

# **Die öffentliche Auftragsvergabe in Italien zwischen Ökonomisierung und Korruptionsbekämpfung**

Arbeitsitzung der Regionalgruppe Bayern im Forum Vergabe e. V.  
München, den 17. November 2006

Simonetta Vezzoso, Trient Universität

## **I Einführung**

Mit Gesetzesdekret Nr. 163 vom 12. April 2006 hat Italien ein neues Gesetzbuch für öffentliche Aufträge (wörtlich: Gesetzbuch über öffentliche Bau- Dienstleistungs- und Lieferverträge; im Folgenden Vergabegesetzbuch genannt) verabschiedet. Es regelt die Auftragsvergabe oberhalb und unterhalb der EU-Schwellenwerte und setzt die Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG in nationales Recht um. Die neuen Regelungen sind seit dem 1. Juli 2006 in Kraft. Einige, aus nicht verbindlichen Teilen der EU-Vergaberichtlinien stammende Bestimmungen werden jedoch erst am 1. Februar 2007 in Kraft treten. Wie in allen anderen EU-Ländern ist der Staat in Italien ein wichtiger Nachfrager auf den Güter- und Dienstleistungsmärkten, von alltäglichen Konsumgütern bis hin zu Leistungen für millionenschwere Infrastrukturprojekte. Im Jahr 2002 betrug das öffentliche Auftragswesen in Italien 11,9% des Brutto-Inlandsprodukts. Vor kurzem ist der Wert von öffentlichen Aufträgen in Italien auf 168 Milliarden Euro jährlich geschätzt worden, und nicht weniger als 80.000 Unternehmen seien am Markt für Aufträge der öffentlichen Hand beteiligt. Das Ziel des neueren Gesetzestextes liegt darin, ein einheitliches Regelwerk für öffentliches Auftragswesen in Einklang mit den EU-Vorgaben zu schaffen. Das frühere italienische Vergaberecht war in mehrere Vergabegesetze gesplittet, welche öffentliche Dienstleistungsaufträge, öffentliche Lieferaufträge, öffentliche Bauaufträge und Sektorauftraggeber separat regelten. Einen fast symbolischen Stellenwert hat insbesondere die Abschaffung des im Rahmen der „Mani Pulite“-Bewegung erlassenen sogenannten Merloni-Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Bauaufträge.

Die Verabschiedung des neuen Regelwerkes ist von mehreren Seiten begrüßt worden. Man verspricht sich insbesondere weniger Bürokratie, (nachdem auch in Deutschland wohlbekanntes Motto „Bürokratieabbau im Vergaberecht“) mehr Effizienz und Wettbewerb, wovon sowohl die

Wirtschaftsteilnehmer als auch die öffentlichen Auftraggeber und letztendlich die Bürger und Steuerzahler profitieren sollten. In den ersten Kommentaren zum neuen Regelwerk wird insbesondere die neue, wichtige Rolle, welche vom Wettbewerbsprinzip im Rahmen des italienischen Vergaberechts eingenommen wird, hervorgehoben. Dieses Prinzip sollte dazu dienen, der weit verbreiteten Tendenz entgegenzuwirken, die öffentliche Vergabe als ein mit übermäßigen Formalitäten befrachtetes Zuschlagsverfahren anzusehen.

Kaum wurde das Legislativpaket verabschiedet, wurden Stimmen laut, welche die breiter gewordenen Ermessensspielräume für den öffentlichen Auftraggeber, u.a. die Zuschlagskriterien flexibel zu gestalten, als offenes Tor zu Manipulation, Erpressung, Bestechung und Betrug in den Auftragsvergaben bewertet haben. Spätestens seit der von der Mailänder Justiz ab 1992 vorangetriebenen „Mani Pulite“ Initiative dürfte allen klar geworden sein, in welchem Ausmaß die von Wirtschaftsunternehmen im Wettlauf um öffentliche Aufträge gezahlten Bestechungsgelder (die „Tangenti“) das weitgehend korrupte Parteien- und Verwaltungssystem der Ersten Republik („Tangentopoli“) mitfinanziert hatten. Das bereits erwähnte Merloni-Gesetz für Aufträge und Konzessionen im öffentlichen Bauwesen, welches im Anschluss an die aufgedeckten Bestechungsskandale verabschiedet wurde, charakterisierte sich durch Strenge und Formalität, welche aber mit der Zeit als unnötige Laster bei der effizienten Vergabe und Durchführung öffentlicher Aufträge empfunden wurden. Genau diese mangelnde Flexibilität und Wirtschaftlichkeit der früheren Gesetzgebung verstieß in zunehmendem Maße auch gegen das EU-Vergaberecht. Erinnert sei hier beispielsweise an das Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 7. Oktober 2004 im Fall *Sintesi s.p.a. gegen die italienische Aufsichtsbehörde für öffentliche Aufträge*, worauf wir im weiteren Verlauf dieses Vortrags zurückkehren werden.

