

23.01.89

EG - Fz - In - R - W1

Unterrichtung

durch die Bundesregierung

Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur
Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die
Anwendung der Gemeinschaftsregeln im Rahmen der Verfahren zur
Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge*)

KOM(88) 733 endg.; Ratsdok. 10497/88

*) Ursprünglicher Vorschlag vgl. Drucksache 298/87

62/89

Übermittelt vom Bundesminister für Wirtschaft am 11. Januar 1989 gemäß Artikel 2 des Gesetzes zur Einheitlichen Europäischen Akte (BGBl. II 1986 S. 1102 f.).

Die Vorlage ist mit Schreiben des Herrn Präsidenten der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 25. November 1988 dem Herrn Präsidenten des Rates der Europäischen Gemeinschaften übermittelt worden.

Der Geänderte Vorschlag erscheint auf Wunsch des Wirtschaftsausschusses als Drucksache.

Begründung

I. ALLGEMEINES

1. Im Hinblick auf die Verwirklichung eines gemeinschaftsweiten Wettbewerbs bei der Vergabe öffentlicher Aufträge bis 1992 erweist sich eine deutlich spürbare und besser angepasste Überwachung der Einhaltung der Gemeinschaftsvorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens als unerlässlich. In ihrem Weißbuch über die Vollendung des Binnenmarktes (KOM(85) 310) hat die Kommission den Europäischen Rat auf dieses Problem hingewiesen. Die Kommission hat ferner im Rahmen ihres Aktionsprogramms für das öffentliche Auftragswesen, wie es in ihrer Mitteilung an den Rat vom 19. Juni 1986 dargelegt wurde, ihre Absicht zum Ausdruck gebracht, im Falle einer Nichteinhaltung der Gemeinschaftsdisziplin präventiv tätig zu werden und ein beschleunigtes Beschwerdeverfahren einzuführen, das im Verlauf des Vergabeverfahrens in Anspruch genommen werden kann. Der Rat hat diese Absicht am 22. Dezember 1986 zur Kenntnis genommen.
2. Im Juli 1987 legte die Kommission dem Rat einen Vorschlag für eine Richtlinie zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsregeln im Rahmen der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge vor⁽¹⁾.

(1) KOM(87) 134 endg. vom 1. Juli 1987.

3. Im Mai 1988 nahm das Europäische Parlament Stellung zu dieser Vorlage und schlug eine Reihe von Änderungen vor. Die Kommission nahm mehrere Änderungen zur Verbesserung und Verdeutlichung des ursprünglichen Wortlauts an. Diese Änderungen verdeutlichen und vervollständigen

- die Bestimmungen über die Maßnahmen, die den gerichtlichen und außergerichtlichen Instanzen bei der Behandlung von Beschwerden zur Verfügung stehen, sowie die diesbezüglichen Garantien für die Unternehmen;
- die Bestimmungen betreffend die Befugnis der Kommission zur Aussetzung der Vergabeverfahren sowie den Verlauf dieses Verfahrens.

4. Die wichtigsten Änderungen betreffen folgende Punkte:

- die rasche Wirkung der außergerichtlichen oder gerichtlichen Rechtsbehelfe, die den Betroffenen garantiert werden muß, falls ein Beschluß einer Vergabestelle gegen gemeinschaftliche oder einzelstaatliche Regelungen für das öffentliche Auftragswesen verstößt;
- die Bestimmung, daß bei Aufhebung einer unrechtmäßigen Entscheidung durch die zuständige außergerichtliche oder gerichtliche Instanz dem geltenden einzelstaatlichen Recht die Auswirkungen dieser Aufhebung auf den betreffenden Vertrag überlassen bleiben;
- die Garantie, daß die zuständige außergerichtliche Stelle bei der Behandlung der Beschwerde befugt ist, ihre Entscheidungen wirksam durchzusetzen und deren Ausführung zu überwachen.

- die Verpflichtung für die Verwaltungsinstanz, die dazu befugt ist, im Wege der einstweiligen Verfügung einstweilige Maßnahmen - wie die Aussetzung eines Vergabeverfahrens oder die Ausführung des Beschlusses der Vergabebehörde - zu treffen, all diese Entscheidungen zu begründen. Außerdem muß es möglich sein, gegen jede unrechtmäßige Maßnahme der Verwaltungsinstanz und jeden Mißbrauch von Befugnissen gerichtlichen Einspruch zu erheben;
- die Tatsache, daß es der Kommission nicht möglich ist, nach Erteilung des Zuschlags von ihrer Befugnis zur Aussetzung Gebrauch zu machen;
- die genaue Aufzählung der Fälle, in denen die Kommission zur Aussetzung des Vergabeverfahrens befugt ist, und die Möglichkeit für den Mitgliedstaat der Vergabebehörde, die Kommission zur Überprüfung ihrer Entscheidung aufzufordern;
- die Aufforderung der Vergabebehörde, den Verstoß nach Aussetzung des Vergabeverfahrens durch die Kommission so rasch wie möglich zu beheben, und die Kommission hiervon zu unterrichten;
- die Fortsetzung des Vergabeverfahrens nach Behebung des Verstoßes;
- die Verweisung auf Artikel 173 des EWG-Vertrages, der es allen Beteiligten ermöglicht, beim Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften Klage wegen Ermessensmißbrauch gegen einen Aussetzungsbeschluß der Kommission zu erheben.

