



# Auftragsvergabe im Verteidigungssektor: Das neue Regelungswerk der EU

Der Rat der Europäischen Union für Wirtschaft und Finanzen (Ecofin) hat am 7. Juli 2009 die EU-Verteidigungsrichtlinie angenommen. Diese neue Richtlinie wirkt sich auf öffentliche Auftraggeber und solche Bauunternehmen, Lieferanten oder Dienstleistungsanbieter aus, die eine Lieferung von Gütern und eine Erbringung von Dienstleistungen sowohl für Zwecke der Verteidigung als auch der Sicherheit innerhalb der EU beabsichtigen. Dieses Briefing untersucht einige der Kernfragen, die für internationale Bauunternehmen des Verteidigungssektors, Lieferanten und Dienstleistungsanbieter von Bedeutung sind.

Die EU-Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit (Verteidigungsrichtlinie) wurde vom Europäischem Parlament im Januar dieses Jahres und vom Rat der Europäischen Union für Wirtschaft und Finanzen (Ecofin) am 7. Juli 2009 angenommen. Nach der Veröffentlichung im Amtsblatt der EU am 20. August 2009 haben die Mitgliedstaaten zwei Jahre Zeit, die Richtlinie in nationales Recht umzusetzen.

Die neue Verteidigungsrichtlinie wirkt sich auf Käufer aus dem öffentlichen Sektor wie auch auf solche Bauunternehmen, Lieferanten und Dienstleistungsanbieter aus, die eine Lieferung von Gütern und Dienstleistungen für Zwecke der Verteidigung, aber auch für Zwecke der Sicherheit innerhalb der EU anbieten wollen.

Ziel der Richtlinie ist es, ein Regelungswerk für die Beschaffung von Gütern im Verteidigungssektor zu schaffen, das auf die besonderen Gegebenheiten bei Einkäufen in der Verteidigungsindustrie eingeht, insbesondere auf die Versorgungs- und die Informationssicherheit.

Das Beschaffungswesen im Verteidigungssektor innerhalb der EU unterliegt gegenwärtig einschneidenden Veränderungen. Eines der angegebenen Ziele der Verteidigungsrichtlinie ist es: »eine europäische rüstungstechnologische und -industrielle Basis zu fördern, zu entwickeln und zu unterhalten, die fähigkeitsgetrieben, kompetent und wettbewerbsfähig ist. Zur Erreichung dieses Ziels können die Mitgliedstaaten unterschiedliche Instrumente einsetzen, die mit dem Gemeinschaftsrecht

vereinbar sind und auf einen echten europäischen Markt für Verteidigungsgüter und gleiche Wettbewerbsbedingungen sowohl auf europäischer als auch auf globaler Ebene abzielen.<sup>1</sup>

Das Institute for Public Policy Research schlägt in einem aktuellen Bericht vor, dass europäische Staaten Verteidigungsmittel bündeln und sich auf mehr Arbeitsteilung innerhalb der europäischen Verteidigungsindustrie einlassen, um Mittel für dringend benötigte Investitionen freizusetzen.<sup>2</sup> Heutzutage könne sich kein europäischer Staat die volle Bandbreite an militärischen Mitteln in einem hinreichenden Ausmaß leisten, um seine eigene Sicherheit zu garantieren.<sup>3</sup>

Die neue Verteidigungsrichtlinie wird als ein wichtiges Instrument angesehen, um einen einheitlichen gemeinschaftlichen europäischen Verteidigungsmarkt zu schaffen.

## Freie Anwendung des Verhandlungsverfahrens

Nach der Verteidigungsrichtlinie kann ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Veröffentlichung ohne Begründung durchgeführt werden. Dementsprechend wird es als das für das Beschaffungswesen im Verteidigungssektor angemessene Verfahren angesehen.

<sup>1</sup> Verteidigungsrichtlinie, Erwägungsgrund 3.

<sup>2</sup> Shared Responsibilities: A National Security Strategy for the UK, The Final Report of the Institute for Public Policy Research's Commission on National Security in the 21<sup>st</sup> Century (IPPR Report), Recommendation 24.