Die möglicherweise wichtigste Herausforderung für den italienischen Gesetzgeber lag nun darin, die zwei Säulen der Ökonomisierung des europäischen Vergaberechts, und zwar Wettbewerb und Verschlanung (Effizienz), in ein kohärentes aber auch „korruptionssicheres“ Rahmengesetz für die öffentliche Auftragsvergabe zu integrieren. Die Aufgabe war und bleibt äußerst schwierig, wie auch aus den unaufhörlichen Aufrufen nach dringenden Änderungen des eben geschafften Regelwerks zu entnehmen ist. Der nach dem Regierungswechsel nun zuständige Minister für Infrastrukturen, die ehemalige „Mani-Pulite“ Symbolfigur Antonio Di Pietro, hat sich auch gegen solche Vorschriften, welche den Ermessensspielraum für öffentliche Auftraggeber erweitern,

mehrmals skeptisch geäußert. In diesem Zusammenhang dürfte sich auch die Verschiebung für das Inkrafttreten einer Reihe von Bestimmungen, auf den 1. Februar 2007, u.a. bzgl. des wettbewerblichen Dialogs, des Verhandlungsverfahrens und der Rahmenvereinbarungen, erklären. Durchgreifende Änderungen in den kommenden Monaten der materiellen Bestimmungen des Vergaberechts in Italien sind nicht auszuschließen.

Im Folgenden wird es darum gehen, eine erste Einsicht in die wichtigsten Regelungen des neuen italienischen Vergabegesetzbuches unter Vorbehalt möglicher, baldigen Änderungen kurz zu gewähren. In Anbetracht sowohl der fortgeschrittenen Harmonisierung des Vergaberechts in der Europäischen Union aber auch der Komplexität der Materie wird hier auf eine ausführliche Darbietung des neuen italienischen Regelwerkes verzichtet. Im Folgenden werden wir uns insbesondere auf diejenige Neuigkeiten beschränken, die aus „fremder Sicht“ möglicherweise interessant sein dürften.

## **II Das neue Regelwerk im Allgemeinen**

Das neue italienische Vergabegesetzbuch besteht aus 257 Artikeln und ist in fünf Teile aufgegliedert. Die ersten drei Teile regeln umfassend das materielle Vergaberecht (also die Regeln über Ausschreibung, Vergabe und Zuschlag) für sämtliche Vergaben durch öffentliche Auftraggeber sowie Sektorenauftraggeber (Institutionen in den Bereichen Energie, Versorgung mit Trinkwasser und Verkehrsleistungen sowie Postdiensten). Der vierte Teil ist dem Rechtsschutz gewidmet, während die Schluss- und Übergangsbestimmungen des vierten Teiles das komplexe Regelwerk vervollständigen. Trotz seiner beträchtlichen Länge führt das neue Regelwerk zu einer „Verschlankung“ des früheren Vergaberechts, indem die bisher getrennten Gesetze für die öffentlichen Auftraggeber von Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen nun in einem einheitlichen Text zusammengefügt werden. Ein schneller Vergleich mit dem ebenfalls vor kurzem erlassenen österreichischen Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen mit seinen immerhin 351 Paragraphen mag sogar den Eindruck vermitteln, dass dem italienischen Gesetzgeber die Verabschiedung eines durchaus kompakten, übersichtigen Gesetzestextes für diese schwierige Materie gelungen ist.

Nach Art. 5 Vergabegesetzbuch soll binnen eines Jahres seit seinem Inkrafttreten eine allgemeine Ausführungsverordnung erlassen werden. Da insofern die darin geregelten Themen in die

ausschließliche Kompetenz des Staates fallen, werden auch nichtstaatliche Auftraggeber daran gebunden. Eine neue Verdingungsordnung ist ebenfalls vorgesehen, welche für staatliche Auftraggeber gelten wird. Sonstige öffentliche Auftraggeber sind jedenfalls befugt, eigene Verdingungsordnungen zu erlassen.