5. Die von der Kommission angeforderten Untersuchungen über die Kontrolle der Vorschriftsmäßigkeit der Verfahren für die Vergabe öffentlicher Aufträge in den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft wurden im Juli 1988 abgeschlossen; aus ihren Ergebnissen ist zu ersehen, daß die von der Kommission in ihrem ursprünglichen Vorschlag vorgesehenen Harmonisierungsmaßnahmen gerechtfertigt sind. Im zweiten Halbjahr 1987 sowie im Jahr 1988 setzte die Kommission ihre Konsultierungen der interessierten Kreise fort, aus denen sich Anregungen für Änderungen und Verbesserungen ihres ursprünglichen Vorschlags ergaben. Sie nahm auch die am 22. Oktober 1987 vom Wirtschafts- und Sozialausschuß abgegebene Stellungnahme zu ihrem ursprünglichen Vorschlag zur Kenntnis.
6. Ein Großteil der eingegangenen Vorschläge und Informationen rechtfertigt die von der Kommission angenommenen Änderungsvorschläge des Europäischen Parlaments. Die erwähnten Konsultierungen und Erörterungen haben die Notwendigkeit aufgezeigt, den betroffenen Vertretern von Politik, Verwaltung und Unternehmen die Gründe für den Richtlinienvorschlag der Kommission und die Rechtfertigung der einzelnen Bestimmungen, die eine wirksamere Befolgung der Gemeinschaftsregeln für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge unabhängig von den eigentlichen Verbesserungen der Richtlinien zu diesen beiden Bereichen ermöglichen sollen, eingehender darzulegen.
7. Die Gründe, die die Kommission zu einer gemeinschaftsweiten Harmonisierung der Rechtsbeihilfe und zur Schaffung eines Systems vorbeugender Maßnahmen veranlaßten, sind nachstehend zusammengefaßt.

8. Die Gemeinschaftsregeln für das öffentliche Auftragswesen und insbesondere die Richtlinien über öffentliche Bauaufträge (71/305/EWG, 78/669/EWG) sowie diejenigen über öffentliche Lieferaufträge (77/62/EWG und 80/767/EWG) enthalten keine besonderen Vorschriften, die eine wirksame Überwachung ihrer Anwendung sicherstellen⁽¹⁾. Die Kommission hat aufgrund mehrjähriger Erfahrung festgestellt, daß die auf Gemeinschaftsebene und im einzelstaatlichen Rahmen bestehenden Mechanismen für die Kontrolle dieser Anwendung nicht ausreichen, um durch eine geeignete Überwachung die volle Einhaltung der einschlägigen Gemeinschaftsvorschriften sicherzustellen, bevor Verstöße nicht wiedergutzumachende Folgen haben.
9. Die Kommission hat in der Tat feststellen können, daß die Vergabebehörden das einschlägige Gemeinschaftsrecht und das nationale Recht in verschiedenen Stadien des Vergabeverfahrens verletzen können. Unter den wichtigsten und häufigsten Verstößen wären zu nennen:
- die Nichtveröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften;
 - die ungerechtfertigte Verwendung außergewöhnlicher Vergabeverfahren;
 - der ungerechtfertigte Verweis auf die Dringlichkeit, um die Fristen für die Veröffentlichung zu verkürzen;
 - die Ausschreibung (Lokalpresse und Amtsblatt der EG) oder andere Dokumente, in denen die Vergabebedingungen festgelegt werden, enthalten administrative, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Klauseln (vor allem im Bereich der technischen Spezifikationen, die Pflicht zur Anwendung nationaler Normen, obwohl europäische Normen bestehen), die mit dem geltenden Gemeinschaftsrecht unvereinbar sind;
 - der rechtswidrige Ausschluß von Bietern oder Bewerbern aus anderen Mitgliedstaaten;
 - diskriminierende Praktiken bei der Vergabe des Auftrags, zum Beispiel die diskriminierende Anwendung der Regeln über ungewöhnlich niedrige Preise.

(1) Hierbei ist zu bemerken, daß der geänderte Vorschlag über die Vergabe öffentlicher Bauaufträge vom 20. Juni 1988 (KOM/88/354 endg.), der allerdings noch nicht in Kraft ist, eine Bestimmung vorsieht, die dem öffentlichen Auftraggeber vorschreibt, den abgelehnten Bietern oder Bewerbern auf deren begründeten Antrag die Gründe für die Ablehnung ihres Angebots oder ihrer Bewerbung mitzuteilen. Diese Bestimmung ist jedoch nur wirksam, wenn den abgelehnten Unternehmen brauchbare Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen.

10. Wie diese Beispiele illustrieren, erfolgen Verstöße gegen Gemeinschaftsregeln für öffentliche Aufträge meist, bevor der eigentliche Zuschlag endgültig erteilt wird. Die Vergabeverfahren sind jedoch kurz, die Aufträge werden innerhalb einer Frist von wenigen Wochen erteilt. Daher muß im Falle eines Verstoßes gegen die Gemeinschaftsregeln ein rasches Eingreifen möglich sein. Außerdem ist zu beachten, daß die meisten dieser Verstöße sich grundlegend von anderen Verstoßarten unterscheiden, da die Unregelmäßigkeiten formeller Art sind. In der Tat reicht eine formelle Unregelmäßigkeit aus, um ein Unternehmen von einem bestimmten Vergabeverfahren auszuschließen, was diskriminierende Praktiken erleichtert.
11. Die Anzahl der in der Gemeinschaft vergebenen öffentlichen Aufträge ist hoch. Allein in den unter die derzeitigen Richtlinien fallenden Bereichen wurden 1986 9.500 Bekanntmachungen im Amtsblatt der Gemeinschaft veröffentlicht, während es 1987 bereits 11.617 waren, das bedeutet eine Steigerung von 22,3 %. Die Anzahl der auf einzelstaatlicher Ebene veröffentlichten Aufträge, auf die die Vertragsregeln Anwendung finden, kann in einem einzigen Mitgliedstaat mehrere Zehntausend und in den großen Mitgliedstaaten sogar mehrere Hunderttausend erreichen.
12. Sollen die Möglichkeiten des Binnenmarktes optimal genutzt werden, und die Gemeinschaftsregeln für das öffentliche Auftragswesen eine reale Wirkung haben, mit der festgefahrene Denkweisen verändert werden können, so ist es unerlässlich, daß die Unternehmer auf einzelstaatlicher und örtlicher Ebene über leicht zugängliche und wirksame Rechtsbehelfe verfügen.
13. Die Kommission hat festgestellt, daß die Rechtsbehelfe in den einzelnen Mitgliedstaaten sowohl auf Ebene der außergerichtlichen als auch der gerichtlichen Instanzen unterschiedlich gestaltet sind, was zu einer Ungleichbehandlung der Rechtssubjekte und einer unterschiedlichen Rechtslage in den einzelnen Mitgliedstaaten in bezug auf die Verletzung des Gemeinschaftsrechts führt.

