

Das Vergaberecht als handelspolitisches Instrument

21. September 2020

Bereits seit einigen Jahren wird in Brüssel darüber diskutiert, das Vergaberecht stärker als handelspolitisches Instrument zu nutzen. Die EU hat sich in den letzten Jahren bemüht, durch verschiedene Maßnahmen, wie etwa den raschen Abschluss bilateraler Investitionsabkommen, den ungleichen Marktzugang für europäische Unternehmen in Drittstaaten zu beenden und Wettbewerbsverzerrungen zu verringern. Während nämlich die EU ihre öffentlichen Beschaffungsmärkte für Unternehmen aus Drittländern weitgehend geöffnet hat, gewähren viele dieser Staaten den EU-Unternehmen keinen vergleichbaren Zugang. Zudem können unregelte staatliche Förderungen maßgeblich zu unfairer Wettbewerb beitragen und spielen im zukünftigen Verhältnis zu Drittstaaten eine entscheidende Rolle.

Diese Diskussionen wurden durch die aktuelle Pandemie neu entfacht. Das öffentliche Beschaffungswesen schien plötzlich nicht mehr in der Lage zu sein, öffentliche Einrichtungen mit den benötigten Hilfsgütern zu versorgen. Diese Erkenntnis hat deutlich gemacht, dass bestimmte Kernbedürfnisse autark gedeckt werden müssen.

International Procurement Instrument, OLG Brandenburg, White Paper

International Procurement Instrument (IPI)

Die Suche nach konkreten Handlungsoptionen, um die Position europäischer Unternehmen auf dem globalen Handelsmarkt zu stärken, beschäftigt die europäischen Gesetzgebungsorgane schon länger. Um die Bedingungen zu verbessern, unter denen EU-Unternehmen um öffentliche Aufträge in Drittländern konkurrieren können, und um die Position der EU bei Verhandlungen über den Zugang von Waren, Dienstleistungen und Lieferanten aus der EU zu ausländischen öffentlichen Beschaffungsmärkten zu stärken, hat die Europäische Kommission (*Kommission*) [2012](#) das sogenannte IPI vorgeschlagen. Der Vorschlag wurde von einigen EU-Mitgliedstaaten allerdings heftig kritisiert. Unter Berücksichtigung dieser Kritik legte die Kommission [2016](#) einen neuen Vorschlag vor. Die Mitgliedstaaten konnten sich jedoch in der Folge weiterhin nicht auf eine gemeinsame Lösung einigen. Da die parallellaufenden Verhandlungen zwischen China und der EU über den Abschluss eines weitreichenden Handelsabkommens aber stockten, gaben einige Mitgliedstaaten ihre ablehnende Haltung im Jahre 2019 auf. Im März 2020 stellte die Kommission ihre neue Industriestrategie für Europa vor und forderte die rasche Verabschiedung des IPI.

Der aktuelle Vorschlag sieht vor, dass die Kommission im Fall einer vermuteten Diskriminierung von EU-Unternehmen auf dem Beschaffungsmarkt von Drittländern, die nicht unter das GPA oder ein Freihandelsabkommen fallen, eine Untersuchung einleiten kann. Stellt die Kommission eine Diskriminierung gegenüber Waren, Dienstleistungen oder Lieferanten aus der EU fest, ist vorgesehen, dass sich die Kommission mit dem betreffenden Land in Verbindung setzt und beispielsweise in Verhandlungen über ein internationales Abkommen tritt. In Abstimmung mit den Mitgliedstaaten kann die Kommission gegebenenfalls Preisanpassungsmaßnahmen vorschreiben, die öffentliche Auftraggeber in ihren Ausschreibungsverfahren ergreifen müssen.

Die europäische Industrie befürwortet das IPI im Grunde, hat aber noch einige grundlegende Änderungsvorschläge, um zusätzliche Belastungen für EU-Unternehmen zu vermeiden (siehe etwa die Position von [Business Europe](#)). Dies gilt insbesondere für die rechtlich komplizierten Bereiche der Verordnung, wie z.B. die Bestimmungen des IPI in Bezug auf den Warenursprung, die Ausgestaltung der vorgesehenen Sanktionen und die Einigung auf einen Schwellenwert. So werden z.B. nach dem jetzigen Vorschlag die Sanktionen dann ausgelöst, wenn mehr als 50% des Gesamtwertes der Waren in der Ausschreibung aus dem betroffenen Drittland stammen. Diese Regeln könnten zu komplexen Untersuchungen führen und neue bürokratische Belastungen und Rechtsunsicherheiten für EU-Unternehmen mit sich bringen. Die Unternehmen müssten während der Ausschreibungsphase den vollen Überblick über den Ursprung aller Waren haben, die sie bei der Ausführung des Auftrags verwenden werden. Eine solche Regel impliziert nach Auffassung der Industrievertreter, dass sich Bieter während der Bewertung der Angebote und der Ausführung des Projekts einer kosten- und zeitintensiven Herkunftsüberprüfung unterziehen müssten. Dies stellt nicht nur ein erhebliches Risiko im Falle einer Fehleinschätzung dar, sondern wirkt sich auch negativ auf europäische Unternehmen mit internationalen Lieferketten aus. Als Lösung schlägt die europäische Industrie vor, dass sich nur der erfolgreiche Bieter vertraglich dazu verpflichten muss, nicht mehr als 50% des Wertes der bei der Ausführung des Auftrags verwendeten Güter aus Drittländern zu beziehen. In so einem Fall könnte eine ex-post Überprüfung erfolgen.