Aus deutscher Perspektive dürfte die weitgehende Angleichung der Vergaberegeln im Ober- und im Unterschwellenbereich interessant sein. Wie allgemein bekannt, werden bis zu 90 % der Auftragsvergaben in den Mitgliedsstaaten von den EU-Richtlinien nicht erfasst, weil sie unterhalb der relevanten Schwellenwerte liegen. Der italienische Gesetzgeber hat dennoch die grundsätzliche Entscheidung getroffen, die EU-Vorschriften nicht nur für Großprojekte gelten zu lassen. Bei unterhalb der EU-Schwellenwerte liegenden Aufträgen werden, bis auf einzelne in den Artikeln 121 bis 125 aufgelistete Ausnahmen, die gleichen Bestimmungen wie an EU-relevanten Projekten angewendet. Als Begründung wurde seitens der Regierung u.a. angeführt, dass jede Vergabe in Einklang mit den Binnenmarktgrundsätzen erfolgen muss, und dass jene Prinzipien gerade im nun vorgesehenen EU-Vergaberecht widerspiegelt werden. Gegen diese unabhängig vom Auftragswert weitgehend einheitliche Regelung von Vergabeverfahren hatten sich sowohl Vertreter von kleinen und mittelgroßen Unternehmen als auch einzelne Gemeinden und Regionen ausgesprochen, welche die Starrheit und übermäßige Bürokratie als Folge der Gleichstellung öffentlicher Aufträge beklagten. Die Notwendigkeit, für den Unterschwellenbereich „flexiblere“ Regeln vorzusehen, hielt der italienische Gesetzgeber dennoch als nicht ausreichend bewiesen.

Bemerkenswert ist auch, dass das italienische Vergabegesetzbuch die so genannte Inhouse-Vergabe nicht explizit regelt. Trotz der Anwendung der von der EuGH entwickelten Grundsätze, wäre möglicherweise wünschenswert gewesen, für den Rechtsanwender insbesondere zu klären, unter welchen Bedingungen die Vergabe von Aufträgen, die ein öffentlicher Auftraggeber durch eine Einrichtung erbringen lässt, vom Geltungsbereich des Vergabegesetzes ausgenommen werden (wie z.B. im neuen österreichischen Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen).

### **III Das Problem der Kompetenzaufteilung zwischen Staat und Regionen**

Ein weiteres nach der Verabschiedung des Vergabegesetzbuches heftig debattiertes Thema betrifft die Kompetenzaufteilung zwischen Staat und Gebietskörperschaften auf dem Gebiet der

Vergabegesetzgebung. Gegen eine materiellrechtliche Zersplitterung des Vergabewesens aufgrund konkurrierender Gesetzgebung des Staates und der Regionen (und autonomer Provinzen) hatte sich u.a. der einflussreiche Baufachverband ANCE ausgesprochen.

Strittig ist insbesondere Art.4, Abs. 3, wonach die Gebietskörperschaften bestimmte Bereiche nur im Einklang mit den vom Staat verabschiedeten Gesetzen regeln können. Diese Bereiche schließen u.a. die Qualifikation und die Auswahl der Wirtschaftsteilnehmer, die Zuschlagsverfahren und -kriterien und den Unterauftrag ein. Zwar sieht Art.117, Abs. 2 des Verfassungsgesetzes nicht ausdrücklich vor, dass der Staat über die ausschließliche Gesetzgebungsbefugnis bzgl. des öffentlichen Vertragswesens verfügt; der Verfassungsgerichtshof hat allerdings in einigen bedeutenden Urteilen klar zum Ausdruck gebracht, dass das Vergaberecht insofern zentral geregelt wird, als es Sachgebiete berührt, welche im Zuständigkeitsbereich des Staates liegen. Als wichtige Querbereiche gelten hier der Wettbewerbsschutz, die Zivilgesetzgebung, die Gerichtsbarkeit, die Verfahrensvorschriften und die Verwaltungsgerichtbarkeit. Es liege insbesondere am Schutz des Wettbewerbs, wenn die Gebietskörperschaften in ihrer Gesetzgebungsbefugnis stark eingeschränkt werden.

Einige Regionen und die autonome Provinz Trient haben bereits die einschlägigen Bestimmungen des Vergabegesetzbuches vor dem italienischen Verfassungsgerichtshof angefochten. Die mit Spannung erwartete Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes sollte innerhalb der kommenden Monate fallen.

#### **IV Die einzelnen Vergabeverfahren**

Das neue italienische Vergabegesetzbuch bringt erhebliche Neuerungen gerade im Bereich der einzelnen Verfahren. Das neue Vergabegesetzbuch beschränkt sich auf insgesamt fünf mögliche Verfahrensarten: das offene Verfahren, das nichtoffene Verfahren, das Verhandlungsverfahren mit oder ohne Veröffentlichung einer Bekanntmachung, den wettbewerblichen Dialog, und die Rahmenvereinbarung.

