

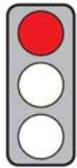
HANDELPOLITISCHE NUTZUNG DER ÖFFENTLICHEN AUFTRAGSVERGABE

cepAnalyse Nr. 38/2012 vom 17.09.2012

KERNPUNKTE

Ziel der Verordnung: Die Kommission will den Zugang europäischer Anbieter zu öffentlichen Aufträgen in Drittstaaten verbessern und zu diesem Zweck die Möglichkeiten erweitern, Anbieter aus Drittstaaten von der Auftragsvergabe in der EU auszuschließen.

Betroffene: Unternehmen, öffentliche Auftraggeber in der EU.



Pro: –

Contra: (1) Die Möglichkeit öffentlicher Auftraggeber, Bauleistungen, Waren und Dienstleistungen aus Drittstaaten von der Auftragsvergabe auszuschließen, ist willkürlich und ungeeignet, die Verhandlungsposition der EU zu verbessern.

(2) Die Möglichkeiten öffentlicher Auftraggeber und der Kommission, Leistungen von Anbietern aus Drittstaaten auszuschließen, bergen die Gefahr, dass die Drittstaaten mit neuen protektionistischen Vergeltungsmaßnahmen reagieren.

INHALT

Titel

Vorschlag COM(2012) 124 vom 21. März 2012 für eine **Verordnung** über den **Zugang von Waren und Dienstleistungen aus Drittländern zum EU-Binnenmarkt** für das öffentliche Beschaffungswesen **und** über die Verfahren zur Unterstützung von Verhandlungen über den Zugang von Waren und Dienstleistungen **aus der Union zu den öffentlichen Beschaffungsmärkten von Drittländern**

Kurzdarstellung

► Neuregelung des Rechts der öffentlichen Auftragsvergabe

Die Kommission schlägt zur Neuregelung der öffentlichen Auftragsvergabe drei Richtlinien und eine Verordnung mit folgenden Geltungsbereichen vor:

- KOM(2011) 895: Erwerb von Bauleistungen, Waren oder Dienstleistungen für die Wasser-, Energie-, und Verkehrsversorgung sowie für Postdienste (Sektorenrichtlinie; s. [CEP-Analyse](#))
- KOM(2011) 896: sonstiger Erwerb von Bauleistungen, Waren oder Dienstleistungen (allgemeine Richtlinie; s. [CEP-Analyse](#))
- KOM(2011) 897: Konzessionen (Konzessionsrichtlinie)
- COM(2012) 124: Nutzung der öffentlichen Auftragsvergabe in der Handelspolitik (s. diese CEP-Analyse)

► Ziele

- Die Kommission will den Zugang europäischer Anbieter zu öffentlichen Aufträgen in Drittstaaten verbessern. Um hierfür eine stärkere Verhandlungsposition zu erhalten, soll der Zugang zu öffentlichen Aufträgen in der EU für Anbieter aus Drittstaaten beschränkt werden können (Begründung, S. 2, 5 und 6).
- Außerdem will die Kommission die Möglichkeiten für öffentliche Auftraggeber aus der EU verbessern, „ungewöhnlich“ niedrige Angebote aus Drittstaaten beurteilen zu können (Erwägungsgrund 19).

► Anwendungsbereich

– Allgemeine Voraussetzungen

- Die Verordnung gilt für den Erwerb von Bauleistungen, Waren oder Dienstleistungen – im Folgenden: „Leistungen“ – durch öffentliche Auftraggeber, sofern (Art. 1)
 - diese unter die allgemeine Richtlinie [KOM(2011) 896], die Sektorenrichtlinie [KOM(2011) 895] bzw. die Konzessionsrichtlinie [KOM(2011) 897] fallen und
 - es sich bei der Leistung um eine „nicht erfasste“ Leistung aus einem Drittstaat handelt.
- „Öffentliche Auftraggeber“ sind Behörden, nichtgewerblich handelnde öffentliche Unternehmen („Einrichtungen des öffentlichen Rechts“) und daraus bestehende Verbände. Öffentliche Unternehmen sind Unternehmen, auf die die öffentliche Hand Einfluss ausübt.

– „Erfasste“ und „nicht erfasste“ Leistungen

- „Erfasste“ Leistungen sind Leistungen aus einem Drittstaat, mit dem die EU ein Abkommen über den gegenseitigen Zugang zu öffentlichen Aufträgen geschlossen hat (Art. 2 Abs. 1). Sie werden wie Leistungen aus der EU behandelt und unterliegen damit keinen Zugangsbeschränkungen (Art. 4).

