

KERNPUNKTE

Ziel der Richtlinie: Verbesserung der Überprüfbarkeit bei öffentlicher Auftragsvergabe

Betroffene: Unternehmen und öffentliche Auftraggeber

Pro: Die Einführung eines „vorbeugenden Rechtsschutzes“ verbessert den Rechtsschutz der unberücksichtigten Unternehmen erheblich.

Contra: (1) Die Stillhaltefristen sowie die Dauer des Suspensiveffekts der Nachprüfungsverfahren sind zu kurz.

(2) Ein Missbrauch des Verfahrens ist möglich, da Sanktionen nicht vorgesehen sind und das Nachprüfungsverfahren nicht befristet ist.

Änderungsbedarf: (1) Die Stillhaltefrist sollte bei öffentlichen Ausschreibungen auf 14 Kalendertage und bei freihändig vergebenen Aufträgen auf 21 Kalendertage verlängert werden.

(2) Der Suspensiveffekt des Nachprüfungsverfahrens sollte bei einer unabhängigen Stelle mindestens 14 Kalendertage betragen.

(3) Es sollten Sanktionen für den Fall des Missbrauchs vorgesehen und die Dauer des Nachprüfungsverfahrens beschränkt werden.



INHALT

Titel

Vorschlag KOM(2006) 195 endgültig /2 vom 14. Juni 2006 für eine **Richtlinie** des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates zwecks Verbesserung der Wirksamkeit der **Nachprüfungsverfahren im Bereich des öffentlichen Auftragswesens**

Kurzdarstellung

► Ausgangssituation

Öffentliche Auftraggeber dürfen Aufträge im Regelfall nur dann ohne Ausschreibung vergeben, wenn diese Aufträge die EU-weit geregelten Schwellenwerte nicht überschreiten. Oberhalb dieser Schwellenwerte können bei der Auftragsvergabe Unterlegene ein Nachprüfungsverfahren beantragen. Diese Nachprüfungsverfahren sind geregelt:

- für Aufträge im Bereich der Telekommunikation und der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung in Richtlinie 92/13/EWG und
- für öffentliche Bau- und Lieferaufträge in Richtlinie 89/665/EWG.

Beide Verfahren sollen nun geändert werden.

► Stillhaltefrist

– Im förmlichen Vergabeverfahren, also einer Vergabe mit öffentlicher Ausschreibung, wird eine „Stillhaltefrist“ von mindestens zehn Kalendertagen zwischen der Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung und dem Vertragsschluss eingeführt (neuer Art. 2a Abs. 2).

– Soll ein Auftrag oberhalb der Schwellenwerte ausnahmsweise ohne Ausschreibungsverfahren vergeben werden, ist die Absicht des Vertragsschlusses zu veröffentlichen und eine „Stillhaltefrist“ von mindestens zehn Kalendertagen vor Vertragsschluss einzuhalten (neuer Art. 2e Abs. 2 und Abs. 3).

– Während der Stillhaltefrist darf kein Vertragsschluss zwischen Vergabebehörde und ausgewähltem Bieter erfolgen (neuer Art. 2a Abs. 2 und neuer Art. 2e Abs. 3); ein solcher Vertragsschluss ist unwirksam (neuer Art. 2f Abs. 2).

– Die Mitgliedstaaten können festlegen, dass ein während der Stillhaltefrist geschlossener Vertrag bestimmte Wirkungen zwischen den Vertragsparteien entfaltet, wenn innerhalb einer Frist von mindestens sechs Monaten kein Nachprüfungsverfahren beantragt wird (neuer Art. 2f Abs. 3).

– In Ausnahmefällen beträgt die Stillhaltefrist nur sieben Kalendertage. Verlangt innerhalb dieser Frist ein Bieter eine Nachprüfung, verlängert sich die Frist um drei Kalendertage (neuer Art. 2a Abs. 3).

– Wenn zwingende und dringliche Gründe (z.B. Naturkatastrophen) vorliegen, entfällt die Stillhaltefrist (neuer Art. 2a Abs. 4).

