

größerer Projektfinanzierungen rückläufig ist und einige deutsche Geschäftsbanken bereits ihren Rückzug aus dem Projektfinanzierungsgeschäft erklärt haben, behält diese Finanzierungsmethode national wie international jedoch weiterhin ihren Charme. Vor dem Hintergrund aktueller Budgetprobleme der Industriestaaten einerseits und des hohen Investitionsbedarfs von Infrastrukturprojekten andererseits, besteht für öffentliche Haushalte vermehrt die Notwendigkeit, private Investoren in die Finanzierung von Infrastrukturprojekten mit einzubeziehen. Der Beratungsbedarf der öffentlichen Hand ist, durch die Privatisierung öffent-

licher Aufgaben im Rahmen von „private public partnerships“, gestiegen und die Durchführung von kapitalintensiven Großvorhaben in Entwicklungsländern, wie z.B. die Erschließung von Rohstoffvorkommen, wird auch zukünftig auf diese Finanzierungstechnik angewiesen sein. ■

Weiterführende Literatur

- Backhaus/Wertschulte (Hrsg.): Projektfinanzierung, 2.Auflage, Schäffer-Pöschel Verlag Stuttgart
- International Finance Corporation: Project Finance in developing countries, Washington, D. C.
- Klein: Projektfinanzierung, Nomos Verlag Baden-Baden
- C. Schulz: Internationale Projektfinanzierung, <http://www.diplom.de>
- Stockmayer: Projektfinanzierung und Kreditsicherung, A. Metzler Verlag Frankfurt/M.
- Tanega & Sharma: International Project Finance, Butterworth/London
- Siebel (Hrsg.) Projekte und Projektfinanzierung, C. H. Beck Verlag München



EU-Rechtsmittelrichtlinie zum Vergaberecht

Von Prof. Dr. Hans-Peter Mayer, MdEP, und Dr. Jan-Dirk Kleine Holthaus, LL.M. (Wellington/NZ)

Prof. Dr. Mayer ist Mitglied des Rechtsausschusses des Europäischen Parlaments und hat die Stellungnahme zur neuen Rechtsmittelrichtlinie für den Rechtsausschuss in Zusammenarbeit mit Rechtsreferendar Herrn Dr. Kleine Holthaus erstellt.

Am 4. Mai 2006 legte die Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates der Europäischen Gemeinschaft (Ministerrat) zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG zwecks Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren im Bereich des öffentlichen Auftragswesens vor (KOM [2006] 195). Ziel dieses Richtlinienvorschlags ist die Verbesserung des Rechtsschutzes für nicht berücksichtigte Bieter gegen Vergabeentscheidungen. Kernpunkt der Richtlinie ist die europaweite Einführung eines Nachprüfungsverfahrens vor Vertragsschluss. Zur Erreichung dieses Zwecks ist eine Stillhaltefrist von mindestens 10 Kalendertagen ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vorgesehen, während der die Vergabebehörde keinen Vertrag schließen darf.

Einführung

Die geplante Rechtsmittelrichtlinie ändert die Richtlinie 89/665/EWG, die für öffentliche Bau-, Dienstleistungs- und Lieferaufträge gilt, deren Vergabe inzwischen durch die Richtlinie 2004/18/EG geregelt wird, sowie die Richtlinie 92/13/EWG (Sektoren-Rechtsmittelrichtlinie), die für Aufträge im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung

sowie im Postsektor gilt. Deren Vergabe wird inzwischen durch die Richtlinie 2004/17/EG geregelt.

Quellen

- Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. 12. 1989 (Abl. L 395 vom 30. 12. 1989, S. 0033–0035)
- Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. 2. 1992 (Abl. L 076 vom 23.3.1992, S. 0014–0020)

- Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. 3. 2004 (Abl. L 134 vom 30. 4. 2006, S. 114–240)
- Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. 3. 2004 (Abl. L 134 vom 30. 4. 2004, S. 1–113)

Die beiden Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG unterscheiden zwischen Nachprüfungsverfahren vor und nach Vertragsschluss. Letzteres betrifft in erster Linie den Schadensersatzprozess des unterlegenen Bieters. Dieser ist bislang äußerst schwierig zu führen, da der Nachweis erforderlich ist, dass der Bieter eine reale Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte. Auch wenn dieses gelingen mag, so hat der nicht berücksichtigte Bieter dann die Höhe des Schadens (positives Interesse) nachzuweisen, was in der Praxis ebenfalls eine kaum zu überwindende Hürde darstellt.