14. Nachstehend werden einige Beispiele angeführt, die einen Überblick über die Unterschiede zwischen den einzelstaatlichen Regelungen und die in ihnen enthaltenen Lücken vermitteln:

a) außergerichtliche Rechtsbehelfe:

- die Organisation dieser Rechtsbehelfe basiert meistens auf einer pragmatischen Grundlage, die dem Beschwerdeführer keine wirklichen Garantien einräumt; in einigen Mitgliedstaaten (Griechenland, Spanien, Italien, Portugal, Frankreich) besteht jedoch ein relativ gut strukturiertes System außergerichtlicher Rechtsbehelfe;
- die Möglichkeit einer Aussetzung des Vergabeverfahrens besteht nur in einigen wenigen Mitgliedstaaten;
- die Möglichkeit, den Beschluß der Vergabebehörde zu annullieren oder rückgängig zu machen, ist nicht in allen Mitgliedstaaten gegeben;
- die Möglichkeit einer direkten Entschädigung für die beschwerdeführenden Unternehmen durch die Verwaltungsinstanzen besteht praktisch in keinem Mitgliedstaat.

b) gerichtliche Rechtsmittel:

- eine Aussetzung des Vergabeverfahrens wird nur in Ausnahmefällen in einigen Mitgliedstaaten in Erwägung gezogen und wird fast nie vorgenommen;
- die Möglichkeit der Aufhebung des Beschlusses der Vergabebehörden besteht nur in bestimmten Mitgliedstaaten;
- die Möglichkeit einer Schadensersatzklage ist in bestimmten Mitgliedstaaten derart beschränkt und mit soviel Unsicherheit verbunden, daß sie nur theoretisch besteht;
- die Möglichkeiten des Beitritts Dritter zu einem gerichtlichen Verfahren sind ebenfalls sehr unterschiedlich und sind in einigen Mitgliedstaaten überhaupt nicht gegeben.

15. Eines der Hauptziele des Vorschlags der Kommission ist die Sicherstellung einer minimalen Koordinierung und einer Verstärkung des einzelstaatlichen Rechtsschutzes, um den benachteiligten Unternehmern und Lieferanten, im Hinblick auf die vorschriftsmäßige Anwendung der Regeln für das öffentliche Auftragswesen, rasche Einspruchsmöglichkeiten vor Verwaltungs- und Gerichtsinstanzen zu gewährleisten.
16. Die angestrebte Verbesserung der einzelstaatlichen Rechtsbehelfe reicht jedoch allein nicht aus, um die Beachtung der Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge zu garantieren. Die Kommission stellte fest, daß manche Unternehmen zögern, Klage gegen eine Vergabebehörde zu erheben, da sie ungünstige Folgen für ihre Beziehungen zu den öffentlichen Auftraggebern befürchten, auch wenn sie das Opfer einer offensichtlichen Diskriminierung sind.
17. Es ist daher erforderlich, daß die Kommission als Hüterin des Gemeinschaftsrechts einschreiten kann, um die Beachtung dieser Vorschriften zu erwirken. Die ihr derzeit zur Verfügung stehenden Mechanismen sind der besonderen Natur der Verstöße im öffentlichen Auftragswesen nicht angepaßt. Das in Artikel 169 EWG-Vertrag vorgesehene Verfahren zur Feststellung eines Verstoßes ist in der Tat schwerfällig und langsam (das Urteil ergeht normalerweise innerhalb von zwei Jahren nach Erhebung der Klage durch die Kommission). Es eignet sich außerdem nicht zur Behebung formeller Unregelmäßigkeiten, wie sie bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vorkommen. Dieses Verfahren wird meistens erst abgeschlossen, wenn die Folgen des Verstoßes nicht wiedergutzumachen sind. Außerdem betrifft das Verfahren aus Artikel 169 lediglich die Mitgliedstaaten und erlaubt der Kommission im allgemeinen kein unmittelbares Einschreiten gegen Einzelbeschlüsse einer Vergabestelle.

18. Die Kommission kann anlässlich der Klage auf Feststellung eines Verstoßes einstweilige Maßnahmen zur Aussetzung des Vergabeverfahrens beantragen. Auch wenn diese Klage zulässig ist, wie z.B. in der Rechtssache "La Spezia" (Beschluss 194/88 - vom 27. September 1988), ist das Verfahren schwerfällig und wenig zur raschen Behebung von den Vergabebehörden zur Last zu legenden Verstößen gegen ihre Verpflichtungen geeignet.
19. Die Tatsache, daß die Klage auf Feststellung eines Verstoßes keine Wirkungen zeitigt, ermutigt zu etwaigen Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht und hat zur Folge, daß die Unternehmer und Lieferanten keinen Einspruch gegen solche Verstöße erheben.
20. Die Kommission ist der Auffassung, daß sie eines neuen, administrativen Instrumentes bedarf, welches der Wirklichkeit besser angepaßt ist, als das Verfahren nach Artikel 169. Daher schlägt die Kommission außer dem Verfahren nach Artikel 169 ein besonderes Verfahren vor, welches ihr erlaubt, rasch und vorbeugend einzugreifen, bevor ein irreversibles Stadium des Vergabeverfahrens erreicht wurde, ohne ein streitiges Verfahren erforderlich zu machen. Die Kommission wird dieses neue Verfahren nur unter der Voraussetzung nutzen, daß es sich um einen dringenden Fall handelt, und eine offensichtliche Unregelmäßigkeit vorliegt.

