

Mehr Wettbewerb wagen

*Anmerkungen zur Öffnung der nationalen Märkte und Schaffung eines Binnenmarktes für
Güter der Verteidigung und der Sicherheit
durch Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli
2009*

VON MARKUS C. KERBER

N°7 der Schriftenreihe des IVSG
ISSN Berlin, 2011

Abstract

The directive of the European Parliament and of the Council on the coordination of procedures for the award of certain public works contracts, public supply contracts and public service contracts in the fields of defence and security represents an audacious attempt to overcome the effects of article 346 ECT (former art. 296 ECT). This is however legally problematic because secondary law cannot modify primary law.

The European Commission thinks that this risk can be taken into account in order to achieve the long-term goal of creating a single market for defence and security goods and services. However, the many loopholes in the directive will allow the member states to perpetuate the established national systems of procurement.

Zusammenfassung

Die Richtlinie zur Vergabe von Gütern der Verteidigung und der Sicherheit vom 13.7.2009 ist der rechtlich kühne Versuch, das Primärrecht des Artikels 346 AEUV (ehem. Art. 296 EGV) und seine Wirkungen weitgehend zu relativieren. Dieser rechtlich problematische Ansatz – Sekundärrecht kann nicht Primärrecht verändern – wird indessen in Kauf genommen, um langfristig einen Binnenmarkt für Rüstungs- und Sicherheitsgüter zu schaffen. Dennoch ist die Verteidigungs- und Sicherheitsrichtlinie hierfür keine Gewähr, sondern nur die notwendige Bedingung. Entscheidend wird es auf die Umsetzungsgesetzgebung in den einzelnen Mitgliedsstaaten ankommen. Die Ausnahmeregeln, die sich die Mitgliedsstaaten ausbedungen haben, lassen hinreichend Spielraum, um die Defragmentierung der europäischen Rüstungs- und Sicherheitsmärkte wieder rückgängig zu machen oder zumindest zu verzögern.

Gliederung

1. ÜBERSICHT	4
2. REICHWEITE DER RICHTLINIE	7
3. VERFAHREN, ZUSCHLAG, NACHPRÜFUNG.....	11
A) VERFAHREN:.....	11
B) ZUSCHLAGSKRITERIEN:	12
C) NACHPRÜFUNG:.....	13

Übersicht

Die Europäisierung der Märkte für Verteidigungsgüter ist bislang nur im Rahmen von Fusionsüberlegungen diskutiert worden. Diese haben zum Ziel, die Angebotsseite der Nachfragestruktur anzupassen. In der Sache führt dies zu Konzentrationsbewegungen, also zur zahlenmäßigen Verringerung der Wettbewerber.¹ Diese Konzentrationsbewegungen auf der Angebotsseite der Rüstungsmärkte konnten bislang nicht einhergehen mit einer kompetitiveren Organisation der Nachfrage, insbesondere der europaweiten Nachfrage von Rüstungsgütern durch nationale Beschaffungsagenturen.

Art. 346 AEUV (chem. Art. 296 EGV) gab den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, europaweite Ausschreibungen weitgehend zu vermeiden. Dort, wo gleichwohl derartige Ausschreibungen durchgeführt worden sind,² stand das Ergebnis in der Regel fest. Demzufolge ist die Nachfrage nach Rüstungsgütern überwiegend national fragmentiert geblieben. Daran hat der *code of conduct* mit einer Selbstverpflichtung der Mitgliedsstaaten zur europaweiten Ausschreibung seit 2007 nichts geändert, solange das Beschaffungswesen bei nationalen Beschaffungsagenturen verbleibt. Denn diese würden sich selbst abschaffen, wenn sie zu einer Verwirklichung des Binnenmarkts von Rüstungsgütern einen Beitrag leisteten. Von welcher Behörde kann man ernsthaft die Beseitigung ihrer selbst erwarten?