Ein weiterer Grund für die neue Rechtsmittelrichtlinie ist das Fehlen einer Stillhaltefrist auf europarechtlicher Ebene, die eine wirksame Nachprüfung zwischen der Zuschlagsentscheidung und dem Abschluss des betreffenden Vertrages ermöglicht. Das führt zuweilen dazu, dass die Auftraggeber auf eine sehr schnelle Vertragsunterzeichnung drängen, um die Folgen einer strittigen Zuschlagsentscheidung unumkehrbar zu machen (race to signature).

Die neue Rechtsmittelrichtlinie soll daher der Transparenz der Auftragsvergabe sowie der europaweiten Vereinheitlichung des Nachprüfungsverfahrens bei der Vergabe öffentlicher Aufträge über den Schwellenwerten dienen. Das vorgesehene Verfahren soll einen effektiven Rechtsschutz für benachteiligte Bieter etablieren.

Die geplante Richtlinie findet nur Anwendung auf öffentliche Aufträge oberhalb der folgenden Schwellenwerte (ca. 20% der öffentlichen Aufträge):

- Für öffentliche Liefer- und Dienstverträge im Bereich des Wasser-, Energie-, Verkehrsversorgungs- und Postsektors: 499.000,- Euro (vgl. Art. 16a RL 2004/17/EG)
- Bei sonstigen öffentlichen Liefer- und Dienstverträgen: 162.000,- Euro bzw. 249.000,- Euro (vgl. Art. 7a und b RL 2004/18/EG)
- Und für öffentliche Bauaufträge: 6.242.000,- Euro (vgl. Art. 7c RL 2004/18/EG und Art. 16b RL 2004/17/EG)

Der Richtlinienentwurf umfasst 5 Artikel, wobei Art. 1 die Änderungen der RL 89/665/EWG (bzw. RL 2004/18/EG) festschreibt und Art. 2 die Änderungen der RL 92/13/EWG (bzw. RL 2004/17/EG). Art. 3, 4 und 5 regeln die Umsetzung, das Inkrafttreten sowie den Adressaten der neuen Richtlinie.

Art. 1 und 2 der neuen Richtlinie enthalten dieselben inhaltlichen Regelungen und unterscheiden sich lediglich geringfügig in den Bezugnahmen auf die zu ändernden Richtlinien. Art. 1 und 2 sehen vor, dass die Art. 1 und 2 der RL 89/665/ EWG

und 92/13/EWG geändert werden sowie die neuen Art. 2a bis 2f eingefügt werden. Art. 1 des Richtlinienentwurfs sieht weiterhin eine Änderung der Art. 3 und 4 der RL 89/665/EWG vor, wohingegen Art. 2 die Streichung der Art. 3 bis 7 der RL 92/13/EWG sowie die Änderung des Art. 12 dieser Richtlinie vorsieht. Sowohl für die Richtlinie 89/665/EWG als auch für die Richtlinie 92/13/EWG ist die Einführung einer Stillhaltefrist, eines Nachprüfungsverfahrens sowie einer Vorabinformationspflicht bei sogenannten freihändigen Vergaben vorgesehen.