Besonders anzumerken ist, dass die Direktvergabe (das so genannte Verhandlungsverfahren) neu geregelt wird. Im Einklang mit der Richtlinie 2004/18/EG sieht das italienische Vergaberecht in Art. 56, 57 und 125 vor, dass das Verhandlungsverfahren in einer abgegrenzten Reihe von Fällen angewendet werden kann. Diese neue Regelung geht weit über die in Artikel 24 des Merloni-

Gesetzes über öffentliche Bauaufträge aufgelisteten Tatbestände hinaus. Die Inkraftsetzung dieser Bestimmung (aber nur was öffentliche Bauaufträge angeht) ist aufgrund von Zweifeln der Prodi Regierung an ihrer Angemessenheit auf den 1. Februar 2007 verschoben worden. Zu erwarten ist daher, dass der Anwendungsbereich des Verhandlungsverfahrens im Rahmen der angekündigten Revision des Vergabegesetzbuches bis zu einem gewissen Maße eingeschränkt wird.

Ebenfalls innovativ und umstritten ist die Einführung in das italienische Vergaberecht des in der Richtlinie bereits vorgesehen wettbewerblichen Dialogs. Wie bekannt sollte dieses Vergabeverfahren es ermöglichen, dass der öffentliche Auftraggeber zunächst mit den Bietern gemeinsam eine Lösung für seine Bedürfnisse erarbeitet, die dann als Basis für die konkrete Angebotsabgabe der Bieter dient. Bei einer Auftragsvergabe im Wege eines wettbewerblichen Dialogs hat der Zuschlag nach dem Bestbieterprinzip zu erfolgen. Die Richtlinie ergänzend, schreibt der italienische Gesetzgeber in Art. 58, Abs.2 detailliert vor, welche öffentlichen Aufträge als „besonders komplex“ einzustufen sind. Die mit dem öffentlichen Auftrag verbundenen Schwierigkeiten müssen objektiv vorliegen. Außerdem wird der öffentliche Auftraggeber dazu verpflichtet, die Gründe für die Auswahl dieses spezifischen Verfahrens in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben.

Eine weitere Neuerung macht die Einführung von elektronischen Vergabeverfahren aus. Der Einsatz von elektronischen Medien in Ausschreibungsverfahren zielen im Allgemeinen darauf ab, die hohen Verfahrenskosten zu senken. Im Falle einer elektronischen Auktion kommt hinzu, dass der Wettbewerb zwischen Anbietern möglicherweise verstärkt wird. Allerdings darf das Instrument der elektronischen Auktion nicht missbräuchlich oder in einer Weise angewendet werden, durch die der Wettbewerb behindert, eingeschränkt oder verfälscht wird.

## **V Zuschlagskriterien**

Das italienische Vergaberecht ist oft unter die kritische Lupe der europäischen Richter genommen worden. In den verkündeten Urteilen wurden zahlreiche Probleme des früheren Regelwerks hervorgehoben. Gedacht wird u.a. an die *Sintesi* Entscheidung, den ersten von zwei *Tiefgaragen-Fällen* die wir hier kurz behandeln werden.

Im Vorabentscheidungsersuchen des Tribunale Amministrativo Regionale für die Lombardei ging es um die Frage, ob die Mitgliedstaaten im Vergabeverfahren den Auftraggebern vorschreiben dürfen, den Zuschlag nur nach dem Kriterium des niedrigsten Preises zu erteilen. Im Übrigen ging es um die Beurteilung von Artikel 21 des damals einschlägigen (und schon erwähnten) Merloni-Gesetzes über öffentliche Bauaufträge, wonach die Vergabe von Aufträgen im offenen oder nichtoffenen Verfahren (oder bei beschränkter Vergabe) auf der Grundlage des Kriteriums des niedrigsten Preises zu erfolgen hatte. Der angeführte Zweck jener Bestimmung lag darin, die Korruption zu bekämpfen, indem sie den Ermessensspielraum der Verwaltung bei der Auftragsvergabe aufhob.

Wie bereits bekannt, entschied der EuGH am 7. Oktober 2004, dass das europäische Vergaberecht einer nationalen Regelung entgegensteht, die den öffentlichen Auftraggebern für die Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen im Anschluss an ein offenes oder nicht offenes Ausschreibungsverfahren abstrakt und allgemein vorschreibt, nur das Kriterium des niedrigsten Preises anzuwenden. Als Begründung führt das Gericht an, dass eine solche Regelung nicht erlaubt, die Art und die Besonderheiten der zu vergebenden Aufträge im Einzelnen zu berücksichtigen. Dies verstöße gegen das überragende Ziel des europäischen Vergaberechts, für die Entstehung eines echten Wettbewerbs auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens zu sorgen.

