

von Rechtsanwalt **Mark Münch**, LL.M.

Neues Vergaberecht für den Sicherheits- und Verteidigungsbereich

Am 13. Dezember 2011 wurde das Gesetz zur Änderung des Vergaberechts für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit im Bundesgesetzblatt verkündet und trat einen Tag später, also am 14. Dezember 2011 in Kraft. Es ist auf alle Vergabeverfahren, die ab dem 14. Dezember 2011 begonnen wurden, anzuwenden. Die vor dem 14. Dezember 2011 begonnen Vergabeverfahren sind nach der alten Rechtslage zu beenden. Dies gilt auch für Nachprüfungsverfahren, die sich an diese Vergabeverfahren anschließen. Damit setzt der deutsche Gesetzgeber jedoch erst einen Teil der Vorgaben der Richtlinie 2009/81/EG vom 13. Juli 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit in deutsches Recht um. Wann die vollständige Umsetzung erfolgen wird, ist hier nicht bekannt. Es ist jedoch Eile geboten, denn die Umsetzungsfrist der Richtlinie lief bereits am 21. August 2011 ab und die Kommission hat mit einer „mit Gründen versehenen Stellungnahme“ von der Bundesregierung die Umsetzung der Richtlinie eingefordert. Für alle Regelungen der Richtlinie, die bis jetzt nicht in deutsches Recht umgesetzt wurden, entfaltet die Richtlinie daher unmittelbare Geltung und Wirkung im deutschen Vergaberecht.

1) Betroffene Auftraggeber

Diese neuen Regelungen betreffen nicht nur die Sicherheitsbehörden des Bundes oder den Verteidigungssektor. Auftraggeber für die Vergabe verteidigungs- oder sicherheitsrelevanter Aufträge können auch Auftraggeber auf Landes- aber auch kommunaler Ebene in den verschiedensten Bereichen wie beispielsweise polizeiliche Tätigkeiten, Grenzschutz oder Kriseneinsätze sein.

2) Inhalt der neuen Regelungen

Die neuen Regelungen machen das Vergaberecht grundsätzlich auf alle Beschaffungen von Rüstungs- und sicherheitsrelevanten Gütern anwendbar. Bislang haben die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union weitgehend autonom über ihre Rüstungsprojekte entschieden und dabei fast 85% ihrer für die Beschaffung von Rüstungsprojekten bestimmten Mittel im Inland ausgegeben. Grundlage dazu war der Artikel 346 Absatz 1 Buchstabe b des Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) (ex-Artikel 296 EGV), der Sonderregelungen für die Erzeugung und den Handel mit Rüstungsgütern vorsieht und auf dessen Anwendungsbereich das formelle deutsche Kartellvergaberecht ausdrücklich nicht anwendbar war.

Dies schon vorab: Die neuen Regelungen beschreiben nur den Anwendungsbereich des neuen Sicherheitsvergaberechts, nicht aber dessen Anwendung. Dies soll durch eine neu zu schaffende Verteidigungsvergabeverordnung und durch Ergänzungen der VOL/A bzw. der VOB/A geschehen. Im Punkto Verfahrensfragen wurde nun durch eine ausdrückliche Regelung klargestellt, dass weder die

Vergabeverordnung mit ihrem Verweis auf die VOL/A und VOL/B noch die Sektorenverordnung für verteidigungs- und sicherheitsrelevante Aufträge gelten. Damit existieren im nationalen Recht keinerlei Verfahrensregelungen für verteidigungs- und sicherheitsrelevante Aufträge.

3) Anwendungsbereich

Mit der Aufnahme von verteidigungs- oder sicherheitsrelevanten Aufträgen in die Liste der öffentlichen Aufträge wurde neben den bereits vorhandenen Auftragsarten in §99 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ein neuer Typ des öffentlichen Auftrages, der verteidigungs- oder sicherheitsrelevante Auftrag, geschaffen.