Die Stillhaltefrist

Der Vorschlag der Kommission zur neuen Rechtsmittelrichtlinie sieht vor, dass der Vertragsschluss im Anschluss an die Zuschlagsentscheidung für einen Auftrag gem. Art. 2a Abs. 2 n.F. (der RL 89/665/EWG und der RL 92/13/EWG) erst nach Ablauf einer Frist von mindestens 10 Kalendertagen (Stillhaltefrist) erfolgen darf. Diese Frist beginnt an dem Tag, nach dem den betroffenen Bietern die Zuschlagsentscheidung übermittelt wurde (Tag nach der Absendung). Jeder während dieser Frist getätigte Vertragsschluss ist gem. Art. 2f Abs. 2 n.F. unwirksam. Die Konsequenzen der Unwirksamkeit (z.B. Erstattung gezahlter Gelder) sollen durch eine nationale von der Vergabestelle unabhängige Instanz (Gericht oder Behörde) festgelegt werden, vgl. Art. 2f Abs. 3, Unterabs. 2 n.F.

Quelle

Der Richtlinienentwurf der Kommission ist abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/remedies/com-2006-195_de.pdf

Gemäß Art. 2f Abs. 3 n.F. können die Mitgliedstaaten regeln, dass entgegen der Unwirksamkeitsrechtsfolge des Art. 2f Abs. 2 n.F. bei rechtswidrigen Vergaben, der Vertrag zwischen Bieter und Vergabestelle gleichwohl zwischen den Vertragsparteien oder gegenüber Dritten Wirkung entfaltet, wenn eine sechsmonatige Frist, ge-

rechnet ab dem Tag des Vertragsschlusses, verstrichen ist.

In dringenden Fällen kann die Stillhaltefrist auf 7 Kalendertage verkürzt werden, vgl. Art. 2a Abs. 3 n.F. In bestimmten zwingenden, dringenden Fällen ist gem. Art. 2a Abs. 4 n.F. keine Stillhaltefrist zu beachten. Die Mitgliedstaaten können in den Fällen des Art. 2b n.F. ebenfalls auf die Einhaltung einer Stillhaltefrist verzichten.

Das Nachprüfungsverfahren

Gem. Art. 1 Abs. 1 n.F. der RL 92/13/EWG sowie der RL 89/665/EWG sollen die Mitgliedstaaten ein Nachprüfungsverfahren für die Vergabe öffentlicher Aufträge entsprechend der Maßgaben der Art. 2 bis 2f n.F. einführen.

Dieses Verfahren steht nach Art. 1 Abs. 3 n.F. jedem zur Verfügung, der ein Interesse hat oder hatte, einen bestimmten öffentlichen Auftrag zu erhalten, und dem durch einen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht. Die Mitgliedstaaten können gem. Art. 1 Abs. 4 n.F. verlangen, dass das nicht berücksichtigte Unternehmen die Vergabestelle über die Absicht, das Nachprüfungsverfahren anzustrengen, informiert (elektronisch oder per Fax), ohne dass der Mitgliedstaat dafür eine Mindestfrist festlegen darf. Die Mitgliedstaaten können gem. Art. 1 Abs. 4 n.F. auch die verbindliche Durchführung eines Vorverfahrens bei der Vergabestelle verlangen, wobei in diesem Fall ein automatischer Suspensiveffekt von mindestens 5 Arbeitstagen für den Vertragsschluss ausgelöst wird.

Wird eine von der Vergabestelle unabhängige Instanz mit dem Nachprüfungsverfahren befasst, muss diese die Vergabestelle unverzüglich benachrichtigen, vgl. Art. 2 Abs. 3a n.F. Daraufhin muss die Vergabestelle den Vertragsschluss während einer Frist von mindestens 5 Arbeitstagen, gerechnet ab dem Tag nach Absendung der entsprechenden Mitteilung, aussetzen. Die Nachprüfungsinstanz muss gem. Art. 2 Abs. 4 n.F. die Möglichkeit haben, vorläufige Maßnahmen zur Sicherung der Rechte des

nicht berücksichtigten Unternehmern zu treffen.

Die Mitgliedstaaten können gem. Art. 2c Abs. 1 n.F. festlegen, dass alle Nachprüfungsverfahren vor Ablauf einer Frist von mindestens 10 Kalendertagen, gerechnet ab dem Tag, nach dem die Entscheidung der Vergabebehörde dem Bieter übermittelt wurde, beantragt werden müssen. Beträgt die Stillhaltefrist gem. Art. 2a Abs. 3 n.F. nur (mindestens) 7 Kalendertage („dringende Fälle“), können die Mitgliedstaaten eine Antragsfrist von mindestens 7 Kalendertagen festlegen (gerechnet ab dem Tag nach Übermittlung der Zuschlagsentscheidung), vgl. Art. 2c Abs. 2 n.F.