In Italien wird nun infolge der obenerwähnten *Sintesi* Entscheidung des EuGH neben dem Billigstbieterprinzip auch das Bestbieterprinzip zugelassen. Der Auftraggeber kann frei zwischen den Prinzipien wählen, muss aber in der Ausschreibung festlegen, nach welchem Kriterium der Zuschlag erteilt wird. Die Wahl des Bestbieterprinzips ist daher immer möglich, obwohl sich die Vergabe nach dem Billigstbieterprinzip eher anbieten wird, wenn die ausgeschriebene Qualität der Leistung die Vergleichbarkeit der Angebote ausschließlich aufgrund des Preises gewährleistet. Der öffentliche Auftraggeber gibt in der Ausschreibung an, wie er die einzelnen Kriterien gewichtet, um das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln. Kann nach Ansicht des öffentlichen Auftraggebers die Gewichtung aus nachvollziehbaren Gründen nicht angegeben werden, so gibt der öffentliche Auftraggeber in der Ausschreibung zumindest die Kriterien in absteigender Reihenfolge ihrer Bedeutung an.

## VI Ungewöhnlich niedrige Angebote

Artikel 55 der Richtlinie 2004/18/EG schreibt vor, dass, falls ein Angebot den Eindruck erweckt, „ungewöhnlich niedrig“ zu sein, der öffentliche Auftraggeber vor Ablehnung dieses Angebots schriftlich Aufklärung über die Einzelposten des Angebots verlangen und diese Einzelposten unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen prüfen muss. Diese gemeinschaftsrechtliche Regelung ist in Art. 86 Vergabegesetzbuch umgesetzt worden, in dessen ersten Absatz detaillierte arithmetischen Kriterien zur Berechnung der Schwelle der übertrieben niedrigen Angebote bei Anwendung des Billigstbieterprinzips festgelegt werden.

Von der grundsätzlichen Gleichstellung zwischen oberhalb und unterhalb der EU-Schwellen liegenden Aufträgen abweichend sieht nun Art. 122, Abs. 9 Vergabegesetzbuch vor, dass der öffentliche Auftragsgeber entscheiden *kann*, ungewöhnlich niedrige Angebote bei Anwendung des Billigstbieterprinzips automatisch auszuschließen, falls die EU-Schwelle nicht überschritten wird. Nach der vorherigen Gesetzgebung (Artikel 21, Abs. 1-bis Gesetz 109/1994) galt hingegen der automatische Ausschluss der ungewöhnlich niedrigen Angebote in Rahmen der Vergabe öffentlicher Bauarbeiten unterhalb der EU-Schwelle.

Die Vereinbarkeit jener Bestimmung zum automatischen Ausschluss (im früheren italienischen Recht) mit dem europäischen Vergaberecht ist Gegenstand von zwei aktuellen Vorabentscheidungsersuchen, die von italienischen Verwaltungsrichtern eingereicht wurden. Der europäische Richterspruch zu diesen spezifischen Fragen wird möglicherweise allgemeine Hinweise zur Bedeutung des oben erwähnten Artikels 55 der Richtlinie 2004/18 liefern. Im Übrigen werfen die Vorabentscheidungsersuchen die Frage auf, ob die in der Richtlinie vorgesehene Regelung über den nichtautomatischen Ausschluss entweder ein grundlegendes Prinzip des Gemeinschaftsrechts, oder Ausdruck einer impliziten Folge oder eines "abgeleiteten Grundsatzes" des Grundsatzes des Wettbewerbs in Verbindung mit den Grundsätzen der Transparenz der Verwaltung und der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit darstellt. Mit anderen Worten wird gefragt, ob diese Regel unmittelbar und mit Vorrang vor möglicherweise zuwiderlaufenden nationalen Vorschriften gilt, die von den Mitgliedstaaten zur Regelung der unterhalb der EU-Schwelle liegenden Vergabe öffentlicher Bauarbeiten erlassen wurden. Interessanterweise beträfe dies sowohl die vorherige Regelung über den automatischen Ausschluss der übertrieben niedrigen Angebote bei Anwendung des Billigstbieterprinzips als



auch (möglicherweise) die neue Regelung des Art. 122, Abs. 9 Vergabegesetzbuch, welche vorsieht, dass der öffentliche Auftraggeber entscheiden *kann*, ungewöhnlich niedrige Angebote bei Anwendung des Billigstbieterprinzips automatisch auszuschließen.

