von den Sektorenauftraggebern, sondern auch von öffentlichen Auftraggebern beispielsweise im Baubereich. Wesentlicher Vorteil ist, daß sich die Regeln für die Aufnahme in eine solche Liste in der Regel nicht so häufig ändern. Hat man einem bestimmten Auftraggeber zur Aufnahme in die Liste seine Eignung bereits nachgewiesen, muß man sie vorerst nicht noch einmal darlegen. Andererseits dürfen die unter H.VIII. dieser Arbeit genannten Nachteile der Präqualifizierungslisten im Sektorenbereich nicht aus dem Blick verloren werden: Das Betreiben solcher Listen kann schnell dazu führen, ungeliebte Anbieter von konkreten Vergabeverfahren auszuschließen, indem das Aufnahmeverfahren unnötig in die Länge gezogen wird. Zudem ist die Aufnahme in eine solche Liste häufig mit hohen Kosten verbunden, die manche Unternehmen – vor allem die kleinen und mittleren Unternehmungen – scheuen¹⁶. Insbesondere aus der mittelständischen Wirtschaft kommt deswegen die Anregung, Präqualifizierungslisten EU-weit gegenseitig anzuerkennen.¹⁷ Dazu müßten jedoch die Standards und damit verbunden auch die Zertifizierungsverfahren beispielsweise im Bauleistungsbereich weiter harmonisiert werden.

Die *Zuschlagskriterien* auf zwei Faktoren zu begrenzen – nämlich auf das Kriterium Preis und das Kriterium wirtschaftlich günstigstes Angebot – ist grundsätzlich zu begrüßen. Bedauerlicherweise sind den Auftraggebern im Rahmen des wirtschaftlich günstigsten Angebots erhebliche Ermessensspielräume bei der Bewertung der Angebote an die Hand gegeben, die im Hinblick auf ein Mindestmaß an

¹⁴ Persönliches Gespräch.

¹⁵ Vgl. Art. 30 und Art. 31 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

¹⁶ Vgl. Schüssler, Heinz: Auswirkungen der EG-Richtlinien für öffentliche Aufträge – Situation, Erfahrungen, Ausblick. Allgemein aus Sicht der Wirtschaft, in: Forum '95, hrsg. von Forum Öffentliches Auftragswesen, Köln 1995, S. 51 (55); Schölch, Karl: Auswirkungen der EG-Richtlinien für öffentliche Aufträge – Situation, Erfahrungen, Ausblick. Speziell aus Sicht der mittelständischen Unternehmen, S. 69 ff.

¹⁷ Vgl. Schüssler, Heinz: Auswirkungen der EG-Richtlinien für öffentliche Aufträge – Situation, Erfahrungen, Ausblick. Allgemein aus Sicht der Wirtschaft, S. 66.

Flexibilität zwar notwendig sind,¹⁸ auf der anderen Seite aber willkürlichen Entscheidungen Tür und Tor öffnen. Hier wäre es von Vorteil gewesen, die Auftraggeber nicht nur darauf zu verpflichten, eine Rangfolge der einzelnen Kriterien anzugeben, sondern diese Kriterien – soweit möglich – ihrer Bedeutung entsprechend auch zu gewichten.

Daß unterschiedliche *technische Spezifikationen* den EU-weiten Handel behindern, kann im Kern nicht mit Hilfe der Koordinierungsrichtlinien beseitigt werden. Die Erarbeitung einheitlicher Spezifikationen stellt vielmehr eine flankierende Maßnahme (auch) zum öffentlichen Auftragswesen dar und wird deswegen unter K.V. dieser Arbeit betrachtet. Die Urheber der Koordinierungsrichtlinien für das öffentliche Auftragswesen taten aber gut daran, eine verbindlich zu beachtende Reihenfolge bei der Festlegung der technischen Spezifikationen vorzuschreiben¹⁹. Dennoch wurden auch hier Schlupflöcher eröffnet, wie beispielsweise unter E.VIII. dieser Arbeit im Falle der Ausschreibung eines Erweiterungsbaus aufgezeigt wurde. Grundsätzlich aber gilt: Je weiter die Harmonisierungsmaßnahmen auf dem Gebiet der technischen Spezifikationen voranschreiten, umso weniger kann der EU-weite Handel durch die Bezugnahme auf nationale Normen behindert werden.²⁰

Obwohl Kommission und Rat unter der Prämisse angetreten waren, Unternehmen aus anderen EU-Mitgliedstaaten gleiche Zugangsmöglichkeiten zu den einzelnen nationalen Vergabemärkten zu eröffnen wie inländischen Anbietern, kann es auch im Rahmen der *Fristen* während eines Vergabeverfahrens weiterhin zu Ungleichbehandlungen kommen. Wie ausgeführt,²¹ kann ein Auftraggeber inländischen Anbietern einen erheblichen zeitlichen Vorsprung gewähren, wenn er bereits am Tag der Absendung einer Bekanntmachung an das Amt für amtliche Veröffentlichungen seine Vergabeabsicht in nationalen Bekanntmachungsblättern veröffentlicht. Hinzu kommt, daß bei Anwendung des beschleunigten Verfahrens die Fristen zur Ausarbeitung einer Bewerbung oder eines Angebots unter Umständen besonders knapp bemessen sein können, wenn die Bekanntmachung nicht sofort nach Eingang beim Amt für amtliche Veröffentlichungen publiziert, sondern der Maxi-

¹⁸ Vgl. Schäfer, Mathias: Mehr Wettbewerb im Bereich des öffentlichen Auftragswesens nach Erlaß der europäischen Vergaberichtlinien? Rechtliche und praktische Aspekte der Richtlinienumsetzung, Schriften zum Öffentlichen Auftragswesen, Diss. Hamburg, 1994, S. 175.

¹⁹ Vgl. Abschnitt II „Gemeinsame Vorschriften auf technischem Gebiet“ der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54; Abschnitt II „Gemeinsame Vorschriften auf technischem Gebiet“ der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1; Abschnitt IV „Gemeinsame technische Vorschriften“ der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1; Abschnitt III „Technische Spezifikationen und Normen“ der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

²⁰ Vgl. Schäfer, Mathias: Mehr Wettbewerb im Bereich des öffentlichen Auftragswesens nach Erlaß der europäischen Vergaberichtlinien?, S. 178.

²¹ Vgl. E.IX., F.VII. und G.VI. dieser Arbeit.

malzeitraum von fünf Tagen ausgeschöpft wird. Generell aber sind die Fristen oftmals zu kurz, um beispielsweise EU-weite Kooperationen zur Ausführung eines bestimmten Auftrags bilden oder aktivieren zu können. Hierunter leiden insbesondere kleinere Unternehmen, die sich häufig nicht ohne die Hilfe mindestens eines weiteren Partners um Aufträge in bestimmter Größenordnung bewerben können.²² Sie können sich dann nur noch an den Bieter wenden, der den Zuschlag erhalten hat, und sich um die Erteilung eines Unterauftrags bemühen. Gerade Sektorenauftraggeber stöhnen jedoch über zu lange Fristen. Sie würden es begrüßen, wenn die Sektorenrichtlinie lediglich die Beachtung „marktüblicher“ Fristen vorschreiben würde; je nach Auftrag könnten die Fristen im Einzelfall dann sehr unterschiedlich ausfallen²³.

Die Tatsache, daß Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge von einer gewissen Größenordnung an im Amtsblatt der EG ausgeschrieben werden müssen, erleichtert grundsätzlich zwar das Auffinden der für einen speziellen Anbieter in Frage kommenden öffentlichen Aufträge. Andererseits ist die Flut der jährlichen *Bekanntmachungen* dazu geeignet, die durch die Zentralisierung im *Amtsblatt* gewonnene Transparenz wieder zu konterkarieren. Da etwa drei Viertel aller Bekanntmachungen allein aus Frankreich und Deutschland kommen, wird verschiedentlich vermutet, daß beide Länder das System der EU-weiten Bekanntmachung durch Überfütterung zum Kollaps bringen wollen.²⁴ Alternative Konzepte, die weiter unten genannt werden,²⁵ sollen Abhilfe schaffen. *Sprachhürden* wurden teilweise dadurch überwunden, daß Bekanntmachungen öffentlicher Auftraggeber sowohl im Amtsblatt als auch im TED nicht nur in der Landessprache des Auftraggebers, sondern auch in allen anderen Amtssprachen der EU – teilweise allerdings nur in gekürzter Fassung – publiziert werden müssen²⁶. Spätestens jedoch bei Abfassung der Bewerbung um Teilnahme an einem nicht offenen Verfahren oder bei der Ausarbeitung eines Angebots sind dezidierte Kenntnisse der Landessprache des Auftraggebers unumgänglich. Der Auftraggeber kann nämlich verlangen, daß Angebote nur in seiner Landessprache eingereicht werden dürfen. Hierin unterscheiden sich öffentliche von international agierenden privaten Auftraggebern, die Verträge oft in englischer Sprache abwickeln. Mit zunehmender Technisierung eines Auftrags verliert jedoch auch die Sprache, in der der Auftrag abgewickelt wird, an Be-

²² O.V.: Clemens Stroetmann heute, Personalien, F.A.Z. v. 13. 05. 1997.

²³ Vgl. Ludendorff, Wolfgang: Auswirkungen der EG-Richtlinien für öffentliche Aufträge – Situation, Erfahrungen, Ausblick. Aus Sicht der Sektoren, in: Forum '95 Öffentliches Auftragswesen, hrsg. von Forum Öffentliches Auftragswesen, S. 79 (86).

²⁴ Vgl. Schüssler, Heinz: Auswirkungen der EG-Richtlinien für öffentliche Aufträge – Situation, Erfahrungen, Ausblick. Allgemein aus Sicht der Wirtschaft, S. 60.

²⁵ Vgl. dazu unten K.III. dieser Arbeit.

²⁶ Vgl. Art. 11 Abs. 8 und Abs. 9 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54; Art. 9 Abs. 6 und Abs. 7 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1; Art. 17 Abs. 3 und Abs. 4 der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1; Art. 25 Abs. 2 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

deutung. Bei Dienstleistungsaufträgen hingegen, bei denen es gerade auch um sprachliche Fähigkeiten – beispielsweise bei der Abfassung eines Gutachtens – geht, rücken Fremdsprachenkenntnisse stärker in den Vordergrund. Interessenten aus dem Ausland kommen folglich nicht umhin, entweder einen Dolmetscher und/oder Übersetzer zu beschäftigen beziehungsweise im eigenen Unternehmen Mitarbeiter mit unterschiedlichen Sprachkenntnissen vorzuhalten, ein Faktor, der bei der Angebotserstellung zusätzliche Kosten verursacht.

Wurden unter B. dieser Arbeit auch die national teilweise sehr unterschiedlichen Vergabesysteme als eine Form der versteckten Ungleichbehandlung genannt, haben die Koordinierungsrichtlinien hier nur bedingt Abhilfe schaffen können, da sie lediglich den groben Rahmen für die nationalen Vergabesysteme abstecken, aber kein EU-weit einheitliches Konzept vorschreiben. Vielmehr sind die Mitgliedstaaten im Rahmen der Richtlinienlösung zwar hinsichtlich der Ziele gebunden, bei der Wahl ihrer Mittel aber frei. Die Kommission wird in diesem Zusammenhang nicht müde zu betonen, daß die Richtlinien keine *Vereinheitlichung* anstreben, sondern vielmehr lediglich einer *Abstimmung* der nationalen Vergabesysteme oberhalb der Schwellenwerte dienen sollen²⁷. Den Anbietern bleibt demnach nichts anderes übrig, als sich weiterhin durch die unterschiedlichen Bestimmungen der nationalen Systeme zu quälen. Allerdings sind aus der Kommission vereinzelte Stimmen zu hören, die sich – gerade auch angesichts sich häufender Vertragsverletzungsverfahren im Zuge der Richtlinienumsetzung – fragen, ob nicht anstelle der Richtlinienlösung eine unmittelbar anwendbare Rechtsverordnung der bessere Weg gewesen wäre. Die nationalen Vergabesysteme wären im Verordnungsfall für jeden Bieter und Bewerber transparent, weil sie in jedem EU-Mitgliedstaat identisch wären. Wegen der fehlenden Umsetzungsproblematik hätte die Kommission schließlich Personal aus der Umsetzungskontrolle abziehen und auf anderen Aufgabenfeldern einsetzen können. Für die (fernere) Zukunft scheint die Möglichkeit einer EU-Rechtsverordnung noch nicht vom Tisch zu sein.²⁸

Grundsätzlich wäre ein höherer Wettbewerbsgrad dann erreicht worden, wenn in den Koordinierungsrichtlinien zum öffentlichen Auftragswesen die *Priorität der offenen Vergabeverfahren* festgeschrieben worden wäre. Leider wurde auf diese Möglichkeit verzichtet und statt dessen nur ein Katalog von Voraussetzungen formuliert, bei deren Vorliegen ein öffentlicher Auftraggeber – die Sektorenauftraggeber sind in der Wahl des Vergabeverfahrens völlig frei – das *Verhandlungsverfahren* mit oder ohne vorherige Bekanntmachung anwenden darf²⁹. Je mehr Anbieter

²⁷ Vgl. nur Europäische Kommission: Öffentliches Auftragswesen in Europa. Die Richtlinien, Luxemburg, 1994, S. 3.

²⁸ Vgl. Beseler, Hans Friedrich: Bilanz und Perspektiven der EG-Binnenmarktöffnung für öffentliche Aufträge, S. 35 (43).

²⁹ Vgl. Art. 7 Abs. 2 und Abs. 3 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54; Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1; Art. 11 Abs. 2 und Abs. 3 der Dienstleistungs-koordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

sich aber um einen öffentlichen Auftrag bewerben, um so schwieriger ist es, Kartellabsprachen zu treffen, weil man leicht einen potentiellen Konkurrenten übersehen kann, oder sich gar nicht alle Bewerber oder Bieter an einer Absprache beteiligen wollen.³⁰ Die fehlende Präferenz für die offenen Verfahren wiegt jedoch nicht ganz so schwer, weil die Koordinierungsrichtlinien Bau, Lieferungen und Dienstleistungen bei Anwendung eines nicht offenen Verfahrens eine Mindestteilnehmerzahl von fünf vorschreiben³¹. Wendet ein öffentlicher Auftraggeber das Verhandlungsverfahren an, darf die Zahl der zur Verhandlung zugelassenen Bewerber nicht unter drei liegen.³² Auf diese Weise sollen auch die nicht offenen Verfahren ein Mindestmaß an Wettbewerb garantieren.

Die Wettbewerbsintensität auf einem EU-Vergabemarkt wird zudem über die *Schwellenwerte* beeinflusst, bei deren Erreichen die Koordinierungsrichtlinien angewendet werden müssen. Zwar ist grundsätzlich zuzugestehen, daß sich die grenzüberschreitende Beteiligung am Vergabeverfahren eines öffentlichen Auftraggebers nur dann lohnt, wenn der Auftrag eine bestimmte Größenordnung erreicht. Jeden öffentlichen Auftrag EU-weit publizieren zu wollen, würde zudem immense Kosten (beispielsweise für Übersetzungen und die Veröffentlichung der Bekanntmachungen im Amtsblatt) verursachen und möglicherweise in keinem Verhältnis zum erreichten Nutzen stehen. Andererseits würden gerade kleine und mittlere Unternehmen – etwa im Grenzgebiet eines EU-Mitgliedstaates – davon profitieren, wenn auch kleinere Aufträge im Amtsblatt der EU und in speziellen Datenbanken bekanntgemacht würden. So sind sie weiterhin auf die nationalen Amtsblätter und die nationale Presse des oder der Nachbarn in entsprechender Landessprache angewiesen, weil ihre Kapazität ohnehin meist nur zur Ausführung kleinerer Aufträge ausreicht. Hinzu kommt, daß öffentliche Auftraggeber bestrebt sind, durch Splittung der Aufträge die Schwellenwerte zu umgehen, auch wenn nach dem Wortlaut der Richtlinien kein Auftrag in der Absicht aufgeteilt werden darf, ihn dem Einfluß der Richtlinie zu entziehen³³. Auf Seminaren und Weiterbildungsmaßnahmen stellen die staatlichen Einkäufer aber immer wieder die Frage, wie sie den Anwendungsbereich der Richtlinien legal umgehen können.³⁴ So kann

³⁰ Vgl. Gandenberger, Otto: Die Ausschreibung, S. 224.

³¹ Vgl. Art. 22 Abs. 2 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54; Art. 19 Abs. 2 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1; Art. 27 Abs. 2 der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

³² Vgl. Art. 22 Abs. 3 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54; Art. 19 Abs. 3 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1; Art. 27 Abs. 3 der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

³³ Vgl. Art. 6 Abs. 4 der Bauleistungskordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54; Art. 5 Abs. 6 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1; Art. 7 Abs. 3 der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1; Art. 14 Abs. 13 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

ein Auftraggeber bei sehr harter Kalkulation der vor Auftragsausführung lediglich geschätzten Kosten im Einzelfall noch unterhalb der Schwellenwerte bleiben. Dieser Gefahr wurde allerdings dadurch begegnet, daß die Richtlinien inzwischen bestimmte Berechnungsmethoden vorschreiben³⁵. Daneben ist aber zu berücksichtigen, daß in Ländern, in denen der staatliche Einkauf stark dezentralisiert ist – wie etwa in der Bundesrepublik und in Italien – die Schwellenwerte seltener erreicht werden als in einem Land mit zentralisiertem Einkauf – wie etwa Großbritannien³⁶.

Zu begrüßen ist die in den Koordinierungsrichtlinien Bau, Lieferungen und Dienstleistungen geschaffene *nachträgliche Transparenz*, wonach öffentliche Auftraggeber verpflichtet sind, abgewiesenen Bietern auf Verlangen den Grund ihrer Ablehnung zu nennen³⁷. Auch auf diese Weise wird Marktübersicht geschaffen. Leider wurden die Sektorenauftraggeber von der Berichtspflicht an abgewiesene Bieter bisher ausgenommen³⁸. Hier kam bislang zum Tragen, daß die Ablehnungsgründe in der Regel das Spiegelbild der Gründe sind, derentwegen ein bestimmter Bieter den Zuschlag erhalten hat. Beschreibt der Auftraggeber zu präzise, warum einem bestimmten Angebot der Vorzug gegeben wurde, kann er schnell Gefahr laufen, Geschäftsgeheimnisse zu verraten. Da insbesondere die privatrechtlich organisierten Sektorenauftraggeber sich in den meisten Fällen ohnehin nicht als *öffentliche* Auftraggeber betrachten, konnten sie für eine Berichtspflicht gegenüber abgewiesenen Bietern nur schwerlich gewonnen werden. Im Rahmen des WTO-Übereinkommens wird eine solche Berichtspflicht jetzt jedoch kommen.

III. Fazit

Wie in den beiden vorangegangenen Abschnitten gezeigt, haben die Koordinierungsrichtlinien zum öffentlichen Auftragswesen in einigen Bereichen insbesondere das Ziel, versteckte Ungleichbehandlungen abzubauen, noch nicht erreicht. Denn sie garantieren nicht in jedem Falle gleiche Zugangsmöglichkeiten zu den nationalen Vergabemärkten für In- und EU-Ausländer, sei es, weil die Fristen teil-

³⁴ Dies zeigen Gespräche mit öffentlichen Auftraggebern.

³⁵ Vgl. Art. 6 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54; Art. 5 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1; Art. 7 der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1; Art. 14 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

³⁶ Vgl. Stolz, Kathrin: Das öffentliche Auftragswesen in der EG, S. 118 ff.

³⁷ Vgl. Vgl. Art. 8 Abs. 1 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54; Art. 7 Abs. 1 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1; Art. 12 Abs. 1 der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

³⁸ Vgl. H.XI. dieser Arbeit.

weise zu kurz bemessen sind oder weil Auftraggeber ihre Vergabeabsichten in den nationalen Publikationsorganen früher veröffentlichen können als im Amtsblatt der EG. Ebenso mag die – wenn auch eingeschränkte – Möglichkeit, weiterhin vergabefremde und meist politisch motivierte Aspekte in das Vergabeverfahren einfließen zu lassen, ausländische Anbieter in Einzelfällen davon abhalten, sich an Ausschreibungen in anderen EU-Mitgliedstaaten zu beteiligen. Die Flut an täglichen Bekanntmachungen sichert die Transparenz des Marktes für öffentliche Aufträge nicht in jedem Fall, sondern kann sie unter Umständen auch erschweren. Übersichtlichkeit über das EU-Vergabewesen ist auch innerhalb der einzelnen Richtlinien nicht hergestellt. Da jeder Bereich für sich und sehr detailliert geregelt ist und viele Ausnahmen geschaffen wurden, bedarf es sehr speziellen Wissens, um die Grundstrukturen des Vergabewesens zu durchschauen – ein Wissen, das vielen Anbietern, aber auch Auftraggebern noch fehlt³⁹. Andererseits geht die Koordinierung des Vergabewesens in vielen Bereichen in die richtige Richtung: Daß inzwischen grundsätzlich alle Auftragsstypen in die Richtlinien einbezogen wurden, ist angesichts des vehementen nationalen Widerstandes ein großer Fortschritt. Das gleiche gilt auch für die Regelung, daß Rahmenvereinbarungen und Daueraufträge nur für eine Laufzeit von drei Jahren abgeschlossen werden dürfen.

³⁹ Vgl. Schüssler, Heinz: Auswirkungen der EG-Richtlinien für öffentliche Aufträge – Situation, Erfahrungen, Ausblick. Allgemein aus Sicht der Wirtschaft, S. 53.

K. Flankierende Maßnahmen

Um den Markt für öffentliche Aufträge für Anbieter aus EU-Mitgliedstaaten zu öffnen, genügt es – wie gezeigt – nicht, Ungleichheiten bei der Behandlung von Bietern und Bewerbern abzubauen, die Vergabeverfahren in ihren Grundstrukturen einander anzugleichen und im Hinblick auf die Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen Überwachungs- und Kontrollmöglichkeiten zu schaffen. Wie schon angesprochen, haben Umfragen ergeben, daß beispielsweise auch die national oftmals unterschiedlichen technischen Spezifikationen Unternehmen davon abhalten, sich an Vergabeverfahren in einem anderen EU-Mitgliedstaat zu beteiligen, oder zur Abweisung eines ausländischen Angebots führen¹.

Die Kommission hat begleitend zu den Koordinierungsrichtlinien deswegen Maßnahmen auch auf anderen Gebieten, im wesentlichen mit folgenden Zielen, ergriffen:

- Beobachtung des Marktes für öffentliche Aufträge;
- Harmonisierung technischer Spezifikationen;
- besserer Überblick über aktuell laufende Vergabeverfahren;
- Angleichung vertraglicher Klauseln;
- gegenseitige Anerkennung beruflicher Qualifikationen.

Daneben sind auch private Institutionen initiativ geworden: In vielen EU-Mitgliedstaaten haben sich inzwischen Vereine oder Foren gebildet, die über das europäische öffentliche Vergaberecht informieren und zudem Plattform für Diskussionen zu diesem Thema sein wollen. Ihre Verbindungen bis hinein in die Kommission oder in die national für das Vergaberecht zuständigen Gremien sind oftmals erstaunlich gut. Auch andere private Veranstalter bieten Vortragsreihen speziell zu Entwicklungen und Neuerungen auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens an; beinahe jedes Jahr erscheint eine weitere Fachzeitschrift zum Thema öffentliches Auftragswesen². Solche Vereine, Veranstaltungen und Zeitschriften sind geeignet, die Regeln einem breiteren Leserkreis bekanntzumachen sowie die Diskus-

¹ Vgl. Umfrage der Kommission, zitiert nach Krämer, Hans: Rechtsprobleme des öffentlichen Auftragswesens im EG-Binnenmarkt, S. 5; Fragebogen des Wirtschafts- und Sozialausschusses der EU zum öffentlichen Auftragswesen vom März 1996, Frage 13, abgedruckt in Monatsinfo ÖA des Forum Öffentliches Auftragswesen, April 1996.

² Im Mai 1997 erschien beispielsweise erstmalig die von Wolfgang Heiermann und Horst Franke herausgegebene Zeitschrift für deutsches und internationales Vergaberecht.

sion um Neuerungen auf verschiedenen Ebenen voranzutreiben und nicht nur einseitig zwischen Mitgliedstaaten, Kommission und Parlament zu führen.

I. Die Beratenden Ausschüsse und ihre Aufgaben

Zwar sehen die Koordinierungsrichtlinien Melde- und Berichtspflichten der Mitgliedstaaten wie auch in Einzelfällen der Auftraggeber an die Kommission vor, damit diese in Einzelfällen die Rechtmäßigkeit von Vergabeverfahren und getroffenen Vergabeentscheidungen überprüfen kann. Dennoch hielt die Kommission es für zweckmäßig, parallel dazu eine weitere Kontrollinstanz einzurichten. Am selben Tag, an dem die Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG³ verabschiedet wurde, am 26. Juli 1971, beschloß der Rat auf entsprechenden Vorschlag der Kommission die Einsetzung eines Beratenden Ausschusses für öffentliche Bauaufträge⁴. Als im Dezember 1976 die Lieferkoordinierungsrichtlinie⁵ folgte, wurde der Ausschuß in „Beratender Ausschuß für öffentliche *Aufträge*“ umbenannt und sein Tätigkeitsfeld auch auf öffentliche Lieferaufträge ausgedehnt⁶. Zentrale Aufgabe des Ausschusses blieb aber nach wie vor, zu prüfen, „aus welchen Gründen Unternehmen, welche den in den Richtlinien des Rates festgelegten Kriterien genügen, nicht konsultiert worden sind oder den Auftrag nicht erhalten haben, obwohl sie das günstigste Angebot unterbreitet hatten“⁷. Der Beratende Ausschuß für öffentliche Aufträge setzt sich aus Vertretern der Mitgliedstaaten nebst zwei Stellvertretern, die alle den Verwaltungen dieser Staaten angehören, zusammen.⁸ Weil der Ausschuß nicht öffentlich tagt und auch die von ihm angefertigten Berichte von der Öffentlichkeit nicht eingesehen werden können, hätte ihm eine große praktische Kontrollfunktion zukommen können. Die Ausschußmitglieder müssen kein Blatt vor den Mund nehmen und können sich gegenseitig unverblümt Diskriminierungsfälle vorhalten, ohne daß die andere Seite – jedenfalls zunächst – befürchten muß, öffentlich an den Pranger gestellt zu werden.⁹ Andererseits ist durch die Beteiligung eines Kommissionsbeamten sichergestellt, daß auch die Kommission von

³ Vgl. Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG, ABl. L 185 v. 16. 8. 1971, S. 5.

⁴ Vgl. Beschluß des Rates 71/306/EWG vom 26. Juli 1971 zur Einsetzung eines Beratenden Ausschusses für öffentliche Bauaufträge, ABl. L 185 v. 16. 8. 1971, S. 15.

⁵ Vgl. Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG, ABl. L 13 v. 15. 1. 1977, S. 1.

⁶ Vgl. Beschluß 77/63/EWG des Rates vom 21. Dezember 1976 zur Änderung des Beschlusses 71/306/EWG zur Einsetzung eines Beratenden Ausschusses für öffentliche Aufträge, ABl. L 13 v. 15. 1. 1977, S. 15.

⁷ Art. 2 des Beschlusses 71/306/EWG, ABl. L 185 v. 16. 8. 1971, S. 15.

⁸ Vgl. Art. 3 des Beschlusses 71/306/EWG, ABl. L 185 v. 16. 8. 1971, S. 15, geändert durch Beschluß 77/63/EWG, ABl. L 13 v. 15. 1. 1977, S. 15.

⁹ Vgl. Schwarze, Jürgen: Diskriminierung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts, S. 96 f.

Vorwürfen erfährt und entsprechende Maßnahmen – wie etwa weitere Untersuchungen – ergreifen kann. Trotz der großen Hoffnungen, die folglich in ihn gesetzt wurden, hatte der Ausschuß bis zum Jahresende 1980 nur vier Beschwerden zu prüfen¹⁰. Von der Wirtschaft wurde das durch Anrufung des Beratenden Ausschusses ausgelöste Procedere offensichtlich als zu schwerfällig angesehen, zumal man die Kommission, die im Gegensatz zum Beratenden Ausschuß geeignete Maßnahmen gegen einen die Richtlinien verletzenden Mitgliedstaat ergreifen kann, auch unmittelbar einschalten kann¹¹. Regelmäßige Beratungen des Ausschusses sind nicht vorgesehen. Vielmehr wird der Ausschuß vom Präsidenten, auch auf Antrag eines Ausschußmitglieds, einberufen.¹²

Der Aufgabenbereich des Beratenden Ausschusses für öffentliche Aufträge war zunächst im wesentlichen auf die Aufklärung von Diskriminierungsfällen beschränkt worden. Weil er von den Mitgliedstaaten jedoch so selten angerufen wurde, ist sein Tätigkeitsfeld mit voranschreitender Koordinierung des Auftragswesens erweitert worden. Dazu wurde jedoch nicht der Ausgangsbeschluß 71/306/EWG geändert; vielmehr wurden die zusätzlichen Aufgaben in die jeweiligen Koordinierungsrichtlinien aufgenommen. Festgelegt wurde dabei auch, welche Informationen die Kommission dem Ausschuß zukommen lassen muß: Da sich Diskriminierungen besonders gut unter dem Deckmantel vergabefremder Aspekte verbergen lassen, ist die Kommission gehalten, die von den Mitgliedstaaten vorgelegten Berichte, die diese in Fällen der Bevorzugung bestimmter Bieter anfertigen müssen, auch dem Beratenden Ausschuß für öffentliche Aufträge zu unterbreiten. Obwohl die Berücksichtigung vergabefremder Kriterien sowohl in der Baukoordinierungs- als auch in der Sektorenrichtlinie ausdrücklich vorgesehen ist, ist nur in der Baukoordinierungsrichtlinie eine entsprechende Informationspflicht verankert¹³. In der Sektorenrichtlinie heißt es lapidar: „Die Kommission wird von dem Beratenden Ausschuß für öffentliche Aufträge unterstützt“¹⁴. In derselben Vorschrift ist zugleich festgelegt, in welchen Bereichen der Ausschuß die Kommission unterstützen soll – so etwa bei Überarbeitung der Anhänge I bis X, in denen die Sektorenauftraggeber detailliert aufgeführt sind, bei Überarbeitung der Modalitäten für Bekanntmachungen im Amtsblatt oder bei der Ausgestaltung statistischer Berichte;¹⁵ außerdem ist vorgesehen, daß die Kommission eng mit ihm zusammenarbeitet, wenn sie Anwendung und Anwendungsbereiche der Sektorenrichtlinie überprüft¹⁶. Eine Besonderheit gilt für den Telekommunikationssektor: Für diesen Bereich wur-

¹⁰ Vgl. Antwort der Kommission auf die schriftliche Anfrage Nr. 1175/80 von Herrn Mangré, Brüssel, den 2. Dezember 1980.

¹¹ Persönliches Gespräch.

¹² Vgl. Art. 4 des Beschlusses 71/306/EWG, ABl. L 185 v. 16. 8. 1971, S. 15.

¹³ Vgl. Art. 32 i.V.m. Art. 30 Abs. 3 und Art. 31 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

¹⁴ Art. 40 Abs. 5 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

¹⁵ Vgl. ebenda, Art. 40 Abs. 1 bis Abs. 4.

¹⁶ Vgl. ebenda, Art. 44.

de 1990 mit der Richtlinie 90/531/EWG ein eigener „Beratender Ausschuß für Beschaffungen im Telekommunikationssektor“¹⁷ eingerichtet. Hier drückt sich die auch im WTO-Übereinkommen berücksichtigte Sonderstellung dieses Sektors gleich zweifach aus: zum einen mit der Einrichtung eines speziellen Ausschusses; zum anderen durch den Verzicht auf den Begriff *öffentliche Aufträge* in der Bezeichnung des Ausschusses. Der Ausschuß soll bei der Überprüfung der Sektorenrichtlinie im Bereich Telekommunikation eng mit der Kommission zusammenarbeiten; außerdem ist die Kommission verpflichtet, den Ausschuß anzuhören, beispielsweise wenn sie Änderungen in Anhang X der Richtlinie beabsichtigt, der die Auftraggeber im Bereich Telekommunikation einzeln aufführt¹⁸. Auch der Ausschuß für Beschaffungen im Telekommunikationssektor besteht aus Vertretern der Mitgliedstaaten. Weder aber ist die Zahl noch die Qualifikation der Vertreter festgelegt. Den Vorsitz führt aber wiederum ein Vertreter der Kommission.¹⁹

Neben der genannten Informationspflicht in Zusammenhang mit der Berücksichtigung vergabefremder Kriterien schreibt die Baukoordinierungsrichtlinie vor, daß der Beratende Ausschuß für öffentliche Aufträge bei der Aufnahme von Einrichtungen des öffentlichen Rechts in den Anhang I der Richtlinie beziehungsweise bei Streichung solcher Einrichtungen gehört werden muß. Zum anderen besteht eine Konsultationspflicht dann, wenn die Kommission beabsichtigt, die Modalitäten der im Amtsblatt der EG zu veröffentlichenden Bekanntmachungen oder die Bestimmungen über die statistischen Berichte der Mitgliedstaaten zu ändern.²⁰ Wieder anders ist der Aufgabenbereich des Beratenden Ausschusses für öffentliche Aufträge in der Lieferkoordinierungsrichtlinie abgesteckt. Hier heißt es: „Die Kommission prüft im Benehmen mit dem Beratenden Ausschuß für öffentliche Aufträge die Anwendung dieser Richtlinie und legt dem Rat gegebenenfalls neue Vorschläge vor, die im besonderen auf eine Harmonisierung der Maßnahmen abzielen, die die Mitgliedstaaten zur Durchführung dieser Richtlinie getroffen haben“²¹. Außerdem ist der Beratende Ausschuß für öffentliche Aufträge sowohl im Liefer- als auch im Dienstleistungsbereich dazu verpflichtet, die Kommission zu unterstützen.²² Wie diese generelle Unterstützung aussehen soll, die interessanterweise im Baubereich nicht vorgesehen ist, wird in keiner der beiden Richtlinien näher erläutert. Dies spricht dafür, daß die Kommission die Bedingungen und Re-

¹⁷ Vgl. Art. 31 Abs. 1 der Sektorenrichtlinie 90/531/EWG, ABl. L 297 v. 29. 10. 1990, S. 1 bzw. Art. 39 Abs. 1 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

¹⁸ Vgl. dazu wie auch zu weiteren Anhörungspflichten der Kommission Art. 39 Abs. 2 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

¹⁹ Vgl. ebenda, Art. 39 Abs. 1.

²⁰ Vgl. Art. 35 Abs. 1 bis Abs. 3 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

²¹ Art. 29 Abs. 1 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

²² Vgl. ebenda, Art. 32 Abs. 1; Art. 40 Abs. 1 der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

geln für eine Zusammenarbeit grundsätzlich bestimmen kann. Einzig für den Fall, daß die Kommission die Art der statistischen Informationen, die in der Liefer- und der Dienstleistungskoordinerungsrichtlinie vorgesehen sind, festlegt, ist der Verfahrensablauf der Zusammenarbeit mit dem Ausschuß vorgeschrieben: Die Kommission leitet einen Entwurf der zu treffenden Maßnahmen an den Ausschuß weiter, der dazu eine Stellungnahme abgibt.²³

Die Zusammenarbeit des Beratenden Ausschusses für öffentliche Aufträge und des Beratenden Ausschusses für Beschaffungen im Telekommunikationssektor mit der Kommission geht über ein Anhörungsrecht nicht hinaus. Zwar ist die Kommission gehalten, die Stellungnahme der Ausschüsse in die weitere Politikgestaltung weitestgehend einzubeziehen, verpflichtet werden kann sie darauf aber nicht.²⁴

Weitere Aufgabenbereiche für die genannten Ausschüsse ergeben sich aus den beiden Überwachungsrichtlinien: Überprüft die Kommission Anwendung und Umsetzung der Überwachungsrichtlinien, muß sie dies immer im Benehmen mit dem Beratenden Ausschuß für öffentliche Aufträge²⁵ beziehungsweise im Benehmen mit dem Beratenden Ausschuß für Beschaffungen im Telekommunikationssektor²⁶ tun. Gleiches gilt, wenn die Kommission darüber entscheidet, welche Informationen sie über den Verlauf einzelstaatlicher Nachprüfungsverfahren an die Mitgliedstaaten weitergibt.²⁷ Im Rahmen des für die Sektoren vorgesehenen Schlichtungsverfahrens zieht die Kommission den Beratenden Ausschuß außerdem bei der Erstellung der Schlichterliste hinzu.²⁸

Es ist nicht nur störend, daß die Aufgabenbereiche der Beratenden Ausschüsse je nach Auftragsart und Auftraggeber sehr unterschiedlich ausgefallen sind und die Bestimmungen zur Beschreibung der Tätigkeitsfelder aus vielen Richtlinien mühsam zusammengesucht werden müssen. Es ist darüber hinaus auch nicht nachzuvollziehen, warum dem Beratenden Ausschuß für öffentliche Aufträge im Bereich

²³ Vgl. Art. 32 Abs. 2 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1; Art. 40 Abs. 3 der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

²⁴ Vgl. Art. 35 Abs. 3 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54; Art. 32 Abs. 2 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1; Art. 40 Abs. 3 der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1; Art. 40 Abs. 8 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

²⁵ Vgl. Art. 4 Abs. 1 der Überwachungsrichtlinie 89/665/EWG, ABl. L 395 v. 31. 12. 1989, S. 33; Art. 12 Abs. 1 der Sektorenüberwachungsrichtlinie 92/13/EWG, ABl. L 76 v. 23. 3. 1992, S. 14.

²⁶ Vgl. Art. 12 Abs. 3 der Sektorenüberwachungsrichtlinie 92/13/EWG, ABl. L 76 v. 23. 3. 1992, S. 14.

²⁷ Vgl. Art. 4 Abs. 2 der Überwachungsrichtlinie 89/665/EWG, ABl. L 395 v. 31. 12. 1989, S. 33; Art. 12 Abs. 2 und Abs. 3 der Sektorenüberwachungsrichtlinie 92/13/EWG, ABl. L 76 v. 23. 3. 1992, S. 14.

²⁸ Vgl. Art. 10 Abs. 2 der Sektorenüberwachungsrichtlinie 92/13/EWG, ABl. L 76 v. 23. 3. 1992, S. 14.

der Baukoordinierungsrichtlinie andere Aufgaben übertragen wurden als beispielsweise im Zuge der Liefer- oder Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie. Durchforstet man die einzelnen Vorschriften, gewinnt man den Eindruck, daß die Beratenden Ausschüsse sich mehr damit beschäftigen müssen, ihre eigentlichen Aufgabengebiete festzulegen, als sich mit den Aufgaben inhaltlich auseinanderzusetzen. Diesen Eindruck verstärken Ungenauigkeiten in den Bestimmungen: So wurde beispielsweise aus dem mit der Sektorenrichtlinie ins Leben gerufenen Beratenden Ausschuß für *Beschaffungen* im Telekommunikationssektor in der Sektoren-Überwachungsrichtlinie der Beratende Ausschuß für das *öffentliche Auftragswesen* im Telekommunikationssektor.²⁹

Mit zunehmender Reglementierung der öffentlichen Auftragsvergabe stellte die Kommission fest, daß es nicht genügt, nur Mitarbeiter der Verwaltungen in den Koordinierungsprozeß einzubeziehen. Mit Beschluß 87/305/EWG³⁰ setzte sie am 26. Mai 1987 deswegen den *Beratenden Ausschuß für die Öffnung des öffentlichen Auftragswesens* ein. Aufgabe dieses Ausschusses ist es, der Kommission bei der Beurteilung der wirtschaftlichen, technischen, rechtlichen und sozialen Gegebenheiten des öffentlichen Auftragswesens zur Seite zu stehen. Daneben soll der Ausschuß es interessierten Kreisen ermöglichen, die durch die Anwendung der einschlägigen Gemeinschaftsregeln aufgeworfenen Probleme besser zu erfassen.³¹ Voraussetzung für eine Aufnahme in den Ausschuß sind anerkannte Berufserfahrung und Fachkenntnisse im Bereich des öffentlichen Auftragswesens auf EU-Ebene. Ernannt werden die Mitglieder von der Kommission nach Anhörung der betroffenen Berufskreise.³² Während ursprünglich höchstens 24 Mitglieder vorgesehen waren, deren Amtszeit zunächst zwei Jahre betragen, aber verlängerbar sein sollte,³³ wurde bereits zwei Monate nach dem Einsetzungsbeschluß die zulässige Höchstzahl um eins auf 25 erhöht, mit der Begründung, daß die ursprünglich vorgesehene Mitgliederzahl unzulänglich gewesen sei, um die dem Ausschuß gestellten Aufgaben, insbesondere hinsichtlich der sozialen Aspekte, wirksam erfüllen zu können.³⁴

Seit März 1995, als die zweijährige Amtszeit seiner Mitglieder abgelaufen war, hatte der Ausschuß etwa zwei Jahre lang nicht mehr getagt³⁵. Nachdem die Kom-

²⁹ Vgl. ebenda, Art. 12 Abs. 2.

³⁰ Vgl. Beschluß 87/305/EWG der Kommission vom 26. Mai 1987 zur Einsetzung eines Beratenden Ausschusses für die Öffnung des öffentlichen Auftragswesens, ABl. L 152 v. 12. 6. 1987, S. 32.

³¹ Vgl. ebenda, Art. 2.

³² Vgl. ebenda, Art. 4.

³³ Vgl. ebenda, Art. 4 und Art. 5.

³⁴ Vgl. Beschluß 87/560/EWG der Kommission vom 17. Juli 1987 zur Änderung des Beschlusses 87/305/EWG bezüglich der Einrichtung eines Beratenden Ausschusses für die Öffnung des öffentlichen Auftragswesens, ABl. L 338 v. 28. 11. 1987, S. 37.

³⁵ Vgl. schriftliche Anfrage E-2521/96 von Fernand Herman (PPE) an die Kommission, ABl. C 72 v. 7. 3. 1997, S. 50.

mission im Frühjahr 1997 die neue Zusammensetzung des Ausschusses bekanntgegeben hat, sind Kritiker der Ansicht, daß es sich nicht mehr um einen Ausschuß der Wirtschaft handelt,³⁶ obwohl die Kommission im wesentlichen zwei Arten von Kandidaten gesucht hatte, um eine ausgewogene Vertretung von Wirtschaft, Berufsverbänden, dem Hochschulbereich und den für das öffentliche Auftragswesen besonders repräsentativen Branchen zu gewährleisten: erstens Sachverständige mit Kenntnis über Abläufe in der Praxis und über Hemmnisse für die Öffnung der Vergabemärkte, wobei Vertreter der Angebotsseite, also Lieferanten, bevorzugt werden sollten; zweitens Sachverständige aus dem Hochschulbereich mit guten Kenntnissen der Materie. Insbesondere der zweite Personenkreis sollte in einer Arbeitsgruppe zur Erörterung von Themen wie Informationssysteme, Vokabular und Nomenklaturen, Einsatz europäischer Normen, Statistiken, Wirtschaftsmethodik und Vereinfachung der Rechtsvorschriften zusammenkommen³⁷. Schaut man sich die nach einhalbjährigem Auswahlprozeß zustandegekommene Zusammensetzung des Ausschusses aber an, stellt man zweierlei fest: Die Angebotsseite ist stark unterrepräsentiert, es überwiegen Handelskammern, Verbände und Universitäten. Außerdem sind einige Länder viel zu stark vertreten; so beispielsweise Belgien, das sieben Mitglieder – alle aus Brüssel – entsandt hat. Deutschland stellt lediglich ein Ausschußmitglied, das vom Deutschen Industrie- und Handelstag in Bonn kommt.³⁸ Die Resonanz auf die letzte Ausschreibung war in Deutschland so gering, daß eine stärkere Beteiligung Deutschlands im Ausschuß nicht möglich war.³⁹

II. Wirtschaftliche Beobachtung des europäischen öffentlichen Vergabemarktes

Um den Koordinierungsmaßnahmen eine ökonomische Grundlage zu geben, hat die Kommission bereits seit den siebziger Jahren Gutachten und wissenschaftliche Studien zur Beschreibung des Marktes für öffentliche Aufträge sowie zu seiner Beobachtung in Auftrag gegeben oder selber durchgeführt. Dieser Abschnitt soll die Studien nicht erschöpfend aufzählen, trotzdem aber einen kleinen Überblick gewähren. Dabei soll auch aufgezeigt werden, welche Themen des öffentlichen Auftragswesens die Kommission derzeit als forschungswürdig erachtet.

Die erste umfangreichere Studie über das öffentliche Auftragswesen in der EU fertigten *Charpentier* und *Clarke* im Jahre 1975 im Auftrag der Kommission an⁴⁰.

³⁶ Vgl. Forum öffentliches Auftragswesen, Monatsinfo April 1997, S. 7.

³⁷ Vgl. Aufruf 95/C 336/09 zur Einreichung von Bewerbungen für die Mitgliedschaft im Beratenden Ausschuß für die Öffnung des öffentlichen Auftragswesens, ABl. C 336 v. 14. 12. 1995, S. 16.

³⁸ Vgl. Members of the Advisory Committee on the Opening-Up of Public Procurement, abgedruckt in: Forum öffentliches Auftragswesen, Monatsinfo April 1997, Anhang 4.

³⁹ Persönliches Gespräch.

Die unter A. dieser Arbeit schon mehrfach angesprochene, für die Öffnung des öffentlichen Auftragswesens grundlegende Studie „sollte aufzeigen, warum der Binnenhandel der Gemeinschaft im Bereich der öffentlichen Aufträge und insbesondere bei kostspieligen Investitionsgütern noch immer anormal niedrig ist und stagniert, und (sollte) die Ausarbeitung für eine Verbesserung dieses Zustandes ermöglichen“⁴¹. Der Untersuchung war schon 1972 eine umfassende Betrachtung der Vergabe von „Lieferaufträgen durch öffentliche Unternehmen und Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind“⁴², vorausgegangen. Obwohl die Beschaffungen der sogenannten Sektorenauftraggeber erst zwanzig Jahre später koordiniert wurden, hatte sich die Kommission in diesem Bericht schon früh mit der Auftragsvergabe in den Bereichen Verkehr, Energie, Wasser und Telekommunikation auseinandergesetzt und als Fazit der Studie von 1972 vorgeschlagen, auch hier Koordinierungsmaßnahmen zu ergreifen,⁴³ ohne allerdings bereits konkret an eine eigene Sektorenrichtlinie zu denken. Im Jahr 1988 erschienen zwei weitere umfangreiche Untersuchungen, die von der Kommission in Auftrag gegeben worden waren und das öffentliche Auftragswesen als Bestandteil des Binnenmarktkonzeptes beleuchten sollten: Die eine Studie wurde bekannt als Cecchini-Bericht,⁴⁴ die andere als Emerson-Studie⁴⁵. Für beide Untersuchungen wurde eine breite statistische Basis zusammengetragen,⁴⁶ um die Potentiale für eine Öffnung des öffentlichen Auftragswesens zu beschreiben. Seitdem wird insbesondere der Cecchini-Bericht immer wieder zitiert, wenn es darum geht, die Vorteile einer Koordinierung der Vergabe öffentlicher Aufträge plastisch zu beschreiben. Für 1996 hatte die Kommission eine Folgestudie des Cecchini-Berichts – Cecchini II – angekündigt. Hierin wird die Wirksamkeit der Koordinierungsrichtlinien überprüft und Veränderungsbedarf aufgezeigt;⁴⁷ das Ergebnis ist Mitte März 1998 veröffentlicht worden. Daneben schrieb die Kommission 1995 eine weitere Studie zum Inhalt der Rechts- und Verwaltungsbestimmung

⁴⁰ Vgl. Charpentier, Guy / Clarke, Richard: Das öffentliche Auftragswesen im Gemeinsamen Markt.

⁴¹ Vorwort der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zum Bericht Charpentier, Guy / Clarke, Richard: Das öffentliche Auftragswesen im Gemeinsamen Markt.

⁴² Vgl. Europäische Kommission: Erste Mitteilung an den Rat über den Stand der Öffnung der Märkte hinsichtlich der Vergabe von Lieferaufträgen durch öffentliche Unternehmen und Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, SEK(72) 2601 endg., Brüssel, den 24. Juli 1972.

⁴³ Vgl. ebenda, S. 29 und 35.

⁴⁴ Vgl. Cecchini, Paolo: Europa '92.

⁴⁵ Vgl. Europäische Kommission: European Economy. The Economics of 1992.

⁴⁶ Vgl. Research on the „Cost of non-Europe“. Basic Findings. Volume 5 Part A. The Cost of Non-Europe in Public Sector Procurement by WS Atkins Management Consultants in association with Eurequip SA-Roland Berger & Partner-Eurequip Italia, Brüssel 1988.

⁴⁷ Vgl. Ausschreibungstext für eine Untersuchung „Mid-Term Impact Assessment of Public Procurement Legislation“, abgedruckt in Forum öffentliches Auftragswesen, Monatsinfo ÖA November 1995, Anlage 5.

gen bei öffentlichen Aufträgen aus. In der Studie, deren Ergebnis noch nicht veröffentlicht wurde, soll untersucht werden, ob die in Lastenheften und Musterverträgen verwendeten Bestimmungen ein Hindernis für den Zugang zu den Märkten für öffentliche Aufträge darstellen.⁴⁸ Um den Zugang kleiner und mittlerer Unternehmen zu öffentlichen Aufträgen zu erleichtern, hat die Kommission im Sommer 1996 eine weitere Studie in Auftrag gegeben. Darin sollen die normativen und praktischen Vorgehensweisen beleuchtet werden, die bei der Vergabe öffentlicher Aufträge an Subunternehmen angewandt werden. Ziel der Untersuchung ist es, jene Elemente herauszuarbeiten, die sowohl die Vergabe an Subunternehmen als auch den Zugang dieser Unternehmen zu öffentlichen Aufträgen behindern. Die Fertigstellung war für Mitte 1997 angekündigt worden.⁴⁹

In einem Strategiepapier zur Marktbeobachtung im öffentlichen Auftragswesen vom März 1996 kündigte die Kommission an, ihr Augenmerk künftig stärker auf die *wirtschaftlichen Auswirkungen* des koordinierten Auftragswesens richten zu wollen. Dabei sollen Struktur und Unterschiede des Bedarfs der Auftraggeber im Mittelpunkt stehen. Im Zuge dieser neuen Ausrichtung wurde bei der für das öffentliche Auftragswesen zuständigen Generaldirektion XV ein *Team für Marktanalyse* eingerichtet, das im wesentlichen zwei Aufgaben übernehmen soll: Zum einen sollen die Mitarbeiter des Teams den Rahmen für eine regelmäßige wirtschaftliche Analyse der Politik im öffentlichen Auftragswesen erarbeiten und installieren. Zum anderen sollen sie die wirtschaftlichen Auswirkungen der aktuellen Regeln bewerten und Vorschläge erarbeiten, wenn die Analyse zeigt, daß Anpassungen notwendig sind.⁵⁰

Für das Jahr 1998 richtet sich das Augenmerk der Kommission unter anderem auf den Umgang der Praxis mit der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie und der Sektorenrichtlinie. Hierzu wurden zwei Studien in Auftrag gegeben: In einer Umfrage sollen Auftraggeber und Auftragnehmer zu ihrer Erfahrung mit den Dienstleistungskategorien A und B befragt werden. Möglicherweise sollen im Anschluß an diese Studie die Anhänge IA und IB der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie neu strukturiert werden. In der zweiten Studie sollen die von den Sektorenauftraggebern eingerichteten Präqualifizierungssysteme analysiert werden. Ungefähr 100 der existierenden Systeme sollen auf mögliche Übereinstimmungen, die als Mindeststandard in Frage kommen, hin untersucht werden.⁵¹

Nachdem das Europäische Parlament mit Inkrafttreten der Einheitlichen Europäischen Akte stärker in die Entscheidungsprozesse eingebunden wurde, hat der Wirtschafts- und Sozialausschuß im Sommer 1995 eine Studiengruppe *Öffentliches*

⁴⁸ Vgl. Forum öffentliches Auftragswesen, Monatsinfo ÖA August 1995, S. 6.

⁴⁹ Vgl. Studie der Kommission zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen an Nachunternehmern, in: Forum öffentliches Auftragswesen, Monatsinfo ÖA Juni 1996, S. 7.

⁵⁰ Vgl. Europäische Kommission: Marktbeobachtung im öffentlichen Auftragswesen – Strategiepapier, CC/96/06-DE, Brüssel, den 25. März 1996.

⁵¹ Vgl. Forum Öffentliches Auftragswesen, Monatsinfo ÖA Oktober 1997, S. 8.

Beschaffungswesen (Beobachtungsstelle für den Binnenmarkt) eingerichtet. Auf ihrer ersten Sitzung Anfang September 1995 beschäftigten sich die Mitglieder mit den „Hauptproblemen bei der Öffnung des öffentlichen Auftragswesens“⁵². Auf der Grundlage einer nicht repräsentativen Umfrage vom Frühjahr 1996⁵³ erarbeitete die Gruppe einen Bericht über die praktischen Auswirkungen der EU-Richtlinien für öffentliche Aufträge sowie die Probleme bei der Durchsetzung und einheitlichen Anwendung dieser Regelungen. Auf die Ergebnisse des Berichts wird im dritten Teil dieser Arbeit eingegangen.

Neuen Anstoß bei der Diskussion um die Wirksamkeit der Koordinierungsrichtlinien im öffentlichen Auftragswesen soll das Ende November 1996 erschienene Grünbuch der Kommission zum öffentlichen Auftragswesen⁵⁴ geben. Das Buch, in dem die Kommission die Grundkonzeption des öffentlichen Auftragswesens darlegt, hat den Rahmen abgesteckt für eine Debatte um die Effektivität der Koordinierungsrichtlinien. Um einen Aktionsplan erarbeiten zu können, hatte die Kommission zudem alle interessierten Kreise aufgefordert, bis zum Frühjahr 1997 ihre Stellungnahmen zu dem Grundsatzpapier abzugeben⁵⁵. Auf das Grünbuch und die Reaktionen darauf wird unter O.II. und P.III. dieser Arbeit eingegangen.

III. Informationssysteme für interessierte Anbieter – elektronische Vernetzung

Im Zeitalter der Elektronik kann auch die Kommission nicht zurückbleiben; ihr schwebt ein elektronischer Markt für öffentliche Aufträge vor. In ihrem Bericht an den Rat hat auch die Bangemann-Gruppe das öffentliche Auftragswesen als einen der Schwerpunkte für die Anwendung der Informationstechnologie im staatlichen Sektor bezeichnet.⁵⁶ Zwar müssen die Bekanntmachungen der EU-weit auszusprechenden öffentlichen Aufträge traditionell im Supplement S zum Amtsblatt der EG veröffentlicht werden, jedoch zwingt die Flut an veröffentlichungspflichtigen Bekanntmachungstexten – 1996 wurden 140.000 Vergabebekanntmachungen im Amtsblatt veröffentlicht⁵⁷ – längst zu einer weiteren, systematischen und zudem leicht verständlichen Präsentation der Bekanntmachungen. Denn das Supplement S zum Amtsblatt umfaßt inzwischen täglich 300 Seiten – wovon etwa 70%

⁵² Vgl. Forum öffentliches Auftragswesen, Monatsinfo ÖA August 1995, S. 5.

⁵³ Vgl. Wirtschafts- und Sozialausschuß der EU: Fragebogen zum öffentlichen Auftragswesen, Brüssel 1996.

⁵⁴ Vgl. Europäische Kommission: Grünbuch.

⁵⁵ Vgl. ebenda, S. 6 f.

⁵⁶ Vgl. Europäische Kommission: Europa und die globale Informationsgesellschaft, Empfehlungen für den Europäischen Rat, dem Rat von Korfu vorgelegt, Brüssel, 26. 05. 1994.

⁵⁷ Vgl. SIMAP-Workshop der Europäischen Kommission am 7. 3. 1997 in Brüssel, Vortragsunterlagen S. 1.

Ausschreibungen und 20% Informationen zu vergebenen Aufträgen sind⁵⁸ – und es ist abzusehen, daß der Umfang in den nächsten Jahren noch zunehmen wird⁵⁹.

1. Insbesondere: Tenders Electronic Daily (TED)

Um den Zugang zu Bekanntmachungen zu erleichtern, wurde Mitte der achtziger Jahre das elektronische Informationssystem TED (Tenders Electronic Daily) eingerichtet. In diesem System, das inzwischen auch über das Internet erreichbar ist, werden in Kurzform nicht allein Informationen über die EU-weiten Ausschreibungen, sondern auch über Ausschreibungen der 66 AKP-Staaten (afrikanische, karibische und pazifische Länder), Japans und der USA veröffentlicht. Interessiert sich ein Anbieter lediglich für bestimmte geographische Gebiete oder bestimmte Produkte, wird ihm nach Eingabe der entsprechenden Stichwörter eine bereits gefilterte Übersicht über die für ihn interessanten Bekanntmachungen präsentiert⁶⁰. Für die in TED veröffentlichten Texte wird das eigens für das öffentliche Auftragswesen entwickelte Gemeinschaftsvokabular CPV verwendet, auf das im nächsten Abschnitt – unter K.IV. dieser Arbeit – näher eingegangen wird. Da Umfragen unter den derzeit etwa 13.000 Abonnenten des Supplements S zum Amtsblatt ergeben haben, daß die meisten davon die Informationen nur noch aus dem World Wide Web oder von einer CD-ROM abrufen und auf die gedruckte Ausgabe des Supplements zum Amtsblatt lieber ganz verzichten würden, arbeitet die Kommission weiter an Verbesserungen der TED-Datenbank⁶¹.

Speziell für kleine und mittlere Unternehmen wurde im Frühjahr 1990 in Zusammenarbeit mit der Kommission zunächst nur für die Wirtschaft in Nordrhein-Westfalen der Mehrwertdienst POINT (Public Orders Information Network) eingerichtet, der die Industrie- und Handelskammern miteinander vernetzt. POINT bereitet die in TED hinterlegten Informationen über Ausschreibungen auf und verarbeitet sie so, daß Unternehmen selektiert nach bestimmten Informationsprofilen die für sie interessanten Bekanntmachungen abrufen können. Darüber hinaus werden die aufbereiteten Daten täglich mit den in einer weiteren Datenbank der Industrie- und Handelskammern gespeicherten Profilen abgeglichen, in denen Informationswünsche von Unternehmen für einzelne Produkte, Bau- und Dienstleistungen gespeichert sind. Noch am selben Tag werden die Unternehmen darüber unterrichtet, welche Ausschreibungen für sie aufgrund dieses Datenabgleichs in Frage kom-

⁵⁸ Vgl. Vereinigung der Industrie- und Handelskammern in Nordrhein-Westfalen (Hrsg.): Das öffentliche Auftragswesen im europäischen Binnenmarkt – Verbesserte Chancen für kleine und mittlere Unternehmen durch Information und Beratung, Düsseldorf 1991, 1. Bericht, S. 3.

⁵⁹ Vgl. Europäische Kommission: Grünbuch, S. 35.

⁶⁰ Vgl. Schäfer, Peter: Grundzüge des öffentlichen Auftragswesens, BB 1996, Beilage 12, S. 1 (17).

⁶¹ Vgl. Europäische Kommission: Grünbuch, S. 36 f.

men könnten.⁶² Bei der Aufbereitung der Daten des Informationssystems TED offenbaren sich dessen Mängel: Umfragen der nordrhein-westfälischen Industrie- und Handelskammern Anfang der neunziger Jahre haben ergeben, daß die Ausschreibungen vielfach unpräzise waren; es fehlte zum einen an einer einheitlichen Nomenklatur bei der *Zuordnung* des Auftragsgegenstands und zum anderen an einem einheitlichen, EU-weit verwendeten Vokabular zur *Beschreibung* des Auftragsgegenstands⁶³. An beidem hat die Kommission gearbeitet. Auf die Ergebnisse wird in Abschnitt K.IV. dieser Arbeit eingegangen. Einen ähnlichen Service wie POINT bietet auch das Europäische Beratungs-Zentrum der Deutschen Wirtschaft an: Hier können sich Unternehmen als „suchende Unternehmen“ unter Angabe eines bestimmten Produktionsprofils einspeisen lassen. Allerdings erhalten sie nicht täglich, sondern nur wöchentlich einen Auszug der für sie interessanten Ausschreibungen⁶⁴. In Anbetracht der häufig kurzen Angebots- beziehungsweise Bewerbungsfristen kann es für ein Unternehmen bei Erhalt des Wochenauszugs aber oft schon zu spät sein, sich an einem Vergabeverfahren zu beteiligen.

Neben TED, POINT und einem Informationssystem der Saarbrücker Zeitung gibt es weitere Datenbanken, die sich auf bestimmte Auftragsarten spezialisiert haben⁶⁵: EPIN informiert über Beschaffungen von Versorgungsunternehmen und liefert entsprechende Hintergrundinformationen. Das Informationssystem Achilles bietet Informationen über norwegische Erdöllieferanten an.⁶⁶

2. SIMAP

Wird die Vision der Kommission Realität, gibt es im nächsten Jahrhundert einen elektronischen Markt, bei dem die Unternehmen ihre Produkte und Preise in elektronischen Katalogen auflisten, die Auftraggeber Preise und Konditionen am Bildschirm vergleichen und schließlich dem für sie wirtschaftlich günstigsten Angebot auf elektronischem Weg den Zuschlag erteilen können⁶⁷. Ein Schritt auf dem Weg

⁶² Vgl. Vereinigung der Industrie- und Handelskammern in Nordrhein-Westfalen (Hrsg.): Das öffentliche Auftragswesen im europäischen Binnenmarkt, 1. Bericht, S. 2 und 3. Bericht, S. 13; Mitteilung der Kommission an den Rat über die Förderung der Teilnahme der kleinen und mittelständischen Unternehmen am öffentlichen Auftragswesen innerhalb der Gemeinschaft, KOM(90) 166 endg., Brüssel, den 7. Mai 1990, Rdnr. 33 f.

⁶³ Vgl. Vereinigung der Industrie- und Handelskammern in Nordrhein-Westfalen (Hrsg.): Das öffentliche Auftragswesen im europäischen Binnenmarkt, 3. Bericht, S. 13 f.

⁶⁴ Vgl. Schäfer, Peter: Grundzüge des öffentlichen Auftragswesens, BB 1996, Beilage 12, S. 1 (17).

⁶⁵ Hier ist z. B. die Commit GmbH zu nennen, die von 1998 an ihre Dienste anbietet. Vgl. dazu Faxmitteilung der Commit GmbH v. 24. 10. 1996.

⁶⁶ Vgl. Forum '93 Öffentliches Auftragswesen, hrsg. von Forum Öffentliches Auftragswesen, Köln 1994, S. 167 – 169.

⁶⁷ Vgl. Europäische Kommission: Grünbuch, S. 34.

zur Verwirklichung dieser Idee ist SIMAP (Système d'Information pour les Marchés Publics), ein 1995 installiertes Programm, das aus mehreren Projekten besteht. Nachdem in der Kommission ursprünglich unterschiedliche Ansichten über die Ziele des Systems bestanden, hat man sich in der Generaldirektion XV inzwischen auf folgende geeinigt: Nahziel des Programms ist die Kapazitätserhöhung des derzeitigen Publikationssystems TED, damit TED die wachsende Zahl der zu veröffentlichenden Bekanntmachungen bewältigen kann⁶⁸. Fernziel ist ein integrierter computergestützter Beschaffungsprozeß, in dem Auftraggeber die gesamte Vergabe von der Erstellung der Leistungsbeschreibung über die Veröffentlichung, den Eingang der Angebote bis hin zur Statistik vereinfachen und beschleunigen können. Anbieter sollen veröffentlichte und für sie interessante Aufträge gezielt auffinden, ihr Interessen bekunden und Angebote direkt online abgeben können.⁶⁹ SIMAP soll also die weitestgehend noch auf dem Papier stattfindenden Informationsflüsse zwischen Auftraggebern und Auftragnehmern ablösen und auf die Datenautobahn übertragen.⁷⁰ Über das zu installierende System könnte außerdem der gesamte Informationsaustausch während der Laufzeit des Vertrages stattfinden, was jedoch nicht mehr in den unmittelbaren Zuständigkeitsbereich der Kommission fallen würde; vielmehr müßten Auftraggeber und Anbieter darüber entscheiden, ob sie eine komplett computergestützte Abwicklung des öffentlichen Auftragswesens wünschen und dies für sie auch rentabel ist. Die Kommission müßte jedoch durch entsprechende Anpassung der Koordinierungsrichtlinien den rechtlichen Rahmen für die elektronische Auftragsabwicklung schaffen.⁷¹

Im Rahmen des SIMAP-Programms hat die Kommission im Oktober 1995 zwei Pilotprojekte in Auftrag gegeben: In dem ersten Projekt haben knapp 80 Auftraggeber aus mehreren Mitgliedstaaten der EU mehrere Monate lang ihre Bekanntmachungen am PC erstellt und diese auf elektronischem Wege an das Amt für amtliche Veröffentlichungen in Luxemburg gesendet. Auf deutscher Seite waren daran beteiligt das Bundesministerium des Innern, die Bundesbaudirektion, die Deutsche Telekom AG, die Landesbeschaffungsstelle Hessen, die Stadtwerke München und die Auftragsberatungsstelle Hessen.⁷² Das zweite Projekt, das sich an die Anbieterseite richtete, sollte potentiellen Auftragnehmern leichteren Zugang zu online-Informationen etwa über ausgeschriebene und vergebene Aufträge verschaffen.⁷³ In-

⁶⁸ Vgl. ebenda, S. 36.

⁶⁹ Vgl. Zourek, Heinz: Vortrag beim Forum Öffentliches Auftragswesen in Bonn am 14. November 1996, Vortragsunterlagen, S. 4 f.

⁷⁰ Vgl. ebenda, S. 5.

⁷¹ Vgl. Europäische Kommission: Grünbuch, S. 37; SIMAP-Workshop der Europäischen Kommission am 7. 3. 1997 in Brüssel, Vortragsunterlagen S. 3.

⁷² Vgl. Forum Öffentliches Auftragswesen, Monatsinfo ÖA Oktober 1995, S. 3.

⁷³ Vgl. Europäische Kommission: The Single Market in 1995 – Report from the Commission to the Council and the European Parliament, COM(96) 51 final, Brüssel, 1996, § 3 lit. A Ziff. 164; Zourek, Heinz: Vortrag beim Forum Öffentliches Auftragswesen in Bonn am 14. November 1996, Vortragsunterlagen, S. 7.

formiert wurde beispielsweise über Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte, regionale Bedingungen und Praktiken, Unterstützung bei der Übersetzung von Ausschreibungen und der Suche nach Partnerunternehmen vor Ort bei der Bewerbung um Aufträge in anderen Mitgliedstaaten. Die Kommission war allerdings enttäuscht über das Interesse der Mitgliedstaaten: Nur drei Mitgliedstaaten hatten Teilnehmer gemeldet.⁷⁴ Trotzdem folgten zwei weitere Projekte: Im bisher letzten Projekt soll der Informationsaustausch zwischen Auftraggebern und Anbietern auf elektronischem Wege verbessert und soll untersucht werden, ob die komplette Auftragsabwicklung über die Datenautobahn sinnvoll und effizient ist. Dabei kann auf Erfahrungen aus der europäischen Automobilindustrie zurückgegriffen werden, die sich mit ihren Zulieferern bereits vollständig vernetzt hat.⁷⁵ Für Ende 1997 hatte die Kommission ein Strategiepapier und einen Aktionsplan angekündigt, um das elektronische Auftragswesen auf Basis der dann vorliegenden Erfahrungen weiter voranzutreiben⁷⁶. Eine Veröffentlichung der Ergebnisse liegt noch nicht vor.

Wäre SIMAP erst einmal ausgereift, lägen die Vorteile auf der Hand: Zum einen ließen sich Fristen, wie etwa die Angebots- und die Bewerbungsfrist verkürzen⁷⁷. So könnte beispielsweise die Zeitspanne von zwölf Tagen, die dem Amt für amtliche Veröffentlichungen zur Publikation der Bekanntmachung zur Verfügung stehen, bei der Festlegung der Angebots- und Bewerbungsfrist wegfallen, wenn Auftraggeber ihre Ausschreibungstexte unmittelbar in die Datenbank einspeisen könnten.⁷⁸ Der Wegfall von Zeitverzögerungen bei der Datenübermittlung könnte zum Teil dazu genutzt werden, den Unternehmen mehr Zeit zur Ausarbeitung ihrer Angebote zu geben. Ein weiterer Vorteil läge in der steigenden Transparenz für die Anbieter, die gezielt nach für sie interessanten Aufträgen suchen könnten⁷⁹.

Trotz der genannten Vorteile scheint das Projekt SIMAP nicht richtig in Schwung zu kommen. In erster Linie fehlt es derzeit noch an einem schlüssigen Konzept aus einem Guß.⁸⁰

⁷⁴ Vgl. Europäische Kommission: The Single Market in 1995, § 3 lit. A Ziff. 164.

⁷⁵ Vgl. Zourek, Heinz: Vortrag beim Forum Öffentliches Auftragswesen in Bonn am 14. November 1996, Vortragsunterlagen, S. 7 f.

⁷⁶ Vgl. Europäische Kommission: Europäische Initiative für den elektronischen Geschäftsverkehr. Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, den Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen, KOM(97) 157 v. 14. 4. 1997, Ziff. 69.

⁷⁷ Vgl. Europäische Kommission: Transforming European Procurement for the Information Age – The SIMAP electronic procurement initiative, Brüssel 1996.

⁷⁸ Dem würde auch das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen von 1994 nicht entgegenstehen, weil hier die Fristen vom Zeitpunkt der Veröffentlichung einer Bekanntmachung an bestimmt sind.

⁷⁹ Vgl. Zourek, Heinz: Vortrag beim Forum Öffentliches Auftragswesen in Bonn am 14. November 1996, Vortragsunterlagen, S. 5.

⁸⁰ Vgl. Forum Öffentliches Auftragswesen, Monatsinfo ÖA Januar / Februar 1997, S. 5.

IV. Standardformulare und einheitliche Nomenklatur

Eng verbunden mit der Einrichtung elektronischer Informationssysteme ist die übersichtliche und verständliche Gestaltung der Bekanntmachungen. Zwar sind in den Anhängen zu allen Koordinierungsrichtlinien auch Bekanntmachungsmuster abgedruckt, jedoch legen diese nur die notwendigen Angaben der Bekanntmachungen fest, sehen aber keine bestimmte Struktur oder die Verwendung eines über alle Richtlinien hin einheitlichen Vokabulars vor. Um die Bekanntmachungen übersichtlicher zu gestalten, hat die Kommission deswegen unter der Federführung von Martin Bangemann im Oktober 1991 eine Empfehlung zur Standardisierung der Bekanntmachungen öffentlicher Aufträge gegeben⁸¹.

