Arbeitshilfe

Umgang mit Binnenmarktrelevanz bei Direktaufträgen

1. Hintergrund

Vergaben im sog. Unterschwellenbereich, also bei Auftragswerten unterhalb des EU-Schwellenwerts, unterfallen nicht den Vergaberichtlinien der Europäischen Union. Sie richten sich daher grundsätzlich nach nationalem Recht. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sowie klarstellend nach der sog. „**Unterschwellenmitteilung**“ der **Europäischen Kommission vom 01.08.2006 (2006/C 179/02)** sind öffentliche Auftraggeber aber auch im Unterschwellenbereich unter bestimmten Umständen an europäisches Primärrecht, insbesondere an die Grundfreiheiten des freien Warenverkehrs, der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, sowie an die übergreifenden Verfahrensgrundsätze von Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung, Transparenz, Verhältnismäßigkeit und gegenseitiger Anerkennung gebunden. Dies ist dann der Fall, wenn ein zu vergebender Auftrag Binnenmarktrelevanz aufweist, was bedeutet, dass der konkrete Auftrag auch für Unternehmen aus anderen Mitgliedsstaaten interessant sein könnte.

Diese Anforderungen gelten auch beim Direktauftrag. Auf das Ressortschreiben des Ministeriums für Wirtschaft, Arbeit und Tourismus vom 15. April 2025 wird hingewiesen. Während nach nationalem Recht Vergaberecht bei Direktaufträgen nicht anzuwenden ist, da es sich nicht um förmliche Vergabeverfahren handelt, lässt sich dem europäischen Primärrecht eine solche Differenzierung nicht entnehmen.

Das Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Tourismus gibt im Folgenden unter Berücksichtigung der Unterschwellenmitteilung (2006/C 179/02) Hinweise zum Umgang mit dem Thema Binnenmarktrelevanz bei Direktaufträgen im Bereich von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen. Hierbei kann nur auf einzelne Aspekte eingegangen werden. Die Bewertung und Verantwortung obliegen weiterhin der erforderlichen Einzelfallentscheidung der jeweiligen Auftraggeber.

2. Bewertung des Vorliegens von Binnenmarktrelevanz

Es ist nicht gesetzlich geregelt, wann Binnenmarktrelevanz vorliegt, also wann ein grenzüberschreitendes Interesse an einem Auftrag zu bejahen ist. Die folgenden Kriterien, welche sich aus der Rechtsprechung und der Mitteilung der Kommission ergeben, sind jedoch anerkannte, nicht abschließende Anhaltspunkte, die im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu berücksichtigen sind:

a. Auftragsgegenstand

Je eher die Struktur und Gestalt einer Leistung auch von einem in der EU ansässigen Unternehmen erbracht werden kann, desto mehr spricht für eine

binnenmarktrelevante Leistung (Beispiel: Vergabe von Dolmetscher- oder Übersetzungsleistungen).

b. Geschätzter Auftragswert

Je höher der geschätzte Auftragswert ausfällt, desto eher wird der 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. Eine verlässliche „Bagatellgrenze“ gibt es hier jedoch nicht. Im Einzelfall sind auch niedrige Auftragswerte im Zusammenhang mit den anderen Kriterien geeignet, Binnenmarktrelevanz zu begründen.

c. Besonderheiten des betreffenden Sektors (Größe und Struktur des Marktes, wirtschaftliche Gepflogenheiten usw.)

Wenn die Leistung international ausgelegt ist, also nicht nationalen Gepflogenheiten folgt, die deutsche Sprache nicht essenziell voraussetzt oder Kenntnisse im deutschen Recht nicht gefordert sind, spricht dies für ein grenzüberschreitendes Interesse. So können beispielsweise IT-Leistungen regelmäßig von anderen in der EU ansässigen Unternehmen erbracht werden.

d. Geographische Lage des Orts der Leistungserbringung

Je näher der Ort der Leistungserbringung am anderen Mitgliedstaat der EU gelegen ist, desto eher ist von einem grenzüberschreitenden Interesse auszugehen. Neben der Distanz zur Grenze sind etwa auch die Verkehrsanbindung sowie die wirtschaftliche Struktur der Region zu beachten.

Gesamtbeurteilung

Es ist nicht isoliert auf eines der oben genannten Kriterien abzustellen, sondern eine Gesamtschau vorzunehmen, bei der alle Aspekte berücksichtigt werden. Binnenmarktrelevanz wird nicht per se unterstellt oder abgelehnt, sondern muss für jeden Einzelfall bewertet werden. Das grenzüberschreitende Interesse muss eindeutig sein. Insbesondere bei Ablehnung des grenzüberschreitenden Interesses, sollte dies ausführlich begründet werden.

