130050/EU XXV.GP
Eingelangt am 24/01/17

EUROPÄISCHE
KOMMISSION

Brüssel, den 24.1.2017
COM(2017) 28 final

BERICHT DER KOMMISSION AN DAS EUROPÄISCHE PARLAMENT UND DEN RAT

ÜBER DIE WIRKSAMKEIT DER RICHTLINIEN 89/665/EWG UND 92/13/EWG IN DER DURCH DIE RICHTLINIE 2007/66/EG GEÄNDERTEN FASSUNG HINSICHTLICH NACHPRÜFUNGSVERFAHREN IM BEREICH DER ÖFFENTLICHEN AUFTRAGSVERGABE

{SWD(2017) 13 final}

1. Allgemeiner Kontext

Die Vergaberichtlinien[1] regeln die Vergabeverfahren und bestimmte Aspekte der Durchführung öffentlicher Aufträge und Konzessionsverträge oberhalb bestimmter Schwellenwerte. Auf „Tenders Electronic Daily“ (TED)[2] wurden 2014 schätzungsweise Aufträge im Wert von 421,31 Mrd. EUR vergeben; das entspricht 3,32 % des BIP der EU.[3] Offene und gut regulierte Vergabemärkte tragen zu einer effizienteren Verwendung öffentlicher Mittel und einer Verbesserung der Qualität öffentlich erworbener Produkte und Dienstleistungen bei.

Wie die Erfahrung mit den Vergaberichtlinien zeigte, müssen die Wirtschaftsakteure in der Lage sein, ihre Rechte unter diesen Richtlinien überall in der EU durchzusetzen, damit die Ziele der Richtlinien vollumfänglich erreicht werden. Als flankierende Maßnahme wurden zu diesem Zweck die Rechtsmittelrichtlinien (Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG in der durch Richtlinie 2007/66/EG[4] geänderten Fassung) verabschiedet[5]. Ziel dieser Richtlinien war es, auf der Grundlage EU-weiter Mindeststandards für die Nachprüfung sicherzustellen, dass Wirtschaftsakteure in der ganzen EU Zugang zu schnellen und wirksamen Nachprüfungsverfahren erhalten, falls sie der Meinung sind, dass ein Auftrag entgegen den Bestimmungen der Vergaberichtlinien vergeben wurde. Die Rechtsmittelrichtlinien sind daher ein zentraler Bestandteil der öffentlichen Auftragsvergabe und innerhalb des EU-Rechts insofern einzigartig, als dass sie die uneingeschränkte Wirksamkeit von EU-Rechten auf nationaler Ebene vorsehen.

---

[1] Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge. Beide Richtlinien wurden ersetzt durch Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG und Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG. Mit der Richtlinie 2014/23/EU wurden weitere Änderungen an den Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG eingeführt, hauptsächlich zur Erweiterung ihres Geltungsbereiches im Hinblick auf Konzessionen. Nachdem deren Umsetzungsfrist am 18. April 2016 auslief, ist deren Auswirkung nicht Bestandteil dieser Evaluierung.

[2] TED ist die Online-Version des „Supplements zum Amtsblatt“ der EU, das der öffentlichen Auftragsvergabe gewidmet ist (http://ted.europa.eu).

[3] Europäische Kommission, 2016. „Indikatoren des öffentlichen Auftragswesens 2014“, http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/studies-networks/index_en.htm

[4] Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge; Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor; und Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 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.

[5] Ziel der Richtlinie 2007/66/EG war es insbesondere zu ermöglichen, Fälle vorzutragen, die noch korrigiert werden können, sowie wirksam gegen die rechtswidrige freihändige Vergabe von Aufträgen vorzugehen.

Nach den Rechtsmittelrichtlinien kann ein Rechtsmittel eingelegt werden, bevor der Vertrag unterzeichnet wird (vorvertragliche Rechtsmittel) und nachdem der Vertrag unterzeichnet wurde (nachvertragliche Rechtsmittel). Zu den vorvertraglichen Rechtsmitteln zählen das Recht auf vorläufige Maßnahmen, eine obligatorische Stillhaltefrist zwischen dem Zeitpunkt der Vergabeentscheidung und dem Abschluss des Vertrages und die Anordnung, das Vergabeverfahren für die Dauer der Ermittlungen in dem Rechtsbehelfsverfahren auszusetzen, um die Vergabe des Vertrages zu verhindern. Nachvertragliche Rechtsmittel dienen dazu, einen bestehenden Auftrag für unwirksam zu erklären und/oder den betroffenen Parteien nach der Vergabe des jeweiligen Auftrags eine Entschädigung (insbesondere Schadenersatz) zuzuerkennen. Weitere Schlüsselelemente der Rechtsmittelrichtlinien sind eine automatische Unterrichtung der Bieter, warum ihr Angebot nicht erfolgreich war, die Festlegung von Fristen für die Einreichung eines Rechtsmittels und alternative Sanktionen (nämlich die Verkürzung der Vertragsdauer oder die Verhängung von Geldbußen), falls die Erklärung der Unwirksamkeit für ungeeignet betrachtet wird.