Informationspflichten und Fristen bei der freihändigen Vergabe

Die Stillhaltefrist und das Nachprüfungsverfahren finden auch Anwendung auf die so genannte freihändige Vergabe von öffentlichen Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte, vgl. Art. 2e Abs. 2a und 3 n.F. Damit sind unmittelbare Auftragsvergaben ohne öffentliche Ausschreibung im Amtsblatt der EU gemeint, mithin Aufträge, für die nach EG-Recht ausnahmsweise kein förmliches Ausschreibungsverfahren erforderlich ist.

Mögliche Ausnahmen vom förmlichen Ausschreibungsanfordernis:

- Art. 10–18, 31, 61 oder 68 RL 2004/18/EG
- Art. 5 Abs. 2, 18–26 oder 62 RL 2004/17/EG
- Aufträge über Dienstleistungen gem. Art. 21 i.V.m. Anhang II Teil B der RL 2004/18/EG und gem. Art. 32 i.V.m. Anhang XVII Teil B der RL 2004/17/EG („B-Dienstleistungen“).
- Rechtmäßige In-House-Vergaben

Zudem muss die Vergabebehörde die Auftragsvergabe gem. Art. 2e Abs. 2b n.F. bekanntmachen und dabei „einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit“ sicherstellen. Inhaltlich muss die Bekanntmachung die im Anhang I zur neuen Richtlinie aufgelisteten Informationen nennen und u.a. den Auftragnehmer, Infor-

mationen zum Auftrag, dessen Gesamtvolumen sowie eine Begründung für den Verzicht auf ein förmliches Ausschreibungsverfahren enthalten. Der Vertragsschluss nach Zuschlagserteilung darf in diesem Fall erst nach Ablauf einer Frist von mindestens 10 Kalendertagen, beginnend mit dem Tag nach der vorgeschriebenen Bekanntmachung, erfolgen (vgl. Art. 2e Abs. 3 n.F.). Dadurch soll die Vergabe von Aufträgen, die zuvor „außerhalb“ des EG-Rechts angesiedelt waren, transparenter gestaltet werden und die rechtswidrige freihändige Vergabe von Aufträgen eingedämmt werden.

Die Stellungnahme für den Rechtsausschuss

Prof. Mayer hat in seiner Stellungnahme 17 Änderungsanträge zu dem Kommissionsvorschlag formuliert. Hauptanliegen ist die Vereinfachung der Richtlinie („better regulation“). So sieht die Stellungnahme nur noch eine einheitliche Frist von 14 Kalendertagen (für die Stillhaltefrist, den Suspensiveffekt und die Antragsfrist) vor, deren Regelung „vor die Klammer“ gezogen wird. Gleiches gilt für den Fristbeginn, der einheitlich für den Tag nach dem Zugang bestimmter Dokumente festgelegt wird, vgl. Änderungsanträge 3 und 10 (Art. 1 Abs. 3 n.F.).

Die Bezugnahme auf Kalendertage ist sicherer, da die Arbeitstage in den einzelnen Mitgliedsstaaten wegen unterschiedlicher Feiertagsregelungen verschieden sein können. Die Frist von 14 Kalendertagen wird insbesondere von kleinen und mittelständischen Unternehmen benötigt, um ein Vorgehen gegen eine Vergabeentscheidung zu prüfen.

Quelle

Die Stellungnahme von Prof. Mayer ist abrufbar unter: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/pa/641/641645/641645de.pdf

Die Frist sollte am Tag nach Zugang der Entscheidung zu laufen beginnen, da nur so sichergestellt werden kann, dass der nicht berücksichtigte

Mitbieter auch Kenntnis von der Zuschlagsentscheidung der Vergabebehörde erlangt hat.