– Die Mitgliedstaaten können die genannten Fristen in bestimmten Fällen für nicht anwendbar erklären (neuer Art. 2b), insbesondere bei Aufträgen auf der Grundlage einer Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Wirtschaftsteilnehmer (neuer Art. 2b lit. a) oder bei Aufträgen im Rahmen eines offenen Verfahrens bei nur einem Bieter (neuer Artikel 2b lit. c).

► Nachprüfungsverfahren mit Suspensiv-effekt

- Fühlt sich ein Teilnehmer des Vergabeverfahrens in seinen Rechten verletzt, kann er ein Nachprüfungsverfahren beantragen. Das Nachprüfungsverfahren löst grundsätzlich einen „Suspensiv-effekt“ für das Vergabeverfahren aus: Das Vergabeverfahren wird gestoppt, und die Auftragsvergabe darf nicht erfolgen (neuer Art. 2 Abs. 3).
- Der Suspensiv-effekt des Nachprüfungsverfahrens ist unabhängig von den Stillhaltefristen.
- Der Vorschlag unterscheidet zwischen Nachprüfungsverfahren durch eine unabhängige Stelle (z.B. Vergabepflichtstelle) und Nachprüfungsverfahren durch die Vergabestelle. Nachprüfungsverfahren durch eine unabhängige Stelle sollen die Regel sein. Die Mitgliedstaaten dürfen aber vorschreiben, dass sie zunächst bei der Vergabestelle durchgeführt werden müssen (neuer Art. 1 Abs. 4 UAbs. 2).
- Für Nachprüfungsverfahren bei einer unabhängigen Stelle gilt (neuer Art. 2 Abs. 3a):
 - der Suspensiv-effekt tritt nur ein, wenn sich das Nachprüfungsverfahren auf die Überprüfung der Vergabeentscheidung oder einer Folgeentscheidung beschränkt;
 - die unabhängige Stelle muss die Unterbrechung des Vergabeverfahrens gegenüber der Vergabestelle anordnen;
 - der Suspensiv-effekt endet frühestens fünf Arbeitstage nach Anordnung der Unterbrechung; er kann von der unabhängigen Stelle verlängert werden.
- Muss das Nachprüfungsverfahren zunächst bei der Vergabestelle durchgeführt werden, gilt (neuer Art. 1 Abs. 4):
 - der Suspensiv-effekt tritt stets ein, unabhängig vom Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens;
 - die Unterbrechung des Vergabeverfahrens wird automatisch ausgelöst;
 - der Suspensiv-effekt endet frühestens fünf Arbeitstage nach Bekanntgabe der Entscheidung der Vergabestelle über die Nachprüfung.
- Für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ist keine Befristung vorgesehen.

► Sonstige Bestimmungen

- Die Kommission kann ein Vergabeverfahren überprüfen, wenn sie einen schweren Verstoß gegen das EU-Recht sieht (neuer Art. 3 Abs. 1).

Änderung zum Status quo

► Stillhaltefrist

- Die EU-weite Einführung der Stillhaltefrist gibt unterlegenen Bietern vor Vertragsschluss die Möglichkeit zur Nachprüfung der Vergabeentscheidung („vorbeugender Rechtsschutz“); sie tritt neben den bisherigen Anspruch auf Schadenersatz.
- Im deutschen Recht ist die Stillhaltefrist für förmliche Vergabeverfahren bereits in § 13 der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) enthalten. Die EU-Änderungsrichtlinie dehnt ihn auf die Auftragsvergabe ohne förmliches Vergabeverfahren aus. Diese Änderung soll bereits in die für 2008 vorgesehene Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB, neue §§ 101a und 101b) aufgenommen werden.

