

Der Präsident des
Schleswig-Holsteinischen Landtages

Wissenschaftlicher Dienst

Schleswig-Holsteinischer Landtag ▪ Postfach 7121 ▪ 24171 Kiel

An den
Vorsitzenden des Finanzausschusses
Herrn Günter Neugebauer, MdL

im Hause

Schleswig-Holsteinischer Landtag □
Umdruck 16/2264

Ihr Zeichen:
Ihre Nachricht vom:

Mein Zeichen: L 20 – 163/16
Meine Nachricht vom:

Bearbeiter/in: Elke Harms

Telefon (0431) 988-1102
Telefax (0431) 988-1250
elke.harms@landtag.ltsh.de

14. August 2007

**Vergabeverfahren Bahnnetz Ost;
Regelungsbereich des § 15 Abs. 2 AEG**

Sehr geehrter Herr Neugebauer,

in der gemeinsamen Sitzung des Finanzausschusses und des Wirtschaftsausschusses am 31. Mai 2007 baten Sie um Darlegung, welche rechtlichen Möglichkeiten § 15 Abs. 2 Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG)¹ betr. die Vergabe gemeinwirtschaftlicher Leistungen, eröffnet. Dieser Bitte kommen wir gerne nach.

Nach § 15 Abs. 2 AEG **können** die Aufgabenträger die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen durch Eisenbahnverkehrsunternehmen auf der Grundlage einer Vereinbarung gemäß Art. 1 Abs. 4, Art. 14 Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 (Verordnung über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffverkehrs) **ausschreiben**.

Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift hat der Gesetzgeber die Möglichkeit, nicht aber die Pflicht zur Ausschreibung vorgesehen. Die Durchführung einer Ausschreibung von Verträgen über gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen steht danach im Ermessen der Aufgabenträger.

¹ Allgemeines Eisenbahngesetz v. 27.12.1993 (Art. 5 des Eisenbahnneuordnungsgesetzes, BGBl. I, 2378), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 13.12. 2006 (BGBl. I, 2919)

Die Frage der Reichweite der Ausschreibungspflicht nach § 15 Abs. 2 AEG wird jedoch in Literatur und Rechtsprechung kontrovers diskutiert.

Einigkeit besteht in einem Punkt: Entscheidet sich der Auftraggeber freiwillig für die Durchführung einer Ausschreibung, so hat er nach allgemeiner Auffassung zwingend die Bestimmungen des förmlichen Vergaberechts nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 97 ff GWB²) anzuwenden, insbesondere gilt – von den Ausnahmen des § 4 Abs. 3 Vergabeverordnung (VgV)³ abgesehen, der unter bestimmten Voraussetzungen eine freihändige Vergabe vorsieht - der Primat des Offenen Verfahrens⁴.

Streitig ist hingegen die Frage, ob - entgegen dem Wortlaut - in jedem Fall eine Pflicht zur Ausschreibung der Verträge über Verkehrsleistungen besteht. Im Kern stehen sich hierbei zwei Auffassungen gegenüber:

I. Ausschreibungspflicht gemäß GWB i.V.m. VgV und VOL/A⁵

Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass in § 15 Abs. 2 AEG normierte Ausschreibungsermessen habe mit Inkrafttreten des Allgemeinen Vergaberechts seine Bedeutung verloren, weshalb sich eine Pflicht zur Ausschreibung aus den §§ 97 ff GWB i.V.m. § 4 VgV und § 4 VOL/A (Abschnitt 2) ergebe⁶.

Dieser Auffassung liegt im Wesentlichen nachstehende Argumentation zu Grunde:

² Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen i.d.F. der Bekanntmachung v. 15.7.2005 (BGBl. I 2114), zuletzt geändert durch Art. 7 Abs. 11 des Gesetzes v. 26.3.2007 (BGBl. I 358)

³ Vergabeverordnung i.d. Fassung der Bekanntmachung v. 11.2.2003 (BGBl. I, 169), zuletzt geändert durch Art. 1 und 2 der Dritten Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung v. 23.10.2006 (BGBl. I 2006, 2334)

⁴ Weyand, Vergaberecht, Praxiskommentar, 2007, § 100 Rn. 1322, 1324; Gerstner, in: Hermes/Sellner, AEG-Kommentar, 2006, § 15 Rn. 25); OLG Düsseldorf, NZBau 2005, 239 (240); OLG Düsseldorf, NZBau 2002, 634 (635); OLG Koblenz, NZBau 2002, 699 (703); VK Hessen, Beschluss v. 2.12.2004, Az. 69d VK-72/2004

⁵ Verdingungsordnung für Leistungen, VOL/A vom 6. April 2006 i. d. Fassung der Berichtigung v. 7. Juni 2006 (BAnz. Nr. 109 v. 13.6.2006, S. 4368)

⁶ VK Düsseldorf, ZfBR 2002, 621 (623); das OLG Düsseldorf, NZBau 2002, 643ff hat die Frage ausdrücklich offen gelassen, ob § 15 Abs. 2 AEG der Vorrang vor den Bestimmungen des GWB einzuräumen ist, es hat aber in einem obiter dictum gegen einen solchen Vorrang „ernsthafte Bedenken“ geäußert; VK Magdeburg Beschluss vom 6.6.2002 – 33-32571/07 VK 05/02; offen gelassen OLG Koblenz, NZBau 2002, 699 (703); Theobald/Kafka NZBau 2002, 603, (605); Schaffner/ Köhler/Glowienka VergabeR 2003, 281 (vgl. a. die Darstellung bei Weyand, Vergaberecht, Praxiskommentar, 2007, § 100 Rn 1324 – 1328 mN sowie die Übersicht bei BVerfG NVwZ 2007, 197, (201f. m.w.N)

Bei § 15 Abs. 2 AEG handele es sich um die gegenüber dem 4. Teil des GWB ältere Norm. Das AEG gelte seit dem 1.1.1994, während der 4. Teil des GWB erst am 1.1.1999 in Kraft getreten sei, es bestehe daher Gesetzeskonkurrenz in Form verdrängender Konkurrenz aufgrund zeitlichen Vorrangs zu Gunsten des GWB (lex posterior derogat legi priori – Das spätere Gesetz geht dem früheren Gesetz vor)⁷.

Mit dem 4. Teil des GWB seien die gemeinschaftsrechtlichen Vergabebestimmungen in nationales Recht umgesetzt und das öffentliche Beschaffungswesen, das zuvor im Haushaltsrecht geregelt war, sei umfassend im Wettbewerbsrecht verankert worden. Das GWB unterstelle daher den gesamten Bereich der Vergaben dem förmlichen Vergaberecht⁸.

§ 97 GWB ordne an, dass öffentliche Auftraggeber Dienstleistungen nach Maßgabe der nachfolgenden Vorschriften grundsätzlich im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren zu beschaffen haben. In welchen Fällen Ausnahmen möglich sein sollen, habe der Gesetzgeber demgegenüber abschließend in § 100 Abs. 2 GWB geregelt⁹. Verkehrsverträge im Bereich des SPNV¹⁰ würden darin nicht von der Ausschreibungspflicht befreit, so dass auch der abschließende Charakter des § 100 Abs. 2 GWB für einen Vorrang des Vergaberechts gegenüber § 15 Abs. 2 AEG spreche¹¹.

