

Konsultation der Europäischen Kommission über den Zugang von Unternehmungen aus Drittstaaten zu öffentlichen Aufträgen in der EU

I. Einleitung

Die Europäische Kommission führt zurzeit eine öffentliche Konsultation durch, ob bzw. inwieweit die aus dem GPA (Government Procurement Agreement) resultierenden Rechte und Verpflichtungen im EU-Recht für alle Mitgliedstaaten verbindlich festgeschrieben werden sollen.

Zufolge der EU-Kommission besteht aktuell eine Lücke zwischen der internationalen Verpflichtung der EU zur Öffnung ihres Beschaffungsmarkts für die GPA-Mitgliedstaaten und der vielfach weitergehenden tatsächlichen Marktöffnung. Jüngstes Beispiel ist die Vergabe eines EU-finanzierten Straßenbauauftrags durch eine nationale Vergabebehörde (GDDKiA/Polen) an ein Staatsunternehmen aus einem Drittland, welches nicht Mitglied im GPA ist (COVEC/China).

Die VIBÖ begrüßt die Überlegungen der EU-Kommission, das aus dem internationalen Recht abgeleitete Marktöffnungsniveau künftig für alle EU-Mitgliedstaaten und deren Vergabebehörden verbindlich zum Maßstab für den Zugang von Drittstaatsfirmen zu erheben.

Weltweit gesehen sind die baurelevanten öffentlichen Beschaffungsmärkte vor allem in den Schwellenländern häufig gegenüber ausländischen Anbietern abgeschottet. Ein Beispiel für eine solche Marktabschottung ist China, wo sich ausländische Baufirmen kaum bzw. nur an nicht chinesisch finanzierten Ausschreibungen beteiligen können. Für chinesisch-ausländische Joint Ventures besteht zwar formal die Inländergleichbehandlung, allerdings hat die VR China auf diesem Gebiet zeitgleich mit ihrem Beitritt zur WTO im Jahr 2001 ein diskriminierendes Qualifizierungssystem eingeführt, das ausländisch beherrschte Bauunternehmen de facto benachteiligt und in dessen Folge der europäische Marktanteil von 6 % auf mittlerweile unter 1 % gesunken ist.

Vor diesem Hintergrund plädiert die VIBÖ dafür, den Zugang von Unternehmen aus Drittstaaten zu öffentlichen Ausschreibungen in der Europäischen Union nur insoweit zu gestatten, als auch für EU-Unternehmen ein ungehinderter Zugang zum jeweiligen öffentlichen Beschaffungsmarkt des Drittlandes besteht.

II. Internationale Rechtslage (GPA / WTO)

Das öffentliche Auftragswesen innerhalb der EU wird einerseits durch das europäische Vergaberecht geregelt, andererseits aber auch durch das GPA-Abkommen mitbestimmt und überlagert.

Ausschlaggebend für die Erarbeitung des GPA war die Tatsache, dass das öffentliche Auftragswesen vom Anwendungsbereich des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens (GATT) sowie des Allgemeinen Abkommens über den Handel mit Dienstleistungen (GATS) ausgeschlossen ist.

Das GPA ist kein multilaterales, sondern ein „plurilaterales“ Abkommen, das bislang nur von 40 Vertragsstaaten (inklusive der 27 EU-Mitgliedsstaaten) unterzeichnet wurde. Das GPA ist demnach nicht Bestandteil des sog. „single undertaking“ der WTO, d.h. es verpflichtet nicht alle 153 Mitglieder der WTO gleichermaßen, sondern nur diejenigen, die das GPA ratifiziert haben (und dies auch nur insoweit, als es der Reziprozitätsgrundsatz gebietet). Im Gegensatz zum WTO-Abkommen konnten sich die GPA-Mitgliedsstaaten weder auf eine Verankerung der Meistbegünstigungsklausel noch auf den Gleichbehandlungsgrundsatz einigen. Dies bedeutet in der Praxis, dass es keinen für alle GPA-Mitgliedsstaaten einheitlichen Zugang zu den Beschaffungsmärkten der Vertragspartner gibt, sondern es bestehen zwischen den Vertragspartnern verschiedene individuelle Liberalisierungsgrade. Der tatsächliche Anwendungsbereich ist im Appendix des Abkommens festgelegt, wo jeder GPA-Vertragspartner spezifische Vorbehalte hinterlegt hat, welche das GPA-Abkommen eher zu einem bilateralen Beziehungsgeflecht als zu einem internationalen Vertragswerk machen.

