

Leitfaden zur Binnenmarktrelevanz

Hinweise zur praktischen Umsetzung der
Binnenmarktrelevanz öffentlicher Aufträge
im EU-Unterschwellenbereich

für deutsche öffentliche Auftraggeber

Kooperationsprogramm zur Förderung der grenzübergreifenden Zusammenarbeit zwischen der Republik Polen und dem Freistaat Sachsen 2014-2020 im Rahmen des Ziels „Europäische territoriale Zusammenarbeit“



Für eine Unterstützung aus Mitteln des Europäischen Fonds für Regionale Entwicklung (EFRE) kommen nur Ausgaben in Betracht, die den nationalen bzw. unionsrechtlichen Regelungen entsprechen (Art. 65 Abs. 1 Verordnung Nr. 1303/2013¹). Bitte achten Sie daher bei der Vergabe Ihrer Aufträge auf die Einhaltung der Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung, der gegenseitigen Anerkennung, der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz.

Halten Sie das europäische Primärrecht nicht ein, kann die Vergabe bei Prüfungen als fehlerhaft bewertet und in Folge die Ausgaben nicht gefördert werden.

Dieser Leitfaden findet ausschließlich bei Begünstigten Anwendung, die bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zur Einhaltung vergaberechtlicher Bestimmungen gesetzlich verpflichtet sind.²

Die nachfolgenden Hinweise haben nur empfehlenden Charakter und können die vom Auftraggeber vorzunehmende Abwägung und Begründung im Einzelfall nicht ersetzen.

¹ VO (EU) Nr. 1303/2013 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 17. Dezember 2013 mit gemeinsamen Bestimmungen über den Europäischen Fonds für regionale Entwicklung, den Europäischen Sozialfonds, den Kohäsionsfonds, den Europäischen Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums und den Europäischen Meeres- und Fischereifonds sowie mit allgemeinen Bestimmungen über den Europäischen Fonds für regionale Entwicklung, den Europäischen Sozialfonds, den Kohäsionsfonds und den Europäischen Meeres- und Fischereifonds und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1083/2006 des Rates.

² §§ 99 ff. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) i. V. m. der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV), § 1 Absatz 1 des Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge im Freistaat Sachsen (Sächsisches Vergabegesetz - SächsVergabeG)

Anwendungsbereich nur für öffentliche Auftraggeber

Die Klärung der Frage, ob Sie als öffentlicher Auftraggeber auftreten und somit dem Vergaberecht unterliegen, hat in der Praxis bedeutende Auswirkungen. Vergeben Sie als öffentlicher Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag, ohne vorher ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren durchgeführt zu haben, besteht die Gefahr, dass die von Ihnen abgerechneten Ausgaben nicht oder nicht in voller Höhe anerkannt werden können. Das heißt, dass Ihre Ausgaben aus Mitteln der Europäischen Union nicht oder nur teilweise gefördert werden.

Wer öffentlicher Auftraggeber ist, regelt das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in §§ 98 ff. GWB. Zu den öffentlichen Auftraggebern gehören vor allem der **Bund, die Länder, die Städte und die Gemeinden**.

Unter bestimmten Voraussetzungen³ können selbst **juristische Personen des privaten Rechts (z. B. eingetragene Vereine) als öffentliche Auftraggeber** gelten, z. B. wenn:

- der private Begünstigte zu dem Zweck gegründet wurde, um eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher Art wahrzunehmen und er von einem anderen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1 GWB, zum Beispiel durch „überwiegende Finanzierung“ beherrscht wird.
- der private Begünstigte bestimmte Bauaufträge zur Errichtung von zum Beispiel Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäuden bzw. damit in Verbindung stehende Dienstleistungen durchführt und diese Vorhaben zu mehr als 50 % öffentlich subventioniert werden.

Die Auftraggebereigenschaft kann sich für private Zuwendungsempfänger insbesondere auch aus § 2 Abs. 1 SächsVergabeG ergeben.

Eine Bestimmung der Auftraggebereigenschaft kann in Einzelfällen schwierig sein, so dass bei Zweifeln eine Rechtsberatung hinzugezogen werden sollte.

Was ist der EU-Binnenmarkt und was bedeutet Binnenmarktrelevanz?

