

# Die Erreichung vergaberechtlicher Zielsetzungen in der Beschaffungspraxis – rechtstatsächliche Untersuchung zu den Veränderungen im öffentlichen Auftragswesen durch europäisches und internationales Recht

von Prof. Dr. Kay Hailbronner und Wiss. Mit. Marcel Kau, LL.M. (Georgetown), Konstanz<sup>1</sup>

## I. Einleitung

Das Jahr 2004 stellt sowohl im Hinblick auf das europäische wie auch auf das deutsche Vergaberecht einen Wendepunkt dar. Die mit den EU-Vergaberichtlinien der Jahre 1992 und 1993 erstmals erfolgte Kodifizierung des europäischen Vergaberechts<sup>2</sup> wurde durch die neuen Richtlinien 2004/17 und 2004/18 zusammengefasst und vereinfacht,<sup>3</sup> so dass der Prozess der europäischen Harmonisierung auf dem Gebiet des materiellen Vergaberechts vorerst seinen Abschluss gefunden hat.<sup>4</sup> Ausgelöst durch die Änderung der europäischen Rechtsgrundlagen muss bis spätestens 31. Januar 2006 auch eine Novellierung des deutschen Kartellvergaberechts erfolgen.<sup>5</sup> Ein entsprechender Gesetzentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit (BMWA) liegt bereits vor und wird voraussichtlich noch im Jahre 2005 das parlamentarische Verfahren durchlaufen.<sup>6</sup> Vor dem Hintergrund dieser neuerlichen legislativen Maßnahmen stellt sich die Frage, ob die mit den EU-Vergaberichtlinien (1992/93) und ihrer Umsetzung ins deutsche Kartellvergaberecht (1999) ursprünglich verfolgten Zielsetzungen erreicht oder zumindest in nennenswertem Umfang gefördert werden konnten. Zeigen die zwischenzeitlich gewonnenen praktischen Erfahrungen hingegen, dass die ins Auge gefassten Ziele nicht oder nur in geringem Maß erreicht wurden, so wäre zu überlegen, ob das bisherige rechtliche Instrumentarium überhaupt zur Zielerreichung geeignet ist oder ob möglicherweise andere Maßnahmen ergriffen werden müssen. Eine Beurteilung der deutschen Gegebenheiten ist bislang vor allem deswegen schwerer gefallen als in den übrigen Mitgliedstaaten, da wegen des Scheiterns der sog. „haushaltsrechtlichen Lösung“<sup>7</sup> die tatsächliche Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien erst zum 1.1.1999 in Kraft treten konnte. Dass auch der europäische Gesetzgeber der Ergebniskontrolle im Hinblick auf die Effektivität vergaberechtlicher Bestimmungen eine große Bedeutung beigemessen hat und gegenwärtig noch beimisst, kann den in allen drei EU-Vergaberichtlinien bislang enthaltenen Prüfungs- und

---

<sup>1</sup> Der Verfasser *Prof. Dr. Kay Hailbronner* ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht an der Universität Konstanz. Der Verfasser *Kau* ist Wiss. Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl.

<sup>2</sup> RL 92/50 v. 18.6.1992 (sog. DKR, ABl. 1992 L 209/1); RL 93/36 v. 14.6.1993 (sog. LKR, ABl. 1993 L 199/1); RL 93/37 v. 14.6.1993 (sog. BKR, ABl. 1993 L 199/54) sowie die RL 93/38 v. 14.6.1992 (sog. SKR, ABl. 1993 L 199/84).

<sup>3</sup> RL 2004/17 v. 30.4.2004, ABl. 2004 L 134/1; RL 2004/18 v. 30.4.2004, ABl. 2004 L 134/114.

<sup>4</sup> Z.B. *Rechten*, Die Novelle des EU-Vergaberechts, NZBau 2004, 366; *Mader*, Das neue EG-Vergaberecht, EuZW 2004, 425; *Leinemann/Maibaum*, Die neue europäische einheitliche Vergabekoordinierungsrichtlinie, VergabeR 2004, 275; *Glahs*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Einl, Rdnr. 17 ff.; eingehend *P.W. Schäfer*, in: Grabitz/Hilf, EU, Bd. 4, Öffentliches Auftragswesen, B.6 – Legislativpaket, Rdnr. 2 ff.

<sup>5</sup> Vgl. Art. 80 der RL 2004/18 und Art. 71 der RL 2004/17.

<sup>6</sup> Zur Neuregelung des Vergaberechts (Stand: 8.10.2004), vgl. [www.bmwa.bund.de/Navigation/Wirtschaft/Wirtschaftspolitik/oeffentliche-auftraege.html](http://www.bmwa.bund.de/Navigation/Wirtschaft/Wirtschaftspolitik/oeffentliche-auftraege.html)

<sup>7</sup> Vgl. *Marx*, in: Beck'scher VOB/A-Kommentar, Vor § 97 GWB, Rdnr. 8.

Evaluierungsmechanismen entnommen werden.<sup>8</sup> Dabei sollte neben der Kategorie der jeweiligen Leistung vor allem die Nationalität desjenigen Leistungserbringers mitgeteilt werden, der den Zuschlag erhalten hat.<sup>9</sup> Auch die Vergaberichtlinien 2004/18 und 2004/17 sehen Prüfungsmechanismen vor, die sich jedoch angesichts der mittlerweile eingetretenen Festigung des europäischen Vergaberechts weitgehend auf die Mitteilung statistischer Werte durch die Mitgliedstaaten beschränken. Dabei betrifft eine der mitzuteilenden Informationen unverändert die Staatsangehörigkeit des Wirtschaftsteilnehmers, an den der Auftrag vergeben wurde.<sup>10</sup>

Welche Ziele mit der Kodifizierung des europäischen Vergaberechts verfolgt wurden, lässt sich aus den Erwägungsgründen der EU-Vergaberichtlinien sowie aus den Stellungnahmen der Europäischen Kommission entnehmen. So wurden seit der Verabschiedung des Binnenmarktkonzepts im Jahre 1985<sup>11</sup> als zentrale Zielsetzungen des europäischen und deutschen Vergaberechts vor allem genannt:

- Die Gewährleistung eines „gemeinschaftswiten Wettbewerbs“ zwischen den verschiedenen Anbietern zur „Liberalisierung des öffentlichen Auftragswesens“<sup>12</sup> und zur weiteren Verwirklichung der Marktfreiheiten des EG-Vertrags (v.a. Warenverkehrsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit<sup>13</sup>),<sup>14</sup> sowie
- die Entlastung der öffentlichen Haushalte in der EU durch die Ermittlung des besten Angebots für die Auftraggeber.<sup>15</sup>

## II. Ansatz des Forschungsprojekts

In den letzten vier Jahren wurde die Frage legislativer Zielerreichung durch die harmonisierten Vergaberechtsvorschriften im Rahmen eines von der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) geförderten Projektes über die „Veränderungen im öffentlichen Auftragswesen durch europäisches und internationales Recht“ untersucht. Bei der Frage, wie man das Entstehen eines „gemeinschaftswiten Wettbewerbs“ oder die „Liberalisierung des öffentlichen Auftragswesens“ in der Gemeinschaft feststellen kann, kommen vor allem rechtstatsächliche Forschungsmethoden in Betracht. Wie auch der in den EU-Vergaberichtlinien vorgesehene Prüfungs- und Evaluierungsmechanismus zeigt, sollen durch die Untersuchung der tatsächlichen Gegebenheiten der Vergabepaxis Rückschlüsse auf die Erreichung der vergaberechtlichen Zielsetzungen gezogen werden.

<sup>8</sup> Vgl. Art. 39 RL 92/50 (DKR), Art. 31 RL 93/36 (LKR) und Art. 34 RL 93/37 (BKR).

<sup>9</sup> Vgl. Art. 39 Abs. 2 RL 92/50 (DKR); Art. 31 Abs. 2 RL 93/36 (LKR); Art.34 Abs. 2 RL 93/37 (BKR).

<sup>10</sup> Vgl. Art. 76 Abs. 1 UAbs. 1, lit. c RL 2004/18.

<sup>11</sup> KOM (1985), 310 endg., Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Hrsg.), Vollendung des Binnenmarkts – Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat, Brüssel 1985.

<sup>12</sup> KOM (1985), 310 endg., S. 23, Ziff. 81 u. 85.

<sup>13</sup> Vgl. Erwägungsgründe der RL 93/36; Erwägungsgründe der RL 93/37; 2. Erwägungsgrund der RL 93/38; siehe auch EuGH v. 22.9.1988, Rs. C-45/87 – Dundalk, Slg. 1988, 4929; EuGH v. 22.6.1993, Rs. C-243/89 – Kommission/Dänemark (Storebaelt), Slg. 1993, I-3353; *Prieß*, Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, 2. Aufl., Köln u.a. 2001, 10 f.; *Müller-Graff*, in: v.d. Groeben/Schwarze, EU/EG, Art. 28, Rdnr. 155 ff.; eingehend *Hailbronner*, in: Grabitz/Hilf, EU, Bd. 4, Öffentliches Auftragswesen, B.2 – Marktfreiheiten und Vergaberichtlinien, Rdnr. 8 ff.; *ders.*, in: Hailbronner/Wilms, EU, Art. 28, Rdnr. 200 ff.

