

## Öffentliche Auftragsvergabe in Frankreich\*

*David Capitant*

### I. Einleitung

Die Regelungen über die öffentliche Auftragsvergabe sind sowohl in Frankreich als auch in Deutschland in weiten Zügen durch das Gemeinschaftsrecht geprägt. Die in diesem Bereich seit der Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge aus dem Jahr 1971<sup>1</sup> ergangenen EG-Richtlinien wurden jedoch jeweils entsprechend den unterschiedlichen Rechtstraditionen in das nationale Recht umgesetzt.

Während das deutsche Recht etwa traditionell davon ausgeht, dass das öffentliche Vergaberecht im Wesentlichen dem Schutz der öffentlichen Finanzen zu dienen bestimmt ist (was sich insbesondere darin widerspiegelt, dass nicht berücksichtigte Bewerber keinerlei subjektiven Rechte innehaben, die sie im Falle einer rechtswidrigen Auftragsvergabe vor Gericht vorbringen könnten), geht das in diesem Punkt mit der Sichtweise des Gemeinschaftsgesetzgebers gleichlaufende französische Recht davon aus, dass eine weitere Funktion des Vergaberechts im Schutz des gleichen Zugangs aller Mitbewerber zu öffentlichen Märkten liegt, was sich insbesondere darin widerspiegelt, dass die zu Unrecht nicht berücksichtigten Unternehmen sich an die Gerichte wenden können, um eine Sanktionierung der rechtswidrigen Auftragsvergabe zu erreichen.

Diese feinen Unterschiede bestehen in den Bereichen, in denen das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung einen gewissen Spielraum lässt. Im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe gilt dies insbesondere für die unterschweligen Vergabemärkte. Aus rechtsvergleichender Sicht ist ebenfalls die Frage zu untersuchen, inwiefern der Einfluss des Gemeinschaftsrechts zu einer Modifizierung oder Weiterentwicklung des nationalen Rechts geführt hat. Der gemeinsame Standpunkt des französischen Gesetzgebers und der Europäischen Gemeinschaft hinsichtlich der wirtschaftlichen Zielsetzung des öffentlichen Vergaberechts führte

---

\* Übersetzung *Jochen Bernhard*, Universität Freiburg i. Br.

<sup>1</sup> Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971.

hierbei zu geringeren Auswirkungen der Richtlinienumsetzung im französischen Recht als dies in Deutschland der Fall war. Die gemeinsame Sichtweise erlaubte jedoch zugleich eine möglichst weitreichende Umsetzung, so dass die vergaberechtlichen Prinzipien im französischen Recht auf Aufträge ober- und unterhalb der gemeinschaftsrechtlich festgelegten Schwellenwerte in der Weise einheitlich Anwendung finden, dass außer der durch die unterschiedliche Größe der Aufträge verursachten Vergabenschiede keinerlei gewichtige Unterscheidung getroffen wird, wie sie im deutschen Recht zwischen unterschwelligen Aufträgen, die den Prinzipien des nationalen Rechts unterworfen sind, und überschwelligen Aufträgen, die einer Minimalumsetzung des Gemeinschaftsrechts unterliegen, erfolgt.

Bezogen auf das französische Vergaberecht, wie es hier in einer Gesamtschau dargestellt werden soll, wird eine Fokussierung auf diejenigen Züge erfolgen, die im Vergleich zum deutschen Recht bestimmte Eigenheiten aufweisen. Zu diesem Zweck werden im Folgenden die nationalen Rechtsquellen des Vergaberechts erörtert (II), die aktuellsten Lösungsansätze, die die Debatte im Jahr 2007 prägten, dargestellt (III) und schließlich die Mechanismen herausgearbeitet, die die Einhaltung der vergaberechtlichen Regelungen am besten gewährleisten (IV).

## II. Rechtsquellen und ihre Entwicklung

Die gesetzliche Regelung öffentlicher Auftragsvergaben erfolgte bereits relativ früh, wobei eine gewisse Kontinuität zwischen den heutigen Regelungen und denjenigen des *Ancien Régime* erkennbar ist. So etwa sah die durch Henri IV ergangene königliche Erklärung vom 7. Februar 1608 ab dem 17. Jahrhundert einen ins Detail gehenden Vergabemodus für den Erwerb von Kerzen vor, der im Verlauf der Arbeiten für die Errichtung von Schloss Versailles noch weitere Präzisierung erfuhr<sup>2</sup>.

Nach der Französischen Revolution wurden mehrere Verordnungen zur Regelung der öffentlichen Auftragsvergabe insbesondere auf Basis von Art. 12 des Gesetzes vom 31. Januar 1833 erlassen<sup>3</sup>. In jüngerer Zeit haben die Arbeiten der Commission centrale des marchés publics zur Verabschiedung des Code des marchés publics vom 17. Juli 1964 geführt, der während eines langen Zeitraums das Herzstück des französischen Vergaberechts bildete. Unter seiner Geltung wurden ab Anfang der Siebzigerjahre die ersten Gemeinschaftsrichtlinien in nationales Recht umgesetzt. Um den zahlreichen Änderungen des ursprünglichen Codes Rechnung zu tragen,

<sup>2</sup> Vgl. F. Tiberghien, Versailles: Le chantier de Louis XIV (1662-1715), Perrin.

<sup>3</sup> ACCP 2001, Nr. 5, S. 74.

wurde am 7. März 2001 ein neuer Code durch Dekret Nr. 2001-210 erlassen. Dieser Code musste seinerseits durch die zweiaktige Umsetzung der Richtlinie 2004/18/EWG modifiziert werden. Der Code aus dem Jahre 2001 wurde wiederum durch den neuen Code des marchés publics vom 4. Januar 2004 ersetzt<sup>4</sup>, wobei die Umsetzung neuer Richtlinien eine Verspätung bis März 2004 bewirkte. Der Code aus dem Jahr 2004 musste 2006 wiederum durch den Code in seiner aktuellen Fassung ersetzt werden<sup>5</sup>.

Diese andauernden Modifizierungen des Code des marchés publics zeugen von der Suche nach einem Gleichgewicht bei konstantem Hin und Her zwischen restriktiver und flexibler Handhabung der öffentlichen Vergabeverfahren, gekennzeichnet durch die Berücksichtigung neuer politischer Zielvorgaben wie Umweltschutz, Unterstützung sozial Benachteiligter oder gar Eingliederung elektronischer Kommunikationsmittel. Die französische Entwicklung folgte dabei der europäischen Entwicklung und war ihr manchmal sogar einen Schritt voraus – etwa im Bereich des wettbewerblichen Dialoges, der in Frankreich bereits durch Dekret vom 27. März 1993 im Wege der verhandelbaren Auftragsvergabe auf Grundlage bisher erbrachter Leistungen verankert wurde, bevor er in die Richtlinie 2004/18/EWG Eingang fand und in deren Folge nicht mehr wesentlich verändert werden musste.

