



KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN

Brüssel, den 14.6.2006
KOM(2006) 195 endgültig /2

2006/0066 (COD)

Adaptation after legal revision :

This document annuls and replaces COM(2006) 195 of 4.5.2006 following revision by the Legal Service of the European Commission after adoption.
Only the French, German and English versions are concerned.

Vorschlag 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**

(von der Kommission vorgelegt)

{SEC(2006) 557}

BEGRÜNDUNG

1. KONTEXT DES VORSCHLAGS

- Gründe und Ziele des Vorschlags

Die Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG koordinieren die Vorschriften der Mitgliedstaaten über die Nachprüfungsverfahren bei Verstößen gegen die Vergaberichtlinien.

Das Fehlen koordinierter Vorschriften über die Fristen für Nachprüfungsverfahren vor Vertragsschluss hat jedoch dazu geführt, dass in den meisten Mitgliedstaaten innerstaatliche Regelungen beibehalten worden sind, die es nicht ermöglichen, im Falle der Anfechtung von Zuschlagsentscheidungen rechtzeitig den Vertragsschluss zu verhindern. Die Unterzeichnung des entsprechenden Vertrages führt aber fast immer dazu, dass die Wirkungen der strittigen Zuschlagsentscheidung nicht mehr rückgängig zu machen sind. Das ist umso bedenklicher, wenn es darum geht, die rechtswidrige freihändige Vergabe von Aufträgen zu verhindern, d. h. die illegale Auftragsvergabe ohne vorherige Bekanntmachung und ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb.

Die vorgeschlagene Richtlinie zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG („Rechtsmittelrichtlinien“) soll den Unternehmen in der Gemeinschaft die Sicherheit geben, dass sie erforderlichenfalls wirksame Nachprüfungsverfahren anstrengen können, wenn bei der Vergabe öffentlicher Aufträge ihre Rechte verletzt worden sind. Das soll die Unternehmen ermutigen, sich intensiver als bisher überall in der Union um öffentliche Aufträge zu bemühen. Wirksame Nachprüfungsverfahren vor Vertragsschluss werden die Auftraggeber dazu veranlassen, im Interesse aller potenziellen Bieter stärker als bisher auf eine korrekte Bekanntmachung und Ausschreibung ihrer Aufträge zu achten.

- Allgemeiner Kontext

Die Rechtsmittelrichtlinien unterscheiden zwischen den Nachprüfungsverfahren, die vor Vertragsschluss erfolgen und in erster Linie dazu dienen, Verstöße gegen das gemeinschaftliche Vergaberecht zu beseitigen, solange das noch möglich ist, und Nachprüfungsverfahren nach Vertragsschluss, die sich in der Regel auf die Zuerkennung von Schadenersatz beschränken.

Die Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren vor Vertragsschluss ist von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlich, da keine spezifischen Fristen und Instrumente existieren, die bei strittigen Zuschlagsentscheidungen eine rechtzeitige Aussetzung des Vertragsschlusses ermöglichen würden. Im Übrigen haben die geschädigten Unternehmen in den Fällen, in denen ein Auftrag rechtswidrig im freihändigen Verfahren vergeben wird, de facto nur die Möglichkeit, ein Verfahren auf Zuerkennung von Schadenersatz anzustrengen; die Erzwingung eines erneuten, korrekten Aufrufs zum Wettbewerb ist auf diesem Weg nicht möglich. Außerdem haben diese Schadenersatzverfahren für die Auftraggeber kaum abschreckende Wirkung, vor allem deshalb nicht, weil die Unternehmen, die sich geschädigt fühlen, nachweisen müssen, dass sie eine echte Chance gehabt hätten, den Zuschlag zu erhalten. Der Gerichtshof hat zwar festgestellt, dass die rechtswidrige freihändige Vergabe von Aufträgen einen

"ganz beträchtlichen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht auf dem Gebiet des Beschaffungswesens" darstellt (Stadt Halle, Rechtssache C-26/03, Rdnr. 37), die geltenden Rechtsmittelrichtlinien erlauben aber nicht, eine solche rechtswidrige Vergabe zu verhindern oder ihre Folgen wirksam zu korrigieren.

Ohne gesetzgeberische Maßnahme auf Gemeinschaftsebene würden die großen Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten in Bezug auf die Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren, die den Unternehmen zur Verfügung stehen, fortbestehen oder sich sogar noch vergrößern. Rechtsunsicherheit und schwere oder wiederholte Verstöße gegen die Vergaberichtlinien würden sich fortsetzen.

- Bestehende Rechtsvorschriften auf diesem Gebiet

Mit diesem Richtlinienvorschlag sollen die beiden Richtlinien über Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge geändert werden: i) die Richtlinie 89/665/EWG, die im Prinzip für öffentliche Bau-, Dienstleistungs- und Lieferaufträge gilt, deren Vergabe inzwischen durch die Richtlinie 2004/18/EG geregelt wird; ii) die Richtlinie 92/13/EWG (Sektoren-Rechtsmittelrichtlinie), die für Aufträge im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Postsektor gilt, deren Vergabe inzwischen durch die Richtlinie 2004/17/EG geregelt wird.

Die vorgeschlagenen Änderungen beinhalten gemeinsame Vorschriften, durch die die Bestimmungen über Nachprüfungsverfahren vor Vertragsschluss im Rahmen förmlicher Vergabeverfahren oder der freihändigen Vergabe klarer und wirksamer werden sollen. Die übrigen Änderungen, die die Kommission vorschlägt, dienen zum einen dazu, den Korrekturmechanismus, den die Kommission in Gang setzen kann, ausschließlich auf schwere Verstöße auszurichten, und zum anderen dazu, zwei Verfahren (Bescheinigungsverfahren für die Auftraggeber und Schlichtung) abzuschaffen, die nur für die Branchen der Sektorenrichtlinie gelten und weder bei den Auftraggebern noch bei den betroffenen Unternehmen auf Interesse gestoßen sind.

- Vereinbarkeit mit anderen politischen Maßnahmen und Zielen der Union

Mit der Änderung der „Rechtsmittelrichtlinien“ werden in erster Linie wirksamere Nachprüfungsverfahren für die Wirtschaftsteilnehmer im Rahmen öffentlicher Vergabeverfahren angestrebt, die nicht nur mit den Bestimmungen der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG, sondern auch mit den im EG-Vertrag festgeschriebenen Grundsätzen, wie denen des freien Warenverkehrs, des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit sowie den sich daraus ableitenden Grundsätzen Gleichbehandlung, gegenseitige Anerkennung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz im Einklang stehen müssen. Darüber hinaus entspricht das mit den Rechtsmittelrichtlinien verfolgte Ziel voll und ganz dem Geist des Artikels 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Letztere Bestimmung legt fest, dass jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht hat. Schließlich dienen wirksamere einzelstaatliche Nachprüfungsverfahren, insbesondere im Zusammenhang mit rechtswidrigen freihändigen Vergaben, auch dem von der Europäischen Union verfolgten allgemeinen politischen Ziel der Korruptionsbekämpfung (siehe Mitteilung der Kommission vom 28.5.2003, KOM(2003) 317 endgültig).

2. ANHÖRUNG VON INTERESSIERTEN KREISEN UND FOLGENABSCHÄTZUNG

- Anhörung von interessierten Kreisen

Anhörungsverfahren, angesprochene Sektoren und allgemeines Profil der Befragten

Die Mitgliedstaaten wurden im Rahmen des Beratenden Ausschusses für das öffentliche Auftragswesen gehört.

Eine öffentliche, allen Marktteilnehmern und ihren Vertretern (Berufsverbänden und Anwälten) offen stehende Konsultation wurde mithilfe von Online-Fragebögen (*Interaktive Politikgestaltung*) durchgeführt. Es gingen 138 Beiträge ein. Darüber hinaus haben fünf europäische bzw. einzelstaatliche Berufsverbände von sich aus schriftliche Beiträge geliefert.

Eine weitere Konsultation der Wirtschaftsteilnehmer erfolgte mithilfe eines Fragebogens, der an eine repräsentative Stichprobe europäischer Unternehmen (*Europäisches Unternehmenstestpanel*) gerichtet wurde. Hierauf gingen 543 Beiträge ein.

Es wurden regierungsunabhängige Sachverständige im Beratenden Ausschuss für die Öffnung des öffentlichen Auftragswesens gehört, darunter auch Vertreter der Wirtschaftsteilnehmer.

Die öffentlichen Auftraggeber wurden ebenfalls über einen Online-Fragebogen konsultiert. Auf diesen gingen 16 Beiträge ein.

Zusammenfassung der Antworten und Art ihrer Berücksichtigung

Die Anhörung der Wirtschaftsteilnehmer und ihrer Vertreter hat gezeigt, dass die einzelstaatlichen Nachprüfungsverfahren nach den geltenden Richtlinien nicht immer eine wirksame Beseitigung von Verstößen gegen das gemeinschaftliche Vergaberecht ermöglichen. Die Betroffenen sind sich praktisch darin einig, dass die Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren vor Vertragsschluss verbessert werden muss, und zwar durch die Einführung einer Stillhaltefrist zwischen der Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung und dem Vertragsschluss sowie ergänzender Vorschriften, die eine wirksame Anwendung dieser Regelung gewährleisten. Zwar herrscht auch praktisch Einigkeit darüber, dass rechtswidrige freihändige Auftragsvergaben durch bestimmte Auftraggeber einen schweren Verstoß darstellen, aber darüber, wie dem entgegengewirkt werden sollte, gehen die Meinungen sowohl unter den Mitgliedstaaten als auch unter den Wirtschaftsteilnehmern auseinander. Nur eine Minderheit der Mitgliedstaaten und Wirtschaftsteilnehmer unterstützt Vorschläge, die auf Geldstrafen oder vorherige behördliche Kontrollen der Auftraggeber abstellen oder auf Meldeverfahren unter Einschaltung unabhängiger Behörden, die für die Beschwerden der geschädigten Unternehmen zuständig wären. Die Betroffenen bevorzugen bei einem freihändig vergebenen Auftrag generell eine mit einer Transparenzpflicht verknüpfte Stillhaltefrist vor Vertragsschluss.

Vom 19. März 2004 bis 7. Mai 2004 lief eine Internet-Konsultation, auf die bei der Kommission 543 Antworten eingingen. Die Ergebnisse sind auf folgender Website zu finden:

http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/remedies

- Einholung und Nutzung von Expertenwissen

Externes Expertenwissen war nicht erforderlich.