Die Europäische Kommission hatte trotz der eindeutigen Rechtslage aufgrund des Art. 346 AEUV noch im Sommer des Jahres 2008 den Vorschlag einer Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinie 2004/17 EG und 2004/18 EG vorgelegt. Dies stellte den kühnen Versuch dar, die Wirkungen des Art. 346 AEUV nicht nur zu mildern, sondern weitgehend zu überwinden, indem gem. Art. 8 der besagten Richtlinie sehr weitgehende Ausschreibungspflichten bei relativ geringen Schwellenwerten (412.000 EUR bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen,

¹ Vgl. hierzu: „Die Rüstungsindustrie fusioniert – Die hohen Kosten bleiben, Das Beschaffungswesen der Bundeswehr gibt kaum Anreiz für Einsparungen“, FAZ vom 26.1.1999.

² So z. B. für den VBCI in Frankreich. Es handelt sich um ein gepanzertes Transportfahrzeug mit ca. 30 t Gewicht.

EUR 5,15 Mio. bei Bauaufträgen vorgenannter Richtlinie) vorgeschrieben wurden. Für rein zivile Ausschreibungen bleibt es bei den allgemeinen Vergaberichtlinien.³

Trotz dieser Eindeutigkeit der Rechtslage wagte sich die Kommission zusammen mit dem Europäischen Parlament in Gestalt eines Entwurfes vor, der den Ehrgeiz hat, die Wirkungen des Art. 346 AEUV unter Berufung auf die Verwirklichung des Binnenmarktes (Art. 26 und Art. 114 AEUV) in der Sache außer Kraft zu setzen. Zur näheren juristischen Begründung beruft sich die Europäische Kommission auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, wonach Art. 346 AEUV eine Ausnahmegesetzgebung sei, die eng ausgelegt werden müsse. Dem gegenüber hätten die Mitgliedstaaten exzessiv auf Art. 346 AEUV Rekurs genommen, so dass eine Korrektur in Gestalt einer Richtlinie zur Vereinheitlichung des Beschaffungswesens bei Rüstungs- und Sicherheitsgütern dringend erforderlich gewesen sei. Gleichwohl enthalten die Erwägungen der vorgenannten Richtlinie eine Fülle von Kompromissformeln, die dem Umstand Rechnung tragen, dass mit dieser Richtlinie auch die Verbesserung der europäischen rüstungstechnologischen und industriellen Basis⁴ und der Ausbau der zur Umsetzung der europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik notwendigen militärischen Kapazitäten bezweckt wird. Dies sind indessen legislative Ziele, die in Art. 26 und Art. 114 AEUV nicht erwähnt sind. Gleiches gilt für die Erwägung, wonach die Verteidigungs- und Sicherheitsausrüstungen sowohl für die Sicherheit und Souveränität der Mitgliedsstaaten als auch für die Autonomie der Europäischen Union von zentraler Bedeutung seien⁵. In der Sache ist eine Richtlinie entstanden, die versucht, die Verteidigungs- und Sicherheitsgüter sowie die zugehörigen Dienstleistungen zu definieren, des Weiteren die bereits erwähnten Schwellenwerte für die Ausschreibungspflicht und ihre Berechnung nennt und ansonsten einen langen Katalog von Ausnahmereichen zerniert. Es ist zu befürchten, dass dieser Katalog – obwohl in Abschnitt 3 der Richtlinie der Richtlinie gefordert wird, er dürfe „nicht zur Umgehung der Bestimmung dieser Richtlinie“ angewandt werden – allenthalben von den Mitgliedstaaten zu eben dieser Umgehung genutzt werden wird.

³ Vgl. hierzu Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 37 III und §§ 38, 40, 2. Aufl., München 2004 sowie: Egger, Europäisches Vergaberecht, S. 122 ff., 1. Aufl., Baden Baden 2008.

⁴ Siehe Erwägungsgrund 2/3.

⁵ Siehe Erwägungsgrund Nr. 8.

Exkurs: Was besagt Art. 346 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union?