Nach den Bestimmungen der Rechtsmittelrichtlinien überprüft die Kommission deren Umsetzung und berichtet dem Europäischen Parlament und dem Rat über deren Wirksamkeit, insbesondere in Bezug auf die alternativen Sanktionen und Fristen, die mit der Richtlinie 2007/66/EG eingeführt wurden. Zudem wurde 2013 beschlossen, die Richtlinien im Rahmen des Programms der Kommission zur Gewährleistung der Effizienz und Leistungsfähigkeit der Rechtsetzung (REFIT) zu evaluieren. Dieser Bericht wird dem Parlament und dem Rat vorgelegt, um die Berichterstattungspflicht gegenüber dem Parlament und dem Rat zu erfüllen und ihnen die Ergebnisse der REFIT-Evaluierung mitzuteilen. Die dem Bericht beiliegende Arbeitsunterlage enthält weitere Informationen über die durchgeführte Evaluierung.

Zur Erstellung des vorliegenden Berichts wurden folgende Informationsquellen genutzt:

- die Studie *„Wirtschaftlichkeit und Rechtswirksamkeit der Nachprüfungs- und Rechtsmittelverfahren für öffentliche Aufträge“*[6]*;*
- eine offene öffentliche Online-Konsultation, mit der Informationen über die Funktionsfähigkeit und den Mehrwert der Rechtsmittelrichtlinien gesammelt werden sollten[7];
- Konsultationen mit Mitgliedstaaten;
- eine Reihe gezielter Konsultationen mit Sachverständigen und Praktikern aus dem Bereich des Vergaberechts; und
- eine Prüfung nationaler Gesetzgebung und Rechtsprechung.

Bei der Evaluierung im Rahmen von REFIT geht es nicht nur darum, die Leistungsfähigkeit der Richtlinien zu bewerten; ein weiterer Schwerpunkt liegt auf der Untersuchung von deren

[6] Studie von Europe Economics und Milieu, April 2015: http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/modernising-rules/evaluation/index_en.htm.

[7] Die Konsultation war vom 24. April bis zum 20. Juli 2015 geöffnet; insgesamt gingen 170 Antworten aus allen Mitgliedstaaten ein. Teilnehmer der Konsultation waren Auftraggeber, Wirtschaftsakteure, Wissenschaftler, Juristen, Nachprüfungsinstanzen und Bürger.

Zweckmäßigkeit, dem Potenzial zur Minimierung von Kosten und Arbeitsaufwand und dem maximalen Vereinfachungspotenzial.

Ein EU-weites Überwachungs- und Evaluierungssystem für die in den Mitgliedstaaten verfügbaren Rechtsmittel gibt es derzeit nicht. Dadurch, dass die Informationen darüber, welche Rechtsmittel in den einzelnen Mitgliedstaaten in Zusammenhang mit öffentlichen Verträgen oberhalb bestimmter Grenzwerte eingelegt werden, nicht auf strukturierte, kohärente und systematische Weise erfasst werden, lassen sich die Ergebnisse nicht in einem automatisierten Verfahren analysieren und sind nur schwer vergleichbar. Die Wirksamkeit der Rechtsmittelrichtlinien wirklich messen und einschätzen zu können ist daher schwierig und würde weitere Maßnahmen erforderlich machen (z. B. eine einmalige Datenerhebung und manuelle Analyse, wie im Rahmen der aktuellen Evaluierung geschehen).

2. Umsetzung durch die Mitgliedstaaten

Die Rechtsmittelrichtlinien wurden von allen Mitgliedstaaten umgesetzt. Bei der Umsetzung der Änderungsrichtlinie 2007/66/EG wurden jedoch in mehreren Mitgliedstaaten erhebliche Verzögerungen festgestellt (für Einzelheiten siehe Anhang 5 der Arbeitsunterlage). Angesichts der minimalen Harmonisierung der Rechtsmittelrichtlinien verabschiedeten die Mitgliedstaaten auf der Grundlage ihrer jeweiligen Rechtstradition verschiedenartige nationale Vorschriften unterschiedlicher Tragweite.