Die Umsetzung von EG-Richtlinien hat keinerlei Neuerungen im Bezug auf die nationalen Rechtsquellen des Vergaberechts gebracht. Vielmehr wurden die Besonderheiten beibehalten, die vor allem auf der Befugnis der Exekutive in diesem Gebiet beruhen, was wiederum zu einer gewissen Zersplitterung der einschlägigen Rechtsquellen führt (1.). Andererseits hat das Gemeinschaftsrecht jedoch auch einen indirekten Einfluss in der Weise ausgeübt, dass die Prinzipien des Vergaberechts immer stärker auf Verfassungsebene Eingang fanden (2.).

### 1. Vielfalt der Rechtsquellen

Vergaberechtliche Normen finden sich in Rechtsverordnungen, zuletzt im Dekret 2006-975 vom 1. August 2006. Der Rückgriff auf Rechtsverordnungen, der sich auf der traditionellen französischen Tendenz zu einer weitreichenden Machtausstattung der Exekutive begründet, wurde im Laufe der Zeit durch die Rechtsprechung bezüglich der Regulierung der Auftragsvergabe des Zentralstaates in immer feineren Zügen ausgestaltet<sup>6</sup>.

Für territoriale Gebietskörperschaften stellt sich die Problematik noch komplexer dar, da ihre durch Art. 72 der Verfassung geschützte Selbstver-

<sup>4</sup> Dekret Nr. 2004-15.

<sup>5</sup> Dekret Nr. 2006-975 vom 1. August 2006.

<sup>6</sup> Conseil Constitutionnel, Urt. v. 22. August 2002 sowie Conseil d'Etat, Ass., Urt. v. 5. März 2003, Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris, AJ 2003, S. 718.

waltungsgarantie durch die Verpflichtung zur Einhaltung besonderer vergaberechtlicher Vorgaben in Frage gestellt wird und Art. 34 der Verfassung eine solche Einschränkung ausdrücklich dem parlamentarischen Gesetzgeber vorbehält, der „die Grundprinzipien der freien Selbstverwaltung der Gebietskörperschaften festzulegen hat“. So erklärt sich auch, dass die Anwendbarkeit des Code des marchés publics auf öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaften erst durch einen komplizierten Rückgriff des Gesetzgebers auf ein durch Dekret erlassenes Gesetz vom 12. November 1938, das wiederum auf einem Parlamentsgesetz vom 5. Oktober 1938 beruhte, festgelegt werden konnte<sup>7</sup>.

Auf der anderen Seite bedarf es aber auch eines Parlamentsgesetzes, um den vergaberechtlichen Normen gegenüber Privatpersonen Geltung zu verschaffen. Das Vergaberecht schränkt nämlich die durch Art. 4 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrecht aus dem Jahr 1789 geschützte Vertragsfreiheit ein und Art. 34 der Verfassung behält Einschränkungen der Grundfreiheiten ebenso ausdrücklich der Legislative vor, wie dies für zivil- und handelsrechtliche Grundprinzipien gilt. So wird der Code des marchés publics, dessen Anwendungsbereich auf juristische Personen öffentlich-rechtlichen Charakters beschränkt ist<sup>8</sup>, von einfachen Gesetzen flankiert (zuletzt die Verordnung 2005-649 vom 6. Juni 2005), die die Normen des Codes mit einigen nur schwerlich nachvollziehbaren und für das Rechtszugang deshalb schädlichen Unterscheidungen wiederaufnehmen, um eine vollständige Umsetzung der jeweiligen EG-Richtlinien zu gewährleisten.

Somit wurde auch die legislative Ebene bei der Umsetzung der vom Code abweichenden Regelungen miteinbezogen, die für alle Bereiche der öffentlichen Verwaltung Anwendung finden, so etwa im Falle der Public Private Partnership<sup>9</sup> oder im Falle der Vergabe von Baukonzessionen<sup>10</sup>.

Es erscheint wünschenswert, dass die legislative Ebene in Zukunft generell stärker miteinbezogen wird, so dass alle Bereiche der öffentlichen Verwaltung einer einheitlichen Gesetzgebung unterworfen sind.

## 2. Verfassungsrechtliche Einbindung vergaberechtlicher Prinzipien

Während der einfachgesetzliche Rang des Vergaberechts traditionell dessen eher untergeordneten Charakter widerspiegelte, wurde die Entwicklung der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen des Vergaberechts von ei-

<sup>7</sup> Conseil d'Etat, Urt. v. 29. April 1981, Ordre des architectes, AJ 1981, S. 431; Conseil d'Etat, Urt. v. 5. März 2003, UNPIC, Nr. 233372.

<sup>8</sup> Vgl. Art. 2 Code des marchés publics.

<sup>9</sup> Verordnung Nr. 2004-559 vom 17. Juni 2004 über Verträge im Rahmen einer Public Private Partnership.

<sup>10</sup> Gesetz Nr. 2005-809 vom 20. Juli 2005 bzgl. der Vergabe von Baukonzessionen.

ner immer stärkeren verfassungsrechtlichen Einbindung vergaberechtlicher Prinzipien begleitet. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, die die Leitprinzipien eher der technischen Umsetzung des Vergaberechts dienenden Richtlinien unmittelbar an den EG-Vertrag anlehnte, hat auch die nationalen Gerichte zu einer ähnlichen Herangehensweise geführt, indem sie Leitprinzipien des Vergaberechts herausarbeiteten, die heute teilweise als Verfassungsprinzipien der jeweiligen Mitgliedstaaten betrachtet werden. Der Weg dieser Prinzipien in den Verfassungsrang erfolgte somit nicht unmittelbar durch eine Verabschiedung durch den Verfassungsgeber, sondern mittelbar durch die Verfassungsinterpretation der jeweiligen Verwaltungsgerichte.

In seiner Entscheidung CC 2001-452 DC vom 6. Dezember 2001 (Gesetz MURCEF) beschränkte sich der Conseil Constitutionnel auf eine Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit einzelner Normen, die die Vergabe bestimmter Aufträge an gemeinnützig ausgerichtete Betriebe vorsahen, in Bezug auf die Einhaltung des Gleichheitssatzes. In der Folge präziserte er durch Auslegung die Normen, die ausschließlich im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe Anwendung finden. Auf Basis dieser Entscheidung führte der Conseil Constitutionnel das Prinzip des „gleichen Zugangs zu öffentlichen Aufträgen“ in den darauffolgenden Entscheidungen CC 2002-460 DC vom 22. August 2002 (Gesetz zur Planung und Koordinierung der inneren Sicherheitspolitik) und CC 2002-461 DC vom 29. August 2002 (Gesetz zur Planung und Koordinierung der Justizpolitik) bezüglich zweier Texte an, die die Anwendbarkeit abweichender Regelungen zwecks vereinfachter Errichtung von Polizeikommissariaten, Gendarmerien und Gefängnissen für zulässig erklärten.