3. Folgen des Vorliegens von Binnenmarktrelevanz

Liegt Binnenmarktrelevanz vor, schließt dies einen Rückgriff auf die Möglichkeit des Direktauftrags nicht aus. Allerdings sind zusätzliche Pflichten zu beachten, insbesondere

hinsichtlich der Bekanntmachung des Auftrags. Gleichzeitig gelten aber weiterhin nicht die formellen Anforderungen für Vergabeverfahren nach der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO). Es handelt sich mithin um ein „Vergabeverfahren sui generis“, also eigener Art. Konkret sind dabei die folgenden Punkte zu beachten:

a. Pflicht zur Bekanntmachung

Laut EuGH und EU-Kommission muss der Auftraggeber zugunsten potentieller Interessenten einen „angemessenen Grad an Öffentlichkeit“ herstellen. Bei der Frage des Mediums, in dem veröffentlicht wird, hat der Auftraggeber mehrere Optionen. In Betracht kommen grundsätzlich das Internet, nationale Amts- oder Ausschreibungsblätter, Zeitungen, Publikationen oder lokale Medien.

Als einfacher und kostengünstiger Weg der Bekanntmachung bieten sich zum einen Vergabeportale wie der Vergabemarktplatz Baden-Württemberg an, insbesondere aber die eigene Internetseite des Auftragsgebers, also etwa des jeweiligen Ministeriums.

b. Inhalt der Bekanntmachung

Der notwendige Inhalt der Bekanntmachung ist in der Mitteilung der EU-Kommission (2006/C 179/02) ausdrücklich aufgeführt:

Die Bekanntmachung muss danach jegliche Informationen enthalten, die ein Unternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat normalerweise für die Entscheidung darüber benötigt, ob es Interesse am Auftrag hat.

Konkret erforderlich sind daher mindestens:

- Eine Kurzbeschreibung der wesentlichen Punkte des zu erteilenden Auftrags
- Eine Kurzbeschreibung des Verfahrens inkl. einer Aufforderung zur Kontaktierung des Auftraggebers bei Interesse
- Fristen (angemessene Teilnahmefrist für Interessenbekundung)
- Festgelegte Eignungskriterien, falls vorhanden
- Festgelegte Zuschlagskriterien, falls vorhanden (ansonsten wirtschaftlichstes Angebot)

Die Beschreibung des Auftragsgegenstandes muss, soweit der Auftrag nichts anderes erfordert, produktneutral sein. Die Fristen sind dann angemessen, wenn sie Unternehmen aus anderen Mitgliedsstaaten die Möglichkeit bieten, eine fundierte Einschätzung vorzunehmen.

c. Möglichkeit der Begrenzung der Angebote

Auch beim Direktauftrag steht es dem Auftraggeber frei, durch die Festlegung von Eignungskriterien die Anzahl der zu berücksichtigenden Angebote zu reduzieren. Voraussetzung eines solchen vorgeschalteten informellen Teilnahmewettbewerbs ist, dass es sich um objektive und transparente Kriterien handelt, wie beispielsweise die einschlägige Erfahrung, Unternehmensgröße oder technische und berufliche Leistungsfähigkeit. Es dürfen keine Bedingungen gestellt werden, die Bieter anderer Mitgliedstaaten direkt oder indirekt benachteiligen, wie die Anforderung einer Niederlassung in der Region. Werden Diplome, Zeugnisse oder sonstige Nachweise gefordert, sind solche aus anderen Mitgliedsstaaten bei Gleichwertigkeit anzuerkennen.

d. Umgang mit Interessenbekundungen

Auch im Umgang mit Interessenbekundungen sind die Grundsätze von Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung zu beachten. Kommt es nach der Bekanntmachung zu Interessenbekundungen, können diese nicht einfach ignoriert werden. Es sind daher zunächst alle Unternehmen, welche Interesse bekundet haben, zur Abgabe eines Angebotes aufzufordern, sofern diese nicht aufgrund der Nichterfüllung vorab und transparent festgelegter Eignungskriterien ausgeschlossen werden müssen.

Gehen mehrere Angebote beim Auftraggeber ein, ist eine diskriminierungsfreie Auswahl zu treffen. Falls hierfür vorab keine abweichenden Kriterien transparent bestimmt wurden, ist aus Gründen der Gleichbehandlung, aber auch aufgrund des haushaltsrechtlichen Gebots von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Auftrag auf das wirtschaftlichste der abgegebenen Angebote zu erteilen. Dies muss nicht zwingend das mit dem niedrigsten Preis sein, sondern das mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Insofern bestehen keine Unterschiede zum Vorliegen mehrerer Angebote bei nicht binnenmarktrelevanten Aufträgen.