Schließlich wird die Annahme einer Pflicht zur Ausschreibung der Verkehrsverträge auch auf § 4 VgV in Verbindung mit der VOL/A gestützt, der unter den Voraussetzungen seines Abs. 3 freihändige Vergaben ermöglicht. Die Bundesregierung habe mit dem Erlass der VgV von ihrer Ermächtigung (§§ 97 Abs. 6, 127 GWB) Gebrauch gemacht, nähere Bestimmungen, insbesondere über das bei der Vergabe einzuhaltende Verfahren, zu treffen. Gemäß § 4 Abs. 1 VgV in Verbindung mit § 1a Nr. 2 (Abschnitt 2) und Anhang I B sowie §§ 2 Nr. 1, 3 Nr. 2 VOL/A (Abschnitt 1) seien Dienstleistungen der Kategorie Eisenbahnen i.d.R. im Wettbewerb durch öffentliche Ausschreibung zu vergeben. Auch dies spreche dafür, dass die Vergabe solcher Leistungen nicht auf

⁷ Vgl. OLG Brandenburg, NZBau, 2003, 688 (690) „Die Einheit der Rechtsordnung erfordert [...] die Auflösung von „Gesetzeskonflikten“ nach sachlichen Systemkriterien. Dabei kann das Alter eines Gesetzes ein solches Kriterium darstellen [...], allerdings nur dann, wenn das ältere und das jüngere Gesetz nach dem Willen des Gesetzgebers denselben Problemkomplex erfassen sollen“

⁸ Theobald/Kafka, NZBau 2002, 603 (605; VK Düsseldorf, ZfBR 2002, 621 (623)

⁹ Vgl. Boesen, Vergaberecht, Kommentar zum 4. Teil des GWB, 2000, § 100 Rn. 39

¹⁰ Schienenpersonennahverkehr

¹¹ VK Magdeburg Beschluss vom 6.6.2002 – 33-32571/07 VK 05/02

die Fälle beschränkt sei, in denen die Aufgabenträger sich gemäß § 15 Abs. 2 AEG „freiwillig“ für eine Ausschreibung entschieden haben¹².

Im Ergebnis müsse daher § 15 Abs. 2 AEG im Lichte der gesetzgeberischen Wertung gelesen werden. Unter Berücksichtigung der Bestimmungen des 4. Teil des GWB ergebe die Auslegung des Abs. 2, dass eine Verpflichtung zur Durchführung eines formell-wettbewerblichen Vergabeverfahrens bestehe¹³.

II. Keine Pflicht zur europaweiten Ausschreibung im SPNV

Nach der gegenteiligen Auffassung¹⁴ besteht keine Pflicht zur Ausschreibung der Verträge über Verkehrsleistungen entsprechend dem Allgemeinen Vergaberecht, da die Vorschrift des § 15 AEG nach dem Willen des Gesetzgebers *lex specialis* zum 4. Teil des GWB sei (1). Darüber hinaus ergebe sich auch aus dem vorrangigen EU-Recht keine Verpflichtung einer förmlichen Ausschreibung dieser Verträge (2).

1. Lex specialis

Die Auffassung basiert im Wesentlichen auf folgender Argumentation:

Dass das AEG nach der gesetzgeberischen Intention gegenüber den §§ 97ff GWB im Verhältnis der Spezialität stehe, ergebe sich durch Auslegung des AEG und des Vergaberechtsänderungsgesetzes (VgRÄdG)¹⁵ im Lichte EU-gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften¹⁶.

§ 15 Abs. 2 AEG räume den öffentlichen Auftraggebern nach seinem Wortlaut ein Ermessen ein, ob sie Eisenbahnverkehrsleistungen ausschreiben („können“).

Diese Auslegung decke sich auch im Übrigen mit dem Willen des Gesetzgebers, der die öffentlichen Auftraggeber mit § 15 Abs. 2 AEG im Hinblick auf gemeinwirtschaftliche Leistungen im Eisenbahnverkehr zumindest von der Ausschreibungspflicht habe freistellen wollen¹⁷. Dies zeige die Entstehungsgeschichte der Vorschrift¹⁸. So habe

¹² Thieme/Schlüter, NVwZ 2004, 162 (164)

¹³ VK Düsseldorf, ZfBR 2002, 621 (623); Theobald/Kafka, NZBau 2002, 603 (605)

¹⁴ In der Rechtsprechung musste bislang nur das OLG Brandenburg diese Frage entscheiden, NZBau 2003, 688 ff

¹⁵ Vom 2.9.1998 als Teil der 6. GWB-Novelle, BGBl. I, S. 2546

¹⁶ VK Potsdam, NJOZ 2003, 3136; OLG Brandenburg, NZBau 2003, 688, (689)

¹⁷ Hermes/Sellner, Allgemeines Eisenbahngesetz, Kommentar, 2006, § 15 Rn. 18

¹⁸ Ausf.: OLG Brandenburg, NZBau 2003, 688 (690); Hermes/Sellner, Allgemeines Eisenbahngesetz, Kommentar, 2006, § 15 Rn. 29ff; Gommlich/Wittig/Schimanek, NZBau 2006, 473 (476) mit Bezug auf die Begründung des Bundesrates, BR-Drs. 12/5012, 5

der ursprüngliche Regierungsentwurf eine Ausschreibungspflicht vorgesehen, die zunächst (auf Vorschlag des Bundesrates) ganz gestrichen werden sollte¹⁹. Ein Kompromissvorschlag der Bundesregierung, dass „grundsätzlich“ eine Ausschreibungspflicht anzunehmen sei²⁰, habe sich ebenfalls nicht durchsetzen können. Die heutige Gesetzesfassung sei auf einen Vorschlag des Verkehrsausschusses zurückzuführen, wonach § 15 keine Ausschreibungspflicht vorsehe, sondern den Hinweis auf die Möglichkeit der Ausschreibung enthalte²¹. Der Gesetzgeber habe daher mit der gewählten Formulierung „können diese Leistungen ausschreiben“ keinesfalls die Entscheidung getroffen, dass die Vergabe dieser Leistungen generell im Wettbewerb zu erfolgen hätte²². Der Begriff „können ausschreiben“ in § 15 Abs. 2 AEG sei vielmehr als Synonym für „können förmlich-wettbewerbliche Vergabeverfahren durchführen“ zu verstehen²³.

Zudem spräche der Zweck der Norm für ein Ausschreibungsermessen, denn dieser diene in erster Linie der Sicherstellung der Daseinsvorsorge, also der Sicherung der flächendeckenden, angemessenen und ausreichenden Versorgung der Allgemeinheit mit Leistungen des SPNV seitens dritter Unternehmen, und nicht der Förderung des Wettbewerbs²⁴. Dieses Ziel habe im Zuge der Bahnstrukturreform (noch) nicht in einem vollständigen freien Wettbewerb erreicht werden sollen, obwohl bereits bei der Schaffung des AEG die Überlegungen in Richtung zukünftigen Wettbewerbs gegangen seien. Der Gesetzgeber habe sich vielmehr für eine schrittweise Einführung von Wettbewerb entschieden²⁵.

Der Grundsatz der Spezialität finde auf § 15 Abs. 2 AEG auch gegenüber den Vorschriften des Allgemeinen Vergaberechts Anwendung. Eine *lex specialis* liege nämlich dann vor, wenn zwei Normen denselben Sachverhalt erfassten, eine der beiden Normen jedoch mehr Tatbestandsmerkmale als die andere enthalte²⁶. Dies sei hier der Fall. Die §§ 97ff GWB enthielten alle Merkmale der allgemeineren Norm (§ 91 i.V.m. § 101 GWB [„Dienstleistungen“]), während § 15 AEG darüber hinaus auf ein zusätzli-

¹⁹ Vgl. BT-Drs. 12/5014, S. 20

²⁰ Vgl. BT-Drs. 12/5014, S. 47

²¹ Vgl. BT-Drs. 12/6269, S. 60; 140

²² Vgl. Prieß, NZBau 2002, 540 (541)

²³ VK Potsdam, NJOZ 2003, 3136; OLG Brandenburg, NZBau 2003, 688, (690)

²⁴ Gommlich/Wittig/Schimanek, NZBau 2006, 473 (476); OLG Brandenburg, NZBau 2003, 688 (690f)

²⁵ Vgl. ausführlich: OLG Brandenburg NZBau 2003, 688 (690f); s. auch Rede des Bundesverkehrsministers im Rahmen der 2. Lesung des ENeuOG: „Wir öffnen dem Wettbewerb eine Gasse“, Protokoll der 196. Sitzung, 12. WP, S. 16974

²⁶ Jarass/Pieroth, GG, Kommentar, 9. Aufl., 2007, Einleitung Rn 11

ches Merkmal (Beschaffung gemeinwirtschaftlicher Leistungen von Eisenbahnverkehrsunternehmen im Sinne der VO Nr. 1191/69 EWG) abstelle²⁷. Da § 15 Abs. 2 AEG an Vereinbarungen über die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen durch Eisenbahnverkehrsunternehmen auf der Grundlage der Verordnung Nr. 1191/69 anknüpfe, sei sein Anwendungsbereich spezieller²⁸.

