

Schriftenreihe des forum vergabe e.V.



Jahrbuch 2019

mit Beiträgen zu den
„20. forum vergabe Gesprächen“

Band 66

 **Reguvis**

Kooperationspartner des
Bundesanzeiger Verlages

Herausgeber:

forum vergabe e. V.
Spichernstr. 15
10777 Berlin

Telefon (030) 23 60 80 60
Telefax (030) 23 60 80 621

www.forum-vergabe.de
E-Mail: info@forum-vergabe.de

Alle Rechte vorbehalten. Auch die fotomechanische Vervielfältigung des Werkes (Fotokopie/Mikrokopie/
Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen) oder von Teilen daraus bedarf der vorherigen
Zustimmung.

www.reguvis.de
E-Mail: vergabe@reguvis.de
Telefon (0221) 976 68-240
Telefax (0221) 976 68-271

Herstellung: Günter Fabritius
Druck und buchbinderische Verarbeitung: Medienhaus Plump GmbH, Rheinbreitbach
Printed in Germany

Vorwort

Jahrbuch 2019

Seit 2009 stellen wir für unsere Mitglieder das Jahrbuch zusammen. Es soll gleich mehrere Funktionen erfüllen: Die ersten Beiträge enthalten die vergaberechtliche Rechtsprechung des Vorjahres, zusammengestellt und systematisiert von Herrn Fett und Herrn Wiedemann. Sie knüpfen nahtlos an die entsprechenden Beiträge der Vorjahre an. Der dann folgende Artikel soll zu einem interessanten Thema informieren und einen Eindruck über die Bandbreite der Veranstaltungen des forum vergabe geben.

Dieses Jahr kommt erstmals noch hinzu, dass auch bei den 20. forum vergabe Gespräche gehaltene Vorträge dokumentiert werden. Wir haben uns dieses Jahr entschlossen, die forum vergabe Gespräche nicht gesondert zu dokumentieren, sondern gemeinsam mit den Beiträgen zum Jahrbuch zu veröffentlichen. Diese Dokumentation werden wir auch frei zugänglich online bereitstellen. Auf diese Weise erfüllen wir unseren satzungsgemäßen Auftrag, unsere Arbeitsergebnisse der Allgemeinheit zur Verfügung zu stellen.

Wir danken allen Autoren für die Mühe, die sie mit der Erstellung der Beiträge auf sich genommen haben. Unser Dank geht außerdem an alle, die es ermöglichen, dass das gemeinnützige forum vergabe seine Aufgabe erfüllen kann. Dies sind die Referenten unserer Veranstaltungen, die Teilnehmer mit ihren Fragen und Diskussionsbeiträgen, die Leiter unserer Gesprächskreise und unserer Regionalgruppen, die Mitglieder des Wissenschaftlichen Beirates, die Sponsoren der forum vergabe Gespräche und natürlich die Mitglieder des forum vergabe e.V.

Die Geschäftsführung

forum vergabe e.V.

Inhaltsverzeichnis

Jahrbuch 2019

Vorwort 5

Inhaltsverzeichnis 7

Entscheidungen des EuGH und nationaler Gerichte..... 9

RiOLG Jörg Wiedemann

„Vergaberechtliche Entscheidungen 2018 –
EuGH, nationale Gerichte, Vergabekammern“
am 19.02.2019 in Hannover, am 05.03.2019 in Leipzig,
am 09.04.2019 in Stuttgart

Diesen Beitrag stellen wir nur
Mitgliedern mit der gedruckten
Ausgabe des Jahrbuches zur
Verfügung

Entscheidungen der Vergabekammern 91

Ltd. RD Bernhard Fett

„Vergaberechtliche Entscheidungen 2018 –
EuGH, nationale Gerichte, Vergabekammern“
am 19.02.2019 in Hannover, am 05.03.2019 in Leipzig,
am 09.04.2019 in Stuttgart

Diesen Beitrag stellen wir nur
Mitgliedern mit der gedruckten
Ausgabe des Jahrbuches zur
Verfügung

**Die kommunale Straßenbeleuchtung
aus vergaberechtlicher Perspektive** 127

Dr. Desiree Jung und Marie Luise Büngeler

„Straßenbeleuchtung – Beschaffung
und Beschaffungsstrategien“ am 26.03.2019 in Hamburg

Diesen Beitrag stellen wir nur
Mitgliedern mit der gedruckten
Ausgabe des Jahrbuches zur
Verfügung

Dokumentation der 20. forum vergabe Gespräche 139

**Kartellrechtliche Aspekte der Koordination
des Marktverhaltens öffentlicher Auftraggeber** 141

Prof. Dr. Michael Kling

„forum vergabe Gespräche 2019“
vom 25.09.-27.09.2019 in Fulda

Vergaberecht und Zentralisierung	155
Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger/Johannes Stapf	
„forum vergabe Gespräche 2019“ vom 25.09.-27.09.2019 in Fulda	
Die E-Vergabe in der Praxis	165
RiOLG Jörg Wiedemann	
„forum vergabe Gespräche 2019“ vom 25.09.-27.09.2019 in Fulda	
Professionalisierung der öffentlichen Auftragsvergabe	171
Dr. Caspar Ebrecht	
„forum vergabe Gespräche 2019“ vom 25.09.-27.09.2019 in Fulda	
Internationale Aspekte des Vergaberechts	177
Dr. Peter Schäfer	
„forum vergabe Gespräche 2019“ vom 25.09.-27.09.2019 in Fulda	
Innovative Wege bei der Nachhaltigen Beschaffung in Beispielen.....	199
Ilse Beneke	
„forum vergabe Gespräche 2019“ vom 25.09.-27.09.2019 in Fulda	
Verleihung des International Public Procurement Award (IPA) 2019	205
Dr. Jens Gerlach	
„forum vergabe Gespräche 2019“ vom 25.09.-27.09.2019 in Fulda	
Die Rolle des Wettbewerbsregisters	211
Kai Hooghoff	
„forum vergabe Gespräche 2019“ vom 25.09.-27.09.2019 in Fulda	

Entscheidungen des EuGH und nationaler Gerichte

„Vergaberechtliche Entscheidungen 2018 – EuGH, nationale Gerichte, Vergabekammern“ am 19. Februar 2019 in Hannover, am 5. März 2019 in Leipzig, am 9. April 2019 in Stuttgart

Jörg Wiedemann¹

Inhaltsübersicht:

I.	Verfahrensrechtlicher Teil	13
1.	Zugang zum Nachprüfungsverfahren	13
1.1.	Subjektiver Anwendungsbereich: Öffentlicher Auftraggeber, §§ 98-102 GWB	13
1.2.	Sachlicher Anwendungsbereich I: Öffentlicher Auftrag, §§ 103-105 GWB	13
1.3.	Sachlicher Anwendungsbereich II: Schwellenwert, § 106 GWB	16
1.4.	Sachlicher Anwendungsbereich III: keine Ausnahme, §§ 107-109, 116-118, 137-140, 145, 149 f. GWB	17
1.5.	Primärrechtsschutz vor Zivilgerichten	19
1.6.	Primärrechtsschutz vor anderen Gerichten	20
2.	Verfahren vor der Vergabekammer	20
2.1.	Antragsbefugnis, § 160 Abs. 2 GWB	20
2.2.	Rügeobliegenheit, § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1-3, Satz 2 GWB	23
2.3.	Antragsfristen, §§ 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4, 135 Abs. 2, 3 GWB	26
2.4.	Rechte und Pflichten der Verfahrensbeteiligten	27
2.5.	Rechte und Pflichten der Vergabekammer	30
2.6.	Prüfung der Kausalität des Vergabeverstößes	31
2.7.	Kostenrecht, § 182 GWB	31

¹ Der Verfasser ist Richter am Oberlandesgericht Naumburg.

3.	<i>Verfahren vor dem Vergabesenat</i>	32
3.1.	Formalien des Beschwerdeverfahrens, §§ 171, 172 GWB	32
3.2.	Einstweiliger Rechtsschutz, §§ 169 Abs. 2, 173, 176, 177 GWB	33
3.3.	Entscheidungen im Beschwerdeverfahrens	35
3.4.	Kostenrecht	37
4.	<i>Sonstiges</i>	38
4.1.	Sekundär-Rechtsschutz	38
II.	<i>Materiell-rechtlicher Teil</i>	41
1.	<i>Vorbereitung der Ausschreibung</i>	41
1.1.	Vergabekonzeption (Vergaberegime, Verfahrensart, Losbildung)	41
1.2.	Auftragsgegenstand – Bestimmung und Beschreibung	45
1.3.	Zuschlagskriterien – Auswahl, Gewichtung und Transparenz	53
1.4.	Bedingungen für die Ausführung des Auftrags	59
1.5.	Bewerbungsbedingungen – Bestimmung und Transparenz	60
2.	<i>Durchführung der Ausschreibung</i>	62
2.1.	Vorgeschalteter Teilnahmewettbewerb	62
2.2.	Angebotsphase	63
2.3.	Aufklärung der Angebotsinhalte; Nachreichen von Erklärungen und Nachweisen	63
2.4.	Mitwirkungsverbot	66
2.5.	Vergabedokumentation	66
3.	<i>Wertung der Angebote</i>	67
3.1.	Bewertung der formellen Vollständigkeit und rechnerischen Richtigkeit	67
3.2.	Bewertung der Eignung der Bewerber und Bieter	70
3.3.	Bewertung der Angemessenheit des individuellen Preis-Leistungs-Verhältnisses des Angebotes	74
3.4.	Bewertung der Wirtschaftlichkeit der Angebote	76

4.	<i>Die verfahrensbeendende Entscheidung</i>	76
4.1.	Wirksamer Zuschlag	76
4.2.	Aufhebung der Ausschreibung	77

Diesen Beitrag stellen wir nur
Mitgliedern mit der gedruckten
Ausgabe des Jahrbuches zur
Verfügung

Entscheidungen der Vergabekammern

„Vergaberechtliche Entscheidungen 2018 – EuGH, nationale Gerichte, Vergabekammern“ am 19. Februar 2019 in Hannover, am 5. März 2019 in Leipzig, am 9. April 2019 in Stuttgart

Bernhard Fett ¹

1.	Einführung	82
2.	Öffentlicher Auftraggeber/Öffentlicher Auftrag, § 98 GWB und § 99 GWB	83
3.	Auftragswert/Schwellenwert	86
4.	Vergabeart, § 119 GWB	88
5.	Losbildung/Fristen	89
6.	Behinderungen des Wettbewerbs/Leistungsverzeichnis	91
7.	Aufklärung/Nachverhandlungsverbot	97
8.	Fehler bei der Wertung der Angebote	97
a)	1. Wertungsphase: Ausschluss von Angeboten	97
b)	2. Wertungsphase: Prüfung der Eignung der Bieter	100
c)	3. Wertungsphase: Prüfung der Angemessenheit der Preise	103
d)	4. Wertungsphase: Auswahl des wirtschaftlichsten Bieters	104
9.	Nachforderungsmöglichkeit von Nachweisen und Erklärungen/Preisangaben	104
10.	Wirksame Beendigung des Vergabeverfahrens	105
11.	Entscheidungen zu freiberuflichen Vergaben	107
12.	Entscheidungen zu Vergaben nach der SektVO/VSVgV/KonzVgV	108
13.	E-Vergabe	109
14.	Entscheidungen zum Unterschwellenwertbereich	110
15.	Verfahren/Kosten	115

¹ Der Verfasser ist Fachbereichsleiter Vergabe, Lizenzen, Recht beim Staatsbetrieb Sächsische Informatikdienste in Dresden.

1. Einführung

Gegenüber dem Jahr 2017 (824 bei www.bmwi.de verzeichnete Anträge) sind die Beschlusszahlen der Vergabekammern im Jahr 2018 voraussichtlich leicht rückläufig. So verzeichnen etwa die Vergabekammern des Bundes mit nunmehr 118 Anträgen (Stand 28.12.2018) perspektivisch eher geringere Antragszahlen als im Vorjahr (2017: 167), bei etlichen Ländervergabekammern erscheinen die Vorjahreszahlen gerade so erreicht worden zu sein.

Der vorliegende Beitrag soll insbesondere typische materielle Vergabefehler anhand der einschlägigen, exemplarischen Spruchpraxis der Vergabekammern von Bund und Ländern beleuchten. Sämtliche überschwellig aufgenommenen Entscheidungen betreffen das neue Vergaberecht ab April 2016. Wiederum verstärkt und gesondert unter Ziffer 14 als Exkurs aufgenommen wurden Entscheidungen der Vergabekammern im Unterschwellenwertbereich nach den einschlägigen Landesvergabegesetzen, z. B. in Sachsen-Anhalt und Thüringen.

Eher seltene Entscheidungen zur SektVO, zur VSVgV und zur KonzVgV werden – wie auch zu freiberuflichen Leistungen – gesondert ausgewiesen.

Vollkommen neu aufgenommen wurde unter Ziffer 13 der Punkt E-Vergabe, da diese ab dem 19.10.2018 nunmehr vollumfänglichen Anwendungsverpflichtung in EU-Verfahren (vorbehaltlich z. B. § 53 VgV) zunehmend an Bedeutung gewinnen dürfte.

Die aufgeführten Entscheidungen des Jahres 2018 sind sämtlichst zu finden in den [forum vergabe Monatsinfos](#) bzw. in Volltextversion in der Vergabedatenbank VERIS (über 200 Entscheidungen im Jahr 2018 unter [vergabedatenbank.de](http://veris.vergabedatenbank.de)), die seit geraumer Zeit auch verzeichnet, ob der Bieter obsiegt oder nicht obsiegt hat und ob sofortige Beschwerde eingelegt wurde.

Bei Leitsätzen mit *) handelt es sich um „amtliche“ Leitsätze.

**Diesen Beitrag stellen wir nur Mitgliedern
mit der gedruckten Ausgabe des
Jahrbuches zur Verfügung**

Die kommunale Straßenbeleuchtung aus vergaberechtlicher Perspektive

*„Straßenbeleuchtung – Beschaffung und Beschaffungsstrategien“
am 26.03.2019 in Hamburg*

Dr. Desiree Jung und Marie Luise Büngeler¹

I. Einleitung

Die Erfüllung der Aufgabe der kommunalen Straßenbeleuchtung macht mehr als ein Drittel des kommunalen Energieverbrauchs aus. Damit stellen Beschaffungsmaßnahmen in diesem Bereich zugleich einen nicht zu unterschätzenden Kostenpunkt dar und bieten ein großes Einsparungspotenzial für den kommunalen Haushalt. Gerade die Ausstattung mit energieeffizienten Leuchtmitteln steht heutzutage im Fokus der kommunalen Beschaffungskonzepte. Ebenfalls können hierfür oftmals öffentliche Fördergelder zur Entlastung des kommunalen Haushaltes beantragt werden.

Soweit z.B. eine umfassende Erneuerung der Beleuchtungsanlagen beabsichtigt ist, erfordert die Beschaffung der Beleuchtungsanlagen einen nicht zu unterschätzenden Planungsaufwand. Das macht die Bedarfsplanung zum wichtigsten Organisationsschritt vor Ausschreibungsbeginn. Dazu gehört es auch, den auslaufenden Vertrag sowie etwaige Endschaftsoptionen zu prüfen. So kann z.B. die Bewilligung von Fördergeldern von der Frage abhängen, wer Eigentümer der Beleuchtungsanlagen ist. Insoweit wäre – für den Fall, dass die Kommune nicht Eigentümerin der Beleuchtungsanlagen ist – zu prüfen, ob nach Beendigung des Straßenbeleuchtungsvertrages eine Eigentumsübernahme vertraglich vorgesehen und die Übernahme auch wirtschaftlich sinnvoll ist. Hierzu gehört eine ganzheitliche Analyse der bestehenden Beleuchtungsanlagen (u.a. Anzahl der Lichtpunkte, vorhandene Mastsysteme, Leitungsnetz, etc.).

**Diesen Beitrag stellen wir nur Mitgliedern mit
der gedruckten Ausgabe des Jahrbuches zur
Verfügung**

¹ Die Verfasserinnen sind Rechtsanwältinnen der Kanzlei Jung Rechtsanwälte

Ausgewählte Beiträge der 20. forum vergabe Gespräche

Podiumsdiskussion II: Zentralisierung und Verfahrenseffizienz

*Öffentliche Tagung des Wissenschaftlichen Beirats des forum vergabe e.V.
am 26.09.2019*

– Kartellrechtliche Aspekte der Koordination des Marktverhaltens öffentlicher Auftraggeber –

„forum vergabe Gespräche 2019“ vom 25.09.-27.09.2019 in Fulda

Prof. Dr. Michael Kling¹

A. Einleitung

Das Thema „Zentralisierung“ weckt naturgemäß das Interesse des Kartellrechtlers. Im Anwendungsbereich des Kartellrechts gilt kein institutioneller, sondern ein funktionaler Unternehmensbegriff². Das bedeutet, dass grundsätzlich auch die staatliche Wirtschaftstätigkeit auf der Anbieter- wie der Nachfragerseite kartellrechtlich relevant ist³. Deshalb sind öffentliche Auftraggeber, die Rationalisierungsbemühungen in Form einer zentralisierten, effizienteren Vergabe von öffentlichen Aufträgen entfalten, nicht davor gefeit, zum Untersuchungsobjekt der Kartellrechtswissenschaft und -praxis zu werden. Denn gerade das Thema „Bündelung von Nachfragemacht“ interessiert unsereinen brennend. Im Folgenden ist der Frage nachzugehen, ob das Kartellrecht Hürden oder Stolpersteine für die Bündelung von Nachfragemacht seitens der öffentlichen Auftraggeber aufstellt. Das Thema dürfte vor allem dort praktisch relevant sein, wo kommunale Auftraggeber um eine effizientere Vergabeorganisation⁴ ringen und sich entsprechend koordinieren⁵.

¹ Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Europarecht sowie Gewerblichen Rechtsschutzes an der Philipps-Universität Marburg.

² Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 5 Rn. 4 ff.

³ Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 5 Rn. 18 ff., 21 ff., 22 ff.

⁴ Ob es sich dabei um Zentrale Beschaffungsstellen (siehe dazu Art. 37 und Erwägungsgründe 69 ff. VRL, § 120 Abs. 4 GWB, § 4 Abs. 3 VgV) oder um eine lediglich gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe (siehe dazu Art. 38 VRL, § 4 Abs. 1, 2 VgV) handelt, ist für die weitere Darstellung nicht entscheidend. Wegen des einschlägigen vergaberechtlichen Rechtsrahmens sowie der organisationsrechtlichen Details sei auf das Referat von Prof. Wollenschläger verwiesen.

⁵ Die vom Verf. geäußerte Vermutung hat sich in der Diskussion am 26.09.2019 in Fulda bestätigt. Dort informierte ein Teilnehmer das Auditorium darüber, dass in Hessen zwei Landkreise, nämlich der Schwalm-Eder-Kreis und der Kreis Waldeck-Frankenberg, an der Einrichtung von zentralen Vergabestellen arbeiteten, die nicht nur für die IT-Beschaffung, sondern für sämtliche Beschaffungsmaßnahmen zuständig sein sollen. Im Übrigen wurde in der Diskussion aber deutlich, dass in den Kommunen aus unterschiedlichen Gründen derzeit noch eine große Zurückhaltung in Bezug auf eine gemeinsame Beschaffung herrsche.

B. Der Staat als Unternehmen i.S.d. Kartellrechts

I. Grundlagen

Ausgehend von dem funktionalen Unternehmensbegriff des Kartellrechts kann der Staat als Unternehmen zu qualifizieren sein, wenn er (bzw. seine Untergliederungen und organisatorischen Einheiten) am Markt als Nachfrager oder Anbieter von Waren oder Dienstleistungen auftritt (auftreten).⁶ Die staatliche Tätigkeit ist vom Anwendungsbereich Kartellrechts unstreitig insoweit ausgenommen, als sie rein hoheitlicher Natur ist.⁷ Darüber haben wir bei den letzten forum vergabe Gesprächen gesprochen, sodass die Frage, wann eine hoheitliche Tätigkeit gegeben ist, heute außer Betracht bleiben soll. Ich begnüge mich mit der Feststellung, dass die Nachfragetätigkeit staatlicher Auftraggeber als solche keine hoheitliche Tätigkeit in diesem Sinne, sondern Wirtschaftstätigkeit auf Nachfragerseite ist.

II. Der Staat als Anbieter von Waren und Dienstleistungen

Der Staat ist nicht selten als Anbieter auf dem Markt tätig, z.B. als Betreiber von Staatsweingütern, Friedhofsgärtnereien und dergleichen. In diesen Fällen ist das Kartellrecht unstreitig anwendbar, soweit eine wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird. Aber auch darum geht es hier und heute allerdings nicht.

III. Der Staat als Nachfrager nach Waren und Dienstleistungen

Im Hinblick auf die staatliche Nachfrage nach Waren und Dienstleistungen ist die Frage nicht so eindeutig zu beantworten. Insoweit muss man zwischen dem europäischen und dem deutschen Kartellrecht unterscheiden.

1. Europäisches Kartellrecht

a) Die Rechtsprechung des EuGH in den Fällen FENIN (2006) und SELEX (2009)

Der funktionale Unternehmensbegriff gilt unstreitig auch im Unionskartellrecht. Trotzdem wird die staatliche Nachfrage vom EuGH immer dann als nicht unternehmerisch i.S.d. europäischen Kartellrechts qualifiziert, wenn der spätere Verwendungszweck der nachgefragten Güter oder Dienstleistungen einem

⁶ Hinweis: Diese Stellungnahme befasst sich nicht mit der Beurteilung der Koordinierung (privater) Sektorauftraggeber i.S. des § 100 Abs. 1 Nr. 2 GWB.

⁷ EuGH v. 19.01.1994 – Rs. C-364/92, Slg. 1994, I-43 LS 3 – SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol; EuGH v. 18.03.1997 – Rs. C-343/95, Slg. 1997, I-1547 LS – Hafen von Genua; EuGH v. 04.05.1988 – Rs. 30/87, Slg. 1988, 2479 Leitsatz 3 – Bodson/Pompes funèbres des régions libérées.

nichtwirtschaftlichen Zweck dienen soll. Dieses vielleicht überraschende Ergebnis wurde vom EuGH⁸ erstmals in seinem FENIN-Urteil von 2006 damit begründet, dass der Kauf eines Erzeugnisses bzw. die Nachfrage nach einer Dienstleistung von dem späterem Verwendungszweck nicht getrennt werden könne, so dass der wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Charakter der späteren Verwendung zwangsläufig den Charakter der Nachfragetätigkeit bestimme. Diese Rechtsprechung ist nicht auf soziale Tätigkeiten beschränkt, sondern erfasst die staatliche Nachfragetätigkeit insgesamt, wie der EuGH⁹ knapp drei Jahre später im SELEX-Urteil – wenngleich sehr knapp – klargestellt hat:

„Dieselbe Überlegung kann nämlich offenkundig auch für andere Tätigkeiten als solche mit sozialem Charakter oder auf Solidarität beruhende Tätigkeiten angestellt werden, da diese Aspekte keine Voraussetzung für den nichtwirtschaftlichen Charakter einer Tätigkeit sind, sondern nur Umstände, die gegebenenfalls bei der Einstufung einer Tätigkeit gemäß der (...) angeführten Rechtsprechung [scil. dem FENIN-Urteil] zu berücksichtigen sind.“

b) Kritik

Diese neuere Rechtsprechung des EuGH ist kritikwürdig.¹⁰ Man kann zunächst einwenden, dass die staatliche Nachfrageaktivität gedanklich ohne Weiteres isoliert von dem jeweiligen Verwendungszweck der beschafften Waren oder Dienstleistungen betrachtet werden kann. Die Gegenansicht der Unionsgerichte läuft vor allem dem Schutzzweck der Wettbewerbsregeln eindeutig zuwider. Dieser unter anderem auch darin, das Nachfrageverhalten der Marktgegenseite von Verzerrungen – namentlich dem Missbrauch von Marktmacht und von Diskriminierungen – freizuhalten.¹¹ Der BGH¹² formuliert treffend:

„Greift ein Hoheitsträger im Zusammenhang mit der Erfüllung seiner Aufgaben zu den von der Privatrechtsordnung bereitgestellten Mitteln, unterliegt er in diesem Bereich den gleichen Beschränkungen wie jeder andere Teilnehmer und hat dabei insbesondere die durch das Wettbewerbsrecht gezogenen Grenzen einer solchen Tätigkeit zu beachten (...)“

⁸ EuGH v. 11.07.2006 – C-205/03, Slg. 2006, I-6295 Tz. 26 – FENIN/Kommission; EuGH v. 26.03.2009 – Rs. C-113/07, Slg. 2009, I-2207 –Tz. 102 – SELEX.

⁹ EuGH v. 26.03.2009 – Rs. C-113/07, Slg. 2009, I-2207 Tz. 103 – SELEX.

¹⁰ Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 5 Rn. 24 m.w.N.

¹¹ Bechtold/Bosch/Brinker, Art. 101 AEUV Rn. 23.

¹² BGH v. 12.11.2002 – KZR 11/01, BGHZ 152, 347 Tz. 13= WuW/E DE R 1087 = VergabeR 2004, 193 – Ausrüstungsgegenstände für Feuerlöschzüge.

Auch der vom EuGH sonst gern bemühte Grundsatz des *effet utile* (d.h. der Grundsatz der praktischen Wirksamkeit) spräche für, nicht aber gegen die Anwendung der europäischen Wettbewerbsregeln. Weiter ist zu konstatieren, dass der europäische Gesetzgeber bei der Schaffung der Wettbewerbsregeln im Jahr 1957 nicht nur den umfassenden Schutz des Angebots-, sondern den des Nachfragewettbewerbs angestrebte.¹³ Vor diesem Hintergrund ist fraglich, wieso die staatliche Nachfrage – unter Einschluss von marktmächtigen Einkaufsgemeinschaften, die durch staatliche Einheiten gebildet wurden – von der Anwendung des Unionskartellrechts insgesamt ausgenommen sein sollte.

c) **Zwischenfazit**

Legt man die Ansicht der Rechtsprechung des EuGH zugrunde, stehen die europäischen Wettbewerbsregeln einer Zentralisierung der Nachfragetätigkeit öffentlicher Auftraggeber i.S. des § 99 GWB somit nicht entgegen. Der Grund hierfür ist, um das noch einmal klarzustellen, dass der EuGH durch „Auslegung“ (recte: teleologische Reduktion)¹⁴ des Unternehmensbegriffs des europäischen Kartellrechts die staatliche Nachfrage generell aus dem Anwendungsbereich des Kartellverbots des Art. 101 Abs. 1 AEUV ausnimmt. Entsprechendes gilt auch für Einrichtungen, die einen rein sozialen Zweck verfolgen; das sind nach der o.g. FENIN-Rspr. des EuGH z.B. die gesetzlichen Krankenkassen in Deutschland.¹⁵

Die vorstehenden Grundsätze gelten allerdings auch nach der Rspr. des EuGH nicht ausnahmslos und uneingeschränkt.¹⁶ In dem Urteil AOK Bundesverband¹⁷ hat der EuGH nämlich auch klargestellt, dass es nicht ausgeschlossen sei, dass die Krankenkassen und die sie vertretenden Kassenverbände außerhalb ihrer Aufgaben rein sozialer Art im Rahmen der Verwaltung des deutschen Systems der sozialen Sicherheit Geschäftstätigkeiten ausüben, die keinen sozialen, sondern einen wirtschaftlichen Zweck haben.¹⁸ In diesem Fall wären die von ihnen zu treffenden Entscheidungen ggf. als Beschlüsse von Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen zu qualifizieren.¹⁹

¹³ So zutreffend W.-H. Roth, FS Bechtold, 2006, S. 393 (396); Hengst, in: Langen/Bunte, Art. 101 AEUV Rn. 10.

¹⁴ In der Rechtsprechung des EuGH umfasst der Begriff „Auslegung“ zunächst die vier klassischen Auslegungsmethoden (Wortlaut, Sinn und Zweck, Systematik und Historie), daneben aber auch das, was im deutschen Recht als teleologische Reduktion oder Analogie bezeichnet werden würde.

¹⁵ Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 5 Rn. 23 ff.

¹⁶ Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 5 Rn. 29.

¹⁷ EuGH v. 16.03.2004 – verb. Rss. C-264/01 u.a., Slg. 2004, I-2493 Tz. 47 ff. – AOK Bundesverband u.a.

¹⁸ Siehe auch Koenig/Engelmann, EuZW 2004, 682 (686).

¹⁹ Beachte zur kartellrechtlichen Einordnung gesetzlicher Krankenkassen in Deutschland: Gem. § 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V gelten unter anderem die wichtigen §§ 1, 2, 3 Abs. 1, §§ 19, 20, 21, 32 bis 34 a GWB für die Rechtsbeziehungen der

2. Deutsches Kartellrecht

a) Erfassung staatlicher Nachfragetätigkeit

Demgegenüber wird der funktionale Unternehmensbegriff des deutschen Kartellrechts von der deutschen Rechtsprechung und Literatur anders ausgelegt und die staatliche Nachfragetätigkeit konsequent in den Anwendungsbereich des GWB mit einbezogen.²⁰ Der überwiegende Teil des deutschen Schrifttums beurteilt die Rechtslage im deutschen und europäischen Kartellrecht einheitlich.²¹ Nach dieser Auffassung kommt eine wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand nicht nur bei dem Angebot von Waren und Dienstleistungen, sondern auch bei der Nachfragetätigkeit – zu welchem allgemeinerbezogenen Zweck auch immer – in Betracht.²²

*Im Einzelnen gilt Folgendes:*²³

§ 130 Abs. 1 S. 1 GWB bestimmt, dass das Kartellrecht auch auf Unternehmen der öffentlichen Hand Anwendung findet. Deren Rechtsform ist unbeachtlich, so dass z.B. auch Eigenbetriebe oder Eigengesellschaften erfasst sind. Konsequenterweise werden auch Körperschaften wie politische Gemeinden sowie insoweit als Unternehmen behandelt, als sie sich unternehmerisch als Anbieter oder Nachfrager am Wirtschaftsverkehr beteiligen. Deshalb können staatliche Auftraggeber gemäß § 99 Nr. 1 GWB (Gebietskörperschaften, „der Staat“) nach dem funktionalen Unternehmensbegriff des deutschen Kartellrechts als Unternehmen im Sinne des GWB zu qualifizieren sein. Entsprechendes gilt auch für Anstalten des öffentlichen Rechts.