<sup>3</sup> IPPR Report, S. 58.

## Kern des Beschaffungswesens im Verteidigungssektor (1): Informationssicherheit

In Anbetracht der außerordentlichen Sensibilität, die Angelegenheiten der Verteidigung und Sicherheit naturgemäß anhaftet, haben die Mitgliedstaaten ein besonderes Interesse an der Informationssicherheit. Die Schaffung eines einheitlichen, europaweiten Regelungswerks zur Informationssicherheit wird von Erwägungsgrund 9 der Verteidigungsrichtlinie als ein wichtiges Ziel genannt: »Eine unionsweite Regelung über Informationssicherheit, die die gegenseitige Anerkennung nationaler Sicherheitsüberprüfungen einschließt und den Austausch von Verschlusssachen zwischen Auftraggebern und europäischen Unternehmen zulässt, wäre äußerst nützlich.«

Zulässige Eignungskriterien werden in Kapitel VII Abschnitt 2 der Verteidigungsrichtlinie spezifiziert. Ein Auftraggeber kann einen Wirtschaftsteilnehmer ausschließen, wenn er im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen hat, wie die Verletzung seiner Pflicht zur Gewährleistung der Informations- oder Versorgungssicherheit im Rahmen eines früheren Auftrags (Artikel 39 Abs. 2 lit. d). Ein Auftraggeber kann auch solche Wirtschaftsteilnehmer ausschließen, die nicht die erforderliche Zuverlässigkeit aufweisen, um Risiken für die Sicherheit auszuschließen (Artikel 39 Abs. 2 lit. e). Momentan ist unklar, ob ein Ausschlussgrund bereits dann vorliegt, wenn die Muttergesellschaft ihren Sitz in einem politisch sensiblen Staat hat. Wird einem Auftraggeber allerdings eine von der zuständigen Behörde ausgestellte Bescheinigung des betreffenden Mitgliedstaats vorgelegt, in dem der Wirtschaftsteilnehmer seinen Sitz hat, soll er die Bescheinigung »als ausreichenden Nachweis dafür [ansehen]«, dass die Ausschlussgründe des Artikel 39 Abs. 2 nicht vorliegen.

Ein Auftraggeber kann außerdem den Nachweis des Auftragnehmers verlangen, dass er den Umgang mit Verschlusssachen auf der vom Auftraggeber geforderten Sicherheitsstufe gewährleisten kann (Artikel 42 Abs. 1 lit. j). Er kann die Einhaltung der nationalen Bestimmungen verlangen und darf gleichwertige Sicherheitsüberprüfungen anerkennen. Darüber hinausgehende Nachweise sind zulässig, müssen jedoch mit den Prinzipien der Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung und Verhältnismäßigkeit in Einklang stehen (Erwägungsgrund 68).

Zur Gewährleistung der Informationssicherheit kann der Auftraggeber verlangen, dass sich der Bieter und die

bereits feststehenden Unterauftragnehmer verpflichten, die Vertraulichkeit aller Verschlusssachen zu wahren (Artikel 22 lit. a).

Nach Artikel 20 ist es dem Auftraggeber gestattet, Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorzuschreiben, inklusive solcher, die darauf abzielen, die Sicherheit von Verschlusssachen und die Versorgungssicherheit zu gewährleisten (siehe unten).

## Kern des Beschaffungswesens im Verteidigungssektor (2): Versorgungssicherheit

Ein weiterer sensibler Bereich für die Mitgliedstaaten ist die Notwendigkeit, Versorgungssicherheit zu garantieren, besonders in einem Notfall oder im Falle einer lang anhaltenden Sicherheitskrise. Daher sieht die Verteidigungsrichtlinie weitere zulässige Eignungskriterien für die Gewährleistung der Versorgungssicherheit vor. Diese basieren hauptsächlich auf der klassischen Richtlinie, beinhalten aber auch zusätzliche Kriterien, wie etwa die Anforderung an einen Wirtschaftsteilnehmer, Nachweise über seine Versorgungsquellen zu erbringen, inklusive des geographischen Standorts, falls dieser sich außerhalb der Europäischen Union befindet, um

- den Vertrag durchzuführen,
- eventuelle Bedarfssteigerungen infolge einer Krisensituation zu decken oder
- die Wartung, Modernisierung oder Anpassung der im Rahmen des Auftrags gelieferten Güter sicherzustellen (Artikel 42 Abs. 1 lit. h).