Auch § 100 Abs. 2 GWB, der einen abschließenden Ausnahmekatalog von der Ausschreibungsverpflichtung normiere, stehe der Annahme einer Spezialität des § 15 AEG nicht entgegen. Denn die Ausnahmeregelung möge zwar im Rahmen des GWB selbst abschließend sein, das schließe aber Spezialregelungen nicht aus. Vergabeverfahren, die ihre rechtliche Grundlage außerhalb des (formell-wettbewerblichen) Vergabeverfahrens haben, führten nicht zu einem Vergabeverfahren im Sinne der §§ 97ff GWB²⁹.

Eine Ausschreibungspflicht könne schließlich auch nicht auf die VgV i.V.m. § 1a Nr. 2 (Abschnitt 2) VOL/A gestützt werden, der auf die Dienstleistungen nach Anhang I B verweise, zu denen auch die Kategorie Eisenbahn gehöre. Denn die auf das GWB gestützten VgV und VOL/A stellten gegenüber § 15 AEG in der Normenhierarchie nachrangige Bestimmungen dar, die § 15 Abs. 2 nicht zu ändern vermögen³⁰. Auch sei in der gesetzlichen Ermächtigung des § 97 Abs. 6 GWB nur das bei der Vergabe einzuhaltende Verfahren angesprochen, nicht jedoch die Frage „ob“ ein Vergabeverfahren durchzuführen sei.

Auch der Einwand, es mache vor dem Hintergrund der umfassenden Regelung des GWB keinen Sinn, eine (zusätzliche) Ausnahme für den Bereich der Verkehrsdienstleistungen anzunehmen, stehe der Annahme der Spezialität des § 15 AEG nicht ent-

²⁷ VK Potsdam, NJOZ 2003, 3136; OLG Brandenburg, NZBau 2003, 688 (689); zu der gegenteiligen Auffassung der VK Magdeburg s. Fn. 27

²⁸ Hermes/Sellner, Allgemeines Eisenbahngesetz, Kommentar, 2006, § 15 Rn. 8, 20; Prieß, NZBau 2002, 539; VK Potsdam, NJOZ 2003, 3136; OLG Brandenburg, NZBau 2003, 688 ff. Nach Auffassung der VK Magdeburg (VK Magdeburg Beschluss vom 6.6.2002 – 33-32571/07 VK 05/02) enthalten die Vorschriften der §§ 97ff zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Vergabevorschriften anzuwenden seien, mehr Begriffsmerkmale, weshalb sie ihrerseits die spezielleren Vorschriften darstellten. Krit. speziell zu dieser Argumentation: Thieme/Schlüter, NVwZ 2004, 162 (163), da es sich bei diesen Begriffsmerkmalen lediglich um solche allgemeiner Natur handele („öffentlicher Auftraggeber“, „öffentliche Aufträge“ oder „Auftragswerte“). Die entsprechenden Normen steckten damit nur den sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich des förmlichen Vergaberechts ab, während § 15 Abs. 2 AEG einen besonderen Fall eines öffentlichen Auftrages zur Erbringung einer bestimmten Dienstleistung regelt. Vgl. a. Gommlich/Wittig/Schimanek, NZBau 2006, 473 (476 Fn. 24)

²⁹ Prieß, NZBau 2002, 539 (540); Dreher, in: Immenga/Mestmäker, GWB, 3. Auflage, 2001, § 97 Rn. 16

³⁰ Gommlich/Wittig/Schimanek, NZBau 2006, 473 (476)

gegen. Wie z.B. § 19c Luftverkehrsgesetz zeige, seien auch andere Bereiche von der Anwendung des förmlichen Vergaberecht ausgenommen. Dies stelle insoweit keine Besonderheit dar. Zu bedenken sei zudem, dass mit der Anerkennung der Rechtsfigur des Inhouse-Geschäfts durch den EuGH³¹ auch außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 97 ff GBW eine ungeschriebene Ausnahme von der Verpflichtung zur Ausschreibung³² anerkannt sei.

2. Keine Ausschreibungsverpflichtung aufgrund europarechtlicher Vorgaben

Weder das europäische Primärrecht (dazu unter b) noch das europäische Sekundärrecht (dazu unter a) forderten grundsätzlich eine Ausschreibungsverpflichtung. Insofern verstoße das Wahlrecht des § 15 Abs. 2 AEG auch nicht gegen die dem nationalen Recht in der Anwendung vorrangigen³³ europarechtlichen Vorgaben.

a) Sekundärrecht

Einschlägig sei zunächst die im deutschen Recht unmittelbar geltende³⁴ Verordnung (EWG) Nr. 1191/69³⁵ über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffverkehrs, auf die bereits § 15 AEG verweise³⁶.

Nach Art. 3 Abs. 1 dieser Verordnung haben die zuständigen Behörden bei der Anordnung von im öffentlichen Interesse zu erbringenden Leistungen diejenige Lösung zu wählen, welche die geringsten Kosten für die Allgemeinheit mit sich bringt. Eine Ausschreibungspflicht ergebe sich hieraus nicht³⁷. Die Vorschrift beziehe sich nach

³¹ Unter einem vergaberechtlichen Inhouse-Geschäft wird die Leistungserbringung innerhalb einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft oder mit einem eng verbundenen Auftragnehmer verstanden. Unter bestimmten Voraussetzungen sind derartige Vergaben (Eigenleistungen) nicht den Regelungen des Vergaberechts unterworfen (Rechtssache C-107/98-Teckal; C-26/03-Stadt Halle)

³² Prieß, NZBau 2002, 539 (540)

³³ Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts: grundlegend EuGH, Urteil vom 15.07.1964 (Costa / ENEL), Slg. 1964, 1251.

³⁴ Vgl. § 249 Abs. 2 EGV

³⁵ ABl. L 209 vom 24.7.1992, S. 1. Zuletzt geändert durch die Richtlinie 2001/78/EG der Kommission (ABl. 285 vom 29.10.2001, S.1)

³⁶ „Die zuständigen Behörden, die beabsichtigen, die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen durch Eisenbahnverkehrsunternehmen auf der Grundlage des Artikel 1 Abs. 4 und des Artikel 14“ der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69

³⁷ Vgl. Prieß, NZBau 2002, 593 (541); Thieme/Schlüter, NVwZ 2004, 162 (162); Grommlich/Witting/Schiemanek, NZBau 2006, 473 (476, 480); Hermes/Sellner, aaO, § 15 Rn. 8ff (22)

Wortlaut und systematischer Stellung lediglich auf Anordnungen, nicht auf Verträge über Verkehrsleistungen. Es bleibe den Mitgliedstaaten überlassen, auf welche Weise sie die Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 erfüllen³⁸.

Auch die bei der Auslegung des § 15 Abs. 2 AEG zu beachtenden Richtlinien³⁹ 2004/18/EG (Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge)⁴⁰ und 2004/17/EG (Richtlinie zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie Postdienste) enthielten keine verbindlichen Ausschreibungsvorschriften für Leistungen des SPNV. Dies ergebe sich aus Art. 21 der Richtlinie 2004/18/EG und Art. 32 der Richtlinie 2004/17/EG⁴¹, wonach Aufträge über Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil B bzw. Anhang XVII Teil B (hier: jeweils Kategorie 18 - Eisenbahn) nur den Anforderungen an die technischen Spezifikationen und der Bekanntmachung der Ergebnisse der Auftragsvergabe unterliegen⁴². Eine Ausschreibungspflicht bestehe nach diesen Bestimmungen nicht.

b) Primärrecht

Eine Ausschreibungsverpflichtung ergebe sich auch nicht aus dem europäischen Primärrecht.

