

Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut

— Sektion Rechtswissenschaft —

Nr. 260

herausgegeben von

Professor Dr. Dr. Dr. h. c. Georg RESS und Professor Dr. Torsten STEIN

Dr. Ingelore Seidel

Bundesministerium für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau,
Bonn

Probleme der Integration der
öffentlichen Beschaffungsmärkte

Vortrag vor dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes
Saarbrücken, den 4. Dezember 1991

Probleme der Integration der öffentlichen Beschaffungsmärkte¹

I.

Probleme von erheblichem Gewicht hat es bei der Integration der öffentlichen Beschaffungsmärkte stets gegeben.² Ein derzeit gravierendes Problem für Bundesregierung, Länderregierungen, Wirtschaft und parlamentarische Gremien ist die Umsetzung der sogenannten Überwachungsrichtlinie³ in deutsches Recht. Die zweijährige Umsetzungsfrist lief vor Weihnachten 1991 ab. Das Umsetzungsgesetz wird also mit Verspätung beschlossen werden.⁴ Offen ist, ob die EG-Kommission parallel zu dieser Umsetzung

¹ Der Vortrag wurde im April 1992 gehalten. Die Fußnoten wurden auf den Stand 1.5.1993 gebracht.

² Aus der umfangreichen Literatur zu diesem Fragenkomplex vgl. z.B. Arrowsmith, *Government Procurement and Judicial Review*, 1988; ebd., *A guide to the procurement cases of the Court of Justice, Public Procurement in the European Community; Volume II*, 1992; Funk und Marko, *Vergaberecht in der EG und in der Bundesrepublik Deutschland*, in: *Die innerstaatliche Umsetzung der Vergaberichtlinien der EG*, hrsg. von denselben u. Pernthaler, 1992; Korinek, *Probleme der Angleichung des österreichischen Rechts der Auftragsvergabe an das Recht der EG*, in: Rill/Griller (Hrsg.), *Europäischer Binnenmarkt und österreichisches Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 1991, S. 215 ff.; Pelkmans und Winters, *Europe's domestic market*, Chatham House Papers no. 43, 1988; Schmitz, *Das Recht der öffentlichen Aufträge im Gemeinsamen Markt*, 1972; Schwarze, *Diskriminierung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts*, in: Meessen (Hrsg.), *Öffentliche Aufträge und Forschungspolitik*, 1979, S. 79 ff.; Seidel, *Die Anwendung der EG-Richtlinien für die öffentlichen Aufträge in der Bundesrepublik Deutschland*, *EuR* 1990, S. 158 ff.; ebd., *Recht und Praxis der Auftragsvergabe in der Bundesrepublik Deutschland und in anderen Ländern der EG*, in: Rill/Griller (Hrsg.), *Europäischer Binnenmarkt und österreichisches Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 1991, S. 189; Söffner, *La passation des marchés publics dans la Communauté Européenne*, Bericht im Auftrag der Kommission, 1974; Soulie, *La passation des marchés publics en France et dans la Communauté Economique Européenne* (Diss., Paris I), 1984; Stober, *Der Einfluß des europäischen Rechts auf die Vergabe öffentlicher Aufträge*, in: Hoppe/Schink (Hrsg.), *Kommunale Selbstverwaltung und europäische Integration*, 1990, S. 116 ff.; Warr und Parmenter, *Protection through Government Procurement*, in: Snape (Hrsg.), *Issues in World Trade Policy: GATT at the Crossroads*, 1986, S. 175 ff.

³ Richtlinie des Rates vom 21.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge 89/665/EWG, *ABl. L* 395/33 vom 30.12.1989. In der Literatur ist auch der Begriff Rechtsmittelrichtlinie anzutreffen.

⁴ Umsetzung geplant durch §§ 57a, 57b, 57c Haushaltsgrundsatzgesetz i.V.m. Rechtsverordnungen (Gesetz- bzw. Verordnungsentwürfe vom 4.1.1993), dazu Seidel, in: Dausen, *Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts*, 1993, H. IV, Rdnr. 171 ff.

beim EuGH gegen die Bundesrepublik wegen unzulänglicher Umsetzung einer der Basisvergaberichtlinien eine Klage nach Art. 169 EWGV erheben wird.⁵ Das Urteil würde voll auf die Umsetzung der Überwachungsrichtlinie durchschlagen. Allein die Probleme der Umsetzung der Überwachungsrichtlinie und damit in Verbindung stehende rechtspolitische Fragen nicht unerheblicher Relevanz könnten den heutigen Vormittag ausfüllen.⁶ Indes - ein gewisses Maß von Information über diesen nicht ganz leicht überschaubaren Bereich als Grundlage für die Diskussion ist wohl angezeigt.

II.

Manche der Regelwerke für die öffentlichen Beschaffungsmärkte sind noch gar nicht erlassen,⁷ andere sind erlassen, harren aber noch der Umsetzung,⁸ wieder andere sind bereits novelliert, weil sie sich als nur mäßig gebrauchstauglich herausgestellt hatten.⁹

⁵ Bezüglich der Richtlinien 89/440/EWG, ABl. L 210/1 vom 21.7.1989 (Änderung der ursprünglichen Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG) und 88/295/EWG ABl. L 127/1 vom 20.5.1988 (Änderung der ursprünglichen Lieferkoordinierungsrichtlinie 77/62/EWG) hat die Kommission Verfahren nach Art. 169 EWGV eingeleitet.

⁶ Zu den Problemen bei der Umsetzung der Überwachungsrichtlinie ins deutsche Recht vgl. Hailbronner, Europarechtliche Aspekte der Vergabe öffentlicher Aufträge, Zur innerstaatlichen Umsetzung der EG-Richtlinien, RIW 1992, S. 553 ff.

⁷ Zum Stand vom 1.1.93 sind die Richtlinien zum öffentlichen Beschaffungswesen im wesentlichen verabschiedet worden. Bislang steht noch die sogenannte Dienstleistungssektorenrichtlinie aus, die später in die Sektorenrichtlinie integriert werden soll. Entwurf einer Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 90/531/EWG betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, Dok. KOM (91) 347 (Gemeinsamer Standpunkt vom 21.12.1992).

⁸ Die Umsetzung der Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge vom 18.6.1992, 92/50/EWG, ABl. L 209 vom 24.7.1992 ist in Deutschland noch nicht umgesetzt. Zum Stand der Umsetzung vgl. z.B. Schabel, Thomas, Öffentliche Auftragsvergabe im Binnenmarkt, Loseblattsammlung, 1991 ff., Übersicht bei A 1.-1.9. Ein Überblick über die nationalen Umsetzungsmaßnahmen findet sich in der Veröffentlichung des Amtes für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, Nationale Umsetzungsmaßnahmen zur Durchführung des Weißbuchs der Kommission über die Vollendung des Binnenmarktes, Stand vom 31. Oktober 1992, vgl. auch Arrowsmith, Public Procurement Law Review, 1992, Nr. 1, 2.

