Bundesrat Drucksache 579/1/90

01.10.90

EG - Fz - In - R - Wi

Empfehlungen

der Ausschüsse

zum

Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor

KOM(90) 297 endg.

Punkt der 621. Sitzung des Bundesrates am 12. Oktober 1990

Der federführende Ausschuß für Fragen der Europäischen Gemeinschaften (EG),
der Finanzausschuß (Fz),
der Ausschuß für Innere Angelegenheiten (In),
der Rechtsausschuß (R) und
der Wirtschaftsausschuß (Wi)
empfehlen dem Bundesrat, zu der Vorlage wie folgt Stellung zu nehmen:

EG
Fz
In
Wi

1. Der Bundesrat begrüßt die Bestrebungen, daß im Weißbuch der Europäischen Gemeinschaften über die Vollendung des Binnenmarktes im Kapitel über das Öffentliche Auftragswesen niedergelegte Programm durchzuführen. Innerhalb des Binnenmarktes muß der freie Verkehr von Waren,

...

Ausgeliefert am 02. OKT. 1990

Alleinvertrieb Verlag Dr. Hans Heger Postfach 20 08 21, 5300 Bonn 2
ISSN 0720-2946

571/1/92

Dienstleistungen und Kapital gewährleistet sein. Die sachgerechte Verwirklichung dieses Ziels läßt neue Impulse für die Auftragsvergabe erwarten. Gegen den vorliegenden Vorschlag einer Sektorenüberwachungsrichtlinie bestehen jedoch erhebliche Bedenken.

Zum Richtlinienvorschlag im ganzen

EG Fz In Wi

2. Der Vorschlag der Kommission baut teilweise auf den Instrumenten der allgemeinen Überwachungsrichtlinie auf.

EG Fz In R Wi

3. Nach Auffassung des Bundesrates sind, soweit der vorliegende Richtlinienvorschlag parallele Problemstellungen mit der bereits verabschiedeten allgemeinen Überwachungsrichtlinie aufweist, zunächst die Erfahrungen mit dieser Richtlinie abzuwarten.

EG R

4. Erst dann, wenn sich aus ihnen ergeben sollte, daß die Überwachungsinstrumente nicht ausreichen, besteht Veranlassung, dem Erlaß verschärfter Überwachungsmaßnahmen näherzutreten.

EG Fz In Wi

5. Der vorliegende Vorschlag überzieht die Unternehmen der Daseinsvorsorge mit einem dichten Netz von Überwachungsmaßnahmen. Dabei wird übersehen, daß eine im öffentlichen Interesse liegende gesicherte Daseinsvorsorge eine rasche, unbürokratische Vergabe erfordert, die nicht durch zu weitgehende Überwachungsmaßnahmen gefährdet werden darf.

EG Fz In Wi

6. Die in Artikel 2 Abs. 1 Buchstabe a vorgesehene Möglichkeit der Aussetzung des Verfahrens ist mit erheblichen Risiken für die Versorgungswirtschaft und für die Allgemeinheit verbunden.

...

EG Fz In Wi 7. Erhebliche rechtliche Probleme wirft der Richtlinienvorschlag durch die Einbeziehung der privaten Unternehmen auf. Die Artikel 12 und 19 Abs. 3 des Grundgesetzes dürfen nicht verletzt werden.

EG Fz Jn Wi 8. Die in dem Richtlinienvorschlag vorgesehenen Berichts- und Mitteilungspflichten sind zu umfangreich. Sie sollten auf ein Mindestmaß reduziert werden.