- Erfassten Leistungen gleichgestellt sind solche aus
 - einem Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR, Art. 3 Abs. 3) und
 - einem Entwicklungsland (Art. 4 i.V.m. Anhang I der Verordnung (EG) Nr. 732/2008).
- „Nicht erfasste“ Leistungen sind Leistungen aus den übrigen Drittstaaten (Art. 2 Abs. 1 lit. e). Sie unterliegen der Verordnung.
- **Bestimmung der Drittstaatseigenschaft**
 - Eine Bau- oder Dienstleistung stammt aus einem Drittstaat, wenn der Leistungserbringer aus einem Drittstaat kommt (Art. 3 Abs. 2).
 - Eine Ware stammt aus in einem Drittstaat, wenn die gesamte oder die letzte „wesentliche und wirtschaftlich gerechtfertigte“ Bearbeitung in einem Drittstaat stattfand (Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 23 f. Verordnung Nr. 2913/1992).
- ▶ **Ausschluss von Angeboten aus Drittstaaten auf Initiative eines öffentlichen Auftraggebers**
 - Ein öffentlicher Auftraggeber darf Angebote, die nicht erfasste Leistungen aus Drittstaaten enthalten, vom Vergabeverfahren ausschließen, wenn (Art. 6 Abs. 1)
 - der geschätzte Auftragswert mindestens 5 Mio. Euro ohne Mehrwertsteuer beträgt und
 - der Wert der nicht erfassten Leistungen 50% des Angebotswerts übersteigt.
 - Der öffentliche Auftraggeber muss in der Ausschreibung mitteilen, dass er einen Ausschluss derartiger Angebote beabsichtigt (Art. 6 Abs. 2).
 - Wenn er dennoch ein solches Angebot erhält, muss er bei der Kommission einen Antrag auf Ausschluss stellen (Art. 6 Abs. 2). Die Kommission genehmigt den Antrag, wenn (Art. 6 Abs. 4 und Abs. 5)
 - ein internationales Abkommen zwischen der EU und dem Drittstaat dies zulässt oder
 - kein internationales Abkommen zwischen der EU und dem Drittstaat besteht und Anbieter aus der EU im Drittstaat bei der öffentlichen Auftragsvergabe mehrfach „schwerwiegend“ benachteiligt worden sind („mangelnde Reziprozität der Marktöffnung“).
 - Der Auftraggeber muss den Ausschluss von Angeboten nach Vergabe bekanntmachen (Art. 6 Abs. 7).
 - Die Kommission kann einen Durchführungsrechtsakt erlassen, der bestimmt, dass Leistungen aus einem bestimmten Drittstaat vorübergehend nicht ausgeschlossen werden können, wenn der Drittstaat mit der EU über einen leichteren Zugang zu öffentlichen Aufträgen verhandelt (Art. 9 Abs. 4 i.V.m. Art. 6 Abs. 8).
- ▶ **Ausschluss von Angeboten aus einem Drittstaat auf Initiative der EU-Kommission, eines Mitgliedstaats oder eines Anbieters aus der EU**
 - Die Kommission kann auf eigene Initiative und auf Antrag eines Mitgliedstaats oder eines Anbieters aus der EU eine Untersuchung einleiten, wenn die Vermutung besteht, dass Anbieter aus der EU beim Zugang zu öffentlichen Aufträgen in einem Drittstaat behindert werden (Art. 8 Abs. 1). Wenn sie Zugangsbeschränkungen feststellt, versucht sie bei dem Drittstaat für Anbieter aus der EU die gleichen Zugangsbedingungen wie für heimische Anbieter zu erreichen (Art. 9 Abs. 1).
 - Wenn dies nicht gelingt (Art. 9 Abs. 1) und die Kommission zudem feststellt, dass die Zugangsbeschränkungen zu einer mangelnden Reziprozität geführt haben, kann sie Anbietern aus dem Drittstaat „vorübergehend“ Zugangsbeschränkungen in der EU auferlegen (Art. 10 Abs. 1).
 - Zur Beschränkung des Zugangs zu öffentlichen Aufträgen der EU kann die Kommission (Art. 10 Abs. 2)
 - Angebote ausschließen, wenn der Wert der nicht erfassten Leistungen aus dem Drittstaat 50% des Angebotswerts übersteigt, oder
 - einen „obligatorischen Preisaufschlag“ auf den Angebotspreis für den Anteil der nicht erfassten Leistungen aus dem Drittstaat erheben.
 - Ein öffentlicher Auftraggeber muss eine von der Kommission verhängte Zugangsbeschränkung nicht berücksichtigen, wenn (Art. 13)
 - es keine anderen geeigneten Leistungen gibt oder
 - sich der Auftrag sonst unverhältnismäßig verteuern würde.
 - Die Nichtberücksichtigung einer Zugangsbeschränkung muss er (Art. 13)
 - vor Auftragsvergabe in der Ausschreibung ankündigen und der Kommission mitteilen sowie
 - nach Auftragsvergabe bekanntmachen und der Kommission mitteilen.
 - Die Kommission kann die Zugangsbeschränkungen in einem Durchführungsrechtsakt aufheben oder zeitweise aussetzen, wenn sie diese nicht mehr für gerechtfertigt hält (Art. 11).
- ▶ **Beurteilung ungewöhnlich niedriger Angebote**
 - Ein ungewöhnlich niedriges Angebot liegt vor [Art. 7 i.V.m. Art. 69 allgemeine Richtlinie (s. [CEP-Analyse](#)) und Art. 79 Sektorenrichtlinie (s. [CEP-Analyse](#))], wenn
 - das Angebot mehr als 50% unter dem Durchschnitt der übrigen Angebote und
 - das Angebot mehr als 20% unter dem zweitniedrigsten Angebot liegt und
 - mindestens fünf Angebote eingereicht wurden.
 - Ein öffentlicher Auftraggeber kann ein ungewöhnlich niedriges Angebot – unabhängig davon, ob es Leistungen aus Drittstaaten enthält – vom Vergabeverfahren ausschließen, wenn der Bieter nicht nachweisen kann, dass das Angebot wirtschaftlich ist [Art. 69 allgemeine Richtlinie, Art. 79 Sektorenrichtlinie].
 - Wenn der öffentliche Auftraggeber ein ungewöhnlich niedriges Angebot zum Vergabeverfahren zulassen will, das nicht erfasste Leistungen im Wert von über 50% des Angebotswerts enthält, muss er (Art. 7) alle