Nach Art. 346 AEUV dürfen die Mitgliedsstaaten zum Schutz ihrer wesentlichen Sicherheitsinteressen Auskünfte verweigern oder rüstungs(export)politische Maßnahmen ergreifen, ohne damit das Gemeinschaftsrecht zu verletzen. Als Ausnahmebestimmung ist Art. 346 AEUV eng auszulegen.⁶ Ferner nimmt diese Vorschrift sicherheitsrelevante Informationen und den Rüstungssektor nicht generell vom Vertrag aus, sondern enthält lediglich einen Rechtfertigungsgrund, der die Mitgliedsstaaten einzeln oder gemeinsam berechtigt, sich unter bestimmten Voraussetzungen über ihre gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen hinwegzusetzen. Indessen kann die so den Mitgliedsstaaten gewährte Derogationsbefugnis im Ergebnis sehr weit ausgelegt werden, weil den Mitgliedsstaaten nach dem Wortlaut des Art. 346 AEUV („seines Erachtens“) eine Beurteilungsprärogative eingeräumt worden ist, darüber zu befinden, was wesentliche Sicherheitsinteressen sind.⁷ Dem Mitgliedsstaat obliegt der Nachweis, dass die auf der Grundlage von Art. 346 AEUV getroffenen Maßnahmen seine wesentlichen Sicherheitsinteressen verfolgen. Der EuGH korrigiert die Wertung des Mitgliedsstaates indessen nur dann, wenn feststeht, dass der Mitgliedsstaat sich rein wirtschaftlich motiviert auf Art. 346 AEUV beruft. Der mitgliedsstaatliche Missbrauch der durch Art. 346 AEUV gewährten Derogation vom gesamten Gemeinschaftsrecht ist nicht folgenlos. Gemäß Art. 348 AEUV ist die Kommission berechtigt, unter bestimmten Bedingungen auch verpflichtet, die aufgrund von Art. 346 AEUV ergehenden Maßnahmen des Mitgliedsstaats zu überprüfen, wenn hierdurch auf dem Binnenmarkt die Wettbewerbsbedingungen verfälscht werden. In ihrer Praxis ist die Europäische Kommission indessen außerordentlich zurückhaltend gewesen, von diesem Überprüfungsrecht Gebrauch zu machen. Dementsprechend zurückhaltend bzw. inexistent sind auch die Vorschläge der Kommission gewesen, die mitgliederschaftlichen Maßnahmen nach Art. 346 AEUV an die Vorschriften des Vertrages anzupassen.⁸

⁶ Vgl. EuGH Rs. C-414/97, Kommission/Spanien, Slg 1999, I-5585 Rz. 21; Rs. 13/68, *Salgoil*, Slg 1968, 680, 694; Rs. 222/84, *Johnston*, Slg 1986, 1651 Rz. 26.

⁷ Vgl. EuG Rs. T-26/01, *Fiocchi Munizioni*, Slg 2003, II-3951 Rz. 58.

⁸ Vgl. des Näheren Karpentein in: Schwarze, EU-Kommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2009, Art. 296 Rz. 12.

Reichweite der Richtlinie

Die Reichweite der Richtlinie und das hieraus folgende Umsetzungsgebot für die nationalen Gesetzgeber bestimmt sich anhand der Gegenstände, die unter diese Vergaberichtlinie fallen sowie anhand des Ausnahmekatalogs, der für die Anwendbarkeit der Vergaberichtlinie *in toto* geschaffen worden ist.

- a) Ausweislich des Erwägungsgrundes 10 in Verbindung mit Art. 1 f. der Richtlinie wird definiert, was unter Militärausrüstung i.S.d. Richtlinie zu verstehen ist. Danach gehören hierzu jene Arten von Produkten, die in der vom Rat in der Entscheidung 255-258 vom 15.4.1958 angenommenen Liste von Waffen, Munition und Kriegsmaterial aufgeführt sind. Daneben soll die Richtlinie auch im speziellen Bereich der nichtmilitärischen Sicherheit für solche Beschaffungen gelten, die ähnliche Merkmale aufweisen wie Beschaffungen im Verteidigungsbereich und ebenso sensibel sind.