Entscheidung des OLG Brandenburg zum Ausschluss von Waren aus Drittländern

Aber auch das geltende Recht könnte für die vorliegende Fragestellung eine Lösung bereithalten. Bereits seit vielen Jahren besteht unter dem geltenden GWB-Vergaberecht die Möglichkeit eines Ausschlusses von Angeboten, deren Warenanteil zu mehr als 50% aus Staaten stammt, die nicht dem EWR angehören oder mit denen kein Abkommen über gegenseitige Marktöffnung existiert (Artikel 85 der [Sektoren-Richtlinie 2014/25/EU](#) sowie die nationale Umsetzung in [§ 55 Abs. 1 SektVO](#)). Der praktisch bedeutendste Drittstaat ist China, aber auch Russland, Indien und Brasilien können unter die Regelung fallen. Lange wurde von der Ausschlussmöglichkeit in Deutschland kein Gebrauch gemacht. Das scheint sich nun zu ändern:

Mit der Entscheidung des OLG Brandenburg ([Beschluss](#) v. 2.6.2020, 19 Verg 1/20) war der Ausschluss eines Unternehmens, das Waren aus Drittstaaten anbot, zum ersten Mal Gegenstand einer (veröffentlichten) gerichtlichen Entscheidung. Laut [Presseberichten](#) handelte es sich um eine Ausschreibung der Stadt Frankfurt (Oder) für die Herstellung und Lieferung von 45 Straßenbahnfahrzeugen im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb. Nach Abschluss der indikativen Angebotsphase und mehreren Verhandlungsrunden hat der Auftraggeber drei Bieter, unter anderem das chinesische Unternehmen CRRC sowie den tschechischen Hersteller Skoda, zur Angebotsabgabe aufgefordert. Dabei erhielt Skoda den Zuschlag. Nach erfolgloser Rüge stellte CRRC einen Nachprüfungsantrag. Nachdem der Auftraggeber CRRC im Nachprüfungsverfahren nach § 55 Abs. 1 S. 1 SektVO ausgeschlossen hatte, wies auch die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag als unbegründet zurück. Hiergegen reichte CRRC Beschwerde ein.

Das OLG bestätigte den Ausschluss und stellte klar, dass Auftraggeber bei der Anwendung von § 55 SektVO über weitgehende Entscheidungsspielräume verfügen. So könne der öffentliche Auftraggeber das Unternehmen nicht nur unmittelbar nachdem die zum Ausschluss berechtigenden Umstände bekannt würden vom Vergabeverfahren ausschließen. Er könne vielmehr von seiner Befugnis auch zu einem späteren Zeitpunkt – etwa erst während des Nachprüfungsverfahrens – Gebrauch machen. Die scheinbar einzige Einschränkung liege nach dem OLG darin, dass der Auftraggeber sich die Möglichkeit des Ausschlusses nach § 55 Abs. 1 SektVO ausdrücklich vorbehalten müsse. Darüber hinaus hat das OLG nicht beanstandet, dass der Auftraggeber auf § 55 SektVO zurückgegriffen hat, u.a. weil sich im Rahmen der Verhandlungsgespräche erhebliche Sprachbarrieren aufgetan haben.

White Paper: umfassendere Kontrolle von subventionierten Unternehmen

Ein weiteres Thema ist in diesem Zusammenhang der Umgang mit Subventionen aus Drittstaaten an Unternehmen, die sich am Vergabeverfahren in der EU beteiligen. Die vergaberechtlichen EU-Richtlinien, wie z.B. Art. 69 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU, gewähren den Mitgliedstaaten zwar einen weiten Ermessensspielraum bei der Überprüfung von drittstaatlichen Subventionen. Zudem veröffentlichte die Kommission 2019 die [„Guidance on the participation of third country bidders and goods in the EU procurement market“](#). Dadurch wollte die Kommission ein einheitliches Verständnis des bestehenden europäischen Rechtsrahmens hinsichtlich der Beteiligung von drittstaatlichen Unternehmen an EU-Vergabeverfahren vermitteln. Doch keine dieser Maßnahmen ist nach Auffassung vieler Mitgliedstaaten und der Kommission ein taugliches Mittel, um umfassend gegen Wettbewerbsverzerrungen vorzugehen, die sich aus drittstaatlichen Subventionen ergeben.