<sup>14</sup> KOM (1985), 310 endg., S. 23, Ziff. 81 u. 83; hierauf Bezug nehmend Erwägungsgründe der RL 92/50; 1., 5. und 6. Erwägungsgrund der RL 93/38.

<sup>15</sup> KOM (2004) 22 endg., Ziff. 5; KOM (2003), 238 endg., Ziff. 5; KOM (2003), 283 endg.

Als Indiz für eine „Europäisierung der Vergabepaxis“ diene in erster Linie das verstärkte Auftreten ausländischer Bieter und Bewerber auf den Beschaffungsmärkten der Mitgliedstaaten. Untersucht werden sollte dies durch die Befragung Betroffener, die Auswertung von Statistiken sowie das Heranziehen einschlägiger Entscheidungen von Vergabekammern und Vergabesenaten der Oberlandesgerichte. Auch der Prüfungsmechanismus der EU-Vergaberichtlinien folgte diesem Ansatz, indem er die Nationalität der Leistungserbringer und die Aufschlüsselung nach einzelnen Mitgliedstaaten sowie Drittstaaten besonders hervorhob.<sup>16</sup>

Im gleichen Zeitraum haben sowohl die Europäische Kommission<sup>17</sup> als auch die Bundesregierung<sup>18</sup> mit Hilfe privater Einrichtungen verschiedene Untersuchungen über die Effektivität der vergaberechtlichen Vorschriften und ihre Auswirkungen auf den europäischen Markt der Auftragsvergabe durchgeführt bzw. durchführen lassen.<sup>19</sup> Soweit hierzu bereits Ergebnisse vorliegen, sollen diese im relevanten Umfang für die vorliegende Untersuchung berücksichtigt werden.

### **1. Empirische Widerstände**

In der ersten Phase des Forschungsprojekts wurden zunächst die mit der Vergabe öffentlicher Aufträge befassten Stellen der öffentlichen Hand sowie die Verbände der Industrie, des Handels und des Handwerks um Stellungnahmen über ihre statistischen Werte vor und nach der Reform sowie über ihre praktischen Erfahrungen und Einschätzungen im Hinblick auf die seit 1999 in Kraft befindlichen Vergabevorschriften gebeten. Wie sich jedoch im Verlaufe des Projektes zeigte, waren weder die Städte und Gemeinden noch die Vertreter kommunaler Verbände oder die Beschaffungsstellen des Bundes<sup>20</sup> bereit oder in der Lage das erforderliche statistische Material hierfür zur Verfügung zu stellen. Ob dies im Einzelfall tatsächlich daran lag, dass die entsprechenden Unterlagen und statistischen Zahlen nicht existierten und daher ihre Ermittlung einen zu großen Aufwand dargestellt hätte oder ob dies darauf zurückzuführen war, dass mit der Einführung des Kartellvergaberechts im Jahre 1999 bei den Stellen der öffentlichen Hand, den Verbänden der Industrie, des Handels und des Handwerks vielfach ein bewusster Schnitt vollzogen wurde, mit dem die früheren zum Teil kollusiven Vergabepraktiken endgültig beendet werden sollten, kann aus der heutigen Perspektive nicht mehr mit Sicherheit festgestellt werden.

<sup>16</sup> Vgl. Art. 39 Abs. 2 RL 92/50 (DKR); Art. 31 Abs. 2 RL 93/36 (LKR); Art.34 Abs. 2 RL 93/37 (BKR).

<sup>17</sup> Vgl. unten III.

<sup>18</sup> Vgl. unten IV.

<sup>19</sup> Z.B. COWI (Hrsg.), *Monitoring Public Procurement in the European Union using Public Authorities Panel Data* (Lot 2. Final report July 2003); KOM (2004) 22 endg. (Binnenmarktstrategie 2003-2006 II); KOM (2003), 238 endg. (Binnenmarktstrategie 2003-2006 I); KOM (2002) 743 endg. (gemeinschaftliche Güter- und Kapitalmärkte 2002); Unabhängige Studie, ABl. V. 21.11.2000, C 330; Bericht der Bundesregierung zum Vergaberechtsänderungsgesetz, Berlin 2004, BR-Drs. 851/03, 1 u. BT-Drs. 15/2034, 1.

<sup>20</sup> Z.B. Beschaffungsamt des Bundesministeriums des Innern (BeschA), vgl. [www.bescha.bund.de](http://www.bescha.bund.de) sowie das Bundesamt für Wehrtechnik und Beschaffung (BWB), vgl. [www.bwb.org](http://www.bwb.org).

## 2. Besondere Beschaffungsbereiche

Aus der ersten empirischen Phase konnte dennoch die Erkenntnis gewonnen werden, dass es zwei Bereiche gibt, in denen sich – ohne dass es dafür konkrete statistische Werte gäbe – eine Veränderung der Beschaffungspraxis und eine verstärkte grenzüberschreitende Beteiligung ausländischer Bieter hat feststellen lassen: (a) Den ersten für den gewählten Forschungsansatz besonders interessanten Bereich stellt die öffentliche Auftragsvergabe in grenznahen Gebieten dar. In diesen Fällen besteht nicht nur die Möglichkeit zur Beteiligung am Vergabeverfahren, sondern hierbei stehen auch der Auftragsannahme und -erfüllung keine tatsächlichen Hindernisse im Weg. Denn der betreffende Bieter kann bei Erteilung des Zuschlags diese Aufträge ohne größeren sachlichen oder personellen Aufwand bewältigen. (b) Außerdem hat sich ein europäischer Vergabemarkt für Herstellung und Vertrieb von Spezialprodukten gebildet, bei denen die „Ausnutzung“ möglichst großer Märkte, also vor allem des gesamteuropäischen Binnenmarktes, notwendig ist, um rentabel zu produzieren. Als Beispiele für solche Erzeugnisse sind Kameras für medizin-technische Untersuchungen in der Tumorforschung, besonders belastbare Klebeetikette (z.B. für Autobahnvignetten) und Einrichtungsapparaturen für Krankenhausapotheken zu nennen. In beiden genannten Fallgruppen hat sich nach bisheriger Erkenntnis ein europaweiter Markt gebildet, bei dem die harmonisierten EU-Vergabevorschriften zu einer weitgehenden Erreichung der ursprünglichen legislativen Ziele geführt haben. Allerdings wird dieser Eindruck dadurch getrübt, dass über den genauen Umfang dieser grenzüberschreitenden Aktivitäten kein statistisches Zahlenmaterial vorliegt, da auch die grenznahen Gemeinden und Handelskammern mitteilten, nicht über entsprechende Statistiken zu verfügen.<sup>21</sup>

## 3. Auswertung der deutschen Entscheidungspraxis

Ein weiterer Ansatz für das Forschungsprojekt bestand darin, die bislang ergangenen Entscheidungen der Vergabekammern des Bundes und der Länder<sup>22</sup> sowie einschlägige Entscheidungen der Vergabesenate der Oberlandesgerichte daraufhin zu untersuchen, ob sich in verstärktem Umfang ausländische Bieter an Vergabeverfahren beteiligt haben, bei denen es anschließend zu Rechtsstreitigkeiten gekommen ist. Das verstärkte Auftreten ausländischer Bieter in Rechtsstreitigkeiten sollte dabei als Indiz dafür gewertet werden, dass sich auch insgesamt mehr ausländische Bieter und Bewerber an den Vergabeverfahren beteiligt haben. Begünstigt wurde dieser Forschungsansatz dadurch, dass die Vergabekammern und Oberlandesgerichte nach § 22 der

---

<sup>21</sup> Auch im Gutachten zur Evaluierung des Vergaberechtsänderungsgesetzes v.16.4.2003 (Verfasser: H. Franke unter Mitarbeit von S. Mertens und M. Grünhagen), das dem „Bericht der Bundesregierung zum Vergaberechtsänderungsgesetz“ zugrunde lag, äußerte der Verfasser, „dass die Fragebogenaktion zum Teil keinen repräsentativen Charakter“ hatte, „weil die unabhängige Beantwortung durch die Identität der Formulierung wiederholt in Frage zu stellen war“.

<sup>22</sup> Insgesamt existieren 28 Vergabekammern des Bundes und der Länder, vgl. Byok/Jaeger, Vergaberecht, 2. Aufl. 2005, Anhang IV.