Dies kann ausweislich Erwägungsgrund 11 der Richtlinie insbesondere in jenen Bereichen der Fall sein, in denen militärische und nichtmilitärische Einsatzkräfte bei der Erfüllung derselben Mission zusammenarbeiten und/oder die Beschaffung dazu dient, die Sicherheit der Union und/oder der Mitgliedsstaaten auf ihren Hoheitsgebieten und darüber hinaus vor ernststen Bedrohungen durch nichtmilitärische und/oder nichtstaatliche Akteure zu schützen.

Interessanterweise wird in Erwägungsgrund 9 der Richtlinie die Voraussetzung für einen Binnenmarkt wie folgt beschrieben: „eine Union, die die zur weiteren Regelung über Informationssicherheit gegenseitige Anerkennung nationaler Sicherheitsstandards einschließt und den Austausch von Verschlusssachen zwischen Auftraggebern und europäischen Unternehmen zulässt, wäre äußerst nützlich.“ Gelingt es nicht, in absehbarer Zeit einheitliche Kriterien über die gegenseitige Anerkennung nationaler Sicherheitsüberprüfungen zustande zu bringen, würde der Rekurs der Mitgliedsstaaten auf besondere nationale Informationsanforderungen die Reichweite der Richtlinie von vornherein einschränken. Dies vorangeschickt unterliegt die Richtlinie bzw. ihre Umsetzungsgesetzgebung ohnehin einer weiteren Ausnahme (Art. 2⁹).

⁹ Vgl. hierzu: Erwägungsgrund 16.

- b) Die Anwendbarkeit der Richtlinie steht nämlich grundsätzlich unter dem Vorbehalt der Art. 36, 51, 52, 62 und 346 AEUV. Der Richtlinien-Gesetzgeber kommentiert dies wie folgt: „Dies bedeutet insbesondere, dass die Vergabe von Aufträgen, die in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fallen, von dieser Richtlinie ausgenommen werden kann, wenn dies aus Gründen der öffentlichen Sicherheit gerechtfertigt ist oder der Schutz der wesentlichen Sicherheitsinteressen eines Mitgliedsstaates dies gebietet.“¹⁰

Diese tautologische Formulierung zeigt die Achillesferse der Richtlinie: sie ist Sekundärrecht. Das Primärrecht des Art. 346 AEUV sowie die Ausnahmevorschriften der Art. 36, 51, 52, 62, 346 AEUV werden hierdurch nicht aufgehoben. Es bleibt den Mitgliedsstaaten damit unbenommen, sich unmittelbar auf Primärrecht zu berufen, um die Unanwendbarkeit der Richtlinie gesetzlich zu stipulieren.

Damit gilt für die wichtigste Rechtsfolge der Richtlinie – die Ausschreibungspflicht von Rüstungsvorhaben im verteidigungssensiblen Bereich über eine bestimmte Volumenschwelle – dass sie unter die Ausnahmebestimmung des Art. 9 in Verbindung mit Erwägungsgrund 16 der Richtlinie fallen. Fast fühlt man sich erinnert an die schon fast klassische Sentenz von Carl Schmitt in der *Politischen Theologie*:

„Das Normale beweist nichts, die Ausnahme beweist alles; sie bestätigt nicht nur die Regel, die Regel lebt überhaupt nur von der Ausnahme. In der Ausnahme durchbricht die Kraft des wirklichen Lebens die Kruste einer in Wiederholung erstarrten Mechanik.“¹¹

Der Rekurs auf das Primärrecht der Art. 36, 51, 52, 62 AEUV genannten *ordre public* - Bestimmungen für Ein- und Ausfuhrbestimmungen – also Niederlassungsfreiheit Dienstleistungsfreiheit – sowie auf Art. 346 AEUV ist ein juristisches Zugeständnis. Denn dem Richtlinien gesetzgeber steht eine Modifikation des Primärrechts überhaupt nicht zu. Hieraus folgt die Befugnis für die Mitgliedsstaaten, die gesamte Richtlinie *in praxi* „links liegen zu lassen.“¹² Daran ändert auch der Hinweis auf Art. 11 der Richtlinie nichts, wonach die Ausnahmebestimmungen, die auch in der Richtlinie genannt sind, nicht zur Umgehung der Bestimmungen dieser Richtlinie angewandt werden dürfen.