21. Im Hinblick auf Überwachung und Einschreiten versteht es sich von selbst, daß die Kommission vor der Entscheidung zur Aussetzung des Verfahrens Kontakt zu der Vergabebehörde aufnimmt, um eine gütliche Lösung zu erzielen. Nur wenn diese Behörde sich nicht kooperativ zeigt, kann die Kommission die vorübergehende Aussetzung eines laufenden Vergabeverfahrens bewirken.
22. Falls die Vergabebehörde die Bemerkungen der Kommission berücksichtigt, wird das Vergabeverfahren fortgesetzt. Andernfalls kann die Behörde Einspruch gegen die Entscheidung zur Aussetzung erheben. Auf keinen Fall kann die Aussetzung des Verfahrens länger als drei Monate währen. Der geänderte Vorschlag legt die Befugnis der Kommission zur Aussetzung genau fest, indem er bestimmt, daß sie nur bis zum Zeitpunkt des endgültigen Zuschlags besteht. Die Kommission muß sich ferner dazu verpflichten, ihre Aussetzungsentscheidung zu überprüfen, falls sie hierzu von dem für die Vergabebehörde zuständigen Mitgliedstaat aufgefordert wird. Dieser Möglichkeit der Aufforderung zur erneuten Überprüfung kommt besondere Bedeutung zu, da sie dem betroffenen Mitgliedstaat die Sicherheit gibt, daß alle den jeweiligen Fall betreffenden Gesichtspunkte gebührend berücksichtigt werden. Der Vorschlag nennt die Fälle, in denen eine Aussetzung des Verfahrens möglich ist, und bezieht sich auf die laut EWG-Vertrag bestehenden Garantien betreffend die Klage wegen vermuteten Ermessensmißbrauchs der Kommission. Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß es für dieses dreimonatige Stillhalteverfahren, das die Kommission betreiben könnte, einen Präzedenzfall in der Richtlinie 83/189 vom 28. März 1983 gibt, die ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften vorsieht⁽¹⁾.
23. Die von der Kommission angenommenen Änderungen des Europäischen Parlaments und die hier aufgeführten Überlegungen machen eine Änderung des ursprünglichen Vorschlags der Kommission erforderlich. Zum besseren Verständnis wird darauf hingewiesen, daß diese Unterlage den Vorschlag der Kommission vom Juli 1987 sowie die in der Einleitung genannten (siehe oben) neuen Punkte umfaßt.

Die neuen Punkte sind unterstrichen.

(1) ABl. L 109/8 vom 26. April 1983.

II. ERLÄUTERUNGEN ZU DEN EINZELNEN ARTIKELN

ARTIKEL 1

1. Um die Transparenz und Nichtdiskriminierung zu garantieren, die durch die Richtlinien des Rates 77/62/EWG und 80/767/EWG⁽¹⁾ über öffentliche Lieferaufträge und durch die Richtlinien des Rates 71/305/EWG und 78/669/EWG⁽²⁾ über öffentliche Bauaufträge eingeführt worden sind, müssen Unternehmer bzw. Lieferanten über wirksame und rasch einsetzbare administrative Rechtsbehelfe und gerichtliche Rechtsmittel verfügen, die es ermöglichen, in jedem Stadium des Verfahrens der Auftragsvergabe einzugreifen, wenn eine in den Gemeinschaftsregeln definierte Vergabebehörde gegen gemeinschaftliche oder einzelstaatliche Bestimmungen für das öffentliche Auftragswesen verstößt; diese Möglichkeit sollte nicht nur - wie dies zur Zeit der Fall ist - in einigen Mitgliedstaaten bestehen, sondern in der gesamten Gemeinschaft.
2. Zu diesem Zweck sieht Artikel 1 die Einführung solcher Einspruchsmöglichkeiten in denjenigen Mitgliedstaaten vor, in denen sie noch nicht bestehen, sowie die Verbesserung der in anderen Mitgliedstaaten bestehenden Verfahren, mit denen noch kein wirksames und rasches Eingreifen möglich ist. Artikel 1 legt auch fest, welche Personen diese Rechtsmittel einlegen können.

(1)- Richtlinie des Rates vom 21.12.1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge; ABl. EG vom 15.1.1977, Nr. L13;
- Richtlinie des Rates vom 22.7.1980 zur Anpassung und Ergänzung der Richtlinie 77/62/EWG hinsichtlich bestimmter öffentlicher Auftraggeber; ABl. EG vom 18.8.1980, Nr. L 215.

(2)- Richtlinie des Rates 71/305/EWG vom 26.7.1971 über die Koordinierung zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge; ABl. EG vom 18.8.1971 Nr. L 185;
- Richtlinie des Rates 78/669/EWG zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG; ABl. EG vom 16.8.1978, Nr. L 225.

3. Im Anschluß an die Stellungnahme des Parlaments und an die Erörterungen mit den Wirtschaftskreisen wurde beschlossen, eine neue Fassung des Artikels 1 vorzuschlagen, der sich jetzt darauf beschränkt, allgemeine Ziele der Richtlinie betreffend die den Unternehmern zur Verfügung zu stellenden Rechtsbehelfe festzulegen.
4. Der Inhalt der beiden Unterabsätze des ersten Absatzes in Artikel 1 sowie seiner Absätze 2 und 3 wurden in den neuen Artikel 2 aufgenommen.