anderen Bieter darüber informieren, weshalb das Angebot für den Bieter dennoch wirtschaftlich ist. Hierfür muss der Anbieter die Wirtschaftlichkeit seines Angebots zuvor gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber nachweisen.

- Die anderen Bieter können eine Beurteilung abgeben, ob der genannte Bieter in der Lage sein wird, den Auftrag wie angegeben durchzuführen (Erwägungsgrund 19).

Wesentliche Änderungen zum Status quo

- ▶ Vorschriften zu den Beziehungen zu Drittstaaten gibt es bislang nur für die von der bisherigen Sektorenrichtlinie erfassten Bereiche (Art. 58, 59 Richtlinie 2004/17/EG). Die zukünftigen Vorschriften gelten für alle Bereiche der öffentlichen Auftragsvergabe.
- ▶ Neu ist die Möglichkeit öffentlicher Auftraggeber, Bau- und Dienstleistungen aus Drittstaaten auszuschließen. Die bisherige Sektorenrichtlinie sah nur einen Ausschluss für Waren vor.
- ▶ Neu ist die Möglichkeit öffentlicher Auftraggeber, ein Angebot erst ab einem Auftragswert von 5 Mio. Euro auszuschließen. Die Regelung in der bisherigen Sektorenrichtlinie sah keinen Schwellenwert vor.
- ▶ Neu ist die Möglichkeit der Kommission, zu untersuchen, ob in Drittstaaten Zugangsbeschränkungen für Bauleistungen und Waren aus der EU bestehen und ggf. Zugangsbeschränkungen zu verhängen. Die bisherige Sektorenrichtlinie sah eine solche Möglichkeit nur für Dienstleistungen und nur für einzelne Anbieter vor.
- ▶ Neu ist die Pflicht zur Unterrichtung der übrigen Bieter bei Zulassung ungewöhnlich niedriger Angebote.

Subsidiaritätsbegründung der Kommission

Nicht erforderlich, da der Vorschlag in die ausschließliche Zuständigkeit der EU fällt.