Zu den einzelnen Vorschriften

Zu Artikel 1 und 2

EG R 9. Der Bundesrat verweist zu Artikel 1 und 2 auf seine Stellungnahme vom 25. September 1987 zum 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 (sog. allgemeine Überwachungsrichtlinie - BR-Drucksache 298/87 (Beschluß) -. Danach ist nach Artikel 189 UAbs. 3 EWGV in Richtlinien den innerstaatlichen Stellen der Mitgliedstaaten die Wahl der Form und Mittel zu belassen, die zur Verwirklichung der Zielsetzung einer Richtlinie geeignet sind. Diesem Erfordernis ist zur Vermeidung unzulässiger Eingriffe in die Kompetenzen der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Verfahrensrechts der Verwaltungsbehörden und Gerichte vor allem dann besonders Rechnung zu tragen, wenn es um die Sanktion von Verstößen gegen gemeinschaftsrechtliche Vorschriften geht. Mit diesen Grundsätzen läßt sich die in Artikel 1 und 2 vorgesehene Verpflichtung der Mitgliedstaaten nicht vereinbaren, den Nachprüfungsinstanzen im einzelnen vorgeschriebene Befugnisse, wie die Aussetzung von Vergabeverfahren und die Aufhebung von Vergabe-,

...

entscheidungen einschließlich der Streichung diskriminierender Spezifikationen, einzuräumen. Darüberhinaus greift diese Verpflichtung jedenfalls wegen der Detailliertheit und Kumulation der vorgesehenen Regelungen ungerechtfertigt in die nationalen Systeme des behördlichen und gerichtlichen Rechtsschutzes ein.

Zu Artikel 1 Abs. 3

EG Fz In Wi

10. Artikel 1 Abs. 3 Satz 2 sieht lediglich vor, daß die Mitgliedstaaten "verlangen können", daß derjenige, der ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten beabsichtigt, den Auftraggeber zuvor von dem behaupteten Rechtsverstoß und von der beabsichtigten Nachprüfung unterrichten muß. Zum Schutz der kommunalen Auftraggeber sollte diese Unterrichtung jedoch zum Regelfall werden. Daher sollte die Formulierung "können" zumindest in "sollen" abgeändert werden.

EG Fz In Wi

11. In Artikel 1 Abs. 3 ist das Wort "zumindest" zu streichen. Das Nachprüfungsverfahren darf nur von unmittelbar an einem bestimmten Auftrag Interessierten beantragt werden. Im übrigen muß zum Ausdruck kommen, daß nur solche Einsprüche erhoben werden dürfen, bei denen nachweisbar ein berechtigtes Interesse vorliegt.

Zu Artikel 2 Abs. 1 Buchstabe c

EG Fz In Wi

12. In Artikel 2 Abs. 1 Buchstabe c muß klargestellt werden, daß die Geltendmachung von Schadensersatz nur zulässig ist, wenn keine Heilung eines Verfahrensverstoßes möglich ist.

...

Zu Artikel 2 Abs. 7

EG
Fz
In
Wi
(bei Annahme entfällt Ziffer 14)

13. Die in Artikel 2 Abs. 7 vorgesehene Schadensersatzregelung ist weit überzogen und mit geltendem Recht sowie der Rechtsprechung unvereinbar. Die Beeinträchtigung einer Auftragschance rechtfertigt keinen Schadensersatzanspruch. Ein pauschalierter Schadensersatz von mindestens 1 % hat in Wirklichkeit den Charakter einer Geldstrafe. Artikel 2 Abs. 7 ist ersatzlos zu streichen und durch eine Regelung zu ersetzen, welche die Anwendung der nationalen Schadensersatzbestimmungen zuläßt.

R

14. Die in Artikel 2 Abs. 7 vorgesehene spezielle Schadensersatzregelung für Kosten der Vorbereitung eines Angebots oder für Kosten der Teilnahme an einem Auftragsvergabeverfahren ist bereits deshalb abzulehnen, weil sie eine Verschärfung gegenüber den in der allgemeinen Überwachungsrichtlinie vorgesehenen Überwachungsmaßnahmen darstellt, ohne daß eine solche Verschärfung wegen einer für die Sektorenrichtlinie spezifischen Problemstellung geboten ist.