Krankenkassen und ihrer Verbände zu Ärzten, Zahnärzten, Psychotherapeuten, Apotheken sowie sonstigen Leistungserbringern und ihren Verbänden entsprechend. Im deutschen Kartellrecht werden die gesetzlichen Krankenkassen, daher jedenfalls in dieser Hinsicht wie Unternehmen behandelt. Der zuvor dort enthaltene Zusatz, die „genannten Vorschriften gelten mit der Maßgabe, dass der Versorgungsauftrag der gesetzlichen Krankenkassen besonders zu berücksichtigten sind“, wurde durch das AMNOG mit Wirkung zum 1. Januar 2011 gestrichen. Allerdings finden nach der Rspr. des BGH die Kartellverbote in Art. 101 AEUV und § 1 GWB keine Anwendung auf Verträge und abgestimmte Verhaltensweisen zwischen gesetzlichen Krankenkassen über Verträge mit Leistungserbringern, zu deren Abschluss die Krankenkassen gemäß §§ 69 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 132a SGB V gesetzlich verpflichtet sind (Kontrahierungszwang). Im Übrigen gelten für sie gemäß § 69 Abs. 2 S. 4 SGB V die vergaberechtlichen Vorschriften der §§ 97 ff. GWB sowie nach § 172a SGB V für freiwillige Zusammenschlüsse auch die §§ 35 ff. GWB.

²⁰ Zur Entwicklung in Deutschland seit dem grundlegenden Beitrag von Rittner, DB 1957, 1091 und der Entscheidung BGHZ 36,91 – Gummistrümpfe s. Holzinger, Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand als Anwendungsvoraussetzung des europäischen und des deutschen Kartellrechts, 2011, S. 112 ff., 116 ff.

²¹ S. z.B. W.-H. Roth, FS Bechtold, 2006, S. 393 (396); Bornkamm, FS Hirsch, 2008, S. 323 ff.; Hengst, in: Langen/Bunte, Art. 101 AEUV Rn. 10; Kling, Staatliches Handeln, S. 19 ff. Das Wortlautargument dafür lautet, dass sowohl Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV als auch Art. 102, S. 2 lit. a AEUV kartellbehäftetes bzw. missbräuchliches Verhalten im Hinblick auf An- oder Verkaufspreise bzw. Einkaufs- oder Verkaufspreise sanktionieren, und dass daraus ersichtlich wird, dass die genannten Vorschriften somit auch den Nachfragewettbewerb schützen.

²² S. dazu insbesondere noch Schröter, in: v.d. Groeben/Schwarze/Hatje, Vor Art. 101-105 AEUV Rn. 66.

²³ Die folgende Darstellung ist entnommen aus: Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 5 Rn. 17 ff.

Allerdings ist insoweit die Neuregelung in § 130 Abs. 1 S. 2 GWB zu beachten, der durch die 8. GWB-Novelle eingeführt wurde. Danach finden die Missbrauchsvorschriften der §§ 19, 20 und 31b Abs. 5 GWB keine Anwendung auf öffentlich-rechtliche Gebühren und Beiträge. Was die Kontrolle von Entgelten nach dem Missbrauchsrecht anbelangt, kann sich der Staat also „in die Gebühren flüchten“, um die Anwendbarkeit der genannten Vorschriften auszuschließen. Jenseits der Fragen der Entgeltkontrolle ist das Kartellrecht jedoch weiterhin anwendbar. Für die Vergabe öffentlicher Aufträge hat die Vorschrift keine Bedeutung, da es sich dabei offensichtlich nicht um Fälle der Gebührenerhebung durch staatliche Einheiten handelt; vielmehr sind die staatlichen Auftraggeber als Beschaffer ihrerseits im Hinblick auf die durch Vergabeverfahren bezogenen Lieferungen und Leistungen entgeltspflichtig.

b) Zwei Beispielfälle

Beispiel 1 (zum Kartellverbot des § 1 GWB): Im Feuerlöschzüge-Fall hat der BGH²⁴ zu einem Einkaufskartell, das zwischen kleinen und mittleren Gemeinden geschlossen worden war, Folgendes ausgeführt:

„Die Gemeinden stehen als Nachfrager untereinander im Wettbewerb. Als Träger hoheitlicher Gewalt unterfallen sie nach dem funktionellen Unternehmensbegriff dann dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, wenn sie sich wirtschaftlich betätigen (§ 130 Abs. 1 GWB). Die wirtschaftliche Betätigung liegt hier in der Nachfrage der Gemeinden, die sich auf dem Markt mit Ausrüstungsgegenständen für Feuerlöschzüge eindecken. Dabei spielt es weder eine Rolle, ob sich die Nachfrage auf Gegenstände richtet, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der hoheitlichen Tätigkeit stehen, noch ob die Gemeinde im Hinblick auf den nachgefragten Gegenstand Endverbraucher ist. Greift ein Hoheitsträger im Zusammenhang mit der Erfüllung seiner Aufgaben zu den von der Privatrechtsordnung bereitgestellten Mitteln, unterliegt er in diesem Bereich den gleichen Beschränkungen wie jeder andere Teilnehmer und hat dabei insbesondere die durch das Wettbewerbsrecht gezogenen Grenzen einer solchen Tätigkeit zu beachten (...).“

Beispiel 2 (zum Missbrauchsverbot des § 19 GWB): In dem umstrittenen Fall Tariftreueerklärung II entschied der BGH²⁵ im Rahmen seines Vorlagebeschlusses an das BVerfG für die Vergabe von Bauleistungen, dass auch ein deutsches

²⁴ BGH v. 12.11.2002, BGHZ 152, 347 Tz. 13=WuW/E DE-R 1087=VergabeR 2004, 193 – Ausrüstungsgegenstände für Feuerlöschzüge, z.T. kritisch VergabeR 2004, 199 ff.

²⁵ BGH v. 18.01.2000, WuW/E Verg 297=NZ Bau 2000, 189 – Tariftreueerklärung II; siehe ferner BGH v. 19.06.2007, WuW/E DE R 2161 (216 f)=WRP 2008, 252 – Tariftreueerklärung III.

Bundesland, welches die erforderliche Nachfragemacht²⁶ auf dem relevanten Markt besitzt, als Unternehmen zu qualifizieren ist. Deshalb wird § 19 GWB (§ 20 GWB a.F.) verletzt, wenn das Bundesland im Zuge von Beschaffungsmaßnahmen EU-ausländische Bieter diskriminiert.²⁷

c) Zwischenfazit

Anhand dieser Beispiele wird ersichtlich, dass der Unternehmensbegriff in Bezug auf staatliche Unternehmen von der deutschen Rechtsprechung weiter ausgelegt wird als durch die Unionsgerichte im Rahmen des europäischen Kartellrechts. Nach deutschem Verständnis begründet unstreitig auch eine reine Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand die kartellrechtliche Unternehmenseigenschaft, weil es sich dabei um eine wirtschaftliche Tätigkeit gemäß dem funktionalen Unternehmensbegriff handelt.²⁸

Da somit jedenfalls für das deutsche Kartellrecht geklärt ist, dass die Koordination öffentlicher Auftraggeber bei ihrer Nachfrage nach Waren und Dienstleistungen als eine unternehmerische Tätigkeit i.S. des deutschen Kartellrechts zu bewerten ist, steht die Frage im Raum, unter welchen Bedingungen das Kartellverbot des § 1 GWB verletzt ist bzw. welche Ausnahmeregeln hiervon gelten.

3. Die Ausnahme für Mittelstandskartelle gemäß § 3 GWB

a) Begriff

§ 3 GWB sieht eine besondere Freistellung vom Kartellverbot für sog. Mittelstandskartelle vor. Das sind Kooperationen kleiner und mittlerer Unternehmen durch Vereinbarungen und Beschlüsse, die den Zweck haben, wirtschaftliche Vorgänge durch zwischenbetriebliche Zusammenarbeit zu rationalisieren.²⁹ Die Beibehaltung einer Ausnahme für Mittelstandskartelle war

²⁶ Das kommt vor allem bei der Vergabe von Tiefbau- und Rüstungsaufträgen in Betracht, da auf diesem Sektor wenig bzw. keine private Nachfrage existiert. Im Fall der Berliner Tarifreueerklärung hatte das Kammergericht einen Marktanteil der öffentlichen Hand an Straßenbauleistungen auf dem räumlichen Markt von über 70 % (Land Berlin ohne Einbeziehung des Umlandes) bzw. von 57,6 % (1995) und 55,9 % (1996) (Land Berlin unter Einbeziehung des Umlandes in einem Umkreis von 30 km) festgestellt. Der BGH legte in seinem Beschluss vom 18.01.2000 dar, dass diese Feststellungen unzutreffend seien, er hat aber die Annahme des Kammergerichts, das Land Berlin sei auf dem relevanten Markt aufgrund seiner überragenden Stellung marktbeherrschend gewesen, unbeanstandet gelassen; s. dazu Kling, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 2000, S. 351 ff.

²⁷ Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 5 Rn. 20; s. dazu auch Kling, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 2000, S. 354: „Im Ergebnis ist die Verweigerung des Zugangs europäischer Bieter zum deutschen Vergabemarkt durch das Instrument der Tarifreueerklärung als Mißbrauch und als Verstoß gegen Art. 82 EG zu bewerten.“

²⁸ BGH v. 06.11.2013, WuW/E DE-R 4037 (4044 ff) – VBL Gegenwert.

²⁹ Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 19 Rn. 200.

während der Gesetzgebungsphase zur 7. GWB-Novelle von 2005 umstritten,³⁰ hat sich jedoch im Ergebnis aus mittelstandspolitischen Erwägungen durchgesetzt.³¹

§ 3 GWB erfasst jede Art der betrieblichen Zusammenarbeit zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden kleinen und mittleren Unternehmen. Der Zweck des Ausnahmetatbestandes besteht darin, die Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen gegenüber großen Konkurrenten zu verbessern.³²

§ 3 GWB verlangt, dass es sich um „miteinander im Wettbewerb stehende“ Unternehmen handelt.³³ Der Gesetzgeber bringt dadurch zum Ausdruck, dass nur sog. horizontale Kooperationen – wie z.B. Einkaufskooperationen von Unternehmen – erfasst werden sollen. Das Kartell muss eine Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge bewirken, was eine Verbesserung des Verhältnisses von Aufwand und Ertrag voraussetzt.³⁴ Zulässig sind danach u.a. gemeinsame Beschaffungs- oder Vertriebs Einrichtungen und Vereinbarungen über die Koordination von Aufträgen sowie die Koordination im Bereich von Forschung und Entwicklung.

b) Erfassung staatlicher Nachfrager durch § 3 GWB

Auch öffentlich-rechtliche Rechtspersonen können als kleine und mittlere Unternehmen Mittelstandskooperationen gründen, z. B. Einkaufskartelle kleiner und mittlerer Gemeinden.³⁵ Obwohl der Wortlaut des Gesetzes das nicht ausdrücklich vorsieht, können sich nach h.M. an einer Rationalisierungsvereinbarung auch „Großunternehmen“ beteiligen,³⁶ wenn das für die

³⁰ Ablehnend: Stellungnahmen Dr. Ulf Böge (BKartA) zum Entwurf der 7. GWB-Novelle, Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit, Ausschussdrucksache 15(9)1333 vom 17.09.2004, S. 57; Stellungnahme Prof. Dr. Meinrad Dreher zum Entwurf der 7. GWB-Novelle, a.a.O., S. 82; befürwortend: Stellungnahme der DaimlerChrysler Services AG Berlin (BDI) zum Entwurf der 7. GWB-Novelle, a.a.O., S. 25, 28.

³¹ Zur Gesetzgebungsgeschichte im Einzelnen s. Schneider, in: Langen/Bunte, § 3 GWB Rn. 4 ff.

³² Begr. RegE 7. GWB-Novelle, BT-Drucks. 15/3640, S. 28; „Die Unternehmen sollen dadurch Rechtssicherheit erhalten und zu Kooperationen ermuntert werden, die die Wettbewerbschancen von kleinen und mittleren Unternehmen gegenüber großen Unternehmen verbessern.“

³³ Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 19 Rn. 202.

³⁴ Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 19 Rn. 203.

³⁵ BGH v. 12.11.2002, BGHZ 152, 347 Tz. 16 ff.=WuW/E DE-R 1087=VergabeR 2004, 193 – Ausrüstungsgegenstände für Feuerlöschzüge. Leitsatz 2 der Entscheidung lautet: „Auch kleine und mittlere Gemeinden können Einkaufsgemeinschaften im Sinne des § 4 Abs. 2 GWB bilden.“ § 4 Abs. 2 GWB a.F. entspricht jetzt § 3 GWB.

³⁶ Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 19 Rn. 201.

Förderung der Leistungsfähigkeit der kleinen und mittleren Unternehmen erforderlich ist und auf diesen Zweck begrenzt wird.³⁷

Diese Grundätze gelten auch für staatliche Auftraggeber (z.B. für große Gemeinden), wie abermals der Feuerlöschzüge-Fall des BGH³⁸ verdeutlicht:

„17 b) Die (...) Bündelung der Nachfrage dient dazu, die Wettbewerbsfähigkeit (...) zu verbessern. Insoweit ist nach dem Schutzzweck dieser Vorschrift allein auf den Nachfragemarkt abzustellen, weil sie strukturelle Defizite in der Nachfragemacht, die sich allein aufgrund der geringeren Größe ergeben, ausgleichen soll (...). Durch eine Nachfragebündelung werden auf seiten der Kommunen bessere Einkaufsbedingungen erreicht. Damit ist diese Voraussetzung erfüllt.

18 b) Dabei ist unerheblich, ob die Dienstleistungen der Beklagten bei der Beschaffung auch großen Kommunen offenstehen. Maßgeblich ist nämlich nicht der Ausschluß großer Unternehmen bzw. Kommunen, sondern daß die Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Kommunen hierdurch verbessert wird. Dies läßt sich „erst recht“ erreichen, wenn sich große Kommunen beteiligen, weil von deren Nachfragepotential die kleinen und mittleren Gemeinden regelmäßig profitieren werden (...). Eine andere – und hiervon zu trennende – Frage ist, ob durch die Beteiligung von großen Kommunen ebenso wie von Großunternehmen die Nachfragemacht in einem Maße verstärkt wird, dass hierdurch der Wettbewerb wesentlich beeinträchtigt wird. Diese (negative) Voraussetzung ist jedoch im Rahmen des Ausschlußtatbestandes des § 4 Abs. 1 Nr. 1 GWB zu [jetzt: § 3 Nr. 1 GWB], der auch für Einkaufskooperationen (...) gilt (...).“

c) Keine „wesentliche Beeinträchtigung“ des Wettbewerbs i.S. des § 3 Nr. 1 GWB

Die Gefahr von Mittelstandskooperationen für den Wettbewerb besteht vor allem darin, dass der Wettbewerb unter den kleinen und mittleren Unternehmen begrenzt wird und es zu einer Erhöhung der Marktzutrittsschranken kommen kann.³⁹ Deshalb schränkt § 3 Nr. 1 GWB den Tatbestand dahingehend ein, dass der Wettbewerb nicht „wesentlich beeinträchtigt“ werden darf. Eine wesentliche Beeinträchtigung des Wett-

³⁷ BGH v. 30.09.1986, WuW/E BGH 2321 – Mischguthersteller; BKartA, TB 1974, S 74; Schneider, in: Langen/Bunte, § 3 GWB Rn. 47 ff.; Merkblatt des BKartA über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen vom März 2007, Tz. 37, verfügbar auf der Homepage des Amtes.

³⁸ BGH v. 12.11.2002, BGHZ 152, 347 Tz. 17 f.=WuW/E DE-R 1087=VergabeR 2004, 193 – Ausrüstungsgegenstände für Feuerlöschzüge.

³⁹ Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 19 Rn. 204.

bewerbs kann schon gegeben sein, wenn funktionsfähiger Wettbewerb noch fortbesteht.⁴⁰

Wann diese Voraussetzungen gegeben sind, ist eine Frage des Einzelfalls. Hierzu sind quantitative Kriterien wie der Marktanteil, die Markttransparenz und etwaige Marktzutrittsschranken, aber auch qualitative Kriterien der Wettbewerbsbeschränkung heranzuziehen.⁴¹ Die Wesentlichkeit ergibt sich aus einem Zusammenspiel dieser Kriterien. In quantitativer Hinsicht ist die kritische Grenze der wesentlichen Wettbewerbsbeeinträchtigung i.d.R. erreicht, wenn das Kartell einen Marktanteil 15 % oder mehr besitzt.⁴² Im Feuerlöschzüge-Fall war diese Voraussetzung erfüllt, da die auf die gebündelte Nachfrage entfallenden Umsatzanteile der beteiligten Gemeinden tatsächlich unter 15 % lagen.⁴³

Im Hinblick auf die auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichtete Zwecksetzung des GWB sollte ferner untersucht werden, wie die Marktstruktur konkret aussieht und welche Unternehmen auf der Bieterseite stehen. Fänden sich z.B. ressourcenschwache kommunale Auftraggeber in der Situation, dass ihnen auf Seiten der Bieter eine oligopolistische Marktstruktur mit nur wenigen größeren Anbietern gegenübersteht, so würde die zentralisierte Vergabe zu einer Art von countervailing power der öffentlichen Hand führen. Sollte demgegenüber der Markt auf Anbieterseite zersplittert und durch viele KMU geprägt sein, kann sich eine zentralisierte Vergabe unter dem Gesichtspunkt der Bündelung von Marktmacht als kartellrechtlich problematisch erweisen. Eine „Checkliste“, unter welchen Bedingungen die qualitativen Kriterien im o.g. Sinn erfüllt sind, wurde soweit ersichtlich bislang noch nicht entwickelt.

d) Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit gemäß § 3 Nr. 2 GWB

Gemäß § 3 Nr. 2 GWB muss das Kartell ferner dazu dienen, die Wettbewerbsfähigkeit der kleinen und mittleren Unternehmen zu verbessern. Eine Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen

⁴⁰ KG v. 10.07.1985, WuW/E OLG 3663 (3669) – Mischguthersteller; Bericht des Ausschusses für Wirtschaft zu dem Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des GWB, BT-Drucks. 7/765, abgedruckt in WuW 1973, 581 (585); grundlegend Teichmann, WuW 1974, 449 ff.; s. auch Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 19 Rn. 205.

⁴¹ Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 19 Rn. 205: Insbesondere ist danach zu fragen, ob wettbewerbsrelevante Parameter wie Preise oder Rabatte oder weniger schwerwiegende Parameter wie Werbung, Forschung und Entwicklung eingeschränkt werden.

⁴² Merkblatt des BKartA über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen vom März 2007, Tz. 35, verfügbar auf der Homepage des Amtes; Schneider, in: Langen/Bunte, § 3 GWB Rn. 62; s. auch Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 19 Rn. 204.

⁴³ BGH v. 12.11.2002, BGHZ 152, 347 Tz. 20 ff.=WuW/E DE-R 1087=VergabeR 2004, 193 – Ausrüstungsgegenstände für Feuerlöschzüge. Aus Tz. 28 ergibt sich, dass ein Umsatzanteil von 13,06 % bezüglich des Artikels „Tragkraftspritze“ und von 10,3 % bezüglich des Artikels „Pressluftatmer“ gegeben war.

liegt nach Auffassung des BKartA⁴⁴ u.a. in den Fällen einer rationelleren Gestaltung der Einkaufs- oder Vertriebsorganisation vor. Dann ist es wie oben dargelegt auch unschädlich, wenn an der Kooperation auch Großunternehmen beteiligt sind, wenn und soweit deren Beteiligung an dem Einkaufskartell erforderlich ist, um die positiven Effekte zugunsten der kleinen und mittleren Unternehmen herbeizuführen.⁴⁵

e) Rechtsfolgen

Wenn die Voraussetzungen des § 3 GWB gegeben sind, gelten kraft gesetzlicher Anordnung die Freistellungsvoraussetzungen des § 2 Abs. 1 GWB als erfüllt. Es handelt sich in rechtsdogmatischer Hinsicht um eine Fiktion.⁴⁶ Mittelstandskartelle sind also ipso iure vom Kartellverbot des § 1 GWB freigestellt, ohne dass es einer expliziten kartellbehördlichen Freistellungsentscheidung bedürfte. Damit fügt sich § 3 GWB in das mit der 7. GWB-Novelle von 2005 eingeführte Legalausnahmesystem ein. Ferner gilt, dass subsidiär eine Freistellung nach § 2 GWB geprüft werden muss, wenn die Spezialvorschrift des § 3 GWB nicht erfüllt ist.⁴⁷

4. Weiterführende Überlegungen

a) Umkehrung des Arbeitsgemeinschaftsgedankens auf die Nachfrageseite?

Sollten im Einzelfall die Marktanteile etwas höher liegen und eine Freistellung nach § 3 GWB nicht in Betracht kommen, sind weiterführende Überlegungen

⁴⁴ Merkblatt des BKartA über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen vom März 2007, Tz. 36, verfügbar auf der Homepage des Amtes.

⁴⁵ BGH v. 12.11.2002, BGHZ 152, 347 Tz. 17 f.=WuW/E DE-R 1087=VergabeR 2004, 193 – Ausrüstungsgegenstände für Feuerlöschzüge. Generell kritisch zu einer solchen Auslegung aber Bunte, BB 2001, 2121 (2125), der für eine dezentrale Anwendung des Vergaberechts plädiert: „Die öffentlichen Auftraggeber stehen bei der Vergabe der öffentlichen Aufträge nicht im Anbieterwettbewerb, können demzufolge durch günstige Beschaffung ihre Wettbewerbsfähigkeit, d.h. ihre Wettbewerbsposition auf dem relevanten Markt, auch nicht verbessern. Vorteile bei der Beschaffung bewirken zwar positive Effekte bei der Finanzierung der öffentlichen Institutionen, sei es aus Steuern und Abgaben, sei es aus einer geringeren Kreditaufnahme, führen aber nicht zu einer Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit. Stehen aber die öffentlichen Auftraggeber gar nicht im Wettbewerb zueinander, so können Vorteile bei der Beschaffung zwar die öffentlichen Haushalte entlasten, aber nicht die Wettbewerbsfähigkeit der öffentlichen Auftraggeber im Sinne von § 4 GWB verbessern. Im Übrigen greift der Gedanke des strukturellen Nachteilsausgleichs auch seinem Ansatz nach nicht ein, was ebenfalls ein Blick auf das Vergaberecht belegt. Die öffentliche Hand ist ein solch wichtiger und mächtiger Auftraggeber, dass der Gesetzgeber die überlegene Markt- und Verhandlungsposition begrenzen wollte, um Missbräuchen der Nachfragemacht wirksam zu begegnen. Der Vergabewettbewerb, der grundsätzlich dezentral durchzuführen ist, sollte das Mittel zum Zweck sein, die überlegene Markt- und Verhandlungsposition der öffentlichen Auftraggeber zu begrenzen. Diese Ziele der §§ 97 ff. GWB würden konterkariert, wenn man über die Bildung von Einkaufskooperationen eine Nachfragebündelung zuließe.

⁴⁶ Begr. RegE 7. GWB-Novelle, BT-Drucks. 15/3640, S. 44 f.; Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 19 Rn. 207.

⁴⁷ Begr. RegE 7. GWB-Novelle, BT-Drucks. 15/3640, S. 45; Schneider, in: Langen/Bunte, § 3 GWB Rn. 10, Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 19 Rn. 207.

angebracht. So könnte man beispielsweise darüber nachdenken, den kartellrechtlichen Arbeitsgemeinschaftsgedanken⁴⁸ von denwerbenden Unternehmen der Baubranche (also der Anbieterseite) auf die öffentlichen Auftraggeber (also die Nachfrageseite) zu übertragen, um auf diese Weise für projektbezogene Kooperationen der Auftraggeberseite zu einer teleologischen Reduktion des § 1 GWB, also zu einem Tatbestandsausschluss, zu gelangen.

Eine solche Methode ist bislang nicht anerkannt und damit höchst zweifelhaft und unsicher. Es stellt sich auch die Frage, ob es überhaupt einen Fall gibt, in dem die einzelnen Auftraggeber jeweils für sich betrachtet schlechthin nicht dazu in der Lage sein sollten, die ihnen obliegende Ausschreibungstätigkeit in zweckmäßiger und „kaufmännisch“ vernünftiger Weise zu entfalten.⁴⁹ Das erscheint immerhin für vergaberechtliche Großprojekte – also bei der Beschaffung von Infrastruktur – oder im Bereich von komplexen IT-Beschaffungen denkbar. Anderenfalls, d.h. wenn jeder Auftraggeber für sich allein dazu in der Lage wäre, die Beschaffungsmaßnahme eigenständig durchzuführen, würde § 1 GWB unter Zugrundelegung des umgekehrten Arbeitsgemeinschaftsgedankens grundsätzlich greifen.

b) Freistellung gemäß § 2 GWB i.V., Art. 101 Abs. 3 AEUV

Soweit die Voraussetzungen des § 1 GWB erfüllt sind, weil der Marktanteil des Nachfragekartells über 15 % liegt, sind ergänzend die Freistellungs Voraussetzungen von § 2 GWB i.V.m. Art. 101 Abs. 3 AEUV zu prüfen.⁵⁰ Es handelt sich um eine abgesicherte Methode mit vier zu untersuchenden Kriterien⁵¹ (zwei Positiv- und zwei Negativkriterien), die zur Rechtfertigung eines Kartells im Einzelfall führen kann. Sie gelingt – stark vereinfacht gesagt –, wenn die positiven Effekte des Nachfragekartells, d.h. die Rationalisierungseffekte (sog. „Effizienzgewinne“) die negativen Effekte für den Wettbewerb mindestens kompensieren oder sogar übertreffen.⁵² Ob Einkaufsgemeinschaften der

⁴⁸ Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 19 Rn. 90 ff.

⁴⁹ S. zu diesen Voraussetzungen BGH v. 13.12.1983, WuW/E BGH 2050=ZfBR 1984, 124 – Bauvorhaben Schramberg; Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 19 Rn. 93.

⁵⁰ Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 19 Rn. 94.

⁵¹ Genauer: (1) Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung oder Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts, (2) angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn, (3) Unerlässlichkeit der den beteiligten Unternehmen auferlegten Beschränkungen für die Zielverwirklichung und (4) keine Ausschaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren.

⁵² Ausführlich zu den einzelnen Voraussetzungen Klein/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 5 Rn. 274 ff. S. dazu auch Heyers, in FK-Kartellrecht, Stand 91. Lfg. August 2018, § 2 Abs. 1 Rn. 53 a: „Die Norm des § 2 Abs. 1 liegt – ebenso wie Art. 101 Abs. 3 AEUV – ein Wertungs- und Zielppluralismus zugrunde, der wie folgt umschrieben werden kann: Die aus der Verhaltenskoordination resultierenden Effizienzgewinne dürfen nicht nur den Unternehmen, sondern müssen auch den Verbrauchern bzw. der Marktgegenseite zugutkommen. (1) Insofern genügt nicht eine (einzel-) betriebliche Rationalisierung im Sinne einer Verbesserung des Verhältnisses von Aufwand und Ertrag; entscheidend ist, dass – dem

öffentlichen Hand auf diese Weise gerechtfertigt werden können, wenn die Voraussetzungen des § 3 GWB nicht erfüllt sind, kann nur im Einzelfall festgestellt werden. Je höher der Marktanteil der Einkaufsgemeinschaft, desto weniger wahrscheinlich ist eine solche Rechtfertigungsmöglichkeit.

c) Zwischenergebnis

Wichtig erscheint es mir, an dieser Stelle klarzustellen, dass es zwar kartellrechtliche Grenzen für die Zentralisierung der Beschaffungstätigkeit gibt, aber kein „kartellrechtliches Pauschalverbot“ für die Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern. Anders gewendet, folgt aus dem Kartellrecht kein „Grundsatz der dezentralen Beschaffung der öffentlichen Hand“, wie ihn einmal H.-J. Bunte⁵³ zu begründen versucht hat.

C. Abschließende Stellungnahme

Nach meiner Einschätzung steht das Kartellrecht einer Koordinierung der staatlichen Nachfrage durch die öffentlichen Auftraggeber nicht grundsätzlich entgegen.

1. Soweit das Unionskartellrecht der Art. 101 ff. AEUV betroffen ist, ist nach der Rechtsprechung des EuGH dessen Anwendungsbereich weder bei der staatlichen Nachfrage noch bei einer „rein sozial“ motivierten Nachfrage-tätigkeit eröffnet.
2. Im deutschen Kartellrecht der §§ 1, 19 ff. GWB wird die staatliche Nachfrage zwar überzeugend als wirtschaftliche Tätigkeit bewertet und konsequent der Anwendungsbereich des deutschen GWB als eröffnet angesehen. Das Kartellverbot des § 1 GWB stellt aber zumindest für Einkaufsgemeinschaften kleiner und mittlerer Gemeinden kein echtes Hindernis dar, weil insoweit die Ausnahmenvorschrift für Mittelstandskartelle in § 3 GWB eingreift. Die Rspr. des BGH ist großzügig und sieht in der Beteiligung von größeren Gebietskörperschaften im Einzelfall keinen Grund für die Nichtanwendung des § 3 GWB, weil dadurch die Wettbewerbsposition der kleinen und

Leitbild des consumer welfare approach der Kommission folgend – (2) die Marktgegenseite bzw. die Verbraucher profitieren. Das ist der Fall, wenn der relevante Markt unter hinreichendem Wettbewerbsdruck steht. Dieser darf keinesfalls – wie es in § 2 Abs. 1 formuliert ist – „ausgeschaltet“ werden. So ist es beispielsweise unerheblich und unschädlich, wenn eine Einkaufsgemeinschaft über erhebliche Nachfragemacht verfügt, sofern sich diese Nachfragemacht auf der folgenden, von Wettbewerb geprägten Marktstufe gegenüber den Abnehmern relativiert oder atomisiert. Neben dieser gleichsam negativen Formulierung, dass Wettbewerb nicht erlahmen darf, liegt dem Gesetz das Verhältnismäßigkeitsprinzip zugrunde: Den beteiligten Unternehmen dürfen keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die Erzielung der Vorteile nicht unverzichtbar sind. Daran zeigt sich der grundsätzliche Vorrang des Wettbewerbsprinzips, das nur ausnahmsweise und unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips relativiert werden darf, sofern unternehmerische Verhaltenskoordination erforderlich ist, um bessere Ergebnisse als nach unverfälschtem Wettbewerb zu erzielen.

⁵³ BB 2001, 2121 ff.

mittleren Gemeinden als Nachfrager gestärkt werde. Solange der Marktanteil der Nachfrager 15 % nicht überschreitet, dürften kommunale Einkaufsgemeinschaften regelmäßig zulässig sein. Für die Nachfrage-tätigkeit der gesetzlichen Krankenkassen gelten gemäß § 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V sowohl § 1 GWB als auch § 3 GWB, sodass auch diese ggf. Mittelstandskartelle abschließen können. Sollten im Einzelfall die Marktanteile etwas höher liegen, wären ggf. die Freistellungsvoraussetzungen von § 2 GWB i.V.m. Art. 101 Abs. AEUV zu prüfen. Jedenfalls gibt es kein „kartellrechtliches Pauschalverbot“ für die Zusammenarbeit der öffentlichen Auftraggeber, d.h. keinen Zwang zu einer dezentralen Beschaffung.