Verteidigungs- oder sicherheitsrelevante Aufträge sind Aufträge, deren Auftragsgegenstand mindestens eine der in den nachfolgenden Nummern 1 bis 4 genannten Leistungen umfasst:

1. die Lieferung von Militärausrüstung, einschließlich dazugehöriger Teile, Bauteile oder Bausätze;
2. die Lieferung von Ausrüstung, die im Rahmen eines Verschlussauftrags vergeben wird, einschließlich der dazugehörigen Teile, Bauteile oder Bausätze;
3. Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen in unmittelbarem Zusammenhang mit der in den Nummern 1 und 2 genannten Ausrüstung in allen Phasen des Lebenszyklus der Ausrüstung;
4. Bau- und Dienstleistungen speziell für militärische Zwecke oder Bau- und Dienstleistungen, die im Rahmen eines Verschlussauftrags vergeben wird.

Im Folgenden sollen die einzelnen oben aufgeführten Begriffe verdeutlicht werden:

a) Lieferung von Militärausrüstung

Militärausrüstung ist jede Ausrüstung, die eigens zu militärischen Zwecken konzipiert oder für militärische Zwecke angepasst wird und zum Einsatz als Waffe, Munition oder Kriegsmaterial bestimmt ist.

Militärausrüstung kann demnach sowohl originär zur militärischen Nutzung entwickeltes Material wie Waffen, Munition oder Kriegsmaterial sein als auch Produkte einschließen, die zwar ursprünglich für zivile Zwecke konzipiert, später aber für militärische Zwecke angepasst wurden, um als Waffen, Munition oder Kriegsmaterial eingesetzt zu werden.

Zur Definition des originär zu militärischen Zwecken entwickelten Materials verweist die Gesetzesbegründung auf die in der Entscheidung des Rates 255/58 vom 15. April 1958 enthaltene Aufzählung militärischer Güter. Dort findet sich eine Aufzählung klassischer militärischer Güter wie Handfeuerwaffen, Artillerie, verschiedenste Munition etc. Darüber hinaus verweist die Aufzählung auch auf „ausschließlich für die Entwicklung, Herstellung, Prüfung und Kontrolle der in dieser Liste aufgeführten Waffen, Munition und rein militärischen Geräte entwickelte Maschinen, Ausrüstungen und Werkzeuge“. Diese Leistungen werden im Einzelfall schwer von den „Lieferungen und Dienstleistungen in unmittelbarem Zusammenhang mit Militärausrüstung“ abzugrenzen sein. (dazu unten)

Diese Liste ist eine generische, nicht abschließende Liste, die immerhin schon mehr als 50 Jahre alt ist und die manche Güter nicht enthalten kann, weil diese vor 50 Jahren schlichtweg noch gar nicht

existierten. Bei der Definition der eigens zu militärischen Zwecken entwickelten Militärausrüstung ist die Liste folglich weit auszulegen und der technische Fortschritt zu berücksichtigen.

Auf der anderen Seite ist der Begriff der Militärausrüstung, die zwar ursprünglich für zivile Zwecke konzipiert wurden, später aber für militärische Zwecke angepasst wurde, um als Waffen, Munition oder Kriegsmaterial eingesetzt zu werden, eng auszulegen. Nach dem Leitfaden der Kommission zu der Richtlinie 2009/81 muss das ursprünglich zivile Produkt, „um als Militärausrüstung zu qualifizieren zu sein, klar erkennbare militärische technische Merkmale wie Waffensysteme, besondere Avionik oder ähnliches enthalten, welches es in die Lage versetzen, militärische Zwecke zu erfüllen. Dies sind klar als militärisch erkennbare Aufträge, wie bewaffnete Aufklärung, Feuerunterstützung oder Luftkampf. Ein nicht für militärische Zwecke modifiziertes ziviles Produkt im militärischen Einsatz reicht damit für die Annahme eines verteidigungs- oder sicherheitsrelevanten Auftrages nicht aus. „Dual Use“ Güter, also Güter, die sowohl für zivile als auch für militärische Zwecke verwendet werden können, fallen somit unter den Begriff der Militärausrüstung, wenn sie eigens zu militärischen Zwecken konzipiert wurden und eventuell zusätzlich für zivile Zwecke verwendet werden können. Umgekehrt fallen zivile Produkte, die auch militärisch verwendet werden können, nur dann unter den Begriff der Militärausrüstung, wenn sie für militärische Zwecke besonders angepasst wurden. Maßgebend ist der Zweck der Herstellung. Zu vielen Zwecken konzipierte, nicht für militärische Zwecke modifizierte zivile Güter, sind – sofern sie keinen Verschlussauftrag beinhalten – nach den allgemeinen Vorschriften des Vergaberechts zu beschaffen.