Zur Erläuterung dieser komplexen Fragestellung wird hier kurz auf den Fall *Santorso gegen Gemeinde Turin* eingegangen, das Ausgangsverfahren zu einem der oben erwähnten Vorabentscheidungsersuchen. Im Sachverhalt ging es um die Vergabe öffentlicher Bauarbeiten unterhalb der EU-Schwelle ohne Berücksichtigung des im alten Recht enthaltenen Gebots, ungewöhnlich niedrige Gebote auszuschließen. Dies geht auf einen im Jahr 2003 erlassenen Beschluss der Gemeinde Turin zur Nichtanwendung jener Bestimmung zurück. Der öffentliche Auftraggeber hatte seine Entscheidung damit begründet, dass die Bestimmung über den automatischen Ausschluss der ungewöhnlich niedrigen Angebote wettbewerbswidriges Verhalten seitens der Anbieter geradezu fördern würde. In diesem Zusammenhang hat sich die Gemeinde Turin auf eine Reihe von EuGH Entscheidungen berufen, u.a.: a) auf den „*Fratelli Costanzo*“ Fall, wonach keine Bestimmungen erlassen werden dürfen, aufgrund deren bestimmte nach einem mathematischen Kriterium ermittelte Angebote von der Vergabe öffentlicher Bauaufträge ohne weiteres (d.h. ohne kontradiktorische Überprüfung) ausgeschlossen werden; b) auf die Rechtssache „*Teleaustria und Telefonadress*“, wonach auch wenn die öffentlichen Vergaben vom Anwendungsbereich der europäischen Richtlinien ausgenommen sind, die öffentlichen Auftraggeber doch die Grundregeln des Vertrages im Allgemeinen und der Diskriminierung, der Transparenz, der Gleichbehandlung, der Verhältnismäßigkeit im Besonderen zu beachten haben. Das Turiner Oberverwaltungsgericht bezweifelt indessen das Zutreffen der von der Gemeinde angeführten Argumentation, dass die Regel über die kontradiktorische Überprüfung ein Grundprinzip des EU-Vergaberechts zum Ausdruck bringen würde. Da die Frage nach der Auslegung des Gemeinschaftsrechts als entscheidungserheblich betrachtet wird und in keinem gleichgelagerten Fall Gegenstand einer EuGH Entscheidung gewesen ist, kommt der Turiner Richter seiner Vorlagepflicht nach.

Wie bereits angedeutet, könnte der Ausgang dieser Vorabentscheidungsersuchen Auswirkungen auf Art. 122, Abs. 9 Vergabegesetzbuch haben und darüber hinaus wirken, insbesondere wenn die Haltung der Gemeinde Turin durch den EuGH Unterstützung findet.

## **VII Anrechnung der Erschließungsmaßnahmen auf die geschuldete Abgaben**

Weitere Probleme für das neue Vergaberecht könnten sich aus den neu formulierten Bestimmungen ergeben, wonach der durch eine Baugenehmigung und einen genehmigten Erschließungsplan Berechtigte Erschließungsanlagen unter Abzug der Kosten von einem Beitrag unmittelbar errichten darf. In der Rechtssache *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi gegen die Gemeinde von Mailand* hatte der Gerichtshof bereits entschieden, dass das europäische Vergaberecht „nationalen städtebaurechtlichen Vorschriften entgegensteht, wonach ein Bauherr, der sich auf eine Baugenehmigung und einen genehmigten Erschließungsplan stützen kann, eine Erschließungsanlage, deren Wert den in der Richtlinie festgesetzten Schwellenwert erreicht oder übersteigt, unmittelbar erstellen und die Kosten hierfür ganz oder teilweise von dem wegen der Baugenehmigung geschuldeten Beitrag abziehen kann, ohne dass die in der Richtlinie festgelegten Verfahren eingehalten werden“.

Über die Unvereinbarkeit mit dem europäischen Vergaberecht von Rechtsbestimmungen, die solchen „Anrechnungen“ ermöglichen, hat sich am letzten 8. November der Generalanwalt Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer geäußert. Obwohl sich der Generalanwalt auf die frühere Rechtslage bezieht, treffen einige seiner Überlegungen auch im Hinblick auf das neue Vergabegesetzbuch zu.