Daraus folgte die Einrichtung mehrerer Nachprüfungsinstanzen in den einzelnen Mitgliedstaaten. In 14 Mitgliedstaaten[8] gibt es eine administrative Nachprüfungsinstanz für öffentliche Aufträge (mit oder ohne Spezialisierung). In den anderen Mitgliedstaaten ist eine bestehende gerichtliche Nachprüfungsinstanz für die Nachprüfung der Vergabeverfahren zuständig.

In allen Mitgliedstaaten ist vorgesehen, dass das Nachprüfungsverfahren jedem offen steht, der Interesse daran hat bzw. hatte, den Zuschlag für einen bestimmten Auftrag zu erhalten und der in Gefahr ist bzw. war, durch einen vermeintlichen Verstoß Schaden zu nehmen. Zudem sehen einige Mitgliedstaaten vor, dass auch Verbände und Instanzen, die nicht als Wirtschaftsakteure auftreten, ein Nachprüfungsverfahren anstrengen dürfen. Dies gilt auch für Berufsverbände und die Wettbewerbsbehörde.

In allen Mitgliedstaaten existieren auch Bestimmungen für die drei zwingenden Arten von Rechtsmitteln (vorläufige Maßnahmen, Aufhebung und Schadenersatz), wobei sich deren Ansatz je nach Rechtskreis jedoch erheblich unterscheidet.

Hinsichtlich anderer Schlüsselelemente der Rechtsmittelrichtlinie stellt sich die Situation wie folgt dar:

- Alle Mitgliedstaaten sehen zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe eine automatische Unterrichtung der Bieter darüber vor, warum ihr Angebot erfolglos war.

[8] Bulgarien, Zypern, die Tschechische Republik, Deutschland, Dänemark, Estland, Spanien, Kroatien, Ungarn, Malta, Polen, Rumänien, Slowenien, Slowakei.

- Alle Mitgliedstaaten wenden entsprechend den Rechtsmittelrichtlinien eine Mindeststillhaltefrist an. In einigen Fällen wurde eine Stillhaltefrist festgelegt, die die in den Richtlinien vorgesehene Mindeststillhaltefrist überschreitet.
- Falls ein Auftraggeber entgegen den Vergaberichtlinien einen Auftrag ohne die vorherige Veröffentlichung einer Auftragsbekanntmachung auf TED vergibt, sehen alle Mitgliedstaaten die Unwirksamkeit vor. Die meisten Mitgliedstaaten haben die Bestimmungen zu freiwilligen *Ex-ante*-Transparenzbekanntmachungen (VEAT) umgesetzt, durch die die Auftraggeber die Unwirksamkeitssanktion vermeiden können. Laut Informationen auf TED ist die Nutzung dieser Bekanntmachung mit etwa 10 000 veröffentlichten Bekanntmachungen pro Jahr seit 2010 relativ stabil.
- In den meisten Mitgliedstaaten folgen die Fristen für die Anstrengung von Verfahren für vorvertragliche Rechtsmittel der Struktur der Rechtsmittelrichtlinien und entsprechen damit der Mindeststillhaltefrist. In einigen Fällen wurden längere Fristen gesetzt.
- In einigen Mitgliedstaaten wird die Struktur der Rechtsmittelrichtlinien in Bezug auf die Fristen für die Unwirksamkeitsanträge genau befolgt. Andere sehen nicht vor, dass der Ablauf der 30-Tage-Frist sowohl mit der Veröffentlichung als auch mit der Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung beginnt. Findet weder eine Veröffentlichung noch eine Bekanntgabe statt, sehen alle Mitgliedstaaten eine Sechsmonatsfrist vor, die am Tag nach Unterzeichnung des Vertrages beginnt.
- In einigen Mitgliedstaaten kann die Aussetzung des Vergabeverfahrens mindestens so lange fortgesetzt werden, bis eine Berufungsentscheidung über eine erstinstanzliche Entscheidung getroffen wird. In den meisten Mitgliedstaaten kann das Gericht oder die Nachprüfungsinstanz die Aussetzung zu einem früheren Zeitpunkt beenden.
- Was alternative Sanktionen betrifft, haben die meisten Mitgliedstaaten sowohl die Geldbußen als auch die verkürzte Laufzeit der Verträge umgesetzt. Auf diese Sanktionen wird allerdings nur sporadisch zurückgegriffen, da sie als Rechtsmittel mit der geringsten Wirksamkeit gelten. Außerdem betrachten die Mitgliedstaaten Geldbußen lediglich als Umverteilung von Mitteln.