3. § 19 GWB⁵⁴ verbietet marktbeherrschenden Unternehmen den Missbrauch von Marktmacht. Dies betrifft sowohl den Fall der Einzelmarktbeherrschung (ab 40 % Marktanteil) als auch den der kollektiven Marktbeherrschung. Im Hinblick auf die hier diskutierten Fragen der Zentralisierung und Verfahrenseffizienz sehe ich darin allerdings keine entscheidende Verringerung der Handlungsmöglichkeiten der öffentlichen Auftraggeber. Denn hier geht es schlichtweg um ein Verbot unfairen Verhaltens, das sich in der Sache mit dem für öffentliche Auftraggeber ohnehin geltenden Gleichbehandlungsgebot des § 97 Abs. 2 GWB weitgehend decken dürfte. Das kartellrechtliche Missbrauchsrecht stellt also auch keine unüberwindlichen Hürden für die Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern auf.

⁵⁴ Ebenso Art. 102 AEUV, der allerdings die Unternehmenseigenschaft voraussetzt, welche nach der SELEX-Rspr. Dem Staat und seinen Untergliederungen im Rahmen der Nachfragetätigkeit angeblich fehlen soll.

Podiumsdiskussion II: Zentralisierung und Verfahrenseffizienz

Öffentliche Tagung des Wissenschaftlichen Beirats des forum vergabe e.V. am 26.09.2019

Verankerung der zentralisierten Auftragsvergabe im GWB-Vergaberecht im Zuge der Vergaberechtsmodernisierung 2016

„forum vergabe Gespräche 2019“ vom 25.09.-27.09.2019 in Fulda

Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger/Johannes Stapf¹

I. Verankerung der zentralisierten Auftragsvergabe im GWB-Vergaberecht im Zuge der Vergaberechtsmodernisierung 2016

Bis zur Vergaberechtsmodernisierung des Jahres 2016, die u.a. die im Jahr 2014 verabschiedete Richtlinie 2014/24/EU² (im Folgenden: Vergaberichtlinie) in nationales Recht umsetzte, enthielt das deutsche Kartellvergaberecht keine Vorgaben für eine zentralisierte Auftragsvergabe. Zwar sah bereits die im Jahr 2004 verabschiedete Vorgängerrichtlinie 2004/18/EG eine solche Möglichkeit (optional) vor;³ hiervon hatte der deutsche Gesetzgeber indes keinen Gebrauch gemacht⁴. Seit der Novellierung von GWB und VgV im Jahr 2016 finden sich nun entsprechende Regelungen in § 120 Abs. 4 GWB und § 4 VgV.⁵

Mit dieser Reform möchten EU-⁶ und nationaler⁷ Gesetzgeber den öffentlichen Auftraggebern die Vorzüge einer Zentralisierung zugänglich machen: Aufgrund von Größenvorteilen können sie in den Genuss niedrigerer Preise und niedrigerer Transaktionskosten kommen; außerdem kann sich eine Verbesserung

¹ Der Verfasser Prof. Dr. Wollenschläger ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europarecht und Öffentliches Wirtschaftsrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg, der Verfasser Stapf Wissenschaftlicher Mitarbeiter.

² Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. L 94 v. 28.03.2014, S. 65.

³ Erwägungsgründe 15 f. und Art. 11 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. L 134 v. 30.04.2004, S. 114.

⁴ Baudis, Zur gemeinsamen Beschaffung öffentlicher Auftraggeber nach Maßgabe der Richtlinie 2014/24/EU und deren Umsetzung sowie ihre Grenzen, VergabeR 2016, 425 (426 f.); dort (427) auch auf Grundlage des alten GWB ergangenen Rspr.; ferner H. Schröder, in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3. Aufl. 2015, Kap. H, Rn. 181.

⁵ Der Fokus liegt im Folgenden auf diesen Normen. Verweise auf diese finden sich in § 16 UVgO und § 2 EU Abs. 4 VOB/A; inhaltliche Überschneidungen bestehen bei § 23 Abs. 3 VerpackG. Siehe näher Dieckmann, in: ders./Scharf/Wagner-Cardenahl (Hrsg.), VgV – UVgO, 2. Aufl. 2019, § 4 VgV Rn. 4

⁶ Vgl. bereits Erwägungsgrund 59 der Vergaberichtlinie.

⁷ BT-Drs. 18/6281 v. 08.10.2015, S. 99 (99), zu § 120 Abs. 4 GWB.

und Professionalisierung des Beschaffungsmanagements einstellen. Dem stehen jedoch ebenfalls in der Gesetzesbegründung artikuliert Risiken gegenüber, die im vergaberechtlichen Kontext vor allem in der Konzentration der Kaufkraft einschließlich einer Erschwerung des Marktzugangs für KMU⁸ bestehen (siehe zum kartellrechtlichen Rahmen den Beitrag von Kling in diesem Band); daneben droht eine Einschränkung der Vergabegrundsätze der Transparenz und des Wettbewerbs. Im Folgenden seien Begriff (II.) und Rechtsrahmen der zentralen Beschaffung (III.) entfaltet.

II. Die zwei Formen der zentralisierten Auftragsvergabe: zentrale Beschaffung und gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe

Hinsichtlich der Möglichkeit, die Auftragsvergabe zu zentralisieren, sind zwei Formen zu unterscheiden, nämlich die zentrale Beschaffung und die gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe.

Die zentrale Beschaffung kennzeichnet eine Auftragsvergabe durch eine zentrale Beschaffungsstelle. § 120 Abs. 4 Satz 1 GWB definiert letztere als „ein[en] öffentlicher Auftraggeber, der für andere öffentliche Auftraggeber dauerhaft Liefer- und Dienstleistungen beschafft, öffentliche Aufträge vergibt oder Rahmenvereinbarungen abschließt (zentrale Beschaffungstätigkeit)“. Charakteristikum ist mithin neben der Dauerhaftigkeit der Tätigkeit⁹ das Handeln für andere öffentliche Auftraggeber, wodurch sich – vor dem Hintergrund des Rechtspersönlichkeit voraussetzenden Auftraggeberbegriffs der §§ 98 ff. GWB – eine erhebliche Beschränkung des Anwendungsbereichs der zentralen Beschaffung ergibt. Erforderlich ist nämlich eine Beschaffung durch eine rechtlich verselbstständigte Einheit,¹⁰ weshalb etwa Zentralisierungen innerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung ausscheiden, da hier immer

⁸ Zu Implikationen des § 97 Abs. 4 GWB betreffend die Nachfragebündelung Baudis, Zur gemeinsamen Beschaffung öffentlicher Auftraggeber nach Maßgabe der Richtlinie 2014/24/EU und deren Umsetzung sowie ihre Grenzen, Vergaber 2016, 425 (431, 434). Zu in diesem Kontext und darüber hinaus bestehenden vergaberechtlichen Einhegungen vgl. Dieckmann, in: ders./Scharf/Wagner-Cardenahl (Hrsg.), VgV – UVgO, 2. Aufl. 2019, § 4 VgV Rn. 24.

⁹ Nach Antweiler, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 120 GWB Rn. 17, genügt „[d]ie nur auf ein einziges Vergabeverfahren oder auf wenige Beschaffungsvorgänge beschränkte Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber“ nicht. Die genaue Abgrenzung zu einer gelegentlichen Kooperation i.S.d. § 4 VgV ist jedoch nicht immer deutlich, gilt doch mit Dieckmann, in: ders./Scharf/Wagner-Cardenahl (Hrsg.), VgV – UVgO, 2. Aufl. 2019, § 4 VgV Rn. 7, dass es keine „zahlenmäßige oder zeitliche Begrenzung der Zusammenarbeit bzw. der Zusammenarbeitsfälle, bis zu der von einer „gelegentlichen“ gemeinsamen Beschaffung auszugehen sein soll, gibt [...]“. Mehrere öffentliche Auftraggeber können durchaus auch regelmäßig oder häufig zusammenarbeiten, ohne den Anwendungsbereich des § 4 Abs. 1 und 2 VgV zu verlassen.“ „In Abgrenzung zur zentralen Beschaffungstätigkeit“, soll es sich laut Begründung zur VgV (BT-Drs. 18/7318 v. 20.01.2016, S. 146), „[...] bei der gelegentlichen gemeinsamen Auftragsvergabe um eine punktuelle Zusammenarbeit bei der Vergabe einzelner öffentlicher Aufträge“ handeln.

¹⁰ Antweiler, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 120 GWB Rn. 17; Seidel, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 120 GWB Rn. 23.

durch denselben Rechtsträger – die Bundesrepublik Deutschland oder ein Land – beschafft wird.

§ 120 Abs. 4 Satz 2 GWB sieht zwei Unterformen der zentralen Beschaffungstätigkeit vor, nämlich das Großhändler- (Alt. 1) und das Zwischenhändler-Modell (Alt. 2). Bei der ersten Alternative veräußert die zentrale Beschaffungsstelle selbst beschaffte Liefer- und/oder Dienstleistungen weiter, bei der zweiten Alternative führt sie das Vergabeverfahren für einen anderen Auftraggeber durch, und zwar „entweder [...] autonom [...] oder nach Weisung der betreffenden öffentlichen Auftraggeber.“¹¹

Von der unionsrechtlich bestehenden Möglichkeit, eine Pflicht zur Nutzung zentraler Beschaffungsstellen im mitgliedstaatlichen Recht vorzusehen (Art. 37 Abs. 1 UAbs. 3 der Vergaberichtlinie), hat der deutsche Gesetzgeber keinen Gebrauch gemacht (siehe zur Möglichkeit des Erlasses von Verwaltungsvorschriften für Dienststellen des Bundes jedoch § 4 Abs. 3 VgV).

Abzugrenzen ist diese dauerhafte zentrale Beschaffungstätigkeit von der gelegentlichen gemeinsamen Auftragsvergabe. Gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 VgV können „[m]ehrere öffentliche Auftraggeber [...] vereinbaren, bestimmte öffentliche Aufträge gemeinsam zu vergeben.“ Ausdrücklich miteinbezogen werden auch öffentliche Auftraggeber aus anderen Mitgliedstaaten (Abs. 1 S. 2; dazu auch Art. 39 der Vergaberichtlinie). Nachdem auch hier eine Kooperation mehrerer öffentlicher Auftraggeber erforderlich ist, greift dieselbe Beschränkung des Anwendungsbereichs wie im zuvor skizzierten Modell. Die gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe soll ausweislich Erwägungsgrund 71 Abs. 2 der Vergaberichtlinie „viele verschiedene Formen annehmen [können]; diese reichen von einer koordinierten Beschaffung durch die Erstellung gemeinsamer technischer Spezifikationen für Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen, die durch mehrere öffentliche Auftraggeber beschafft werden, von denen jeder ein getrenntes Vergabeverfahren durchführt, bis hin zu Fällen, in denen die betreffenden öffentlichen Auftraggeber gemeinsam ein Vergabeverfahren durchführen und dabei entweder gemeinsam handeln oder einen öffentlichen Auftraggeber mit der Verwaltung des Vergabeverfahrens im Namen aller öffentlichen Auftraggeber beauftragen.“

III. Rechtsfragen der zentralisierten Auftragsvergabe

Die soeben skizzierten Vorschriften enthalten eine nur rudimentäre Regelung der zentralisierten Auftragsvergabe, die viele Fragen offen lässt und neue

¹¹ BT-Drs. 18/6281 v. 08.10.2015, S. 99 (99).

Fragen aufwirft, etwa hinsichtlich Ausschreibungspflichten (1.), des neu eingeführten Konzepts der „Verantwortung“ (2.), ihrer verwaltungsorganisationsrechtlichen Umsetzung (3.) und aus dem grundsätzlichen Verbot der Mischverwaltung folgende Grenzen (4.).

1. Zentralisierung und Ausschreibungspflichten

Nachdem in der Beauftragung mit der Durchführung eines Vergabeverfahrens, so entgeltlich, ein Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 103 Abs. 4 GWB liegt (vgl. Art. 37 Abs. 4 der Vergaberichtlinie), stellt sich die Frage nach einer – die Zentralisierungsmöglichkeit freilich konterkarierenden – Ausschreibungspflicht. Eine Antwort liefert § 120 Abs. 4 Satz 3 GWB, wonach „[ö]ffentliche Aufträge zur Ausübung zentraler Beschaffungstätigkeiten [...] an eine zentrale Beschaffungsstelle vergeben werden [können], ohne ein Vergabeverfahren nach den Vorschriften dieses Teils durchzuführen.“ Satz 4 dieses Absatzes fügt hinzu: „Derartige Dienstleistungsaufträge können auch Beratungs- und Unterstützungsleistungen bei der Vorbereitung oder Durchführung von Vergabeverfahren umfassen“ (sog. Nebenbeschaffungstätigkeit¹²).

Diese Norm beantwortet jedoch nicht alle Fragen, da sie Lücken aufweist. Nicht von dieser Norm erfasst ist das Großhändlermodell (§ 120 Abs. 4 Satz 2 Alt. 1 GWB), da sich die Ausnahmegesetzgebung zumindest nicht auf Lieferaufträge bezieht (vgl. § 120 Abs. 4 Satz 4 GWB: „Derartige Dienstleistungsaufträge [...]“).¹³ Hier besteht ein Umsetzungsdefizit, da Art. 37 Abs. 2 UAbs. 1 der Vergaberichtlinie diesen Fall explizit vergabefrei stellt;¹⁴ nach dieser Norm kommt „[e]in öffentlicher Auftraggeber [...] seinen Verpflichtungen gemäß dieser Richtlinie nach, wenn er Lieferungen oder Dienstleistungen von einer zentralen Beschaffungsstelle erwirbt, die die in Artikel 2 Nummer 14 Absatz 1 Buchstabe a genannte zentralisierte Beschaffungstätigkeit anbietet.“ Eine entsprechende Freistellung kann sich auch nicht aufgrund einer unmittelbaren Wirkung der Richtlinie ergeben, da eine umgekehrt-vertikale Wirkung ausscheidet.¹⁵ Damit

¹² Erwägungsgrund 70 und Art. 2 Abs. 1 Nr. 15 der Vergaberichtlinie; Fett, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 3: Vergaberecht I, 2. Aufl. 2018, § 120 GWB Rn. 23.

¹³ A.A. Dieckmann, in: ders./Scharf/Wagner-Cardenahl (Hrsg.), VgV – UVgO, 2. Aufl. 2019, § 4 VgV Rn. 27.

¹⁴ Die Vorgabe stattdessen im Sinne einer Exkulpation des Auftraggebers bei Vergaberechtsverstößen der zentralen Beschaffungsstelle interpretierend Risvig Hamer, in: Steinicke/Vesterdorf (Hrsg.), EU Public Procurement Law, 2018, part I title II, Art. 37 Rn. 13 ff., auch unter Verweis auf die insoweit abweichende Regelung in Art. 11 Abs. 2 der Vorgängerrichtlinie (Fn. 2): „Bei öffentlichen Auftraggebern, die Bauleistungen, Waren und/oder Dienstleistungen durch eine zentrale Beschaffungsstelle gemäß Artikel 1 Absatz 10 erwerben, wird vermutet, dass sie diese Richtlinie eingehalten haben, sofern diese zentrale Beschaffungsstelle sie eingehalten hat.“

¹⁵ EuGH, Urt. v. 08.10.1987, 80/86, Slg. 1987, 3969, Rn. 10 – Kolpinghuis Nijmegen; Urt. v. 03.05.2005, verb. Rs. C-387/02, C-391/02 und C-403/02, Slg. 2005, I-3565, Rn. 74 – Berlusconi u.a.; Urt. v. 24.06.2019, C-573/17, EU:C:2019:530, Rn. 67 m.w.N. – Poplawski; Gundel, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 2017, Art. 288 AEUV Rn. 48; W. Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV Rn. 100. Zur Erstreckung auf Ebenen

kommt eine Vergabefreiheit von Beschaffungen im Rahmen des Großhändlermodells nur unter den im Einzelfall zu prüfenden Voraussetzungen der Inhouse-Vergabe (§ 108 Abs. 1 ff. GWB) bzw. der öffentlich-öffentlichen Partnerschaft (§ 108 Abs. 6 GWB) in Betracht.¹⁶ Selbiges gilt im Übrigen auch für die gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe, für die sich ebenfalls kein Ausnahmetatbestand – auch nicht im Unionsrecht – findet.

2. Zentralisierung und Verantwortung

§ 4 Abs. 2 Satz 1–3 VgV führen, in Umsetzung der Vergaberichtlinie, das Konzept der „Verantwortung“ in das Vergaberecht ein. Dieses nur in § 4 VgV enthaltene Konzept bleibt freilich diffus.¹⁷ So erhellt die Norm etwa nicht, ob sich die „Verantwortung“ auf das Außenverhältnis zu den Bietern bezieht oder ihre Bedeutung auf das Innenverhältnis der Auftraggeber zueinander beschränkt ist.¹⁸ Nimmt man ersteres an, erweist sich § 4 Abs. 2 Satz 2 VgV als problematisch, der die gemeinsame Verantwortung aller beteiligten öffentlichen Auftraggeber vorsieht, „wenn ein öffentlicher Auftraggeber das Verfahren in seinem Namen und im Auftrag der anderen öffentlichen Auftraggeber allein ausführt.“ Nach der vergaberechtlichen Systematik existiert in diesem Fall jedoch nur ein öffentlicher Auftraggeber, der im Außenverhältnis maßgeblicher Adressat von Rügen ist und mit Blick auf den Rechtsschutzmöglichkeiten (Zuständigkeit) zu bestimmen sind.¹⁹

3. Zentralisierung und Verwaltungsorganisationsrecht

Dass öffentliche Auftraggeber, wie es in § 120 Abs. 4 Satz 2 GWB bzw. § 4 Abs. 1 Satz 1 VgV heißt, Aufträge im Wege der zentralen Beschaffung bzw. gemeinsam vergeben „können“, heißt nicht, dass beliebige organisatorische Arrangements möglich sind. Vielmehr bestimmen sich mögliche Kooperationsformen nach dem Verwaltungsorganisationsrecht.

§ 120 Abs. 4 GWB stellt keine verwaltungsorganisationsrechtliche Grundlage für die Errichtung zentraler Beschaffungsstellen dar.²⁰ Für den Bereich der Bundesverwaltung sei überdies darauf hingewiesen, dass § 4 Abs. 3 VgV, der

unterhalb des Gesamtstaates vgl. EuGH, Urt. v. 22.06.1989, 103/88, Slg. 1989, 1839, Rn. 31 – Fratelli Costanzo/Commune di Milano. Zur Reflexwirkung siehe freilich EuGH, Urt. v. 07.01.2004, C-201/02, Slg. 2004, I-723, Rn. 56 f. – Wells.

¹⁶ A.A. Dieckmann, in: ders./Scharf/Wagner-Cardenahl (Hrsg.), VgV – UVgO, 2. Aufl. 2019, § 4 VgV Rn. 28: diesem zufolge „liefen die Regelungen über die zentralen Beschaffungsstellen [anderenfalls] leer.“

¹⁷ Siehe Dieckmann, in: ders./Scharf/Wagner-Cardenahl (Hrsg.), VgV – UVgO, 2. Aufl. 2019, § 4 VgV Rn. 14.

¹⁸ Auch der Blick in andere Sprachfassungen der Vergaberichtlinie („responsible“, „responsable[s]“, „responsabile“ bzw. „responsabili“, „responsabilidad“ bzw. „responsable“ etc.) führt nicht weiter.

¹⁹ Vgl. Dieckmann, in: ders./Scharf/Wagner-Cardenahl (Hrsg.), VgV – UVgO, 2. Aufl. 2019, § 4 VgV Rn. 14 f., 30 f.

²⁰ Antweiler, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 120 GWB Rn. 16. Vgl. Schaller, LKV 2018, 348 (348).

vorsieht, dass die Bundesregierung [...] für Dienststellen des Bundes in geeigneten Bereichen allgemeine Verwaltungsvorschriften über die Einrichtung und die Nutzung zentraler Beschaffungsstellen sowie die durch die zentralen Beschaffungsstellen bereitzustellenden Beschaffungsdienstleistungen erlassen [kann]“, nicht die Errichtung der zentralen Vergabestelle selbst erfasst; dies obliegt vor dem Hintergrund des institutionellen Gesetzesvorbehalts dem Gesetzgeber.²¹

Auf kommunaler Ebene sind die Regelungen, die das Kommunalrecht für Kooperationen vorhält, einschlägig. In Bayern existieren diesbezüglich die vier sich aus dem KommZG²² ergebenden Gestaltungsformen (kommunale Arbeitsgemeinschaften²³, Zweckvereinbarungen²⁴, Zweckverbände²⁵ und gemeinsame Kommunalunternehmen²⁶); darüber hinaus kann eine Kooperation in Privatrechtsform erfolgen (vgl. Art. 1 Abs. 3 KommZG, Art. 86 Nr. 3, Art. 92 ff. BayGOO²⁷, Art. 74 Nr. 3, Art. 80 ff. BayLKrO²⁸, Art. 72 Nr. 3, Art. 78 ff. BayBezO).²⁹

Freilich sind nicht alle dieser Kooperationsformen gleichermaßen für die Zusammenarbeit bei der Beschaffung geeignet. So muss eine zentrale Beschaffungsstelle, um wie in § 120 Abs. 4 S. 1 GWB vorgesehen, als öffentlicher Auftraggeber (§ 99 GWB) tätig werden zu können, über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügen.³⁰ Dies ist der Fall bei Zweckverbänden (Körperschaften des öffentlichen Rechts, Art. 2 Abs. 3 S. 1 KommZG) und gemeinsamen

²¹ Der institutionelle Gesetzesvorbehalt fordert für die Errichtung juristischer Personen des öffentlichen Rechts eine Grundlage in Form eines formellen Gesetzes, siehe allgemein Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 6, Rn. 62 ff.; ferner bereits Ohler, Der institutionelle Vorbehalt des Gesetzes, AöR 131 (2006), 336 (358 m.w.N.). Zu unterscheiden ist die Errichtung von der Einrichtung, „die die tatsächliche Bildung und die Ausstattung der Behörde mit Personal und Sachmitteln betrifft“ (Maurer/Waldhoff, a.a.O., Rn. 58).

²² Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit (KommZG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 20.06.1994, GVBl. 1994 S. 555, 1995 S. 98, 2020-6-1-I, zul. geändert durch Verordnung v. 26.03.2019, GVBl. S. 98.

²³ In einigen Ländern (Baden-Württemberg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein) nicht geregelt, siehe Gern/Brüning, Deutsches Kommunalrecht, 4. Aufl. 2019, Rn. 1562.

²⁴ In der überwiegenden Zahl der Länder (u.a. Baden-Württemberg, Brandenburg, Hessen) als öffentlich-rechtliche Vereinbarung bezeichnet, siehe Gern/Brüning, Deutsches Kommunalrecht, 4. Aufl. 2019, Rn. 1564.

²⁵ In allen Ländern so bezeichnet, siehe Lange, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2019, Kap. 19, Rn. 39 m. Fn. 78.

²⁶ Je nach einschlägigem Landesrecht auch als gemeinsame selbstständige Kommunalanstalten (z.B. Baden-Württemberg) oder gemeinsame kommunale Anstalt (z.B. Rheinland-Pfalz) bezeichnet, vgl. Schraml, in: Wurzel/ders./Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3. Aufl. 2015, Kap. D, Rn. 119.

²⁷ Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern (Gemeindeordnung – GO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 22.08.1998, GVBl. 1998 S. 796, 2020-1-1-I, zul. geändert durch Verordnung v. 26.03.2019, GVBl. S. 98.

²⁸ Landkreisordnung für den Freistaat Bayern (Landkreisordnung . LkrO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 22.08.1998, GVBl. 1998 S. 826, 2020-3-1-I, zul. geändert durch Verordnung vom 26.03.2019, GVBl. S. 98.

²⁹ Bezirksordnung für den Freistaat Bayern (Bezirksordnung – BezO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 22.08.1998, GVBl. 1998 S. 850, 2020-4-2-I, zul. geändert durch Verordnung vom 26.03.2019, GVBl. S. 98.

³⁰ Antweiler, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 120 GWB Rn. 17.

Kommunalunternehmen (Anstalten des öffentlichen Rechts, Art. 2 Abs. 4 KommZG) sowie bei den privatrechtlichen Organisationsformen. Auch bestehen Grenzen im Hinblick auf mögliche Beteiligte, wobei sich Zweckvereinbarung und gemeinsames Kommunalunternehmen insofern als restriktiver erweisen, als sie grundsätzlich³¹ nur Gemeinden, Landkreisen oder Bezirken die Beteiligung respektive Trägerschaft ermöglichen (Art. 7 Abs. 1, Art. 49 Abs. 1 S. 1 KommZG). Dagegen können sich gemäß Art. 4 Abs. 1 KommZG an (kommunalen) Arbeitsgemeinschaften neben Gemeinden, Landkreisen und Bezirken (S. 1) „auch sonstige Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, ferner natürliche Personen und juristische Personen des Privatrechts beteiligen“ (S. 2). Bei einem Zweckverband können gemäß Art. 17 Abs. 2 KommZG „auch andere Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts Mitglieder sein, wenn nicht die für sie geltenden besonderen Vorschriften die Beteiligung ausschließen“ (S. 1); „[e]benso können natürliche Personen und juristische Personen des Privatrechts Mitglieder eines Zweckverbands sein, wenn die Erfüllung der Verbandsaufgaben dadurch gefördert wird und Gründe des öffentlichen Wohls nicht entgegenstehen“ (S. 2). Art. 17 Abs. 3 KommZG ermöglicht ferner eine Zusammenarbeit über die Landesgrenzen hinweg. Im Zusammenhang mit der Beteiligung natürlicher und juristischer Personen an einer zentralen Beschaffungsstelle ist deren Beschränkung gemäß § 120 Abs. 4 Satz 1 GWB auf öffentliche Auftraggeber (siehe oben, II) zu beachten; jene ist daher nur unter den Voraussetzungen des § 99 Nr. 2–4 GWB möglich.

Soll eine zentrale Beschaffung oder gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe aufsichtsbehördlich angeordnet werden – als Rechtsgrundlage kommen insofern Art. 16 Abs. 2 Satz 1 KommZG (Pflichtvereinbarung) oder Art. 28 Abs. 2 Satz 1 KommZG (Pflichtverband) in Frage –, sind die durch die Garantie kommunaler Selbstverwaltung gezogenen Grenzen zu beachten (Art. 28 Abs. 2 S. 1 f. GG). Diese verfassungsrechtlichen Anforderungen greifen auch bei einer – in Deutschland indes nicht eingeführten – gesetzlichen Pflicht zur Zentralisierung (siehe oben, II).

Zwangszusammenschlüsse betreffen die als Teil der Garantie kommunaler Selbstverwaltung geschützte Organisations-³² und Kooperationshoheit³³, und zwar nicht nur, wenn die Beschaffung zur Erfüllung von Aufgaben der örtlichen

³¹ Auch ein Zweckverband kann an einem Kommunalunternehmen beteiligt sein (Art. 40 Abs. 1 S. 1 KommZG), siehe Schraml, in: Wurzel/ders./Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3. Aufl. 2015, Kap. D, Rn. 127. Vgl. auch Art. 49 Abs. 3 S. 1 KommZG.

³² BVerfGE 52, 95 (117); 91, 228 (236); 138, 1 (17 f.); vgl. bereits E 38, 258 (278).

³³ BVerfG, NVwZ 1987, 123 (124); BVerfGE 119, 331 (362); 138, 1 (17 f. Rn. 49); 147, 185 (221 Rn. 74).

Gemeinschaft erfolgt.³⁴ Sie unterliegen daher dem Verhältnismäßigkeitsvorbehalt³⁵ und sind je nach Intensität des durch sie bewirkten Eingriffs anhand der Umstände des Einzelfalls zu bewerten. Strenge Anforderungen gelten, wenn die konkret angeordnete Ausgestaltung der Zusammenarbeit mit einer Hochzonung der kommunalen Angelegenheit, hier der Vergabetätigkeit, einhergeht.³⁶ Im Kontext der Abfallbeseitigung hat das BVerfG diesbezüglich entschieden, dass „[der Gesetzgeber] [e]ine Aufgabe mit relevantem örtlichen Charakter [...] den Gemeinden nur aus Gründen des Gemeininteresses, vor allem also dann entziehen [darf], wenn anders die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung nicht sicherzustellen wäre. Demgegenüber scheidet das bloße Ziel der Verwaltungsvereinfachung oder der Zuständigkeitskonzentration – etwa im Interesse der Übersichtlichkeit der öffentlichen Verwaltung – als Rechtfertigung eines Aufgabenentzugs aus; denn dies zielte ausschließlich auf die Beseitigung eines Umstandes, der gerade durch die vom Grundgesetz gewollte dezentrale Aufgabenansiedlung bedingt wird. Auch Gründe der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der öffentlichen Verwaltung insgesamt rechtfertigen eine ‚Hochzonung‘ nicht schon aus sich heraus, sondern erst dann, wenn ein Belassen der Aufgabe bei den Gemeinden zu einem unverhältnismäßigen Kostenanstieg führen würde.“³⁷ Als gegenüber der Hochzonung milderes Mittel erweist sich ein Zwangszusammenschluss, der den Kommunen inhaltlich größere Mitwirkungsbefugnisse belässt.³⁸ An die Rechtfertigung derartiger Ausgestaltungen darf ein großzügigerer Maßstab, etwa bei der Auslegung der Begriffe „ordnungsgemäß“ und „unverhältnismäßig“, angelegt werden.

Zusammenfassend ist bei Auswahl der Kooperationsform den im Einzelfall bestehenden Bedürfnissen, etwa hinsichtlich der vorgesehenen Beteiligten, Rechnung zu tragen. Die Anordnung einer Zusammenarbeit muss vor dem Hintergrund der Garantie kommunaler Selbstverwaltung gerechtfertigt sein, wobei für eine Hochzonung strenge Anforderungen gelten.

³⁴ Im Kontext des Art. 11 BV F. Wollenschläger, in: Meder/Brechmann (Hrsg.), Die Verfassung des Freistaates Bayern, 6. Aufl. 2020 i.E., Art. 11 Rn. 39.

³⁵ So mit Blick auf einen Eingriff durch die Legislative BVerfGE 147, 185 (223 f. Rn. 80); ferner Gern/Brüning, Deutsches Kommunalrecht, 4. Aufl. 2019, Rn. 1538. Zur zögerlichen Anwendung des Begriffs „Verhältnismäßigkeit“ durch das BVerfG in diesem Kontext Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 28 GG Rn. 114, 118.

³⁶ Vgl. M. Schröder, in: Huber/Wollenschläger (Hrsg.), Landesrecht Bayern, 2019, § 3, Rn. 48.

³⁷ BVerfGE 79, 127 (153); 147, 185 (225 Rn. 84); vgl. F. Wollenschläger, in: Meder/Brechmann (Hrsg.), Die Verfassung des Freistaates Bayern, 6. Aufl. 2020 i.E., Art. 11 Rn. 10.