Anknüpfungspunkt für die Vergabe öffentlicher Verträge, die in den Geltungsbereich des EG-Vertrages fallen, sei die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit gemäß den Art. 43 ff und 49 ff EGV. Aus diesen Vertragsbestimmungen sowie den allgemeinen Grundsätzen der Nichtdiskriminierung (Art. 12 EGV) und Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 2 EGV) habe der EuGH Grundanforderungen hergeleitet, die bei der Auftrags-

³⁸ VK Potsdam, NJOZ 2003, 3136

³⁹ Richtlinien entfalten grundsätzlich durch ihre Umsetzung Wirkung im nationalen Recht, § 249 Abs. 3 EGV. Bestehen Unklarheiten bei der Auslegung einer nationalen Vorschrift, ist diese grundsätzlich richtlinienkonform auszulegen. Zur richtlinienkonformen Auslegung vgl. Ruffert in: Callies/ Ruffert. EUV / EGV. Kommentar, 3. Aufl. (2007), § 29 Rz. 113 ff.

⁴⁰ Ersetzt die Richtlinie 92/50/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. L 209 vom 24.7.1992

⁴¹ vormals Art. 9 Richtlinie 92/50/EWG, wonach Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen des Anhangs I B sind, gemäß Art. 14 und 16 der Richtlinie – technische Spezifikation und Bekanntmachung der Ergebnisse - vergeben werden. Vgl. zu Richtlinie 92/50/EWG, die insoweit mit der Nachfolgeregelung identisch ist: Werner/ Köster, NVwZ 2003, 573; Prieß, NZBau 2002, 539; Prieß/Pukall VergabeR 2003, 11 (17); Ronellenfitch, VerwArch 2001, 293; Mietsch, ZG 2002, 59 (62)

⁴² Richtlinie 2004/18/EG: Art. 23 und 35 Absatz 4, Richtlinie 2004/17/EG: Art. 34 und 43

vergabe zu beachten seien⁴³. Hierzu zähle die Pflicht zum Wettbewerb⁴⁴ und das Transparenzgebot, wonach der Auftraggeber einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen müsse, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffne und die Nachprüfung ermögliche, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden seien⁴⁵.

Die Verpflichtung zur Transparenz bedeute mithin, dass in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassene Unternehmen vor der Vergabe Zugang zu angemessenen Informationen über den jeweiligen Auftrag haben müssten, so dass sie ggf. ihr Interesse an diesem Auftrag bekunden könnten⁴⁶. Der EuGH hat hierbei ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das Transparenzerfordernis nicht notwendigerweise eine Verpflichtung zu einer förmlichen Ausschreibung umfasse⁴⁷.

Stellungnahme

Über die Anwendbarkeit förmlichen Vergaberechts (§§ 97ffGWB) auf Verkehrsdienstleistungsverträge gibt es unterschiedliche Auffassungen in der Literatur. In der Rechtsprechung musste bislang nur das OLG Brandenburg⁴⁸ entscheiden. Alle anderen in diesem Zusammenhang zitierten Oberlandesgerichtsentscheidungen⁴⁹ sind im Ergebnis nicht aussagekräftig, weil es bei ihnen wegen der Durchführung einer (förmlichen) Ausschreibung auf eine Pflicht dazu nicht ankam. Nach Bekanntwerden der Entscheidung des OLG Brandenburg haben sich zwar mehrere Autoren dessen (europarechtlichen) Einschätzung angeschlossen⁵⁰, eine Entscheidung des EuGH zu dieser Frage steht aber noch aus⁵¹.

⁴³ Rechtssache C- 324/98, Telaustria, Rn. 6; C-231/03, Coname, Rn. 21 und C-458/03, Parking Brixen Rn. 49

⁴⁴ Rechtssache C-458/03, Parking Brixen Rn. 49

⁴⁵ Rechtssachen Telaustria, Rn. 62 und Parking Brixen Rn. 49

⁴⁶ C-231/03, Coname, Rn. 21

⁴⁷ Rechtssache C-231/03, Coname, Rn. 21

⁴⁸ OLG Brandenburg, NZBau 2003, 688ff

⁴⁹ Düsseldorf NZBau 2002, 643ff hat die Frage ausdrücklich offen gelassen und lediglich in einem obiter dictum „ernsthafte Bedenken“ geäußert; OLG Koblenz, NZBau 2002, 699ff wiederum hat offen gelassen, ob nach deutschem Recht eine Verpflichtung zur Ausschreibung von SPNV-Leistungen bestehe, hinsichtlich des europarechtlichen Rahmens jedoch festgestellt, dass das europäische Eisenbahnrecht keine Vorschriften über das zum Abschluss eines Verkehrsvertrages führende Verfahren enthalte.

⁵⁰ Pietzker, NZBau 2003, 661 (662); Thieme/Schlüter, NVwZ 2004, 162 (162); Zirbes, VergabeR 2004, 133 (137); Grommlich/Witting/Schiemanek, NZBau 2006, 473 (476, 480); Gerstner, in: Hermes/Sellner, aaO, § 15 Rn. 8ff (22); a.A. Griem/Klinger, TranspR 2004, 206 (207ff)

⁵¹ Das OLG Brandenburg hat dem EuGH die Frage, ob aus Gemeinschaftsrecht die Pflicht folge, vor Abschluss eines Verkehrsvertrages über SPNV-Leistungen ein förmliches Vergabeverfahren durchzuführen, nicht zur Entscheidung gemäß Art. 234 Abs. 3 EG vorgelegt, das BVerfG hat die dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen - vgl. BVerfG NVwZ 2007, 197ff.

Welche Auffassung vor diesem Hintergrund vorzugswürdig erscheint, braucht vorliegend nicht entschieden zu werden, da es jedenfalls grundsätzlich nicht zu beanstanden ist, wenn sich ein Auftraggeber⁵² der Rechtsauffassung des OLG Brandenburg anschließt und einen Verkehrsvertrag außerhalb eines formell-wettbewerblichen Vergabeverfahrens vereinbart. Voraussetzung ist jedoch, dass die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben der Diskriminierungsfreiheit und des Transparenzgebots beachtet werden.

Maßgebliche Hinweise für die Gestaltung der entsprechenden Vergabeverfahren können hierbei – insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Vermeidung etwaiger Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 226 EGV - der Mitteilung der EU- Kommission vom 1. August 2006⁵³ entnommen werden (Anlage).

Vergabeverfahren Bahnnetz Ost

Zu dem vorliegenden Vergabeverfahren sei angemerkt:

Die zu vergebenden SPNV-Leistungen wurden am 20. Mai 2006 im Amtsblatt der EG veröffentlicht („Vergabebekanntmachung“ vgl. Anlage zu Umdruck 16/930). Unter VI. 4 „Sonstige Informationen“ wird darauf hingewiesen, dass die Bestellung der genannten Leistungen gemäß § 15 Abs. 2 AEG im Rahmen eines Interessenbekundungsverfahrens erfolge und es sich nicht um ein Vergabeverfahren nach dem 4. Teil des GWB handele.

Bei einem Interessenbekundungsverfahren handelt es sich nicht um ein in den Bereich des Vergaberechts fallendes Verfahren (hier des § 15 AEG), da es nicht auf die Vergabe eines öffentlichen Auftrages gerichtet ist, sondern grundsätzlich auf bloße

Die im Zusammenhang mit der Frage der Ausschreibungspflicht teilweise zitierte Entscheidung des EuGH in der Rechtssacht Altmark Trans GmbH (EuGH NZBau 2003, 503ff) befasst sich nicht mit der Ausschreibungspflicht für SPNV-Leistungen, sondern ausschließlich mit beihilferechtlichen Fragen. So berührt der EuGH zwar die Frage, ob bei Durchführung eines öffentlichen Vergabeverfahrens vermutet werden könne, dass die gewährten Zuschüsse keine notifizierungspflichtige Beihilfe darstellten, beantwortet diese aber letztlich nicht (S. 503 Rn. 93)

⁵² Vgl. a. Antwort des Berliner Senats auf eine Kleine Anfrage Drs. 15/11954 betr. die Beschaffung von Nahverkehrsdienstleistungen im Bereich des SPNV, nach der u.a. der Senat sich ebenfalls auf das OLG Brandenburg beruft.

⁵³ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, Amtsblatt der Europäischen Union vom 1.8.2006 (2006/C 179/02)

Markterkundung⁵⁴. Ein durchgeführtes Interessenbekundungsverfahren hat daher keinerlei Einfluss auf das spätere Vergabeverfahren⁵⁵.