Politischer Kontext

Die Modernisierung des öffentlichen Auftragswesens ist eine von zwölf in der Binnenmarktakte zur Förderung von Wachstum und Vertrauen [KOM(2011) 206] angekündigten Maßnahmen. Nach einem Grünbuch [KOM(2011) 15; s. [CEP-Analyse](#)] und einer Konsultation zur Auftragsvergabe in der Handelspolitik hat die Kommission die Verordnung vorgelegt.

Stand der Gesetzgebung

21.03.12 Annahme durch Kommission

Politische Einflussmöglichkeiten

Federführende Generaldirektion:	GD Binnenmarkt und Dienstleistungen
Ausschüsse des Europäischen Parlaments:	Internationaler Handel (federführend), Berichterstatte N.N.
Ausschüsse des Deutschen Bundestags:	Ausschuss für Wirtschaft und Technologie (federführend); Rechtsausschuss, Ausschuss für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, Ausschuss für die Angelegenheiten der EU
Entscheidungsmodus im Rat:	Qualifizierte Mehrheit (Annahme durch Mehrheit der Mitgliedstaaten und mit 255 von 345 Stimmen; Deutschland: 29 Stimmen)

Formalien

Kompetenznorm:	Art. 207 AEUV (Handelspolitik)
Art der Gesetzgebungszuständigkeit:	Ausschließliche Zuständigkeit (Art. 3 Abs. 1 lit. e AEUV)
Verfahrensart:	Art. 294 AEUV (ordentliches Gesetzgebungsverfahren)

BEWERTUNG

Ökonomische Folgenabschätzung

Ordnungspolitische Beurteilung

Das Ziel der Kommission, den Zugang europäischer Anbieter zu öffentlichen Aufträgen in Drittstaaten zu verbessern, ist einseitig auf den Export ausgerichtet. Länder profitieren jedoch in erster Linie von Importen, da Importgüter preiswerter als gleichwertige inländische sind und so der Effizienzdruck für heimische Unternehmen steigt. Aus diesem Grund senkt es in der Regel den volkswirtschaftlichen Wohlstand, Anbieter aus Drittstaaten auszuschließen, selbst wenn diese ihre Märkte nicht öffnen.

Fraglich ist zudem, ob die Kommission tatsächlich ihre Verhandlungsposition durch einen Ausschluss von Anbietern aus Drittstaaten verbessert. Zwar sind protektionistische Maßnahmen – trotz ihrer ökonomischen Zweifelhaftheit – eine gängige Praxis, um die Öffnung anderer Märkte zu erreichen. Sie sollten jedoch, wenn überhaupt, nur genutzt werden, wenn ein Drittstaat neue protektionistische Maßnahmen erlässt. Ihr Einsatz gegen seit langem bestehende Protektion entspricht nicht dem Usus und droht daher neue protektionistische Gegenmaßnahmen des Drittstaates auszulösen.

Die Möglichkeit öffentlicher Auftraggeber, im Einzelfall Angebote mit nicht erfassten Leistungen auszuschließen, ist willkürlich und nicht zielgenau. Die Ankündigung ist an keine Genehmigung durch die Kommission gebunden ist und unabhängig von einer Reziprozitätsprüfung möglich. Das Konstrukt ist daher **nicht geeignet, die Verhandlungsposition der Kommission zu verbessern. Vielmehr besteht die Gefahr, dass die betroffenen Drittstaaten mit neuen protektionistischen Maßnahmen reagieren.**

Besonders problematisch ist, dass europäische öffentliche Auftraggeber einen Ausschluss als protektionistisches Mittel missbrauchen können und werden, um die heimische Wirtschaft vor Wettbewerb zu schützen. Dies zu verhindern ist jedoch das Ziel der gesetzlichen Regelungen zur öffentlichen Auftragsvergabe. Zudem kann ein solcher Ausschluss den bürokratischen Aufwand für öffentliche Auftraggeber merklich erhöhen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein Angebot trotz Ausschlussankündigung eingeht, so dass der Ausschluss bei der Kommission beantragt und von dieser geprüft werden muss. Da ein öffentlicher Auftraggeber bis zur Entscheidung der Kommission nicht weiß, ob er ein solches Angebot berücksichtigen kann, verlängert dies die ohnehin lange Verfahrensdauer.