Ziel dieser Standardisierung ist erstens, die Bekanntmachungen durch eine aufeinander abgestimmte sprachliche Abfassung verständlicher zu gestalten. Zweitens soll den Auftraggebern die Abfassung von Bekanntmachungen erleichtert werden, indem sie unter bereits vorgegebenen Formulierungen die jeweils zutreffende auswählen können und dadurch Fehler bei der Formulierung von Bekanntmachungen vermeiden oder jedenfalls reduzieren können⁸². Zugleich hofft die Kommission, durch eine Standardisierung der Bekanntmachungstexte den Zugang zu öffentlichen Aufträgen, insbesondere auch für kleine und mittlere Unternehmen, zu erleichtern.⁸³ Sie empfahl den Mitgliedstaaten, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit die Auftraggeber im Sinne der Koordinierungsrichtlinien die im Amtsblatt abgedruckten Standardvordrucke⁸⁴ verwenden können.⁸⁵ Inzwischen hat die Kommission aufgrund der gesammelten Erfahrungen eine neue Fassung der Standardvordrucke erarbeitet. Bei diesen Vordrucken handelt es sich allerdings noch um Entwürfe, zu denen die Kommission Stellungnahmen erbeten hat⁸⁶.

In ihrer Empfehlung rät die Kommission des weiteren dazu, zur Beschreibung des Auftragsgegenstands die jeweils einschlägigen *Nomenklaturen* zu verwenden.⁸⁷ Dies ist im übrigen auch in den einzelnen Richtlinien vorgesehen: Für Bau-

⁸¹ Vgl. Empfehlung der Kommission 91/561/EWG vom 24. Oktober 1991 über die Standardisierung der Bekanntmachungen öffentlicher Aufträge, ABl. L 305 v. 6. 11. 1991, S. 19.

⁸² Vgl. ebenda, 4. Erwägung.

⁸³ Vgl. ebenda, 3. Erwägung.

⁸⁴ Vgl. Amtsblatt S. 217 A bis N vom 16. November 1991.

⁸⁵ Vgl. Ziffer 1 erster Spiegelstrich der Empfehlung der Kommission 91/561/EWG vom 24. Oktober 1991 über die Standardisierung der Bekanntmachungen öffentlicher Aufträge, ABl. L 305 v. 6. 11. 1991, S. 19.

⁸⁶ Vgl. Entwürfe der Kommission für Standardvordrucke zur Bekanntmachung von Vergabeverfahren v. 10. 5. 1997, abgedruckt in Forum Öffentliches Auftragswesen, Monatsinfo ÖA Mai 1997, Anlage 5.

⁸⁷ Vgl. 6. Erwägung der Empfehlung der Kommission 91/561/EWG vom 24. Oktober 1991 über die Standardisierung der Bekanntmachungen öffentlicher Aufträge, ABl. L 305 v. 6. 11. 1991, S. 19.

aufträge wird in der Baukoordinierungs-⁸⁸ und in der Sektorenrichtlinie⁸⁹ auf die Allgemeine Systematik der Wirtschaftszweige in der EG (NACE) Bezug genommen, in der Lieferkoordinierungsrichtlinie auf die Güterklassifikation CPA (Classification of Products According to Activities)⁹⁰ und in der Dienstleistungskoordinierungs-⁹¹ sowie in der Sektorenrichtlinie⁹² auf die Gütersystematik CPC (Central Product Classification of the United Nations). CPA und CPC basieren jeweils auf sechsstelligen Nummerncodes. Die CPA wurde 1993 in einer Verordnung des Rates niedergelegt⁹³ und gilt daher in allen Mitgliedstaaten unmittelbar, ohne daß es einer eigenen Umsetzung in die nationalen Rechtssysteme bedurft hätte. Da diese Güterklassifikation zur Beschreibung der in öffentlichen Aufträgen auftauchenden Güter und Dienstleistungen nicht mehr ausgereicht hat, hat die Kommission sie inzwischen zum differenzierteren Gemeinsamen Vokabular für öffentliche Aufträge CPV (Common Procurement Vocabulary), einer achtstelligen Nomenklatur, erweitert⁹⁴. Dadurch ist eine enge Verbindung zur CPC der Vereinten Nationen gewährleistet. Die Gliederung der CPA, die sich an der Allgemeinen Systematik der Wirtschaftszweige (NACE) orientiert, wurde auch in das CPV übernommen⁹⁵. Dies wird bereits seit dem 1. Januar 1995 vom Amt für amtliche Veröffentlichungen für die im Supplement S zum Amtsblatt sowie die über TED veröffentlichten Bekanntmachungen verwendet. In einer Empfehlung vom 30. Juli 1996⁹⁶ hat die Kommission den Auftraggebern nunmehr angeraten, zur Beschreibung von Art und Umfang ihrer Aufträge die Bezeichnungen und Codes des CPV zu verwenden, das regelmäßig aktualisiert wird. Ausdrücklich gilt diese Empfehlung auch für die Beschreibung von Bauaufträgen, obwohl die Baukoordinierungsrichtlinie selber nach wie vor auf das Code-Nummern-System NACE Bezug nimmt. Benutzer – Auftraggeber, Anbieter und andere interessierte Parteien – werden aufgefordert, Anregungen und Änderungsvorschläge zur Überarbeitung des CPV einzureichen.⁹⁷ Daneben hat die Kommission die Fortschreibung des CPV – entsprechend den Bedürf-

⁸⁸ Vgl. Anhang II der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG; ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54.

⁸⁹ Vgl. Anhang XI der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

⁹⁰ Vgl. Art. 9 Abs. 1 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

⁹¹ Anhänge I A und I B der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

⁹² Vgl. Anhang XVI Teil A und Teil B der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

⁹³ Vgl. Verordnung 3693/93/EWG des Rates, ABl. L 342 v. 31. 12. 1993, S. 1.

⁹⁴ Das CPV ist abgedruckt im Amtsblatt S 169 v. 3. 9. 1996.

⁹⁵ Vgl. 6. Erwägung der Empfehlung 96/527/EG der Kommission vom 30. Juli 1996 über die Verwendung des Gemeinsamen Vokabulars für öffentliche Aufträge (CPV) zur Beschreibung des Auftragsgegenstands, ABl. L 222 v. 3. 9. 1996, S. 10.

⁹⁶ Vgl. ebenda.

⁹⁷ Vgl. ebenda, Ziff. 4 i.V.m. dem Formblatt für Vorschläge zur Änderung oder Ergänzung des Gemeinsamen Vokabulars für öffentliche Aufträge, ABl. S 169 v. 3. 9. 1996, S. 3.

nissen der Praxis – in Auftrag gegeben und als besondere Probleme in diesem Zusammenhang die Nichtübereinstimmung der verschiedenen Sprachversionen des CPV, die ungenügende Klarheit der Begriffe im CPV und das teilweise Fehlen geeigneter Begriffe genannt⁹⁸. Als wesentliche Änderungen sind geplant die Aufgliederung in zusätzliche Produktgruppen, die Erweiterung der Nomenklatur von derzeit 6000 auf künftig etwa 9000 Produkt- und Leistungsbezeichnungen.⁹⁹

Kritiker sehen in der Empfehlung der Kommission zur Verwendung des noch überarbeitungsbedürftigen CPV eine Aufforderung zum Rechtsbruch, weil – wie schon angesprochen – in den Koordinierungsrichtlinien ausdrücklich auf andere Nomenklaturen Bezug genommen wird.¹⁰⁰ Die Kritik ist überzogen, weil beispielsweise in der Sektorenrichtlinie ausdrücklich vorgesehen ist, die unterschiedlichen Nomenklaturen, auf die in der Richtlinie verwiesen wird, durch eine Gemeinschaftsnomenklatur abzulösen. In der Sektorenrichtlinie wurden die Mitgliedstaaten deswegen auch aufgefordert, zumindest für die im Bereich Dienstleistungen derzeit noch geltenden CPC-Klassifikationen die Umstellung auf ein solches gemeinsames Vokabular zu ermöglichen.¹⁰¹ Außerdem hat es wenig Sinn, in den Richtlinien das CPV verbindlich vorzuschreiben, solange diese Nomenklatur noch nicht ausgereift ist.

Letztlich soll die Schaffung eines gemeinsamen Vokabulars bei der Beschreibung der Auftragsgegenstände denselben Zielen dienen wie die Einrichtung eines einheitlichen Netzwerks für öffentliche Aufträge im Rahmen des Programms SIMAP:

- größere *Transparenz* über den Markt für öffentliche Aufträge;
- *Erleichterung* für die öffentlichen Auftraggeber bei der Ausarbeitung der Bekanntmachungen, insbesondere bei der *Beschreibung des Auftragsgegenstands*;
- *Vereinfachung* bei der *Erstellung von Statistiken* über öffentliche Aufträge, auch im Hinblick auf die im Rahmen des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen zu sammelnden Daten.¹⁰²

Darüber hinaus ist die Schaffung eines lückenlosen und unzweideutigen Gemeinschaftsvokabulars selber wiederum Voraussetzung für die Einführung eines umfassenden Informationssystems, wie es mit SIMAP geplant und bereits begonnen wurde.

⁹⁸ Vgl. Ausschreibung für einen Dienstleistungsvertrag über die Instandhaltung des Common Procurement Vocabulary (CPV) in allen Amtssprachen der EU, ABl. S 130 v. 9. 7. 1996, S. 34.

⁹⁹ Vgl. Forum Öffentliches Auftragswesen, Monatsinfo ÖA, Oktober 1997, S. 78.

¹⁰⁰ Vgl. Forum Öffentliches Auftragswesen, Monatsinfo ÖA, Juli / August 1996, S. 7.

¹⁰¹ Vgl. 23. Erwägung der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

¹⁰² Vgl. 8. Erwägung der Empfehlung 96/527/EG der Kommission vom 30. Juli 1996 über die Verwendung des Gemeinsamen Vokabulars für öffentliche Aufträge (CPV) zur Beschreibung des Auftragsgegenstands, ABl. L 222 v. 3. 9. 1996, S. 10.

V. Harmonisierung technischer Spezifikationen und Transeuropäische Netze (TEN)

Wie schon mehrfach erwähnt, haben Umfragen unter Anbietern und Interessenten an öffentlichen Aufträgen ergeben, daß unterschiedliche technische Spezifikationen eine der größten Hürden auf dem Weg zu einem einheitlichen Markt für öffentliche Aufträge sind. Zwar ist in den Koordinierungsrichtlinien vorgesehen, daß Auftraggeber zunächst europäische Spezifikationen verwenden, bevor sie auf andere Normen zurückgreifen, jedoch setzt der Erfolg dieser Regelung voraus, daß entsprechende Spezifikationen auch vorhanden sind. Die Kommission hat deswegen den Normungsgremien Comité Européen de Coordination des Normes (CEN) und Comité Européen de Coordination des Normes Electrotechniques (CENELEC) seit 1985 verstärkt Normungsaufträge erteilt, woraufhin diese inzwischen zahlreiche weitere europäische Normen erarbeitet haben, die in den Mitgliedstaaten umgesetzt werden mußten.¹⁰³ Grundlage für die EU-weite Vereinheitlichung technischer Spezifikationen ist eine Entschließung des Rates zu einer neuen Konzeption im Bereich der Normen und der technischen Harmonisierung vom April 1985¹⁰⁴. Eine Studie vom Herbst 1997, in der untersucht wurde, wie hoch der Anteil der auf der Grundlage der Sektorenrichtlinie ausgeschriebenen Produkte ist, für die bereits europäische oder internationale Normen bestehen, hat gezeigt, daß es für weniger als 20% dieser Produkte eine gültige Europäische Norm gibt. Jedoch unterliegt ein weiteres Viertel der ausgeschriebenen Produkte einer in Vorbereitung befindlichen Europäischen Norm.¹⁰⁵

Einen Überblick über die Maßnahmen zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Normensystems zu geben, würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Nur einzelne Programme herauszuheben, würde auf der anderen Seite ein schiefes Bild vermitteln. Auf eine Darstellung der bisher ergriffenen Maßnahmen zur Erarbeitung von EU-Normen soll deswegen verzichtet werden. Die Kommission ist sich jedoch bewußt, daß bei weitem noch nicht für alle, auch für das öffentliche Auftragswesen bedeutsame Bereiche EU-Normen vorliegen. In ihrem Grünbuch vom November 1996 hat sie interessierte Kreise deshalb aufgefordert mitzuteilen, in welchen Bereichen das Fehlen europäischer Normen die Öffnung der Beschaffungsmärkte noch erschwert.¹⁰⁶ Um die 1988 erlassene Richtlinie zur Festlegung technischer Spezifikationen bei Bauprodukten¹⁰⁷ umzusetzen, wurde außerdem im

¹⁰³ Vgl. Europäische Kommission: Grünbuch, S. 46.

¹⁰⁴ Vgl. Entschließung (85/C 136/01) des Rates vom 7. Mai 1985 über eine neue Konzeption auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und Normung, ABl. C 136 v. 4. 6. 1985, S. 1.

¹⁰⁵ Vgl. Europäische Kommission: Analyse über den Anteil der auf der Grundlage der Richtlinie 93/38/EWG erworbenen Produkte, die von europäischen oder internationalen Normungsinitiativen erfaßt sind, CC/97/21-DE, Brüssel, den 16. September 1997.

¹⁰⁶ Vgl. dieselbe: Grünbuch, S. 47.

Rahmen des sogenannten Pilotprojekts SLIM¹⁰⁸ die für SLIM zuständige Arbeitsgruppe im Sommer 1996 aufgefordert, entsprechende Vorschläge zu erarbeiten. Bis zu diesem Zeitpunkt waren nämlich immer noch keine harmonisierten Normen für Bauprodukte festgelegt worden.¹⁰⁹ Aber selbst in Bereichen, für die EU-Normen inzwischen erarbeitet worden sind, ist zu beobachten, daß je nach Zusammensetzung der Normungsgremien die Spezifikationen instrumentalisiert werden, um nationale Märkte zu schützen.¹¹⁰

In unmittelbarem Zusammenhang mit der Schaffung von EU-Normen steht der Aufbau transeuropäischer Netze (TEN) in den Bereichen Verkehr, Energie und Telekommunikation. Der Ausbau solcher Netze erfordert Durchlässigkeit und Kompatibilität und setzt eine entsprechende Anpassung der nationalen Systeme an einen einheitlichen Standard voraus, der auch die Normung auf EU-Ebene vorantreiben könnte.

VI. Gegenseitige Anerkennung von Berufszertifikaten

Gerade um Dienst- und Bauleistungen in einem anderen EU-Mitgliedstaat erbringen zu können, ist wesentliche Voraussetzung die gegenseitige Anerkennung von Berufszertifikaten. In den Jahren 1975 bis 1985 hat der Rat sieben sektorale Richtlinien für Ärzte, andere Heilberufe, Apotheker und Architekten erlassen, in denen gemeinsame Mindestanforderungen an die Ausbildung in den betreffenden Berufen formuliert sind. In diesen Richtlinien sind zudem diejenigen nationalen Diplome genannt, die diesen gemeinsamen Anforderungen genügen und daher in den Genuß einer gegenseitigen Anerkennung kommen.¹¹¹ Die in den sieben Richtlinien geregelten Berufe sind für das öffentliche Auftragswesen – mit Ausnahme

¹⁰⁷ Vgl. Richtlinie 89/106/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Bauprodukte, ABl. L 40 v. 11. 2. 1989, S. 12, geändert durch die Richtlinie 93/68/EWG, ABl. L 220 v. 30. 8. 1993, S. 1.

¹⁰⁸ SLIM steht für „Simpler Legislation for the Internal Market“. Es handelt sich dabei um ein Pilotprojekt zur Vereinfachung der Rechtsvorschriften im Binnenmarkt. Die Kommission hat zunächst vier Bereiche in das Pilotprogramm einbezogen: (1) Intrastat, das System zur Erfassung der Statistiken über den innergemeinschaftlichen Handel, (2) die technischen Vorschriften für Bauprodukte, (3) die Rechtsvorschriften über die gegenseitige Anerkennung der Diplome, (4) die Rechtsvorschriften über Zierpflanzen. Vgl. dazu Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament: Vereinfachung der Rechtsvorschriften im Binnenmarkt (SLIM): Ein Pilotprojekt, Kom (96) 204 endg., Brüssel, den 8. 5. 1996.

¹⁰⁹ Vgl. ebenda, S. 10.

¹¹⁰ Persönliches Gespräch.

¹¹¹ Vgl. Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament: Vereinfachung der Rechtsvorschriften im Binnenmarkt (SLIM): Ein Pilotprojekt, Kom (96) 204 endg., Brüssel, den 8. 5. 1996, S. 11.

der Architekten – jedoch von geringer oder gar keiner Bedeutung. Deswegen war es ein großer Durchbruch, als der Rat 1988 eine umfassende Richtlinie zur gegenseitigen Anerkennung der Hochschuldiplome verabschiedete¹¹². Darin werden mit einem Schlag alle Hochschulabschlüsse als gleichwertig anerkannt, sofern sie nach einem mindestens dreijährigen Regelstudium erworben wurden. Nach Schätzung der Kommission erfaßt die Richtlinie etwa 80, meist freie Berufe. Den Mitgliedstaaten ist es laut Richtlinie allerdings erlaubt, Angehörige anderer EU-Mitgliedstaaten einer (weiteren) Eignungsprüfung, einem Anpassungslehrgang oder einer Probezeit zu unterziehen.¹¹³

VII. Auftragsberatung und andere Maßnahmen zugunsten der kleinen und mittleren Unternehmen

In den Koordinierungsrichtlinien zum öffentlichen Auftragswesen ist eine verstärkte Beteiligung kleiner und mittlerer Unternehmen vorgesehen, ohne ausdrücklich genannt zu sein.¹¹⁴ Zum einen ist es Auftraggebern gestattet, Aufträge in Lose zu unterteilen, ohne sie dem Anwendungsbereich der jeweils einschlägigen Koordinierungsrichtlinie zu entziehen; zum anderen steht es Bietern, die den Zuschlag erhalten haben, in der Regel frei, Unteraufträge zu vergeben. Hiervon können insbesondere kleine und mittlere Unternehmen profitieren, wenn die Ausführung des Gesamtauftrags für ein solches Unternehmen zu umfangreich wäre. Die Kommission strebt eine verstärkte Beteiligung kleinerer Unternehmen an der Vergabe öffentlicher Aufträge an, weil dadurch auch der Wettbewerb im öffentlichen Auftragswesen gefördert werden könnte¹¹⁵. Dennoch sind es überwiegend fehlende Informationen über konkrete Vergabeverfahren in ihrem Tätigkeitsgebiet oder über den Ablauf eines Vergabeverfahrens, die kleinere Unternehmen vor der Beteiligung an Ausschreibungen oder Verhandlungsverfahren zurückschrecken lassen.

In einigen Ländern wurden deswegen Auftragsberatungsstellen eingerichtet. In Deutschland verfügt jedes Bundesland über eine Auftragsberatungsstelle; diese Einrichtungen, die von den Industrie- und Handelskammern sowie den Handwerkskammern getragen werden, vergeben oder vermitteln zwar keine Aufträge, beraten aber insbesondere kleinere Unternehmen bei der Suche nach öffentlichen Aufträgen und dienen als Mittler zwischen öffentlichen Auftraggebern und der

¹¹² Vgl. Richtlinie 89/48/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen, ABl. L 19 v. 24. 1. 1989, S. 16.

¹¹³ Vgl. ebenda, Art. 4 Abs. 1.

¹¹⁴ Vgl. dazu auch Mitteilung der Kommission an den Rat über die Förderung der Teilnahme der kleinen und mittelständischen Unternehmen am öffentlichen Auftragswesen innerhalb der Gemeinschaft, KOM(90) 166 endg., Brüssel, den 7. Mai 1990, Rdnr. 22 ff.

¹¹⁵ Vgl. Europäische Kommission: Grünbuch, S. 42.

Wirtschaft. Für den Fall, daß ein Auftrag im beschränkten oder im Verhandlungsverfahren vergeben werden soll, können die Beratungsstellen den Auftraggebern geeignete Bewerber vorschlagen.¹¹⁶ Darüber hinaus werten die Auftragsberatungsstellen in der Regel sowohl das Bundesausschreibungsblatt als auch das Supplement S zum Amtsblatt der EG aus und unterrichten auf Wunsch die bei ihnen in einer Datei gelisteten Unternehmen gezielt über einzelne Ausschreibungen.¹¹⁷ Eine andere Möglichkeit, den Informationsgrad des Mittelstands zu erhöhen, sieht die Kommission in der Errichtung von Informations- und Marktpflegediensten. Ein solches, speziell auf die Bedürfnisse kleinerer Unternehmen zugeschnittenes Informationsnetz bietet eine Gruppe von Euro-Info-Zentren in Zusammenarbeit mit privaten Beratungsfirmen an. Ins Auge gefaßt hat die Kommission außerdem die Anpassung von TED beziehungsweise SIMAP an die Anforderungen der mittelständischen Industrie und des Handwerks.¹¹⁸

Nicht allein fehlende Informationen hindern den Mittelstand daran, sich an den Vergabeverfahren öffentlicher Auftraggeber zu beteiligen. Von der Kommission in Auftrag gegebene Recherchen haben ergeben, daß gerade kleinere Unternehmen aus folgenden Gründen kaum eine reelle Möglichkeit haben, erfolgreich an einem Vergabeverfahren teilzunehmen:

- Mangel an *ausgebildetem Personal* und notwendiger technischer Hilfe für die Beherrschung des Qualifikationsverfahrens;
- Schwierigkeiten, die Anforderungen an den *Nachweis technischer, finanzieller und wirtschaftlicher Leistungskraft* zu erfüllen;
- bei größeren Aufträgen die Schwierigkeit, sowohl national als auch grenzüberschreitend geeignete *Kooperationen* eingehen zu können;
- Schwierigkeiten bei der Anwendung zu beachtender *technischer Spezifikationen*;
- unzureichende Zeit zur Angebotsausarbeitung, weil angeforderte *Auftragsunterlagen verspätet* eingehen;
- unverhältnismäßig hohe *Kosten bei der Erstellung eines Angebots*, unter anderem weil die nötige Routine fehlt;

¹¹⁶ Vgl. Gaida, Hans-Jürgen/Heinze, Theodor: Beim Staat verkaufen. Akquisition und Abwicklung öffentlicher Aufträge, hrsg. vom Deutschen Industrie- und Handelstag, Bonn, 1991, S. 82.

¹¹⁷ Vgl. Halbach, Elmar: Informationen über Ausschreibungen, Hilfen für kleine und mittlere Unternehmen, Vortrag aus Anlaß des gemeinsamen Kongresses des BDI, DIHT und ZDH „Die Vollendung des EG-Binnenmarkts im öffentlichen Auftragswesen“ am 25. 11. 1992 in Berlin, Vortragsunterlage, S. 141 (146).

¹¹⁸ Vgl. Europäische Kommission: Grünbuch, S. 44 f.; Mitteilung der Kommission an den Rat über die Förderung der Teilnahme der kleinen und mittelständischen Unternehmen am öffentlichen Auftragswesen innerhalb der Gemeinschaft, KOM(90) 166 endg., Brüssel, den 7. Mai 1990, Rdnr. 39 f.

- hohe Kosten bei der Beschaffung der vom Auftraggeber geforderten *finanziellen Sicherheiten*;
- *verspätete Zahlung* der Auftraggeber.¹¹⁹

Um die Zahlungsmoral bei den öffentlichen Auftraggebern zu fördern, hat die Kommission 1995 eine entsprechende Empfehlung an die Mitgliedstaaten gerichtet¹²⁰. In einer Entschließung¹²¹ hat das Europäische Parlament im Sommer 1996 jedoch die Wirksamkeit dieser Empfehlung bezweifelt und die Kommission aufgefordert, einen entsprechenden Richtlinienvorschlag zu erarbeiten, in dem als Straf- und Abschreckungsmittel unter anderem hohe Verzugszinsen für Gläubiger festgeschrieben und Harmonisierungsmaßnahmen für vereinfachte (grenzüberschreitende) Vollstreckungsverfahren zur Beitreibung fälliger Zahlungen vorgesehen werden sollen¹²². Ein solcher Richtlinienvorschlag ist jedoch noch nicht ergangen. Zunächst wartete die Kommission die Berichte der Mitgliedstaaten zur Umsetzung der Empfehlung ab, die bis Ende 1997 vorzulegen waren. Inzwischen arbeitet sie jedoch an einem entsprechenden Richtlinienentwurf, der Anfang 1998 hätte vorliegen sollen.¹²³

Um grenzüberschreitende Kooperationen im Mittelstand zu erleichtern, soll in nächster Zeit überprüft werden, ob nicht die Rechtsform der *Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung* (EWIV) ein dafür geeignetes Mittel darstellt und stärker publik gemacht werden müßte. Effizienteres Vorgehen bei der Ausarbeitung eines Angebots läßt sich dagegen nur durch eine entsprechende Mitarbeiterschulung erzielen.¹²⁴ Zuvor muß in dem jeweiligen Unternehmen überlegt werden, ob es in einem Segment tätig ist, in dem die Beteiligung an Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge lohnen könnte. Wird diese Frage positiv beantwortet, könnte sich auch die Schulung von Mitarbeitern, aber auch die Beschäftigung mit europäischen Spezifikationen rechnen, zumal hier Erfahrungen gewonnen werden könnten, die auch außerhalb des öffentlichen Auftragswesens im Umgang mit Privatkunden aus anderen EU-Mitgliedstaaten genutzt werden könnten.

¹¹⁹ Vgl. Europäische Kommission: Grünbuch, S. 43 f.

¹²⁰ Vgl. Empfehlung KOM(95) 1075 der Kommission über die Zahlungsfristen im Handelsverkehr, ABl. L 127 v. 10. 06. 1995, S. 19 und ABl. C 144 v. 10. 06. 1995, S. 3.

¹²¹ Vgl. Entschließung des Europäischen Parlaments zur Empfehlung der Kommission über die Zahlungsfristen im Handelsverkehr (KOM(95) 1075) vom 4. Juli 1996, ABl. C 211 v. 22. 7. 1996, S. 43.

¹²² Vgl. Ziff. 2, 3 und 6 der Entschließung des Europäischen Parlaments zur Empfehlung der Kommission über die Zahlungsfristen im Handelsverkehr (KOM(95) 1075) vom 4. Juli 1996, ABl. C 211 v. 22. 7. 1996, S. 43.

¹²³ Vgl. Europäische Kommission: Grünbuch, S. 44; Forum Öffentliches Auftragswesen, Monatsinfo ÖA September 1997, S. 3.

¹²⁴ Vgl. ebenda, S. 45.

VIII. Private Initiativen: Gründung von Informationsforen und Vereinen zum öffentlichen Auftragswesen

In einigen EU-Mitgliedstaaten wurden Informationsforen und Vereine zum öffentlichen Auftragswesen gegründet. Den Anfang machte die Bundesrepublik Deutschland mit dem 1990 gegründeten *Forum Öffentliches Auftragswesen e.V.* (*Forum ö.A.*) mit Sitz beim Bundesverband der Deutschen Industrie in Köln. Mitglieder können nicht nur natürliche Personen, sondern auch Organisationen, Verbände und Unternehmen sein. Da erklärtes Ziel der Erfahrungs-, Informations- und Meinungsaustausch zu aktuellen Aspekten und Entwicklungen des öffentlichen Auftragswesens ist, sind Mitglieder aus allen mit dem öffentlichen Auftragswesen befaßten Kreisen willkommen. Hierzu gehören Vertreter des Bundes, der Länder, Kommunen, aber auch der Sektorenauftraggeber sowie der Wirtschaft (Auftragnehmer), Wissenschaft, der Justiz, der Anwaltschaft und der Fachmedien. Das Forum ö.A. zeichnet sich insbesondere durch seine im eineinhalbjährlichen Rhythmus veranstalteten *Badenweiler Gespräche* aus, die erstmals 1990 abgehalten wurden. Hier treffen sich Praktiker, Wissenschaftler, Richter, Rechtsanwälte, Referenten des Bundeswirtschaftsministeriums sowie Vertreter der für das öffentliche Auftragswesen zuständigen EU-Gremien oder des Europäischen Gerichtshofs. Die Badenweiler Gespräche nehmen in Fachkreisen inzwischen einen hohen Stellenwert ein, zumal die Veranstaltungen immer hochkarätig besetzt sind. Regelmäßig informiert das Forum in seiner „Monatsinfo“ über Ereignisse und Entwicklungen im öffentlichen Auftragswesen auf nationaler, EU- und WTO-Ebene und betreibt auf Nachfrage auch Recherchen zu bestimmten Themen.¹²⁵ Der Name wurde inzwischen zu „Forum Vergabe“ geändert, weil das Wort „öffentlich“ im bisherigen Namen des Forums offenbar viele Sektorenauftraggeber davon zurückgehalten hat, Mitglieder des Forums zu werden.¹²⁶

Inzwischen existieren solche Vereinigungen auch in Großbritannien, Spanien, den Niederlanden, in Italien, Belgien, Griechenland und Irland. Die britische *Association for Regulated Procurement (ARP)*, die niederländische *Vereniging voor Aanbestedingsrecht* und die italienische *Verso l'Europa* wurden schon bald nach dem Forum ö.A. gegründet. Im November 1995 wurde in Spanien die *Asociación Espanola de Contratación Pública y Regulada (AECOPYR)* mit Sitz in Madrid ins Leben gerufen und im März 1996 das *Forum on Public Procurement in Ireland (FPP)*. Die beiden letztgenannten Organisationen verfolgen eine ähnliche Philosophie wie das deutsche Forum ö.A.¹²⁷ Am 12. März 1997 fand auf Initiative der britischen ARP und des deutschen Forums ö.A. ein erstes Treffen der Schwesterorganisationen in Brüssel statt. Im Mittelpunkt dieses Treffens stand die Erarbeitung

¹²⁵ Vgl. Forum Öffentliches Auftragswesen: Schnellinformation Forum ÖA, November 1995, Vorwort.

¹²⁶ Vgl. Mitteilung an die Mitglieder des Forums ÖA vom 12. 06. 1997.

¹²⁷ Vgl. Forum Öffentliches Auftragswesen, Monatsinfo ÖA, März 1996, S. 1.

einer gemeinsamen Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission vom November 1996, wobei allerdings nur diejenigen Passagen angesprochen wurden, die die Organisationen unmittelbar betreffen¹²⁸. Nach Ansicht der Organisationen legt die Kommission zu wenig Gewicht auf die Aus- und Fortbildung der mit dem öffentlichen Auftragswesen befaßten Personen, ein in den Augen der Vereinigungen wesentlicher Ansatzpunkt zur Schaffung eines einheitlichen EU-Vergabemarktes.¹²⁹ Der Ausbildung staatlicher Einkäufer hat sich beispielsweise der 1989 gegründete *Cercle* (Centre d'étude et de recherche sur les collectivités locales européennes) angenommen. Diese Institution, zu deren Mitgliedern Gemeinden und lokale Körperschaften mit mehr als 200.000 Einwohnern sowie international operierende Unternehmen gehören, veranstaltet regelmäßig Seminare zu Fragen des Beschaffungsmanagements, ist aber auch bestrebt, Auftraggeber und Anbieter zusammenzuführen¹³⁰.

¹²⁸ Vgl. ebenda, S. 4 f.

¹²⁹ Vgl. Associations for Public and Regulated Procurement in Europe: Comments on Green Paper „Public Procurement in the European Union“ – Awareness, Education and Training as Key Factors, Brüssel, den 12. März 1997, S. 2; dieselbe: Brief an die Kommission vom 12. Dezember 1997.

¹³⁰ Vgl. o.V.: Mehr Durchblick bei öffentlichen Aufträgen. Cercle veranstaltet Seminar über Beschaffungswesen der Gemeinden in Europa, NfA v. 13. 3. 1990.

L. Vereinbarungen der EU auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens mit Drittstaaten

Auch wenn ein anderer Eindruck entstanden sein mag: Die EU hat sich mit dem öffentlichen Auftragswesen nicht nur im Rahmen des Binnenmarktkonzeptes auseinandergesetzt. Mit Inkrafttreten des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum (EWR-Abkommen)¹ am 1. Januar 1994 wurde der Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts auf die meisten EFTA-Staaten ausgedehnt. Daneben hat sich die EU maßgeblich an der Ausarbeitung des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen² beteiligt, das der Rat mit Beschluß vom 22. Dezember 1994 genehmigt hat. Auf bilateraler Ebene hat die EU Abkommen überwiegend mit mittel- und osteuropäischen Staaten geschlossen – unter anderem auch, um den Beitritt dieser Staaten zur EU vorzubereiten. Mit den USA, die mit der EU in Streit über die Markttöffnung für öffentliche Aufträge geraten waren, wurde am 30. Mai 1995 unabhängig von den getroffenen Vereinbarungen im Rahmen des GATT beziehungsweise der WTO ein Abkommen über das öffentliche Auftragswesen in Form eines Briefwechsels geschlossen.³ Auf die genannten Abkommen wird im folgenden kurz eingegangen.

I. Das EWR-Abkommen

Wie erwähnt, trat das EWR-Abkommen am 1. Januar 1994 in Kraft⁴. Unterzeichnet haben das Abkommen sechs der damals sieben EFTA-Staaten, nämlich Österreich, Liechtenstein, Schweden, Norwegen, Finnland und Island. Die Schweiz hat es zur Wahrung ihrer uneingeschränkten Souveränität unterlassen, dem Abkommen beizutreten.⁵ Da Österreich, Schweden und Finnland seit dem

¹ Vgl. Beschluß des Rates und der Kommission vom 13. Dezember 1993 über den Abschluß des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum zwischen der EG und ihren Mitgliedsstaaten sowie der Republik Österreich, der Republik Finnland, der Republik Island, dem Fürstentum Liechtenstein, dem Königreich Norwegen, dem Königreich Schweden und der Schweizerischen Eidgenossenschaft, ABl. L 1 v. 3. 1. 1994, S. 3.

² Vgl. Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen in Anhang 4 des Übereinkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation, ABl. C 256 v. 3. 9. 1996, S. 1.

³ Vgl. Beschluß des Rates (95/215/EG) vom 29. Mai 1995 über den Abschluß eines Abkommens in Form eines Briefwechsels zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über das öffentliche Beschaffungswesen, ABl. L 134 v. 20. 6. 1995, S. 25.

⁴ Vgl. EWR-Abkommen, ABl. L 1 v. 3. 1. 1994, S. 3.

1. Januar 1995 EU-Mitglieder sind, hat das EWR-Abkommen inzwischen an Bedeutung verloren. Durch eine zügige Umsetzung des Abkommens waren die drei Staaten auf ihre EU-Mitgliedschaft im Bereich des öffentlichen Auftragswesens jedoch gut vorbereitet. In Liechtenstein hingegen ist das Abkommen nicht am 1. Januar 1994, sondern erst am 1. Mai 1995 in Kraft getreten, weil hier noch Sonderfragen zur Zollunion mit der Schweiz zu klären waren⁶. Auch Norwegen war für einige Teilbereiche eine Übergangsfrist bis zum 1. Januar 1995 eingeräumt worden.⁷

Das öffentliche Auftragswesen wird in dem EWR-Abkommen an zwei Stellen berührt: Zum einen wurden in das Abkommen allgemeine Freiheiten und Verbotsnormen – Diskriminierungsverbot, Verbot von Einfuhrbeschränkungen sowie Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit – aufgenommen, auf die in Artikel 65 Absatz 1 des Abkommens ausdrücklich für das öffentliche Auftragswesen Bezug genommen wird; zum anderen verweist Artikel 65 Absatz 1 auf Anhang XVI, in dem die Rechtsakte der EU aufgeführt sind, die die EFTA-Staaten im Bereich des öffentlichen Auftragswesens übernehmen müssen. Genannt sind Bau-, Liefer-, Dienstleistungs-, Sektoren- und Überwachungsrichtlinien,⁸ also alle Richtlinien, die zur Koordinierung des öffentlichen Auftragswesens bisher erlassen worden sind. Allerdings waren bei der Übernahme dieser Vorschriften einige Anpassungen notwendig; so beispielsweise im Hinblick auf die Vorschriften zur Bekanntmachung der Vergabeabsichten. Auftraggeber aus einem der EFTA-Staaten müssen ihre Vergabeabsicht in mindestens einer der Gemeinschaftssprachen an das Amt für amtliche Veröffentlichungen übermitteln; publiziert wird die Bekanntmachung sowohl im Supplement S zum Amtsblatt als auch in der Datenbank TED, was zu einer zusätzlichen Überfrachtung des Supplement S sowie des TED beiträgt. Hingegen müssen Auftraggeber aus der EU ihre Bekanntmachungen nicht in eine der Amtssprachen der EFTA übersetzen. Bei Verstößen gegen das EWR-Abkommen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens ist für Auftraggeber aus einem EU-Mitgliedstaat die Kommission zuständig; bei Verstößen seitens eines Auftraggebers aus einem EFTA-Mitgliedstaat greift die EFTA-Überwachungsbehörde ein. Diese Aufgabenteilung setzt sich bei Auseinandersetzungen auf gerichtlicher Ebene fort: Für Verstöße eines EU-Auftraggebers ist der Europäische Gerichtshof zuständig, für Verstöße eines EFTA-Auftraggebers der EFTA-Gerichtshof. Um unterschiedliche Auslegungen des EWR-Abkommens zu vermeiden, kann im Streitfalle der Gemeinsame EWR-Ausschuß angerufen und gegebenenfalls ein Streitschlichtungsverfahren eingeleitet werden.⁹

⁵ Vgl. Schäfer, Peter: Grundzüge des öffentlichen Auftragswesens, BB 1996, Beilage 12, S. 1 (14 Fn. 142).

⁶ Vgl. ebenda, S. 14 Fn. 142; Prieß, Hans-Joachim: Das öffentliche Auftragswesen in den Jahren 1994 und 1995, EuZW 1996, S. 357 (358).

⁷ Vgl. Seidel, Ingelore: Öffentliches Auftragswesen, Rdnr. 154.

⁸ Vgl. Art. 65 Abs. 1 i.V.m. XVI des EWR-Abkommens, ABl. L 1 v. 3. 1. 1994, S. 3.

⁹ Vgl. Art. 1 des Protokolls 23 über die Zusammenarbeit zwischen den Überwachungsorganen, EWR-Abkommen, ABl. L 1 v. 3. 1. 1994, S. 3.

II. Das GATT-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen – abgelöst durch das WTO-Übereinkommen

Das GATT-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen ist in Zusammenhang mit den EU-Richtlinien zum öffentlichen Auftragswesen in diesem zweiten Teil der Arbeit bereits mehrfach angesprochen worden, weil es wegen seiner teilweise günstigeren Bestimmungen aus Gründen der Meistbegünstigung auch Einfluß auf die EU-Koordinierungsmaßnahmen hatte. Zuletzt wurden die Koordinierungsrichtlinien Bau, Lieferungen, Dienstleistungen und Sektoren den neuen Regelungen angepaßt. Das Übereinkommen der WTO, die das GATT 1994 ablöste, ersetzte den GATT-Kodex Regierungseinkäufe der Tokyo-Runde vom 12. April 1979,¹⁰ der am 1. Januar 1981 in Kraft getreten und 1986 überarbeitet worden war.

Das auch als Government Procurement Act (GPA) bezeichnete Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen von 1994 wurde von den 23 Signatarstaaten – darunter die EU sowie deren Mitgliedstaaten, die USA, Kanada und Japan – zum 1. Januar 1996 in Kraft gesetzt. Im Unterschied zum GATT-Kodex Regierungseinkäufe umfaßt das GPA nicht mehr nur die Einkäufe zentralstaatlicher Stellen, sondern auch die Auftragsvergabe bestimmter regionaler und kommunaler Auftraggeber in den Bereichen Wasser- und Stromversorgung, Personennahverkehr, Häfen und Flughäfen. Damit wurde der Anwendungsbereich des Übereinkommens gegenüber 1981 stark ausgedehnt. Schätzungen zufolge wird vom GPA das Zehnfache des früheren Auftragsvolumens erfaßt. Manche Autoren rechnen damit, daß jährlich Aufträge im Wert von etwa 700 Milliarden DM dem GPA unterliegen werden.¹¹ Weitere durch das GPA notwendig gewordene Änderungen betreffen im wesentlichen die Schwellenwerte, technischen Spezifikationen, Mitteilungspflichten gegenüber abgewiesenen Bewerbern und Bietern sowie Mitteilungspflichten der Mitgliedstaaten gegenüber der Kommission. Über eine allgemein formulierte Öffnungsklausel soll den Anbietern aus EU-Mitgliedstaaten grundsätzlich ein ebenso günstiger Zugang zu öffentlichen Aufträgen gewährt werden wie Anbietern aus Drittländern, die Vertragspartei des WTO-Übereinkommens über öffentliche Beschaffungen sind. Während die Änderungen in den Koordinierungsrichtlinien Bau, Lieferungen und Dienstleistungen weitestgehend unproblematisch sind, war der Kommissionsvorschlag für die ausgenommenen Sektoren auf heftige Kritik gestoßen. Allerdings hat der Wirtschafts- und Sozialausschuß in diesem Zusammenhang bemängelt, daß der Rat ihn durch die Ratifikation des WTO-Übereinkommens vor vollendete Tatsachen gestellt und ihm deswegen wenig Spielraum für Kritik gegeben habe.¹²

¹⁰ Vgl. Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, abgedruckt in: Beschluß des Rates (80/271/EWG) vom 10. Dezember 1979 über den Abschluß der multilateralen Übereinkommen, die im Zuge der Handelsverhandlungen von 1973 bis 1979 ausgehandelt wurden, ABl. L 71 v. 17. 3. 1980, S. 1.

¹¹ Vgl. nur Schäfer, Peter: Grundzüge des öffentlichen Auftragswesens, BB 1996, Beilage 12, S. 1 (15).

Die notwendigen Änderungen wurden in zwei getrennte Richtlinien eingearbeitet: die Bau-, die Liefer- und die Dienstleistungskordinierungsrichtlinie wurden in der Richtlinie 97/52/EG¹³ und die Sektorenrichtlinie in der Richtlinie 98/4/EG¹⁴ an die Regelungen des GPA angepaßt. Die Umsetzung im Bau-, Liefer- und Dienstleistungsbereich mußte bis spätestens zum 13. Oktober 1998 abgeschlossen sein, für die Sektorenauftraggeber muß sie bis spätestens zum 16. Februar 2000 abgeschlossen sein.

In seiner Struktur ähnelt das GPA den EU-Koordinierungsrichtlinien, was nicht weiter verwunderlich ist, da die EU-Richtlinien als Vorbild für das GPA dienten. Dennoch gibt es in manchen Regelungsbereichen erhebliche Unterschiede, die unter E. und H. dieser Arbeit bereits eingehend untersucht wurden und zur Vermeidung von Wiederholungen nicht noch einmal betrachtet werden sollen.

III. Das EU-USA-Abkommen

Obwohl sowohl die EU als auch die USA das GPA unterzeichnet haben, haben die beiden Vertragsparteien weitere bilaterale Vereinbarungen auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens geschlossen. Anlaß waren Streitigkeiten über den Öffnungsgrad des amerikanischen wie auch des europäischen Beschaffungsmarktes. Dieser Streit gipfelte in einer Entscheidung der amerikanischen Regierung unter Präsident Clinton vom 1. Februar 1993, wonach Aufträge im amerikanischen Telekommunikationssektor sowie im Bereich Energie- und Wasserversorgung nicht mehr an Bieter aus der EU vergeben werden sollten, wenn die EU nicht die Anfang 1993 in Kraft getretene Sektorenrichtlinie ändern würde. Die USA drohten sogar, aus den WTO-Verhandlungen der Uruguay-Runde auszusteigen.¹⁵ Auslöser war Artikel 29 der Sektorenrichtlinie 90/531/EWG¹⁶, der es Auftraggebern aus EU-Mitgliedstaaten gestattet (aber nicht verbindlich vorschreibt), ein Lieferangebot

¹² Vgl. Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses 95/C 256/02, Abl. C 256 v. 2. 10. 1995, S. 4 (5).

¹³ Vgl. Richtlinie 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. 10. 1997 zur Änderung der Richtlinien 92/50/EWG, 93/36/EWG und 93/37/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungs-, Lieferungs- und Bauaufträge, ABl. L 328 v. 28. 11. 1997, S. 1.

¹⁴ Vgl. Richtlinie 98/4/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. 2. 1998 zur Änderung der Richtlinie 93/38/EWG zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. L 101 v. 1. 4. 1998, S. 1.

¹⁵ Vgl. von Bogdandy, Armin/Wernicke, Stephan: Transatlantischer Streit um das Öffentliche Auftragswesen. Die Regelungen des Marktzugangs in der Sektoren-Richtlinie: tatsächliches Hemmnis oder amerikanischer Vorwand, EuZW 1993, S. 216 (216).

¹⁶ Vgl. Art. 29 der Sektorenrichtlinie 90/531/EWG, ABl. L 297 v. 29. 10. 1990, S. 1. Diese Bestimmung wurde abgelöst durch Art. 36 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

zurückzuweisen, wenn der darin enthaltene Anteil von aus Drittstaaten stammenden Waren mehr als 50% beträgt. Außerdem wurde in Artikel 29 Absatz 3 der Sektorenrichtlinie 90/531/EWG eine Präferenzregel eingeführt, wonach bei Vorliegen eines Angebots mit einem EU-Wertschöpfungsanteil von mindestens 50% und eines Angebots mit einem EU-Wertschöpfungsanteil von weniger als 50% das Produkt mit mindestens 50% EU-Wertschöpfungsanteil bevorzugt werden *muß*. Allerdings war weiter vorgesehen, diese Regelungen nicht auf solche Drittländer zu erstrecken, mit denen die EU in multi- oder bilateralen Verhandlungen Zugang zum Beschaffungsmarkt des betreffenden Drittlandes beziehungsweise der Drittländer vereinbart und tatsächlich auch erhalten hatte.¹⁷

Durch ein *Memorandum of Understanding* vom 25. Mai 1993¹⁸ wurden die Streitigkeiten zum Teil beigelegt. In einer Entscheidung hatte der Rat die Anwendung der Vorteile der Sektorenrichtlinie zuvor auch auf die USA ausgedehnt, wovon allerdings nur die Liefer- und Bauaufträge durch Auftraggeber des Elektrizitätssektors betroffen waren.^{19, 20} Im Gegenzug verpflichteten sich die USA, für bestimmte Auftragsarten und Auftraggeber auf die Anwendung des *Buy American Act* zu verzichten.²¹ Ausgenommen von dem *Memorandum of Understanding* waren nicht nur der größte Teil der Sektorenauftraggeber, sondern auch alle Auftraggeber unterhalb der zentralstaatlichen Behörden. Um diesbezüglich Druck auf die USA auszuüben, wies der Rat bestimmte Auftraggeber per Verordnung vom 8. Juni 1993 an, keine Liefer- und Dienstleistungsaufträge an Bieter aus den USA zu erteilen²².

¹⁷ Vgl. Art. 29 Abs. 6 der Sektorenrichtlinie 90/531/EWG, ABl. L 297 v. 29. 10. 1990, S. 1; abgelöst durch Art. 36 Abs. 6 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

¹⁸ „Memorandum of Understanding between the United States of America and the European Economic Community on government procurement“ abgedruckt in: Beschluß des Rates (93/323/EWG) vom 10. Mai 1993 über den Abschluß eines Abkommens in Form einer Vereinbarung für die Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über das öffentliche Beschaffungswesen, ABl. L 125 v. 20. 5. 1993, S. 1.

¹⁹ Vgl. Entscheidung 93/324/EWG des Rates vom 10. Mai 1993 betreffend die Ausdehnung der Vorteile der Bestimmungen der Richtlinie 90/531/EWG auf die Vereinigten Staaten von Amerika, ABl. L 125 v. 20. 5. 1993, S. 54.

²⁰ Sowohl der Beschluß 93/323/EWG des Rates vom 10. 5. 1993 als auch die Entscheidung 93/324/EWG des Rates vom selben Datum wurden auf eine entsprechende Klage des Europäischen Parlaments hin vom EuGH für nichtig erklärt, die Wirkungen der beiden Rechtsakte aber aufrechterhalten. Grund für die Nichtigerklärung war die Verletzung erheblicher Formvorschriften des EG-Vertrages. Vgl. dazu EuGH Rs. C-360/93 „Europäisches Parlament vs. Rat der EU, unterstützt durch die Kommission“, Urteil v. 7. 3. 1996.

²¹ Vgl. Art. 2 Abs. 2 des „Memorandum of Understanding between the United States of America and the European Economic Community on government procurement“ abgedruckt in: Beschluß des Rates (93/323/EWG) vom 10. Mai 1993 über den Abschluß eines Abkommens in Form einer Vereinbarung für die Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über das öffentliche Beschaffungswesen, ABl. L 125 v. 20. 5. 1993, S. 1.

Die noch offenen Fragen wurden größtenteils durch ein weiteres Abkommen vom 30. Mai 1995 geklärt, das in Form eines Briefwechsels getroffen wurde²³. Ausgenommen ist aber weiterhin der Telekommunikationssektor. In dem Abkommen haben 39 der 50 amerikanischen Bundesstaaten ihre Vergabemärkte für Unternehmen aus der EU geöffnet. Dazu gehören auch sieben Großstädte der USA, darunter Chicago, Detroit und Boston. Nach Schätzungen sind durch diese Vereinbarung Marktbarrieren für einen Güter- und Leistungsaustausch im Wert von jährlich 250 bis 300 Milliarden DM gefallen.²⁴

IV. Die Europa-Abkommen

Neben den multilateralen Abkommen und dem gesondert getroffenen Übereinkommen mit den USA hat die EU auf bilateraler Ebene sogenannte Europa-Abkommen mit anderen Staaten, überwiegend aus Mittel- und Osteuropa abgeschlossen, um diese Länder langfristig auch auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens auf eine mögliche Assoziierung vorzubereiten. Von 1991 bis 1993 hat die EU solche Vereinbarungen mit Polen²⁵, Ungarn²⁶, Rumänien²⁷, Bulgarien²⁸, Tschechien²⁹ und der Slowakei³⁰ getroffen. Diese Abkommen sind inzwischen in Kraft

²² Vgl. Verordnung 1461/93 (EWG) des Rates vom 8. 6. 1993 betreffend den Zugang zu den öffentlichen Aufträgen für Bieter aus den Vereinigten Staaten von Amerika, ABl. L 146 v. 17. 6. 1993, S. 1.

²³ Vgl. Abkommen in Form eines Briefwechsels zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über das öffentliche Beschaffungswesen, abgedruckt in: Beschluß des Rates (95/215/EWG) vom 29. Mai 1995 über den Abschluß des Abkommens in Form eines Briefwechsels zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über das öffentliche Beschaffungswesen, ABl. L 134 v. 20. 6. 1995, S. 25.

²⁴ Vgl. Bundesverband der Deutschen Industrie: Pressemitteilung 63/95 vom 29. 5. 1995.

²⁵ Vgl. Beschluß des Rates und der Kommission vom 13. 12. 1993 über den Abschluß des Europa-Abkommens zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Republik Polen andererseits, ABl. L 348 v. 31. 12. 1993, S. 184.

²⁶ Vgl. Beschluß des Rates und der Kommission vom 13. 12. 1993 über den Abschluß des Europa-Abkommens zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Republik Ungarn andererseits, ABl. L 347 v. 31. 12. 1993, S. 275.

²⁷ Vgl. Beschluß des Rates und der Kommission vom 19. 12. 1994 über den Abschluß des Europa-Abkommens zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedstaaten einerseits und Rumänien andererseits, ABl. L 357 v. 31. 12. 1994, S. 2.

²⁸ Vgl. Beschluß des Rates und der Kommission vom 19. 12. 1994 über den Abschluß des Europa-Abkommens zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedstaaten einerseits und Bulgarien andererseits, ABl. L 358 v. 31. 12. 1994, S. 3.

²⁹ Vgl. Beschluß des Rates und der Kommission vom 19. 12. 1994 über den Abschluß des Europa-Abkommens zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Tschechischen Republik andererseits, ABl. L 360 v. 31. 12. 1994, S. 2.

getreten – die Abkommen mit Polen und Ungarn am 1. Februar 1994, die übrigen am 1. Februar 1995³¹. Die Kernregelung dieser Vereinbarungen gestattet es Unternehmen aus den genannten Staaten, sich gleichberechtigt mit Unternehmen aus der EU um öffentliche Aufträge in den EU-Mitgliedstaaten zu bewerben. Unternehmen aus der EU müssen hingegen in dem betreffenden ost- oder zentraleuropäischen Staat niedergelassen sein, um sich nach dem jeweiligen nationalen Recht um einen dortigen öffentlichen Auftrag bewerben zu können. EU-Unternehmen, die nicht in dem betreffenden ost- oder mitteleuropäischen Staat ansässig sind, werden erst nach einer Übergangszeit von fünf bis zehn Jahren zu dortigen Vergabeverfahren zugelassen. Die ungleichen Zugangsmöglichkeiten zu den Märkten für öffentliche Aufträge nach dem Prinzip *Asymmetrie der gegenseitigen Zugeständnisse*³² resultieren aus dem Bemühen der EU, diese Staaten beim Umbau ihrer Volkswirtschaften zu unterstützen³³.

Ebenfalls zur Vorbereitung eines EU-Beitritts³⁴ dienen die Abkommen, die inzwischen mit den baltischen Staaten Estland, Lettland und Litauen abgeschlossen wurden. Auch hier sind für Unternehmen aus der EU Übergangszeiten vorgesehen, nach deren Ablauf diese Unternehmen vollständigen Zugang zum Markt für öffentliche Aufträge in den baltischen Staaten erhalten werden.³⁵

Nachdem die Schweiz dem unter L.I. dieser Arbeit betrachteten EWR-Abkommen nicht beigetreten war, hat sich die EU seither vergeblich bemüht, auf bilateralem Wege eine Vereinbarung zum öffentlichen Auftragswesen mit den Eidgenossen zu treffen. Die Vereinbarung scheiterte bisher daran, daß das öffentliche Auftragswesen ein Kapitel in einem breiten Abkommen einnehmen soll, das wegen Unstimmigkeiten bei Agrarfragen und bei der Alpen-Transversale bisher noch nicht abgeschlossen werden konnte.³⁶ Eine Einigung zeichnet sich jedoch ab. Zwei Vereinbarungen zum öffentlichen Auftragswesen konnte die EU jedoch mit Israel

³⁰ Vgl. Beschluß des Rates und der Kommission vom 19. 12. 1994 über den Abschluß des Europa-Abkommens zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Slowakischen Republik andererseits, ABl. L 359 v. 31. 12. 1994, S. 2.

³¹ Vgl. Prieß, Hans-Joachim: Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, S. 21; derselbe: Das öffentliche Auftragswesen in den Jahren 1992 und 1993, EuZW 1994, S. 487 (492); Schäfer, Peter: Grundzüge des öffentlichen Auftragswesens, BB 1996, Beilage 12, S. 1 (14); Schulz, Hartwig: Die Europa-Abkommen der Europäischen Gemeinschaft mit Polen, Ungarn und der CSFR, ZfZ 1992, S. 140 (142 f.).

³² Vgl. Seidel, Ingelore: Öffentliches Auftragswesen, RdNr. 156.

³³ Vgl. Prieß, Hans-Joachim: Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, S. 21.

³⁴ Vgl. Europäische Kommission: Weißbuch zur Vorbereitung der assoziierten Staaten Mittel- und Osteuropas auf die Integration in den Binnenmarkt der Union, KOM(95) 163 endg. v. 3. 5. 1995, S. 274 ff.

³⁵ Vgl. Schäfer, Peter: Grundzüge des öffentlichen Auftragswesens, BB 1996, Beilage 12 S. 1 (14).

³⁶ Vgl. Forum Öffentliches Auftragswesen, Monatsinfo April 1997, S. 6.

treffen.³⁷ Die Abkommen sind im Sommer 1997 in Kraft getreten.³⁸ Auch ein Abkommen mit Südkorea über die Marktöffnung bei Beschaffungen im Telekommunikationssektor ist inzwischen verabschiedet worden.³⁹ Mit der Türkei wurde inzwischen vereinbart, demnächst Verhandlungen aufzunehmen, um die Märkte für öffentliche Aufträge gegenseitig zu öffnen.⁴⁰

V. Zusammenfassung des Teils II

Die Koordinierung der Vergabe öffentlicher Aufträge ruht auf den vier Grundfreiheiten des EG-Vertrages freier Verkehr von Waren, Dienstleistungen, Menschen und Kapital. Diese Freiheiten waren und sind Grundlage für Liberalisierung und Koordinierung der öffentlichen Auftragsvergabe.

Zur Koordinierung des Vergaberechts hat die EU sich im wesentlichen auf das Instrument der Richtlinie gestützt. Dabei haben sich die Mitwirkungsmöglichkeiten des Europäischen Parlaments seit Verabschiedung der Einheitlichen Europäischen Akte durch Inkrafttreten des Verfahrens der Mitentscheidung im Jahre 1987 erheblich verstärkt. Von dem Instrument der Verordnung hat die EU bei der Koordinierung des Vergaberechts bisher keinen Gebrauch gemacht. Dies hat dazu geführt, daß in den EU-Mitgliedstaaten kein einheitliches Vergaberecht geschaffen wurde, sondern die in den Richtlinien festgeschriebenen Regelungen nur hinsichtlich ihrer Ziele, nicht aber hinsichtlich der Mittel zu ihrer Umsetzung verbindlich sind. Ergebnis sind weiterhin national unterschiedliche und nur in Grundzügen – und auch das nur oberhalb der Schwellenwerte – einander angegliche Vergabesysteme. Aber auch auf ein einheitliches Richtlinienwerk haben die EU-Gremien verzichtet; statt dessen haben sie zuerst den Bauleistungsbereich, anschließend den Lieferbereich, danach die Aufträge der Auftraggeber in den zuvor ausgenommenen Sektoren Wasser, Energie, Verkehr und Telekommunikation sowie zuletzt den Dienstleistungsbereich koordiniert. Es folgten Überwachungsrichtlinien für die öf-

³⁷ Vgl. Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und dem Staat Israel über die Beschaffungen der Betreiber von Telekommunikationsdiensten, ABl. C 162 v. 6. 6. 1996, S. 11; Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und dem Staat Israel über das öffentliche Beschaffungswesen, ABl. C 162 v. 6. 6. 1996, S. 18.

³⁸ Vgl. Beschluß des Rates über den Abschluß zweier Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und dem Staat Israel über die Beschaffungen der Betreiber von Telekommunikationsdiensten beziehungsweise das öffentliche Beschaffungswesen, ABl. L 202 v. 30. 7. 1997, S. 72.

³⁹ Vgl. Forum Öffentliches Auftragswesen, Monatsinfo ÖA Dezember 1997, S. 5.

⁴⁰ Vgl. Art. 48 des Beschlusses Nr. 1/95 des Assoziationsrates EG-Türkei vom 22. Dezember 1995 über die Durchführung der Endphase der Zollunion, ABl. L 35 v. 13. 2. 1996, S. 1; Europäische Kommission: Report on the State of Play of the International Negotiation Process in The Field of Public Procurement, CC/98/01-EN, Brüssel, den 9. Februar 1998, S. 13.

fentlichen Auftraggeber im klassischen Sinne, die von der Bau-, der Liefer- und der Dienstleistungskoordierungsrichtlinie erfaßt werden, sowie anschließend für die Sektorenauftraggeber. Erklärtes Ziel ist es aber, die Koordinierungsmaßnahmen in einer einzigen Richtlinie zusammenzufassen.

In den Richtlinien Bau (93/37/EWG), Lieferungen (93/36/EWG) und Dienstleistungen (92/50/EWG) stehen im Vordergrund die Definition des öffentlichen Auftraggebers, der heute in einem rein funktionellen Sinne verstanden wird, die anzuwendenden Vergabeverfahren, die Zugangsvoraussetzungen für Bieter und Bewerber, die Eignungskriterien, die bei der Erstellung der Verdingungsunterlagen zulässigen technischen Spezifikationen, die anzuwendenden Fristen und die Schwellenwerte. Diese Gesichtspunkte sind auch in der Sektorenrichtlinie (93/38/EWG) von Bedeutung; die Sektorenauftraggeber sind jedoch in der Gestaltung und in der Ausführung einer Auftragsvergabe freier als die öffentlichen Auftraggeber im klassischen Sinne. Während in den Richtlinien Bau, Lieferungen und Dienstleistungen das Verhandlungsverfahren nur unter bestimmten Voraussetzungen angewendet werden darf, steht es den Sektorenauftraggebern frei, zwischen dem offenen, dem nicht offenen und dem Verhandlungsverfahren zu wählen. Leider wurde in den Richtlinien Bau, Lieferungen und Dienstleistungen darauf verzichtet, das offene Verfahren zum Regelverfahren zu machen und das nicht offene – ähnlich wie das Verhandlungsverfahren – nur in Ausnahmefällen zuzulassen. Dagegen wurde eine verbindlich einzuhaltende Rangordnung bei der Verwendung technischer Spezifikationen vorgeschrieben, die im wesentlichen auch für die Sektorenauftraggeber gilt: Zunächst müssen nationale Normen angewendet werden, mit denen europäische Spezifikationen umgesetzt werden, bevor auf andere Spezifikationen ausgewichen werden darf.

Fristen, die in erster Linie als Angebotsfristen, Teilnahmefristen, Bindefristen, Zuschlagsfristen und Ausführungsfristen eine Rolle spielen, wurden inzwischen mehrfach angepaßt, wobei auch der GATT-Kodex Regierungseinkäufe, der 1994 vom WTO-Übereinkommen für das öffentliche Beschaffungswesen abgelöst wurde, anfangs im Liefer- und später auch bei den Bau- und Dienstleistungen und für die Sektorenauftraggeber eine Rolle spielte und die Länge der Fristen beeinflusste. Zu kritisieren ist in diesem Zusammenhang neben der Tatsache, daß manche Fristen insbesondere im Hinblick auf die Beteiligung kleiner und mittlerer Unternehmen recht knapp bemessen sind, zudem, daß Bekanntmachungen am selben Tag in nationalen Publikationsorganen veröffentlicht werden dürfen, an denen sie an das Amt für amtliche Veröffentlichungen abgeschickt werden. Auf diese Weise können nationale Anbieter einen Vorsprung von bis zu fünf Tagen im beschleunigten Verfahren und bis zu zwölf Tagen im offenen oder nicht beschleunigten nicht offenen Verfahren gewinnen. Teilweise umstritten ist auch die Höhe der Schwellenwerte, die aufgrund des GATT-Übereinkommens Regierungseinkäufe in einigen Bereichen gesplittet worden sind, was insbesondere in der Sektorenrichtlinie, in der alle Auftragsarten – Bau-, Liefer- und Dienstleistungen – auftauchen, zu Unübersichtlichkeit geführt hat. Durch das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Be-

schaffungswesen von 1994, das 1996 in Kraft trat, wurde eine weitere Überarbeitung der Koordinierungsrichtlinien notwendig. Die hierzu verabschiedeten Richtlinienänderungen mußten zum Teil bis Oktober 1998, müssen zum Teil aber auch erst bis zum Jahr 2000 in nationales Recht umgesetzt werden.

Um die bisher getroffenen Regelungen überwachen zu können und um zu Unrecht abgewiesenen Bietern und Bewerbern geeignete Rechtsmittel an die Hand zu geben, sehen die beiden Überwachungsrichtlinien ein Nachprüfungsverfahren vor, in dessen Rahmen ein laufendes Vergabeverfahren ausgesetzt werden und darüber hinaus Schadensersatz zugesprochen werden kann. Der Kommission wurde ein Hinweisrecht an die Mitgliedstaaten eingeräumt, wenn sie von einem klaren und eindeutigen Verstoß gegen die Vergaberichtlinien erfährt. Ursprünglich hatte die Kommission für ein weitreichendes Interventionsrecht plädiert, war damit aber auf heftigen Widerstand bei den Mitgliedstaaten gestoßen. Die Überwachungsrichtlinie für die ausgenommenen Sektoren unterscheidet sich in manchen Punkten von der Überwachungsrichtlinie für öffentliche Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge. Hier ist neben dem in manchen Punkten abweichend gestalteten Nachprüfungsverfahren ein Schlichtungsverfahren auf Gemeinschaftsebene vorgesehen, das jeder in Anspruch nehmen kann, der ein Interesse an einem bestimmten Auftrag besitzt und behauptet, daß der betreffende Sektorenauftraggeber gegen die Gemeinschaftsvorschriften oder die Einzelvorschriften zu deren Umsetzung verstoßen hat. Darüber hinaus steht es jedem Sektorenauftraggeber frei, sich einem Beschwerdeungsverfahren zu unterziehen, mit dem er nach außen hin dokumentieren kann, bisher die Vergaberegeln immer eingehalten zu haben.

Um den Koordinierungsmaßnahmen die nötige Durchschlagskraft zu verleihen, haben nicht nur Kommission und Rat auf anderen Gebieten – flankierende – Maßnahmen ergriffen. Auch private Gruppierungen sind tätig geworden und haben Foren und Vereine gegründet, um die Regeln zum öffentlichen Auftragswesen bekannter zu machen und die öffentliche Diskussion zu diesem Thema aktiv zu begleiten. In Deutschland ist dies das Forum Öffentliches Auftragswesen mit Sitz beim Bundesverband der Deutschen Industrie in Köln, das jetzt Forum Vergabe heißt. Inzwischen hat das Forum Ö.A. viele Schwesterorganisationen in der EU bekommen. Auf EU-Ebene wurden flankierend zu den Koordinierungsrichtlinien folgende Maßnahmen ergriffen: Um die Flut von täglichen Bekanntmachungen zu strukturieren, wurde schon Mitte der achtziger Jahre das elektronische Informationssystem TED eingerichtet, in dem – zusätzlich zum Amtsblatt – alle Bekanntmachungen veröffentlicht werden. Eine Verbesserung und Erweiterung des Systems ist durch das Projekt SIMAP geplant. Zu höherer Transparenz sollen auch eine einheitliche Nomenklatur für das öffentliche Auftragswesen sowie stärker standardisierte Formulare beitragen. Eine weitere wesentliche Hürde ließe sich nehmen, wenn die Harmonisierung technischer Spezifikationen schleunig (und interessenfrei) vorangetrieben würde. Und um insbesondere die Teilnahme kleiner und mittlerer Unternehmen an Auftragsvergaben in EU-Mitgliedstaaten zu fördern, wurden

Auftragsberatungsstellen sowie speziell auf die Belange des Mittelstands abstellende Informationsdienste eingerichtet.

Die EU hat ihren Blick nicht nur auf den Binnenmarkt gerichtet, sondern darüber hinaus auch das EWR-Abkommen sowie den GATT-Kodex Regierungseinkäufe beziehungsweise das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen maßgeblich ausgehandelt und in Kraft gesetzt. Streitigkeiten mit den USA haben zu einer bilateralen Vereinbarung mit den Amerikanern geführt, mit einigen mittel- und osteuropäischen Staaten wurden nach dem Prinzip der *Asymmetrie der gegenseitigen Zugeständnisse* Abkommen mit langen Übergangsfristen für Unternehmen aus EU-Mitgliedstaaten geschlossen. Die baltischen Staaten folgten. Mit Israel wurden inzwischen zwei Abkommen getroffen; auch mit Südkorea konnte sich die EU inzwischen einigen.

Teil III

Die Umsetzung und Durchsetzung der EU-Richtlinien zum öffentlichen Auftragswesen anhand ausgewählter Beispiele

Entscheidend für den Erfolg der Koordinierungsmaßnahmen ist, ob und wie die Richtlinien umgesetzt und in die einzelnen nationalen Vergabekonzepte eingepaßt worden sind. Die europarechtlichen Vorgaben für die Umsetzung und die auf nationaler Ebene ergriffenen Umsetzungsmaßnahmen werden in den Kapiteln M und N dieser Arbeit betrachtet. Ob die Koordinierung in der Praxis auch tatsächlich zum gewünschten Erfolg geführt hat oder ein zunehmender (grenzüberschreitender) Wettbewerb sich wenigstens abzeichnet, soll im Kapitel O untersucht werden. Dabei stehen die Einschätzungen der Kommission aus dem Grünbuch vom November 1996 sowie der zugehörige Abschlußbericht vom März 1998 im Vordergrund. Fallstudien, der sogenannte Cecchini II-Bericht und eigene Recherchen bei einzelnen öffentlichen und Sektorenauftraggebern werden die Untersuchung abrunden. Auch die Frage, ob und wie der durch die Koordinierungsrichtlinien eingeräumte Rechtsschutz genutzt wird und zu einer Sensibilisierung der Auftraggeber führt, ist Gegenstand des Kapitels O.

M. Fristen und andere Vorgaben zur Umsetzung der EU-Richtlinien

Die EU-Richtlinien zum Vergaberecht binden die Mitgliedstaaten – wie schon erwähnt – lediglich hinsichtlich der Ziele. In der Art der Umsetzung sind die Mitgliedstaaten dagegen frei, solange sie die Zielvorgaben der Richtlinien einhalten. Nach Artikel 189 Absatz 3 EG-Vertrag ist ein Mitgliedstaat nur gehalten, die zur *Durchführung* einer Richtlinie geeigneten Maßnahmen zu ergreifen. Das bedeutet, daß die Bestimmungen der Richtlinien nicht in einer besonderen Vorschrift wiederholt werden müssen, sondern es gegebenenfalls genügt, einen allgemeinen rechtlichen Rahmen zu schaffen, der die Anwendbarkeit der Richtlinie gewährleistet.¹ Auf einen gesetzlichen Rahmen im materiellen Sinne kann allerdings nach aktueller Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes nicht verzichtet werden; es ge-

¹ Vgl. Hailbronner, Kay/Weber, Claus: Die Neugestaltung des Vergabewesens durch die Europäische Gemeinschaft, EWS 1997, S. 73 (79).

nügt also nicht – wie Griechenland es bei der Umsetzung der Überwachungsrichtlinie versucht hat – die eigenen nationalen Vorschriften bei der Anwendung abweichend von der bisherigen Praxis in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht *auslegen* zu wollen². Die Kommission hat die Mitgliedstaaten darüber hinaus ersucht, den innerstaatlichen Rechtsrahmen zur Umsetzung der Richtlinien möglichst eindeutig in einem einzigen Text zu gestalten und Verweise auf andere normative Texte einzuschränken³. Diese Aufforderung ist zwar unverbindlich, zielt aber kritisch auf die bisherige deutsche Regelung, wonach die Umsetzung nicht etwa in einem Vergabegesetz erfolgt ist, sondern sich in den Verdingungsordnungen wiederfindet, auf die nunmehr ausgehend vom Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Vergabeverordnung verwiesen wird. Die Nachprüfung dagegen ist im deutschen Recht in einer eigenen Nachprüfungsverordnung geregelt.