Die Durchführung einer sog. Interessenbekundung/ eines Wettbewerbsverfahren⁵⁶ wird jedoch zunehmend in den Fällen verwandt, in denen ohne förmliches Vergabeverfahren SPNV-Leistungen vereinbart werden sollen. Da auch im Rahmen eines nicht förmlichen Vergabeverfahrens die Grundsätze von Transparenz und Diskriminierungsfreiheit eingehalten werden müssen, kann so - in einem vorgeschalteten Verfahren - interessierten Eisenbahnverkehrsunternehmen Gelegenheit eingeräumt werden, ihr Interesse an der Erbringung der Verkehrsleistungen zu bekunden⁵⁷.

In diesem Sinne stellt sich nach hiesiger Auffassung auch das im Amtsblatt der EG veröffentlichte „Interessenbekundungsverfahren“ betr. das Bahnnetz Ost dar, das auch unter Berücksichtigung der o.a. Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen keinen Bedenken im Hinblick auf Art und Inhalt der Bekanntmachung begegnet (vgl. Ziff. 2.1.2 und 2.1.3 der Kommissionsmitteilung).

Nach Ablauf der Interessenbekundung wurde mit den beiden Unternehmen, die letztlich ein Vertrags-/Verhandlungsangebot abgegeben haben, in einem nicht förmlichen Vergabeverfahren über ihre Angebote verhandelt (vgl. Umdruck 16/1887).

Da auch bei der Entscheidung über die Auftragsvergabe von maßgeblicher Bedeutung ist, dass die Grundsätze von Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung beachtet werden, sind die Verhandlungen so zu gestalten, dass die Bieter gleichen Zugang zu den Informationen haben und jegliche ungerechtfertigte Bevorteilung einzelner Bieter ausgeschlossen ist (vgl. Ziff.2.2.3 der Kommissionsmitteilung).

⁵⁴ vgl. Rundschreiben des BMF vom 31.08.1995 – Durchführung des Interessenbekundungsverfahrens nach § 7 Abs. 2 Satz 2 BHO, GMBI. 1995, S. 764

⁵⁵ Nolle/Rogmans, Öffentliches Auftragswesen, 3. Auflage 2002, S. 85

⁵⁶ Die Terminologie ist insoweit nicht einheitlich.

⁵⁷ vgl. Ausschreibung des Verbandes Region Stuttgart www.icc-hofmann.de/newsticker/200611/Ausschreibung sowie das Verfahrenspapier der Verkehrsministerkonferenz vom 17. Februar 2006 zur Vergabe von Verkehrsverträgen im Schienenpersonennahverkehr. Danach solle zur Herstellung von Transparenz und Diskriminierungsfreiheit die Vergabe im Bereich des SPNV entweder in einem förmlichen Vergabeverfahren oder in einem geeigneten Verfahren, das transparent und nichtdiskriminierend ist („Aufruf zum Wettbewerb“), erfolgen.

In Ermangelung genauer Aktenkenntnis können konkrete Aussagen zu dem vorliegenden Vergabeverfahren von hier aus nicht getroffen werden. Das gewählte Vergabeverfahren ist jedoch - unter Zugrundelegung der Rechtsauffassung des OLG Brandenburg - von dem Rechtsrahmen des § 15 Abs. 2 gedeckt und begegnet auch - gemessen an den von der EU-Kommission aufgestellten Anforderungen - auf den ersten Blick keinen Bedenken.

Mit freundlichen Grüßen
Für den Wissenschaftlichen Dienst

gez. E. Harms
(Elke Harms)

MITTEILUNG DER KOMMISSION ZU AUSLEGUNGSFRAGEN**in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen**

(2006/C 179/02)

EINLEITUNG

Die Europäische Gemeinschaft hat in jüngster Zeit neue Richtlinien bezüglich der Vergabe öffentlicher Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge ⁽¹⁾ verabschiedet. Sie enthalten detaillierte Vorschriften für gemeinschaftsweite, wettbewerbsorientierte Vergabeverfahren.

Allerdings gelten die Vergaberichtlinien nicht für alle öffentlichen Aufträge. Zu der breiten Palette von Aufträgen, die nicht oder nur teilweise hierunter fallen, gehören zum Beispiel:

- Aufträge unterhalb der Schwellenwerte für die Anwendung der Vergaberichtlinien ⁽²⁾
- Aufträge über Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil B der Richtlinie 2004/18/EG und Anhang XVII Teil B der Richtlinie 2004/17/EG, die die Schwellenwerte dieser Richtlinien überschreiten

Diese Aufträge bieten beachtliche Geschäftsmöglichkeiten, vor allem für KMU und Firmenneugründungen im Binnenmarkt. Auch können die öffentlichen Verwaltungen mit offenen, wettbewerbsorientierten Vergabeverfahren eine größere Zahl potenzieller Bieter ansprechen und damit interessantere Angebote erzielen. Angesichts der Haushaltsprobleme vieler Mitgliedstaaten kommt dem effizienten Einsatz öffentlicher Gelder eine ganz besondere Bedeutung zu. Ferner gilt es im Blick zu behalten, dass sich transparente Vergabeverfahren zur Abwehr von Korruption und Günstlingswirtschaft bewährt haben.

Solche Aufträge werden jedoch nach wie vor vielfach direkt an lokale Anbieter ohne jede Ausschreibung vergeben. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat im Rahmen seiner Rechtsprechung klargestellt, dass die Binnenmarktregeln des EG-Vertrags auch für Aufträge gelten, die nicht unter die Vergaberichtlinien fallen. Bei verschiedenen Gelegenheiten haben die Mitgliedstaaten und Interessensvertreter die Kommission um Leitlinien zur Anwendung der sich aus dieser Rechtsprechung ableitenden Grundsätze gebeten.

Diese Mitteilung zu Auslegungsfragen befasst sich mit den beiden vorstehend genannten Gruppen von Aufträgen, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien ⁽³⁾ fallen. Die Kommission erläutert ihr Verständnis der Rechtsprechung des EuGH und stellt bewährte Verfahren vor, um die Mitgliedstaaten darin zu unterstützen, die Möglichkeiten des Binnenmarkts voll ausschöpfen zu können. Diese Mitteilung führt keine neuen rechtlichen Regeln ein. Es ist jedoch zu beachten, dass die Auslegung des Gemeinschaftsrechts letztendlich in jedem Fall Sache des EuGH ist.

1. RECHTLICHER HINTERGRUND**1.1. Vorschriften und Grundsätze des EG-Vertrags**

Auftraggeber ⁽⁴⁾ aus den Mitgliedstaaten sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, die in den Geltungsbereich des EG-Vertrags fallen, an die **Vorschriften und Grundsätze dieses Vertrags** gebunden. Zu diesen Grundsätzen gehören unter anderem der **freie Warenverkehr** (Artikel 28 EG-Vertrag), **die Niederlassungsfreiheit** (Artikel 43), **die Dienstleistungsfreiheit** (Artikel 49), **Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung, Transparenz, Verhältnismäßigkeit und gegenseitige Anerkennung.**

⁽¹⁾ Richtlinie 2004/18/EG, Abl. L 134 vom 30.4.2004, S. 114, und Richtlinie 2004/17/EG, Abl. L 134 vom 30.4.2004, S. 1. („die Vergaberichtlinien“).

⁽²⁾ Festlegungen zu Schwellenwerten enthalten Artikel 7 der Richtlinie 2004/18/EG und Artikel 16 Absatz 3 der Richtlinie 2004/17/EG.

⁽³⁾ Eine dritte Gruppe von Aufträgen, die nicht oder nur teilweise unter die Richtlinien fallen, sind Konzessionen. Siehe Artikel 17 der Richtlinie 2004/18/EG und Artikel 18 der Richtlinie 2004/17/EG für Dienstleistungskonzessionen und Artikel 56 bis 65 der Richtlinie 2004/18/EG und Artikel 18 der Richtlinie 2004/17/EG für Baukonzessionen. In der vorliegenden Mitteilung werden diese jedoch nicht erörtert, da sie im Rahmen der Folgemaßnahmen zum Grünbuch über öffentlich-private Partnerschaften behandelt werden.

