



# Vergabe von öffentlichen Aufträgen, die von den Richtlinien nur zum Teil oder nicht erfasst werden

**Was wird „mitgeteilt“ ?**

**Regeln in D und Märkte in D ?**

**EU-verfassungsrechtliche Dimension**

**Binnenmarktdimension (Vergaberecht)**



## Grundüberlegung der Kommission

**Für Aufträge unterhalb der EU-Schwellen und für Aufträge nach Anhang II B der RL 2004/18 gelten:**

- **„Prinzipien der Nichtdiskriminierung und Transparenz“ und Freiheiten des Primärrechtes**
- **Das bedeutet: Pflicht zur Bekanntmachung der konkreten beabsichtigten Auftragsvergabe**
  - **ex-ante**
- **Das bedeutet außerdem: Rudimentäres Verfahren**



## Bekanntmachung

- **Bekanntmachung auf „angemessene Weise“ (im Amtsblatt der EU, in nationalen Amtsblättern, Zeitschriften oder im Internet)**
- **Bekanntmachung mit nicht diskriminierender Leistungsbeschreibung, so dass gleicher Zugang möglich**
- **Ausnahmen nur in entsprechender Anwendung der Ausnahmebestimmungen der Richtlinien (Art. 31 RL 2004/18 und Art. 40 Abs. 3 RL 2004/17/EG) zulässig**



## Rudimentäres Verfahren

- Angemessene **Fristen** für die Angebotsabgabe.
- Nach Vorauswahl sollten **mindestens drei Unternehmen** zur Abgabe von **Angeboten** aufgefordert werden
- Entscheidung nach objektiven Kriterien
- **Effektiver Rechtsschutz** auf einem im MST üblichen Niveau
- Nebenbei bemerkt: **Dienstleistungskonzessionen** sind nicht angesprochen.



## Begründung der Kommission

**zieht Entscheidungen aus den Jahren 2000, 2001, 2002  
und 2005 heran:**

- **„Teleaustria“ (C-324/98 vom 7.12.2000) betrifft  
Vergabe einer Dienstleistungskonzession**
- **„Coname“ (C-231/03 vom 21.07.2005) betrifft  
Vergabe einer Dienstleistungskonzession**
- **„Hospital Ingenieure (HI)“ (C-92/00 vom 18.06.2002)  
betrifft Auftrag oberhalb der Schwelle**
- **Bent Musten Vestergaard (C-59/00 vom 3.12.2001)  
betr. Unterschwellenvergabe kritisiert offene  
Diskriminierung**



# Sekundäres Gemeinschaftsrecht

## Unterhalb der Schwellen keine Regeln:

### bisher

#### Lieferungen/Dienstleistungen

- Bundesbehörden **130.000**
- Sonst **200.000**

Bauleistungen **5.000.000**

### Neu

#### Lieferungen/Dienstleistungen

- Bundesbehörden **137.000**
- Sonst **211.000**

• Bauleistungen **5.278.000**

**Bereich der „nicht prioritären“ Dienstleistungen**

nur **Ex-post-Transparenz**



# Haushaltsrecht VOL/VOB

- **Regeln** sind Etatrecht ohne Außenwirkung; begründen keine einklagbaren Rechte
- Zuschlag ist **keine öffentliche Gewalt**, sondern zivilrechtliche Willenserklärung, mit der Angebot angenommen wird.
- **Alles spielt sich im Privatrechtsraum** ab (Kein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis)
- Verstöße (gegen die öffentlich-rechtlichen Bindungen) sind Obligenheitsverletzungen unter potentiellen Vertragspartnern, die zu Schadensersatzansprüchen führen können
- Diese Vorstellung von der Auftragsvergabe führt zu klarem Vorrang der **Effektivität** der Beschaffung. **Gleichbehandlung**  
**Randbedingung**, nicht **Hauptfunktion**



