

Behindertenaspekte im Vergaberecht der Europäischen Union: Auswir- kungen des VN-Übereinkommens

Prof. Christopher H. Bovis

-
- **Richtlinie 2004/18/EG, Abl. L 134, v. 30.4.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge**
 - **Richtlinie 2004/17/EG, Abl. L 134, v. 30.4.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste**
 - **Richtlinie 2007/66/EG v. 11.12. 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge**

Grundsätze des Vergaberechts

- **Transparenz**
- **Rechenschaftspflicht**
- **Objektivität**
- **Nichtdiskriminierung**

Wofür steht das öffentliche Auftragswesen?

- Verfahrensrechtliche Vorschriften zur Sicherstellung des Wettbewerbs
- Konzeptionelles Instrument
 - **Öffentliche Ordnung**
 - **Öffentliche Dienstleistungen**

Was hat sich geändert?

Kodifizierung des Verwaltungsrechts

- Vorschriften für den öffentlichen Sektor
- Vorschriften für den Versorgungsbereich
- Rechtsbehelfe

Was hat den Wandel beeinflusst?

- EuGH: Prinzip der „*Rule of Reason*“
- Größenordnung des öffentlichen Auftragswesens
 - **1 Billion EURO**
 - **17% des BIP**

Der Einfluss des EuGH

- Zentralisierte Auslegung des Vergaberechts
 - **Vorabentscheidungsverfahren
gemäß Art. 267 AEUV**

Die Objektivitätsdoktrin

1. Äquivalenztest zur Beseitigung nichttarifärer Schranken

- Technische Normen
- Produktspezifikation
- Standardisierung

2. Restriktive Auslegung

- Auswahlverfahren
- quantitative und qualitative Eignungskriterien
- Vergabeverfahren, insbesondere Verhandlungsverfahren

Die Flexibilitätsdoktrin

- ***Funktionalität***
- ***Abhängigkeit***
zur Bestimmung des Begriffs der “öffentlichen Auftraggeber”

- ***Dualismus***
- ***Kommerzialisierung***
- ***Wettbewerbsfähigkeit***
zur Klärung der Anwendbarkeit der Bestimmungen des Vergaberechts

Die Komplementaritätsdoktrin

- *Vereinbarkeit* sozioökonomischer und umweltspezifischer Maßnahmen
- *Einhaltung von Verträgen*

Die Doktrin der Verfahrensautonomie

- Großer Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten bei der Schaffung geeigneter Foren, die Beschwerden gegen Entscheidungen von öffentlichen Auftraggebern sowie Schadenersatzklagen entgegennehmen können.

Die Doktrin der Verfahrensgerechtigkeit

- Überprüfungsverfahren in Bezug auf die Vergabe öffentlicher Aufträge und Schadenersatzklagen dürfen sich nicht auf diskriminierende Weise von anderen Überprüfungs- und Schadenersatzverfahren nach einzelstaatlichem Recht unterscheiden.

Die Effektivitätsdoktrin

- Schnelle Streitbeilegung auf einzelstaatlicher Ebene
- Vollstreckbarkeit von Entscheidungen nationaler Gerichte

Verbreitete Verstöße von Mitgliedstaaten

- Anwendbarkeit von Richtlinien
 - Begriff der öffentlichen Auftraggeber
 - Öffentlich-rechtliche Einrichtungen
- Auswahl und Qualifikation
- Vergabeverfahren
- Vergabekriterien
- Überprüfungsverfahren

Sozial verantwortliche Vergabe öffentlicher Aufträge (SRPP)

Merkmale:

- Beschäftigungschancen
- Anständige Arbeit
- Einhaltung von Sozial- und Arbeitsrechten
- Soziale Eingliederung (auch von Menschen mit Behinderungen)
- Chancengleichheit
- Barrierefreiheit und universelles Design („Design for All“)
- Nachhaltigkeitskriterien einschließlich Fragen des ethischen Handels
- Soziale Verantwortung von Unternehmen (CSR)
- Umweltüberlegungen