⁽⁴⁾ In dieser Mitteilung umfasst der Begriff „Auftraggeber“ sowohl die öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Artikels 1 Absatz 9 der Richtlinie 2004/18/EG als auch die Auftraggeber im Sinne des Artikels 2 der Richtlinie 2004/17/EG.

1.2. Bei der Auftragsvergabe zu beachtende Grundanforderungen

Der EuGH hat eine Reihe von **bei der Auftragsvergabe zu beachtenden Grundanforderungen** entwickelt, die sich **direkt aus den Vorschriften und Grundsätzen des EG-Vertrags** ableiten. Nach der Rechtsprechung des EuGH ⁽¹⁾ schließt der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit eine **Transparenzpflicht** ein, wonach „der Auftraggeber zugunsten potenzieller Bieter einen **angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen**“ muss, „**der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden.**“ ⁽²⁾

Diese Grundanforderungen gelten, soweit die Fragen nicht von diesen Richtlinien behandelt werden, für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen, für Aufträge, die unter den Schwellenwerten ⁽³⁾ liegen, sowie für die in Anhang II Teil B der Richtlinie 2004/18/EG und in Anhang XVII Teil B der Richtlinie 2004/17/EG ⁽⁴⁾ genannten Dienstleistungen. Der EuGH stellte ausdrücklich fest, dass, **auch wenn manche Verträge vom Anwendungsbereich der Gemeinschaftsrichtlinien auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens ausgenommen sind, die Auftraggeber, die sie schließen, doch die Grundregeln des EG-Vertrags beachten müssen** ⁽⁵⁾.

1.3. Binnenmarktrelevanz

Die aus dem EG-Vertrag abgeleiteten Anforderungen gelten nur für die Vergabe von Aufträgen, die in hinreichendem Zusammenhang mit dem Funktionieren des Binnenmarkts stehen. In diesem Zusammenhang hielt es der EuGH in einzelnen Fällen für denkbar, dass die Vergabe eines Auftrags „wegen besonderer Umstände wie beispielsweise einer **sehr geringfügigen wirtschaftlichen Bedeutung**“ für **Wirtschaftsteilnehmer in anderen Mitgliedstaaten nicht von Interesse ist**. In einem solchen Fall wären die „Auswirkungen auf die betreffenden Grundfreiheiten zu zufällig und zu mittelbar“, als dass die Anwendung von aus dem gemeinschaftlichen Primärrecht abgeleiteten Anforderungen gerechtfertigt wäre ⁽⁶⁾.

Die Entscheidung, inwieweit ein Auftrag möglicherweise für Wirtschaftsteilnehmer eines anderen Mitgliedsstaats von Interesse sein könnte, obliegt den einzelnen Auftraggebern. Nach Auffassung der Kommission muss dieser Entscheidung eine **Prüfung der Umstände des jeweiligen Falls** vorausgehen, wobei Sachverhalte wie der Auftragsgegenstand, der geschätzte Auftragswert, die Besonderheiten des betreffenden Sektors (Größe und Struktur des Marktes, wirtschaftliche Gepflogenheiten usw.) sowie die geographische Lage des Orts der Leistungserbringung zu berücksichtigen sind.

Kommt der Auftraggeber zu dem Schluss, dass der fragliche Auftrag für den Binnenmarkt relevant ist, muss die Vergabe unter Einhaltung der aus dem Gemeinschaftsrecht abgeleiteten Grundanforderungen erfolgen.

Erhält die Kommission Kenntnis von einer möglichen Verletzung der Grundanforderungen an die Vergabe öffentlicher Aufträge, die nicht unter die Vergaberichtlinien fallen, **prüft sie die Binnenmarktrelevanz des fraglichen Auftrags vor dem Hintergrund der fallspezifischen Umstände**. Sie wird nur dann ein Verfahren nach Artikel 226 EG-Vertrag einleiten, wenn dies **angesichts der Schwere der Vertragsverletzung und ihrer Auswirkungen auf den Binnenmarkt angemessen erscheint**.

2. GRUNDANFORDERUNGEN FÜR DIE VERGABE VON AUFTRÄGEN MIT BINNENMARKTRELEVANZ

2.1. Bekanntmachung

2.1.1. Verpflichtung zur Sicherstellung einer angemessenen Bekanntmachung

Gemäß dem EuGH ⁽⁷⁾ schließen die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung eine **Verpflichtung zur Transparenz** ein, wonach der Auftraggeber zugunsten potenzieller Bieter **einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen muss, der den Markt dem Wettbewerb öffnet**.

Die Verpflichtung zur Transparenz bedeutet, dass **in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassene Unternehmen vor der Vergabe Zugang zu angemessenen Informationen über den jeweiligen Auftrag haben müssen, so dass sie gegebenenfalls ihr Interesse am Erhalt dieses Auftrags bekunden können** ⁽⁸⁾.

⁽¹⁾ Rechtssache C-324/98 Teleustria [2000] ECR I-10745, Randnr. 62, Rechtssache C-231/03 Coname, Urteil vom 21.7.2005, Randnr. 16 bis 19 und das Urteil vom 13.10.2005 in der Sache C-458/03 Parking Brixen, Randnr. 49.

⁽²⁾ Rechtssache Teleustria, Randnr. 62, und Parking Brixen, Randnr. 49 (Hervorh. d. Verf.).

⁽³⁾ Siehe Rechtssache C-59/00 Bent Moustén Vestergaard [2001] ECR I-9505, Randnr. 20 und C-264/03 Kommission gegen Frankreich, Urteil vom 20.10.2005, Randnr. 32 und 33.

⁽⁴⁾ Urteil vom 27.10.2005 in der Rechtssache C-234/03, Contse, Randnrn. 47 bis 49. Die Vergaberichtlinien enthalten nur sehr wenige Regelungen zu diesen Aufträgen, siehe Artikel 21 der Richtlinie 2004/18/EG und Artikel 32 der Richtlinie 2004/17/EG.

⁽⁵⁾ Rechtssache Bent Moustén Vestergaard, Randnr. 20 (Hervorh. d. Verf.).

⁽⁶⁾ Rechtssache Coname, Randnr. 20 (Hervorh. d. Verf.).

⁽⁷⁾ Rechtssachen Teleustria, Randnr. 62, und Parking Brixen, Randnr. 49.

⁽⁸⁾ Rechtssache Coname, Randnr. 21.

Das Kontaktieren einer bestimmten Anzahl potenzieller Bieter ist nach Auffassung der Kommission nicht ausreichend, selbst wenn der Auftraggeber auch Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten einbezieht oder versucht, alle potenziellen Anbieter zu erreichen. Bei einem solch selektiven Ansatz ist nämlich nicht auszuschließen, dass potenzielle Bieter aus anderen Mitgliedstaaten — insbesondere neue Marktteilnehmer — diskriminiert werden. Das Gleiche gilt für alle Formen „passiver“ Information, bei denen der Auftraggeber Aufträge nicht aktiv bekannt macht, sondern nur auf Informationsgesuche von Bewerbern reagiert, die durch eigene Initiative von der beabsichtigten Auftragsvergabe erfahren haben. Auch ein einfacher Verweis auf als Informationsquellen zu nutzende Medienberichte, parlamentarische oder politische Debatten oder bestimmte Ereignisse wie beispielsweise Kongresse stellt keine angemessene Bekanntmachung dar.

Daher lassen sich die vom EuGH festgelegten Erfordernisse nur erfüllen, **wenn vor der Auftragsvergabe eine hinreichend zugängliche Bekanntmachung veröffentlicht wird.** Diese Bekanntmachung sollte **von dem öffentlichen Auftraggeber mit dem Ziel veröffentlicht werden, den Auftrag auf der Grundlage echten Wettbewerbs zu vergeben.**

2.1.2. Wege der Bekanntmachung

Die Wahl des für die Vergabebekanntmachung am besten geeigneten Mediums ist Sache des jeweiligen Auftraggebers. Ein maßgebendes Kriterium sollte dabei die Einschätzung der **Binnenmarktrelevanz** des Auftrags sein, und zwar insbesondere mit Blick auf den Auftragsgegenstand, den Auftragswert und die gängige Praxis im entsprechenden Wirtschaftszweig.