Vergabeverordnung (VgV) verpflichtet sind, jeweils bis zum 31. Januar eines Jahres Statistiken über die Anzahl und Ergebnisse der Nachprüfungsverfahren des Vorjahres an das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit mitzuteilen. Eine ausdrückliche Aufschlüsselung nach der Staatsangehörigkeit derjenigen Wirtschaftsteilnehmer, an die die Aufträge vergeben wurden, ist entgegen entsprechender Bestimmungen in den EU-Vergaberichtlinien<sup>23</sup> und in der neuen RL 2004/18 EG<sup>24</sup> bislang nicht vorgesehen. Im Verlaufe des DFG-Projekts wurden die zur Erstellung von Statistiken nach § 22 VgV verpflichteten Stellen darum gebeten, vergaberechtliche Fälle mit Auslandsbezug – in der Regel hervorgerufen durch ausländische Beteiligte – für die Jahre 1999 bis 2003 mitzuteilen. Anschließend wurden die Verfahren mit Auslandsbezug außerdem noch daraufhin untersucht, ob sich hierbei spezifische Probleme haben feststellen lassen oder ob die in der Streitigkeit aufgetretenen Fragen bei inländischen Verfahrensbeteiligten genauso hätten auftreten können. Wie die Untersuchung ergab, wurden für die Jahre 1999 bis 2003 von den deutschen Vergabekammern insgesamt 27 Fälle,<sup>25</sup> von den Vergabesenaten der Oberlandesgerichte im gleichen Zeitraum insgesamt neun Fälle<sup>26</sup> mit Auslandsbezug festgestellt. Im Einzelnen verteilen sich diese Verfahren folgendermaßen:

<b>Jahr</b>	<b>Vergabekammern</b>	<b>Oberlandesgerichte</b>
1999	4	3
2000	6	1
2001	3	-
2002	9	1
2003	2	4
2004 (bis 15.2.)	3	-
<b>GESAMT</b>	<b>27</b>	<b>9</b>

<sup>23</sup> Vgl. Art. 39 Abs. 2 RL 92/50 (DKR); Art. 31 Abs. 2 RL 93/36 (LKR); Art.34 Abs. 2 RL 93/37 (BKR).

<sup>24</sup> Vgl. Art. 76 Abs. 1, UAbs. 1, lit. c RL 2004/18.

<sup>25</sup> Vgl. **im Jahr 1999**: BKartA v. 23.3.1999 (VK 1-5/99) – Euromünzplättchen I; BKartA v. 29.4.1999 (VK 1-7/99) – Euromünzplättchen II; BKartA v. 26.7.1999 (VK 1-15/99) – Euromünzplättchen III; BKartA v. 3.11.1999 (VK 1-27/99) – Konvertierung Alphabetischer Katalog; **im Jahr 2000**: BKartA v. 28.8.2000 (VK 1-21/00) – Radaranlage-ASR; BKartA v. 30.3.2000 (VK 2-2/00) – Euromünzplättchen IV; VK Baden-Württemberg v. 24.5.2000 (1 VK 9/00) - bestätigt durch Beschluss des OLG Stuttgart v. 11.7.2000 (2 Verg 5/00); VK Nordbayern v. 18.8.2000 (320.VK-3194-18/00); VK Südbayern v. 12.12.2000 (120.3-3194.1-24-11/00); VK Berlin (Italien, 2000, Bauleistungen); **im Jahr 2001**: BKartA v. 25.7.2001 (VK 2-20/01) – Lkw-Maut Deutschland; VK Nordbayern v. 20.3.2001 (320.VK-3194-02/01); VK Südbayern v. 16.1.2001 (120.3-3194.1-26-12/00); **im Jahr 2002**: BKartA v. 23.5.2002 (VK 2-18/02) – Schuhe; VK Hamburg v. 25.6.2002 (HW/D4/702.705-8/10); VK Hamburg v. 22.11.02 (702.705-8/10/2) > aufgehoben durch OLG Bremen – Beschluss v. 19.3.2003 (1Verg 4/02); VK Hamburg v. 12.4.2002 (VgK 01/02); VK Hamburg v. 17.4.2002 (VgK 02/02) > Zurückweisung des Aufhebungsantrags durch das OLG Bremen v. 7.8.2002; VK Hamburg v. 28.10.2002 (VgK 03/02); VK Lüneburg (im Jahr 2002) > kein Beschluss; VK Münster v. 24.6.2002 (VK 03/02); VK Sachsen-Anhalt / Regierungspräsidium Magdeburg (im Jahr 2002); **im Jahr 2003**: VK Baden-Württemberg v. 6.8.2003 (1 VK 31/03); VK Südbayern v. 12.11.2003 (44-09/03); **im Jahr 2004**: BKartA v. 23.1.2004 (VK 2-132/03) – Radaranlage; VK Südbayern v. 26.1.2004 (63-12/03); VK Hamburg v. 12.2.2004 (VgK 01/03).

<sup>26</sup> **Im Jahr 1999**: BayObLG v. 21.5.1999 (Verg 1/99); BayObLG v. 21.5.1999 (Verg 1/99); BayObLG v. 29.9.1999 (Verg 4/99); **im Jahr 2000**: OLG Stuttgart v. 24.3.2000 (2 Verg 2/99), NZBau 2000, 301 – „Doppelmandat“; **im Jahr 2002**: Brandenburgisches OLG (Schienenpersonennahverkehr in Brandenburg u. Berlin, 2002); **im Jahr 2003**: OLG Bremen v. 7.1.2003 (Verg 2/02); OLG Bremen v. 22.4.2003 (Verg 2/2002); OLG Rostock v. 5.2.2003 (17 Verg 14/02; 1 VK 15/02); OLG Schleswig v. 4.7.2003 (6 Verg 11/03).

Legt man zugrunde, dass eine allmähliche Liberalisierung des gemeinschaftlichen Vergabemarktes auch in zunehmendem Umfang zu Streitigkeiten mit Auslandsbezug hätte führen müssen, so zeigen die statistischen Werte, dass eine solche Liberalisierung des deutschen Vergabemarktes bislang noch nicht in nennenswertem Umfang stattgefunden hat. Insbesondere bei den Vergabekammern lassen sich die meisten Verfahren mit Auslandsbezug in den Jahren 2000 mit sechs und 2002 mit neun Fällen feststellen. Dass darin jedoch noch kein linearer Trend zu sehen ist, lässt sich dem Umstand entnehmen, dass in den Zwischenjahren 2001 und 2003 nur jeweils drei bzw. zwei Fälle mit Auslandsbezug festgestellt werden konnten. Ein ähnliches Bild zeigt sich auch bei den Beschwerden zu den Oberlandesgerichten, bei denen zwar in den Jahren 1999 und 2003 drei bzw. vier Fälle mit Auslandsbezug aufgetreten sind, in den Jahren 2000 bis 2002 jedoch nicht mehr als jeweils einer. Geht man inhaltlich bei den Fällen mit Auslandsbezug ins Detail, so zeigt sich bei den meisten Verfahren, dass es überwiegend um herkömmliche vergaberechtliche Streitigkeiten geht, die in gleicher Weise auch bei rein inländischen Vergabeverfahren hätten auftreten können.<sup>27</sup> Lediglich in zwei Verfahren ließen sich spezifische Probleme erkennen, die vor allem bei ausländischen Bietern und Bewerbern von Bedeutung sind. Allerdings wirkte sich der Auslandsbezug in beiden Verfahren nicht nachteilig aus, da auf die spezifischen Probleme ausländischer Bieter Rücksicht genommen wurde.<sup>28</sup>

### III. Erhebungen und Untersuchungen auf europäischer Ebene

Im Weiteren wurden Vergleichsdaten von anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union herangezogen. Hierzu wurde u.a. mit Vertretern der Europäischen Kommission (Generaldirektion Binnenmarkt) gesprochen. Außerdem konnte auf Untersuchungen zurückgegriffen werden, die sich zur Vorbereitung des EU-Legislativpakets (2004) mit den bisherigen Ergebnissen des europäischen Vergaberechts befassten.

#### 1. Frühere Studien (1987-2003)

Die Europäische Kommission hat sich in Mitteilungen aus den Jahren 2003 und 2004 unzufrieden über den bislang erreichten Stand der Marktöffnung und Europäisierung des öffentlichen Auftragswesens geäußert.<sup>29</sup> Vor allem die „länderübergreifende Beteiligung an Vergabeverfahren“ halte sich in Grenzen und die öffentlichen Beschaffungsmärkte blieben insgesamt ineffizient. Bezugnehmend auf eine unabhängige Studie stellte die Kommission fest, dass der Umfang grenz-

<sup>27</sup> Z.B. BKartA (VK Bund) v. 23.5.2002 (VK 2 – 18/02) – Schuhe; BKartA (VK Bund) v. 23.1.2004 (VK 2 – 132/03) – Radaranlage; VK Südbayern v. 12.11.2003 (44-09/03) – Bohrplatz.

<sup>28</sup> BKartA (VK Bund) v. 26.7.1999 (VK 1 – 15/99) – Europlättchen III; BKartA (VK Bund) v. 3.11.1999 (VK 1-27/99) – Konvertierung Alphabetischer Katalog.

<sup>29</sup> KOM (2003), 238 endg., Mitteilung der Kommission zur Binnenmarktstrategie (2003-2006), Ziff. 5.; KOM (2004) 22 endg., Mitteilung der Kommission über die Umsetzung der Binnenmarktstrategie (2003-2006), Ziff. 5.

überschreitender Beschaffungsvorgänge zwar von 6 % im Jahr 1987 auf etwa 10 % im Jahr 1998 gestiegen sei, seitdem jedoch stagniere.<sup>30</sup> Dass dieser Wert als unzureichend angesehen wird, hängt vor allem damit zusammen, dass im Privatsektor etwa 20 % der erforderlichen Beschaffungsvorgänge grenzüberschreitend vorgenommen werden. Man erwartet daher, dass sich auch die öffentlichen Beschaffungsmärkte stärker grenzüberschreitend zu einem Wert entwickeln, der in etwa dem des Privatsektors entspricht.