3. Wirksamkeit, Effizienz, Relevanz und Kohärenz der Rechtsmittelrichtlinien mit anderen Maßnahmen und EU-Mehrwert

Die Kommission führte eine Evaluierung der Leistung der Rechtsmittelrichtlinien durch. Dazu legte sie unter anderem folgende spezifische Evaluierungskriterien fest: (i) Wirksamkeit; (ii) Effizienz; (iii) Relevanz; (iv) Kohärenz mit anderen Maßnahmen und (v) EU-Mehrwert. Eine umfassende Dokumentation der entsprechenden Ergebnisse finden Sie in der Arbeitsunterlage, die diesem Bericht beiliegt.

Auf dieser Grundlage wurde abschließend Folgendes festgestellt:

(i) Was die **Wirksamkeit** betrifft, konnte mit den Rechtsmittelrichtlinien das Ziel erreicht werden, Transparenz und Nicht-Diskriminierung zu erhöhen, wirksame und schnelle Maßnahmen bei vermeintlichem Verstoß gegen die Vergaberichtlinien zu ermöglichen und den Wirtschaftsakteuren gegenüber die Gleichbehandlung aller Ausschreibungsangebote zu versichern. Die verfügbaren Daten über die tatsächliche Nutzung der Bestimmungen untermauerten die Wirksamkeit der Richtlinien. Im Allgemeinen wurden die in den Richtlinien

enthaltenen Rechtsmittel in den meisten Mitgliedstaaten häufig genutzt. Von 2009 bis 2012 wurden EU-weit rund 50 000 erstinstanzliche Entscheidungen getroffen. Das am häufigsten verwendete Rechtsmittel war die Aufhebung, mit großem Abstand gefolgt von vorläufigen Maßnahmen und der Entfernung diskriminierender Leistungsbeschreibungen. Die öffentliche Konsultation der Kommissionsdienststellen ergab, dass die meisten Interessenträger der Auffassung sind, die Rechtsmittelrichtlinien haben einen positiven Effekt auf die öffentliche Auftragsvergabe. Sie gelte als transparenter (80,59 %), fairer (79,42 %), offener und zugänglicher (77,65 %) und verstärke den Anreiz, die materiellen Vergabebestimmungen einzuhalten (81,77 %). Alle beteiligten Parteien bestätigten, dass die Richtlinie 2007/66/EG die Wirksamkeit vorvertraglicher Rechtsmittel durch die Einführung einer Mindest-Stillhaltefrist zwischen der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und der Vertragsunterzeichnung deutlich steigert.

Einige nationale Systeme sehen vor, dass der Rechtsschutz in öffentlichen Vergabeverfahren auf erstinstanzlicher Ebene durch administrative Nachprüfungsinstanzen anstatt durch die ordentliche Gerichtsbarkeit erfolgt. Im Allgemeinen sind diese tendenziell wirksamer. Dies wurde durch die große Mehrheit der Befragten der öffentlichen Konsultation (74,7 %) bestätigt; sie gaben an, dass Verfahren vor den ordentlichen Gerichten allgemein länger dauerten und zu niedrigeren Standards bei der Vergabe führten als Verfahren vor spezialisierten administrativen Nachprüfungsinstanzen.

In den meisten Fällen scheinen die Kosten der Nachprüfungsverfahren, die in den einzelnen Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich hoch ausfallen, keine abschreckende Wirkung auf den Zugang zu den Rechtsmitteln zu haben. Außerdem wird in den Rechtsmittelrichtlinien den Interessen der Parteien auf ausgewogene Weise Rechnung getragen. 57,06 % der Befragten der öffentlichen Konsultation waren der Meinung, dass den Interessen der Wirtschaftsakteure und Auftraggeber in den Richtlinien ausgewogen Rechnung getragen wird, da sie die Wirksamkeit des Vergaberechts gewährleisten und leichtfertig angestrengte Rechtsverfahren einschränken. Die Rechtsmittelrichtlinien haben schließlich auch einen wirksamen Abschreckungseffekt gegen regelwidriges Verhalten im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe.

Im Rahmen der Rechtsmittelrichtlinien ist die Kommission gefordert, bezüglich der Wirksamkeit alternativer Sanktionen und Fristen besonders sorgfältig zu sein. Die Evaluierung ergab, dass die Mitgliedstaaten alternative Sanktionen nur sporadisch anwenden und die Befragten der (von den Kommissionsdienststellen durchgeführten) öffentlichen Online-Konsultation und einige Mitgliedstaaten diese als das am wenigsten relevante Rechtsmittel betrachten. Allerdings wurde auch die Meinung vertreten, dass alle von den Rechtsmittelrichtlinien vorgesehenen Rechtsmittel zu deren abschreckender Wirkung beitragen und ein umfassendes und wirksames System ermöglichen, Unregelmäßigkeiten in der öffentlichen Auftragsvergabe zu sanktionieren. Was die Fristen betrifft, so gab es im Rahmen der Evaluierung keine spezifischen Hinweise darauf, dass die von den Rechtsmittelrichtlinien vorgesehenen Fristen zu lang wären und zu unnötigen Verzögerungen im Vergabeprozess führten oder zu kurz wären und damit die Rechtsausübung der Wirtschaftsakteure verhinderten.