- Folgenabschätzung

Für die Überarbeitung der „Rechtsmittelrichtlinien“ können grundsätzlich drei Optionen ins Auge gefasst werden, von den zwei entweder im Wege der Änderung der Richtlinien oder der Annahme einer Mitteilung durchgeführt werden können.

(1) Beibehaltung der geltenden Regelungen der Richtlinien: Damit wäre die Kommission aufgefordert, gegen alle Unvereinbarkeiten einzelstaatlicher Vorschriften oder Verfahrensweisen mit den „Rechtsmittelrichtlinien“ mit der Einleitung von Vertragsverletzungsverfahren vorzugehen. Die Unterschiede, die bereits bei der Art und Weise festgestellt wurden, in der die Mitgliedstaaten den Grundsätzen Rechnung tragen, die sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes ergeben, würden fortbestehen und das Problem übereilter Vertragsschlüsse würde nur teilweise und in einem von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat sehr unterschiedlichen Tempo beseitigt. Die Wirtschaftsteilnehmer hätten so keinerlei Garantie für die Wirksamkeit der in den Mitgliedstaaten anwendbaren Nachprüfungsverfahren vor Vertragsschluss und damit ungleiche Bedingungen. In Bezug auf die rechtswidrige freihändige Vergabe von Aufträgen plant die Mehrzahl der Mitgliedstaaten gegenwärtig keine spezifischen Nachprüfungsverfahren. Das bedeutet, dass potenzielle Bieter auch weiterhin allenfalls Schadenersatz erlangen können. Die mit Nachprüfungsverfahren dieser Art verbundenen Schwierigkeiten, wie zum Beispiel die Beweislast, die Dauer und die Kosten, ermutigen potenzielle Bieter nicht dazu, sie in Anspruch zu nehmen, zumal sie nur selten zu einem positiven Ergebnis führen. Da kein koordiniertes Vorgehen zur Einführung wirksamer Nachprüfungen gegen diese rechtswidrige Vorgehensweise auszumachen ist, wären bei Transparenz und Befolgung der Ausschreibungspflicht keine Verbesserungen zu erwarten. Damit würden europäischen Unternehmen (auch den wettbewerbsfähigsten unter ihnen) Möglichkeiten zur Bewerbung um öffentliche Aufträge vorenthalten, die weiterhin entgegen den Vorschriften freihändig vergeben werden.

(2) Einführung einer Stillhaltefrist, entweder durch Änderung der Richtlinien oder über eine Mitteilung, in der die diesbezüglichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten dargelegt werden: Zwar wird in der Rechtsprechung des EuGH die Einführung einer angemessenen Stillhaltefrist gefordert, die es Bietern, die sich in ihren Rechten verletzt fühlen, erlaubt, in einem Stadium, in dem die Verstöße noch beseitigt werden können, eine Nachprüfung anzustrengen. Die Mitgliedstaaten verfolgen jedoch hinsichtlich Umfang und Inhalt einer solchen Verpflichtung nach wie vor unterschiedliche Ansätze. Werden hingegen die praktischen Konsequenzen einer solchen Verpflichtung in einer Richtlinie geregelt, so dass sich die Rechtssicherheit in den betreffenden Situationen verbessert und Garantien für eine wirksame Anwendung des verfügbaren Instrumentariums geschaffen werden, lässt sich nicht nur das Problem des übereilten Vertragsschlusses in förmlichen Vergabeverfahren lösen, sondern auch das der rechtswidrigen freihändigen Vergaben.

(3) Neue Befugnisse, die unabhängigen Behörden übertragen werden, entweder mit einer Änderung der Richtlinien oder über eine Mitteilung, die die Einrichtung solcher

Behörden empfiehlt: In diesem Fall würden die Mitgliedstaaten unabhängige Behörden benennen, die bei den gravierendsten Verstößen gegen das gemeinschaftliche Vergaberecht (insbesondere bei rechtswidriger freihändiger Vergabe) befugt wären, die öffentlichen Auftraggeber auf diese Verstöße hinzuweisen, um sie zu veranlassen diese selbst zu beseitigen. Dieses Meldeverfahren hätte für Bieter und Bewerber den Vorteil, dass es relativ kostengünstig wäre und ihre Anonymität gewahrt bliebe. Da jedoch nicht abzusehen ist, wie hoch die Verwaltungskosten für eine solche unabhängige Behörde wären, und die Mehrzahl der Mitgliedstaaten im Beratenden Ausschuss für das öffentliche Auftragswesen diese Option abgelehnt hat, hat die Kommission diese Lösung zu Gunsten der Einführung einer Stillhaltefrist verworfen.

Die Kommission hat die in ihrem Legislativ- und Arbeitsprogramm genannte Folgenabschätzung vorgenommen. Der Bericht ist abrufbar von:

http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/remedies/remedies_de.htm

3. RECHTLICHE ASPEKTE

- Die vorgeschlagenen Maßnahmen im Überblick

Wenn ein Auftraggeber ein förmliches Vergabeverfahren nach Maßgabe der Vergaberichtlinien abgeschlossen hat, muss er im Prinzip eine Frist von mindestens 10 Kalendertagen abwarten, bevor er den Vertrag schließen kann; die Frist beginnt einen Tag nachdem den Teilnehmern des Vergabeverfahrens die begründete Zuschlagsentscheidung mitgeteilt worden ist.

Ist ein Auftraggeber der Meinung, dass ein Auftrag über dem Schwellenwert der Vergaberichtlinien freihändig vergeben werden darf, muss er (außer bei zwingenden dringlichen Gründen) mit dem Abschluss des Vertrages mindestens 10 Kalendertage warten, nachdem er die Zuschlagsentscheidung im Wege einer vereinfachten Bekanntmachung angemessen veröffentlicht hat.

Schließt ein Auftraggeber einen Vertrag rechtswidrig während der Stillhaltefrist, so wird dieser Vertragsschluss als unwirksam betrachtet. Die Folgen der Rechtswidrigkeit für die Wirkungen des Vertrages stellt die zuständige Nachprüfungsinstanz fest. Diese Instanz muss jedoch binnen eines Verjährungszeitraums von sechs Monaten von einem Wirtschaftsteilnehmer angerufen werden.

Der Korrekturmechanismus wird ausschließlich auf schwere Verstöße ausgerichtet, das Bescheinigungs- und das Schlichtungsverfahren werden abgeschafft.

- Rechtsgrundlage

Artikel 95 EG-Vertrag

- Subsidiaritätsprinzip

Das Subsidiaritätsprinzip gelangt zur Anwendung, da der Vorschlag nicht unter die ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft fällt.

Die Ziele des Vorschlags können von den Mitgliedstaaten aus folgenden Gründen nicht ausreichend verwirklicht werden:

Trotz der Entwicklung der Rechtsprechung seit 1999 und der in einigen Mitgliedstaaten daraufhin ergriffenen Maßnahmen, die vor allem durch Vertragsverletzungsverfahren der Kommission veranlasst waren, bestehen weiterhin große Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten hinsichtlich der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren im Bereich des öffentlichen Auftragswesens. Im Übrigen werden Unternehmen aus der Gemeinschaft nicht gerade ermutigt, sich um öffentliche Aufträge in anderen Mitgliedstaaten zu bewerben, wenn keine wirksamen Nachprüfungsverfahren garantiert sind. Die Erfahrungen der letzten Jahre haben gezeigt, dass diese Rechtsunsicherheit nicht durch unkoordinierte, isolierte Maßnahmen einzelner Mitgliedstaaten zu beseitigen ist.

Die Ziele des Vorschlags können aus den folgenden Gründen besser durch eine Maßnahme auf Gemeinschaftsebene erreicht werden:

Die im Zuge der Anhörung der Betroffenen aufgedeckten Schwächen betreffen den Anwendungsbereich zweier Richtlinien, die 1989 bzw. 1992 verabschiedet wurden. Verbesserungen und Klarstellungen der Bestimmungen dieser beiden Richtlinien entfalten ihre volle Wirkung nur, wenn sie durch eine Änderungsrichtlinie erfolgen.

Die Union ist besser in der Lage, das Ziel wirksamerer Nachprüfungsverfahren auf dem Gebiet der öffentlichen Aufträge im Anwendungsbereich der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG zu verwirklichen. Die Anhörungen im Vorfeld haben nämlich gezeigt, dass die Bereitschaft zur Verschärfung der Bestimmungen, um eine wirksame Anwendung der Vergaberichtlinien in den Mitgliedstaaten zu gewährleisten, noch sehr unterschiedlich ist. Blicke die Gemeinschaft hier untätig, würden die Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten hinsichtlich der korrekten Anwendung der gemeinschaftlichen Vergabevorschriften fortbestehen.

Für das Problem der rechtswidrigen freihändigen Vergabe von Aufträgen haben die meisten Mitgliedstaaten noch keine wirksame Lösung gefunden, obwohl selbst die überwiegende Mehrheit derjenigen, die noch nicht tätig geworden sind, einräumt, dass es hier ein schwerwiegendes Problem gibt. Bei der Problematik des übereilten Vertragsschlusses in förmlichen Vergabeverfahren zeichnet sich ein Konsens zwischen den Vertretern der Mitgliedstaaten ab, und zwar dergestalt, dass im Wege einer Änderungsrichtlinie eine Stillhaltefrist mit klar definiertem Geltungsbereich und Anwendungsmodalitäten eingeführt werden muss. Eine gesetzgeberische Maßnahme auf Unionsebene ist auch zwecks Einführung klarer, wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender Sanktionen für schwerwiegende Verstöße gegen das gemeinschaftliche Vergaberecht nötig.

Die Zuständigkeit für die Benennung der für die Nachprüfungsverfahren zuständigen Instanzen wird bei den Mitgliedstaaten verbleiben, und diese können auch weiterhin ihre innerstaatlichen Verfahrensvorschriften für solche Nachprüfungen anwenden (Wahrung der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten). Der Richtlinienvorschlag konzentriert sich auf die beiden wichtigsten Probleme, die in allen Mitgliedstaaten auftreten.

Der Vorschlag steht daher mit dem Subsidiaritätsprinzip im Einklang.

- Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Der Vorschlag entspricht aus folgenden Gründen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit:

Der Richtlinienvorschlag beschränkt sich auf einige Verbesserungen oder Klärstellungen der Bestimmungen über Nachprüfungsverfahren vor Vertragsschluss und betrifft lediglich Aufträge oberhalb der in den Richtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG festgesetzten Schwellenwerte; er erfordert keine Änderung bestehender Verwaltungs- oder Rechtspflegesysteme. Dass sich die Kommission am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientiert, zeigt auch die Tatsache, dass sie plant, zu einem späteren Zeitpunkt Auslegungsdokumente zu erarbeiten, um die übrige Problematik schlecht funktionierender einzelstaatlicher Nachprüfungsverfahren anzugehen, die durch eine fehlerhafte Auslegung der geltenden Bestimmungen in einigen Mitgliedstaaten verursacht wird.