Darüberhinaus ist die Regelung in Artikel 2 Abs. 7 auch deshalb abzulehnen, weil die vorgesehene Beweiserleichterung für potentielle Auftragnehmer in Verbindung mit einer pauschalierten Schadensersatzleistung von 1 % des Auftragswertes dazu führen kann, daß der Auftraggeber bei einer größeren Zahl von Auftragsbewerbern außerordentlich hohen Ersatzansprüchen ausgesetzt ist. Dies wäre in hohem Maße unangemessen und nach den Zielen des Richtlinienvorschlags auch nicht geboten. In Betracht käme allenfalls, daß der Schadensersatzbetrag von 1 % des Auftragswertes nur einmal zugesprochen werden könnte und bei mehreren Anspruchsberechtigten, von denen keiner

nachweisen kann, daß er den Auftrag erhalten hätte, auf diese gleichmäßig zu verteilen wäre. Zumindest dann, wenn der Antragsteller nicht nachweisen kann, daß er den Auftrag erhalten hätte, müßten auch über 1 % des Auftragswertes hinausgehende Schadensersatzansprüche ausgeschlossen sein.

Zu Artikel 3

EG Fz In Wi 15. Artikel 3 enthält insofern eine unbefriedigende Regelung, als einerseits der Auftraggeber einer lückenlosen Kontrolle seiner Vergabepraxis unterworfen wird, andererseits aber trotzdem vorläufige Maßnahmen gegen die Auftraggeber getroffen werden können. Zu fordern ist hier, daß das Bescheinigungsverfahren eine eigenständige Alternative zu allen sonstigen Eingriffsmöglichkeiten darstellt.

EG R 16. Die in Artikel 3 Satz 2 neben dem Bescheinigungsverfahren vorgesehene Anwendung von Artikel 11, der nach seiner systematischen Stellung und nach der Begründung im Richtlinienvorschlag wohl nur auf Auftraggeber angewendet werden soll, die dem Bescheinigungsverfahren unterliegen, kann nicht hingenommen werden. Die pauschale Überprüfung der Vergabepraxis im Bescheinigungsverfahren soll nach dessen Zielsetzung eine Überprüfung der konkreten Vergabeverfahren - wie sie Artikel 1 und 2 vorsehen - vermeiden, zumal gegen derartige Überprüfungen in bezug auf private Auftraggeber verfassungsrechtliche Bedenken aus Artikel 2 und 12 des Grundgesetzes bestehen können. Dieser Zielsetzung widersprächen die in Artikel 11 vorgesehenen vorläufigen Maßnahmen, da

...

diese ebenfalls zu einer Überprüfung konkreter Vergabeverfahren führen. Die Bundesregierung wird deshalb gebeten, auf eine Streichung des Artikels 3 Satz 2 und des Artikels 11 hinzuwirken.

EG Fz In Wi 17. Für das Bescheinigungsverfahren wird eine EG-einheitliche Prüfrichtlinie für erforderlich gehalten. Darin muß festgelegt werden, welche Unterlagen und mündliche Auskünfte vom Auftraggeber gefordert werden können.

Zu Artikel 4

EG Fz In Wi 18. Artikel 4 sieht mindestens einmal jährlich die Erteilung einer Bescheinigung vor. Gefordert wird hier ein 3-jähriger Turnus.

Zu Artikel 3 bis 11 im ganzen

EG R 19. In Kapitel 2 sollte eine Regelung getroffen werden, unter welchen Voraussetzungen die dort vorgesehene Bescheinigung zu erteilen ist, welchen Inhalt die Bescheinigung hat und welche Konsequenzen sich für den Auftraggeber ergeben, wenn bei der nach Artikel 7 durchgeführten Überprüfung, Verstöße gegen die einzelstaatlichen oder gemeinschaftlichen Vorschriften für das Auftragswesen festgestellt werden. Artikel 7 enthält lediglich eine Überprüfungspflicht und Artikel 8 eine Berichtspflicht der Personen, die Bescheinigungen über die Beschaffungsverfahren und -pratiken der Auftraggeber ausstellen. Auch Artikel 10 Abs. 1 führt insoweit nicht weiter. Dort wird vorausgesetzt, daß die Regelung nach Artikel 4 bis 9 für die Auftraggeber gilt, ohne daß geregelt wird, unter welchen Voraussetzungen sich die Auftraggeber auf diese Vorschriften berufen können.

