



Autoren: Dr. Ute Jasper und Jens Bie-mann, Heuking Kühn Lüer Wojtek, Düsseldorf

Mit der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) kam für viele Kommunen die langersehnte Erleichterung: Sie müssen ihre Grundstücksverkäufe nicht mehr europaweit ausschreiben. Damit darf eine Kommune wieder ohne Ausschreibung Investoren für ihre Grundstücke suchen.

Einmal „Ahlhorn“ und zurück

Fast drei Jahre nach der sogenannten „Ahlhorn“-Rechtsprechung des OLG Düsseldorf hat der EuGH mit Urteil vom 25. März 2010 (Rs. C-451/08) die Unsicherheiten beim Verkauf öffentlicher Grundstücke beseitigt. Der EuGH stellt sich mit seiner Entscheidung gegen die Ausdehnung der Ausschreibungspflicht auf kommunale Grundstücksgeschäfte. In den meisten Fällen müssen Grundstücksgeschäfte der öffentlichen Hand auch dann nicht ausgeschrieben werden, wenn die Grundstücke mit einer Baupflicht verkauft werden. Nur wenn sich der Investor einklagbar zu einer Bauleistung verpflichtet und die Leistung dem öffentlichen Verkäufer unmittelbar wirtschaftlich zugute kommt, hält das Gericht das Vergaberecht für anwendbar. Damit führen bloße städtebauliche Interessen des Auftraggebers nicht zu einer Ausschreibungspflicht.

Ausgangspunkt der Diskussion über den Verkauf öffentlicher Grundstücke war die aufsehenerregende „Ahlhorn“-Entscheidung des OLG Düsseldorf aus dem Juni 2007 (VII-Verg 2/07). Das Gericht hatte hier den Verkauf eines öffentlichen Grundstücks für ausschreibungspflichtig erklärt, da an die Grundstücksveräußerung ein städtebaulicher Vertrag gekoppelt werden sollte. Nach dem städtebaulichen Vertrag sollte sich der Investor zu bestimmten Baumaßnahmen verpflichten. Mit dieser Entscheidung hatte das OLG Düsseldorf eine Welle in der Rechtsprechung losgetreten, die von oftmals gegensätzlichen Entscheidungen nahezu sämtlicher Vergabekammern und Oberlandesgerichte getragen wurde. Leidtragende waren die Kommunen, die sich bei Grundstücksverkäufen zur Umsetzung ihrer städte-

baulichen Ziele oft ohnmächtig dem strengen Vergaberechtsregime unterwarfen, um mögliche Angriffe Dritter zu vermeiden.

Für die erhoffte Sicherheit konnte auch nicht der deutsche Gesetzgeber sorgen. Im Rahmen der Vergaberechtsreform (GWB 2009) definierte der Gesetzgeber zwar den öffentlichen Bauauftrag (§ 99 Abs. 3 GWB) und die Baukonzession (§ 99 Abs. 6 GWB) neu, um der

Des Weiteren liegt nur dann ein öffentlicher Bauauftrag vor, wenn die Bauleistung dem öffentlichen Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommt. Dieses wirtschaftliche Interesse des Auftraggebers liegt eindeutig vor, soweit er Eigentümer der Bauleistung wird. Aber auch ein späteres Nutzungsrecht des Auftraggebers, wie zum Beispiel bei einem Mietvertrag über ein noch zu errichtendes

Gebäude, begründet das wirtschaftliche Interesse. Überdies kann das wirtschaftliche Interesse darin liegen, dass sich der Auftraggeber an der Erstellung des Bauwerks finanziell beteiligt oder Risiken im Falle eines wirtschaftlichen

Die Kommunen dürfen die zurück gewonnenen Freiheiten nicht als Freifahrtschein nutzen.