Der europäische Binnenmarkt umfasst die Mitgliedstaaten der EU und der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA), also ein abgegrenztes Wirtschaftsgebiet, das durch den freien Verkehr von Waren, Dienstleistungen, Kapital und Arbeitnehmern gekennzeichnet ist. Der Binnenmarkt soll sich vor allem für den Wettbewerb öffnen und zum Abbau zahlreicher Handelshemmnisse beitragen. Die rechtliche Grundlage hierzu findet sich im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

Binnenmarktrelevanz bedeutet, dass an dem zu erteilenden öffentlichen Auftrag ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht. Das Kriterium der Binnenmarktrelevanz erhöht die vergaberechtlichen Anforderungen an Auftragsvergaben **im EU-Unterschwellenbereich** und geht auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zurück. Die Kriterien für das Vorliegen der Binnenmarktrelevanz und die sich hieraus ergebenden Anforderungen an die Auftragsvergabe wurden von der Europäischen Kommission in der „Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf das

³ vgl. § 99 Nr. 2 - 4 GWB

Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinie fallen“ (Unterschwel­lenmitteilung)⁴ zusammengefasst.

Kriterien für das Vorliegen einer Binnenmarktrelevanz

Die Kriterien, anhand derer die Binnenmarktrelevanz eines öffentlichen Auftrags ermittelt wird, sind gesetzlich nicht geregelt. Die Unterschwel­lenmitteilung nennt folgende nicht abschließende Kriterien, die anhand des konkreten Einzelfalls zu prüfen sind⁵:

■ grenznahe Lage des Leistungsortes

Umso näher sich der Ort der Leistungserbringung an einem anderen Mitgliedstaat der EU befindet, desto eher ist von einem grenzüberschreitenden Interesse auszugehen. Ein Leistungsort in den Fördergebieten der ETZ-Programme kann damit grundsätzlich geeignet sein, ein grenzüberschreitendes Interesse zu begründen.

■ der geschätzte Auftragswert

Je höher der geschätzte Auftragswert ausfällt, desto eher wird ein Auftrag das Interesse von Bietern anderer EU-Mitgliedstaaten wecken, denn Zeit- und Kostenaufwand werden sich mit steigenden Auftragswerten ausgleichen. Umgekehrt spricht ein Auftrag mit sehr geringer wirtschaftlicher Bedeutung gegen ein eindeutiges, grenzüberschreitendes Interesse. Gleichwohl sind im Einzelfall auch niedrige Auftragswerte im Zusammenhang mit den anderen der hier genannten Kriterien geeignet, eine Binnenmarktrelevanz zu begründen. (Beispiel: die Vergabe von Cateringleistungen für eine Veranstaltung mit einem Wert von über 250 EUR netto in einen grenznahen (Nachbar)Ort)

■ der Auftragsgegenstand

Je eher die Struktur und Gestalt eines Auftrages auch von einem ausländischen Unternehmen der EU erbracht werden kann, desto eher ist diese Leistung binnenmarktrelevant. (Beispiel: die Vergabe von Dolmetscher- und Übersetzungsleistungen)

■ Kenntnis des Sprach- oder Rechtsrahmens

Wenn die Leistung international ausgelegt ist, d. h. nicht nationalen Gepflogenheiten folgt, die deutsche Sprache nicht essentiell voraussetzt oder Kenntnisse im deutschen Recht gefordert sind, dann spricht dies für ein grenzüberschreitendes Interesse. (Beispiel: die Beschaffung von Werbematerialien)

⁴ Mitteilung der Europäischen Kommission v. 23.06.2006 zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für Vergaben öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinie fallen, ABIEG Nr. C 179 v. 01.08.2006, Pkt. 1.3.

⁵ Die nachfolgenden Beispiele zu den Kriterien beruhen auf der derzeitigen Prüfpraxis der sächsischen Finanzprüfer.

■ Besonderheiten des betroffenen Sektors

Unter diesem Prüfungspunkt soll auf die Größe und die Struktur des Marktes sowie die wirtschaftlichen Gepflogenheiten eingegangen werden.
(Beispiel: die Beschaffung von IT-Hardware)

Im Ergebnis ist bei der Gesamtbewertung nicht isoliert auf eines der o. g. Kriterien abzustellen. Es ist eine Gesamtschau vorzunehmen, bei der alle Aspekte zu berücksichtigen sind.

Wichtig! Binnenmarktrelevanz wird nicht per se unterstellt; es muss der Einzelfall betrachtet werden!