⁹ Die Baukoordinierungsrichtlinie wurde durch die Richtlinie des Rates vom 18.7.1989, 89/440/EWG ABl. L 210/1 vom 21.7.1989 geändert; auch die Liefervergaberichtlinie wurde geändert, einmal durch die Richtlinie des Rates vom 22.7.1980, 80/767/EWG, ABl. L 215/1 vom 18.8.1980, zum anderen durch die Richtlinie des Rates vom 2.3.1988, 88/295/EWG, ABl. L 127/1 vom 20.5.1988,

Manche sind schon so alt, daß niemand mehr von ihnen spricht. Das sind die beiden ersten Richtlinien, die Liberalisierungsrichtlinie Öffentliche *Lieferaufträge* von 1969¹⁰ und die Liberalisierungsrichtlinie Öffentliche *Baufaufträge* von 1971.¹¹ Sie verbieten alle Vorschriften und Verwaltungspraktiken, die Unternehmer aus den anderen Mitgliedstaaten daran hindern, ihre Leistung unter den gleichen Bedingungen und mit den gleichen Rechten wie Inländer zu erbringen. Das Diskriminierungsverbot des EG-Vertrages ist seit dem 1. Januar 1970, dem Ende der Übergangszeit, unmittelbar geltendes Recht in den Mitgliedstaaten. Diesen beiden Richtlinien kommt daher eine eher deklaratorische und erläuternde Bedeutung zu. Die Bundesrepublik hatte bereits 1961 ihre Beschaffungsmärkte voll liberalisiert, und zwar einseitig und weltweit. Die Gründe lagen damals in der angestrebten Dämpfung einer im Inland überschäumenden und damit inflationstreibenden Konjunktur. Und als ein exportorientiertes Land, in dem jede dritte Mark im Export verdient wird, wußte man schon damals nur zu gut: Wir können nicht erwarten, daß unseren Unternehmen die Auslandsmärkte offenstehen, wenn wir unsererseits ausländischen Unternehmen nicht unsere Märkte öffnen. Das Prinzip der Gleichbehandlung aller Bewerber - gleichgültig, ob der Bewerber aus Saarbrücken oder der hinteren Mongolei stammt - schließt es aber natürlich andererseits auch nicht aus, daß in der Praxis doch des öfteren gerade der Unternehmer in der Angebotswertung an der Spitze liegt, dessen Betrieb dem Rathaus ziemlich nahe liegt und dessen Steuern der Gemeinde zufließen, die den Auftrag vergibt.¹²

außerdem durch die Entscheidung der Kommission vom 13.7.1990 betreffend der Aktualisierung von Anhang I der Richtlinie 89/440/EWG. Geplant sind weitere Änderungen der Baukoordinierungsrichtlinie; angestrebt wird die gegenseitige Anerkennung von Präqualifikationslisten, wie sie in einigen Mitgliedstaaten, z.B. in Frankreich, bestehen und die für ausländische Bauunternehmer eine zusätzliche Barriere bei der Bewerbung bedeuten. Es wird diskutiert, die denkbaren Bauleistungen in verschiedene Kategorien und Größenklassen einzuteilen und die Eintragung in einer der genannten Qualifikationslisten dann für eine bestimmte Bauparte und ein bestimmtes Höchstauftragsvolumen vorzusehen. Außerdem plant die EG-Kommission, die Chancen für kleine und mittlere Unternehmen bei der Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen auf EG-Ebene zu verbessern.

- 10 Richtlinie 70/32/EWG der Kommission vom 17.12.1969 über die Lieferung von Waren an den Staat, seine Gebietskörperschaften und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, ABl. L 13/1.
- 11 Richtlinie 71/304/EWG des Rates 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 185/5.
- 12 Zu Umfang und Hintergründen nationaler Beschaffungspolitik als nicht-tarifärem Handelshemmnis vgl. z.B. Weiss, Public Procurement in European Community Law, 1993, S. 10 ff. Im kommunalen

III.

Eine Liberalisierung allein reicht aber nicht aus, um ausländischen Unternehmen auch *faktisch* den Zugang zu den öffentlichen Beschaffungsmärkten der anderen Mitgliedstaaten voll zu öffnen.¹³ Hierzu bedarf es einer gewissen Rechtsvereinheitlichung. Erst diese schafft im öffentlichen Auftragswesen die Rahmenbedingungen, unter denen sich auch ausländische Unternehmen erfolgreich bewerben können. In den 70er Jahren wurden daher für die Vergabe öffentlicher Aufträge im Bau- und Liefersektor Koordinierungsrichtlinien erlassen.¹⁴ Sie sind in der zweiten Hälfte der 80er Jahre novelliert worden.¹⁵ Neue Richtlinien sind hinzugekommen.¹⁶

Bereich werden Auftragsvergaben weithin als Mittel regionaler Wirtschaftsförderung angesehen. Vgl. von Ameln, Öffentliche Auftragsvergabe im Gemeinsamen Markt aus kommunaler Sicht, Städtetag, 1989, S. 7 ff. Zur Vergabepaxis im kommunalen Bereich außerdem: Elverfeld, Europäisches Recht und kommunales öffentliches Auftragswesen, 1992, S. 49 ff., 155 ff.

- 13 Siehe z.B. die Erwägungsgründe zur Rechtsmittelrichtlinie (89/665/EWG). Ein Grund, der diskriminierende Beschaffungspraktiken so attraktiv macht, ist ihre mangelnde Transparenz. Dazu und zu weiteren Gründen siehe Weiss, a.a.O., S. 16 f.
- 14 Für öffentliche Bauaufträge war das die Baukoordinierungsrichtlinie, Richtlinie des Rates vom 26.7.1971, 71/305/EWG, ABl. L 185 vom 16.8.1971. Für Lieferungen außerhalb des Baubereichs die Lieferkoordinierungsrichtlinie, Richtlinie des Rates vom 21.12.1976, 77/62/EWG, ABl. L 13/1 vom 15.1.1977.
- 15 Die Baukoordinierungsrichtlinie wurde in Ausführung der Einheitlichen Europäischen Akte durch die Änderungsrichtlinie 89/440/EWG (Richtlinie des Rates vom 18.7.1989 ABl. L 210/1 vom 21.7.1989) in erheblichem Umfang abgeändert und umgestaltet. Das Vergabeverfahren wurde transparenter gemacht, die Definition der Auftragsvergabe genauer gefasst und der Kreis der Anwender präziser umschrieben und erweitert. Die Lieferkoordinierungsrichtlinie wurde in Ausführung der Einheitlichen Europäischen Akte ebenfalls grundlegend überarbeitet: Richtlinie des Rates vom 22.3.1988, 88/295/EWG, ABl. L 127/1 vom 20.5.1988 und die Richtlinie des Rates vom 17.9.1990, 90/531/EWG, ABl. L 297/1 vom 29.10.1990.
- 16 Für die bis dahin ausgeschlossenen *Sektoren der Daseinsvorsorge*, nämlich Verkehr, Wasser- und Energieversorgung sowie Telekommunikation ist am 17. September 1990 die sogenannte Sektoren- und Telekommunikationsrichtlinie (Richtlinie des Rates vom 17.9.1990, 90/531/EWG, ABl. L 297/1 vom 29.10.1990) erlassen worden. *Gewerbliche und freiberufliche Dienstleistungsaufträge* werden neuerdings von der Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge erfaßt, die bis zum 30.6.1993 in innerstaatliches Recht umzusetzen ist. Richtlinie des Rates vom 18.6.1992, 92/50/EWG, ABl. L 209/1 vom 24.7.1992. Die sogenannten *Rechtsmittelrichtlinien* verpflichten die Mitgliedstaaten, Verfahren und Instanzen zur Nachprüfung der Vergabeverfahren einzurichten. Für die Bau- und Lieferkoordinierungsrichtlinien ist das die sogenannte Überwachungsrichtlinie (Richtlinie des Rates vom 21.12.1989, 89/665/EWG, ABl. L 395/33 vom 30.12.1989), zur Sektoren- und Telekommunikationsrichtlinie wurde die sogenannte Sektorenaüberwachungsrichtlinie (Richtlinie des Rates vom 25.2.1992, 92/13 EWG, ABl. L 76 vom 23.3.1992, S. 3 ff.) erlassen.