SRPP

Vorteile

- Einhaltung der sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften
- Förderung der sozialen Marktwirtschaft
- Nachweis sozial verantwortlicher Unternehmensführung
- Förderung der Integration
- Sicherstellung wirksamerer Leistungen der öffentlichen Hand

Die BRK und der ökonomische Ansatz bei der Regulierung des öffentlichen Auftragswesens

- Rechtssache C-380/98, *The Queen and H.M. Treasury, ex parte University of Cambridge*, Slg. 2000, I-8035, Rn. 17;
- Rechtssache C-44/96, C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG et al. gegen Strohal Rotationsdruck GmbH*, Slg. 1998, I-73, Rn. 33;
- Rechtssache C-360/96, *Gemeente Arnhem Gemeente Rheden gegen BFI Holding BV*, Slg. 1998, I-6821, Rn. 42 und 43;
- Rechtssache C-237/99, *Kommission gegen Frankreich*, Slg. 2001, I-934, Rn. 41 und 42.

Die BRK und der sozioökonomische Ansatz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge

- Rechtssache C-31/87, *Gebroeders Beentjes B.V. gegen Niederlande*, Slg. 1988, I-4635
- Rechtssache C-225/98, *Nord-Pas-de-Calais Kommission gegen Französische Republik*, Slg. 2000, I-7445

Umweltaspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge

- Rechtssache C-513/99, *Concordia Bus Finlandia Oy AB gegen Helsingin Kaupunki und HKL-Bussiliikenne*, Slg. 2002, I-7213.
- Rechtssache C-448/01, *EVN AG, Wienstrom GmbH und Republik Österreich*, Urteil vom 4.12.2003.

Die Vergabe öffentlicher Aufträge und die Richtlinie über erworbene Rechte

- Rechtssache C-29/91, *Dr. Sophie Redmond Stichting v. Bartol*, Slg. 1992, I-3189;
- Rechtssache C-382/92, *Kommission gegen Vereinigtes Königreich*, Slg. 1994, I-2435;
- Rechtssache C-24/85, *Spijkers gegen Gebroeders Benedik Abbatoir CV*, Slg. 1986, I-1123;
- Rechtssache C-209/91, *Rask gegen ISS Kantinservice*, Slg. 1993, I-5735;
- Rechtssache C-392/92, *Schmidt gegen Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen*, Slg. 1994, I-1320;
- Rechtssache C-392/92, *Schmidt gegen Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen*, Slg. 1994, I-1320;
- Rechtssache C-48/94, *Rygaard gegen Stro Molle Akustik*, Slg. 1995, I-2745;
- Rechtssache C-324/86, *Tellerup*, Slg. 1998, I-739.

Technische Normen

Die irischen Behörden gaben für Rohrleitungen eine bestimmte Norm vor.

Das *Nederlands Inkoopcentrum* verwendete Warenzeichen als bindende Spezifikationen für den Kauf meteorologischer Instrumente.

Die Doktrin der „gleichwertigen Norm“

- C-45/87, *Kommission gegen Irland*, Slg.1988, I-4929;
- C-359/93, *Kommission gegen Niederlande*, Urteil vom 24.01.1995.