Die Belastung der öffentlichen Verwaltung beschränkt sich weitgehend auf die Zusatzkosten, die dadurch entstehen, dass die Vertragsunterzeichnung in der Regel 10 Kalendertage ausgesetzt werden muss und dass zunächst die Zahl der Nachprüfungen im Verhältnis zur Zahl der gemeinschaftsweit ausgeschriebenen Aufträge um einige Prozent steigen wird. Wirksame Nachprüfungsverfahren, die durch ihre abschreckende Wirkung für eine bessere Befolgung des gemeinschaftlichen Vergaberechts sorgen, ziehen aber auch eine Senkung der öffentlichen Ausgaben und eine Qualitätssteigerung bei den öffentlichen Dienstleistungen nach sich, und dieser gesamtgesellschaftliche Nutzen übersteigt bei Weitem die oben genannten Zusatzkosten. Da auf die Schaffung neuer Verwaltungsstrukturen verzichtet worden ist, wird die finanzielle und verwaltungstechnische Belastung der öffentlichen Verwaltung auf ein Mindestmaß beschränkt.

- Wahl des Instruments

Vorgeschlagenes Instrument: Richtlinie

Andere Instrumente wären aus folgenden Gründen nicht angemessen:

Die Alternative zu einer Richtlinie, in der Anwendungsbereich und Anwendungsmodalitäten für eine Stillhaltefrist festgelegt werden, während der die Vertragsunterzeichnung ausgesetzt ist, wäre die Verabschiedung eines Papiers zur Auslegung der Rechtsprechung des Gerichtshofes gewesen. Diese Alternative wurde verworfen, weil sie nicht hätte garantieren können, dass in allen Mitgliedstaaten eine klar definierte Stillhaltefrist angewendet wird, die allen unter die Vergaberichtlinie fallenden Situationen gerecht wird. Unterschiedliche Auslegungen (durch die Kommission und die Mitgliedstaaten bzw. die Mitgliedstaaten untereinander) der Tragweite der Rechtsprechung, aus der sich die Pflicht zur Einhaltung einer Stillhaltefrist ableitet, und der Anwendungsmodalitäten für wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Strafen bei Verletzung dieser für wirksame Nachprüfungsverfahren unverzichtbaren Frist, lassen sich nicht generell durch eine Auslegungsmitteilung der Kommission beseitigen.

4. AUSWIRKUNGEN AUF DEN HAUSHALT

Der Vorschlag hat keine Auswirkungen auf den Gemeinschaftshaushalt.

5. WEITERE ANGABEN

- Vereinfachung

Mit dem Vorschlag werden Rechtsvorschriften vereinfacht.

Die Vereinfachung besteht darin, dass das Bescheinigungs- und das Schlichtungsverfahren für die unter die Sektorenrichtlinie fallenden Bereiche (Richtlinie 92/13/EWG) abgeschafft werden. Diese Verfahren sind nicht genutzt worden.

- Überprüfungs-/Revisions-/Verfallsklausel

Der Vorschlag enthält eine Überprüfungsklausel.

- Entsprechungstabelle

Die Mitgliedstaaten werden aufgefordert, der Kommission den Wortlaut der innerstaatlichen Rechtsvorschriften, mit denen sie diese Richtlinie umgesetzt haben, sowie eine Entsprechungstabelle zu übermitteln.

- Europäischer Wirtschaftsraum

Der vorgeschlagene Rechtsakt ist von Bedeutung für den Europäischen Wirtschaftsraum und sollte deshalb auf den EWR ausgeweitet werden.

Vorschlag 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**

(Text von Bedeutung für den EWR)

DAS EUROPÄISCHE PARLAMENT UND DER RAT DER EUROPÄISCHEN UNION –

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere auf Artikel 95,

auf Vorschlag der Kommission¹,

nach Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses²,

nach Stellungnahme des Ausschusses der Regionen³,

gemäß dem Verfahren des Artikels 251 EG-Vertrag⁴,

in Erwägung nachstehender Gründe:

- (1) Die Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge⁵ und die 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 Telekommunikationssektor⁶ betreffen die Nachprüfungsverfahren im Bereich des öffentlichen Auftragswesens. Diese Richtlinien sollen die wirksame Anwendung der Richtlinien 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge⁷ und 2004/17/EG

¹ ABl. C [...] vom [...], S. [...].

² ABl. C [...] vom [...], S. [...].

³ ABl. C [...] vom [...], S. [...].

⁴ ABl. C [...] vom [...], S. [...].

⁵ ABl. L 395 vom 30.12.1989, S. 33. Geändert durch die Richtlinie 92/50/EWG (AbI. L 209 vom 24.7.1992, S. 1).

⁶ ABl. L 76 vom 23.3.1992, S. 14. Zuletzt geändert durch die Beitrittsakte 2003.

⁷ ABl. L 134 vom 30.4.2004, S. 114. Zuletzt geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 2083/2005 der Kommission (AbI. L 333 vom 20.12.2005, S. 28).

des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste⁸ gewährleisten.

- (2) Die Anhörung der Betroffenen wie auch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften haben bei den gegenwärtigen Nachprüfungsverfahren in den Mitgliedstaaten eine Reihe von Schwachstellen aufgedeckt. Aufgrund dieser Schwachstellen können die Verfahren der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG die Beachtung der Gemeinschaftsvorschriften nicht immer gewährleisten und insbesondere nicht in einem Stadium, in dem Verstöße noch beseitigt werden könnten. So bieten diese Richtlinien den Wirtschaftsteilnehmern keine Garantien für Transparenz und Nichtdiskriminierung. Unter diesen Umständen können die positiven Effekte der Modernisierung und Vereinfachung der Vergaberegeln nur durch die Richtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG nicht für die Gemeinschaft insgesamt voll zum Tragen kommen. Es ist daher angezeigt, die Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG so zu präzisieren und zu ergänzen, dass die vom Gemeinschaftsgesetzgeber angestrebten Ziele erreicht werden können.
- (3) Zu den ermittelten Schwächen zählt insbesondere das Fehlen einer Frist, die eine wirksame Nachprüfung zwischen der Zuschlagsentscheidung und dem Abschluss des betreffenden Vertrages ermöglicht. Das führt zuweilen dazu, dass die Auftraggeber auf eine sehr schnelle Vertragsunterzeichnung drängen, um die Folgen einer strittigen Zuschlagsentscheidung unumkehrbar zu machen. Um diesem Mangel abzuwehren, der einen wirksamen Rechtsschutz für die betroffenen Bewerber oder Bieter nachhaltig behindert, ist es angezeigt, eine Mindest-Stillhaltefrist vorzusehen, während derer der Abschluss des betreffenden Vertrages für einen angemessenen Zeitraum ausgesetzt wird, und zwar unabhängig davon, ob der Vertragsschluss zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung zustande kommt oder nicht.
- (4) Alle Betroffenen sind sich darin einig, dass sowohl zügige Vergabeverfahren als auch wirksame einzelstaatliche Nachprüfungsverfahren gewährleistet werden müssen; deshalb sollte die Pflicht zur Einhaltung einer vernünftigen Mindest-Stillhaltefrist, die den zeitlichen Vorgaben und den mehr oder weniger komplexen Bedingungen, unter denen bestimmte Verfahren ablaufen, gerecht wird, mit der Verpflichtung verknüpft werden, die Informationen, die für die Person, die eine Nachprüfung anstrengen möchte, unerlässlich sind, mit den schnellsten verfügbaren Kommunikationsmitteln zu übermitteln. Zu diesen Informationen zählen insbesondere, in zusammengefasster Form, die Gründe, die in den Richtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG vorgesehen sind.
- (5) Die Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG dienen der Modernisierung und Vereinfachung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge; es ist daher angezeigt, die Mindest-Stillhaltefrist auf die Fälle zu beschränken, in denen nicht berücksichtigte Bewerber oder Bieter eine Nachprüfung wegen Verletzung der Transparenzpflicht und der Ausschreibungspflichten des gemeinschaftlichen Vergaberechts beantragen könnten.

⁸ ABl. L 134 vom 30.4.2004, S. 1. Zuletzt geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 2083/2005.

- (6) Eine solche Mindest-Stillhaltefrist soll weder im Falle zwingender Dringlichkeit im Sinne der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG angewendet werden, noch auf Aufträge, die durch Bestimmungen der Richtlinien selbst ausdrücklich von deren Anwendungsbereich ausgenommen sind.
- (7) Da Einigkeit darüber herrscht, dass die rechtswidrige freihändige Vergabe von Aufträgen einen schweren Verstoß darstellt, und um einen wirksamen Rechtsschutz für alle Beteiligten zu gewährleisten, ist es hingegen angezeigt, eine mit einer Transparenzpflicht verknüpfte Mindest-Stillhaltefrist für alle freihändigen Auftragsvergaben ohne vorherige Bekanntmachung oder ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb vorzusehen, die sich auf die Ausnahmeregelungen der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG stützen, und in jedem Fall dann, wenn ein Auftraggeber einen Auftrag, der über den in den genannten Richtlinien festgelegten Schwellenwerten liegt, freihändig ohne vorherige Bekanntmachung oder ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb an eine rechtlich von ihm verschiedene Person vergibt. Die Anwendung einer solchen mit einer Transparenzpflicht verknüpften Mindest-Stillhaltefrist, so wie sie das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache C-26/03, Stadt Halle⁹, impliziert, soll eine wirksame Bekämpfung rechtswidriger freihändiger Auftragsvergaben ermöglichen, denn hierbei handelt es sich um einen beträchtlichen Verstoß gegen das gemeinschaftliche Vergaberecht durch einen Auftraggeber.
- (8) Da in dieser Richtlinie die Mindest-Stillhaltefrist festgelegt werden soll, die für unerlässlich gehalten wird, um ein wirksames Nachprüfungsverfahren zu gewährleisten, ist es angezeigt, die Kohärenz der betreffenden Bestimmungen der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG sicherzustellen, damit die Wirksamkeit der Vorschriften insgesamt, die eine Nachprüfung vor Vertragsschluss ermöglichen sollen, nicht beeinträchtigt wird.
- (9) Insbesondere sollte, wenn ein Mitgliedstaat verlangt, dass die Person, die beabsichtigt, ein Nachprüfungsverfahren anzustrengen, den öffentlichen Auftraggeber davon unterrichtet, nicht noch eine zusätzliche Mindestfrist vorgeschrieben werden zwischen dem Zeitpunkt, zu dem diese Information dem Auftraggeber übermittelt wird, und dem Zeitpunkt, zu dem ein Nachprüfungsverfahren bei der zuständigen Instanz beantragt wird. Wenn ein Mitgliedstaat verlangt, dass die betreffende Person zunächst eine Nachprüfung beim öffentlichen Auftraggeber beantragt, sollte dieser Person jedoch eine angemessene Mindestfrist zugestanden werden, die es ihr erlaubt, die zuständige Nachprüfungsinstanz vor Abschluss des Vertrages anzurufen, wenn sie die Antwort oder das Ausbleiben einer Antwort des öffentlichen Auftraggebers anfechten möchte.
- (10) Die Beantragung einer Nachprüfung kurz vor Ablauf der Mindest-Stillhaltefrist darf nicht dazu führen, dass die für die Nachprüfungsverfahren zuständige Instanz nicht über die Mindestzeit verfügt, die für ein Handeln unerlässlich ist, insbesondere für die Verlängerung der Aussetzung des Vertragsschlusses. Deshalb ist es angezeigt, eine eigenständige Mindest-Stillhaltefrist vorzusehen, die erst durch die Anrufung der für die Nachprüfungsverfahren zuständigen Instanz in Lauf gesetzt wird und dieser in jedem Fall ermöglicht, binnen einer kurzen aber angemessenen Frist zu handeln.