## **2. Bericht über das Funktionieren des Vergabemarktes (2004)**

In jüngerer Zeit hat die Europäische Union im Rahmen einer bis zum Jahre 2006 angesetzten Untersuchung begonnen zu ermitteln, inwieweit die Vorschriften des europäischen Vergaberechts zur Veränderung der Vergabepaxis in den einzelnen Mitgliedstaaten geführt haben. Aufgrund ihrer gemeinschaftsweiten Bedeutung verfügt die Kommission über bessere institutionelle Möglichkeiten europaweit sowohl staatliche Einrichtungen als auch private Unternehmen zu Stellungnahmen aufzufordern. In diesem Rahmen ist die Europäische Kommission vor allem bemüht, festzustellen, inwiefern die mit dem europäischen Vergaberecht verbundenen Zielsetzungen in der Beschaffungspraxis erreicht werden konnten. Im Februar 2004 hat die Kommission einen Zwischenbericht mit ihren bisherigen Ergebnisse veröffentlicht.<sup>31</sup>

### **a. Wirtschaftliches Potential und Veröffentlichungsquoten**

Zunächst wurde in diesem Bericht das wirtschaftliche Potential einer Marktöffnung bei der Auftragsvergabe ermittelt. Danach hatte das öffentliche Auftragswesen zwischen 1995 und 2002 einen durchschnittlichen Anteil von etwa 16,3 % am Bruttoinlandsprodukt der Mitgliedstaaten.<sup>32</sup> Allerdings ist dieses Potential noch nicht gleichbedeutend mit den öffentlichen Aufträgen, die oberhalb der Schwellenwerte liegen und daher auch tatsächlich gemeinschaftsweit ausgeschrieben worden sind (procurement value actually published). Hierbei zeigt sich indes ein anderes Bild, dass vor allem für den deutschen Vergabemarkt wenig vorteilhaft ist. Vom Gesamtvolumen der öffentlichen Aufträge werden nur etwa 16,2 % veröffentlicht, was einem Anteil von 2,6 % der mitgliedstaatlichen Bruttoinlandsprodukte entspricht. Während die Veröffentlichungsquoten von Griechenland (45,7 %), Spanien (23,6 %) und Großbritannien (21,1 %) weit über dem Durch-

<sup>30</sup> KOM (2003), 238 endg., Ziff. 5 mit Bezug auf eine unabhängige Studie im Auftrag der Europäischen Kommission, ABl. v. 21.11.2000, C 330.

<sup>31</sup> Vgl. „A Report on the Functioning of Public Procurement Markets in the EU: Benefits from the Application of EU Directives and Challenges for the Future“, Brüssel, 3. Februar 2004, vgl. [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/publicprocurement/docs/public-proc-market-final-report\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/docs/public-proc-market-final-report_en.pdf) (zuletzt aufgerufen 9.1.05).

<sup>32</sup> Vgl. „A Report on the Functioning of Public Procurement Markets in the EU“, 4 f.; KOM (2002), 732 endg. (Bericht über Güter- und Kapitalmärkte 2002); KOM (2003), 238 endg. (Mitteilung über die Binnenmarktstrategie); *Hailbronner*, in: Grabitz/Hilf, EU, Bd. 4, Öffentliches Auftragswesen, B.1 – Einleitung, Rdnr. 6 f.; *Mader*, Das neue EG-Vergaberecht, EuZW 2004, 425; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, Vor §§ 97 ff., Rdnr. 41; *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 1.

schnitt lagen, wurden in Deutschland im Jahre 2002 nur etwa 7,5 % der öffentlichen Aufträge europaweit ausgeschrieben.<sup>33</sup> Zwar weist die Kommission zu Recht darauf hin, dass diese Werte mit Vorsicht zu behandeln sind, da große Infrastrukturprojekte (z.B. Brücken, Flughäfen, Fernstraßen, Tunnels) zu starken Verschiebungen führen können. Dennoch zeigt die Betrachtung der deutschen Werte, dass die Veröffentlichungsquote für den Zeitraum von 1995 bis 2002 im Durchschnitt bei 5,94 % und im letzte Jahr der Erhebung bei 7,5 % lag.<sup>34</sup> Damit steht der deutsche Vergabemarkt im Hinblick auf die Veröffentlichung von Ausschreibungen in der Gemeinschaft auf dem letzten Platz, lediglich die Niederlande (8,9 %) und Luxemburg (13,3 %) wiesen im Jahr 2002 noch vergleichbar schlechte Veröffentlichungswerte auf.

### **b. Grenzüberschreitende Auftragsvergabe**

Für die Entwicklung eines gemeinschaftsweiten Wettbewerbs besonders aufschlussreich sind die Ergebnisse zur Frage der grenzüberschreitenden Auftragsvergabe (cross-border procurement). Dabei hob die Kommission zunächst hervor, dass in diesem Bereich zwei unterschiedliche Erscheinungsformen der grenzüberschreitenden Auftragsvergabe existieren: die direkte und die indirekte Auftragsvergabe. Von ersterer ist zu sprechen, wenn sich ein Unternehmen unmittelbar von seinem Hauptsitz aus an einer Ausschreibung in einem anderen Mitgliedstaat beteiligt. Von einer indirekten grenzüberschreitenden Auftragsvergabe ist demgegenüber die Rede, wenn sich ein ausländisches Unternehmen nicht selbst, sondern durch ein vor Ort ansässiges Tochterunternehmen oder eine unabhängige Niederlassung (subsidiaries) an der Auftragsvergabe beteiligt.<sup>35</sup> Der Bericht der Kommission hebt in diesem Zusammenhang hervor, dass die bisherigen methodischen Untersuchungen zur Frage der grenzüberschreitenden Auftragsvergabe häufig unzureichend waren, da sie sich in der Regel allein auf die direkte Auftragsvergabe beschränkten und die indirekten Formen der grenzüberschreitenden Auftragsvergabe außer Acht ließen. Dieser Befund stimmt mit den Ergebnissen des DFG-Forschungsprojekts überein, da sich auch hierbei Schwierigkeiten bei der Feststellung der „ausländischen Bieter und Bewerber“ zeigten, wenn sich Tochterunternehmen oder ortsansässige Niederlassungen an einer Ausschreibung beteiligten. Diese methodischen Schwierigkeiten konnten bei der sog. COWI-Studie,<sup>36</sup> auf die sich die Kommission bezieht, überwunden werden, indem mehr als 1.500 repräsentativ ausgewählte Unternehmen aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft um Stellungnahmen zu öffentlichen Auftragsver-

<sup>33</sup> Vgl. „A Report on the Functioning of Public Procurement Markets in the EU“, 8 (Table 2).

<sup>34</sup> Vgl. „A Report on the Functioning of Public Procurement Markets in the EU“, 8 (Table 2).

<sup>35</sup> Vgl. „A Report on the Functioning of Public Procurement Markets in the EU“, 8.

<sup>36</sup> COWI (Hrsg.), Monitoring Public Procurement in the European Union using Public Authorities Panel Data (Lot 2. Final report July 2003); ausdrücklich erwähnt in KOM (2004) 22 endg., Ziff. 5 (Fn. 16). Allerdings war die COWI-Studie von Anfang an auf Unternehmen aus acht Mitgliedstaaten beschränkt, von denen der Rücklauf aus Irland so gering war, dass man ihn nicht veröffentlichen konnte. Im Übrigen waren es: Österreich, Belgien, Dänemark, Frankreich, Deutschland, Spanien, Großbritannien.

gabe gebeten wurden.<sup>37</sup> Im Hinblick auf die beiden Erscheinungsformen kommt die Studie zu dem Ergebnis, dass lediglich 3 % der Gebote im Bereich der öffentlichen Ausschreibungen direkt, jedoch immerhin 30 % in indirekter grenzüberschreitender Form erfolgen. Außerdem werden etwa 67 % der Gebote ausschließlich im Inland abgegeben.<sup>38</sup> Damit beläuft sich die grenzüberschreitende Auftragsvergabe (direkt und indirekt) auf etwa ein Drittel der gesamten Gebote in der Gemeinschaft, was deutlich höher ist, als die bisher angenommenen Werte, die jedoch lediglich die direkte grenzüberschreitende Auftragsvergabe berücksichtigten.<sup>39</sup>