„Ahlhorn“-Rechtsprechung den Boden zu entziehen. Allerdings legte das OLG Düsseldorf dem EuGH einen Katalog von Fragen zur Ausschreibungspflicht von Grundstücksgeschäften zwischen Kommunen und privaten Investoren vor, noch ehe das neue GWB im April 2009 in Kraft getreten war. Damit musste der EuGH letztendlich auch entscheiden, ob die Änderungen des GWB 2009 europarechtskonform sind.

Der EuGH hat mit seinem Urteil vom 25. März 2010 zu den Vorlagefragen des OLG Düsseldorf Stellung genommen und der strengen „Ahlhorn“-Rechtsprechung eine Absage erteilt. Vielmehr hat er sich im Wesentlichen dem GWB 2009 des deutschen Gesetzgebers angeschlossen. Zunächst stellt der EuGH fest, dass der reine Verkauf eines unbebauten oder bebauten Grundstücks kein ausschreibungspflichtiger Bauauftrag ist, da zum einen die öffentliche Hand hier nicht als Erwerber auftritt und zum anderen der Verkauf nicht die Ausführung eines Bauvorhabens zum Gegenstand hat.

Kein wirtschaftliches Interesse des öffentlichen Auftraggebers ist gegeben, wenn er lediglich seine städtebauliche Regelzuständigkeit ausübt. Vor der Realisierung eines Bauvorhabens muss der Bauherr regelmäßig die Genehmigung der für den Städtebau zuständigen Behörde einholen. Allein diese allgemeine städtebauliche Entscheidung der Behörde begründet noch kein wirtschaftliches Interesse.

Der EuGH schränkt die Ausschreibungspflicht für öffentliche Grundstücksverkäufe sogar noch weiter ein. Nur wenn der Auftragnehmer direkt oder indirekt die Verpflichtung zur Bauleistung übernimmt und diese auch einklagbar ist, liegt ein öffentlicher Bauauftrag vor. Damit dürfen Kommunen bei Grundstücksverkäufen wieder ohne Ausschreibung Rahmenbedingungen mit dem Investor vereinbaren, zum Beispiel zur Nutzungsart, solange diese Pflichten nicht einklagbar sind und ihnen nicht unmittelbar wirtschaftlich zugute kommen. Für die Baukonzession schließt sich der EuGH dem deutschen Gesetzgeber an. Eine Baukon-

zession liegt dann vor, wenn der Auftragnehmer statt des vollen Preises auch oder nur das Recht auf die befristete Nutzung des errichteten Gebäudes erhält. Klargestellt hat der EuGH, dass das Nutzungsrecht befristet sein muss. Damit kann in einem Grundstücksverkauf und der damit verbundenen Eigentumsübertragung keine Baukonzession liegen.

Für die Praxis bringt die Entscheidung des EuGH erhebliche Erleichterungen. Durch die „Rückwärtsrolle“ des EuGH können die Uhren wieder auf die Zeit „vor Ahlhorn“ zurückgestellt werden. Damit dürfen Städte und Gemeinden ohne Vergabeverfahren Investoren für Einkaufszentren, Ärztehäuser oder Gewerbeflächen suchen. Die Kommunen müssen sich das strenge Vergaberechtskorsett bei einem Grundstücksverkauf auch nicht mehr überstreifen, wenn sie mit einer Bauverpflichtung nur verhindern wollen, dass Investoren mit den Grundstücken spekulieren. Auch Rücktrittsrechte, Wiederkaufsrechte oder Vertragsstrafen kann sich die Kommune vorbehalten, falls der Investor nicht oder nicht rechtzeitig baut. Das Vergaberecht bleibt aber weiterhin anwendbar, wenn auf dem zu veräußernden Grundstück ein Gebäude für die Kommune (z.B. eine Schule) errichtet wird. Auch wenn ein Mietvertrag mit dem Auftraggeber oder eine bestimmte Bauleistung Vergabebestandteil ist, muss der Auftraggeber ausschreiben. Genauso wird regelmäßig dann, wenn der Investor auch die Erschließung übernimmt, kein Weg am Vergaberecht vorbeiführen.