Den Mitgliedstaaten ist es nicht verwehrt, weitergehende Regelungen zu treffen als die Richtlinien vorschreiben, sofern Wirkung, Zielsetzung und Geltungsbereich der Richtlinien dadurch nicht beeinträchtigt werden und die Richtlinien keine eindeutig abschließende Regelung getroffen haben.⁴ Deutschland hat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und zum Teil weitergehende Vorschriften erlassen: So wurde sowohl im GWB als auch in den deutschen Verdingungsordnungen für Bauleistungen und für Lieferungen der Vorrang des offenen Verfahrens festgeschrieben,⁵ obwohl sowohl die Bau- als auch die Lieferkoordinierungsrichtlinie offene und nicht offene Verfahren als gleichwertig nebeneinander stellen. Die vorrangige Anwendung des offenen Verfahrens im deutschen Vergaberecht schafft zusätzliche Transparenz und entspricht somit der Zielsetzung von Bau- und Lieferkoordinierungsrichtlinie.

Umstritten ist allerdings die Frage, ob die Koordinierungsrichtlinien im Hinblick auf sozialpolitisch motivierte Regelungen zur Bevorzugung bestimmter Bieter abschließende Regelungen enthalten oder entsprechende nationale Vorschriften zulassen. Der Europäische Gerichtshof hat in der bereits zitierten *Beentjes-Entscheidung* festgestellt, daß die Mitgliedstaaten befugt sind, sozial- oder strukturpolitisch motivierte Regelungen zu treffen, sofern diese nicht mit Diskriminierungen von Anbietern aus anderen EU-Mitgliedstaaten einhergehen.⁶ Wie bereits angesprochen, ist diese Entscheidung sowohl in der Literatur als auch bei Generalanwalt Lenz auf Kritik gestoßen⁷. Manche Mitgliedstaaten – wie in Teilen beispielsweise

² Vgl. EuGH Rs. C-236/95 „Kommission vs. Griechenland“ Urteil vom 19. September 1996, Rdnr. 13 f.

³ Vgl. Europäische Kommission: Grünbuch, Ziff. 3.5. ff.

⁴ Vgl. EuGH Rs. 27 – 29/86 „CEI vs. Bellini u. a.“, Slg. 1987, S. 3347 (3373).

⁵ Vgl. § 3 a) Ziff. 2 i.V.m. § 3 Ziff. 2 der VOB/A sowie § 3 a) Ziff. 1 Abs. 1 der VOL/A.

⁶ Vgl. EuGH Rs. 31/87 „Gebroeders Beentjes vs. Niederlande“, Slg. 1988, S. 4635 (4659).

⁷ Vgl. E.XII. dieser Arbeit.

Deutschland⁸ – beschränken sich darauf, vergabefremde Aspekte lediglich unterhalb der Schwellenwerte einfließen zu lassen.

Da in mehreren Fällen die Koordinierungsrichtlinien zum Vergabewesen nicht rechtzeitig umgesetzt worden sind – was im Kapitel N dieser Arbeit näher betrachtet werden soll – kann es für Bieter und Bewerber in Einzelfällen von Bedeutung sein, ob die Koordinierungsrichtlinien im Falle einer nicht rechtzeitigen oder bei fehlerhafter Umsetzung unmittelbar anwendbar sind. Voraussetzung dafür ist grundsätzlich, daß die Richtlinien hinreichend bestimmt und unbedingt sind.⁹ Soweit also Vorschriften aus den Vergaberichtlinien diesen Anforderungen genügen, können Bieter und Bewerber sich auf die Direktwirkung der Koordinierungsrichtlinien berufen. Der Europäische Gerichtshof hat dies bereits für einzelne Bestimmungen der Baukoordinierungsrichtlinie bestätigt: Danach sind Artikel 20 (gemeinsame Teilnahmebestimmungen), Artikel 26 (Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit) und Artikel 29 (Zuschlagskriterien) der Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG unmittelbar anwendbar.¹⁰ Darüber hinaus kann im Falle der unterlassenen oder fehlerhaften Umsetzung der Richtlinien ein Schadensersatzanspruch gegen den betreffenden Mitgliedstaat geltend gemacht werden. Auch die *Nichtbeachtung* einer Vergaberichtlinie stellt eine schwerwiegende Verletzung des Gemeinschaftsrechts dar und kann zu einer Haftung des betreffenden Mitgliedstaates führen.¹¹

Im folgenden Abschnitt soll auf die *besonderen* Maßgaben zur Umsetzung der Koordinierungs- und Überwachungsrichtlinien eingegangen werden. Dabei stehen die zur Umsetzung eingeräumten Fristen im Mittelpunkt; sie sollen den Übergang zur Umsetzungspraxis in den einzelnen Mitgliedstaaten bilden. Kommission und Rat haben bei der Festlegung der Umsetzungsfristen in jüngster Zeit verstärkt auf nationale Besonderheiten und Rahmenbedingungen Rücksicht genommen. Ländern mit größeren strukturellen Schwierigkeiten – wie etwa Griechenland, Portugal und Spanien – werden inzwischen in der Regel längere Fristen eingeräumt; dasselbe gilt grundsätzlich für neu hinzugekommene Mitgliedstaaten, wie zuletzt Finnland, Österreich und Schweden. Da diese Staaten jedoch zuvor zur EFTA gehörten, waren sie aufgrund des EWR-Abkommens bereits gezwungen, einzelne EU-Koordinierungsrichtlinien zum Vergaberecht bis zum 1. Januar 1994 umzusetzen¹². Darauf soll an geeigneter Stelle näher eingegangen werden.

⁸ Vgl. N.II.1.d) dieser Arbeit.

⁹ Vgl. EuGH Rs. 8/81 „Ursula Becker vs. Finanzamt Münster-Innenstadt“, Slg. 1982, S. 53 (71); EuGH Rs. 152/84 „M. H. Marshall vs. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority“, Slg. 1986, S. 723 (748); EuGH Rs. 31/87 „Gebroeders Beentjes vs. Niederlande“, Slg. 1988, S. 4635 (4662).

¹⁰ Vgl. EuGH Rs. 31/87 „Gebroeders Beentjes vs. Niederlande“, Slg. 1988, S. 4635 (4662); EuGH Rs. 103/88 „Fratelli Costanzo“, Slg. 1989, S. 1839 (1870 f.).

¹¹ Vgl. EuGH Rs. C-87/94 R „Kommission vs. Belgien“, Slg. 1994 I, S. 1395 (1404); EuGH Rs. C-392/93 „The Queen vs. M. Treasury“, Slg. 1996 I, S. 1631.

¹² Vgl. L.I. dieser Arbeit.

I. Der Bereich öffentliche Bauaufträge

Während die erste Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG noch vorsah, daß ihre Bestimmungen von *allen* Mitgliedstaaten binnen zwölf Monaten nach Bekanntmachung umzusetzen waren (also bis zum 16. August 1972)¹³, wurde mit Überarbeitung und entsprechend zunehmender Komplexität der Richtlinie einzelnen Mitgliedstaaten eine längere Umsetzungsfrist gewährt: Zwar war die Baukoordinierungsrichtlinie 89/440/EWG vom 18. Juli 1990 von den meisten Mitgliedstaaten binnen Jahresfrist in nationales Recht umzusetzen; Griechenland, Portugal und Spanien, bei denen Kommission und Rat große strukturelle Schwierigkeiten bei der Umsetzung vermuteten, wurde jedoch eine Frist bis zum 1. März 1992 eingeräumt¹⁴. Obwohl Finnland, Österreich und Schweden erst am 1. Januar 1995 Vollmitglieder der EU wurden, hatten sie bereits bis zum 1. Januar 1994 die Baukoordinierungsrichtlinie umsetzen müssen, weil mit dem EWR-Abkommen das EU-Vergaberecht auf die meisten der EFTA-Staaten ausgedehnt worden war (jedoch nicht auf Finnland, Österreich und Schweden)¹⁵.

II. Der Bereich öffentliche Lieferaufträge

Interessanterweise war den Mitgliedstaaten in der Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG ein Zeitraum von 18 Monaten nach dem Veröffentlichungszeitpunkt eingeräumt worden, um die Richtlinie in nationales Recht umzusetzen,¹⁶ obwohl die Kommission sowohl im ursprünglichen als auch im geänderten Vorschlag zur Richtlinie lediglich zwölf Monate vorgesehen hatte¹⁷. Die Ergänzungen zur Lieferkoordinierungsrichtlinie aus dem Jahre 1980 waren nicht binnen Jahresfrist, sondern schon bis zum 1. Januar 1981 umzusetzen;¹⁸ nach Mitgliedstaaten wurde dabei noch nicht differenziert. Dies geschah erst mit der Überarbeitung von 1988: Während die erforderlichen Umsetzungsmaßnahmen grundsätzlich bis zum 1. Ja-

¹³ Vgl. Art. 32 der Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG, ABl. L 185 v. 16. 8. 1971, S. 5.

¹⁴ Vgl. Art. 30 a Abs. 1 der Baukoordinierungsrichtlinie 89/440/EWG, ABl. L 210 v. 21. 7. 1989, S. 1.

¹⁵ Vgl. Kapitel L.I. dieser Arbeit.

¹⁶ Vgl. Art. 30 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG, ABl. L 13 v. 15. 1. 1977, S. 1.

¹⁷ Vgl. Art. 15 des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates betreffend die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. C 50 v. 22. 5. 1971, S. 15; Art. 26 des geänderten Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Rates betreffend die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, KOM(73) 459 endg. vom 4. 5. 1973.

¹⁸ Vgl. Art. 9 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 80/767/EWG, ABl. L 215 v. 18. 8. 1980, S. 1.

nuar 1989 ergriffen werden mußten, wurden Griechenland, Portugal und Spanien für die Umsetzung zusätzlich mehr als drei Jahre – bis zum 1. März 1992 – eingeräumt¹⁹, da diese Mitgliedstaaten bereits in der Vergangenheit Schwierigkeiten bei der Umsetzung der Richtlinien hatten. Diese Frist scheint großzügig bemessen zu sein. Für Kommission und Rat stand jedoch im Vordergrund, daß die Richtlinien jedenfalls vor Schaffung des Binnenmarktes am 1. Januar 1993 umgesetzt werden sollten, da das öffentliche Auftragswesen als wesentlicher Bestandteil des Binnenmarktkonzeptes betrachtet wurde. Nachdem die Änderungen – außer in Portugal – in nationales Recht eingearbeitet waren, sollte die Umsetzung der Überarbeitung aus dem Jahre 1993 von allen Mitgliedstaaten im selben Tempo vollzogen werden: Den Mitgliedstaaten blieb bis zum 14. Juni 1994 nicht einmal ein Jahr Zeit, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen.²⁰ Finnland, Österreich und Schweden war im Rahmen des EWR-Abkommens eine um zwei Wochen längere Frist bis zum 1. Juli 1994 eingeräumt worden²¹.

III. Der Bereich zuvor ausgenommener Sektoren

Den besonderen Modalitäten bei den Sektorenauftraggebern wurde nicht nur in den *materiellen* Vorschriften der ersten Sektorenrichtlinie, sondern auch bei Festlegung der dortigen Umsetzungsfristen Rechnung getragen: Verabschiedet am 17. September 1990, wurde den Mitgliedstaaten aufgegeben, die zur Umsetzung erforderlichen Maßnahmen der Richtlinie jedenfalls bis zum 1. Juli 1992 zu ergreifen. Darüber hinaus stand es ihnen frei, mit der Umsetzung sogar bis zum 1. Januar 1993 zu warten – ein im Rahmen der Koordinierung des Vergaberechts unübliches Vorgehen²². Auch hier war die Schaffung des Binnenmarktes wiederum das zentrale Anliegen von Kommission und Rat; solange diese Frist gewahrt blieb, wurde auf den Wunsch der Mitgliedstaaten nach möglichst langen Übergangsfristen Rücksicht genommen. Aus dem EWR-Abkommen folgte für Finnland, Österreich und Schweden eine Frist bis zum 1. Januar 1994. Dem spanischen Königreich blieb sogar Zeit bis zum 1. Januar 1996; für Griechenland und Portugal wurde eine eigene Ausnahmeregelung getroffen: Beide Mitgliedstaaten hatten bis zum 1. Januar 1998 Zeit, die Sektorenrichtlinie in das jeweilige nationale Recht umzusetzen.²³ An diesem Zeitrahmen änderte sich für diese beiden Staaten auch mit der

¹⁹ Vgl. Art. 20 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 88/295/EWG, ABl. L 127 v. 20. 5. 1988, S. 1.

²⁰ Vgl. Art. 34 Abs. 1 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

²¹ Vgl. Kapitel L.I. dieser Arbeit.

²² Vgl. Art. 37 Abs. 1 und 2 der Sektorenrichtlinie 90/531/EWG, ABl. L 297 v. 29. 10. 1990, S. 1.

²³ Vgl. ebenda, Art. 37 Abs. 2.

Überarbeitung der Sektorenrichtlinie von 1993 nichts: Denn auch die Änderungen der Richtlinie 93/38/EWG mußten Griechenland und Portugal – die strukturschwächsten Länder – erst bis zum 1. Januar 1998 umsetzen. Spanien hingegen mußte seinen Verpflichtungen aus der Richtlinie 93/38/EWG bis zum 1. Januar 1997 nachkommen;²⁴ alle anderen Mitgliedstaaten, darunter auch die auf die Koordinierung gut vorbereiteten ehemaligen EFTA-Staaten Finnland, Österreich und Schweden, hatten lediglich bis zum 1. Juli 1994 Zeit²⁵.

IV. Der Bereich öffentliche Dienstleistungsaufträge

Die Dienstleistungskordinierungsrichtlinie wurde am 18. Juni 1992 verabschiedet und am 24. Juli 1992 im Amtsblatt der EG veröffentlicht. Den Mitgliedstaaten blieb daraufhin bis zum 1. Juli 1993 Zeit, die erforderlichen Umsetzungsmaßnahmen zu ergreifen²⁶. Das Binnenmarktdatum 1. Januar 1993 war aufgrund der späten Verabschiedung der Richtlinie Mitte des Jahres 1992 nicht mehr einzuhalten; die Kommission wollte aber auch keine zu großen zeitlichen Zugeständnisse machen. Ergebnis des engen Zeitrahmens ist, daß vier der 15 Mitgliedstaaten die Richtlinie nicht rechtzeitig umgesetzt hatten – darunter war bis Mitte 1997 auch Deutschland²⁷. Für die ehemaligen EFTA-Staaten lief die Übergangszeit aufgrund des EWR-Abkommens ein Jahr länger, nämlich bis zum 1. Juli 1994.

V. Der Bereich Überwachung

Da einige Mitgliedstaaten vor der Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für ein Nachprüfungsverfahren noch nicht über ein System verfügten, mit dem in ihren Interessen verletzte Bieter, Bewerber und andere am Vergabeverfahren Beteiligte Ansprüche geltend machen konnten, wurde den Mitgliedstaaten eine Zweijahresfrist eingeräumt, um ein entsprechendes System zu installieren. Nachdem die Überwachungsrichtlinie für die klassischen öffentlichen Auftraggeber am 21. Dezember 1989 verabschiedet worden war, hatten die Mitgliedstaaten bis zum 21. Dezember 1991 Zeit, die erforderlichen Mechanismen einzuführen²⁸. Auf die strukturell schwächeren Mitgliedstaaten Portugal und Spanien mußten

²⁴ Vgl. Art. 45 Abs. 2 der Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

²⁵ Vgl. ebenda, Art. 45 Abs. 1.

²⁶ Vgl. Art. 44 Abs. 1 der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

²⁷ Vgl. Forum Öffentliches Auftragswesen, Monatsinfo ÖA, Juli / August 1997, S. 1.

²⁸ Vgl. Art. 5 der Überwachungsrichtlinie 89/665/EWG, ABl. L 395 v. 30. 12. 1989, S. 33.

Kommission und Rat diesmal keine Rücksicht nehmen, da beide Staaten aufgrund ihrer romanischen Rechtssysteme bereits vor Inkrafttreten der Überwachungsrichtlinie entsprechende Klagemöglichkeiten – jedenfalls in Zusammenhang mit den klassischen öffentlichen Auftraggebern – vorgesehen hatten. Für die ehemaligen EFTA-Staaten Finnland, Österreich und Schweden war Stichtag für die Umsetzung wiederum der 1. Januar 1994.

Da die Mitgliedstaaten mit Umsetzung der Überwachungsrichtlinie 89/665/EWG auch die wesentlichen Grundlagen für die Sektorenüberwachungsrichtlinie gelegt hatten, fiel die dort vorgesehene Umsetzungsfrist kürzer aus: Die Sektorenüberwachungsrichtlinie war am 25. Februar 1992 erlassen worden und mußte bereits zum 1. Januar 1993, dem Stichtag für den Binnenmarkt, umgesetzt werden. Spanien hatte bis zum 30. Juni 1995 Zeit, Griechenland und Portugal wurde eine Frist sogar bis zum 30. Juni 1997 gewährt.²⁹ Keine andere Koordinierungsrichtlinie im Vergaberecht hat so viele Vertragsverletzungsverfahren nach sich gezogen wie die Sektorenüberwachungsrichtlinie: Gegen fünf Mitgliedstaaten hat die Kommission Verfahren eingeleitet, weitere zwei Staaten – nämlich Österreich und Spanien – waren ihrer Mitteilungspflicht über eine erfolgte Umsetzung gegenüber der Kommission bis zum Sommer 1996 nicht nachgekommen.³⁰

²⁹ Vgl. Art. 13 Abs. 1 der Sektorenüberwachungsrichtlinie 92/13/EWG, ABl. L 76 v. 23. 3. 1992, S. 14.

³⁰ Vgl. Europäische Kommission: Grünbuch, S. 70.

N. Die bisherige Umsetzungspraxis in den Mitgliedstaaten der EU anhand ausgewählter Beispiele

Da Kommission und Rat sich bei der Koordinierung des Vergaberechts – wie schon ausgeführt – auf die Form der Richtlinie verständigt haben, ist es den Mitgliedstaaten grundsätzlich gestattet, an ihrem bisherigen nationalen Rechtsrahmen festzuhalten. Dies hat bei der Umsetzung der Vergaberichtlinien zu verschiedenen Lösungen geführt, die im folgenden exemplarisch aufgezeigt werden sollen. Während einige Staaten die Richtlinien in ein allgemeines Vergabegesetz transformiert haben, haben andere Mitgliedstaaten Regelungen erlassen, die sich in ihren bisherigen regulatorischen Rahmen einpassen¹. Deutschland hingegen hatte zunächst die unter N.II. dieser Arbeit kurz angerissene haushaltsrechtliche Lösung gewählt, das Vergaberecht inzwischen jedoch in das GWB integriert. Bevor auf die einzelnen Konzeptionen eingegangen wird, soll betrachtet werden, welche Probleme bei der Umsetzung aufgetaucht sind und warum die Kommission wiederholt dazu veranlaßt war, Vertragsverletzungsverfahren gegen einzelne Mitgliedstaaten einzuleiten². Die Liste der Vertragsverletzungsverfahren wird bedauerlicherweise von der Bundesrepublik Deutschland angeführt; Ursache dafür sind im wesentlichen die vor-haushaltsrechtliche und dann auch die haushaltsrechtliche Lösung.

I. Schwierigkeiten bei der Umsetzung und ausgewählte Vertragsverletzungsverfahren

Bisher hat kein EU-Mitgliedstaat die Koordinierungsrichtlinien zum Vergaberecht vollständig und fehlerfrei umgesetzt: Musterknabe der Gemeinschaft ist Dänemark mit einer Umsetzungsquote von 97,5%. Es folgen Großbritannien (95%) und Frankreich (91,9%).³ Gegen alle Mitgliedstaaten laufen folglich entweder Vertragsverletzungsverfahren (insgesamt hat die Kommission 29 Verfahren eingelei-

¹ Vgl. Rittner, Fritz: Das öffentliche Auftragswesen im Spannungsfeld zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, S. 7 (13 f.).

² Vgl. Europäische Kommission: Grünbuch, S. 70.

³ Vgl. Europäisches Parlament, Ausschuß für Wirtschaft, Währung und Industriepolitik: Arbeitsdokument über das Grünbuch „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union: Überlegungen für die Zukunft“, PE 222.580 v. 6. 5. 1997, S. 2; Forum Öffentliches Auftragswesen: Monatsinfo ÖA, Oktober 1997, S. 5 f.

tet; Stand: November 1996),^{4, 5} oder die betreffenden Staaten haben der Kommission noch nicht mitgeteilt, ob und wie einzelne Richtlinien umgesetzt wurden.⁶ Bis Ende 1997 wurden lediglich knapp 55% der Richtlinien korrekt umgesetzt.⁷ Ursachen und Formen der mangelhaften oder gar fehlenden Umsetzung sind vielschichtig. Im Oktober 1996 waren lediglich ungefähr zwei Drittel der erforderlichen einzelstaatlichen Umsetzungsmaßnahmen ergriffen worden,⁸ die daraus folgenden Vertragsverletzungsverfahren also aufgrund *fehlender* Umsetzung eingeleitet worden. Zum einen mögen die teilweise knapp bemessenen Fristen Grund dafür sein, daß einzelne Maßnahmen nicht rechtzeitig ergriffen wurden; so wohl im Fall der erst zum 1. Oktober 1997 erfolgten Umsetzung der Dienstleistungs Koordinierungsrichtlinie in Deutschland,^{9, 10} die eigentlich bis zum 1. Januar 1993 hätte erfolgen sollen¹¹. Zum anderen sind es die teilweise kompliziert gestalteten Vorschriften der Koordinierungsrichtlinien,¹² die eine korrekte Umsetzung schnell mißlingen lassen und dem betreffenden Mitgliedstaat ein Vertragsverletzungsverfahren einhandeln. Schließlich offenbart die zögerliche Umsetzung einmal mehr die Tatsache, daß die Vergabe öffentlicher Aufträge nach wie vor gern dem „Landeskinderprinzip“¹³ folgt und die Umsetzung des EU-Vergaberechts aus diesem Grund gerne hinausgezögert wird. *Rittner* hat die Ursachen für eine mangelhafte oder gar feh-

⁴ Vgl. Schriftliche Anfrage E-2536/96 von Amedeo Amadeo an die Kommission vom 8. Oktober 1996 und Antwort der Kommission vom 18. November 1996, ABl. C 72 v. 7. 3. 1997, S. 52. In einer anderen Dokumentation vom Oktober 1996 spricht die Kommission allerdings von 39 Verfahren, die bis zum Oktober 1996 anhängig gewesen seien. Vgl. dazu Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat: Wirkung und Wirksamkeit der Binnenmarktmaßnahmen, KOM(96) 520 endg. vom 30. 10. 1996, Ziff. 3.6.

⁵ Eine Übersicht über die Ende 1995 anhängigen Vertragsverletzungsverfahren ist dem Dreizehnten Jahresbericht der Kommission über die Kontrolle der Anwendung des Gemeinschaftsrechts (96/C 303/01), KOM(96) 600 endg., ABl. C 303 v. 14. 10. 1996, S. 1, Ziff. 2.2.8. Öffentliche Aufträge, beigelegt.

⁶ Vgl. Europäisches Parlament, Ausschuß für Wirtschaft, Währung und Industriepolitik: Arbeitsdokument über das Grünbuch „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union: Überlegungen für die Zukunft“, S. 2; Europäische Kommission: Grünbuch, S. 70.

⁷ Vgl. Europäische Kommission: Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, vom 11. März 1998, Schriftenreihe des Forums Öffentliches Auftragswesen, Heft 4, Köln 1998, S. 2.

⁸ Vgl. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat: Wirkung und Wirksamkeit der Binnenmarktmaßnahmen, KOM(96) 520 endg. vom 30. 10. 1996, Ziff. 3.6.

⁹ Vgl. Byok, Jan: Die Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen, WuW 1997, S. 197 (198 ff.); Forum Öffentliches Auftragswesen, Monatsinfo ÖA, Juni 1997, S. 3.

¹⁰ Vgl. zur negativen deutschen Umsetzungsbilanz auch von Meibom, Wolfgang/Byok, Jan: Anmerkungen zur Notwendigkeit eines Vergabegesetzes in Deutschland, EuZW 1995, S. 629 (629 ff.).

¹¹ Vgl. M.IV. dieser Arbeit.

¹² Vgl. Europäische Kommission: Grünbuch, Ziff. 3.6.

¹³ Vgl. o. V.: Einkaufen wie Lopez, EUMagazin 1995, S. 29 (30).

lende Umsetzung der Vergaberichtlinien in einem kurzen Katalog auf den Punkt gebracht. Seiner Ansicht nach haben Kommission und Rat nicht berücksichtigt,

- „daß sie einen in Jahrhunderten gewachsenen Teil des nationalen Haushaltswesens mit *festgefügt*en Traditionen auf einen Schlag umgestalten wollten,
- daß dieses klassische Vergabewesen bisher überwiegend zu dem *Innenrecht* jedes einzelnen Staates gehörte, und deswegen *nicht* ohne weiteres in das *Wirtschaftsrecht* überführt werden kann,
- daß das klassische Vergaberecht vorwiegend von *Nichtjuristen*, Beamten, Technikern und Kaufleuten gehandhabt, ja weitgehend auch von ihnen geschaffen wurde und sich dadurch von vielen Zweigen des Wirtschaftsrechts unterscheidet,
- daß die Erstreckung des Vergaberechts auf *private Unternehmen* definitiv aus dem Haushaltsrecht hinaus und zur Eröffnung eines neuen Rechtsgebiets, eines speziellen Marktrechts, führen mußte,
- daß die Mitgliedstaaten, wenn ihnen schon eine derartig große Umgestaltungsaufgabe gestellt wurde, nicht bloß eineinhalb oder zwei Jahre Zeit brauchten, sondern *wenigstens ein Jahrzehnt*.“¹⁴

Einige der von der Kommission eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren ließen sich vergleichsweise schnell erledigen, weil die Mitgliedstaaten es lediglich versäumt haben, der Kommission die ergriffenen Umsetzungsmaßnahmen mitzuteilen¹⁵. Häufiger hingegen ist der Fall einer verspäteten Umsetzung der Richtlinien. Allein gegen die Bundesrepublik Deutschland, die bei den Vertragsverletzungsverfahren im Zusammenhang mit dem öffentlichen Auftragswesen den Spitzenplatz einnimmt, wurden deswegen mehrere Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet; so beispielsweise wegen verspäteter Umsetzung der Lieferkoordinierungsrichtlinie 88/295/EWG, der Baukoordinierungsrichtlinien 80/767/EWG und 89/440/EWG¹⁶ sowie schließlich – wie schon angesprochen – der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG¹⁷. (Im Zentrum der Kritik stand hier zudem immer auch die bundesdeutsche vor-haushaltsrechtliche Lösung.) Vor einem Vertragsverletzungsverfahren schützt nicht, daß der betreffende Mitgliedstaat nach Ablauf der Umsetzungsfrist die in Betracht kommenden öffentlichen Auftraggeber des Landes darauf hinweist, die Vorschriften der betreffenden Richtlinie unmittelbar anzuwenden. Denn nach einschlägiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs soll diese Möglichkeit, sich auf konkrete Bestimmungen der Richt-

¹⁴ Rittner, Fritz: Das öffentliche Auftragswesen im Spannungsfeld zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, S. 7 (19).

¹⁵ Vgl. ebenda, S. 7 (17).

¹⁶ Vgl. EuGH Rs. C-433/93 „Kommission vs. Bundesrepublik Deutschland“, Urteil vom 11. 8. 1995, EuZW 1995, S. 635.

¹⁷ Vgl. EuGH Rs. C-253/95 „Kommission vs. Bundesrepublik Deutschland“, Urteil vom 2. 5. 1996, EWS 1996, S. 209.

linien unmittelbar berufen zu können, den einzelnen lediglich davor schützen, daß ein Mitgliedstaat seiner Verpflichtung aus den Richtlinien nicht rechtzeitig nachgekommen ist. Sie soll aber keinem Mitgliedstaat als Rechtfertigung dafür dienen können, sich der Verpflichtung einer rechtzeitigen Umsetzung der Richtlinien zu entziehen.¹⁸ Das Bundesministerium für Wirtschaft hat in einem Rundschreiben vom 15. Januar 1997 in Zusammenhang mit der bis dato noch nicht umgesetzten Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG die betroffenen öffentlichen Auftraggeber noch einmal auf die unmittelbare Anwendung einzelner Richtlinienbestimmungen hingewiesen.¹⁹

Wegen verspäteter Umsetzung der Überwachungsrichtlinie 89/665/EWG war am 19. September 1996 auch ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs gegen Griechenland ergangen: Zu diesem Zeitpunkt hatte Griechenland die Überwachungsrichtlinie nur im Hinblick auf öffentliche Bauaufträge umgesetzt.²⁰ Mit dem Hinweis, daß die jüngsten Entwicklungen in der *Rechtsprechung* des Staatsrates die Anforderungen der Richtlinie erfüllen würden, setzte sich der Vertreter der Griechischen Republik – wie in der Einleitung des Kapitels M dieser Arbeit bereits ausgeführt – nicht durch.²¹ Wie Deutschland und Frankreich²² war auch Griechenland²³ 1996 wegen nicht rechtzeitig erfolgter Umsetzung der Dienstleistungs Koordinierungsrichtlinie 92/50/EWG vom Europäischen Gerichtshof verurteilt worden.

Nach Ansicht der Kommission wiegt eine *fehlerhafte* Umsetzung der Richtlinien ebenso schwer wie die fehlende Umsetzung.²⁴ Gegen Deutschland hat die Kommission 1995 ein Verfahren wegen fehlerhafter Umsetzung der Überwachungsrichtlinie 89/665/EWG eingeleitet. In seinem Schreiben an den Bundesminister des Auswärtigen rügte Kommissar Monti, daß nach Auffassung der Kommission die Umsetzung im Rahmen der haushaltsrechtlichen Lösung nicht geeignet sei, „um dem Gebot des Schutzes der Bieter vor Willkür und damit dem Grundsatz des Individualrechtsschutzes, wie er auch in der Rechtsprechung des EuGH seinen Niederschlag gefunden hat, Wirksamkeit zu verschaffen.“²⁵ Auf Einzelheiten des Konflikts und die daraufhin wie auch im Zuge des wachsenden Drucks seitens der USA in Deutschland bisher ergriffenen Maßnahmen soll aber – wie schon ange-

¹⁸ Vgl. ebenda, S. 209 (210).

¹⁹ Vgl. Schreiben des Bundesministeriums der Wirtschaft vom 15. Januar 1997, betr.: Geänderte Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge.

²⁰ Vgl. EuGH Rs. C-236/95 „Kommission vs. Griechische Republik“ Urteil vom 19. 9. 1996, Ziff. 6.

²¹ Vgl. ebenda, Ziff. 8 und 13.

²² Vgl. EuGH „Kommission vs. Frankreich“ Slg. I 1996, S. 2415.

²³ Vgl. EuGH „Kommission vs. Griechenland“ Slg. I 1996, S. 2433.

²⁴ Vgl. Europäische Kommission: Grünbuch, Ziff. 3.5.

²⁵ Schreiben der Europäischen Kommission an Dr. Klaus Kinkel, Bundesminister des Auswärtigen, vom 31. 10. 1995, SG (95) D/ 13624; 95/2044, S. 2.

kündigt – erst unter N.II. dieser Arbeit eingegangen werden. Auch gegen Italien hat die Kommission in jüngster Zeit ein Vertragsverletzungsverfahren wegen mangelhafter Umsetzung der Baukoordinierungsrichtlinie 89/440/EWG eingeleitet. Nach Ansicht der Kommission verstoßen unter anderem die im italienischen Recht vorgesehene automatische Zurückweisung ungewöhnlich niedriger Angebote sowie die Bedingungen für den Zugang außerhalb von Italien ansässiger Anbieter gegen den Richtlinientext²⁶. Wegen mangelhafter Umsetzung der Lieferkoordinierungsrichtlinie wurde auch Portugal vor den Europäischen Gerichtshof zitiert: In dem die Richtlinie transformierenden Gesetz wird den öffentlichen Auftraggebern nicht zwingend auferlegt, eine Vergabebekanntmachung an das Amt für amtliche Veröffentlichungen zu übermitteln. Auch Irland mußte vor dem Europäischen Gerichtshof Stellung nehmen zur Umsetzung der Sektorenüberwachungsrichtlinie 92/13/EWG, weil die irische Regierung nicht – wie in Kapitel 2 der Richtlinie vorgesehen – ein Bescheinigungsverfahren eingerichtet hatte²⁷.

Auf den Ablauf des Vertragsverletzungsverfahrens, das sich je nach Zeitpunkt der Verfahrensbeilegung in bis zu vier Stufen gliedern kann, wurde bereits unter I.II. dieser Arbeit eingegangen. Aus gegebenem Anlaß hat die Kommission im August 1996 im Amtsblatt darauf hingewiesen, daß infolge des Vertrages über die Europäische Union nunmehr die Möglichkeit besteht, gegen einen Mitgliedstaat, der einem Urteil in einem Vertragsverletzungsverfahren nicht nachgekommen ist, Sanktionen zu verhängen. Zwar liegt das Vorschlagsrecht für das Ergreifen solcher Sanktionen ausschließlich bei der Kommission, die tatsächliche Entscheidung aber trifft der Europäische Gerichtshof.²⁸ In diesem Zusammenhang sieht Artikel 171 EG-Vertrag vor, daß die Kommission die Höhe des zu zahlenden Pauschalbetrages oder Zwangsgeldes nennt, die sie für angemessen hält, um den betreffenden Mitgliedstaat zu veranlassen, die entsprechenden Maßnahmen in nächster Zeit zu ergreifen. Maßgebliche Faktoren bei der Festlegung des Pauschalbetrages oder Zwangsgeldes sind Schwere und Dauer des Verstoßes sowie die erforderliche Abschreckungswirkung, um einen erneuten Verstoß zu verhindern.²⁹ Soweit bekannt, hat die Kommission von der Möglichkeit, Sanktionen zu verhängen, bisher noch keinen Gebrauch gemacht.

²⁶ Vgl. o. V.: EU/Public Procurement: Infringement Procedures against France, Germany, Italy, the United Kingdom, Ireland, Belgium and Portugal, Agence Europe Nr. 6791 v. 15. 8. 1996, S. 3.

²⁷ Vgl. ebenda.

²⁸ Vgl. Mitteilung der Kommission über die Anwendung von Artikel 171 EG-Vertrag (96/C 242/07), ABl. C 242 v. 21. 8. 1996, S. 6.

²⁹ Vgl. Art. 171 Abs. 2 EG-Vertrag.

II. Umsetzungsmaßnahmen in ausgewählten Mitgliedstaaten der EU

Wie schon angemerkt, läßt die Form der Richtlinie den Mitgliedstaaten grundsätzlich einen breiten Spielraum, die einzelnen Vorschriften in die bestehenden nationalen Vergabesysteme einzupassen. Die Bandbreite, die sich bei der Umsetzung der Vergaberichtlinien durch die EU-Mitgliedstaaten³⁰ ergeben hat, ist dementsprechend groß. Während Dänemark den einfachsten Weg eingeschlagen hat und den Auftraggebern in entsprechenden Verordnungen vorschreibt, bei der Auftragsvergabe die einschlägigen Bestimmungen der Koordinierungsrichtlinien anzuwenden, haben manche Länder – wie zunächst etwa Deutschland – versucht, das EU-Vergaberecht widerspruchsfrei in ihr bisheriges Vergabesystem einzugliedern. Andere Länder – wie beispielsweise Österreich – haben zur Umsetzung der Richtlinien eigene Vergabegesetze erlassen. Warum dieser Weg schließlich auch in Deutschland eingeschlagen wurde, soll im folgenden aufgezeigt werden.

Die grundsätzliche Gestaltungsfreiheit bei der Umsetzung der EU-Koordinierungsrichtlinien hat die Teilnahme an Vergabeverfahren in anderen EU-Mitgliedstaaten für den einzelnen Anbieter nicht unbedingt erleichtert, weil er sich nach wie vor mit den nationalen Besonderheiten der unterschiedlichen Vergabesysteme auseinandersetzen muß. Die Koordinierung hat aber dazu geführt, daß der Bieter oder Bewerber weiß, welchen *Grundprinzipien* die nationalen Vergabekonzepte oberhalb der Schwellenwerte folgen müssen.

1. Das deutsche Modell

Das bisherige deutsche Modell zur Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien ist eines der kompliziertesten innerhalb der EU. Grund dafür ist die historisch bedingte eigenartige Gestaltung der deutschen Vergabepaxis, die nicht in einem eigenen Gesetz festgeschrieben und auch sonst nicht gesetzlich verankert war. Wegen der Wirren des Ersten Weltkrieges hatte der Reichstag die ursprünglich geplante Konzeption eines Vergabegesetzes nicht weiter verfolgt, sondern statt dessen im Jahre 1921 den Reichsverdingungsausschuß zur Schaffung einheitlicher Grundsätze für die Vergabe von Leistungen und Lieferungen eingesetzt. Dieser erarbeitete zwei getrennte Verdingungsordnungen: die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) von 1926 sowie die Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) von 1936. In ihrem jeweiligen Teil A enthalten beide Verdingungsordnungen allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen beziehungsweise Leistungen. Abgelöst wurde der Reichsverdingungsausschuß 1947 durch den Verdingungsaus-

³⁰ Vgl. zu den bei der Umsetzung in den EU-Mitgliedstaaten ergriffenen Maßnahmen: Europäische Kommission: Stand der Umsetzung der Richtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens in allen Mitgliedstaaten, CCO/96/01, Brüssel, den 29. 2. 1996.

schuß für Bauleistungen (DVA), dem 1974 ein Verdingungsausschuß für Leistungen (DVAL) zur Seite gestellt wurde. Diese beiden Ausschüsse haben die Verdingungsordnungen inzwischen – auch ohne entsprechenden Anstoß durch die Koordinierungsmaßnahmen auf EU-Ebene – mehrfach überarbeitet.³¹ Aufgrund der fehlenden gesetzlichen Verankerung hatten die Verdingungsordnungen aber lediglich den Charakter interner Dienststanweisungen,³² vermittelten also keinen unmittelbaren Rechtsanspruch nach außen.

Trotzdem sah die Bundesregierung im Hinblick auf die Umsetzung der EU-Koordinierungsrichtlinien zum Vergaberecht zunächst keine Veranlassung, das bisherige System aufzugeben, sondern integrierte die Vorschriften der Bau- und der Lieferkoordinierungsrichtlinie als sogenannte a-Paragraphen und die jeweils einschlägigen Bestimmungen der Sektorenrichtlinie als b-Paragraphen in die bestehenden Verdingungsordnungen.^{33, 34} Die mangelnde gesetzliche Verankerung trug der Bundesrepublik Deutschland das schon mehrfach angesprochene Vertragsverletzungsverfahren C-433/93 der Kommission vor dem Europäischen Gerichtshof ein, der per Feststellungsurteil vom 11. August 1995 gegen die bisherige Umsetzungspraxis der Bundesrepublik entschieden hatte, weil den Bietern und Bewerbern nicht die notwendigen subjektiven Rechte gewährt worden waren.³⁵ In der Zwischenzeit – am 26. November 1993 – war jedoch das zweite Gesetz zur Änderung des Haushaltsgrundsätzegesetzes ergangen, das am 1. Januar 1994 in Kraft getreten war. Die Feststellung des Gerichtshofs, die Bundesrepublik Deutschland habe bei der Umsetzung der Bau- und der Lieferkoordinierungsrichtlinie gegen den EG-Vertrag verstoßen, konnte sich antragsgemäß daher nur auf die Zeit *vor* Inkrafttreten des geänderten Haushaltsgrundsätzegesetzes beziehen.³⁶ Allerdings war zunächst fraglich, ob die haushaltsrechtliche Verankerung der Forderung von Kommission und Rat nach subjektiven Rechten für Bieter und Bewerber genügen würde.³⁷

³¹ Vgl. Schäfer, Peter: Grundzüge des öffentlichen Auftragswesens, BB 1996 Beilage 12, S. 1 (3 f.).

³² Vgl. Gündisch, Jürgen: Der Rechtsschutz bei öffentlichen Aufträgen, in: Europarecht, Beiheft I/1996. Das öffentliche Auftragswesen in der EG, hrsg. von Jürgen Schwarze und Peter-Christian Müller-Graff, Baden-Baden, 1996, S. 59 (60); Brenner, Michael: Die Umsetzung der Richtlinien über öffentliche Aufträge in Deutschland, in: Europarecht, Beiheft I/1996. Das öffentliche Auftragswesen in der EG, hrsg. von Jürgen Schwarze und Peter-Christian Müller-Graff, Baden-Baden 1996, S. 23 (25).

³³ Vgl. die letzten beiden Anpassungen der VOB/A in den Jahren 1990 und 1992 sowie eine größere Anpassung der VOL/A im Jahr 1990 und zuletzt 1997.

³⁴ An dieser Konzeption hat auch die seit 1994 geltende haushaltsrechtliche Lösung nichts geändert. Die Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien in Form der a-Paragraphen der Verdingungsordnungen ist im folgenden Abschnitt unter N.II.1.a) dieser Arbeit dargestellt.

³⁵ Vgl. EuGH Rs. C- 433/93 „Kommission vs. Bundesrepublik Deutschland“, Urteil vom 11. 8. 1995, EuZW 1995, S. 635.

³⁶ Vgl. ebenda, S. 635 (635).

³⁷ Vgl. N.II.1.b) dieser Arbeit.

a) Die haushaltsrechtliche Lösung

aa) Die Umsetzung der materiellen EU-Vergaberichtlinien

Die haushaltsrechtliche Lösung von 1993 hatte der VOB/A und der VOL/A zumindest für Auftragsvolumina ab den Schwellenwerten einen gesetzlichen Überbau beschieden: In dem neu eingeführten § 57 a Absatz 1 Haushaltsgrundsätzegesetz war festgeschrieben, daß die Bundesregierung zur Erfüllung der Verpflichtungen aus den EU-Koordinierungsrichtlinien für in der Vorschrift näher bestimmte Auftraggeber die Auftragsvergabe durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates regelte. Die zugehörige Rechtsverordnung vom 22. Februar 1994³⁸ wiederum verweist auf die VOB/A, die VOL/A und auf die inzwischen verabschiedete Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF), in der die Bestimmungen zur Dienstleistungskordinierungsrichtlinie und die entsprechenden Vorschriften aus der Sektorenrichtlinie umgesetzt sind. Die Vergabeverordnung schreibt allen in § 57 a Absatz 1 Haushaltsgrundsätzegesetz genannten Auftraggebern bei Erreichen der jeweils einschlägigen Schwellenwerte verbindlich die Anwendung der entsprechenden a- beziehungsweise b-Paragraphen der VOL/A, VOB/A und VOF vor. Nachdem der Bundesregierung die Kompetenz für das deutsche Vergaberecht zugesprochen worden war, sind die Verdingungsausschüsse, die sich überwiegend aus Praktikern zusammensetzen, nicht mehr „Herren“ über Änderungen und Neugestaltungen der Verdingungsordnungen.³⁹

Um die Vorschriften der Richtlinien einigermaßen übersichtlich in die bereits bestehenden Verdingungsordnungen einzuarbeiten, wurden sowohl die VOB/A als auch die VOL/A in vier Abschnitte gegliedert. Während in Abschnitt 1 ausschließlich die Basisparagraphen aufgeführt sind, die für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte gelten,⁴⁰ wurden in Abschnitt 2 die Basis-Paragraphen mit den zusätzlichen Bestimmungen nach der EU-Baukoordinierungsrichtlinie (so in der VOB/A) beziehungsweise der EU-Lieferkoordinierungsrichtlinie (so in der VOL/A) aufgenommen⁴¹. In Abschnitt 3 sind die jeweiligen Basisparagraphen mit den zusätzlich einschlägigen Bestimmungen nach der EU-Sektorenrichtlinie abgedruckt,⁴² in Abschnitt 4 ausschließlich die Vergabebestimmungen nach der EU-Sektorenrichtlinie⁴³. Die Wiederholung der Basisparagraphen mag überflüssig erscheinen, erleichtert dem jeweiligen Auftraggeber aber die Suche nach den für ihn

³⁸ Vgl. Verordnung über die Vergabebestimmungen für öffentliche Aufträge (Vergabeverordnung-VgV) vom 22. Februar 1994, BGBl. 1994 I, S. 321, geändert durch Verordnung, BGBl. I Nr. 66, S. 2384 vom 7. 10. 1997.

³⁹ Vgl. Forum Öffentliches Auftragswesen, Monatsinfo ÖA, Januar 1995, S. 1.

⁴⁰ Vgl. Abschnitt 1 der VOB/A; Abschnitt 1 der VOL/A.

⁴¹ Vgl. Abschnitt 2 der VOB/A; Abschnitt 2 der VOL/A.

⁴² Vgl. Abschnitt 3 der VOB/A; Abschnitt 3 der VOL/A.

⁴³ Vgl. Abschnitt 4 der VOB/A; Abschnitt 4 der VOL/A.

einschlägigen Vergabebestimmungen: Anhand des § 57 a Absatz 1 Haushaltsgrundsatzgesetz konnte er zunächst prüfen, ob er zum Kreis der öffentlichen oder der Sektorenauftraggeber zählte. Mußte er dies bejahen, stellte sich die weitere Frage, um welche Art des Auftrags es sich bei der gewünschten Leistung handelte. Anhand der Auftragsart (Bauleistung, Lieferung oder Dienstleistung) konnte er (und kann er nach wie vor) dann ermitteln, ob das Auftragsvolumen den für die Leistung relevanten Schwellenwert überstieg. Aufgrund dieser drei Indizien konnte er schließlich die richtige *Schublade* in Form des einschlägigen Abschnitts der VOB/A, VOL/A oder VOF ziehen und fand hier in einem in sich abgeschlossenen Komplex alle zu beachtenden Vorschriften.⁴⁴

Wie schon angesprochen, hat Deutschland bei der Umsetzung der EU-Koordinierungsrichtlinien in der VOB/A und in der VOL/A von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, über die in den Richtlinien getroffenen Regelungen hinauszugehen: So hat der deutsche Gesetzgeber in alter Tradition für die öffentlichen Auftraggeber im klassischen Sinne auch oberhalb der Schwellenwerte das offene Verfahren (die öffentliche Ausschreibung) als das vorrangige festgeschrieben.⁴⁵ Wie ernst es der Bundesregierung mit der Priorität des offenen Verfahrens auf EU-Ebene aber tatsächlich ist, offenbart ein Rundschreiben des Bundesministeriums für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau vom 30. Mai 1997 an die Oberfinanzdirektionen und die Bundesbaudirektion. Hier heißt es:

„Im Rahmen eines Berichts des Bundesministers für Wirtschaft, des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung und des Bundesministers für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau zu *Konjunktur und Beschäftigung in der Bauwirtschaft* hat das Bundeskabinett am 9. April 1997 eine Reihe von Maßnahmen beschlossen, um deren strikte Beachtung ich bitte:

... Soweit die Voraussetzungen für eine Vergabe im nicht offenen Verfahren nach § 3 a Nr. 3 i.V.m. § 3 Nr. 3 VOB/A vorliegen, ist in der Regel ein nicht offenes Vergabeverfahren durchzuführen, um insbesondere außergewöhnliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Bieter zu mobilisieren, worin vor allem auch eine Wettbewerbsstärke der deutschen Unternehmen und der dort beschäftigten, fast durchweg qualifizierten deutschen Bauarbeitnehmer liegt. Entsprechendes gilt für Vergaben im Wege einer beschränkten Ausschreibung nach öffentlichem Teilnahmewettbewerb nach § 3 Nr. 3 Abs. 2 der VOB/A.“⁴⁶

Wenn auch vielleicht erst beim zweiten Hinsehen erkennbar, verbirgt sich hinter diesem Aufruf die Aufforderung an die öffentlichen Auftraggeber, bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge oberhalb der Schwellenwerte zur Stärkung der eigenen

⁴⁴ Vgl. zu dieser Vorgehensweise Schäfer, Peter: Grundzüge des öffentlichen Auftragswesens, BB 1996 Beilage 12, S. 1 (9).

⁴⁵ Vgl. § 3 a Ziff. 2 i.V.m. § 3 Ziff. 2 des 2. Abschnittes der VOB/A; § 3 a i.V.m. § 3 Ziff. 1 und Ziff. 2 des 2. Abschnitts der VOL/A.

⁴⁶ Rundschreiben des Bundesministeriums für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau an die Oberfinanzdirektionen und die Bundesbaudirektion vom 30. Mai 1997; betr.: Öffentliches Auftragswesen; hier: Maßnahmen zur Durchführung des Kabinettschlusses vom 9. April 1997 zur Konjunktur und Beschäftigung in der Bauwirtschaft.

Baubranche deutsche Unternehmer – soweit rechtlich möglich – zu bevorzugen. Paradoxerweise rührt vom selben Tag ein weiteres Rundschreiben des genannten Ministeriums, in dem derselbe Unterzeichner nach entsprechender Beanstandung des Bundesrechnungshofes die öffentlichen Auftraggeber mahnt, „den Vorrang der öffentlichen Ausschreibung gemäß § 3 VOB/A zu wahren.“ Der Bundesrechnungshof hatte gerügt, daß 1995 in den Geschäftsbereichen einiger Oberfinanzdirektionen überproportional von der beschränkten Ausschreibung und der freihändigen Vergabe Gebrauch gemacht wurde und der Anteil öffentlicher Ausschreibungen im Vergleich zu den übrigen Vergabearten sehr niedrig war.⁴⁷ Beide Schreiben stehen allerdings nur auf den ersten Blick in Widerspruch, denn das zuletzt zitierte Rundschreiben betrifft nur die Vergabeverfahren *unterhalb* der Schwellenwerte. So jedenfalls ist die Bezugnahme auf § 3 VOB/A, der ja ausschließlich Basisparagraf ist, zu verstehen. Der Wettbewerb *im eigenen Land* stört den Verfasser des Rundschreibens offenbar nicht.

In ihrer Struktur weicht die VOF grundlegend von der VOB/A und der VOL/A ab und orientiert sich sehr stark am Wortlaut der Dienstleistungs Koordinierungsrichtlinie. Eine Unterteilung in mehrere Abschnitte war bei der VOF nicht notwendig, weil sie ohnehin nur für einen Auftragswert von 200.000 ECU bzw. 130.000 SZR an einschlägig ist,⁴⁸ also im Unterschied zur VOB/A und zur VOL/A ausschließlich der Umsetzung der zugrundeliegenden Richtlinie dient. Bei der Konzeption hat die Bundesregierung außerdem darauf geachtet, bereits die durch das GPA erforderlichen Änderungen der Richtlinie, die bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht erlassen worden waren, mit einzubeziehen. So findet sich in § 6 Absatz 2 der VOF unter der Überschrift „Mitwirkung von Sachverständigen“ die – umstrittene – Bestimmung, daß Sachverständige in einem Vergabeverfahren weder unmittelbar noch mittelbar an der betreffenden Vergabe beteiligt sein dürfen.

Entgegen den Bestimmungen in den Koordinierungsrichtlinien⁴⁹ sehen sowohl die VOB/A als auch die VOL/A auch für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte jeweils eine spezielle Vorschrift zur Zuschlagsfrist vor:⁵⁰ Diese Frist soll bei Bauaufträgen in der Regel nicht mehr als 30 Kalendertage betragen, um die Bieter nicht unnötig lange zu binden.⁵¹ Die VOL/A sieht dagegen vor, die Zuschlagsfrist so kurz wie möglich zu bemessen.⁵² In der VOF ist die Zuschlagsfrist dagegen nicht geregelt worden, was wiederum darauf zurückzuführen ist, daß mit der VOF lediglich die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie bezweckt wurde.

⁴⁷ Vgl. Rundschreiben des Bundesministeriums für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau an die Oberfinanzdirektionen und die Bundesbaudirektion vom 30. Mai 1997; betr.: Öffentliches Auftragswesen; hier: Vergabestatistik – Wahl der Vergabeverfahren.

⁴⁸ Vgl. § 2 Abs. 2 der VOF.

⁴⁹ Vgl. E.IX., F.VII. und G.VI. dieser Arbeit.

⁵⁰ Vgl. § 19 des 2. Abschnitts der VOB/A; § 19 des 2. Abschnitts der VOL/A.

⁵¹ Vgl. § 19 Ziff. 2 des 2. Abschnittes der VOB/A.

⁵² Vgl. § 19 Ziff. 2 des 2. Abschnittes der VOL/A.

Mit den Vorarbeiten zur Umsetzung der Änderungsrichtlinien im Zuge des GPA wurde in Deutschland bereits im Januar 1998 begonnen: Der deutsche Vergabeausschuß berät derzeit über die erforderlichen Änderungen in der VOB/A, der VOL/A und der VOF.⁵³ Ergebnisse liegen aber noch nicht vor.

bb) Die Umsetzung der EU-Überwachungsrichtlinien

Im Zuge der Ergänzung von 1993 war das Haushaltsgrundsätzegesetz um zwei weitere Vorschriften zur Umsetzung der *Überwachungsrichtlinien* erweitert worden: §§ 57 b und 57 c Haushaltsgrundsätzegesetz. Auch hier war die Bundesregierung ermächtigt worden, mit Zustimmung des Bundesrates eine entsprechende Verordnung zu erlassen, was mit der Nachprüfungsverordnung vom 22. Februar 1994 geschah,⁵⁴ die im Zuge des Vergaberechtsänderungsgesetzes zum 1. Januar 1999 wieder außer Kraft gesetzt wurde. In dieser Verordnung waren die Grundlagen des Nachprüfungsverfahrens normiert. Entsprechende Nachprüfungsverordnungen wurden auch auf Ebene der einzelnen Bundesländer erlassen.⁵⁵ Mit der Koppelung des Nachprüfungsverfahrens an das Haushaltsgrundsätzegesetz hatte die Bundesrepublik sich bei der Umsetzung der Überwachungsrichtlinien zunächst *gegen* ein gerichtliches Verfahren entschieden. Bei dem Nachprüfungsverfahren deutscher Prägung handelte es sich vielmehr um ein zweistufiges lediglich *gerichtsähnliches* Verfahren: Auf der ersten Stufe konnten die Beteiligten eines Vergabeverfahrens die von den Auftraggebern zu errichtenden Vergabeprüfstellen anrufen, während in „zweiter Instanz“ die vom Bund beziehungsweise den Ländern einzurichtenden Vergabeüberwachungsausschüsse zuständig waren.⁵⁶

Die *Vergabesprüfstellen* waren in der Regel bei den Behörden eingerichtet worden, die die Rechtsaufsicht über die jeweiligen Vergabestellen führen.⁵⁷ Sie wurden tätig, wenn das Auftragsvolumen den einschlägigen Schwellenwert erreichte oder überstieg und sich Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen Vergabevorschriften ergaben, auch ohne daß ein Verfahrensbeteiligter einen solchen Verstoß gerügt hatte.⁵⁸ Rügte jedoch einer der Beteiligten einen Verstoß, galt die Nachprüfungsverpflichtung der zuständigen Vergabeprüfstelle ganz besonders.⁵⁹ Die Überprü-

⁵³ Vgl. Forum Öffentliches Auftragswesen: Monatsinfo ÖA, Januar 1998, S. 2.

⁵⁴ Vgl. Verordnung über das Nachprüfungsverfahren für öffentliche Aufträge (NpV) vom 22. Februar 1994, BGBl. 1994 I, S. 324.

⁵⁵ Vgl. Forum Öffentliches Auftragswesen, Monatsinfo ÖA, Mai 1996, Anlage 3. Die Nachweise der Fundstellen auf Länderebene sind auch abgedruckt in: Stockmann, Kurt: Die Vergabeüberwachung des Bundes, WuW 1995, S. 572 (573 Fn. 10).

⁵⁶ Vgl. § 57 b Abs. 1 sowie § 57 c Abs. 1 und Abs 5 Haushaltsgrundsätzegesetz.

⁵⁷ Vgl. § 1 Abs. 1 bis Abs. 7 der Nachprüfungsverordnung.

⁵⁸ Vgl. § 57 b Abs. 3 Haushaltsgrundsätzegesetz.

⁵⁹ Vgl. § 57 b Abs. 3 S. 2 Haushaltsgrundsätzegesetz.

fungsmöglichkeit auch von Amts wegen stellte aber sicher, daß es nicht auf einen entsprechenden Anstoß oder gar den förmlichen Antrag eines Beteiligten ankam.⁶⁰ Denn es wäre wahrscheinlich wenig effektiv gewesen, nur den abgewiesenen Bietern oder Bewerbern eines Vergabeverfahrens ein Antragsrecht zu gewähren. Kam die Vergabeprüfstelle zu dem Ergebnis, daß dem Auftraggeber Fehler unterlaufen waren, konnte sie diesen verpflichten, rechtswidrige Maßnahmen oder Entscheidungen aufzuheben beziehungsweise rechtmäßige Maßnahmen oder Entscheidungen zu treffen⁶¹. Im begrenzten Rahmen und nur unter bestimmten Voraussetzungen war die Vergabeprüfstelle auch ermächtigt, das Vergabeverfahren einstweilig auszusetzen. Dies war allerdings nur so lange möglich, wie die Vergabeentscheidung noch nicht vollzogen worden war.⁶²

Nur auf entsprechenden Antrag des Beschwerdeführers – also nicht auf Antrag des öffentlichen oder des Sektorenauftraggebers – wurde der *Vergabeüberwachungsausschuß* tätig.⁶³ Diese von den Vergabestellen unabhängigen Ausschüsse wurden auf Bundesebene beim Bundeskartellamt⁶⁴ und auf Länderebene in der Regel bei den Kartellreferaten der Wirtschaftsministerien⁶⁵ eingerichtet. Während die Vergabeprüfstellen einen Sachverhalt sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht untersuchten, prüfte der Überwachungsausschuß die beanstandete Entscheidung der Vergabeprüfstelle lediglich in *rechtlicher* Hinsicht⁶⁶. Stellte er die Rechtswidrigkeit der Entscheidung der Vergabeprüfstelle fest, wies er diese an, unter Berücksichtigung seiner Rechtsauffassung abermals zu entscheiden.⁶⁷ Im Gegensatz zu den Vergabeprüfstellen war er allerdings nicht befugt, ein noch laufendes Vergabeverfahren auszusetzen.⁶⁸

Sehr zur Überraschung der deutschen Bundesregierung hatte auch die Umsetzung der Überwachungsrichtlinien der Bundesrepublik das schon unter I.I.1. dieser Arbeit angesprochene Vertragsverletzungsverfahren eingehandelt. Obwohl die Kommission den deutschen Sonderweg der haushaltsrechtlichen Lösung ursprünglich gebilligt hatte, war sie später der Ansicht, daß die Vergabeüberwachungsausschüsse keine Gerichte im Sinne des Artikel 177 EG-Vertrag waren. Die Bundesrepublik hatte nach Auffassung der Kommission die Überwachungsrichtlinien verletzt, weil dort⁶⁹ vorgesehen sei, daß die Nachprüfung wenigstens in zweiter In-

⁶⁰ Vgl. Schäfer, Peter: Grundzüge des öffentlichen Auftragswesens, BB 1996 Beilage 12, S. 1 (9).

⁶¹ Vgl. § 57 b Abs. 4 S. 2 Haushaltsgrundsätzegesetz.

⁶² Vgl. ebenda, § 57 b Abs. 4 S. 4 bis 8.

⁶³ Vgl. ebenda, § 57 c Abs. 6.

⁶⁴ Vgl. ebenda, § 57 c Abs. 7 S. 1 und S. 2.

⁶⁵ Vgl. die entsprechenden Nachprüfungsverordnungen der Länder, abgedruckt in: Forum Öffentliches Auftragswesen, Monatsinfo ÖA Mai 1996, Anlage 3.

⁶⁶ Vgl. § 57 c Abs. 5 S. 2 Haushaltsgrundsätzegesetz.

⁶⁷ Vgl. ebenda, § 57 c Abs. 5 S. 3.

⁶⁸ Vgl. § 3 Abs. 4 der Nachprüfungsverordnung.

stanz vor einem Gericht im Sinne des Artikel 177 EG-Vertrag stattfinden müsse⁷⁰. Auch auf eine die haushaltsrechtliche Lösung verteidigende Stellungnahme der Bundesregierung vom 29. Februar 1996 hin sah sich die Kommission nicht veranlaßt, von ihren bisherigen Einwänden abzuweichen⁷¹. Wesentlicher Kritikpunkt war der mangelhafte Bieterschutz aufgrund fehlender Gerichtsqualität der Vergabekontrollinstanzen.⁷² In Anlehnung an die einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, der als wesentliche Kriterien für ein Gericht im Sinne des Artikel 177 EG-Vertrag die Unabhängigkeit, den ständigen Charakter, das streitige Verfahren mit Parteienstellung aller Beteiligten und entsprechenden Antrags- und Beweisrechten, die Entscheidung nach Rechtsnormen sowie die gesetzliche Grundlage entwickelt hat,⁷³ kritisierte die Kommission zum einen, daß es sich bei den Vergabeüberwachungsausschüssen nicht um *Einrichtungen mit ständigem Charakter* gehandelt habe, weil nur eine vorübergehende, nicht aber eine dauerhafte Funktionstätigkeit gegeben gewesen sei. Zum anderen habe den Mitgliedern der Vergabeüberwachungsausschüsse die notwendige Unabhängigkeit gefehlt. Die Kommission rügte weiter eine zu starke Beschränkung der Tatsachenprüfung und das Fehlen eines kontradiktorischen Verfahrens. Die Frage, ob die Vergabeüberwachungsausschüsse auf Grundlage von Rechtsnormen entschieden hätten, ließ sich aus Sicht der Kommission nicht eindeutig beantworten. Zwar habe es sich beim Haushaltsgrundsätzegesetz, aus dem sich auch die Geschäftsordnungen der Ausschüsse abgeleitet hätten, um eine Rechtsnorm im formalen Sinne gehandelt, den Geschäftsordnungen der Vergabeüberwachungsausschüsse selber sei dagegen aber wohl kein Normcharakter zugekommen⁷⁴.

Die Ansicht der Kommission, daß Deutschland bei der Umsetzung der Überwachungsrichtlinien gegen EU-Recht verstoßen habe, teilte auch Generalanwalt Giuseppe Tesaro. Er hatte dem Europäischen Gerichtshof in einem Vorabentscheidungsersuchen des Vergabeüberwachungsausschusses des Bundes empfohlen, die vom Überwachungsausschuß vorgelegte Frage zur Interpretation einer Vorschrift aus der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie als bereits *unzulässig* abzuweisen,

⁶⁹ Vgl. Art. 2 Abs. 8 der Überwachungsrichtlinie 89/665/EWG, ABl. L 395 v. 30. 12. 1989, S. 33; Art. 2 Abs. 9 der Sektorenüberwachungsrichtlinie 21/13/EWG, ABl. L 76 v. 23. 3. 1992, S. 14.

⁷⁰ Vgl. Schreiben der Europäischen Kommission an Dr. Klaus Kinkel, Bundesminister des Auswärtigen, vom 31. 10. 1995, SG (95) D/13624; 95/2044, S. 3.

⁷¹ Vgl. Mit Gründen versehene Stellungnahme der Kommission gerichtet an die Bundesrepublik Deutschland gemäß Artikel 169 des EG-Vertrages betreffend die Umsetzung der Richtlinie 89/665/EWG, K(96) 2380 endg., Brüssel, den 31. Juli 1996.

⁷² Vgl. ebenda, S. 4.

⁷³ Vgl. EuGH Rs. 246/80 „Broekmeulen vs. Huisarts Registratie Commissie“ Slg. 1981, S. 2311 (2328); EuGH Rs. 318/85 „Strafverfahren gegen Regina Greis Unterweger“ Slg. 1986, S. 955 (957).

⁷⁴ Vgl. Mit Gründen versehene Stellungnahme der Kommission gerichtet an die Bundesrepublik Deutschland gemäß Artikel 169 des EG-Vertrages betreffend die Umsetzung der Richtlinie 89/665/EWG, K(96) 2380 endg., Brüssel, den 31. Juli 1996, S. 6 f.

da der Ausschuß keine Gerichtsqualität im Sinne des Artikel 177 EG-Vertrag besitzt⁷⁵. Auf die auch in Deutschland heftig geführte Diskussion zur Gerichtsqualität der Überwachungsausschüsse soll hier nicht näher eingegangen werden.⁷⁶

Obwohl der Europäische Gerichtshof in dem genannten Vorabentscheidungsverfahren – für alle Beteiligten überraschend – entschieden hat, daß die Vergabeüberwachungsausschüsse als Gerichte im Sinne von Artikel 177 EG-Vertrag anzusehen sind⁷⁷, sah sich die Bundesregierung gezwungen, neben dem materiellen Vergaberecht auch das Nachprüfungsverfahren neu zu fassen⁷⁸. Ausschlaggebend für eine komplette Überarbeitung des deutschen Vergabewesens war nämlich zudem ein handelspolitischer Konflikt mit den USA: Nachdem die beiden amerikanischen Unternehmen General Electric und Westinghouse als Anbieter bei Kraftwerksbauten der VEAG Vereinigte Energiewerke AG in Lippendorf (Sachsen) und in Cottbus zugunsten von ABB von der Auftragsvergabe ausgeschlossen worden waren, war Deutschland im April 1996 in den jährlichen Bericht des amerikanischen Handelsbeauftragten über Behinderungen amerikanischer Unternehmen bei der Auftragsvergabe im Ausland aufgenommen worden. In Deutschland wurde das Vergabeverfahren sowohl vom Vergabeüberwachungsausschuß als auch vom Kammergericht Berlin überprüft, der Anspruch, die Vergabeentscheidung zu revidieren, jedoch abgelehnt.⁷⁹ Die USA waren jedoch der Ansicht, daß beide amerikanischen Angebote vorteilhafter als dasjenige von ABB gewesen seien, das deutsche Vergaberecht den U.S.-Unternehmen aber keine Möglichkeit gegeben habe, sich auf dem Rechtsweg wirksam gegen Unregelmäßigkeiten bei der Vergabeentscheidung wehren zu können. Die Amerikaner forderten im Zuge der Auseinandersetzungen, daß für Vergabebeschwerden auch in Deutschland ein gerichtlicher Rechtsschutz geschaffen werden müsse.⁸⁰ Obwohl der deutsche Bundeskanzler mit den Worten

⁷⁵ Vgl. Schlußanträge des Generalanwalts Guiseppe Tesauro vom 15. Mai 1997 in der Rechtssache C-54/96 „Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH vs. Bundesbaugesellschaft Berlin GmbH“ Rdnr. 49.

⁷⁶ Einen guten Überblick über den Streit verschaffen Boesen, Arnold: Deutsches Vergaberecht auf dem Prüfstand des Gemeinschaftsrechts, EuZW 1997, S. 713; Dreher, Meinrad: Der Rechtsschutz bei Vergabeverstößen nach „Umsetzung“ der EG-Vergaberichtlinien, ZIP 1995, S. 1869; Forum Öffentliches Auftragswesen (Hrsg.): Empfehlungen zum Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen, erstellt von einer Expertengruppe des Forum ÖA e.V., vorgelegt im August 1996, Schriftenreihe des Forums Öffentliches Auftragswesen e.V., Köln 1996; Pietzcker, Jürgen: Die deutsche Umsetzung der Vergabe- und Nachprüfungsrichtlinien im Lichte der neuen Rechtsprechung, Gutachten für das Forum Öffentliches Auftragswesen vom 29. November 1995.

⁷⁷ Vgl. EuGH Rs. C-54/96 „Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft vs. Bundesbaugesellschaft Berlin“, Urteil v. 17. 9. 1997, Rdnr. 38.

⁷⁸ Vgl. N.II.1.c) dieser Arbeit.

⁷⁹ Vgl. Hohenthal, Carl Graf: Das deutsche Vergaberecht muß korrigiert werden, F.A.Z. v. 25. 9. 1996; Beschluß des Vergabeüberwachungsausschusses des Landes Brandenburg, VÜA 3/96 vom 9. 5. 1996; Urteil des Kammergerichts Berlin vom 10. 4. 1995, EuZW 1995, S. 645.

⁸⁰ Vgl. Forum Öffentliches Auftragswesen, Monatsinfo ÖA, Juni 1996, S. 1 ff.

zitiert wurde, er lasse sich – auch von den Amerikanern – nicht erpressen, erging am 22. Mai 1996 ein Kabinettsbeschluß, wonach das Bundeswirtschafts- und das Bundesjustizministerium einen Vorschlag für einen verbesserten Bieterschutz erarbeiten sollten. Gegebenenfalls sollte dieser Schutz in Form einer gerichtlichen Kontrollmöglichkeit gewährt werden, wobei allerdings sichergestellt sein sollte, daß die Verfahren – ähnlich wie im derzeitigen Nachprüfungsverfahren – innerhalb kurzer Zeit und ohne Investitionshemmnisse abgewickelt werden könnten.⁸¹ Von einigen Politikern wurde das dänische Modell, das im wesentlichen allerdings auch auf einem außergerichtlichen Rechtsschutz basiert, als mögliche Lösung für Deutschland favorisiert.⁸² Die Kommission, die nach dem genannten Urteil des Europäischen Gerichtshofes nun befürchtete, daß in Deutschland eine Veränderung der Rechtslage nicht mehr als so dringend angesehen werden könnte, hatte zur Eile gemahnt.⁸³

b) Die Eingliederung des öffentlichen Vergabewesens in das Wettbewerbsrecht

Zwar hatte die haushaltsrechtliche Lösung des *materiellen* Vergaberechts für die Bundesrepublik Deutschland nicht zu einem Vertragsverletzungsverfahren geführt, dennoch war die Bundesregierung zu dem Ergebnis gekommen, daß die Regelung des Vergaberechts in einem einheitlichen Gesetz die von allen Seiten am ehesten zu akzeptierende Lösung sein würde⁸⁴. Die am 29. Mai 1998 verabschiedeten und am 1. Januar 1999 in Kraft getretenen Änderungen des Vergaberechts⁸⁵ haben aber auch noch einen anderen Hintergrund: Das deutsche Vergaberecht kennt traditionell keine subjektiven Rechte für Bieter und Bewerber; vielmehr besaßen die Verdingungsordnungen – wie schon erwähnt – von Beginn an lediglich den Charakter interner Dienstanweisungen. Begründet wurde diese deutsche Haltung in der Vergangenheit mit der überwiegend haushaltswirtschaftlichen Funktion des Vergabe-

⁸¹ Vgl. ebenda, S. 1 (1).

⁸² Vgl. Hohenthal, Carl Graf: Das deutsche Vergaberecht muß korrigiert werden, F.A.Z. v. 25. 9. 1996.

⁸³ Vgl. Stabenow, Michael: EU: Vergaberegeln umsetzen, F.A.Z. v. 30. 10. 1997.

⁸⁴ Vgl. Forum Öffentliches Auftragswesen, Monatsinfo ÖA, Juni 1996, S. 1 (1); Gröning, Jochem: Rechtsschutzqualität und Verfahrensbeschleunigung im Entwurf für ein Vergaberechtsänderungsgesetz, ZIP 1998, S. 370 (371 f.); Hohenthal, Carl Graf: Das deutsche Vergaberecht muß korrigiert werden, F.A.Z. v. 25. 9. 1996; Begründung zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz – VgRÄG), Stand: 20. April 1997, Ziff. A. 2.