Im Einzelnen handelt es sich dabei um folgende Ausnahmebestimmungen:

¹⁰ Vgl. Erwägungsgrund 16.

¹¹ Carl Schmitt. Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität. 4. Auflage, Berlin 1985, S. 22.

Die Sonderbestimmungen der WTO im Verteidigungsbereich sowie im Bereich *government procurement armament*. Da Art. 346 AEUV und die WTO-Bestimmungen bei der GPA einen unterschiedlichen Anwendungsbereich haben, sie dementsprechend auch unterschiedlichen Standards der gerichtlichen Prüfung unterliegen, stellt Art. 12 der Richtlinie lediglich klar, dass Mitgliedsstaaten im spezifischen Kontext der Verteidigungs- und Sicherheitsmärkte weiterhin befugt sind zu entscheiden, ob ihr Auftraggeber Wirtschaftsteilnehmern aus Drittländern die Teilnahme am Verfahren gestattet.

Bei besonderen Ausnahmen ist die Anwendung der Richtlinie *eo ipso* unzulässig. Hierzu gehören:

- Verträge, deren Vergabe nach der Richtlinie zur Preisgabe von wesentlichen Sicherheitsinteressen führen würden (Art. 13 Ziff. a der Richtlinie);
- Aufträge für die Zwecke nachrichtendienstlicher Tätigkeiten (Art. 13 Ziff. b der Richtlinie);
- *government-government*-Aufträge (die also eine Regierung an eine andere Regierung vergibt) (Art. 13 Ziff. f) der Richtlinie);
- Verträge im Rahmen des Kooperationsprogramms, das auf Forschung und Entwicklung beruht und von mindestens zwei Mitgliedsstaaten für die Entwicklung eines neuen Produktes oder ggf. die späteren Phasen des gesamten Anteils des Lebenszyklus des Produktes durchgeführt werden (Art. 13 Ziff. c) der Richtlinie);
- Forschungs- und Entwicklungsleistungen – außer denen, deren Ergebnisse ausschließlich Eigentum des Auftraggebers für seinen Gebrauch bei der Ausübung seiner eigenen Tätigkeit sind – sofern die Dienstleistungen vollständig durch den Auftraggeber vergütet werden (Art. 13 Ziff. f) der Richtlinie).

Zu den Ausnahmen gehören auch gemäß Art. 14 sogenannte „vorbehaltene Aufträge.“ Dabei handelt es sich um Programme für geschützte Beschäftigungsverhältnisse, welche nur durch geschützte Werkstätten durchgeführt werden.

Im Erwägungsgrund 52 wird dies wie folgt erläutert: „Unter Umständen ist bei bestimmten, unter diese Richtlinie fallenden Beschaffungen, nur ein einziger Wirtschaftsteilnehmer in der Lage, den Auftrag auszuführen, wenn er Ausschließlichkeitsrechte besitzt oder technische Gründe vorliegen.“

Die Ausnahme für die Förderung von Forschung und Entwicklung ist ausdrücklich an die Erwartung gekoppelt, dass diese gesonderte Förderung zur Stärkung der europäischen rüstungstechnologischen und

industriellen Basis von fast zentraler Bedeutung ist und die Öffnung des Auftragswesens zur Erreichung dieses Zieles beitragen solle. Daher sei es gerechtfertigt, dass in diesem speziellen Bereich eine maximale Flexibilität bei der Auftragsvergabe für Forschungslieferungen und Dienstleistungen gelte. Gleichzeitig solle diese Flexibilität jedoch nicht den laueren Wettbewerb im späteren Lebenszyklus eines Produktes ausschalten.¹²

¹² Vgl. Erwägungsgrund 55.