Die Evaluierung ergab, dass bestimmte Aspekte der Rechtsmittelrichtlinien klarer beschrieben werden könnten. Dies wird auch von durch die erhaltenen Beiträge bestätigt. Die Aussage bezieht sich zum Beispiel auf das Zusammenspiel zwischen den Rechtsmittelrichtlinien und dem

neuen vergaberechtlichen Gesetzespaket und die Ausarbeitung von Kriterien für die Aufhebung der automatischen Aussetzung eines abgeschlossenen Vertrages nach Einlegen eines Rechtsmittels.

Durch die Evaluierung konnten auch Probleme auf nationaler Ebene ermittelt werden. Mehrere Interessenträger gaben im Rahmen der öffentlichen Konsultation an, dass die identifizierten Probleme im nationalen Recht außerhalb des Geltungsbereichs der Rechtsmittelrichtlinien oder in nationalen Praktiken liegen, und nicht in den Rechtsmittelrichtlinien selbst.

Schließlich erkennt die Kommission auch an, dass die Sammlung von Informationen über das nationale Rechtsmittelsystem in den meisten Mitgliedstaaten auf unstrukturierte Art und Weise erfolgt, wodurch die Analyse der Leistungsfähigkeit der Richtlinien extrem erschwert wird. Zudem werden die Informationen kaum zur Politikgestaltung genutzt (zum Beispiel Ermittlung der benötigten Ressourcen für missbräuchliche Beschwerden; Konsistenz von Entscheidungen auf der Grundlage wirksamer Suchwerkzeuge; Identifizierung von Auftraggebern, gegen die am häufigsten erfolgreiche Beschwerden eingelegt werden; Identifizierung der Aspekte der Vergabeverfahren, gegen die erfolgreich Rechtsmittel eingelegt werden).

(ii) Hinsichtlich der **Effizienz** führen die Rechtsmittelrichtlinien zu allgemeinen Vorteilen, die den beabsichtigten direkten oder indirekten Auswirkungen entsprechen. Es gibt klare Hinweise darauf, dass die Vorteile der Richtlinien gegenüber den Kosten überwiegen. Die Kosten, die den Auftraggebern und Lieferanten bei der Anstrengung bzw. Verteidigung eines Nachprüfungsfalls entstehen (einschließlich direkter und indirekter Kosten), fallen auf EU-weiter Ebene sehr unterschiedlich aus und belaufen sich typischerweise auf 0,4 % bis 0,6 % der Auftragssumme. Auch bei einer Aufhebung der Rechtsmittelrichtlinien würden jedoch Kosten entstehen. Diese könnten aufgrund der nationalen Unterschiede bei den Nachprüfungs- und Rechtsmittelbestimmungen sogar höher ausfallen und die mangelnde Harmonisierung auf EU-Ebene könnte den Arbeitsaufwand für Bieter und andere Beteiligte deutlich erhöhen.

Die Vorteile sind wichtig in Bezug auf ein effizientes Finanzmanagement, das beste Preis-Leistungs-Verhältnis und den Abschreckungseffekt, vor allem im Hinblick auf den Wert der auf TED veröffentlichten Aufforderungen zur Abgabe von Angeboten. Die Evaluierung der EU-Gesetze zur öffentlichen Auftragsvergabe[9] aus dem Jahr 2011 ergab, dass durch eine Einsparung von 5 % der 420 Mrd. EUR, die EU-weit im Rahmen von öffentlichen Aufträgen ausgeschrieben werden, über 20 Mrd. EUR im Jahr gespart oder als öffentliche Investitionen ausgegeben werden könnten. Durch die wirksame Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien können die geschätzten Einsparungen aus den Vergaberichtlinien also mit größerer Wahrscheinlichkeit erzielt werden. Die Evaluierung ergab weiterhin, dass der administrative Aufwand in Zusammenhang mit den Rechtsmittelrichtlinien als notwendig betrachtet wird.