⁹ Slg. 2005, S. I -1, Rdnr. 39.

- (11) Ebenfalls im Interesse der Wirksamkeit der Gesamtregelung sollte vorgesehen werden, dass die Übermittlung der vorgeschriebenen Informationen und die Einreichung der Nachprüfungsanträge mit den schnellsten Kommunikationsmitteln erfolgen, mit denen der Nutzen dieser Mindest-Stillhaltefrist gewahrt werden kann und die gleichzeitig die Möglichkeit bieten, die Übermittlung als solche nachzuweisen. Deshalb ist es wichtig, dass in diesem Zusammenhang die Übermittlung per Telefax oder auf elektronischem Wege vorgesehen wird, denn diese Kommunikationsmittel erfüllen diese Anforderungen und zeichnen sich darüber hinaus dadurch aus, dass sie für die Betroffenen einfach zu handhaben und kostengünstig sind.
- (12) Ferner sollte die Kohärenz gewahrt werden zwischen den Stillhaltefristen und den Fristen für die Nachprüfung der Entscheidungen der Auftraggeber, durch die die Teilnahme eines Bieters oder Bewerbers an einem Verfahren, das unter die Richtlinie 2004/17/EG oder 2004/18/EG fällt, beendet wird.
- (13) Um die Einhaltung der Fristen zu gewährleisten, die eine wirksame Nachprüfung sicherstellen, und der übereilten Vertragsunterzeichnung im Falle rechtswidrig vergebener oder rechtswidrig freihändig vergebener Aufträge, die der Gerichtshof als beträchtlichen Verstoß gegen das gemeinschaftliche Vergaberecht eingestuft hat, entgegenzuwirken, sollte eine wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktion für alle öffentlichen Auftraggeber vorgesehen werden, die die Mindest-Stillhaltefristen verletzen. Aus diesen Gründen und in Anbetracht der Tatsache, dass die Mitgliedstaaten gemäß Richtlinie 89/665/EWG und 92/13/EWG dafür sorgen müssen, dass rechtswidrige Entscheidungen öffentlicher Auftraggeber von den für die Nachprüfungsverfahren zuständigen Instanzen aufgehoben werden können, sollte festgelegt werden, dass ein Vertragsschluss, bei dem diese Fristen verletzt werden, unwirksam ist und dass die für die Nachprüfungsverfahren zuständige Instanz daraus alle notwendigen Konsequenzen in Bezug auf den rechtswidrig zu Stande gekommenen Vertrag zieht, beispielsweise bezüglich der Erstattung von Beträgen, die der öffentliche Auftraggeber gezahlt hat.
- (14) Um gleichzeitig zu gewährleisten, dass die Verhältnismäßigkeit der Sanktionen gewahrt bleibt, sollten die Mitgliedstaaten der für die Nachprüfungsverfahren zuständigen Instanz die Möglichkeit geben, den Vertrag nicht für unwirksam zu erklären oder bestimmte zeitliche Wirkungen des Vertrages anzuerkennen, wenn zwingende Gründe eines nichtwirtschaftlichen Allgemeininteresses dies ausnahmsweise rechtfertigen. Die Notwendigkeit, für Rechtssicherheit hinsichtlich der Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber zu sorgen, erfordert ferner die Festlegung einer vernünftigen Mindest-Verjährungsfrist für Nachprüfungen zwecks Feststellung der Unwirksamkeit eines Vertragsschlusses und der daraus resultierenden Folgen.
- (15) Die Erhöhung der Wirksamkeit der einzelstaatlichen Nachprüfungsverfahren durch diese Richtlinie sollte die Betroffenen dazu ermutigen, die Möglichkeiten der Nachprüfung vor Vertragsschluss im Wege der einstweiligen Verfügung stärker in Anspruch zu nehmen. Es ist daher angezeigt, den Korrekturmechanismus ausschließlich auf schwere Verstöße gegen das gemeinschaftliche Vergaberecht auszurichten und es der Kommission zu überlassen, dem betreffenden Mitgliedstaat eine angemessene Antwortfrist zu setzen, die den jeweiligen Umständen besser Rechnung trägt.

- (16) Das in der Richtlinie 92/13/EWG vorgesehene freiwillige Bescheinigungsverfahren, das den öffentlichen Auftraggebern die Möglichkeit gibt, sich auf der Grundlage regelmäßiger Überprüfungen bescheinigen zu lassen, dass ihre Vergabeverfahren richtlinienkonform sind, ist praktisch nie in Anspruch genommen worden; es kann daher seinen Zweck, Verstöße gegen das gemeinschaftliche Vergaberecht in größerer Zahl zu verhindern, nicht erfüllen. Hingegen kann die den Mitgliedstaaten in der Richtlinie 92/13/EWG auferlegte Pflicht, dafür zu sorgen, dass für diese Prüfungen ständig akkreditierte Prüfer zur Verfügung stehen, Verwaltungskosten verursachen, die angesichts des fehlenden Interesses der öffentlichen Auftraggeber nicht mehr zu rechtfertigen sind. Deshalb ist es angezeigt, dieses Bescheinigungsverfahren abzuschaffen.
- (17) Auch das in der Richtlinie 92/13/EWG vorgesehene Schlichtungsverfahren ist bei den Wirtschaftsteilnehmern nie auf echtes Interesse gestoßen, zum einen weil dieses Verfahren allein keine verbindlichen vorläufigen Maßnahmen ermöglicht, die einen rechtswidrigen Vertragsschluss rechtzeitig verhindern könnten, zum anderen weil es nur schwer mit der Einhaltung der besonders kurzen Fristen für Nachprüfungen zwecks Verhängung vorläufiger Maßnahmen und Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen zu vereinbaren ist. Außerdem ist die potenzielle Wirksamkeit des Schlichtungsverfahrens zusätzlich beeinträchtigt worden durch die Schwierigkeiten beim Erstellen einer vollständigen, hinreichend langen Liste unabhängiger Schlichter für jeden Mitgliedstaat, die jederzeit zur Verfügung stehen und Schlichtungsanträge sehr kurzfristig bearbeiten können. Deshalb ist es angezeigt, dieses Schlichtungsverfahren abzuschaffen.
- (18) Es ist angezeigt, eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur regelmäßigen Übermittlung von Informationen über das Funktionieren der innerstaatlichen Nachprüfungsverfahren, die im Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen, beizubehalten; bei der Festlegung von Art und Umfang dieser Informationen sollte der Beratende Ausschuss für das öffentliche Auftragswesen hinzugezogen werden. Allein diese Informationen ermöglichen nämlich, nach einem längeren Anwendungszeitraum, eine korrekte Bewertung der durch diese Richtlinie bewirkten Änderungen.
- (19) Die Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG sollten dementsprechend geändert werden.
- (20) Da die Ziele dieser Richtlinie aus den oben genannten Gründen auf mitgliedstaatlicher Ebene nur unzureichend verwirklicht werden können und daher besser auf Gemeinschaftsebene zu erreichen sind, kann die Gemeinschaft im Einklang mit dem in Artikel 5 EG-Vertrag niedergelegten Subsidiaritätsprinzip tätig werden. Entsprechend dem in demselben Artikel genannten Verhältnismäßigkeitsprinzip geht diese Richtlinie nicht über das für die Erreichung dieser Ziele erforderliche Maß hinaus, insbesondere was den Grundsatz der Verfahrensautonomie betrifft.
- (21) Diese Richtlinie steht im Einklang mit den Grundrechten und Grundsätzen, die insbesondere mit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union anerkannt wurden. Sie soll namentlich die uneingeschränkte Beachtung des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht sicherstellen, das in Artikel 47 Absatz 1 und 2 der Charta festgeschrieben ist –

HABEN FOLGENDE RICHTLINIE ERLASSEN:

Artikel 1

Richtlinie 89/665/EWG

Die Richtlinie 89/665/EWG wird wie folgt geändert:

1) Artikel 1 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 erhält folgende Fassung:

„1. Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates* fallenden Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge die Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der Artikel 2 bis 2f der vorliegenden Richtlinie auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können.

* ABl. L 134 vom 30.4.2004, S. 114.“

b) Absatz 3 erhält folgende Fassung:

„3. Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass das Nachprüfungsverfahren entsprechend den gegebenenfalls von den Mitgliedstaaten festzulegenden Bedingungen zumindest jedem zur Verfügung steht, der ein Interesse hat oder hatte, einen bestimmten öffentlichen Auftrag zu erhalten, und dem durch einen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht.“

c) Es werden folgende Absätze 4 und 5 angefügt:

„4. Die Mitgliedstaaten können verlangen, dass die Person, die ein Nachprüfungsverfahren anzustrengen beabsichtigt, die Vergabebehörde per Fax oder auf elektronischem Weg über den behaupteten Verstoß und die beabsichtigte Nachprüfung unterrichtet. Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass in diesen Fällen keine Mindestfrist festgelegt wird, die zwischen der Unterrichtung der Vergabebehörde und der Beantragung des Nachprüfungsverfahrens bei der Nachprüfungsinstanz abgewartet werden muss.