³⁸ BVerfGE 147, 185 (226 Rn. 86); vgl. auch BVerfGE 26, 228 (239); 138, 1 (28 Rn. 74); Schmidt-Jortzig, Kooperationshoheit der Gemeinden und Gemeindeverbände bei Erfüllung ihrer Aufgaben, in: von Mutius (Hrsg.), Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Festgabe Unruh, 1983, S. 525 (538); F. Wollenschläger, in: Meder/Brechmann (Hrsg.), Die Verfassung des Freistaates Bayern, 6. Aufl. 2020 i.E., Art. 11 Rn. 25.

4. Zentralisierung und Mischverwaltung

Eine die föderalen Ebenen übergreifende öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit in der Beschaffung ist außerdem an den Regelungen der Verwaltungszuständigkeiten in den Art. 83 ff. GG zu messen, die grundsätzlich eine Zuordnung der Kompetenzen entweder zum Bund oder zu den Ländern erfordern (sog. Verbot der Mischverwaltung).³⁹ Dies dient der klaren Bestimmung von Verantwortlichkeiten im Sinne des Rechtsstaatsgebots, der Sicherstellung des Vorliegens einer durchgehenden Legitimationskette im Sinne des Demokratieprinzips sowie dem Schutz der Verwaltungskompetenzen der Länder im Sinne des Bundesstaatsprinzips.⁴⁰ Aus diesem Grund sind, vorbehaltlich expliziter Regelung im GG, „Mitplanungs-, Mitverwaltungs- und Mitentscheidungsbefugnisse gleich welcher Art im Aufgabenbereich der Länder, wenn die Verfassung dem Bund entsprechende Sachkompetenzen nicht übertragen hat, durch das Grundgesetz ausgeschlossen“.⁴¹ Daher müssen zugewiesene Verwaltungsaufgaben grundsätzlich eigenständig erbracht werden („Grundsatz der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung“⁴²).⁴³ Wo eine Zusammenarbeit möglich ist, dürfte als äußerste Grenze von deren Zulässigkeit der Punkt anzusehen sein, in dem „die Kooperation eine Dichte und Wirkung erreicht, die einer Kompetenzverschiebung gleichkommt und damit ein Problem fehlender oder veränderter Zurechenbarkeit aufwirft.“⁴⁴

Zunächst stellt sich jedoch die Frage, ob eine zentralisierte Auftragsvergabe überhaupt eine Form der Mischverwaltung darstellt. Dort, wo lediglich eine Abstimmung zwischen Kommune oder Land auf der einen und Bund auf der anderen Seite erfolgt, ist dies zu verneinen.⁴⁵ Entscheidend ist auch insofern, ob

³⁹ BVerfGE 119, 331 (364 ff.); dort (364) zum Verhältnis zur Garantie kommunaler Selbstverwaltung: „Überschreitet der Gesetzgeber die ihm dort gesetzten Grenzen des zulässigen Zusammenwirkens von Bundes- und Landesbehörden führt dies gleichzeitig zu einer Verletzung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie in ihrer Ausprägung als Garantie eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung im Sinne des Art. 28 Abs. 2 GG.“ Siehe ferner BVerfGE 139, 194 (225 f.).

⁴⁰ BVerfGE 119, 331 (365); 139, 194 (225 f.). Vgl. zu den erstgenannten Punkten auch P. M. Huber, Das Verbot der Mischverwaltung – de constitutione lata et ferenda, DÖV 2008, 844 (847 f.).

⁴¹ BVerfGE 119, 331 (365) unter Hinweis auf E 32, 145 (156); 108, 169 (182); ferner E 137, 108 (148); 139, 194 (226).

⁴² Grawert, Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern in der Bundesrepublik Deutschland, 1967, S. 195.; vgl. BVerfGE 63, 1 (41).

⁴³ BVerfGE 63, 1 (41); 119, 331 (364, 367); 139, 194 (226 Rn. 109); vgl. Bäumerich/Schneider, Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen der Kooperation von Bund und Ländern, Die Verwaltung 52 (2019), 99 (106) m.w.N.; Hermes in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 83 Rn. 49.

⁴⁴ Trute, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 83 GG Rn. 42.

⁴⁵ Vgl. F. Kirchhof, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 83 GG (54. EL Januar 2009), Rn. 89. Siehe auch Hebel, „Mischverwaltung“ – Verfassungsrechtlicher Argumentationstopos oder lediglich staats- und verwaltungswissenschaftliche Umschreibung eines Phänomens bundesstaatlicher Ebenenverflechtung?, in: Bauschke/Becker/Brauser-Jung u.a. (Hrsg.), Pluralität des Rechts – Regulierung im Spannungsfeld der Rechtsebenen, 2002, S. 37 (49).

dem Bund „Mitplanungs-, Mitverwaltungs- und Mitentscheidungsbefugnisse“ eingeräumt werden. Dies dürfte jedoch bei einer zentralen Beschaffung und auch, jenseits einer auf Abstimmung beschränkten Zusammenarbeit, bei der gemeinsamen Beschaffung regelmäßig der Fall und eine derart weitreichende Zusammenarbeit ausgeschlossen sein.

Freilich greifen in eng umgrenzten Bereichen Ausnahmen von dem Verbot der Mischverwaltung, etwa im Rahmen der Gemeinschaftsaufgaben gemäß Art. 91a bis 91e GG.⁴⁶ Beispielsweise wäre die Einrichtung einer gemeinsamen/zentralen Beschaffung innerhalb des Zusammenwirkens bei der Förderung von Wissenschaft, Forschung und Lehre, wie es durch Art. 91b GG vom Verbot der Mischverwaltung ausgenommen wird, möglich. Ob jenseits der geschriebenen Ausnahmen vom Verbot weitere Möglichkeiten einer Mischverwaltung bestehen, ist umstritten, bleibt aber, sofern für möglich gehalten, sachlich eng begrenzten Anwendungsbereichen vorbehalten.⁴⁷

IV. Fazit

Angesichts der mit ihr verbundenen (Kosten-)Vorteile ist die im Zuge der Vergaberechtsmodernisierung 2014/2016 im deutschen Vergaberecht verankerte Möglichkeit einer zentralisierten Auftragsvergabe zu begrüßen. Ihre praktische Umsetzung birgt angesichts des nur rudimentären Rechtsrahmens und der Notwendigkeit, sie in das Verwaltungsorganisationsrecht einzupassen, freilich Herausforderungen.

⁴⁶ Bäumerich/Schneider, Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen der Kooperation von Bund und Ländern, Die Verwaltung 52 (2019), 99 (107 ff.); P. M. Huber, Der ungeliebte Bundesstaat. Zur Lage des Förderalismus nach 70 Jahren Grundgesetz, NVwZ 2019, 665 (667).

⁴⁷ Die der Annahme weiterer, ungeschriebener Ausnahmen zugrundeliegende Rechtsprechung erging im Kontext der Organleihe, so dass ihre Verallgemeinerungsfähigkeit auf diese Strukturen begrenzt wird, siehe Bäumerich/Schneider, Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen der Kooperation von Bund und Ländern, Die Verwaltung 52 (2019), 99 (111 ff.) m.w.N. auch zu a.A. Siehe auch Hermes, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 83 Rn. 51.

Workshop 1: Die E-Vergabe in der Praxis

„forum vergabe Gespräche 2019“ vom 25.09.-27.09.2019 in Fulda

Jörg Wiedemann¹

Eine Zusammenfassung

Die vollständige E-Vergabe ist bei den „Pionieren“ dieser Kommunikationsform bereits ein stattlicher Teenager – die Stadt Dresden hat z.B. bereits im Jahre 2005 deren Einführung beschlossen, um in der Flut der i.E. vorzuhaltenden und stets zu aktualisierenden Formulare den Überblick zu behalten – und ist im Oberschwellenbereich nun fast ein Jahr verpflichtend für alle öffentlichen Auftraggeber. Ihre flächendeckende Einführung im Unterschwellenbereich steht mindestens kurzfristig bevor, in der Stadt Dresden werden bereits jetzt 99 % aller Auftragsvergaben ab 10.000 Euro Netto-Auftragswert elektronisch durchgeführt. Damit wird im öffentlichen Beschaffungswesen nur dasjenige vollzogen, was im Rahmen von eGovernment, eJustice und im Geiste des Onlinezugangsgesetzes alle Bereiche der öffentlichen Hand erfassen, modernisieren und an fortschrittliche Kommunikationsstandards in der Gesellschaft anpassen soll.

Die Digitalisierung der Kommunikation im Vergabeverfahren bietet erhebliche Chancen: Kommunikation wird zunächst schneller, unmittelbarer und kostengünstiger. Sie wird ressourcenschonender (hinsichtlich des Personals und des Materials) und zumeist auch rechtssicherer. Im optimalen Falle wird Kommunikation einheitlicher und geht mit der zeitlichen und sachlichen Optimierung des Beschaffungsprozesses einher. Die Nutzung dieser Chancen ist aber keineswegs ein Selbstläufer. Wenn die Weiterverarbeitung der im Vergabeverfahren digitalisierten Daten nicht medienbruchfrei oder jedenfalls nicht ohne weiteres möglich ist, werden Potenziale verschenkt und Aufwendungen nur auf andere Phasen des Beschaffungsprozesses verschoben. Wenn die papierlose digitale Kommunikation dazu verführt, immer größere Datenpakete zur Verfügung zu stellen, weil sie nicht mehr kopiert, getragen, verpackt werden müssen, sondern nur per Knopfdruck hochgeladen werden, erhöht das am Ende den bürokratischen Aufwand und vermindert u.U. die Markterreichung öffentlicher Ausschreibungen. Wenn Digitalisierung sich auf eine „elektronische Transkription“ ineffizienter analoger Prozessstrukturen beschränkt, dann ist wenig bis nichts gewonnen. Der Bericht über die konkreten

¹ Der Verfasser ist Richter beim OLG Naumburg

Umstände und Zeitläufe der Umsetzung des Projektes eVergabe in Dresden hat gezeigt, dass gerade bei der Änderung von tradierten Verfahrensweisen und Entscheidungsprozessen im Zuge der Einführung der eVergabe enorme Hindernisse zu überwinden waren und Zeit in Anspruch genommen haben.

Digitalisierung stellt uns vor neue Herausforderungen. Die Verheißung einer Steigerung der Teilnehmerzahlen z.B. hat sich bisher nicht erfüllt – woran liegt das?

In erster Linie rücken häufig technische Probleme in das Blickfeld. Die Diskussion zeigte, dass es diverse „Kinderkrankheiten“ gibt, die von den gewerblichen Anbietern von eVergabe-Plattformen schrittweise beseitigt werden können. Das betrifft z.B. die Nichtlesbarkeit verschiedener Dateiformate oder das Fehlen einer Funktion zur Versendung der Vorabinformation i.S. von § 134 GWB an die Teilnehmer des Vergabeverfahrens. Es gibt aber auch ein strukturelles Problem, welches aus unserer staatsorganisatorischen Verfasstheit (Föderalismus und kommunale Selbstverwaltung) sowie aus dem Umstand erwächst, dass es für die Dienstleistung des Betriebs einer eVergabe-Plattform einen Markt mit verschiedenen Anbietern gibt, das Problem der vielfältigen technischen Lösungen. Aus Sicht der an öffentlichen Aufträgen interessierten Wirtschaftsteilnehmer (künftig: Bietersicht) resultieren daraus u.U. erheblich höhere finanzielle Aufwendungen (Anschlusskosten für mehrere Plattformen) und vor allem praktische Hürden (unterschiedliche Bedienfelder, unterschiedliche Funktionen, unterschiedliches Layout). Diese Hürden wirken sich zu Lasten der öffentlichen Auftraggeber aus, insbesondere in der Zurückhaltung vieler Unternehmen, sich an diesen Plattformen zu beteiligen, und in geringen Zahlen der eingehenden Teilnahmeanträge oder Angebote. Die beste – technisch organisierte – Lösung bestünde im Voranschreiten der Umsetzung des Projektes „xVergabe“ (von dem man jedoch schon seit längerem nichts mehr gehört hat) oder bei der Entwicklung eines sog. Multi-Public-Bieter-Clients (MPBC). Der konkrete öffentliche Auftraggeber ist – wie viele praktische Beispiele, u.a. der Stadt Dresden, zeigen – sehr gut beraten, auf die Bieterseite offensiv zuzugehen, in Informationsveranstaltungen, Schulungen oder in persönlichen Gesprächen für die Vorteile der eVergabe zu werben, Ängste zu reduzieren und Hilfestellungen anzubieten. Manchem Bieter, insbesondere auch kleinen und kleinsten Unternehmen, dient der pauschale Verweis auf die Einführung der eVergabe als Ursache der Nicht(mehr)teilnahme an Vergabeverfahren auch nur als schnelle Antwort und Rechtfertigung, während die dahinter liegenden wahren Ursachen eher in anderen Feldern liegen, z.B. in der noch fehlenden Möglichkeit der Übernahme der Daten aus dem Vergabeverfahren in die eigene Buchhaltung, die eigene Beschaffungstätigkeit oder in die Anfertigung von Steuererklärungen.

Eine Herausforderung für öffentliche Auftraggeber einerseits und die Anbieter von eVergabe-Plattformen andererseits entsteht dadurch, dass der an vergaberechtliche Vorgaben gebundene und für deren Einhaltung verantwortliche Auftraggeber nur einen mittelbaren Einfluss auf die ihm zur Verfügung stehenden Kommunikationsmöglichkeiten hat; er ist beschränkt auf das Angebot „seines“ Plattformbetreibers und muss u.U. auf dessen generelle Weiterentwicklung warten, weil individuelle Lösungen zu aufwendig und zu teuer sind. Im analogen Zeitalter war es beispielsweise leichter möglich, eigene Formulare zu entwerfen und zu verwenden, auf erkannte Fehler oder Ungenauigkeiten in allgemein zur Verfügung gestellten Formblättern zu reagieren u.s.w. So ist z.B. einer während der forum vergabe e.V. Gespräche ausliegenden Werbebroschüre eines Anbieters zu entnehmen, dass alle Bewertungsschemata der UfAB V im System hinterlegt seien – das ist nicht nur ein veraltetes, sondern u.U. auch zu stark beschränktes Angebot. Der Auftraggeber muss verantworten, dass seine Kommunikationsmittel dem aktuellen vergaberechtlichen Standard entsprechen; er kann sich nicht damit entlasten, dass die von ihm genutzte technische Einrichtung dies nicht zulässt oder erschwert. Dem Auftraggeber kann ein erheblicher Teil seines inhaltlichen und verfahrensmäßigen Gestaltungsspielraums im Vergabeverfahren durch die genutzte technische Einrichtung verloren gehen. Das ist aber kein Argument gegen die Nutzung der eVergabe, denn das Problem bestand in gleicher Weise bei der Nutzung von Leitfäden und Handbüchern, sondern ein Hinweis auf eine besondere Herausforderung.

Eine größere Zahl von Einzelproblemen für den Erfolg der eVergabe ergibt sich aus dem unterschiedlichen Entwicklungsstand des eGovernment in anderen öffentlichen Bereichen und aus der Inkompatibilität der eKommunikation mit Formerfordernissen in anderen Rechtsgebieten. Öffentliche Beschaffungen sind häufig verknüpft mit Zuwendungen – im Beihilferecht gibt es in zu vielen Bereichen ein „aus der Zeit gefallenes“ Schriftformerfordernis. Die Forderung, dass bestimmte Erklärungen unterschrieben und eingescannt werden müssten, widerspricht der Verpflichtung zur vollständigen eKommunikation. Besondere Form- oder Ermächtigungserfordernisse bestehen teilweise im Kommunalrecht oder im Zivilrecht, z.B. für die Wirksamkeit von Honorarvereinbarungen nach der HOAI. Der notwendige duale Vertragsschluss – im Vergabeverfahren elektronisch, für die zivilrechtliche oder beihilferechtliche Wirksamkeit schriftlich – zwingt den öffentlichen Auftraggeber und den potenziellen Vertragspartner, Risiken einzugehen, die sich allein aus dem fehlenden „Gleichschritt“ in der Entwicklung der Rechtsgebiete ergeben. Hinzu treten unterschiedliche Entwicklungsstände verschiedener Bereiche der Exekutive und auch der Judikative in ihrer technischen Infrastruktur. Was nützt der vollständig digitalisierte Beschaffungsprozess ohne die Möglichkeit der medien-

bruchfreien Datenübergabe an die eigene Vertragsabwicklungseinheit, an die Finanzabteilung oder an die Rechnungsprüfung? Wünschenswert wäre es, wenn vergaberechtliche Nachprüfungsinstanzen die originale eDokumentation selbst einsehen könnten und nicht, wie bisher, auf deren u.U. fehlerträchtig erstelltes, analoges Abbild zurückgreifen müssten.

Im Vergleich zu den vorgenannten Problemen sind die damit verbundenen vergaberechtlichen Schwierigkeiten möglicherweise leichter beherrschbar. Auch wenn sich die Art und Weise der Kommunikation – digital statt analog – verändert, verbleibt es bei den identischen verfahrensrechtlichen Anforderungen an die Kommunikation: Sie muss geeignet sein, einen fairen Wettbewerb zu organisieren, die Gleichbehandlung der Interessenten, Bewerber bzw. Bieter zu gewährleisten und das Verfahren, die in ihm gestellten Anforderungen und die in ihm getroffenen Entscheidungen transparent zu machen. Diesem Anliegen folgen die vielfältigen Einzelregelungen. Am Beispiel der vergaberechtlichen Anforderungen an die Bekanntmachung der Eignungsanforderungen und geforderten Eignungserklärungen und -nachweise wurde in der Veranstaltung aufgezeigt, dass das Grundziel weiterhin darin besteht, dass ein Wirtschaftsteilnehmer sich unmittelbar, d.h. ohne praktische Hürden und ohne Fehlerquellen, aus der Auftragsbekanntmachung selbst über das bieterbezogene Anforderungsprofil informieren können muss, und dass die vergaberechtliche Bewertung unterschiedlicher Fallkonstellationen grundsätzlich vorhersehbar ist. Wird die Bekanntmachung nun nicht mehr mit dem Verweis auf schriftliche Unterlagen, sondern mit dem technischen Mittel der Verlinkung gestaltet, so gilt aus o.g. Gründen grundsätzlich, dass der Link direkt auf ein Dokument mit allen notwendigen Informationen gerichtet sein muss. Es genügen weder ein Link auf ein Paket von Dokumenten, aus denen der Bieter sich die gesuchten Informationen (aufwendiger und fehlerträchtiger) heraussuchen muss, noch eine Vielzahl von Links, welche dem Bieter eine u.U. auch wertende Zusammenfassung abverlangen. Und natürlich kann es Grenzfälle geben, in denen für die Entscheidung der Nachprüfungsinstanz eine Zumutbarkeitserwägung erforderlich wird, wie der Fall des Verweises auf ein konkretes Dokument, welches aber nicht unmittelbar über den (ersten) „Klick“ auf den Link erreichbar war, sondern in einer sicheren Menüfolge durch drei „Klicks“ (vgl. OLG Dresden).

Ein Problem ergibt sich in tatsächlicher Hinsicht für die Zuordnung zu dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers oder des Bieters, wenn die Ursache gestörter oder fehlerhafter Kommunikation nicht bzw. nicht schnell genug feststellbar ist, so z.B. beim Eingang eines nicht zu öffnenden bzw. nicht oder nicht fehlerfrei zu lesenden Angebots. Grundsätzlich dürfte die Feststellungslast, dass ein ordnungsgemäßes Angebot „eingereicht“ worden ist, beim Bieter

liegen, es sei denn, es gibt konkrete Anhaltspunkte dafür, dass der öffentliche Auftraggeber seinen Verpflichtungen zur Einrichtung eines technisch funktionierenden und nichtdiskriminierenden Zugangs zur Plattform nicht genügt hat. Hierfür könnte dem Umstand, ob lediglich einer der Bieter solche technischen Probleme hatte, Bedeutung zukommen. Es ist u.U. dennoch nicht zu erwarten, dass künftig Entscheidungen in Vergabenachprüfungsverfahren nur noch unter Einschaltung technischer Sachverständiger getroffen werden können. Aus Sicht aller Verfahrensbeteiligten ist es zweckmäßig, Fehlerquellen zu erkennen und ihnen entgegenzuwirken. Für den Bieter könnte sich bereits rechtzeitig vor der Angebotsabgabe eine Prüfung der Kompatibilität seiner eigenen IT-Infrastruktur mit derjenigen der eVergabe-Plattform sowie eine Rücksprache über den Zeitpunkt etwaiger Updates des Plattformbetreibers anbieten, für den Auftraggeber eine Verlegung des Termins der Angebotsfrist in die Kernarbeitszeit sowohl der technischen Unterstützung durch den Plattformbetreiber als auch der Vergabestelle selbst.

Insgesamt zeigte der Workshop deutlich auf, dass die Digitalisierung des Beschaffungswesens ein notwendiger, nicht mehr reversibler Entwicklungsschritt ist, viele Chancen bietet und trotz der bestehenden Herausforderungen auch eine erfolgreich zu bewältigende Aufgabe ist.

Workshop 2: Internationale Aspekte des Vergaberechts

„forum vergabe Gespräche 2019“ vom 25.09.-27.09.2019 in Fulda

Dr. Caspar Ebrecht¹

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich bedanke mich für Ihre Einladung und für die Möglichkeit, Ihnen einen Überblick über die Initiativen der Europäischen Kommission zur Professionalisierung der öffentlichen Auftragsvergabe und deren Umsetzung in der Praxis geben zu können.

Die Professionalisierung der öffentlichen Auftragsvergabe, insbesondere der öffentlichen Einkäufer, gehört für die Kommission zu den Kernelementen einer strategischen Vergabepolitik. Die Kommission setzt sich deshalb nachhaltig für deren Förderung ein. Es ist von zentraler Bedeutung, dass die in der öffentlichen Beschaffung tätigen Fachleute über die notwendigen Kompetenzen verfügen. Ansonsten lassen sich andere politische Prioritäten garantiert nicht erreichen. Deshalb benötigen wir zielgerichtete Aus- und Fortbildung. Es muss sichergestellt werden, dass die richtigen Leute mit den richtigen Kompetenzen am richtigen Platz sind. Außerdem ist es wichtig, dass öffentliche Einkäufer geeignete Werkzeuge wie z.B. Helpdesks, Guidelines und anderes an die Hand bekommen, um ihre Aufgaben bestmöglich ausführen zu können.

Wie Sie wissen, hat die Kommission im Oktober 2017 eine ambitionierte Strategie für die öffentliche Auftragsvergabe verabschiedet. In diesem „Procurement Package“ haben wir die Prioritäten der EU-Politik für das Beschaffungswesen definiert. Insbesondere soll die Beschaffung effektiver und strategischer werden, wir wollen Beschäftigung und Wachstum fördern.

Eines der Kernelemente der Strategie ist die Empfehlung zur Professionalisierung der öffentlichen Einkäufer.

Empfehlung zur Professionalisierung der öffentlichen Auftragsvergabe

Mit der „Empfehlung zur Professionalisierung der öffentlichen Auftragsvergabe“ will die Kommission die EU-Mitgliedstaaten dazu anregen, die richtigen Maßnahmen zu ergreifen, um die Auftragsvergabe sowie die Vergabebehörden professioneller zu machen.

¹ Der Verfasser ist Legal and Policy Officer bei der EU-Kommission, Referat G 1 – Strategie für die öffentliche Auftragsvergabe, GD Binnenmarkt, Industrie, Unternehmertum und KMU, Brüssel

In der Empfehlung macht die Kommission deutlich, dass es beim Thema Professionalisierung nicht um „Vorgaben aus Brüssel“ geht, die die Mitgliedstaaten umzusetzen haben. Vielmehr möchte die Kommission den Mitgliedstaaten konkrete Anregungen und Anreize dafür geben, eigene Strategien für die Professionalisierung zu schaffen, die auf den jeweiligen Bedarf und die jeweiligen Strukturen innerhalb des Mitgliedstaates zugeschnitten sind. Die Kommission macht gleichzeitig aber auch deutlich, dass sie bereit ist, ihren Beitrag zu leisten, um in Partnerschaft mit den Mitgliedstaaten Lösungen und Angebote zu entwickeln, von denen Vergabestellen in ganz Europa profitieren können.

Aus diesem Grund arbeitet die Kommission kontinuierlich an Hilfsmitteln, wie etwa themenspezifischen Leitlinien und Best Practices für Vergabestellen, die den Mitgliedstaaten und ihren öffentlichen Einkäufern zur Verfügung gestellt werden. Die Informationen sind abrufbar auf der Webseite des „e-Kompetenzzentrum“ der Europäischen Kommission.² Dort ist auch ein Begleitdokument³ zur Professionalisierungsempfehlung zu finden, in dem bewährte Verfahren und Instrumente (Best Practices) – sowohl von Mitgliedstaaten als auch von der Europäischen Kommission oder internationalen Organisationen – zu den jeweiligen Empfehlungen zur Förderung der Professionalisierung der öffentlichen Auftragsvergabe zusammengestellt sind.

Die Empfehlung zur Professionalisierung sieht drei Säulen vor, auf denen eine effektive Professionalisierungspolitik beruht:

- Erstens wird den Mitgliedstaaten empfohlen politische Ziele und Leitlinien für die Professionalisierung der Auftragsvergabe zu entwickeln und zu verabschieden. Hier geht es darum, langfristige Strategien zu entwickeln und umzusetzen, die auf den jeweiligen Bedarf, die Ressourcen und die Verwaltungsstruktur in dem Mitgliedstaat zugeschnitten sind. Gleichzeitig empfiehlt die Kommission, dass die Mitgliedstaaten die Vergabestellen kontinuierlich unterstützen, bei der Umsetzung von nationalen Professionalisierungsstrategien bei der Entwicklung konkreter Maßnahmen, wie etwa Trainingsprogrammen, sowie bei der Schaffung einer geeigneten institutionellen Architektur, die eine wirklich strategische Beschaffung ermöglicht. Es geht hierbei vor allen Dingen um die Frage, welche Ziele mit dem öffentlichen Einkauf erreicht werden sollen und wie Anreize zur Professionalisierung geschaffen werden können.

² <https://ec.europa.eu/info/policies/public-procurement/support-tools-public-buyers.de>

³ <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/32184?locale=de>

- Die zweite Säule widmet sich dem Personal. Wie kann die öffentliche Hand qualifiziertes Personal für die Auftragsvergabe gewinnen? Wie können Ausbildung und Karriereplanung verbessert werden? Hierzu enthält die Empfehlung konkrete Anregungen. Insbesondere hält die Kommission es für wichtig, dass geeignete Ausbildungsprogramme und Laufbahnstrukturen auf nationaler Ebene entwickelt werden. Die Kommission leistet ihren Beitrag dazu, indem sie in der Empfehlung verspricht, gemeinsam mit interessierten Mitgliedstaaten einen Kompetenzrahmen für die öffentliche Auftragsvergabe zu entwickeln.
- Die dritte Säule unterstreicht die Bedeutung von geeigneten Instrumenten und Verfahren zur Verbesserung und Vereinfachung der Funktionsweise von Vergabesystemen. Eine moderne Beschaffung setzt intelligente und weitgehende Digitalisierung voraus. Dazu bedarf es als erstes eines strategischen Konzeptes zur Digitalisierung, nicht nur des Verfahrens an sich, sondern auch beispielsweise der Datensammlung und -auswertung, der Zusammenarbeit zwischen Vergabestellen.

Europäischer Kompetenzrahmen

Der Europäische Kompetenzrahmen ist der Kern des Beitrages, den die Kommission zur Professionalisierung in den Mitgliedstaaten leistet. Die Kommission arbeitet eng mit allen Mitgliedstaaten zusammen, die ein Interesse an dem Projekt gezeigt haben. Dazu haben wir ein ständiges Beratungsgremium, das die Arbeiten seit 2017 begleitet hat. Wir haben größere Workshops in Brüssel organisiert und spezielle ‚focus groups‘ in einigen Mitgliedstaaten. Im Sommer haben wir den Europäischen Kompetenzrahmen in 33 Organisationen getestet. Auch das Beschaffungsamts des Bundes hat sich beteiligt. Der Kompetenzrahmen ist das Ergebnis einer engen Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten und ihren Experten und der Kommission. Der Europäische Kompetenzrahmen für öffentliche Einkäufer (European Competency Framework for Public Buyers (ECF)) wird ein Angebot an und eine Anregung für die Mitgliedstaaten und ihre Einkäufer sein. Den Mitgliedstaaten und Organisationen, die ihn einführen wollen, werden wir in den nächsten Jahren mit Rat und Tat zur Seite stehen. Der Europäische Kompetenzrahmen schafft keinen regulierten Beruf. Er verpflichtet die Mitgliedstaaten zu nichts. Der ECF wird im Laufe des kommenden Jahres (2020) veröffentlicht und in allen EU-Amtssprachen verfügbar sein.

Ziel des Projekts ist die Schaffung eines gemeinsamen, EU-weiten Kompetenzrahmens für in der öffentlichen Beschaffung tätige Fachkräfte. Damit soll dem Gedanken Rechnung getragen werden, dass es bei der öffentlichen Auftragsvergabe um weitaus mehr geht als nur um ein rechtskonformes

Vergabeverfahren. Damit der Wechsel zu einer strategischeren Ausrichtung der Beschaffung gelingt, bedarf es eines entsprechenden Personals, das sich in der praktischen Umsetzung von Strategien auskennt.

Der ECF definiert und kategorisiert spezifische Kenntnisse und Fähigkeiten, die Fachkräfte benötigen, um ihre jeweiligen Aufgaben möglichst effektiv und effizient erfüllen zu können. Dabei werden differenzierte Profile von Fachkräften im öffentlichen Auftragswesen definiert.

Mit dem ECF bietet die Kommission ein praktisches Instrument an, das die Fähigkeiten und Kompetenzen auflistet, über die Fachkräfte in Beschaffungsorganisationen idealerweise verfügen sollten. Damit kann er beim Aufbau einer effizienten Beschaffungsstelle helfen. Er kann die Einstellung und das Management des Personals, das Management der Verwaltungskapazitäten im öffentlichen Beschaffungswesen sowie die Aus- und Weiterbildung erleichtern. Darüber hinaus enthält der ECF ein Tool zur Selbsteinschätzung, das es Mitarbeitern ermöglicht ihren Platz in der Organisation besser zu bestimmen. Habe ich die richtigen Kenntnisse und Fähigkeiten? Benötige ich zusätzliches Training? Usw.

Das Kernstück des ECF ist eine Matrix, die auf einer Liste von etwa 30 Kernkompetenzen basiert, über die Fachkräfte in der öffentlichen Beschaffung idealerweise verfügen sollten. Die Kompetenzen sind in sechs Cluster aufgeteilt (horizontale Fähigkeiten, vor Zuschlagserteilung, nach Zuschlagserteilung, Self Cluster, People Cluster und Performance Cluster), die jeweils wiederum nach Fähigkeiten in Unterkategorien aufgeschlüsselt sind. Dabei gibt es für jede Fähigkeit verschiedene Kompetenzgrade.