(iii) Was die **Relevanz** betrifft, so wurden die Ziele der Rechtsmittelrichtlinien als immer noch relevant beschrieben. Die Evaluierung ergab, dass viele Bestimmungen der Richtlinien von Bietern, Auftraggebern und Rechtspraktikern als relevant bezeichnet werden. Auf der Grundlage der Antworten aus der öffentlichen Konsultation scheint die relevanteste Bestimmung die Stillhaltefrist (65 % der Befragten) zu sein, gefolgt von der Aussetzung des Vergabeverfahrens,

[9] The Evaluation Report on Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation, SEC(2011) 853 final.

falls ein Nachprüfungsverfahren angestrengt wird (62 %), und der automatischen Unterrichtung der Bieter (58 %). Auch wenn die praktische Relevanz einiger Bestimmungen als geringer eingeschätzt wurde, tragen diese doch zum Abschreckungseffekt der Rechtsmittelrichtlinien bei. Ein anderer Indikator für die Relevanz der Rechtsmittelrichtlinien liegt in der Tatsache, dass die darin vorgesehenen Verfahren tatsächlich genutzt werden. Im Allgemeinen werden die verfügbaren Rechtsmittel in den meisten Mitgliedstaaten häufig angewendet. Von 2009 bis 2012 wurden EU-weit rund 50 000 erstinstanzliche Entscheidungen getroffen[10]. Das am häufigsten verwendete Rechtsmittel war der Aufhebungsbeschluss, gefolgt von vorläufigen Maßnahmen und der Entfernung diskriminierender Leistungsbeschreibungen.

(iv) Die **Kohärenz** der Rechtsmittelrichtlinien **mit anderen Politikbereichen der EU ist gegeben**. Wie vom Gerichtshof der EU bestätigt, ist das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf ein Grundprinzip des Unionsrechts[11]. Die Rechtsmittelrichtlinien stehen im Einklang mit den Rechten und Grundsätzen des EU-Primärrechts bezüglich der Grundrechte. Sie sind das Kernstück der vergaberechtlichen Gesetzgebung, da sie den Bietern die Durchsetzung ihrer materiellen Rechte erlauben. Allgemein stehen sie im Einklang mit dem neuen vergaberechtlichen Gesetzespaket aus dem Jahr 2014, insbesondere im Hinblick auf Konzessionen, die durch die Richtlinie 2014/23/EU geregelt werden. Wie bereits erwähnt, könnte das Zusammenspiel zwischen den Richtlinien und dem neuen vergaberechtlichen Gesetzespaket besser erläutert werden. Dadurch, dass sie die Wirksamkeit nationaler Nachprüfungsverfahren und insbesondere solcher Verfahren, die sich mit der rechtswidrigen freihändigen Vergabe von Aufträgen beschäftigen, verbessern, spielen die Rechtsmittelrichtlinien eine wichtige Rolle im Umgang mit Verstößen gegen die Vergaberichtlinien, bei denen es möglicherweise um Unregelmäßigkeiten mit strafrechtlichen Folgen geht. Die Evaluierung ergab keine möglichen Konflikte mit anderen Politikfeldern.

(v) Nach Ansicht der Kommission bieten die Rechtsmittelrichtlinien einen klaren **EU-Mehrwert**. Sämtliche im Rahmen der Evaluierung genutzten Informationsquellen bestätigten, dass es von zentraler Bedeutung ist, dass es bezüglich der Rechtsmittel für die öffentliche Auftragsvergabe EU-weite Vorschriften gibt. Die ordentlichen Gerichte können innerhalb des ordentlichen Verfahrensrechts die schnelle und wirksame Nachprüfung, die von der EU-Rechtsprechung gefordert wird, nicht garantieren. Bevor mit der Richtlinie 2007/66/EG eine obligatorische Stillhaltefrist eingeführt wurde, war keine vorläufige Maßnahme der ordentlichen Gerichtsbarkeit schnell genug, den Abschluss eines vergebenen Vertrages auszusetzen.

Im Vergleich zu anderen Bereichen des Unionsrechts weist die öffentliche Auftragsvergabe einige Besonderheiten auf. Sofern der Vertrag über EU-Schwellenwerten liegt, gelten erstens die materiellen Bestimmungen der öffentlichen Auftragsvergabe, und zwar unabhängig von tatsächlichen grenzüberschreitenden Interessen. Zweitens besteht in jedem Vergabeverfahren, das von einem Auftraggeber durchgeführt wird, eine erhebliche Gefahr von Verstößen (z. B. unrechtmäßiger Ausschluss von Bietern, unrechtmäßige Leistungsbeschreibung, unrechtmäßige

[10] Die Zahlen stammen aus der Studie *„Wirtschaftlichkeit und Rechtswirksamkeit der Nachprüfungs- und Rechtsmittelverfahren für öffentliche Aufträge“.*

[11] Beschluss des Vizepräsidenten des Gerichtshofes vom 23. April 2015 in der Rechtssache C-35/15 P(R), *Vanbreda*, Rn. 28.