Es wird erstens ausgeführt, dass die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung des EG-Vertrages selbst dann zu beachten sind, wenn das Budget die Schwellenwerte der Union unterschreitet. Daraus wird die direkte Vergabe an den Inhaber einer Baugenehmigung oder eines Erschließungsplans nicht ausgeschlossen (Fortsetzung folgt).

## **VIII Konzessionen und die Rolle der italienischen Wettbewerbsbehörde**

Die Überlagerung des Vergaberechts mit dem Wettbewerbsschutz mag für einen deutschen Juristen wie eine Selbstverständlichkeit klingen. Schließlich liegt die vielleicht wichtigste Aufgabe des Vergaberegimes darin, die Ausübung der Nachfragemacht des Staates so zu gestalten, dass alle bietenden Wirtschaftssubjekte eine vergleichbare Chance erhalten, einen Auftrag der öffentlichen Hand zu erfüllen. Wichtig ist auch, dass Wirtschaftssubjekte aufgrund des Abbaus u.a. von Transaktionskosten und Marktzutrittsbeschränkungen zum lebhaften Wettbewerb auf der Anbieterseite gezwungen werden. Aus marktwirtschaftlicher Sicht dienen die

Regeln über die öffentliche Auftragsvergabe dazu, die Ausübung jener öffentlichen Nachfragemacht gerade noch „akzeptabel“ zu machen. Solange kein Wettbewerb auf der Nachfrageseite sinnvoll oder möglich erscheint, sollte das Vergaberecht für „marktmäßige“ Konditionen sorgen.

Traditionell ist das Wettbewerbsbewusstsein in Italien wenig entwickelt. Erinnerung sei zum Beispiel daran, dass eine Kartellgesetzgebung im eigentlichen Sinne erst im Jahr 1990 verabschiedet wurde. Spätestens im internationalen Vergleich werden die damit verbundenen Schwachstellen der italienischen Wirtschaft ganz deutlich. So hat der jüngste Jahresbericht (2005) für Italien der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) u.a. den in zahlreichen Sektoren unzureichenden Wettbewerb für das sehr beschränkte Wirtschaftswachstum verantwortlich gemacht.

Allmählich wird aber in Italien anerkannt, dass gerade in der öffentlichen Auftragsvergabe das Wettbewerbsprinzip eine wichtige Rolle spielt. Zu dieser Anerkennung hat in den letzten Jahren die italienische Wettbewerbsbehörde entscheidend beigetragen. Schon im Jahre 1992 (noch vor „Tangentopoli“) hatte die *Autorità* in einem an die Regierung adressierten Bericht über „Öffentliche Auftragsvergabe und Wettbewerb“ eine detaillierte Analyse der Hauptprobleme des damals geltenden Vergaberechts erstellt. In jünger Zeit hat die italienische Wettbewerbsbehörde ihre Aufmerksamkeit vor allem Baukonzessionen gewidmet.

In der Rechtssache *Brixen* hat der EuGH bereits entschieden, dass das völlige Fehlen einer Ausschreibung im Fall der Vergabe einer öffentlichen Dienstleistungskonzession mit den Grundsätzen der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz nicht im Einklang stehe. Für Dienstleistungskonzessionen sieht nun das neue Vergabegesetzbuch in Art. 30 ein „vereinfachtes“ Ausschreibungsverfahren vor.

Baukonzessionen insbesondere für Autobahnen stellen in Italien ein besonderes Problem dar, weil sie meistens vor mehreren Jahren und ohne öffentliches Vergabeverfahren erteilt und verlängert wurden. Neulich hat der EuGH eine Vertragsverletzung Italiens in Verbindung mit der Vergabe der Konzession an die Autobahngesellschaft Brescia-Verona-Vincenza-Padova für den Bau und die Verwaltung der Autobahnen *Valtrompia und Pedemontana Veneta Ovest* festgestellt. Das öffentliche Unternehmen ANAS AG hatte nämlich die Baukonzession ohne vorherige

Veröffentlichung einer Vergabebekanntmachung vergeben, obwohl nach Ansicht des EuGH die Voraussetzungen hierfür nicht gegeben waren.