...

5791/1/9C

Zu Artikel 7 und 8

EG R 20. Nach Auffassung des Bundesrates bedarf es in Artikel 7 nicht des weiteren Prüfungsgegenstandes, ob die Beschaffungsverfahren und -praktiken "potentiellen Lieferanten und Auftragnehmern eine angemessene Möglichkeit zur Erlangung von Aufträgen geboten haben", da nach Artikel 7 die Einhaltung der einzelstaatlichen und gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über die Auftragsvergabe ohnedies geprüft wird. Dasselbe gilt, soweit nach Artikel 8 Satz 2 Buchstabe a "Angaben darüber, ob die Beschaffungsverfahren und -praktiken der Auftraggeber potentiellen Lieferanten und Auftragnehmern eine angemessene Möglichkeit zur Erlangung von Aufträgen geboten haben," in den von den Prüfern zu erstellenden Bericht aufgenommen werden müssen.

Zu Artikel 9

EG Fz R Wi [EG, R] 21. In Artikel 9 begegnet eine Verpflichtung zur Zuleitung des Berichts an "interessierte" Personen [insbesondere aus datenschutzrechtlichen Gründen] erheblichen Bedenken. Nach Auffassung des Bundesrates ist es erforderlich, daß zumindest ein berechtigtes Interesse nachgewiesen wird.

Zu Artikel 10

EG R 22. Die Bedeutung der in Artikel 10 Abs. 2 vorgesehenen Regelung, wonach Teil (a) oder (b) des vorangegangenen Satzes, falls nicht zutreffend, gestrichen werden kann, ist unklar. Die Bundesregierung wird deshalb gebeten, diese Regelung im Hinblick darauf zu überprüfen, ob sie darauf abzielt, daß bestimmte Auftraggeber nur teilweise

...

von den Vorschriften des Artikels 2 Abs. 1 ausgenommen werden können. In diesem Fall wäre weiter zu prüfen, welche Auftraggeber unter welchen Voraussetzungen die nur teilweise Ausnahme in Anspruch nehmen können.

Zu Artikel 11

EG R 23. Die in Artikel 11 vorgesehene Regelung ist - unbeschadet der bereits im Zusammenhang mit Artikel 3 Satz 2 geforderten grundsätzlichen Ablehnung - unter folgenden Gesichtspunkten zu beanstanden:

Es ist unklar, ob die in Artikel 11 genannte Nachprüfungsinstanz eine Behörde oder ein Zivilgericht sein soll. Ist davon auszugehen, daß sie eine Behörde sein soll, dann ist aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht hinzunehmen, daß diese Nachprüfungsinstanz ersichtlich Schadensersatz unter Marktbürgern zusprechen soll. Die Gewährung von Schadensersatz unter Bürgern ist nämlich nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes den Gerichten und nicht den Verwaltungsbehörden zugewiesen (vgl. Artikel 92 Grundgesetz) . Ist davon auszugehen, daß Nachprüfungsinstanz ein Zivilgericht sein soll, dann ist weiter unklar, ob der zu zahlende Geldbetrag als Zwangsmittel zur Durchsetzung eines Anspruchs auf Unterlassung der vom Auftraggeber in Aussicht genommenen gemeinschaftsrechtswidrigen Vergabeentscheidung anzusehen ist (vgl. § 890 ZPO) oder ob er als im einstweiligen Rechtsschutzverfahren vorläufig zuzusprechende Schadensersatzleistung anzusehen ist.

Insbesondere aufgrund der Anlehnung der Regelung an Artikel 2 Abs. 7 spricht nach Auffassung des Bundesrates vieles dafür, daß der Geldbetrag als Schadensersatz

anzusehen ist. Eine Schadensersatzregelung, die vorsieht, daß dem Geschädigten von den Zivilgerichten im Wege einer einstweiligen Verfügung Schadensersatz zugesprochen wird, ist zwar dem deutschen Recht fremd, dürfte aber - wenn sie gemeinschaftsrechtlich erforderlich sein sollte - nicht von vornherein ausgeschlossen sein.