Auswahl und Qualifikation

Die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit kann durch Referenzen belegt werden, u.a. durch

- 1) entsprechende Bankinformationen:
- 2) Vorlage der Bilanzen oder Bilanzauszüge des Unternehmens, soweit diese gemäß gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen veröffentlicht werden sowie
- 3) Angaben zum Jahresumsatz des Unternehmens und zum Umsatz mit Bauarbeiten in den letzten drei Geschäftsjahren

- *C-76/81, SA Transporoute et Travaux gegen Ministerium für öffentliche Arbeiten, Slg. 1982, I-457*
- *C-27/86, Constructions et Entreprises Industrielles S.A (CEI) gegen Association Intercommunale pour les Autoroutes des Ardennes; Rechtssache C-28/86, Ing. A. Bellini & Co. S.p.A. gegen Régie des Batiments; Rechtssache C-29/86, Ing. A. Bellini & Co. S.p.A. gegen Belgien, Slg. 1987, I-3347*

Die Besonderheit von Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung

- In den Rechtssachen C-199/85, *Kommission gegen Italien*, Slg. 1987, I-1039 und C-3/88, *Kommission gegen Italien*, Slg. 1989, I-4035, wies der Gerichtshof das Bestehen ausschließlicher Rechte zurück und betrachtete den Missbrauch dieser Bestimmung als gegen das Niederlassungsrecht und den freien Dienstleistungsverkehr gerichtet, die auf dem Grundsatz der Gleichbehandlung beruhen und nicht nur eine offene Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern auch alle verdeckten Formen der Diskriminierung untersagen, die – durch Anwendung anderer Differenzierungskriterien – zu dem gleichen Ergebnis führen.
- In der Rechtssache 199/85, *Kommission gegen Italien*, *op. cit.*, erläuterte der Gerichtshof, dass zu ausschließlichen Rechten auch vertragliche Vereinbarungen wie Know-how und Rechte an geistigem Eigentum gehören könnten.
- Wegen Dringlichkeit aufgrund für die Vergabebehörden unvorhersehbarer Ereignisse legte der Gerichtshof zwei Tests fest: 1.) die Notwendigkeit eines Rechtfertigungstests nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und 2.) das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs zwischen der behaupteten Dringlichkeit und den unvorhergesehenen Ereignissen (siehe C-199/85, *Kommission gegen Italien*; C-3/88, *Kommission gegen Italien*; C-24/91, *Kommission gegen Spanien*, Slg. 1994, CMLR 621; C-107/92, *Kommission gegen Italien*, Urteil v. 02.08.1993; C-57/94, *Kommission gegen Italien*, Urteil v. 18.05.1995; C-296/92, *Kommission gegen Italien*, Urteil v. 12.01.1994).

Die restriktive Auslegung der Gründe für die Nutzung von Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung

Die Gründe für die Nutzung dieses Verfahrens beschränken sich auf folgende Fälle:

- 1.) die Art der Arbeiten oder Dienstleistungen oder der damit verbundenen Risiken lässt keine Angabe eines Gesamtpreises zu und
- 2.) die Art der Dienstleistungen ist so beschaffen, dass sich keine ausreichend präzisen Spezifikationen festlegen lassen.

Vergabekriterien

- *Publizität der Kriteriengewichtung*
- *Varianten*
- *Mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien*

Vergabekriterien

- Inhärente Flexibilität
 - MEAT (*most economically advantageous tender* = wirtschaftlich günstigstes Angebot)
 - Öffnet die Tür für politische Bestrebungen

Vorbehaltene Aufträge

Art. 19 Richtlinie über den öffentlichen Sektor

Die Mitgliedstaaten können sich das Recht vorbehalten, an öffentlichen Vergabeverfahren für geschützte Werkstätten teilzunehmen oder solche Aufträge im Rahmen geschützter Beschäftigungsprogramme erledigen zu lassen, wenn dabei die meisten beteiligten Arbeitnehmer Behinderte sind, die aufgrund der Schwere ihrer Behinderungen nicht unter normalen Bedingungen arbeiten können.

Auftragserfüllung

Untervergabe

Art. 25 Richtlinie über den öffentlichen Sektor

In den Vertragsunterlagen kann der öffentliche Auftraggeber von dem Bieter verlangen oder von einem Mitgliedstaat dazu aufgefordert werden, in seinem Angebot jeden Teil des Auftrags anzugeben, den er unter Umständen an Dritte und eventuell vorgeschlagene Subunternehmer weitergeben könnte. Diese Angabe muss unbeschadet der Frage der Haftung des wirtschaftlichen Hauptakteurs angesprochen werden.