Da einzelne Unternehmen mit mehreren Geboten in die Statistik eingegangen sind, sehen die Werte bezogen auf die Unternehmen anders aus. Nach den Aussagen der COWI-Studie beteiligten sich in den untersuchten Mitgliedstaaten 54 % der heimischen Unternehmen ausschließlich an Ausschreibungen im heimischen Mitgliedstaat, so dass sich entsprechend 46 % der Unternehmen direkt oder indirekt grenzüberschreitend betätigten.<sup>40</sup> Der Anteil ausländischer Tochterunternehmen (subsidiaries), die sich an inländischen Ausschreibungen beteiligten, lag gemeinschaftsweit durchschnittlich nur bei 11 %. Dabei fällt auf, dass sich zwar in Frankreich 16 % und in Großbritannien sogar 19 % der ausländischen Tochterunternehmen an Ausschreibungen auf dem inländischen Vergabemarkt beteiligten,<sup>41</sup> während es in Deutschland nur 6 % und in Österreich sogar nur 2 % waren. Aus deutscher Perspektive zeigt der Bericht damit, dass die indirekte grenzüberschreitende Auftragsvergabe in Deutschland im Vergleich zur EU und den meisten anderen Mitgliedstaaten unterdurchschnittlich ausgeprägt ist. Aus dem Bericht der Europäischen Kommission und der COWI-Studie lässt sich somit schließen, dass der deutsche Vergabemarkt von ausländischen Bietern und Bewerbern nur in unterdurchschnittlichem Umfang frequentiert wird. Ein erkennbarer Grund hierfür liegt nach den Ergebnissen des Kommissions-Berichts in der geringen Veröffentlichungsquote von durchschnittlich 5,94 % zu 12,14 % in der gesamten EU (1995-2002). Weitere Gründe liegen in der Art und Weise wie die EU-Vergaberichtlinien in deutsches Recht umgesetzt wurden sowie in den spezifischen Strukturen des deutschen Vergabemarkts.<sup>42</sup>

<sup>37</sup> Fragebögen wurden an eine Auswahl von Unternehmen in Österreich (60 Unternehmen), Belgien (60), Dänemark (60), Frankreich (360), Deutschland (450), Irland (40), Spanien (120) und Großbritannien (360). Dabei wurden im Hinblick auf die erfassten Sparten etwa Zweidrittel der veröffentlichten Ausschreibungen abgedeckt, vgl. „A Report on the Functioning of Public Procurement Markets in the EU“, 9 (Fn. 9).

<sup>38</sup> Vgl. „A Report on the Functioning of Public Procurement Markets in the EU“, 12 (Figure 4).

<sup>39</sup> Vgl. *Hailbronner*, in: Grabitz/Hilf, EU, Bd. 4, Öffentliches Auftragswesen, B.1 – Einleitung, Rdnr. 7; zu den früheren Werten *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 2. Auflage 2001; *Cecchini*, Europa'92 – Cecchini-Bericht, Baden-Baden 1988, 37.

<sup>40</sup> Vgl. „A Report on the Functioning of Public Procurement Markets in the EU“, 12 (Table 5): Österreich (54 % der einheimischen Unternehmen), Belgien (19 %), Dänemark (58 %), Frankreich (56 %), Deutschland (51 %), Spanien (75 %) und Großbritannien (51 %).

<sup>41</sup> Vgl. „A Report on the Functioning of Public Procurement Markets in the EU“, 12 (Table 5): Österreich (2 % der ausländischen Tochterunternehmen), Belgien (12 %), Dänemark (6 %), Frankreich (16 %), Deutschland (6 %), Spanien (11 %) und Großbritannien (19 %).

<sup>42</sup> Vgl. unten IV.

### c. Auswirkungen auf die Ausgaben der öffentlichen Hand

Im Weiteren wandte sich der Kommissions-Bericht auch der Frage zu, inwieweit sich die EU-Vergaberichtlinien auf die Entlastung der öffentlichen Haushalte durch eine substantielle Absenkung der Ausgaben für öffentliche Aufträge ausgewirkt haben.<sup>43</sup> Die Erreichung dieser Zielsetzung wurde als entscheidender Test für die Effektivität des neuen Vergaberechts betrachtet (ultimate test of the effectiveness of public procurement legislation).

Anhand zweier Einzelstudien wurde untersucht, inwieweit die öffentlichen Haushalte durch die EU-Vergaberichtlinien tatsächlich entlastet wurden. In einer Untersuchung<sup>44</sup> wurde eine Gruppe von 1.000 öffentlichen Auftraggebern in der gesamten Gemeinschaft über die Preisentwicklung für Waren und Dienstleistungen befragt. Dabei stellte sich zwar heraus, dass die Preise insgesamt stark variierten, dass aber in den Fällen, in denen die EU-Vergaberichtlinien nicht zur Anwendung gelangt waren, die Preise bereinigt um ca. 40 % über denen der öffentlichen Auftragsvergabe lagen.<sup>45</sup> Als weitere Resultate konnten außerdem festgehalten werden:

- Die Ausschreibung von Aufträgen mit mehreren Bietern und Bewerbern senkt den Preis im Vergleich zum unmittelbaren Erwerb.
- Die Minderung des Preises hängt von der staatlichen Ebene ab, die Waren oder Dienstleistungen erwirbt. Bundes- und Kommunaleinrichtungen (national and local authorities) müssen üblicherweise mehr bezahlen als Ländereinrichtungen (regional authorities).
- In den Fällen, in denen eine spezielle Abteilung oder Behörde für die Beschaffung zuständig war, waren die Preise etwas geringer als dort, wo dies nicht der Fall war. Damit hängt die Höhe der Ausgaben auch vom Grad der Professionalisierung und dem Bestehen einer spezialisierten Beschaffungs-Einrichtung ab (professionalism and organisation).
- Offenbar ohne Bedeutung für den Preis sind hingegen die Größe der beauftragten Unternehmen und die Ansässigkeit des Unternehmens. Das heißt, dass sich weder die Beteiligung von KMU noch grenzüberschreitende Beschaffungsvorgänge zusätzlich mindernd auf den Preis auswirken.<sup>46</sup>

Im Rahmen einer zweiten Untersuchung wurden die innergemeinschaftlichen Handelsströme (intra EU trade flows) anhand einiger ausgesuchter Erzeugnisse analysiert,<sup>47</sup> die hauptsächlich und typischerweise von öffentlichen Auftraggebern durch Ausschreibung beschafft werden. Wie sich beispielsweise beim innergemeinschaftlichen Handel mit Eisenbahnschienen zeigte, steigerte sich hierbei das innergemeinschaftliche Handelsvolumen zwischen 1994 und 2002 um etwa das

<sup>43</sup> Vgl. „A Report on the Functioning of Public Procurement Markets in the EU“, 14 ff. (Figure 6 und 7); KOM (2004) 22 endg., Ziff. 5; KOM (2003), 238 endg., Ziff. 5; KOM (2003), 283 endg.

<sup>44</sup> COWI (Hrsg.), Monitoring Public Procurement in the European Union using Public Authorities Panel Data (Lot 2. Final report July 2003).

<sup>45</sup> Vgl. „A Report on the Functioning of Public Procurement Markets in the EU“, 14 ff. (Figure 6).

<sup>46</sup> Vgl. „A Report on the Functioning of Public Procurement Markets in the EU“, 16 f.

<sup>47</sup> Aus der Kombinierten Nomenklatur waren dies: KN 30063000 (Röntgenkontrastmittel), KN 73021031 (Eisen- oder Stahlschienen für Eisenbahnen), KN 7302139 (Eisen- oder Stahlschienen für Straßen- und U-Bahnen), KN 73041090 (Stahl- oder Eisenröhren für Öl- und Gaspipelines), KN 87053000 (Feuerwehrfahrzeuge), KN 86061000 (Kesselwagen f. Eisenbahnverkehr) und KN 90183110 (Spritzen, Nadeln, Katheter, Kanülen), „A Report on the Functioning of Public Procurement Markets in the EU“, 18 (Fn. 23).

Fünffache, während sich die Ausfuhren von Eisenbahnschienen in Drittstaaten und der innergemeinschaftliche Handel mit anderen Eisen- und Stahlerzeugnissen nicht einmal verdoppelte. Aus dieser Entwicklung des Handels mit Eisenbahnschienen wurde somit indiziell abgeleitet, dass die EU-Vergaberichtlinien den Handel mit beschaffungsrelevanten Erzeugnissen innerhalb der Gemeinschaft fördern.<sup>48</sup> Ähnliche Ergebnisse zeigten sich auch bei den anderen ausgewählten Erzeugnisse, z.B. bei Eisen- oder Stahlschienen für Straßen- und U-Bahnen, Röntgenkontrastmitteln, Stahl- oder Eisenröhren für Öl- und Gaspipelines, Feuerwehrfahrzeugen und Kesselwagen für den Eisenbahnverkehr. Allein bei Spritzen, Nadeln, Kathetern und Kanülen für den medizinischen Gebrauch ließ sich diese Entwicklung nicht nachweisen. Außerdem zeigte sich im Hinblick auf die untersuchten Erzeugnisse, dass die Unterschiede zwischen Export- und Importpreisen sich bei sechs der sieben Erzeugnissen angeglichen hatten (mit Ausnahme von Erzeugnissen für den medizinischen Gebrauch). Hieraus wurde geschlossen, dass zumindest bei sechs von sieben untersuchten Produkten eine grenzüberschreitende Marktintegration in der Gemeinschaft stattgefunden hat.<sup>49</sup>

Auch im Hinblick auf das jetzige und künftige Volumen möglicher Einsparungen sind der Bericht und verschiedene Mitteilungen der Kommission aussagekräftig. So hat die Kommission bereits in einer Mitteilung aus dem Jahr 2004 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Absenkung der Beschaffungskosten es allen Mitgliedstaaten ermöglichen würde, die Anforderungen des europäischen Stabilitäts- und Wachstumspaktes einzuhalten.<sup>50</sup> In ihrem Bericht aus dem Februar 2004 betont sie außerdem, dass das Einsparpotential durch die konsequente Anwendung der EU-Vergaberichtlinien noch nicht vollständig ausgeschöpft worden ist. Allein für die sechs untersuchten Erzeugnisse, bei denen sich eine Absenkung des Preises hatte feststellen lassen, kommt die Untersuchung zu dem Ergebnis, dass ein weiteres Einsparpotential von bis zu 12 % besteht, was gemeinschaftsweit einem Handelsvolumen von etwa 400 Millionen Euro entsprechen würde.<sup>51</sup> Es liegt auf der Hand, dass die Einsparmöglichkeiten bezogen auf alle grenzüberschreitend zu beschaffenden Erzeugnisse und Dienstleistungen diesen Betrag um ein Vielfaches übersteigen.<sup>52</sup> Das mit der Verabschiedung der EU-Vergaberichtlinien verbundene Einsparpotential für die öffentlichen Haushalte ist damit gegenwärtig bei weitem noch nicht ausgeschöpft.