Die Mitgliedstaaten können auch verlangen, dass die betreffende Person zunächst bei der Vergabebehörde eine Nachprüfung beantragt. In diesem Fall tragen die Mitgliedstaaten dafür Sorge, dass die Einreichung eines solchen Antrags per Fax oder auf elektronischem Weg einen unmittelbaren Suspensiveffekt auf den Vertragsschluss auslöst.

Der in Unterabsatz 2 genannte automatische Suspensiveffekt endet frühestens mit Ablauf einer Frist von fünf Arbeitstagen, nachdem die Vergabebehörde ihre Antwort per Fax oder auf elektronischem Weg übermittelt hat; die Frist beginnt an dem Tag, der auf die Übermittlung folgt.

5. Bei Nachprüfungen, die sich auf die Umstände einer Übermittlung oder Nichtübermittlung der in Absatz 4 genannten Telekopien oder elektronischen Mitteilungen beziehen, würdigt die gegenüber der Vergabebehörde unabhängige Nachprüfungsinstanz alle angemessenen und sachdienlichen Beweismittel, die ihr von den Verfassern dieser Mitteilungen vorgelegt werden und die Absendung der Mitteilungen und ihren Eingang bei den Adressaten bestätigen.“

2) Artikel 2 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 3 erhält folgende Fassung:

„3. Außer in den in Artikel 1 Absatz 4 und in den Artikeln 2a bis 2f genannten Fällen haben die Nachprüfungsverfahren als solche nicht notwendigerweise einen automatischen Suspensiveffekt auf die betreffenden Vergabeverfahren.“

b) Es wird folgender Absatz 3a angefügt:

„3a. Wird eine gegenüber der Vergabebehörde unabhängige Instanz mit einem Nachprüfungsverfahren befasst, das sich auf die Zuschlagsentscheidung oder eine im Anschluss daran getroffene Entscheidung bezieht, teilt sie der Vergabebehörde unverzüglich per Fax oder auf elektronischem Weg mit, dass sie den Vertragsschluss während einer bestimmten Frist aussetzen muss; diese Frist wird von dem Mitgliedstaat festgelegt, in dem die unabhängige Instanz ansässig ist. Sie beträgt mindestens fünf Arbeitstage, gerechnet ab dem Tag nach Absendung der entsprechenden Mitteilung. Hat die unabhängige Instanz alle im Rahmen des Verfahrens eingereichten Unterlagen geprüft und ist sie zu dem Schluss gelangt, dass eine Verlängerung der genannten Stillhaltefrist nicht erforderlich ist, kann sie den Vertragsschluss jederzeit wieder zulassen.“

c) Absatz 4 erhält folgende Fassung:

„4. Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass die Nachprüfungsinstanz bei Prüfung der Frage, ob vorläufige Maßnahmen zu ergreifen sind, deren voraussehbare Folgen für alle möglicherweise geschädigten Interessen sowie das Interesse der Allgemeinheit berücksichtigen kann und dass sie beschließen kann, diese Maßnahmen nicht zu ergreifen, wenn deren nachteilige Folgen die damit verbundenen Vorteile überwiegen könnten.

Machen die Mitgliedstaaten von der in Unterabsatz 1 genannten Möglichkeit Gebrauch, können sie die Anwendung von Artikel 2f nicht verhindern, wenn der Abschluss des betreffenden Vertrages gegen Artikel 1 Absatz 4, Artikel 2 Absatz 3a, oder gegen einen der Artikel 2a

bis 2e verstößt oder einer von der Nachprüfungsinstanz ergriffenen zusätzlichen vorläufigen Maßnahme zuwiderläuft, mit der die Aussetzung des Vertragsschlusses verlängert werden soll.

Die Ablehnung der vorläufigen Maßnahmen beeinträchtigt nicht die sonstigen Rechte des Antragstellers.“

d) Absatz 6 erhält folgende Fassung:

„6. Außer in den in Artikel 1 Absatz 4 und in den Artikeln 2a bis 2f genannten Fällen richten sich die Wirkungen der Ausübung der in Absatz 1 des vorliegenden Artikels genannten Befugnisse auf den nach der Zuschlagsentscheidung geschlossenen Vertrag nach dem einzelstaatlichen Recht.

Abgesehen von dem Fall, in dem eine Entscheidung vor Zuerkennung von Schadenersatz aufgehoben werden muss, kann ein Mitgliedstaat ferner vorsehen, dass nach Abschluss des Vertrags im Einklang mit Artikel 1 Absatz 4, Artikel 2 Absatz 3, Artikel 2a bis 2f die Befugnisse der Nachprüfungsinstanz sich darauf beschränken, einer durch einen Rechtsverstoß geschädigten Person Schadenersatz zuzuerkennen.“

e) In Absatz 8 Unterabsatz 1 werden die Worte „Gericht im Sinne des Artikels 177 des Vertrages“ durch die Worte „Gericht im Sinne des Artikels 234 des Vertrages“ ersetzt.

3) Es werden folgende Artikel 2a bis 2f angefügt:

„Artikel 2a

1. Die Mitgliedstaaten legen nach Maßgabe der Mindestbedingungen der Absätze 2, 3 und 4 und der Artikel 2b, 2c und 2d Fristen fest, die sicherstellen, dass die in Artikel 1 Absatz 3 genannten Personen gegen Entscheidungen der Vergabebehörde wirksame Nachprüfungsverfahren anstrengen können.
2. Der Vertragsschluss im Anschluss an die Zuschlagsentscheidung für einen Auftrag, der unter die Richtlinie 2004/18/EG fällt, darf erst nach Ablauf einer Frist von mindestens zehn Kalendertagen erfolgen, gerechnet ab dem Tag, nach dem den betroffenen Bietern die Zuschlagsentscheidung per Fax oder auf elektronischem Weg übermittelt wurde. Dieser Mitteilung wird eine Zusammenfassung der sachdienlichen Gründe gemäß Artikel 41 Absatz 2 der Richtlinie 2004/18/EG beigelegt.
3. Abweichend von Absatz 2 können die Mitgliedstaaten in den dringenden Fällen gemäß Artikel 38 Absatz 8 der Richtlinie 2004/18/EG vorsehen, dass der Vertragsschluss im Anschluss an die Zuschlagsentscheidung erst nach Ablauf von mindestens sieben Kalendertagen erfolgen darf, gerechnet ab dem Tag, nach dem den betroffenen Bietern die Zuschlagsentscheidung per Fax oder auf elektronischem Weg übermittelt wurde. Diese Frist verlängert sich automatisch um drei Kalendertage, wenn eine in Artikel 1 Absatz 3 der vorliegenden Richtlinie genannte Person innerhalb dieser Frist die

Vergabebehörde per Fax oder auf elektronischem Weg über die beabsichtigte Nachprüfung unterrichtet. Der Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung wird eine Zusammenfassung der sachdienlichen Gründe gemäß Artikel 41 Absatz 2 der Richtlinie 2004/18/EG beigelegt.

Die Mitgliedstaaten können Unterabsatz 1 anwenden, wenn es sich um Aufträge handelt, die auf der Grundlage von Rahmenvereinbarungen im Sinne von Artikel 1 Absatz 5 der Richtlinie 2004/18/EG oder im Rahmen dynamischer Beschaffungssysteme im Sinne von Artikel 1 Absatz 6 derselben Richtlinie vergeben werden.

4. Die in den Absätzen 2 und 3 genannten Fristen kommen nicht zur Anwendung, wenn zwingende, dringliche Gründe im Sinne des Artikels 31 Nummer 1 Buchstabe c der Richtlinie 2004/18/EG vorliegen.

Artikel 2b

Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass die in Artikel 2a Absätze 2 und 3 genannten Fristen in folgenden Fällen nicht angewendet werden:

- a) bei Aufträgen auf der Grundlage einer Rahmenvereinbarung im Sinne des Artikels 32 Absatz 3 der Richtlinie 2004/18/EG, die mit einem einzigen Wirtschaftsteilnehmer geschlossen wurde;
- b) bei Aufträgen auf der Grundlage einer Rahmenvereinbarung, die mit mehreren Wirtschaftsteilnehmern geschlossen wurde, wenn diese Aufträge nach Maßgabe der Rahmenvereinbarung ohne erneuten Aufruf zum Wettbewerb im Sinne von Artikel 32 Absatz 4 Unterabsatz 2 erster Gedankenstrich der Richtlinie 2004/18/EG vergeben werden;
- c) bei Aufträgen, die im Rahmen eines offenen Verfahrens im Sinne von Artikel 1 Absatz 11 Buchstabe a der Richtlinie 2004/18/EG vergeben werden, wenn die Vergabebehörde nur das Angebot des Bieters erhalten hat, dem auch der Zuschlag erteilt wird;
- d) bei Aufträgen, die im Rahmen eines nichtoffenen Verfahrens im Sinne von Artikel 1 Absatz 11 Buchstabe b der Richtlinie 2004/18/EG vergeben werden, wenn mit Ausnahme des Wirtschaftsteilnehmers, der den Zuschlag erhält, gegen alle zur Abgabe eines Angebots aufgeforderten Wirtschaftsteilnehmer eine nachprüfbare Entscheidung der Vergabebehörde ergangen ist, die aus anderen Gründen als den für diesen Auftrag geltenden Zuschlagskriterien ihre Teilnahme am Verfahren beendet;
- e) bei Aufträgen, die im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens im Sinne von Artikel 1 Absatz 11 Buchstabe d der Richtlinie 2004/18/EG vergeben werden, wenn mit Ausnahme des Wirtschaftsteilnehmers, der den Zuschlag erhält, gegen alle konsultierten Wirtschaftsteilnehmer, die ihr Interesse an dem Auftrag bekundet haben, eine nachprüfbare Entscheidung der Vergabebehörde ergangen ist, die aus anderen Gründen als den für diesen Auftrag geltenden Zuschlagskriterien ihre Teilnahme am Verfahren beendet.

Artikel 2c

1. Legen die Mitgliedstaaten fest, dass alle Nachprüfungsverfahren gegen Entscheidungen einer Vergabebehörde, die im Rahmen oder im Zusammenhang mit der Vergabe eines Auftrags im Sinne der Richtlinie 2004/18/EG ergehen, vor Ablauf einer bestimmten Frist beantragt werden müssen, muss diese Frist mindestens zehn Kalendertage betragen, gerechnet ab dem Tag, nach dem die Entscheidung der Vergabebehörde dem betreffenden Bieter oder Bewerber per Fax oder auf elektronischem Weg übermittelt wurde. Dieser Mitteilung wird eine Zusammenfassung der sachdienlichen Gründe gemäß Artikel 41 Absatz 2 der Richtlinie 2004/18/EG beigelegt.
2. Die Mitgliedstaaten, die von den in Artikel 2a Absatz 3 genannten Möglichkeiten Gebrauch machen, können für die Beantragung des in Absatz 1 des vorliegenden Artikels genannten Nachprüfungsverfahrens eine Frist vorsehen, die mindestens sieben Kalendertage beträgt, gerechnet ab dem Tag, nach dem die Entscheidung der Vergabebehörde dem betroffenen Bieter oder Bewerber per Fax oder auf elektronischem Weg übermittelt wurde.