Auftragserfüllung (Forts.)

Bedingungen für die Auftragsausführung

Art. 26 Richtlinie über den öffentlichen Sektor

Die öffentlichen Auftraggeber können zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorschreiben, sofern diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind und in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben werden. Die Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags können insbesondere soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen.

Auftragserfüllung (Forts.)

- *Verpflichtungen im Zusammenhang mit Steuern, Umweltschutz, Arbeitsschutzvorschriften und Arbeitsbedingungen*
- Art. 27 Abs. 1 Richtlinie über den öffentlichen Sektor
- Ein öffentlicher Auftraggeber kann in den Verdingungsunterlagen die Stelle(n) angeben, bei der (denen) die Bewerber oder Bieter die erforderlichen Auskünfte über ihre Verpflichtungen im Zusammenhang mit Steuern und dem Umweltschutz sowie über die Verpflichtungen erhalten, die sich aus den Vorschriften über Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen ergeben können, die in dem Mitgliedstaat, in der Region oder an dem Ort gelten, an dem die Leistungen zu erbringen sind, und die während der Ausführung des Auftrags auf die ausgeführten Bauaufträge oder die erbrachten Dienstleistungen anzuwenden sind; der öffentliche Auftraggeber kann auch durch einen Mitgliedstaat zu dieser Angabe verpflichtet werden.

Auftragserfüllung (Forts.)

- Art. 27 Abs. 2 der Richtlinie über den öffentlichen Sektor
- Ein öffentlicher Auftraggeber, der die Auskünfte erteilt, verlangt von den Bietern oder Bewerbern eines Vergabeverfahrens die Angabe, dass sie bei der Ausarbeitung ihres Angebots den Verpflichtungen aus den am Ort der Leistungserbringung geltenden Vorschriften über Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen Rechnung getragen haben.

Konzessionen als öffentliche Aufträge

- *Der Begriff der öffentlichen Konzessionen*
 - Recht auf die wirtschaftliche Nutzung der Konzession, auch wenn dieses Recht mit dem Erfordernis verbunden sein kann, dem Erteiler einen bestimmten Betrag zu zahlen
 - Gefahrenübergang

- Rechtssache C-360/96, *Arnhem und Rheden*, Slg. 1998, I-6821

- *Vertikale Vergabe* (Subunternehmer)
 - C-31/87 *Beentjes*, Slg. 1988, I-4635, Rn. 11;
 - C-360/96 *BFI Holding*, Slg. 1998, I-6821, Rn. 62.

Dienstleistungskonzessionen als öffentliche Aufträge

Die Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge gelten nicht, WOHL ABER die Grundprinzipien des AEUV. Zur Sicherstellung des Wettbewerbs ist ein Mindestmaß an Publizität erforderlich

- Rechtssache C-324/98 *Telaustria und Telefonadress*
- Rechtssache C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) gegen Comune di Cingia de' Botti*
- Rechtssache C-458/03 *Parking Brixen*

Öffentliche Kleinaufträge

- Unter bestimmten Schwellen bleibende Aufträge unterliegen Publizitätsanforderungen, wenn bei öffentlichen Aufträgen grenzüberschreitende materielle Interessen vorliegen

Rechtssache C-59/00, Bent Moustén Vestergaard und Spøttrup Boligselskab, Rechtssache C-6/05, *Medipac-Kazantzidis AE gegen Venizelio-Pananio (P.E.S.Y. KRITIS)*,

Verbundene Rechtssachen C-147/06 und C-148/06, *SECAP SpA (C-147/06)* und *Santorso Soc. coop. arl (C-148/06)*

Rechtssache C-59/00 *Vestergaard*

Rechtssache C-412/04 *Kommission gegen Italien*