► Nachprüfungsverfahren mit Suspensiv-effekt

- Infolge der neu eingeführten Stillhaltefrist kann ein Nachprüfungsverfahren nun auch vor Vertragsschluss durchgeführt werden. Dieses Verfahren löst einen Suspensiv-effekt aus.
- Im deutschen Recht wird zwischen Nachprüfungsverfahren durch Vergabekammern und Vergabepflichtstellen unterschieden. Vergabekammern sind als ständige Nachprüfungsstellen vorgeschrieben, während Vergabepflichtstellen von Bund und Ländern bei Bedarf eingerichtet werden können. Für Nachprüfungsverfahren durch eine Vergabekammer ist ein Suspensiv-effekt vorgeschrieben (§ 115 GWB). Nachprüfungsverfahren durch eine Vergabepflichtstelle lösen dagegen keinen Suspensiv-effekt aus.

► Die in der Praxis kaum in Anspruch genommenen derzeitigen Bescheinigungs- und Schlichtungsverfahren im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung (alte Art. 9 – 11 der Richtlinie 92/13/EG) werden abgeschafft. (Das Bescheinigungsverfahren bestätigt öffentlichen Auftraggebern die Ordnungsmäßigkeit ihrer Vergabeverfahren, das Schlichtungsverfahren dient der Einigung zwischen Auftraggeber und einem möglicherweise in seinen Rechten verletzten Bieter.)

► Das Recht der Kommission, ein Vergabeverfahren zu überprüfen, wird eingeschränkt. Bisher konnte die Kommission beim Verdacht eines klaren und eindeutigen Verstoßes tätig werden, zukünftig nur noch beim Verdacht eines schweren Verstoßes.

Subsidiaritätsbegründung

Die Kommission argumentiert, die Nachprüfbarkeit der öffentlichen Auftragsvergabe sei bereits EU-weit durch Richtlinien geregelt. Eine Änderung dieser Bestimmungen sei nur durch Handeln der EU möglich.

Positionen der EU-Organe

Europäische Kommission

Nach Ansicht der Kommission sind die bisher geltenden Nachprüfungsverfahren nicht ausreichend. Diesen fehle ein wirksames Instrument, um frühzeitig Rechtsschutz zu gewähren, nämlich den Vertragsabschluss als solchen zu verhindern. Die ausschließlich nachträgliche Gewährung von Schadenersatz genüge nicht.

Ausschuss der Regionen

Nach Ansicht des Ausschusses sollte es im Ermessen der Mitgliedstaaten bleiben, ob Verträge, die unter Missachtung der Stillhaltefristen geschlossen werden, unwirksam sind oder ob dadurch nur Schadenersatzansprüche ausgelöst werden. Er spricht sich für die Beibehaltung des Schlichtungsverfahrens aus.

Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss

Der EWSA befürwortet insbesondere die Einführung einheitlicher Stillhaltefristen. Er weist auf Schwierigkeiten hin, die sich bei Fristberechnungen zum Suspensiveffekt durch unterschiedliche nationale Feiertage ergeben könnten, wenn die Fristen in Arbeitstagen berechnet werden und nicht in Kalendertagen.

Europäisches Parlament

Das Europäische Parlament wird sich voraussichtlich am 22. Mai 2007 mit dem Vorschlag befassen.

Rat – „Wettbewerbsfähigkeit“

Offen.

Stand der Gesetzgebung

04.05.06	Annahme durch Kommission
17.01.07	Stellungnahme Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss
13.02.07	Stellungnahme Ausschuss der Regionen
Offen	Annahme, Veröffentlichung im Amtsblatt und Inkrafttreten

Politische Einflussmöglichkeiten

Federführende Generaldirektion:	GD Binnenmarkt und Dienstleistungen
Ausschüsse des Europäischen Parlaments:	Binnenmarkt und Verbraucherschutz (federführend), Berichterstatter Jean-Claude Fruteau (SPE-Fraktion, F); Wirtschaft; Beschäftigung; Industrie; Recht
Ausschüsse des Deutschen Bundestags:	Wirtschaft und Technologie (federführend); Recht
Entscheidungsmodus im Rat:	Qualifizierte Mehrheit (Annahme durch Mehrheit der Mitgliedstaaten und mit 255 von 345 Stimmen; Deutschland: 29 Stimmen)