Verfahren, Zuschlag, Nachprüfung

Während die Richtlinie für die Verfahrensmodalitäten praktisch nur Rahmenvorschriften enthält (Zulässigkeit des wettbewerblichen Dialoges, der Verhandlungsverfahren mit Veröffentlichung oder in bestimmten Fällen Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung einer Bekanntmachung), enthalten die Vorschriften gem. Art. 47 ff. der Richtlinie Zuschlagskriterien, die bereits aus den entwickelten nationalen Vergaberechten sowie aus dem Vergaberecht der Europäischen Gemeinschaft schlechthin bekannt sind. Dazu gehört die Zuschlagsentscheidung nur aufgrund objektiver Kriterien sowie unter Berücksichtigung des Preis-Leistungs-Verhältnisses.¹³

Summa summarum enthalten die Vorschriften zum Verfahren – gerade aufgrund der Befugnis, die Eignung der einzelnen Bewerber zu überprüfen (vgl. Art. 40) – keine Normen, die geeignet sind, der nationalen Vergabe-Willkür Herr zu werden. Definitive rechtliche Grenzen werden indessen lediglich durch die Existenz eines Nachprüfungsverfahrens gem. Art. 54 f. der Richtlinie gezogen. Diese auf einer Forderung des BDI beruhende Umsetzung¹⁴ verpflichtet die nationalen Umsetzungsgesetzgeber zur Schaffung von Sanktionen für den Fall, dass durch den Zuschlag das Willkürverbot verletzt wird.

Im Einzelnen gilt:

Verfahren:

Die Verfahrensvorschriften der Art. 25 ff. der Richtlinie verpflichten die Mitgliedsstaaten in dem Anwendungsbereich nur nach Maßgabe folgender Formen zu gehen:

- im nicht-offenen Verfahren;
- im Verhandlungsverfahren mit Veröffentlichung einer Bekanntmachung;
- im wettbewerblichen Dialog.

Die Art. 26, 27, 28 der Richtlinie unterscheiden die Modalitäten der Durchführung der einzelnen Verfahren. Art. 29 der Richtlinie enthält Bestimmungen über Rahmenvereinbarungen.

¹³ Vgl. Erwägungsgrund 69-71.

¹⁴ BDI EU öffentliches Auftragswesen, Dokument-Nr. D0184 vom 20.12.2007, S. 2.

Im 6. Kapitel der Richtlinie geht es um die Vorschriften über die Veröffentlichung und Transparenz. Hier ist die Regelungstiefe relativ groß (Art. 30 - 36 der Richtlinie). Indessen bleibt den mitgliedstaatlichen Umsetzungsgesetzgebern hinreichend Raum für eine nationale Anpassung.

Neben den Bestimmungen über die Eignung und Aussage der Teilnahme am Vergabeverfahren (Art. 38 - 46 der Richtlinie) liegt ein Schwerpunkt der Richtlinie auch bei den Zuschlagskriterien.

Zuschlagskriterien:

Der Art. 47 verpflichtet die Mitgliedsstaaten bei den Zuschlagskriterien

folgende Ansätze zu wählen:

- entweder – wenn der Zuschlag für das aus Sicht des Auftraggebers wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt – verschiedene mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien, z.B. Qualität, Preis, technische Wertzweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Kosten während der gesamten Lebensdauer, Rentabilität, kundendiensttechnische Hilfezeit, Lieferungs- oder Ausführungsfrist, Versorgungssicherheit, Interoperabilität und Eigenschaften beim Ersatz;

oder

- ausschließliches Kriterium des niedrigsten Preises.

Indessen verpflichtet Art. 47 Abs. 2 der Richtlinie die staatliche Vergabestelle dazu, bereits in den Auftragsunterlagen die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien zu präzisieren. Art. 49 der Richtlinie sieht Bestimmungen gegen ungewöhnlich niedrige Angebote (Dumping) vor. So heißt es dort: „Erwecken im Fall eines bestimmten Auftrags Angebote den Eindruck im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig zu sein, so muss der Auftraggeber vor

Ablehnung dieser Angebote schriftlich Aufklärung über die Einzelposten des Angebots verlangen, wo er dies für angezeigt hält.“