⁸⁵ Vgl. Forum Öffentliches Auftragswesen: Sonderinfo Mai 1998. Vgl. außerdem: Boesen, Arnold: Das Vergaberechtsänderungsgesetz im Lichte der europarechtlichen Vorgaben, EuZW 1998, S. 551 ff.; Dreher, Meinrad: Der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts, DB 1998, S. 2579 ff.; Gröning, Jochem: Die Grundlagen des neuen Vergaberechtsschutzes, ZIP 1999, S. 52 ff.

wesens.⁸⁶ Dies hatte dazu geführt, daß ein einzelner die Einhaltung haushaltsrechtlicher Gebote grundsätzlich nicht erzwingen konnte. Nach dem Willen der Bundesregierung hatte daran auch die Eingliederung in das Haushaltsgrundsätzegesetz nichts ändern sollen.⁸⁷ Subjektive Rechte waren auch nicht in das Nachprüfungsverfahren eingebaut worden; vielmehr hatte sich der deutsche Gesetzgeber hier mit einer Reflexwirkung des objektiven Rechts begnügt⁸⁸. Subjektive Rechte unterscheiden sich von bloßen Rechtsreflexen dadurch, daß der Bürger im Falle eines Rechtsreflexes zwar begünstigt wird, er aber grundsätzlich keinen gerichtlich verfolgbarer Anspruch auf diese Begünstigung besitzt. Seitdem jedoch der Europäische Gerichtshof die EU-Koordinierungsrichtlinien zum Vergaberecht zunehmend dahingehend interpretiert, daß sie Bieter vor willkürlichen Maßnahmen öffentlicher Auftraggeber schützen sollen,⁸⁹ sah sich die Bundesregierung veranlaßt, das deutsche Vergaberecht mit subjektiven Rechten für Bieter und Bewerber auszustatten, zumal der Gerichtshof den Überwachungsrichtlinien lediglich flankierende Bedeutung zumißt, die nicht geeignet sind, die im materiellen Vergaberecht gegebenenfalls fehlenden subjektiven Rechte zu kompensieren.⁹⁰ Für ein Vergabegesetz hatten sich auch viele Stimmen in der Literatur ausgesprochen.⁹¹

Der daraufhin ergangene Referentenentwurf des Bundeswirtschaftsministeriums⁹² war in überarbeiteter Fassung in den frühen Morgenstunden des 29. Mai 1998 verabschiedet worden und trat am 1. Januar 1999 in Kraft⁹³; das Gesetz regelt die Aufnahme des deutschen Vergaberechts in das GWB. Die Eingliederung in das GWB verfolgt zwei Ziele: Zum einen soll auf diese Weise zum Ausdruck gebracht werden, daß das Vergaberecht subjektive Rechte gewährt; zum anderen soll die

⁸⁶ Vgl. BGH, NJW 1980, S. 180; Brenner, Michael: Die Umsetzung der Richtlinien über öffentliche Aufträge in Deutschland, S. 23 (32).

⁸⁷ Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Haushaltsgrundsätzegesetzes, BR-Drucksache 5/93, S. 21.

⁸⁸ Vgl. Rittner, Fritz: Das deutsche Öffentliche Auftragswesen im europäischen Kontext, NVwZ 1995, S. 313 (319).

⁸⁹ Vgl. EuGH „Gebroeders Beentjes vs. Niederlande“, Slg. 1988, S. 4635 (4658); zuletzt EuGH Rs. C-433/95 „Kommission vs. Bundesrepublik Deutschland“, Urteil vom 11. 8. 1995, EuZW, S. 635 (637).

⁹⁰ Vgl. EuGH Rs. C-433/95 „Kommission vs. Bundesrepublik Deutschland“, Urteil vom 11. 8. 1995, EuZW, S. 635 (638).

⁹¹ Vgl. nur Brenner, Michael: Die Umsetzung der Richtlinien über öffentliche Aufträge in Deutschland, S. 23 (44 f.); Dreher, Meinrad: Der Rechtsschutz bei Vergabeverstößen nach „Umsetzung“ der EG-Vergaberichtlinien, ZIP 1995, S. 1869 (1879); Rittner, Fritz: Das öffentliche Auftragswesen im Spannungsfeld zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, S. 7 (20); Schäfer, Mathias: Mehr Wettbewerb im Bereich des öffentlichen Auftragswesens nach Erlaß der europäischen Vergaberichtlinien?, S. 137 ff. Offen aber Gröning, Jochem: Zum aktuellen Stand der Diskussion um das deutsche Vergaberecht, WuW 1996, S. 566 (570).

⁹² Vgl. Hohenthal, Carl Graf: Kabinett beschließt eine Reform des Vergaberechts, F.A.Z. v. 4. 9. 1997.

⁹³ Vgl. Forum Öffentliches Auftragswesen: Sonderinfo Mai 1998.

wettbewerbliche Bedeutung des Vergaberechts betont werden.⁹⁴ Mit dieser Lösung haben sich Regierung und Parlament um 180 Grad von der bisherigen überwiegend haushaltswirtschaftlichen Betrachtungsweise des Vergaberechts abgewendet und genau die entgegengesetzte Richtung eingeschlagen. Die Vorschriften im vierten Teil des GWB (§ 97 ff. GWB) setzen nicht nur die EU-Richtlinien zum materiellen Vergaberecht, sondern auch die Bestimmungen zum Nachprüfungsverfahren um, weswegen die Nachprüfungsverordnung zum 1. Januar 1999 außer Kraft gesetzt wurde. Mißlungen ist allerdings die Überschrift zum vierten Teil des GWB: „Vergabe öffentlicher Aufträge“. Da in das Gesetz auch die Sektorenauftraggeber aufgenommen worden sind, ist die Reduzierung auf *öffentliche* Aufträge irreführend und für Unternehmen wie etwa die Deutsche Telekom AG oder privatwirtschaftlich organisierte Energieversorger mindestens ägerlich.

Der *erste Abschnitt* des Gesetzes beginnt mit einer Liste allgemeiner Grundsätze, die bei der öffentlichen Auftragsvergabe zu beachten sind. Dazu gehören die Vergabe im Wettbewerb, die Transparenz der Verfahren, der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot und ein eigens formulierter Anspruch der Unternehmen darauf, daß ein Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.⁹⁵ Außerdem werden im ersten Abschnitt die öffentlichen Auftraggeber und diejenigen Institutionen, die aufgrund der Sektorenrichtlinie dem Vergaberecht unterliegen, in Anlehnung an § 57 a Abs. 1 Haushaltsgrundsätzegesetz⁹⁶ sowie die unterschiedlichen Arten öffentlicher Aufträge nebst Anwendungsbereichen definiert⁹⁷ und die Arten der Vergabe⁹⁸ beschrieben. In § 100 GWB, der den Anwendungsbereich regelt, war nach dem *Referentenentwurf* vorgesehen, daß für die klassischen öffentlichen Auftraggeber bestimmte Regelungen auch *unterhalb* der Schwellenwerte gelten sollten. Allerdings war dem Bundeswirtschaftsministerium bewußt, daß es sich mit diesem Vorschlag nicht würde durchsetzen können.⁹⁹ Im letztlich verabschiedeten Gesetzestext war diese Passage dann auch erwartungsgemäß gestrichen worden. Im zweiten Abschnitt des Gesetzes ist das Nachprüfungsverfahren geregelt, auf das unter N.II.1.c) näher eingegangen werden soll. Der dritte Abschnitt enthält sonstige Regelungen etwa zum Schadensersatz¹⁰⁰ sowie zu den Kosten des Verfahrens vor den Vergabekammern und den Kosten des gerichtlichen Verfahrens¹⁰¹.

⁹⁴ Vgl. Begründung zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz – VgRÄG), Stand: 20. April 1997, Ziff. A. 4.

⁹⁵ Vgl. § 97 Abs. 1, Abs. 7 GWB.

⁹⁶ Vgl. § 98 GWB.

⁹⁷ Vgl. §§ 99 und 100 GWB.

⁹⁸ Vgl. § 101 GWB.

⁹⁹ Vgl. Forum Öffentliches Auftragswesen, Monatsinfo ÖA, Mai 1997, S. 1.

¹⁰⁰ Vgl. §§ 125 f. GWB.

¹⁰¹ Vgl. §§ 128 f. GWB.

Nach Vorstellung der Bundesregierung hatte das Vergaberechtsänderungsgesetz schon zum 1. Januar 1998 in Kraft treten sollen.¹⁰² Da jedoch einige Bundesländer bereits frühzeitig signalisiert hatten, mit der Eingliederung des Vergaberechts in das GWB nicht einverstanden zu sein, und der Gesetzentwurf sowohl im Bundesrat als auch in den Bundestagsausschüssen heftig diskutiert wurde, kam als frühester Termin für das Inkrafttreten der 1. Januar 1999 in Betracht. Von vielen Beobachtern des öffentlichen Auftragswesens war jedoch wegen der Bundestagswahl im September 1998 bezweifelt worden, ob selbst dieser Termin eingehalten werden könne¹⁰³. Einige Bundesländer hatten für ein eigenständiges Vergabegesetz plädiert, weil die öffentliche Auftragsvergabe nicht nur Teil des Wettbewerbsrechts, sondern beispielsweise auch Mittel zur Konjunktursteuerung sei. Die Eingliederung in das GWB betont nach Ansicht insbesondere der SPD-regierten Bundesländer die wettbewerbliche Seite zu stark.¹⁰⁴ Der Bundesrat hatte demgemäß vorgeschlagen, ein eigenständiges Vergabegesetz zu erlassen, was die damalige Bundesregierung jedoch abgelehnt hatte.¹⁰⁵ Gewichtiger ist jedoch ein anderes Argument, das gegen eine Einbeziehung des Vergaberechts in das GWB sprach: Durch eine Integration in das Wettbewerbsrecht können ungewollte Wechselwirkungen mit Definitionen und Termini an anderen Stellen des Gesetzes entstehen, die für Verwirrung sorgen und zu Ungereimtheiten führen können¹⁰⁶. Ein Beispiel dafür liefert der Begriff des „Unternehmens“ im § 97 Absatz 7 GWB, der die subjektiven Rechte der Unternehmen regelt. Der Terminus *Unternehmen* ist im Rahmen des GWB bereits festgelegt; es stellt sich aber die Frage, ob diese Definition auch für das Vergaberecht taugt.

Auch das Vergabegesetz soll lediglich den groben Rahmen für das Vergabewesen oberhalb der EU-Schwellenwerte abstecken. Von dem bisherigen Konzept der *Kaskaden-Lösung*, wie sie mit dem Haushaltsgrundsätzegesetz, der Vergabeverordnung nebst nachfolgenden Verdingungsordnungen sowie der früheren Nachprüfungsverordnung angestrebt wurde, wird auch jetzt nicht abgewichen.¹⁰⁷ Aus die-

¹⁰² Vgl. Artikel 3 des Vergaberechtsänderungsgesetzes.

¹⁰³ Vgl. Däubler-Gmelin, Herta: Kann das neue Vergaberecht noch bis zum Ende der Legislaturperiode beschlossen werden? EuZW 1997, S. 709 (713).

¹⁰⁴ Persönliches Gespräch; Forum Öffentliches Auftragswesen, Monatsinfo ÖA, Juni 1997, S. 1. Für eine Integration in das Wettbewerbsrecht jedoch Franke, Horst: Der Staat als Käufer: Mehr Wettbewerb – weniger Obrigkeit. Vergabekammern sollen über die Verfahren wachen / Eine Novelle zum Recht der Auftragsvergabe, F.A.Z. v. 14. 8. 1997.

¹⁰⁵ Vgl. Stellungnahme des Bundesrates (DS 646/97 Beschluß) zum Gesetzentwurf eines Vergaberechtsänderungsgesetzes und Gegenäußerung der Bundesregierung, Bonn, den 25. November 1997.

¹⁰⁶ Vgl. Meyer, Timm: Vortrag im Rahmen der Veranstaltung: Vergaberecht im Umbruch. Ein Entwurf der Bundesregierung, Vortragsveranstaltung des Forum Öffentliches Auftragswesen Regionalgruppe Südwest, Wiesbaden, den 4. Februar 1997.

¹⁰⁷ Vgl. Entwurf zu einer Verordnung über die Vergabe- und Nachprüfungsbestimmungen für öffentliche Aufträge (Vergabe- und Nachprüfungsverordnung – VgNPv), Stand 1. April 1997, Vorblatt Ziff. A.

sem Grund sieht auch der vierte Teil des GWB für die Bundesregierung entsprechende Ermächtigungsgrundlagen zum Erlass näherer Bestimmungen über Verfahren, Ablauf und Arten der Auftragsvergabe mit Zustimmung des Bundesrates vor¹⁰⁸. In der bisher nur im Entwurf vorliegenden Verordnung über die Vergabe- und Nachprüfungsbestimmungen, die die Vergabeverordnung ablösen soll, sind die Regelungen des materiellen Vergaberechts und die Bestimmungen zum Nachprüfungsverfahren zusammengefaßt; die Verordnung soll dem Gesetz zufolge nach wie vor auf die VOB / A, die VOL / A und die VOF verweisen. Alternativ dazu wäre nur eine Verordnung in Betracht gekommen, die sämtliche die EU-Richtlinien umsetzenden Regelungen der VOB / A, VOL / A und VOF enthalten hätte. Nach Ansicht der früheren Bundesregierung hätte dies aber zu einer völligen Zerstörung des traditionsreichen und vielerseits akzeptierten deutschen Vergabewesens und darüber hinaus zu einer verwirrenden Unübersichtlichkeit geführt¹⁰⁹.

Da das Vergaberechtsänderungsgesetz erst zum 1. Januar 1999 in Kraft getreten ist, muß es erst noch unter Beweis stellen, ob es sich in der Praxis bewähren kann. Es stellt sich aber schon jetzt die Frage, ob das gewählte Konzept gegenüber der haushaltsrechtlichen Lösung zu mehr Übersichtlichkeit führt.

c) Die Änderungen bei der Umsetzung der Überwachungsrichtlinien

Dem Vergaberechtsänderungsgesetz zufolge ist auch das neue Nachprüfungsverfahren zweistufig aufgebaut: Auf der ersten außergerichtlichen Stufe prüfen vom Bund und von den Ländern eingerichtete *Vergabekammern* die Rechtmäßigkeit eines Vergabeverfahrens.¹¹⁰ Diese Kammern ähneln den Überwachungsausschüssen; ihre Kompetenzen gehen jedoch über die der Überwachungsausschüsse hinaus. Nach dem Wunsch des Bundeswirtschaftsministeriums soll das Nachprüfungsverfahren in der Regel bereits nach dieser ersten Stufe enden. Angestrebt wird also eine möglichst große Akzeptanz der von den Vergabekammern getroffenen Entscheidungen.¹¹¹ Einzelheiten des Verfahrens sind in den §§ 107 ff. GWB geregelt. Im Gegensatz zu den Überwachungsausschüssen werden die Vergabekammern nur auf Antrag tätig. Antragsbefugt ist jedes Unternehmen, das ein Interesse an dem betreffenden Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten geltend machen kann.¹¹² Von Amts wegen erforschen die Vergabekammern dann jedoch alle Ein-

¹⁰⁸ Vgl. § 97 Abs. 6 und § 127 GWB.

¹⁰⁹ Vgl. Entwurf zu einer Verordnung über die Vergabe- und Nachprüfungsbestimmungen für öffentliche Aufträge (Vergabe- und Nachprüfungsverordnung – VgNpV), Stand 1. April 1997, Vorblatt Ziff. C.

¹¹⁰ Vgl. § 107 GWB.

¹¹¹ Vgl. Meyer, Timm: Vortrag im Rahmen der Veranstaltung: Vergaberecht im Umbruch. Ein Entwurf der Bundesregierung.

¹¹² Vgl. § 107 Abs. 1 und Abs. 2 GWB.

zelheiten des Sachverhalts.¹¹³ In ihren Entscheidungen, die grundsätzlich innerhalb von fünf Wochen ergehen sollen,¹¹⁴ sind sie nicht an Anträge gebunden, sondern wirken davon unabhängig auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens hin; ein bereits erteilter Zuschlag kann allerdings auch von den Vergabekammern nicht aufgehoben werden.¹¹⁵ Wie bereits die Vergabeüberwachungsausschüsse können auch die Vergabekammern ein Vergabeverfahren *aussetzen*, wenn durch die Erteilung des Zuschlags die Rechte des Antragstellers beeinträchtigt werden.¹¹⁶ Auf Antrag des Auftraggebers kann die Vergabekammer den Fortgang des Vergabeverfahrens und den Zuschlag jedoch gestatten, „wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluß des Vergabeverfahrens die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe ... die damit verbundenen Vorteile überwiegen“¹¹⁷. Mit anderen Worten: Der Fortgang des Vergabeverfahrens kann gestattet werden, wenn das Interesse am Abschluß so stark ist, daß damit nicht bis zur Entscheidung gewartet werden kann¹¹⁸.

Gegen Entscheidungen der Vergabekammern kann binnen zwei Wochen sofortige Beschwerde eingelegt werden,¹¹⁹ über die das für den Sitz der jeweiligen Vergabekammer zuständige *Oberlandesgericht* entscheidet. Bei den Oberlandesgerichten sind entsprechende *Vergabesenate* gebildet worden.¹²⁰ Im Unterschied zum derzeitigen Nachprüfungsverfahren sind nach dem neuen Recht alle Verfahrensbeteiligten und nicht nur die unterlegenen Bieter oder Bewerber berechtigt, das Nachprüfungsverfahren auf die zweite Stufe zu heben.¹²¹ Die Zuweisung zu den Zivilgerichten soll zum Ausdruck bringen, daß die öffentliche Auftragsvergabe in der Bundesrepublik Deutschland traditionell dem Zivil- und nicht dem öffentlichen Recht zugeordnet wird.¹²² Vor den Vergabesenaten der Oberlandesgerichte herrscht – wie immer vor Oberlandesgerichten – Anwaltszwang¹²³. Was die Aussetzung des Vergabeverfahrens angeht, besitzen die Vergabesenate beim Oberlandesgericht dieselben Befugnisse wie die Vergabekammern¹²⁴. Den Oberlandesge-

¹¹³ Vgl. § 110 Abs. 1 GWB.

¹¹⁴ Vgl. § 113 Abs. 1 GWB.

¹¹⁵ Vgl. § 114 Abs. 1 und Abs. 2 GWB.

¹¹⁶ Vgl. § 115 Abs. 1 GWB.

¹¹⁷ § 115 Abs. 2 GWB.

¹¹⁸ Vgl. Begründung zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz – VgRÄG), Stand: 20. April 1997, zu § 124 Abs. 2.

¹¹⁹ Vgl. § 116 Abs. 1 und § 117 Abs. 1 GWB.

¹²⁰ Vgl. § 116 Abs. 3 GWB.

¹²¹ Vgl. § 116 Abs. 1 GWB.

¹²² Vgl. Begründung zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz – VgRÄG), Stand: 20. April 1997, zu § 125 Abs. 3.

¹²³ Vgl. § 120 Abs. 1 GWB.

richten ist entgegen dem Referentenentwurf, der eine Fünf-Wochen-Frist vorgesehen hatte,¹²⁵ für ihre Entscheidung letztlich keine Frist gesetzt worden.

Obwohl die Vergabekammern nun die primären Kontrollinstanzen für Vergabeverfahren sind, wird es einem Unternehmen freigestellt sein, zuvor oder auch parallel zum Verfahren vor der Vergabekammer die betreffende *Vergabeprüfstelle* anzurufen. Die Prüfstellen bieten zwar keinen formalen Rechtsschutz, sondern streben vielmehr die formlose Überprüfung eines Vergabeverfahrens durch die vorge setzte Stelle an¹²⁶. Hat ein Unternehmen den Eindruck, sich auf dieser Ebene mit dem Auftraggeber über Ungereimtheiten während des Vergabeverfahrens einigen zu können, ist es jedoch sinnvoll, die Vergabeprüfstelle mit dem Streit zu befassen. Da es sich gerade nicht um ein formalisiertes Verfahren handelt, können Streitigkeiten hier schnell und trotzdem sachgerecht geklärt und möglicherweise schon früh im beiderseitigen Einvernehmen gelöst werden.

Von Praktikern wird bemängelt, daß das Nachprüfungsverfahren erst ab Erreichen der Schwellenwerte angestrengt werden kann.^{127, 128} Wünschenswert wäre gewesen, den Rechtsschutz auch unterhalb der Schwellenwerte zu gewähren. Statt dessen hat das Bundesministerium vorgeschlagen, die Zuständigkeit der *Vergabeprüfstellen* auf Auftragsvolumina unterhalb der Schwellenwerte auszudehnen¹²⁹ – eine Lösung, die nicht auf Zustimmung gestoßen ist, weil es dann ein „Zweiklassenrecht“ gegeben hätte¹³⁰.

In den USA war anfangs keine Kritik am neuen deutschen Vergaberecht laut geworden. Grund dafür war wohl der Ende 1996 abgeschlossene Wahlkampf um das Präsidentenamt und die damit verbundene Tatsache, daß der zwischen Deutschland und den USA entbrannte Handelsstreit seine Bedeutung für die Wahl verloren hatte.¹³¹ Vor Verabschiedung des Vergaberechtsänderungsgesetzes haben sich die Amerikaner aber doch geäußert und sich nicht in allen Teilen mit den inzwischen verabschiedeten Änderungen des deutschen Vergaberechts einverstanden er-

¹²⁴ Vgl. §§ 121 f. GWB.

¹²⁵ Vgl. geplanter § 130 Abs. 4 GWB, geändert durch den Referentenentwurf zum Vergaberechtsänderungsgesetz.

¹²⁶ Vgl. § 113 Abs. 1 und Abs. 2 GWB.

¹²⁷ Vgl. § 100 Abs. 1 GWB.

¹²⁸ Vgl. Diskussionsrunde im Rahmen der Veranstaltung: Vergaberecht im Umbruch. Ein Entwurf der Bundesregierung, Vortragsveranstaltung des Forum Öffentliches Auftragswesen Regionalgruppe Südwest, Wiesbaden, den 4. Februar 1997.

¹²⁹ Vgl. Begründung zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz – VgRÄG), Stand: 20. April 1997, zu § 109 GWB.

¹³⁰ Vgl. Diskussionsrunde im Rahmen der Veranstaltung: Vergaberecht im Umbruch. Ein Entwurf der Bundesregierung.

¹³¹ Vgl. Forum Öffentliches Auftragswesen, Forum ÖA, Monatsinfo, Dezember 1996, S. 2.

klärt:¹³² Nach Ansicht der USA geht der künftige Rechtsschutz für Bieter und Bewerber immer noch nicht weit genug. So stören sich die Amerikaner beispielsweise an der Klausel,¹³³ daß ein Bieter dann von einem Rechtsschutzverfahren präkludiert werden soll, wenn er einen als solchen erkannten Fehler nicht schon während des laufenden Verfahrens gegenüber dem Auftraggeber gerügt hat.¹³⁴

d) Die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte

Obwohl weiterhin umstritten, können auch jetzt noch vergabefremde Aspekte im deutschen Vergabewesen berücksichtigt werden, da § 97 Absatz 6 GWB dazu ermächtigt, auf gesetzlicher Grundlage Bestimmungen über Auswahl und Prüfung der Unternehmen und Angebote, über den Abschluß des Vertrages und sonstige Fragen des Vergabe- oder Wettbewerbsverfahrens zu treffen.

In der Vergangenheit wurden sowohl auf Bundes- als auch auf Länderebene vergabefremde Aspekte immer wieder berücksichtigt. Waren es seit den fünfziger Jahren die Zonenrandbewohner oder die Kriegsflüchtlinge, sind es zuletzt Unternehmen in den neuen Bundesländern gewesen, die bei der Vergabe öffentlicher Aufträge bevorzugt behandelt werden sollen: Zuletzt hatte das Bundeskabinett am 25. September 1996 trotz erheblicher Bedenken der Kommission beschlossen, den ursprünglich zum Jahresende 1996 auslaufenden *Zubenennungserlaß* für Unternehmen aus den neuen Bundesländern bis zum Jahresende 1997 zu verlängern.¹³⁵ Der Erlaß sah vor, daß die Vergabestellen des Bundes bei beschränkten Ausschreibungen und freihändigen Vergaben von Lieferaufträgen die Auftragsberatungsstellen der neuen Länder zur Benennung geeigneter Unternehmen einschalten sollten. Ähnliche Erlasse existierten auch auf Länderebene.¹³⁶

Fast alle Bundesländer¹³⁷ versuchen inzwischen, die deutsche Bauwirtschaft zu stärken, indem sie von Unternehmen, die einen öffentlichen Bauauftrag erhalten, die Abgabe einer sogenannten *Tariftreueerklärung* fordern. Auf diese Weise soll ausgeschlossen werden, daß beispielsweise portugiesische Bautrupps sich einen Wettbewerbsvorteil dadurch verschaffen, daß sie an ihre Mitarbeiter auf deutschen Baustellen nur die portugiesischen, niedrigeren Löhne zahlen. Auch die Oberfi-

¹³² Vgl. U.S. Government Comments on Proposed German Procurement Reform vom 10. April 1997.

¹³³ Vgl. ebenda, S. 2.

¹³⁴ Vgl. § 107 Abs. 3 GWB.

¹³⁵ Vgl. Bundesrats-Drucksache 729/96 vom 26. 9. 1996, S. 29.

¹³⁶ Vgl. Forum Öffentliches Auftragswesen, Monatsinfo, Oktober 1996, S. 1.

¹³⁷ So etwa in Berlin, Bayern, Bremen, Brandenburg, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Schleswig-Holstein, Thüringen, Sachsen-Anhalt, Baden-Württemberg, Sachsen und Nordrhein-Westfalen. Vgl. dazu Forum Öffentliches Auftragswesen, Monatsinfo ÖA, März 1997, Anlage 1 Ziff. 2.

nanzdirektionen und die Bundesbaudirektion sind seit Juli 1997 angewiesen, solche Tariftreueerklärungen sowie Erklärungen zur ordnungsgemäßen Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen bei der Bauauftragsvergabe zu verlangen.¹³⁸ Aufgrund einer bei Vertragsschluß abzugebenden Tariftreueerklärung sind die Unternehmen gehalten, auch an portugiesische Mitarbeiter deutsche Löhne zu zahlen. Mit Maßnahmen dieser Art wird zum Teil eine wesentliche Idee der Koordinierung des Vergaberechts, nämlich die Ausnutzung nationaler Wettbewerbsvorteile, wie etwa die geringeren Arbeitskosten der Portugiesen, konterkariert.¹³⁹ In Bayern, Berlin, Bremen, Hessen und Rheinland-Pfalz wird darüber hinaus noch die Abgabe einer *Nachunternehmererklärung* verlangt,¹⁴⁰ um auch Subunternehmer auf die Einhaltung bestimmter vertraglicher Pflichten verpflichten zu können. Vergleichbare Erlasse existieren für die Erfüllung von Umweltschutzanforderungen,¹⁴¹ die Einhaltung sozialversicherungspflichtiger Beschäftigungsverhältnisse,¹⁴² die Förderung von Arbeitsbeschäftigungsmaßnahmen und die Beschäftigung Langzeitarbeitsloser.¹⁴³ Besonders exotische Blüten treibt die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte, wenn in Brandenburg über die Vergabe öffentlicher Aufträge Unternehmen mit einem hohen Frauenanteil gefördert werden¹⁴⁴ (inzwischen ist eine solche Bevorzugung allerdings nur noch unterhalb der Schwellenwerte gestattet) oder es in Bayern¹⁴⁵ und Berlin¹⁴⁶ Voraussetzung für den Zuschlag in einem Vergabeverfahren ist, nicht Mitglied der Scientology-Organisation zu sein. In Hessen ist außerdem am 10. September 1997 ein Erlaß ergangen, wonach ausbildende Betriebe bei der mit Mitteln des Landeshaushalts ausgeführten Auftragsvergabe be-

¹³⁸ Vgl. Schreiben B I 2-0 1082-102/31 des Bundesministeriums für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau vom 7. 7. 1997, betr. Vereinbarung zur Einhaltung der tarifvertraglichen und öffentlich-rechtlichen Bestimmungen bei der Ausführung von Baumaßnahmen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer sowie Auftragnehmer und Subunternehmer.

¹³⁹ So auch Dreher, Meinrad: Vergaberegulierung als Ersatz für das Arbeitnehmerentsendegesetz, in: Beschaffung Special, Behörden Spiegel, August 1996, S. B II.

¹⁴⁰ Vgl. Forum Öffentliches Auftragswesen, Monatsinfo ÖA, März 1997, Anlage I Ziff. 3.

¹⁴¹ So in Berlin, Hessen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz und im Saarland. Vgl. dazu Forum Öffentliches Auftragswesen, Monatsinfo ÖA, März 1997, Anlage I Ziff. 10.

¹⁴² Vgl. in Berlin: Rundschreiben WiTech III Nr. 4/1994 sowie in Rheinland-Pfalz: Verwaltungsvorschrift zur Sicherstellung der sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung des Reinigungspersonals für Dienstgebäude der Landesverwaltung vom 2. 6. 1992, MinBl. 1992, S. 315.

¹⁴³ Vgl. in Berlin nur das Gemeinsame Rundschreiben Nr. 1/1991 betr. öffentliches Auftragswesen; hier: Beschäftigungswirksame Auftragsvergabe durch Einbeziehung von AB-Maßnahmen in den östlichen Bezirken und West-Staaten vom 22. 8. 1991.

¹⁴⁴ Vgl. Verordnung über die bevorzugte Berücksichtigung von Unternehmen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zur Förderung von Frauen im Erwerbsleben (Frauenförderverordnung – FöV) vom 25. 4. 1996, Gesetz- und Verordnungsblatt Nr. 22 vom 17. 5. 1996, S. 354.

¹⁴⁵ Vgl. Bekanntmachung der Bayerischen Staatsregierung vom 29. Oktober 1996, in: StAnz. Nr. 44 vom 31. 10. 1996 und Allg. MinBl. Nr. 21/1996, S. 701.

¹⁴⁶ Vgl. Rundschreiben des Innensenats betr. Auftragsvergabe an Firmen vom 21. 4. 1995 und vom 6. 10. 1995.

vorzugt zu berücksichtigen sind. Der Erlaß ist an alle Beschaffungsstellen des Landes Hessen, der Gemeinden und Gemeindeverbände gerichtet und gilt für alle VOL-, VOB- und VOF-Vergaben auch oberhalb der Schwellenwerte. Die Regelung ist besonders rigide, da das Kriterium „Ausbildung von Lehrlingen“ nicht lediglich bei gleichwertigen Angeboten über den Zuschlag entscheiden soll, sondern Voraussetzung dafür ist, daß ein Unternehmen zur Teilnahme an der Auftragsvergabe überhaupt *zugelassen* wird¹⁴⁷. Die Bevorzugung ausbildender Betriebe wurde auch vom Bundeskabinett beschlossen – allerdings nur für Auftragsvolumina unterhalb der Schwellenwerte.¹⁴⁸ Außerdem ist in einigen Bundesländern geplant, Unternehmen mit hohem gewerkschaftlichem Organisationsgrad bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu bevorzugen.¹⁴⁹

2. Das dänische Modell

a) Die Umsetzung der materiellen EU-Vergaberichtlinien

Im Vergleich zu Deutschland hat Dänemark bei der Umsetzung der materiellen EU-Vergaberichtlinien – wie schon angesprochen – einen sehr viel einfacheren Weg eingeschlagen: Die für das von den Richtlinien betroffene Ressort zuständigen Minister haben zur Umsetzung der jeweiligen Richtlinien lediglich eine entsprechende Verordnung erlassen, in der die öffentlichen Auftraggeber verpflichtet wurden, vom Erreichen der Schwellenwerte an die Vorschriften der Richtlinien zu beachten.¹⁵⁰ Die zugehörigen Verordnungen enthalten nur wenige Bestimmungen und verweisen auf den einschlägigen Richtlinien text, der in den Anhang aufgenommen wurde. Diese Vorgehensweise ist bei der Kommission auf Zustimmung gestoßen; wiederholt hat sie Dänemark als einen der wenigen EU-Mitgliedstaaten gelobt, die die Koordinierungsrichtlinien zügig und korrekt umgesetzt haben. Wohl der einfachen Umsetzungsmethode wegen hat Dänemark auch als erstes EU-Mitglied die erste Sektorenrichtlinie,¹⁵¹ die mit Ausnahme einiger Mitgliedstaaten zum 1. Januar 1993 umzusetzen war, per Verordnungen vom 27. August 1992¹⁵² in dänisches Recht transformiert. Auch die zweite Sektorenrichtlinie¹⁵³ wurde von

¹⁴⁷ Vgl. Forum Öffentliches Auftragswesen, Monatsinfo ÖA, März 1997, Anlage 1 Ziff. 1.

¹⁴⁸ Vgl. Hohenthal, Carl Graf: Der Bund will Ausbildungsbetriebe bevorzugen, F.A.Z. v. 9. 9. 1997; Beschluß der Bundesregierung für die bevorzugte Berücksichtigung von Unternehmen, die Lehrlinge ausbilden, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge des Bundes, BAnz. Nr 181 v. 26. 9. 1997, S. 12441.

¹⁴⁹ Vgl. Forum Öffentliches Auftragswesen, Monatsinfo ÖA, März 1997, Anlage 1.

¹⁵⁰ Vgl. Hee Larsen, Kirsten: Implementation in Denmark of the Utilities Directive 90/531 and of the Utilities Compliance Directive 92/13, PPLR 1993, S. CS 262 (CS 262).

¹⁵¹ Vgl. Sektorenrichtlinie 90/531/EWG, ABl. L 297 v. 29. 10. 1990, S. 1.

¹⁵² Vgl. Verordnungen Nr. 740 und 741 vom 27. 8. 1992.

¹⁵³ Vgl. Sektorenrichtlinie 93/38/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84.

den Dänen vor der eigentlichen Zeit, dem 1. Juli 1994, durch Verordnung vom 24. Juni 1994, umgesetzt¹⁵⁴. Ebenso wurde die Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG,¹⁵⁵ die Dänemark bis zum 1. Juli 1993 in nationales Recht transformieren mußte, in bewährter Methode rechtzeitig am 22. Juni 1993 umgesetzt¹⁵⁶. Mit lediglich zwei Tagen Verspätung wurde die letzte Lieferkordinierungsrichtlinie 93/36/EWG¹⁵⁷ in dänisches Recht übernommen¹⁵⁸.

So einfach die gewählte Art der Umsetzung auch ist, weil sie dem dänischen Gesetzgeber durch schlichte Verweisung auf die Richtlinien eine Interpretation des jeweiligen Richtlinien textes erspart und auf diese Weise Fehler vermeiden hilft, so wenig anwenderfreundlich ist sie auch¹⁵⁹. Denn sie verlangt von den öffentlichen beziehungsweise den Sektorenauftraggebern, anhand der einschlägigen Richtlinienbestimmungen einerseits zu entscheiden, ob sie als Auftraggeber im Sinne der Richtlinien gelten und deren Anwendungsbereich unterliegen, sowie andererseits die materiellen Vorgaben, die einen großen Spielraum lassen (sollen), selbständig umzusetzen. Dies setzt bei den Auftraggebern intensive Kenntnisse des einschlägigen EU-Rechts und damit verbundenes Fachwissen voraus. Hinzu kommt, daß manche Richtlinienbestimmungen keine konkreten Vorgaben enthalten, sondern lediglich einen Rahmen abstecken, den der nationale Gesetzgeber – auch anhand der Vorgaben aus dem EG-Vertrag – ausfüllen muß, oder die eine Konkretisierung durch den Gesetzgeber aus anderen Gründen verlangen. Einfaches Beispiel ist die Bestimmung in Artikel 5 der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, in der unter dem zweiten Spiegelstrich die Berechnungsmethode des Vertragswertes bei unbestimmter Laufzeit eines Dienstleistungsvertrages geregelt ist. Die in der Vorschrift gewählte Formulierung impliziert, daß ein öffentlicher Auftraggeber Dienstleistungsverträge mit unbestimmter, also theoretisch unendlicher Laufzeit abschließen kann, was sicherlich dem Artikel 59 des EG-Vertrages zuwiderlaufen würde¹⁶⁰. Eine Befristung beziehungsweise eine Klarstellung, daß unbefristete Dienstleistungsverträge nicht abgeschlossen werden dürfen, wäre folglich erforderlich gewesen. Ein weiteres Argument spricht gegen die dänische Umsetzungspraxis der EU-Vergaberichtlinien: Da die Richtlinien verschiedene Vergabeverfahren zulassen, ist es den dänischen Auftraggebern freigestellt, eigene Verfahren zu kreieren, solange diese den Anforderungen der Richtlinien genügen. Dies

¹⁵⁴ Vgl. Verordnungen Nr. 557 und 558 vom 24. 6. 1994.

¹⁵⁵ Vgl. Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1.

¹⁵⁶ Vgl. Verordnung Nr. 415 v. 22. 6. 1993.

¹⁵⁷ Vgl. Lieferkordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

¹⁵⁸ Vgl. Verordnung Nr. 510 v. 16. 6. 1994.

¹⁵⁹ Vgl. Koefoed-Johnsen, Lars: Implementation in Denmark of the Revised Supplies and Utilities Directives, PPLR 1994, S. CS 222 (CS 222).

¹⁶⁰ Das Beispiel entstammt Hee Larsen, Kirsten: Implementation of the Services Directive (92/50) in Denmark, PPLR 1994, S. CS 23 (CS 23).

könnte in der dänischen Praxis zu einer Vielzahl nebeneinander bestehender Vergabesysteme und einer entsprechenden Unübersichtlichkeit führen.

b) Die Umsetzung der EU-Überwachungsrichtlinien

Nicht so leicht wie die Koordinierungsrichtlinien zum materiellen Vergaberecht ließen sich die beiden EU-Überwachungsrichtlinien umsetzen. Hier konnten die Dänen nicht dem im materiellen Vergaberecht üblichen Strickmuster folgen und einfach die Befolgung der Richtlinien anordnen; vielmehr war die Regierung gezwungen, entsprechende Instanzen für den Rechtsschutz im Vergaberecht einzurichten oder schon vorhandene Instanzen mit dieser Aufgabe zu betrauen. Dänemark hat dabei einen zweistufigen Aufbau gewählt, wie er ähnlich auch in Deutschland geplant war: Mit Gesetz vom 6. Juni 1991¹⁶¹ wurde als erste Stufe auf Ministerialebene ein Beschwerdebeirat (*Klagenævnet for Udbud*) eingerichtet, an den sich jeder, der ein Interesse an einem bestimmten Vergabeverfahren besitzt und die Verletzung EU-Vergaberechts behauptet, wenden kann. Der Tätigkeitsbereich des Beirats wurde im Dezember 1992 auf die Auftragsvergabe der Sektorenauftraggeber erweitert¹⁶². Die Kompetenzen des Beschwerdebeirats, der keine gerichtliche Instanz ist, reicht von der Aufhebung unrechtmäßiger Entscheidungen bis hin zur Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes, etwa der vorläufigen Aussetzung von Vergabeverfahren. Im Baubereich ist die Überwachung in erster Instanz dagegen beim Ministerium für Bauen und Wohnen verblieben.¹⁶³ Für Sektorenauftraggeber, die nach Öl, Gas Kohle und anderen festen Brennstoffen suchen oder diese Stoffe fördern, wurde eine Sonderbestimmung aufgenommen: Unternehmen in diesen Tätigkeitsfeldern, die gegen materielles EU-Vergaberecht oder gegen den EG-Vertrag verstoßen haben, können mit einem Zwangsgeld belegt werden, um sie unter anderem auch davon abzuhalten, eine solche Verfehlung noch einmal zu begehen.¹⁶⁴

Gegen Entscheidungen des Beschwerdebeirats ist binnen acht Wochen Klage vor einem Zivilgericht zulässig, deren Richter im Unterschied zu dem Beschwerdebeirat nicht auf öffentliches Auftragswesen spezialisiert sein müssen. Wird binnen der vorgesehenen Frist keine Klage erhoben, wird die Entscheidung des Beschwerdebeirats als abschließend erachtet.¹⁶⁵

¹⁶¹ Vgl. Gesetz Nr. 344 vom 6. 6. 1991.

¹⁶² Vgl. Gesetz Nr. 1006 vom 19. 12. 1992.

¹⁶³ Vgl. Schreiben des „Konkurrenceraadet“ vom 12. Januar 1996 an die Unice in Brüssel, S. 4.

¹⁶⁴ Vgl. Hee Larsen, Kirsten: Implementation in Denmark of the Utilities Directive 90/531 and of the Utilities Compliance Directive 92/13, PPLR 1993, S. CS 62 (CS 62).

¹⁶⁵ Vgl. Schreiben des „Konkurrenceraadet“ vom 12. Januar 1996 an die Unice in Brüssel, S. 6.

3. Das österreichische Modell

Das traditionelle österreichische Vergaberecht weist viele Parallelen zum ursprünglichen deutschen Vergaberecht auf. Wie in Deutschland erfolgt die Auftragsvergabe im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung per Vertrag und nicht als (öffentlich-rechtlicher) Verwaltungsakt. Auch in Österreich wurden den Bietern und Bewerbern vor der Anpassung an das EU-Vergaberecht keine subjektiven Rechte eingeräumt. Es galten rechtlich nicht verbindliche Regelwerke (ÖNORM A 2050 aus dem Jahre 1957), die unter Beteiligung von Vertretern der Auftraggeber und der Auftragnehmer ausgearbeitet worden waren und qua Erlaß verbindlichen Charakter für die Vergabestellen entfalteten. Im Unterschied zum deutschen Vergaberecht galt die ÖNORM A 2050 jedoch nicht für alle öffentlichen Auftraggeber gleichermaßen; vielmehr erfolgte die Verbindlicherklärung durch den jeweiligen Behördenleiter, was dazu führte, daß sich die Vergaberegeln von Ministerium zu Ministerium und von Bundesland zu Bundesland unterschieden, weil teilweise nur bestimmte Passagen aus der ÖNORM A 2050 übernommen und um weitere (individuelle) Bestimmungen ergänzt wurden. Da Erlasse über das jeweils geltende Vergaberecht nicht veröffentlicht werden mußten, wußten die Bieter und Bewerber nicht, nach welchen Regeln die jeweilige Vergabestelle vorging.¹⁶⁶ Diese Unübersichtlichkeit löste Unzufriedenheit in der Wirtschaft sowie beim Rechnungshof aus, die eine Überarbeitung des österreichischen Vergabewesens schon forderten, als das EU-Vergaberecht für Österreich noch gar nicht relevant war¹⁶⁷.

Wie bereits unter L.I. dieser Arbeit angesprochen, war Österreich zum 1. Januar 1994 verpflichtet, die bis dato in Kraft gesetzten EU-Koordinierungsrichtlinien zum öffentlichen Vergaberecht in nationales Recht umzusetzen. Daraufhin verabschiedete der Nationalrat rechtzeitig zum 1. Januar 1994 das Bundesvergabegesetz¹⁶⁸, mit dem die Baukoordinierungsrichtlinie 89/440/EWG, die Lieferkoordinierungsrichtlinie 88/295/EWG, die Sektorenrichtlinie 90/531/EWG und die Überwachungsrichtlinie 89/665/EWG umgesetzt wurden. Zunächst nicht rechtzeitig in nationales Recht umgesetzt wurden die Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, die überarbeitete Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, die überarbeitete Sektorenrichtlinie 93/38/EWG sowie die Sektorenüber-

¹⁶⁶ Vgl. Gutknecht, Brigitte: Die wesentlichen Neuregelungen des österreichischen Vergaberechts, in: Forum '93 Öffentliches Auftragswesen, hrsg. von Forum Öffentliches Auftragswesen, Köln 1995, S. 105 (107 f.); Obermann, Gabriel: Öffentliche Unternehmen und die europäische Integration. Institutionelle Anpassungserfordernisse und wirtschaftliche Auswirkungen einer EWR-Teilnahme und einer EG-Mitgliedschaft für den öffentlichen Unternehmenssektor in Österreich, Wien 1992, S. 169 ff.

¹⁶⁷ Vgl. Gutknecht, Brigitte: Die wesentlichen Neuregelungen des österreichischen Vergaberechts, S. 105 (107 f.); Eckel, Gottfried: Vergabegesetz – ein langjähriges Anliegen des Rechnungshofes, in: Aktuelle Informationen der Vereinigung industrieller Bauunternehmungen Österreichs, September 1993, S. 6 (6).

¹⁶⁸ Vgl. BGBl. der Republik Österreich Nr. 462/1993 vom 14. Juli 1993.

wachungsrichtlinie 92/13/EWG.¹⁶⁹ Dies geschah erst mit der Novellierung am Jahresende 1996, die zum 1. Januar 1997 in Kraft getreten ist¹⁷⁰. Da die Gesetzgebungskompetenz zur Regelung der öffentlichen Auftragsvergabe auf Länderebene bei den Bundesländern liegt und diese nicht bereit waren, zur Umsetzung des EU-Vergaberechts ausnahmsweise die Gesetzgebungskompetenz auf den Bund zu übertragen, haben die neun österreichischen Bundesländer eigene Vergabegesetze erarbeitet¹⁷¹. Zwar sind auch die Länder an die Vorgaben der EU-Vergaberichtlinien gebunden, dennoch aber unterscheiden sich die Vergabegesetze der Länder untereinander und vom Bundesvergabegesetz, was nicht nur nach Ansicht der österreichischen Bauindustrie zu einer unübersichtlichen und nicht nachzuvollziehenden Vielfalt geführt hat.¹⁷² Zu dieser Unübersichtlichkeit trägt auch bei, daß unterhalb der Schwellenwerte weiterhin die zuletzt zum 1. Januar 1993 überarbeitete ÖNORM 2050 gilt. Offensichtlich sind die Länder inzwischen aber bereit, die Landesvergabegesetze zusammen mit dem Bundesvergabegesetz in ein einziges Gesetz zu überführen¹⁷³.

a) Die Umsetzung der materiellen EU-Vergaberichtlinien

Im folgenden soll in groben Zügen die Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien lediglich im Rahmen des *Bundesvergabegesetzes* betrachtet werden; auf Bestimmungen in den einzelnen Vergabegesetzen der Bundesländer soll dagegen nicht eingegangen werden.¹⁷⁴

Das Bundesvergabegesetz von 1996 gliedert sich in fünf Teile: Während im *ersten Teil* der sachliche und persönliche Geltungsbereich (§ 1 bis § 8 a) geregelt ist,

¹⁶⁹ Vgl. Europäische Kommission: Grünbuch, S. 70.

¹⁷⁰ Vgl. BGBl. der Republik Österreich Nr. 776/1996 vom 30. Dezember 1996, wieder-
verlautbart in BGBl. der Republik Österreich Nr. 56/1997.

¹⁷¹ Vgl. Vergabegesetz des Burgenlandes, LGBl. Nr. 1 vom 9. 1. 1995; Auftragsvergabe-
gesetz des Landes Kärnten, LGBl. Nr. 55 vom 20. 5. 1994; Vergabegesetz des Landes Nieder-
österreich, LGBl. Nr. 84 vom 31. 5. 1995; Vergabegesetz des Landes Oberösterreich, LGBl.
Nr. 59 vom 20. 7. 1994; Landesvergabegesetz des Landes Salzburg, LGBl. Nr. 1 vom
10. 1. 1995; Vergabegesetz des Landes Steiermark, Gesetzesbeschluß vom 20. 6. 1995; Ver-
gabegesetz des Landes Tirol, LGBl. Nr. 87 vom 14. 9. 1994; Vergabegesetz des Landes Vor-
arlberg, LGBl. Nr. 24 vom 16. 5. 1994; Landesvergabegesetz des Landes Wien, LGBl. Nr. 36
vom 9. 6. 1995.

¹⁷² Vgl. Göllès, Hans: Die neuen Landesvergabegesetze, in: ÖNORM B 2110 und Landes-
vergabegesetze. Aktuelle Informationen der Vereinigung industrieller Bauunternehmungen
Österreichs, September 1995, S. 35 (35); Korinek, Karl: Landesvergaberecht im System des
österreichischen Vergaberechts, Connex 1995, S. 5 (5).

¹⁷³ Vgl. Forum Öffentliches Auftragswesen, Monatsinfo ÖA, Juni 1996, S. 7.

¹⁷⁴ Vgl. dazu Korinek, Karl: Landesvergaberecht im System des österreichischen Vergabe-
rechts, Connex 1995, S. 5; Göllès, Hans: Die neuen Landesvergabegesetze, in: ÖNORM B
2110 und Landesvergabegesetze. Aktuelle Informationen der Vereinigung industrieller Bau-
unternehmungen Österreichs, September 1995, S. 35.

enthält der *zweite Teil* (§ 9 bis § 43 a) allgemeine Bestimmungen, die für alle Auftraggeber und alle Auftragsarten gleichermaßen gelten. Differenzierter wird dagegen im *dritten Teil* (§ 44 bis § 77) vorgegangen: Hier wird sowohl nach Auftragsarten als auch nach Auftraggebern unterschieden. In diesen Teil hat der Bundesgesetzgeber Vorschriften zu den Eignungskriterien, den Bekanntmachungen, den Fristen sowie zu den Vergabeverfahren und deren Voraussetzungen im Rahmen der verschiedenen Auftragsarten und in einem eigenen Abschnitt (§ 67 bis § 77) besondere Bestimmungen für die Sektorenauftraggeber aufgenommen. Der *vierte Teil* regelt den Rechtsschutz, der erst im folgenden Abschnitt betrachtet werden soll. Der *fünfte Teil* enthält Straf-, Schluß- und Übergangsbestimmungen. In den 18 Anhängen sind im wesentlichen die durch die EU-Richtlinien vorgegebenen Bekanntmachungsmuster enthalten.

Bei der Umsetzung der materiellen EU-Richtlinien in das österreichische Vergabegesetz haben sich National- und Bundesrat weitgehend an die Vorgaben aus den Richtlinien gehalten. Was jedoch die Wahl der Vergabeverfahren angeht, ist Österreich – ähnlich wie Deutschland – über die Bestimmungen der EU-Richtlinien hinausgegangen: Das Bundesvergabegesetz postuliert für *alle* Auftragsarten – abgesehen von den Aufträgen der Sektorenauftraggeber¹⁷⁵ – den Vorrang des offenen Verfahrens¹⁷⁶. Diese Priorität gilt entgegen dem deutschen Recht – auch bei der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge. Parallel zum deutschen Recht wurde auch in das österreichische Bundesvergabegesetz eine Bestimmung zur Regelung der Zuschlagsfrist aufgenommen¹⁷⁷. Danach soll der Auftraggeber die Zuschlagsfrist kurz halten und einen Zeitraum von drei Monaten grundsätzlich nicht überschreiten. Nur aus zwingenden Gründen darf der Auftraggeber eine längere Zuschlagsfrist vorsehen, die aber auch dann sechs Monate nicht übersteigen darf¹⁷⁸. Klarstellenden Charakter hat § 38 Bundesvergabegesetz: Hier ist ausdrücklich festgeschrieben, daß ein Auftraggeber während eines laufenden offenen oder nicht offenen Verfahrens mit den Bietern grundsätzlich nicht über eine Angebotsänderung verhandeln darf. Eine solche Bestimmung wurde in die EU-Richtlinien zwar nicht aufgenommen, ergibt sich aber aus dem Zusammenhang¹⁷⁹. Über die Bestimmungen in den EU-Richtlinien hinaus geht die Regelung in § 35 Bundesvergabegesetz: Danach können mangelhafte Angebote, die beispielsweise einen Berechnungsfehler oder für die weitere Bearbeitung unzumutbare Mängel enthalten, bei der Vergabeentscheidung unter bestimmten Voraussetzungen unberücksichtigt bleiben. Während die EU-Koordinierungsrichtlinien als Zuschlagskriterien neben dem wirtschaftlich günstigsten Angebot auch den niedrigsten Preis vorsehen, schreibt das

¹⁷⁵ Vgl. § 12 Abs. 1 i.V.m. § 70 Abs. 2 Bundesvergabegesetz der Republik Österreich vom 1. 1. 1997.

¹⁷⁶ Vgl. ebenda, § 12 Abs. 1 i.V.m. §§ 51 ff., 57 ff. sowie 66 a ff.

¹⁷⁷ Vgl. ebenda, § 28.

¹⁷⁸ Vgl. ebenda, § 28 Abs. 1 S. 4.

¹⁷⁹ Vgl. I.I. dieser Arbeit.

Bundesvergabegesetz zwingend den Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot vor (Bestbieterprinzip).¹⁸⁰ Lediglich die Sektorenauftraggeber können wählen, ob sie einen Auftrag nach dem wirtschaftlich günstigsten Angebot oder nach dem niedrigsten Preis vergeben.¹⁸¹ Mit dem Bundesvergabegesetz hat Österreich nicht nur die bereits in Kraft getretenen EU-Richtlinien umgesetzt, sondern auch schon der aufgrund des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 1. Januar 1994 abzusehenden künftigen Entwicklung vorgegriffen: Obwohl auf EU-Ebene derzeit noch heftig diskutiert, wurde mit § 20 Bundesvergabegesetz eine Bestimmung aufgenommen, wonach als Sachverständige, die zur Vorbereitung einer Ausschreibung, zur Prüfung von Angeboten oder aus anderen Gründen herangezogen werden sollen, nur solche Personen in Frage kommen, deren Unbefangenheit außer Zweifel steht. Aktuell ist zudem die Klausel, die bei der Erstellung von Ausschreibungstexten die Verwendung des Gemeinsamen Vokabulars für das öffentliche Auftragswesen (CPV) vom September 1996¹⁸² verbindlich vorschreibt¹⁸³. Auch in das österreichische Bundesvergabegesetz haben vergabefremde Aspekte Einzug gehalten: So dürfen beispielsweise Bewerber, Bieter und Subunternehmer, die in der Vergangenheit illegal Ausländer beschäftigt haben, vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden¹⁸⁴. Im Zuge der Anpassung an das EU-Vergaberecht mußte aber die zuvor bestehende Inländerpräferenz aufgegeben werden¹⁸⁵. Am Grundsatz der umweltschonenden Beschaffung¹⁸⁶ konnte jedoch festgehalten werden,¹⁸⁷ solange anhand dieses Kriteriums keine Diskriminierung betrieben wird.

b) Die Umsetzung der EU-Überwachungsrichtlinien

Die Umsetzung der EU-Überwachungsrichtlinien hat auch der Republik Österreich zunächst Bedenken seitens der Kommission eingetragen. Deswegen hat Österreich sein Nachprüfungsverfahren bei der notwendigen Anpassung des Bundesvergabegesetzes – unter anderem an die Sektorenüberwachungsrichtlinie – 1996 korrigiert, ist aber nicht dem Wunsch der Kommission nachgekommen, das Nachprüfungsverfahren den ordentlichen Gerichten zu übertragen. Obwohl Öster-

¹⁸⁰ Vgl. § 40 Bundesvergabegesetz der Republik Österreich vom 1. 1. 1997.

¹⁸¹ Vgl. ebenda, § 76 Abs. 1.

¹⁸² Vgl. K.IV. dieser Arbeit.

¹⁸³ Vgl. § 46 c Bundesvergabegesetz der Republik Österreich vom 1. 1. 1997.

¹⁸⁴ Vgl. ebenda, § 39 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. § 10 Abs. 3.

¹⁸⁵ Vgl. Pachner, Franz: Liberalisierung und Vereinheitlichung des Vergaberechts durch den EWR, in: Aktuelle Informationen der Vereinigung industrieller Bauunternehmungen Österreichs, Dezember 1993, S. 7 (9).

¹⁸⁶ Vgl. Österreichisches Bundesministerium für Umwelt, Jugend und Familie (Hrsg.): Handbuch zur umweltschonenden Beschaffung in Österreich, Wien 1992.

¹⁸⁷ Vgl. § 10 Abs. 7 Bundesvergabegesetz der Republik Österreich vom 1. 1. 1997.

reich das öffentliche Auftragswesen in dem schon genannten Vergabegesetz geregelt hat, ist der Rechtsschutz für Bieter und Bewerber also eine verwaltungsinterne Angelegenheit geblieben¹⁸⁸. Im Zuge der Anpassung an das EU-Vergaberecht waren schon zum 1. Januar 1994 zwei Institutionen eingerichtet worden, die im Rahmen eines zweistufigen Aufbaus nacheinander tätig werden: Auf der ersten Stufe wird vor der *Bundesvergabekontrollkommission* ein Schlichtungsverfahren angestrengt, dessen Ziel die gütliche Einigung oder die Empfehlung ist, wie die dem Streit zugrundeliegende Rechtsvorschrift angewendet werden soll¹⁸⁹. Daneben erstellt diese Kommission, die wie das Bundesvergabeamt beim Bundesministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten angesiedelt ist, außerhalb des formellen Nachprüfungsverfahrens auf Ersuchen von Auftraggebern innerhalb der Zuschlagsfrist Gutachten über die Frage, ob die geplante Zuschlagserteilung mit den Regelungen des Bundesvergabegesetzes in Einklang steht.¹⁹⁰ Nach Ablauf der Zuschlagsfrist erstellt sie auf Ersuchen von Interessensvertretern oder des betreffenden Auftraggebers Gutachten über die Durchführung des Auftrags.¹⁹¹ Ist der Schlichtungsversuch der Bundesvergabekontrollkommission fehlgeschlagen,¹⁹² wird das *Bundesvergabeamt* tätig¹⁹³, das mit gerichtsähnlichen Befugnissen ausgestattet ist. Ist der Zuschlag noch nicht erteilt, ist das Bundesvergabeamt berechtigt, per einstweiliger Verfügung zum Beispiel das laufende Vergabeverfahren auszusetzen sowie rechtswidrige Entscheidungen der Vergabestelle aufzuheben¹⁹⁴. Nicht gestattet ist es dem Bundesvergabeamt dagegen, den *Zuschlag* aufzuheben. Auf die vorherige Tätigkeit der Bundesvergabekontrollkommission kommt es nicht an, wenn der Zuschlag bereits erteilt worden ist. Dann stellt das Bundesvergabeamt lediglich fest, daß der Zuschlag rechtswidrig nicht dem Bieter mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot (Bestbieter) erteilt wurde.¹⁹⁵ Um den Bedenken der Kommission entgegenzutreten, werden die Mitglieder sowohl der Bundesvergabekontrollkommission als auch des Bundesvergabeamtes nun nicht mehr vom Minister für wirtschaftliche Angelegenheiten, sondern vom Bundespräsidenten auf Vorschlag der Bundesregierung für die Dauer von fünf Jahren bestellt.¹⁹⁶

Bei der Umsetzung der Sektorenüberwachungsrichtlinie im vierten Teil des Bundesvergabegesetzes, der den Rechtsschutz regelt, hat der österreichische Nationalrat auf das in der Sektorenrichtlinie zur Wahl gestellte Zwangsgeldverfahren¹⁹⁷

¹⁸⁸ Vgl. Gündisch, Jürgen: Der Rechtsschutz bei öffentlichen Aufträgen, S. 59 (71); Göllles, Hans: ÖNORM A 2050 und Bundesvergabegesetz, in: Aktuelle Informationen der Vereinigung industrieller Bauunternehmungen Österreichs, Dezember 1993, S. 9 (29).

¹⁸⁹ Vgl. § 87 Abs. 1 Ziff. 1 Bundesvergabegesetz der Republik Österreich vom 1. 1. 1997.

¹⁹⁰ Vgl. ebenda, § 87 Abs. 1 Ziff. 2.

¹⁹¹ Vgl. ebenda, § 87 Abs. 1 Ziff. 3 i.V.m. § 87 Abs. 4.

¹⁹² Vgl. ebenda, § 92 Abs. 1 Ziff. 1.

¹⁹³ Vgl. ebenda, § 91 Abs. 1 und Abs. 2.

¹⁹⁴ Vgl. ebenda, § 93 und § 94 Abs. 1 und Abs. 2.

¹⁹⁵ Vgl. ebenda, § 94 Abs. 3.

¹⁹⁶ Vgl. ebenda, § 78 Abs. 4.

verzichtet. Ein Zwangsgeld hätte danach in Fällen erhoben werden können, in denen ein gerügter Rechtsverstoß nicht beseitigt oder verhindert wird. Wie aus politischen Kreisen verlautete, hat die Republik Österreich jedoch „keine sonderliche Lust, als Bußgeldeintreiber aufzutreten“¹⁹⁸. Eine eigene Vorschrift wurde in das Bundesvergabegesetz dagegen zum Bescheinigungsverfahren¹⁹⁹ aufgenommen.²⁰⁰

4. Das französische Modell

Auch Frankreich besitzt im Beschaffungswesen eine lange Tradition: Die Gesetzgebung zum öffentlichen Auftragswesen stammt bereits aus dem späten 19. Jahrhundert und ist im Unterschied etwa zur deutschen und österreichischen Konzeption Teil des Verwaltungsrechts²⁰¹ und ²⁰². Die Umsetzung der EU-Richtlinien zum Vergabewesen in das französische Recht bereitete nur geringe Schwierigkeiten, weil sich die Richtlinien in Aufbau und Terminologie stark am romanischen Rechtskreis orientiert haben. Dennoch wurden die EU-Richtlinien zum Vergaberecht – soweit erforderlich – anfangs erst sehr zögerlich²⁰³ im französischen Beschaffungskodex (Code des Marchés Publics) umgesetzt. Dieser Kodex gliedert sich in fünf Bücher. Im ersten Buch sind allgemeine Vorschriften zum Vergaberecht niedergelegt, im zweiten Buch die speziellen Vorschriften für öffentliche Aufträge der Zentralregierung und zentraler öffentlicher Einrichtungen; das dritte Buch behandelt die Auftragsvergabe der Gebietskörperschaften und deren Einrichtungen, das vierte Buch die Koordination der Aufträge, und im fünften Buch schließlich sind Regelungen für spezielle Märkte getroffen worden. Bisher²⁰⁴ hat Frankreich es versäumt, der Kommission die Umsetzung der Dienstleistungs Koordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, der überarbeiteten Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG sowie der neuen Sektorenrichtlinie 93/38/EWG mitzuteilen. Nachdem der französische Gesetzgeber Ende 1993 die Sektorenüberwachungs-

¹⁹⁷ Vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. c) der Sektorenüberwachungsrichtlinie 92/13/EWG, ABl. L 76 v. 23. 3. 1992, S. 14.

¹⁹⁸ Vgl. Forum Öffentliches Auftragswesen, Monatsinfo ÖA, Juni 1996, S. 7.

¹⁹⁹ Vgl. Kapitel 2 der Sektorenüberwachungsrichtlinie 92/13/EWG, ABl. L 76 v. 23. 3. 1992, S. 14.

²⁰⁰ Vgl. § 97 Bundesvergabegesetz der Republik Österreich vom 1. 1. 1997.

²⁰¹ Vgl. Tardif, Alain: EG-Binnenmarkt für öffentliche Aufträge: Fakten, Trends, Entwicklungen, Erwartungen und Probleme. Les expériences françaises, S. 63 (63 f.).

²⁰² Durch die Umsetzung der EU-Richtlinien, die im klassischen Bereich des öffentlichen Auftragswesens auch privatrechtliche Institutionen erfassen (etwa bestimmte nachgeordnete Institutionen der Gebietskörperschaften), unterliegt das französische Beschaffungswesen jetzt teilweise auch dem Zivilrecht.

²⁰³ Vgl. Rouquette, G./Lefort, C.: Special Feature: Implementation of the Public Procurement Directives in the 12 States of the EC (Part II). France, PPLR 1992, S. 251 (253).

²⁰⁴ Stand: November 1996.

richtlinie 92/13/EWG umgesetzt hatte, hat die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Frankreich eingeleitet²⁰⁵.

a) Die Umsetzung der materiellen EU-Vergaberichtlinien

Die Lieferkoordinierungsrichtlinie wurde durch Gesetze und Erlasse von 1989 und 1992, die Baukoordinierungsrichtlinie durch Gesetze und Erlasse von 1990, 1991 und 1992, die Sektorenrichtlinie durch Gesetze und Erlasse von 1992 und 1993 und die Überwachungsrichtlinien durch Gesetz vom 11. Dezember 1992, Erlass vom 3. August 1992 und Gesetz vom 29. Dezember 1993 in nationales Recht umgesetzt.²⁰⁶ Die Umsetzungsmaßnahmen erfolgten im wesentlichen durch Neuschaffung des fünften Buches im Beschaffungskodex, dessen Bestimmungen oberhalb der gemeinschaftsrechtlichen Schwellenwerte greifen.²⁰⁷ Weitere Erlasse ergänzen die Bestimmungen des Beschaffungskodexes.

Die Umsetzung der *Baukoordinierungsrichtlinie* im Jahre 1990 beschränkte sich zunächst im wesentlichen darauf, die Regelungen zu den wettbewerblichen Vergabeverfahren einschließlich der zugehörigen Bekanntmachungsvorschriften in den französischen Beschaffungskodex aufzunehmen. Im Zuge der weiteren Anpassung war es nötig, die bis 1990 in Frankreich geltende Bestimmung, wonach ungewöhnlich niedrige Angebote automatisch zurückgewiesen werden konnten, EU-rechtskonform abzuwandeln. Nunmehr muß der betreffende Auftraggeber vom Bieter zunächst eine Stellungnahme zu den Gründen des niedrigen Angebots verlangen; erst dann kann er unter bestimmten Voraussetzungen das Angebot zurückweisen. Besondere Schwierigkeiten bereitete die Abfassung des Gesetzes 91 – 3. vom 3. Januar 1991, mit dem der Kreis der öffentlichen Auftraggeber beispielsweise um Einrichtungen der Gebietskörperschaften mit gemischt privat- und öffentlich-rechtlichem Charakter erweitert wurde. Neu aufgenommen wurde auch die Verpflichtung, daß alle öffentlichen oder privaten Bauvorhaben, die zu mehr als 50% staatlich subventioniert werden, oberhalb der Schwellenwerte den Regeln des öffentlichen Auftragswesens folgen müssen²⁰⁸. Nach Ansicht der Kommission ist Frankreich mit den ergriffenen Maßnahmen seinen Verpflichtungen aus der Baukoordinierungsrichtlinie umfassend nachgekommen.²⁰⁹

²⁰⁵ Vgl. Europäische Kommission: Grünbuch, S. 70; Gündisch, Jürgen: Der Rechtsschutz bei öffentlichen Aufträgen, S. 59 (72).

²⁰⁶ Vgl. Tardif, Alain: EG-Binnenmarkt für öffentliche Aufträge: Fakten, Trends, Entwicklungen, Erwartungen und Probleme. Die französischen Erfahrungen, S. 63 (66); Martin, Pascal: Recent Developments in French Procurement Law, PPLR 1994, S. CS 25 (CS 25).

²⁰⁷ Vgl. Ax, Thomas: Rechtsschutz bei öffentlichen Aufträgen – kann Deutschland von Frankreich lernen? Ableitungen aus einer Dissertation zu Recht und Praxis in Frankreich und Deutschland, 1994, S. 10.

²⁰⁸ Vgl. Rouquette, G./Lefort, CK: Special Feature: Implementation of the Public Procurement Directives in the 12 States of the EC (Part II). France, PPLR 1992, S. 251 (253 f.).

²⁰⁹ Vgl. Europäische Kommission: Grünbuch, S. 70.

Auch die Umsetzung der *Lieferkoordinierungsrichtlinie* 88/295/EWG erfolgte ohne Beanstandung durch die Kommission zunächst per Erlaß vom 17. April 1989²¹⁰. Die in der Richtlinie vorgesehenen Vergabeverfahren und Bekanntmachungsvorschriften waren im wesentlichen allerdings schon vorher im Beschaffungskodex festgeschrieben gewesen, so daß die Umsetzung der Lieferkoordinierungsrichtlinie keine gravierenden Neuerungen mit sich brachte. Vielmehr beschränkte sich die Umsetzung hauptsächlich auf die Einführung der Artikel 378 bis 388, die die verschiedenen Arten der Bekanntmachung im Amtsblatt der EG regeln²¹¹. Im Gegensatz zum deutschen, dänischen und österreichischen Vergaberecht nach Umsetzung der EU-Koordinierungsrichtlinien gelten im französischen Recht zum Teil kürzere Fristen als in den Vergaberichtlinien, was natürlich nur zum Vorteil der Bieter und Bewerber zulässig ist: Während die Lieferkoordinierungsrichtlinie beispielsweise vorschreibt, daß die Entscheidung über den Zuschlag spätestens binnen 48 Tagen nach seiner Erteilung bekannt gemacht werden müsse,²¹² sieht der Beschaffungskodex eine Frist von lediglich 30 Tagen vor²¹³.

Die *Sektorenrichtlinie* 90/531/EWG wurde wenigstens teilweise im Dezember 1992²¹⁴ – also vor dem Stichtag 1. Januar 1993 – in französisches Recht umgesetzt. In dem Gesetz wurden zunächst nur die Bau- und Lieferaufträge bestimmter Institutionen aus dem Sektorenbereich dem förmlichen Auftragsrecht unterworfen. In einer anschließend vom Finanzministerium herausgegebenen Liste wurde verbindlich festgelegt, welche Institutionen oder Kategorien von Institutionen von dem Gesetz erfaßt werden.²¹⁵ Ergänzt wurde das Gesetz vom Dezember 1992 durch einen Erlaß vom 3. August 1993, in dem Einzelheiten des vorherigen Aufrufs zum Wettbewerb²¹⁶ geregelt wurden²¹⁷. Weitere Erlasse zur Bestimmung der Schwellenwerte und der anzuwendenden Vergabeverfahren folgten²¹⁸.

²¹⁰ Vgl. Erlaß Nr. 89–234 vom 17. April 1989.

²¹¹ Vgl. Rouquette, G./Lefort, C.: Special Feature: Implementation of the Public Procurement Directives in the 12 States of the EC (Part II). France, PPLR 1992, S. 251 (254).

²¹² Vgl. Art. 9 Abs. 3 i.V.m. Art. 9 Abs. 5 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

²¹³ Vgl. Rouquette, G./Lefort, C.: Special Feature: Implementation of the Public Procurement Directives in the 12 States of the EC (Part II). France, PPLR 1992, S. 251 (254).

²¹⁴ Vgl. Gesetz Nr. 92–1282 vom 11. Dezember 1992.

²¹⁵ Vgl. Rouquette, G./Lefort, C.: Implementation of the Utilities Procurement Rules in French Law, PPLR 1993, S. CS 64 (CS 64).

²¹⁶ Vgl. Abschnitt III der Sektorenrichtlinie 90/531/EWG, ABl. L 297 v. 29. 10. 1990, S. 1.

²¹⁷ Vgl. Martin, Pascal: Recent Developments in French Procurement Law, PPLR 1994, S. CS 25 (CS 27).