# Haushaltsrecht VOL/VOB

- **Inhalt der Regeln:** Ausschreibung hat immer Vorrang – es sei denn die Natur des Vertrages oder andere Umstände verlangen es
- Rechtfertigung gegenüber Haushaltsgesetzgeber
- D.h.: **Effektivität der Beschaffung** ist nicht an potentieller Verletzung der Gleichbehandlung zu messen
- Sondern an **Ökonomie** der Beschaffung
- Beschaffung freiberuflicher Leistungen ohne feste und formalistische Regeln



## Marktbeteiligung über die Grenzen

- **80 bis 90 % der Aufträge sind Unterschwellenaufträge**
- **D.h. hier ist die Funktionsfähigkeit der staatlichen Institutionen betroffen**
- **50 % der Aufträge kommunale Aufträge vor Ort**
- **Weniger als 10 % Beteiligung oberhalb der Schwellen**
- **D.h. unterhalb noch weit weniger. Dies auch in Grenzregionen (Aachen, Trier, Görlitz)**
- **Deswegen hat der Gemeinschaftsgesetzgeber Schwellen eingezogen: Unterhalb (noch) kein binnenmarktrelevantes Thema**



# Warum die Aufregung und die Klage ?

- weil die **Mitteilung nicht stimmt**
  - Rechtsprechung nicht richtig wiedergegeben
  - Keine Mitteilung, sondern **Regelung** in der Sache (rudimentäres Verfahren, Ausnahmen, wird von jedem Auftraggeber als Regel verstanden)
- weil Kommission über der **Kontrollaktivität** ihre Hauptaufgabe vernachlässigt: Binnenmarkt zu entwickeln
- weil **Rigiditäten und Inflexibilitäten** entstehen, die vor Ort nicht mehr beherrschbar sind



# Warum die Aufregung und die Klage ?

- **Regelung ohne Gesetzgeber**
  - Vorstellungen der KOM über Pflichten der Auftraggeber ergeben sich nicht automatisch aus Freiheiten
  - Ex-ante-Transparenz widerspricht Ex-post-Transparenz in Richtlinie
- **Deutsche Rechtskultur und bisheriges Verhalten der KOM lassen nicht an Mitteilung glauben**
- **Frage nach der Effektivität der Beschaffung wird lediglich ideologisch behandelt, wenn überhaupt (Bundesverfassungsgericht deutlicher)**



## Praktisch – politische Facette

- **Binnenmarkt ist für die Bundesrepublik von enormer Bedeutung: Großes Interesse an einem funktionierenden Binnenmarkt. **Aber:** Es gibt auch andere Prinzipien (Subsidiarität, Eigentumsordnung, Demokratie)**
- **Von BVerfG richtig dargestellt: Auftragsvergabe ist Massenphänomen, bei dem es auf Funktionsfähigkeit und Effizienz ankommt. Dies kommt in Diskussion mit KOM nicht vor.**



# Binnenmarktrechtliche Facette 1

- **Wahrscheinlichkeit den Satz „Nichtveröffentlichung (ex ante !) = Diskriminierung“**
- **Woraus ergibt sich die Pflicht aller staatlichen Organe, gerade bei der Hilfstätigkeit Beschaffung positiv für den freien Verkehr zu sorgen ?**
- **Abwägung nötig zwischen Gewinnmöglichkeit und Gemeinwohl**



## Binnenmarktrechtliche Facette 2

- **Abwägung ist mit den Richtlinien auch tatsächlich geschehen: Schwellen und Ausnahmen**
- **Oberhalb der Schwellen, außerhalb der Ausnahmebereiche und bei „prioritären Diensten“ soll Binnenmarkt entwickelt werden = sollen Freiheiten nicht nur keine Einschränkung erfahren sondern positiv gefördert werden**
- **Im Unterschwellenbereich Vermutung dagegen**



Bundesministerium  
für Wirtschaft  
und Arbeit

Vielen Dank für  
Ihre  
Aufmerksamkeit