Relativ detailliert sind auch die Vorschriften über Unteraufträge, die von erfolgreichen Bietern vergeben werden, die keine Auftraggeber sind. So heißt es in Art. 51 der Richtlinie: „Der erfolgreiche Bieter geht transparent vor und behandelt sämtliche potentielle Unterauftragnehmer gleich und in nicht diskriminierender Weise.“ Indessen ist ein erfolgreicher Bieter, der kein Auftraggeber ist, in der Vergabe des Unterauftrags frei, wenn ein bestimmter geschätzter Wert der Auftragsvergabe unterschritten bleibt (vgl. Art. 52 der Richtlinie).

Nachprüfung:

Die in Art. 55 der Richtlinie geregelten Vorschriften über eine Nachprüfung stellen vorab klar, dass das Nachprüfungsverfahren nur für die in Art. 2 der Richtlinie gegenständlich präzisierten Aufträge – vorbehaltlich der in Art. 12 und 13 der Richtlinie vorgesehenen Aufnahmen – gelten soll. Gemäß Art. 55 Abs. 2 der Richtlinie sind die Mitgliedsstaaten verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zu

ergreifen, um sicherzustellen, dass die Entscheidungen von Auftraggebern wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der Vorschriften über die Nachprüfungen auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht nachgeprüft werden können.

Grundlegende Bedeutung bekommt in diesem Zusammenhang der unmittelbare Suspensiveffekt des Art. 55 der Richtlinie: Abs. 6 Satz 2 dieser Vorschrift sieht vor, dass die Mitgliedsstaaten dafür Sorge tragen, „dass die Einreichung eines Antrags auf Nachprüfung einen unmittelbaren Suspensiveffekt auf den Vertragsschluss auslöst.“ Dieser Suspensiveffekt endet nicht vor Ablauf einer Frist von mindestens zehn Kalendertagen, gerechnet ab jenem Tag, der auf den Tag folgt, an dem der Auftraggeber eine Antwort abgesendet hat; falls sie per Fax oder auf elektronischem Weg abgesendet wird oder falls andere Kommunikationsmittel verwendet werden, nicht vor Ablauf einer Frist von entweder mindestens 15 Kalendertagen, gerechnet ab dem Tag der auf den Tag folgt an dem der Auftraggeber eine Antwort abgesendet hat oder von mindestens zehn Kalendertagen, gerechnet ab dem Tag nach dem Eingang seiner Antwort.

So gestaltet Art. 55 der Richtlinie die einstweiligen Rechtsfolgen aus, die in Folge eines Nachprüfungsverfahrens zum Schutz der unterschiedlichen Bieter getroffen werden können. Entscheidend ist

auch hier wieder der Suspensiveffekt. So heißt es in Art. 55 Abs. 2 der Richtlinie: „Wird eine von dem Auftraggeber unabhängige Stelle in erster Instanz mit der Nachprüfung einer Zuschlagsentscheidung befasst, so sorgen die Mitgliedsstaaten dafür, dass der Auftraggeber den Vertragsschluss nicht vornehmen kann, bevor die Nachprüfungsstelle eine Entscheidung über einen Antrag auf vorläufige Maßnahmen oder eine Entscheidung in der Hauptsache getroffen hat.“ Indessen regelt Abs. 4 dieser Norm: „Außer in den Fällen nach Abs. 3 des Artikels und Art. 55 Abs. 6 haben die Nachprüfungsverfahren als solche nicht notwendigerweise einen automatischen Suspensiveffekt auf die betreffenden Vergabeverfahren.“

Neben den Vorschriften über die Stillhaltefrist in Art. 55 und 57 der Richtlinie enthält Art. 60 der Richtlinie besonders bedeutsame Bestimmungen über die Unwirksamkeit. Hiernach tragen die Mitgliedsstaaten dafür Sorge, dass ein Vertrag durch eine von dem Auftrag unabhängige Nachprüfungsstelle für unwirksam erklärt wird, wenn ganz bestimmte kardinale Mängel des Verfahrens oder der Zuschlagsentscheidung erkennbar sind.