#### **d. KMU und grenzüberschreitende Auftragsvergabe**

Auch die Berücksichtigung von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) bei der Auftragsvergabe wurde im Bericht der Kommission behandelt. Während unter Bezug auf frühere Studien

<sup>48</sup> Vgl. „A Report on the Functioning of Public Procurement Markets in the EU“, 17 f.

<sup>49</sup> Vgl. „A Report on the Functioning of Public Procurement Markets in the EU“, 19.

<sup>50</sup> KOM (2004) 22 endg., Ziff. 5.

<sup>51</sup> Vgl. „A Report on the Functioning of Public Procurement Markets in the EU“, 19.

<sup>52</sup> Vgl. „A Report on the Functioning of Public Procurement Markets in the EU“, 20 („... the remaining potential savings are still quite important.“).

festgehalten wurde, dass insgesamt etwa 78 % der bei der Auftragsvergabe erfolgreichen Unternehmen aus dem Bereich der KMU stammten,<sup>53</sup> ergab sich bei der grenzüberschreitenden Auftragsvergabe ein anderes Bild. So stellte die Kommission fest, dass die Chancen der KMU bei der grenzüberschreitenden Auftragsvergabe bedeutend geringer sind, als bei Auftragsvergaben auf dem jeweiligen heimischen Markt. Selbst wenn sie als Niederlassungen oder Partner ausländischer Unternehmen tätig werden, lag ihre Erfolgsquote leicht unter der großer Unternehmen.<sup>54</sup>

#### **IV. Erhebungen und Untersuchungen auf nationaler Ebene**

Im Gesetzgebungsverfahren des Jahres 1998 hatte sich die Bundesregierung verpflichtet, innerhalb von fünf Jahren seit seinem In-Kraft-Treten über die mit dem Vergaberechtsänderungsgesetz gesammelten Erfahrungen zu berichten.<sup>55</sup> Daher wurde Ende 2001/Anfang 2002 eine umfangreiche Fragebogenaktion durchgeführt und anschließend deren Ergebnisse von dritter Seite gutachterlich ausgewertet.<sup>56</sup>

Der Ansatz der Fragebogenaktion sowie der nachfolgenden Auswertungen im Gutachten und im Bericht der Bundesregierung ist einerseits weiter, andererseits enger als der Forschungsansatz des DFG-Projekts. Weiter insofern, als dass grundsätzlich alle aktuellen und streitigen Fragen des formellen und materiellen Vergaberechts untersucht wurden (z.B. auch Umfang des Rechtsschutzes, Rügepflichten, De-facto Vergaben, etc.). Der Ansatz war jedoch auch enger gewählt, sofern die Fragen grenzüberschreitender Auftragsvergabe und ausländischer Beteiligung sowie Bildung eines gemeinschaftsweiten Wettbewerbs nur kurz behandelt wurden. Bei der Fragebogenaktion wurden insgesamt 1.261 Fragebögen beantwortet zurückgesandt. Davon entfiel ein Großteil auf die öffentlichen Auftraggeber (64 %), gefolgt von den Unternehmern (15 %), den Verbänden (5 %), den Vergabekammern (3 %), sowie den Auftragsberatungsstellen und Anwälten (jeweils 1 %).<sup>57</sup> Die verbliebenen Antworten konnten keiner festen Gruppe zugeordnet werden.

---

<sup>53</sup> Europäische Kommission (Hrsg.), Der Zugang von KMU zu öffentlichen Aufträgen, Brüssel 2004, veröffentlicht unter: <http://europa.eu.int/comm/enterprise/entrepreneurship/craft/craft-studies/documents/public-procurement-summary-de.pdf>

<sup>54</sup> Vgl. „A Report on the Functioning of Public Procurement Markets in the EU“, 20 (Public Procurement and SMEs).

<sup>55</sup> Vgl. BT-Drs. 13/11160; zurückgehend auf einen Kabinettsbeschluss vom 29.10.2003 entstand der „Bericht der Bundesregierung zum Vergaberechtsänderungsgesetz, Berlin 2004 (im Folgenden: Bericht-BReg.), BR-Drs. 851/03, 1 u. BT-Drs. 15/2034, 1.

<sup>56</sup> „Analyse und Bewertung der Fragebogenaktion und der Rechtsprechung zur Evaluierung des Vergaberechtsänderungsgesetzes (VgRÄG)“ v.16.4.2003, erstellt von Prof. H. Franke unter Mitarbeit von RA'in S. Mertens, LL.M. und RA M. Grünhagen (im Folgenden: Gutachten-VgRÄG), zu finden unter: [www.bmwa.bund.de/Redaktion/Inhalte/Pdf/analyse-und-bewertung-vergaberechtsaenderungsgesetz,property=pdf.pdf](http://www.bmwa.bund.de/Redaktion/Inhalte/Pdf/analyse-und-bewertung-vergaberechtsaenderungsgesetz,property=pdf.pdf)

<sup>57</sup> Vgl. Franke (o. Fußn. 56), 5

## 1. Wettbewerb und grenzüberschreitende Auftragsvergabe

Im Hinblick auf das vergaberechtliche Ziel der Gewährleistung eines „gemeinschaftsweiten Wettbewerbs“ zwischen den verschiedenen Anbietern beschränkt sich der Bericht der Bundesregierung auf den lapidaren Satz, dass es so scheint, als sei eine „Stärkung des Wettbewerbs ... durch das Vergaberechtsänderungsgesetz nicht erreicht worden“. In gleicher Weise sei auch ein stärkerer Wettbewerb durch inländische und ausländische Bieter nicht zu beobachten gewesen.<sup>58</sup> Ein etwas differenzierteres Bild gibt hierzu das dem Bericht der Bundesregierung zugrundeliegende Gutachten. Darin heißt es:

„Mehr Wettbewerb durch zusätzliche ausländische Anbieter wurde ebenfalls kaum ausgemacht. Nur jeweils 10 % der Gesamtbefragten haben dies bejaht bzw. verneint, der Großteil (80 %) hat auf diese Frage nicht geantwortet.“<sup>59</sup>

Folglich konnten oder wollten die weitaus meisten Befragten auf die Frage nach der grenzüberschreitenden Auftragsvergabe keine Antwort geben. Daraus kann geschlossen werden, dass ihnen entweder schon vor dem In-Kraft-Treten des Kartellvergaberechts ausländische Bieter und Bewerber nicht aufgefallen sind oder nachher zusätzliche ausländische Bewerber von ihnen nicht in nennenswertem Umfang auf dem deutschen Vergabemarkt bemerkt wurden. Das Ergebnis der Bundesregierung und des Gutachters deckt sich mit den Erfahrungen aus den im Rahmen des DFG-Projekts geführten Gesprächen, der Analyse der Entscheidungspraxis von Vergabekammern und Vergabesenaten und schließlich auch mit den Resultaten des Berichts der Europäischen Kommission, worin gerade im Hinblick auf den deutschen Vergabemarkt unterdurchschnittliche Beteiligung ausländischer Bieter und Bewerber festgestellt wurde.

Allerdings ergeben sich aus dem Gutachten verschiedene Hinweise darauf, dass zumindest der inländische Wettbewerb in Deutschland durch die neuen Vergabevorschriften gestärkt wurde. Zwar hatten von allen Befragten nur etwa 35 % den Eindruck, dass seit In-Kraft-Treten des Kartellvergaberechts mehr innerstaatlicher Wettbewerb entstanden sei, während das für 50 % nicht der Fall war. Hierbei wirkt sich aber der besonders starke Anteil der öffentlichen Auftraggeber an den Rückläufen der Fragebogenaktion aus, von denen nur 30 % mehr, 60 % jedoch weniger Wettbewerb bei der Auftragsvergabe festgestellt hatten.<sup>60</sup> Allerdings sind die öffentlichen Auftraggeber, da sie selbst regelmäßig keine Wirtschaftsteilnehmer sind, üblicherweise nur in geringem Umfang dazu in der Lage, über die Entwicklung des Wettbewerbs zu urteilen. Anders verhält sich dies bei Bietern und Bewerbern. Aus den Rückläufen der Unternehmen lassen sich denn auch verschiedene Hinweise entnehmen, dass dort zum Teil eine Zunahme des Wettbewerbs registriert wurde. So hatten bei den Bietern und Bewerbern etwa 50 % der Teilnehmenden mehr Wettbewerb

---

<sup>58</sup> Bericht-BReg., BR-Drs. 851/03, 9.