b) Verschlussauftrag

Ein Verschlussauftrag ist ein Auftrag für Sicherheitszwecke,

1. bei dessen Erfüllung oder Erbringung Verschlussaufträge nach § 4 des Gesetzes über die Voraussetzungen und das Verfahren von Sicherheitsüberprüfungen des Bundes oder nach den entsprechenden Bestimmungen der Länder verwendet werden oder
2. der Verschlussauftrag im Sinne der Nummer 1 erfordert oder beinhaltet."

Die Definition eines Verschlussauftrages gliedert sich demnach in zwei Aspekte: Zunächst muss ein Auftrag für Sicherheitszwecke vorliegen und dann dieser Auftrag eine im öffentlichen Interesse geheimhaltungsbedürftige Komponente enthalten, erfordern oder beinhalten.

Ein Auftrag für Sicherheitszwecke ist eine Beschaffung von Ausrüstung im militärischen oder nicht-militärischen Bereich. Da Sicherheit ein weites Feld ist, wird der Anwendungsbereich für einen Auftrag für Sicherheitszwecke sehr weit sein. Er umfasst auch einen Auftrag über die Beschaffung von Dual Use Gütern. Dieser Auftrag muss nach § 4 des Gesetzes über die Voraussetzungen und das Verfahren von Sicherheitsüberprüfungen des Bundes als geheim zu klassifizieren sein. Dieser lautet:

“

„§ 4 Verschlusssachen

(1) Verschlusssachen sind im öffentlichen Interesse geheimhaltungsbedürftige Tatsachen, Gegenstände oder Erkenntnisse, unabhängig von ihrer Darstellungsform. Sie werden entsprechend ihrer Schutzbedürftigkeit von einer amtlichen Stelle oder auf deren Veranlassung eingestuft.

(2) Eine Verschlusssache ist

- 1. STRENG GEHEIM, wenn die Kenntnisnahme durch Unbefugte den Bestand oder lebenswichtige Interessen der Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder gefährden kann,*
- 2. GEHEIM, wenn die Kenntnisnahme durch Unbefugte die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder gefährden oder ihren Interessen schweren Schaden zufügen kann,*
- 3. VS-VERTRAULICH, wenn die Kenntnisnahme durch Unbefugte für die Interessen der Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder schädlich sein kann,*
- 4. VS-NUR FÜR DEN DIENSTGEBRAUCH, wenn die Kenntnisnahme durch Unbefugte für die Interessen der Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder nachteilig sein kann.*

”

Für die Annahme einer Verschlusssache reicht also schon die Klassifizierung als VS-NUR FÜR DEN DIENSTGEBRAUCH aus, um in den Anwendungsbereich der Verteidigungsvergaberechts zu gelangen.

c) Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen in unmittelbarem Zusammenhang mit Militärausrüstung oder einem Verschlusssachenauftrag