Der ECF soll dazu beitragen, konkrete Ziele auf individueller und organisatorischer Ebene zu setzen und zu erreichen. Der ECF soll es z.B. ermöglichen, Fähigkeiten von Fachkräften selbst zu bewerten, relevante Ausbildungslücken und -bedürfnisse zu identifizieren, individuelle Karriere- und Fortentwicklungswege festzulegen und zu planen sowie die Organisations- und Personalleistungen zu verbessern, um eine leistungsfähigere Beschaffung sicherzustellen.

Professionalisierung: die Situation in Deutschland

Wenn man sich – auf Grundlage der in der Empfehlung zur Professionalisierung genannten Erwägungen und Ziele für eine effektive Professionalisierungspolitik – das Bild in Deutschland ansieht, kommt man gegenwärtig zu einem durchwachsenen Ergebnis.

Ein zentrales Problem, das es anzupacken gilt, ist sicherlich das Thema Ausbildung. Für die öffentliche Auftragsvergabe gibt es in Deutschland bislang

keine eigenständige Ausbildungsschiene und keinen klar definierten Berufsweg. Des Weiteren fehlt es an einem nationalen Kompetenzrahmen.

Es wäre äußerst nützlich geeignete und zielgerichtete Ausbildungsprogramme zu entwickeln, sowohl für die Erstausbildung als auch für die Weiterbildung von Berufsträgern, und ihnen eine größere Bedeutung auch in einer allgemeinen Ausbildung zu geben. Wie die OECD in ihrer jüngst veröffentlichten Studie zur öffentlichen Vergabe in Deutschland⁴ festgestellt hat, sind mehr Investitionen in die Weiterbildung nötig, und die Tätigkeit des Beschaffers sollte mit einem eigenständigen Berufsbild aufgewertet werden, so wie dies in anderen europäischen Ländern bereits der Fall ist.

Ein weiteres Manko liegt in den fehlenden Anreizen für eine Karriere in der öffentlichen Beschaffung, da Beförderungen in der Regel zuerst vom Dienstalter abhängen und freiwillige Weiterbildungen nicht hinreichend gewürdigt werden. Die meisten Fragen des Personalwesens und des Berufsstandes des Einkäufers im öffentlichen Auftragswesen richten sich in Deutschland nach den allgemeinen Personalvorschriften des öffentlichen Dienstes. Das in der öffentlichen Beschaffung tätige Personal gehört zum öffentlichen Dienst, der nach einem generalistischen Modell arbeitet. Aufgrund dieses generalistischen Ansatzes bei der Besetzung von Aufgaben gibt es auch nur begrenzte Informationen über die Beschaffer. Verbesserte Kenntnisse über Größe und Verteilung von Arbeitskräften in der öffentlichen Beschaffung in verschiedenen Institutionen und auf verschiedenen Ebenen sind jedoch unerlässlich, um die Effizienz von Beschaffungsorganisationen zu bewerten und dementsprechend gezieltere Entscheidungen im Personalbereich treffen zu können. Genauso nützlich wäre es, wenn der Verschiedenartigkeit der Aufgaben in der Beschaffung auch insoweit Rechnung getragen würde, dass eine Karriere tatsächlich möglich wird.

Natürlich gibt es auch sehr positive Ansätze. Es gibt in Deutschland vielfältige und exzellente Angebote für Beschäftigte in der öffentlichen Auftragsvergabe, von denen hier nur einige genannt werden können: das Kompetenzzentrum innovative Beschaffung (KOINNO), das Beschaffungsstellen zu Fragen der innovativen Beschaffung berät, die Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung beim Beschaffungsamt des Bundes, der von der Universität der Bundeswehr angebotene Modulstudiengang „Public Procurement“, der Erwerb des Titels eines Fachanwalts für Vergaberecht als Zusatzqualifikation für Rechtsanwälte, sowie die zahlreichen privaten Vergabernetzwerke und –schul-

⁴ <https://www.oecd.org/gov/offentliche-vergabe-in-deutschland-48df1474-de.htm>

ungen, die einen hervorragenden professionellen Austausch ermöglichen und fördern. Auf Länderebene gibt es ebenfalls die verschiedensten Angebote.

Die Europäische Kommission wird in den nächsten Jahren mit allen Mitgliedstaaten und ihren Behörden weiter zusammenarbeiten, um dem Beruf des öffentlichen Beschaffers endlich die Anerkennung zu vermitteln, die er verdient. Schließlich ist er für etwa 40 % der öffentlichen Haushalte und 14 % des BIP verantwortlich.

Workshop 2: Internationale Aspekte des Vergaberechts

„forum vergabe Gespräche 2019“ vom 25.09.-27.09.2019 in Fulda

Dr. Peter Schäfer¹

I. Zur Wiederbelebung der Diskussion des International Procurement Instrument

1. Einführung

Der Kommissionsvorschlag für das „International Procurement Instrument“ („IPI“) soll der Öffnung von Märkten für öffentliche Beschaffungen in Drittstaaten dienen, die ihre Märkte gegen Angebote von Unternehmen aus der EU abschotten. Der Vorschlag ist in der EU seit Jahren intensiv und kontrovers diskutiert worden. Dies gilt sowohl für den ursprünglichen Kommissionsvorschlag aus dem Jahre 2012² als auch für den geänderten Vorschlag von 2016.³ In der Diskussion bestand bezüglich beider Versionen stets weitestgehend Einigkeit über das Ziel des Vorschlags, verschlossene Märkte in Drittstaaten für Akteure aus der EU zu öffnen. Allerdings herrschten von Anfang an heftige Meinungsverschiedenheiten über das von der Kommission dazu konkret vorgeschlagene Instrumentarium.

Die Befürworter des Kommissionsvorschlags – insbesondere Frankreich und Italien – haben unter Hinweis auf Marktbarrieren in Drittstaaten stets nachdrücklich auf Verabschiedung des Kommissionsvorschlags gedrängt. Dagegen haben eher zurückhaltend bis ablehnend argumentierende Mitgliedstaaten – darunter Deutschland, das Vereinigte Königreich und die meisten nordeuropäischen Staaten – zwar ebenfalls die Ziele des Vorschlags und das Engagement der Kommission in dieser Sache begrüßt, die konkrete Ausgestaltung aber als ungeeignet und eher nachteilig abgelehnt. Insbe-

¹ Der Verfasser ist Referent in der Abteilung Recht, Wettbewerb und Verbraucherpolitik des Bundesverbands der Deutschen Industrie e.V..

² Vorschlag der Kommission vom 21.03.2012 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang von Waren und Dienstleistungen aus Drittländern zum EU-Binnenmarkt für das öffentliche Beschaffungswesen und über die Verfahren zur Unterstützung von Verhandlungen über den Zugang von Waren und Dienstleistungen aus der Union zu den öffentlichen Beschaffungsmärkten von Drittländern, Dok. COM (2012) 124 final.

³ Geänderter Vorschlag der Kommission vom 29.01.2016 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang von Waren und Dienstleistungen aus Drittländern zum EU-Binnenmarkt für öffentliche Aufträge und über die Verfahren zur Unterstützung von Verhandlungen über den Zugang von Waren und Dienstleistungen aus der Union zu den Märkten für öffentliche Aufträge von Drittländern, Dok. COM (2016) 34 final (im Folgenden abgekürzt: geänd. Kom-Vorschl. zum IPI 2016).

sondere haben sie geltend gemacht, dass die vorgeschlagenen Sanktionen gegen verschlossene Drittstaaten übermäßig aufwändig und sogar kontraproduktiv wirken könnten. Ihrer Ansicht nach würden diese nicht nur die Gefahr eines noch weiter aufflammenden Protektionismus, sondern auch hohen Aufwand, Rechtsunsicherheiten und möglicherweise sogar neue Wettbewerbsverzerrungen, auch zulasten von Unternehmen aus der EU, zur Folge haben.⁴

Diese äußerst kontroverse Beurteilung des Vorschlags hatte dazu geführt, dass es bei den Beratungen des Kommissionsvorschlags im Rat der EU zu einem vollständigen „Patt“ zwischen Befürwortern und Gegnern gekommen war. Dies hat den von der Kommission immer wieder geforderten Abschluss des Dossiers bislang unmöglich gemacht.

In jüngster Zeit, beginnend Ende 2018/Anfang 2019, ist nun neue Bewegung in die Diskussion gekommen. Hintergrund ist die zuletzt sehr stark gestiegene Unzufriedenheit bezüglich fortbestehender oder sogar teils noch weiter verfestigter Marktabschottungen und unfairer Praktiken in Drittstaaten. Hinzu kommt weiterhin Kritik an oftmals dumpingverdächtigem Agieren von Anbietern aus Drittstaaten bei Ausschreibungen in der EU. Beides gilt – trotz äußerst umfangreicher Geschäftsbeziehungen – allem voran mit Blick auf China.

Im Hinblick auf China kommt hinzu, dass viele Akteure in der EU und in Deutschland, die lange gehofft hatten, dass die intensiven Wirtschaftsbeziehungen langfristig zu einer Öffnung bzw. Liberalisierung in China führen würden, sich dieser Hoffnung inzwischen beraubt sehen. Angesichts der weiteren Festigung der autokratischen Einparteienherrschaft und der vielfältigen politischen Eingriffsmöglichkeiten in die Wirtschaft in China ist zuletzt sogar die Befürchtung der Entstehung eines „systemischen Wettbewerbers“⁵ der EU und anderer freiheitlich verfasster Wirtschaftssysteme geäußert worden. Von Vielen wird nun deutlicher gefordert, fortbestehende Defizite der Marktöffnung und Fairness im Wettbewerb EU-seitig stärker als bisher zu thematisieren und eine am Grundsatz der Gegenseitigkeit („Reziprozität“) orientierte Marktöffnung in Drittstaaten einzufordern.

Angesichts der verstärkt kritischen Haltung gegenüber Drittstaaten ist inzwischen von verschiedenen Seiten eine Wiederbelebung der zuletzt

⁴ Zum ursprünglichen Kommissionsvorschlag, zu seinen wesentlichen Inhalten und zur Kritik an seiner Ausgestaltung bereits P. Schäfer, Zeitschrift Vergaberecht 2014, S. 266 ff. (schriftl. Fassung des Vortrags zu den Speyerer Vergaberechtstagen an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften am 26.09.2013), s. insbes. S. 271 ff. 277 ff. Etliche Kritikpunkte wurden von den skeptischen bzw. ablehnenden Mitgliedstaaten auch im Hinblick auf den geänderten Kommissionsvorschlag von 2016 aufrechterhalten. Dies gilt vor allem für die Kritik an Sanktionen mit nur anteiliger Herkunft aus Drittstaaten, die komplizierte Ursprungslandermittlungen erfordern (näher dazu unten unter Ziffer I.2.c bb).

⁵ Vgl. dazu das BDI-Grundsatzpapier „China – Partner und systemischer Wettbewerber – Wie gehen wir mit Chinas staatlich gelenkter Volkswirtschaft um?“ Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI), Berlin, Januar 2019.

„eingefrorenen“ Beratungen des IPI gefordert worden. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Bedenken der Kritiker des bisherigen Kommissionsvorschlags bis jetzt nicht ausgeräumt sind. Folglich dürfte eine Verabschiedung des Dossiers wohl nicht ohne eine Einigung auf Änderungen des bisherigen Kommissionsvorschlags bewirkt werden können.

2. Hintergrund, Ziele und wesentliche Inhalte des Kommissionsvorschlags

Mit dem schlagwortartigen Kürzel „IPI“ wird im Brüsseler Jargon die geplante EU-Verordnung „über den Zugang von Waren und Dienstleistungen aus Drittländern zum EU-Binnenmarkt für öffentliche Aufträge und über die Verfahren zur Unterstützung von Verhandlungen über den Zugang von Waren und Dienstleistungen aus der Union zu den Märkten für öffentliche Aufträge von Drittländern“ bezeichnet. Anfangs war sie oft auch als „Marktzugangsverordnung“ bezeichnet worden. Der Kommissionsvorschlag liegt bislang in der Form eines geänderten Kommissionsvorschlags aus dem Jahre 2016⁶ vor. Dabei handelt es sich um die geänderte Fassung des ursprünglichen Vorschlags von 2012.⁷ Basis bzw. Ausgangspunkt für die wiederbelebte, aktuelle Diskussion ist die geänderte Fassung von 2016.

a) Hintergrund: Ungleichheit der Marktöffnung in der EU und in Drittstaaten

Hintergrund des Kommissionsvorschlags ist, dass zunehmend der Eindruck entstanden ist, dass die Märkte für öffentliche Beschaffungen in Drittstaaten jenseits der EU für Unternehmen aus der EU vielfach verschlossen sind, während die Märkte für öffentliche Aufträge in der EU häufig recht weit für Anbieter aus Drittstaaten geöffnet sind. Allerdings ist zu beachten, dass die Kommission in ihren jüngst vorgelegten „Leitlinien zur Teilnahme von Bietern und Waren aus Drittländern am EU-Beschaffungsmarkt“⁸ insoweit eine sehr wesentliche Klarstellung bzw. Einschränkung hinsichtlich der von ihr bisher eher pauschal angeführten „weiten Offenheit“ der EU-Beschaffungsmärkte vorgenommen hat.

⁶ S. o. Fn. 3.

⁷ S. o. Fn. 2.

⁸ Mitteilung der Kommission: „Leitlinien zur Teilnahme von Bietern und Waren aus Drittländern am EU-Beschaffungsmarkt“ vom 24.07.2019, Dok. C (2019) 5494 final.

aa) Klarstellung zu Grenzen der Marktoffenheit der EU

In ihren kürzlich veröffentlichten Leitlinien⁹ hat die Kommission zum Ausmaß der Marktöffnung für Angebote aus Drittstaaten festgestellt, dass Angebote von Unternehmen aus solchen Drittstaaten, die keinerlei Marktöffnungsvereinbarungen für den Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens mit der EU – d.h. weder bilaterale noch plurilaterale Marktöffnungsvereinbarungen wie das Government Procurement Agreement der WTO (GPA) – unterzeichnet haben, europarechtlich keinen Rechtsanspruch auf Zugang zu öffentlichen Vergabemärkten in der EU haben.¹⁰ Diese Feststellung ist insoweit sehr bedeutsam, als die Frage nach der Offenheit der EU-Märkte für öffentliche Aufträge in den Mitgliedstaaten bislang unterschiedlich interpretiert wurde.

Zuvor hatte die Kommission eher nur recht allgemein von einer sehr weitgehenden Offenheit der europäischen Beschaffungsmärkte für Anbieter aus Drittstaaten gesprochen,¹¹ so dass die genannte Aussage der Leitlinien eine bemerkenswerte Klarstellung bedeutet. Hinsichtlich der nun erfolgten Aussage der Kommission ist allerdings anzumerken, dass es sich dabei nur um eine nicht rechtsverbindliche Auffassung der Kommission handelt und eine letztverbindliche rechtliche Aussage insoweit dem EuGH vorbehalten ist.¹² Dies vorausgeschickt, erscheint die nun vorliegende Einschätzung der Kommission allerdings durchaus folgerichtig und angesichts der lange Zeit herrschenden Unsicherheiten in diesem wichtigen Punkt sogar überfällig.

bb) Dennoch teils weitgehende Offenheit von EU-Märkten

Trotz der vorgenannten, bedeutenden jüngsten Klarstellung der Kommission, dass Unternehmen aus Drittstaaten, die keine Marktöffnungsvereinbarungen im Vergaberecht mit der EU unterzeichnet haben, europarechtlich keinen Anspruch auf Zugang zu EU-Vergabemärkten haben, besteht dennoch zumindest teilweise eine recht weitgehende Marktöffnung in der EU für Angebote aus Drittstaaten. Dies gilt zum einen mit Blick darauf, dass die Mitgliedstaaten Angebote aus Drittstaaten national generell zulassen können (s. nachfolgend (1)). Zum anderen gilt es auch im Hinblick auf Tendenzen öffentlicher Auftraggeber in etlichen Mitgliedstaaten der EU, Niedrigpreis-

⁹ S. Fn. 8.

¹⁰ S. Ziffer 1 (am Ende) der vorgenannten Leitlinien.

¹¹ Vgl. z.B. Ziffer 1 Abs. 2 der Begründung des geänd. Kom-Vorsch. zum IPI 2016, wonach der Markt der EU für öffentliche Aufträge ausländischen Bietern offenstehe.

¹² Leitlinien der Kommission (s. Fn. 8), Abschnitt „Rechtsrahmen“, letzter Abs., vor Ziffer 1.

angeboten aus abgeschotteten Drittstaaten den Vorzug vor Angeboten aus der EU oder aus anderen Offenmarktländern zu geben (s. nachfolgend (2)).

(1) Möglichkeit der nationalen Öffnung für Angebote aus Drittstaaten

Trotz der jüngsten, nicht mehr ganz so weit wie früher gehenden Einschätzung der Kommission bezüglich der Marktöffnung in der EU ist zu beachten, dass die genannte Eingrenzung der Marktöffnung für Drittstaaten nur nach den EU-Vergabevorschriften gilt, nicht jedoch dann, wenn ein Mitgliedstaat seine Märkte für Drittstaaten einseitig weitergehend geöffnet hat, was europarechtlich zulässig ist. Letzteres gilt – jedenfalls nach bisher wohl herrschender Meinung – etwa für das deutsche Vergaberecht.

Vor dem Hintergrund der starken deutschen Exportorientierung und der damit verbundenen deutschen Offenmarktpolitik ist in Deutschland bereits 1960 für Liefer- und Bauvergaben eine grundsätzlich unbedingte einseitige Öffnung deutscher Beschaffungsmärkte für ausländische Angebote eingeführt worden.¹³ Auch hinsichtlich der geltenden Rechtslage geht das für das öffentliche Auftragswesen federführende Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) davon aus, dass sich aus der Formulierung der deutschen Vergabevorschriften und insbesondere des Gleichbehandlungsgebots im Grundsatz eine Offenheit deutscher Beschaffungsmärkte für Bieter aus Drittstaaten ergebe, auch wenn diese keine Marktöffnungsvereinbarungen im Verhältnis zur EU unterzeichnet haben.¹⁴

(2) Zuschläge in der EU auf dumpingverdächtige Angebote aus Drittstaaten

Darüber hinaus ist zu beobachten, dass einzelne EU-Mitgliedstaaten – insbesondere aus dem Kreise der östlichen und süd-östlichen Mitgliedstaaten der Union – ungeachtet der Möglichkeit des Ausschlusses von Bietern aus Drittstaaten ohne Öffnungsvereinbarung offenkundig großes Interesse an Niedrigstpreisangeboten aus diesen Staaten haben. Dies gilt insbesondere für Angebote chinesischer Staatskonzerne, die vor allem die Ausführung von Bau- und Infrastrukturdienstleistungen anbieten. So ist in etlichen Fällen Bietern aus Drittstaaten mit außerordentlich niedrigen Angebotspreisen der Zuschlag erteilt worden, obwohl diese Angebote von europäischen Wettbewerbern als

¹³ Vgl. den sogenannten „Drei-Minister-Erlass“ vom 29.04.1960, Ministerialblatt des Bundesministers für Wirtschaft 1960, Nr. 11, S. 269, im Hinblick auf die damals geltenden deutschen Vergabevorschriften in den Verdingungsordnungen VOB/A und VOL/A.

¹⁴ So wohl die Aussage von Herrn Dr. Solbach, BMWi, in seinem parallelen Vortrag zum IPI bzw. zum internationalen öffentlichen Auftragswesen im Rahmen der 20. forum vergabe Gespräche am 26.09.2019 in Fulda.

dumpingverdächtig kritisiert worden waren.¹⁵ Dabei wird von der im Vergaberecht vorgesehenen Möglichkeit des Ausschlusses ungewöhnlich niedriger Angebote¹⁶ offenbar wohl bewusst kein Gebrauch gemacht bzw. die Einstufung solcher Billigangebote als „ungewöhnlich niedrige Angebote“ vermieden.

Die letztgenannte Praxis der Bevorzugung dumpingverdächtiger Drittstaatsangebote zum Nachteil von Wettbewerbern aus der EU und anderen Staaten ist nicht nur vergaberechtlich, sondern auch handels- und industriepolitisch äußerst bedenklich. Das gilt vor allem für diejenigen Fälle, in denen übermäßig niedrige Angebotspreise von Staatsunternehmen aus ihrerseits stark abgeschotteten Drittstaaten angeboten werden. Oft besteht dabei der Verdacht, dass der angebotene, extrem niedrige Preis durch wettbewerbsverzerrende Beihilfen des betreffenden Drittstaats ermöglicht wird. Besonders unakzeptabel sind solche Vorgehensweisen, wenn Zuschläge auf dumpingverdächtige Angebote aus Drittstaaten im Rahmen von Beschaffungen in der EU erfolgen, die durch Fördermittel der Union, d.h. mit dem Geld der Steuerzahler in der EU finanziert werden. Dieser Praxis muss im Sinne der nötigen Kohärenz der EU-Politik künftig stärker entgegengewirkt werden.

Zusammenfassend lässt sich formulieren, dass trotz der begrüßenswerten Klarstellung der Kommission zur europarechtlichen Reichweite des Zugangs von Bietern aus Drittstaaten jedenfalls zumindest faktisch eine teilweise recht weitgehende Offenheit der EU-Vergabemärkte für Angebote aus Drittstaaten besteht.

Überdies konstatiert die Kommission bereits seit Jahren eine relativ schwache Position in ihren Verhandlungen mit Drittstaaten über weitere Marktöffnung. Dies gilt sowohl für die bilateralen Handelsverhandlungen der EU als auch für die Bemühungen zur Ausweitung des Geltungsbereichs wichtiger plurilateraler Abkommen wie des GPA. Insoweit hat die Kommission wiederholt darauf verwiesen, dass es ihr angesichts der weiten Öffnung der EU für Bieter aus Drittstaaten an Druckmitteln für die Öffnung noch verschlossener Märkte fehle.

b) Ziele des Kommissionsvorschlags

Ausgehend von der ungleichen Marktöffnung für ausländische Bieter in der EU einerseits und in etlichen Drittstaaten andererseits verfolgt der Kommissionsvorschlag das Ziel, Marktabschottungen in Drittstaaten energischer als bisher

¹⁵ Vgl. dazu z.B. P. Schäfer, Zeitschrift Vergaberecht 2014, S. 266 ff, S. 269.

¹⁶ Vgl. z.B. Art. 69 Richtl. 2014/24/EU.

entgegenzutreten.¹⁷ Darüber hinaus soll der Kommissionsvorschlag der Verbesserung der Verhandlungsposition der EU in den Marktöffnungsverhandlungen mit Drittstaaten dienen¹⁸. Mit dem im Kommissionsvorschlag zum IPI näher spezifizierten Verfahren zur Verfolgung und Sanktionierung von Marktabschottungen in Drittstaaten soll den Marktöffnungsforderungen der EU mehr Gewicht verschafft werden. So soll eine verstärkte „Hebelwirkung“ für die internationalen Handelsverhandlungen der Union erreicht werden.

Ferner hat die Kommission auch argumentiert, dass mit dem Vorschlag erstmals eine EU-weit einheitliche Regelung zum Marktzugang von Drittstaaten zu EU-Beschaffungsmärkten geschaffen werde, während insoweit bisher oft Unklarheiten geherrscht hätten. Dazu ist allerdings anzumerken, dass mit den jüngsten Aussagen der Kommission in ihren Leitlinien zur Reichweite des Zugangs von Bietern aus Drittstaaten¹⁹ jedenfalls hinsichtlich eines sehr wichtigen Teilbereichs, nämlich der europarechtlichen Möglichkeit des Ausschlusses von Bietern aus Drittstaaten ohne Marktöffnungsvereinbarung, nunmehr eine eindeutige Klarstellung erfolgt ist.

Angesichts des Letzteren könnte man die Frage stellen, ob es nach der Klarstellung der Kommission, dass Angebote von Drittstaaten ohne Marktöffnungsvereinbarung EU-rechtlich stets ausgeschlossen werden können, überhaupt noch eines besonderen Instruments mit Sanktionen wie des IPI bedarf. Insoweit ist allerdings zu bedenken, dass mit dieser Klarstellung nicht der gesamte, bisher beabsichtigte Inhalt des Kommissionsvorschlags erledigt ist. So enthält dieser auch Regelungen zu weiteren Inhalten wie dem Konsultationsverfahren im Falle zu beanstandendem Verhaltens von Drittstaaten. Ferner könnten nach dem IPI – je nach seiner letztendlichen Ausgestaltung – nicht lediglich zulässige fakultative Ausschlüsse oder sonstige Sanktionen, sondern auch EU-weit zwingende Sanktionen gegen Angebote aus als verschlossen eingestuften Drittstaaten angeordnet werden.

c) Wesentliche Inhalte des Kommissionsvorschlags

Mit dem Kommissionsvorschlag zum IPI soll ein „Instrument“ geschaffen werden, mit dem Fälle des Verdachts von Marktabschottungen oder sonstiger ausländerdiskriminierender Maßnahmen auf öffentlichen Beschaffungsmärkten

¹⁷ S. insb. die Begründung zum geänd. Kom-Vorschl. zum IPI 2016, Ziffer 1, und Erwägungsgrund 8 des geänd. Kom-Vorschl. zum IPI 2016. Diese Zielsetzung verfolgte auch bereits der ursprüngliche Kommissionsvorschlag von 2012.

¹⁸ Vgl. bereits den Titel des ursprünglichen wie auch des geänd. Kom-Vorschlags zum IPI 2016.

¹⁹ S. oben Fn. 8 und 10.

in Drittstaaten²⁰ seitens der EU in einem förmlichen Verfahren überprüft, beanstandet und gegebenenfalls mit Gegenmaßnahmen bei Vergabeverfahren in der EU erwidert werden können. Dazu sieht der Kommissionsvorschlag ein Verfahren zur Prüfung, Beanstandung und unter Umständen auch Sanktionierung ausländerdiskriminierender Praktiken zulasten europäischer Anbieter vor.

aa) Prüfung und Konsultationen zu Marktabschottungen in Drittstaaten

Zum einen ist insoweit ein näher geregeltes *procedere* für die kommissionsseitige Prüfung mutmaßlicher Problemfälle vorgesehen; dieses sieht gegebenenfalls Konsultationen mit dem betreffenden Drittstaat vor, um die Probleme zu klären bzw. auszuräumen.²¹ Für den Fall, dass die Konsultationen nicht zur Beendigung der von der Kommission als unakzeptabel eingestuftes Praktiken in einem Drittstaat führen, sieht der Kommissionsvorschlag Sanktionen gegen Angebote vor, die ganz oder zu einem gewissen Teil aus dem betreffenden Drittstaat herkommen.²²

bb) Sanktionen gegen Angebote mit gänzlicher oder teilweiser Herkunft aus abgeschotteten Drittstaaten

(1) Sanktionen mittels Preisauflagen

Im geänderten Kommissionsvorschlag von 2016 sind Sanktionen nur noch in der Form von Preisauflagen auf Angebote mit Herkunft aus einem abgeschotteten Drittstaat ausgestaltet. Danach werden die Sanktionen auf Basis näherer Festlegungen der Kommission als Preisauflagen von bis zu 20 Prozent bewirkt, die auf die Preise von Angeboten mit Herkunft aus dem betreffenden Drittstaat aufgeschlagen werden.²³ Damit wird im Sanktionsfall eine Schlechterstellung von Angeboten aus dem betreffenden Drittstaat bei Vergaben in der EU im Vergleich zu den übrigen Wettbewerbern bewirkt.

²⁰ Zur näheren Beschreibung dieser diskriminierenden Maßnahmen s. Art. 2 Nr. 1 Buchst. f. geänd. Kom-Vorsch. zum IPI 2016.

²¹ S. Art. 6 und 7 geänd. Kom-Vorsch. zum IPI 2016.

²² Vgl. Art. 7 Abs. 6, Art. 8 und Art. 11 geänd. Kom-Vorsch. zum IPI 2016.

²³ S. Art. 8 geänd. Kom-Vorsch. zum IPI 2016.

(2) Zwei Alternativen von Sanktionen

Nach dem Kommissionsvorschlag können sich die Sanktionen gegen zwei verschiedene Kategorien von Angeboten mit Herkunft aus Drittstaaten richten. Zum einen wären danach Sanktionen gegen Angebote von Anbietern („Wirtschaftsteilnehmern“) aus einem als verschlossen ermittelten Drittstaat zulässig (es sei denn, der Bieter kann nachweisen, dass weniger als 50 Prozent des Gesamtwerts seines Angebots auf Waren oder Dienstleistungen aus dem betreffenden Drittstaat entfällt).²⁴ Zum anderen wären Sanktionen auch zulässig gegen alle sonstigen Angebote, die Waren und Dienstleistungen aus als verschlossen ermittelten Drittstaat umfassen und bei denen der Wert dieser Waren und Dienstleistungen mehr als 50 Prozent des Gesamtwerts des Angebots ausmacht.²⁵

Bei der Anwendung der Sanktionen bzw. Preisaufschläge müsste der öffentliche Auftraggeber nach dem Kommissionsvorschlag von den Bietern Angaben zum Ursprung der Waren und/oder Dienstleistungen in einem Angebot sowie zum Wert der aus einem betreffenden Drittstaat stammenden Waren und Dienstleistungen in Prozent des Gesamtwerts des Angebots fordern.²⁶ Der Auftraggeber müsste die Angaben wohl zumindest rudimentär, jedenfalls aber in häufiger zu erwartenden Zweifelsfällen überprüfen, da sie entscheidend dafür wären, ob ein Angebot überhaupt sanktioniert werden darf. Hinsichtlich der Frage, ob bzw. inwieweit ein Angebot oder Teile davon aus einem Drittstaat stammen, müssten besondere Bestimmungen des Kommissionsvorschlags über Ursprungsregelungen²⁷ beachtet werden. Diese Regelungen zur Herkunftsbestimmung differenzieren zwischen Bestimmungen für Waren und Dienstleistungen, wobei hinsichtlich der Regelungen für Waren auf die Anwendung der Regelungen des EU-Zollkodex²⁸ verwiesen wird.

Nach diesen Bestimmungen des Kommissionsvorschlags wären bei der Verhängung von Sanktionen folglich oft komplizierte Überprüfungen der Herkunft von Waren und Dienstleistungen in Angeboten erforderlich, die nicht nur aus dem Blickwinkel von Akteuren des öffentlichen Beschaffungswesens, sondern selbst unter Experten für Zoll- und Herkunftslandbestimmungen als

²⁴ S. Art. 11 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. a sowie Unterabs. 2 Satz 1 geänd. Kom-Vorsch. zum IPI 2016.

²⁵ S. Art. 11 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. b geänd. Kom-Vorsch. zum IPI 2016.

²⁶ S. Art. 11 Abs. 4 geänd. Kom-Vorsch. zum IPI 2016.