Ungeklärt sind die Fälle, in denen der Auftraggeber nur an einem Teil der Bauleistung ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse hat.

Soweit also beispielsweise auf dem verkauften Grundstück ein Einkaufszentrum gebaut werden soll und der Auftraggeber darin eine öffentliche Toilettenanlage verlangt, werden die Kosten für die Toilettenanlage alleine unterhalb, die Gesamtkosten des Projektes häufig oberhalb des vergaberechtlich relevanten Schwellenwertes liegen.

Die Kommunen dürfen die zurück gewonnenen Freiheiten aber nicht als Freifahrtschein für willkürliche Grundstücksverkäufe nutzen. Bereits laufende Vergabeverfahren über Grundstücksverkäufe sollten die Kommunen plangemäß fortführen, da bei einem Abbruch des Vergabeverfahrens Schadensersatzforderungen der Bieter drohen. Für sonstige Grundstücksverkäufe gelten nach wie vor das kommunale Haushaltsrecht sowie das europäische Recht. Ein Grundstücksverkauf unter Marktpreis ist daher verboten. Um diesem Vorwurf zu begegnen, sollte der Auftraggeber daher einen formlosen transparenten Wettbewerb durchführen. Die grundlegenden Anforderungen an diesen Wettbewerb hat die EU-Kommission in einer Mitteilung zusammengefasst (Mitteilung vom 01.08.2006, 2006/C 179/02, abzurufen auf <http://www.heuking.de/anwaelte/profil/jasper.html> unter Veröffentlichungen). Diese Vorgaben sollten unbedingt beachtet werden, da die aktuelle Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 13.04.2010, Rs. C-91/08) und des OLG Düsseldorf den Rechtsschutz auch außerhalb des Kartellvergaberechts zunehmend ausdehnt. Soweit diese Anforderungen erfüllt werden, können die Kommunen bei ihren Grundstücksgeschäften nach einer rechtsunsicheren Zeit in eine entspannte Zukunft blicken.

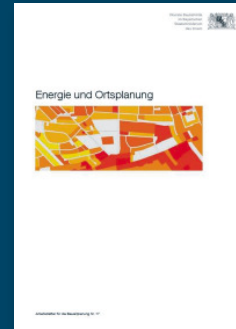
Buch-Tipp

Klimaschutz

Energie und Ortsplanung

Ein Großteil der Energie wird für den Betrieb von Gebäuden verwendet, gleichzeitig bestehen hier große Einsparpotenziale. Energetische Strategien in der kommunalen Planung gewinnen auch vor dem Hintergrund des Klimawandels immer größere Bedeutung. Bereits auf der Ebene der Ortsplanung werden die Rahmenbedingungen für die Energieeffizienz der städtebaulichen Struktur und der Energieversorgung geschaffen.

Die Broschüre aus der Reihe Arbeitsblätter für die Bauleitplanung zeigt, wie der Energiebedarf von Siedlungsgebieten bereits durch frühzeitige Planungsentscheidungen verringert und nachhaltige Entwicklung gefördert werden kann. Die dargestellten Lösungen sollen Gemeinden, Planer und Bürger informieren und Hilfestellung bei der Erarbeitung spezifischer Lösungsansätze geben. Die Broschüre kann als Printversion bestellt oder als pdf-Datei heruntergeladen werden unter www.stmi.bayern.de.



Energie und Ortsplanung. Arbeitsblätter für die Bauleitplanung Nr. 17

Herausgeber: Staatsministerium des Innern
2/2010, Broschüre, A4, 72 Seiten

BAUNETZ WISSEN

Das Online-Fachlexikon

Schiefer – Fachwissen, Objekte, News.

www.baunetzwissen.de/Schiefer

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 Transparenzfordernis 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 Bevorteilung 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.