Aus dieser Rechtslage folgt, dass es sich bei den Überlegungen der EU-Kommission zur Einführung eines auf Reziprozität ausgerichteten Marktzugangs nicht um eine protektionistische Maßnahme im Sinne einer Marktabschottung handelt, sondern lediglich um die (bislang nicht ausgeübte) legitime Wahrnehmung einer bestehenden Rechtsposition.

III. Stand der internationalen Liberalisierung im Baubereich

Die Bemühungen auf internationaler Ebene, den Marktzugang für Baudienstleistungen zu liberalisieren, haben während der letzten Dekade keine nennenswerten Ergebnisse gebracht:

- Bei den GATS-Verhandlungen sind weder spürbare Liberalisierungsschritte im Bereich des Bausektors zu verzeichnen, noch konnte ein sektorübergreifender Fortschritt mit Blick auf den für die internationalen Aktivitäten der Bauindustrie relevanten GATS-Modus 3 (Kommerzielle Präsenz im Ausland) erreicht werden.
- Seit dem Inkrafttreten des GPA-Abkommens im Jahr 1996 ist noch kein großes Schwellen- oder Entwicklungsland, welches über einen relevanten Baumarkt verfügt, dem Übereinkommen beigetreten.
- Nicht einmal das Minimalziel der Herstellung von mehr Transparenz im öffentlichen Auftragswesen konnte erreicht werden, da die WTO im Jahr 2004 beschlossen hat, die entsprechenden Verhandlungen für ein multilaterales Abkommen nicht weiter zu verfolgen.
- Jüngstes Beispiel für die bestehende Zurückhaltung bei der weltweiten Liberalisierung der öffentlichen Beschaffungsmärkte ist das im Vorjahr von der VR China unterbreitete Angebot für einen GPA-Beitritt: Neben der fehlenden Berücksichtigung der Provinz- und Kommunalebene sowie der staatseigenen Infrastrukturbetreiber, schließt das chinesische GPA-Angebot auch den gesamten Tiefbausektor sowie weitere wichtige Marktsegmente (z. B. Gründungs- und Brunnenbohrarbeiten oder Bauarbeiten im Schul- bzw. Gesundheitsbereich) von der Marktöffnung aus.

IV. Aktuelle EU-Konsultation zur Reziprozität im öffentlichen Auftragswesen

Angesichts dieser Entwicklung auf internationaler Ebene erscheint es durchaus gerechtfertigt, dass die Europäische Kommission von einer legitimen internationalen Rechtsposition Gebrauch machen und das Reziprozitätsprinzip des GPA formal für alle EU Mitgliedsstaaten festschreiben will.

Mit Blick auf die von der EU-Kommission in ihrer Konsultation¹ aufgezeigten Handlungsoptionen spricht sich die VIBÖ aus folgenden Gründen für die Option 3-A (EU-Legislative Initiative mit Verpflichtungscharakter für die nationalen Vergabebehörden) aus:

¹ Link zum Fragebogen: <http://ec.europa.eu/yourvoice/ipm/forms/dispatch?form=internationalPP>

- Die EU hat im Appendix zum GPA klargestellt, dass sie die Marktöffnung gegenüber den übrigen GPA-Vertragspartnern nur auf Basis der Gegenseitigkeit gewähren will. Wenn nach geltendem EU-Recht der Ausschluss von Unternehmen aus GPA-Mitgliedsstaaten im Falle fehlender Reziprozität rechtmäßig ist, dann muss dies wohl erst recht gegenüber Unternehmen aus Nicht-GPA-Mitgliedsstaaten gelten.
- Gemäß Lissabon-Vertrag haben die EU-Mitglieder der Europäischen Kommission ein ausschließliches Verhandlungsmandat für Abkommen mit Drittstaaten oder internationalen Organisationen erteilt. Basierend auf dieser Ermächtigung setzt sich die EU-Kommission seit mehreren Jahren dafür ein, dass z.B. China dem GPA beitrifft oder Indien ein Freihandelsabkommen unterzeichnet, welches auch ein Kapitel zum öffentlichen Auftragswesen beinhaltet. Es ist absolut kontraproduktiv, dass die einzelnen EU-Mitgliedsstaaten nach geltendem EU-Recht nicht dazu verpflichtet sind, auf Maßnahmen zu verzichten, welche die Verhandlungsposition der EU-Kommission untergraben (vgl. den o.a. Fall der Vergabe eines EU-finanzierten Bauauftrags an ein chinesisches Staatsunternehmen). Ebenso wenig erscheint es zielführend, dass die in den GPA-Verhandlungen erzielten Ergebnisse für einzelne EU-Mitgliedstaaten nicht bindend sind, d.h. diese sie nicht daran hindern, ihre Märkte weiter zu öffnen als auf EU-Ebene vereinbart.
- Der o.a. Beispielfall in Polen verdeutlicht, dass die Vergabebehörden einzelner EU-Mitgliedsstaaten für wettbewerbsverzerrende Dumping-Angebote aus Drittstaaten durchaus empfänglich sind. Derzeit gibt es keine Möglichkeiten für die EU-Kommission, gegen derartige Vergaben vorzugehen.