In noch präziserer Weise lehnte der Conseil Constitutionnel in der Folge die durch den EuGH formulierten Leitprinzipien des Vergaberechts<sup>11</sup> an Verfassungsgrundsätze an, wobei er sich von den Normen des Code des marchés publics aus dem Jahr 2001 inspirieren ließ, die diese Prinzipien auf nationaler Ebene in den Formulierungen wiederaufnahmen, wie sie heute in Art. 1 des Codes aus dem Jahr 2006 enthalten sind. So erklärt der Conseil Constitutionnel in seiner Entscheidung 2003-473 DC vom 26. Juni 2003 (Gesetz über Verträge im Rahmen einer Public Private Partnership), dass das seiner Kontrolle unterworfenen Gesetz in Einklang mit „den Regeln und Prinzipien von Verfassungsrang sowie dem anwendbaren europäischen und internationalen Recht“ ausgelegt werden müsse; dass die Regelungen des Vergaberechts insbesondere die aus den Art. 6<sup>12</sup> und 14<sup>13</sup> der

<sup>11</sup> EuGH, Urt. v. 7. Dezember 2000, Telaustria, C-324/98.

<sup>12</sup> Allgemeiner Gleichheitssatz: „Das Gesetz soll für alle gleich sein, mag es beschützen, mag es bestrafen“.

Bürger- und Menschenrechtserklärung aus dem Jahr 1789 resultierenden Prinzipien wahren müssen, die in Art. 1 der neuesten Fassung des Code des marchés publics mit folgenden Worten wiederaufgenommen sind: „Das öffentliche Vergaberecht gewährleistet die Prinzipien des freien Zugangs zur öffentlichen Nachfrage, der Gleichbehandlung aller Mitbewerber und der Transparenz der Auftragsvergabe. Die Effektivität der Auftragsvergabe und die ordentliche Verwendung der öffentlichen Finanzmittel werden durch frühzeitige Ermittlung des jeweiligen Bedarfs, die Einhaltung der Ausschreibungs- und Bekanntmachungserfordernisse sowie durch die Annahme des unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten günstigsten Angebots gewährleistet.“

In derselben Entscheidung merkte der Conseil Constitutionnel an, dass „selbst dann, wenn keine Regelung und kein Prinzip von Verfassungsrang vorschreibt, dass die Konzeption, Realisierung, Umsetzung, Durchsetzung und Finanzierung öffentlicher Einrichtungen durch bestimmte Personen erfolgen muss; wenn auch keine Regelung und kein Prinzip von Verfassungsrang untersagt, dass im Falle einer Vergabe eines Auftragsbündels mehrere Aufträge einheitlich beurteilt werden, um dabei das günstigste Angebot im Hinblick auf seine Gesamtausgewogenheit feststellen zu können; wenn auch einer Vorfinanzierung oder einem Ratenkauf hinsichtlich eines öffentlichen Auftrags grundsätzlich keine verfassungsrechtlichen Hindernisse entgegenstehen, könnte in allen oben genannten Fällen eine generelle Anwendung dieser Mechanismen auf öffentliche Auftragsvergaben oder auf die Nutzung von Staatsgütern dazu geeignet sein, Rechtsgarantien in Bezug auf die der Verfassung inhärenten Prinzipien des gleichen Zugangs zu öffentlichen Auftragsvergaben, des Schutzes öffentlicher Güter und der ordnungsgemäßen Verwendung öffentlicher Finanzmittel zu entleeren.“

Zu diesen von der Rechtsprechung präzise hervorgehobenen Prinzipien ist Art. 6 der durch Verfassungsgesetz Nr. 2005-205 vom 1. März 2005 in die Verfassung integrierten Umweltcharta hinzuzufügen, nach deren Wortlaut „die öffentliche Politik eine nachhaltige Entwicklung anstreben muss. Zu diesem Zweck muss sie den Schutz und die Wertschätzung der Umwelt mit der wirtschaftlichen Entwicklung und dem sozialen Fortschritt vereinen.“ In der Tat wurde das Prinzip einer nachhaltigen Entwicklung in den Code des marchés publics 2006 aufgenommen, dessen Art. 5 bestimmt, dass „Art und Umfang der zu erfüllenden Bedürfnisse vor jedem Ausschreibungsverfahren und jeder nachfolgenden Verhandlung genauestens festzulegen sind, wobei auf die Zielsetzung einer nachhaltigen Entwicklung Rücksicht genommen werden muss“, während Art. 14 des Codes prä-

zisiert, dass „die Ausführungsbedingungen oder Nebenabreden eines Auftrags Elemente mit sozialem oder ökologischem Charakter enthalten dürfen, die die Zielsetzung einer nachhaltigen Entwicklung berücksichtigen, indem sie wirtschaftliche Entwicklung, Schutz und Wertschätzung der Umwelt und sozialen Fortschritt miteinander in Einklang bringen.“

## II. Modernisierung vergaberechtlicher Regelungen

Die rasche Abfolge von Modifizierungen des Code des marchés publics in den vergangenen Jahren sowie die Verabschiedung parallel verlaufender Verordnungen, insbesondere in Bezug auf Verträge im Rahmen einer Public Private Partnership, zeugen von der ständigen Modernisierung der Regelungen in diesem Bereich. Dieser Prozess erfolgt in mehreren Stufen. Es handelt sich dabei zunächst um einen Vereinheitlichungsprozess, der weitestgehend durch die Rechtsprechung vorangetrieben wird, die zur Klärstellung und Beschränkung von Ausnahmen bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge beiträgt (1). Werden diese Regelungen kontinuierlich angewendet, dürfen sie die Verwaltung jedoch nicht in zu großem Maße einschränken, um keinen kontraproduktiven Effekt zu erzeugen. Vielmehr bedarf es eines Gleichgewichts zwischen Zwang und Flexibilität hinsichtlich der Vergabeprozesse öffentlicher Aufträge (2). Schlussendlich zeugt die Entwicklung der französischen Rechtsprechung auch von der Dringlichkeit der internationalen Problemfelder (Umweltschutz, finanzielle Vorkehrungen etc.), die das Bedürfnis eines internationalen Gleichlaufs der nationalen Rechtsordnungen vor Augen führen. Dieses Erfordernis entsteht einerseits aufgrund des immer stärkeren Eindringens öffentlicher Auftragsvergaben in den grenzüberschreitenden Austauschbereich, andererseits aber auch infolge der Vervielfachung supranationaler Instrumente in diesem Gebiet (3).