<sup>59</sup> Franke (o. Fußn. 56), 8 u. 46 f.

<sup>60</sup> Vgl. Franke (o. Fußn. 56), 46 f.

festgestellt, während 40 % von ihnen diese Einschätzung nicht teilten. Bemerkenswert ist vor allem das Ergebnis bei den Bauunternehmern, die zu 65 % mehr inländischen Wettbewerb ausgemacht hatten.<sup>61</sup> Auch 65 % der Auftragsberatungsstellen hatten den Eindruck, es gäbe mehr Wettbewerb als vor Einführung des Kartellvergaberechts. Diese Zahlen lassen also durchaus den Schluss zu, dass die Baubranche im Hinblick auf eine Wettbewerbssituation möglicherweise als Pilotbereich der öffentlichen Auftragsvergabe anzusehen ist. Ob sich dieser Trend bei den Bauaufträgen und für die sonstigen nationalen Beschaffungsaufträge bestätigt, muss in den nächsten Jahren sorgsam verfolgt werden.

## **2. Auswirkungen auf die Ausgaben der öffentlichen Hand**

Zu den Auswirkungen des Kartellvergaberechts auf die Ausgaben der öffentlichen Hand und eine etwaige Absenkung der zu entrichtenden Preise kann das Gutachten und der Bericht der Bundesregierung hingegen wenig aussagen. Während der Bericht der Bundesregierung zu diesem Thema vollständig schweigt, beschränkt sich das Gutachten auf folgende Feststellung:

„Auch eine Steigerung der Wirtschaftlichkeit der Auftragsvergaben für die Auftraggeber konnte vorwiegend nicht explizit festgestellt werden.“<sup>62</sup>

Demnach liegen keine statistischen Daten für die Bundesrepublik Deutschland vor, aus denen eine substantielle Absenkung der Ausgaben der öffentlichen Hand auf dem Gebiet der öffentlichen Auftragsvergabe geschlossen werden kann. Obwohl die Bundesregierung am Ende ihres Berichts resümierend mitteilt, dass die „Ziele des Vergaberechtsänderungsgesetzes ... überwiegend erreicht“ wurden,<sup>63</sup> bleiben positive Auswirkungen auf die Ausgaben der öffentlichen Hand offen. Ob sich das Kartellvergaberecht tatsächlich ausgabenmindernd ausgewirkt hat, muss im Hinblick auf die Resultate der Kommission zwar angenommen werden. Allerdings bleibt unklar, in welchem Umfang Einsparungen bei der öffentlichen Auftragsvergabe zu verzeichnen waren. Auch im Rahmen des DFG-Projekts konnten hierzu keine Werte ermittelt werden, da die öffentlichen Auftraggeber nicht über die erforderlichen Statistiken verfügten.

## **3. KMU und grenzüberschreitende Auftragsvergabe**

Im Hinblick auf die Berücksichtigung der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) ist der Bericht der Bundesregierung und das Gutachten wieder ausführlicher und aussagekräftiger. Dies liegt vor allem daran, dass in § 97 Abs. 3 GWB die Berücksichtigung mittelständischer Interessen ausdrücklich als Grundsatz des deutschen Kartellvergaberechts genannt wird, so dass diese Frage auch für die Überprüfung der deutschen Umsetzungsvorschriften unmittelbar relevant wurde.

<sup>61</sup> Vgl. Franke (o. Fußn. 56), 47.

<sup>62</sup> Vgl. Franke (o. Fußn. 56), 8.

<sup>63</sup> Bericht-BReg., BR-Drs. 851/03, 9, .

Allerdings stehen die KMU dem Kartellvergaberecht insgesamt distanziert gegenüber und halten seine Bestimmungen „für wenig mittelstandsfreundlich“.<sup>64</sup> Während von allen Befragten 30 % eine mittelstandsfreundliche Wirkung verneinten, waren von den KMU sogar 50 % dieser Auffassung. Noch negativer sprach sich die Gruppe der Bauunternehmer aus, von denen 75 % keine mittelstandsfreundliche Wirkung des Vergaberechts festgestellt hatten.<sup>65</sup> Wie auch das DFG-Projekt ergeben hat, bemängeln die KMU, dass die Teilnahme an einer Ausschreibung für sie „einen zu hohen zeitlichen und finanziellen Aufwand“ bedeutet. Es fehle an „vergaberechtlich geschulten Personal“ und die „undurchsichtigen Gesetzesänderungen führten zu einem permanenten Schulungsbedarf“.<sup>66</sup> Gerade letzteres wird durch die gerade verabschiedeten neuen EU-Vergaberichtlinien (RL 2004/17 EG u. RL 2004/18 EG) sowie durch die bevorstehende Novellierung des deutschen Vergaberechts nicht besser werden. Außerdem wird diese Situation in der nächsten Zeit durch die anstehende Überarbeitung der prozessualen Vergabevorschriften noch zusätzlich verschärft.<sup>67</sup> Um dem Postulat des § 97 Abs. 3 GWB besser gerecht zu werden, soll nach Auffassung der KMU die losweise Vergabe gestärkt und Angaben über die Gewichtung von Zuschlagskriterien sowie deren Einhaltung sichergestellt werden.<sup>68</sup> Auch im Verlauf des DFG-Projekts stellte sich heraus, dass die grenzüberschreitende und gemeinschaftsweite Beteiligung an Ausschreibungen für die meisten kleinen oder mittleren Unternehmen (KMU) nur in sehr eingeschränktem Maß von Interesse ist. In der Regel fehlt es den Unternehmen an administrativen Ressourcen und der erforderlichen Infrastruktur, um sich in einem ausländischen Mitgliedstaat der EU an einem Vergabeverfahren zu beteiligen. Der Hauptkritikpunkt der KMU besteht jedoch in der durch das Kaskaden- und das Schubladenprinzip hervorgerufenen „Unübersichtlichkeit des Vergaberechts“, dessen Handhabung kleinere und mittlere Betriebe überfordere.<sup>69</sup> Insgesamt sind nach Auffassung der KMU das Kaskaden- und ebenso das Schubladenprinzip wenig praktikabel, weswegen der Mittelstand den Wegfall des Kaskadenprinzips und eine Neustrukturierung des Schubladenprinzips durch eine Vereinheitlichung des Vergaberechts fordert. Hierbei steht er dem Gutachten zufolge nicht allein.<sup>70</sup> Außerdem sollen auch die uneinheitlichen Landesvergabegesetze abgeschafft werden, um einer Zersplitterung des Regelwerks entgegenzuwirken.<sup>71</sup> Diese Bedenken sollen im Rahmen der von der Bundesregierung begonnenen „Initiative Bürokratieabbau“ und bei der Novellierung des deutschen Vergaberechts berücksichtigt werden. Auch Vertreter der Europäischen Kommission haben sich im Gespräch negativ über die Struktur des deutschen Ver-

<sup>64</sup> Bericht-BReg., BR-Drs. 851/03, 8; Franke (o Fußnote 56), 7.

<sup>65</sup> Franke (o Fußnote 56), 41.

<sup>66</sup> Bericht-BReg., BR-Drs. 851/03, 8; eingehend Franke, Gutachten-VgRÄG, 42.

<sup>67</sup> KOM (2003), 238 endg., 19; zu den zukünftigen Maßnahmen der EU-Kommission im Bereich des Öffentlichen Auftragswesens, u.a. der Revision der Rechtsmittelrichtlinien, vgl. Kratzenberg, NZBau 2004, 366, 375.

<sup>68</sup> Franke, Gutachten-VgRÄG, 7.

<sup>69</sup> Bericht-BReg., BR-Drs. 851/03, 8 vgl. Kau, EuZW 2005, 492ff.

<sup>70</sup> Vgl. eingehend Franke (o Fußnote 56), 52 f.

<sup>71</sup> Vgl. Franke (o Fußnote 56), 7 u. 42 f.

gaberechts geäußert, da darin für ausländische Bieter eine schwierig zu erfassende und damit tendenziell behinderndere Rechtsgrundlage geschaffen wurde.

## V. Ergebnis

Eine abschließende Einschätzung über das Erreichen der ursprünglichen vergaberechtlichen Zielsetzung in der Beschaffungspraxis fällt ambivalent aus. Dies gilt vor allem deshalb, weil einige der genannten Ziele in vielen Mitgliedstaaten der EU bereits als erreicht betrachtet werden können, während vor allem in Deutschland im Hinblick auf die Ziele der europäischen Vergaberechtsharmonisierung noch Nachholbedarf besteht.