Diese Frist verlängert sich automatisch um drei Kalendertage, wenn eine in Artikel 1 Absatz 3 genannte Person innerhalb dieser Frist die Vergabebehörde per Fax oder auf elektronischem Weg über die beabsichtigte Nachprüfung unterrichtet.

Der Mitteilung an die von der Entscheidung der Vergabebehörde betroffenen Bieter oder Bewerber wird eine Zusammenfassung der sachdienlichen Gründe gemäß Artikel 41 Absatz 2 der Richtlinie 2004/18/EG beigelegt.

Artikel 2d

Bei Nachprüfungen, die sich auf die Umstände einer Übermittlung oder Nichtübermittlung der in Artikel 2a und 2c genannten Telekopien oder elektronischen Mitteilungen beziehen, würdigt die gegenüber der Vergabebehörde unabhängige Nachprüfungsinstanz alle angemessenen und sachdienlichen Beweismittel, die ihr von der Vergabebehörde als Absender dieser Mitteilungen vorgelegt werden und die Absendung der Mitteilungen und ihren Eingang bei den Adressaten bestätigen.

Artikel 2e

1. Nach Maßgabe der Absätze 2, 3 und 4 gewährleisten die Mitgliedstaaten die Wirksamkeit der in Artikel 1 und Artikel 2 Absatz 1 Buchstaben a und b genannten einstweiligen Verfügungen und Nichtigerklärungen von Verträgen, die rechtswidrig freihändig vergeben wurden.
2. Hält eine Vergabebehörde es unter Beachtung des geltenden Gemeinschaftsrechts für zulässig, für die Vergabe eines Auftrags, dessen Wert über der in der Richtlinie 2004/18/EG genannten Schwelle liegt, auf ein förmliches Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung und vorherigem Aufruf zum Wettbewerb zu verzichten, muss sie vor Vertragsschluss folgende zwei Punkte beachten:

- a) die Zuschlagsentscheidung darf keine vertragliche Wirkung entfalten und muss im Sinne von Artikel 1 und 2 der vorliegenden Richtlinie nachprüfbar sein;
- b) die Vergabebehörde muss eine Bekanntmachung veröffentlichen und dabei einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen; diese Bekanntmachung muss mindestens die im Anhang zu dieser Richtlinie aufgeführten Angaben enthalten.

Mit der Veröffentlichung einer Bekanntmachung gemäß Artikel 35 Absatz 4 und Artikel 36 der Richtlinie 2004/18/EG werden die Bedingungen unter Buchstabe b erfüllt.

3. Der Vertragsschluss im Anschluss an die Zuschlagsentscheidung für einen Auftrag gemäß Absatz 2 darf erst nach Ablauf einer Frist von mindestens zehn Kalendertagen erfolgen, gerechnet ab dem Tag, nach dem die in Absatz 2 Buchstabe b genannte Bekanntmachung wie vorgeschrieben veröffentlicht wurde.
4. Die Absätze 2 und 3 finden keine Anwendung in dringlichen, zwingenden Fällen gemäß Artikel 31 Nummer 1 Buchstabe c der Richtlinie 2004/18/EG und bei Aufträgen, die nach Artikel 12 bis 18 derselben Richtlinie nicht in deren Anwendungsbereich fallen.

Artikel 2f

1. Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass einerseits die in Artikel 1 Absatz 4 und in Artikel 2a Absätze 2 und 3 genannten Fristen und andererseits Artikel 2e nach Maßgabe der Absätze 2, 3 und 4 dieses Artikels eingehalten werden.
2. Ein Vertragsschluss, der gegen die in Absatz 1 genannten Bestimmungen verstößt, ist unwirksam.
3. Abweichend von Absatz 2 können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass ein Vertrag, der unter Missachtung der Bestimmungen von Absatz 1 geschlossen wird, gleichwohl zwischen den Vertragsparteien oder gegenüber Dritten bestimmte Wirkungen entfaltet und zwar nach Ablauf einer mindestens sechsmonatigen Verjährungsfrist, gerechnet ab dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

Die in Unterabsatz 1 genannte Ausnahmeregelung kann auch angewendet werden, wenn im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens, in dem ein gegen die Bestimmungen von Absatz 1 verstoßender Vertragsschluss und die daraus resultierenden Folgen festgestellt werden sollen, eine gegenüber der Vergabebehörde unabhängige Nachprüfungsinstanz feststellt, dass bestimmte zwingende Gründe eines nichtwirtschaftlichen Allgemeininteresses es rechtfertigen, im betreffenden Fall einige Wirkungen des Vertrags nicht in Frage zu stellen.

4. Die Mitgliedstaaten legen die Sanktionen fest, die im Falle eines gegen die Bestimmungen von Absatz 1 verstoßenden Vertragsschlusses anwendbar sind, wenn zwar die Bedingungen des Absatzes 3 erfüllt sind oder wenn eine Vergabebehörde dringliche, zwingende Gründe im Sinne des Artikels 31 Ziffer 1 Buchstabe c der Richtlinie 2004/18/EG anführt, die anderen in dieser Bestimmung genannten Bedingungen aber nicht alle erfüllt sind.

Die Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.

Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission diese Bestimmungen spätestens am *(18 Monate nach Veröffentlichung dieser Richtlinie im Amtsblatt der Europäischen Union)* und etwaige diesbezügliche Änderungen so rasch wie möglich mit.“

- 4) Artikel 3 wird wie folgt geändert:

- a) Die Absätze 1 und 2 erhalten folgende Fassung:

„1. Die Kommission kann das in den Absätzen 2 bis 5 vorgesehene Verfahren anwenden, wenn sie zu der Auffassung gelangt, dass bei einem Vergabeverfahren, das in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG fällt, ein schwerer Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens vorliegt.

2. Die Kommission teilt dem Mitgliedstaat und der Vergabebehörde mit, aus welchen Gründen sie einen schweren Verstoß als gegeben ansieht und fordert dessen Beseitigung. Sie setzt dem betroffenen Mitgliedstaat eine unter den gegebenen Umständen angemessene Antwortfrist.“

- b) Der Einleitungssatz des Absatzes 3 erhält folgende Fassung:

„Innerhalb der in Absatz 2 genannten Frist übermittelt der Mitgliedstaat der Kommission:“

- 5) Artikel 4 erhält folgende Fassung:

„Artikel 4

1. Die Mitgliedstaaten unterrichten die Kommission alljährlich von dem Verlauf der einzelstaatlichen Nachprüfungsverfahren der Vorjahre. Die Kommission bestimmt im Benehmen mit dem Beratenden Ausschuss für das öffentliche Auftragswesen Gegenstand und Art dieser Informationen.
2. Vor Ablauf eines Zeitraums von sechs Jahren gerechnet ab *[18 Monate nach der Veröffentlichung dieser Richtlinie im Amtsblatt der Europäischen Union]* überprüft die Kommission im Benehmen mit dem Beratenden Ausschuss für das öffentliche Auftragswesen die Anwendung dieser Richtlinie und schlägt gegebenenfalls die als notwendig erachteten Änderungen vor.“

- 6) Anhang I dieser Richtlinie wird als Anhang beigefügt.

Artikel 2

Richtlinie 92/13/EWG

Die Richtlinie 92/13/EWG wird wie folgt geändert:

1) Artikel 1 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 erhält folgende Fassung:

„1. Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates* fallenden Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge die Entscheidungen der Auftraggeber wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der Artikel 2 bis 2f der vorliegenden Richtlinie auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können.

* ABl. L 134 vom 30.4.2004, S. 1.“

b) Absatz 3 erhält folgende Fassung:

„3. Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass das Nachprüfungsverfahren entsprechend den gegebenenfalls von den Mitgliedstaaten festzulegenden Bedingungen zumindest jedem zur Verfügung steht, der ein Interesse hat oder hatte, einen bestimmten öffentlichen Auftrag zu erhalten, und dem durch einen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht.“

c) Es werden folgende Absätze 4 und 5 angefügt:

„4. Die Mitgliedstaaten können verlangen, dass die Person, die ein Nachprüfungsverfahren anzustrengen beabsichtigt, den Auftraggeber per Fax oder auf elektronischem Weg über den behaupteten Rechtsverstoß und die beabsichtigte Nachprüfung unterrichtet. Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass in diesen Fällen keine Mindestfrist festgelegt wird, die zwischen der Unterrichtung des Auftraggebers und der Beantragung des Nachprüfungsverfahrens bei der Nachprüfungsinstanz abgewartet werden muss.

Die Mitgliedstaaten können auch verlangen, dass die betreffende Person zunächst beim Auftraggeber eine Nachprüfung beantragt. In diesem Fall tragen die Mitgliedstaaten dafür Sorge, dass die Einreichung eines solchen Antrags per Fax oder auf elektronischem Weg einen unmittelbaren Suspensiveffekt auf den Vertragsschluss auslöst.

Der in Unterabsatz 2 genannte automatische Suspensiveffekt endet frühestens mit Ablauf einer Frist von fünf Arbeitstagen, nachdem der Auftraggeber seine Antwort per Fax oder auf elektronischem Weg übermittelt hat; die Frist beginnt an dem Tag, der auf die Übermittlung folgt.