### 1. Tendenz zur Vereinheitlichung

Im Vergleich zum deutschen Recht liegt eine der Charakteristiken des französischen Vergaberechts in der Tatsache, dass es die Gemeinschaftsrichtlinien umfassend umgesetzt hat.

Während sich das deutsche Recht auf eine Minimalumsetzung beschränkte, bei der es seine traditionellen Lösungswege für unterschwellige Vergaben beibehalten hat, passte das französische Recht sämtliche nationalen vergaberechtlichen Regelungen an die Vorgaben der EG-Richtlinie an. Die nationalen Schwellenwerte wurden denjenigen der Gemeinschaft angenähert, wobei die Berücksichtigung der Schwellenwerte nur für die Festlegung der Art der Ausschreibung relevant ist: ein öffentliches Ausschrei-

<sup>13</sup> „Alle Bürger haben das Recht, die Verwendung der öffentlichen Abgaben zu überwachen“.

bungsverfahren ist oberhalb der einschlägigen Schwellenwerte zwingend<sup>14</sup>, während ein angepasstes Verfahren unterhalb der Schwellenwerte durchgeführt werden kann<sup>15</sup>. Hierbei handelt es sich aber um eine einheitliche Gesetzgebung, in deren Rahmen jeweils dieselben Prinzipien Anwendung finden<sup>16</sup>.

Die Tendenz zur Vereinheitlichung zeigt sich insbesondere in der Infragestellung zahlreicher von Exekutive, Legislative und den Gerichten lange Zeit beibehaltener Sonderregelungen, die nun durch eine stärkere Präzisierung des Anwendungsbereichs einzelner Vergaberegeln eingeschränkt werden.

Einerseits wurden bestimmte Vertragstypen neu in das öffentliche Vergaberecht integriert und so dem Code des marchés publics unterworfen, während sie früher als Verträge *sui generis* betrachtet wurden, die keinen allgemeinen gesetzlichen Regelungen unterfielen. Dies war etwa für Geschäftsbesorgungsverträge (*mandats*) der Fall, die der Code des marchés publics in seiner Fassung aus dem Jahr 2001 ausdrücklich aus seinem Anwendungsbereich ausgenommen hatte. Entsprechend dem Standpunkt der ausführlich begründeten Kommissionsmitteilung an Frankreich vom 17. Oktober 2002<sup>17</sup> zu dieser tatbestandlichen Ausnahme erklärte der Conseil d'Etat die entsprechenden Normen für nichtig<sup>18</sup>, da „die Tatsache, dass alle Geschäftsbesorgungsverträge in verallgemeinernder und allumfassender Weise vom Anwendungsbereich des Code des marchés publics ausgenommen wurden“ den Zielsetzungen der Richtlinie 92/50/CEE widerspreche. Eine solche Entscheidung entfaltete umso stärkere Wirkung, da zuvor zahlreiche Verträge als Geschäftsbesorgungsvertrag qualifiziert worden waren, so insbesondere die Vereinbarungen, durch die die Verwaltung die Ausführung eines Werks einem Vertragspartner anvertraute<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> Art. 26 Code des marchés publics.

<sup>15</sup> Art. 28 Code des marchés publics.

<sup>16</sup> Art. 1 Code des marchés publics: „Die diesem Code unterliegenden öffentlichen Vergabeverfahren und entsprechenden Rahmenverträge haben den Prinzipien des freien Zugangs zu öffentlichen Aufträgen, der Gleichbehandlung aller Bewerber und der Verfahrenstransparenz zu genügen. Die Einhaltung dieser Prinzipien gewährleistet die Effektivität der öffentlichen Auftragsvergabe und die ordentliche Verwendung der öffentlichen Finanzmittel. Die Verpflichtungen sind entsprechend den Regelungen des vorliegenden Codes umzusetzen.“

<sup>17</sup> IP/02/1507.

<sup>18</sup> Conseil d'Etat, Urt. v. 5. März 2003, UNSPIC (Union nationale des services publics industriels et commerciaux), Nr. 233372, AJDA 2003, S. 718.

<sup>19</sup> Art. 3 Gesetz Nr. 85-704 v. 12. Juli 1985 (Gesetz hinsichtlich der öffentlichen Bauherrschaft und ihrer Beziehungen zur privaten Bauleitung); die entsprechenden Geschäftsbesorgungsverträge veranlassten die Kommission zu einer gesonderten Mitteilung vom 26. Juli 2002 (IP/02/1165).

Andererseits finden nun auf Vereinbarungen, die weiterhin außerhalb des Anwendungsbereichs des Code des marchés publics geblieben sind, vergleichbare Regelungen Anwendung. So werden insbesondere auf sogenannte „conventions publiques d'aménagement“ nach Art. L 300-4 Code de l'urbanisme, wodurch eine öffentliche Gebietskörperschaft die Übertragung einzelner Planungs-, Erschließungs- und Bauaufträge im Rahmen der Stadtentwicklung auf bestimmte Unternehmen durchführte, an den Code des marchés publics angelehnte Regelungen<sup>20</sup> im Sinne der EuGH-Rechtsprechung *Telaustria*<sup>21</sup> angewandt, während dieser Bereich früher vollständig vom Regelungsgehalt des Code des marchés publics ausgenommen war. Weiterhin hat der Gesetzgeber eingegriffen<sup>22</sup>, um die „conventions publiques d'aménagement“ durch „concessions d'aménagement“ zu ersetzen, deren Vergabe durch Dekret<sup>23</sup> genauen Voraussetzungen unterworfen wurde, die sich wiederum an die Vergabebedingungen öffentlicher Aufträge oder – je nach Sachnähe – an die Delegation von Konzessionen anlehnen<sup>24</sup>. Auch hier ist ein starker Einfluss des Gemeinschaftsrechts zu erkennen, da die Kommission zunächst eine Mitteilung<sup>25</sup> an Frankreich abgegeben und des Weiteren ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH eingeleitet hatte<sup>26</sup>. In letzterem wurde der französische Staat aufgrund der zuvor bestehenden gesetzlichen Regelungen wegen Verletzung des EG-Vertrags verurteilt<sup>27</sup>.