Nach Artikel 23 muss der Auftraggeber seine Anforderungen an die Versorgungssicherheit im Voraus festlegen. Diese können Zusagen bezüglich der Bedarfssteigerungen des Auftraggebers im Rahmen des Auftrags beinhalten. Soweit derartige Bedarfssteigerungen nicht im Voraus durch den Vertrag sichergestellt wurden, kann das nachträglich geschehen, indem die Zusage des Bieters gefordert wird, die zur Deckung möglicher Bedarfssteigerungen *infolge einer Krise* erforderlichen Kapazitäten unter noch zu vereinbarenden Bedingungen zu schaffen und/oder beizubehalten. Es ist nicht klar, ob für derartige Zusatzzlieferungen eine separate Ausschreibung im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung notwendig ist (wie von Artikel 28 Abs. 1 lit. d im dringenden Notfall zugelassen wird). Alternativ könnte man Vertragsoptionen vorsehen, um derartige Beschaffungen unter dem ursprünglichen Vertrag abzuwickeln.

Auftraggeber können auch die Zusage verlangen, technische Zeichnungen und Lizenzen zur Verfügung zu stellen, sofern der Auftragnehmer während der Vertragslaufzeit nicht mehr in der Lage sein sollte, Ersatzteile zu liefern. Während der Gesetzgebungsphase war der *Beweis* der Fähigkeit vorgesehen, derartige Informationen zu liefern. Diese Forderung wurde jedoch später auf eine *Zusage* reduziert, derartige Rechte oder Informationen zu beschaffen. Diese Anforderung stellt dennoch eine unter Umständen erhebliche und belastende Pflicht für Auftragnehmer dar. Wir gehen davon aus, dass es das Ziel der Regelung ist, die Folgen einer Insolvenz des Auftragnehmers abzudecken. Dieses Ziel könnte auch mit einer Treuhandvereinbarung für essentielle Lizenzen erreicht werden (natürlich unter der Voraussetzung, dass derartige Rechte nicht bereits gänzlich nach den Bedingungen des Vertrags übergehen). Weiterhin können Auftraggeber fordern, dass das Angebot Informationen enthält wie etwa

- eine Bescheinigung, die belegt, dass der Bieter in Bezug auf den Export von Gütern seine Verpflichtungen erfüllen kann und
- eine Bescheinigung, die belegt, dass es der Standort der Lieferkette des Bieters erlaubt, die Anforderungen des Auftraggebers an die Versorgungssicherheit zu erfüllen.

Wenn das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhält, kann die Zuschlagsentscheidung nach verschiedenen Kriterien ergehen, sofern diese im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen, einschließlich der Versorgungssicherheit. In den Zuschlagskriterien wird die Informationssicherheit nicht explizit erwähnt. Allerdings sieht Erwägungsgrund 67 vor, dass ein Auftraggeber einen Wirtschaftsteilnehmer jederzeit im Laufe eines Vergabeverfahrens ausschließen kann, wenn er Kenntnis davon erhält, dass die Vergabe des gesamten oder eines Teils des Auftrags wesentliche Sicherheitsinteressen gefährden könnte.

## **Forschung und Entwicklung: Neue Auflagen**

Um die Zusammenarbeit bei Forschung und Entwicklung innerhalb des Verteidigungssektors der EU zu fördern, findet die Verteidigungsrichtlinie gemäß Artikel 13 lit. c keine Anwendung auf Verträge, die im Rahmen eines Kooperationsprogramms vergeben werden, das Forschung und Entwicklung zum Gegenstand hat und

von mindestens zwei Mitgliedstaaten für die Entwicklung eines neuen Produkts und die späteren Phasen des Lebenszyklus dieses Produkts durchgeführt wird.