²¹⁸ Vgl. Rouquette, G./Lefort, C.: Implementation of the Utilities Procurement Rules in French Law, PPLR 1993, S. CS 64 (CS 64).

b) Die Umsetzung der EU-Überwachungsrichtlinien

Die *Überwachungsrichtlinie* 89/665/EWG, die bis zum 21. Dezember 1991 umzusetzen war, wurde per Gesetz vom 4. Januar 1992²¹⁹ in französisches Recht überführt. Im ersten Artikel des Gesetzes wurde das Nachprüfungsverfahren für bestimmte Verträge des Privatrechts geregelt, die in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte fallen. Der zweite Artikel betrifft die klassischen öffentlichen Aufträge und Verwaltungsverträge, für die die Verwaltungsgerichte zuständig sind²²⁰. Die *Sektorenüberwachungsrichtlinie* 92/13/EWG wurde per Gesetz vom 29. Dezember 1993²²¹ in französisches Recht transformiert. Auch hier kommt es auf den Charakter des betreffenden Vertrages an; je nachdem können dann die Verwaltungs- oder die Zivilgerichte angerufen werden²²².

Unabhängig davon, welcher Rechtsweg eingeschlagen werden muß, ist durch die beiden neuen Gesetze ein beschleunigtes Verfahren vorgesehen: Der angerufene Richter muß innerhalb von 20 Tagen über den Rechtsstreit befinden. Gegen die Entscheidung ist eine Berufung nicht zulässig. Der Richter kann einstweilige Verfügungen erlassen, Maßnahmen der Vergabestelle aufheben und – was auch neu ist – in bestimmten Fällen sogar die Durchführung eines bereits erteilten Zuschlags aussetzen. Anrufen kann die Gerichte jeder, der ein Interesse an einem bestimmten Vergabeverfahren besitzt und der darlegen kann, durch Fehler während des Vergabeverfahrens in seinen Rechten verletzt worden zu sein.²²³ Bei der Umsetzung der *Sektorenüberwachungsrichtlinie* wurde dem Gericht außerdem die Möglichkeit eingeräumt, Zwangsgelder festzusetzen, wenn ein Auftraggeber den zuvor festgestellten Verstoß nicht binnen der gesetzten Frist beseitigt.²²⁴

5. Das britische Modell

Das öffentliche Auftragswesen in Großbritannien zerfällt traditionell in zwei große Bereiche: die Beschaffungen der klassischen öffentlichen Auftraggeber, zu

²¹⁹ Vgl. Gesetz Nr. 92 – 10. vom 4. Januar 1992.

²²⁰ Vgl. Ax, Thomas: Rechtsschutz bei öffentlichen Aufträgen – kann Deutschland von Frankreich lernen?, S. 10 f.

²²¹ Vgl. Gesetz Nr. 93 – 1416 vom 29. Dezember 1996.

²²² Vgl. Gündisch, Jürgen: Der Rechtsschutz bei öffentlichen Aufträgen, S. 59 (72).

²²³ Vgl. ebenda, S. 59 (72); Rouquette, G./Lefort, C.: Special Feature: Implementation of the Public Procurement Directives in the 12 States of the EC (Part II). France, PPLR 1992, S. 251 (255); Ponsot, Stephanie: Public Procurement in France: Transposition of the „Remedies Directives“, Vortrag während der 25. Konferenz der „International Bar Association Section on Business Law“, Paris, am 17. bis 22. September 1995, Vortragsunterlage S. 4; Arrowsmith, Sue: Actions to Enforce the Community Procurement Rules in France: Decree no. 92 – 964 of September 7, 1992, PPLR 1993, S. CS 12 (CS 14).

²²⁴ Vgl. Ax, Thomas: Rechtsschutz bei öffentlichen Aufträgen – kann Deutschland von Frankreich lernen?, S. 29.

denen beispielsweise die Regierung, die kommunalen Behörden, die Universitäten und die Post gehören, und die Beschaffungen der Versorgungsunternehmen, die inzwischen zunehmend privatisiert worden sind. Für beide Bereiche bestand bereits vor der Koordinierung des Vergaberechts auf EU-Ebene ein zwar umfassendes, aber nicht einheitliches Regelwerk mit lediglich verwaltungsinternem Charakter, das im Zuge der Richtlinienumsetzung völlig neu strukturiert und für die Auftraggeber als nunmehr rechtlich bindend vorgeschrieben wurde²²⁵. Die britischen Vorschriften zur Umsetzung der Richtlinien weisen eine ähnliche Struktur und Terminologie wie die Richtlinien selber auf²²⁶. Dabei hat sich der britische Gesetzgeber größtenteils streng an die Vorgaben der Richtlinien gehalten²²⁷ und ist nicht – abgesehen von einer, unter N.II.5.a) genannten Ausnahme – über die Verpflichtungen aus den Richtlinien hinausgegangen. Die britische Umsetzung der Koordinierungsrichtlinien in den *Regulations*²²⁸ erfolgte streng nach Auftragsarten beziehungsweise Auftraggebern (klassische öffentliche Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber): In den *Public Works Contracts Regulations 1991*²²⁹ gehen folglich nicht nur die Baukoordinierungsrichtlinie, sondern auch die Überwachungsrichtlinie auf, die ja auch für die Bauaufträge der klassischen öffentlichen Auftraggeber gilt. Dasselbe gilt entsprechend für die *Public Supply Contracts Regulations 1995*,²³⁰ mit denen die Lieferkoordinierungsrichtlinie und die Überwachungsrichtlinie umgesetzt wurden, für die *Public Services Contracts Regulations 1993*,²³¹ mit der die Dienstleistungskordinierungsrichtlinie und wiederum die Überwachungsrichtlinie in britisches Recht transformiert wurden, sowie für die *Utilities Contracts Regulations* von 1992²³².

²²⁵ Vgl. Maund, Colin/Vaughton, Charles: EG-Binnenmarkt für öffentliche Aufträge: Fakten, Trends, Entwicklungen, Erwartungen und Probleme. Die britische Sicht, S. 37 (37 ff.); Harden, Isan: Defining the Range of Application of the Public Sector Procurement Directives in the United Kingdom, PPLR 1992, S. 362 (362); O'Loan, Nuala: United Kingdom. Implementation of the Works, Supplies and Compliance Directives, PPLR 1992, S. 88 (88).

²²⁶ Vgl. O'Loan, Nuala: United Kingdom. Implementation of the Works, Supplies and Compliance Directives, PPLR 1992, S. 88 (88).

²²⁷ Vgl. Arrowsmith, Sue: The Law of Public and Utilities Procurement, London, 1996, S. 63.

²²⁸ Vgl. die umfassende Übersicht über die einzelnen „Regulations“ ebenda, S. 65.

²²⁹ Vgl. Public Works Contracts Regulations 1991 (S. I. 1991 No. 2680), as am. by Utilities Supply and Works Contracts Regulations 1992 (S. I. 1992 No. 3279), Public Supply Contracts Regulations 1995 (S. I. 1995 No. 201), and draft Utilities Contracts Regulations 1996.

²³⁰ Vgl. Public Supply Contracts Regulations 1995 (S. I. 1995 No. 201), as am. by draft Utilities Contracts Regulations 1996.

²³¹ Vgl. Public Services Contracts Regulations 1993 (S. I. 1993 No. 3228) as am. by Public Supply Contracts Regulations 1995 (S. I. 1995 No. 201) and draft Utilities Contracts Regulations 1996; O'Loan, Nuala: United Kingdom Implementation of the Services Directive 92/50, PPLR 1994, S. CS 60.

²³² Vgl. Utilities Supply and Works Contracts Regulations 1992 (S. I. 1992 No. 3279).

Großbritannien ist wie manch anderer Mitgliedstaat der EU kein Musterknabe bei der bisherigen Umsetzung der EU-Richtlinien zum Vergaberecht gewesen. Sowohl wegen der Umsetzung der ersten Sektorenrichtlinie 90/531/EWG als auch wegen der Sektorenüberwachungsrichtlinie 92/13/EWG hat die Kommission gegen Großbritannien insgesamt zwei Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet.²³³

a) Die Umsetzung der materiellen EU-Vergaberichtlinien

Schwierigkeiten im Zuge der Umsetzung der *Lieferkoordinierungsrichtlinie* hatte Großbritannien bei der exakten Bestimmung derjenigen Institutionen, die dem neuen Vergaberecht unterliegen sollten. Denn sowohl in der ersten Richtlinie 77/62/EWG als auch in der Überarbeitung von 1988 war der öffentliche Lieferauftraggeber unter anderem definiert als „juristische Person des öffentlichen Rechts“²³⁴. Dieser Terminus war und ist in Großbritannien jedoch nicht bekannt, so daß die Briten zur Transformation der Richtlinie lediglich auf die im Anhang der Richtlinie im einzelnen genannten Institutionen zurückgreifen konnten²³⁵. Vergleichbare Probleme bereitete die Umsetzung der *Bau-* sowie der *Dienstleistungs-koordinierungsrichtlinie*, in denen bei der Bestimmung des öffentlichen Bau- beziehungsweise Dienstleistungsauftraggebers unter anderem von „Einrichtungen des öffentlichen Rechts“ die Rede ist²³⁶. Auch hier waren die Briten mangels Definition dieses Begriffs auf die im Anhang der Richtlinien aufgeführten Listen angewiesen – ein aus britischer Sicht unbefriedigender Zustand, zumal die Listen nicht den Anspruch auf Vollständigkeit erhoben²³⁷. Folge war, daß in Artikel 3 der jeweiligen *Regulations* zur Umsetzung der Bau-, Liefer- und Dienstleistungskoordinierungsrichtlinien lange Listen aufgenommen worden sind, in denen die den Vorschriften unterliegenden öffentlichen Auftraggeber einzeln genannt werden. Dazu gehören beispielsweise Polizei und Feuerwehr, die nationalen Gesundheitsbehörden, die „Scottish Special Housing Association“ und die „Northern Ireland Housing Executive“²³⁸. Seit der Neufassung der *Supply Regulations*, die auf die Neufassung der Lieferkoordinierungsrichtlinie von 1993 zurückgeht, entspricht die in den *Regulations* aufgeführte Liste der öffentlichen Auftraggeber derjenigen in den

²³³ Vgl. Europäische Kommission: Grünbuch, S. 70; Arrowsmith, Sue: *The Law of Public and Utilities Procurement*, S. 63.

²³⁴ Vgl. F.I. dieser Arbeit.

²³⁵ Vgl. Harden, Isan: *Defining the Range of Application of the Public Sector Procurement Directives in the United Kingdom*, PPLR 1992, S. 362 (362).

²³⁶ Vgl. E.II. und G.I. dieser Arbeit.

²³⁷ Vgl. Harden, Isan: *Defining the Range of Application of the Public Sector Procurement Directives in the United Kingdom*, PPLR 1992, S. 362 (364).

²³⁸ Vgl. Arrowsmith, Sue: *The Law of Public and Utilities Procurement*, S. 65; Harden, Isan: *Defining the Range of Application of the Public Sector Procurement Directives in the United Kingdom*, PPLR 1992, S. 362 (366); O’Loan, Nuala: *United Kingdom. Implementation of the Works, Supplies and Compliance Directives*, PPLR 1992, S. 88 (89).

Works Regulations und den *Services Regulations*. Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers wird inzwischen auch hier abstrakt definiert, so daß die in die *Regulations* aufgenommenen Listen nur noch beispielhaften Charakter besitzen²³⁹.

Da die *Regulations* sich stark an den Vorgaben aus den Richtlinien orientieren, ähneln sie einander in Aufbau und Terminologie. Die drei genannten *Works*, *Supply* und *Services Regulations* sind in acht Abschnitte unterteilt: Während im ersten Abschnitt der Anwendungsbereich bestimmt wird und relevante Begriffe definiert werden, behandelt der zweite Teil die technischen Spezifikationen. Der dritte Teil regelt die Vergabeverfahren, der vierte die Zulassung von Bietern und Bewerbern, der fünfte den Zuschlag; im sechsten Teil findet sich Verschiedenes, wie etwa Vorschriften zur Durchführung von Ideenwettbewerben und Regelungen zu den verschiedenen Formen der Bekanntmachungen; im siebten Teil sind die jeweils einschlägigen Bestimmungen der Überwachungsrichtlinie umgesetzt. Der achte Teil enthält im wesentlichen Schluß- und Übergangsbestimmungen. Insgesamt hat Großbritannien in den *Regulations* eine sehr übersichtliche Struktur gewählt, die jedem sofort einleuchtet, der sich mit den EU-Koordinierungsrichtlinien zum Vergaberecht näher befaßt hat.

Obwohl sich die Briten bei der Umsetzung der materiellen EU-Richtlinien also stark an deren Vorgaben orientiert haben, gibt es in den *Works*, *Supply* und *Services Regulations* einige Passagen, die nach Ansicht von Kritikern nicht den Ansprüchen der Richtlinien genügen: So wird beispielsweise in der Liste von Voraussetzungen, bei deren Vorliegen das Verhandlungsverfahren verwendet werden darf, gleichlautend zur Formulierung in der Bau-, der Liefer- und der Dienstleistungsrichtlinie unter anderem der dringende und unvorhergesehene Bedarf genannt, jedoch ist aus den Richtlinien nicht übernommen worden, daß die Dringlichkeit *nicht* auf ein Verschulden des öffentlichen Auftraggebers zurückzuführen sein darf²⁴⁰. O'Loan nennt eine weitere Vorschrift in den *Supply Regulations*, die seiner Ansicht nach mit Buchstabe und Geist der Lieferkoordinierungsrichtlinie nicht vereinbar ist: Artikel 7 Absatz 6 der *Regulations* sieht vor, daß, wenn eine eigenständige *Einheit* eines öffentlichen Auftraggebers Aufträge vergibt, diese nicht herangezogen werden müssen, um festzustellen, ob der (übergeordnete) öffentliche Auftraggeber den einschlägigen Schwellenwert erreicht hat. Vielmehr sollen die Schwellenwertbestimmungen für jede *eigenständige* Einheit des Auftraggebers gelten. Auf diese Weise wird der Aufsplittung von möglicherweise zusammengehörenden Lieferaufträgen Vorschub geleistet und das Erreichen der Schwellenwerte, von denen an die *Regulations* grundsätzlich greifen, durch einen Kunstgriff im Einzelfall vermieden²⁴¹.

²³⁹ Vgl. Arrowsmith, Sue: United Kingdom. The Public Supply Contracts Regulations 1995, PPLR 1995, S CS 59 (CS 60).

²⁴⁰ Vgl. O'Loan, Nuala: United Kingdom. Implementation of the Works, Supplies and Compliance Directives, PPLR 1992, S. 88 (90).

²⁴¹ Vgl. ebenda, S. 88 (90 f.).

In den *Supply Regulations* von 1991 hatte der britische Gesetzgeber die öffentlichen Lieferauftraggeber noch auf eine vorrangige Verwendung des offenen Verfahrens verpflichtet, obwohl die Lieferkoordinierungsrichtlinie eine solche Priorität – wie schon angesprochen – nicht vorsieht. Seit Überarbeitung und Neufassung der *Supply Regulations* von 1995 können die Auftraggeber jedoch wählen, ob sie das offene oder nicht offene Verfahren anwenden; die Priorität zugunsten des offenen Vergabeverfahrens wurde aufgehoben²⁴². Im Unterschied zur oben genannten österreichischen Umsetzung der Richtlinien, wonach öffentliche Auftraggeber in Österreich verpflichtet sind, möglichst auf das Gemeinsame Vokabular zum öffentlichen Auftragswesen (CPV) zurückzugreifen²⁴³, nehmen die britischen *Supply Regulations* Bezug auf das in der Lieferkoordinierungsrichtlinie ausdrücklich genannte CPA²⁴⁴.

Wie in anderen EU-Mitgliedstaaten herrscht auch in Großbritannien eine gewisse Unsicherheit darüber, inwieweit die EU-Koordinierungsrichtlinien zum Vergaberecht die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte zulassen²⁴⁵. Unter dem Eindruck der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG setzte die britische Regierung die bis 1994 geltende Bevorzugung behinderter sowie in Gefängnissen beschäftigter Arbeitnehmer außer Kraft, was ihr Kritik seitens der Opposition sowie jener Gruppierungen eingetragen hat, die sich für die Rechte Behinderter einsetzen.²⁴⁶

Die *Utilities Supply and Works Contract Regulations*²⁴⁷ zur Umsetzung der *Sektorenrichtlinie* 90/531/EWG sind genauso wie die *Regulations* zur Umsetzung der klassischen Vergaberichtlinien in acht Abschnitte unterteilt. Auch in die *Utilities Regulations* wurde eine lange Liste derjenigen Institutionen und Unternehmen aufgenommen, die den *Regulations* unterliegen. Bei der Transformation der Sektorenrichtlinie hat sich der britische Gesetzgeber jedoch nicht so stark wie zuvor bei den klassischen *Regulations* am Wortlaut der umzusetzenden Richtlinie orientiert, so daß beispielsweise die Benennung der den „Regulations“ unterliegenden Institutionen durch viele Verweisungen komplizierter ausgefallen ist als in der Richtlinie²⁴⁸. Weitere Abweichungen von der Sektorenrichtlinie und dadurch bedingte

²⁴² Vgl. Arrowsmith, Sue: United Kingdom. The Public Supply Contracts Regulations 1995, PPLR 1995, S. CS 59 (61).

²⁴³ Vgl. N.II.3.a) dieser Arbeit.

²⁴⁴ Vgl. Arrowsmith, Sue: United Kingdom. The Public Supply Contracts Regulations 1995, PPLR 1995, S. CS 59 (62).

²⁴⁵ Vgl. dazu den zusammenfassenden Überblick bei Arrowsmith, Sue: United Kingdom. Abolition of the United Kingdom's Procurement Preference Scheme for Disabled Workers, PPLR 1994, S. CS 225.

²⁴⁶ Vgl. ebenda, S. CS 225 (CS 225).

²⁴⁷ Vgl. Utilities Supply and Works Contracts Regulations 1992 (S. I. 1992 No. 3279).

²⁴⁸ Vgl. Bickerstaff, Roger: The Utilities Supply and Works Contracts Regulations 1992: An Analysis of the Implementation of the Utilities Directive in United Kingdom Law, PPLR 1993, S. 117 (118 f.).

Fehler tauchen auf: Während die Sektorenrichtlinie zum Beispiel vorschreibt, daß Aufträge nicht in der Absicht aufgeteilt werden dürfen, den Anwendungsbereich der Richtlinie zu umgehen, heißt es in den *Utilities Regulations*:

„In the case of two or more supply contracts awarded at the same time for goods of a particular type, the estimated value of each contract is taken to be the aggregate value of all the contracts.“²⁴⁹

Diese Formulierung ist enger als die in der Sektorenrichtlinie gewählte Vorschrift, die zur Bestimmung des Auftragswertes auch Aufträge über unterschiedliche Komponenten zuläßt, während die *Utilities Regulations* lediglich auf *gleichartige* Güter abstellen. Darüber hinaus wurde Artikel 12 Absatz 2 Buchstabe a) der Sektorenrichtlinie 90/531/EWG, der den Berechnungsmodus für die Bestimmung des Schwellenwerts bei befristeten Leasing-, Miet-, Pacht oder Ratenkaufverträgen vorgibt, nicht in die *Utilities Regulations* aufgenommen²⁵⁰. Auch eine andere, allerdings eher nebensächliche Vorschrift zeigt, daß es der britische Gesetzgeber bei der Umsetzung der Sektorenrichtlinie nicht ganz so genau genommen hat: Während die Richtlinie 90/531/EWG laut Artikel 7 Absatz 1 nicht für solche Aufträge gilt, „die zum Zwecke der Weiterveräußerung oder -vermietung an Dritte vergeben werden, vorausgesetzt, daß der Auftraggeber kein besonderes oder ausschließliches Recht zum Verkauf oder zur Vermietung des Auftragsgegenstands besitzt, und daß andere Unternehmen die Möglichkeit haben, diese Waren unter gleichen Bedingungen wie der betreffende Auftraggeber zu verkaufen oder zu vermieten,“ wurde bei der Umsetzung in die britische *Utilities Regulations* aus dem „Und“ ein „Oder“, was den Sachverhalt erheblich verändert,²⁵¹ den Anwendungsbereich der Ausnahmeregelung nämlich stark erweitert.

b) Die Umsetzung der EU-Überwachungsrichtlinien

Wie bereits unter N.II.5. dieser Arbeit angesprochen, wurden die relevanten Passagen aus der Überwachungs- beziehungsweise der Sektorenüberwachungsrichtlinie in die jeweiligen *Regulations*, mit denen auch die einzelnen materiellen Vergaberichtlinien umgesetzt wurden, übernommen: In den *Supply Regulations* wurde die Überwachungsrichtlinie in Artikel 26 umgesetzt, in den *Works Regulations* in Artikel 31 und in den *Services Regulations* in Artikel 29. Das in den Überwachungsrichtlinien vorgesehene Nachprüfungsverfahren kann angestrengt werden von

„a person who sought, or who seeks, or who would have wished:

(i) to be the person to whom a public ... contract is awarded or

(ii) to participate in a design contest and

who is a national of and established in a Member State.“²⁵²

²⁴⁹ Rezitiert nach ebenda, S. 117 (124).

²⁵⁰ Vgl. ebenda, S. 117 (124).

²⁵¹ Vgl. ebenda, S. 117 (125).

Das britische Vergaberecht sieht nicht ein außergerichtliches Verfahren vor, sondern hat die Nachprüfung von Vergabeverfahren den ordentlichen Gerichten übertragen. Bevor der abgewiesene Bieter jedoch gerichtliche Schritte einleitet, muß er dies der Vergabestelle anzeigen. Die Klagefrist beträgt drei Monate und entspricht damit der generell bei der Überprüfung von Akten der öffentlichen Gewalt vorgesehenen Frist. Der Fristenlauf beginnt im Zeitpunkt, zu dem der behauptete Verfahrensmangel begangen wird.²⁵³ Das Gericht ist nicht nur berechtigt, vorläufige Maßnahmen zu ergreifen, das Vergabeverfahren auszusetzen oder einzelne Maßnahmen der Vergabestelle aufzuheben. Es kann darüber hinaus auch Schadenersatz zusprechen, so daß der Kläger keinen weiteren Prozeß anstrengen muß. Einen bereits erteilten (rechtswidrigen) Zuschlag kann das Gericht jedoch nicht aufheben.²⁵⁴

6. Das belgische Modell

Belgien hat sein ursprüngliches Vergaberecht erst spät kodifiziert, nämlich mit Gesetz vom 14. Juli 1976, das mit königlicher Verordnung vom 22. April 1977 in Kraft trat²⁵⁵. Die EU-Koordinierungsrichtlinien zum Vergabewesen der klassischen öffentlichen Auftraggeber wurden im Dezember 1993 umgesetzt, indem das Gesetz von 1976 um die Vorschriften aus den Richtlinien ergänzt wurde²⁵⁶; die Sektorenrichtlinie 93/38/EWG wurde mit königlicher Verordnung vom 26. Juli 1994 transformiert. Eine Anpassung des belgischen Rechts an die Überwachungsrichtlinien haben die Belgier dagegen nicht für erforderlich gehalten, weil sie der Meinung waren, das belgische Recht gewährleiste bereits ausreichenden Rechtsschutz²⁵⁷ – eine Ansicht, die die Kommission teilt.

²⁵² Vgl. Regulation 4 of the Public Services Contracts Regulations 1993 (S. I. 1993 No. 3228) as am. by Public Supply Contracts Regulations 1995 (S. I. 1995 No. 201) and draft Utilities Contracts Regulations 1996.

²⁵³ Vgl. Gündisch, Jürgen: Der Rechtsschutz bei öffentlichen Aufträgen, S. 59 (72); O'-Loan, Nuala: United Kingdom Implementation of the Services Directive 92/50, PPLR 1994, S. CS 60 (CS 67).

²⁵⁴ Vgl. ebenda, S. CS 60 (CS 67 f.).

²⁵⁵ Vgl. D'Hooghe, David: Enforcing Public Procurement Rules in Belgium, PPLR 1992, S. 389 (390).

²⁵⁶ Vgl. derselbe: The Belgian Act of December 24, 1993, on the Award of Public Contracts and on the Award of some Private Works, Supplies and Services Contracts, PPLR 1994, S. CS 108 (CS 108).

²⁵⁷ Vgl. derselbe: Special Feature: Implementation of the Public Procurement Directives in the 12 States of the EC (Part I), Belgium, PPLR 1992, S. 167 (168).

a) Die Umsetzung der materiellen EU-Vergaberichtlinien

Das Gesetz vom 24. Dezember 1993 besteht aus zwei Büchern: Während in das erste Buch die Vergaberegeln für Institutionen des öffentlichen Rechts aufgenommen wurden, sind im zweiten Buch die Bestimmungen für Sektorenauftraggeber mit ausschließlich privater Rechtsform aufgeführt. Das erste Buch ist in vier Titel unterteilt: Titel I enthält allgemeine Bestimmungen, beispielsweise zum Geltungsbereich des ersten Buches, der sich auf die klassischen öffentlichen Auftraggeber erstreckt, wie sie in der Bau-, der Liefer-, der Dienstleistungs- und zum Teil auch in der Sektorenrichtlinie näher bestimmt werden. Auch die Definitionen von Bau-, Liefer und Dienstleistungsauftrag wurden aus den Richtlinien in den ersten Titel des belgischen Vergabegesetzes übernommen. Im zweiten Titel des ersten Buches finden sich die Bestimmungen zur Auswahl der Bieter und Bewerber, zu den Vergabeverfahren, den technischen Spezifikationen und zur Erteilung des Zuschlags, die aus den EU-Richtlinien zum materiellen Vergaberecht übernommen wurden. Der dritte Titel enthält Vorschriften zur Regelung öffentlicher Baukonzessionen, im vierten Titel wurden die Vorschriften der Sektorenrichtlinie im Hinblick auf Sektorenauftraggeber mit öffentlich-rechtlichem Status umgesetzt. Wie schon angesprochen, behandelt das zweite Buch die Sektorenauftraggeber mit privatrechtlicher Rechtsform, ist allerdings erst von den relevanten Schwellenwerten an einschlägig. Eine solche Unterscheidung ist im ersten Buch des Gesetzes nicht vorgenommen worden: Der belgische Gesetzgeber hat die EU-Koordinierungsrichtlinien vielmehr zum Anlaß genommen, ein völlig neues Vergaberecht zu schaffen, das für alle öffentlich-rechtlichen Auftraggeber auch unterhalb der Schwellenwerte gilt²⁵⁸.

Die Kommission hatte gegen Belgien ein Vertragsverletzungsverfahren wegen fehlerhafter Umsetzung der Baukoordinierungsrichtlinie eingeleitet: Sie rügte, daß Interessenten um einen öffentlichen Bauauftrag zum Nachweis der geforderten technischen und wirtschaftlichen Zulassungskriterien sich über den Eintrag in spezielle Listen präqualifizieren müssen, diese Präqualifikationen dann aber nur für ganz bestimmte Arten von Bauaufträgen gelten. Darüber hinaus bemängelte die Kommission, daß die Aufnahme in die Listen schwierig sei und in Einzelfällen mehrere Monate in Anspruch nehme. Einmal aufgenommen, ist nicht gewährleistet, daß das betreffende Unternehmen dort auch weitergeführt wird. Die Kommission ist der Ansicht, daß das Listenverfahren insbesondere Anbieter aus anderen EU-Mitgliedstaaten benachteilige.²⁵⁹

²⁵⁸ Vgl. derselbe: The Belgian Act of December 24, 1993, on the Award of Public Contracts and on the Award of some Private Works, Supplies and Services Contracts, PPLR 1994, S. CS 108 (C 108 ff.).

²⁵⁹ Vgl. Brown, Adrian: Parliamentary Questions on the Qualification of Works Contractors in Belgium, PPLR 1995, S. CS 110 (CS 110 f.); Europäische Kommission: Grünbuch, S. 70.

b) Die Umsetzung der EU-Überwachungsrichtlinien

Auch wenn der belgische Gesetzgeber die EU-Überwachungsrichtlinien nicht eigens umgesetzt hat, sollen hier kurz die Rechtsschutzmöglichkeiten in Belgien beleuchtet werden. Einem abgewiesenen Bieter oder Bewerber stehen zwei Wege offen, um gegen eine – aus seiner Sicht – unrechtmäßige Vergabeentscheidung vorzugehen: Er kann zum einen den Staatsrat anrufen, der mit besonderen gerichtsähnlichen Befugnissen ausgestattet ist, um die Aussetzung oder die Aufhebung eines Vergabeverfahrens zu erreichen. Der Staatsrat ist ermächtigt, alle während eines Vergabeverfahrens getroffenen Entscheidungen auszusetzen und/oder aufzuheben, wobei auch die Aufhebung eines schon erteilten Zuschlags nicht völlig ausgeschlossen ist, in der Regel aber nicht praktiziert wird. Der Staatsrat kann auch vorläufige Maßnahmen treffen, jedoch keinen Schadensersatz zusprechen. Er kann außerdem nicht unbegrenzt angerufen werden; vielmehr muß der Bieter oder Bewerber binnen 60 Tagen nach Bekanntgabe der Entscheidung, gegen die er vorgehen will, ein entsprechendes schriftliches Gesuch an den Staatsrat richten. Hebt der Rat eine Maßnahme des Auftraggebers auf und kommt dieser der getroffenen Entscheidung nicht nach, kann er eine Geldbuße verhängen, um den Auftraggeber zur Befolgung seiner Entscheidung zu veranlassen.²⁶⁰

Daneben ist einem abgewiesenen Bieter oder Bewerber der Weg vor die ordentlichen Gerichte eröffnet, etwa um Schadensersatz zu verlangen. Auch die ordentlichen Gerichte können Entscheidungen während eines Vergabeverfahrens aufheben, sind allerdings nur begrenzt in der Lage, vorläufige Maßnahmen zu ergreifen. Da die Gerichte grundsätzlich an die Entscheidungen des Staatsrats gebunden sind, kann ein Bieter oder Bewerber, der dort erfolgreich für sein Recht gekämpft hat, anschließend eine Schadensersatzklage vor den ordentlichen Gerichten erheben, wobei er nur noch seinen Schaden aufdecken und darlegen muß, daß die Maßnahmen des Auftraggebers für den Schaden ursächlich sind. Für den Zug vor die ordentlichen Gerichte ist eine vorherige Anrufung des Staatsrats allerdings nicht erforderlich.²⁶¹

7. Das italienische Modell

In Italien wurde das öffentliche Vergabewesen wie in kaum einem anderen EU-Mitgliedstaat traditionell von Korruption beherrscht und von der Mafia gelenkt. Deshalb waren es nicht nur die EU-Koordinierungsrichtlinien, die die jetzige Gestalt des italienischen Vergaberechts geprägt haben, sondern auch die inzwischen ergriffenen Maßnahmen zur Bekämpfung der Korruption²⁶². Da sich der italieni-

²⁶⁰ Vgl. D'Hooghe, David: Enforcing the Public Procurement Rules in Belgium, PPLR 1992, S. 389 (390 ff.).

²⁶¹ Vgl. ebenda, S. 389 (398 ff.).

²⁶² Vgl. Violini, Lorenza: Die Umsetzung der Richtlinien über öffentliche Aufträge in Italien, in: Europarecht, Beiheft 1/1996. Das öffentliche Auftragswesen in der EG, hrsg. von

sche Gesetzgeber bei der Umsetzung der EU-Richtlinien nicht zur Verabschiedung eines einheitlichen Vergabegesetzes durchringen konnte, sind die (öffentlichen) Auftraggeber Italiens von einer Normenflut überrannt worden, weil jede Richtlinie in einem eigenen Gesetz beziehungsweise in gleichrangigen Regierungserlassen umgesetzt wurde. Auch bevor Italien Ende der siebziger Jahre mit der Umsetzung der EU-Richtlinien begonnen hatte, war bereits eine Vielzahl von Gesetzen in Kraft, die zum überwiegenden Teil zwischen den beiden Weltkriegen erlassen worden waren. Die älteste Regelung stammt jedoch aus dem Jahre 1865 und betrifft die öffentlichen Bauwerke. Einige ihrer Bestimmungen sind auch heute noch in Kraft. Das Vergabeverfahren war traditionell als Verwaltungsverfahren ausgestaltet, dessen vornehmliches Ziel darin lag, den Staat vor schädigendem Verhalten der Vergabebeamten zu schützen. Das heutige Vergaberecht ist dagegen stärker auf den Schutz der Bieter und Bewerber ausgerichtet.²⁶³

a) Die Umsetzung der materiellen EU-Vergaberichtlinien

Italien hat die EU-Koordinierungsrichtlinien insbesondere zu Beginn sehr zögerlich umgesetzt: Die *Baukoordinierungsrichtlinie* 71/305/EWG, die bis Mitte 1972 in italienisches Recht hätte transformiert werden müssen, wurde erst 1977 umgesetzt, nachdem die italienische Regierung wegen fehlender Umsetzung vom Europäischen Gerichtshof verurteilt worden war²⁶⁴. Das Verfahren trug nicht zur Europa-Freundlichkeit der Italiener bei, die das Gesetz von 1977 durch zwei Novellen wieder zurückzunehmen versuchten, was dem Land eine weitere Verurteilung durch den Gerichtshof einbrachte²⁶⁵. Die Richtlinie 89/440/EWG wurde dann sehr viel schneller – schon 1991 – mit dem Gesetz *La Pergola* und der Verordnung 55/1991 zur Regelung der öffentlichen Ausschreibung umgesetzt. Der Wortlaut des Gesetzes entsprach im wesentlichen demjenigen der Richtlinie, was bei anderen Gesetzen zur Umsetzung von Richtlinien bisher nicht üblich war. Zwar sicherte diese Art der Transformation die Akzeptanz seitens der Kommission, jedoch blieb das Gesetz immer ein Fremdkörper im traditionellen italienischen Vergaberecht²⁶⁶ – ein Phänomen, das sich bei der italienischen Variante zur Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien bis heute beobachten läßt²⁶⁷.

Jürgen Schwarze und Peter-Christian Müller-Graff, Baden-Baden, 1996, S. 47 (47); Pontarollo, Enzo: Regulatory Aspects and the Problem of Corruption in Public Procurement in Italy, PPLR 1995, S. 201 (201 ff.).

²⁶³ Vgl. Violini, Lorenza: Die Umsetzung der Richtlinien über öffentliche Aufträge in Italien, S. 47 (48 ff.).

²⁶⁴ Vgl. EuGH Rs. 10/76, „Kommission vs. Italien“, Slg. 1976, S. 1359.

²⁶⁵ Vgl. EuGH Rs. 103/88 „Fratelli Costanzo“, Slg. 1989, S. 1861.

²⁶⁶ Vgl. Violini, Lorenza: Die Umsetzung der Richtlinien über öffentliche Aufträge in Italien, S. 47 (51 f.).

²⁶⁷ Vgl. Covassi, Beatrice: The New Italian Legislation in the Field of Public Works Procurement, European Public Law, Volume 2, 1996, S. 209 (210).

Bis Februar 1994 wurde das *legge Pergola* überarbeitet und durch das Rahmengesetz 109/1994 (*legge Merloni*) ersetzt, das die gesamte Vergabe öffentlicher Bauaufträge regelt. In das Gesetz wurden auch Bestimmungen zum Kampf gegen die Korruption aufgenommen; im Hinblick darauf wurden die Vergabeverfahren transparenter gestaltet und sind die Möglichkeiten, nach erteiltem Zuschlag die Vertragsbedingungen zu verändern und beispielsweise einen höheren als den vereinbarten Preis zu fordern, stark eingeschränkt worden. Dem Gesetz wurden, soweit Bauaufträge betroffen sind, die Bestimmungen aus der Baukoordinierungsrichtlinie zugrundegelegt, die für alle Bauaufträge – auch unterhalb der Schwellenwerte – gelten sollen.²⁶⁸ Auf dieser Grundlage wurden die Voraussetzungen für die Verwendung beschränkter Verfahren sowie der Verhandlungsverfahren wesentlich enger gefaßt und das offene Verfahren als Regelfall bestimmt. Wendet ein Auftraggeber das beschränkte Vergabeverfahren an, kann er einen Interessenten, der um Teilnahme nachsucht, nur aus triftigem Grund ablehnen. Im Notfall kann der Bewerber im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes seine Zulassung erstreiten.²⁶⁹ Durch das Recht auf Zulassung zum beschränkten Verfahren wurde der Unterschied zwischen offenem und nicht offenem Verfahren stark verwischt, wenn nicht sogar aufgehoben.²⁷⁰ Andere italienische Spezialitäten wurden durch das *legge Merloni* beseitigt beziehungsweise verändert: Zuvor war es in Italien üblich gewesen, demjenigen Bieter den Zuschlag zu erteilen, der mit seinem Angebot dem Durchschnitt aller Angebote am nächsten kam, weil man davon ausging, daß auf diese Weise der Korruption bei der Vergabe öffentlicher Aufträge am ehesten der Boden entzogen werden könne, da bis zur Auswertung *aller* Angebote nicht klar sein würde, welches Angebot letztlich zum Zuge kommen würde. Der Europäische Gerichtshof hat diese Art Zuschlagskriterium jedoch abgelehnt und Italien zuletzt 1985 zur Änderung der Zuschlagsmethode verurteilt²⁷¹. Ebenso rügte der Gerichtshof die frühere italienische Praxis, alle Angebote als ungewöhnlich niedrig auszuschließen, die um mehr als 20% unter dem arithmetischen Durchschnitt aller zulässigen Angebote lagen²⁷². Auch die daraufhin erforderliche Änderung wurde in dem *legge Merloni* vollzogen. Da es sich bei dem Gesetz aber lediglich um ein *Rahmengesetz* handelte, war es erforderlich, zu seiner Durchführung entsprechende Ausführungsverordnungen zu erlassen. Für kurze Zeit, von April bis Juni 1994 war das Gesetz in Kraft, wirbelte den gesamten Markt für öffentliche Bauaufträge

²⁶⁸ Vgl. Mastragostino, Franco: The New Legislation on Public Works Procurement in Italy, PPLR 1994, S. CS 189 (CS 189); Salvadori, Margherita: The Public Works Directive in Italy. The Berlusconi Government's Temporary Arrangement for the Law on Public Works Procurement, PPLR 1995, S. CS 55 (CS 55).

²⁶⁹ Vgl. Violini, Lorenza: Die Umsetzung der Richtlinien über öffentliche Aufträge in Italien, S. 47 (54); Mastragostino, Franco: The New Legislation on Public Works Procurement in Italy, PPLR 1994, S. CS 189 (CS 189).

²⁷⁰ Vgl. Covassi, Beatrice: The New Italian Legislation in the Field of Public Works Procurement, European Public Law, Volume 2, 1996, S. 209 (213).

²⁷¹ Vgl. EuGH Rs. 2/84 „Kommission vs. Italien“, Slg. 1985, S. 1127.

²⁷² Vgl. EuGH Rs. 103/88 „Fratelli Costanzo“, Slg. 1989, S. 1861.

in Italien durcheinander und wurde deswegen mehrmals aufgehoben und wieder eingeführt²⁷³. Zuletzt wurde das Gesetz per Ausführungsverordnung zum 1. März 1996 wieder in Kraft gesetzt²⁷⁴.

Die bei der Umsetzung der Baukoordinierungsrichtlinie aufgetauchten Probleme sind bei der Umsetzung der *Lieferkoordinierungsrichtlinie* nicht aufgetreten. Die Richtlinien 77/62/EWG und 88/295/EWG wurden in der Verordnung Nr. 358 vom 24. Juli 1992 umgesetzt. Eine Anpassung an die Richtlinie 93/36/EWG war aus italienischer Sicht nicht notwendig, weil die Verordnung von 1992 den Bestimmungen schon vorgegriffen hatte. Die Kommission hat allerdings beanstandet, daß ihr weder die ergriffenen Umsetzungsmaßnahmen noch das fehlende Erfordernis solcher Maßnahmen mitgeteilt wurden.²⁷⁵ Unterhalb der Schwellenwerte gilt die Verordnung Nr. 573 aus dem Jahre 1994. Beide Verordnungen, die von 1992 und diejenige von 1994, entsprechen sich im Hinblick auf den objektiven und subjektiven Anwendungsbereich, die Transparenz des Vergabeverfahrens und die Planung von Akquisitionen²⁷⁶.

Die *Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie* wurde per Verordnung Nr. 157 vom 17. März 1995 in italienisches Recht umgesetzt. Die Verordnung hat den Wortlaut der Richtlinie beinahe vollständig übernommen.²⁷⁷ Dasselbe gilt für die Umsetzung der *Sektorenrichtlinie* 93/38/EWG, die mit Verordnung Nr. 158 vom 17. März 1995 in italienisches Recht übernommen wurde.²⁷⁸ Bei der Umsetzung der Sektorenrichtlinie hat der italienische Gesetzgeber jedoch ein paar Feinheiten hinzugefügt, die beispielsweise den Anwendungsbereich der Richtlinie sowie die Bestimmungen zum Präqualifizierungssystem betreffen. In einigen Bereichen sind Unternehmen in öffentlich-rechtlicher Rechtsform dadurch weitergehenden Vorschriften unterworfen. Unklar ist, in welchem Verhältnis das *legge Merloni* von 1994 und die Verordnung 158/95 stehen. Denn theoretisch kann ein Auftraggeber dem Anwendungsbereich beider Regelwerke unterliegen, wenn er öffentlich-rechtliche Rechtsform besitzt: Entweder sieht man in einem solchen Fall die Verordnung Nr. 158/95, die lediglich von den Schwellenwerten an eingreift, als die gegenüber dem *legge Merloni* speziellere Regelung an, so daß unterhalb der Schwellenwerte *kein* Regelwerk einschlägig ist. Oder aber man verbindet Verordnung und Gesetz derart miteinander, daß unterhalb der Schwellenwerte gegebenenfalls

²⁷³ Vgl. Violini, Lorenza: Die Umsetzung der Richtlinien über öffentliche Aufträge in Italien, S. 47 (52 Fn. 20).

²⁷⁴ Vgl. ebenda, S. 47 (52).

²⁷⁵ Vgl. Europäische Kommission: Grünbuch, S. 70.

²⁷⁶ Vgl. Violini, Lorenza: Die Umsetzung der Richtlinien über öffentliche Aufträge in Italien, S. 47 (52 f.).

²⁷⁷ Vgl. Teatini, Maria Elena: The Implementation in Italy of E.C. Rules on Services Procurement: A short note on Decreto Legislativo No. 157 of March 17, 1995, PPLR 1996, S. CS 111 (CS 111).

²⁷⁸ Vgl. Santi, Giacomo: The Implementation of E.C. Directives 90/531 and 93/38 in Italy: Decreto Legislativo No. 158 of March 17, 1995, PPLR 1996, S. CS 109 (CS 109).

(wenn es sich um einen Bauauftrag handelt) die Bestimmungen des *legge Merloni* anzuwenden sind und von den Schwellenwerten an die Bestimmungen der Verordnung Nr. 158/95²⁷⁹. Entschieden ist diese Frage bisher nicht.

b) Die Umsetzung der EU-Überwachungsrichtlinien

Da der Zuschlag in Italien als Verwaltungsakt klassifiziert wird, muß ein Bieter oder Bewerber, der sich durch Entscheidungen oder Maßnahmen während eines Vergabeverfahrens in seinen Rechten verletzt fühlt, vor das Verwaltungsgericht ziehen. Das Gericht stellt dann fest, ob die gerügte Maßnahme der Vergabestelle rechtswidrig war und hebt diese gegebenenfalls auf. Dies gilt für *alle* Maßnahmen der Vergabestelle, unabhängig davon, ob die von der Maßnahme verletzte Vorschrift dem klagenden Bieter oder Bewerber eine subjektive Rechtsposition einräumt oder nicht. Die Verwaltungsgerichte können auch einstweiligen Rechtsschutz gewähren und die Vergabestelle zum Beispiel darauf verpflichten, einen zu Unrecht ausgeschlossen Bieter vorläufig zum Vergabeverfahren zuzulassen. Dies kann so weit gehen, daß das Gericht den Auftraggeber zum vorläufigen Vertragsabschluß mit einem übergangenen Bieter zwingen kann²⁸⁰. Vor Umsetzung der Überwachungsrichtlinien konnte der vor dem Verwaltungsgericht erfolgreiche Bieter oder Bewerber Schadensersatz vor den ordentlichen Gerichten nur dann verlangen, wenn ihm die verletzte Vorschrift ein subjektives Recht gewährte. Die Überwachungsrichtlinien fordern Schadensersatz aber auch dann, wenn Vorschriften der EU-Richtlinien beziehungsweise des sie umsetzenden nationalen Rechts verletzt sind, die *keine* subjektiven Ansprüche geben. Diesem Erfordernis hat der italienische Gesetzgeber mit Einführung des Artikel 13 in das gemeinschaftliche Gesetz von 1991 (*legge 142/1992*) Rechnung getragen²⁸¹. Bevor er Schadensersatz verlangen kann, muß der Kläger aber nach wie vor vom zuständigen Verwaltungsgericht die Rechtswidrigkeit der angegriffenen Maßnahme feststellen lassen. Gesetzlich nicht festgelegt wurde die Art des zu gewährenden Schadensersatzes: So müssen die Gerichte entscheiden, ob sie nur das negative Vertragsinteresse (Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren) oder das positive Interesse zusprechen, in dem auch der entgangene Gewinn enthalten ist²⁸².

²⁷⁹ Vgl. ebenda, S. CS 109 (CS 110).

²⁸⁰ Vgl. Violini, Lorenza: Die Umsetzung der Richtlinien über öffentliche Aufträge in Italien, S. 47 (56 ff.).

²⁸¹ Vgl. Mastragostino, Franco: Implementation of the Compliance Directive in Italy, PPLR 1992, S. 236 (236).

²⁸² Vgl. Violini, Lorenza: Die Umsetzung der Richtlinien über öffentliche Aufträge in Italien, S. 47 (57).

Kritiker bemängeln, daß die Umsetzung der Überwachungsrichtlinien nicht mit dem Gebot des schnellen Rechtsschutzes in Einklang stehe, weil das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten in Einzelfällen bis zu zehn Jahre in Anspruch nehmen kann, wenn alle fünf möglichen Prozeßstufen durchlaufen werden²⁸³.

²⁸³ Vgl. ebenda.

O. Die Auswirkungen der EU-weiten Koordinierung des öffentlichen Auftragswesens

Allein mit der Umsetzung der Koordinierungsrichtlinien zum Vergaberecht, die in den meisten EU-Mitgliedstaaten – wie oben gezeigt – noch nicht abgeschlossen ist oder bisher nur unzureichend erfolgte, ist es natürlich nicht getan. Entscheidend für die Entstehung eines einheitlichen europäischen Vergabemarktes ist die Anwendung der Regeln durch die von ihnen erfaßten öffentlichen beziehungsweise Sektorauftraggeber. In diesem Abschnitt soll deswegen untersucht werden, ob die Vorschriften in der Praxis angewendet werden und wie sich dies auf die Öffnung der nationalen Vergabemärkte auswirkt.

I. Die Anwendung der nationalen Vorschriften zur Umsetzung der Koordinierungsrichtlinien

1. Die falsche Auslegung der in den Richtlinien verwendeten Begriffe

Im Zentrum der Schwierigkeiten bei der Umsetzung der Koordinierungsrichtlinien steht die richtige *Auslegung der in den Richtlinien verwendeten Begriffe*. Das trifft zunächst für die *Definition des Auftraggebers* sowohl in den klassischen Koordinierungsrichtlinien als auch in der Sektorenrichtlinie zu. In seiner grundlegenden Entscheidung vom 20. September 1988 hatte der Europäische Gerichtshof zunächst klargestellt, daß der Begriff des Staates in der Baukoordinierungsrichtlinie, um die allein es in dem Rechtsstreit gegen die *Gebroeders Beentjes* ging, funktionell und keineswegs formell zu verstehen sei¹. Daraufhin wurde die Definition in der Richtlinie 93/37/EWG sowie in der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG entsprechend geändert². In der genannten *Beentjes-Entscheidung* hatte der Gerichtshof einer örtlichen Flurbereinigungskommission ohne eigene Rechtspersönlichkeit den Status eines öffentlichen Auftraggebers zugesprochen. Wie bereits die *Umsetzung* der klassischen Koordinierungsrichtlinien Bau, Lieferungen und Dienstleistungen in britisches Recht gezeigt hat,³ fällt die Festlegung der den Richtlinien unterliegenden öffentlichen Auftraggeber besonders in den Ländern

¹ Vgl. EuGH Rs. 31/87, „Gebroeders Beentjes vs. Niederlande“, Slg. 1988, S. 4635 (4655).

² Vgl. E.II. sowie F.I. dieser Arbeit.

³ Vgl. N.II.5.a) dieser Arbeit.

schwer, die den Begriff der „juristischen Person des öffentlichen Rechts“ nicht kennen. Aber auch in der Bundesrepublik Deutschland, in der dieser Terminus geläufig ist, herrscht bisweilen Unsicherheit darüber, ob bestimmte Institutionen dem EU-Vergaberecht unterliegen: Für die Rundfunkanstalten ist dieser Streit inzwischen entschieden worden; sie zählen *nicht* zu den öffentlichen Auftraggebern. Unterschiedlich sind die Meinungen aber weiterhin im Hinblick auf Sparkassen und andere öffentlich-rechtliche Kreditinstitute: Während die Kommission die Ansicht vertritt, daß diese Institutionen dem Vergaberecht unterliegen müßten, werden öffentlich-rechtliche Kreditinstitute in der Bundesrepublik Deutschland als im Wettbewerb stehende Unternehmen angesehen, die nicht den Regeln des EU-Vergaberechts unterstehen. Die Kommission argumentiert dagegen, daß die Sparkassen gemeinnützige Anstalten des öffentlichen Rechts seien, die für ihre Träger – die örtlichen Gebietskörperschaften – im Allgemeininteresse liegende Aufgaben wahrnehmen. Damit seien die drei Kriterien zur Bestimmung als öffentlicher Auftraggeber erfüllt.⁴ Besonders schwierig wird die Abgrenzung im Anwendungsbereich der Sektorenrichtlinie, weil es hier Institutionen gibt, die zwar grundsätzlich vom Auftraggeberbegriff erfaßt, jedoch aufgrund von Ausnahmebestimmungen nicht den Regeln der Richtlinie unterworfen sind.⁵

Auch die *Definition des öffentlichen Auftrags* kann in Einzelfällen Schwierigkeiten bereiten; insbesondere dann, wenn es sich um einen gemischten Auftrag handelt. Hier stellt sich die Frage, welchen Regelungen der Auftrag unterworfen werden muß. Obwohl die Koordinierungsrichtlinien eindeutig vorschreiben, daß es bei der Einordnung als Bau-, Liefer-, oder Dienstleistungsauftrag auf den *Schwerpunkt* der Leistung ankommt,⁶ muß der Europäische Gerichtshof von Zeit zu Zeit darüber entscheiden, *welche* Richtlinie beziehungsweise welche nationale Norm zu deren Umsetzung einschlägig ist⁷. Darüber hinaus hat die Kommission festgestellt, daß einzelne Auftraggeber immer wieder versuchen, Aufträge in Lose aufzuteilen, um sie dem Anwendungsbereich der Richtlinien zu entziehen.⁸

⁴ Vgl. Prieß, Joachim: Das Recht des öffentlichen Auftragswesens nach der Umsetzung des Europäischen Rechts – Ausschreibungspflichten, Verfahren und Rechtsschutz, S. 49 ff.

⁵ Vgl. Europäische Kommission: Grünbuch, Ziff. 3.11.

⁶ Vgl. zum Beispiel 16. Erwägungsgrund zur Dienstleistungs Koordinierungsrichtlinie 92/50/EWG, ABl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1; Art. 6 Abs. 5 der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, SW. 54.

⁷ Vgl. zum Beispiel EuGH Rs. C-331/92 „Gesetión Hotelera Internacional“, Slg. 1994, S. 1329.

⁸ Vgl. Europäische Kommission: Grünbuch, Ziff. 3.13.

2. Die bevorzugte Verwendung von Verhandlungs- und beschleunigten Verfahren

Ein zweites Problemfeld bildet die *übermäßige Anwendung des Verhandlungsverfahrens* insbesondere in den südlichen Mitgliedstaaten der EU. In mehreren Entscheidungen mußte der Gerichtshof inzwischen klarstellen, daß öffentliche Auftraggeber sich nur in wenigen Ausnahmefällen auf die Dringlichkeit des Bedarfs berufen dürfen, um das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Vergabebekanntmachung⁹ anwenden zu können. „Findige“ öffentliche Auftraggeber zögern dagegen die Auftragsvergabe bewußt so lange hinaus, bis der Bedarf dringlich geworden ist. In diesen Fällen sind die Umstände zur Begründung der Dringlichkeit jedoch auf ein Verhalten des Auftraggebers zurückzuführen, so daß die Ausnahmebestimmung *nicht* eingreift¹⁰. In der Rechtssache 99/85 ging es um eine Müllverbrennungsanlage, die die Stadt Mailand in Auftrag gegeben hatte. Nachdem die Stadtverwaltung mehrere Jahre lang mit der Ausschreibung gewartet hatte, begründete sie die angebliche Dringlichkeit in diesem Fall mit dem inzwischen unerträglich gewordenen Geruch in der Stadt, der auf die fehlenden Kapazitäten zur Müllverbrennung zurückzuführen war.

Oft kommen öffentliche Auftraggeber der Verpflichtung zur Bekanntmachung einer Vergabeabsicht nicht nach.¹¹ Aber selbst wenn die Auftraggeber Bekanntmachungen im Supplement S zum Amtsblatt der EG veröffentlichen, genügt die *Qualität dieser Veröffentlichungen* nicht immer den gestellten Anforderungen. Das gilt auch im Hinblick auf die Verpflichtung zur Veröffentlichung von Vorinformationen sowie der Bekanntmachungen über vergebene Aufträge.¹² Interessenten an öffentlichen Aufträgen bemängeln zudem, daß Aufträge zum Teil falschen Kategorien zugeordnet werden, was die Teilnahme an einem Vergabeverfahren erschwert, weil viele Unternehmen lediglich bestimmte Rubriken im Supplement S zum Amtsblatt auf für sie geeignete Ausschreibungen hin untersuchen. Zuordnungsfehler können hier die Folge haben, daß einem potentiellen Bieter ein lukratives Angebot entgeht. Darüber hinaus sehen viele Unternehmen das spezielle Vokabular für das öffentliche Auftragswesen (CPV) als ein zu grobes Raster an, um die Feinheiten eines Auftrags erfassen zu können¹³.

⁹ Vgl. zum Beispiel Art. 7 Abs. 3 lit. c) der Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54; Art. 6 Abs. 3 lit. d) der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1.

¹⁰ Vgl. EuGH Rs. C-24/91 „Kommission vs. Königreich Spanien“, Slg. 1992 I, S. 1989; EuGH Rs. C-328/92 „Kommission vs. Königreich Spanien“, Slg. 1994 I, S. 1569; EuGH Rs. 199/85, „Kommission vs. Italienische Republik“ Slg. 1987, S. 1039.

¹¹ Vgl. nur EuGH Rs. C-79/94 „Kommission vs. Griechische Republik“, Slg. 1995 I, S. 1071.

¹² Vgl. Europäische Kommission: Grünbuch, Ziff. 3.17.

¹³ Persönliches Gespräch.

Eine bewährte Methode, die Zahl der Bieter zu reduzieren, ist die *übermäßige Verwendung des beschleunigten Verfahrens*, das mit einer erheblichen Verkürzung der Teilnahme- und Angebotsfristen einhergeht. Auch die Kommission hat inzwischen erkannt, daß eine Teilnahmefrist von zwischen 10 und 15 Tagen insbesondere Anbieter aus anderen EU-Mitgliedstaaten daran hindert, sich erfolgreich an einem Vergabeverfahren zu beteiligen. Sie hat deshalb ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die Verwendung des beschleunigten Verfahrens ähnlich wie die Anwendung des Verhandlungsverfahrens nur in bestimmten Ausnahmefällen zulässig ist, die von den öffentlichen Auftraggebern jedoch zum Teil sehr großzügig ausgelegt werden¹⁴. Unabhängig von den Vorgaben der Richtlinien hat die Kommission mehrfach beobachtet, daß öffentliche Auftraggeber insbesondere *Teilnahmefristen* willkürlich verkürzen und die Mindestfristen aus den Richtlinien nicht eingehalten werden. Auch dies benachteiligt vornehmlich ausländische Anbieter,¹⁵ die aufgrund längerer Postlaufzeiten und gegebenenfalls notwendiger Übersetzungsarbeiten in der Regel für die Teilnahme an einer Ausschreibung mehr Zeit benötigen als ihre Konkurrenz im Land des Auftraggebers.

3. Die Verwendung technischer Spezifikationen sowie von Eignungs- und Zuschlagskriterien zur Abschottung nationaler Märkte

Zum Ausschluß ausländischer Konkurrenz kommt es immer wieder durch die *Verwendung nationaler technischer Spezifikationen* oder Warenzeichen bei der Abfassung von Ausschreibungen¹⁶. Der Europäische Gerichtshof hat mehrfach klargestellt, daß die Verwendung technischer Merkmale oder Warenzeichen, die Erzeugnisse einer bestimmten Produktion bevorzugen und andere Unternehmen deswegen ausschließen, nur mit dem Zusatz „oder gleichwertiger Art“ zulässig ist.¹⁷ Im übrigen darf der Auftraggeber auf nationale Spezifikationen im Ausschreibungstext ohnehin nur dann Bezug nehmen, wenn der Auftragsgegenstand durch andere allgemeinverständliche Bezeichnungen nicht anders beschrieben werden kann¹⁸.

Ein weiteres Problemfeld ist die *Verwendung nicht zulässiger Eignungs- oder Zuschlagskriterien*. Insbesondere zur Bestimmung der technischen Leistungsfähig-

¹⁴ Vgl. Europäische Kommission: Grünbuch, Ziff. 3.19.

¹⁵ Vgl. ebenda, Ziff. 3.20.

¹⁶ Vgl. Zwölfter Jahresbericht der Kommission über die Kontrolle der Anwendung des Gemeinschaftsrechts – 1994 – KOM(95) 500 endg., ABl. C 254 v. 29. 9. 1995, S. 1, Ziff. 2.2.5.

¹⁷ Vgl. EuGH Rs. 45/87 „Dundalk Water Supply“, Slg. 1988, S. 4929 (4961); EuGH Rs. C-359/93 „Kommission vs. Niederlande“, Slg. 1995 I, S. 157 (176).

¹⁸ Vgl. EuGH Rs. C-359/93 „Kommission vs. Niederlande“, Slg. 1995 I, S. 157 (176 f.).

keit legen öffentliche Auftraggeber häufig andere Kriterien fest als in den Richtlinien vorgesehen. In seiner schon früh gefällten *Transporoute-Entscheidung*¹⁹ hat der Europäische Gerichtshof jedoch ausdrücklich festgestellt, daß die Richtlinienkataloge zur Bestimmung der technischen Leistungsfähigkeit eines Bieter oder Bewerbers – anders als diejenigen zur Feststellung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit²⁰ – abschließend sind²¹. Und obwohl der Gerichtshof auch deutlich gemacht hat, daß die Eignungsprüfung dem Zuschlag vorauszugehen hat²², werden beide Kriterien häufig zum Nachteil des wirtschaftlich oder preislich günstigsten Angebots miteinander vermischt, wobei auch unzulässige, diskriminierende Präferenzregeln als Zuschlagskriterien verwendet werden²³.

Nicht in allen Fällen, in denen öffentliche Auftraggeber die Richtlinienbestimmungen nicht richtig anwenden oder überhaupt nicht beachten, kommt es zu einem Rechtsstreit vor dem Europäischen Gerichtshof. Vielfach kann die Kommission Vertragsverletzungsverfahren bereits vorzeitig einstellen, wenn sie das fehlerhafte Verhalten des Auftraggebers beanstandet und dieser den Mangel daraufhin beseitigt.²⁴

II. Die Marktentwicklung im Zuge der Koordinierung des öffentlichen Auftragswesens: Die Einschätzung der Kommission und anderer

Die Kommission der EU hat sich in Form einer Bestandsaufnahme ausführlich im Grünbuch vom November 1996²⁵ mit den *Auswirkungen* der Koordinierungsmaßnahmen zum öffentlichen Auftragswesen beschäftigt. Auf die Studie hin haben unter anderem auch der Wirtschafts- und Sozialausschuß der Europäischen Gemeinschaften,²⁶ der Ausschuß für Wirtschaft, Währung und Industriepolitik des

¹⁹ Vgl. EuGH Rs. 76/81 „Transporoute“, Slg. 1982, S. 417 (428).

²⁰ Vgl. EuGH Rs. 27 bis 29/86 „Bellini u. a.“, Slg. 1987, S. 3347 (3372 ff.).

²¹ Vgl. dazu auch schon E.X. dieser Arbeit.

²² Vgl. EuGH Rs. 31/87 „Gebroeders Beentjes vs. Niederlande“, Slg. 1988, S. 4635 (4656).

²³ Vgl. EuGH Rs. 21/88 „Du Pont de Nemours Italiana – Mezzogiorno I“, Slg. 1990 I, S. 889; EuGH Rs. 263/85 „Kommission vs. Italienische Republik“, Slg. 1991 I, S. 2457; EuGH Rs. 352/88 „Laboratori Bruneau – Mezzogiorno II“, Slg. 1991 I, S. 3641.

²⁴ Vgl. Zwölfter Jahresbericht der Kommission über die Kontrolle der Anwendung des Gemeinschaftsrechts – 1994 – KOM(95) 500 endg., ABl. C 254 v. 29. 9. 1995, S. 1, Ziff. 2.2.5.

²⁵ Europäische Kommission: Grünbuch.

²⁶ Vgl. Wirtschafts- und Sozialausschuß der Europäischen Gemeinschaften: Stellungnahme zum Grünbuch „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union: Überlegungen für die Zukunft“, CES 607/97, Brüssel, den 28. bis 29. Mai 1997.

Europäischen Parlaments²⁷, der Rat²⁸, der deutsche Bundesrat²⁹ und die Bundesregierung³⁰ sowie andere nationale Parlamente Stellungnahmen und ihre Einschätzungen zur Entwicklung des öffentlichen Vergabewesens in der EU abgegeben. Auf die eingegangenen Stellungnahmen zum Grünbuch hat die Kommission einen Maßnahmenkatalog entwickelt³¹, der im Schlußkapitel dieser Arbeit näher betrachtet werden soll.

Ein entscheidendes Manko, unter dem alle Schätzungen zur Entwicklung des öffentlichen Auftragswesens jedoch leiden, liegt in der Ungenauigkeit des zur Verfügung stehenden statistischen Zahlenmaterials: Um den Öffnungsgrad der nationalen Beschaffungsmärkte messen zu können, müßten inländische Niederlassungen oder Tochterunternehmen erfolgreicher ausländischer Bieter, die im Ausland produzieren und die Niederlassung lediglich als Vertriebsstützpunkt nutzen, dem Ausland zugeordnet werden; tatsächlich aber werden sie in den Statistiken als inländische Unternehmen geführt. Dasselbe gilt für Kooperationen und andere Formen der Partnerschaft, die ein ausländisches mit einem inländischen Unternehmen eingeht, um auf dem inländischen Markt präsent zu sein. Vergibt ein öffentlicher Auftraggeber einen Auftrag an die inländische Niederlassung eines im Ausland produzierenden ausländischen Unternehmens, wird dies folglich nicht als grenzüberschreitende Transaktion erfaßt, obwohl in einem solchen Fall das ausländische Unternehmen von dem Auftrag profitiert. Berücksichtigt man diesen Aspekt, weichen die geschätzten Zahlen erheblich von der Importrate ohne Berücksichtigung von Tochterunternehmen und Niederlassungen vor Ort ab: Wurden nach Berechnungen der Kommission im Jahre 1995 etwa 3% aller öffentlichen Aufträge in der EU an Bieter in einem anderen EU-Mitgliedstaat vergeben, erhöht sich diese Zahl um mehr als das Doppelte auf 7%, wenn man auch den Zuschlag an inländische Niederlassungen im Ausland produzierender ausländischer Unternehmen sowie an Importunternehmen dem Ausland zuschlägt³². Hinzu kommt ein weiterer Aspekt, der das vorhandene Zahlenmaterial nur mit Vorsicht genießen läßt: Alle Vergabestatistiken ordnen – soweit sie überhaupt vorhanden sind – als Ursprung des vom Auftraggeber nachgefragten Produkts das Sitzland des erfolgreichen Bieters zu. Diese Sichtweise ist aber auch deswegen nur in seltenen Fällen korrekt, weil die meisten

²⁷ Vgl. Ausschuß für Wirtschaft, Währung und Industriepolitik: Arbeitsdokument über das Grünbuch „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union: Überlegungen für die Zukunft“, PE 222.580, Brüssel, den 6. Mai 1997.

²⁸ Vgl. Rat der Europäischen Gemeinschaften: Green Paper on Public Procurement in the European Union, Dokument 8134/97, Brüssel, den 21. Mai 1997.

²⁹ Vgl. Beschluß des Bundesrates zum Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften: „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union – Überlegungen für die Zukunft“, Drucksache 50/97, Bonn, den 14. März 1997.

³⁰ Vgl. Elemente einer Stellungnahme der Bundesregierung zum Grünbuch, Dokument B 3 – 03 09 08 – Bonn, den 4. März 1997.

³¹ Vgl. Europäische Kommission: Das öffentliche Auftragswesen in der EU.

³² Vgl. dieselbe: Grünbuch, Ziffer 2.11.

Produkte nicht nur Produktionsanteile ihres offiziellen Ursprungslandes enthalten³³. Um den Öffnungsgrad exakt bestimmen zu können, müßten die Produktionsanteile vielmehr den jeweiligen Herstellungsländern zugeordnet werden.

Schließlich muß – wenn es um die Implikationen der EU-Koordinierungsrichtlinien geht – auch gefragt werden, inwieweit ökonomische Effekte überhaupt auf Koordinierungsmaßnahmen zum Vergabewesen zurückgehen. Möglicherweise sind sie nämlich auf andere Ursachen zurückzuführen, etwa die auch ohne Koordinierungsmaßnahmen zunehmende Globalisierung der Märkte³⁴. Dies läßt sich aber selbst durch Befragungen solcher Unternehmen nicht feststellen, die ausschließlich oder jedenfalls hauptsächlich an öffentliche Auftraggeber liefern, weil es meist ein Bündel an Motiven ist, das zur Erschließung neuer Märkte und eines neuen Kundstammes führt.

1. Die Einschätzung der Kommission

Wie soeben unter O.II. dieser Arbeit angedeutet, hat sich der Öffnungsgrad der nationalen Beschaffungsmärkte in der EU seit Beginn der Koordinierungsmaßnahmen Ende der sechziger beziehungsweise Anfang der siebziger Jahre (mit einer Importrate von 2% bis 3%) kaum verändert: Im Jahre 1995 lag die Importquote bei den öffentlichen Beschaffungen nach Berechnungen der Kommission bei durchschnittlich 3,5%; bezieht man auch die inländischen Niederlassungen ausländischer Unternehmen sowie die Transaktionen durch Importunternehmen ein, liegt die Importrate – wie schon erwähnt – bei 7%³⁵. Allerdings haben sich die einzelnen Beschaffungsmärkte unterschiedlich stark für Güter aus anderen EU-Mitgliedsstaaten geöffnet: So reicht die Importquote für Bürogeräte, Telekommunikationsgeräte, medizinische Geräte und Kraftfahrzeuge im Bereich des öffentlichen Auftragswesens von 15% bis 25%.³⁶ In ihrem ersten Bericht zur Situation des öffentlichen Auftragswesens aus dem Jahre 1972 hatte die Kommission bei den *Lieferaufträgen* für das Jahr 1969 eine Importrate von 3,5% beobachtet. Bezog man auch die Bauaufträge ein, lag die Importrate in der Zeit zu Beginn der Koordinierungsmaßnahmen bei einem Wert von nur 2%.

Trotz des auch heute noch geringen grenzüberschreitenden Handels im Bereich des öffentlichen Auftragswesens hat eine von der Kommission in Auftrag gegebene Umfrage bei 1.600 Bietern, die die Grundlage des Anschlußberichts an die Cecchini-Studie bildete, ergeben, daß sich mehr als 70% der Befragten bereits an Aus-

³³ Persönliches Gespräch.

³⁴ Persönliches Gespräch.

³⁵ Vgl. Europäische Kommission: Grünbuch, Ziffer 2.11.

³⁶ Vgl. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat. Wirkung und Wirksamkeit der Binnenmarktmaßnahmen, KOM(96) 520 endg., Brüssel, den 30. 10. 1996, Ziff. 3.6.

schreibungen in einem anderen EU-Mitgliedstaat beteiligt hatten³⁷. 44% der Befragten haben aufgrund der Ausschreibungen im Supplement S zum Amtsblatt der EG neue Kunden im In- und Ausland gewonnen. Ein Phänomen, von dem 36% der Bieter berichtet haben, ist ein verstärkter Wettbewerb im eigenen Heimatland³⁸. Dies wird auch durch die Tatsache bestätigt, daß in Deutschland die Nachprüfungsverfahren mehr von deutschen als von im Ausland ansässigen Unternehmen genutzt werden. Das oben zitierte Ergebnis scheint im Widerspruch mit der von der Kommission beobachteten niedrigen Importrate von 3,5% beziehungsweise 7% zu stehen. Die Diskrepanz läßt sich aber leicht erklären: Denn befragt wurden im Rahmen der Untersuchung überwiegend solche Unternehmen, die zu einem konkreten Vergabeverfahren bereits zugelassen worden waren, das heißt überhaupt ein Angebot abgeben durften und konnten. Die überwiegende Mehrheit der Unternehmen, die ein Angebot gar nicht erst einreichen, weil sie nicht über die nötigen Informationen oder Kapazitäten verfügen, wurde in der Umfrage dagegen kaum berücksichtigt. Hinzu kommt, daß nur etwa 15% der Vergabestellen, die den EU-Richtlinien unterliegen, ihrer Verpflichtung zur Bekanntmachung von Vergabeabsichten nachkommen.³⁹

Nach Ansicht der Kommission kann die Öffnung der nationalen Beschaffungsmärkte aber ohnehin nicht (ausschließlich) anhand der Entwicklung von Importraten gemessen werden. Ihrer Einschätzung nach ist sichtbarstes Zeichen für die *Wirkung* der Richtlinien die zunehmende Transparenz bei der Auftragsvergabe, die sich in der stetig steigenden Zahl der Veröffentlichungen im Supplement S zum Amtsblatt äußere. Wurden im Jahre 1987 nur 12.000 Vergabebekanntmachungen im Amtsblatt veröffentlicht, waren es 1995 schon 95.000. Für 1997 rechnete die Kommission mit einem Anstieg auf 200.000 Bekanntmachungen.⁴⁰ Berücksichtigt man, daß von den etwa 110.000 Vergabestellen in der EU, die den Koordinierungsrichtlinien unterliegen, bisher – wie erwähnt – nur circa 15% die Vorschriften zu Transparenz und Publizität beachten, scheint die Erwartung dieses Anstiegs realistisch. Ob die Flut an Veröffentlichungen jedoch zur Steigerung der Markttransparenz beiträgt, ist aufgrund der unter J.II. dieser Arbeit geäußerten Bedenken zu bezweifeln. Allein die Veröffentlichung von Vergabeabsichten führt noch nicht zur Schaffung eines einheitlichen Vergabemarktes. Entscheidend kommt es vielmehr darauf an, daß der Bieter mit dem wirtschaftlich günstigsten oder preislich niedrigsten Angebot den Zuschlag erhält, auch wenn er in einem anderen Mitgliedstaat der EU ansässig ist.