5. Bei Nachprüfungen, die sich auf die Umstände einer Übermittlung oder Nichtübermittlung der in Absatz 4 genannten Telekopien oder elektronischen Mitteilungen beziehen, würdigt die gegenüber dem Auftraggeber unabhängige Nachprüfungsinstanz alle angemessenen und sachdienlichen Beweismittel, die ihr von den Verfassern dieser Mitteilungen vorgelegt werden und die Absendung der Mitteilungen und ihren Eingang bei den Adressaten bestätigen.“

2) Artikel 2 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 3 erhält folgende Fassung:

„3. Außer in den in Artikel 1 Absatz 4 und in den Artikeln 2a bis 2f genannten Fällen haben die Nachprüfungsverfahren als solche nicht notwendigerweise einen automatischen Suspensiveffekt auf die betreffenden Vergabeverfahren.“

b) Es wird folgender Absatz 3a angefügt:

„3a. Wird eine gegenüber dem Auftraggeber unabhängige Instanz mit einem Nachprüfungsverfahren befasst, das sich auf die Zuschlagsentscheidung oder eine im Anschluss daran getroffene Entscheidung bezieht, teilt sie dem Auftraggeber unverzüglich per Fax oder auf elektronischem Weg mit, dass er den Vertragsschluss während einer bestimmten Frist aussetzen muss; diese Frist wird von dem Mitgliedstaat festgelegt, in dem die unabhängige Instanz ansässig ist. Sie beträgt mindestens fünf Arbeitstage, gerechnet ab dem Tag nach Absendung der entsprechenden Mitteilung. Hat die unabhängige Instanz alle im Rahmen des Verfahrens eingereichten Unterlagen geprüft und ist sie zu dem Schluss gelangt, dass eine Verlängerung der genannten Stillhaltefrist nicht erforderlich ist, kann sie den Vertragsschluss jederzeit wieder zulassen.“

c) Absatz 4 erhält folgende Fassung:

„4. Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass die Nachprüfungsinstanz bei Prüfung der Frage, ob vorläufige Maßnahmen zu ergreifen sind, deren voraussehbare Folgen für alle möglicherweise geschädigten Interessen sowie das Interesse der Allgemeinheit berücksichtigen kann und dass sie beschließen kann, diese Maßnahmen nicht zu ergreifen, wenn deren nachteilige Folgen die damit verbundenen Vorteile überwiegen könnten.

Machen die Mitgliedstaaten von der in Unterabsatz 1 genannten Möglichkeit Gebrauch, können sie die Anwendung von Artikel 2f nicht verhindern, wenn der Abschluss des betreffenden Vertrages gegen Artikel 1 Absatz 4, Artikel 2 Absatz 3a, oder gegen einen der Artikel 2a bis 2e verstößt oder einer von der Nachprüfungsinstanz ergriffenen zusätzlichen vorläufigen Maßnahme zuwiderläuft, mit der die Aussetzung des Vertragsschlusses verlängert werden soll.

Die Ablehnung der vorläufigen Maßnahmen beeinträchtigt nicht die sonstigen Rechte des Antragstellers.“

d) Absatz 6 erhält folgende Fassung:

„6. Außer in den in Artikel 1 Absatz 4 und in den Artikeln 2a bis 2f genannten Fällen richten sich die Wirkungen der Ausübung der in Absatz 1 des vorliegenden Artikels genannten Befugnisse auf den nach der Zuschlagsentscheidung geschlossenen Vertrag nach dem einzelstaatlichen Recht.

Abgesehen von dem Fall, in dem eine Entscheidung vor Zuerkennung von Schadenersatz aufgehoben werden muss, kann ein Mitgliedstaat ferner vorsehen, dass nach Abschluss des Vertrags im Einklang mit Artikel 1 Absatz 4, Artikel 2 Absatz 3, Artikel 2a bis 2f die Befugnisse der Nachprüfungsinstanz sich darauf beschränken, einer durch einen Rechtsverstoß geschädigten Person Schadenersatz zuzuerkennen.“

e) In Absatz 9 Unterabsatz 1 werden die Worte „Gericht im Sinne des Artikels 177 des Vertrages“ durch die Worte „Gericht im Sinne des Artikels 234 des Vertrages“ ersetzt.

3) Es werden folgende Artikel 2a bis 2f angefügt:

„Artikel 2a

1. Die Mitgliedstaaten legen nach Maßgabe der Mindestbedingungen der Absätze 2, 3 und 4 und der Artikel 2b, 2c und 2d Fristen fest, die sicherstellen, dass die in Artikel 1 Absatz 3 genannten Personen gegen Entscheidungen der Auftraggeber wirksame Nachprüfungsverfahren anstrengen können.
2. Der Vertragsschluss im Anschluss an die Zuschlagsentscheidung für einen Auftrag, der unter die Richtlinie 2004/17/EG fällt, darf erst nach Ablauf einer Frist von mindestens zehn Kalendertagen erfolgen, gerechnet ab dem Tag, nach dem den betroffenen Bietern die Zuschlagsentscheidung per Fax oder auf elektronischem Weg übermittelt wurde. Dieser Mitteilung wird eine Zusammenfassung der sachdienlichen Gründe gemäß Artikel 49 Absatz 2 der Richtlinie 2004/17/EG beigelegt.
3. Abweichend von Absatz 2 können die Mitgliedstaaten in den Fällen, in denen die kumuliert verkürzten Fristen gemäß Artikel 45 Absatz 8 der Richtlinie 2004/17/EG zur Anwendung kommen, vorsehen, dass der Vertragsschluss im Anschluss an die Zuschlagsentscheidung erst nach Ablauf einer Frist von mindestens sieben Kalendertagen erfolgen darf, gerechnet ab dem Tag, nach dem den betroffenen Bietern die Zuschlagsentscheidung per Fax oder auf elektronischem Weg übermittelt wurde. Diese Frist verlängert sich automatisch um drei Kalendertage, wenn die in Artikel 1 Absatz 3 der vorliegenden Richtlinie genannte Person innerhalb dieser Frist den Auftraggeber per Fax oder auf elektronischem Weg über die beabsichtigte Nachprüfung unterrichtet. Der Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung wird eine Zusammenfassung der sachdienlichen Gründe gemäß Artikel 49 Absatz 2 der Richtlinie 2004/17/EG beigelegt.

Die Mitgliedstaaten können Unterabsatz 1 anwenden, wenn es sich um Aufträge handelt, die auf der Grundlage von Rahmenvereinbarungen im Sinne von Artikel 1 Absatz 4 und von Artikel 14 Absätze 2 und 3 der Richtlinie 2004/17/EG oder im Rahmen dynamischer Beschaffungssysteme im Sinne von Artikel 1 Absatz 5 oder Artikel 15 derselben Richtlinie vergeben werden.

4. Die in den Absätzen 2 und 3 genannten Fristen kommen nicht zur Anwendung, wenn zwingende, dringliche Gründe im Sinne des Artikels 40 Absatz 3 Buchstabe d der Richtlinie 2004/17/EG vorliegen.

Artikel 2b

1. Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass die in Artikel 2a Absätze 2 und 3 genannten Fristen in folgenden Fällen nicht angewendet werden:
 - a) bei Aufträgen auf der Grundlage einer Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Wirtschaftsteilnehmer, die gemäß Artikel 14 Absatz 2 und Artikel 40 Absatz 3 Ziffer i der Richtlinie 2004/17/EG vergeben werden;
 - b) bei Aufträgen, die im Rahmen eines offenen Verfahrens im Sinne von Artikel 1 Absatz 9 Buchstabe a der Richtlinie 2004/17/EG vergeben werden, wenn der Auftraggeber nur das Angebot des Bieters erhalten hat, dem auch der Zuschlag erteilt wird;
 - c) bei Aufträgen, die im Rahmen eines nichtoffenen Verfahrens im Sinne von Artikel 1 Absatz 9 Buchstabe b der Richtlinie 2004/17/EG vergeben werden, wenn mit Ausnahme des Wirtschaftsteilnehmers, der den Zuschlag erhält, gegen alle zur Abgabe eines Angebots aufgeforderten Wirtschaftsteilnehmer eine nachprüfbare Entscheidung des Auftraggebers ergangen ist, die aus anderen Gründen als den für diesen Auftrag geltenden Zuschlagskriterien ihre Teilnahme am Verfahren beendet;
 - d) bei Aufträgen, die im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens im Sinne von Artikel 1 Absatz 9 Buchstabe c der Richtlinie 2004/17/EG vergeben werden, wenn mit Ausnahme des Wirtschaftsteilnehmers, der den Zuschlag erhält, gegen alle konsultierten Wirtschaftsteilnehmer, die ihr Interesse an dem Auftrag bekundet haben, eine nachprüfbare Entscheidung des Auftraggebers ergangen ist, die aus anderen Gründen als den für diesen Auftrag geltenden Zuschlagskriterien ihre Teilnahme am Verfahren beendet.

Artikel 2c

1. Legen die Mitgliedstaaten fest, dass alle Nachprüfungsverfahren gegen Entscheidungen eines Auftraggebers, die im Rahmen von oder im Zusammenhang mit der Vergabe eines Auftrags im Sinne der Richtlinie 2004/17/EG ergehen, vor Ablauf einer bestimmten Frist beantragt werden müssen, muss diese Frist mindestens zehn Kalendertage betragen, gerechnet ab dem Tag, nach dem die Entscheidung des Auftraggebers dem betroffenen Bieter oder Bewerber per Fax oder auf elektronischem Weg übermittelt wurde. Dieser Mitteilung wird eine Zusammenfassung der sachdienlichen Gründe gemäß Artikel 49 Absatz 2 der Richtlinie 2004/17/EG beigelegt.

2. Die Mitgliedstaaten, die von den in Artikel 2a Absatz 3 genannten Möglichkeiten Gebrauch machen, können für die Beantragung des in Absatz 1 des vorliegenden Artikels genannten Nachprüfungsverfahrens eine Frist vorsehen, die mindestens sieben Kalendertage beträgt, gerechnet ab dem Tag, nach dem die Entscheidung des Auftraggebers dem betroffenen Bieter oder Bewerber per Fax oder auf elektronischem Weg übermittelt wurde.

Diese Frist verlängert sich automatisch um drei Kalendertage, wenn eine in Artikel 1 Absatz 3 genannte Person innerhalb dieser Frist den Auftraggeber per Fax oder auf elektronischem Weg über die beabsichtigte Nachprüfung unterrichtet.

Der Mitteilung an die von der Entscheidung des Auftraggebers betroffenen Bieter oder Bewerber wird eine Zusammenfassung der sachdienlichen Gründe gemäß Artikel 49 Absatz 2 der Richtlinie 2004/17/EG beigelegt.

Artikel 2d

Bei Nachprüfungen, die sich auf die Umstände einer Übermittlung oder Nichtübermittlung der in Artikel 2a und 2c genannten Telekopien oder elektronischen Mitteilungen beziehen, würdigt die Nachprüfungsinstanz alle angemessenen und sachdienlichen Beweismittel, die ihr vom Auftraggeber als Absender dieser Mitteilungen vorgelegt werden und die Absendung der Mitteilungen und ihren Eingang bei den Adressaten bestätigen.