Die Anpassung des deutschen Rechts an die EG-Vergaberichtlinien vollzieht sich bei uns in der Weise, daß die Bestimmungen der EG-Vergaberichtlinien, soweit erforderlich, integriert werden in die Regelwerke, die bei uns innerstaatlich für die Vergabe öffentlicher Aufträge maßgebend sind. Das sind die folgenden:

- Für den Bereich der Lieferungen und Leistungen die "Verdingungsordnung für Leistungen - ausgenommen Bauleistungen - (VOL)"¹⁷

und die

- "Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB)".¹⁸

Dabei werden die EG-Vorschriften - soweit möglich - in deutsche Rechtsverwaltungssprache umgeformt und in die Verfahrensteile der deutschen Vergabeordnungen Teil A der VOL und Teil A der VOB in Form von a-Paragraphen eingefügt. Die Anwendung der VOL und der VOB wird für die Vergabestellen von Bund und Ländern dadurch sichergestellt, daß der Bund und die Länder jeweils diese Regelwerke aufgrund der einschlägigen haushaltsgesetzlichen Vorschriften als rechtlich bindende Verwaltungsanweisungen einführen.¹⁹ Für die Gemeinden erlassen die Länder die VOL und die VOB jeweils als Richtlinie zu den für die Gemeinden geltenden landesgesetzlichen Haushaltsvorschriften. Das Verfahren hat bei uns Tradition. Die ersten Vergabeordnungen dieser Art wurden 1833 in Bayern erlassen. Preußen folgte ein Jahr später.²⁰

Die inhaltliche Gestaltung unserer Vergaberegelerwerke vollzieht sich in Verdin-

¹⁷ Ausgabe 1991, Bekanntmachung des Bundesministers für Wirtschaft vom 1.10.1991 (Bundesanzeiger Nr. 215a vom 19.11.1991).

¹⁸ Ausgabe 1992, Bekanntmachung des Bundesministers für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau vom 12.11.1992 (Bundesanzeiger Nr. 223a vom 27.11.1992).

¹⁹ Zur Umsetzung der Vergaberichtlinien ins deutsche Recht und zu den Problemen bei der Umsetzung der Überwachungsrichtlinie vgl. Hailbronner, Vergabe öffentlicher Aufträge, RIW 1992, S. 553 ff. (554 ff.).

²⁰ Rittner, Rechtsgrundlagen und Rechtsgrundsätze des öffentlichen Auftragswesens, Schriften zum öffentlichen Auftragswesen, 1988, Rn. 22, zur historischen Entwicklung vgl. auch Kunert, Staatliche Bedarfsdeckung und öffentliches Recht, 1977, S. 29 ff., Jank/Zdziebło, Einführung in das Öffentliche Auftragswesen, 1987, S. 9 ff., Burmeister, Bindungen der Gemeinden an die VOB, 1989, S. 28 ff.

gungsausschüssen, dem sogenannten Verdingungsausschuß für Bauleistungen (DVA), gegründet 1926 aufgrund eines Beschlusses des Reichstages, sowie im deutschen Verdingungsausschuß für Leistungen, dem DVAL. Die Ausschüsse setzen sich aus Vertretern des Bundes, der Länder, der Gemeinden sowie der Verbände der Wirtschaft und aus Vertretern der Gewerkschaften zusammen.²¹

Betrachten wir nun das Geflecht der erlassenen Koordinierungsrichtlinien, so sehen wir, daß es schon jetzt eine beträchtliche Dichte hat. Das ist erklärlich angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung des öffentlichen Auftragswesens: machen doch die Ausgaben für öffentliche Aufträge EG-weit im Durchschnitt 10 - 15% des Bruttosozialproduktes aus.²² Bei den neuen Bundesländern liegt dieser Anteil noch höher, derzeit bei ca. 30%.²³ Mit einem Volumen von rd. 400 Mrd. ECU, d.h. 800 Mrd. DM, das in jedem Jahr - und zwar ganz überwiegend inlandswirksam - EG-weit für öffentliche Aufträge ausgegeben wird, ist das öffentliche Auftragswesen seit Jahren einer der notwendigen Schwerpunkte zur Verwirklichung des Binnenmarktes 1992.

IV.

Bei den europäischen Instanzen wird vielfach angenommen, daß jährlich bis zu 40 Mrd. ECU, d.h. rd. 80 Mrd. DM, gespart werden könnten, wenn auch im öffentlichen Auftragswesen ein echter gemeinsamer Markt verwirklicht wird. Zur Untermauerung dieser Zahlen wird gewöhnlich auf die Hochrechnungen des "Cecchini Berichts" verwiesen, der 1988 im Auftrag der EG-Kommission erstellt und publiziert wurde und als Untersuchung über "die Kosten von Nicht-Europa" die Vorzüge des Binnenmarktprojekts herausstreichen sollte.²⁴ Im Kapitel über das öffentliche Auftragswesen geht die Studie von einer grundsätzlich protektionistischen Haltung der Vergabebehörden in den Mitgliedstaaten

21 Zu diesen Ausschüssen siehe Rittner, a.a.O., Rn. 28, Daub/Eberstein, Kommentar zur Verdingungsordnung für Leistungen Teil A (VOL/A), 1985, Einl. Rdnr. 12.

22 Cecchini Bericht, Paolo Cecchini, Europa 1992, Der Vorteil des Binnenmarkts, Taschenbuchausgabe Nomos, 1. Auflage 1988, S. 37.

23 Vgl. Weiss, a.a.O., S.11.

24 Benannt nach dem Koordinator des Untersuchungsberichts, Paolo Cecchini, Europa 1992, Der Vorteil des Binnenmarkts.

aus. In einer Reihe von Modellrechnungen zu Erzeugnissen des Liefersektors errechnet diese vielzitierte Studie Einsparungen zwischen 7% und 52% bei einer wettbewerbsoffenen Auftragsvergabe.²⁵ Skepsis erscheint angebracht.²⁶ Der Bausektor kommt bei den Modellrechnungen kaum vor. Er wird aber gleichwohl in die zusammenfassende Interpolation eingezogen. Dabei bleibt unberücksichtigt, daß es sich bei Bauleistungen vielfach um Leistungen handelt, die objekt-individuell zu erbringen sind. Kostenersparnisse durch größere Produktionsserien fallen insoweit nicht an.²⁷ Die Bauleistung erfordert - anders als andere Leistungen - jeweils die Errichtung einer Produktionsstätte am Ort der Leistung; der Transport von Maschinen und Arbeitskräften über weite Strecken ist ein wesentlicher Kostenfaktor. Die Regionalität der Baumärkte setzt hier der wechselseitigen Durchdringung bestimmte Grenzen. Es ist übrigens gelegentlich festzustellen, daß bei Bauaufträgen, die wegen geringerer Auftragswerte nicht EG-weit ausgeschrieben wurden, der Anteil der grenzüberschreitenden Vergaben - z.B. aus Nordrhein-Westfalen in die Niederlande - größer ist als bei Aufträgen, die im Amtsblatt publiziert wurden. Näheres darüber enthält eine statistische Übersicht, die Teil meiner kürzlich in der Schriftenreihe des Forschungsinstitutes für Europafragen der Wiener Wirtschaftsuniversität erschienenen Publikation ist.²⁸

25 Ebd., S. 37 ff., 41 f.

26 Skepsis dürfte schon deshalb angebracht erscheinen, weil bei den Schätzungen unterstellt worden ist, die mikro- und makroökonomische Politik werde dafür sorgen, daß die durch Kostenreduzierung frei werdenden Ressourcen tatsächlich wieder produktive Verwendung fänden. Insgesamt kritisch u.a. "Eurofuture v. Europhoria" in *The Economist*, Mai 1988, Engels, in: *Wirtschaftswoche* 1988, Nr. 36, S. 154.

27 Die Berechnungen des Cecchini-Berichts gehen jedoch in erster Linie von den Vorteilen durch Skalenerträge aus. Siehe ebd., S. 101. Vgl. zu den Besonderheiten des Bausektors auch Seidel, in: *Dausen, Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts*, 1993, H. IV, Rdnr. 34.

28 Seidel, *Recht und Praxis der Auftragsvergabe in der Bundesrepublik Deutschland und in anderen Ländern der EG*, in: *Rill/Griller (Hrsg.), Europäischer Binnenmarkt und österreichisches Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 1991, S. 198-213. Vgl. auch die vom Bundesministerium für Verkehr in Bonn für den Fernstraßenbau durchgeführte Untersuchung, *Stern, Straße und Autobahn*, 1990, S. 4.

V.

