

§RECHTSTICKER

An dieser Stelle informiert Rechtsanwalt Dr. Daniel Soudry über aktuelle Entscheidungen und Gesetzesvorhaben zur Vergabe verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Aufträge.

Ende des gleichberechtigten Marktzugangs für Bieter aus Drittstaaten

Daniel Soudry

Unternehmen aus Drittstaaten ohne Abkommen mit der EU haben keinen Anspruch auf Zugang zu Vergabeverfahren. Das EuGH-Urteil vom 22. Oktober 2024 (Rs. C-652/22) hebt die bisherige deutsche Rechtsprechung auf und stärkt das Konzept des „Level Playing Field“.

Der Vergabesenat des OLG Düsseldorf, zuständig für die Nachprüfung aller VS-Aufträge der Bundeswehr, legt die EU-Richtlinien bislang großzügig aus. In seiner Drohnen-Entscheidung (31. Mai 2017, VII-Verg 36/16) führte er aus, dass alle Unternehmen Zugang zu EU-Vergabeverfahren haben. Dafür sei weder ein Sitz in der EU noch ein Beitritt zum Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (engl. Government Procurement Agreement, GPA) erforderlich. In einer weiteren Entscheidung vom 1. Dezember 2021 (Verg 54/20) erklärte das OLG Düsseldorf, es gebe kein Recht auf Ungleichbehandlung von Bietern aus Drittstaaten. In der Folge durften sich Bieter aus allen Drittstaaten weltweit um EU-Aufträge bewerben. Ob EU-Unternehmen einen entsprechenden Zugang zu dortigen Aufträgen haben, sollte keine Rolle spielen. Dieses Verständnis hat seit den jungen Tagen der Bonner Republik Tradition. Schon 1960 legte der „Drei-Minister-Erlass“ fest, dass ausländische Erzeugnisse oder Unternehmen auch zugelassen werden sollten, wenn mit den jeweiligen Herkunftsländern keine Gegenseitigkeitsabsprache besteht.

EuGH schränkt Marktzugang ein

Damit ist nun Schluss. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) stellt klar, dass die EU allein für die Handelspolitik zuständig ist, einschließlich des Abschlusses von Übereinkünften mit Drittstaaten über den Zugang zu Beschaffungsmärkten. „Mitgliedstaaten dürfen Unternehmen aus Drittstaaten einen allgemeinen Zugang zu EU-Vergabeverfahren weder gewähren noch versagen, sondern nur im Einzelfall zulassen. Das bedeutet aber nicht, dass sie dieselben Ansprüche auf Einhaltung des Vergaberechts haben wie Unternehmen aus der EU oder aus Staaten, die eine Übereinkunft mit der EU geschlossen haben. Eine Bewertungsanpassung der Angebote solcher Unternehmen gegenüber EU-Bietern ist zulässig. Eine Überprüfung von Vergabeentscheidungen nach nationalem Recht bleibt zwar möglich. Der Weg vor die Spezialgerichte der Vergabekammern und -senate ist Drittstaaten-Unternehmen jedoch verwehrt, da er auf EU-Richtlinien basiert.“ In einem aktuellen Verfahren des Autors vor

der Vergabekammer des Bundes wurde der Antrag eines indischen Unternehmens wohl aus diesem Grund zurückgewiesen. Aufgrund einer Antragsrücknahme kam es nicht zur endgültigen Klärung. Es ist zu erwarten, dass Vergabenachprüfungsinstanzen künftige Nachprüfungsanträge von Bietern aus Drittstaaten ohne EU-Übereinkunft für unzulässig erklären. Das macht Sinn: Gerade im VS-Bereich beklagen Unternehmen seit Jahren das fehlende „Level Playing Field“ – sie stehen im heimischen Markt wachsender Konkurrenz gegenüber, erhalten aber selbst kaum Zugang zu Drittland-Märkten. Für Drittstaaten bestand bisher kein Anreiz, dies zu ändern: Ihre Unternehmen hatten freien Zugang zum EU-Beschaffungsmarkt, ohne den eigenen Markt für EU-Konkurrenz öffnen zu müssen. Die Politik der vertrauensvollen Vorleistung hat sich hier häufig nicht bewährt. Flankiert wird die neue Rechtsprechung des EuGH durch die bereits 2022 in Kraft getretene IPI-Verordnung (VO EU 2022/1031). Sie gibt der EU-Kommission Instrumente an die Hand, um den Zugang von Unternehmen aus Drittstaaten ohne Abkommen zu EU-Aufträgen zu beschränken, falls der Zugang für EU-Unternehmen dort ebenfalls erschwert wird.

Auswirkungen auf künftige EU-Vergabeverfahren

Das Urteil des EUGH erging zur Sektorenrichtlinie. Der EuGH bestätigte dies für die Richtlinie 2014/247EU bzgl. eines chinesischen Unternehmens (13.03.2025, Rs. C.266/22). Es ist aber auf alle EU-Vergabeverfahren übertragbar. EU-Staaten dürfen Unternehmen aus Drittstaaten ohne Übereinkunft über den gegenseitigen Zugang zu den Beschaffungsmärkten keinen generellen Zugang zu Vergabeverfahren gewähren. Werden sie im Einzelfall zugelassen, haben sie gleichwohl keine einklagbaren Rechte aus den EU-Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge. Das gilt übrigens auch für Unternehmen aus GPA-Vertragsstaaten oder aus Ländern, die bilaterale Handelsabkommen mit der EU unterhalten, wenn der konkrete Auftrag nicht unter diese Abkommen fällt. So sind insbesondere verteidigungs- und sicherheitsspezifische Aufträge seit jeher vom GPA ausgenommen.

Zwar haben betroffene Unternehmen die Möglichkeit, eine Niederlassung in der EU zu gründen. Dann können sie sich unmittelbar auf die Grundfreiheiten des Binnenmarkts und die EU-Vergaberichtlinien berufen und gegen Vergabeentscheidungen klagen. Nach der IPI-Verordnung kann die EU-Kommission allerdings jeden erfolgreichen Bieter verpflichten, höchstens 50 Prozent des Gesamtauftragswerts an Nachunternehmer aus Staaten weiterzureichen, für die IPI-Maßnahmen gelten bzw. sicherzustellen, dass Waren oder Dienstleistungen aus solchen Staaten höchstens 50 Prozent des Auftragswerts ausmachen. Verletzt ein Auftragnehmer diese Pflichten, drohen empfindliche Vertragsstrafen zwischen 10 und 30 Prozent des Auftragswerts und Ausschlüsse von künftigen Vergabeverfahren (§ 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB).

AUTOR

Dr. Daniel Soudry, LL.M. ist Fachanwalt für Vergaberecht und Partner der Sozietät SOUDRY & SOUDRY Rechtsanwälte, Berlin. Er berät Unternehmen der Verteidigungs- und Sicherheitswirtschaft bei der rechtssicheren Teilnahme an Vergabeverfahren und in Nachprüfungsverfahren.