Die einheitliche Frist von 14 Kalendertagen sowie die Koppelung des Fristbeginns an den Zugang von Dokumenten (anstelle der Absendung bei der Vergabebehörde) wird sowohl in den beteiligten Ausschüssen als auch im Ministerrat heftig diskutiert. Mehrheitlich möchte man hier am Kommissionsvorschlag festhalten, wobei man nur auf Kalendertage abstellen möchte.

Die rechtliche Regelung der in Art. 2f Abs. 2 n.F. vorgesehenen Rechtsfolge der „Unwirksamkeit“ soll den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten vorbehalten bleiben. Zudem sollte die gravierende Rechtsfolge der Unwirksamkeit nur für die Fälle der rechtswidrigen Auftragsvergabe ohne Ausschreibung – mithin ohne Veröffentlichung der Ausschreibung im Amtsblatt der EU – sowie auf Vertragsschlüsse während der Stillhaltefrist vorgeschrieben werden. In allen anderen Fällen können die Mitgliedsstaaten von der Unwirksamkeitsfolge absehen, wenn sie für diese Fälle „alternative Sanktionen“, die nicht in der Zubilligung von Schadensersatz bestehen (z.B. Bußgelder gegen die Vergabebehörde), vorsehen, vgl. Änderungsanträge 8 und 16 (Art. 2e Abs. 1 n.F.).

Die in Art. 2f Abs. 3 n.F. des Kommissionsvorschlags vorgesehene Ausnahme von der Unwirksamkeitsrechtsfolge des Art. 2f Abs. 2 n.F. für den Fall des Verstreichens einer sechsmonatigen Frist sollte im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes und des Transparenzgebotes ersatzlos gestrichen werden.

Im Falle der rechtmäßigen freihändigen Vergabe von öffentlichen Aufträgen (in Übereinstimmung mit den RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG) sollte dann keine Unwirksamkeitsfolge eintreten, wenn die Vergabebehörde die Zuschlagsentscheidung öffentlich bekannt macht (i.S.v. Art. 36 und 37 der RL 2004/18/EG bzw. i.S.v. Art. 44 RL 2004/17/EG) und der Vertrag nicht vor Ablauf der Stillhaltefrist von 14 Kalendertagen ge-

geschlossen wird, vgl. Änderungsanträge 9 und 17 (Art. 2f n.F.).

Fazit

Der Zeitplan zur Verabschiedung der Rechtsmittelrichtlinie im Plenum des Europäischen Parlaments ist eng gesteckt, nicht zuletzt, weil die deutsche Bundesregierung diese Richtlinie gerne während ihrer Ratspräsidentschaft im ersten Halbjahr 2007 auf den Weg bringen möchte. Die Abstimmung im Plenum ist für Juni 2007 vorgesehen. Entsprechend haben die Abstimmungen im federführenden Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz (IMCO – dort ist der Franzose Jean-Claude Fruteau Berichterstatter) sowie im Rechtsausschuss (JURI) und im Ausschuss für Wirtschaft und Währung (ECON) – jeweils Stellungnahme – im April bzw. Anfang Mai 2007 stattgefunden.

Die Verabschiedung der neuen Rechtsmittelrichtlinie wäre im Ergebnis absolut sinnvoll, da so europaweit ein einheitlicher und effektiver Rechtsschutz eingeführt wird. Durch die Einführung der Stillhaltefrist würde dem benachteiligten Bieter die Möglichkeit gegeben, den Auftrag doch noch zu erhalten. Das ist sein Hauptinteresse, da die bislang bestehende Möglichkeit des Schadensersatzprozesses häufig aussichtslos ist. Das könnte Unternehmen aus den Mitgliedsstaaten animieren, sich häufiger in der gesamten EU um öffentliche Aufträge zu bemühen. Zudem würde für Unternehmen die Möglichkeit des Vorgehens gegen nachteilige Vergabeentscheidungen verbessert, da das Verfahren europaweit einheitlich geregelt würde.