In derselben Art und Weise hat der Gesetzgeber bei der Gestaltung neuartiger Vertragsformen wie der Public Private Partnership, die teilweise den gemeinschaftsrechtlichen Vergaberegeln unterfallen, genaue Voraussetzungen für die Auftragsvergabe vorgesehen, die durch die Regelungen des Code des marchés publics inspiriert wurden.

Es ist folglich klar erkennbar, dass das seitens des EuGH forcierte Bemühen um eine Rechtsvereinheitlichung im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe in Frankreich einen Widerhall in der Entwicklung von Rechtsprechung und Gesetzgebung gefunden hat. Zweifellos tragen die ständigen Ermahnungen der Gemeinschaftsorgane sowie die parallel eingeleiteten Verfahren der Kommission und des EuGH einen nicht zu unter-

<sup>20</sup> Cour Administrative d'Appel Bordeaux, Urt. v. 9. November 2004, *Sodegis c/ Cne de Ciloas*, Nr. 01BX00381.

<sup>21</sup> EuGH, Urt. v. 7. Dezember 2000, *Telaustria*, C-324/98; Urt. v. 3. Dezember 2001, *Ben Moustien Vestergaard*, C 59/00; Urt. v. 13. Oktober 2005, *Parking Brixen* C-458/03.

<sup>22</sup> Gesetz 2005-809 v. 20. Juli 2005 hinsichtlich der Konzessionsvergabe.

<sup>23</sup> Entscheidung 2006-959 v. 3. Juli 2006.

<sup>24</sup> Vgl. *E. Fatôme* und *L. Richer*, *Questions sur les nouvelles concessions d'aménagement*, AJDA 2006, S. 926 f.

<sup>25</sup> Mitteilung v. 3. Februar 2004 (IP/04/162).

<sup>26</sup> Verfahren v. 25. Oktober 2004 (IP/04/1294).

<sup>27</sup> EuGH, Urt. v. 16. Januar 2007, *Auroux*, C-220/05.

schätzenden Anteil an dieser Entwicklung. Allerdings sei auch daran erinnert, dass Konzessionsvergaben und darüber hinaus sämtliche Delegationen von Aufgaben der öffentlichen Daseinsfürsorge bereits seit dem Gesetz *Sapin* vom 29. Januar 1993<sup>28</sup> den Publizitäts- und Transparenzgeboten unterworfen sind, die sich sehr harmonisch in die Reihe der Anforderungen einfügen, die der EuGH erst im Jahr 2000 durch seiner Telaustria-Rechtsprechung<sup>29</sup> aufgestellt hatte.

## 2. Verfeinerung der Gesetzessystematik

Die Stärkung der Systematik des Vergaberechts, zu der der gemeinschaftsrechtliche Regelungsrahmen beigetragen hat, führte zur Einführung von Abstufungen gegenüber der strikten Anwendung dieser Regelungen, um den verschiedenartigsten Situationen Rechnung zu tragen, in denen öffentliche Aufträge vergeben werden können. Des Weiteren führte die Zielsetzung eines effektiven Verwaltungshandeln, die zu den früher einzigen Zielen der Rechtmäßigkeit und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung hinzugetreten ist, zu einer weitestmöglichen Beschleunigung der Verwaltungsabläufe. Auch die Entwicklung unterschiedlicher Vergabemodi ist durch den Gleichlauf der Vereinfachung des Verfahrens einerseits und der Entwicklung alternativer Vergabestrukturen andererseits gekennzeichnet.

Die Vereinfachung des Verfahrens zeigt sich im Wesentlichen auf den Aufträgen, die nur ein geringes finanzielles Gewicht aufweisen. Die Gemeinschaftsrichtlinien selbst folgen einer solchen Logik, indem sie nur auf überschwellige Vergaben Anwendung finden. Es handelt sich dabei um dieselben Schwellenwerte, die von nun an auch im französischen Recht maßgeblich sind: Aufträge unterhalb dieser Schwellen dürfen im angepassten Verfahren<sup>30</sup> vergeben werden, dessen Inhalt zwar durch die Verwaltung festgelegt werden darf, diese aber an die Beachtung der Prinzipien des „freien Zugangs zur öffentlichen Aufträgen, der Gleichbehandlung aller Mitbewerber und der Transparenz des Verfahrens“ sowie an die Zielsetzungen der „Effektivität der öffentlichen Nachfrage und der ordentlichen Verwendung der öffentlichen Finanzmittel“ nach Art. 1 Code des marchés publics gebunden ist. Ein einziger nationaler Schwellenwert wurde beibehalten: derjenige von 90.000 €, bei dessen Überschreiten die Veröffentlichung der Ausschreibung im amtlichen Ausschreibungsblatt zwingend ist<sup>31</sup>. Interessanterweise ist dabei zu bemerken, dass diese wünschenswerte Flexibilität teilweise als Faktor für eine erhöhte Rechtsunsicherheit ange-

<sup>28</sup> Gesetz Nr. 93-122 v. 29. Januar 1993 hinsichtlich der Korruptionsvermeidung und Transparenzsteigerung im Wirtschaftsleben und im öffentlichen Auftragswesen.

<sup>29</sup> Hierzu Fn. 20.

<sup>30</sup> Vgl. Art. 28 Code des marchés publics.

<sup>31</sup> Vgl. Art. 40 Code des marchés publics.

sehen wird. Die Rechtsprechung überprüft in der Tat die Art und Weise, in der das angepasste Verfahren auf jedem einzelnen Markt umgesetzt wurde<sup>32</sup> und erklärte dabei mehrfach Verfahren für ungültig, die den Bekanntmachungserfordernissen nicht in hinreichender Weise nachkamen. Folglich griff die Exekutive in der Weise ein, dass sie Aufträge unter einer Schwelle von 4.000 € ausdrücklich von jeglichen verfahrenstechnischen Anforderungen freistellte<sup>33</sup>.

Ein anderes flexibles Element, das im Laufe der Entwicklung des Vergaberechts aufgetreten ist, liegt in der Möglichkeit, die Vergabe eines Auftrags an einen bestimmten Bewerber von unterschiedlichen Kriterien abhängig zu machen. Während die Vergabe an den günstigsten Anbieter lange Zeit das einzige allgemeingültige Kriterium des Vergaberechts war, sieht die aktuelle Fassung des Codes die Möglichkeit vor, verschiedene Kriterien unterschiedlich zu gewichten, solange sie nur zumindest an „das Auftragsobjekt als solches gebunden“ sind. Der Code des marchés publics lässt der Verwaltung hierbei den größtmöglichen Spielraum, um die auf den jeweiligen Auftrag bezogenen Kriterien exakt festlegen zu können und beschränkt sich aus diesem Grunde auf eine Aufzählung der am meisten verwendeten Voraussetzungen: „Qualität, Preis, technischer Sachverstand, ästhetischer und funktioneller Wert, Referenzen im Bereich des praktizierten Umweltschutzes, der beruflichen Förderung sozial Benachteiligter, Gesamtkosten, Rentabilität, Innovationskraft, Kundendienst und technische Unterstützung, Herstellungsdauer und Liefer- oder Ausführungszeitpunkt“<sup>34</sup>.