Formalien

Kompetenznorm:	Artikel 95 EGV (Binnenmarkt)
Art der Gesetzgebungskompetenz:	Konkurrierende Gesetzgebungskompetenz
Verfahrensart:	Artikel 251 EGV (Mitentscheidungsverfahren)

BEWERTUNG

Ökonomische Folgenabschätzung

Ordnungspolitische Beurteilung

Der Richtlinienvorschlag gibt Unternehmen in der EU mehr Möglichkeiten, ein wirksames Nachprüfungsverfahren einzuleiten, wenn sie sich bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in ihren Rechten verletzt fühlen. Dieses Plus an **Rechtssicherheit** erleichtert es den Unternehmen, sich EU-weit um öffentliche Aufträge zu bemühen, und **verbessert die Marktzutrittsmöglichkeiten**. Der **Binnenmarkt** für öffentliche Aufträge **und** damit der **Wettbewerb werden gestärkt**. Die **Richtlinie schafft** zugleich mehr **Transparenz**, vor allem bei der freihändigen Auftragsvergabe.

Die **Stillhaltefristen müssen** allerdings **ausgedehnt werden**, damit diese Effekte eintreten. Bei der Vergabe durch eine **öffentliche Ausschreibung** sind **14 Kalendertage** – statt der vorgeschlagenen 10 Kalendertage – notwendig. Dann könnten kleinere und mittlere Unternehmen ohne eigene Rechtsabteilung besser prüfen, ob ein Nachprüfungsverfahren angestrengt werden sollte. **Bei der freihändigen Vergabe** sollte die Stillhaltefrist länger sein als bei der Vergabe durch öffentliche Ausschreibung, da nicht berücksichtigte Unternehmer in diesen Fällen erst durch die Veröffentlichung der Absicht des Vertragsabschlusses von der Auftragsvergabe erfahren. Hier ist eine **Stillhaltefrist von 21 Kalendertagen** – statt 10 Kalendertagen – angebracht.

Bei der Prüfung der Auftragsvergabe **durch eine Prüfungsstelle** ist ihre Unabhängigkeit von essentieller Bedeutung. Der für diesen Fall vorgesehene Suspensiveffekt von mindestens 5 Arbeitstagen gefährdet allerdings gerade diese Unabhängigkeit. Eine **Verlängerung des Suspensiveffekts auf mindestens 14 Kalendertage** würde die Position der Prüfungsstelle stärken und eine objektive Überprüfung der Vergabeentscheidungen gewährleisten.

Bei der **Prüfung** der Auftragsvergabe **durch die Vergabestelle** bietet **ein Ende des Suspensiveffekts 7 Kalendertage** – entsprechend den im Vorschlag vorgesehenen 5 Arbeitstagen – nach Bekanntgabe der Entscheidung durch die Vergabestelle den Betroffenen ausreichend Zeit, zu prüfen, ob sie ein Nachprüfungsverfahren bei der unabhängigen Stelle beantragen möchten. Der Übergang von Arbeits- zu Kalendertagen ist wegen unterschiedlicher nationaler Feiertage angezeigt.

Folgen für Effizienz und individuelle Wahlmöglichkeiten

Das Fehlen von Sanktionsmöglichkeiten bietet unterlegenen Bietern einen **Anreiz zum Missbrauch**, indem mit unberechtigten Einwänden die Vergabe öffentlicher Aufträge verzögert wird. Dies ist vor allem insofern problematisch, als die Dauer des Nachprüfungsverfahrens nicht begrenzt ist. Daher sind **Sanktionsmöglichkeiten** für Missbrauchsfälle und die **Befristung des Nachprüfungsverfahrens** geboten. So wird das Nachprüfungsverfahren die volkswirtschaftliche Effizienz steigern, indem der höhere Rechtsschutz für Unternehmen im Vergabewesen den Anreiz verstärkt, sich um öffentliche Aufträge zu bemühen. In der Folge haben die öffentlichen Vergabestellen auch eine **größere Wahlmöglichkeit**, so dass Aufträge mit größerer Wahrscheinlichkeit an den besten Anbieter vergeben werden. Dies zieht ein **besseres Angebot an öffentlichen Gütern** und Leistungen und damit eine **höhere volkswirtschaftliche Effizienz** nach sich.