Mit dieser Alternative eines verteidigungs- oder sicherheitsrelevanten Auftrages werden Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen in unmittelbarem Zusammenhang mit Militärausrüstung oder einem Verschlusssachenauftrag erfasst. Dabei soll den Erfordernissen des Auftraggebers während des gesamten Lebenszyklus der Produkte, d. h. der Forschung und Entwicklung, industriellen Entwicklung, Herstellung, Reparatur, Modernisierung, Änderung, Instandhaltung, Logistik, Schulung, Erprobung, Rücknahme und Beseitigung Rechnung getragen werden. Diese Stadien schließen aber auch spezielles Zubehör mit ein, welches zur Nutzung der Ausrüstung erforderlich ist. Die Kommission nennt hier einen besonderen Anzug für militärische Piloten oder den Helm des Piloten. Im Einzelfall kann die Abgrenzung zwischen verteidigungs- und sicherheitsrelevanter und nach dem allgemeinen Vergaberecht zu beschaffender Ausrüstung schwierig sein. Abgrenzungspunkt wird hier der „unmittelbare Zusammenhang“ mit Militärausrüstung oder Verschlusssachen sein. Ein solcher Zusammenhang ist nach dem Zweck und dem Umständen der Nutzung der Ausrüstung zu beurteilen. Er besteht insbesondere dann, wenn die Nutzung der Ausrüstung ohne die Bau-, Liefer- oder Dienstleistung nicht sinnvoll genutzt werden können.

d) Bau- und Dienstleistungen speziell für militärische Zwecke

Neben Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen in unmittelbarem Zusammenhang mit Militärausrüstung oder einem Verschlussauftrag können auch Bau- und Dienstleistungen speziell für militärische Zwecke ohne diesen unmittelbaren Zusammenhang einen verteidigungs- oder sicherheitsrelevanten Auftrag darstellen. Dies betrifft alle Leistungen, die einen eigenen speziellen militärischen Verwendungszweck haben, ohne Teil eines verteidigungs- oder sicherheitsrelevanten Auftrages zu sein. Als Beispiele werden hier Truppentransporte oder die Errichtung von militärischen Einrichtungen genannt.

4) Ausnahmen vom Anwendungsbereich

Die Ausnahmetatbestände wurden ebenfalls neu strukturiert und in einzelne Paragraphen aufgeteilt. Damit wurde der sehr lange ehemalige §100 GWB durch vier Paragraphen ersetzt und für den Rechtsanwender besser verständlich gefasst. Die Ausnahmenvorschriften sind nunmehr in vier Kategorien untergliedert:

- (1) § 100 GWB umfasst die allgemeinen Ausnahmen,
- (2) § 100a GWB diejenigen für nicht sektorspezifische und nicht verteidigungs- und sicherheitsrelevante Aufträge,
- (3) § 100b GWB diejenigen für den Sektorenbereich und
- (4) § 100c GWB diejenigen für verteidigungs- und sicherheitsrelevante Aufträge.

Der neue §100 GWB regelt quasi „vor die Klammer gezogen“ nur noch die Ausnahmenvorschriften, die für alle Auftragsvergaben, also sowohl für die klassischen Auftraggeber als auch für die Sektorenauftraggeber und die Auftraggeber bei der Vergabe verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Aufträge gelten. Danach schließen sich in §§ 100a bis c die Sonderregelungen für die einzelnen Auftraggeber bzw. Aufträge an. Nachfolgend werden die wichtigsten Ausnahmen für Aufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit betrachtet.

a) wesentlichen Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland

Der neue §100 GWB regelt in dem neuen Absatz 6:

Dieser Teil gilt nicht für die Vergabe von Aufträgen,

1. bei denen die Anwendung dieses Teils den Auftraggeber dazu zwingen würde, im Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren oder der Auftragsausführung Auskünfte zu erteilen, deren Preisgabe seiner Ansicht nach wesentlichen Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland im Sinne des Artikels 346 Absatz 1 Buchstabe a des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union widerspricht,
2. die dem Anwendungsbereich des Artikels 346 Absatz 1 Buchstabe b des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union unterliegen.

Ausgangspunkt ist, dass im Bereich der Verteidigung und Sicherheit einige Aufträge so sensibel sind, dass eine Anwendung dieser Richtlinie trotz ihrer Spezifität unangebracht wäre. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn Aufträge so sensibel sind, dass sogar deren Existenz geheim gehalten werden muss.

Die Auftraggeber haben anerkanntermaßen einen weiten Ermessensspielraum bei der Entscheidung, wie sie ihre wesentlichen Sicherheitsinteressen schützen. Es ist jedoch eine Abwägung zwischen den Sicherheitsinteressen des Staates einerseits und den Interessen potentieller Bewerber andererseits vorzunehmen. Es muss sich daher um eine objektiv gewichtige Gefährdung handeln, da anderenfalls der Schutz wesentlicher Interessen der Sicherheit des Staates kein Absehen von einem förmlichen Vergabeverfahren gebietet.