Zweifel verbleiben allerdings bezüglich der Gewichtung des Preiskriteriums unter den oben genannten Voraussetzungen. Nachdem der Preis lange Zeit als einziges Kriterium die wichtigste Rolle spielte, wurde er im Gesetzestext der Neufassung des Codes aus dem Jahr 2001 zunächst hinter sämtliche andere zu berücksichtigenden Kriterien gestellt. Die Neufassung des Codes 2004 beließ es zwar bei dieser neuartigen Herangehensweise, fügte jedoch hinzu, dass im Falle der Festlegung eines einzigen Vergabekriteriums dieses nur der Preis sein konnte. Die Neufassung des Codes 2006 behielt diese Regelung in Art. 53 bei.

Auch die Modalitäten der Auswahl zwischen mehreren zu berücksichtigenden Kriterien haben Fragen aufgeworfen. Die Möglichkeit einer Hierarchisierung oder Gewichtung einzelner Kriterien wurde zunächst offen

<sup>32</sup> Conseil d'Etat, Ur. v. 7. Oktober 2005, Région Nord Pas de Calais, Nr. 278732; Cour Administrative d'Appel Versailles, Ur. v. 6. Dezember 2005, Association Pacte, Nr. 03VE04081, AJ 2006, S. 374, Anm. *Dreyfus*.

<sup>33</sup> Dekret v. 30. November 2004, wiederaufgenommen in der aktuellen Fassung des Art. 40 Code des marchés publics.

<sup>34</sup> Art. 53 Code des marchés publics.

gelassen, bevor sich der Code aus dem Jahr 2006 für eine Gewichtung entschied, die nur ausnahmsweise durch eine Hierarchisierung ersetzt werden kann<sup>35</sup>.

Schlussendlich haben sich die Verfahrensarten vervielfacht, die unter bestimmten Umständen eine Alternative zu den herkömmlichen Vergabeverfahren darstellen, so etwa das öffentliche Ausschreibungsverfahren nach Art. 23 Code des marchés publics. Derselbe Artikel sieht des Weiteren andere Verfahrensarten vor, auf die unter bestimmten Umständen zurückgegriffen werden kann: Verhandlungsverfahren, wettbewerblicher Dialog, Wettbewerb. Das öffentliche Ausschreibungsverfahren kann dabei übrigens sowohl erweitert als auch beschränkt werden<sup>36</sup>, wohingegen öffentliche Arbeiten im Bereich des Bausektors nur dann gleichermaßen als öffentliche Ausschreibung, wettbewerblicher Dialog oder Verhandlungsverfahren vergeben werden können, wenn sie einen Auftragsumfang zwischen 210.000 € und 5.270.000 € (jeweils vor Steuern) innehaben<sup>37</sup>.

Das französische Recht entwickelte übrigens im Bereich der Verfahrensauswahl schon früh eine Vorreiterrolle, da in Frankreich bereits durch das Dekret vom 27. März 1993 ein besonderes leistungsbezogenes Verfahren (*appel d'offres sur performances*) eingeführt wurde, dessen Weiterentwicklung zur Verankerung des wettbewerblichen Dialogs in der späteren EG-Richtlinie 2004/18<sup>38</sup> führte.

Auf dieselbe Weise entwickelt der Mechanismus der Rahmenvereinbarung denjenigen des früher schon bestehenden „*marché à bon de commandes*“ weiter, um den teilweise gegenläufigen Bedürfnissen der Verwaltung gerecht zu werden, die sich während des gesamten Verlaufs einer Auftragsbringung als schwierig einschätzbar darstellen.

Weiterhin können Vergabeverfahren aufgrund besonderer Dringlichkeit der Auftragsdurchführung Abweichungen erfahren, sei dies durch Neuberechnung einzuhaltender Fristen<sup>39</sup> oder durch einen Wechsel der Vergabeart<sup>40</sup>.

### 3. Zunehmende Internationalisierung

Als dritter Komplex der hier zu diskutierenden jüngsten Entwicklungen entspringt das Phänomen der zunehmenden Internationalisierung des Vergaberechts zunächst der wachsenden Bedeutung internationaler Vereinbarungen auf diesem Gebiet. Zahlreiche in den EG-Richtlinien und nationa-

<sup>35</sup> Art. 53 Code des marchés publics.

<sup>36</sup> Art. 33 Code des marchés publics.

<sup>37</sup> Art. 35 und 36 Code des marchés publics.

<sup>38</sup> Art. 29 Richtlinie 2004/18/EWG.

<sup>39</sup> So etwa Art. 53 Code des marchés publics.

<sup>40</sup> Vgl. Art. 35 Code de marchés publics.

len Umsetzungsnormen enthaltene Regelungen beruhen auf dem 1994 geschlossenen WTO-Abkommen von Marrakesch über die Vergabe öffentlicher Aufträge, das wiederum selbst stark durch mehrere EG-Richtlinien beeinflusst wurde. So etwa beruht insbesondere die zweijährliche Überprüfung der Schwellenwerte auf den Berechnungsgrundlagen in der jeweiligen nationalen Währung, auf die das Abkommen Bezug nimmt. Parallel zu diesen klassischen völkerrechtlichen Instrumenten besteht ein weiteres Element der Internationalisierung in den Verhaltensregeln, die von internationalen Finanzorganisationen wie der Weltbank oder der Europäischen Bank für Wiederaufbau und Entwicklung herausgegeben werden. Der Einfluss dieser Regelungen in Westeuropa bleibt allerdings begrenzt.