Je interessanter der Auftrag für potenzielle Bieter aus anderen Mitgliedstaaten ist, desto weiter sollte er bekannt gemacht werden. Vor allem bei Aufträgen über Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil B der Richtlinie 2004/18/EG und Anhang XVII Teil B der Richtlinie 2004/17/EG, die die Schwellenwerte dieser Richtlinien überschreiten, ist zur Erzielung einer angemessenen Transparenz im Allgemeinen eine Veröffentlichung in einem Medium mit großer Reichweite erforderlich.

Angemessene und gängige Veröffentlichungsmedien sind u. a.:

— das Internet

Aufgrund der einfachen und weit verbreiteten Nutzung des World Wide Web eignen sich Websites besonders gut für Vergabebekanntmachungen, denn es kann leicht auf sie zugegriffen werden, insbesondere auch von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten und von KMU, die nach kleineren Aufträgen Ausschau halten. Das Internet bietet vielfältige Möglichkeiten, öffentliche Aufträge bekannt zu machen:

Bekanntmachungen **auf der Website des Auftraggebers** sind flexibel und preisgünstig. Sie sind so zu gestalten, dass potenzielle Bieter leicht Kenntnis dieser Informationen erhalten. Auftraggeber können außerdem ins Auge fassen, Informationen über bevorstehende, nicht unter die Vergaberichtlinien fallende Auftragsvergaben im Rahmen ihres **Beschafferprofils** im Internet ⁽¹⁾ zu veröffentlichen.

Speziell für Vergabebekanntmachungen geschaffene **Portale** sind leichter erkennbar und bieten bessere Suchoptionen. Die Einrichtung spezieller Foren für Aufträge mit geringem Wert mit einem Verzeichnis für Vergabebekanntmachungen und automatischer Benachrichtigung per E-Mail stellt hier eine bewährte Vorgehensweise dar, mit der die Möglichkeiten des Internet im Sinne einer größeren Transparenz und Effizienz voll ausgeschöpft werden können ⁽²⁾.

— nationale Amtsblätter, Ausschreibungsblätter, regionale oder überregionale Zeitungen und Fachpublikationen

— lokale Medien

Auftraggeber können nach wie vor auf lokale Medien wie Lokalzeitungen, Gemeindeanzeiger oder gar die Anschlagtafel zurückgreifen. Allerdings wird dadurch nur eine rein lokale Veröffentlichung gewährleistet. Dies kann in speziellen Fällen angemessen sein, z. B. bei sehr kleinen Aufträgen, für die es nur einen lokalen Markt gibt.

— das Amtsblatt der Europäischen Union/die TED-Datenbank (Tenders Electronic Daily)

Die Veröffentlichung im Amtsblatt ist nicht obligatorisch, sie kann aber u. U., insbesondere bei größeren Aufträgen, eine interessante Möglichkeit darstellen.

⁽¹⁾ Vgl. Anhang VIII der Richtlinie 2004/18/EG und Anhang XX der Richtlinie 2004/17/EG.

⁽²⁾ Siehe zum Beispiel das neu geschaffene Portal für Auftragsvergaben mit geringem Wert im Vereinigten Königreich, www.supply2.gov.uk.

2.1.3. Inhalt der Bekanntmachung

Der EuGH hat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das Transparenzerfordernis nicht notwendigerweise eine Verpflichtung zu einer förmlichen Ausschreibung umfasst⁽¹⁾. Die Bekanntmachung kann sich daher auf eine Kurzbeschreibung der **wesentlichen Punkte des zu erteilenden Auftrags und des Vergabeverfahrens** beschränken, die eine Aufforderung zur Kontaktierung des Auftraggebers enthält. Bei Bedarf kann sie durch Zusatzinformationen ergänzt werden, die im Internet oder auf Anfrage bei dem Auftraggeber erhältlich sind.

Die Bekanntmachung und jegliche zusätzlichen Unterlagen sollten all die Informationen enthalten, die ein Unternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat **normalerweise für die Entscheidung darüber benötigt**, ob es Interesse an dem Auftrag bekunden soll.

Wie unter Punkt 2.2.2 nachstehend erläutert, kann der Auftraggeber Maßnahmen zur Begrenzung der Zahl der Bewerber, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden, ergreifen. In diesem Fall sollte der Auftraggeber hinreichende Informationen darüber vorlegen, wie die Bieter für die Vorauswahl ausgewählt wurden.

2.1.4. Verfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung

Die Vergaberichtlinien enthalten Ausnahmeregelungen, nach denen unter bestimmten Bedingungen Verfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung zulässig sind⁽²⁾. Die wichtigsten Ausnahmen betreffen hierbei Situationen, in denen aufgrund nicht voraussehbarer Ereignisse **dringendes Handeln** geboten ist, sowie Aufträge, die aus technischen oder künstlerischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten **nur von einem bestimmten Wirtschaftsteilnehmer** ausgeführt werden können.

Nach Auffassung der Kommission können die entsprechenden Ausnahmeregelungen auch bei der Vergabe von nicht unter die Richtlinien fallenden Aufträgen zur Anwendung kommen. Daher können Auftraggeber solche Aufträge ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung vergeben, sofern die in den Richtlinien festgelegten Voraussetzungen für die Anwendung der Ausnahmeregelungen⁽³⁾ erfüllt sind.

2.2. Auftragsvergabe

2.2.1. Grundsätze

In seinem Urteil in der Rechtssache Telaustria hat der Gerichtshof festgestellt, dass der Auftraggeber kraft der Verpflichtung zur Transparenz zugunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen muss, der den Markt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die **Vergabeverfahren unparteiisch** durchgeführt wurden. Die Verpflichtung zur Sicherstellung einer transparenten Bekanntmachung geht mithin automatisch mit der Pflicht zur Gewährleistung eines fairen und unparteiischen Verfahrens einher.

Die Auftragsvergabe muss somit im Einklang mit den **Vorschriften und Grundsätzen des EG-Vertrags** erfolgen, damit für alle an dem Auftrag interessierten Wirtschaftsteilnehmer faire Wettbewerbsbedingungen⁽⁴⁾ gelten. Dies lässt sich in der Praxis am besten wie folgt erreichen:

— Diskriminierungsfreie Beschreibung des Auftragsgegenstands

In der Beschreibung der verlangten Produkt- oder Dienstleistungsmerkmale darf nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen, einen bestimmten Ursprung oder eine bestimmte Produktion verwiesen werden, soweit dies nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist und der Verweis nicht mit dem Zusatz „oder gleichwertig“⁽⁵⁾ versehen ist. Allgemeinere Beschreibungen der Leistung oder der Funktionen sind in jedem Fall vorzuziehen.

⁽¹⁾ Rechtssache Coname, Randnr. 21.

⁽²⁾ Artikel 31 der Richtlinie 2004/18/EG und Artikel 40 Absatz 3 der Richtlinie 2004/17/EG.

⁽³⁾ Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs in der Rechtssache C-525/03, Kommission gegen Italien, Randnrn. 46 bis 48.

⁽⁴⁾ Siehe Rechtssache C-470/99, Universale-Bau AG, Slg. 2002, S. I-11617, Randnr. 93.

⁽⁵⁾ Vgl. Rechtssache Bent Moustens Vestergaard, Randnrn. 21 bis 24 und die „Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen - Erleichterung des Marktzugangs für Waren in einem anderen Mitgliedstaat“, ABl. C 265 vom 4.11.2003, S. 2. Aufträge über Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil B der Richtlinie 2004/18/EG und Anhang XVII Teil B der Richtlinie 2004/17/EG müssen den Bestimmungen über technische Spezifikationen in Artikel 23 der Richtlinie 2004/18/EG und Artikel 34 der Richtlinie 2004/17/EG entsprechen, sofern sie die Anwendungsschwellen dieser Richtlinien überschreiten. Die technischen Spezifikationen für solche Aufträge müssen vor der Auswahl des Auftragnehmers festgelegt werden und müssen etwaigen Bietern so zur Kenntnis gebracht oder zugänglich gemacht werden, dass sowohl Transparenz als auch eine Gleichbehandlung aller etwaigen Bieter gewährleistet ist (vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs in der Rechtssache C-174/03 Impresa Portuale di Cagliari, Randnrn. 76 bis 78).