Schließlich dient die Rechtsmittelrichtlinie der Transparenz der Vergabeentscheidung und bekämpft somit die Korruption. Wünschenswert wäre jedoch eine deutlich einfachere und verständlichere Regelung. Die „Entwicklung“ der neuen Rechtsmittelrichtlinie im Europäischen Parlament sowie im Ministerrat bis zur vorgesehenen Abstimmung im Plenum bleibt insoweit abzuwarten. ■



Hinzurechnungen bei der Ermittlung des Zollwerts

EuGH zum Zollwert von Laptops mit Betriebssoftware

Bei der Einfuhr von Computern, die vom Verkäufer mit einer ihm vom Käufer kostenlos zur Verfügung gestellten Software ausgestattet wurden, die ein oder mehrere Betriebssysteme enthält, muss bei der Bestimmung des Zollwerts dieser Computer zu deren Transaktionswert der Wert der Software hinzugerechnet werden, wenn dieser nicht in dem für diese Computer tatsächlich gezahlten oder zu zahlenden Preis enthalten ist.

Ausgangsverfahren

Die niederländische Gesellschaft CCIC, die eine Tochter der Compaq Computer Corporation (im Folgenden: CCC) mit Sitz in den Vereinigten Staaten ist, vermarktete Geräte zur Datenverarbeitung der Marke Compaq in Europa und verfügte hierzu über ein Vertriebszentrum in den Niederlanden. Gemäß einem Vertrag zwischen CCC und der Microsoft Corporation durften die Computer der Marke Compaq mit der die Betriebssysteme MS-DOS und MS Windows enthaltenden Software mit dieser weiterverkauft werden, wenn für jeden mit diesen Betriebssystemen ausgestatteten Computer 31 USD an Microsoft gezahlt wurden. CCC kaufte Laptops bei zwei taiwanesischen Computerherstellern. Im Rahmen dieses Kaufvertrags wurde vereinbart, dass die Festplatten dieser Computer bei der Lieferung mit den betreffenden Betriebssystemen ausgestattet sein würden. Hierzu wurden diese den beiden Herstellern von CCC kostenlos zur Verfügung gestellt, und die Hersteller installierten sie auf den Computern. CCC verkaufte danach die Laptops, die FOB von Taiwan in die Niederlande geliefert wurden, an CCIC. Bei der Ankunft der Laptops meldete CCIC sie zur Überführung in den zollrechtlich freien Verkehr an. Bei der Bestimmung ihres Zollwerts nach Art. 29 Zollkodex wurde der zwischen den taiwanesischen Herstellern und CCC vereinbarte Kaufpreis berücksichtigt, in dem der

Wert der betreffenden Betriebssysteme nicht enthalten war.

1999 führte das Landelijk Waarde-team van de Douane (nationale Zollwertstelle der Niederlande) bei CCIC eine Prüfung der Richtigkeit der angegebenen Zollwerte der betreffenden Laptops durch. Diese Dienststelle war der Ansicht, dass der Wert der auf diesen Computern installierten Betriebssysteme in den Zollwert hätte einbezogen werden müssen. Nach dieser Prüfung setzten die Zollbehörden aufgrund des Art. 32 Abs. 1b) Zollkodex den für jeden Computer angegebenen Zollwert um den Wert der auf diesen installierten Betriebssysteme herauf und richteten an CCIC zwei Zahlungsaufforderungen über die Nacherhebung für die Jahre 1995 bis 1997. CCIC legte beim Gerechthof te Amsterdam Rechtsmittel gegen die Entscheidungen der Zollbehörden ein, mit denen ihre Widersprüche gegen diese Zahlungsaufforderungen zurückgewiesen worden waren.

Vor dem Hintergrund der Zollwertproblematik hatte der Gerechthof te Amsterdam beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof die Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen, ob bei der Einfuhr von Computern, auf denen vom Verkäufer Betriebssysteme installiert wurden, zum Transaktionswert der Computer gemäß Art. 32 Abs. 1b) Zollkodex der Wert der dem Verkäufer vom Käufer kostenlos zur Verfügung gestellten Software hinzugerechnet werden muss, wenn deren Wert nicht im Transaktionswert enthalten ist?