ARTIKEL 2

5. Der neue Artikel 2 präzisiert die in Artikel 1 erwähnten Maßnahmen, die die zuständigen Verwaltungs- und Gerichtsinstanzen treffen können. Der Ausdruck "zuständiges Gericht" wird durch "zuständige Spruchinstanzen" ersetzt, um der Rechtslage in einem Mitgliedstaat Rechnung zu tragen, in dem Rechtsbehelfe sowohl vor einem Gericht als auch vor einem Schiedsgericht bestehen.
6. Die Richtlinie überläßt den Mitgliedstaaten die freie Wahl, ob sie Systeme der Einspruchsmöglichkeiten vor Verwaltungsinstanzen, die über die erforderlichen Befugnisse verfügen, oder vor Gerichtsinstanzen, die ebenfalls über die entsprechenden Befugnisse verfügen, schaffen oder verbessern wollen.

7. In einigen Mitgliedstaaten muß der Beschwerdeführer zunächst administrative Rechtsbehelfe einlegen, bevor er von gerichtlichen Rechtsmitteln Gebrauch machen kann; der Wortlaut in Artikel 2 und insbesondere der Satzteile "die zuständige Verwaltungsinstanz oder das zuständige Gericht ermächtigen" ist dahin auszulegen, daß ein vorheriger Einspruch bei einer Verwaltungsinstanz weiterhin möglich ist, wenn es sich um eine rasche Einspruchsmöglichkeit handelt.
8. Die in dem neuen Artikel 2 Absatz 1 aufgeführten Maßnahmen sind in folgende Gruppen aufgeteilt:
 - a) vorläufige Maßnahmen im Wege der einstweiligen Verfügung, wie z.B. Maßnahmen zur Aussetzung des Vergabeverfahrens oder der Durchführung der Entscheidung der Vergabebehörde;
 - b) Zwangsmaßnahmen zur Aufhebung diskriminierender technischer, wirtschaftlicher oder finanzieller Bedingungen;
 - c) Maßnahmen zur Aufhebung rechtswidriger Beschlüsse und zur Gewährung von Schadensersatz für die geschädigten Unternehmen. Der neue Wortlaut sieht vor, daß diese Aufhebung die Auswirkungen unberührt läßt, die sich aus der Aufhebung für den betreffenden Vertrag ergeben können. In bestimmten Mitgliedstaaten bewirkt die Aufhebung des Beschlusses der Vergabebehörde automatisch auch die Ungültigkeit des Vertrags. In anderen Mitgliedstaaten bildet die Aufhebung des Beschlusses der Vergabebehörde durch eine Verwaltungsinstanz den erforderlichen ersten Schritt, um anschließend eine Schadensersatzklage einreichen zu können, im allgemeinen vor einem Zivilgericht. Somit bedeutet der Vorschlag der Kommission keinen Versuch zur gemeinschaftsweiten Harmonisierung der Auswirkungen der Aufhebung des Beschlusses einer Vergabebehörde auf den betreffenden Vertrag.

9. Die Bestimmungen des neuen Artikels 2 Absatz 2 sollen sicherstellen, daß die Verwaltungsinstanz, bei der Einspruch eingelegt werden kann, tatsächlich über die notwendigen Befugnisse verfügt, um ihre Entscheidungen wirksam ausführen zu lassen und diese Ausführung zu überwachen. Absatz 3 garantiert die Transparenz und die Einspruchsmöglichkeiten, wenn die zuständige Verwaltungsinstanz Maßnahmen im Wege der einstweiligen Verfügung getroffen hat (Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a)), indem er festlegt daß diese Entscheidungen begründet werden müssen, und jede unrechtmäßige Maßnahme oder jeder Ermessensmißbrauch Gegenstand einer gerichtlichen Klage sein kann.

ARTIKEL 3

10. Im Lauf eines gerichtlichen oder administrativen Verfahrens, das ein Unternehmer oder Lieferant vor der zuständigen Instanz eingeleitet hat, muß die Kommission die Möglichkeit haben, die Gemeinschaftsvorschriften gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofes im Bereich des öffentlichen Auftragswesens geltend zu machen. Diese Möglichkeit, die der Kommission mit diesem Artikel garantiert wird, trägt zu einer einheitlichen Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts im Bereich des öffentlichen Auftragswesens bei, und hat zur Folge, daß die Vergabestellen besser über ihre Verpflichtungen aus diesen Vorschriften informiert werden.
11. Die neue Formulierung gilt auch für den Fall, daß die Kommission sich durch einen Anwalt vertreten läßt oder ihre Argumente schriftlich übermittelt.

ARTIKEL 4 UND 5

12. Angesichts des besonderen Charakters der Verstöße gegen die Gemeinschaftsregeln auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens, der Kürze der Vergabeverfahren, die ein sofortiges Einschreiten gegen Verstöße erforderlich macht, sowie der rechtlichen Einschränkung und der derzeitigen Schwerfälligkeit des Tätigwerdens der Kommission und des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften im Falle eines Verstoßes, scheint es zweckmäßig, daß die Kommission in dringlichen Fällen aufgrund einer Beschwerde oder von Amts wegen bei der Vergabebehörde intervenieren kann, um während eines begrenzten Zeitraums das Vergabeverfahren auszusetzen. Auf diese Weise könnte verhindert werden, daß durch eine rechtswidrige Vergabe des Auftrags nicht wiedergutzumachende Schäden entstehen.
13. Der Vergabebehörde würde eine Stillhaltefrist auferlegt. Diese Frist kann von der Kommission und der Vergabestelle dazu genutzt werden, gemeinsam zu untersuchen, wie die unterschiedlichen Standpunkte in Einklang gebracht und zufriedenstellende Lösungen im Blick auf das Gemeinschaftsrecht erzielt werden können.
14. Dieser administrative Mechanismus zur Aussetzung bietet eine viel größere Flexibilität und erlaubt im allgemeinen eine raschere Lösung als das derzeitig bestehende Verstoßverfahren aufgrund von Artikel 169, das umständlich ist, auch wenn die Kommission - wie in der Rechtssache "La Spazia" (Beschuß 194/88 - Slg. vom 27. September 1988) - vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften im Wege der einstweiligen Verfügung eine Aussetzung des Vergabeverfahrens erwirkt. In der Tat ist das Verstoßverfahren aufgrund von Artikel 169 auch dann schwerfällig und kaum für eine rasche Behebung von Verstößen der Vergabestellen gegen ihre Verpflichtungen geeignet, wenn die Anrufung des Gerichtshofs mit einem Antrag auf Aussetzung der Zuschlagserteilung einhergeht.