EG R 24. Erhebliche Bedenken bestehen jedoch gegen die Ausgestaltung dieser Regelung.

EG Fz In R Wi 25. Es ist mit rechtsstaatlichen Erfordernissen unvereinbar, daß eine Nachprüfungsinstanz "aufgrund der ihr vorliegenden Informationen" erklären kann, es sei ein Rechtsverstoß begangen worden. Feststellungen über Rechtsverstöße können nur nach eingehender Überprüfung des Sachverhalts und nach Anhörung beider Seiten getroffen werden.

EG Fz In Wi 26. Nicht akzeptabel ist auch, daß die Nachprüfungsinstanz ohne Sachaufklärung die Zahlung eines Geldbetrages anordnen kann.

EG R 27. Soweit davon auszugehen ist, daß im vorläufigen Rechtsschutzverfahren des Artikels 11 dieselben Beweislastregelungen gelten sollen, wie sie in Artikel 2 Abs. 7 vorgesehen sind, verweist der Bundesrat auf seine zu dieser Vorschrift erhobenen Bedenken.

Die Bundesregierung wird deshalb gebeten, im weiteren Rechtsetzungsverfahren auf entsprechende Klarstellungen unter Berücksichtigung der dargelegten rechtlichen Konsequenzen hinzuwirken.

...

Zu Artikel 12

EG R

28. Nach Auffassung des Bundesrates greifen die in Artikel 12 vorgesehenen weitreichenden Befugnisse der Kommission, insbesondere das in Absatz 2 vorgesehene Beseitigungsverlangen sowie die in Absatz 3 vorgesehenen Rechtfertigungspflichten der Mitgliedstaaten in vertragswidriger Weise in das Recht der Mitgliedstaaten zum eigenverantwortlichen Vollzug des Gemeinschaftsrechts ein. Die Bundesregierung wird deshalb gebeten, auf eine Streichung dieses Artikels hinzuwirken.

EG R

29. Soweit in den Regelungsbereich des Artikels 12 auch private Auftraggeber einbezogen werden sollen, weist der Bundesrat darauf hin, daß in diesem Fall die in Absatz 3 vorgesehene Frist von 21 Tagen zu kurz bemessen ist. Damit die Mitgliedstaaten die ihnen durch Absatz 3 auferlegte Pflicht erfüllen könnten, müßten nämlich entsprechende Auskünfte von den privaten Auftraggebern verlangt werden, und erst nach Eingang dieser Auskünfte könnten die Mitgliedstaaten die in Artikel 12 Abs. 3 vorgesehene Mitteilung gegenüber der Kommission machen. Die Bundesregierung wird deshalb gebeten - unbeschadet der vorrangig für erforderlich gehaltenen Streichung des Artikels 12 insgesamt - sich für eine angemessene Verlängerung der Frist einzusetzen.

Zu Artikel 13 bis 15

EG Fz In Wi

30. Zunächst sollte klargestellt werden, daß es nicht zulässig ist, im Wege einer Doppelstrategie das Schlichtungsverfahren und das Nachprüfungsverfahren zu beantragen. Ferner sollte in Artikel 13 deutlich gemacht werden, daß es sich um ein Vorbeugen des Verfahrens handelt. In Artikel 14 fehlt eine Regelung, daß die Einleitung eines Schlichtungsverfahrens keine auf-

...

579/1/96

schiebende Wirkung hat. Im übrigen sollte hier eine Ausschlußfrist für Äußerungen sonstiger Bewerber festgesetzt werden.

EG
Fz
Wi

31. Der Bundesrat benennt zu seinen Beauftragten für die weiteren Verhandlungen einen

Vertreter des Landes Baden-Württemberg,
Finanzministerium
(Herrn Ltd. Ministerialrat Reichenecker) und

einen Vertreter des Freistaates Bayern,
Ministerium für Wirtschaft, Mittelstand und Technologie
(Herrn Ministerialrat von der Pfordten)