Um einen Überblick über die wichtigsten erlassenen und zu erwartenden EG-Vergaberegungen zu geben, sind insgesamt sieben Harmonisierungsrichtlinien zu erwähnen. Drei davon sind bereits seit Jahren in Kraft:

- die Lieferkoordinierungsrichtlinie²⁹
- die Baukoordinierungsrichtlinie³⁰
- die Bauproduktenrichtlinie.³¹

Zwei weitere sind bereits erlassen und derzeit in der Phase der Umsetzung in staatliches Recht:

- die Überwachungsrichtlinie³² - wie sie bei uns meist genannt wird bzw. "Directive Surveillance". Oder wie man es in Brüssel lieber hört: "Rechtsmittelrichtlinie bzw. "Remedies Directive" und
- die Sektorenrichtlinie.³³

²⁹ Richtlinie des Rates vom 21.12.1976, 77/62/EWG, ABl. L 13/1 vom 15.7.1977, zuletzt geändert durch die Richtlinie des Rates vom 22.3.1988, 88/295/EWG, ABl. L 127/1 vom 20.5.1988 und die Richtlinie des Rates vom 17.9.1990, 90/531/EWG, ABl. L 297/1 vom 29.10.1990.

³⁰ Richtlinie des Rates vom 26.7.1971, 71/305/EWG, ABl. L 185 vom 16.8.1971, geändert durch die Richtlinie des Rates vom 18.7.1989, 89/440/EWG, ABl. L 210/1 vom 21.7.1989 und die Richtlinie des Rates vom 17.9.1990, 90/531/EWG, ABl. L 297/1 vom 29.10.1990.

³¹ Richtlinie des Rates vom 21.12.1988, 89/106/EWG, ABl. L 40/12 vom 11.2.1989.

³² Richtlinie des Rates vom 21.12.1989, 89/665/EWG, ABl. L 395/33 vom 30.12.1989. Mit Stand vom 31. Oktober 1992 ist die Umsetzung erfolgt in Dänemark, Spanien, Frankreich, Italien, Irland, Portugal, Großbritannien (aus Belgien und der Niederlande liegen keine Angaben zur Umsetzung vor). In Deutschland liegt ein Gesetzentwurf für die neuen §§ 57a, 57b, 57c HGrG vor, und die Entwürfe für die aufgrund der §§ 57b, 57c zu erlassenden Rechtsverordnungen; dazu Seidel, in: Dausen, a.a.O., H. IV, Rdnr. 174 ff.

³³ Richtlinie des Rates vom 17.9.1990, 90/531/EWG ABl. L 297/1 vom 29.10.1990. Mit Stand vom 31. Oktober 1992 ist die Umsetzung erfolgt in Dänemark.

Im Brüsseler Gesetzgebungsverfahren stecken:³⁴

- die Sektoren-Überwachungsrichtlinie³⁵
- die Dienstleistungsrichtlinie³⁶ und
- die Sektoren-Dienstleistungsrichtlinie,³⁷ die später Teil der Sektorenrichtlinie werden soll.

Ich möchte Ihnen diese Richtlinien nicht im einzelnen vorstellen.³⁸ Sie gäben wohl Stoff für eine ganze Vorlesungsreihe. Lassen Sie mich aus diesen Richtlinien die wesentlichen Elemente darstellen.

VI.

Die Vergaberichtlinien haben zum Ziel, den Unternehmen in der Gemeinschaft den Zugang zu den Beschaffungsmärkten der anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft faktisch zu öffnen. Der Richtliniengeber - der Ministerrat - hat dabei vor allem auf die Prinzipien Wettbewerbsneutralität und Transparenz gesetzt.

Transparenz bei der Auftragsvergabe soll vor allem durch die obligatorische Veröffentlichung im Amtsblatt der EG für öffentliche Aufträge einer gewissen Größenordnung gewährleistet werden. Der sogenannte Schwellenwert für die Publikationspflicht ist von Richtlinie zu Richtlinie unterschiedlich. Für Lieferaufträge liegt der Eckwert bei

34 Mittlerweile sind die Vergaberichtlinien im wesentlichen verabschiedet worden. Bislang fehlt lediglich die Sektorendienstleistungsrichtlinie, vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 90/531/EWG betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, Dok. KOM (91) 347 (Gemeinsamer Standpunkt vom 21.12.1992).

35 Richtlinie des Rates vom 25.2.1992, 92/13 EWG, ABl. L 76/3 vom 23.3.1992.

36 Richtlinie des Rates vom 18.6.1992, 92/50/EWG, ABl. L 209/1 vom 24.7.1992.

37 Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 90/531/EWG betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, Dok. KOM (91) 347 (Gemeinsamer Standpunkt vom 21.12.1992).

38 Im einzelnen siehe Seidel, in: Dausers, a.a.O., H. IV, Rdnr. 39 ff.

200.000 ECU, für Bauaufträge bei 5 Mio ECU.³⁹ Der Transparenz dienen auch eine Reihe von *ex-ante* und *ex-post* Informations- und Berichtspflichten,⁴⁰ sowie Pflichten zur Vorlage von Statistiken,⁴¹ denen der öffentliche Auftraggeber gegenüber den Unternehmen oder der Kommission unterliegt.

Der *Wettbewerb* zwischen den Bietern für öffentliche Aufträge soll durch die Vorgabe bestimmter Vergabeverfahren sichergestellt werden. Abgestuft nach ihrer Wettbewerbsintensität sehen die Richtlinien folgende Verfahren vor:

- das offene Verfahren,
- das nicht-offene Verfahren und
- das Verhandlungsverfahren.

Um das offene Verfahren beispielhaft zu erläutern,⁴² sei darauf hingewiesen, daß ihm im deutschen Vergabewesen die öffentliche Ausschreibung, im französischen die *adjudication* und der *appel d'offres ouvert*, im italienischen die *asta pubblica* bzw. die *gara pubblica* und im englischen das *open tendering* entspricht.⁴³

³⁹ Der Gegenwert eines ECU in Landeswährung wird für die Anwendung der Richtlinien von der Kommission jeweils für zwei Jahre festgesetzt. Er bewegt sich zwischen zwei und drei DM.

⁴⁰ Vorabinformation als Orientierungshilfe für Unternehmen im Hinblick auf die in absehbarer Zeit zu erwartenden öffentlichen Aufträge wird vorgeschrieben in Art. 9 Lieferkoordinierungsrichtlinie, Art. 12 Baukoordinierungsrichtlinie, neuerdings auch in Art. 16 Dienstleistungsrichtlinie und Art. 17 Sektorenrichtlinie. Ex-post Information beinhaltet die Veröffentlichung der Zuschlagskriterien, der Zahl der eingegangenen Angebote, die Namen und die Anschrift des Auftragnehmers sowie den gezahlten Preis. Weiterhin muß den nicht zum Zuge gekommenen Bewerbern auf Antrag die Gründe für die Ablehnung ihrer Bewerbung mitgeteilt werden (Art. 5a I Baukoordinierungsrichtlinie). Außerdem muß für jeden vergebenen Auftrag ein Vergabevermerk angefertigt werden, der weitere Informationen enthalten muß (Art. 5a III Baukoordinierungsrichtlinie, Art. 7 IV Lieferkoordinierungsrichtlinie).

⁴¹ Art. 29 Lieferkoordinierungsrichtlinie und Art. 30a Baukoordinierungsrichtlinie sehen die jährliche Vorlage von Statistiken über die vergebenen öffentlichen Bau- und Lieferaufträge bei der Kommission vor.

⁴² Für das nichtoffene Verfahren und das Verhandlungsverfahren vgl. Seidel, in: Dausen, Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, 1993, H. IV Rdnr. 99 ff.

⁴³ Siehe insbesondere Langer, Österreichisches und internationales Vergaberecht, in: Schriftenreihe der Bundeswirtschaftskammer, 1990, Heft 68, ferner Bréchon-Moulénes u.a., Les Marchés Publics Européens (Droit Communautaire, Droit Comparé), Dossiers et documents de la Revue française de Droit administratif, 1989, S. 37.