Die Möglichkeit der Kommission, Leistungen aus einem einzelnen Drittstaat vom Zugang zur Auftragsvergabe in der EU auszuschließen oder mit einem Preisaufschlag zu belegen, wenn sie Zugangsbeschränkungen in diesem Staat für Anbieter aus der EU feststellt, **ist zielgenauer als der pauschale – nicht nach Staaten differenzierende – Ausschluss aller nicht erfassten Leistungen durch einzelne öffentliche Auftraggeber.** Sie ist daher **besser geeignet, die Verhandlungsposition der Kommission zu stärken. Doch auch hier besteht die Gefahr, dass es nicht zu einem Abbau der Handelshemmnisse kommt, sondern eine Protektionismusspirale in Gang gesetzt wird.**

Wenigstens werden Anbieter aus Entwicklungsländern wie solche aus der EU behandelt und können daher nicht von der Auftragsvergabe ausgeschlossen werden.

Alle von der Kommission vorgeschlagenen Maßnahmen werden zudem öffentliche Aufträge verteuern, was zu höheren Steuern oder einer geringeren Bereitstellung öffentlicher Leistungen führen wird: Nicht nur werden unter Umständen günstigere Leistungen aus Drittstaaten ausgeschlossen, sondern auch der ohnehin hohe bürokratische Aufwand für Bieter wird weiter erhöht. Beides wird dazu führen, dass weniger potentielle Bieter ein Angebot abgeben.

Die Verpflichtung, alle anderen Bieter über die beabsichtigte Zulassung eines ungewöhnlich niedrigen Angebots zu informieren, ist nicht geeignet, die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit zu verbessern. Vielmehr werden die anderen Bieter, um die Chancen ihres Angebots zu verbessern, behaupten, dass das ungewöhnlich niedrige Angebot mit hohen Risiken einhergehe. Zudem besteht die Gefahr, dass Geschäftsgeheimnisse von Unternehmen aus Drittstaaten öffentlich werden.

Juristische Bewertung

Kompetenz

Die in der Verordnung enthaltenen Vorschriften sind handelspolitische Schutzmaßnahmen, die zu Recht auf Art. 207 AEUV (Gemeinsame Handelspolitik) gestützt werden. Zwar war und ist Art. 114 AEUV (Rechtsangleichung im Binnenmarkt) die Kompetenzgrundlage für die Richtlinien zum öffentlichen Auftragswesen und damit auch für die bisherigen Vorschriften zu Beziehungen zu Drittstaaten in der Sektorenrichtlinie 2004/17/EG. Allerdings betrifft die Verordnung nur die Außendimension des öffentlichen Auftragswesens.

Subsidiarität

Eine Prüfung der Subsidiarität erfolgt zu Recht nicht, da die Verordnung auf eine ausschließliche Kompetenz gestützt wird (Art. 5 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. e AEUV).

Verhältnismäßigkeit

Die Möglichkeit öffentlicher Auftraggeber, im Einzelfall Angebote mit nicht erfassten Leistungen auszuschließen, ist zur Verbesserung der Verhandlungsposition der EU ungeeignet und damit unverhältnismäßig, da der Ausschluss nicht zielgenau auf protektionistische Maßnahmen von Drittstaaten erfolgt, sondern willkürlich veranlasst werden kann.

Die Unterrichtung der Bieter bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten ist kein angemessenes Mittel, um eine faire Beurteilung der Wirtschaftlichkeit der Angebote zu erhalten, da die Bieter stets Eigeninteressen verfolgen.

Vereinbarkeit mit EU-Recht

Unproblematisch.

Vereinbarkeit mit deutschem Recht

Unproblematisch.

Zusammenfassung der Bewertung

Die Möglichkeit öffentlicher Auftraggeber, im Einzelfall Angebote mit nicht erfassten Leistungen pauschal von der Auftragsvergabe auszuschließen, ist willkürlich und unverhältnismäßig, da ungeeignet, die Verhandlungsposition der EU gegenüber Drittstaaten zu verbessern. Sie kann im Gegenteil protektionistisch missbraucht werden. Die Möglichkeiten öffentlicher Auftraggeber und der Kommission, Leistungen von Anbietern aus Drittstaaten auszuschließen, bergen die Gefahr, dass die Drittstaaten mit neuen protektionistischen Vergeltungsmaßnahmen reagieren.