Es ist umstritten, ob die Verteidigungsrichtlinie den Auftraggeber daran hindern kann, Verträge einzugehen, in denen der Lieferant zunächst Dienstleistungen im Bereich Forschung und Entwicklung erbringt und im Anschluss die Produktion des entwickelten Produkts übernimmt. Forschung und Entwicklung ist restriktiv definiert und umfasst nicht Vorserien-Prototypen, Werkzeug- und Fertigungstechnik, Industriedesign oder Herstellung (Erwägungsgrund 12). Nach Artikel 28 Abs. 2 ist es dem Auftraggeber gestattet, Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zu vergeben, soweit es sich um Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Zusammenhang mit Forschung und Entwicklung und den ausschließlich dafür hergestellten Produkten handelt (dies gilt jedoch nicht für Serienfertigungen zum Nachweis der Marktfähigkeit eines Erzeugnisses). Somit wurde die Möglichkeit der Auftraggeber eingeschränkt, Aufträge im Verhandlungsverfahren und ohne vorherige Bekanntmachung zu vergeben.

Dies könnte sich negativ für Lieferanten auswirken, weil sie Verträge über die Fertigung und die Lieferung von Erzeugnissen der Verteidigungsindustrie und Produkten im Bereich der Sicherheit verlieren könnten, die sie selbst entwickelt haben. Darüber hinaus ist es in Fällen, in denen Lizenzen an den Auftraggeber übertragen wurden, nicht möglich, sich auf die Ausnahme von der Verpflichtung zu öffentlicher Ausschreibung aufgrund technischer Gründe oder aufgrund des Schutzes eines Ausschließlichkeitsrechts zu berufen.

## **Unteraufträge**

Nach der Verteidigungsrichtlinie können Mitgliedstaaten vorsehen, dass der Auftraggeber den erfolgreichen Bieter dazu verpflichtet, einen Teil des Auftrags an Dritte weiterzugeben (Artikel 21 Abs. 4). Der Auftraggeber, der eine derartige Vergabe von Unteraufträgen vorschreibt, gibt diesen Mindestprozentsatz in Form einer Wertspanne unter Einschluss des Mindest- und Höchstprozentsatzes an. Der Höchstprozentsatz darf 30 Prozent nicht überschreiten. Diese Spanne muss angemessen im Hinblick auf den Gegenstand, den Wert des Vertrags und der Art des betroffenen Industriesektors

sein. Die gesetzgeberische Intention hinter dieser Vorschrift war offenbar kleinere und mittlere Unternehmen zu begünstigen.

### **Ausschlüsse: Eingeschränkt, aber noch vorhanden**

Im Dezember 2006 veröffentlichte die Europäische Kommission eine Mitteilung zu Anwendungsfragen des Artikels 296 EG-Vertrag, um den Auftraggebern Kriterien für die Einschätzung zur Verfügung zu stellen, ob eine Freistellung nach dieser Vorschrift gerechtfertigt ist. Nach Auffassung der Kommission wurde zu häufig von der Freistellung Gebrauch gemacht. Entsprechend stellte sie klar, dass nur die Beschaffung von Ausrüstung vom EU-Vergaberecht ausgenommen werden kann, die speziell für militärische Zwecke konzipiert, entwickelt und produziert wurde. Die Kommission verkündete außerdem, dass Artikel 296 auf Dual-use-Güter anwendbar ist, soweit die Anwendbarkeit des EU-Vergaberechts dazu führen würde, dass ein Mitgliedstaat Informationen offenlegen müsste, die wesentliche Sicherheitsinteressen des Landes betreffen. Allerdings ist das Ermessen der Mitgliedstaaten bei der Beurteilung des eigenen zentralen Sicherheitsinteresses nicht unbegrenzt. Wirtschaftliche Interessen können nicht für sich alleine einen Ausschluss begründen. Derartige Mitteilungen zu Anwendungsfragen sind jedoch nicht rechtsverbindlich; vielmehr ist es die Aufgabe des Europäischen Gerichtshofs, die Richtlinien und den EG-Vertrag auszulegen und anzuwenden. Die Mitteilung deutet jedoch auf die Herangehensweise der Kommission bei zukünftigen Vertragsverletzungsverfahren hin.