³⁷ Vgl. Europäische Kommission: Public Procurement, EuroStrategy Consultants – Eurogroup, Brüssel, im Juli 1996, S. 21 ff. Auf die Studie wird unter O.III. dieser Arbeit näher eingegangen.

³⁸ Vgl. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat. Wirkung und Wirksamkeit der Binnenmarktmaßnahmen, KOM(96) 520 endg., Brüssel, den 30. 10. 1996, Ziff. 3.6.

³⁹ Vgl. Europäische Kommission: Grünbuch, Ziffer 2.7.

⁴⁰ Vgl. ebenda.

Mit Wohlwollen beobachtet die Kommission die Zunahme an grenzüberschreitenden Fusionen und Joint-Ventures, die insbesondere in den Bereichen Verkehrswesen, Telekommunikation, Elektrizitätswirtschaft und Gesundheitswesen vor allem zur Koordinierung der Forschungs- und Entwicklungstätigkeit vereinbart werden. Diese Entwicklung führt die Kommission zu einem großen Teil auf die EU-Richtlinien zum öffentlichen Auftragswesen zurück.⁴¹ Fragt man jedoch in den einzelnen Branchen nach, werden als Gründe für den zu beobachtenden Strukturwandel die Liberalisierung bisher geschützter Märkte sowie zunehmender Kostendruck durch die Konkurrenz aus den USA und aus Asien genannt.⁴²

Kritisch äußert sich die Kommission im Grünbuch von 1996 zur bisherigen Entwicklung der Auftragsvergabe im Sektorenbereich: Nach Ansicht der Kommission kommen viele Sektorenauftraggeber ihren Verpflichtungen aus der Sektorenrichtlinie nicht nach; andererseits üben auch viele Unternehmen Zurückhaltung, wenn es um die Beteiligung an Vergabeverfahren in anderen EU-Mitgliedstaaten geht. Als mögliche Ursache für die aus ihrer Sicht zögerliche Anwendung der Sektorenrichtlinie und die Zurückhaltung potentieller Bieter und Bewerber nennt die Kommission die „Gewöhnungsphase“, in der sich die Wirtschaftsteilnehmer des Sektorenbereichs derzeit befänden⁴³. Eine Erhebung aus dem Jahre 1993 bestätigt, daß die Sektorenauftraggeber verstärkt das Verhandlungsverfahren anwenden: Im Jahre 1993 haben sie 61,5% ihrer Aufträge im Verhandlungsverfahren vergeben, 21,4% im nicht offenen Verfahren und nur 14,3% im offenen Verfahren.⁴⁴ Diese Prozentsätze sind vollkommen gegenläufig zur Entwicklung bei den klassischen öffentlichen Auftraggebern: Eine Auswertung des Supplement S zum Amtsblatt der EG für die Jahre 1992 und 1993, in der das Ausschreibungsverhalten der klassischen öffentlichen Auftraggeber in den Bereichen Bau, Lieferungen und Dienstleistungen untersucht wurde, hat ergeben, daß knapp 9% der Aufträge (oberhalb der Schwellenwerte) im Verhandlungsverfahren vergeben wurden, etwa 38% im nicht offenen Verfahren und etwas mehr als 53% im offenen Verfahren.⁴⁵ Nur nebenbei sei erwähnt, daß in Deutschland und Belgien die Sektorenauftraggeber – entgegen dem sonst in der EU zu beobachtenden Trend – Aufträge vielfach im offenen Verfahren vergeben: In Deutschland haben Sektorenauftraggeber im Jahre 1993 63,8% aller Aufträge öffentlich ausgeschrieben, in Belgien taten dies immerhin 48%. Länder wie Großbritannien und Frankreich, in denen nur 0,4% beziehungs-

⁴¹ Vgl. ebenda, Ziffer 2.8.

⁴² Persönliche Gespräche.

⁴³ Vgl. Europäische Kommission: Grünbuch, Ziffer 2.10.

⁴⁴ Vgl. Cox, Andrew / Furlong, Paul: The Jury is still out for Utilities Procurement: The Impact of the EU Procurement Directives on the Location of Utility Contract Awards in the „twelve“ Member States, PPLR 1996, S. 57 (61, Tabelle 3).

⁴⁵ Vgl. Flach, Stefan: Rechtsbindung einer industriepolitischen Instrumentalisierung öffentlicher Aufträge, in: Schriftenreihe Europäische Integration und internationale Beziehungen, Rechtswissenschaftliche Studien, hrsg. von Peter Behrens, Diss. Hamburg 1995, Frankfurt u. a. 1996, S. 82, Tabelle 1 (Teil 1).

weise 2,5% aller Aufträge öffentlich ausgeschrieben werden, trugen jedoch zu dem genannten niedrigen Durchschnittswert bei⁴⁶.

2. Die Einschätzung des Wirtschafts- und Sozialausschusses

Auch der Wirtschafts- und Sozialausschuß teilt den Eindruck, daß die Koordination des öffentlichen Auftragswesens bisher nicht die erhofften Wirkungen und Ergebnisse gezeigt hat.⁴⁷ Während die Kommission die Ursachen dafür jedoch hauptsächlich in der teilweise fehlenden oder mangelhaften *Umsetzung* der EU-Richtlinien sieht,⁴⁸ richtet der Ausschuß sein Augenmerk auf weitere, seiner Meinung nach gravierendere Aspekte: *Erstens* werden Unternehmen aufgrund *allgemeiner* Marktzugangsbedingungen – wie beispielsweise unterschiedliche technische Normen – daran gehindert, ihre Produkte und Dienste öffentlichen Auftraggebern in anderen EU-Mitgliedstaaten anzubieten.⁴⁹ Diese Ansicht wird gestützt von einer Umfrage des Wirtschafts- und Sozialausschusses, die allerdings keinen repräsentativen Charakter besitzt. Der Ausschuß hatte Ende 1995 etwa 50 Unternehmen befragt, die entweder ausschließlich oder jedenfalls unter anderem öffentliche Auftraggeber beliefern.⁵⁰ Auf die Frage, was diese Unternehmen als Hemmnisse für einen freien Wettbewerb im öffentlichen Auftragswesen ansehen, wurden als ein Haupthemmnis die voneinander abweichenden nationalen technischen Standards, Normen und zum Teil auch kundenspezifischen Vorschriften genannt – ein Hindernis, das sich nur durch die weitere Harmonisierung von Normen und Spezifikationen beseitigen läßt.⁵¹ *Zweitens* haben insbesondere kleine und mittlere Unternehmen Schwierigkeiten bei der nötigen Informationsbeschaffung.⁵² Damit ist nicht nur der Zugang zu Vergabebekanntmachungen gemeint, sondern auch der verzögerte oder nachträgliche Eingang angeforderter Verdingungsunterlagen oder anderer zur Abgabe einer Teilnahmeerklärung oder eines Angebots unerläßlicher Aus-

⁴⁶ Vgl. Cox, Andrew/Furlong, Paul: The Jury is still out for Utilities Procurement: The Impact of the EU Procurement Directives on the Location of Utility Contract Awards in the „twelve“ Member States, PPLR 1996, S. 57 (61, Tabelle 3).

⁴⁷ Vgl. Wirtschafts- und Sozialausschuß der Europäischen Gemeinschaften: Stellungnahme zum Grünbuch „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union: Überlegungen für die Zukunft“, CES 607/97, Brüssel, den 28. bis 29. Mai 1997, Ziff. 1.4.

⁴⁸ Vgl. Europäische Kommission: Grünbuch, Ziffer 2.9.

⁴⁹ Vgl. Wirtschafts- und Sozialausschuß der Europäischen Gemeinschaften: Stellungnahme zum Grünbuch „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union: Überlegungen für die Zukunft“, CES 607/97, Brüssel, den 28. bis 29. Mai 1997, Ziff. 2.1.

⁵⁰ Vgl. derselbe: Fragebogen zum öffentlichen Auftragswesen, Brüssel, 1996.

⁵¹ Vgl. K.V. dieser Arbeit.

⁵² Vgl. Wirtschafts- und Sozialausschuß der Europäischen Gemeinschaften: Stellungnahme zum Grünbuch „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union: Überlegungen für die Zukunft“, CES 607/97, Brüssel, den 28. bis 29. Mai 1997, Ziff. 2.1.

schreibungsinformationen.⁵³ Der ungehinderte Zugang zu den für die erfolgreiche Beteiligung an einem Vergabeverfahren notwendigen Informationen ist nicht auf die mangelhafte Umsetzung der Richtlinien zurückzuführen, sondern zeugt von einer mangelnden Akzeptanz bei den öffentlichen Auftraggebern, wie sie bereits unter O.I. dieser Arbeit angesprochen wurde. *Drittens* hält auch die (noch) fehlende Vertrautheit mit den Gewohnheiten und Gepflogenheiten in anderen EU-Mitgliedstaaten – insbesondere beim Umgang mit öffentlichen Auftraggebern – viele Anbieter davon zurück, sich an Vergabeverfahren in anderen Mitgliedstaaten zu beteiligen. Dazu kommen *viertens* objektive Aspekte wie die möglicherweise niedrige Rentabilität der Teilnahme an einer ausländischen Ausschreibung wegen des damit verbundenen besonderen Kostenaufwands, rechtliche Hindernisse – etwa im Hinblick auf national unterschiedliche Haftungsbestimmungen – sowie Sprachbarrieren.⁵⁴

Die genannten Faktoren, die auch Unternehmen bei Befragungen immer wieder als Hindernisse für die Beteiligung an Vergabeverfahren in anderen EU-Mitgliedstaaten nennen,⁵⁵ lassen sich nur zum geringsten Teil mit der mangelnden Umsetzung oder Anwendung der EU-Richtlinien erklären. Ob allerdings die vom Wirtschafts- und Sozialausschuß geforderten Schulungsprogramme insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen einen effektiven Ansatzpunkt darstellen,⁵⁶ muß bezweifelt werden, weil sich kleinere Unternehmen häufig auch trotz vorhandenen Wissens eine geringe Wahrscheinlichkeit ausrechnen, erfolgreich mit den großen Wettbewerbern um einen öffentlichen Auftrag konkurrieren zu können. Betrachten sie sich dagegen als wettbewerbsfähige Anbieter, sind sie als Spezialisten auf dem Markt für öffentliche Aufträge meist schon präsent und benötigen keine Anleitung mehr. Gerade kleinere Unternehmen scheuen vor dem Wettbewerb um öffentliche Aufträge aber auch deswegen zurück, weil der Staat oftmals ein säumiger Zahler ist, sich insbesondere mittelständische Unternehmen die Hinauszögerung längst fälliger Zahlungseingänge aber nicht leisten können. Trotz einer Empfehlung des Rates, die Zahlungsfristen nicht in die Länge zu ziehen, scheint sich dieser Trend noch zu verstärken, so daß sich der Wirtschafts- und Sozialausschuß dafür ausgesprochen hat, die Zahlungsfristen in einer verbindlichen Regelung zeitlich zu begrenzen und für den Fall des Verzuges Verzugsstrafen festzulegen⁵⁷.

⁵³ Vgl. derselbe: Fragebogen zum öffentlichen Auftragswesen, Brüssel, 1996, Antwort auf Frage 13.

⁵⁴ Vgl. derselbe: Stellungnahme zum Grünbuch „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union: Überlegungen für die Zukunft“, CES 607/97, Brüssel, den 28. bis 29. Mai 1997, Ziff. 2.8.

⁵⁵ Vgl. z. B. derselbe: Fragebogen zum öffentlichen Auftragswesen, Brüssel, 1996.

⁵⁶ Vgl. Wirtschafts- und Sozialausschuß: Stellungnahme zum Thema „Öffentliches Beschaffungswesen“, DOK. 96/C 212/03, ABl. C 212 v. 22. 7. 1996, S. 13, Ziff. 4.4.

⁵⁷ Vgl. Wirtschafts- und Sozialausschuß der Europäischen Gemeinschaften: Stellungnahme zum Grünbuch „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union: Überlegungen für die Zukunft“, CES 607/97, Brüssel, den 28. bis 29. Mai 1997, Ziff. 5.2.

Auch wenn seiner Ansicht nach die soeben genannten Faktoren die Öffnung der EU-Beschaffungsmärkte ganz wesentlich behindern, sieht auch der Wirtschaft- und Sozialausschuß die mangelnde oder fehlerhafte Umsetzung sowie die zögerliche Anwendung der Koordinierungsrichtlinien als zusätzliches Hindernis auf dem Weg zu einem einheitlichen EU-Vergabemarkt. Er schlägt deswegen vor, die vorhandenen Regelungen zu konsolidieren und gegebenenfalls in *einer* EU-Vergabeverordnung zusammenzufassen, um Auslegungsspielräume einzugrenzen⁵⁸ – ein Weg, der angesichts der trotz Koordinierung weiterhin sehr unterschiedlichen nationalen Vergabekonzepte vernünftig erscheint, bei den Mitgliedstaaten aber auf Ablehnung stoßen würde und deswegen nicht praktikabel ist.

Und schließlich geht auch die Kommission selber nicht mit gutem Beispiel voran: Obwohl sie nicht den Bestimmungen der Richtlinien unterliegt, die sich nur an die Mitgliedstaaten richten, sollte es eigentlich selbstverständlich sein, daß auch sie als treibende Kraft des Koordinierungsprozesses die Bestimmungen beachtet. Statt dessen sind aber mehrere Fälle bekanntgeworden, in denen sie auf Ausschreibungen verzichtet hat, obwohl die Auftragsvolumina die Schwellenwerte weit überschritten hatten⁵⁹.

3. Die Einschätzung des Rates

Der Rat ist der Ansicht, daß nach dem beinahe dreißig Jahre währenden Koordinierungsprozeß im öffentlichen Auftragswesen nun eine Phase der Konsolidierung beginnen müsse.⁶⁰ Zum einen müsse den Mitgliedstaaten die Möglichkeit gegeben werden, derzeit noch bestehende Mängel bei der Umsetzung der Richtlinien in Ruhe zu beseitigen; zum anderen müsse man den Auftraggebern Zeit geben, sich an den Umgang mit den Vorschriften zu gewöhnen. Rasche Veränderungen würden beiden Zielen zuwiderlaufen. Die Phase der Konsolidierung würde der Rat aber dazu nutzen wollen, das bestehende System zu vereinfachen, um die Anwendung in den EU-Mitgliedstaaten stärker zu vereinheitlichen.⁶¹ Nachdem mehr als 300 Reaktionen auf das Grünbuch eingegangen waren, hatte sich die Kommission das ehrgeizige Ziel gesteckt, bis Ende 1998 in einem sogenannten „Legislativpaket“ die verschiedenen Richtlinien zusammenzufassen und zu vereinfachen⁶².

⁵⁸ Vgl. ebenda, Ziff. 3.2.

⁵⁹ Vgl. ebenda, Ziff. 6.5.

⁶⁰ Vgl. Europäischer Rat: Green Paper on Public Procurement in the European Union, DOK. 8134/97, Brüssel, den 21. 5. 1997.

⁶¹ Vgl. ebenda.

⁶² Vgl. Europäische Kommission: Das öffentliche Auftragswesen in der EU, Anhang 2.

4. Die Einschätzung auf deutscher Seite

Daß die Mitgliedstaaten die Situation des öffentlichen Auftragswesens insgesamt positiver beurteilen als die EU-Gremien, überrascht nicht. Denn schließlich haben sie ein ureigenes Interesse daran, ihr Vergabewesen nicht mit weiteren EU-Reglementierungen zu belasten. Beispielhaft soll im folgenden auf die Stellungnahme der deutschen Bundesregierung zum Grünbuch der Kommission eingegangen werden.⁶³ Obwohl auch der Bundesregierung kein verlässliches Zahlenmaterial zur Entwicklung des öffentlichen Auftragswesens in der EU vorliegt, zeichnet ihrer Ansicht nach die Kommission ein zu düsteres Bild von der aktuellen Situation auf den EU-Beschaffungsmärkten. Als wesentliches Argument gegen die „Schwarzmalerei“ der Kommission führt die Bundesregierung die Tatsache an, daß sich die tatsächliche Situation gar nicht erfassen ließe, weil im „Zeitalter der Globalisierung der grenzüberschreitende Handel allein kein ausreichender Indikator für die Offenheit von Märkten (ist), da ausländische Unternehmen häufig über ansässige Tochterunternehmen anbieten und inländische Firmen nicht selten ausländische Kooperationspartner und Subunternehmen einschalten“⁶⁴ – ein zentraler Kritikpunkt, der allerdings auch ein alles entkräftendes Argument darstellt.

Im Hinblick auf eine effiziente Veränderung des derzeitigen EU-Vergaberechts ist die Stellungnahme der Bundesregierung zwar wenig tauglich, sie offenbart aber sehr deutlich die in diesem Zusammenhang ausschlaggebenden Befindlichkeiten der Mitgliedstaaten: Die Bundesregierung fühlt sich wegen einer pauschalen Äußerung der Kommission, nur etwa jede zehnte Vergabestelle in der EU halte die Vorschriften über Transparenz und Publizität des Vergabeverfahrens ein, auf die Füße getreten und hat die Kommission aufgefordert, entsprechendes Zahlenmaterial speziell für Deutschland vorzulegen⁶⁵. Sie lehnt es außerdem ab, die Frage der Zahlungsfristen, die insbesondere kleine und mittlere Unternehmen von einer Bewerbung im öffentliche Aufträge abhält, EU-weit einheitlich zu regeln, weil dies einen Eingriff in die Vertragsfreiheit darstelle; es sei auch nicht einzusehen, warum das nationale Recht zur Regelung des Verzugs nicht ausreichen solle.⁶⁶ Auch soweit die Kommission verstärkte Aufsichtsrechte für sich einfordert, spricht sich die Bundesregierung dagegen aus. Ihrer Ansicht nach sind die vorhandenen Instrumente auf Länder-, Bundes- und EU-Ebene völlig hinreichend.

Als Fazit ihrer Betrachtung empfiehlt die Bundesregierung der Kommission die Konsolidierung der derzeitigen Regelungen zum öffentlichen Auftragswesen und schlägt eine stärkere Konzentration auf die Erweiterung bestehender Abkommen mit Nicht-EU-Staaten und den Abschluß von Beschaffungsabkommen mit Brasi-

⁶³ Vgl. Elemente einer Stellungnahme der Bundesregierung zum Grünbuch – Entwurf, Dok. I B 3 – 03 09 08 – vom 4. 3. 1997.

⁶⁴ Vgl. ebenda, S. 1.

⁶⁵ Vgl. ebenda, S. 2.

⁶⁶ Vgl. ebenda, S. 5.

lien, Indien, Rußland und China vor.⁶⁷ Hierzu hat bereits der Bundesrat in einer eigenen Stellungnahme zum Grünbuch Bedenken geäußert: Er bittet die Kommission im Hinblick auf eine Öffnung der EU-Beschaffungsmärkte für Anbieter insbesondere aus dem mittel- und osteuropäischen Raum um eine sorgfältige Abwägung, weil zu befürchten sei, „daß komparative Kostenvorteile die Wirtschafts-, Erwerbs- und Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union nachhaltig destabilisieren“⁶⁸. Diese Äußerung verblüfft, weil die EU gerade unter der Prämisse angetreten war, die komparativen Kostenvorteile einzelner Staaten im öffentlichen Auftragswesen auszunutzen.

5. Die „Cecchini II-Studie“

Die Anschlußstudie⁶⁹ an den im Kapitel A dieser Arbeit näher betrachteten Cecchini-Bericht zu den Potentialen eines einheitlichen EU-Vergabemarktes, die von der Kommission in Auftrag gegeben und von dem Beratungsunternehmen *Euro-Strategy Consultants* erstellt wurde, kommt wie die Mehrzahl der Beobachter des öffentlichen Auftragswesens zu dem Ergebnis, daß die meisten öffentlichen Auftraggeber die Bestimmungen der EU-Koordinierungsrichtlinien umgehen. Die Berater hatten 698 öffentliche und Sektorenauftraggeber und etwa 1600 Bieter befragt: Als häufigste Verstöße nennen sie:

- die *Aufteilung* öffentlicher Aufträge *in Lose*, um unterhalb der Schwellenwerte zu bleiben;
- die Verwendung *nationaler technischer Spezifikationen*, um heimische Anbieter zu bevorzugen;
- die Forderung an ausländische Anbieter, ihre finanzielle und technische Leistungsfähigkeit durch *besondere Bescheinigungen* nachzuweisen;
- die *Geltendmachung des Dringlichkeitsmoments* sowie die Einstufung eines Auftrags als *militärische Beschaffung*, um die Ausnahmestimmungen der Richtlinien ausnutzen zu können.⁷⁰

Diese Liste deckt sich mit den schon unter O.I. dieser Arbeit genannten Gründen, welche die Kommission dazu veranlaßt haben, Vertragsverletzungsverfahren gegen einzelne EU-Mitgliedstaaten einzuleiten.

⁶⁷ Vgl. ebenda, S. 2 und 7 f.

⁶⁸ Vgl. Beschluß des Bundesrates zum Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften: „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union – Überlegungen für die Zukunft“, Drucksache 50/97 vom 14. 3. 1997, Ziff. 11.

⁶⁹ Vgl. Europäische Kommission: Public Procurement, EuroStrategy Consultants – Eurogroup, Brüssel, im Juli 1996.

⁷⁰ Vgl. ebenda, S. 2.

Der Erfolg der Koordinierungsmaßnahmen wird auch in der Studie nicht allein an den unmittelbaren ökonomischen Implikationen (Importraten, Preisentwicklung und Restrukturierungseffekte) gemessen. Über diese Faktoren hinaus nennen die Autoren der Studie die Transparenz des öffentlichen Auftragswesens in Form von Bekanntmachungen über zu vergebende sowie bereits vergebene Aufträge und die Verwendung objektiver, das heißt nicht diskriminierender Eignungs- und Zuschlagskriterien als Indikatoren für die Wirksamkeit der Koordinierungsmaßnahmen⁷¹.

Als Hindernisse auf dem Weg zu einem einheitlichen EU-Vergabemarkt werden in der Anschlußstudie zum Cecchini-Bericht im wesentlichen folgende Aspekte genannt:

- der *kurze Zeitrahmen* seit der Umsetzung der Richtlinien;
- die *mangelnde Kenntnis* der Richtlinien beziehungsweise des entsprechenden nationalen Vergaberechts seitens der Anbieter sowohl im eigenen Land als auch in anderen EU-Mitgliedstaaten;
- die *Skepsis* der Anbieter, daß auch in den übrigen EU-Mitgliedstaaten die Richtlinien angewendet werden, und die damit einhergehende Zurückhaltung;
- die *unzureichenden Anreize und Fähigkeiten* der für die Beschaffungen zuständigen Personen, um die Zuschlagskriterien so zu definieren, daß der Anbieter des wirtschaftlich günstigsten Angebots tatsächlich auch den Zuschlag erhält.⁷²

Obwohl es die einzelnen Daten nicht vermuten lassen, sind die Berater von EuroStrategy Consultants der Ansicht, daß die einzelnen Ergebnisse *zusammengenommen* für einen Erfolg der Koordinierungsmaßnahmen sprechen⁷³. Sie vermeiden jedoch – im Gegensatz zum Cecchini-Ausgangsbericht – aus verschiedenen Gründen, globale Zahlen zum eingetretenen Preis-, Wettbewerbs- und Restrukturierungseffekt zu nennen: *Zum einen* gibt es – wie schon angesprochen – wenig verlässliches Zahlenmaterial zur Entwicklung auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens. Das liegt unter anderem daran, daß die öffentlichen Auftraggeber auch ihren Berichts- und Meldepflichten *nach* Erteilung eines Zuschlags nur sehr zögerlich nachkommen, etwa weil sie die Weitergabe vertraulicher Informationen befürchten; hier geben insbesondere öffentliche Auftraggeber aus Deutschland, Frankreich und Spanien ein schlechtes Beispiel. *Zum anderen* ging der Cecchini-Bericht von einer sehr umfassenden Koordinierung des Vergabewesens aus, die nicht nach Schwellenwerten differenzieren und nur wenige Ausnahmeregelungen zulassen würde. Abgesehen von den fragwürdigen Extrapolationsmethoden zur Bestimmung der möglichen Effekte einer Koordinierung des öffentlichen Auftragswesens hätte ein Vergleich mit den tatsächlich eingetretenen Wirkungen schon

⁷¹ Vgl. ebenda, S. 3.

⁷² Vgl. ebenda, S. 4.

⁷³ Vgl. ebenda, S. 5.

allein deswegen wenig Aussagekraft besessen, weil beide Studien von unterschiedlichen Rahmenbedingungen ausgehen.⁷⁴

Dennoch machen die Berater von EuroStrategy Consultants einige Aussagen zum Trend im öffentlichen Auftragswesen. Sie stellen fest, daß sich die *Importraten* im Jahr 1994 gegenüber 1987 zwar allgemein erhöht haben, der Anstieg im Bereich des öffentlichen Auftragswesens aber stark hinter der Entwicklung im privaten Sektor zurückgeblieben ist; dies gilt auch für Güter, die sowohl von privaten als auch von öffentlichen beziehungsweise Sektorenauftraggebern nachgefragt werden. Insbesondere die kleineren EU-Mitgliedstaaten weisen die höchsten Austauschraten auf. Die Studie kommt zu dem Ergebnis, daß die indirekte Importrate, die sich ergibt, wenn man auch die Beschaffungen über Töchter und Importeure einbezieht, sogar zwischen 7% und 13% liegt. Als direkte Importrate nennt die Studie einen Wert von zwischen 2% und 3%.⁷⁵ Was die *Preisentwicklung* betrifft, haben die Berater von EuroStrategy Consultants auf den Märkten für öffentliche Beschaffungen grundsätzlich keine Anpassung zwischen den einzelnen EU-Mitgliedstaaten beobachtet. Nur in einigen wenigen Ausnahmen haben sich Preise einander angeglichen – so etwa in den Bereichen Büromaschinen und Busse, beides Produktgruppen, die in der Regel direkt vom Hersteller bezogen werden, in erheblichem Umfang allerdings auch von Privaten nachgefragt werden. Der erwartete Wettbewerbseffekt auf den öffentlichen Beschaffungsmärkten ist folglich (noch) nicht eingetreten.⁷⁶ Jedoch sind in allen untersuchten Industrien erhebliche *Restrukturierungen* zu beobachten, die mit dem Abbau von Arbeitskräften einhergehen. In vielen Bereichen – etwa im Telekommunikationssektor, in der Turbinenindustrie und im Bereich des rollenden Eisenbahnmateriails – ist der Konzentrationsprozeß fortgeschritten, hat sich die Zahl der Anbieter also reduziert.⁷⁷

III. Auswirkungen in ausgewählten Beschaffungsbereichen

Wie bereits im Cecchini-Bericht wurden auch in der Anschlußstudie von EuroStrategy Consultants Fallstudien betrieben, auf die im folgenden näher eingegangen wird. Um die inzwischen eingetretenen Effekte besser beurteilen zu können, werden zum Vergleich Erhebungen und Schätzungen aus früheren Jahren herangezogen.

Je nach Mitgliedstaat entfielen von Anfang bis Mitte der achtziger Jahre zwischen 20% und 35% der nachgefragten Produkte öffentlicher Auftraggeber aus den Bereichen Verteidigung, Eisenbahn, Postdienste und Telekommunikation.⁷⁸

⁷⁴ Vgl. ebenda, S. 7 ff.

⁷⁵ Vgl. ebenda, S. 25.

⁷⁶ Vgl. ebenda, S. 26.

⁷⁷ Vgl. ebenda, S. 26.

Hier sind die nachfragenden Stellen in manchen EU-Mitgliedstaaten stark zentralisiert, während auf Ebene der lokalen Verwaltungen, die je nach Mitgliedstaat 15% bis 40% der vom Staat insgesamt beschafften Güter beziehen, ein hoher Grad an Dezentralisierung zu beobachten ist. Dennoch gibt es grundsätzliche Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten: Während in Deutschland und Italien insgesamt mehr als 20.000 dezentrale Stellen für die öffentliche Beschaffung zuständig sind, herrscht in Großbritannien eine sehr ausgeprägte Zentralisierung vor; hier gibt es weniger als tausend öffentliche Auftraggeber⁷⁹.

Von besonderem Interesse für die Öffnung des öffentlichen Auftragswesens sind die drei wichtigsten Versorgungssektoren: Telekommunikation, Energieerzeugung und -verteilung sowie Schienentransport und andere Verkehrsarten. Gerade in diesen Bereichen sind nämlich zukunftssträchtige Technologien beheimatet. Diese Sektoren sind in der EU allerdings auch am wenigstens übersichtlich strukturiert: Grob betrachtet lassen sich in den Mitgliedstaaten drei Hauptgruppen voneinander unterscheiden: Entweder sind die Stellen, die Versorgungsleistungen erbringen, Abteilungen eines Ministeriums, öffentliche / halböffentliche Organisationen oder aber Privatunternehmen.⁸⁰ Seit Mitte der achtziger Jahre geht der Trend jedoch in Richtung Privatisierung der bisher überwiegend öffentlich organisierten Versorgung, wie das deutsche Beispiel der Privatisierung des Telefondienstes und der Bahn zeigt. Ähnliche Entwicklungen sind auch in Großbritannien zu beobachten; hier besaß der öffentliche Sektor bis in die jüngste Vergangenheit hinein traditionell einen hohen Anteil.

1. Die Beschaffungen auf Zentral- und Bundesebene

Wie die Umfrage von EuroStrategy Consultants aus dem Jahre 1996 ergeben hat, werden etwa 80% aller öffentlichen Aufträge auf Bundes- beziehungsweise Zentralstaatsebene von den *Ministerien* vergeben, wobei der größte Anteil auf die Ministerien für Verteidigung, Bau, Verkehr, Erziehung, innere Angelegenheiten, Gesundheit sowie Post und Telekommunikation entfällt⁸¹. Signifikante Änderungen der Beschaffungspolitik sind über die Jahre hinweg jedoch nicht zu beobachten gewesen, was am Beispiel Deutschland gezeigt werden soll.

⁷⁸ Vgl. Europäische Kommission: Eine Gemeinschaftsregelung für Beschaffungen in den ausgenommenen Sektoren: Wasser, Energie, Verkehr und Telekommunikation, KOM(88) 376 endg., Brüssel, den 11. Oktober 1988, S. 2.

⁷⁹ Vgl. Europäische Kommission: The „Cost of Non-Europe“ in Public-Sector Procurement, S. 11; dieselbe: Europas Zukunft – Binnenmarkt 1992, S. 57; dieselbe: An Assessment of the Size of the Public Procurement Market, Brüssel 1983, S. 2.

⁸⁰ Vgl. Charpentier, Guy / Clarke, Richard: Das öffentliche Auftragswesen im Gemeinsamen Markt, S. 68.

⁸¹ Vgl. Europäische Kommission: Public Procurement, EuroStrategy Consultants – Eurogroup, Brüssel, im Juli 1996, S. 10.

a) Die Beschaffungen der Bundeswehr

Die Bundeswehr gibt jährlich mehr als 10 Milliarden DM für Beschaffungen aus; 1995 waren es sogar mehr als 12 Milliarden DM, wobei der Abschluß des sogenannten *U-Boot-Vertrages* stark zu Buche geschlagen hat⁸². Wie eine Anfrage an das Bundesverteidigungsministerium vom Juli 1997 ergab, ist der Anteil der an andere EU-Mitgliedstaaten vergebenen Aufträge der Bundeswehr seit 1990 jedoch stetig unter 1% geblieben: Während 1990 noch 0,65% aller Aufträge an Anbieter aus anderen EU-Mitgliedstaaten vergeben wurden, waren es 1991 nur 0,54%, 1992 lag der Wert bei 0,49%, 1993 bei 0,56%, 1994 bei 0,55%, 1995 bei 0,57% und 1996 sogar nur bei 0,45%.⁸³ Die meisten dieser Aufträge gingen in die Niederlande und nach Italien.⁸⁴ Die Importraten sinken sogar auf einen Wert von nur etwa 0,25%, wenn man nicht die *Anzahl* der vergebenen Aufträge, sondern die *Auftragswerte* zueinander in Beziehung setzt.

Ein möglicher Erklärungsansatz für die geringen Importraten könnte in der besonderen Situation auf dem Verteidigungssektor liegen, wenn die Mehrzahl der von der Bundeswehr bezogenen Güter ausschließlich militärischen Zwecken dienen würde und deswegen dem Wettbewerb wirksam entzogen werden könnte, weil Artikel 223 des EG-Vertrages und die EU-Richtlinien für diesen Bereich Ausnahmeregelungen zugelassen haben. Betrachtet man jedoch die einzelnen Warengruppen, auf die sich die Beschaffungen der Bundeswehr konzentrieren, stellt man fest, daß die Mehrzahl der Beschaffungen auf sogenannten *weiche* Güter entfällt, die keinen ausschließlich militärischen Zweck erfüllen: Knapp 16% der Beschaffungen im Jahre 1995 entfielen auf elektrotechnische Erzeugnisse, weitere 16% auf Erzeugnisse des Ernährungsgewerbes; etwa 9% der Aufträge wurden zur Beschaffung von Straßenfahrzeugen vergeben, weitere 9% zum Kauf von Eisen-, Blech- und Metallwaren (ohne Waffen und Munition); 6% der Aufträge wurden an Maschinenbauer vergeben. Typisch militärische Beschaffungen, wie der Kauf von Waffen, Munition und Fluggerät machten nur etwa 11% Prozent an der gesamten Anzahl der Bundeswehraufträge von 1995 aus.⁸⁵ Angesichts dieser Zahlen überrascht es, daß im Jahr 1995 nur 2,4% aller Aufträge öffentlich ausgeschrieben wurden⁸⁶. 1994 waren es sogar noch weniger als 2% gewesen.⁸⁷ 3.100 mal vergab die Bundeswehr im Jahr 1995 Aufträge im beschränkten Verfahren – ein Anteil von

⁸² Vgl. Bundesministerium der Verteidigung: Aufträge der Bundeswehr nach Warengruppen 1995/1994.

⁸³ Vgl. Antwortschreiben des Bundesministeriums der Verteidigung vom 21. Juli 1997.

⁸⁴ Vgl. Bundesministerium der Verteidigung: Aufträge der Bundeswehr nach Warengruppen 1995/1994.

⁸⁵ Vgl. ebenda.

⁸⁶ Vgl. Jahresbericht 1995 des Wettbewerbs- und Mittelstandsbeauftragten beim Bundesamt für Wehrtechnik und Beschaffung, Koblenz, den 21. 10. 1996, S. 2.

⁸⁷ Vgl. Jahresbericht 1994 des Wettbewerbs- und Mittelstandsbeauftragten beim Bundesamt für Wehrtechnik und Beschaffung, Koblenz, den 18. 7. 1995, S. 2.

25,6% an allen Vergabeverfahren.⁸⁸ Etwa 23% aller Aufträge wurden 1995 im freihändigen Verfahren mit vorangegangenen Aufruf zum Wettbewerb vergeben, bei- nahe ebenso viele Aufträge ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb.⁸⁹

Als Gründe für die häufige Anwendung des freihändigen Vergabeverfahrens, das in fast jedem zweiten Fall verwendet wird, nennt der Wettbewerbs- und Mittelstandsbeauftragte des Bundesamtes für Wehrtechnik und Beschaffung die besondere System- und Fachkenntnis der begünstigten Auftragnehmer, die Erfahrung aus vorangegangenen Aufträgen, monopolistische Märkte, gewerbliche Schutzrechte oder die Besonderheiten der zu vergebenden Leistungen.⁹⁰ Betrachtet man wiederum die Struktur der Beschaffungen, leuchten die genannten Gründe für eine Beschränkung des Wettbewerbs jedoch nicht ein: Die Erfahrung aus vorangegangenen Aufträgen, die aufgrund der bisher meist abgeschotteten Beschaffungsmärkte nur nationale Anbieter haben, ist ein sicheres, aber unzulässiges Argument, jeden ausländischen Anbieter auszuschließen. Das gleiche gilt für das Argument der monopolistischen Märkte: Richtet man den Blick nur auf den nationalen Markt, lassen sich monopolistische Strukturen natürlich leicht begründen. Bezieht man jedoch auch andere EU-Staaten in das Blickfeld mit ein, ist dieses Argument meist schnell entkräftet. Ebenso wird das Argument von der Besonderheit der geforderten Leistung häufig vorschnell gebraucht; denn auch in anderen EU-Mitgliedstaaten, die meist – wie Deutschland – Mitglieder der NATO sind, verfügen Anbieter über Fach- und Sachkenntnis.

Auch die Kommission hat festgestellt, daß wenigstens ein Drittel der EU-Gesamtausgaben für militärische Beschaffungen schon jetzt den Bestimmungen der Richtlinien unterliegt, weil es sich um Ausgaben für weiche Militärgüter handelt, das offene Verfahren aber auch in den anderen EU-Mitgliedstaaten nur in den wenigsten Fällen angewendet wird.⁹¹ Ein effizienterer Einkauf wäre zudem auch bei typischen Rüstungsgütern wünschenswert, weil sich auch dieser Sektor durch Überkapazitäten, Mehrfachaufwendungen für Forschung und Entwicklung von Waffensystemen, eine zunehmende technologische Abhängigkeit von den USA und Japan sowie einen zu starken Schutz nationaler Anbieter auszeichnet.⁹² Das Mitte der achtziger Jahre von *Hartley* beschriebene Bild hat sich nicht verändert. Er stellte fest, daß die europäische Rüstungsindustrie im Vergleich beispielsweise zu amerikanischen Produzenten aufgrund ihrer Zersplitterung keine Skaleneffekte erziele. Das gilt für die Herstellung von Panzern sowie militärisch nutzbaren Flugzeugen und Hubschraubern. Auch auf dem Gebiet von Lenkraketen ist die europä-

⁸⁸ Vgl. Jahresbericht 1995 des Wettbewerbs- und Mittelstandsbeauftragten beim Bundesamt für Wehrtechnik und Beschaffung, Koblenz, den 21. 10. 1996, S. 3.

⁸⁹ Vgl. ebenda.

⁹⁰ Vgl. ebenda.

⁹¹ Vgl. Europäische Kommission: Grünbuch, Ziffer 5.54.

⁹² Vgl. Cox, Andrew: *The Future of European Defence Policy: The Case for a Centralised Procurement Agency*, PPLR 1994, S. 65 (68).

ische Position geschwächt durch eine technologische Lücke in der Elektronik und durch die Zersplitterung des Marktes.⁹³ In der Cecchini-Studie wurden die möglichen Einsparungen in der Rüstungsindustrie aufgrund einer Koordinierung des Auftragswesens auf etwa 4 Milliarden ECU geschätzt; die NATO geht sogar von 6,2 Milliarden ECU aus⁹⁴. Cox schlägt deswegen vor, den Einkauf militärischer Güter bei einer *Europäischen Beschaffungsagentur für Rüstungsgüter* zu konzentrieren⁹⁵ – ein unrealistischer Vorschlag, weil er den Mitgliedstaaten einen sensiblen Politikbereich entzöge.

b) Die Beschaffungen des Bundesministeriums Bau

Das Bundesbauministerium hat 1995 öffentliche Aufträge im Volumen von etwa 1,8 Milliarden DM vergeben und rangierte damit – entgegen dem in der EU ansonsten zu beobachtenden Trend – am unteren Ende der Ausgabenskala auf Bundesbeziehungsweise Zentralstaatsebene⁹⁶. Zahlen zur Vergabe öffentlicher Aufträge in andere EU-Mitgliedstaaten liegen jedoch nur für Dienstleistungen vor. Danach unterfielen dem Anwendungsbereich der Dienstleistungs koordinierungsrichtlinie im Jahre 1994 Aufträge im Umfang von 24 Millionen DM. Davon wurden Aufträge im Wert von 17 Millionen DM im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben; Aufträge im Wert weiterer 7 Millionen DM wurden ebenfalls im Verhandlungsverfahren, jedoch *mit* vorheriger Vergabebekanntmachung vergeben. Keiner dieser Aufträge ging an einen Anbieter aus einem anderen EU-Mitgliedstaat.⁹⁷

c) Die Beschaffungen des Bundesministeriums für Verkehr

Aufgrund des Ausbaus der Verkehrsnetze in den neuen Bundesländern vergibt das Bundesverkehrsministerium derzeit Aufträge im Wert von jährlich mehr als 10 Milliarden DM; im Jahr 1995 waren dies etwa 11,3 Milliarden DM oder knapp

⁹³ Vgl. Hartley, Keith: Public Procurement and Competitiveness, Journal of Common Market Studies, March 1987, S. 237 (238); NATO: Bericht der Arbeitsgruppe Independent European Programme Group, 1987.

⁹⁴ Vgl. NATO: Bericht der Arbeitsgruppe Independent European Programme Group, 1987.

⁹⁵ Vgl. Cox, Andrew: The Future of European Defence Policy: The Case for a Centralised Procurement Agency, PPLR 1994, S. 65 (75 ff.).

⁹⁶ Vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Große Anfrage der Abgeordneten Ernst Schwanhold, Anke Fuchs (Köln), Hans Berger, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD vom 22. 10. 1996, Drucksache 13/7137, Bonn, den 5. 3. 1997, S. 3.

⁹⁷ Vgl. Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs Heinrich L. Kolb vom 9. 8. 1996 auf die Frage des Abgeordneten Peter Conradi (SPD), BT-Drucksache 13/5427, S. 10 f.

38% der von allen Bundesministerien vergebenen öffentlichen Aufträge.⁹⁸ Aktuelle Zahlen zur Vergabepolitik des Verkehrsministeriums liegen wiederum nur für den Anwendungsbereich der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie vor: So wurden 1994 im Bereich der Bundesfernstraßen 62 Aufträge über Ingenieurleistungen (oberhalb des EU-Schwellenwertes von 200.000 ECU) im Wert von insgesamt 58 Millionen DM vergeben. Nur einer der Aufträge im Wert von 1 Million DM ging an einen ausländischen Anbieter. 1995 wurden im Fernstraßenbereich 51 Aufträge mit einem Volumen von 82 Millionen DM vergeben; davon ging kein Auftrag an einen ausländischen Anbieter. Nach Auskunft des Ministeriums wurden die meisten der genannten Aufträge im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Vergabebekanntmachung vergeben.⁹⁹

Man mag einwenden, daß die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, deren Verfahren erst 1992 koordiniert wurden, kein geeignetes Kriterium zur Feststellung der durch die Koordinierung eingetretenen Effekte auf bundesstaatlicher Ebene sei. Denn die Dienstleistungskordinierungsrichtlinie ist zum einen relativ neuen Datums, zum anderen differenziert sie nach Dienstleistungsarten und läßt damit verbunden Ausnahmen zu, die in den Koordinierungsrichtlinien Bau und Lieferungen nicht vorgesehen sind. Jedoch belegt eine Untersuchung aus dem Jahre 1995, die die Entwicklung der Vergabe öffentlicher *Bauaufträge* im Bereich des Bundesfernstraßenbaus bis 1993 zum Gegenstand hatte, daß auch hier nur selten Anbieter aus anderen EU-Mitgliedstaaten zum Zuge kamen: Von den im Jahre 1991 im Bereich Fernstraßen erteilten 6.567 Bauaufträgen gingen fünf an Anbieter aus anderen EU-Mitgliedstaaten. Im Jahr 1992 wurden 7.420 Bauaufträge vergeben, wovon elf auf Bauunternehmen aus anderen EU-Mitgliedstaaten entfielen. Und 1993 erhielten 6.922 Anbieter in Deutschland und 12 Anbieter aus anderen EU-Ländern den Zuschlag. Der Anteil der erfolgreichen Bieter, die aus einem anderen EU-Mitgliedstaat kamen, lag also nur wenig über Null¹⁰⁰. Auch hier ist allerdings wieder zu berücksichtigen, daß die *indirekte* Importrate wesentlich höher liegen kann, etwa weil zahlreiche als inländisch erfaßte Unternehmen tatsächlich ganz oder jedenfalls weitgehend in ausländischem Besitz stehen und die betreffenden Güter im Ausland produziert werden; dies trifft insbesondere in den neuen Bundesländern zu¹⁰¹.

Es überrascht, daß von 1991 bis 1993 nur 6% aller Vergabeabsichten im Bereich Fernstraßenbau EU-weit bekanntgemacht wurden. Auf diese Bekanntmachungen hin haben sich 1993 immerhin 31 Interessenten aus anderen EU-Mitgliedstaaten

⁹⁸ Vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Große Anfrage der Abgeordneten Ernst Schwanhold, Anke Fuchs (Köln), Hans Berger, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD vom 22. 10. 1996, Drucksache 13/7137, Bonn, den 5. 3. 1997, S. 3.

⁹⁹ Vgl. Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs Heinrich L. Kolb vom 9. 8. 1996 auf die Frage des Abgeordneten Peter Conradi (SPD), BT-Drucksache 13/5427, S. 12.

¹⁰⁰ Vgl. Stern, Waldemar/Kroop, Hans-Dietrich: Aufträge im Bundesfernstraßenbau bis 1993, Straße und Autobahn 1995, S. 708 (713).

¹⁰¹ Vgl. ebenda.

beworben. Auf die übrigen 94% der Vergabefälle, die lediglich in inländischen Publikationsorganen bekanntgemacht wurden, haben sich dagegen 117 Bewerber aus anderen EU-Mitgliedstaaten gemeldet, und haben 108 dieser Interessenten ein Angebot abgegeben. Die Autoren der Untersuchung schließen daraus, daß Bauunternehmen für ihr geplantes Engagement in einem anderen EU-Mitgliedstaat keine Auftragsankündigung im Amtsblatt der EG benötigen, da sie nationale und regionale Publikationsorgane nutzen¹⁰². Als Fazit halten sie fest:

„Demnach dürften alle Aktivitäten zu einer Verfeinerung des EG-Bekanntmachungs-Instrumentariums eher verfehlt und (wegen der stärkeren, dabei frustrierenden Belastungen der Bauverwaltung) sogar schädlich sein.“¹⁰³

d) Die Beschaffungen des Bundesministeriums des Innern

Die Beschaffungen des Bundesministeriums des Innern machen zwar nur einen Anteil von etwa 2% an den öffentlichen Aufträgen aller Bundesministerien aus; 1995 waren dies knapp 600 Millionen DM, wovon allein durch das Beschaffungsamt des Ministeriums Aufträge im Wert von etwa 300 Millionen DM vergeben wurden. Das Beschaffungsamt, das die zentrale Einkaufsorganisation für das Bundesinnenministerium und die mehr als 35 nachgeordneten Behörden, selbständigen Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts ist, beobachtet seine Vergabepolitik jedoch aufmerksam und bereitet die Entwicklung regelmäßig statistisch auf. Die nach dem Auftragsvolumen bedeutsamsten Bedarfsträger sind der Bundesgrenzschutz, die Bundesanstalt Technisches Hilfswerk, das Bundesamt für Zivilschutz und das Bundeskriminalamt.¹⁰⁴

Betrachtet werden im folgenden nur diejenigen öffentlichen Aufträge, die das Beschaffungsamt des Bundesinnenministeriums vergeben hat. Im Jahr 1995 waren dies 3.963 Aufträge. Davon wurden 16 in andere EU-Mitgliedstaaten vergeben, nur unwesentlich mehr als in andere Drittländer. Der Anteil der Anbieter aus anderen EU-Mitgliedstaaten lag damit im Promillebereich. Die Zahlenverhältnisse ändern sich auch dann nicht gravierend, wenn man das ins EU-Ausland vergebene Auftragsvolumen zum Gesamtvolumen in Beziehung setzt: Nur etwa 0,04% des insgesamt vom Beschaffungsamt vergebenen Auftragsvolumens gingen in andere EU-Mitgliedstaaten.¹⁰⁵ Dabei muß allerdings berücksichtigt werden, daß von den im Jahr 1995 knapp 4.000 vergebenen Aufträgen nur 111 die jeweiligen EU-Schwellenwerte erreichten oder überstiegen und dem Anwendungsbereich der EU-Koordinierungsrichtlinien unterlagen. In 74 dieser 111 Fälle wurde das offene Ver-

¹⁰² Vgl. ebenda.

¹⁰³ Ebenda.

¹⁰⁴ Vgl. Jahresbericht des Beschaffungsamtes des Bundesministeriums des Innern 1995, Bonn, September 1996, S. 4.

¹⁰⁵ Vgl. ebenda, Anhang 7.

fahren angewendet, dreimal das nicht offene und 34mal das Verhandlungsverfahren.¹⁰⁶ Angesichts der Tatsache, daß das Verhandlungsverfahren die Ausnahme bilden soll, war sein Anteil an der Gesamtzahl der Vergabeverfahren zu hoch. Unterhalb der Schwellenwerte kamen ausländische Anbieter schon deshalb nicht zum Zuge, weil hier vielfach Präferenzregeln – insbesondere zugunsten der neuen Bundesländer – Anwendung fanden¹⁰⁷.

Das Beschaffungsamt ist über die geringe Anzahl grenzüberschreitender Aufträge selber überrascht, führt dies aber darauf zurück, daß sich ausländische Unternehmen nur selten an Vergabeverfahren beteiligen, auch wenn diese EU-weit ausgeschrieben werden. Als zweite Hürde nennt das Amt die Forderung, Angebote in deutscher Sprache abzufassen, was insbesondere kleinere und mittlere Unternehmen davon abhält, sich an Vergabeverfahren in Deutschland zu beteiligen. Und schließlich seien die Anbieter aus anderen EU-Staaten zu wenig mit den nationalen Normen vertraut. Aber auch das Amt weist zutreffend darauf hin, daß der Unternehmensstandort kein geeignetes Kriterium zur Feststellung des Erfolgs der EU-Koordinierungsmaßnahmen ist, sondern man vielmehr nach den Orten der Wertschöpfung unterscheiden müßte.¹⁰⁸

2. Die Beschaffungen auf regionaler Ebene

Über Beschaffungen auf regionaler Ebene, die – wie schon angesprochen – je nach Mitgliedstaat einen Anteil von zwischen 15 und 40% an den gesamten öffentlichen Aufträgen ausmachen, sind kaum Daten verfügbar. In Deutschland sammelt kein kommunaler Spitzenverband, wie etwa der *Deutsche Städtetag* in Köln, Informationen über die Auftragsvergabe der Kommunen, Städte und Gemeindeverbände. Lediglich beim *Statistischen Bundesamt* in Wiesbaden ist ein Pilotprojekt angelaufen, in dessen Rahmen auch die Vergabepolitik der Kommunen untersucht wird. Dabei werden beispielsweise die Auftragswerte, die gewählten Vergabeverfahren und die Zuschlagskriterien ausgewählter Gemeinden in Hessen, Thüringen und Nordrhein-Westfalen betrachtet. Die Erhebung war im Frühjahr 1998 abgeschlossen worden und wird derzeit ausgewertet.¹⁰⁹

Als Ergebnis der Umfrage zeichnet sich schon jetzt ab, daß die wenigstens Gebietskörperschaften die Vorschriften der EU-Richtlinien beachten¹¹⁰ und Aufträge beispielsweise unzulässigerweise in Lose aufteilen, um sie den Bestimmungen der Richtlinien zu entziehen. Hier geben in erster Linie politische Erwägungen den

¹⁰⁶ Vgl. ebenda, S. 8.

¹⁰⁷ Vgl. ebenda, S. 9.

¹⁰⁸ Vgl. ebenda, S. 13.

¹⁰⁹ Persönliches Gespräch.

¹¹⁰ So auch Europäische Kommission: Public Procurement, EuroStrategy Consultants – Eurogroup, Brüssel, im Juli 1996, S. 21.

Ausschlag, weil durch die regionale Wirtschaft ein Aufschrei ginge, wenn zu viele Aufträge ins Ausland vergeben würden.¹¹¹ Kommunen und andere regionale Gebietskörperschaften nehmen in Ausschreibungstexten außergewöhnlich häufig Bezug auf nationale technische Spezifikationen, ohne in einer Öffnungsklausel darauf hinzuweisen, daß Produkte aus anderen Mitgliedstaaten nicht ausgeschlossen werden dürfen, wenn sie die Spezifikation nicht erfüllen. Weil dies auch in der Bundesrepublik Deutschland gängige Praxis vieler Gebietskörperschaften ist, hat die Kommission 1994 ein Beschwerdeverfahren gegen Deutschland eingeleitet¹¹². In ihrer Begründung nahm sie Bezug auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, dessen Präsident in einem Verfahren gegen die Republik Irland darauf hingewiesen hatte, daß auch *unterhalb* der Schwellenwerte diskriminierende Praktiken unterbleiben müssen. Der Gerichtshof hatte ausgeführt, daß über die Formulierung technischer Standards ein Angebot aus einem anderen EU-Mitgliedstaat nicht ausgeschlossen werden darf, ohne daß zuvor geprüft wurde, ob dieses Angebot nicht gleichwertige Garantien für Sicherheit, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit bietet.¹¹³

3. Die Beschaffungen der Sektorenauftraggeber

Eine Untersuchung, die sich näher mit den Auswirkungen der Sektorenrichtlinie auf die Beschaffungspraktiken der Sektorenauftraggeber beschäftigt hat, stammt aus dem Jahre 1996 und wurde unter O.II.1. dieser Arbeit bereits betrachtet¹¹⁴. Die Studie stützt sich auf eine Auswertung der in der Datenbank TED erfaßten Bekanntmachungen der Sektorenauftraggeber aus dem Jahre 1993. Ergebnis der Untersuchung ist, daß Sektorenauftraggeber ihr Vergabeverhalten nur geringfügig verändert und kaum Aufträge an Anbieter aus anderen EU-Mitgliedstaaten vergeben haben. Eigene Recherchen stützen die Beobachtung der Autoren dieser Studie, daß die meisten Sektorenauftraggeber die Sektorenrichtlinie als lästig empfinden und den Eindruck gewonnen haben, daß sich dadurch ihr Einkauf verteuert habe, sie aber keinen unmittelbaren Nutzen aus der Richtlinie zögen.¹¹⁵

Die Studie gewährt einen informativen Einblick in das Beschaffungsverhalten der Sektorenauftraggeber im Jahre 1993: So entfielen 77% aller erfaßten Aufträge auf die Beschaffung von Lieferungen, etwas mehr als 20% der Aufträge hatten

¹¹¹ Persönliches Gespräch.

¹¹² Vgl. Beschwerdeverfahren P/94/4521 der Europäischen Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland.

¹¹³ Vgl. Beschluß des Präsidenten des EuGH vom 13. 3. 1987 in der Rs. 45/87 „Kommission vs. Republik Irland“, Rdnr. 21 der Erwägung.

¹¹⁴ Vgl. Cox, Andrew/Furlong, Paul: The Jury is still out for Utilities Procurement: The Impact of the EU Procurement Directives on the Location of Utility Contract Awards in the „twelve“ Member States, PPLR 1996, S. 57.

¹¹⁵ Vgl. ebenda, S. 57 (59).

Bauleistungen zum Gegenstand, und nur etwa 2% aller Beschaffungen betrafen Dienstleistungen. Auf die einzelnen Mitgliedstaaten bezogen, fielen die Auftragsgegenstände jedoch sehr unterschiedlich aus: Während in der Bundesrepublik Deutschland 64,4% aller im Supplement S zum Amtsblatt veröffentlichten Sektorenaufträge Bauleistungen betrafen, waren dies in Irland nur 2,4% und auch in Frankreich nur 9,5%. Deutschland schlägt mit den genannten knapp 65% stark aus der Norm, weil die Restrukturierung in den neuen Bundesländern gerade in den Bereichen Telekommunikation, Energieversorgung und Verkehr erhebliche Bauinvestitionen erforderte¹¹⁶. Wie schon unter O.II.1. dieser Arbeit angeführt, wurde bei den wenigsten Beschaffungen das offene Verfahren angewendet. Mehr als 60% aller Aufträge wurden im Verhandlungsverfahren vergeben, das die geringste Transparenz aufweist.¹¹⁷ 65,5% aller Sektorenaufträge gingen 1993 in nur drei Industriezweige: 27,5% entfielen auf Maschinen- und Metallprodukte, 20% auf Bauleistungen und 18% auf Kabel- und Elektrikausrüstung.¹¹⁸

Obwohl erklärtes Ziel von Kommission und Rat auch im Bereich der Sektorenauftraggeber die Steigerung des grenzüberschreitenden Handels in der EU war, hat sich diese Erwartung bisher nicht erfüllt: Auswertungen des Supplement S zum Amtsblatt von 1993 haben ergeben, daß mindestens 97% aller Aufträge der Sektorenauftraggeber an Anbieter mit Sitz in dem Mitgliedstaat des Auftraggebers vergeben wurden.¹¹⁹ Diese Zahlen sind nach Ansicht der Autoren aus dem schon genannten Grund jedoch mit Vorsicht zu genießen, weil statt des Bietersitzes besser der Ursprung der gehandelten Produkte betrachtet werden müßte. Zum anderen ist 1993 kein repräsentatives Jahr, weil zu diesem Zeitpunkt die überarbeitete Sektorenrichtlinie 93/38/EWG noch nicht in Kraft war.¹²⁰

Eine kleinere Untersuchung der Kommission ebenfalls aus dem Jahre 1993 ist mit nur 142 untersuchten Fällen zwar auch nicht repräsentativ, zeigt aber einen Aspekt auf, der in der Studie von *Cox* und *Furlong* unberücksichtigt blieb. Die Kommission hatte die von Sektorenauftraggebern vergebenen 142 Aufträge im Rahmen der damaligen WTO-Verhandlungen betrachtet, um den U.S.-Verhandlungsführern zu belegen, daß amerikanische Unternehmen im Vergleich zu Anbietern aus der EU bei der Vergabe von Sektorenaufträgen nicht benachteiligt werden: Die Kommission kam zu dem Ergebnis, daß zwar 88% der Aufträge an Anbieter mit Sitz in dem Land des Auftraggebers vergeben wurden, daß jedoch nur 3% der Aufträge in andere EU-Mitgliedstaaten und mehr als doppelt so viele, nämlich 8%, an Unternehmen in den USA gingen¹²¹. Betrachtet man das eigentliche Herkunfts-

¹¹⁶ Vgl. ebenda, S. 57 (60 f.).

¹¹⁷ Vgl. ebenda, S. 57 (61).

¹¹⁸ Vgl. ebenda, S. 57 (62).

¹¹⁹ Vgl. ebenda.

¹²⁰ Vgl. ebenda, S. 57 (63).

¹²¹ Vgl. interne Untersuchung der Kommission von 1993, zitiert bei Cox, Andrew/Furlong, Paul: The Jury is still out for Utilities Procurement: The Impact of the EU Procurement

land beziehungsweise die Nationalität der Anbieter, stammte nur die Hälfte aus dem Land des jeweiligen Auftraggebers, 19% kamen aus anderen EU-Mitgliedstaaten und immerhin 17% aus den USA. Die Untersuchung des Ursprungs der von den Sektorenauftraggebern bezogenen Produkte und Leistungen ergab, daß nur 41% der Produkte aus dem Mitgliedstaat des jeweiligen Auftraggebers stammte, 20% stammten aus anderen EU-Mitgliedstaaten und 21% aus den USA; weitere 18% kamen aus anderen Ländern.¹²²

Trotz dieser Zahlen sind Cox und Furlong der Ansicht, daß die Sektorenrichtlinie auch in Zukunft nicht die erhofften Effekte bringen, sondern lediglich zu einer Erhöhung der Transaktionskosten beitragen wird¹²³. Hört man sich unter den Sektorenauftraggebern um, wird dieser Eindruck bestätigt, zumal viele Auftraggeber vor Inkrafttreten der Sektorenrichtlinie mit wichtigen – meist nationalen – Lieferanten Rahmen- und Dauerverträge auf mehrere Jahre hin abgeschlossen haben, um den Bestimmungen der Richtlinie einstweilen zu entkommen. Dies war im theoretischen Teil dieser Arbeit unter H.II. befürchtet worden.

Im folgenden soll anhand einiger Beispiele aus den Bereichen Telekommunikation, Elektrizitätsversorgung und Verkehr vor allem die deutsche Situation der Auftragsvergabe im Anwendungsbereich der Sektorenrichtlinie beschrieben werden.¹²⁴

a) Die Beschaffungen der Deutschen Telekom AG

Als einer der Sektorenauftraggeber unterliegt auch die Deutsche Telekom AG – ungeachtet ihrer privatrechtlichen Rechtsform, die sie seit der zweiten Postreform besitzt – den Bestimmungen der Sektorenrichtlinie. Nach eigenem Bekunden ist das bestimmende Einkaufsprinzip der Telekom – unabhängig von der Regulierung durch die Sektorenrichtlinie – der Wettbewerb. Hierunter verstehen die Einkäufer der Telekom, „die benötigten Sachgüter, Leistungen und Rechte nach definierter Funktionalität (funktionale, herstellernertrale und schutzrechtsfreie Leistungsbeschreibung) und Qualität transparent und diskriminierungsfrei am Weltmarkt nachzufragen“¹²⁵. Das Supplement S zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften betrachtet das Unternehmen als *eine* unter mehreren möglichen Quellen, um sich einen Marktüberblick zu verschaffen. Seit der Umsetzung der Sektorenrichtlinie in

Directives on the Location of Utility Contract Awards in the „twelve“ Member States, PPLR 1996, S. 57 (65).

¹²² Vgl. ebenda, S. 57 (65).

¹²³ Vgl. ebenda.

¹²⁴ Eine entsprechende Untersuchung mit korrespondierenden Ergebnissen liegt auch für Italien vor. Vgl. dazu Pontarollo, Enzo: Procurement in the Utility Sector in Italy, PPLR 1994, S. 1.

¹²⁵ Vgl. Maacks, Karl-Robert: Die Auswirkungen der Liberalisierung im Telekommunikationsbereich auf den Einkauf unter besonderer Berücksichtigung der Sektorenrichtlinie, S. 10.

deutsches Recht sind Art und Weise der Bekanntmachung im Supplement S zum Amtsblatt sowie die Einhaltung bestimmter Vergabegrundsätze jedoch zwingend vorgeschrieben, was die Vergabeverfahren aus Sicht der Telekom verteuert hat, ohne daß sich der Anteil der (direkten) Auslandseinkäufe über die Jahre hinweg erhöht hätte.¹²⁶

Ein Blick auf die Vergabestatistik der Deutschen Telekom aus dem Jahre 1989 im Vergleich mit der Entwicklung von 1990 bis 1994 bestätigt diese Aussage: Im Jahre 1989 wurden knapp 5% der im Supplement S zum Amtsblatt bekanntgemachten Aufträge in andere EU-Mitgliedstaaten vergeben. Von 1990 bis 1994 waren es durchschnittlich 5,03% der im Amtsblatt bekanntgemachten Aufträge; bezogen auf die Auftragswerte gingen in diesem Zeitraum sogar nur 1,72% des gesamten Auftragsvolumens an Anbieter aus anderen EU-Mitgliedstaaten¹²⁷. Aber auch der Anteil der erfolgreichen Anbieter aus anderen EU-Mitgliedstaaten reduzierte sich, wenn man als Bezugsgröße nicht die Anzahl der im *Amtsblatt* veröffentlichten Vergabebekanntmachungen, sondern *alle* vergebenen Aufträge einbezieht, die größtenteils nur in nationalen Publikationsorganen veröffentlicht wurden: Da die Telekom maximal 20% aller Vergabebekanntmachungen im Supplement S zum Amtsblatt veröffentlicht,¹²⁸ ging also nur jeder hundertste Auftrag an einen Anbieter aus einem anderen EU-Mitgliedstaat.

Das Unternehmen nennt mehrere Gründe für das geringe Ausmaß des grenzüberschreitenden Handels im Telekommunikationsbereich, das sich auch in anderen EU-Staaten beobachten läßt: Umfragen der Deutschen Telekom haben ergeben, daß die Mehrzahl der am Exportgeschäft interessierten Unternehmen ihre Geschäfte über Niederlassungen oder Vertriebspunkte in dem jeweiligen Zielland abwickeln oder sich in ein Unternehmen vor Ort einkaufen, um so die Geschäftsaktivitäten besser steuern zu können; hier handelt es sich um den schon angesprochenen indirekten Marktzugang, der nach Erfahrungen der Telekom einen Anteil von zwischen 20 und 30% am gesamten Auftragsvolumen des Unternehmens ausmacht, ohne daß der eigentliche ausländische Wertschöpfungsanteil erfaßt würde¹²⁹. Vielen ausländischen Anbietern fehlt laut Telekom aber noch das nötige technische Know-how. Außerdem bestünden Sprach- und Rechtsbarrieren. Und schließlich mangle es insbesondere im Telekommunikationsbereich immer noch an einer ausreichenden Harmonisierung der technischen Normen und Spezifikationen¹³⁰ – Argumente, die alle nicht neu sind.

¹²⁶ Vgl. ebenda.

¹²⁷ Vgl. ebenda, S. 12 f.

¹²⁸ Vgl. derselbe: Deutsche Erfahrungen eines Auftraggebers aus dem Sektorenbereich mit Ausschreibungen in der EU, Vortrag vor der Studiengruppe des Wirtschafts- und Sozialausschusses der Europäischen Gemeinschaft am 13. 12. 1995 im DIHT Bonn, Vortragsunterlage, S. 4.

¹²⁹ Vgl. derselbe: Die Auswirkungen der Liberalisierung im Telekommunikationsbereich auf den Einkauf unter besonderer Berücksichtigung der Sektorenrichtlinie, S. 12 f. sowie 14.

Die Telekom nennt nicht nur die zusätzlichen Kosten, die dadurch entstehen, daß Mitarbeiter eigens für den Umgang mit der Sektorenrichtlinie geschult werden müssen und die Ausarbeitung der Bekanntmachungen und Auftragsunterlagen seit Umsetzung der Sektorenrichtlinie mehr Zeit und Arbeit bindet. Durch die vorgeschriebenen Bekanntmachungen im Amtsblatt ist die Telekom darüber hinaus gezwungen, ihren Konkurrenten geplante Strategien aufzudecken, weil die Konkurrenz aus der Art des Auftragsgegenstands natürlich Rückschlüsse auf die dahinterstehende Geschäftsidee ziehen kann; das gilt insbesondere beim Aufbau neuer Netze.¹³¹ Daneben behindert auch die teilweise zu beobachtende vertikale Integration nach Ansicht der Telekom den reibungsfreien Wettbewerb.¹³² Manche Unternehmen – wie beispielsweise der amerikanische Telefonriese AT&T – sind nicht nur Telekommunikationsdienstleister und damit Konkurrenten der Deutschen Telekom, sondern selber wieder Anbieter von Zubehör für Telekommunikationsdienstleister. Merkt ein solches „Zwitter“-Unternehmen, daß es auf einem der EU-Märkte gegenüber der EU-Konkurrenz ins Hintertreffen geraten ist, kann es seine Rechte als Anbieter, das heißt potentieller Bieter oder Bewerber ausnutzen, um jeden weiteren Fortschritt zumindest kurz-, wenn nicht gar mittelfristig zu blockieren. Als potentieller Bieter oder Bewerber kann das Unternehmen in einem laufenden Vergabeverfahren des besser positionierten EU-Konkurrenten, mit dem dieser seine Markstellung weiter ausbauen will, ein Nachprüfungsverfahren einleiten, um das Verfahren solange zu behindern, bis es den Wettbewerbsnachteil als Konkurrent wieder aufgeholt hat; ein möglicher Fehler, der ein Nachprüfungsverfahren rechtfertigt, läßt sich nach Ansicht der Telekom insbesondere bei der Vergabe komplexer Aufträge leicht finden.¹³³

Wie schon unter J.I. dieser Arbeit vertreten, ist auch die Deutsche Telekom der Ansicht, daß die Liberalisierung des EU-Telekommunikationsmarktes zum 1. Januar 1998 die staatliche Regulierung und Steuerung des Nachfrageverhaltens der EU-Sektorenauftraggeber im Telekommunikationsbereich nicht mehr rechtfertigt¹³⁴. Aus Sicht des Unternehmens wäre es konsequente Rechtsfortbildung, wenn der gesamte Telekommunikationsbereich aus dem Anwendungsbereich der Sektorenrichtlinie gestrichen würde.¹³⁵ Wie im letzten Kapitel dieser Arbeit gezeigt wird, beschäftigt sich die Kommission bereits mit diesem Thema und will so rasch wie möglich die Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen vom Anwendungsbereich der Sektorenrichtlinie ausnehmen.

¹³⁰ Vgl. ebenda, S. 13.

¹³¹ Persönliches Gespräch.

¹³² Das nachfolgend geschilderte Phänomen ist auch im Stromversorgungssektor zu beobachten. Vgl. dazu Cox, Andrew: Implementing 1992 Public Procurement Policy: Public and Private Obstacles to the Creation of the Single European Market, PPLR 1992, S. 139 (146).

¹³³ Persönliches Gespräch.

¹³⁴ Vgl. Maacks, Karl-Robert: Die Auswirkungen der Liberalisierung im Telekommunikationsbereich auf den Einkauf unter besonderer Berücksichtigung der Sektorenrichtlinie, S. 15.