Auftragsvergabekriterien, Nutzung falscher Verfahren, Annahme ungewöhnlich niedriger Angebote, Interessenkonflikte etc.). Die Aufgabe der Kommission im Umgang mit einzelnen Beschwerden und potenziellen Verstößen gegen das Unionsrecht besteht darin, die künftige Einhaltung unionsrechtlicher Bestimmungen zu gewährleisten, und nicht im Rahmen der Vergabeverfahren Rechtsmittel für einzelne Parteien zu erlangen, vor allem angesichts der großen Anzahl der verschiedenen Auftraggeber, Bieter und Verfahren in der EU sowie der Detailfragen der einzelnen Verfahren.

Deshalb sind geeignete Regressansprüche für Bieter für das einwandfreie Funktionieren des materiellen Vergaberechts und Binnenmarktes im öffentlichen Sektor unabdingbar. Wie von vielen Interessenträgern bestätigt, ist in dem Zusammenhang ein Mindestmaß an Harmonisierung – wie es von den Rechtsmittelrichtlinien gewährleistet wird – von zentraler Bedeutung.

4. Zusammenfassung

Auf der Grundlage der Evaluierung kommt die Kommission zu dem Schluss, dass die Rechtsmittelrichtlinien, und insbesondere die Änderungen der Richtlinie 2007/66/EG, ihre Ziele größtenteils auf wirksame und effiziente Weise erreichen, obwohl es nicht möglich war, das konkrete Ausmaß der Kosten/Nutzen zu beziffern. In einigen Mitgliedstaaten gibt es zwar gewisse Vorbehalte, diese sind aber normalerweise in den nationalen Maßnahmen begründet und nicht in den Rechtsmittelrichtlinien selbst. In Bezug auf allgemeine Qualitätsaspekte überwiegen die Vorteile der Rechtsmittelrichtlinien gegenüber ihren Kosten. Ihre Relevanz und ihr EU-Mehrwert sind weiterhin gegeben.

Trotz des insgesamt positiven Ergebnisses der Evaluierung wurden bestimme Mängel identifiziert.

Zunächst erkennt die Kommission an, dass bestimmte Bestimmungen der Rechtsmittelrichtlinien etwas unklar sind[12]. Trotz der Aktualisierung durch das neue Gesetzespaket zur öffentlichen Auftragsvergabe wurden etwa einige Bereiche identifiziert, die noch einer weiteren Klärung bedürfen. Verweise auf „Auftragsbekanntmachung“ in den Rechtsmittelrichtlinien zum Beispiel spiegeln nicht die Tatsache wider, dass die neue Richtlinie 2014/24/EU anstatt einer Vergabebekanntmachung in bestimmten Umständen eine Vorinformation zum Aufruf zum Wettbewerb zulässt. Ferner könnte klarer dargestellt werden, inwieweit die Bestimmungen der Rechtsmittelrichtlinien auf Änderungen und die Kündigung öffentlicher Aufträge und Konzessionen sowie auf die vereinfachte Vergabe anwendbar sind.

Außerdem kam die Kommission zu dem Schluss, dass die Informationen zum nationalen Rechtsmittelsystem in den meisten Mitgliedstaaten bisher auf unstrukturierte Art und Weise gesammelt und nur selten zur Gestaltung von Politik genutzt wurden. Dadurch wird die Bewertung der Leistungsfähigkeit der Richtlinien erschwert.

[12] Einzelheiten zu der von den Kommissionsdienststellen durchgeführten Konsultation: siehe Anhang 3 der Arbeitsunterlage (Antworten auf Fragen 6 und 20).

Schließlich kam die Kommission zu dem Schluss, dass die administrativen Nachprüfungsinstanzen erster Instanz hinsichtlich der Verfahrenslänge und Standards der Nachprüfung im Allgemeinen wirksamer sind als die Gerichte erster Instanz.

5. Weiteres Vorgehen

(i) Allgemeines

Nachdem die Evaluierung ergab, dass die Rechtsmittelrichtlinien weder erheblich noch dringend geändert werden müssen, wird beschlossen, sie in ihrer aktuellen Form beizubehalten und zum jetzigen Zeitpunkt keine weiteren Änderungen vorzunehmen.

Dies vorausgeschickt, beabsichtigt die Kommission dennoch, die identifizierten Schwächen bei der Anwendung der Rechtsmittelrichtlinien anzugehen, und strebt eine höhere Konvergenz der Rechtsmittelsysteme in den Mitgliedstaaten an. Unter gleichzeitiger Wahrung der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten und ihrer entsprechenden Rechtstraditionen, wird die Kommission eine kohärente Kombination folgender Zusatzmaßnahmen ergreifen.