²⁷ Maßgeblich wäre dafür Art. 3 geänd. Kom-Vorsch. zum IPI 2016.

²⁸ Verordnung (EWG) Nr. 2913/1992 des Rates vom 12.10.1992, S. 1 bis 50 zur Festlegung des Zollkodex der Gemeinschaften, ABIEG L 302 vom 19.10.1992, S. 1 bis 50, inzwischen aufgehoben durch bzw. gefolgt von der Verordnung (EG) Nr. 450/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.04.2008 zur Festlegung des Zollkodex der Gemeinschaft (Modernisierter Zollkodex), ABIEG L 145 vom 04.06.2008, S. 1 bis 64.

oftmals kompliziert eingestuft werden. Schwierig könnten sich solche Prüfungen insbesondere im Hinblick auf moderne, komplexe Produkte gestalten, die häufig durch lange, globale Wertschöpfungsketten gekennzeichnet sind.

Angesichts oftmals wohl komplexer Ursprungsermittlungen wären erheblicher bürokratischer Mehraufwand, Rechtsunsicherheiten bei Auftragnehmern und Auftraggebern sowie eine erhöhte Fehleranfälligkeit von Vergaben zu erwarten. Überdies könnte es dabei sogar zur Entstehung neuer Marktbarrieren bzw. -verzerrungen auch innerhalb des EU-Binnenmarkts kommen. Dies könnte z.B. der Fall sein, wenn Angebote ausgeschlossen werden, die zu einem zwar unter 50-prozentigen, aber immerhin doch nennenswerten Anteil von Waren oder Dienstleistungen aus der EU enthalten. So könnten durch die Sanktionen mittelbar auch EU-Unternehmen und -Dienstleister getroffen werden, die in globalen Wertschöpfungsketten aktiv sind, was insbesondere für innovative Wirtschaftsbereiche wie IT- und andere High Tech-Branchen gilt. Angesichts dessen war und ist dieses zentrale Detail des Kommissionsvorschlags zurecht einer der gravierendsten Kritikpunkte bezüglich des bisherigen Kommissionsvorschlags.

cc) Ausnahmen vom Geltungsbereich

Ausnahmen von den angestrebten Regelungen des IPI sind insofern vorgesehen, als das Instrument nur ab einem Schwellenwert von 5 Millionen Euro zur Anwendung kommen soll.²⁹ Ferner sind bestimmte Ausnahmen für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) vorgesehen, die allerdings nur für KMU im engeren Sinne der KMU-Definition der EU gelten.³⁰ Ausnahmen gelten schließlich für Waren und Dienstleistungen aus den am wenigsten entwickelten Ländern der Welt sowie aus bestimmten weiteren Entwicklungsländern.³¹

3. Aktueller Stand des Dossiers

Das bereits erwähnte Patt zwischen Befürwortern und Gegnern des Kommissionsvorschlags im Rat der EU³² hatte die Gesetzgebung dazu lange Zeit zum Erliegen gebracht. Das hat dazu geführt, dass das IPI einer der wenigen

²⁹ S. Art. 8 Abs. 1 Satz 2 geänd. Kom. Vorsch. zum IPI 2016.

³⁰ Einzelheiten zur Ausnahme von KMU finden sich in Art. 5 geänd. Kom. Vorsch. zum IPI 2016; dabei gilt nach Art. 2 Abs. 1 Buchst. h geänd. Kom.-Vorsch. zum IPI 2016 der enge KMU-Begriff der EU gemäß der KMU-Definition in Empfehlung 2003/361/EG der Kommission vom 06.05.2003 betreffend die Definition der Kleinunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, ABIEG L 124 vom 20.05.2003, S. 36.

³¹ Vgl. Art. 4 geänd. Kom.-Vorsch. zum IPI 2016.

³² Näher zu der Kontroverse s. oben unter Ziffer I.1.

bisher nicht verabschiedeten Legislativvorschläge der Juncker-Kommission ist. Trotz der bei vielen fortbestehenden Bedenken gegenüber der konkreten Ausgestaltung des Kommissionsvorschlags ist es Ende 2018/Anfang 2019 zunehmend zur Befürwortung einer Wiederbelebung der Diskussion zum IPI gekommen. Hintergrund dafür ist die bereits erwähnte, inzwischen stark gestiegene Enttäuschung darüber, dass sich im Hinblick auf wichtige Drittstaaten wie China Hoffnungen auf eine langsame Öffnung ihrer Märkte und mehr Fairness im Wettbewerb nicht realisiert haben.³³

Die vorgenannte Entwicklung hat selbst bei denjenigen EU-Mitgliedstaaten und Industrien, die wie Deutschland und die deutsche Wirtschaft stark offenkundig sind und dem Kommissionsentwurf in der bisherigen Form kritisch bis ablehnend gegenüberstanden, zu einem Überdenken des weiteren Vorgehens geführt. So ist Anfang 2019 in mehreren Grundsatzdokumenten deutliche Kritik an in China leider weiter anzutreffenden Diskriminierungen ausländischer Unternehmen und unfairen Praktiken geäußert worden und sind entschlossener Reaktionen seitens der EU befürwortet worden. Insoweit ist auch das IPI ausdrücklich als ein relevantes Instrument genannt worden. Dabei wird allerdings zumeist auch – mehr oder weniger deutlich – weiterhin eine Überarbeitung des Kommissionsvorschlags gefordert. Ein solcher Tenor gilt zunächst für ein Grundsatzpapier des BDI betreffend China vom Januar 2019³⁴. Ferner gilt es auch für das von Bundeswirtschaftsminister Peter Altmaier und seinem französischen Kollegen Bruno Le Maire im Februar 2019 vorgestellte „Deutsch-französische Manifest zur Industriepolitik“³⁵. Ähnliches gilt auch für die Gemeinsame Mitteilung der Kommission und der Hohen Vertreterin der EU unter dem Titel „EU-China – Strategische Perspektiven“ vom März 2019.³⁶

Entsprechend dieser neuen Nuancierung des Themas nimmt der Rat der EU nun im Herbst erneute Verhandlungen über das Dossier auf. Trotz der Bereitschaft auch der bisher eher kritischen Staaten zu neuen Verhandlungen zeichnet sich allerdings ab, dass der Kommissionsvorschlag in seiner bisherigen Form auch weiterhin nicht durchsetzbar sein dürfte. Das hat seinen Grund vor allem in den Befürchtungen nennenswerter kontraproduktiver Wirkungen der bisherigen Regelung. Diese werden weiterhin vor allem im Hinblick auf die bisher

³³ S. ebenfalls oben unter Ziffer I.1.

³⁴ BDI-Grundsatzpapier „China – Partner und systemischer Wettbewerber – Wie gehen wir mit Chinas staatlich gelenkter Volkswirtschaft um“ (Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI), Januar 2019), s. dort Ziffer 2.3, S. 16 ff. 17 f.

³⁵ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie/Ministère de l'Economie et des Finances, „A Franco-German Manifesto for European industrial policy fit for the 21st century“, Berlin/Paris, 19.02.2019 (s. dort Ziffer 3, S. 5).

³⁶ Gemeinsame Mitteilung der Europäischen Kommission und der Hohen Vertreterin der Union für Außen- und Sicherheitspolitik: „EU-China – Strategische Perspektiven“, Dok. JOIN (2019) 5 final vom 12.03.2019 (s. dort Ziffer IV, S. 6 ff., 8).

vorgesehene Möglichkeit der Anknüpfung der Sanktionen an nur teilweise aus Drittstaaten stammende Angebote und die damit verbundene aufwändige Ermittlung der Angebotsherkunft gesehen. Auch einige weitere Punkte sind nach wie vor umstritten.

Die Kommission hat zu erkennen gegeben, dass sie nicht beabsichtigt, einen erneut geänderten Kommissionsvorschlag vorzulegen. Vielmehr wird angestrebt, dass im Rat als nötig erachtete Änderungen identifiziert werden, wobei die Kommission wohl gewisse Änderungen akzeptieren könnte und die Erörterungen im Rat intensiv begleiten will. Auf dieser Basis könnte in der Folge eine endgültige Einigung über letzte Änderungen im Rahmen eines informellen „Trilog-Verfahrens“ zwecks beschleunigter Verabschiedung erfolgen.

Das Europäische Parlament hatte in der Vergangenheit bereits zu dem Kommissionsvorschlag Stellung bezogen. Allerdings vermochten seine bisherigen Kommentare und Änderungsvorschläge nicht, die zentralen Punkte der Kontroverse über den Kommissionsvorschlag hinreichend zu erfassen und dazu befriedigende Kompromisslösungen zu entwickeln.

Maßgeblicher Ausgangspunkt für die nun im Rat neu gestarteten Verhandlungen ist der bisherige (geänderte) Kommissionsvorschlag von 2016. Ausgehend davon werden die Vertreter der Mitgliedstaaten nun in der zuständigen Ratsarbeitsgruppe Möglichkeiten einer Überwindung der bisherigen Meinungsunterschiede ausloten und auf eine allseits befriedigende Optimierung des bisher vorliegenden Vorschlags hinwirken. Einerseits zeichnet sich ab, dass auch diejenigen Mitgliedstaaten, die dem Vorschlag bisher besonders ablehnend gegenüberstanden, nun wohl nicht mehr völlig gegen erneute Beratungen votieren. Andererseits ist es sehr wahrscheinlich, dass noch nennenswerte Änderungen gegenüber der bisherigen Konzeption des Vorschlags zum IPI vorgenommen werden müssen, um eine allseits akzeptable Lösung zu erreichen.

4. Überarbeitungsbedarf

a) Grundlegende Zielsetzung der Kommission bleibt richtig

Zunächst gilt auch für die nun wiederbelebten Beratungen im Rat der EU, dass die Zielsetzung des Kommissionsvorschlags³⁷ weiterhin richtig und das diesbezügliche Engagement der Kommission grundsätzlich sehr zu begrüßen ist. Allerdings ist es unausweichlich, dass der vorliegende (geänderte)

³⁷ S. oben unter Ziffer I.2.b.

Kommissionsvorschlag in einigen essenziellen Punkten noch der Modifizierung bedarf, um sonst drohende kontraproduktive Nebenwirkungen zu vermeiden.

b) Noch bestehender Verbesserungsbedarf

aa) Zu den Sanktionen gegen nur anteilig aus Drittstaaten stammende Angebote mit komplizierter Ursprungsermittlung (Art. 11 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. b)

In vielen Diskussionen hat sich erwiesen, dass der wohl kritischste Punkt des bisherigen Vorschlags darin besteht, dass danach Sanktionen – in ihrer zweiten Alternative – auch gegen Angebote vorgesehen sind, die nur anteilig aus einem verschlossenen Drittstaat herkommen und dabei komplizierte Untersuchungen des Ursprungs der umfassten Waren bzw. Dienstleistungen erforderlich würden.³⁸ Wie bereits ausgeführt, würde das zu hohem Mehraufwand bei Unternehmen und wohl auch Auftraggebern führen; zudem könnte es neue Rechtunsicherheiten und Vergabestreitigkeiten nähren und sogar zu neuen Marktbarrieren auch zum Nachteil von europäischen Unternehmen innerhalb des EU-Binnenmarktes führen.³⁹

Klarer und einfacher handhabbar erscheint dagegen die erste Alternative des Kommissionsvorschlags, die Sanktionen gegen Anbieter aus verschlossenen Drittstaaten zulässt.⁴⁰ So dürfte die Herkunft eines Anbieters im Regelfall deutlich einfacher zu ermitteln sein als die oft aufwändige Ursprungsermittlung hinsichtlich Waren- und Dienstleistungsanteilen. Zwar kann es auch in der bisherigen ersten Alternative unter Umständen zur Überprüfung der Herkunft von Anteilen eines Angebotes kommen. Doch das gilt nur für den Sonderfall, dass der ausländische Anbieter vorbringt, dass weniger als 50 Prozent des Gesamtwerts seines Angebots auf Waren und Dienstleistungen aus dem betreffenden Drittstaat entfallen, wobei er darlegen und beweisen muss, dass dieser Ausnahmetatbestand vorliegt.

Diese erste Alternative des Kommissionsvorschlags erscheint daher grundsätzlich eher geeignet für die endgültige Fassung des IPI. Dabei könnte die Weglassung der Ausnahme, dass der Bieter vortragen kann, das Angebot stamme zu weniger als 50 Prozent aus dem verschlossenen Drittstaat, die Anwendung weiter vereinfachen. Allerdings würde mit einer Beibehaltung dieser Ausnahme in der ersten Alternative erreicht, dass etwaige Nachteile

³⁸ S. Art. 11 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. b bzw. Art. 8 Abs. 3 Buchst. b geänd. Kom-Vorsch. zum IPI 2016.

³⁹ S. bereits oben unter Ziffer 2 c bb.

⁴⁰ S. Art. 11 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. a geänd. Kom-Vorsch. zum IPI 2016.

europäischer Unternehmen bei diesen Sanktionen begrenzt würden. Ungeachtet derartiger Details erscheint die bisherige erste Alternative bezüglich der Sanktionen jedenfalls grundsätzlich geeignet für einen endgültigen Zuschnitt des IPI.

Da die Kommission und auch einzelne der beteiligten Branchen zu bedenken gegeben haben, dass ein Instrument mit Sanktionen allein gegen Anbieter aus verschlossenen Drittstaaten zu schwach erschiene, hat der BDI intensive Überlegungen über Ersatzmöglichkeiten für die nicht geeignete bisherige zweite Alternative der Sanktionen angestellt. Nach industrieweiten Erörterungen plädiert der BDI – aufgrund nahezu einstimmiger Meinungsbildung – dafür, die bisherige zweite Alternative der Sanktionen (gegen Angebote mit gegebenenfalls auch nur anteiliger Herkunft aus verschlossenen Drittstaaten) zu streichen. Stattdessen schlägt der BDI vor, neben der bisherigen ersten Alternative der Sanktionen (gegen Anbieter bzw. „Wirtschaftsteilnehmer“ aus verschlossenen Drittstaaten) nun als neue zweite Alternative Sanktionen gegen Angebote von Staatsunternehmen aus als verschlossen ermittelten Drittstaaten vorzusehen. Dafür spricht zum einen, dass diese Unternehmen sehr oft in Zusammenhang mit Marktabschottungen in Drittstaaten stehen. Zum anderen agieren gerade Staatsunternehmen aus Drittstaaten bei Ausschreibungen in der EU oft mit problematischen, dumpingverdächtigen Angeboten, was ebenfalls sehr beanstandenswert ist.

Hinzu kommt die Überlegung, dass Verflechtungen europäischer Unternehmen mit Staatskonzernen in Drittstaaten tendenziell eher weniger intensiv als im Verhältnis zu privaten Unternehmen in Drittstaaten sind. Damit dürfte die Betroffenheit europäischer Unternehmen bei Sanktionen gegen Staatsunternehmen in Drittstaaten in der Regel geringer sein als bei Sanktionen gegen private Unternehmen aus Drittstaaten. Um ausreichend wirksam zu sein, sollten die Sanktionen nicht nur gegen 100-prozentig in Staatsbesitz befindliche Unternehmen aus Drittstaaten, sondern auch gegen solche mit geringerem Staatsanteil zulässig sein. Ferner sollten sie auch gegen Tochterunternehmen solcher Staatskonzerne mit Sitz außerhalb der EU zulässig sein.

Hinsichtlich vereinzelt angeführter Hinweise auf Schwierigkeiten einer Klassifizierung von Unternehmen als „Staatsunternehmen“ ist anzumerken, dass dazu inzwischen sogar im Internet etliche Hinweise existieren, aus denen sich die Zuordnung solcher Unternehmen als staatliche Unternehmen ergibt. Überdies könnte in den – bereits sehr intensiven und begrüßenswerten – Ausarbeitungen der Kommission zu fremden Märkten und internationalen Marktzugangsbarrieren künftig noch stärker auf die Rolle und Tätigkeit staatlich beherrschter Unternehmen in Drittstaaten eingegangen werden. Das könnte zu einer noch

besseren Identifizierung dieser Unternehmen und einer verstärkten Fokussierung auf Sanktionen gegen diese beitragen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass auch Sanktionen gegen Staatsunternehmen aus Drittstaaten und deren Tochterunternehmen nicht völlig frei von jeglichen Nachteilen sein mögen. Als wesentlicher Vorteil erscheint aber, dass sie auf besonders problematische Akteure aus Drittstaaten fokussiert wären und damit zugleich ein wichtiges Signal in diese Richtung setzen würden. Schließlich würden sie prinzipiell wohl deutlich weniger kontraproduktive Nebenwirkungen für europäische Industrieinteressen als die bislang vorgesehenen Sanktionen der zweiten Alternative des Kommissionsvorschlags zur Folge haben.

bb) Zu Höhe, Ausnahmen und Reichweite/Kompetenz bezüglich der Sanktionen

Drei weitere, ebenfalls sehr wichtige Anregungen zu noch nötigen Modifizierungen des bisherigen Kommissionsvorschlags betreffen Einzelheiten zu Höhe, Ausnahmen und Reichweite/Kompetenz von möglichen Sanktionen.

(1) Zur Höhe der Sanktionen (Art. 8 Abs. 2 Satz 1)

Gemäß dem bisherigen, geänderten Kommissionsvorschlag dürfen Sanktionen gegen Angebote aus als verschlossen ermittelten Drittstaaten nur in Form von Preisaufschlägen auf Angebote aus dem betreffenden Drittstaat in Höhe von bis zu 20 Prozent verhängt werden. Insoweit erscheinen die Sanktionen zu stark begrenzt. Denn die Preise dumpingverdächtiger Niedrigpreisangebote aus Drittstaaten werden oftmals so niedrig angesetzt, dass ein Preisaufschlag von nur maximal 20 Prozent häufig zu gering wäre, um solche Angebote letztlich auszuschneiden. Statt der Begrenzung des Preisaufschlags auf maximal 20 Prozent sollte Art. 8 so modifiziert werden, dass ein Preisaufschlag von mindestens 20 Prozent oder sogar ein gänzlicher Ausschluss von Angeboten zulässig ist.

(2) Zu Ausnahmen von den Sanktionen (Art. 12 Abs. 1, 2. Alt.)

Nach dem bisherigen, geänderten Kommissionsvorschlag können öffentliche Auftraggeber bzw. Vergabestellen beschließen, zulässige Preisaufschläge nicht anzuwenden, wenn die Anwendung eines Preisaufschlags auf das Angebot aus dem Drittstaat mit einer „unverhältnismäßigen Erhöhung des Preises oder der Kosten des Auftrags“ verbunden wäre.⁴¹ Nach Ansicht vieler Unternehmen und

⁴¹ S. Art. 12 Abs. 1 2. Alt. geänd. Kom-Vorsch. zum IPI 2016.

Branchen der deutschen bzw. europäischen Industrie könnte diese Ausnahmebestimmung die vorgesehenen Sanktionen zu stark aushöhlen. So würde diese Ausnahme beispielsweise der Problematik dumpingverdächtiger Angebote chinesischer Staatsbaukonzerne bei Ausschreibungen innerhalb der EU nicht gerecht. Denn sie könnte Auftraggeber leicht dazu verleiten, statt der Verhängung eigentlich nötiger Sanktionen letztlich im Eigeninteresse an Angeboten mit vordergründig niedrigen Preisen von der Ausnahme Gebrauch zu machen. Die Ausnahmeregelung könnte damit die praktische Wirkung des IPI nennenswert schwächen. Daran würden auch Mitteilungs- oder Begründungspflichten voraussichtlich wenig ändern. Aus diesen Gründen sollte dieser Ausnahmetatbestand gestrichen werden.

(3) Zur Reichweite/Kompetenz bezüglich der Sanktionen (Art. 1 Abs. 5)

(α) Notwendigkeit einer zumindest punktuellen Modifizierung des Art. 1 Abs. 5

Ein weiterer, erheblicher Streitpunkt ist, ob bzw. inwieweit die Reichweite bzw. Kompetenz bezüglich der Verhängung von Sanktionen gegenüber Drittstaaten, die nach dem Verfahren der IPI-Verordnung als marktabschottend identifiziert worden sind, in der IPI-Verordnung abschließend geregelt bzw. begrenzt sein sollte. Im bisherigen Kommissionsvorschlag wird bestimmt, dass die Mitgliedstaaten sowie ihre öffentlichen Auftraggeber und Vergabestellen gegenüber Wirtschaftsteilnehmern, Waren und Dienstleistungen eines Drittstaats keine über die in der IPI-Verordnung vorgesehenen Maßnahmen hinausgehenden restriktiven Maßnahmen anwenden dürfen.⁴² Damit statuiert der bisherige Vorschlag offenbar eine ausschließliche und abschließende Kompetenz der Kommission hinsichtlich restriktiver Maßnahmen gegen Angebote aus Drittstaaten. Seinem Wortlaut nach würde er – jedenfalls innerhalb seines Geltungsbereichs – den einzelnen Mitgliedstaaten und Auftraggebern über das IPI hinausgehende, weitergehende restriktive Maßnahme untersagen.

Für den Bereich der Bauindustrie erscheint die vorgenannte Regelung nicht mit einer spezifischen Betonung des Prinzips der Reziprozität für den Bausektor im Government Procurement Agreement der WTO (GPA) vereinbar. So ist in einer besonderen Note zu Annex 6 des Anwendungsbereichs des geltenden GPA bezüglich Bauleistungen und -konzessionen in der EU vermerkt, dass eine Erfassung von Bauleistungen durch das GPA bzw. eine Öffnung in diesem

⁴² S. Art. 1 Abs. 5 geänd. Kom-Vorschl. zum IPI 2016.

Sektor gegenüber einer anderen Partei unter dem Vorbehalt entsprechender Marktöffnung der anderen Partei im Sinne des Annex 6, d.h. einer reziproken Marktöffnung im Einzelnen, steht. Insoweit dürfte zu berücksichtigen sein, dass das genannte Prinzip einer speziellen Reziprozität im Bausektor, wenn die EU dieses bereits innerhalb der GPA-Zeichnerstaaten bekräftigt hat, erst recht im Verhältnis zwischen EU-Mitgliedstaaten und Nicht-GPA-Mitgliedstaaten gelten muss. Insofern erscheint eine zumindest punktuelle Änderung bzw. Differenzierung des Art. 1 Abs. 5 des Kommissionsvorschlags von 2016 erforderlich.

Die übrigen Industriebranchen haben die in Art. 1 Abs. 5 vorgesehene zentrale, abschließende Kompetenz der Kommission zur Verhängung bzw. Reichweite von Sanktionen, jedenfalls soweit ersichtlich, bisher nicht beanstandet. Sie hatten in früheren Erörterungen eher umgekehrt Probleme für den Fall befürchtet, dass die Verordnung zum IPI von einzelnen Mitgliedstaaten bzw. Auftraggebern sehr unterschiedlich gehandhabt werden könnte, was das Entstehen nicht wünschenswerter neuer Marktbarrieren auch innerhalb der EU begünstigen könnte.

Angesichts der differenzierten Sachlage und unter Berücksichtigung der speziellen Bestimmung zur Gegenseitigkeit der Marktöffnung bezüglich Bauaufträgen im GPA kommt eine differenzierte Lösung bezüglich Art. 1 Abs. 5 des geänd. Kom-Vorschl. zum IPI 2016 in Betracht. Danach könnte für Liefer- und Dienstleistungsaufträge an der Regelung des Art. 1 Abs. 5 festgehalten werden. Für Bauaufträge könnte ein neuer zweiter Satz in Art. 1 Abs. 5 eingefügt werden, wonach diese Vorschrift für Bauaufträge nicht gilt.

(β) Klarstellung des Verhältnisses des Art. 1 Abs. 5 zu den Aussagen der Kommission in ihren jüngsten Leitlinien zum Marktzugang

Unabhängig von den vorstehenden Überlegungen dürfte es sich mit Blick auf die Verständlichkeit der Regelung des Art. 1 Abs. 5 empfehlen, eine Klarstellung des Verhältnisses dieser Bestimmung zu den Aussagen der Kommission in ihrer Mitteilung zur Teilnahme von Bietern und Waren aus Drittstaaten am EU-Beschaffungsmarkt⁴³ vorzunehmen. Dies gilt speziell mit Blick darauf, dass in diesen Leitlinien – mit guten Gründen – klarer als bisher ausgeführt wird, dass Angebote von Unternehmen aus Drittstaaten, die keinerlei Marktöffnungsvereinbarungen für öffentliche Aufträge mit der EU abgeschlossen haben, europarechtlich generell keinen rechtlichen Anspruch auf Zugang zu öffentlichen Vergabemärkten in der EU haben, d.h. ausgeschlossen werden

⁴³ Vgl. dazu oben unter Ziffer I.2. a, bei Fn. 8.

können, soweit das nationale Recht eines jeweiligen EU-Mitgliedstaats nichts anderes vorsieht.⁴⁴

cc) Zur Höhe des Schwellenwerts für das IPI (Art. 8 Abs. 1 Unterabs. 2)

Der Schwellenwert für die Anwendung des IPI beträgt nach dem bisherigen Kommissionsvorschlag 5 Millionen Euro. Mit Blick auf wohl nach allen Konzeptionen für das IPI verbleibende Unsicherheiten und unter Umständen auch Mehraufwand sollte der Schwellenwert nach Auffassung des BDI insbesondere im Interesse des Mittelstandsschutzes erhöht werden. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die bisher vorgesehenen Ausnahmen zugunsten von Mittelständlern im Rahmen des Kommissionsvorschlags nur für KMU im Sinne der engen europäischen KMU-Definition gelten, doch auch für etwas größere Mittelständler Schutz vor gegebenenfalls nachteiligen Wirkungen der Anwendung des IPI bei kleineren Aufträgen ratsam erscheint. Insoweit plädiert der BDI für eine Erhöhung des Schwellenwerts auf 15 Millionen Euro. Bei dieser Empfehlung spielt auch die Erwägung eine Rolle, dass damit eine Entlastung geschaffen würde, ohne dass die Wirkung des Instruments wesentlich eingeschränkt würde; denn bei den Fällen problematischer Niedrigpreisangebote aus Drittstaaten in der EU geht es zumeist um deutlich höhere Auftragswerte.

dd) Zum Verhältnis des IPI zur geltenden Sanktionsregelung gegen Drittstaaten in der Sektorenrichtlinie (Art. 17 sowie Art. 85 Richtl. 2014/25/EU)

Nach der bisherigen Fassung des Kommissionsvorschlags ist vorgesehen, dass Art. 85 der EU-Sektorenrichtlinie⁴⁵ außer Kraft gesetzt wird. Diese Regelung hat bisher erlaubt, dass bei Sektorenvergaben Angebote mit überwiegendem Anteil aus Drittstaaten, die keine Marktöffnungsvereinbarung mit der EU geschlossen haben, bei Beschaffungen in der EU abgewiesen werden können. Die Vorschrift ist in der Praxis bisher allerdings nur äußerst selten zur Anwendung gekommen. Grund dafür ist vermutlich, dass auch diese – ähnlich wie der bisherige Kommissionsvorschlag zum IPI – eine oft sehr komplizierte Ermittlung des

⁴⁴ S. Ziffer 1 (am Ende) der vorgenannten Leitlinien.

⁴⁵ Art. 85 der Richtl. 2014/25/EU vom 26.02.2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABIEG L 94, 243 ff. vom 28.03.2014.

Ursprungs des Inhalts eines Angebots erfordert, wovor wohl oft zurückgeschreckt wird.

Trotz der bisher nur seltenen Anwendung dieser Regelung haben einige Industriezweige das *petitum* geäußert, die bestehende Regelung des Art. 85 Richtl. 2014/25/EU nicht aufzuheben, um kein „falsches Signal“ gegenüber Drittstaaten zu setzen. Wenngleich Art. 85 bisher kaum genutzt wurde und seine Gestaltung kompliziert ist, erscheint es vertretbar, für eine Beibehaltung dieser Vorschrift als zusätzliche, bereichsspezifische Regelungen für Sektorenvergaben zu plädieren. Aus diesem Grunde, und um den Eindruck einer Abschwächung des Regulariums der Sektorenrichtlinie zu vermeiden, plädiert der BDI für eine Beibehaltung des Art. 85 der Richtl. 2014/25/EU bzw. eine Streichung des Art. 17 geänd Kom.-Vorsch. zum IPI 2016.

5. Ausblick

Der Start der erneuten Beratungen im Rat der EU soll im Oktober 2019 erfolgen. Die Kommission hat wiederholt als Ziel genannt, die Verabschiedung des IPI bis Jahresende zu erreichen. Eine so kurzfristige Verabschiedung erscheint angesichts der Komplexität der Materie und des noch bestehenden Erörterungs- und Überarbeitungsbedarfs nicht machbar. Bei realistischer Betrachtung werden sich die Beratungen noch ins Jahr 2020 hinein erstrecken. Auch wenn eine baldige Verabschiedung wünschenswert ist, sollte gelten: Die Findung einer ausgereiften und für alle EU-Akteure befriedigende Regelung ist für den praktischen Erfolg auch im Verhältnis zu Drittstaaten wichtiger als eine nach jahrelangem Stillstand nunmehr übereilte Verabschiedung.

Während sich ein deutlich verstärkter Wille zur Findung einer endgültigen Fassung des IPI abzeichnet, bestehen mit Blick auf die bald beginnenden Ratsverhandlungen noch etliche offene Fragen, auch zu wesentlichen Aspekten des Gesetzgebungsvorschlags. Insofern ist der Ausgang im Einzelnen noch offen.

Unter Berücksichtigung der zuvor genannten Änderungsanregungen könnten Problempunkte, die den Vorschlag bisher noch belasten, überwunden werden und hätte das IPI die Chance auf einen erfolgreichen Abschluss. Sollten die vorgenannten, noch bestehenden Problempunkte dagegen nicht hinreichend berücksichtigt werden, würden die Schwächen des bisherigen Vorschlags und damit die Gefahr unnötiger neuer Belastungen und Rechtsunsicherheiten fortbestehen, was sehr kontraproduktiv wirken würde.

II. Betrachtungen zum Kontext des internationalen Vergaberechts in wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht

In wirtschaftlicher Sicht zeigt eine Betrachtung der trotz aller Probleme außerordentlich großen Volumina der Handelsbeziehungen der EU bzw. Deutschlands mit China, wie wichtig es ist, Regelungen mit Bezug zu Drittstaaten wie das IPI sachgerecht auszugestalten, um Nachteile für die europäische Seite zu vermeiden. So offenbart ein Blick auf die Statistik, dass das jährliche Handelsvolumen der EU mit China 2018 insgesamt immense 605 Mrd. Euro ausmachte. Dabei betrug der Anteil Deutschlands daran allein 199 Mrd. Euro, d.h. fast ein Drittel des gesamten Handelsvolumens im Verhältnis EU/China.⁴⁶

Für Deutschland war China mit dem gemeinsamen Handelsvolumen von 199 Mrd. Euro 2018 größter Handelspartner im internationalen Vergleich, noch vor den Niederlanden und den USA.⁴⁷ Außer China tragen auch weitere große Schwellenländer bzw. Drittstaaten erheblich zum Handelsvolumen Deutschlands mit bei. Nach Zahlen von 2017 belegte etwa Russland immerhin Platz 14 in der Rangfolge der wichtigsten Handelspartner Deutschlands, bezogen auf Warenexporte (mit einem Volumen von jährlich 86 Mrd. Euro), gefolgt von der Türkei auf Platz 16 (mit einem Volumen von 26 Mrd. Euro) sowie weiteren wichtigen Drittstaaten.