Aus Sicht der VIBÖ sollte daher der EU-Kommission ein Aufsichts- bzw. Interventionsrecht auf Basis der Handlungsoption 3-A zugestanden werden, welches innerhalb der sog. „Stillhaltefrist“ zwischen Vergabeentscheidung und Auftragserteilung auszuüben wäre, um wettbewerbsverzerrende Marktzugänge aus Drittstaaten hintanzuhalten.

Die Bauindustrie ist in besonderem Maße auf faire, EU-weit verbindliche Spielregeln im öffentlichen Auftragswesen angewiesen, da es auf der WTO-Ebene keine dem Güterbereich entsprechenden Schutzinstrumente für den Dienstleistungsbereich (wie etwa ein Anti-Dumping-Verfahren oder ein Anti-Subventionsinstrument) gibt. Auch das EU-Recht selbst bietet keinen Schutz gegen eine Wettbewerbsverzerrung durch Staatsunternehmen aus Drittstaaten. Das in Artikel 107 ff des EU-Vertrags geregelte Verbot von wettbewerbsverzerrenden staatlichen Beihilfen bezieht sich nur auf EU-Unternehmen, nicht aber auf Unternehmen aus Drittstaaten. Hier erscheint das aktuelle EU-Recht nicht schlüssig bzw. unvollständig.

Einige exportorientierte Industriezweige sehen die von der Bauindustrie geforderte Reziprozität im öffentlichen Auftragswesen kritisch, weil sie entsprechende Retorsionsmaßnahmen auf ihren internationalen Absatzmärkten befürchten. Die Bedenken sind jedoch unbegründet: Da das GPA nicht vom sog. „single undertaking“ der WTO umfasst ist, wird durch die Einführung der Reziprozitätsregel im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens in keiner Weise in bestehende WTO-Rechtspositionen des GATT oder GATS eingegriffen. Aufgrund der Wahrnehmung einer völkerrechtlichen Rechtsposition im Bereich des GPA seitens der EU sind keinerlei Retorsionen auf WTO-Ebene durch Partner zulässig, welche nicht dem GPA angehören.

V. Resümee aus Sicht der VIBÖ

Die Konsultation der EU-Kommission zur Reziprozität im öffentlichen Auftragswesen eröffnet der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten eine einmalige Gelegenheit, die Frage des Zugangs von Drittlandfirmen zum öffentlichen EU-Beschaffungsmarkt einheitlich und allgemeinverbindlich zu regeln.

Das von der EU-Kommission angedachte „Legislativinstrument“ sollte so konstruiert sein, dass den EU-Mitgliedsstaaten eine Zulassung von Drittlandfirmen zu EU-weiten Ausschreibungen nur insofern gestattet ist, als europäische Unternehmen ihrerseits in dem betreffenden Marktsegment einen symmetrischen Zugang zum Drittlandmarkt vorfinden. Hierfür ist die Mitgliedschaft im GPA (bzw. der Abschluss eines bilateralen Freihandelsabkommen mit einem Kapitel zum öffentlichen Auftragswesen) eine notwendige Grundvoraussetzung.

Die EU-Kommission muss in die Lage versetzt werden, EU-weit Wettbewerbsverzerrungen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens durch staatlich subventionierte Unternehmen aus Drittstaaten hintanhaltend zu können. Für den Fall, dass nationale Vergabebehörden vom Rechtsgrundsatz der Reziprozität abzuweichen gedenken, sollte die EU-Kommission mit einer Aufsichts- und Interventionsbefugnis gegenüber EU-Mitgliedsstaaten ausgestattet sein.

Dementsprechend plädiert die VIBÖ dafür, die von der EU-Kommission vorgeschlagene „Handlungsoption 3-A“ vollinhaltlich umzusetzen.