Daher kündigte die Kommission in dem derzeit diskutierten [White Paper](#) zu Subventionen aus Drittstaaten umfassende Kontrollmechanismen von Unternehmen an, die von Drittstaaten subventioniert werden. Der Begriff der Drittstaaten soll diejenigen Staaten

bezeichnen, die nicht dem GPA beigetreten sind oder mit denen keine sonstigen bilateralen Abkommen bestehen.

In vergaberechtlicher Hinsicht schlägt das White Paper vor, dass Bieter verpflichtet werden, bei der Angebotsabgabe anzuzeigen, ob sie selbst, Mitglieder ihres Konsortiums oder Unterauftragnehmer in den letzten drei Jahren finanzielle Zuwendungen durch einen Drittstaat erhalten haben oder für die Ausführung des Auftrags staatliche Subventionen erwarten. Dabei sollen – noch nicht konkret bezifferte – Schwellenwerte gelten. Die Meldung soll u.a. auch Informationen darüber enthalten, wie das Angebot finanziert wird. Im Anschluss sollen nationale Behörden in Kooperation mit der Kommission in einem zweiphasigen System überprüfen, ob die Subventionierung des Bieters zu einer Verzerrung des Vergabeverfahrens führt. Bis zum Abschluss dieser Prüfung darf der betroffene Bieter keinen Zuschlag bekommen. Die Feststellung einer marktverzerrenden drittstaatlichen Subvention kann für das betroffene Unternehmen zu einem Ausschluss aus dem laufenden Verfahren, aber auch zu einer Sperrung für die Beteiligung an künftigen Verfahren führen.

Die vergaberechtlichen Vorschläge des White Paper sollen durch zwei weitere Instrumente ergänzt werden. So wird die Einführung eines allgemeinen Marktbeobachtungsinstruments vorgeschlagen, das es der Kommission oder nationalen Behörden erlauben würde, gegen Unternehmen vorzugehen, die durch die Subvention eines Drittstaats begünstigt werden. Ähnlich der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen sollen dann Abhilfemaßnahmen verhängt werden können, um Wettbewerbsverzerrungen zu begegnen. Als mögliche Abhilfemaßnahmen schlägt das White Paper u.a. die Rückzahlung der Subvention, den Rückzug aus europäischen Märkten oder Marktverhaltensauflagen vor. Das White Paper sieht schließlich eine Prüfung des Erwerbs von EU-Unternehmen durch drittstaatliche subventionierte Erwerber vor. Werden bestimmte Schwellenwerte überschritten, müsste die Transaktion bei der Kommission angemeldet und dürfte erst nach Freigabe vollzogen werden. Diese Prüfung soll neben die Fusionskontrolle treten und auch Minderheitsbeteiligungen erfassen.

Fazit

Die Diskussion um das IPI hat im letzten Jahr wieder an Fahrt aufgenommen. Trotz erheblichen Diskussionsbedarfs, ist davon auszugehen, dass die Mitgliedstaaten in den nächsten Monaten zu einem Konsens kommen werden.

Auch § 55 SektVO folgt dem handelspolitischen Prinzip der Gegenseitigkeit und agiert als Steuerungsinstrument zum Umgang mit Bietern aus Drittstaaten, mit denen keine Abkommen über einen gegenseitigen Marktzugang bestehen. Das OLG Brandenburg hat erstmals einen Ausschluss auf dieser Grundlage bestätigt. Es bleibt abzuwarten, ob in Zukunft zu diesem Zweck öfter auf diese Regelung zurückgegriffen wird.

BLOMSTEIN

Wie die konkrete Umsetzung des White Papers zum Umgang mit drittstaatlichen Subventionen aussehen wird, ist noch unklar. Noch bis zum 23. September 2020 können Interessenvertreter Stellung beziehen. Die Kommission plant bereits im Laufe des nächsten Jahres konkrete Gesetzesvorschläge zu unterbreiten.

BLOMSTEIN wird die weiteren Entwicklungen beobachten und darüber informieren. Wenn Sie Fragen zu den potenziellen Auswirkungen der Änderungen im Vergaberecht auf Ihr Unternehmen oder Ihre Branche haben, stehen Ihnen [Dr. Pascal Friton](#) und [Dr. Laura Louca](#) jederzeit gern zur Verfügung. Für Fragen zu den kartellrechtlichen Instrumenten des White Paper wenden Sie sich gerne an [Dr. Max Klasse](#).