- Gleicher Zugang für Wirtschaftsteilnehmer aus allen Mitgliedstaaten

Die Auftraggeber dürfen keine **Bedingungen** stellen, **die potenzielle Bieter in anderen Mitgliedstaaten direkt oder indirekt benachteiligen**, wie beispielsweise das Erfordernis, dass Unternehmen, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen möchten, im selben Mitgliedstaat oder in derselben Region wie der Auftraggeber niedergelassen sein müssen ⁽¹⁾.

- Gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise

Müssen Bewerber oder Bieter Bescheinigungen, Diplome oder andere schriftliche Nachweise vorlegen, die ein entsprechendes Gewährleistungsniveau aufweisen, so sind gemäß dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise auch Dokumente aus anderen Mitgliedstaaten zu akzeptieren.

- Angemessene Fristen

Die Fristen für Interessensbekundungen und für die Angebotsabgabe müssen so lang sein, dass Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten eine fundierte Einschätzung vornehmen und ein Angebot erstellen können.

- Transparenter und objektiver Ansatz

Alle Teilnehmer müssen in der Lage sein, sich im Voraus über die geltenden Verfahrensregeln zu informieren, und müssen die Gewissheit haben, dass diese Regeln für jeden gleichermaßen gelten.

2.2.2. Begrenzung der Zahl der Bewerber, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden

Auftraggebern steht es frei, durch bestimmte Maßnahmen die Zahl der Bewerber auf ein angemessenes Maß zu beschränken, sofern dies auf **transparente und diskriminierungsfreie Weise** geschieht. Dazu können sie beispielsweise **objektive Kriterien** wie die einschlägige Erfahrung der Bewerber, die Unternehmensgröße und die betriebliche Infrastruktur, die technische und berufliche Leistungsfähigkeit oder andere Kriterien heranziehen. Sie können sich sogar für eine **Auslosung** entscheiden, und zwar entweder als alleiniges Auswahlkriterium oder gekoppelt mit anderen Kriterien. In jedem Fall müssen nach der **Vorauswahl** so viele Bewerber übrig bleiben, dass ein angemessener Wettbewerb gewährleistet ist.

Alternativ dazu können Auftraggeber auch **Prüfungssysteme** in Betracht ziehen, bei denen im Rahmen eines hinreichend bekannt gemachten, transparenten und offenen Verfahrens ein **Verzeichnis der geprüften Wirtschaftsteilnehmer** erstellt wird. Wenn später im Rahmen des Systems einzelne Aufträge vergeben werden, kann der öffentliche Auftraggeber aus dem Verzeichnis der geprüften Wirtschaftsteilnehmer auf nicht diskriminierende Weise (z. B. im Rotationsverfahren) Akteure auswählen, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden.

2.2.3. Entscheidung über die Auftragsvergabe

Wichtig ist, dass die letztendliche Entscheidung über die Vergabe des Auftrags den zu Anfang festgelegten Verfahrensregeln entspricht und dass **den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung voll und ganz Rechnung getragen wird**. Von besonderer Bedeutung ist dies bei Verfahren, in denen Verhandlungen mit ausgewählten Bietern vorgesehen sind. Solche Verhandlungen sind so zu organisieren, dass keiner der Bieter Zugang zu mehr Informationen als andere hat und dass jegliche ungerechtfertigte Bevorzugung einzelner Bieter ausgeschlossen ist.

2.3. Rechtsschutz

2.3.1. Grundsätze

In seinem Urteil in der Rechtssache Telaustria hob der Gerichtshof hervor, wie wichtig es sei, **dass nachgeprüft werden könne, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden**. Ohne ein angemessenes Nachprüfungssystem ist die Einhaltung der Grundanforderungen der Fairness und der Transparenz nicht wirklich zu gewährleisten.

⁽¹⁾ Von dem Bieter hingegen, der den Zuschlag erhält, kann verlangt werden, dass er am Ausführungsort eine gewisse betriebliche Infrastruktur errichtet, wenn dies durch die besonderen Umstände des Vertrags gerechtfertigt ist.

2.3.2. Richtlinien über Nachprüfungsverfahren

Die Richtlinien über Nachprüfungsverfahren ⁽¹⁾ gelten nur für Aufträge, die in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien fallen ⁽²⁾. Dies bedeutet, dass sie im hier besprochenen Kontext nur für Aufträge über Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil B der Richtlinie 2004/18/EG und Anhang XVII Teil B der Richtlinie 2004/17/EG gelten, die die Schwellenwerte dieser Richtlinien überschreiten. Nachprüfungsverfahren, die sich auf diese Aufträge beziehen, müssen den Richtlinien über Nachprüfungsverfahren und der einschlägigen Rechtsprechung genügen. Diese Grundsätze wurden unverändert in die jüngst verabschiedeten Vorschläge für eine neue Richtlinie über Nachprüfverfahren ⁽³⁾ übernommen.

2.3.3. Aus dem gemeinschaftlichen Primärrecht abgeleitete Grundanforderungen

Bei Aufträgen, die unterhalb der Schwellenwerte der Vergaberichtlinien liegen, ist zu berücksichtigen, dass der Einzelne gemäß der Rechtsprechung des EuGH ⁽⁴⁾ einen **effektiven gerichtlichen Schutz der Rechte in Anspruch nehmen können muss, die sich aus der Gemeinschaftsrechtsordnung herleiten**. Das Recht auf einen solchen Schutz gehört dabei zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die sich aus der allen Mitgliedstaaten gemeinsamen Verfassungstradition ergeben. Soweit es keine einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen gibt, ist es Aufgabe der Mitgliedstaaten, für die erforderlichen Vorschriften und Verfahren zur Gewährleistung eines effektiven gerichtlichen Schutzes zu sorgen.

Um diesem Erfordernis des effektiven Rechtsschutzes zu genügen, müssen zumindest **Entscheidungen mit ungünstigen Auswirkungen für Personen, die ein Interesse am Erhalt des Auftrags haben oder hatten** — beispielsweise die Entscheidung, einen Bewerber oder einen Bieter auszuschließen —, auf etwaige Verstöße gegen die aus dem gemeinschaftlichen Primärrecht abgeleiteten Grundanforderungen nachgeprüft werden können. Damit die Ausübung des Rechts auf eine solche Nachprüfung tatsächlich möglich ist, müssen Auftraggeber bei Entscheidungen, bei denen eine Nachprüfung möglich ist, die Gründe für die Entscheidung darlegen, und zwar entweder in der Entscheidung selbst oder auf Antrag im Anschluss an die Mitteilung der Entscheidung ⁽⁵⁾.

Gemäß der Rechtsprechung zum Rechtsschutz dürfen die zur Verfügung stehenden **Rechtsbehelfe** nicht weniger wirksam sein als bei entsprechenden Ansprüchen, die auf nationales Recht gestützt sind (Äquivalenzgrundsatz); auch dürfen sie keinesfalls so ausgestaltet sein, dass der Rechtsschutz praktisch unmöglich oder übermäßig erschwert ist (Effektivitätsgebot) ⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ Richtlinie 89/665/EWG, ABl. L 395 vom 30.12.1989, S. 33, und Richtlinie 92/13/EWG, ABl. L 76 vom 23.3.1992, S. 14.

⁽²⁾ Artikel 72 der Richtlinie 2004/17/EG und Artikel 81 der Richtlinie 2004/18/EG.

⁽³⁾ Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates zwecks Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren im Bereich des öffentlichen Auftragswesens, KOM(2006) 195 endg..

⁽⁴⁾ Vgl. Rechtssache C-50/00, Unión de Pequeños Agricultores, Slg. 2002, S. I-6677, Randnr. 39, und Rechtssache C-222/86, Heylens, Slg. 1987, S. 4097, Randnr. 14.

⁽⁵⁾ Vgl. Rechtssache Heylens, Randnr. 15.

⁽⁶⁾ Vgl. in Bezug auf das Effektivitätsgebot Rechtssachen C-46/93 und C-48/93, Brasserie du Pêcheur, Slg.1996, S. I-1029, Randnr. 83, und Rechtssache C-327/00, Santex, Slg. 2003, S. I-1877, Randnr. 55.