Eine inhaltliche Anforderung an die Ausschreibung ist, daß die Leistungsbeschreibung wettbewerbsneutral sein muß. Die Beschreibung darf insbesondere nicht so abgefaßt werden, daß sie ausländischen Unternehmen den Zugang zu den Beschaffungsmärkten des öffentlichen Auftraggebers verwehrt oder auch nur erschwert. Beispielsweise wäre es unzulässig zu verlangen, daß die zu liefernde Ware das Qualitätszeichen einer deutschen Güteschutzgemeinschaft trägt, selbst dann, wenn auch ausländische Unternehmen unter den gleichen Bedingungen wie deutsche Unternehmen Mitglied dieser Güteschutzgemeinschaft werden können.

Die Leistung muß genau und eingehend beschrieben werden, so daß sie für alle Bewerber in gleicher Weise verständlich ist. Der Amtschef einer zentralen dänischen Beschaffungsbehörde brachte hierzu kürzlich als Beispiel die über alle Ländergrenzen hinweg bekannte Beschreibung eines - man könnte sagen - klassischen Baukörpers: 300 Ellen lang, 50 Ellen breit, 30 Ellen hoch, Material Tannenholz, 3 Böden, Tür mitten in der Seite (I. Moses, Kap. 6, Vers 14 - 16). Der Auftragnehmer war Noah; den Auftraggeber kennen Sie.

VII.

Für die Frage des Anwendungsbereiches der Vergaberichtlinien steht der Begriff des öffentlichen Auftraggebers⁴⁴ bzw. des öffentlichen Auftrags im Mittelpunkt der Überlegungen. Der Kreis der von diesen Richtlinien erfaßten Auftraggeber ist weit größer, als man bei unbefangenen Verständnis des Wortsinns erwarten könnte. Die Vorstellung, daß nur öffentliche Auftraggeber im klassischen Sinne, d.h. Staat, Regierungen, Gemeinden, sowie sonstige Verwaltungseinrichtungen und juristische Personen des öffentlichen Rechts, d.h. Körperschaften, Anstalten und Stiftungen an das gemeinschaftsrechtliche Regelwerk im Beschaffungswesen gebunden wären, greift sicherlich zu kurz. Dieses Begriffsverständnis hat zwar möglicherweise noch der Lieferkoordinierungsrichtlinie zugrunde gelegen. Betrachtet man allerdings die Baukoordinierungsrichtlinie, so

⁴⁴ Ausführlich Seidel, in: Dauses, a.a.O., H. IV, Rdnr. 7 ff., ferner Elverfeld zum Einfluß des Europäischen Rechts auf die Vergabe öffentlicher Aufträge durch Kommunen: Europäisches Recht und kommunales öffentliches Auftragswesen, 1992, S. 37 ff.

trifft man bereits einen weiter gefaßten Begriff an, der unter bestimmten Voraussetzungen auch private Einrichtungen umfaßt.⁴⁵ Trotz ihrer privatrechtlichen Rechtsform werden Einrichtungen dann von der Bindungswirkung dieser Richtlinie erfaßt, wenn sie:

- gegründet wurden, um Aufgaben zu erfüllen, die im Allgemeininteresse liegen, und
- durch eine besondere Nähe zum Staat gekennzeichnet sind, z.B. aufgrund überwiegender Finanzierung durch die öffentliche Hand oder aufgrund personeller Verflechtung der maßgebenden Organe mit der öffentlichen Hand.

Damit tritt neben den Begriff des institutionellen öffentlichen Auftraggebers, der durch den formalrechtlichen Status der juristischen Person des öffentlichen Rechts definiert wird, der funktionale Begriff des öffentlichen Auftraggebers. Probleme bereitet, zu bestimmen, wann eine "Aufgabe von Allgemeininteresse" verfolgt wird.⁴⁶ Die Richtlinie schweigt sich hierzu aus. Eines steht jedoch fest, je vielfältiger die politischen Auffassungen vom Staat und seinen Aufgaben sind und je schneller sie sich wandeln, umso weniger Übereinstimmung wird es darüber geben, was den Begriff der Aufgabe von Allgemeininteresse ausmacht. Es wäre beispielsweise zu überlegen, ob Rundfunk- und Fernsehanstalten ebenfalls zum Kreis der Verpflichteten gehören und daher ihre Aufträge über Bauten und Lieferungen künftig EG-weit ausschreiben müssen. In einem europaweiten Streit, der vor etlichen Jahren unter einer anderen Regierung und aus anderem Anlaß über Aufgaben von Rundfunk und Fernsehen geführt wurde, berief sich die Bundesregierung auf die bildungspolitische und damit öffentliche Aufgabe der Rundfunk- und Fernsehanstalten. Der Ministerpräsident eines benachbarten Staates, klein von Staatsgebiet, aber groß in der Ausstrahlung von Rundfunkprogrammen und Fernsehsendungen, sah dies anders und konterte: Die Auffassung eines Orgel spielenden Bundeskanzlers sei wohl nicht europaweit als Maßstab zu nehmen.

45 Art. 1 lit. b Baukoordinierungsrichtlinie.

46 Der Erläuterung der Kommission "Im Gegensatz zum Einzelinteresse ist das Allgemeininteresse das Interesse der Gemeinschaft oder einer zu einem bestimmten Zeitpunkt der gesellschaftlichen Entwicklung von den Regierenden oder den Behörden festgelegten Gesamtheit" dürfte für eine EG-weit einheitliche Auslegung des Begriffs wohl keine Schlüsselfunktion zukommen (Dok. Öffentliche Aufträge und Gemeinschaftsfinanzierung, Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, 1991, S. 55).

Diese Fassung der Baukoordinierungsrichtlinie, die private Einrichtungen mit einbezieht, wenn sie im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art erfüllen, stammt aus dem Jahre 1989. Ende 1991 erfuhr die Bundesregierung erstmals von der EG-Kommission, wie ihres Erachtens der Begriff "Allgemeininteresse" in der Baukoordinierungsrichtlinie ausgefüllt werden könnte. Die Bundesregierung hätte übrigens längst einen Katalog von Einrichtungen, die ihres Erachtens von der Richtlinie erfaßt werden sollten, nach Brüssel schicken können, wie es andere Mitgliedstaaten auch getan haben. Die Kommission hätte es begrüßt. In der Kommission hielt man es allerdings auch für sinnvoll, für alle Mitgliedstaaten nach einheitlichen Gesichtspunkten einen Katalog aufstellen und es nicht darauf ankommen zu lassen, was die Mitgliedstaaten unter Zugrundelegung unterschiedlicher politischer Vorstellungen über Allgemeininteresse vorschlagen würden. Ob es auf diese Art und Weise zu einer gleichgewichtigen Erfassung privater Einrichtungen in den Mitgliedstaaten kommt, ist zu bezweifeln. Geschieht dies nicht, sind Wettbewerbsverzerrungen die zwingende Folge. Die Vergabe-Richtlinien sollten jedoch von ihrer Zweckbestimmung her Wettbewerbsverschiebungen gerade abbauen, nicht neue schaffen.

In der *Sektorenrichtlinie*⁴⁷ findet sich ein weiterer Begriff des öffentlichen Auftraggebers.⁴⁸ Ziel der Sektorenrichtlinie ist, im Bereich der Trinkwasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor größere Bau- und Lieferaufträge bestimmter Auftraggeber zu erfassen, und zwar unabhängig von der Rechtsform der Auftraggeber. Erfasst werden Einrichtungen, die

- im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen haben und entweder
- staatliche Behörden sind oder
- als Unternehmen zur öffentlichen Hand in engerer Beziehung stehen, z.B. aufgrund überwiegender Finanzierung durch die öffentliche Hand oder aufgrund personeller Verflechtung der maßgebenden Organe mit der öffentlichen Hand, oder

⁴⁷ Richtlinie des Rates vom 17.9.1990, 90/531/EWG, ABl. L 297/1 vom 29.10.1990.

⁴⁸ Art.1 bis 3 Sektorenrichtlinie.

- aufgrund besonderer oder ausschließlicher Rechte (Konzession) tätig sind.