Das bedeutet insbesondere, dass öffentliche Auftraggeber prüfen müssen:

- Welches wesentliche Sicherheitsinteresse ist betroffen?
- Worin besteht der Zusammenhang zwischen diesem Sicherheitsinteresse und der speziellen Beschaffungsentscheidung?
- Warum ist die Nichtanwendung der Vergaberichtlinie in diesem speziellen Fall für den Schutz dieses wesentlichen Sicherheitsinteresses notwendig?

Diese Ausnahmetatbestände sind nach ständiger Rechtsprechung eng auszulegen und dürfen nicht zur Umgehung des Vergaberechts angewandt werden. Folglich ist Ziffer 2 des neuen §100 Absatz 6 GWB, wonach das förmliche Kartellvergaberecht in dem Anwendungsbereich des Artikels 346 Absatz 1 Buchstabe b des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union nicht anzuwenden ist, mit großer Vorsicht zu genießen und birgt die Gefahr in sich, dass die Regelung als mangelhafte Umsetzung der Richtlinie qualifiziert wird. Wurde doch das neue Verteidigungsvergaberecht und die Richtlinie 2009/81 gerade zu dem Zweck geschaffen, Beschaffung nach dieser Vorschrift zukünftig dem förmlichen Kartellvergaberecht zu unterstellen. Die Richtlinie 2009/81 enthält hierzu besondere Regelungen zur Sicherstellung der Vertraulichkeit im Rahmen des Beschaffungsvorganges.

b) Aufträge für die Zwecke nachrichtendienstlicher Tätigkeiten

Aufträge, die zum Zwecke nachrichtendienstlicher Tätigkeit vergeben werden, sind generell vom Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts ausgenommen. Damit werden zum einen Fälle erfasst, in denen andere öffentliche Auftraggeber einen Auftrag an einen Nachrichtendienst vergeben, zum anderen Aufträge, die ein Nachrichtendienst zum Zwecke seiner nachrichtendienstlichen Tätigkeiten vergibt. Die Richtlinie 2009/81 definiert nachrichtendienstliche Tätigkeiten als so sensibel, dass eine Anwendung dieser Richtlinie unangebracht wäre. Was eine nachrichtendienstliche Tätigkeit ist, überlässt die Richtlinie der Definition des nationalen Gesetzgebers.

Eine abschließende Definition der nachrichtendienstlichen Tätigkeit wird sich ebenso schwer finden lassen, wie eine abschließende Liste der deutschen Nachrichtendienste. Sicher sind die Nachrichtendienste des Bundes und der Länder Nachrichtendienste im Sinne des Vergaberechts. Offen ist, ob zusätzlich noch die „Behörden des Bundes mit Aufgaben von vergleichbarer

Sicherheitsempfindlichkeit wie die der Nachrichtendienste des Bundes“ nach der Sicherheitsüberprüfungsfeststellungsverordnung des Bundes ebenfalls Nachrichtendienste im Sinne des Vergaberechts sind. Dann fielen die Bundespolizei, das Bundeskriminalamt, die Bundeswehr und das Zollkriminalamt, soweit eine Zusammenarbeit mit den Nachrichtendiensten des Bundes erfolgt, ebenfalls unter die Definition eines Nachrichtendienstes.