Folgen bei Vorliegen einer Binnenmarktrelevanz

Wenn die Prüfung eines Auftraggebers anhand der Kriterien ergibt, dass ein öffentlicher Auftrag binnenmarktrelevant ist, ist Folgendes zu beachten:

Wichtig! Die Interessenten aus den EU-Mitgliedstaaten müssen Kenntnis von dem öffentlichen Auftrag erlangen können. Zudem gilt das Diskriminierungsverbot. Es ist daher sicherzustellen, dass die Bekanntmachung oder die Vergabeunterlagen keine Anforderungen enthalten, die nur von nationalen Bietern erfüllt werden können.

Es gilt der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung von Diplomen, Prüfungszeugnissen und Befähigungsnachweisen. Zudem müssen angemessene Fristen vorgesehen werden.

Auftragsbekanntmachungen auf üblichen Vergabepattformen wie z.B. www.evergabe.de und www.bund.de genügen den Bekanntmachungspflichten. Auch die eigene Homepage kann für Auftragsbekanntmachungen genutzt werden. Alternativ kann ein öffentlicher Teilnahmewettbewerb angewandt werden.

Nicht ausreichend ist, nur einige potenzielle Bieter zu informieren bzw. anzufragen (auch wenn dies im Nachbarland erfolgt) oder nur auf Anfrage von Bietern zu reagieren („passive“ Information)⁶.

Die Wertung der Kriterien und das daraus resultierende Ergebnis der Prüfung der Binnenmarktrelevanz sowie das sich daran anschließende weitere Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich sind lückenlos und nachvollziehbar zu dokumentieren. Anderenfalls kann die Vergabe bei Prüfungen als fehlerhaft bewertet werden und Finanzkorrekturen bis zu 100 % des Auftragswertes nach sich ziehen.

Aufgrund der gegenwärtigen Prüfpraxis der sächsischen Finanzprüfer wird ab einem Auftragswert über 250,00 EUR netto eine Prüfung und Dokumentation der Binnenmarktrelevanz im Kooperationsprogramm empfohlen.

⁶ Mitteilung der KOM zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen – ABl. der EU vom 1. August 2006 - C 179/02, unter 2.1.1 der Mitteilung.

Folgen bei Nichtvorliegen einer Binnenmarktrelevanz

Wenn die Prüfung eines Auftraggebers anhand der Kriterien ergibt, dass ein öffentlicher Auftrag nicht binnenmarktrelevant ist, ist Folgendes zu beachten:

Wichtig! Die Entscheidung zum Nichtvorliegen einer Binnenmarktrelevanz ist anhand der Kriterien in der Vergabeakte nachvollziehbar zu begründen und zu dokumentieren!

Im Folgenden ist das weitere Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich in der Vergabeakte lückenlos und nachvollziehbar darzustellen.

Ist die Entscheidung zum Nichtvorliegen einer Binnenmarktrelevanz nicht nachvollziehbar begründet und/oder nicht dokumentiert, kann dies Finanzkorrekturen bis zu **100 %** des Auftragswertes nach sich ziehen.



Um die gestellten Anforderungen in guter Qualität, wirtschaftlich, effizient und rechtssicher im Vergabeprozess umzusetzen, bietet die **Auftragsberatungsstelle** Sachsen öffentlichen Auftraggebern und Zuwendungsempfängern (in der Rolle als öffentlicher Auftraggeber) die projektbezogene Gestaltung und Durchführung des formalen Teils einer Ausschreibung an.

Die Auftragsberatungsstelle berät Sie im Zuge einer Ausschreibung zu allen erforderlichen Fragen des öffentlichen Auftragswesens und gibt Hinweise und Empfehlungen hinsichtlich der korrekten Anwendung der Vergabevorschriften.

Sollten Sie bei der Beschaffung von Lieferungen und Leistungen im Rahmen der EU-Förderung und/oder bei der Einordnung des eigenen Status (öffentlicher versus nicht-öffentlicher Auftraggeber) unsicher sein, wenden Sie sich bitte an die sächsische Auftragsberatungsstelle:

Anschrift

Auftragsberatungsstelle Sachsen e.V.
 Mügelner Str. 40, Haus G
 01237 Dresden

Kontakt

E-Mail: post@abstsachsen.de
 Tel. +49 (0)351 - 2802 402
 Fax +49 (0)351 - 2802 404
<https://www.abstsachsen.de>