15. Die in Artikel 4 vorgesehene Stillhaltefrist ist auf drei Monate beschränkt; anschließend kann die Vergabestelle den Zuschlag erteilen, unbeschadet einer späteren Klage der Kommission oder des Unternehmers/Lieferanten hinsichtlich der Vereinbarkeit dieses Zuschlags mit dem Gemeinschaftsrecht oder dem einzelstaatlichen Recht.
16. Die Änderungen des Wortlauts von Artikel 5 berücksichtigen die Reaktionen des Parlaments, der Wirtschaftsträger und der Vertreter der einzelstaatlichen Verwaltungen auf den ursprünglichen Vorschlag; sie befürchteten, daß der Kommission bedeutende Befugnisse übertragen würden, ohne gleichzeitige Garantien, die einen Mißbrauch dieser Befugnisse ausschließen.
17. Daher will die Kommission ihre Aussetzungsbefugnis deutlich eingrenzen, indem sie in Artikel 5 Absatz 1 festlegt, daß ihr Eingreifen nach dem endgültigen Zuschlag nicht mehr möglich ist, und somit den Grundsatz der Rechtssicherheit wahren. Ferner beschränkt sie die Fälle des offensichtlichen Verstoßes, in denen sie eine Aussetzung veranlassen kann; in den Fällen a), b) und c) handelt es sich um Verstöße im Bereich des Verfahrens. Die neue Fassung von Artikel 5 Absatz 2 erläutert das Verfahren.

18. Zwei neue Punkte wurden hinzugefügt, um die Begrenzungen der Befugnis der Kommission zur Aussetzung zu verdeutlichen.
19. Der erste Punkt ist verfahrenstechnischer Art und sieht vor, daß die Kommission sich verpflichtet, den Aussetzungsbeschluß erneut zu überprüfen, falls der Mitgliedstaat, dem die Vergabebehörde untersteht, sie dazu auffordert. Diesem Antrag auf Überprüfung kommt große Bedeutung zu, da er dem betreffenden Mitgliedstaat zusichert, daß alle sachdienlichen Gesichtspunkte in gebührender Weise geprüft werden.
20. Der zweite Punkt ist ein Verweis auf die im EWG-Vertrag enthaltenen Garantien betreffend Klagen wegen Ermessensmißbrauchs der Kommission. In der Tat können die Mitgliedstaaten, die Vergabebehörde sowie das geschädigte Unternehmen bzw. die geschädigten Unternehmen Artikel 173 des Vertrages geltend machen, falls die Kommission ihre Befugnis zur Aussetzung mißbraucht, und beim Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften Klage gegen den Aussetzungsbeschluß erheben. Ziel einer solchen Klage kann es sein, daß der Gerichtshof die angefochtene Handlung für nichtig erklärt (vgl. Artikel 174 des EWG-Vertrages) und die Kommission zum Ersatz des Schadens verurteilt (Artikel 215 und 178 des Vertrages). Gemäß Artikel 185 und 186 des Vertrages können die Mitgliedstaaten, die Vergabebehörde und das geschädigte Unternehmen bzw. die geschädigten Unternehmen den Gerichtshof auch darum ersuchen, die Durchführung des Aussetzungsbeschlusses der Kommission auszusetzen.
21. Es gibt also zahlreiche Einspruchsmöglichkeiten, die es erlauben sollten, die Befürchtungen, die durch die vorgeschlagene Aussetzungsbefugnis der Kommission geweckt wurden, zu mindern.

62/89

Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsregeln im Rahmen der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (*)

KOM(88) 733 endg. — SYN 89

(Gemaß Artikel 149 Absatz 3 des EWG-Vertrags von der Kommission vorgelegt am 25. November 1988)

(89/C 15/07)

DER RAT DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN —

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, insbesondere auf Artikel 100a,

auf Vorschlag der Kommission,

in Zusammenarbeit mit dem Europäischen Parlament,

nach Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses,

in Erwägung nachstehender Gründe:

Die Gemeinschaftsvorschriften im Bereich der öffentlichen Aufträge und vor allem die Richtlinien des Rates über öffentliche Lieferaufträge sowie die Richtlinien über öffentliche Bauaufträge enthalten keine spezifischen Vorschriften, die eine tatsächliche Kontrolle ihrer Anwendung gewährleisten.

Die auf einzelstaatlicher Ebene und auf Gemeinschaftsebene vorhandenen Mechanismen zur Kontrolle der Anwendung dieser Regeln sind nicht ausreichend, um eine lückenlose Kontrolle der Einhaltung dieser Vorschriften zu ermöglichen, bevor ihre Übertretung nicht wiedergutzumachende Folgen hat.

Die Öffnung des öffentlichen Auftragswesens für den gemeinschaftsweiten Wettbewerb setzt eine beträchtliche Verstärkung der Garantien im Bereich der Transparenz und der Nichtdiskriminierung voraus. Damit diese Öffnung wirksam sein kann, muß die Möglichkeit bestehen, rechtswidrige Praktiken im Verlauf der Vergabe öffentlicher Aufträge wirksam und rasch zu bekämpfen.