Die Sektorenrichtlinie verwendet ausschließlich den funktionalen Begriff des öffentlichen Auftraggebers und arbeitet nicht mehr mit dem klassischen institutionell bestimmten Begriff. Das wird auf das innerstaatliche Recht in den Mitgliedstaaten nicht ohne Einfluß bleiben.

VIII.

Nach welchen Kriterien der Zuschlag auf ein Angebot erteilt werden muß bzw. darf ist ein weiterer Kernpunkt der Brüsseler Regelwerke über die Vergabe öffentlicher Aufträge. Die Regelungen in den Richtlinien sind in diesem Punkt kurz und knapp. Es darf nur nach zwei Zuschlagskriterien entschieden werden:⁴⁹

- der niedrigste Preis oder
- die Einschätzung als insgesamt wirtschaftlich günstigstes Angebot; dabei kommt es nicht allein auf den Anschaffungspreis an, je nach dem Gegenstand der Anschaffung können weitere Gesichtspunkte einbezogen werden, z.B. technischer Wert, künstlerischer Wert, Wartungskosten.

Gleichwohl wird aber in den Mitgliedstaaten unter wechselnden wirtschaftspolitischen Bedingungen immer wieder erneut die Frage gestellt, ob die Vergabe öffentlicher Aufträge nicht als Instrumentarium zur Bewältigung neuer Herausforderungen eingesetzt werden sollte. Es bietet sich an, das Entstehen neuer Industriestrukturen oder die Entwicklung bestehender durch eine gezielte Vergabe adäquater öffentlicher Aufträge zu steuern.⁵⁰

⁴⁹ Vgl. z.B. Art. 25 Abs. 1 Lieferkoordinierungsrichtlinie (Richtlinie des Rates vom 21.12.1976, 77/62/EWG ABl. L 13/1 vom 15.1.1977, geändert durch die Richtlinie des Rates vom 22.3.1988, 88/295/EWG, ABl. L 127/1 vom 20.5.1988 und die Richtlinie des Rates vom 17.9.1990, 90/531/EWG, ABl. L 297/1 vom 29.10.1990), Art. 29 Abs. 1 Baukoordinierungsrichtlinie (Richtlinie des Rates vom 26.7.1971, 71/305/EWG, ABl. L 185 vom 16.8.1971, geändert durch die Richtlinie 89/440/EWG, Richtlinie des Rates vom 18.7.1989, ABl. L 210/1 vom 21.7.1989).

⁵⁰ Vgl. zur Vergabepaxis der Kommunen unter dem Stichwort "Regionalprotektionsmus" Elverfeld, Europäisches Recht und kommunales öffentliches Auftragswesen, 1991, S. 49 ff.

Man darf wohl davon ausgehen, daß es traditioneller französischer Auffassung entspricht, öffentliche Aufträge als Mittel *sektoraler Strukturpolitik* einzusetzen. Das EG-Recht steht dem entgegen oder setzt dem zumindest sehr enge Grenzen.

Die Beschaffungspolitik wird ebenfalls aus der Perspektive der regionalen Strukturpolitik als Instrument betrachtet. In Gebieten mit einer besonders hohen Arbeitslosigkeit könne man die Vergabe öffentlicher Aufträge an die regionale Beschäftigungswirksamkeit koppeln.⁵¹

Die einschlägigen EG-Richtlinien sehen die regionale Beschäftigungswirksamkeit nicht als Zuschlagskriterium vor. Ob man die arbeitsmarktpolitische Problematik völlig beiseite lassen kann und soll, läßt sich bezweifeln. Beschäftigungspolitischen Fragen ist sicherlich ein hoher Stellenwert beizumessen.

Besonders in Mitgliedstaaten mit ernststen sozialen Problemen denkt man daran, die Vergabe öffentlicher Aufträge als Mittel zur Minderung der Arbeitslosigkeit einzusetzen, der sonst schwer zu begegnen ist. Aber auch in den Niederlanden wird die Vergabe öffentlicher Aufträge als Steuerungselement gegen Arbeitslosigkeit angesehen. In dieser Frage hat es nicht nur Meinungsverschiedenheiten zwischen den Niederlanden und der EG-Kommission gegeben. Seit etwa drei Jahren liegt ein Urteil des Europäischen Gerichtshofes vor, das sogenannte "Beentjes-Urteil".⁵²

51 Ders. S. 159 ff. m.w.N.

52 EuGH Rs. 31/87, EuGHE 1988, I 4635, dazu: Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur Anwendung der Richtlinien zum öffentlichen Auftragswesen, Kommission der EG, Dok. CC/91/15 vom 20.3.1991; Lenz, Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH - Wirkung und Konsequenzen für das öffentliche Auftragswesen, Forum '92 - Öffentliches Auftragswesen, BDI-Drucksache Nr. 254, S. 33. Im "Beentjes"-Urteil hat der EuGH zwar die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen als zulässiges zusätzliches Zuschlagskriterium mit der Maßgabe zugelassen, daß diese Bedingung in der Ausschreibung bekannt gemacht wird und sie keine diskriminierende Wirkung zeitigt. Es sind jedoch kaum Fälle denkbar, in denen die Berücksichtigung dieses Kriteriums ohne diskriminierende Wirkung angewandt werden kann. Das Urteil hat EG-weit auch mehr Kritik als Zustimmung gefunden. Sogar Generalanwalt Lenz meint dazu: "Mit dem Urteil Beentjes ist in bezug auf die Verfolgung sozialer Ziele im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe vielleicht noch nicht das letzte Wort gesprochen. Sicher wird man auch für die Zukunft daran festhalten müssen, daß die vertraglichen Diskriminierungsverbote, selbst in Fällen der Berücksichtigung sozialer Aspekte, uneingeschränkt Beachtung finden müssen.", a.a.O., S. 33.

Wegen der bevorzugten Berücksichtigung von Lehrlingsausbildungsbetrieben bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in Nordrhein-Westfalen hatte die Kommission gegen die Bundesrepublik ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet. Die Bundesregierung hatte den sogenannten "Lehrlingserlaß" über Jahre hindurch vergeblich beanstandet. Auf die Rüge der EG-Kommission hin hob Nordrhein-Westfalen ihn schließlich auf. Allerdings folgte tags darauf eine neue Regelung, nach der solche Betriebe bevorzugt berücksichtigt werden sollten, die junge Frauen ausbilden. Nordrhein-Westfalen hielt sich zu dieser Frauenförderungsmaßnahme für berechtigt angesichts der Interpretation, die es - sicherlich nicht ganz abwegig - auf Grund von programmatischen Äußerungen der EG-Kommission in anderem Zusammenhang gab. Der juristische Dienst der EG-Kommission blieb hart - aus meiner Sicht zu Recht. Kurz vor dem förmlichen Beschluß der Kommissare in Brüssel, die Bundesrepublik wegen dieser Regelung vor dem Europäischen Gerichtshof zu verklagen, beschloß das Kabinett in Düsseldorf, den sogenannten Frauenerlaß außer Kraft zu setzen. Ob sich die Düsseldorfer Landesregierung wirklich geschlagen gegeben hat, scheint mir nicht sicher. Dem Vernehmen nach hat die Landesregierung ein Rechtsgutachten in Auftrag gegeben, in dem die Vereinbarkeit von EG-Vergaberecht und Frauenbevorzugungsregelungen untersucht werden soll. Meiner Ansicht nach ist die Rechtslage in diesem Punkt klar.

Der Unterrepräsentation von Frauen in den interessanteren Bereichen des beruflichen und gesellschaftlichen Lebens, soweit sie auf - meist verkappter - Diskriminierung beruht, sollte mit gemeinschaftsrechtskonformen Maßnahmen begegnet werden, die sich in unseren allgemeinen ordnungspolitischen Rahmen einpassen. Im Bereich der Frauenförderung gibt es sicherlich noch einiges zu tun. Aus meiner Sicht ist aber das Öffentliche Auftragswesen dazu kein geeignetes Instrumentarium.