Trotz der umfangreichen Geschäftsbeziehungen mit diesen und weiteren Drittstaaten bestehen in diesen Staaten weiterhin viele Probleme unzureichender Marktöffnung, mangelnder Transparenz und Ausländerdiskriminierung sowie diverser unakzeptabler Wirtschaftspraktiken fort, die es zu überwinden gilt.

In rechtlicher Hinsicht behält neben der Überarbeitung des Vorschlags zum IPI die weitere Ausdehnung des GPA weiterhin außerordentliche Bedeutung. Gleiches gilt für die Fortführung von Freihandelsverhandlungen mit wichtigen Partnern. Bei der endgültigen Gestaltung des IPI sollte im Interesse der Rechtsklarheit auch ein näherer Abgleich mit den Aussagen der Kommission in

⁴⁶ Quelle: BMWi, Onlineveröffentlichung <https://www.bmw.de/Redaktion/DE/Artikel/Aussenwirtschaft/laendervermerk-china.html>, nach dem Stand vom 25.09.2019; vgl. ferner Stat. Bundesamt, Außenhandel – Rangfolge der Handelspartner im Außenhandel der Bundesrepublik Deutschland 2018, Onlineveröffentlichung <https://www.destatis.de/DE/Themen/Wirtschaft/Aussenhandel/Tabellen/rangfolge-handelspartner.pdf?blob=publicationFile>, nach dem Stand vom 25.09.2019.

⁴⁷ Quelle: Stat. Bundesamt, Außenhandel – Rangfolge der Handelspartner im Außenhandel der Bundesrepublik Deutschland, s. vorige Fn.

ihren jüngsten Leitlinien zum Zugang von Drittstaaten zu den EU-Beschaffungsmärkten erfolgen.⁴⁸

Schließlich ist es angesichts der Bedeutung der WTO als wesentlicher globaler Organisation und Streitbeilegungsinstanz im Bereich des Welthandels wichtig, dass die gegenwärtige Blockade des WTO-Streitbeilegungsverfahrens im Wege einer für alle akzeptablen WTO-Reform baldmöglichst überwunden wird.

III. Weiterer Handlungsbedarf jenseits des IPI

Neben der Überarbeitung und Finalisierung des IPI bleiben auch etliche weitere Maßnahmen zur Öffnung noch verschlossener Märkte in Drittstaaten wesentlich. Dazu zählt vor allem Folgendes:

1. Weitere Priorisierung der Ausdehnung des GPA

Erforderlich ist vor allem eine nachdrückliche politische Priorisierung der Ausdehnung des GPA auf wichtige große Schwellenländer, allem voran China. Denn das GPA enthält wichtige Mindestgarantien für ein geordnetes, diskriminierungsfreies Vergabewesen sowie für einen effektiven Vergaberechtsschutz. Der Beitritt Chinas zum GPA, der ein akzeptables Beitrittsangebot Chinas voraussetzt, ist bereits seit Jahren überfällig. Trotz wiederholter Appelle hat China inzwischen zwar bereits sechs Beitrittsangebote vorgelegt, die aber allesamt weit unter dem Öffnungsniveau der übrigen GPA-Mitgliedstaaten lagen und daher nicht akzeptabel waren. Angesichts dieser sehr unbefriedigenden Situation sollte die Forderung nach einer baldigen Vorlage eines wirklich akzeptablen Beitrittsangebots Chinas ab sofort zum Gegenstand jeglicher weiteren politischen und wirtschaftlichen Kontakte mit China gemacht werden.

2. Konsequente Fortführung bilateraler Handelsverhandlungen

Wichtig bleiben ferner die konsequente Fortführung laufender und die Aufnahme neuer bilateraler Handelsverhandlungen zwischen der EU und weiteren wichtigen Handelspartnern der Union. Dabei sollten, wie von der Kommission bereits seit Längerem engagiert verfolgt, umfangreiche Kapitel zum öffentlichen Auftragswesen in diesen Abkommen erreicht werden. Dies gilt etwa für die bereits laufenden Verhandlungen mit Australien, Neuseeland, Indonesien und Chile. Mit Blick auf den bevorstehenden Brexit gilt es auch für die avisierten Verhandlungen mit dem Vereinigten Königreich über ein künftiges bilaterales Handelsabkommen. Bei allen derartigen Handelsvereinbarungen können die

⁴⁸ S. dazu oben bei Fn. 8 und 10.

jeweiligen Vergabekapitel, wie von der Kommission bereits begonnen, wichtige Pfeiler für eine weitere internationale Ausbreitung der Transparenz- und Verfahrensgarantieren in Anlehnung an die EU-Richtlinien für öffentliche Aufträge bilden.

3. Mehr Kohärenz bei EU-geförderten Auftragsvergaben und verschärfte Prüfung bei dumpingverdächtigen Angeboten aus Drittstaaten

Angesichts der teils sehr unbefriedigenden Akzeptierung dumpingverdächtiger Angebote von Unternehmen aus Drittstaaten bei öffentlichen Ausschreibungen in der EU sollte künftig deutlich stärker als bisher auf ein kohärentes Verhalten in der EU und eine konsequentere Überprüfung problematischer Angebote hingewirkt werden; das gilt vor allem für die Fälle, in denen öffentliche Beschaffungen in den Mitgliedstaaten mit EU-Fördermitteln, d.h. Steuergeldern der EU-Bürger finanziert werden.⁴⁹ Insoweit sollte etwa geprüft werden, inwieweit bei EU-geförderten Projekten angemessene Vorgaben für nachfolgende Vergaben bereits im Rahmen der Förderbedingungen verbindlich vorgegeben und deren Einhaltung effektiv überwacht werden können.

4. Hinwirken auf eine Ausweitung von Anti-Dumping-Instrumenten auch im Bereich der Dienstleistungen

Mit Blick auf fortwährende Dumpingpraktiken seitens etlicher Anbieter aus Drittstaaten sollte ferner verstärkt auf eine Ausweitung von Anti-Dumping-Instrumenten auch im Bereich der Dienstleistungen hingearbeitet werden.

⁴⁹ S. dazu oben unter Ziffer I.2.a bb (2).

Workshop 5: Innovative Wege bei der Nachhaltigen Beschaffung in Beispielen

„forum vergabe Gespräche 2019“ vom 25.09.-27.09.2019 in Fulda

Ilse Beneke¹

Sehr geehrte Damen und Herren,
ich freue mich sehr, heute hier sein zu dürfen.

Bitte gestatten Sie mir, dass ich Ihnen zunächst kurz vorstelle, für welche Organisation ich heute bei Ihnen bin.

Die Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung (KNB) wurde 2012 beim Beschaffungsamt des BMI im Rahmen des vom Staatssekretärsausschuss für nachhaltige Entwicklung beschlossenen Maßnahmenprogramms Nachhaltigkeit eingerichtet. Sie ist die zentrale Informations- und Beratungsstelle der Bundesregierung zur nachhaltigen Beschaffung.

Unsere Aufgabe ist es unter anderem, öffentliche Auftraggeber zum Thema nachhaltige Beschaffung zu beraten und zu unterstützen. Zielgruppe sind alle geschätzten 30.000 Vergabestellen in Deutschland – das Angebot richtet sich an Bundesbehörden, an die Landes- und Kommunalebene, sowie an sonstige Organisationen, die angehalten sind, nach vergaberechtlichen Vorgaben zu beschaffen.

Ein zentrales Angebot der KNB ist die gemeinsame Webplattform mit den Bundesländern, auf der sämtliche Informationen rund um das Thema nachhaltige Beschaffung zur Verfügung gestellt werden (www.nachhaltige-beschaffung.info). Jedes Bundesland hat einen eigenen Bereich auf der Webseite, in dem Praxisbeispiele, rechtliche Vorgaben, Leitfäden und weitere relevante Informationen pro Bundesland eingestellt werden.

Die KNB bietet interessierten Stellen Beratung per Telefonhotline oder E-Mail, ggf. auch vor Ort. Zudem bietet die KNB Schulungen zur nachhaltigen Beschaffung an. Innerhalb der Organisationen richten sich die Schulungen an diejenigen Personen, die Beschaffungsverfahren durchführen, wie auch an deren Führungskräfte und Personen, die Produkte und Leistungen benötigen und nutzen.

¹ Die Verfasserin ist bei der Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung in Bonn tätig.

Mit einem Beschaffungsvolumen von geschätzten 350 Mrd. € im Jahr hat die öffentliche Hand einen entscheidenden Anteil an der Nachfrage nachhaltiger Produkte und Dienstleistungen und trägt Verantwortung hinsichtlich ihrer Einkaufsentscheidungen und deren Auswirkungen im Markt, in der Umwelt und in der Gesellschaft.

Wie Sie bestimmt wissen, hat sich die Bundesregierung zur Umsetzung der 17 Nachhaltigkeitsziele der Vereinten Nationen verpflichtet, die sogenannten „Ziele für eine nachhaltige Entwicklung“. Eines der Ziele hat für die hiesige Veranstaltung besondere Relevanz. Ziel 12 befasst sich mit Nachhaltigem Konsum und nachhaltiger Produktion: „Unser Konsum berücksichtigt bislang nur unzureichend die ökologischen Grenzen unseres Planeten. Unternehmen sollen ihre Produktion entlang der globalen Lieferketten stärker an Nachhaltigkeit ausrichten und die Menschenrechte bei der Herstellung achten. Die Menschen sowie die öffentliche Hand sollen vermehrt nachhaltig konsumieren. Das geschieht beispielsweise durch fairen Handel, umweltfreundliche Produkte und indem Lebensmittel nicht verschwendet werden.“²

Teil dessen ist, dass die internationale Staatengemeinschaft sich zur nachhaltigen Beschaffung verpflichtet hat (Ziel 12.7). Dieses lautet:

„Ziel 12. Nachhaltige Konsum- und Produktionsmuster sicherstellen

...

12.7 In der öffentlichen Beschaffung nachhaltige Verfahren fördern, im Einklang mit den nationalen Politiken und Prioritäten“³.

Dies ist für die Bundesregierung auch bei der Arbeit mit dem Nationalen Aktionsplan zur Umsetzung der VN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte (NAP) wichtig.

Der Aktionsplan befasst sich zum einen mit der Verantwortung deutscher Unternehmen und deren Beitrag zur Einhaltung der Menschenrechte in ihren globalen Lieferketten. Es wird die klare Erwartungshaltung der Bundesregierung an die menschenrechtliche Sorgfaltspflicht von Unternehmen ausgedrückt und es werden global einheitliche und überprüfbare Standards festgelegt.⁴

² Quelle: <https://www.dieglorreichen17.de>

³ Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen, verabschiedet am 25.09.2015 70/1. Transformation unserer Welt: die Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung, S. 24.

⁴ S.a. <https://www.auswaertiges-amt.de/de/aussenpolitik/themen/aussenwirtschaft/wirtschaft-und-menschenrechte>

Der NAP enthält aber auch Maßnahmen und Aussagen zum öffentlichen Beschaffungswesen. Darin heißt es zum Thema öffentliches Beschaffungswesen: „Bund, Länder und Kommunen unterliegen hier einer besonderen Verantwortung, ihrer staatlichen Schutzpflicht nachzukommen und sicherzustellen, dass mit öffentlichen Mitteln keine negativen Auswirkungen auf die Menschenrechte verursacht oder begünstigt werden.“

Eine der Maßnahmen der Bundesregierung im Rahmen dieses Aktionsplanes zur öffentlichen Beschaffung möchte ich Ihnen heute vorstellen: Die KNB hat für das Beschaffungsamt des Bundesministeriums des Inneren gemeinsam mit BITKOM e.V., dem deutschen Digitalverband, eine Branchenvereinbarung bzw. Verpflichtungserklärung erarbeitet. Mit dieser Erklärung zur sozialen Nachhaltigkeit bei IT-Beschaffungen haben wir eine Mustererklärung geschaffen, mit der Beschaffende und Vergabestellen die Einhaltung von Menschenrechten in Beschaffungsverfahren abfragen können.

Bitte lassen Sie mich hier einen Schritt zurückgehen und einen kurzen Blick auf die Menschenrechte im Allgemeinen werfen: Menschenrechte stehen jedem Menschen zu – sie bilden den minimalen Rahmen dessen, auf welche Rechte Menschen Anspruch haben, wo immer sie auch leben mögen. Besonders wichtig ist aus meiner Sicht: Die Menschenrechte sind unabdingbar, sie können einem Menschen nicht entzogen werden!

Nicht von ungefähr verhandelt und verkündeten die Vereinten Nationen die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte nach dem Ende des zweiten Weltkrieges zur Sicherung des Friedens. In den darauffolgenden Jahren folgte die Europäische Menschenrechtskonvention mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg. Natürlich finden Sie menschenrechtliche Regelungen auch in den jeweiligen staatlichen Grundlagen: In den europäischen Verträgen, im Grundgesetz, in den Landesverfassungen.

Aber lassen Sie uns einen Blick auf die Inhalte werfen: Wir sprechen zum Beispiel über das Recht auf körperliche Unversehrtheit, das Recht auf Leben und Freiheit, das Verbot von Folter, das Verbot der Diskriminierung, aber auch das Recht auf ein faires Gerichtsverfahren oder Recht auf Bildung. Sie sehen also, wir sprechen über Rechte, bei denen die allermeisten von uns sich wahrscheinlich nicht vorstellen können, wie es ist, ohne sie leben zu müssen.

Viele Menschen weltweit sind jedoch nicht in dieser glücklichen Lage. Und wir tragen dabei mit unseren Konsumentscheidungen – im Übrigen privat wie öffentlich – eine Mitverantwortung. Die Produktion der konsumierten Waren, aber auch die Erbringung von Dienstleistungen, hat Einfluss auf die dabei beschäftigten Menschen.

Mit den grundlegenden Rechten dieser Menschen befasst sich – in diesem Jahr im 100sten Jahr – die ILO – die International Labour Organisation. Sie ist eine Sonderorganisation der Vereinten Nationen. In ihr sind sowohl die Mitgliedsstaaten, als auch die Arbeitgeber- und die Arbeitnehmerverbände vertreten.

Die Normen der ILO umfassen Rechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, welche die Mitgliedsstaaten in ihr jeweiliges, nationales Recht übernehmen. Dabei bilden die sog. ILO-Kernarbeitsnormen die grundlegenden Rechte ab. Lassen Sie uns auch hier einen Blick auf den Rechtekatalog werfen: Umfasst sind Vereinigungsfreiheit und Schutz des Vereinigungsrechtes sowie das Recht zu Kollektivverhandlungen, die Übereinkommen zur Abschaffung der Zwangsarbeit, zur Gleichheit des Entgelts, zur Beseitigung der Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf, zum Mindestalter und zum Verbot und zu unverzüglichen Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit.⁵

Doch wie können Beschaffende für die öffentliche Hand ihrer Verantwortung nachkommen? Vor allem, wenn sie Produkte einkaufen, bei welchen in bekannter Weise ein besonderes Risiko besteht, dass Menschenrechte verletzt werden?

Dieser Frage hat sich das Beschaffungsamt des Bundesministeriums des Inneren (BeschA) bereits zu Anfang des Jahrzehnts gestellt, da schon damals im BeschA große Mengen IT-Hardware und -Dienstleistungen für die unmittelbare Bundesverwaltung gebündelt gekauft wurden.

Nun ist die besondere Herausforderung, dass viele Produkte heutzutage in internationalen Lieferketten produziert werden. Endproduzenten kaufen Einzelteile, welche aus Komponenten zusammengesetzt wurden, die rund um den Globus produziert wurden. Die Zulieferer der Zulieferer kaufen von Zulieferern. Die Lieferketten beinhalten teilweise hunderte, teilweise tausende Unternehmen, Firmen und Produktionsstätten.

Wie kann ein Beschaffender, ein Einkäufer für den öffentlichen Dienst hier Verantwortung bei den Bietenden dafür verlangen, dass bei allen Beteiligten dieser komplexen Lieferketten die Menschenrechte eingehalten werden? Aber auch: Wie kann ein Beschaffender selbst seinen Bedarfsträgern in der öffentlichen Verwaltung gegenüber hier Verantwortung übernehmen?

Und nicht zuletzt: Wie gestaltet man die Anforderungen so, dass lautere Bieter die abgeforderte Verantwortung übernehmen können und dass sie in der Lage

⁵ <https://www.ilo.org/berlin/arbeits-und-standards/kernarbeitsnormen/lang--de/index.htm>

sind, uns Angebote abzugeben? Schließlich ist echter Wettbewerb für die Beschaffung essentiell!

Unsere Erkenntnis ist, dass dies alles einen einzelnen Beschaffenden vor unlösbare Herausforderungen stellen würde. Wir finden aber, dass sich eine große zentrale Beschaffungsstelle wie das BeschA dieser Herausforderung stellen muss.

Der Lösungsweg ist es, den Dialog zu suchen. Bietende Unternehmen sind sehr häufig im Digitalverband Bitkom e.V. organisiert. BeschA und Bitkom haben zu diesem Thema bereits in den Jahren 2012 / 2013 im Rahmen einer Arbeitsgruppe nach Lösungen gesucht, die für beide Seiten praktikabel sind.

Im Jahr 2013 wurde eine erste Version einer Erklärung entworfen, welche Beschaffende im Rahmen ihrer Ausschreibung nutzen können, um die Einhaltung von Menschenrechten (konkret der ILO-Kernarbeitsnormen) bei der Ausführung ihres Auftrages abzufordern. Diese wurde bereits 2014 überarbeitet – es wurden vor allem die Nachweise und die potentiellen Sanktionen angepasst.

Die Idee ist: Wir verhandeln einen Standard. Immer, wenn dieser geübte Praxis ist, verhandeln wir darauf aufbauend eine weitere Erhöhung der Anforderungen, hin zu einem qualitativ höheren Standard, um das Thema voran zu bringen.

Es ist kein Geheimnis, dass Unternehmen sich in den letzten Jahren zu diesem Thema stark vorwärts bewegt haben – wir begrüßen diese Entwicklung sehr! Entsprechend konnten wir nachverhandeln.

Im Kern ist die Systematik der Erklärung wie folgt: Der oder die Beschaffende legt die Verpflichtungserklärung der Vergabeunterlage bei. Bietende erklären mit Angebotsabgabe, dass sie den Verpflichtungen aus der Erklärung bei Ausführung des Auftrages nachkommen werden.

Erhalten sie den Zuschlag, haben sie bis zwei Monate später Unterlagen vorzulegen, die es Beschaffenden ermöglichen, eine Plausibilitätsprüfung dahingehend durchzuführen, ob die geforderten Rechte eingehalten wurden. Hier findet sich die intensivste Weiterentwicklung der Erklärung: Den Auftragnehmern wird ein sog. Dokumentenkatalog abgefordert, bei dem sie anhand von Leitfragen hinsichtlich jeder ILO-Norm darzustellen haben, was sie bei Ausführung des Auftrages dazu leisten, die geforderten Rechte einzuhalten. Darüber hinaus haben sie darzulegen, welche Dokumente sie auf Anforderung vorlegen werden, um ihre Darstellungen zu untermauern. Dies bedeutet für die Auftragnehmer zwar viel Arbeit, aber für die Beschaffenden eine realistische Möglichkeit, sich mit den konkreten Maßnahmen der Bietenden auseinander zu setzen. Natürlich steht es Beschaffenden auch frei, die entsprechenden Doku-

mente anzufordern. Unternehmen müssen die Darstellung bei Rahmenverträgen jährlich revidieren und anpassen.

Als zweite Alternative können Auftragnehmer bestimmte Zertifikate vorlegen. Dabei handelt es sich um Zertifikate, welche Unternehmen im Hinblick auf ihre Firmenstandorte erwerben können, wenn sie bestimmte Managementsysteme hinsichtlich der Einhaltung der Menschenrechte implementiert haben. Besonders wichtig war es uns dabei, dass wir nur mit möglichst glaubwürdigen Zertifikaten arbeiten – sie müssen allgemein zugänglich sein, ihre Standards müssen allgemein zugänglich sein – vor allem aber müssen die Zertifikate eine Überprüfung der Standards durch unabhängige Dritte beinhalten.

Legt der Auftragnehmer die geforderten Unterlagen nicht vor, oder werden bei Ausführung des Auftrages Menschenrechtsverletzungen offen gelegt, welche nicht beseitigt wurden, kann der Auftraggeber zunächst eine Vertragsstrafe aussprechen, notfalls aber auch den Vertrag kündigen.

Standardmäßig wird die Erklärung in der Fassung von 2014 bei allen IT-Beschaffungen des BeschA angewandt. Die neue Version der Verpflichtungserklärung⁶ wird aktuell in einzelnen Pilotverfahren angewendet – sie soll jedoch in sehr absehbarer Zeit zum Standard des Beschaffungsamtes werden. Um die Verbreitung und reibungslose Anwendung der Erklärung zu gewährleisten, veranstalten BeschA und Bitkom verschiedene Informationstage – zuletzt im August 2019. Avisiert sind außerdem Webinare und die Veröffentlichung einer Handreichung für Bietende und Beschaffende.

Sollten Sie Fragen haben, dann wenden Sie sich gern an die Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung für die Seite der öffentlichen Auftraggeber und an den Bitkom e.V. für die Seite der Bietenden:

⁶ http://www.nachhaltige-beschaffung.info/ShareDocs/DokumenteNB/Verpflichtungserkl%C3%A4rung_ILO_BeschA_Bitkom_2019.html

Verleihung des International Public Procurement Award (IPA) 2019

Dissertation „Entscheidungsspielräume der Verwaltung – Die Lehre vom einheitlichen administrativen Entscheidungsspielraum und ihre Ausprägungen im Kartellvergaberecht“

„forum vergabe Gespräche 2019“ vom 25.09.-27.09.2019 in Fulda

Dr. Jens Gerlach¹

Meine sehr geehrten Damen und Herren,

ein Dankeswort klingt, wie ich meine,
stets ehrlich und doch immer gleich.
So kommt es, dass ich hier erscheine
mit Dankeswort an Reimen reich.

Der erste Dank geht herzlich, froh,
an Sie, Professor Capitant!
Je vous remercie pour vos mots
louants sur ma dissertation!

Dem forum dank' ich für den Preise,
der mir sehr vieles hier beschert:
Die Einladung, das Geld, die Reise.
Hier sprechen ist auch nicht verkehrt!

Der Preis, das kann ich ehrlich sagen
bringt mir viel Stolz und große Freud':
Nach unzählig viel Forschungstagen
solch' Anerkennung hier und heut'!

Ein letzter großer Dank gebührt
noch meiner Leidenschaft Begründer,
der mich die Jahre toll geführt:
der Dank geht – klar – an Hermann Pünder!

¹ Der Verfasser ist der Preisträger des International Public Procurement Award (IPA) 2019

Ich freue mich nun sehr, Ihnen in den nächsten Minuten die wesentlichen Ergebnisse meiner Arbeit vorstellen zu dürfen. Da die Zeit knapp bemessen ist und ich sie auch nicht mehr als nötig mit den rechtstheoretischen und verfassungsrechtlichen Überlegungen behelligen will, die dem grundlegenden ersten Teil meiner Arbeit zugrunde liegen, möchte ich mein Augenmerk auf die auch für Sie interessanteren Erkenntnisse im Vergaberecht lenken. Bemerkenswert erscheint mir, dass vor einem Jahr Christian Hillen und 2015 Robin Ricken an dieser Stelle zu Ihnen gesprochen und ihre Ergebnisse zu sehr ähnlichen Themenstellungen mit Ihnen geteilt haben. Das zeigt, dass das Thema der Entscheidungsspielräume, welches das allgemeine Verwaltungsrecht seit jeher beherrscht, auch im Vergaberecht angekommen ist und viele Fragen aufwirft, die Wissenschaft und Praxis gleichermaßen beschäftigen. Auch Herr Dr. Hillen befindet, dass die vergaberechtliche Rechtsprechung und Teile des Schrifttums im Vergaberecht in ungewöhnlich hohem Maße Entscheidungsspielräume anerkennen. Während sich Herr Dr. Hillen gegenüber dieser Praxis kritisch zeigt, habe ich versucht, Erklärungen für diese Entwicklung zu finden. Als Ergebnis hat sich gezeigt: Öffentliche Auftraggeber nehmen zurecht so viele Entscheidungsspielräume für sich in Anspruch. Und in gleichem Maße müsste auf Grundlage des geltenden Rechts auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit allgemein die Entscheidungskompetenz der Verwaltung mehr respektieren.

Ausgangspunkt meiner vergaberechtlichen Überlegungen ist die Erkenntnis, dass Entscheidungsspielräume öffentlicher Auftraggeber denselben Regeln und Maßstäben unterliegen wie Entscheidungsspielräume der Verwaltung im Allgemeinen. Denn diese Entscheidungsspielräume werden nicht erst durch Vorschriften des Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrechts wie § 40 VwVfG oder § 114 S. 1 VwGO eingeräumt, sondern beruhen darauf, dass der Normgeber die Entscheidung des Entscheidungsträgers im Einzelfall im materiellen Recht nicht in allen Einzelheiten vorbestimmt hat. Das ist bei den herkömmlich unterschiedenen Erscheinungen des Rechtsfolge- und Planungsermessens offensichtlich, bei genauem Hinsehen aber auch bei den meisten unbestimmten, das heißt vagen Begriffen des Tatbestands der Fall. Der Entscheidungsträger kann und darf seine Entscheidung hier nicht treffen, ohne dabei ergänzende, aus einer eigenen Abwägung von Zwecken gewonnene Maßstäbe anzuwenden. Zu dieser eigenen Maßstabsbildung verpflichtet das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 Abs. 1 GG, das jedem staatlichen Entscheidungsträger eine Begründung oder zumindest die Begründbarkeit seiner Entscheidung abverlangt. Wie weit die Befugnisse der Gerichte bei der Überprüfung dieser eigenen Maßstabsbildung durch die Verwaltung nun reichen, beantwortet Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG, der – jedenfalls dieser Ausgangspunkt erscheint unumstritten – eine Rechts- im Sinne einer Rechtmäßigkeitskontrolle vorsieht. All dies gilt auch im Vergaberecht. Denn unabhängig von der

Frage, ob man das Vergaberecht dem privaten oder dem öffentlichen Recht zuordnet, bleibt jedenfalls ein staatlicher Auftraggeber stets Teil der nach Art. 1 Abs. 3 GG grundrechtsgebundenen und der im Sinne von Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG öffentlichen Gewalt. Und das Vergaberecht unterwirft die Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers in den §§ 155 ff. GWB auch einfach gesetzlich keiner weitergehenden Kontrolle, als von Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG vorgesehen. Das zeigt sich an § 168 Abs. 1 S. 1 GWB, wonach die Vergabekammer entscheidet, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist.

Warum nun öffnet das Vergaberecht dem öffentlichen Auftraggeber so viele Entscheidungsspielräume? Der Weg zu einer Antwort auf diese Frage erfordert zunächst einen Blick auf die allgemeinen Zwecke des Vergaberechts. Diese Zwecke finden sich in § 97 Abs. 1 - 4 GWB. Das Gesetz zählt dort den Wettbewerb und die Transparenz, die Wirtschaftlichkeit und die Verhältnismäßigkeit, die Gleichbehandlung sowie einige strategische Zwecke einschließlich der Mittelstandsförderung auf. Prof. Dr. Martin Burgi hat schon vor einiger Zeit den Zweck der erfolgreichen Erfüllung von Verwaltungsaufgaben als Basiszweck des Vergaberechts hervorgehoben. Die öffentliche Auftragsvergabe ist nur dann legitim, wenn die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben einer Beschaffung am Markt bedarf. Dieser Basiszweck des Vergaberechts kommt seit der Modernisierung des Vergaberechts im Jahr 2016 im Begriff der Wirtschaftlichkeit in § 97 Abs. 1 S. 2 GWB zum Ausdruck. Wirtschaftlichkeit bestimmt sich nach einem Verhältnis aus Leistung und Preis. Das zeigt exemplarisch § 127 Abs. 1 S. 3 GWB. In der „Leistung“ drückt sich das Maß aus, in dem die Verwaltungsaufgabe mit der konkreten Beschaffung erfüllt werden kann. Der „Preis“ als zweites Teilelement der Wirtschaftlichkeit verweist auf den haushaltsrechtlichen Grundsatz des kostensparenden Umgangs mit Haushaltsmitteln.

Da diese Zwecke, die größtenteils schon im Unionsrecht und im Verfassungsrecht wurzeln, die Normierung eines Vergaberechts erforderlich machen, war es zunächst Aufgabe des europäischen und des deutschen Gesetzgebers, diese Zwecke durch die Regelungen des Vergaberechts in einen Einklang zu bringen. Entscheidungsspielräume muss der Gesetzgeber hierbei deshalb belassen, weil er viele Entscheidungen nicht selbst im Vorhinein treffen kann. Das liegt daran, dass eine wirtschaftlich ausgelegte Vergabeentscheidung erfordert, Angebote zu vergleichen und Unternehmen zu beurteilen, und zwar jeweils abhängig von der Art und den Besonderheiten der jeweils zu erfüllenden Verwaltungsaufgabe. Der Normgeber kann diese zu erfüllenden Verwaltungsaufgaben angesichts ihrer Vielfalt nicht im Einzelnen vorhersehen und das Vergaberecht daher auch nicht entsprechend detailliert inhaltlich ausgestalten. Das ist kein rechtliches Phänomen, sondern schlicht eine tatsächliche Schwierigkeit, mit der

sich die Vielzahl der Entscheidungsspielräume des öffentlichen Auftraggebers begründen lässt. Erkennt man nun an, dass eine Rechtmäßigkeitskontrolle durch Nachprüfungsinstanzen, wie sie auch von Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG gefordert wird, die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers nur daraufhin in den Blick nimmt, ob sie den vom Gesetzgeber gesetzten Rahmen einhält und im Entscheidungsspielraum die abzuwägenden Zwecke in einen verhältnismäßigen Ausgleich bringt, muss die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers im Entscheidungsspielraum auch gegenüber den Nachprüfungsinstanzen als letztverbindlich gelten. Dann kann es auch – entgegen der herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur – nicht auf eine gesonderte normative Ermächtigung durch den Gesetzgeber ankommen. Dies muss nach meiner Auffassung übrigens auch im Verwaltungsrecht gelten.