Das Fehlen oder die Unzulänglichkeit administrativer oder gerichtlicher Beschwerdeverfahren in zahlreichen Mitgliedstaaten kann die Unternehmen in der Gemeinschaft davon abhalten, sich um Aufträge in einem anderen Mitgliedstaat zu bewerben. Deshalb müssen die betreffenden Mitgliedstaaten entsprechende Beschwerdemöglichkeiten schaffen.

Angeichts der Kürze der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge muß die zuständige Verwaltungsstelle oder das zuständige Gericht befugt sein, Sicherheitsmaßnahmen zu erlassen, vor allem, um das Vergabeverfahren oder die Durchführung etwaiger Beschlüsse der Vergabebehörde auszusetzen.

Die Kommission muß die Möglichkeit haben, im Laufe eines administrativen oder gerichtlichen Verfahrens an der zuständigen Instanz die Gemeinschaftsrechtslage geltend zu machen und die Ziele der Gemeinschaftsregeln darzulegen.

Der besondere Charakter der Verstöße gegen die Gemeinschaftsregeln im Bereich der öffentlichen Aufträge sowie die Kürze der Vergabeverfahren machen eine dringliche Behandlung dieser Verstöße notwendig.

Die Unternehmen zögern manchmal, gegen Vergabebehörden vorzugehen, da sie nachteilige Auswirkungen auf ihre Beziehungen zu ihnen befürchten; daher kann es sein, daß die Unternehmen nur wenig Maßnahmen im Wege der einstweiligen Verfügung zur Aussetzung der Vergabeverfahren beantragen, auch wenn im Rahmen dieser Verfahren offensichtliche Verstöße begangen wurden.

Die Kommission als Hüterin der Gemeinschaftsregeln muß daher über die Möglichkeit verfügen, das Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags in genau festgelegten Verstößfällen vorübergehend auszusetzen, um zu verhindern, daß aufgrund einer rechtswidrigen Vergabe nicht wiedergutzumachende Schäden entstehen.

Der Vertrag garantiert die Möglichkeit, vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften gegen einen mißbräuchlichen Aussetzungsbeschluß der Kommission Klage zu erheben und gegebenenfalls die Aussetzung dieses Beschlusses zu erwirken —

HAT FOLGENDE RICHTLINIE ERLASSEN

Artikel 1

Die Mitgliedstaaten treffen geeignete Maßnahmen, um sicherzustellen, daß ein Unternehmer oder Lieferant, der sich an einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Liefer- oder Bauaufträge beteiligt, sowie ein hierzu bevollmächtig-

(*) ABI Nr. C 230 vom 28. 8. 1987, S. 6

ter Dritter in jedem Stadium des Vergabeverfahrens über wirksame und rasch einsetzbare außergerichtliche und gerichtliche Rechtsbehelfe gegen Beschlüsse der in den Gemeinschaftsregeln für das öffentliche Auftragswesen definierten Vergabebehörde verfügt, falls sie gegen die Gemeinschaftsregelung oder die einzelstaatliche Regelung im Bereich des öffentlichen Auftragswesens verstößt.

Artikel 2

(1) Die Maßnahmen nach Artikel 1 müssen die zuständigen außergerichtlichen oder gerichtlichen Instanzen ermächtigen,

- a) unverzüglich im Wege der einstweiligen Verfügung Maßnahmen zu ergreifen; dazu gehören Beschlüsse zur Aussetzung des Verfahrens zur Vergabe des betreffenden öffentlichen Auftrags oder der Durchführung des Beschlusses der Vergabebehörden;
- b) als Zwangsmaßnahme die Streichung diskriminierender technischer, wirtschaftlicher oder finanzieller Bedingungen in den Ausschreibungsdokumenten, Verdingungsunterlagen oder allen anderen Vertragsdokumenten anzuordnen;
- c) rechtswidrige Beschlüsse aufzuheben und den geschädigten Unternehmen Schadensersatz zuzusprechen, unbeschadet der Wirkungen, die die Aufhebung eines Beschlusses gemäß der einzelstaatlichen Regelung für den betreffenden Vertrag haben kann.

(2) In Anwendung von Artikel 1 und obigem Absatz 1 muß die zuständige außergerichtliche Instanz befähigt werden, ihre Entscheidungen über die eingelegten Rechtsbehelfe wirksam ausführen zu lassen und diese Ausführung zu überwachen.

(3) Werden die in Absatz 1 Buchstabe a) vorgesehenen Maßnahmen von einer außergerichtlichen Instanz getroffen, so müssen die Entscheidungen auf jeden Fall begründet werden. In diesem Fall muß für jede unrechtmäßige Maßnahme der zuständigen außergerichtlichen Instanz oder jeden Mißbrauch ihrer Befugnisse ein Rechtsbehelf vorgesehen sein.

Artikel 3

Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, daß die zuständigen außergerichtlichen und gerichtlichen Instanzen der Kommission ermöglichen, im Rahmen der in Artikel 2 genannten Verfahren das Gemeinschaftsrecht geltend zu machen.

Artikel 4

In Übereinstimmung mit Artikel 5 kann die Kommission in dringenden Fällen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge für höchstens drei Monate aussetzen.

Artikel 5

(1) Die Entscheidung zur Aussetzung kann in jedem Stadium des Verfahrens zur Vergabe des Auftrags vor Erteilung des Zuschlags erfolgen, wenn die Kommission feststellt:

- a) die Nichtveröffentlichung der Ausschreibung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften;
- b) die nicht gerechtfertigte Verwendung von Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung;
- c) die Verwendung von nicht mit dem Gemeinschaftsrecht zu vereinbarenden administrativen, finanziellen, wirtschaftlichen oder technischen Klauseln in der Ausschreibung (nationale Bekanntmachung und Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften) und in allen anderen Dokumenten, in denen die Vergabebedingungen festgelegt sind;
- d) den nicht mit dem Gemeinschaftsrecht zu vereinbarenden Ausschluß eines Unternehmers oder eines Lieferanten von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren.