So anerkennenswert die auftragsfremden Belange - Arbeitsmarktpolitik, Ausbildungsförderungspolitik, sektorale und regionale Strukturpolitik - als solche auch sein mögen, die ordnungspolitischen Konsequenzen der Instrumentalisierung des Öffentlichen Auftragswesens für bestimmte Politiken wären in mehrfacher Hinsicht nicht hinnehmbar:

- Die Berücksichtigung auch nur eines dieser auftragsfremden Kriterien hätte Signalwirkung.
- Der Grundsatz der Vergabe auf das wirtschaftlichste Angebot wäre aufgege-

ben, einer der tragenden Pfeiler des Vergaberechts und der Integration der Beschaffungsmärkte in der EG in Frage gestellt.

IX.

Nach den materiellen Vergabevorschriften sollen anschließend die gemeinschaftsrechtlichen Verfahrensvorschriften betrachtet werden, die sicherstellen sollen, daß die inhaltlichen Vorgaben an Vergabeentscheidungen auch tatsächlich eingehalten werden. Die eingangs erwähnte Überwachungsrichtlinie⁵³ wurde am 21. Dezember 1989 vom Rat verabschiedet und findet Anwendung auf öffentliche Bauaufträge und öffentliche Lieferverträge. Sie bezieht sich auf die Baukoordinierungsrichtlinie und die Lieferkoordinierungsrichtlinie. Für den Anwendungsbereich der Sektorenrichtlinie ist die entsprechende sogenannte "Sektorenüberwachungsrichtlinie" erlassen,⁵⁴ die demgemäß den Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie den Telekommunikationsbereich abdeckt. Sie deckt sich mit der eigentlichen Überwachungsrichtlinie, enthält aber zusätzlich im Hinblick auf die zahlreichen privaten Auftraggeber, die durch die Sektorenrichtlinie erfaßt werden, die Möglichkeit, anstelle des behördlichen Beschwerdeverfahrens mit der potentiellen Anordnung der Aussetzung des Vergabeverfahrens ein Verfahren zu wählen, bei dem es statt der Aussetzung des Vergabeverfahrens zur Festsetzung eines Zwangsgeldes kommt.⁵⁵ Außerdem sieht die Sektorenüberwachungsrichtlinie als zusätzliche Möglichkeit der Streitschlichtung vor, daß ein Unternehmer, der sich benachteiligt fühlt, bei der EG-Kommission die Einberufung einer Schlichtungskommission verlangen kann,

53 Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (89/665/EWG, ABl. L 395/33 vom 30.12.1989).

54 Richtlinie des Rates vom 25.2.1992, 92/13 EWG, ABl. L 76/3 vom 23.3.1992.

55 Art. 2 Abs. 1 lit. c der Sektorenüberwachungsrichtlinie. Die Bundesrepublik hatte sich neben Großbritannien auf ein entsprechendes Petition der Wirtschaft dafür eingesetzt, daß angesichts der von dieser Richtlinie betroffenen Auftraggeber in privater Rechtsform eine Regelung gefunden wurde, die eine Aussetzung des Vergabeverfahrens nicht verlangt. Inzwischen hat sich jedoch die Wirtschaft in der Bundesrepublik für die Alternative "behördliche Aussetzung" und gegen die Alternative "Zwangsgeld ohne Aussetzung" entschieden. Maßgebend dafür ist, daß der Wirtschaft eine nur kurzzeitige Aussetzung des Vergabeverfahrens durch eine fachkompetente Nachprüfbehörde eher vertretbar erscheint als das Risiko, letztlich ein sehr hohes Zwangsgeld zahlen zu müssen, wie es in anderen Mitgliedstaaten, die ähnliche Verfahren anwenden, Praxis ist.

die aus Experten der Mitgliedstaaten besteht.⁵⁶

Waren es beim Zustandekommen der Richtlinien über die Angleichung der Vergabeverfahren vor allem die von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlichen ordnungspolitischen Prinzipien im Hinblick auf das Öffentliche Auftragswesen, die das Zustandekommen der Richtlinien so schwierig machten, so ist das harte Ringen, das die Brüsseler Beratungen um die Überwachungsrichtlinie gekennzeichnet hat, vor allem aus den unterschiedlichen rechtlichen Strukturen der Mitgliedstaaten zu erklären, in denen das Öffentliche Auftragswesen verankert ist. Im Vergleich der Mitgliedstaaten insgesamt läßt sich dazu feststellen:⁵⁷

Die Mitgliedstaaten der EG, die um die Nordsee herum liegen, haben ein vom Privatrecht bestimmtes Vergaberecht. Was die Justitiabilität angeht, unterliegt das Vergaberecht - folgerichtig - der Zivilgerichtsbarkeit.

Dem Zivilrecht unterliegt

- das Vergabeverfahren und
- das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer.

Die Zivilgerichte sind zuständig für Streitigkeiten

- aus dem Vergabeverfahren und
- aus dem Vertrag mit dem Auftragnehmer.

Dies gilt für Dänemark, die Bundesrepublik, die Niederlande, für Großbritannien und Irland.

Ein ganz anderes Grundverständnis ist dagegen in den EG-Ländern anzutreffen, die stärker vom römischen Recht geprägt sind. In Frankreich und in Spanien unterliegt das

56 Art. 9-11 Sektorenüberwachungsrichtlinie.

57 Siehe insbesondere Langer, Österreichisches und internationales Vergaberecht, in: Schriftenreihe der Bundeswirtschaftskammer, 1990, Heft 68, ferner Bréchon-Moulénes u.a., Les Marchés Publics Européens (Droit Communautaire, Droit Comparé), Dossiers et documents de la Revue française de Droit administratif, 1989, S. 37.

Öffentliche Auftragswesen vollständig dem öffentlichen Recht. Dem öffentlichen Recht sind zuzuordnen:

- das Vergabeverfahren
- der Vertrag zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Auftragnehmer.

Folgerichtig kommen nur die Verwaltungsgerichte bzw. der Staatsrat in Betracht für die Regelung von Streitigkeiten

- aus dem Vergabeverfahren
- aus dem Vertrag.

Selbstverständlich ist in diesen Ländern der Zuschlag auf das Angebot ein Verwaltungsakt. Ganz im Gegensatz zur Ausgestaltung des deutschen Vergaberechts, das im Zuschlag schlicht die Annahme eines Angebots sieht, wie sie im Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches geregelt ist.

Angesichts der Unterschiedlichkeit dieser Rechtssysteme war es in den Brüsseler Beratungen außerordentlich schwierig, zu einem Konsens zu kommen, bei dem jeder Mitgliedstaat sein System so weit wahren konnte, daß das Öffentliche Auftragswesen nicht völlig aus dem tradierten Rechtssystem im Mitgliedstaat herausgebrochen werden mußte. So ist eine Richtlinie verabschiedet worden, die zur Realisierung des Ziels, der raschen und wirksamen Kontrolle des Vergabegeschehens in den Mitgliedstaaten, vor allem die Einrichtung von Nachprüfungsinstanzen durch die Mitgliedstaaten vorsieht, die von den Vergabebehörden unabhängig sein müssen. Die Befugnisse der Nachprüfungsinstanzen umfassen:

- im Wege der einstweiligen Verfügung Verstöße gegen Vergabevorschriften durch vorläufige Maßnahmen zu beseitigen, z.B. durch die Aussetzung des Vergabeverfahrens,
- rechtswidrige Entscheidungen aufzuheben oder die Aufhebung zu verlangen einschließlich der Streichung diskriminierender technischer, wirtschaftlicher oder finanzieller Vergabe-Bestimmungen,

- den am Vergabeverfahren Beteiligten, die durch einen Rechtsverstoß geschädigt worden sind, Schadensersatz zu leisten.

Die Überwachungsrichtlinie verlangt vor allem, daß die Nachprüfung von Vergabeentscheidungen in letzter Instanz durch ein Gericht oder durch eine gerichtsäquivalente Instanz im Sinne des Art. 177 EWGV vorgenommen wird.⁵⁸ Diese gerichtliche Nachprüfung braucht allerdings lediglich den Charakter einer Revision zu haben.