c) Aufträge im Rahmen eines Kooperationsprogramms

Kooperationsprogramme der Mitgliedstaaten, die dazu dienen, neue Verteidigungsausrüstung gemeinsam zu entwickeln, werden vom formellen Kartellvergaberecht ausgenommen. Solche Programme dienen insbesondere der Entwicklung neuer Technologien und der Verbesserung der militärischen Fähigkeiten Europas und der Schaffung einer europäischen rüstungstechnologischen und -industriellen Basis (European Defence Technological and Industrial Base, EDTIB). Sie erleichtern die Übernahme der hohen Forschungs- und Entwicklungskosten komplexer Waffensysteme. Einige dieser Programme werden von internationalen Organisationen (insb. OCCAR - Organisation Conjointe de Coopération en matière d'Armement dt.: Organisation für die gemeinsame Rüstungszusammenarbeit, NATO oder Agenturen der EU wie der Europäischen Verteidigungsagentur) verwaltet, die die Aufträge im Namen der Mitgliedstaaten vergeben. In anderen Fällen werden Aufträge von einem Mitgliedstaat auch im Namen eines anderen Mitgliedstaats vergeben. In beiden Konstellationen nimmt die Ausnahmenvorschrift die Aufträge aus dem förmlichen Kartellvergaberecht aus. Von der Ausnahmenvorschrift werden ebenfalls Kooperationsprogramme erfasst, an denen (über mindestens zwei Mitgliedstaaten hinaus) auch Drittstaaten beteiligt sind.

Ein Kooperationsprogramms im Sinne dieser Ausnahme wird angenommen, wenn die folgenden Punkte kumulativ vorliegen:

- (1) eine Forschungs- und Entwicklungszusammenarbeit im Rahmen der Grundlagenforschung, und
- (2) die gemeinsamen Beschaffung des entwickelten Produktes.

Voraussetzung ist, dass ein neues Produkt gemeinschaftlich entwickelt wird und nicht ein vorhandenes Produkt nur geringfügig angepasst wurde.

d) Rüstungsaufträge zwischen Regierungen

Aufgrund der Besonderheiten des Verteidigungs- und Sicherheitsbereichs werden Beschaffungen von Ausrüstung und Bau- und Dienstleistungen einer Regierung oder einer Gebietskörperschaft bei einer anderen Regierung oder Gebietskörperschaft vom Anwendungsbereich des förmlichen Kartellvergaberechts ausgenommen. Wobei der Begriff der „Regierung“ weit zu verstehen ist. Er ist definiert als „nationale, regionale oder lokale Gebietskörperschaften eines Mitgliedstaats oder eines Drittlands“ und trägt damit auch dem Föderalismus Rechnung.

e) Aufträge im Rahmen von Auslandseinsätzen

Diese Ausnahmegvorschrift berücksichtigt die besonderen Einsatzverhältnisse bei Kriseneinsätzen außerhalb der Europäischen Union. Bei einem solchen Einsatz von Streitkräften oder Polizeien sollen die im Einsatzgebiet stationierten Einheiten die Möglichkeit haben, bei der Vergabe von Aufträgen an im Einsatzgebiet ansässige Marktteilnehmer von der Anwendung des förmlichen Kartellvergaberechts abzusehen, wenn der Einsatz dies erfordert. Dies gilt auch für zivile Beschaffungen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Durchführung dieses Einsatzes stehen.

5) Zulässige Vergabearten

Hinsichtlich des Vergabeverfahrens finden sich in den neuen Regeln zur Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsrelevanten Aufträgen lediglich Hinweise, welche Vergabearten für derartige Beschaffungen einschlägig sein sollen. Die Einzelheiten wurden bislang noch nicht umgesetzt.

Aufgrund der Sensibilität dieser Bereiche ist für die Vergabe verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Aufträge kein offenes Verfahren sondern nur ein nicht offenes bzw. Verhandlungsverfahren vorgesehen. Nicht offenes Verfahren und Verhandlungsverfahren mit Veröffentlichung einer Bekanntmachung stehen hier gleichberechtigt nebeneinander. Darüber hinaus ist nachrangig die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige europaweite Bekanntmachung nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zulässig. Bei komplexen Vergaben kann auch der wettbewerbliche Dialog gewählt werden. Leider ist die Möglichkeit der Vergabe in einem wettbewerblichen Dialog nicht in den Gesetzestext aufgenommen worden und ergibt sich lediglich aus der Gesetzesbegründung.