(2) Die Aussetzung wird der Vergabebehörde sowie dem betreffenden Mitgliedstaat mitgeteilt. Die Kommission kann sie im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlichen.

Die Kommission fordert die Vergabebehörde auf, den Verstoß umgehend zu beheben und sie davon zu unterrichten. Nach Behebung des Verstoßes innerhalb der in Artikel 4 festgesetzten Frist wird das Vergabeverfahren fortgesetzt.

Unbeschadet des Artikels 173 des Vertrages überprüft die Kommission ihre Entscheidung zur Aussetzung, wenn sie von dem für die Vergabestelle zuständigen Mitgliedstaat dazu aufgefordert wird.

Artikel 6

Die Mitgliedstaaten setzen bis spätestens ... die erforderlichen Maßnahmen in Kraft, um dieser Richtlinie nachzukommen. Sie teilen der Kommission den Wortlaut der wichtigsten innerstaatlichen Vorschriften mit, die sie auf dem unter diese Richtlinie fallenden Gebiet erlassen

Artikel 7

Diese Richtlinie ist an die Mitgliedstaaten gerichtet

10.03.89

Beschluß**des Bundesrates**

zum

Geänderten Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Koordination der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsregeln im Rahmen der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge

KOM(88) 733 endg.; Ratsdok. 10497/88

Der Bundesrat hat in seiner 598. Sitzung am 10. März 1989 zu der Vorlage wie folgt Stellung genommen:

1. Der Bundesrat hat in einer ersten Stellungnahme vom 25. September 1987 - Drs. 298/87 (Beschluß) - zwar eindeutig Stellung bezogen für eine verstärkte Öffnung der Märkte auf dem Gebiet der Vergabe öffentlicher Aufträge, um damit die Vollendung des Binnenmarktes bis 1992 weiter voranzutreiben.

Die dazu notwendigen Regelungen müssen jedoch einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen der Auftraggeber an einer raschen und unbürokratischen Verwirklichung öffentlicher Liefer- und Bauaufträge einerseits und der Forderung potentieller Auftragsbewerber nach größtmöglicher Transparenz und Öffnung der Verfahren andererseits sicherstellen.

Gegen den Kommissionsvorschlag für eine "Überwachungs-Richtlinie" wurden vom Bundesrat schon damals schwerwiegende Bedenken vorgetragen, die schließlich zu dem Beschluß führten, die Bundesregierung zu bitten, den Richtlinienvorschlag abzulehnen.

...

2. Der nunmehr vorliegende geänderte Vorschlag der Kommission vom 8. Dezember 1988, der die Stellungnahme des Europäischen Parlaments vom 18. Mai 1988 berücksichtigt, trägt den Bedenken und Forderungen des Bundesrates nicht Rechnung.

3. Es ist deshalb erforderlich, daß der Bundesrat seine Auffassung in dieser Angelegenheit erneut darlegt:

- Die mit Beschluß des Bundesrates vom 25. September 1987 niedergelegten Bedenken und Forderungen werden uneingeschränkt aufrecht erhalten.
- Die in Artikel 1 des geänderten Richtlinienvorschlags vorgesehenen Rechtsbehelfe gegen Vergabeentscheidungen lassen außer acht, daß eine rasche Abwicklung solcher Entscheidungen im öffentlichen Interesse liegt. Langwierige Gerichtsverfahren - womöglich durch mehrere Instanzen - wirken sich nicht nur investitionshemmend aus, sondern hätten häufig auch schwere Nachteile für die Allgemeinheit zur Folge. Demgegenüber sichert die derzeit in der Bundesrepublik mögliche Beschwerde, die in allen Verfahrensstadien erhoben werden kann, nicht nur eine rasche Abwicklung. Sie gewährleistet auch die Durchsetzung des EG-Rechts und des nationalen Vergaberechts. Im Interesse deutscher Auftragsbewerber muß jedoch sichergestellt werden, daß entsprechende Regelungen in der gesamten Gemeinschaft Anwendung finden.
- Das in Artikel 3 vorgesehene Mitwirkungsrecht der Kommission würde wie auch das in Artikel 4 angesprochene Aussetzungsrecht grundlegenden Prinzipien eines föderalen Staatsaufbaues und - soweit kommunale Vergabestellen betroffen sind - dem kommunalen Selbstverwaltungsrecht

Drucksache 62/89 (Beschluß)

widersprechen. Im übrigen würde in beiden Fällen eine neuartige, vom EG-Vertrag nicht gedeckte Mischverwaltung begründet und die klare Kompetenzverteilung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten verwischt. Verfahrensverzögernde und investitionshemmende Konsequenzen würden auch hier in schwerwiegendem Maße eintreten.

- Die Einführung einer neuen Anspruchsgrundlage für Schadensersatzleistungen ist zu vermeiden. In der Bundesrepublik hat die Rechtsprechung dazu bereits Grundsätze entwickelt. Die Zuerkennung von Schadensersatz durch Verwaltungsbehörden kann nicht in Betracht kommen, da dies mit den Aufgaben dieser Behörden nicht vereinbar ist.
4. Der Bundesrat bittet die Bundesregierung daher, auch den neugefaßten Richtlinienvorschlag, der unverändert in erheblichem Umfang Kompetenzen und wesentliche Interessen der Länder betrifft, in dieser Form in den Gremien der Gemeinschaft mit Entschiedenheit abzulehnen.

Für den Fall, daß eine Mehrheit für eine Ablehnung der gesamten Richtlinie nicht erreichbar ist, bittet der Bundesrat die Bundesregierung, zumindest durchzusetzen, daß keine gerichtlichen Rechtsbehelfe eingeführt werden und daß die Kommission keine Aussetzungs- und Mitwirkungsbefugnis erhält.