Folgen für Wachstum und Beschäftigung

Der intensivere Wettbewerb um öffentliche Aufträge im EU-Binnenmarkt sorgt für ein besseres Preis-Leistungs-Verhältnis. Niedrigere Preise führen zu einer **Entlastung der öffentlichen Kassen** und damit des Steuerzahlers. Diese Kostenentlastung **wirkt sich** zusammen mit der steigenden Unternehmensaktivität im Wettbewerb um öffentliche Aufträge tendenziell **positiv auf Wachstum und Beschäftigung aus**.

Folgen für die Standortqualität Europas

Besserer Rechtsschutz für Unternehmen – insbesondere bei freihändig vergebenen Aufträgen – erhöht die Transparenz der Märkte für öffentliche Aufträge und damit auch die Attraktivität des Standortes Europa.

Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit

Berechtigung hoheitlichen Handelns

Die Überwachung öffentlicher Auftragsvergaben liegt im Interesse des Steuerzahlers und der beteiligten Unternehmen. Hoheitliches Handeln ist angemessen.

Zulässigkeit und Adäquanz EU-Handelns

Das Ziel, den bereits durch EU-Richtlinien geregelten Rechtsschutz zu verbessern, lässt sich nur auf EU-Ebene erreichen. Betroffen sind Vergabeverfahren mit Binnenmarktrelevanz. EU-Handeln ist angemessen.

Verhältnismäßigkeit

Unproblematisch.

Juristische Bewertung

Rechtmäßigkeit der Richtlinie, Kompatibilität mit EU-Recht

Unproblematisch.

Kompatibilität mit deutscher Rechtsordnung

Unproblematisch.

Alternatives Vorgehen

Die vorgeschlagene Stillhaltefrist sollte ausgedehnt werden: bei der Vergabe durch öffentliche Ausschreibung von 10 auf 14 Kalendertage, bei der freihändigen Vergabe von 10 auf 21 Kalendertage. Der Suspensiveffekt sollte bei Nachprüfungsverfahren durch eine unabhängige Stelle von mindestens 5 Arbeitstagen auf mindestens 14 Kalendertage verlängert werden. Bei der Prüfung der Auftragsvergabe durch die Vergabestelle selbst ist ein Ende des Suspensiveffekts frühestens 7 Kalendertage – statt 5 Arbeitstage – nach Bekanntgabe der Entscheidung durch die Vergabestelle praktikabler. Es sollte eine Sanktionsmöglichkeit für Missbrauchsfälle ergänzt und die Verfahrensdauer des Nachprüfungsverfahrens begrenzt werden.

Mögliche zukünftige Folgemaßnahmen der EU Nicht absehbar.

Zusammenfassung der Bewertung

Der Rechtsschutz im Bereich öffentlicher Auftragsvergabe wird verbessert. Allerdings sollte die Stillhaltefrist bei öffentlichen Ausschreibungen 14 Kalendertage und bei freihändig vergebenen Aufträgen 21 Kalendertage betragen, damit auch kleinere Unternehmen ohne eigene Rechtsabteilung prüfen können, ob sie ein Nachprüfungsverfahren anstrengen wollen. Der Suspensiveffekt des Nachprüfungsverfahrens bei der unabhängigen Stelle sollte im Interesse einer belastbaren Prüfung auf mindestens 14 Kalendertage verlängert, derjenige bei der Vergabestelle entsprechend auf mindestens 7 Kalendertage nach Bekanntgabe der Entscheidung durch die Vergabebehörde festgelegt werden. Außerdem sollten Sanktionen gegen den Missbrauch eingerichtet und die Dauer der Nachprüfungsverfahren befristet werden, um der Missbrauchsgefahr zu begegnen.