Die so begründete Vielzahl der Entscheidungsspielräume erfordert einen verfahrensrechtlichen Ausgleich. Hier gewinnt der Transparenzgrundsatz seine tragende Bedeutung. Transparenz im Sinne von Vorhersehbarkeit und Nachvollziehbarkeit einer Entscheidung ist schon eine Forderung des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebots und gerade dort wichtig, wo die Entscheidung im Einzelfall nicht schon durch die anzuwendende Rechtsnorm klar bestimmt ist. Im Vergaberecht können Unternehmen, die daran interessiert sind, einen öffentlichen Auftrag zu erhalten, ihr Recht auf chancengleichen Wettbewerb nur dann ausüben und erstreiten, wenn die Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers vorhersehbar sind, die Unternehmen also über den Bedarf des öffentlichen Auftraggebers informiert werden, und sich die Entscheidungen im Übrigen nachvollziehen lassen. Dieses Bedürfnis befriedigt im Vergaberecht das transparent ausgestaltete Vergabeverfahren, in dem der öffentliche Auftraggeber seine Entscheidungen inhaltlich abstufen und dokumentieren und seine Entscheidungsmaßstäbe, die ihn innerhalb seiner Entscheidungsspielräume anleiten, in einem gewissen Maß im Vorhinein veröffentlichen muss.

Dies möchte ich Ihnen am Beispiel der Entscheidung über den Zuschlag veranschaulichen. Die Zuschlagsentscheidung erfolgt bekanntlich anhand eines Vergleichs derjenigen verbliebenen Angebote, die nicht aus unternehmensbezogenen oder inhaltlichen und formalen Gründen ausgeschlossen worden sind und die Mindestanforderungen an die vom öffentlichen Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung geforderte Leistung einhalten. Maßstab der Zuschlagsentscheidung ist nach § 127 Abs. 1 GWB die Wirtschaftlichkeit, das heißt, das beste Verhältnis aus Leistung und Preis. Wenn sich nun die „Leistung“ danach bemisst, wie erfolgreich der öffentliche Auftraggeber die konkret zu erfüllende Verwaltungsaufgabe mit der angebotenen Leistung erfüllen kann, muss es ihm obliegen, das Oberkriterium der Leistung durch weitere messbare

Unterkriterien auszufüllen, diese Kriterien zueinander zu gewichten und die Angebote anhand dieses selbst gesetzten Maßstabs zu vergleichen und zu bewerten. Ein entsprechender Entscheidungsspielraum kommt dem öffentlichen Auftraggeber bei der näheren Ausgestaltung des Kriteriums „Preis“ zu, hinsichtlich dessen er seinen Blick nach § 127 Abs. 1 S. 4 GWB neben der Gegenleistung als Preis auch auf die Kosten, also etwa die Lebenszykluskosten richten kann. Wäre im Vergaberecht nichts Abweichendes geregelt, läge es aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers nahe, diesen Maßstab zu bilden, wenn die Angebote offen vor ihm liegen. Denn zu diesem Zeitpunkt kann er am besten beurteilen, welches Angebot seinen Beschaffungsbedarf am besten befriedigt. Aber aus den genannten Gründen der Vorhersehbarkeit zwingt § 127 Abs. 5 GWB den öffentlichen Auftraggeber dazu, die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen aufzuführen. Die Vorschrift zerlegt also die Ausfüllung des Entscheidungsspielraums zeitlich in zwei Teile: Die Bildung eines Maßstabs zu Beginn des Vergabeverfahrens und die Anwendung dieses Maßstabs am Ende des Vergabeverfahrens. Bei diesen beiden Teilen zunächst von Ermessen und dann von Beurteilungsspielraum zu sprechen, verunklart in meinen Augen, dass es um die Ausfüllung eines einheitlichen Entscheidungsspielraums geht. Der öffentliche Auftraggeber kann den Maßstab natürlich nicht in jedem Einzelfall bis ins kleinste Detail im Vorhinein bilden, sodass auch für die Phase des Angebotsvergleichs noch Verfeinerungen des Maßstabs erforderlich sind. Die auch in der Rechtsprechung vorzufindende Auffassung, der öffentliche Auftraggeber dürfe nur solche Unterkriterien anwenden, die er im Vorhinein kundgetan hat, ist in dieser Pauschalität schon wegen praktischer Hindernisse nicht richtig. Aber § 127 Abs. 4 GWB drängt doch auf eine zumindest möglichst genaue Maßstabsbildung im Vorhinein.

Weitere Entscheidungsspielräume öffentlicher Auftraggeber finden sich in nahezu allen Stadien des Vergabeverfahrens. Die wichtigsten Spielräume habe ich in meiner Dissertation dargestellt, neben den Zwecken, die der öffentlichen Auftraggeber bei den einzelnen Spielräumen jeweils in einen Ausgleich bringen muss. Während sich Rechtsprechung und Literatur nicht immer einig sind, ob es sich bei den Spielräumen um „Ermessen“ oder „Beurteilungsspielräume“ handelt und die – nur scheinbar – unterschiedlichen Regeln und Maßstäbe nicht konsequent auseinanderhalten, lassen sich die Spielräume mit dem von mir im ersten Teil meiner Dissertation dargestellten Modell des einheitlichen Entscheidungsspielraums einfach verorten und schlüssig begründen. Insoweit möchte ich sie aber auf den persönlichen Austausch mit mir oder die Lektüre meiner Arbeit verweisen. Egal, welcher Theorie wir folgen: Fragen zu den Entscheidungsspielräumen öffentlicher Auftraggeber werden uns gewiss auch in Zukunft weiter beschäftigen.

Nun bleibt mir noch ein letztes Wort:
Viel Freude wünsche ich uns allen
bei Speis' und Trank an diesem Ort!
Mir wird es sicherlich gefallen!

Kartelle: Prävention und Sanktion

„forum vergabe Gespräche 2019“ vom 25.09.-27.09.2019 in Fulda

Kai Hooghoff¹

Eingangsstatement „Die Rolle des Wettbewerbsregisters“

- Das Wettbewerbsregister dient der Information der Auftraggeber für konkrete Vergabeverfahren; es sanktioniert keine Rechtsverstöße.
- Der jeweilige Auftraggeber soll ein möglichst umfassendes Bild von straf- und bußgeldrechtlich relevanten Rechtsverstößen des Bestbieters im Vergabeverfahren bzw. der Bewerber im Teilnahmewettbewerb haben, soweit diese Rechtsverstöße Grundlage für einen Ausschluss vom Vergabeverfahren gemäß §§ 123, 124 GWB sein können.
- Die Sanktionierung von Kartellordnungswidrigkeiten bzw. Submissionsabsprachen obliegt den Kartellbehörden und den Gerichten.
- Die Strafverfolgungsbehörden und die für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten zuständigen Behörden haben zentrale Bedeutung für das Wettbewerbsregister: Sie sind zur Meldung der in das Register einzutragenden Straftaten und Ordnungswidrigkeiten verpflichtet – und vorab zur Prüfung der Mitteilungsvoraussetzungen, einschließlich der Zurechnung des Handelns einer natürlichen Person zu einem Unternehmen.
- Die Verbesserung der Informationsbasis für Ausschlussentscheidungen in Vergabeverfahren setzt Anreize zur Verstärkung der Compliance-Bemühungen der Unternehmen. Damit leistet das Wettbewerbsregister einen Beitrag zur Kartellprävention.
- Die beim Wettbewerbsregister zentralisierte Prüfung von Selbstreinigungsmaßnahmen kann einen weitergehenden Beitrag zur Kartellprävention leisten: Unternehmen mit Compliance-Strukturen dürfte es im Nachgang zu einem eintragungsrelevanten Verstoß leichter fallen, geeignete Maßnahmen zu treffen, um weitere Straftaten oder Fehlverhalten in Zukunft zu vermeiden. Es dürfte diesen Unternehmen auch leichter fallen, dies im Rahmen des Verfahrens zur vorzeitigen Löschung aus dem Register wegen Selbstreinigung gegenüber dem Wettbewerbsregister nachzuweisen.

¹ Kai Hooghoff, Leiter Aufbaustab Wettbewerbsregister, Bundeskartellamt

- Eine erfolgreiche Selbstreinigung setzt voraus, dass das Unternehmen die Fehler der Vergangenheit aufarbeitet und Vorsorge für die Zukunft trifft. Die Darlegungs- und Beweislast liegt insoweit beim Unternehmen. Der Antrag des Unternehmens auf vorzeitige Löschung sollte daher so umfassend und nachvollziehbar begründet sein, dass weitere Ermittlungen durch die Registerbehörde möglichst nicht erforderlich sind.
- Die Anforderungen an Compliance-Maßnahmen i.S.d. § 125 Abs. 1 Nr. 3 GWB hängen von den Umständen des Einzelfalls ab. In jedem Fall müssen sie dem Willen der Geschäftsleitung entsprechen und im Unternehmen verankert sein. Die konkreten Maßnahmen haben sich insbesondere an der zugrunde liegenden Tat sowie Größe, Struktur und Tätigkeitsbereich des jeweiligen Unternehmens auszurichten.

**Wir danken allen Sponsoren für die Unterstützung
der 20. forum vergabe Gespräche**

ALLEN & OVERY

Expertise im Vergaberecht

- Beratung der Auftraggeber- und Bieterseite in allen vergabe- und vertragsrechtlichen Fragen bei öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, Konzeption und Strukturierung von Vergabeverfahren, Vertretung in Nachprüfungsverfahren.
- Öffentlich-rechtliche und beihilferechtliche Beratung – So beraten wir z.B. Kommunen sowie Investoren zu innovativen städtebaulichen Projekten, sei es bei der Entwicklung innerstädtischer Einkaufsquartiere oder der Entwicklung ökologisch geprägter Wohngebiete; zudem beraten wir verschiedene Zweckverbände anlässlich einer Fusion zu verwaltungsorganisatorischen und vergaberechtlichen Fragen. Aus einer Hand erhalten Mandanten Rechtsberatung beispielsweise zu vergabe-, vertrags-, kommunal- und baurechtlicher Beratung.
- Sektorexpertise im Transportsektor: Vergabeverfahren zu Bahn- und Busverkehren oder die Beschaffung der Bahnen und Busse stehen eng im Zusammenhang mit regulatorischen Fragen aus dem Eisenbahn- oder Personenbeförderungsrecht. Ähnliches gilt für Flughäfen, Häfen und privat finanzierte Straßenbauprojekte, wo sich sektorenspezifische regulatorische Rahmenbedingungen nicht nur nach dem nationalen Recht, sondern auch aus dem Unionsrecht ergeben.
- Sektorexpertise bei der vergaberechtlichen Beratung ebenfalls in den Branchen Verteidigung und Sicherheit, im Energiesektor, im Bereich des Gesundheitswesens und der Immobilienwirtschaft.

IHRE HAUPTANSPRECHPARTNER



Dr. Olaf Otting
Partner – Frankfurt
Tel. +49 69 2648 5466
olaf.otting@allenoverly.com



Dr. Udo H. Olgemöller
Counsel – Frankfurt
Tel. +49 69 2648 5690
udo.olgemoeller@allenoverly.com



Allen & Overy in Deutschland: Düsseldorf | Frankfurt | Hamburg | München

Die etwa 220 Anwälte, darunter 48 Partner, beraten führende nationale und internationale Unternehmen vorwiegend in den Bereichen Bank-, Finanz- und Kapitalmarktrecht, Gesellschaftsrecht und M&A, Steuerrecht sowie in anderen Bereichen des Wirtschaftsrechts.

© Allen & Overy 2019

allenoverly.de



avocado rechtsanwälte

berlin frankfurt hamburg köln münchen brüssel

avocado rechtsanwälte sind ein junges und dynamisches Team von rund 50 hochspezialisierten Rechtsanwälten an den Standorten Berlin, Frankfurt, Hamburg, Köln und München sowie Brüssel. avocado rechtsanwälte gehören in Deutschland zu den führenden unabhängigen Wirtschaftskanzleien mittlerer Größe und bieten als Full-Service-Kanzlei ein breit gefächertes Spektrum anwaltlicher Dienstleistungen. Die Praxisgruppe „öffentliches Wirtschaftsrecht“ deckt unter anderem die Fachgebiete Vergabe- und Privatisierungsrecht, Umweltrecht, Energierecht, Kartellrecht, Fördermittelrecht, Europäisches Beihilferecht, Wirtschaftsverwaltungsrecht und Europäisches Recht ab.

Das Vergaberecht ist einer der strategischen Schwerpunkte von avocado rechtsanwälte am Kölner sowie Berliner Standort, wo ein Team erfahrener VergaberechtlerInnen zur Verfügung steht. Eine umfassende Beratung erfolgt dabei insbesondere im Bereich der Ver- und Entsorgungswirtschaft, der Bauwirtschaft (einschließlich Planungsleistungen), der Kultur- und Bildungslandschaft, der Forschung und Lehre, des ÖPNV, des Gesundheitswesens und Rettungsdienstes sowie der Wirtschaftsförderung und der Freizeit- und Tourismusindustrie. Wir betreuen außerdem u. a. Ausschreibungen von IT-Leistungen, Energieliefer- und Contractingleistungen, Postdienstleistungen, Reinigungsdienstleistungen, Lieferleistungen und Infrastrukturmaßnahmen und begleiten PPP-Projekte.

Die VergaberechtlerInnen werden bei ihrer Tätigkeit oft von anderen Teams unterstützt, namentlich aus dem Fachbereich Immobilienwirtschaftsrecht und der IT-Praxisgruppe, die jeweils eine exzellente Reputation genießen und über langjährige Erfahrung in der Begleitung von IT-Projekten sowie Immobilientransaktionen und Projektentwicklung/Anlagenbau verfügen.

Kontakt:

Markus Figgen

Dr. Klaus Greb

Dr. Rebecca Schäffer, MJJ

Telefon: 0221 / 39 07 11 13

E-Mail: koeln@avocado.de

Internet: www.avocado.de

Baker McKenzie.

VERGABERECHT

Wir werden gefragt, wenn es besonders anspruchsvoll wird.

Schwierige Fallgestaltungen und herausfordernde Mandate mit großer Öffentlichkeitswirksamkeit sind bei uns an der Tagesordnung. Unser Team vertritt Unternehmen sowie öffentliche Auftraggeber in Vergabe- und Nachprüfungsverfahren und berät zu allen Fragestellungen in strukturierten Bieter- und Beihilfverfahren einschließlich Privatisierungen. Durch Veröffentlichungen, Vorträge und prominente Rechtsschutzverfahren sind wir an der Entwicklung des Vergaberechts unmittelbar beteiligt. Mit unserer weltweiten Vergaberechtsgruppe sind wir international die erste Adresse für die Begleitung komplexer grenzüberschreitender Projekte (www.publicprocurement.bakermckenzie.com).

Baker McKenzie zählt mit mehr als 5.000 Anwältinnen und Anwälten an 77 Standorten zu den größten Anwaltssozietäten der Welt. In Berlin, Düsseldorf, Frankfurt am Main und München vertreten über 200 Kolleginnen und Kollegen die Interessen unserer Mandanten nicht nur in Deutschland, sondern auch über alle Grenzen hinaus.

Ihre Ansprechpartner bei Baker McKenzie:

Dr. Marc Gabriel und Prof. Dr. Susanne Mertens

Friedrichstraße 88 / Unter den Linden | 10117 Berlin

Tel.: +49 30 22 00 28 10

marc.gabriel@bakermckenzie.com

susanne.mertens@bakermckenzie.com



BOESEN RECHTSANWÄLTE

DIE KANZLEI

Boesen Rechtsanwälte ist eine bundesweit tätige Anwaltskanzlei mit Sitz in Bonn. Zu ihren Mandanten zählt sie die öffentliche Hand, große und mittelständische Unternehmen sowie Verbände.

Die Kanzlei wurde im Jahre 1996 gegründet. Ihr Inhaber, Arnold Boesen, konnte dabei auf seine Erfahrungen bei der Kommission der Europäischen Gemeinschaften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens, als Verwaltungsrichter sowie als Referent für Völkerrecht im Bundesjustizministerium zurückgreifen. In der Kanzlei sind derzeit 11 Rechtsanwälte tätig, die eine Beratung auf höchstem Niveau garantieren.

Boesen Rechtsanwälte konzentriert ihre Tätigkeit bewußt auf ausgewählte Beratungsschwerpunkte. Aufgrund dieser Spezialisierung ist die Kanzlei in der Lage, die Erwartungen ihrer Mandanten auch bei äußerst komplexen Fragestellungen zu erfüllen. Dabei werden die Projekte in den Beratungsschwerpunkten stets ganzheitlich bearbeitet. So bildet sich bei jeder neuen Aufgabe regelmäßig ein Team aus Anwälten mit Erfahrung, rechtlichen Spezialkenntnissen und wirtschaftlichem Sachverstand, um den Erfordernissen des Projekts und den Wünschen der Mandanten in jeder Hinsicht gerecht zu werden.

SCHWERPUNKT VERGABERECHT

Boesen Rechtsanwälte ist seit Jahren als eine der führenden Kanzleien auf dem Gebiet des Vergaberechts anerkannt und hat die Entwicklung dieses Rechtsgebiets von Beginn an mitgeprägt. Die herausragende Expertise in diesem Bereich wird der Kanzlei regelmäßig, u.a. im JUVE-Handbuch, bestätigt.

Ein Schwerpunkt der Vergaberechtspraxis liegt auf der umfassenden Betreuung komplexer Beschaffungsvorhaben. Hierbei werden für den Mandanten individuelle und innovative Lösungen entwickelt, die sowohl eine wirtschaftlich effiziente als auch rechtlich verlässliche Vergabe sicherstellen. Weitere wesentliche Tätigkeitsfelder sind die gutachterliche Bearbeitung aktueller rechtlicher Fragestellungen, die Unterstützung von Bewerbern/Bietern bei der Erstellung von Teilnahmeanträgen und Angeboten einschließlich der weiteren Begleitung im Vergabeverfahren sowie die Vertretung von Auftraggebern bzw. Bewerbern/Bietern in Nachprüfungsverfahren.

Die Beratungstätigkeit erstreckt sich auf sämtliche Branchen, in denen die Vergabe öffentlicher Aufträge relevant ist. Hierzu gehören u.a. der Bau- und Immobilienbereich, die Entsorgungswirtschaft, der IT-Sektor, der Gesundheitswirtschaft, der ÖPNV, der Verteidigungsbereich sowie die Logistikbranche.

BOESEN RECHTSANWÄLTE

Kaiser-Friedrich-Str. 3
53113 Bonn
www.boesen.de

ANSPRECHPARTNER

Arnold Boesen
Telefon: 02 28 - 21 52 90
Telefax: 02 28 - 21 54 91
E-Mail: kanzlei@boesen.de

Vergaberecht PLUS | PREMIUM



Vergaberecht PLUS

Für ein **rechtssicheres** und reibungsfreies Vergabeverfahren kommt es gerade auf die Details an. Vergaberecht PLUS bietet Ihnen zahlreiche maßgebende Werke wie **Weyand, Ibr-online-Kommentar zum Vergaberecht**; **Kapellmann/Messerschmidt, VOB/A und B** sowie das **Beck'sche Formularbuch Vergaberecht**, Hrsg. **Prieß/Hausmann/Kulartz**. Die ideale Hilfe mit umfassenden Inhalten, übersichtlich geordnet, tagesaktuell und zitierfähig. Dazu **Rechtsprechung und Aufsätze, die wichtigsten Normen und aktuelle Fach-News zum Vergaberecht**. Damit macht sich dieses umfassende Informationspaket schnell bezahlt.

Infos: beck-shop.de/10053161

► schon ab € 38,-/Monat
(zzgl. MwSt., 6-Monats-Abo)

JETZT
4 Wochen
kostenlos
testen
beck-online.de

Vergaberecht PREMIUM

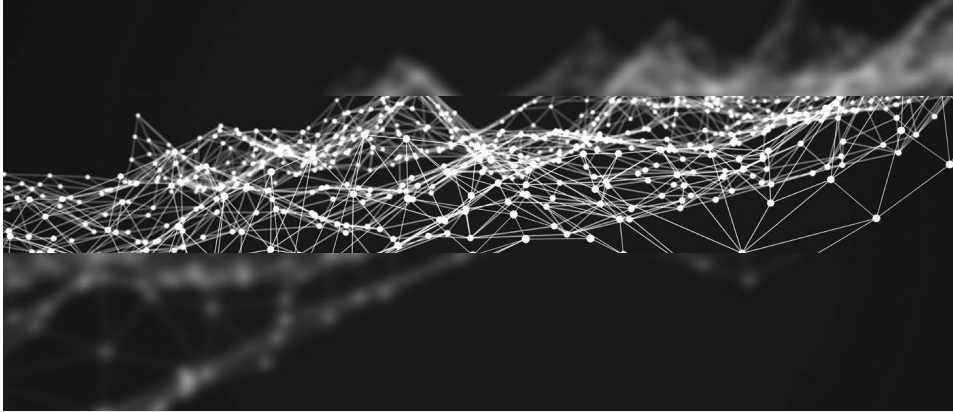
Die perfekte Ergänzung für Ihre komplexen Fälle: das Aufbaumodul Vergaberecht PREMIUM bietet Ihnen zusätzlich zu den Inhalten von Vergaberecht PLUS weitere renommierte Nachschlagewerke wie **Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar**; **Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht** und den **neuen BeckOK Vergaberecht**, Hrsg. **Gabriel/Mertens/Prieß/Stein**; dazu die **Zeitschrift VPR – Vergabepaxis & -recht**, ab 2013 (ID-Verlag). Ein Muss für Spezialisten und eine große Hilfe für jeden Praktiker.

Infos: beck-shop.de/15003859

► schon ab € 88,-/Monat
(zzgl. MwSt., 6-Monats-Abo)

 facebook.com/verlagchbeck |  twitter.com/beckonline

**C L I F F O R D
C H A N C E**



TALKING: PROCUREMENT.

Nationale und europaweite Vergabeverfahren sind komplex und fehleranfällig. Die richtige Gestaltung von Ausschreibungen und Geboten trägt umgekehrt entscheidend dazu bei, Projekte rechtssicher, wirtschaftlich erfolgreich und politisch verträglich zum Abschluss zu bringen.

Dabei helfen wir als Ihr Berater. Wir kennen die spezifischen Zielsetzungen und Entscheidungsabläufe bei Bietern und Bieterkonsortien ebenso wie bei öffentlichen Auftraggebern. Mit Ihnen gemeinsam entwickeln wir maßgeschneiderte Zielsetzungen und Lösungen – und auch die richtige Taktik im Vorgehen.

WE WALK THE TALK WITH YOU.

Sprechen Sie uns an:

Steffen Amelung
E: steffen.amelung@cliffordchance.com
T: +49 69 7199 1593



TOP KANZLEI 2019 - VERGABERECHT

WirtschaftsWoche 2019

EUROPE LAW FIRM OF THE YEAR

Chambers Europe Awards 2018

WWW.CLIFFORDCHANCE.COM



Vergaberecht bei Dentons

Dentons. Ihr kompetenter Partner bei komplexen Beschaffungsvorhaben.

Unser Vergaberechtsteam in Berlin, Frankfurt und Düsseldorf berät sowohl Bieter als auch Auftraggeber zu sämtlichen Fragen des nationalen und europäischen Vergaberechts einschließlich des Vergaberechts internationaler Organisationen. Zu unseren Mandanten zählen öffentliche Stellen und Unternehmen aus allen Branchen, insbesondere Verteidigung und Sicherheit, IT, Gesundheit, Verkehr und Bau. Wir haben umfassende Erfahrung bei der Betreuung von Großprojekten im Sicherheits- und im Verkehrsbereich und bei der Privatisierung öffentlicher Unternehmen.

Wir unterstützen bei der Strukturierung und Durchführung von Vergabeverfahren, einschließlich der Vertragsgestaltung und -verhandlung. In Vergabestreitigkeiten treten wir regelmäßig vor den Vergabekammern und Gerichten auf, auch vor dem Europäischen Gerichtshof. Wir unterstützen Unternehmen seit vielen Jahren in allen vergaberechtlichen Compliance-Fragen, insbesondere bei drohenden Vergabesperren und der Aufhebung von Vergabesperren im In- und Ausland.

Zu unseren Schwerpunkten zählen insbesondere:

- Verteidigungs- und Sicherheitsvergaben
- Komplexe IT-Vergaben
- Aufträge im Gesundheitsbereich
- Verkehr
- Compliance und Vergabesperren



Dr. Wolfram Krohn
Partner, Berlin
D: + 49 30 264 73 371
wolfram.krohn@dentons.com



Andreas Haak
Managing Partner,
Düsseldorf
D: +49 211 88250 120
andreas.haak@dentons.com



Dr. Peter Braun
Partner, Frankfurt
D: + 49 69 45 00 120
peter.braun@dentons.com

dentons.com

© 2019 Dentons. Dentons is a global legal practice providing client services worldwide through its member firms and affiliates. Please see dentons.com for Legal Notices.



Die Kanzlei

Als Experte für Wirtschaftsrecht betreut GÖHMANN die öffentliche Verwaltung, Verbände, Versicherungen, Banken, mittelständische Unternehmen und internationale Konzerne. Mehr als 120 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare bringen ihre jahrzehntelange Erfahrung und ihr breitgefächertes Spezialwissen in das Team der Partnergesellschaft ein. GÖHMANN ist mit Büros in Berlin, Braunschweig, Bremen, Frankfurt am Main, Hannover, Magdeburg und Barcelona standortübergreifend breit aufgestellt. GÖHMANN ist unabhängig und zählt zu den 30 größten deutschen Wirtschaftskanzleien. Zudem ist GÖHMANN Mitglied im internationalen Netzwerk Globalaw mit rund 90 Kanzleien an mehr als 160 Standorten weltweit.

Kompetenzen im Vergaberecht

Auf das Vergaberecht sind insgesamt 15 Anwälte spezialisiert. Seit mehr als 20 Jahren verfügen die Experten für Vergaberecht von GÖHMANN über Erfahrung und Expertise auf diesem Rechtsgebiet. In der vergaberechtlichen Dramaturgie von Vorbereitung und Durchführung, Verhandlung mit Bietern bis zum Abschluss des Vergabeverfahrens und der sich anschließenden Vertragsdurchführung arbeiten Vergabe-Anwälte von GÖHMANN in allen Stadien eng mit ihren Mandanten in ihrer Funktion als mit dem Auftraggeber synchronisierte Projektexterten zusammen. Zu den Auftraggebern der öffentlichen Hand zählen unter anderem Ministerien, Kommunen, kommunale GmbH und Behörden.

GÖHMANN Rechtsanwälte • Notare

Landschaftstraße 6
30159 Hannover
T +49 511 30 27 70
F +49 511 32 92 16
www.goehmann.de
ralf.stoetzel@goehmann.de



GÖRG ist eine der führenden unabhängigen Wirtschaftskanzleien in Deutschland.

Wir sind bekannt für unsere praxisnahen, wirtschaftlichen Lösungen in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts.

Mit mehr als 300 Rechtsanwälten in Berlin, Frankfurt am Main, Hamburg, Köln und München arbeiten wir täglich daran, den Vorhaben unserer Mandanten zum Erfolg zu verhelfen – in der Beratung wie auch vor Gericht.

Schwerpunkt Vergaberecht und ÖPP

GÖRG wird aufgrund der besonderen Spezialisierung der Sozietät auf Ausschreibungen der öffentlichen Hand und Privatisierungen eingeschaltet. Die Rechtsanwälte des Vergaberechts- und ÖPP-Teams haben bundesweit an zahlreichen Groß- und Pilotprojekten mitgewirkt, sowohl auf privater wie öffentlicher Seite. Dr. Lutz Horn gehört außerdem zu den führenden Vergaberechtlern in Deutschland („einer der anerkanntesten ÖPP-Experten Deutschlands“, „überaus große Erfahrung und Fachkenntnis in vergabe und vertragsrechtlicher Hinsicht im Rahmen großer ÖPP-Vorhaben“ – JUVE Handbuch 2012/2013). Im Jahr 2013/2014 ist das Team von der JUVE-Fachredaktion nach 2008 erneut mit dem Titel „Kanzlei des Jahres für Vergaberecht“ ausgezeichnet worden.

Das Team verfügt über langjährige Erfahrung in den verschiedensten Branchen, so z. B. beim Bau und/oder Betrieb von Verwaltungsgebäuden, Haftanstalten und Kasernen, bei Infrastrukturvorhaben wie Brücken oder Autobahnen, bei IT-Beschaffungsprojekten ebenso wie im Entsorgungsbereich oder im ÖPNV. Einen besonderen Schwerpunkt bildet dabei die Strukturberatung komplexer Beschaffungsvorhaben, d. h. die Begleitung eines Vergabeverfahrens von der Konzeption bis zum Zuschlag.

Zu den Mandanten zählen Bund, Länder und Kommunen sowie Bieter- und Betreiberkonsortien und Banken.

Führend in vielen Bereichen

Bundesweit sind wir die führende Restrukturierungskanzlei und u. a. Top 10 im Vergaberecht und Top 10 im Immobilienwirtschaftsrecht (basierend auf dem JUVE Handbuch 2019/2020).

Ansprechpartner:

GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

Dr. Lutz Horn

Ulmenstraße 30 in D-60325 Frankfurt/M.

Tel +49 - 69 - 170000-17; lhorn@goerg.de

HENGELERMUELLER



Vergabe.

Kompetent und effizient.

Wir vertreten Unternehmen und die öffentliche Hand im In- und Ausland auf jeder Ebene und in jeder Phase nationaler und internationaler Vergabeverfahren sowie in Verhandlungen, Umstrukturierungen und Transaktionen. Wir sind in Vergabe-, Nachprüfungs- und EU-Finanzkontrollverfahren tätig, einschließlich Verfahren der EU Kommission sowie vor den europäischen und nationalen Gerichten, Vergabekammern und Behörden.

Unsere Expertise umfasst klassische Vergaben wie auch öffentliche Aufträge und Konzessionen im EU-Energiesektor und den Bereichen Verkehr und Infrastruktur, Verteidigung und Sicherheit, Gesundheitswesen und Finanzen.

Besondere Erfahrungen haben wir zudem in der Beratung zu komplexen Strukturen und Strukturierungen, einschließlich der Schnittstellen zu Compliance, Wettbewerbsregistern und Selbstreinigung, Subventions-, Beihilfen- und Vertragsrecht.

„Jan Bonhage besitzt ein sehr gutes Verständnis für Unternehmensprozesse und die Anliegen der Mandantschaft“ Legal 500



Dr. Jan Bonhage
T +49 30 20374 173
jan.bonhage@hengeler.com

www.hengeler.com/vergaberecht

SICHERE NUMMER
FÜR
NUMMER SICHER

089-5441470

Ihre Rechtsanwälte für Vergaberecht.

LUTZ | ABEL

www.lutzabel.com

ZIRNGIBL

Nominierung zur
„Kanzlei des
Jahres für den
Mittelstand“



Persönlich und engagiert.
Loyal und unabhängig.
Für Unternehmer und Unternehmen.
Seit über 20 Jahren.