Der Trend zur Internationalisierung des Vergaberechts zeigt sich auch auf politischer Ebene durch die Tatsache, dass zahlreiche Staaten gleichzeitig neue juristische Konstrukte eingeführt haben, die allesamt die gleiche Zielsetzung verfolgen. So etwa wurde das Institut der Public Private Partnership kreiert, das in vielen Staaten einen durchschlagenden Erfolg feierte. In Frankreich etwa führte die Diskussion um die Public Private Partnership zur Zulassung neuer Vertragsformen („*contrats de partenariat*“) durch Verordnung Nr. 2004-559 vom 17. Juni 2004. Es handelt sich dabei um Verträge, in denen die Verwaltung die Gesamtdurchführung eines Auftrags in Bezug auf die Finanzierung von Einrichtungen, Gegenständen oder Gebäuden sowie hinsichtlich deren Betrieb und Unterhalt einem Dritten anvertraut. Die Neuheit dieses Vertragstyps besteht in Bezug auf das französische Vergaberecht darin, dass die Gesamtdurchführung eines Auftragskomplexes einem einzigen Unternehmen überlassen werden kann, wobei insbesondere die Refinanzierung von Investitionen während der gesamten Erbringung der vertraglich vereinbarten Leistung dem Dritten überlassen wird, was der Code des marchés publics grundsätzlich verbietet<sup>41</sup>. Die gesetzliche Verankerung dieses Vertragstyps 2004 folgte zahlreichen Versuchen der Verwaltung, Verträge *sui generis* auszuarbeiten: so etwa wurden im Bausektor Durchführungsverträge geschlossen, die von den Gerichten wegen Verstoßes gegen die Normen des Code des marchés publics für nichtig erklärt wurden<sup>42</sup>; Gleiches gilt für komplexe vertragliche Konstrukte, die teilweise sogar mit Hilfe des Gesetzgebers selbst abgeschlossen wurden<sup>43</sup>. Die Verordnung vom 17. Juni 2004 führte hinsichtlich dieses Vertragstyps allgemein zu größerer Rechtssicherheit; durch beson-

<sup>41</sup> Vgl. Art. 96 Code des marchés publics.

<sup>42</sup> Conseil d'Etat, Urt. v. 8. Februar 1999, Préfet des Bouches du Rhône c/ Commune de la Ciotat, Nr. 150931, AJDA 1999, S. 364, Ann. Bergeal.

<sup>43</sup> Vgl. etwa Gesetz v. 5. Februar 1988 hinsichtlich langfristiger Nutzungsverträge über öffentliche Grundstücke und Gesetz Nr. 94-631 v. 25. Juli 1994 hinsichtlich des Abschlusses von Leasingverträgen durch die öffentliche Hand.

dere Gesetze war der Abschluss derartiger Verträge zu diesem Zeitpunkt bereits für den Bau von Polizeikommissariaten, Gendarmerien, Gefängnissen und Militärgebäuden vorgesehen<sup>44</sup>.

Wohlgemerkt ist der Abschluss von solchen PPP-Verträgen, die meistens öffentliche Aufträge darstellen, aber an Regelungen gebunden, die denjenigen des Code des marchés publics sehr nahestehen, jedoch nicht völlig deckungsgleich sind.

Auch die neuen Möglichkeiten der Berücksichtigung politischer, dem rein wirtschaftlichen Charakter einer effektivitätsbezogenen öffentlichen Auftragsvergabe widersprechender Zielsetzungen, die der Code des marchés publics etwa im Umweltschutz- und Sozialbereich anerkennt, können in einen internationalen Kontext gebracht werden. Bis zuletzt hatte die französische Rechtsprechung unter dem Schutz des zu dieser Problematik schweigenden Gesetzes immer wieder die Sonderstellung des Vergaberechts betont und ihre ablehnende Haltung gegenüber sämtlichen sachfremden Erwägungen deutlich gemacht, die nicht allein der Ermittlung des unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten günstigsten Angebots dienen. So hatte sie etwa die Möglichkeit ausgeschlossen, kleinere und mittlere Betriebe bei der Auftragsvergabe zu bevorzugen, da „welches Ziel durch eine solchen Bevorzugung auch immer verfolgt werde, eine gleichmäßige Verteilung staatlicher Aufträge unter kleineren, mittleren und größeren Betrieben nicht in den Zielsetzungen enthalten ist, die der Code des marchés publics verfolgt“<sup>45</sup>. Auf gleiche Art und Weise wurde der Rückgriff auf das Auswahlkriterium der „von dem Bieter konkret getätigten Anstrengungen im Bereich der Schaffung von Arbeitsplätzen, der Ausbildung und Weiterbildung“ für unzulässig erklärt<sup>46</sup>.

Die Verwaltungsgerichte nahmen hierbei die Position des Conseil Constitutionnel an, der gesetzliche Bestimmungen wegen Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz für verfassungswidrig erklärte, die einen großen Anteil eines öffentlichen Marktes der Vergabe an Betriebe für sozial Benachteiligte oder gemeinnützige Organisationen vorhielten, die sich für Weiterbildungsmaßnahmen, die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit oder Umweltschutzbelange einsetzen<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> Art. 3 Gesetz Nr. 2002-1094 v. 29. August 2002 hinsichtlich der Planung und Koordinierung der inneren Sicherheitspolitik; Art. 3 Gesetz Nr. 2002-1138 v. 9. September 2002 hinsichtlich der Planung und Koordinierung der Justizpolitik; Art. 7 Gesetz Nr. 2003-73 v. 27. Januar 2003 hinsichtlich der militärischen Planung für die Jahre 2003-2008.

<sup>45</sup> Conseil d'Etat, Urt. v. 13. Mai 1987, Soc. Wanner Isofi Isolation.

<sup>46</sup> Conseil d'Etat, Urt. v. 25. Juli 2001, Commune de Gravelines, Nr. 229666.

<sup>47</sup> Conseil Constitutionnel, Urt. 2001-452 DC v. 6. Dezember 2001, Gesetz über dringende Reformmaßnahmen im Wirtschafts- und Finanzwesen.

Eine Öffnung gegenüber solchen Prinzipien erfolgte schließlich auch im französischen Recht im Rahmen einer europäischen Entwicklung, zunächst durch ein Urteil des EuGH<sup>48</sup>, danach, nach langen politischen Diskussionen, durch die Richtlinie 2004/18/EWG<sup>49</sup>. Von nun an sieht der Code des marchés publics in seiner Fassung aus dem Jahr 2006 mehrere zu berücksichtigende Modalitäten im Umweltschutzbereich vor; seien dies Voraussetzungen, die die Verwaltung bei der Auftragsvergabe im Hinblick auf eine nachhaltige Entwicklung zu beachten hat (Art. 5), technische Bedingungen, unter denen die Verwaltung besondere Anforderungen unter Umweltschutzgesichtspunkten stellen kann (Art. 6), das Erfordernis technischer Fähigkeiten in der jeweiligen Spezialmaterie (Art. 45), Auswahlkriterien im Hinblick auf sachbezogene Umweltschutzerfordernisse (Art. 53) oder spezifische Durchführungsbedingungen eines Auftrags (Art. 14).