6) Nachprüfungsverfahren

Alle Vergaben des Verteidigungs- und Sicherheitsbereichs, für die keine besonderen Ausnahmen vom Anwendungsbereich ausdrücklich vorgesehen sind, unterliegen einer Nachprüfungsmöglichkeit. Wobei die Neuregelungen für den Verteidigungs- und Sicherheitsbereich den Erfordernissen einer besonderen Vertraulichkeit des Verfahrens und der von den Parteien übermittelten Unterlagen Rechnung tragen. So sind beispielsweise die Mitglieder der Vergabekammern zur Geheimhaltung verpflichtet und die Entscheidungsgründe dürfen Art und Inhalt der geheim gehaltenen Urkunden, Akten, elektronischen Dokumente und Auskünfte nicht erkennen lassen.

Auch kann die Vergabekammer bei der Überprüfung der Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsrelevanten Aufträgen anstelle eines ehrenamtlichen Beisitzers einen weiteren hauptamtlichen Beisitzer hinzuziehen.

Ansonsten gelten auch hier die bekannten Regeln des Nachprüfungsverfahrens vor den Vergabekammern einschließlich des Erfordernisses der unverzüglichen Rüge.

7. Zusammenfassung

Mit dem Gesetz zur Änderung des Vergaberechts für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit wurde nur ein kleiner Teil der Vorgaben der Richtlinie 2009/81 in deutsches Recht umgesetzt. Der größere Teil, nämlich Vorgaben zum anzuwendenden Vergabeverfahren fehlen noch. Lediglich für Bauleistungen liegt bereits ein neuer dritter Abschnitt der VOB/A für die Vergabe verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Aufträge vor. Dieser darf aber ohne die dazugehörige Verteidigungsvergabeverordnung nicht angewendet werden. Diese fehlt aber aktuell auch noch.

Ohne solche Verfahrensvorschriften im nationalen Recht sind für das Verfahren bei der Vergabe von Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen die Verfahrensvorschriften der Richtlinie 2009/81 direkt anzuwenden. Hinweise hierzu geben das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi) für Liefer- und Dienstleistungsaufträge und das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS) für Bauaufträge. Die dort enthaltenen Verfahrensvorschriften gelten auch nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Vergaberechts für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit bis zum Inkrafttreten der Verteidigungsvergabeverordnung weiter. Die Teile der Rundschreiben betreffend die Vorschriften über den Anwendungsbereich werden jetzt durch die neuen Regeln im GWB ersetzt. Dieser Verlängerung des BMWi hat sich das BMVBS am 21.12.2011 angeschlossen.

Zwar sind diese Hinweise sehr hilfreich, stellen aber klar, nur eine „Orientierung“ (so das BMWi) zu sein und ersetzen nicht den Blick in den Text der Richtlinie. In Verfahrensfragen stellt bislang nur die Richtlinie verbindliches Recht dar und ist von Anbietern und Beschaffern gleichermaßen zu beachten.

Die Praxis wird zeigen müssen, inwieweit die vorhandenen Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Verteidigungsvergaberechts hier eine umfassende Anwendung des förmlichen Kartellvergaberechts überhaupt ermöglichen. Die Berufung auf „wesentliche Sicherheitsinteressen“ des Staates hat schon in der Vergangenheit zu einer faktischen Nicht-Anwendung des förmlichen Kartellvergaberechts ohne Nachprüfungsmöglichkeit geführt. Diese Möglichkeit des Ausschlusses des förmlichen Kartellvergaberechts wegen „wesentlicher Sicherheitsinteressen“ ist in der Richtlinie – nicht aber in der deutschen Umsetzung der Regelungen zu der Vergabe verteidigungs- oder sicherheitsrelevanter Aufträge – eingeschränkt worden. Was möglicherweise nicht richtlinienkonform ist. Zudem sind Aufträge, die im Rahmen eines Kooperationsprogramms der Mitgliedsstaaten vergeben werden, komplett aus dem Anwendungsbereich des förmlichen Kartellvergaberechts ausgenommen. Dies wird fast ausschließlich auf alle größeren zukünftigen Beschaffungsmaßnahmen zutreffen (aktuell z.B. A400M).

Autor:

RA Mark Münch, LL.M.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Informationstechnologierecht