

## Aufsätze und Berichte

Rechtsanwälte Dr. Andreas Neun und Dr. Olaf Otting\*

# Die Entwicklung des europäischen Vergaberechts in den Jahren 2020/2021

Ziel auch des diesjährigen Überblicksaufsatzes ist es, anknüpfend an den Vorjahresbericht (Neun/Otting EuZW 2020, 689), die wesentlichen Rechtsentwicklungen im europäischen Vergaberecht sowohl auf legislativer (I.) als auch judikativer Ebene (II.) zu den wichtigsten Entscheidungen der europäischen Gerichte und (III.) zu Vorabentscheidungsersuchen deutscher Nachprüfungsinstanzen an den EuGH sowie zu laufenden Vertragsverletzungsverfahren (IV.) im Berichtszeitraum von Juni 2020 bis Mitte Juli 2021 darzustellen.

### I. Initiativen der Europäischen Kommission und des europäischen Gesetzgebers

2020/2021 zeichnete sich durch mehrere Initiativen des EU-Gesetzgebers aus, die ua der Bewältigung des Brexit und der COVID 19-Pandemie dienten. Im Einzelnen:

#### 1. „Brexit-Freihandels- und Kooperationsabkommen“ zwischen dem Vereinigten Königreich und der EU

Ab dem 1.1.2021 trat vorläufig das „Abkommen über Handel und Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft einerseits und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland andererseits“ vom 24.12.2020<sup>1</sup> in Kraft. Am 27. und 30.4. 2021 stimmten auch das Europäische Parlament und der Rat zu.

Der vergaberechtliche Teil des Handels- und Kooperationsabkommens (Teil 2, Titel VI, Artikel PPROC 1-19) regelt zunächst einmal Beschaffungen im Sinne des *General Procurement Agreement* der WTO, darüber hinaus aber auch weitere definierte Bereiche wie Telekommunikation, Immobiliendienstleistungen auf Honorar- oder Vertragsbasis und Bildungsdienstleistungen. In diesem Regelungsbereich sollen die EU und das Vereinigte Königreich den Unternehmen der jeweils anderen Vertragspartei wechselseitig Beschaffungsmarktzugang gewähren. Auch außerhalb der unmittelbar vom Abkommen erfassten Beschaffungen sieht das Handels- und Kooperationsabkommen grundsätzlich vor, dass Maßnahmen einer Vertragspartei nicht dazu führen dürfen, dass Anbieter der jeweils anderen Vertragspartei, die aufgrund der Gründung, des Erwerbs oder der Fortführung einer juristischen Person in deren Gebiet ansässig sind, eine weniger günstige Behandlung erfahren, als diese Vertragspartei ihren eigenen Anbietern gewährt. Die Vertragsparteien gewährleisten wechselseitig ein Überprüfungsverfahren im Hinblick auf Vergaberechtsverstöße bei unabhängigen Behörden bzw. Gerichten. Für am 31.12.2020 bereits laufende Vergaben gelten die EU-Vorschriften weiter (sowohl materiell-rechtlich als auch prozessual).

Zum 1.1.2021 ist das Vereinigte Königreich dem WTO-Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (*General Procurement Agreement* – GPA) beigetreten.

Instruktiv zu den – für öffentliche Beschaffungen geltenden – Verpflichtungen der EU und ihrer Mitgliedstaaten gegenüber

As follow-up to the report in 2020 (Neun/Otting EuZW 2019, 689), the objective of this overview article is to report on the important legal developments in European public procurement law from June 2020 until July 2021. In the following, new initiatives of the European legislature (I.), important decisions of the ECJ (II.) as well as pending preliminary ruling procedures (III.) and pending infringement procedures (IV.) will be briefly described.

dem Vereinigten Königreich (und umgekehrt) ist der Inhalt der Kommissionsmitteilung „zum Austritt des Vereinigten Königreichs und zu den EU-Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge“ vom 25.1.2021.<sup>2</sup>

#### 2. Impfstoffbeschaffung durch die EU und Pharmastrategie

Bei der koordinierten COVID 19-Impfstoffbeschaffung – ein weiteres wichtiges Thema des EU-Vergaberechts im Berichtszeitraum – führte und führt die Europäische Kommission letztlich eine Art Open House-Verfahren durch nach dem „*Agreement with Member States on procuring Covid-19 vaccines on behalf of the Member States and related procedures*“<sup>3</sup> mit allen Impfstoffherstellern, die entsprechende arzneimittelrechtlichen Zulassungen erwarten ließen bzw. lassen, allerdings ohne das für solche reinen Zulassungsverfahren gemäß *EuGH*-Rechtsprechung<sup>4</sup> eigentlich geltende Verhandlungsverbot zu beachten. Dieser Ansatz ist angesichts der obwaltenden Umstände nachvollziehbar, ob allerdings die EU-Haushaltsverordnung – anders als die an die Mitgliedstaaten gerichtete RL 2014/24 (deren Art. 15 II dürfte bei der COVID 19-Pandemie nicht eingreifen) – die hierfür nötige Flexibilität hinsichtlich des gewählten Verfahrens wirklich vermittelt, ließe sich hinterfragen. Allerdings ist in Erwägungsgrund (20) VO (EU) 2020/521 vom 14.4. 2020 zur Aktivierung der Soforthilfe gemäß VO (EU) 2016/369 und zur Änderung von deren Bestimmungen unter Berücksichtigung des COVID-19-Ausbruchs<sup>5</sup> vorgesehen, dass die sofortige Vergabe (Auftragsvergabe durch die Kommission oder die gemeinsame Auftragsvergabe mit den Mitglied-

\* Der Autor *Neun* ist Partner der Kanzlei Gleiss Lutz Hootz Hirsch PartmbB in Berlin. Der Autor *Otting* ist Partner der Kanzlei Otting Zinger Rechtsanwälte PartmbB in Hanau.

1 [https://ec.europa.eu/info/reasons-united-kingdom/eu-uk-trade-and-cooperation-agreement\\_de](https://ec.europa.eu/info/reasons-united-kingdom/eu-uk-trade-and-cooperation-agreement_de).

2 [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/notice\\_to\\_stakeholders\\_brexit\\_public\\_procurement\\_de.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/notice_to_stakeholders_brexit_public_procurement_de.pdf). Diese Mitteilung ersetzt die vorherige Mitteilung aus 2018 zu den wesentl. vergaberechtl. Aspekten des Brexit: [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/file\\_import/public\\_procurement\\_de.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/file_import/public_procurement_de.pdf).

3 C (2020) 4192 final; abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/annex\\_to\\_the\\_commission\\_decision\\_on\\_approving\\_the\\_agreement\\_with\\_member\\_states\\_on\\_procuring\\_covid-19\\_vaccines\\_on\\_behalf\\_of\\_the\\_member\\_states\\_and\\_related\\_procedures\\_.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/annex_to_the_commission_decision_on_approving_the_agreement_with_member_states_on_procuring_covid-19_vaccines_on_behalf_of_the_member_states_and_related_procedures_.pdf).

4 Vgl. grundlegend für den Arzneimittelbereich *EuGH* ECLI:EU:C:2016:399 = EuZW 2016, 705 ff. – Falk Pharma (C-410/14).

5 ABl. 2020 L 117, 3.