### **Die Verteidigungsrichtlinie und die WTO**

Artikel 5 der klassischen Richtlinie verweist auf das im Rahmen der WTO geschlossene »Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen« (GPA). Daraus ergibt sich, dass die Mitgliedstaaten untereinander Bedingungen anwenden müssen, die ebenso günstig sind wie diejenigen, die sie Drittländern gewähren. Hiervon ausgenommen sind jedoch solche Vergabeaufträge der Mitgliedstaaten oder im Verteidigungssektor tätiger Unternehmen, die Waffen, Munition und Kriegsmaterialien betreffen. Es ist zu erwarten, dass die Verteidigungsrichtlinie das Recht der Mitgliedstaaten einschränken wird,

sich auf die Ausnahme des Artikels 296 EG-Vertrag zu berufen. Trotz des ähnlichen Inhalts der Vorschriften unterscheidet sich Artikel 296 EG-Vertrag im Anwendungsbereich von Artikel XXIII Abs. 1 des GPA und unterliegt anderen Standards gerichtlicher Überprüfung. Angesichts dieser Unterschiede stellt Erwägungsgrund 18 der Verteidigungsrichtlinie klar, dass es den Mitgliedstaaten unbenommen ist, sich auf Artikel XXIII Abs. 1 des GPA zu berufen, auch wenn Artikel 296 EG-Vertrag nicht anwendbar ist.

Dabei wird den Mitgliedstaaten weitgehend die Entscheidung überlassen, ob sie Nicht-EU-Herstellern den Zugang zum entsprechenden Markt öffnen. Unter bestimmten Umständen sind öffentliche Einrichtungen jedoch dazu verpflichtet alle eingehenden Angebote gleich zu behandeln und Angebote aus Nicht-EU-Staaten nur dann auszuschließen, sofern es hierfür eine hinreichende Begründung gibt (wie zum Beispiel mangelnde Versorgungssicherheit). Außerdem verpflichten öffentlich-rechtliche Vorschriften die Vergabestellen dazu, das wirtschaftlich günstigste Angebot wahrzunehmen. Auch durch diese Vorschriften kann ein Ausschluss von Angeboten aus Nicht-EU-Staaten erschwert werden.

### **Rechtsmittel: Neues Risiko für erfolgreiche Bieter**

Die Verteidigungsrichtlinie übernimmt im Wesentlichen die Regelungen der Rechtsmittelrichtlinie von 2007. Zum Beispiel legt Artikel 57 eine zwingend einzuhaltende zehntägige Stillhaltefrist fest. Ferner enthält Artikel 60 Regelungen, um bestimmte Verträge für unwirksam zu erklären, wenn sie nicht in einem ordnungsgemäßen Vergabeverfahren vergeben wurden.

### **Offsets**

Oftmals werden im Rahmen eines Vergabeverfahrens im Verteidigungssektor Offsets<sup>4</sup> vorgesehen, sodass ausländische Unternehmen gezwungen sind, im Land des

---

<sup>4</sup> Offset wird als industrielle Kompensation beim Verkauf von wehrtechnischen Produkten und Dienstleistungen bei Geschäften zwischen nationalen Regierungen und zwischen der Industrie und einer nationalen Regierung verstanden. Dabei kann sich die Kompensationsleistung auf Unterbeauftragung, Lizenzvergabe, Technologietransfer und Investitionen zwischen dem Verkäufer und dem Käuferland erstrecken. Offset ist eine definierte Verpflichtung des Lieferanten, die als Zusatzleistung in einem dem Liefervertrag zugeordnetem, aber unabhängigen Offsetvertrag festgelegt wird.