(ii) Förderung der Transparenz

Die Evaluierung ergab, dass die Informationen über die nationalen Rechtsmittelsysteme bisher nicht auf strukturierte Art und Weise erfasst und nur selten zur Gestaltung von Politik genutzt wurden. Als Abhilfemaßnahme beabsichtigt die Kommission, hinsichtlich der Leistungsfähigkeit der nationalen Rechtsmittelsysteme eine Verbesserung der Transparenz vorzuschlagen. Zunächst müssen die Daten ohne zusätzlichen administrativen Aufwand automatisiert gesammelt werden. Wie in der Binnenmarktstrategie[13] angekündigt und in Übereinstimmung mit der Interinstitutionellen Vereinbarung über bessere Rechtsetzung[14] wird die Kommission in dem Zusammenhang gemeinsam mit den Mitgliedstaaten eine begrenzte Zahl von Zielindikatoren ausarbeiten (Anzahl der Beschwerden, Anzahl der erfolgreichen Beschwerden, Kosten, Verfahrenslänge etc.). Diese Indikatoren werden im Binnenmarktanzeiger veröffentlicht. Dadurch kann die Wirtschaft die Wirksamkeit der Rechtsmittelsysteme in den einzelnen Mitgliedstaaten vergleichen und die Mitgliedstaaten dabei unterstützen zu ermitteln, in welchen Bereichen ihres nationalen Rechtsmittelsystems es Verbesserungspotenzial gibt.

(iii) Stärkung der Zusammenarbeit zwischen erstinstanzlichen Nachprüfungsinstanzen

Die Evaluierung zeigt, dass die Systeme, in denen der Rechtsschutz bei öffentlichen Vergabeverfahren auf erstinstanzlicher Ebene durch administrative Nachprüfungsinstanzen anstatt die ordentliche Gerichtsbarkeit erfolgt, tendenziell wirksamer sind, sowohl im Hinblick auf die Dauer der Verfahren als auch in Bezug auf die Vergabestandards. Wie in der Binnenmarktstrategie angekündigt, wird die Kommission die Zusammenarbeit und Vernetzung erstinstanzlicher Nachprüfungsinstanzen fördern, um den Informationsaustausch und das optimale Verfahren

[13] Mitteilung *Den Binnenmarkt weiter ausbauen: mehr Chancen für die Menschen und die Unternehmen, COM(2015) 550 und Arbeitsunterlage A Single Market Strategy for Europe – Analysis and Evidence*, SWD(2015) 202.

[14] Beschluss des Europäischen Parlaments vom 9. März 2016 über den Abschluss einer Interinstitutionellen Vereinbarung über bessere Rechtsetzung zwischen dem Europäischen Parlament, dem Rat der Europäischen Union und der Europäischen Kommission (2016/2005(ACI)).

hinsichtlich spezifischer Aspekte der Anwendung der Rechtsmittelrichtlinien zu verbessern und generell die Effizienz nationaler Nachprüfungsverfahren zu gewährleisten. Das entsprechende optimale Verfahren soll im ganzen Netzwerk verteilt werden. Ein optimales Verfahren kann für Mitgliedstaaten Inspirationsquelle und Druckmittel zugleich sein, das Rechtsmittelsystem auf nationaler Ebene zu verbessern. Ein besonderer Schwerpunkt wird in dem Zusammenhang darauf gelegt werden, die administrativen Nachprüfungsinstanzen der ersten Instanz zu stärken.

(iv) Leitlinien

Die Kommission wird Leitlinien über bestimmte offene Aspekte der Rechtsmittelrichtlinien ausgeben, um gewisse Bestimmungen zu erläutern und deren Wirksamkeit zu gewährleisten. Mögliche Aspekte sind zum Beispiel das Zusammenspiel zwischen den Rechtsmittelrichtlinien und dem neuen vergaberechtlichen Gesetzespaket oder die Ausarbeitung von Kriterien für die Aufhebung einer automatischen Aussetzung eines abgeschlossenen Vertrages nach Einlegen eines Rechtsmittels. Auf der Grundlage der bisher gesammelten Informationen strebt die Kommission einen Dialog mit den Mitgliedstaaten und Interessenträgern an, um die Bereiche zu identifizieren, bei denen es Klärungsbedarf gibt.

(v) Konsistente Durchsetzung und Überwachung

Soweit Verstöße gegen die Rechtsmittelrichtlinien festgestellt werden, wird die Kommission geeignete Maßnahmen ergreifen, die entsprechenden nationalen Praktiken an die Bestimmungen der EU anzupassen. In dem Zusammenhang wird die Kommission sich auf die schwersten und auf systematische Verstöße konzentrieren, durch die die wirksame Anwendung der Rechtsmittelsysteme in den Mitgliedstaaten beeinträchtigt wird.