In jüngster Zeit hat sich die italienische Wettbewerbsbehörde in einer zusammen mit der Aufsichtsbehörde für die öffentliche Auftragsvergabe erlassenen Stellungnahme zur Tatsache kritisch geäußert, dass 80 % der geltenden Baukonzessionen vergeben worden sind, ohne dass Wettbewerb zwischen den Anbietern stattfinden konnte. Problematisch ist auch eine weitere Tatsache, dass ohne Wettbewerbsverfahren ausgewählte Konzessionäre eigenen oder von ihnen kontrollierten Unternehmen Bauaufträge direkt vergeben konnten. Die italienische Wettbewerbsbehörde hatte sich daher für die Einführung einer Bestimmung ausgesprochen welche „alte“ Baukonzessionäre zur öffentlichen Auftragsvergabe zwingen würde. Art. 253, Abs. 25 Vergabegesetzbuch („unter Übergangsbestimmung“) sieht nur vor, dass „alte“ Baukonzessionäre verpflichtet sind, mindestens 40 % der Bauaufträge an Dritte zu vergeben. Kritisch anzumerken ist allerdings, dass diese Bestimmung die Vergabe der restlichen 60 % der Bauaufträge an eigene Unternehmen gerade zu Gunsten „alter“ Konzessionäre zu legitimieren scheint. Es stellt sich insbesondere die Frage, ob jene Bestimmung mit dem europäischen Vergaberecht und insbesondere mit den Prinzipien der Transparenz und des Wettbewerbs zu vereinbaren ist.

## **IX Der Rechtsschutz**

Die vielleicht wichtigste Neuerung besteht darin, dass die Aufsichtsbehörde für öffentliche Bauaufträge auf Antrag der öffentlichen Auftraggeber und mindestens eines der Bieter eine Stellungnahme bzgl. der im Rahmen des Vergabeverfahrens entstandenen Fragen oder Streitigkeiten abgeben muss. Anzumerken sei allerdings, dass die abgegebene Stellungnahme keine bindende Funktion hat. Die Aufsichtsbehörde hat eine diesbezügliche Verfahrensverordnung bereits erlassen.

Da öffentliche Aufträge als zivilrechtliche Verträge gelten, sind die Zivilgerichte für Rechtsstreitigkeiten zuständig, die bei der Vertragsausführung auftreten. Bei Rechtsstreitigkeiten bei der Vertragsausführung besteht allerdings auch die Möglichkeit, ein Schiedsgericht nach Artikel 241 anzurufen. Falls der Vertrag vorsieht, dass Rechtsstreitigkeiten zwischen Bieter und

öffentlichem Auftraggeber von Schiedsrichtern entschieden werden, wird das Urteil an eine Kommission verwiesen, die vom Schiedsgericht für öffentliche Bauaufträge eingesetzt wird.

## **X Schlussbemerkung**

Die positiven Auswirkungen einer Verstärkung der Transparenz und folglich des Wettbewerbs im Beschaffungswesen können nicht geleugnet werden. Aus mehr Wettbewerb zwischen den Anbietern verspricht man sich sowohl eine Preisdämpfung, als auch Qualitätsverbesserung. Das ganz konkrete Risiko von gesamtwirtschaftlichen Ineffizienzen und Wohlfahrtsverlusten wird, wenngleich nicht beseitigt, zumindest im Zaum gehalten. Keine untergeordnete Rolle für Italien spielt auch die Tatsache, dass die strikte Einhaltung der Vergaberegeln einen wichtigen Beitrag zum Abbau der Staatsverschuldung und zur Einhaltung der 3 %-Defizitgrenze leisten kann.

Ob die neue Regulierung der öffentlichen Auftragswesen seine Ziele nun erreichen wird, lässt sich wahrscheinlich nur mit der Zeit feststellen. Eine genaue, wirtschaftliche Überprüfung der Auswirkungen des neuen Vergaberechts bleibt natürlich sehr schwierig, z.B. weil sich nicht ableiten lässt, ob der von der öffentlichen Hand bezahlte Preis dem theoretisch erzielbaren Gleichgewichts- oder Wettbewerbspreis entspricht. Hinzu kommt, dass komplexe, heterogene ökonomische Güter wie Bauwerke sich meist einer Vergleichsanalyse entziehen, oder dass die von den öffentlichen Auftraggebern verbrauchte Zeit, um die Regeln zu verstehen und dann anzuwenden schwer messbar ist.

Wie im Falle des neuen italienischen Vergaberechts bestehen bei jedem komplexen Regelwerk immer Spielräume für Verbesserungen. Hier haben wir insbesondere auf die Notwendigkeit hingewiesen, die Regelung über die Vergabe von Bauaufträgen an Dritte durch „alte“ Konzessionäre wettbewerbsfreundlicher zu gestalten. Es bleibt abzuwarten, wie die gerade in diesen Tagen im italienischen Parlament debattierte Novellierung konkret aussehen und u.a. ob die Regierung aus den bereits erwähnten Schlussanträgen des Generalrechtsanwalt Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer weitere Impulse für Reformen ziehen wird.