Auftraggebers zu investieren. Vor dem Hintergrund der hochsensiblen Natur von Offsets aus nationaler Sicht fand der Themenkomplex Offsets in der Verteidigungsrichtlinie keine Berücksichtigung (zum Teil wegen der Bedenken, dass eine Berücksichtigung die Zustimmung zu solchen Maßnahmen indizieren würde). Die Europäische Verteidigungsagentur (EVA), die im Jahr 2004 gegründet wurde, »um die Mitgliedstaaten und den Rat bei ihren Bemühungen zu unterstützen, die europäischen Verteidigungskapazitäten zu verbessern«, hat sich jedoch kürzlich mit Offsets befasst. Die EVA führte am 1. Juli 2009 einen Verhaltenskodex zu Offsets ein, der in diesem Bereich für größere Transparenz sorgen soll. Er erlaubt die Verwendung von Offsets im Zusammenhang mit Verteidigungsaufträgen nur, soweit der Wert der Offsets den des Auftrags nicht übersteigt. Allerdings ist der Verhaltenskodex freiwillig und entfaltet keine Rechtsverbindlichkeit.

## Neue Richtlinie für den innergemeinschaftlichen Austausch von Verteidigungsgütern

Neben der Verteidigungsrichtlinie ist am 8. April 2009 eine zweite Richtlinie angenommen worden, die die Bedingungen und Konditionen für den Austausch von Verteidigungsgütern innerhalb der Gemeinschaft vereinfacht.<sup>5</sup>

Diese Richtlinie zielt darauf ab, Hindernisse für den europaweiten Umlauf von Gütern und Dienstleistungen abzubauen, die dem Zweck der Verteidigung dienen und Wettbewerbsverzerrungen zu reduzieren, indem sie die Lizenzvergabe und -bedingungen vereinfacht und vereinheitlicht. Bestehende Lizenzverfahren sollen durch ein vereinfachtes System standardisierter Lizenzen ersetzt werden, sodass individuelle Lizenzen zur Ausnahme werden. Dennoch behalten die Mitgliedstaaten das Recht, Lizenzen zum Schutz ihrer wesentlichen Sicherheitsinteressen auszustellen, zu verweigern, zu widerrufen oder zu begrenzen.

Ein weiteres Ziel dieser Richtlinie ist die Verbesserung der Versorgungssicherheit von Auftraggebern, die Verteidigungs-, Sicherheitsgüter und -dienstleistungen von Lieferanten aus anderen Mitgliedstaaten beschaffen, indem die Kosten für eine Lizenzbewerbung durch vorhersehbarere Bedingungen reduziert werden.

## Zusammenfassung

Die Mitgliedstaaten haben ab Veröffentlichung der Verteidigungsrichtlinie im Amtsblatt der EU am 20. August 2009 zwei Jahre Zeit, sie in nationales Recht umzusetzen. Die Verteidigungsrichtlinie wird der Verteidigungsindustrie voraussichtlich neue Möglichkeiten eröffnen, da sie für mehr Transparenz und Wettbewerb sorgen wird. Allerdings führt sie auch zu neuen Risiken, zum Beispiel können Verträge aufgrund von erheblichen Verstößen gegen Beschaffungsregeln gekündigt werden. Das erlangt besondere Bedeutung in Fällen, in denen von der Ausnahme des EG-Vertrags Gebrauch gemacht wird (insbesondere Artikel 296), da die Kommission angekündigt hat, die Anwendung dieser Vorschriften durch öffentliche Auftraggeber genauer zu überwachen.

Für weitere Fragen wenden Sie sich bitte an

BERLIN  
Dr. Hans-Joachim Priess  
T + 49 30 20 28 37 59  
E hans-jochim.priess@freshfields.com

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP ist eine Limited Liability Partnership mit Sitz in London, registriert in England und Wales unter der Registernummer OC334789. Freshfields Bruckhaus Deringer LLP unterliegt den Bestimmungen der Solicitors Regulation Authority. Weitere regulatorische Informationen finden Sie im Internet unter [www.freshfields.com/support/legalnotice](http://www.freshfields.com/support/legalnotice). Die Bezeichnung „Partner“ bezieht sich auf einen Gesellschafter der Freshfields Bruckhaus Deringer LLP bzw. der mit ihr verbundenen Kanzleien und Gesellschaften oder auf einen ihrer Consultants oder Mitarbeiter mit vergleichbarer Position und Qualifikation.

<sup>5</sup> Die Mitgliedstaaten haben zwei Jahre Zeit, die Richtlinie umzusetzen.