Die Mitgliedstaaten müssen sicherstellen, daß die in der Richtlinie vorgesehenen Prüfungsverfahren auch tatsächlich durchgeführt werden. Das kann in der Weise geschehen, daß die Nachprüfungsinstanzen von Amts wegen oder auf Beanstandung eines am Vergabeverfahren Beteiligten ein Nachprüfverfahren einleiten.

Eigene Eingriffs-Befugnisse der EG-Kommission in mitgliedstaatliche Vergabeverfahren, wie sie im Richtlinienentwurf zunächst vorgesehen waren, sind fortgefallen. Gegen diese Eingriffsrechte hatte sich die Bundesrepublik Deutschland von Anfang an entschieden gewandt.

Vorgesehen wurde aber ein praxisorientiertes Hinweisverfahren bei der EG-Kommission in Fällen offensichtlicher Verstöße der Vergabestellen gegen EG-rechtliche Vergaberegulungen. Damit wird angestrebt, Verstöße umgehend zu beheben, um spätere langwierige Vertragsverletzungsverfahren sowie Prozesse vor dem Europäischen Gerichtshof zu vermeiden. Für die Unternehmen bedeutet diese Regelung insbesondere die Chance, im Falle eines diskriminierenden Vergabeverhaltens des öffentlichen Auftraggebers doch noch am Vergabeverfahren teilnehmen zu können.

Im Zusammenhang mit der gerichtlichen Nachprüfung von Vergabeentscheidungen ist zu der Verweisung auf den Gerichtsbegriff des Art. 177 EWGV folgendes anzumerken: Bekanntlich wird der Begriff des Gerichts in Art. 177 EWGV erheblich weiter gefaßt als etwa im deutschen Gerichtsverfassungsgesetz.⁵⁹ Die Verweisungsnorm in der Über-

⁵⁸ Art. 2 Abs. 2 Überwachungsrichtlinie, vgl. M. Dausen, Das Vorabentscheidungsverfahren nach Artikel 177 EWG-Vertrag, Amt für Amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, 1986, S. 58 ff.

⁵⁹ Vgl. Dausen, a.a.O., S. 53 ff.

wachungsrichtlinie geht aber gerade auf einen dringenden Wunsch der Bundesrepublik zurück, dem sich die anderen Mitgliedstaaten letztlich nicht verschlossen haben. In Deutschland sind die Zivilgerichte für Schadensersatzklagen zuständig, die der Bieter wegen *potentieller* Rechtsverstöße im Rahmen des Vergabeverfahrens gegen den Auftraggeber anstrengen kann. Würde man darüber hinaus ausdrücklich eine letztinstanzliche Zuständigkeit der Gerichte für *laufende Vergabeverfahren* vorsehen, z.B. die Korrektur falsch berechneter Angebotsfristen, die Korrektur des Ausschreibungstextes wegen potentieller Diskriminierung ausländischer Bewerber oder die Wahl des richtigen Vergabeverfahrens, so müßte man damit rechnen, daß es durch das Gericht zur Aussetzung von Vergabeverfahren kommt, deren Dauer nicht kalkulierbar wäre. Dies galt es insbesondere deshalb zu vermeiden, weil angesichts der in der Bundesrepublik üblichen Vergabe öffentlicher Aufträge in der Form von Stück- und Fachlosen die Aussetzung eines Vergabeverfahrens, z.B. des Gewerkes Rohbau, die Zeitdispositionen der sich daran anschließenden Gewerke zusammenbrechen läßt. Längere Aussetzungen des Vergabeverfahrens führen bekanntlich zu Investitionsstaus. Um diese wirtschaftlich außerordentlich negativen Auswirkungen zu vermeiden, hat sich die deutsche Verhandlungsdelegation unter dem Mandat eines entsprechenden strikten Auftrages des Deutschen Bundestages und des Deutschen Bundesrates mit Nachdruck dafür eingesetzt, daß es zu einer Lösung gekommen ist, die diese Auswirkungen vermeidet.

Die EG-Kommission macht nun allerdings geltend, bereits die Basisrichtlinien, wie z.B. die Lieferkoordinierungsrichtlinie verlangten, daß dem Einzelnen gegenüber dem Auftraggeber subjektive Rechte zustünden.⁶⁰ Wäre diese Auffassung richtig, so ergäbe sich schon aus den Basisrichtlinien, daß eine Geltendmachung von potentiellen Ansprüchen benachteiligter Bieter bei Gericht gar nicht zu vermeiden wäre und es dann zu den befürchteten negativen wirtschaftlichen Folgen kommen könnte.

Die EG-Kommission stützt ihre Auffassung auf zwei Urteile, die in den letzten Jahren zum Vergaberecht ergangen sind, nämlich auf das *Beentjes*-Urteil⁶¹ und das *Fratelli*

⁶⁰ Die Kommission leitete 1990 gegen die Bundesrepublik ein Vertragsverletzungsverfahren ein, mit dem sie unter Berufung auf die Rechtsprechung des EuGH zur Direktwirkung von Richtlinien aus der Lieferkoordinierungsrichtlinie von 1976/1989 subjektive, bei Gericht durchzusetzende Rechte der Bieter herleitete und deshalb die Umsetzung der Lieferkoordinierungsrichtlinie durch die VOL für nicht ausreichend erklärte. Das Verfahren wurde 1992 erneuert und auch auf die Umsetzung der Baukoordinierungsrichtlinie von 1971/1989 ausgedehnt.

⁶¹ EuGH Rs. 31/87, EuGHE 1988, I 4635.

Costanzo-Urteil.⁶² In diesen ist indes von der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien die Rede, nicht von subjektiven Rechten. Die Bundesregierung steht derzeit mit der EG-Kommission im Gespräch. Beiden Seiten geht es darum, eine Klage möglichst zu vermeiden. Die Sache findet angesichts ihrer wirtschaftlichen Folgen großes Interesse nicht nur bei den Verbänden der Wirtschaft, sondern auch bei Wissenschaftlern und im Parlament.⁶³ Das Parlament hatte am Tage vor der mündlichen Abstimmung vor Berlin noch am Abend zwischen 20.00 und 21.00 Uhr eine Stunde über die Umsetzung dieser Richtlinie debattiert. Der Bundesregierung geht es darum, daß es möglichst nicht zu einer Klage vor dem Europäischen Gerichtshof kommt. Denn der Ausgang eines Verfahrens vor dem EuGH ist stets ungewiß. Auch hier gilt das Wort: Auf hoher See und vor Gericht sind wir alle in Gottes Hand.

62 EuGH Rs. 103/88, EuGHE 1989, 1839.

63 Hailbronner, Rechtsgutachten "Gemeinschaftsrechtliche Fragen der Umsetzung der EG-Richtlinien zur Regelung der Vergabe öffentlicher Aufträge, insbesondere zur Frage der Gewährung subjektiver Rechte durch die Baukoordinierungsrichtlinie", Rechtsgutachten 1991 im Auftrag des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie; ders., Ableitung subjektiver Rechte aus EG-Richtlinien für das öffentliche Vergabewesen, Vortrag auf dem Symposium zur Umsetzung der EG-Richtlinien für den Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge am 25.11.1991 in Bonn, veranstaltet vom Zentralverband des Deutschen Baugewerbes, Zentralverband des Deutschen Handwerks, Bundesverband der Deutschen Industrie, Hauptverband der Deutschen Bauindustrie; Gres, Vergabegesetz für die Umsetzung der EG-Richtlinien für öffentliche Aufträge?, Forum '92 - öffentliches Auftragswesen, BDI-Drucksache Nr. 254, S. 63; Brunner, Entwicklung des Vergabewesens der Mitgliedstaaten durch die EG-Richtlinien für öffentliche Aufträge, Forum '92 - öffentliches Auftragswesen, BDI-Drucksache Nr. 254, S. 15.