¹³⁵ Persönliches Gespräch.

b) Die Beschaffungen der deutschen Elektrizitätsversorger

Der Arbeitsausschuß Materialwirtschaft der Vereinigung Deutscher Elektrizitätswerke (VDEW) hat in einer groß angelegten Studie die Beschaffungspolitik der 17 größten deutschen Elektrizitätsversorgungsunternehmen (EVUs), die an der Stromversorgung in Deutschland mit mehr als 80% beteiligt sind, für die Jahre 1993 und 1994 untersucht.¹³⁶ Den Unterschied zur Beschaffungspraxis der EVUs vor Inkrafttreten und nach Inkrafttreten der Sektorenrichtlinie beschreibt *Ludendorff* folgendermaßen: Vor Verabschiedung der Sektorenrichtlinie hatten

„interessierte Anbieter die *Chance*, am Vergabeverfahren beteiligt zu werden. Dies hat sich durch die neuen Verfahren maßgeblich geändert. Heute haben die Anbieter aufgrund ihrer Bewerbung das *Recht*, beteiligt zu werden. Diese Beteiligung prägt damit aber auch den Umfang des Wettbewerbs.“¹³⁷

Trotz der jetzt bestehenden grundsätzlichen Verpflichtung, interessierte Bieter und Bewerber an den Vergabeverfahren zu beteiligen, geht die direkte Importrate im Bereich der EVUs nach wie vor nicht über einen Wert von etwa 3% hinaus¹³⁸. Insgesamt ist die Beteiligung ausländischer Unternehmen an konkreten Vergabeverfahren sehr gering: Nur in jedem zehnten Verfahren gab 1993 und 1994 ein ausländisches Unternehmen ein Angebot ab.¹³⁹ Dieser Trend hat sich auch bis 1996 nicht verändert.¹⁴⁰ Stärker ist die Beteiligung ausländischer Unternehmen dagegen an den *Präqualifizierungssystemen* der EVUs. An den im Frühjahr 1995 laufenden 109 Präqualifizierungsverfahren hatten sich an jedem Verfahren bis zu 14 Unternehmen beteiligt; 26% davon kamen aus dem Ausland. Letztlich konnte sich aber nur etwa ein Viertel der ausländischen Bewerber qualifizieren, während von den deutschen Unternehmen knapp die Hälfte erfolgreich war. An den insgesamt qualifizierten Anbietern hatten ausländische Unternehmen schließlich einen Anteil von etwa 15%.¹⁴¹ Die Autoren der Studie des VDEW führen die im Vergleich zu deutschen Unternehmen geringe Erfolgsquote ausländischer Unternehmen im wesentlichen darauf zurück, daß diese in der Regel erst *nach* dem Studium der ihnen im Rahmen der Prüfungssysteme zugesandten Fragebögen und Unterlagen feststel-

¹³⁶ Dazu gehören unter anderen Badenwerk AG, Bayernwerk AG, Energie-Versorgung Schwaben AG, Hamburgische Electricitäts-Werke AG, PreussenElektra AG, RWE Energie AG, SCHLESWAG AG, Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG, Vereinigte Energie Werke AG.

¹³⁷ *Ludendorff, Wolfgang*: Auswirkungen der EG-Richtlinien für öffentliche Aufträge – Situation, Erfahrungen, Ausblick. Aus Sicht der Sektoren, in: Forum '95 Öffentliches Auftragswesen, hrsg. von Forum Öffentliches Auftragswesen, S. 79 (81).

¹³⁸ Persönliches Gespräch.

¹³⁹ Vgl. *Ludendorff, Wolfgang*: Auswirkungen der EG-Richtlinien für öffentliche Aufträge – Situation, Erfahrungen, Ausblick. Aus Sicht der Sektoren, S. 79 (84).

¹⁴⁰ Vgl. *Ludendorff, Wolfgang u. a.*: Effects of the European Community Directives on Public Procurement – Status Quo, Experience and Outlook from the Perspective of Public Utilities, PPLR 1997, S. 35 (48).

¹⁴¹ Vgl. ebenda, S. 35 (38 ff.).

len, daß sie die nachgefragten Produkte – zum Beispiel aufgrund der speziellen technischen Anforderungen – doch nicht liefern können¹⁴². Daneben sind aber wiederum Sprachschwierigkeiten ein wesentlicher Grund dafür, daß ausländische Unternehmen als Bieter und Bewerber nicht so erfolgreich sind wie deutsche. Wer aber einen ausländischen Markt als potentiellen Absatzmarkt für seine Produkte entdeckt hat, der schafft sich auch im Energiesektor ein Standbein vor Ort durch Aufkäufe oder Beteiligungen im neuen Marktsegment.¹⁴³

Obwohl sich das Volumen der in die übrigen Mitgliedstaaten vergebenen Aufträge nach Inkrafttreten der Sektorenrichtlinie also nicht erhöht hat, beobachtet der VDEW innerhalb Deutschlands seitdem einen verstärkten Wettbewerb, der sich in Preissenkungen oder jedenfalls moderateren Preiserhöhungen äußert.¹⁴⁴ Der Preisverfall bei manchen Produkten, die insbesondere von den EVUs nachgefragt werden, hat aber auch noch andere Ursachen: So wurde beispielsweise im Kabelsektor 1990 ein Quotenkartell aufgedeckt, dessen Auflösung zu einem „ruinösen Preiswettbewerb“¹⁴⁵ in diesem Bereich geführt hat. Ob der Preisvorteil aber auch netto tatsächlich zu einem Vorteil führen wird, ist zweifelhaft, weil die Anwendung der Sektorenrichtlinie die Beschaffungskosten der EVUs in erheblichem Maße erhöht hat. Die Anpassung des Einkaufsverhaltens an die neuen Vorschriften ist unter anderem deswegen kosten- und zeitintensiv, weil die Veränderungen in der Gesetzgebung und die Anpassungen der Sektorenrichtlinie und damit verbunden auch der nationalen Vorschriften beispielsweise an den GPA noch andauern. Fachleute schätzen den durch die Anwendung der Sektorenrichtlinie entstandenen Zusatzaufwand allein für die deutschen EVUs jährlich auf einen zweistelligen Millionenbetrag. Größere EVUs haben neue Arbeitsplätze zur Interpretation und korrekten Anwendung der neuen Bestimmungen, zur Erarbeitung interner Organisationshandbücher, zur Entwicklung entsprechender Datenverarbeitungssysteme und schließlich auch zur Schulung der mit Beschaffungsfragen befaßten Mitarbeiter eingerichtet.¹⁴⁶ Auch die Erstellung von Präqualifizierungssystemen anhand der Vorgaben der Sektorenrichtlinie kostet Zeit und Geld; die Prüfung, ob ein Anbieter in eine Bieterliste aufgenommen werden soll, ist mit einem Aufwand von zwischen 10.000 und 40.000 DM verbunden.¹⁴⁷ Der VDEW hat inzwischen ein einheitliches System für die EVUs erarbeitet und wirkt außerdem darauf hin, daß EVUs mit abweichenden Prüfsystemen ihre Systeme gegenseitig anerkennen.¹⁴⁸

¹⁴² Vgl. Ludendorff, Wolfgang: Auswirkungen der EG-Richtlinien für öffentliche Aufträge – Situation, Erfahrungen, Ausblick. Aus Sicht der Sektoren, S. 79 (84 f.).

¹⁴³ Vgl. ebenda, S. 79 (87).

¹⁴⁴ Persönliches Gespräch; Ludendorff, Wolfgang: Auswirkungen der EG-Richtlinien für öffentliche Aufträge – Situation, Erfahrungen, Ausblick. Aus Sicht der Sektoren, S. 79 (86).

¹⁴⁵ Persönliches Gespräch.

¹⁴⁶ Vgl. Ludendorff, Wolfgang: Auswirkungen der EG-Richtlinien für öffentliche Aufträge – Situation, Erfahrungen, Ausblick. Aus Sicht der Sektoren, S. 79 (81).

¹⁴⁷ Vgl. ebenda, S. 79 (106).

c) Die Beschaffungen der Deutschen Bahn AG

Die Deutsche Bahn AG vergibt jährlich Aufträge im Wert von zwischen 20 und 30 Milliarden DM. Traditionell nehmen die Ausgaben für industrielle Produkte – worunter beispielsweise Fahrzeuge und zugehörige Bauteile, Sicherungs- und Telekommunikationstechnik, Datenverarbeitung, Büro- und Verkaufstechnik, elektrische Anlagen und Leistungen, Maschinen, Betriebs- und Werkstoffe fallen – den größten Posten ein; im Jahre 1994 machten sie etwa 45% an den Gesamtausgaben aus. Es folgen die Ausgaben für Bau- und Ingenieurleistungen, die 1994 einen Anteil von knapp 33% einnahmen, dann die Ausgaben für Dienstleistungen wie Reinigung, Sicherung und Bewachung mit einem Anteil von 14% im Jahre 1994 und schließlich die Ausgaben für elektrische Energie, für die Traktion sowie für Licht und Kraftstrom und für den Bezug von Wasser, Gas und Wärme mit etwa 8%.¹⁴⁹

Von diesen Aufträgen gehen jährlich jedoch höchstens 3% ins Ausland. Von den erfolgreichen ausländischen Bietern kommt nur etwa die Hälfte aus anderen EU-Mitgliedstaaten. Hier hat die Bahn eine stärkere Beteiligung von Unternehmen aus Österreich, Italien und den Benelux-Staaten beobachtet; weniger stark beteiligen sich dagegen Anbieter aus Frankreich, Großbritannien und den skandinavischen Staaten.¹⁵⁰ Als ehemals klassischer öffentlicher Auftraggeber, der jetzt „nur noch“ den Bestimmungen der Sektorenrichtlinie unterworfen ist, hat die Deutsche Bahn AG nunmehr größere Freiheiten und sieht in den Regelungen die Möglichkeit, ihren Einkauf größtenteils wie jedes privatwirtschaftliche Unternehmen *gestalten* zu können.¹⁵¹ Von dieser Möglichkeit hat sie 1994 ausgiebig Gebrauch gemacht und keinen Auftrag oberhalb der Schwellenwerte im offenen oder nicht offenen Verfahren vergeben; vielmehr wandte sie für dieses Auftragsvolumen, das lediglich 553 Millionen DM betrug, 50mal das Verhandlungsverfahren an. 1995 wurde dagegen noch ein Auftragsvolumen von etwas mehr als 4,6 Milliarden DM im Supplement S zum Amtsblatt bekanntgemacht – knapp ein Viertel aller insgesamt vergebenen Aufträge; 25 dieser Aufträge mit einem Umfang von insgesamt 92 Millionen DM wurden im offenen Verfahren vergeben, ein Auftrag mit einem Volumen von 4 Millionen DM wurde im nicht offenen Verfahren und 121 Aufträge mit einem Wert

¹⁴⁸ Persönliches Gespräch; Schreiben des VDEW vom 18. 9. 1997 betr. „VDEW-Kontaktbörse Präqualifikation“.

¹⁴⁹ Vgl. schriftliche Mitteilung der Deutschen Bahn AG vom 21. Juli 1997.

¹⁵⁰ Vgl. Gemeinhardt, Wolfgang: Auswirkungen der EG-Richtlinie für öffentliche Aufträge – Situation, Erfahrungen, Ausblick. Aus Sicht der Sektoren. Die Deutsche Bahn AG im Wandel vom öffentlichen zum privaten Auftraggeber, in: Forum '95 Öffentliches Auftragswesen, hrsg. vom Forum Öffentliches Auftragswesen, S. 93 (94 f.); Vortrag von Andreas Müller auf der EUROFORUM-Konferenz „Vergaberecht 1997“ am 17. und 18. Juni 1997 in München.

¹⁵¹ Vgl. Gemeinhardt, Wolfgang: Auswirkungen der EG-Richtlinie für öffentliche Aufträge – Situation, Erfahrungen, Ausblick. Aus Sicht der Sektoren. Die Deutsche Bahn AG im Wandel vom öffentlichen zum privaten Auftraggeber, S. 93 (97).

von etwa 4,5 *Milliarden* DM wurden im Verhandlungsverfahren vergeben. Im Jahre 1996 wurden Aufträge im Wert von nur noch knapp 2,6 *Milliarden* DM im Amtsblatt bekanntgemacht; das offene Verfahren wurde 42mal angewendet und deckte ein Auftragsvolumen von 246 Millionen DM ab; für Aufträge im Wert von 160 Millionen DM wurde 10mal das nicht offene Verfahren angewendet sowie 81mal das Verhandlungsverfahren, womit die Bahn ein Auftragsvolumen von 2,175 *Milliarden* DM abdeckte¹⁵². Als Grund für die inzwischen häufigere Verwendung des Verhandlungsverfahrens nennt die Bahn die Möglichkeit, zusätzlichen Preisdruck auf die Anbieter ausüben zu können.¹⁵³

Die geringe Beteiligung von Anbietern aus anderen EU-Mitgliedstaaten und die damit verbundene geringe Zahl von Zuschlägen an Unternehmen aus der übrigen EU, erklärt der Vorstand Einkauf und Materialwirtschaft im wesentlichen damit, daß ausländische Anbieter der Ansicht seien, gegen ihre deutsche Konkurrenz ohnehin keine Chance zu haben. Bei den Bauleistungen komme als weiterer Faktor hinzu, daß die Nähe des Unternehmens zum Leistungsort einen erheblichen Wettbewerbsvorteil darstelle, den ausländische Unternehmen in der Regel nicht besäßen.¹⁵⁴ Allerdings spielt auch noch ein anderer Faktor eine Rolle: Traditionell ist das Beschaffungswesen der Eisenbahngesellschaften in der EU auf nationale Anbieter fixiert, weil noch bis in die achtziger Jahre hinein unterschiedliche Techniken und damit verbunden unterschiedliche Normen einen Blick über die Grenzen und auf die dortigen Anbieter gar nicht erlaubten.¹⁵⁵ Bei Ersatzbeschaffungen spielt dieser Aspekt nach wie vor eine Rolle und verliert nur dort an Bedeutung, wo transnationale Schienennetze gebaut und die gewünschten Leistungen nicht mehr konstruktiv, sondern funktional beschrieben werden.

IV. Die Nutzung der durch die Überwachungsrichtlinien begründeten Rechtsmittel

Wurden zu Beginn dieses Abschnitts unter N.I. dieser Arbeit die Schwierigkeiten der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Koordinierungsrichtlinien anhand ausgewählter Vertragsverletzungsverfahren geschildert, soll abschließend die praktische Nutzung der Rechtsmittel betrachtet werden, die den Teilnehmern und Interessenten an Vergabeverfahren durch die nationale Umsetzung der Überwa-

¹⁵² Vgl. schriftliche Mitteilung der Deutschen Bahn AG vom 21. Juli 1997.

¹⁵³ Persönliches Gespräch.

¹⁵⁴ Vgl. Gemeinhardt, Wolfgang: Auswirkungen der EG-Richtlinie für öffentliche Aufträge – Situation, Erfahrungen, Ausblick. Aus Sicht der Sektoren. Die Deutsche Bahn AG im Wandel vom öffentlichen zum privaten Auftraggeber, S. 93 (99).

¹⁵⁵ Vgl. Europäische Kommission: Eine Gemeinschaftsregelung für Beschaffungen in den ausgenommenen Sektoren: Wasser, Energie, Verkehr und Telekommunikation, KOM(88) 376 endg., Brüssel, den 11. Oktober 1988, S. 54.

chungsrichtlinien auf einzelstaatlicher Ebene an die Hand gegeben wurden. Dabei soll ein Schwerpunkt der Betrachtung auf der praktischen Anwendung in Deutschland und Österreich liegen, die die Entscheidungen ihrer Vergabekontrollorgane publizieren.

1. Die Nutzung des Nachprüfungsverfahrens in Deutschland

Das Nachprüfungsverfahren wird in Deutschland sowohl auf Bundes- als auch auf Länderebene¹⁵⁶ von abgewiesenen Bietern und Bewerbern rege in Anspruch genommen¹⁵⁷. Seit Aufnahme seiner Tätigkeit im Jahre 1994 hat der Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes mehr als 60 Verfahren bearbeitet (Stand: März 1998). In mehr als der Hälfte der Fälle hat der Ausschuß eine Sachentscheidung getroffen und beispielsweise die Rechtswidrigkeit einer Entscheidung der Vergabeprüfstelle festgestellt, zumeist jedoch ohne praktische Auswirkung auf die meist bereits abgeschlossenen Vergabeverfahren. In etwa einem Drittel der Fälle hat sich das Verfahren anderweitig erledigt, etwa durch Rücknahme des Antrags¹⁵⁸. Im Zentrum der Nachprüfungsverfahren stehen sowohl auf Länder- als auch auf Bundesebene zu mehr als 50% *Verfahrensfragen*: Gegenstand waren dabei unter anderem die Befugnisse der Vergabeprüfstellen bei der Überprüfung eines Vergabeverfahrens. Im Jahr 1996 hatte der Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes in allein drei Fällen zu entscheiden, ob eine fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung in einer Entscheidung der Prüfstelle den Rechtsweg zum Vergabeüberwachungsausschuß eröffnet, was er in den genannten Fällen abgelehnt hat, weil die Auftragsvolumina die einschlägigen Schwellenwerte nicht erreicht hatten. Soweit die Parteien sich um *materielles Vergaberecht* streiten, herrscht in beinahe jedem zweiten Streit Uneinigkeit über den Anwendungsbereich der Vergaberegeln: zum Beispiel darüber, welche Verdingungsordnung im Falle eines gemischten Auftrags anwendbar ist. Auch über die Frage, wer unter den Begriff des öffentlichen Auftraggebers fällt, herrscht nicht immer Einigkeit. Gestritten wird zudem immer wieder über Einzelheiten der Leistungsbeschreibungen, da Auftraggeber bisweilen nicht nur nationale, sondern sogar herstellertypische Spezifikationen verwenden. Schwierigkeiten bereitet vielen Sektorenauftraggebern die korrekte Anwendung der in der Sektorenrichtlinie vorgesehenen Ausnahmeregelungen. Eine große Rolle spielen schließlich formelle Fehler im Vergabeverfahren: Dazu zählen fehlende Unterschriften auf den Angeboten, insbesondere in Fällen, in denen sich Bietergemeinschaften am Vergabeverfahren beteiligen.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Vgl. Forum Öffentliches Auftragswesen (Hrsg.): Fallübersicht über die Entscheidungen der Vergabeüberwachungsausschüsse der Länder vom 27. 5. 1997.

¹⁵⁷ Vgl. Schwenn, Kerstin: Viele öffentliche Aufträge werden rechtswidrig vergeben, F.A.Z. v. 26. 4. 1995.

¹⁵⁸ Vgl. Forum Öffentliches Auftragswesen (Hrsg.): Fallübersicht über die Entscheidungen des Vergabeüberwachungsausschusses des Bundes vom 27. 5. 1997.

Der bisher spektakulärste Fall war sicherlich das Verfahren, das der amerikanische Konzern General Electric vor dem Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes¹⁶⁰ und dem Vergabeüberwachungsausschuß des Landes Brandenburg¹⁶¹ angestrengt hatte: In diesem Verfahren hatte General Electric Rechtsmittel eingelegt gegen eine Vergabeentscheidung der VEAG Vereinigte Energiewerke AG über zwei Dampfturbosätze und zwei Speisepumpenantriebsturbinen für das Kraftwerk Lippendorf in Sachsen, die zugunsten von ABB ausgefallen war. Auf Einzelheiten des Verfahrens, in dem General Electric nach Ausschöpfung des Rechtswegs schließlich unterlegen war und das zu einem Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland geführt hat, soll hier nicht mehr näher eingegangen werden.¹⁶² Das Beispiel vermittelt insofern einen falschen Eindruck, als das bisherige Nachprüfungsverfahren zum größten Teil von deutschen und kaum von ausländischen Interessenten genutzt wird. Im soeben geschilderten Fall kam es General Electric offensichtlich auch nur darauf an, die Schwachstellen des deutschen Nachprüfungssystems aufzudecken und einen Präzedenzfall zu statuieren, um amerikanischen Unternehmen künftig den Zugang zu öffentlichen Aufträgen in Deutschland und schließlich auch in der EU zu erleichtern.¹⁶³

2. Die Nutzung des Nachprüfungsverfahrens in Österreich

Auch in Österreich sind die Vergabekontrollorgane seit dem 1. Januar 1994 tätig. Jedoch hat die Zahl der Vergabekontrollverfahren erst im Jahre 1996 stark zugenommen.¹⁶⁴ Seit 1995 werden die Entscheidungen des Bundesvergabeamtes und der Bundesvergabekontrollkommission in anonymisierter Form regelmäßig in der Zeitschrift „CONNEX“, die vom Österreichischen Normungsinstitut herausgegeben wird, sowie in der von der Vereinigung industrieller Bauunternehmungen Österreichs herausgegebenen Zeitschrift „bau-intern“ veröffentlicht.

Wie in Deutschland müssen sich auch in Österreich Bundesvergabeamt und Bundesvergabekontrollkommission nicht nur mit Fragen des materiellen Rechts beschäftigen, sondern daneben auch formelle Fragen zum Nachprüfungsverfahren selber klären: So hat das Bundesvergabeamt 1995 entschieden, daß nur ein über-

¹⁵⁹ Vgl. die Übersichten bei Prieß, Joachim: Das öffentliche Auftragswesen in den Jahren 1994 und 1995, EuZW 1996, S. 357 (361 f.); derselbe: Das öffentliche Auftragswesen im Jahre 1996, EuZW 1997, S. 391 (394 ff.).

¹⁶⁰ Vgl. Beschluß des Vergabeüberwachungsausschusses des Bundes, 1 VÜ 1/95 vom 16. 1. 1995.

¹⁶¹ Vgl. Beschluß des Vergabeüberwachungsausschusses des Landes Brandenburg, VÜA 3/96 vom 9. 6. 1996.

¹⁶² Vgl. N.II.1.a)bb) dieser Arbeit.

¹⁶³ Persönliches Gespräch.

¹⁶⁴ Vgl. Bundesministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten der Republik Österreich (Hrsg.): Entscheidungen der Vergabekontrollorgane, Wien 1997, Vorwort.

gangener Bieter oder Bewerber, nicht aber andere Personen oder Unternehmen bei schuldhafter Verletzung des Vergaberechts ein Nachprüfungsverfahren anstrengen und damit verbunden einen Anspruch auf Schadensersatz geltend machen können.¹⁶⁵ Obwohl auch die österreichischen Kontrollorgane ein gerügtes Vergabeverfahren sehr umfassend prüfen, ohne sich durch die Vorgaben des Nachprüfungsantrags beschränken zu lassen, führt nach einer anderen Entscheidung des Bundesvergabeamtes die Rücknahme eines Antrags auf jeden Fall zur Einstellung des Nachprüfungsverfahrens.¹⁶⁶ Trotz eindeutigen Wortlauts des österreichischen Vergaberechts zu den Voraussetzungen eines Nachprüfungsverfahrens mußte das Bundesvergabeamt wiederholt entscheiden, daß es grundsätzlich unzulässig sei, die Kontrollkommission und das Bundesvergabeamt *gleichzeitig* anzurufen, da nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut Voraussetzung für die Tätigkeit des Vergabeamtes die vorherige Durchführung eines Schlichtungsverfahrens sei.¹⁶⁷ Eine Ausnahme gelte nur, wenn die Bundesvergabekontrollkommission die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens abgelehnt habe.¹⁶⁸

Aber auch bei der Anwendung des *materiellen Vergaberechts* tauchen Schwierigkeiten auf. Zur Frage, wann ein Vergabeverfahren abgeschlossen sei, hat das Bundesvergabeamt 1996 entschieden, daß ein Vergabeverfahren nur auf zwei Arten beendet werden könne: entweder durch Erteilung des Zuschlags oder durch Widerruf der Ausschreibung. Werde eine neue Ausschreibung durchgeführt, ohne die alte zu widerrufen, handle es sich um die Fortführung des ursprünglichen Vergabeverfahrens¹⁶⁹ (was Auswirkungen auch auf die Antragsbefugnis des Bieters oder Bewerbers der ersten Ausschreibung hat, wenn er sich an der zweiten Ausschreibung nicht mehr beteiligt). Zu den Zuschlagskriterien sind inzwischen mehrere Entscheidungen ergangen: So hatte ein Auftraggeber den Zuschlag einem Angebot erteilt, das nicht der Ausschreibung entsprach, seiner Ansicht nach aber „sachgerecht“ gewesen sei. Das Bundesvergabeamt stellte dazu fest: „Mit dieser Argumentation wird ... der Boden des Bundesvergabegesetzes verlassen.“¹⁷⁰ In einer anderen Entscheidung aus dem Jahre 1995 bemerkte das Vergabeamt, daß immer dann, wenn keine (weiteren) Zuschlagskriterien genannt seien, ausschließlich der niedrigste Preis für die Ermittlung des besten Bieters heranzuziehen sei.¹⁷¹ Auch die Eignungskriterien sind häufig Gegenstand von Streitigkeiten: Soll ein Bieter oder Bewerber beispielsweise wegen einer schweren beruflichen Verfehlung vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, so muß dabei auf objektive, bereits feststehende Kriterien abgestellt werden; nicht etwa dürfen die Umstände der Verfehlung

¹⁶⁵ Vgl. Bundesvergabeamt, F-5/95 – 3 vom 27. 3. 1995.

¹⁶⁶ Vgl. Bundesvergabeamt, N-9/95 – 14 vom 25. 9. 1995.

¹⁶⁷ Vgl. Bundesvergabeamt, F-16/96 – 3 vom 24. 9. 1996.

¹⁶⁸ Vgl. Bundesvergabeamt, N-8/95 – 4 vom 31. 7. 1995.

¹⁶⁹ Vgl. Bundesvergabeamt, F-6/96 – 26 vom 20. 9. 1996.

¹⁷⁰ Bundesvergabeamt, F-5/96 – 18 vom 1. 7. 1996.

¹⁷¹ Vgl. Bundesvergabeamt, F-1/95 – 14 vom 28. 4. 1995.

noch einer gerichtlichen Klärung unterliegen.¹⁷² Wie die deutschen Vergabekontrollorgane müssen sich auch die österreichischen Instanzen immer wieder mit den in Ausschreibungen verwendeten technischen Spezifikationen beschäftigen: Das Bundesvergabeamt hat zuletzt im November 1996 entschieden, daß in einer Ausschreibung grundsätzlich nicht auf die Produkte eines bestimmten Herstellers Bezug genommen werden dürfe. Dies sei nur gestattet, wenn eine andere Art der Leistungsbeschreibung nicht möglich und die Spezifizierung mit dem Zusatz „oder gleichwertiger Art“ versehen sei.¹⁷³ Auch in Österreich sind Auftraggeber immer wieder bestrebt, Aufträge in Lose mit Volumina unterhalb der einschlägigen Schwellenwerte zu unterteilen, um nicht dem EU-Vergaberecht zu unterfallen. Das Bundesvergabeamt hat dazu eine rigide Rechtsprechung entwickelt, wonach es triftige Anhaltspunkte geben müsse, um einen erkennbar einheitlichen Auftrag in Lose aufzusplitten.¹⁷⁴

Die knappe Übersicht über die Entscheidungen der österreichischen Vergabekontrollorgane zeigt, daß insbesondere im materiellen Vergaberecht die zur Entscheidung anstehenden Fragen in Österreich ähnlich gelagert sind wie in Deutschland. Dies zeigt, daß es über nationale Besonderheiten im umgesetzten EU-Vergaberecht hinaus immer wieder Schwierigkeiten bei der Interpretation der EU-Koordinierungsrichtlinien zum Vergabewesen gibt.

3. Fazit

Nach Ansicht der Kommission zeigt die bisherige Praxis, daß die Anwendung der Überwachungsrichtlinien auf einzelstaatlicher Ebene weiter verbessert werden muß.¹⁷⁵ Dies gilt umso mehr, als den Verfahren im Hinblick auf das Funktionieren der *materiellen* Vergaberichtlinien eine zentrale Bedeutung zukommt, da hier die Überprüfung der Vergabeverfahren auf ihre Vereinbarkeit mit nationalem und EU-Recht stattfindet.¹⁷⁶ Von Nachteil ist nach Meinung der Kommission nicht nur, daß die Überwachungsrichtlinien in den einzelnen Mitgliedstaaten auf sehr unterschiedliche Art umgesetzt wurden, sondern auch, daß viele Anbieter über ihre Rechte nur unzureichend informiert sind. Deswegen beabsichtigt die Kommission, Leitfäden über den Rechtsschutz in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten zu veröffentlichen, um die Wirtschaftsteilnehmer über ihre Möglichkeiten im Falle von Verfahrensverstößen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge auch in anderen Mit-

¹⁷² Vgl. Bundesvergabekontrollkommission, S-1/96 – 11 vom 31. 1. 1996.

¹⁷³ Vgl. Bundesvergabeamt, N-13/96 – 13 vom 28. 11. 1996.

¹⁷⁴ Vgl. Bundesvergabeamt, F-14/95 – 14 vom 21. 3. 1996.

¹⁷⁵ Vgl. Europäische Kommission: Grünbuch, Ziff. 3.32.

¹⁷⁶ Vgl. Wirtschafts- und Sozialausschuß der Europäischen Gemeinschaften: Stellungnahme zum Grünbuch „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union: Überlegungen für die Zukunft“, CES 607/97, Brüssel, den 28. bis 29. Mai 1997, Ziff. 3.3.

gliedstaaten zu informieren.¹⁷⁷ Daß die Überwachungsrichtlinien sehr unterschiedlich umgesetzt worden sind, läßt sich jedoch kaum ändern, da die neuen Rechtsmittel in die teilweise schon bestehenden nationalen Nachprüfungssysteme und Schadensersatzregelungen eingepaßt werden mußten, um nicht wie ein Fremdkörper in den nationalen Rechtsordnungen isoliert zu sein. Außerdem sieht die Sektorrichtlinie als Mittel zur Streitbeilegung auch die *Schlichtung* vor. Diese ist bis Ende 1996 jedoch noch in keinem der Mitgliedstaaten zur Anwendung gekommen.¹⁷⁸

V. Zusammenfassung des Teils III

Ziel dieses Kapitels war, die Umsetzung der EU-Koordinierungsrichtlinien zum Vergabewesen in ausgewählten Mitgliedstaaten zu beleuchten, die Schwierigkeiten aufzuzeigen, die bei der Anwendung der Richtlinien auftauchen, und schließlich den Impuls zu bestimmen, der von der EU-weiten Koordinierung bisher ausgegangen ist. Nur die wenigsten Mitgliedstaaten haben die EU-Richtlinien zum öffentlichen Auftragswesen frist- und sachgerecht umgesetzt, was in einigen Bereichen dazu geführt hat, daß die Richtlinien unmittelbar wirken, soweit ihre Vorschriften hinreichend bestimmt sind. Besonders langwierig war der Umsetzungsprozeß in Deutschland: Nachdem die hier einschlägigen Verdingungsordnungen gesetzlich im Haushaltsgrundsätzegesetz verankert worden waren, wurde – wohl auf massiven Druck der USA – das Vergaberecht nun in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung integriert und wurden den Bietern und Bewerbern ausdrücklich subjektive Rechte eingeräumt. Dänemark hat unter den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinien zum materiellen Vergaberecht den einfachsten Weg eingeschlagen: Für jede Richtlinie wurde eine entsprechende Verordnung erlassen, die die öffentlichen Auftraggeber dazu verpflichtet, bei Erreichen der jeweils einschlägigen Schwellenwerte die EU-Richtlinien zu beachten. Schwierigkeiten bereitete die Umsetzung der *Überwachungsrichtlinien* unter anderem in Österreich, Frankreich und Großbritannien. Belgien dagegen hat darauf verzichtet, die Überwachungsrichtlinien eigens umzusetzen, weil hier ein ausreichender Rechtsschutz bereits gewährleistet war.

Zieht man die direkten Importraten für überwiegend von öffentlichen Auftraggebern nachgefragte Güter und Dienste in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten heran, um die *Wirksamkeit* der Koordinierung des Vergaberechts zu beurteilen, ist festzustellen, daß diese sich seit Ende der siebziger Jahre nicht wesentlich verändert haben; sie liegen weiterhin nur bei knapp 3%. Bei dieser Betrachtungsweise wird jedoch übersehen, daß viele Unternehmen mit Partnern aus anderen EU-Mitglied-

¹⁷⁷ Vgl. Europäische Kommission: Grünbuch, Ziff. 3.36 und Ziff. 3.38.

¹⁷⁸ Vgl. ebenda, Ziff. 3.50.

staaten vor Ort kooperieren oder Niederlassungen und Tochtergesellschaften im Ausland gegründet haben, um dort auch an Vergabeverfahren teilzunehmen. Berücksichtigt man diesen Aspekt, betragen die (indirekten) Importraten Schätzungen zufolge für einzelne Güter bis zu 25%. Aber auch wenn man die indirekten Importraten als Indikatoren verwendet, wird nicht berücksichtigt, daß es zur Messung des grenzüberschreitenden Handels innerhalb der EU letztlich auf den Ort der Wertschöpfung ankommt – eine Betrachtung, die bisher nicht angestellt worden ist.

In einzelnen Segmenten des Beschaffungsmarktes wurden in den letzten Jahren erhebliche Rationalisierungsmaßnahmen beispielsweise in Form von Restrukturierungen sowie Preissenkungen beobachtet. Die im Rahmen des Cecchini-Berichts prognostizierten Effekte der EU-weiten Koordinierung des Vergabewesens scheinen damit zumindest in einigen Bereichen eingetreten zu sein. Die nähere Betrachtung der Rahmendaten dieser Entwicklung führt jedoch zu einem anderem Ergebnis: Die Umsetzung der Koordinierungsrichtlinien hatte offensichtlich den geringsten Einfluß; für den teilweise zu beobachtenden Preisverfall sind vielmehr die aufgrund der Haushaltsdefizite sinkende Staatsnachfrage sowie die weiter zunehmende Konkurrenz aus den USA und aus dem asiatischen Raum verantwortlich. Dennoch hat die Koordinierung des Vergaberechts durch die steigende Zahl an Bekanntmachungen im Supplement S zum Amtsblatt zu einer größeren Marktübersicht geführt, auch wenn Anbieter immer wieder bemängeln, daß die Informationsflut kaum zu bewältigen sei und Bekanntmachungen häufig unter ungenauen Leistungsbeschreibungen litten. Die Betrachtung des deutschen Marktes hat gezeigt, daß gerade klassische Auftraggeber bestrebt sind, die EU-Richtlinien so minimalistisch wie möglich anzuwenden. Dieses Phänomen läßt sich umso eher bei Gesellschaften beobachten, die nur auf lokaler Ebene tätig sind.

Schließlich hat ein Blick auf die Entscheidungssammlungen der deutschen und österreichischen Vergabekontrollorgane gezeigt, daß sich besonders im materiellen Vergaberecht die streitigen Fragen ähneln: Immer wieder geht es um die Auslegung des Anwendungsbereichs der neuen Vergabebestimmungen, um zulässige Eignungs- und Zuschlagskriterien, um die Aufteilung von Aufträgen in Lose sowie um die Verwendung technischer Spezifikationen bei der Leistungsbeschreibung.

P. Schlußwort:

Die Koordinierung des öffentlichen Auftragswesens in der EU: Rückblick und Ausblick

Zum Schluß dieser Arbeit sollen die bisherigen Liberalisierungs- und Koordinierungsmaßnahmen auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens in den größeren Zusammenhang des Binnenmarktkonzeptes gestellt werden. Zusammenfassend soll dargestellt werden, woran die Realisierung des Ziels, einen einheitlichen EU-Vergabemarkt zu schaffen, bisher gescheitert ist. Und schließlich soll aufgezeigt werden, welche Maßnahmen ergriffen werden müssen, um einem einheitlichen Binnenmarkt für öffentliche Aufträge möglichst nahe zu kommen.

I. Der mäßige Erfolg der Koordinierungsmaßnahmen

Kommission und Rat waren bereits Ende der sechziger Jahre mit der Absicht angetreten, durch Liberalisierungs- und Koordinierungsmaßnahmen einen gemeinsamen Markt auch für die Nachfrage öffentlicher Auftraggeber zu errichten. Denn schon früh hatten die EU-Gremien die eigentlichen Schwierigkeiten für die Schaffung wettbewerblicher Mechanismen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge erkannt: zum einen die über Jahrzehnte gewachsenen Bindungen zwischen Auftraggebern und Anbietern im eigenen Land; zum anderen die Steuerungsfunktion, die dem öffentlichen Auftragswesen im Hinblick auf Konjunktur-, Struktur-, Sozial- und zunehmend auch Umweltpolitik zukommt. Beides hat zu einer Abschottung der nationalen Vergabemärkte geführt. Der Weg, den Kommission und Rat daraufhin angetreten haben, war beschwerlich und zieht sich inzwischen mehr als dreißig Jahre hin. Einzelne Wegstrecken haben sich dabei an der Vorgehensweise anderer Politikbereiche orientiert: So stand anfangs der Abbau von Diskriminierungen – die Liberalisierung – im Vordergrund. Daneben wurde durch zunehmende Privatisierung ehemals öffentlicher Auftraggeber und den dadurch entstehenden Wettbewerb zwischen den Institutionen der wirtschaftliche Einkauf gefördert. Es folgte die Errichtung des Gemeinsamen Marktes, der noch nicht auf die Schaffung gleicher Wettbewerbsvoraussetzungen für alle Marktteilnehmer gerichtet war, sondern lediglich die Liberalisierung weiter vorantrieb. Erst der Binnenmarkt, der zum 1. Januar 1993 proklamiert wurde, setzte Ende der achtziger Jahre den eigentlichen Koordinierungsprozeß in Gang, der mit einer Überarbeitung der Liefer- und Baukoordinierungsrichtlinie, dem Erlaß der Sektoren- und Dienstleistungs Koordinierungsrichtlinie und der Verabschiedung der Überwachungsrichtlinien einherging.

Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, daß die bisher umfassendste Studie zu den Potentialen der Koordinierung des öffentlichen Auftragswesens – das nach Einbeziehung auch privatrechtlicher Institutionen unter Streichung des Wortes „öffentlich“ besser „Vergabewesen“ heißen würde – mit Blick auf den Binnenmarkt erst Ende der achtziger Jahre erschienen ist: Zwar ist der Cecchini-Bericht wegen seiner diffusen Berechnungsmethoden auf berechnete Kritik gestoßen, trotzdem hat er die Koordinierung und die sie begleitende Diskussion angeregt. Daß die Erfolge des Koordinierungsprozesses bisher mäßig sind – wie die Betrachtung im dritten Teil dieser Arbeit gezeigt hat – ist deswegen auch zunächst nicht weiter verwunderlich: Erstens sind längst noch nicht alle Koordinierungsmaßnahmen sachgerecht in nationales Recht umgesetzt worden; das Beispiel Deutschland zeigt, daß in manchen EU-Mitgliedstaaten die rechte Form für ein auf den Binnenmarkt ausgerichtetes Vergabesystem noch nicht gefunden wurde. Zweitens hatten die Maßnahmen dort, wo sie inzwischen umgesetzt worden sind, kaum Zeit zu wirken. Daß eine Gewöhnung an das neue Reglement bisher nicht möglich war, haben auch Kommission und Rat zu verantworten: Denn durch die permanente Überarbeitung und Ergänzung der Richtlinien und aufgrund der in dem Regelwerk bisweilen auftauchenden Widersprüchlichkeiten haben sie selber dazu beigetragen, daß das EU-Vergabewesen bisher lediglich als vorübergehend empfunden wurde. Auf der anderen Seite waren die EU-Gremien wegen des Meistbegünstigungsprinzips gezwungen, die im Rahmen des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen ausgehandelten Vergünstigungen in die Richtlinien aufzunehmen. Diese (nachträglichen) Änderungen wären der EU jedoch erspart geblieben, wenn ihre Mitgliedstaaten, die neben der EU an den Verhandlungen im Rahmen der WTO beteiligt waren, sich auch untereinander bereits vorher – und nicht erst mit ihren WTO-Partnern – auf die günstigeren Regeln hätten verständigen können. Aber nicht nur solche – zum Teil unumgänglichen – Anpassungen haben diejenigen, die das Regelwerk anwenden müssen, verunsichert: Die Kommission hat es darüber hinaus von Anfang an versäumt, ein in sich schlüssiges und je nach den Gegebenheiten beliebig erweiterbares Konzept zu erarbeiten. Immer wieder werden neue begleitende Programme aufgelegt, werden Ausschüsse ins Leben gerufen, deren Besetzung auf sich warten läßt, oder werden Studien in Auftrag gegeben, deren Daten und Ergebnisse selbst am öffentlichen Auftragswesen besonders Interessierte bisweilen nur unter größten Schwierigkeiten abrufen können. Solange das eigene Vorgehen nicht transparent ist, kann die Kommission kaum erwarten, daß öffentliche Auftraggeber der Aufforderung zu mehr Transparenz und mehr Wettbewerb nachkommen. Die derzeitige Diskussion um die Frage, ob das Richtlinienwerk nicht von einer EU-Vergabeverordnung abgelöst werden sollte, ist in diesem Zusammenhang nicht förderlich: Zwar wäre es angesichts der weiterhin sehr unterschiedlichen und für Außenstehende teilweise kaum zu überblickenden Vergabesysteme durchaus wünschenswert, allen EU-Mitgliedstaaten ein einziges System verbindlich vorzuschreiben, jedoch würde dies den Eindruck erwecken, die Kommission habe mehr als 30 Jahre lang den falschen Weg beschritten. Dies wür-

de weder bei den Mitgliedstaaten noch bei den öffentlichen und Sektorenauftraggebern auf Akzeptanz stoßen. Abgesehen davon würde eine nochmalige Umstellung der inzwischen über Jahrzehnte angepaßten nationalen Vergabesysteme immense Kosten auf EU-Ebene, bei den Auftraggebern und schließlich auch bei jenen Anbietern verursachen, die sich auf das derzeitige Recht eingestellt haben.

Die immer wieder genannte Forderung, den Mitgliedstaaten nach einer langen Phase der Neu- und Umgestaltung nun die nötige Zeit zur Strukturierung und Konsolidierung zu geben, ist folglich berechtigt. Dies darf aber nicht dazu führen, daß das öffentliche Auftragswesen – als eines der wichtigsten Politikfelder der EU – in Vergessenheit gerät. Die Kommission und andere, auch nationale, Gremien sollten ihr Augenmerk in Zukunft darauf richten, das bestehende Regelwerk publik zu machen, die Vorteile der Koordinierung herauszustellen, Anwendungshilfen zu geben und die Umsetzung weiter und intensiver zu überwachen. Müssen weitere Maßnahmen zur Verbesserung des bisherigen Vergaberechts ergriffen werden, darf die Kommission natürlich nicht davor zurückscheuen, die notwendige Initiative zu ergreifen.

II. Die Zukunft des öffentlichen Auftragswesens – eine Prognose

Fachleute – auch in der Kommission – gehen nicht davon aus, daß sich die bisher zu beobachtenden mäßigen Effekte der Koordinierungsmaßnahmen erheblich verstärken werden.¹ Zwar lassen einzelne Erfolge, wie etwa die Preissenkungen im Bereich der Telekommunikationszulieferer oder die Restrukturierungsmaßnahmen in der Bahnindustrie, darauf hoffen, daß ähnliche Entwicklungen künftig auch in anderen Bereichen eintreten werden, jedoch ist diese Hoffnung kaum berechtigt: Denn wie die – wenn auch nur schlaglichtartige – Betrachtung im dritten Teil der Arbeit gezeigt hat, sind nicht nur die soeben genannten Industriezweige einem starken Wettbewerb ausgesetzt; vielmehr herrscht, wie das Beispiel Telekommunikation zeigt, auch unter den betreffenden Auftraggebern selber ein zum Teil erheblicher Konkurrenzdruck. Es überrascht folglich nicht, daß die zu beobachtenden (schwachen) Effekte überwiegend nur im Rahmen der Sektorenrichtlinie zu beobachten sind – und auch hier nur bei solchen Auftraggebern, die sich aus überkommenen monopolistischen Strukturen zu lösen beginnen und im Zuge der Liberalisierung ihrer Märkte zunehmend marktwirtschaftlichen Bedingungen ausgesetzt sind. Die beobachtete Entwicklung geht also in höchstens geringem Ausmaß auf die Koordinierungsmaßnahmen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens zurück, wenn sich der Beitrag der Vergaberegeln auch nicht quantifizieren läßt. Für die klassischen Auftraggeber, die keinem Wettbewerb unterliegen, ist eine parallele Entwicklung nicht zu erwarten.

¹ Vgl. Bohan, N./Redonnet, D.: E.U. Procurement Legislation: Does the Emperor Have Clothes? An Examination of the New Empirical Evidence, PPLR 1997, S. 141 (165 ff.).

Dies hat verschiedene Ursachen, die jedoch alle hauptsächlich in der besonderen Struktur der weiterhin nicht nach marktwirtschaftlichen Vorgaben funktionierenden Beschaffungsmärkte begründet sind²:

Gewachsene Verbindungen zwischen Auftraggebern und Anbietern und die öffentliche Auftragsvergabe als Mittel der Konjunktursteuerung tragen nach wie vor dazu bei, daß insbesondere die klassischen Auftraggeber sich auf lokale oder bestenfalls nationale Märkte konzentrieren. Dieser Effekt wird noch dadurch verstärkt, daß in vielen Bereichen die Harmonisierung technischer Spezifikationen längst nicht abgeschlossen ist und Auftraggeber sich in Leistungsbeschreibungen bisweilen ungestraft auf nationale Normen beziehen können. Selbst wenn die Harmonisierung technischer Spezifikationen weiter voranschreitet, kann sich die nationale Anpassung an europäische oder andere internationale Normen hinziehen, weil Auftraggeber aus Gründen der Kompatibilität mit bereits bestehenden technischen Einrichtungen weiterhin auf nationale Normen Bezug nehmen (müssen). Hinzu kommt, daß die in den Richtlinien vorgesehenen Ausnahmebestimmungen, die unter eng gefaßten Voraussetzungen beispielsweise die Anwendung des Verhandlungsverfahrens oder die Verkürzung der ohnehin schon knapp bemessenen Teilnahmefristen gestatten, von vielen Auftraggebern zu Regelfällen umgemünzt werden. Dies zeigt beispielsweise die Beschaffungsmethodik im Verteidigungssektor: Hier werden unter dem Vorwand des Sicherheitsinteresses Aufträge am Wettbewerb vorbei vergeben, die durchaus für EU-weite Ausschreibungen geeignet wären.

Auch die bestehenden Sprachbarrieren werden weiterhin eine Rolle spielen: Vergabebeamte sind – anders als die Einkäufer in international operierenden Unternehmen – meist nicht in der Lage, ein in englischer Sprache eingereichtes Angebot auszuwerten. Deswegen wird in den meisten Ausschreibungen bereits darauf hingewiesen, daß Angebote oder Bewerbungen um Teilnahme an einem Vergabeverfahren nur in der Sprache des Auftraggebers abgegeben werden dürfen. Schon aus diesem Grund sind Unternehmen gezwungen, mit nationalen Partnern vor Ort zu kooperieren oder Niederlassungen in den einzelnen Mitgliedstaaten der EU zu gründen, um die Kosten der Angebotserstellung zu minimieren. Unter diesem Gesichtspunkt scheint es überflüssig, die Veröffentlichung von Vergabebekanntmachungen im Supplement S zum Amtsblatt von einem bestimmten Auftragswert an zur Pflicht zu machen, weil die Veröffentlichung in nationalen Ausschreibungsblättern ausreichen würde. Betrachtet man die geringen direkten Importraten im Bereich des öffentlichen Auftragswesens innerhalb der EU und hält man den Aufwand von derzeit etwa 60 Millionen ECU dagegen, den die Veröffentlichungen im Amtsblatt der EU jährlich verursachen, scheint dieser Einwand berechtigt. Er übersieht jedoch, daß aufgrund der größeren Transparenz auch die Kontrollmöglichkeiten seitens der Konkurrenz sowie durch die Kommission größer geworden sind.

² Die folgende Betrachtung orientiert sich an dem Aufsatz von Bohan, N./Redonnet, D.: E.U. Procurement Legislation: Does the Emperor Have Clothes? An Examination of the New Empirical Evidence, PPLR 1997, S. 141 (166 ff.).

Andererseits bemängeln Anbieter in Grenzgebieten immer wieder, daß ihnen das Amtsblatt aufgrund der hohen Schwellenwerte nur einen unzureichenden Überblick über den für sie relevanten Markt gestatte: Für einen mittleren oder kleinen deutschen Betrieb direkt an der französischen Grenze spielt es keine Rolle, ob er einen kleinen Auftrag in der eigenen Gemeinde oder im benachbarten Département erhält. Für die Lösung dieses Problem scheint jedoch die EU nicht der geeignete Ansprechpartner zu sein. Vielmehr sollten sich die örtlichen Industrie- und Handelskammern mit den Möglichkeiten und Grenzen der Informationspolitik im „kleinen Grenzverkehr“ beschäftigen.

Die Faktoren, die auch in Zukunft zu einer Abschottung der nationalen Vergabemärkte beitragen werden, liegen aber nicht nur in der Nachfrageseite begründet: Bisweilen sind Unternehmen selber gar nicht daran interessiert, auf anderen Märkten aktiv zu werden, wenn sie im Gegenzug die Gewißheit haben, auf dem eigenen nationalen Markt vor Konkurrenten sicher zu sein. Dies trifft insbesondere auf Unternehmen zu, die ausschließlich oder überwiegend für einen Nachfrager produzieren und zu dem sie entsprechend enge Verbindungen geknüpft haben. Auch wenn solche Praktiken zwischen Anbietern in den verschiedenen EU-Mitgliedstaaten nicht ausdrücklich abgesprochen sind, sondern statt dessen in stillschweigendem Übereinkommen getroffen werden und deswegen kaum nachweisbar sind, unterliegen sie dennoch dem Kartellverbot des Artikel 85 EG-Vertrag³.

III. Die Perspektiven der weiteren Politik

Das Regelwerk, das Kommission, Rat und Europäisches Parlament für das öffentliche Auftragswesen in der EU geschaffen haben, ist trotz aller Kritik geeignet, einen EU-weiten Rahmen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (einschließlich der Aufträge in den Sektoren) zu schaffen: Denn erstmals besteht jetzt ein System, das es einem Anbieter beispielsweise in Portugal ermöglicht, von einem für ihn interessanten Auftrag in Dänemark zu erfahren und sich am entsprechenden Vergabeverfahren zu beteiligen. Durch die einheitlichen Vorgaben etwa zu Eignung, technischen Spezifikationen und Zuschlag hat ein solcher Anbieter grundsätzlich auch eine reelle Chance, als bester Bieter den Zuschlag zu erhalten.

Die Kommission sollte ihr Augenmerk deswegen darauf richten, die Informationen über Vergabeverfahren und aktuelle Aufträge übersichtlicher zu gestalten, wozu unter anderem auch die Verbesserung des Gemeinsamen Vokabulars für öffentliche Aufträge (CPV) gehört; sie sollte verstärkt die Einhaltung der Teilnahme- und Zugangsbestimmungen zu Vergabeverfahren überwachen, die Harmonisierung der technischen Spezifikationen vorantreiben und – möglicherweise in Zusammenarbeit mit den nationalen Vereinen und Initiativen, die inzwischen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens gegründet wurden – die Vorteile des EU-Vergabe-

³ Vgl. ebenda, S. 141 (168 f.).

rechts herausstellen und dessen Anwendung immer wieder fordern. Auch *zwischen* den nationalen Initiativen zum öffentlichen Auftragswesen haben sich inzwischen Netzwerke herausgebildet, welche die Kommission für ihre Arbeit, die künftig eher in flankierenden Politikbereichen liegen wird, verstärkt nutzen könnte. Darüber hinaus muß das derzeitige Regelwerk behutsam überarbeitet, von Ungereimtheiten befreit und soweit möglich vereinfacht werden. Dabei darf aber nicht übersehen werden, daß es Mitgliedstaaten und Auftraggebern im Augenblick hauptsächlich darauf ankommt, das eigene Regelwerk zu konsolidieren und es nach derzeit noch bestehenden Anlaufschwierigkeiten zum Laufen zu bringen.

In ihrer Auswertung zum Grünbuch, auf das sie mehr als 300 Stellungnahmen erhalten hat, hat die Kommission einen umfangreichen und ehrgeizigen Maßnahmenkatalog angekündigt, der zum Teil bereits 1998 umgesetzt werden sollte. Bis Ende 2001 sollen die drei klassischen Richtlinien Bau, Lieferungen und Dienstleistungen in einem einzigen Regelwerk zusammengefaßt werden.⁴ Im Zuge eines Legislativpakets soll der geltende Rechtsrahmen weiter verbessert werden, wobei unter dem Stichwort „wettbewerblicher Dialog“ flexiblere Vergabeverfahren eingeführt werden sollen und der Anwendungsbereich der Sektorenrichtlinie überprüft werden soll. Dabei sollen solche Sektorauftraggeber von der Richtlinie ausgenommen werden, die im jeweiligen Mitgliedstaat wegen der entsprechenden Konkurrenz unter Wettbewerbsbedingungen tätig sind.⁵ Um Anwendungsschwierigkeiten zu beseitigen, wird die Kommission noch 1998 damit beginnen, Mitteilungen zu einzelnen in den Richtlinien auftauchenden Begriffen zu publizieren, in denen sie Auslegungshilfen geben wird, so beispielsweise zu Begriffen wie „ungewöhnlich niedrige Angebote“, „unannehmbar“ und „ungeeignete Angebote“⁶. Künftig will die Kommission verstärkt im Vorfeld der Auftragsvergabe tätig werden, um Verstöße zu vermeiden; planen Mitgliedstaaten größere Infrastrukturprojekte mit entsprechendem Auftragsvolumen, will sie frühzeitig mit dem jeweiligen Mitgliedstaat Kontakt aufnehmen, um mögliche Fehlerquellen bei der Vergabe aufzuzeigen und auf diese Weise Fehler zu vermeiden⁷. Noch 1998 will sie außerdem den Schulungsbedarf bei Auftraggebern und Auftragnehmern ermitteln, um Leitlinien für eine Schulungspolitik zum öffentlichen Auftragswesen zu erarbeiten⁸. Sie will Pilotprojekte zum elektronischen Auftragswesen fördern, um die Veröffentlichung von Vergabebekanntmachungen im Supplement S zum Amtsblatt langfristig überflüssig zu machen.⁹ Und schließlich sollen neue Mechanismen und Vorschriften zur Beschaffung im Verteidigungssektor festgelegt werden, um auch hier so weit wie möglich für Transparenz und Nichtdiskriminierung zu sorgen.¹⁰

⁴ Vgl. Europäische Kommission: Das öffentliche Auftragswesen in der EU, Ziff. 2.1.3.

⁵ Vgl. ebenda, Ziff. 2.1.2.

⁶ Vgl. ebenda, Ziff. 2.1.3.

⁷ Vgl. ebenda, Ziff. 2.2.2.

⁸ Vgl. ebenda, Ziff. 3.1.3.

⁹ Vgl. ebenda, Ziff. 3.2.2.

¹⁰ Vgl. ebenda, Ziff. 4.2.

Anhang I

Verzeichnis der von der Verfasserin geführten Interviews¹

Herr Bollinger Hauptverband der Deutschen Bauindustrie, Wiesbaden	23. Juli 1997
Herr Freitag Hauptverband der Deutschen Bauindustrie, Bonn	8. Juli 1997
Herr Maacks Deutsche Telekom AG, Bonn	29. Juli 1997
Frau Meifert Deutscher Städtetag, Köln	16. Juli 1997
Herr Pfaff Statistisches Bundesamt, Wiesbaden	16. Juli 1997
Herr Schmitz VDEW, Frankfurt	21. Juli 1997
Herr Schreiber Deutsche Babcock, Oberhausen	24. Juli 1997
Frau Ministerialrätin Seidel Bundesbauministerium in Bonn	22. Juli 1997
Herr Söffner ifo-Institut, München	9. Juli 1997
Herr Stöcker Fachverband Dampfkessel, Düsseldorf	17. Juli 1997
Herr Walz Verband der deutschen Bahnindustrie	24. Juli 1997
Herr Westphal Europäische Kommission, DG XV, Brüssel	21. November 1996 und 14. Juli 1997
Herr Ziegler Arbeitgeberverband der Bauwirtschaft des Saarlandes, Saarbrücken	20. Juni 1997

¹ Das Verzeichnis ist nicht vollständig, da einige Gesprächspartner darum gebeten haben, nicht genannt zu werden.

Anhang II

Verzeichnis der wichtigsten Entscheidungen

- EuGH Rs. 6/64 „Costa vs. E.N.E.L.“, Slg. 1964, S. 1251
- EuGH Rs. 2/74 „Reyners“, Slg. 1974, S. 531
- EuGH Rs. 8/74 „Dassonville“, Slg. 1974, S. 837
- EuGH 10/76 „Kommission vs. Italien“, Slg. 1976, S. 1359
- EuGH Rs. 106/77 „Staatliche Finanzverwaltung vs. S.p.A. Simmenthal“, Slg. 1978, S. 629
- EuGH Rs. 351/77 „Laboratori Bruneau – Mezzogiorno II“, Slg. 1991 I, S. 3641
- EuGH Rs. 120/78 „Cassis de Dijon“, Slg. 1979, S. 649
- EuGH 113/80 „Kennzeichnung „foreign““, Slg. 1981, S. 1625
- EuGH Rs. 246/80 „Broekmeulen vs. Huisarts Registratie Commissie“, Slg. 1981, S. 2311
- EuGH Rs. 279/80 „Strafverfahren gegen Alfred John Webb“, Slg. 1981, S. 3305
- EuGH Rs. 8/81 „Ursula Becker vs. Finanzamt Münster-Innenstadt“, Slg. 1982, S. 53
- EuGH Rs. 15/81 „Gaston Schul Douane Expéditeur vs. Inspecteur der invoerrechten en accijnzen“, Slg. 1982, S. 1409
- EuGH Rs. 76/81 „Transporoute“, Slg. 1982, S. 417
- EuGH Rs. 220/81 „Stempelung von Edelmetallen“, Slg. 1982, S. 2349
- EuGH Rs. 274/83 „Kommission vs. Italienische Republik“, Slg. 1985, S. 1077
- EuGH Rs. 2/84 „Kommission vs. Italienische Republik“, Slg. 1985, S. 1127
- EuGH Rs. 152/84 „M. H. Marshall vs. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority“, Slg. 1986, S. 723
- EuGH Rs. 199/85 „Kommission vs. Italienische Republik“, Slg. 1987, S. 1039
- EuGH Rs. 263/85 „Kommission vs. Italienische Republik“, Slg. 1991 I, S. 2457
- EuGH Rs. 318/85 „Strafverfahren gegen Regina Greis Unterweger“, Slg. 1986, S. 955
- EuGH Rs. 27–29/86 „CEI vs. Bellini u. a.“, Slg. 1987, S. 3347
- EuGH Rs. 31/87 „Gebroeders Beentjes vs. Niederländischer Staat“, Slg. 1988, S. 4635
- EuGH Rs. 45/87 „Dundalk Water Supply“, Slg. 1988, S. 4929
- EuGH Rs. C-3/88 „Kommission vs. Italienische Republik“, Slg. 1989, S. 4035
- EuGH Rs. C-21/88 „DuPont de Nemours Italiana – Mezzogiorno I“, Slg. 1990 I, S. 189
- EuGH Rs. 103/88 „Fratelli Costanzo“, Slg. 1989, S. 1839

- EuGH Rs. 202/88 „Frankreich vs. Kommission“, Slg. 1991, S. 1223
- EuGH Rs. 322/88 „Grimaldi vs. Fonds des maladies professionnelles“, Slg. 1989, S. 4407
- EuGH Rs. C-351/88 „Laboratori Bruneau Srl vs. Unità Sanitaria Locale RM/24 von Monterotondo“, ABl. C 208 v. 9. 8. 1991, S. 15
- EuGH Rs. 352/88 „Laboratori Bruneau – Mezzogiorno II“, Slg. 1991 I, S. 3641
- EuGH C-221/89 „The Queen/ Secretary of State for Transport“, EuZW 1991, S. 764
- EuGH Rs. C-243/89 „Kommission vs. Dänemark“, Slg. 1993 I, S. 3385
- EuGH Rs. C-271, 281 und 289/90 „Spanien, Belgien, Italien vs. Kommission“, Slg. 1992 I, S. 5833
- EuGH Rs. C-362/90 „Kommission vs. Italienische Republik“, Urteil v. 31. 3. 1992
- EuGH Rs. C-24/91 „Kommission vs. Königreich Spanien“, Slg. 1992 I, S. 1989
- EuGH Rs. C-267/91 und 268/91 „Strafverfahren gegen Bernhard Keck und Daniel Mitouard“, EuZW 1993, S. 770
- EuGH Rs. C-71/92 „Kommission vs. Königreich Spanien“, Urteil v. 17. 11. 1993
- EuGH Rs. C-107/92 „Kommission vs. Italienische Republik“, Urteil v. 2. 8. 1993
- EuGH Rs. C-328/92 „Kommission vs. Königreich Spanien“, Slg. 1994 I, S. 1569
- EuGH Rs. C-331/92 „Gestión Hotelera Internacional SA vs. Comunidad Autónoma de Canarias u. a.“, Slg. 1994, S. 1329
- EuGH Rs. C-359/93 „Kommission vs. Niederlande“, Slg. 1995 I, S. 157
- EuGH Rs. C-360/93 „Europäisches Parlament vs. Rat der EU, unterstützt durch die Kommission“, Urteil v. 7. 3. 1996
- EuGH Rs. C-392/93 „The Queen vs. M. Treasury“, Slg. 1996 I, S. 1631
- EuGH Rs. C-433/93 „Kommission vs. Bundesrepublik Deutschland“, Urteil v. 11. 8. 1995, EuZW 1995, S. 635
- EuGH Rs. C-79/94 „Kommission vs. Griechische Republik“, Slg. 1995 I, S. 1071
- EuGH Rs. C-87/94 „Kommission vs. Belgien“, Urteil v. 25. 4. 1996
- EuGH Rs. C-236/95 „Kommission vs. Griechenland“, Urteil v. 19. 9. 1996
- EuGH Rs. C-253/95 „Kommission vs. Bundesrepublik“, Urteil v. 2. 5. 1996, EWS 1996, S. 209
- EuGH Rs. 44/96 „Mannesmann Anlagenbau Austria AG u. a. vs. Strohal Rotationsdruck GmbH“, EuZW 1998, S. 120
- EuGH Rs. 54/96 „Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft vs. Bundesbaugesellschaft Berlin“, Urteil v. 17. 9. 1997

Anhang III

Verzeichnis der EU-Koordinierungsrichtlinien zum öffentlichen Auftragswesen und damit verbundener Maßnahmen

Allgemeines

Verordnung (EWG) Nr. 3070/90, ABl. L 293 v. 24. 10. 1990, S. 1.

Verordnung (EWG) Nr. 3693/93, ABl. L 342 v. 31. 12. 1993, S. 1.

Richtlinie 64/429/EWG des Rates vom 7. 7. 1964, ABl. v. 23. 7. 1964, S. 1880.

Richtlinie der Europäischen Kommission vom 17. 12. 1969, ABl. L 13 v. 19. 1. 1970, S. 1.

Richtlinie 86/361/EWG des Rates vom 24. 7. 1986 über die erste Phase der gegenseitigen Anerkennung der Allgemeinzulassungen von Telekommunikationsendgeräten, ABl. L 217 v. 5. 8. 1986, S. 21, geändert durch die Richtlinie 91/263/EWG, ABl. L 128 v. 23. 5. 1991, S. 1.

Richtlinie 89/48/EWG des Rates vom 21. 12. 1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen, ABl. L 19 v. 24. 1. 1989, S. 16.

Richtlinie 89/106/EWG des Rates vom 21. 12. 1988 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Bauprodukte, ABl. L 40 v. 11. 2. 1989, S. 12, geändert durch die Richtlinie 93/68/EWG, ABl. L 220 v. 30. 8. 1993, S. 1.

Allgemeines Programm zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs, ABl. v. 15. 1. 1962, S. 32.

Allgemeines Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit, ABl. v. 15. 1. 1962, S. 36.

Entschließung des Rates vom 7. 5. 1985, ABl. C 136 v. 4. 6. 1985, S. 1.

Entscheidung 87/95/EWG des Rates, ABl. L 36 v. 7. 2. 1987, S. 31.

Empfehlung des Rates 84/550/EWG vom 12. 11. 1984 betreffend die erste Phase der Öffnung der öffentlichen Fernmeldemärkte, ABl. L 298 v. 16. 11. 1984, S. 51.

Entschließung des Parlaments vom 4. 7. 1996, ABl. C 211 v. 22. 7. 1996, S. 43.

Empfehlung 91/561/EWG der Kommission vom 24. 10. 1991 über die Standardisierung der Bekanntmachung öffentlicher Aufträge, ABl. L 305 v. 6. 11. 1991, S. 19.

Empfehlung KOM(95) 1075 der Kommission über die Zahlungsfristen im Handelsverkehr, ABl. L 127 v. 10. 6. 1995, S. 19 und ABl. C 144 v. 10. 6. 1995, S. 3.

Empfehlung 96/527/EG der Kommission vom 30. 7. 1996 über die Verwendung des Gemeinsamen Vokabulars für öffentliche Aufträge (CPV) zur Beschreibung des Auftragsgegenstands, ABl. L 222 v. 3. 9. 1996, S. 10.

Beschluß 87/95/EWG des Rates vom 22. 12. 1986 über die Aufstellung von Normen auf dem Gebiet der Informationstechnologie und der Telekommunikation, ABl. L 36 v. 7. 2. 1987, S. 31.

Liberalisierungsrichtlinien

Richtlinie der Kommission 70/32/EWG vom 17. 12. 1969 über die Lieferungen von Waren an den Staat, seine Gebietskörperschaften und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, ABl. L 13 v. 19. 1. 1970, S. 1.

Richtlinie des Rates 71/304/EWG vom 26. 7. 1971 zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge, die an die Auftragnehmer über ihre Agenturen oder Zweigniederlassungen vergeben werden, ABl. L 185 v. 18. 8. 1971, S. 1.

Baukoordinierungsrichtlinie

Richtlinie des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge 71/305/EWG vom 26. 6. 1971, ABl. L 185 v. 16. 8. 1971, S. 5; angepaßt durch die Richtlinien 78/669/EWG, ABl. L 225 v. 16. 8. 1978; 89/440/EWG, ABl. L 210 v. 21. 7. 1989, S. 1 und die Richtlinie 93/4/EWG, ABl. L 38 v. 16. 2. 1993, S. 31; neu kodifiziert durch die Richtlinie 93/37/EWG, ABl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 54; geändert durch die Richtlinie 97/52/EG, ABl. L 328 v. 28. 11. 1997, S. 1.

Vorschlag der Kommission, KOM(66) 59 endg. v. 4. 3. 1866.

Vorschlag der Kommission, KOM(86) 679 endg. vom 23. 12. 1986.

Geänderter Vorschlag der Kommission, KOM(88) 354 endg. vom 21. 6. 1988.

Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses, ABl. C 319 v. 30. 11. 1987, S. 55.

Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau (16. Ausschuß), BT-Drucksache 11/1653 v. 15. 1. 1988, S. 3.

Stellungnahme des Europäischen Parlaments, ABl. C 167 v. 27. 6. 1988, S. 64.

Entscheidung 92/456/EWG der Kommission betreffend die Aktualisierung des Anhangs I der Baukoordinierungsrichtlinie vom 31. 7. 1992, ABl. L 257 v. 3. 9. 1992, S. 3.

Erklärung der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten über die Verfahren, die in Bezug auf Konzessionen für Bauarbeiten einzuhalten sind, ABl. C 82 v. 16. 8. 1971, S. 13.

Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates über die Einzelheiten und Bedingungen für die Veröffentlichung der Bekanntmachungen von Bauaufträgen und Konzessionen für Bauarbeiten im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, ABl. C 7 v. 28. 1. 1972, S. 27.

Bericht des Europäischen Parlaments über die Einzelheiten und Bedingungen für die Veröffentlichungen der Bekanntmachungen von Bauaufträgen und Konzessionen für Bauarbeiten im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, DOK 54/72.

Richtlinie des Rates über die Einzelheiten und Bedingungen für die Veröffentlichung der Bekanntmachungen von Bauaufträgen und Konzessionen für Bauarbeiten im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Abl. L 210 v. 21. 7. 1989, S. 1.

Lieferkoordinierungsrichtlinie

Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Abl. L 13 v. 15. 1. 1977, S. 1; angepaßt durch die Richtlinien 80/767/EWG, Abl. L 215 v. 18. 8. 1980, S. 1; 88/295/EWG, Abl. L 127 v. 20. 5. 1988, S. 1; Richtlinie 90/531/EWG, Abl. L 297 v. 29. 10. 1990, S. 1 und die Richtlinie 92/50/EWG, Abl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1; neu kodifiziert durch die Richtlinie 93/36/EWG, Abl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 1; geändert durch die Richtlinie 97/52/EG, Abl. L 328 v. 28. 11. 1997, S. 1.

Vorschlag der Kommission, Abl. C 50 v. 22. 5. 1971, S. 15.

Geänderter Vorschlag der Kommission, KOM(73) 459 endg., 4. 5. 1973.

Vorschlag der Kommission, Abl. C 287 v. 17. 11. 1979, S. 9.

Vorschlag der Kommission, KOM(86) 297 endg., S. 4.

Änderungsvorschlag der Kommission, Abl. C 303 v. 13. 11. 1987, S. 3.

Vorschlag der Kommission, Abl. C 65 v. 10. 3. 1988, S. 5.

Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses, Abl. C 30 v. 25. 3. 1972, S. 17.

Entschließung mit der Stellungnahme des Europäischen Parlaments, Abl. C 46 v. 9. 5. 1972, S. 34.

Bericht des Europäischen Parlaments im Namen des Ausschusses für Wirtschaft, Währung und Industriepolitik, Dokument A2-38/85 v. 28. 5. 1985.

Beschluß des Europäischen Parlaments, Abl. C 13 v. 18. 1. 1988, S. 62.

Dienstleistungs Koordinierungsrichtlinie

Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, Abl. L 209 v. 24. 7. 1992, S. 1; geändert durch die Richtlinie 97/52/EG, Abl. L 328 v. 28. 11. 1997, S. 1.

Vorschlag der Kommission, Abl. C 23 v. 31. 1. 1991, S. 1.

Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses, Abl. C 191 v. 22. 7. 1991, S. 41.

Sektorenrichtlinie

Richtlinie des Rates vom 17. 9. 1990 betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, Abl. L 297 v. 29. 10. 1990, S. 1, geändert durch die Richtlinie 93/38/EWG, Abl. L 199 v. 9. 8. 1993, S. 84; geändert durch die Richtlinie 98/4/EG, Abl. L 101 v. 1. 4. 1998.

- Vorschlag der Kommission, KOM(88) 377 endg. – SYN 153 vom 11. Oktober 1988.
- Vorschlag der Kommission, KOM(89) 380 endg., Brüssel 1989.
- Vorschlag (95) 107 endg. der Kommission, ABl. C 138 v. 3. 6. 1995, S. 49.
- Vorschlag (96) 598 endg. der Kommission, ABl. C 28 v. 29. 1. 1997, S. 4.
- Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, Währung und Industriepolitik, PE 215.159/endg., Brüssel 1995.
- Bericht des Europäischen Parlaments, PE 128.101/endg., Brüssel 1989.
- Bericht des Europäischen Parlaments, Brüssel, den 12. 7. 1990.
- Gemeinsamer Standpunkt des Rates, ABl. C 11 v. 9. 4. 1997, S. 1.
- Richtlinie 94/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. 5. 1994 über die Erteilung und Nutzung von Genehmigungen zur Prospektion, Exploration und Gewinnung von Kohlenwasserstoffen, ABl. L 164 v. 30. 6. 1994, S. 3.
- Entscheidung 93/18/EWG der Kommission, ABl. L 12 v. 20. 1. 1993, S. 19.
- Entscheidung 93/327/EWG der Kommission, ABl. L 129 v. 27. 5. 1993, S. 25.
- Entscheidung 93/425/EWG der Kommission, ABl. L 196 v. 5. 8. 1993, S. 55.
- Entscheidung 93/676/EG der Kommission, ABl. L 361 v. 17. 12. 1993, S. 41.
- Leitlinie der Kommission zur Auftragsvergabe von Flughafenbetrieben, die der Sektorenrichtlinie unterliegen, November 1992.