So haben beispielsweise die Erhebungen der Europäischen Kommission gezeigt, dass die seit 1992/1993 in Kraft befindlichen Vergabevorschriften grundsätzlich geeignet sind, einen gemeinschaftsweiten Wettbewerb und eine Liberalisierung des öffentlichen Auftragswesens herbeizuführen. Betrachtet man in diesem Zusammenhang die einschlägigen Studien, so ergibt sich, dass immerhin ein Drittel der öffentlichen Ausschreibungen entweder direkt oder indirekt grenzüberschreitend vergeben werden. Außerdem kann davon ausgegangen werden, dass etwas weniger als die Hälfte (46 %) der befragten Unternehmen auch selbst schon grenzüberschreitende Gebote abgegeben haben.<sup>72</sup> Im Vergleich hierzu zeigt sich beim deutschen Beschaffungsmarkt zunächst, dass die Markttransparenz nur unterdurchschnittlich entwickelt ist.<sup>73</sup> Außerdem lässt sich seit Inkraft-Treten des Kartellvergaberechts nicht feststellen, dass sich ausländische Bieter und Bewerber in höherem Umfang an öffentlichen Ausschreibungen beteiligt haben. Dies wird auch durch die Erhebungen der Europäischen Kommission und den Bericht der Bundesregierung sowie durch die Untersuchung der Entscheidungspraxis von Vergabekammern und Vergabesenaten bestätigt.<sup>74</sup> Ein ähnliches Bild zeigt sich bei der Auswirkung des Vergaberechts auf die öffentlichen Ausgaben. So hat die Befragung von Auftraggebern durch die Kommission ergeben, dass die Ausgaben der öffentlichen Haushalte unter Anwendung der EU-Vergaberichtlinien seit 1995 um etwa 40 % niedriger lagen, als dort, wo dies nicht der Fall war. Darüber hinaus konnte festgestellt werden, dass der Preis bei Ausschreibungen mit mehreren Bietern und Bewerbern im Vergleich zum unmittelbaren Erwerb stets gesunken ist, die Minderung der Preise von der tätig werdenden staatlichen Ebene abhing und auch die Einrichtung einer spezialisierten Einkaufsabteilung sich ebenfalls mindernd auf den Preis niederschlug.<sup>75</sup> Außerdem hat sich die Effektivität des Vergaberechts bei besonders vergaberelevanten Erzeugnissen auch daran gezeigt, dass sich bei sechs von sieben untersuchten Erzeugnissen eine substantielle Verstärkung der innergemeinschaftlichen Handels-

<sup>72</sup> Vgl. „A Report on the Functioning of Public Procurement Markets in the EU“, 12.

<sup>73</sup> Vgl. „A Report on the Functioning of Public Procurement Markets in the EU“, 8 (Table 2).

<sup>74</sup> Vgl. „A Report on the Functioning of Public Procurement Markets in the EU“, 12 (Table 5); Bericht-BReg., BR-Drs. 851/03, 9; Franke (o Fußnote 56), 8 u. 46 f.

<sup>75</sup> Vgl. „A Report on the Functioning of Public Procurement Markets in the EU“, 14 ff. (Figure 6).

ströme hat feststellen lassen. Wie auch das Gutachten, das dem Bericht der Bundesregierung zugrunde liegt, in knappen Worten zusammenfasst, lässt sich im Gegensatz hierzu eine vergleichbar positive Auswirkung des Vergaberechts auf die öffentlichen Haushalte in Deutschland bislang nicht feststellen.<sup>76</sup>

Man könnte aufgrund der im Rahmen des DFG-Projekts und der übrigen Untersuchungen gewonnenen Ergebnisse nun zu der Feststellung gelangen, dass das deutsche Kartellvergaberecht die Zielsetzungen des europäischen Vergaberechts – Schaffung eines gemeinschaftsweiten Wettbewerbs, Liberalisierung des öffentlichen Auftragswesens und Entlastung der öffentlichen Haushalte – nahezu vollständig verfehlt hat und sich daher insgesamt nicht bewährt hat. Dies mag – für den gegenwärtigen Zeitpunkt – zutreffen, allerdings ließe diese Analyse außer Betracht, dass die Maßnahmen des deutschen Gesetzgebers von einem anderen Ausgangspunkt begonnen haben, als in vielen übrigen Mitgliedstaaten der EU. Denn in Deutschland war das Recht des öffentlichen Auftragswesens lediglich Bestandteil des Haushaltsrechts, das für die beteiligten Bieter und Bewerber nur in Ausnahmefällen subjektive Ansprüche auf Schadensersatz bot.<sup>77</sup> Im Übrigen basierte es aber auf den nach außen nicht verbindlichen Verdingungsordnungen (VOB, VOL und VOF) und auf haushaltsrechtlichen Bestimmungen in der Form von Verwaltungsvorschriften, deren Missachtung den Bietern keine Möglichkeit eröffnete, die Auftragsvergabe überprüfen zu lassen.<sup>78</sup> Lediglich die auftragserteilende Verwaltungsbehörde war im Innenverhältnis an die Bestimmungen gebunden, während Bieter und Bewerber keine subjektive Rechtsposition erwarben. Bei Verstoß oder Umgehung der rechtlichen Bestimmungen bestanden allein die Möglichkeiten der Fach- und Rechtsaufsicht sowie der Gegenvorstellung oder Dienstaufsichtsbeschwerde. Rechtsschutz im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG war damit grundsätzlich nicht verbunden.<sup>79</sup> Aus diesem Grund wurde das vergaberechtliche Regelwerk bei den meisten Beteiligten nicht als verbindliche Rechtsmaterie verstanden und Verstöße dagegen wohl auch überwiegend nicht als Rechtsbruch aufgefasst. Sofern es Wettbewerb gab, so hatte er nicht die gegenwärtig durch § 97 Abs. 1 GWB gewährleistete Qualität. Schließlich zeigt die verzögerte Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien und die Entscheidung für die 1995 zunächst in Kraft getretene „haushaltsrechtliche Lösung“, dass auch der Gesetzgeber nach Möglichkeiten suchte, den „Systemwechsel“ hin zu einem subjektiv-rechtlich geprägten Vergaberechtsregime zu verzögern.

---

<sup>76</sup> Vgl. Franke (o Fußnote 56), 8.

<sup>77</sup> Vgl. Rudolf, in: Byok/Jaeger, Einführung, Rdnr. 92 ff.; Hailbronner, in: Grabitz/Hilf, EU, Bd. 4, Öffentliches Auftragswesen, B.1 – Einleitung, Rdnr. 9 ff.

<sup>78</sup> Vgl. Glahs, in: Reidt/Stickler/Glahs, Einl, Rdnr. 1; Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, Vor §§ 97 ff., Rdnr. 33.

<sup>79</sup> Vgl. Marx, in: Beck'scher VOB-Kommentar, Vor § 97 GWB, Rdnr. 3.

Vor diesem Hintergrund erscheint es aus deutscher Perspektive bereits als Erfolg, wenn der Bericht der Bundesregierung konstatieren kann, dass „die Akzeptanz der Vergaberegeln ...sich insgesamt deutlich erhöht“ hat.<sup>80</sup> Die Einführung des Kartellvergaberechts im Jahre 1999 hat somit weitreichende Veränderungen im deutschen Vergaberecht mit sich gebracht und auch die Einstellung zur Rechtsverbindlichkeit dieser Bestimmungen hat sich damit gravierend gewandelt. Man kann sogar davon sprechen, dass durch das Vergaberechtsänderungsgesetz von 1998 überhaupt erst das deutsche Vergabe“recht“ begründet wurde und erstmalig der Wettbewerbsgedanke in das öffentliche Auftragswesen eingeführt wurde. Vor allem dass Bieter und Bewerber bei der Vergabe oberhalb der Schwellenwerte nun sogar über subjektive Rechte auf Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen verfügen, ist als weitreichender Fortschritt anzusehen (§ 97 Abs. 7 GWB). Gleiches gilt für den erstmals bestehenden mehrinstanzlichen Rechtsschutz und die ausdrückliche Normierung wesentlicher vergaberechtlicher Grundsätze (z.B. Transparenz, Wettbewerb und Mittelstandsinteressen). Es überrascht also insgesamt nicht, dass der deutsche Beschaffungsmarkt im Hinblick auf Transparenz, grenzüberschreitenden Wettbewerb und die Beteiligung ausländischer Bieter sowie die Entlastung der öffentlichen Haushalte noch Nachholbedarf hat. Daraus lassen sich allerdings keine einfachen Schlüsse im Hinblick auf die eine oder andere rechtspolitische Forderung ziehen. Insbesondere lässt sich daraus nichts für die Ausdehnung des europäischen Vergaberechts auf Aufträge unterhalb der Schwellenwerte herleiten. Manche Indizien sprechen dafür, dass die immer noch zu große Komplexität des Vergaberechts und seine Unübersichtlichkeit, die auch noch durch landesrechtlich unterschiedliche Praktiken verstärkt werden, der europäischen Öffnung entgegenstehen<sup>81</sup>. Erst wenn im innerstaatlichen Bereich eine Vereinfachung der Rechtsgrundlagen vorgenommen wurde und Wettbewerb zwischen den deutschen Bewerbern besteht, kann sich in einem zweiten Schritt auch die europäische Dimension des Vergaberechts entfalten.

---

<sup>80</sup> Bericht-BReg., BR-Drs. 851/03, 10; so auch Franke (o Fußnote 56), 6.

<sup>81</sup> Vgl. eingehend Kau, EuZW 2005, 492 ff.