Artikel 2e

1. Nach Maßgabe der Absätze 2, 3 und 4 gewährleisten die Mitgliedstaaten die Wirksamkeit der in Artikel 1 und Artikel 2 Absatz 1 Buchstaben a, b und c genannten einstweiligen Verfügungen und Nichtigkeitsurteile von Verträgen, die rechtswidrig freihändig vergeben wurden.
2. Hält ein Auftraggeber es unter Beachtung des geltenden Gemeinschaftsrechts für zulässig, für die Vergabe eines Auftrags, dessen Wert über der in der Richtlinie 2004/17/EG genannten Schwelle liegt, auf ein förmliches Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung und vorherigem Aufruf zum Wettbewerb zu verzichten, muss er vor Vertragsschluss folgende zwei Punkte beachten:
 - a) die Zuschlagsentscheidung darf keine vertragliche Wirkung entfalten und muss im Sinne von Artikel 1 und 2 der vorliegenden Richtlinie nachprüfbar sein;
 - b) der öffentliche Auftraggeber muss eine Bekanntmachung veröffentlichen und dabei einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen; diese Bekanntmachung muss mindestens die im Anhang zu dieser Richtlinie aufgeführten Angaben enthalten.

Mit der Veröffentlichung einer Bekanntmachung gemäß Artikel 43 und Artikel 44 der Richtlinie 2004/17/EG werden die Bedingungen unter Buchstabe b erfüllt.

3. Der Vertragsschluss im Anschluss an die Zuschlagsentscheidung gemäß Absatz 2 kann erst nach Ablauf einer Frist von mindestens zehn Kalendertagen erfolgen, gerechnet ab dem Tag, nach dem die in Absatz 2 Buchstabe b genannte Bekanntmachung wie vorgeschrieben veröffentlicht wurde.
4. Die Absätze 2 und 3 finden keine Anwendung in dringlichen, zwingenden Fällen gemäß Artikel 40 Absatz 3 Buchstabe d der Richtlinie 2004/17/EG und bei Aufträgen, die nach Artikel 19 bis 26 derselben Richtlinie nicht in deren Anwendungsbereich fallen.

Artikel 2f

1. Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass einerseits die in Artikel 1 Absatz 4 und in Artikel 2a Absätze 2 und 3 genannten Fristen und andererseits Artikel 2e nach Maßgabe der Absätze 2, 3 und 4 dieses Artikels eingehalten werden.
2. Ein Vertragsschluss, der gegen die in Absatz 1 genannten Bestimmungen verstößt, ist unwirksam.
3. Abweichend von Absatz 2 können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass ein Vertrag, der unter Missachtung der Bestimmungen von Absatz 1 geschlossen wird, gleichwohl zwischen den Vertragsparteien oder gegenüber Dritten bestimmte Wirkungen entfaltet und zwar nach Ablauf einer mindestens sechsmonatigen Verjährungsfrist, gerechnet ab dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

Die in Unterabsatz 1 genannte Ausnahmeregelung kann auch angewendet werden, wenn im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens, in dem ein gegen die Bestimmungen von Absatz 1 verstoßender Vertragsschluss und die daraus resultierenden Folgen festgestellt werden sollen, eine gegenüber dem Auftraggeber unabhängige Nachprüfungsinstanz feststellt, dass bestimmte zwingende Gründe eines nichtwirtschaftlichen Allgemeininteresses es rechtfertigen, im vorliegenden Fall einige Wirkungen des Vertrags nicht in Frage zu stellen.

4. Die Mitgliedstaaten legen die Sanktionen fest, die im Falle eines gegen die Bestimmungen von Absatz 1 verstoßenden Vertragsschlusses anwendbar sind, wenn zwar die Bedingungen des Absatzes 3 erfüllt sind oder ein Auftraggeber dringliche, zwingende Gründe im Sinne des Artikels 40 Absatz 3 Buchstabe d der Richtlinie 2004/17/EG anführt, die anderen in dieser Bestimmung genannten Bedingungen aber nicht alle erfüllt sind.

Die Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.

Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission diese Bestimmungen spätestens am *(18 Monate nach Veröffentlichung dieser Richtlinie im Amtsblatt der Europäischen Union)* und etwaige diesbezügliche Änderungen so rasch wie möglich mit.“

- 4) Die Artikel 3 bis 7 werden gestrichen.
- 5) Artikel 8 wird wie folgt geändert:
- a) Die Absätze 1 und 2 erhalten folgende Fassung:
- „1. Die Kommission kann das in den Absätzen 2 bis 5 vorgesehene Verfahren anwenden, wenn sie zu der Auffassung gelangt, dass bei einem Vergabeverfahren, das in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/17/EG fällt, oder im Zusammenhang mit Artikel 27 Buchstabe a derselben Richtlinie im Falle eines Auftraggebers, auf den diese Bestimmung Anwendung findet, ein schwerer Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens vorliegt.
2. Die Kommission teilt dem Mitgliedstaat und dem Auftraggeber mit, aus welchen Gründen sie einen schweren Verstoß als gegeben ansieht und ersucht darum, diesen durch geeignete Maßnahmen zu beseitigen.
- Sie setzt dem betroffenen Mitgliedstaat eine unter den gegebenen Umständen angemessene Antwortfrist.“
- b) Der Einleitungssatz des Absatzes 3 erhält folgende Fassung:
- „Innerhalb der in Absatz 2 genannten Frist übermittelt der Mitgliedstaat der Kommission:“
- 6) Die Artikel 9 bis 11 werden gestrichen.
- 7) Artikel 12 erhält folgende Fassung:
- „Artikel 12*
1. Die Mitgliedstaaten unterrichten die Kommission alljährlich von dem Verlauf der einzelstaatlichen Nachprüfungsverfahren der Vorjahre. Die Kommission bestimmt im Benehmen mit dem Beratenden Ausschuss für das öffentliche Auftragswesen Gegenstand und Art dieser Informationen.
2. Vor Ablauf eines Zeitraums von sechs Jahren gerechnet ab (*18 Monate nach der Veröffentlichung dieser Richtlinie im Amtsblatt der Europäischen Union*) überprüft die Kommission im Benehmen mit dem Beratenden Ausschuss für das öffentliche Auftragswesen die Anwendung dieser Richtlinie und schlägt gegebenenfalls die als notwendig erachteten Änderungen vor.“
- 8) Anhang II dieser Richtlinie wird als Anhang beigelegt.

Artikel 3

Umsetzung

1. Die Mitgliedstaaten setzen die Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft, die erforderlich sind, um dieser Richtlinie spätestens am (18 Monate nach Veröffentlichung dieser Richtlinie im Amtsblatt der Europäischen Union) nachzukommen. Sie teilen der Kommission unverzüglich den Wortlaut dieser Rechtsvorschriften mit und fügen eine Tabelle der Entsprechungen zwischen der Richtlinie und diesen innerstaatlichen Rechtsvorschriften bei.

Wenn die Mitgliedstaaten diese Vorschriften erlassen, nehmen sie in den Vorschriften selbst oder durch einen Hinweis bei der amtlichen Veröffentlichung auf diese Richtlinie Bezug. Die Mitgliedstaaten regeln die Einzelheiten der Bezugnahme.

2. Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission den Wortlaut der wichtigsten innerstaatlichen Rechtsvorschriften mit, die sie auf dem unter diese Richtlinie fallenden Gebiet erlassen.

Artikel 4

Inkrafttreten

Diese Richtlinie tritt am zwanzigsten Tag nach ihrer Veröffentlichung im *Amtsblatt der Europäischen Union* in Kraft.

Artikel 5

Adressaten

Diese Richtlinie ist an die Mitgliedstaaten gerichtet.

Geschehen zu Brüssel am [...]

Im Namen des Europäischen Parlaments
Der Präsident
[...]

Im Namen des Rates
Der Präsident
[...]

ANHANG I

„ANHANG

Mindestinformationen, die die in Artikel 2e Absatz 2 Buchstabe b genannte Mitteilung enthalten muss

- Name, Anschrift und Ansprechpartner des öffentlichen Auftraggebers;
- Bezeichnung des Auftrags (durch den öffentlichen Auftraggeber);
- Art des Auftrags (Bau-/Liefer-/Dienstleistungsauftrag) und Ort der Ausführung, Lieferung oder Dienstleistung;
- kurze Beschreibung des Auftrags;
- Klassifizierung nach dem Gemeinsamen Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV);
- endgültiger Gesamtwert des vergebenen Auftrags;
- Datum der Zuschlagsentscheidung;
- Begründung der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers, für die Vergabe eines öffentlichen Auftrags, dessen Wert über dem Schwellenwert der Richtlinie 2004/18/EG liegt, nicht förmlich ein Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung und vorherigem Aufruf zum Wettbewerb durchzuführen, unter Hinweis auf den oder die in Artikel 31 derselben Richtlinie genannten Fälle oder andere gemeinschaftsrechtskonforme Gründe;
- Name und Anschrift des Wirtschaftsteilnehmers, an den der Auftrag vergeben wurde;
- genaue Angabe der für Nachprüfungsverfahren zuständigen Instanz und der Fristen für die Beantragung eines Nachprüfungsverfahrens;
- Stelle, an die Anfragen bezüglich der Beantragung der Nachprüfungsverfahren gerichtet werden können.“

ANHANG II

„ANHANG

Mindestinformationen, die die in Artikel 2e Absatz 2 Buchstabe b genannte Mitteilung enthalten muss

- Name, Anschrift und Ansprechpartner des Auftraggebers;
- Bezeichnung des Auftrags (durch den Auftraggeber);
- Art des Auftrags (Bau-/Liefer-/Dienstleistungsauftrag) und Ort der Ausführung, Lieferung oder Dienstleistung;
- kurze Beschreibung des Auftrags;
- Klassifizierung nach dem Gemeinsamen Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV);
- endgültiger Gesamtwert des vergebenen Auftrags;
- Datum der Zuschlagsentscheidung;
- Begründung der Entscheidung des Auftraggebers, für die Vergabe eines öffentlichen Auftrags, dessen Wert über dem Schwellenwert der Richtlinie 2004/17/EG liegt, nicht förmlich ein Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung und vorherigem Aufruf zum Wettbewerb durchzuführen, unter Hinweis auf den oder die in Artikel 40 Absatz 3 der Richtlinie 2004/17/EG genannten Fälle oder andere gemeinschaftsrechtskonforme Gründe;
- Name und Anschrift des Wirtschaftsteilnehmers, an den der Auftrag vergeben wurde;
- genaue Angabe der für Nachprüfungsverfahren zuständigen Instanz und der Fristen für die Beantragung eines Nachprüfungsverfahrens;
- Stelle, an die Anfragen bezüglich der Beantragung der Nachprüfungsverfahren gerichtet werden können.“