Rechts- und Verwaltungsvorschriften

„Klassische“ Auftraggeber

- Richtlinie 89/665/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl. L 395 v. 30. 12. 1989, S. 33.
- Vorschlag der Kommission KOM(87) 134 endg., ABl. L 230 v. 28. 8. 1987, S. 6.
- Geänderter Vorschlag der Kommission KOM(88) 733 endg., Brüssel, den 8. 12. 1988.
- Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, Währung und Industriepolitik, PE.118.211/endg., Brüssel, den 3. 2. 1988.

Sektorenauftraggeber

- Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. 2. 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. L 76 v. 23. 3. 1992, S. 14.
- Vorschlag der Kommission, KOM(90) 297 endg., Brüssel, den 30. 7. 1990.
- Geänderter Vorschlag der Kommission, ABl. C 179 v. 10. 7. 1991, S. 18.
- Stellungnahme 91/C 60/06 des Wirtschafts- und Sozialausschusses, ABl. C 60 v. 8. 3. 1991, S. 16.

Stellungnahme des Europäischen Parlaments, ABl. C 106 v. 22. 4. 1991, S. 82.

Liste der Schlichter, hrsg. von der Europäischen Kommission, KOM CC/96/03-DE, Brüssel, den 1. 3. 1996.

Beratende Ausschüsse

Beschluß 71/306/EWG des Rates vom 26. 7. 1971 zur Einsetzung eines Beratenden Ausschusses für öffentliche Bauaufträge, ABl. L 185 v. 16. 8. 1971, S. 15; geändert durch Beschluß 77/63/EWG v. 21. 12. 1976, ABl. L 13 v. 15. 1. 1977, S. 15.

Beschluß 87/305/EWG der Kommission vom 26. 5. 1987 zur Einsetzung eines Beratenden Ausschusses für die Öffnung des öffentlichen Auftragswesens, ABl. L 152 v. 12. 6. 1987, S. 32; geändert durch Beschluß 87/560/EWG vom 17. 7. 1987, ABl. L 338 v. 28. 11. 1987, S. 37.

Maßnahmen im Rahmen des GATT beziehungsweise des WTO

Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, ABl. L 71 v. 17. 3. 1980, S. 44.

Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, ABl. L 336 v. 23. 12. 1994, S. 273.

Vorschlag der Kommission 95/C 138/01, ABl. C 138 v. 3. 6. 1995, S. 1.

Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses 95/C 256/02, ABl. C 256 v. 2. 10. 1995, S. 4.

Vereinbarungen der EU mit Drittstaaten

Verordnung 1461/93 (EWG) des Rates vom 8. 6. 1993 betreffend den Zugang zu den öffentlichen Aufträgen für Bieter aus den Vereinigten Staaten von Amerika, ABl. L 146 v. 17. 6. 1993, S. 1.

Beschluß des Rates und der Kommission vom 13. 12. 1993 (94/1 EGKS, EG) über den Abschluß des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedstaaten sowie der Republik Österreich, der Republik Finnland, der Republik Island, dem Fürstentum Liechtenstein, dem Königreich Norwegen, dem Königreich Schweden und der Schweizerischen Eidgenossenschaft, ABl. L 1 v. 3. 1. 1994, S. 1.

Beschluß des Rates (93/323/EWG) vom 10. 5. 1993 über den Abschluß eines Abkommens in Form einer Vereinbarung für die Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über das öffentliche Beschaffungswesen, ABl. L 125 v. 20. 5. 1993, S. 1.

Beschluß des Rates und der Kommission vom 13. 12. 1993 über den Abschluß des Europa-Abkommens zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Republik Polen andererseits, ABl. L 348 v. 31. 12. 1993, S. 1.

Beschluß des Rates und der Kommission vom 13. 12. 1993 über den Abschluß des Europa-Abkommens zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Republik Ungarn andererseits, ABl. L 347 v. 31. 12. 1993, S. 1.

- Beschluß des Rates und der Kommission vom 13. 12. 1993 über den Abschluß des Europa-Abkommens zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedstaaten einerseits und Rumänien andererseits, ABl. L 357 v. 31. 12. 1994, S. 1.
- Beschluß des Rates und der Kommission vom 13. 12. 1993 über den Abschluß des Europa-Abkommens zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedstaaten einerseits und Bulgarien andererseits, ABl. L 358 v. 31. 12. 1994, S. 1.
- Beschluß des Rates und der Kommission vom 13. 12. 1993 über den Abschluß des Europa-Abkommens zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Tschechischen Republik andererseits, ABl. L 360 v. 31. 12. 1994, S. 1.
- Beschluß des Rates und der Kommission vom 13. 12. 1993 über den Abschluß des Europa-Abkommens zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Slowakischen Republik andererseits, ABl. L 359 v. 31. 12. 1994, S. 1.
- Beschluß des Assoziationsrates EG-Türkei v. 22. 12. 1995 über die Durchführung der Endphase der Zollunion, ABl. L 35 v. 13. 2. 1996, S. 1.
- Beschluß des Rates (95/215/EG) vom 29. 5. 1995 über den Abschluß eines Abkommens in Form eines Briefwechsels zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über das öffentliche Beschaffungswesen, ABl. L 134 v. 20. 6. 1995, S. 25.
- Beschluß des Rates über den Abschluß zweier Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und dem Staat Israel über die Beschaffungen der Betreiber von Telekommunikationsdiensten beziehungsweise das öffentliche Beschaffungswesen, ABl. L 202 v. 30. 7. 1997, S. 72.
- Entscheidung (93/324/EWG) des Rates vom 10. 5. 1993 betreffend die Ausdehnung der Vorteile der Bestimmungen der Richtlinie 90/531/EWG auf die Vereinigten Staaten von Amerika, ABl. L 125 v. 20. 5. 1993, S. 54.

Anhang IV

Dokumente

Associations for Public and Regulated Procurement in Europe: Comments on Green Paper „Public Procurement in the European Union“ – Awareness, Education and Training as Key Factors, Brüssel, den 12. 3. 1997

Associations for Public and Regulated Procurement in Europe: Brief an die Europäische Kommission vom 12. Dezember 1997

Bundesamt für Wehrtechnik: Jahresbericht 1994 des Wettbewerbs- und Mittelstandsbeauftragten, Koblenz, den 18. 7. 1995

Bundesamt für Wehrtechnik: Jahresbericht 1995 des Wettbewerbs- und Mittelstandsbeauftragten, Koblenz, den 21. 10. 1996

Bundesministerium des Innern: Jahresbericht des Beschaffungsamtes 1995, Bonn, September 1996

Bundesministerium für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau: Rundschreiben vom 30. 5. 1997 an die Oberfinanzdirektionen und die Bundesbaudirektion betr. Öffentliches Auftragswesen, hier: Maßnahmen zur Durchführung des Kabinettsbeschlusses vom 9. 4. 1997 zur Konjunktur und Beschäftigung in der Bauwirtschaft

Bundesministerium für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau: Rundschreiben vom 30. 5. 1997 an die Oberfinanzdirektionen und die Bundesbaudirektion betr. Öffentliches Auftragswesen, hier: Vergabestatistik – Wahl der Vergabeverfahren

Bundesministerium für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau: Schreiben v. 7. 7. 1997 betr. Vereinbarung zur Einhaltung der tarifvertraglichen und öffentlich-rechtlichen Bestimmungen bei der Ausführung von Baumaßnahmen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer und Subunternehmer

Bundesministerium für Verteidigung: Aufträge der Bundeswehr nach Warengruppen 1994/1995

Bundesministerium für Verteidigung: Antwortschreiben v. 21. 7. 1997

Bundesministerium für Wirtschaft: Tagesnachrichten Nr. 9500 v. 3. 1. 1990

Bundesministerium für Wirtschaft: Öffentliches Auftragswesen, 1. VOL-Kongreß, Dokumentation zur Veranstaltung am 10. April 1991 in Leipzig, BMWi-Dokumentation Nr. 315

Bundesministerium für Wirtschaft: Schreiben vom 15. 1. 1997 betr. Geänderte Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. 6. 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge

- Bundesministerium für Wirtschaft (Hrsg.): Stellungnahme des Bundesrates (DS 646/97 Beschluß) zum Gesetzentwurf eines Vergaberechtsänderungsgesetzes und Gegenäußerung der Bundesregierung, Bonn, den 25. November 1997
- Bundesministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten der Republik Österreich: Entscheidungen der Vergabekontrollorgane, Wien 1997
- Bundesrat der Bundesrepublik Deutschland: Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften: „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union – Überlegungen für die Zukunft“, Drucksache 50/97, Bonn, den 14. 3. 1997
- Bundesregierung der Bundesrepublik Deutschland: Elemente einer Stellungnahme zum Grünbuch, Dokument B 3 – 03 09 08 – Bonn, den 4. 3. 1997
- Deutsche Bahn AG: Schriftliche Mitteilung vom 21. 7. 1997
- Europäische Gemeinschaften: Haushaltsordnung vom 21. 12. 1977 für den Gesamthaushaltsplan der Europäischen Gemeinschaften, ABl. L 356 v. 31. 12. 1977, S. 1
- Europäische Gemeinschaften: Endgültige Feststellung des Gesamthaushaltsplans für das Haushaltsjahr 1992, ABl. L 26 v. 3. 3. 1992, S. 846
- Europäische Kommission: Dokument IV/2735/I/60-D vom 15. 10. 1960, Brüssel 1960
- Europäische Kommission: Allgemeines Programm zur Aufhebung der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, ABl. v. 15. 1. 1962
- Europäische Kommission: Erste Mitteilung der Kommission an den Rat über den Stand der Öffnung der Märkte hinsichtlich der Vergabe von Lieferaufträgen durch öffentliche Unternehmen und Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, SEK(72) 2610 endg. vom 24. Juli 1972, Brüssel 1972
- Europäische Kommission: Informatorische Aufzeichnungen vom Mai 1973
- Europäische Kommission: Antwort vom 2. 12. 1980 auf die schriftliche Anfrage Nr. 1175/80 von Herrn Malangré
- Europäische Kommission: Antwort vom 15. 7. 1983 auf die schriftliche Anfrage Nr. 80/83 von Edward Kellett-Bowman
- Europäische Kommission: An Assessment of the Size of the Public Procurement Market, Brüssel 1983
- Europäische Kommission: Mitteilung der Kommission an den Rat: Öffentliche Lieferaufträge – Sachlage und Leitlinien, Kom(84) 717 endg., Brüssel 1984
- Europäische Kommission: Weißbuch KOM(85) 310, Brüssel 1985
- Europäische Kommission: Öffentliches Beschaffungswesen in der Gemeinschaft. Ein Markt von 400 Mrd. ECU, in dem die Kommission nationale Monopole abbauen und neue Möglichkeiten für den Handel und die Industrie in der gesamten Gemeinschaft schaffen möchte, Brüssel im März 1987
- Europäische Kommission: Vademekum über öffentliches Auftragswesen in der Gemeinschaft, DOK 87/C 358/01, Brüssel 1987
- Europäische Kommission: Procurement in the Electricity Sector, Study accompanied by Booz, Allen & Hamilton, Brüssel, den 29. 2. 1989

- Europäische Kommission: Eine Gemeinschaftsregelung für Beschaffungen in den ausgenommenen Sektoren: Wasser, Energie, Verkehr und Telekommunikation, KOM(88) 376 endg., Brüssel 1988
- Europäische Kommission: Die Vollendung des Binnenmarktes. Die Abschaffung der Grenzschränken und Steuerkontrollen, Brüssel, März 1988
- Europäische Kommission: The Economics of 1992, The EC Commission's Assessment of the Economic Effects of Completing the Internal Market, Study directed by Michael Emerson, assisted by Michel Aujean, Michel Catinat, Philippe Goybet and Alexis Jacquemin, Oxford 1988
- Europäische Kommission: The „Cost of Non-Europe“ in Public-Sector Procurement. Basic Findings. Volume 5 Part A, by WS Atkins Management Consultants in association with Eureka SA-Roland Berger & Partner Eureka Italia, Brüssel 1988
- Europäische Kommission: Öffentliches Auftragswesen. Regionale und soziale Aspekte, Kom(89) 400, Brüssel 1989
- Europäische Kommission: Die Öffnung des öffentlichen Auftragswesens in der Gemeinschaft, Stichwort Europa, Januar bis Februar 1989
- Europäische Kommission: Mitteilung an den Rat über die Förderung der Teilnahme der kleinen und mittelständischen Unternehmen am öffentlichen Auftragswesen innerhalb der Gemeinschaft, KOM(90) 166 endg., Brüssel, den 7. 5. 1990
- Europäische Kommission: Öffentliche Aufträge und Gemeinschaftsfinanzierung, Brüssel 1991
- Europäische Kommission: Öffentliches Auftragswesen in Europa. Die Richtlinien, Luxemburg 1994
- Europäische Kommission: Europa und die globale Informationsgesellschaft, Empfehlungen für den Europäischen Rat, dem Rat von Korfu vorgelegt, Brüssel, den 26. 5. 1994
- Europäische Kommission: Weißbuch KOM(95) 163 endg. v. 3. 5. 1995
- Europäische Kommission: Zwölfter Jahresbericht über die Kontrolle der Anwendung des Gemeinschaftsrechts – 1994 – KOM(95) 500 endg., ABl. C 254 v. 29. 9. 1995, S. 1
- Europäische Kommission: Schreiben an Dr. Klaus Kinkel, Bundesminister des Auswärtigen v. 31. 10. 1995, SG (95) D/13624; 95/2044
- Europäische Kommission: The Single Market in 1995 – Report from the Commission to the Council and the European Parliament, COM(96) 51 final, Brüssel 1996
- Europäische Kommission: Public Procurement, EuroStrategy Consultants – Eurogroup, Brüssel 1996
- Europäische Kommission: Transforming European Procurement für the Information Age – The SIMAP electronic procurement initiative, Brüssel 1996
- Europäische Kommission: Stand der Umsetzung der Richtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens in allen Mitgliedstaaten, CCO/96/01, Brüssel, den 29. 2. 1996
- Europäische Kommission: Marktbeobachtung im öffentlichen Auftragswesen – Strategiepapier, CC/96 06-DE, Brüssel, den 25. 3. 1996

- Europäische Kommission: Mitteilung an den Rat und das Europäische Parlament: Vereinfachung der Rechtsvorschriften im Binnenmarkt (SLIM): Ein Pilotprojekt, KOM(96) 204 endg., Brüssel, den 8. 5. 1996
- Europäische Kommission: Mit Gründen versehene Stellungnahme an die Bundesrepublik Deutschland gemäß Artikel 169 des EG-Vertrages betr. die Umsetzung der Richtlinie 89/665/EWG, K(96) 2380 endg., Brüssel, den 31. 7. 1996
- Europäische Kommission: Mitteilung über die Anwendung von Artikel 171 EG-Vertrag (96/C 242/07), ABl. C 242 v. 21. 8. 1996, S. 6
- Europäische Kommission: Dreizehnter Jahresbericht über die Kontrolle der Anwendung des Gemeinschaftsrechts (96/C 303/01) KOM(96) 600 endg., ABl. C 303 v. 14. 10. 1996
- Europäische Kommission: Mitteilung an das Europäische Parlament und den Rat: Wirkung und Wirksamkeit der Binnenmarktmaßnahmen KOM(96) 520 endg. v. 30. 10. 1996
- Europäische Kommission: Vortragsunterlage zum SIMAP-Workshop am 7. 3. 1997 in Brüssel
- Europäische Kommission: Antwort vom 18. 11. 1996 auf die schriftliche Anfrage E-2536/96 von Amedeo Amadeo
- Europäische Kommission: Europäische Initiative für den elektronischen Geschäftsverkehr. Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, den Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen, KOM(97) 157 v. 14. 4. 1997
- Europäische Kommission: Mitteilung an den Rat und an das Europäische Parlament über eine Politik der Europäischen Union zur Bekämpfung von Korruption, KOM(97) 192 endg. v. 21. 5. 1997
- Europäische Kommission: Analyse über den Anteil der auf der Grundlage der Richtlinie 93/38/EWG erworbenen Produkte, die von europäischen oder internationalen Normungsinitiativen erfaßt sind, CC/97/21 DE, Brüssel, den 16. September 1997
- Europäische Kommission: Aktionsplan für die Verteidigungsindustrie, KOM(97) 583 endg., Brüssel, den 12. November 1997
- Europäische Kommission: Report on the State of the International Negotiation Processes in the Field of Public Procurement, Brüssel, den 9. Februar 1998
- Europäische Kommission: Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union vom 11. März 1998, Schriftenreihe des Forum Öffentliches Auftragswesen, Heft 4, Köln 1998
- Europäischer Rat: Entscheidung 93/324/EWG des Rates vom 10. 5. 1993 betreffend die Ausdehnung der Vorteile der Richtlinie 90/531/EWG auf die Vereinigten Staaten von Amerika, ABl. L 125 v. 20. 5. 1993, S. 54
- Europäischer Rat: Verordnung 1461/93 (EWG) des Rates vom 8. 6. 1993 betreffend den Zugang zu den öffentlichen Aufträgen für Bieter aus den Vereinigten Staaten von Amerika, ABl. L 146 v. 17.6.1993, S. 1
- Europäischer Rat: Green Paper on Public Procurement in the European Union, Dokument 8134/97, Brüssel, den 21. 5. 1997

- Europäisches Parlament, Ausschuß für Wirtschaft, Währung und Industriepolitik: Arbeitsdokument über das Grünbuch „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union: Überlegungen für die Zukunft“, PE 222.580 v. 6. 5. 1997
- Forum Öffentliches Auftragswesen (Hrsg.): Forum ÖA Monatsinfo, Januar 1995, August 1995, Oktober 1995, November 1995, März 1996, April 1996, Mai 1996, Juni 1996, Oktober 1996, Dezember 1996, Januar/Februar 1997, März 1997, April 1997, Mai 1997, Juni 1997, Juli/August 1997
- Forum Öffentliches Auftragswesen (Hrsg.): Fallübersicht über die Entscheidungen des Vergabeüberwachungsausschusses des Bundes vom 27. 5. 1997
- Forum Öffentliches Auftragswesen (Hrsg.): Fallübersicht über die Entscheidungen der Vergabeüberwachungsausschüsse der Länder vom 27. 5. 1997
- Gemeinsame Erklärung der Mitgliedstaaten zu Art. 100 a des EWG-Vertrages, ABl. L 169 v. 29. 6. 1987, S. 24
- NATO: Bericht der Arbeitsgruppe Independent European Programme Group, Brüssel 1987
- Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung: Jahresgutachten 1988/89, BT-Drucksache 11/3478, Bonn 1988
- Studiengruppe Öffentliches Beschaffungswesen (Beobachtungsstelle für den Binnenmarkt) der Fachgruppe Industrie, Handel, Handwerk und Dienstleistungen: Vorentwurf einer ergänzenden Stellungnahme zum öffentlichen Beschaffungswesen, Brüssel, den 9. November 1995
- VDEW: Schreiben vom 18. 7. 1997
- Wirtschafts- und Sozialausschuß der EU: Fragebogen zum öffentlichen Auftragswesen vom März/April 1996
- Wirtschafts- und Sozialausschuß: Stellungnahme zum Thema „Öffentliches Beschaffungswesen“, DOK 96/C 212/03, ABl. C 212 v. 22. 7. 1996, S. 13
- Wirtschafts- und Sozialausschuß der EU: Stellungnahme zum Grünbuch „Das Auftragswesen in der Europäischen Union: Überlegungen für die Zukunft“, PE 222.580 und CES 607/97, Brüssel, den 6. 5. 1997 sowie den 28./29. 5. 1997

Literaturverzeichnis

Arrowsmith, Sue: Actions to Enforce the Community Procurement Rules in France: Decree no. 92 – 964 of September 7, 1992, PPLR 1993, S. CS 12.

- United Kingdom. Abolition of the United Kingdom's Procurement Preference Scheme for Disabled Workers, PPLR 1994, S. CS 225.
- United Kingdom. The Public Supply Contracts Regulations 1995, PPLR 1995, S. CS 59.
- The Law of Public and Utilities Procurement, London 1996.

Ax, Thomas: Zulässigkeit vergabefremder Kriterien, insbesondere Tariftreue-Erklärungen, ZVgR 1997, S. 46.

Beseler, Hans Friedrich: Bilanz und Perspektiven der EG-Binnenmarktöffnung für öffentliche Aufträge, in: Forum '95 Öffentliches Auftragswesen, hrsg. von Forum Öffentliches Auftragswesen, Köln 1995, S. 35.

Bickerstaff, Roger: The Utilities Supply and Works Contracts Regulations 1992: An Analysis of the Implementation of the Utilities Directive in United Kingdom Law, PPLR 1993, S. 117.

Blumenwitz, Dieter: Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Angleichung von Rechtsvorschriften auf dem Gebiete des Niederlassungsrechts der freien Berufe, NJW 1989, S. 621.

Boesen, Arnold: Deutsches Vergaberecht auf dem Prüfstand des Gemeinschaftsrechts, EuZW 1997, S. 713.

Bogdandy, Armin von / *Wernicke*, Stephan: Transatlantischer Streit um das Öffentliche Auftragswesen. Die Regelungen des Marktzugangs in der Sektoren-Richtlinie: tatsächliches Hemmnis oder amerikanischer Vorwand, EuZW 1993, S. 216.

Bohan, N. / *Redonnet*, D.: E.U. Procurement Legislation: Does the Emperor Have Clothes? An Examination of the New Empirical Evidence, PPLR 1997, S. 141.

Brenner, Michael: Die Umsetzung der Richtlinien über öffentliche Aufträge in Deutschland, in: Europarecht, Beiheft 1 / 1996. Das öffentliche Auftragswesen in der EG, hrsg. von Jürgen Schwarze und Peter-Christian Müller-Graff, Baden-Baden 1996, S. 23.

Brown, Adrian: High Hopes for Competitive Supply Markets: The Impact of Public Procurement on E.C. Merger Control, PPLR 1994, S. 16.

- Commission Merger Control Decisions Involving Utility Procurement Markets: Mercedes-Benz / Kässbohrer and Siemens / Italtel, PPLR 1995, S. CS 144.
- Parliamentary Questions on the Qualification of Works Contractors in Belgium, PPLR 1995, S. CS 110.

Bundesstelle für Außenhandelsinformationen (Hrsg.): Öffentliches Beschaffungswesen in Frankreich, Köln 1992.

- Byok, Jan*: Die Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen; WuW 1997, S. 197.
- Capelli, Fausto*: EG-Binnenmarkt für öffentliche Aufträge: Fakten, Trends, Entwicklungen, Erwartungen und Probleme. Effetti e risultati delle direttive europee in Italia, in: Forum '93 Öffentliches Auftragswesen, hrsg. von Forum Öffentliches Auftragswesen, Köln 1993, S. 79.
- Cecchini, Paolo*: Europa '92. Der Vorteil des Binnenmarktes, Baden-Baden 1988.
- Charpentier, Guy / Clarke, Richard*: Das öffentliche Auftragswesen im Gemeinsamen Markt. Bericht für die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Brüssel 1975.
- Corte, Christiane / Hesselmann, Stephan*: Öffentliches Auftragswesen in der EG. Eine empirische Studie über Zugangsbedingungen und -erfordernisse für mittelständische Unternehmen. Schriften zur Mittelstandsforschung, hrsg. vom Institut für Mittelstandsforschung, Stuttgart 1990.
- Covassi, Beatrice*: The New Italian Legislation in the Field of Public Works Procurement, in: European Public Law, Volume 2, 1996, S. 209.
- Cox, Andrew*: Implementing 1992 Public Procurement Policy: Public and Private Obstacles to the Creation of the Single European Market, PPLR 1992, S. 139.
- The Future of European Defence Policy: The Case for a Centralised Procurement Agency, PPLR 1994, S. 65.
- Cox, Andrew / Furlong, Paul*: The Jury is still out for Utilities Procurement: The Impact of the EU Procurement Directives on the Location of Utility Contract Awards in the „twelve“ Member States, PPLR 1996, S. 57.
- Daub, Walter / Eberstein, Hans Hermann*: Kommentar zur VOL / A Verdingungsordnung für Leistungen – ausgenommen Bauleistungen – Teil A, Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen, begründet von Walter Daub und Rudolf Meierrose, 3. vollst. neu bearb. Aufl., Köln 1985.
- Däubler-Gmelin, Herta*: Kann das neue Vergaberecht noch bis zum Ende der Legislaturperiode beschlossen werden? EuZW 1997, S. 709.
- Deringer, Arved*: Europäisches Parlament, Sitzungsdokumente 1965 – 1966, Bericht über die Vorschläge der EWG-Kommission zu Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge vom 22. 3. 1965.
- D'Hooge, David*: Enforcing Public Procurement Rules in Belgium, PPLR 1992, S. 389.
- Special Feature: Implementation of the Public Procurement Directives in the 12 States of the EC (Part I), Belgium, PPLR 1992, S. 167.
- The Belgian Act of December 24, 1993, on the Award of Public Contracts and on the Award of some Private Works, Supplies and Services Contracts, PPLR 1994, S. C108.
- Dicke, Hugo et al.*: EG-Politik auf dem Prüfstand. Wirkungen auf Wachstum und Strukturwandel in der Bundesrepublik. Kieler Studien; hrsg. von Herbert Giersch, Band 209, Tübingen 1987.
- Dreher, Meinrad*: Der Rechtsschutz bei Vergabeverstößen nach „Umsetzung“ der EG-Vergaberichtlinien, ZIP 1995, S. 1869.

- Vergaberegulation als Ersatz für das Arbeitnehmerentsendegesetz, in: Beschaffung Special, Behördenspiegel, August 1996, S. II.
- Dürr, Heinz*: Industriepolitik für das internationale Geschäft mit öffentlichen Aufträgen. Podiumsdiskussion, in: Forum '93 Öffentliches Auftragswesen, hrsg. von Forum Öffentliches Auftragswesen, Köln 1993, S. 136.
- Eckel, Gottfried*: Vergabegesetz – ein langjähriges Anliegen des Rechnungshofes, in: Aktuelle Informationen der Vereinigung industrieller Bauunternehmungen Österreichs, September 1993, S. 6.
- Eichhorn, Peter / Friedrich, Peter*: Untersuchung über den Nutzen kommunaler Wirtschaftsförderungsmaßnahmen. Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen, Band 49, hrsg. von Fritz Voigt, Berlin 1970.
- Erhardt, Michael*: Öffentliches Auftragswesen, in: Handbuch der europäischen Integration. Strategie – Struktur – Politik im EG-Binnenmarkt, hrsg. von Moritz Röttinger und Claudia Weyringer, Wien 1991, S. 735.
- Europäische Kommission: Europas Zukunft – Binnenmarkt 1992, in: Europäische Wirtschaft Nr. 35, 1988, S. 58.
- Everling, Ulrich*: Zur rechtlichen Wirkung von Beschlüssen, Entschliefungen, Erklärungen und Vereinbarungen des Rates oder der Mitgliedstaaten der EG, in: Das europäische Gemeinschaftsrecht im Spannungsfeld von Politik und Wirtschaft, ausgewählte Aufsätze 1964 bis 1984, Baden-Baden 1985, S. 105.
- Fernández Martin, José*: The European Commission's Centralised Enforcement of Public Procurement Rules: A Critical View, PPLR 1993, S. 40.
- Flach, Stefan*: Rechtsbindung einer industriepolitischen Instrumentalisierung öffentlicher Aufträge, in: Schriftenreihe Europäische Integration und internationale Beziehungen, Rechtswissenschaftliche Studien, hrsg. von Peter Behrens, Diss. Hamburg 1995, Frankfurt u. a. 1996.
- Forum Öffentliches Auftragswesen (Hrsg.): Empfehlungen zum Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen, erstellt von einer Expertengruppe des Forum ÖA, Schriftenreihe des Forums Öffentliches Auftragswesen, Köln 1996.
- Franke, Horst*: Vorschläge der EG-Kommission für eine Überwachungs-, Sektoren- und Telekom-Richtlinie, in: Liberalisierung des Baumarcktes in der Europäischen Gemeinschaft, Schriftenreihe des Bayerischen Bauindustrieverbandes, München 1989.
- Der Staat als Käufer: Mehr Wettbewerb – weniger Obrigkeit. Vergabekammern sollen über die Verfahren wachen / Eine Novelle zum Recht der Auftragsvergabe, F.A.Z. v. 14. 8. 1997.
- Franzmeyer, Fritz*: Industrie- und Wettbewerbspolitik, in: Jahrbuch der Europäischen Integration 1988/89, hrsg. von Werner Weidenfeld und Wolfgang Wessels, Bonn 1989.
- Fricke, Werner*: Zentralisierung und Dezentralisierung des öffentlichen Einkaufs. Grundfragen der Organisation des Beschaffungswesens, Veröffentlichungen des Forschungsinstituts für Wirtschaftspolitik an der Universität Mainz, Band 13, Heidelberg 1961.
- Gaida, Hans-Jürgen / Heinze, Theodor*: Beim Staat verkaufen. Akquisition und Abwicklung öffentlicher Aufträge, hrsg. vom Deutschen Industrie- und Handelstag, Bonn 1991.

- Gandenberger, Otto*: Die Ausschreibung. Organisierte Konkurrenz um öffentliche Aufträge; Veröffentlichungen des Forschungsinstituts für Wirtschaftspolitik an der Universität Mainz, Band 14, Diss. Mainz, Heidelberg 1961.
- Öffentliche Auftragsvergabe, in: Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaften, Band 5, hrsg. von Willi Albers et al., Stuttgart 1980.
- Gemeinhardt, Wolfgang*: Auswirkungen der EG-Richtlinie für öffentliche Aufträge – Situation, Erfahrungen, Ausblick. Aus Sicht der Sektoren. Die Deutsche Bahn AG im Wandel vom öffentlichen zum privaten Auftraggeber, in: Forum '95 Öffentliches Auftragswesen. hrsg. von Forum Öffentliches Auftragswesen, Köln 1995, S. 93.
- Gerhardt, Ernst*: Der Staat als Auftraggeber für die private Wirtschaft, in: Der Staat als Wettbewerber und Auftraggeber privater Unternehmen, Referate des XVII. FIW-Symposiums, Köln 1984, S. 55.
- Gölles, Hans*: Die neuen Landesvergabegesetze, in: ÖNORM B 2110 und Landesvergabegesetze, in: Aktuelle Informationen der Vereinigung industrieller Bauunternehmungen Österreichs, September 1995, S. 35.
- Grabitz/Hilf*: Kommentar zur Europäischen Union, München 1995 und 1996.
- Graf, Hans-Werner / Rall, Lothar*: Systemvergleich vergabe- und kartellrechtlicher Rahmenbedingungen für öffentliche Bauaufträge in ausgewählten EG- und EFTA-Ländern, Gutachten im Auftrag des Bundesministers für Wirtschaft, Tübingen 1988.
- Gröning, Jochem*: Zum aktuellen Stand der Diskussion um das deutsche Vergaberecht, WuW 1996, S. 566.
- Rechtsschutzqualität und Verfahrensbeschleunigung im Entwurf für ein Vergaberechtsänderungsgesetz, ZIP 1998, S. 370.
- Gündisch, Jürgen*: Der Rechtsschutz bei öffentlichen Aufträgen, in: Europarecht, Beiheft I / 1996. Das öffentliche Auftragswesen in der EG, hrsg. von Jürgen Schwarze und Peter-Christian Müller-Graff, Baden-Baden 1996, S. 59.
- Gutknecht, Brigitte*: Die wesentlichen Neuregelungen des österreichischen Vergaberechts, in: Forum '93 Öffentliches Auftragswesen, hrsg. von Forum Öffentliches Auftragswesen, Köln 1995, S. 105.
- Gutowski, Armin*: Konstruktions- und Entwicklungsaufträge, Ein Beitrag zur Beschaffungspolitik der öffentlichen Hand, Veröffentlichungen des Forschungsinstituts für Wirtschaftspolitik an der Universität Mainz, Heidelberg 1960.
- Hailbronner, Kay*: Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers nach den EG-Richtlinien zur Vergabe öffentlicher Aufträge, EWS 1995, S. 285.
- Hailbronner, Kay / Weber, Claus*: Die Neugestaltung des Vergabewesens durch die Europäische Gemeinschaft, EWS 1997, S. 73.
- Hainaut, Jean-Pierre / Joliet, Roland*: Les contrats de travaux et de fournitures de l'administration dans le Marché Commun, Bruxelles 1963.
- Halbach, Elmar*: Informationen über Ausschreibungen, Hilfen für kleine und mittlere Unternehmen, Vortrag aus Anlaß des gemeinsamen Kongresses des BDI, DIHT und ZDH „Die Vollendung des EG-Binnenmarktes im öffentlichen Auftragswesen“ am 25. 11. 1992 in Berlin, Vortragsunterlage.

- Harden, Isan*: Defining the Range of Application of the Public Sector Procurement Directives in the United Kingdom, PPLR 1992, S. 362.
- Hardt, Erwin*: Industriepolitik für das internationale Geschäft mit öffentlichen Aufträgen, in: Forum '93 Öffentliches Auftragswesen, hrsg. von Forum Öffentliches Auftragswesen, Köln 1993, S. 134.
- Hartley, Keith*: Public Procurement and Competitiveness: A Community Market for Military Hardware and Technology? Journal of Common Market Studies, Volume XXV, No. 3, March 1987, S. 237.
- Hee-Larsen, Kirsten*: Implementation in Denmark of the Utilities Directive 90/531 and the Utilities Compliance Directive 92/13, PPLR 1993, S. CS 262.
- Hereth-Nachold*: Kommentar zur VOB / A, Wiesbaden, Berlin 1990.
- Hochbaum, Hans-Ulrich*: Unternehmen als Partner öffentlicher Auftraggeber, Wirtschaftsrecht 10/1991, S. I.
- Hohenthal, Carl Graf*: Das deutsche Vergaberecht muß korrigiert werden, F.A.Z. v. 25. 9. 1996.
- Kabinett beschließt eine Reform des Vergaberechts, F.A.Z. v. 4. 9. 1997.
 - Der Bund will Ausbildungsbetriebe bevorzugen, F.A.Z. v. 9. 9. 1997.
- Jeanrenaud, Claude*: Öffentliches Auftragswesen und Wirtschaftspolitik, in: Annalen der Gemeinwirtschaft, Lüttich und Genf 1984, S. 151.
- Julitz, Lothar*: Die Bahnindustrie profitiert von den hohen Auftragsbeständen, F.A.Z. v. 28. 5. 1997.
- Der Wandel in der Bahnindustrie wird voraussichtlich noch stärker, F.A.Z. v. 26. 9. 1997.
- Kalbe, Peter*: Die EWG-Richtlinienvorschläge zur Liberalisierung und Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, AwD-BB 1965, S. 243 (243 f.).
- Keynes, John Maynard*: The General Theory of Employment, Interest and Money. The Collected Writings of John Maynard Keynes, Volume VII, 3. Aufl., Cambridge 1973.
- Knust, Cornelia*: Mit der Aktionskarte über das Intrigenfeld ganz nach oben, F.A.Z. v. 31. 12. 1994.
- Koefoed-Johnsen, Lars*: Implementation in Denmark of the Revised Supplies and Utilities Directives, PPLR 1994, S. CS 222.
- Korinek, Karl*: Landesvergaberecht im System des österreichischen Vergaberechts, in: Connex 1995, S. 5.
- Krämer, Hans*: Rechtsprobleme des öffentlichen Auftragswesens im EG-Binnenmarkt, Kieler Arbeitspapiere Nr. 353, Kiel 1988.
- Krause-Sigle, Brigitte*: Marktöffnung bei öffentlichen Aufträgen in Deutschland – die neue Situation, in: Forum '95 Öffentliches Auftragswesen, hrsg. von Forum Öffentliches Auftragswesen, Köln 1995, S. 21.
- Krefter, Volker*: Auswirkungen der EG-Sektorenrichtlinie aus technischer Sicht, Konferenz Auftragsvergabepraxis, Frankfurt 1993.

- Kunert, Franz-Josef*: Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte und öffentliches Recht, Berlin 1977.
- Lampe-Helbig/Wörmann*: Handbuch der Bauvergabe, 2. Auflage, München 1995.
- Lee, Philip*: Public Procurement. Current EC Legal Development Series, Gosport (Hampshire) 1992.
- Lenz, Otto*: Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH – Wirkung und Konsequenzen für das öffentliche Auftragswesen, Forum '92 Öffentliches Auftragswesen, hrsg. von Forum Öffentliches Auftragswesen, Köln 1993, S. 33.
- Ludendorff, Wolfgang*: Auswirkungen der EG-Richtlinien für öffentliche Aufträge – Situation, Erfahrungen, Ausblick. Aus Sicht der Sektoren, in: Forum '95 Öffentliches Auftragswesen. hrsg. von Forum Öffentliches Auftragswesen, Köln 1995, S. 79.
- Effects of the European Community Directives on Public Procurement – Status Quo, Experience and Outlook from the Perspective of Public Utilities, PPLR 1997, S. 35.
- Maacks, Karl-Robert*: Die Auswirkungen der Liberalisierung im Telekommunikationsbereich auf den Einkauf unter besonderer Berücksichtigung der Sektorenrichtlinie.
- Deutsche Erfahrungen eines Auftraggebers aus dem Sektorenbereich mit Ausschreibungen in der EU, Vortrag vor der Studiengruppe des Wirtschafts- und Sozialausschusses der Europäischen Gemeinschaft am 13. 12. 1995 im DIHT Bonn, Vortragsunterlage.
- Martin, Pascal*: Recent Developments in French Procurement Law, PPLR 1994, S. CS 25.
- Marx, Friedhelm*: Das Recht des öffentlichen Auftragswesens nach der Umsetzung des Europäischen Rechts: Ausschreibungspflichten, Verfahren und Rechtsschutz, Vortragsveranstaltung am 17. 10. 1996 im Mainz, Vortragsunterlage, S. 1.
- Mastragostino, Franco*: The New Legislation on Public Works Procurement in Italy, PPLR 1994, S. CS 189.
- Meibom, Wolfgang von/Byok, Jan*: Anmerkungen zur Notwendigkeit eines Vergabegesetzes in Deutschland, EuZW 1995, S. 629.
- Mengert, Friedrich*: Staat und Gemeinden als Auftraggeber der Wirtschaft, Mainz 1966.
- Meessen, Karl Matthias*: Öffentliche Aufträge und Forschungspolitik, Schriftenreihe des Arbeitskreises Europäische Integration, Band 3, Baden-Baden 1979, S. 13.
- Meyer, Timm*: Vortrag im Rahmen der Veranstaltung: Vergaberecht im Umbruch. Ein Entwurf der Bundesregierung, Vortragsveranstaltung des Forums Öffentliches Auftragswesen Regionalgruppe Südwest, Wiesbaden, den 4. 2. 1997.
- Möllhoff, Ulrich*: Das öffentliche Auftragswesen des Verteidigungsressorts im Spannungsfeld der Wirtschafts- und Finanzverfassung. Studien zum Finanz- und Steuerrecht, Band 9, hrsg. von Christian Flämig, Frankfurt am Main u. a. 1985.
- Möschel, Wernhard*: Privatisierung und öffentliches Vergaberecht, WuW 1997, S. 120.
- Müller, Andreas*: Vortrag auf der EUROFORUM-Konferenz „Vergaberecht 1997“ am 17./18. 6. 1997 in München.
- Noack, Paul*: Korruption – die andere Seite der Macht, München 1985.

- Obermann, Gabriel*: Öffentliche Unternehmen und die europäische Integration. Institutionelle Anpassungserfordernisse und wirtschaftliche Auswirkungen einer EWR-Teilnahme und einer EG-Mitgliedschaft für den öffentlichen Unternehmenssektor in Österreich, Wien 1992.
- OECD (Hrsg.): Les Achats Gouvernementaux, Europe, Amérique du Nord, Japan, Paris 1966.
- Österreichische Bundeskammer der Gewerblichen Wirtschaft (Hrsg.): Europäische Systeme der Auftragsvergabe. Dargestellt am Beispiel der Vergabe von Bauaufträgen durch die öffentliche Hand. Schriftenreihe der Bundeskammer, Band 6, Wien 1968.
- Österreichisches Bundesministerium für Umwelt, Jugend und Familie (Hrsg.): Handbuch zur umweltschonenden Beschaffung in Österreich, Wien 1992.
- O'Loan, Nuala*: United Kingdom. Implementation of the Works, Supplies and Compliance Directives, PPLR 1992, S. 88.
- United Kingdom Implementation of the Services Directive 92/50, PPLR 1994, S. CS 60.
- o.V.: Argumentationslinie der Bundesregierung hat hinsichtlich der „Privaten“ einen Bruch, HB v. 6. 3. 1990.
- o.V.: Auftragsvergabe liberalisiert. EU-Ministerrat setzt Schwellenwerte mehrheitlich fest, NfA v. 27. 2. 1990.
- o.V.: Clemens Stroetmann heute, Personalien, F.A.Z. v. 13. 5. 1997.
- o.V.: Economist vom 14. 5. 1988.
- o.V.: EG-Nachrichten Nr. 39 vom 1. Oktober 1990.
- o.V.: Einkaufen wie Lopez, EUMagazin 1995, S. 29.
- o.V.: EU/Public Procurement: Infringement Procedures against France, Germany, Italy, the United Kingdom, Ireland, Belgium and Portugal, Agence Europe Nr. 6791 v. 15. 8. 1996, S. 3.
- o.V.: Frankreichs Eisenbahnausrüster erleiden erhebliche Einbußen, F.A.Z. v. 21. 7. 1997.
- o.V.: Mehr Durchblick bei öffentlichen Aufträgen. Cercle veranstaltet Seminar über Beschaffungswesen der Gemeinden in Europa, NfA v. 13. 3. 1990.
- Pachner, Franz*: Liberalisierung und Vereinheitlichung des Vergaberechts durch den EWR, in: Aktuelle Informationen der Vereinigung industrieller Bauunternehmungen Österreichs, Dezember 1993, S. 7.
- Paleczek, Otto*: Das öffentliche Auftragswesen in der Bundesrepublik Deutschland – Beteiligung von kleinen und mittleren Unternehmen. Internationales Gewerbearchiv, Band 1, Köln 1985.
- Pietzcker, Jost*: Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, Tübingen 1978.
- Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NVwZ 1983, S. 121.
 - Die deutsche Umsetzung der Vergabe- und Nachprüfungsrichtlinien im Lichte der neuen Rechtsprechung, Gutachten für das Forum Öffentliches Auftragswesen v. 29. 11. 1995.
- Ponsot, Stephanie*: Public Procurement in France: Transposition of the „Remedies Directives“, Vortrag während der 25. Konferenz der „International Bar Association Section on Business Law“, Paris am 17. bis 22. 9. 1995, Vortragsunterlage.

Pontarollo, Enzo: Regulatory Aspects and the Problem of Corruption in Public Procurement in Italy, PPLR 1995, S. 201.

Prieß, Hans-Joachim: Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, Köln u. a. 1994.

- Das öffentliche Beschaffungswesen in den Jahren 1992 und 1993, EuZW 1994, S. 487.
- Das öffentliche Beschaffungswesen in den Jahren 1994 und 1995, EuZW 1996, S. 357.
- Das öffentliche Beschaffungswesen im Jahre 1996, EuZW 1997, S. 391.
- Das Recht des öffentlichen Auftragswesens nach der Umsetzung des Europäischen Rechts: Ausschreibungspflichten, Verfahren und Rechtsschutz, Vortragsveranstaltung am 17. 10. 1996 im Mainz, Vortragsunterlage, S. 40.

Rittner, Fritz: Das deutsche Öffentliche Auftragswesen im europäischen Kontext, NVwZ 1995, S. 313.

- Das öffentliche Auftragswesen im Spannungsfeld zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, in: Das öffentliche Auftragswesen in der EG, hrsg. von Jürgen Schwarze und Peter Christian Müller-Graff, Baden-Baden 1996, S. 7.

Rogmans, Jan: Öffentliches Auftragswesen. Leitfaden für die Vergabe und Abwicklung von öffentlichen Aufträgen einschließlich Bauaufträgen, Berlin 1982.

Rouquette, G. / Lefort, C.: Special Feature: Implementation of the Public Procurement Directives in the 12 States of the EC (Part II). France, PPLR 1992, S. 251.

Salvadori, Margherita: The Public Works Directive in Italy. The Berlusconi Government's Temporary Arrangement for the Law on Public Works Procurement, PPLR 1995, S. CS 55.

Santi, Giacomo: The Implementation of E.C. Directives 90/531 and 93/38 in Italy: Decreto Legislativo No. 158 of March 17, 1995, PPLR 1996, S. CS 109.

Schäfer, Mathias: Mehr Wettbewerb im Bereich des öffentlichen Auftragswesens nach Erlass der europäischen Vergaberichtlinien? Rechtliche und praktische Aspekte der Richtlinienumsetzung, Schriften zum Öffentlichen Auftragswesen, Diss. Hamburg, 1994.

Schäfer, Peter: Grundzüge des öffentlichen Auftragswesens, BB 1996, Beilage 12, S. 1.

Schabel, Thomas: Öffentliche Auftragsvergabe im Binnenmarkt, Erläuterungen und Materialien zur Ausschreibung, Angebotsprüfung und Vergabe nach VOB und VOL mit EG-Vorschriften, München 1991.

Schmitz, Elke: Das Recht der öffentlichen Aufträge im Gemeinsamen Markt. Eine rechtsvergleichende Darstellung. Schriftenreihe Europäische Wirtschaft, Band 57, hrsg. von Rudolf Regul, Baden-Baden 1972.

Schölch, Karl: Auswirkungen der EG-Richtlinien für öffentliche Aufträge – Situation, Erfahrungen, Ausblick. Speziell aus Sicht der mittelständischen Unternehmen, in: Forum '95 Öffentliches Auftragswesen. hrsg. von Forum Öffentliches Auftragswesen, Köln 1995, S. 77.

Schüssler, Heinz: Auswirkungen der EG-Richtlinien für öffentliche Aufträge – Situation, Erfahrungen, Ausblick. Allgemein aus Sicht der Wirtschaft, in: Forum '95 Öffentliches Auftragswesen. hrsg. von Forum Öffentliches Auftragswesen, Köln 1995, S. 51.

- Schulz, Hartwig*: Die Europa-Abkommen der Europäischen Gemeinschaft mit Polen, Ungarn und der CSFR, ZfZ 1992, S. 140.
- Schwarze, Jürgen*: Diskriminierung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts, in: Öffentliche Aufträge und Forschungspolitik, hrsg. von Karl Matthias Meessen, Baden-Baden 1979, S. 79.
- Europäisches Verwaltungsrecht, Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaften, Band II, Baden-Baden 1988.
- Schwenn, Kerstin*: Unternehmen liebäugeln mit den Vorteilen der Industriepolitik, F.A.Z. v. 22. 11. 1993.
- Viele öffentliche Aufträge werden rechtswidrig vergeben, F.A.Z. v. 26. 4. 1995.
- Seidel, Ingelore*: Die Anwendung der EG-Richtlinien für die öffentlichen Aufträge in der Bundesrepublik Deutschland, EuF 1990, S. 158.
- Öffentliches Auftragswesen, in: Dauses Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, hrsg. von Manfred Dausen, München 1996.
 - Zur Wandlung des Begriffsinhaltes „öffentlicher Auftraggeber“ im EG-Vergaberecht vom institutionellen zum funktionellen Begriff sowie zu aktuellen Anwendungsfragen des erweiterten Begriffs, in: Festschrift für Prof. Wolfgang Heiermann, Wiesbaden u. a. 1995, S. 293 (293).
- Söffner, Frank*: Die Vergabe öffentlicher Bauaufträge in der EG, München 1984.
- Steinhausen, Jörg*: Der Staat als Auftrag- und Arbeitgeber I und II, WISU 1976, S. 473 und 521.
- Stabenow, Michael*: Auftragsvergaben der öffentlichen Hand. Neuer Anlauf zur Liberalisierung in der EG, BddW v. 23. 5. 1989.
- EU: Vergaberegeln umsetzen, F.A.Z. v. 30. 10. 1997.
- Starbatty, Joachim* (Hrsg.): Europäische Integration: Wieviel Wettbewerb – wieviel Bürokratie? Veröffentlichungen der Hanns Martin Schleyer-Stiftung, Band 30, Essen 1990.
- Stephan, Klaus-Dieter*: Das öffentliche Auftragswesen und die europäische Wettbewerbsordnung, in: Europäische Integration: Wieviel Wettbewerb – wieviel Bürokratie, Veröffentlichungen der Hanns Martin Schleyer-Stiftung, hrsg. von Joachim Starbatty, Band 30, Essen 1990.
- Stern, Waldemar / Kroop, Hans-Dietrich*: Aufträge im Bundesfernstraßenbau bis 1993, Straße und Autobahn 1995, S. 708.
- Stockmann, Kurt*: Die Vergabeüberwachung des Bundes, WuW 1995, S. 572.
- Stolz, Kathrin*: Das öffentliche Auftragswesen in der EG. Möglichkeiten und Grenzen einer Liberalisierung, Schriftenreihe Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft, Band 147, hrsg. von Jürgen Schwarze, Baden-Baden 1991.
- Sundberg-Weitmann, Brita*: Discrimination on Grounds of Nationality, Amsterdam 1977.
- Tardif, Alain*: EG-Binnenmarkt für öffentliche Aufträge: Fakten, Trends, Entwicklungen, Erwartungen und Probleme. Les Expériences Françaises, in: Forum '93 Öffentliches Auftragswesen, hrsg. von Forum Öffentliches Auftragswesen, Köln 1993, S. 53.

- Teatini, Maria Elena*: The Implementation in Italy of E.C. Rules on Services Procurement: A short note on Decreto Legislativo No. 157 of March 17, 1995, PPLR 1996, S. CS 111.
- Vaughton, Charles / Maund, Colin*: EG-Binnenmarkt für öffentliche Aufträge: Fakten, Trends, Entwicklungen, Erwartungen und Probleme. The British View, in: Forum '93 Öffentliches Auftragswesen, hrsg. vom Forum Öffentliches Auftragswesen, Köln 1993, S. 23.
- Vereinigung der Industrie- und Handelskammern in Nordrhein-Westfalen (Hrsg.): Das öffentliche Auftragswesen im europäischen Binnenmarkt – Verbesserte Chancen für kleine und mittlere Unternehmen durch Information und Beratung, Düsseldorf 1991, 1. Bericht.
- Violini, Lorenza*: Die Umsetzung der Richtlinien über öffentliche Aufträge in Italien, in: Europarecht, Beiheft I/1996. Das öffentliche Auftragswesen in der EG, hrsg. von Jürgen Schwarze und Peter-Christian Müller-Graff, Baden-Baden 1996, S. 47.
- Weiss, Friedl*: Public Procurement in the EEC – Public Supply Contracts, European Law Review 1988, S. 318 (321).
- Weissenberg, Paul*: Öffentliche Aufträge – Instrumente neutraler Beschaffung oder staatlicher Steuerung, DB 1984, S. 2285.
- Welter, Erich*: Der Staat als Kunde. Öffentliche Aufträge in der Wettbewerbsordnung. Veröffentlichungen des Forschungsinstituts für Wirtschaftspolitik an der Universität Mainz, Heidelberg 1960.
- Wohlfahrt, Ernst / Everling, Ulrich / Glaesner, Hans-Joachim / Sprung, Rudolf*: Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Kommentar, Berlin und Frankfurt 1960.
- Zourek, Heinz*: Vortrag beim Forum Öffentliches Auftragswesen in Bonn am 14. 11. 1996, Vortragsunterlage.

Sachwortverzeichnis

Abkommen

- Europa- 70; 268 ff.
- EWR- 263 ff.; 277 f.
- GATT- 115; 117 f.; 141; 265 f.
- mit Drittländern 35; 118; 151; 263 ff.; 341 f.
- USA- 266 ff.; 294 f.
- WTO- 148; 166; 198; 265 f.;

Ablehnung eines Angebots 43; 106 f.; 112 f.; 132 ff.; 159 ff.; 167; 199 ff.; 237

Abschottung (s. Marktaberschottung)

Änderung der Ausschreibungsbedingungen 26

Änderungsvorschläge 92; 108; 137; 203; 230

Allgemeine Programme 59 f.; 64 ff.

Allgemeininteresse 49; 51; 74 f.; 330

Allokationseffizienz 20; 33

Amt für amtliche Veröffentlichungen 96; 129; 132; 157; 165; 198; 233

Amtliche Liste 105; 134 f.; 163; 194

- Supplement S 89; 142; 248; 259; 264; 331; 336; 353 ff.

Angebot

- Aufforderung zur Abgabe 98; 129; 159; 162; 193; 199
- außergewöhnlich niedriges 106 f.; 137; 163; 202 f.
- ordnungsgemäßes 87; 122; 210
- unannehmbares 87; 122
- wirtschaftlich günstigstes 107 f.; 136 f.; 202; 204; 232 f.; 310; 336

Angebotsschocks 35

Anschlußaufträge 122; 154

Arbeitsmarktpolitik 109

Assoziierung

- mittel- und osteuropäischer Staaten 70; 268 ff.

Asymmetrie der gegenseitigen Zugeständnisse 269

Atkins-Studie 35 f.

Aufbewahrungspflichten 209

Auftragsberatungsstellen 258 f.; 273; 302

Auftragsvolumen, Auftragswert 83 f.; 91; 108; 123; 149; 265

Ausführungsfristen 92; 107; 136; 163; 271

Ausführungsort 92; 126

Auskunftspflichten 167; 209

Ausschreibungsbedingungen

- technische 71; 81; 93 ff.; 104 f.; 126 ff.; 133 f.; 157 ff.; 161 f.; 194 ff.; 256 f.

Ausschreibungstext 89 ff.; 123 ff.; 155 ff.; 191 ff.; 253; 310; 352

Auswahlverfahren 100 ff.; 132 ff.; 159 ff.; 199 ff.

Badenweiler Gespräche 261

Bauftrag

- Begriff 78 ff.; 176 ff.

- Dienstleistungs- und Lieferauftrag, Abgrenzung 116 ff.; 145 ff.; 176 ff.

Baukonzessionen 81 f.; 322

Bauleasing 80

Bauprodukterichtlinie 257

Bauwerk 79; 146; 176

Beentjes-Entscheidung 101; 109; 275; 329

Beihilfen 54 f.; 203

Bekanntmachungen 63; 89 ff.; 123 ff.; 155 ff.; 191 ff.; 233 ff.; 248 ff.; 253 ff.

Bekanntmachungstext s. Ausschreibungstext

Belgien 25; 30; 37; 57; 105; 224; 231; 261; 321 ff.

Beobachtungsstelle für den Binnenmarkt 248

Beratender Ausschuß

- für Beschaffungen im Telekommunikationssektor 241 ff.
- für die Öffnung des öffentlichen Auftragswesens 244 f.
- für öffentliche Aufträge 240 f.

Berichtspflichten 107; 110 ff.; 139 ff.; 164 ff.; 237

- Berufsregister 30; 51; 101; 133; 135; 231
 Berufszertifikate 144; 257 f.
 Beschleunigungsverfahren 219 ff.; 272; 285
 Beschleunigtes Verfahren 98; 131 f.; 159; 199; 233 f.; 331 f.
 Bewerber 51; 53; 81; 87; 100 ff.; 132 ff.; 159 ff.; 199 ff.
 Bieter 51; 53; 81; 100 ff.; 132 ff.; 159 ff.; 199 ff.
 Bietergemeinschaften 92; 202; 361
 Bieterkartelle 32; 39; 236
 Binnenmarkt für öffentliche Aufträge 39; 58; 143; 203; 246; 367
 Birmingham Studie 229
 Börsennotierte Waren 121; 188

 Cassis de Dijon-Urteil 48 f.
 Cecchini-Bericht 45; 246 f.; 335 f.; 342 ff.
 CEI-Normen 126
 CEN 126; 256
 CENELEC 126; 256
 Clearing-System 43
 CPA-Nomenklatur 125 f.; 254 f.; 319
 CPC-Nomenklatur 148; 166; 183; 254 f.

 Dänemark 217; 304 ff.; 365
 Dassonville-Formel 48 f.
 Datenverarbeitung 212; 140; 144; 152
 Dauerauftrag 229; 238
 Deutschland 31; 36 f.; 57; 69; 76; 109; 140; 181; 215 ff.; 258; 286 ff.
 Dezentralisierung des Vergabewesens 31; 345
 Dienstleistungen 48; 52 ff.; 64 ff.; 66; 80; 143 ff.; 279
 Dienstleistungsauftrag
 – Begriff 145 ff.
 – Bau- und Lieferauftrag, Abgrenzung 80; 116; 145 ff.; 176 ff.
 Dienstleistungsfreiheit 48; 52 ff.; 64 ff.; 66
 – Beschränkung der 48; 52 ff.; 64 ff.; 66
 Dienstleistungskategorien 144; 148; 150; 152
 Diskriminierung
 – allgemein 23; 47 f.; 51 f.; 275
 – nach Herkunftsland 50
 – von Bietern und Bewerbern 39 f.
 – von Waren und Diensten 48 ff.

 Diskriminierungsverbot 52; 136; 194; 264
 Dringlichkeit 87 f.; 98; 121 f.; 131; 154; 159; 188; 213; 318; 331
 Drittlandsklausel 203 f.

 EFTA 263 f.; 277
 Eignung 100 ff.; 132 ff.; 159 ff.; 199 ff.
 Eignungskriterien 30; 100 ff.; 132 ff.; 159 ff.; 199 ff.; 332 f.
 – Ausschlußgründe 102 f.; 133 ff.; 160 ff.; 199 ff.
 – Formelle 104 f.; 133 ff.; 160 ff.; 199 ff.
 – Materielle 104 f.; 133 ff.; 160 ff.; 199 ff.
 – Positive 104 f.; 133 ff.; 160 ff.; 199 ff.
 Einheitliche Europäische Akte 58 f.; 60 ff.; 247 f.; 270
 Einrichtungen des öffentlichen Rechts 74 f.; 172 f.; 242; 317
 Empfehlungen 60; 63; 170; 253 ff.; 260
 EN 94; 126 ff.; 194 ff.; 245; 256 f.
 Energieversorgung 77; 118; 168 ff.; 246; 266
 Erklärungen 60; 62; 63; 81 f.; 230 f.

 Finnland 224 f.; 263; 277
 Fiskalisches Handeln 57
 Flankierende Maßnahmen 239 ff.
 Flugverkehrsgesellschaften 169
 Forschungsaufträge 87; 121; 146 f.; 152 f.; 187
 Frankreich 26 f.; 36 f.; 81; 175; 180; 181; 225; 234; 312 ff.
 Frauenförderung 110; 303
 Freizügigkeit von Personen 52
 Fristen 95 ff.; 128 ff.; 158 f.; 197 ff.
 – Angebots- 30; 95 ff.; 128 ff.; 158 f.; 197 ff.
 – Ausführungs- 95 ff.; 128 ff.
 – Berechnung 95 ff.
 – Bewerbungs- 95 ff.; 128 ff.; 159
 – Binde- 95 ff.; 128 ff.
 – Einsende- 92 ff.
 – Mindest- 96 ff.; 129 ff.
 – Teilnahme- 96 ff.; 129 ff.; 158 f.; 198 f.
 – Umsetzungs- 274 ff.
 – verkürzte 98 ff.; 131 ff.; 158 f.

GATT

- Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen 115; 117 f.; 122; 124; 128 ff.; 202; 206; 265 f.

Gebietskörperschaften 64; 68; 72 ff.; 115; 170; 312

Geheime Aufträge 86; 120 f.; 140 f.; 150 f.; 186 f.

Gemeinsame Vorschriften auf technischem Gebiet 86; 94; 126 f.; 158

Gemeinsamer Markt 54; 58 f.; 367

Gemeinsamer Standpunkt 128; 182

Gemeinschaftsrecht

- primäres 46 ff.

- sekundäres 46 ff.; 57 ff.

Gemischter Vertrag 80 f.; 181

Generaldirektion XV 247; 251

Geschäftsgeheimnisse 210; 237

Globalisierung der Märkte 335; 341

Griechenland 261; 275

Großbritannien 174; 175; 217; 237; 261; 315 ff.

Grünbuch 248; 256; 262; 334; 337 ff.

Haushaltsrechtliche Lösung 217 f.; 288 ff.

HD (Harmonisierungsdokumente) 94

Hinweisrecht der Kommission 215 f.; 223; 272

Importraten 33; 334 ff.; 343 f.; 346; 349; 357

Industriepolitik 20; 41

Interventionsrecht der Kommission 215 f.; 272

Irland 78; 225; 261; 353

Italien 29; 31; 36; 55; 57; 72; 81; 107; 225; 261; 323 ff.

Kartelle (s. Bieterkartelle)

Kleine und mittlere Unternehmen, Förderung 79; 110; 125; 232; 236; 247; 249; 258 ff.; 338 f.

Koffietafel 26

Komparative Kostenvorteile 342

Kompensationszahlung 28

Konjunkturpolitik 20; 26; 69

Konzessionsvertrag 81 f.; 322

Koordinierung 38 ff.; 367 ff.

Korruption 103; 217; 323 ff.

Kostensteigernde Barrieren 23; 27 ff.; 44

Kundendienst 21; 136; 163

Leasingvertrag 80; 116; 118; 147; 177

Legislativpaket 340

Leistungsbeschreibung 94 f.; 126; 354

- funktional 22; 42

- konstruktiv 22; 42

Leistungsfähigkeit 289

- finanzielle 30; 43; 104 f.; 133 ff.; 161 ff.

- technische 30; 43; 104 f.; 133 ff.; 161 ff.

- wirtschaftliche 30; 43; 104 f.; 133 ff.; 161 ff.

Liberalisierung 24; 39 ff.; 47 ff.; 64 ff.; 228 ff.; 337; 356

Liberalisierungsrichtlinien

- Bau- 68 ff.

- Waren- 67 f.

Lieferauftrag 32 f.; 116

- Begriff 116

- Bau- und Dienstleistungsauftrag, Abgrenzung 80 f.; 145 ff.

Lose 79; 83; 92; 110; 148 f.; 213

Luxemburg 27; 30; 57; 225

Makroökonomische Analyse 37 f.

- Arbeitsplätze 37 f.

- Nachfrage 37 f.

- Preisniveau 37 f.

Marktabstottung 49; 53; 332 f.

- Kosten der 20 ff.

- Ursachen der 20 ff.

- Wirkungen der 32 ff.

Markteintrittsbarrieren 25 ff.; 31; 57 f.; 268

Maßnahmen gleicher Wirkung 23; 48 ff.; 67

Meistbegünstigung 84; 117; 119; 122; 265

Meldepflichten 110 ff.; 139 ff.; 164 ff.; 205 ff.

Mengenmäßige Beschränkungen 48 ff.

Mikroökonomische Analyse 35 ff.

- dynamischer Effekt 36

- Restrukturisierungseffekt 36

- statischer Effekt 35

Militärische Beschaffungen 119 f.; 229; 342; 346 ff.

Mitentscheidung 60 f.; 270

Mitteilungen 60; 63

- NACE 78; 176; 254
 Nachprüfungsverfahren 212 ff.; 279; 291 ff.; 299 ff.; 356; 361 ff.
 Nachverhandlungen 21; 27; 230
 Nebenarbeiten 80; 117; 177
 NICE 68
 Nicht gewerbliche Tätigkeit 74; 76; 171
 Niederlassungsfreiheit 50 ff.; 64 ff.
 – Beschränkung der 24; 50 ff.; 64 ff.
 – Verbot von Beschränkungen 50 ff.; 64 ff.
 Niedrigster Preis 106 ff.; 136 ff.; 163 ff.; 202 ff.; 309; 364
 Normen, technische 42; 93 ff.; 126 ff.; 157 f.; 194 ff.; 256 f.; 338 f.
- Öffentlicher Auftraggeber**
 – Begriff 23 f.; 72 ff.; 114 ff.; 145 ff.
 Öffentliches Interesse 75; 112 f.; 165; 210
 Öffnung der Vergabemärkte 35 ff.; 53; 57; 329; 342
 Öffnungsklauseln 265; 352
 Österreich 27; 225; 263 308 ff.; 362 ff.
- POINT 249 f.**
 Policy Guidelines 63
 Präferenzregeln 29; 55; 139 f.; 267; 333; 351
 Präqualifizierung 189 f.; 194; 200 ff.; 232; 322; 357
 Präqualifizierungslisten 194; 232
 – Aufnahmeprüfung 189 f.; 200 ff.
 Präqualifizierungsverfahren 189 f.; 200 ff.
 Prüfungssysteme 31; 43; 189 f.; 357 f.
- Rahmenverträge 26**
Rechte
 – ausschließliche und besondere 73; 171 ff.
 – subjektive 287; 295 ff.
Rechtsschutz
 – gemeinschaftsrechtlicher 225 ff.
 – gerichtlicher 213; 294
 Regionalpolitik 20; 26; 40 f.
Richtlinien
 – Anwendungsbereich 82 ff.; 116 ff.; 148 ff.; 179 ff.
 – Bau- 70 ff.; 227 ff.
 – Dienstleistungs- 143 ff.; 227 ff.
 – Liefer- 114 ff.; 227 ff.
 – Sektoren- 168 ff.; 227 ff.
 – Überwachungs- 212 ff.; 227 ff.
 – Wirkung, unmittelbare 276
 Rundfunk- und Fernsehanstalten 146; 147; 178
 Sale-and-lease-back 147
 Schadensersatz 216; 222 f.; 276; 297; 321; 323; 327
 Schiedsrichter 146 f.
 Schlichter 146 f.; 224 f.
 Schlichtungsverfahren 223 ff.; 311; 363
 Schweden 225; 263; 276; 277; 278
 Schwellenwert 82 ff.; 116 ff.; 148 ff.; 179 ff.
 Scoring System 108 Fußnote 167
 Sektorenauftraggeber
 – Begriff 170 ff.
 Sicherheitsrelevanter Bereich 85; 120; 150
 SIMAP (Système d'Information pour les Marchés Publics) 250 ff.; 255
 Skaleneffekte 34; 110; 347
 Spanien 105; 136; 151; 217; 261; 276 ff.
 Spezifikationen 32; 93 ff.; 126 ff.; 157 f.; 194 ff.; 256 f.; 332 f.
 Sprachbarrieren 21; 57; 234; 339
 Sprachkenntnisse 21; 31 f.
 Staatssicherheit 85; 120; 150
 Standards, technische 21; 28 f.; 34; 42; 194; 338; 352
 Stellungnahmen 63
 Strukturpolitik 33
 Subunternehmen 25; 247; 303; 310
- Technische Merkmale**
 – Reihenfolge der Verwendung 93 ff.; 126 ff.; 157 ff.; 194 ff.
 TED (Tenders Electronic Daily) 157; 249 f.
 Telekommunikationsunternehmen 23; 40 f.; 168 ff.; 354 ff.
 Transeuropäische Netze 256 f.
 Transparenz 39; 42 f.; 227 ff.
 Transporoute-Entscheidung 162; 333
- Übergangsfristen 274 ff.**
 Überwachung 39; 43 f.; 212 ff.; 279 f.; 291 ff.; 299 ff.; 306 f.; 310 f.; 315; 320 f.; 323; 327 f.; 360 ff.

- Umsetzung
 - fehlerhafte 282 ff.
 - verspätete 276 ff.; 282 ff.
- Unannehmbare Angebote 87 ff.; 153
- Ungeeignete Angebote 87 ff.; 154
- Ungleichbehandlung 23
 - offene (unmittelbare, formelle) 24 ff.; 49; 52; 227 ff.
 - versteckte (mittelbare, materielle) 28 ff.; 59; 51 f.; 231 ff.
- UNICE 34
- USA 62; 266 ff.; 294 ff.

- Verdingungsausschuß 286 ff.
- Verdingungsordnungen 286 ff.
 - VOB / A 286 ff.
 - VOF 288 ff.
 - VOL / A 286 ff.
- Vergabefremde Aspekte 41; 43; 108 ff.; 138 ff.; 164; 204 f.; 302 f.
- Vergabegesetz 286 ff.; 298 ff.; 308 ff.; 322 ff.; 324 ff.
- Vergabekammern 297 ff.
- Vergabeprüfstellen 291 ff.; 301; 361
- Vergaberechtsänderungsgesetz 291; 298; 299; 301
- Vergabesenate 300
- Vergabeüberwachungsausschuß 292 ff.; 361 f.
- Vergabeverfahren 26 f.; 85 ff.; 121 ff.; 151 ff.; 187 ff.
 - beschleunigtes Verfahren 98 ff.; 131 f.; 159; 233 f.
 - freihändige Vergabe 86; 121 ff.
 - nicht offene Verfahren 85 ff.; 121 ff.; 151 ff.; 87 ff.
 - offene Verfahren 85 ff.; 121 ff.; 151 ff.; 187 ff.
 - Verhandlungsverfahren 85 ff.; 121 ff.; 151 ff.; 187 ff.
- Wettbewerb 86; 152 ff.; 155 ff.; 165 ff.; 187 ff.
- Vergabevermerk 112; 141; 167; 207
- Vergabeverordnung 288; 299; 340
- Verkehrsunternehmen 23; 40; 118
- Vermittlungsausschuß 61; 182
- Versicherungsleistungen 149; 152
- Versorgungsunternehmen 23; 40; 170 ff.
- Vertragsverletzungsverfahren 212; 216; 218; 225 f.; 280; 281 ff.; 360 ff.
- Vorabinformationen 43; 92; 97; 191 ff.; 230

- Warenverkehr, freier 48; 53
- Wasserversorgungsunternehmen 23; 40 f.; 67; 183 ff.
- Weißbuch 70; 144; 212
- Wirtschaftlich günstigstes Angebot 106 f.; 109 f.; 136 ff.; 163; 202 ff.; 232 f.; 310
- Wirtschafts- und Sozialausschuß 59 f.; 73; 83; 116; 138; 144; 147; 153 ff.; 161 ff.; 203; 219; 338 ff.
- WTO
 - Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen 113; 117 f.; 148 ff.; 181 ff.; 192 ff.; 265 f.; 310; 353; 368

- Zahlungsmoral 260
- Zertifikate 28; 34; 257 ff.
- Zubenennungserlaß 302
- Zuschlag 106 ff.; 136 f.; 163 f.; 202 ff.
 - Aufhebung 219
 - -skriterien 42; 106 f.; 136 f.; 163 f.; 202 ff.
 - - qualitative 107
 - - quantitative 107
- Zuverlässigkeit der Bewerber und Bieter 102 ff.; 190; 231
- Zwangsgeld 221; 285; 306; 311 f.; 315