### III. Ausweitung des Regimes staatlichen Rechtsschutzes

Zweifellos unterscheidet sich das französische Vergaberecht noch heute am stärksten im Bereich der Rechtsschutzgewährung gegenüber unterlegenen Bietern von den Regelungen des deutschen Rechts. Während das deutsche Recht traditionell davon ausgeht, dass die Regelungen des Vergaberechts im Wesentlichen dem Schutz der öffentlichen Finanzen zu dienen bestimmt sind (und somit nichtberücksichtigte Bieter keine eigenen subjektiven Rechte daraus herleiten und in der Folge die Bedingungen der Auftragsvergabe nicht gerichtlich anfechten können, soweit ihnen keine eigenen Schadensersatzansprüche zustehen), eröffnet das französische Recht diesen Unternehmen den Zugang zu Gericht in weitem Maße, insofern es betrachtet, dass diese Regelungen nicht nur die bestmögliche Verwendung der öffentlichen Finanzmittel, sondern auch den gleichen Zugang der Unternehmen zu öffentlichen Aufträgen gewährleisten sollen. Hierbei kommen insbesondere die Verwaltungsgerichte aufgrund der Tatsache zum Zuge, dass öffentliche Auftragsvergaben als öffentlich-rechtliche Verträge angesehen werden.

In Bezug auf das Vorhandensein von Rechtsschutzinstrumenten stimmte das französische Recht folglich bereits in der Vergangenheit wesentlich stärker als das deutsche Recht mit dem Gemeinschaftsrecht überein, so dass hier keine wesentlichen gesetzliche Neuerungen zwecks Umsetzung von Gemeinschaftsrichtlinien durchgeführt werden mussten (1). Hingegen

<sup>48</sup> EuGH, Urt. v. 17. September 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99; EuGH, Urt. v. 4. Dezember 2003, EVN AG, C-448/01.

<sup>49</sup> Präambel, Nr. 1, Nr. 5, 29, 33, 43, 44, 46, Art. 23, 26, 27, 48, 50, 53.

übte das Gemeinschaftsrecht einen stärkeren Einfluss auf die Stärkung der Effektivität des gerichtlichen Rechtsschutzes aus, insbesondere im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes (2).

### 1. Gewährung gerichtlichen Rechtsschutzes

Die Eröffnung des Rechtswegs für unterlegene Unternehmen erfolgte auch in Frankreich ursprünglich nicht ohne Probleme, da die Gerichte – ebenso wie in Deutschland – nur von den *Vertragsparteien* angerufen werden können. Die französischen Verwaltungsgerichte haben jedoch frühzeitig auch die unmittelbare Überprüfung des Zuschlags im Rahmen einer Anfechtungsklage als zulässig erachtet, die nun durch jede objektiv betroffene Person vor Gericht gebracht werden kann<sup>50</sup>. Der darin liegende Mechanismus einer Abspaltung des Vertrags als solchem von dem im Rahmen der Anfechtungsklage gesondert angreifbaren Verwaltungsakt nähert sich so der Zweistufentheorie an, auf die das deutsche Recht traditionell nicht zurückgreifen wollte<sup>51</sup>.

Eröffnet sich für nicht berücksichtigte Kandidaten die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens, stellt sich hinsichtlich dieses Rückgriffs gegen einen vom Vertragsschluss als solchem abtrennbaren Akt die Frage nach den Konsequenzen der Nichtigkeit des Vergabeaktes für den Vertrag selbst. Die Nichtigkeit des Verwaltungsaktes übt keinerlei direkte Konsequenzen auf das Weiterbestehen des Vertrags als solchen aus; vielmehr liegt es nun an der Verwaltung, die Konsequenzen aus einem entsprechenden Urteil zu ziehen, indem sie das Vertragsverhältnis beendet oder das für Vertragsstreitigkeiten zuständige Gericht anruft, um eine Vertragsauflösung oder sonstige Maßnahme zu erreichen, die ein ordnungsgemäßes Verhalten als Folge der Nichtigkeitsklärung des rechtswidrigen Verwaltungsaktes gewährleistet<sup>52</sup>. Je nach Art der Vertragsdurchführung und Grad der aufgetretenen Rechtsverletzung kann letzteres Gericht verschiedene Maßnahmen veranlassen, die von der rückwirkenden Nichtigkeit des gesamten Vertragswerks über die Kündigung eines Vertrags bis zu seiner Aufrechterhaltung, manchmal unter einschränkenden Bedingungen, gehen kann<sup>53</sup>.

Erscheint dieser Mechanismus zwar in der Theorie allumfassend, entfaltet er aber in der Praxis aufgrund seiner Komplexität kaum effektive Gel-

<sup>50</sup> Conseil d'Etat, Urt. v. 4. August 1905, Martin, Nr. 14220, Slg. 749, Schlussbemerkungen Romieu; D. 1907 III S. 49, Schlussbemerkungen Romieu; S. 1906.III.49, Anm. Hauriou; RDP 1906, S. 249, Anm. Jèze.

<sup>51</sup> BVerwG, Urt. v. 2. Mai 2007.

<sup>52</sup> Antwort der Section du rapport et des Etudes, EDCE 1989, Nr. 40, S. 127.

<sup>53</sup> Conseil d'Etat, Urt. v. 1. Oktober 1993, Sté le Yacht Club international de Bormes-les-Mimosas, Nr. 54661, AJDA 1993, S. 813, Anm. Pochard.

tung. Aufgrund des langwierigen Verfahrens wurde der Vertrag meist schon längst ausgeführt, bis die Gerichte überhaupt über dessen Rechtmäßigkeit urteilen konnten. In der Tat muss der unterlegene Bewerber, der zwar die gerichtliche Nichtigkeitserklärung des Vergabeakts als solches erreicht hatte, zunächst die Verwaltung auffordern, das für die Vertragsauflösung zuständige Gericht anzurufen oder er muss – falls die Verwaltung nicht reagiert – erneut das Verwaltungsgericht wegen deren Untätigkeit anrufen, um so die Androhung eines Zwangsgeldes<sup>54</sup> oder eine gerichtliche Anordnung zum Tätigwerden<sup>55</sup> zu erreichen. Im Anschluss daran muss jedoch immer noch das endgültige Urteil des für die Vertragsstreitigkeit zuständigen Gerichts abgewartet werden.

Auch die Rechtsprechung hat sich aber in jüngerer Zeit in der Weise weiterentwickelt, dass das für die Vertragsstreitigkeit zuständige Zivilgericht von nun an direkt von nicht berücksichtigten Mitbewerbern angerufen werden kann<sup>56</sup>. Eine solche Lösung ermöglicht dem Gericht mehrere Maßnahmen zur Streitbeilegung, die über die bloße Möglichkeit der bisher einzig möglichen Nichtigkeitserklärung des Vergabeakts im Rahmen der Anfechtungsklage hinausgeht. Diese Lösung ist unabhängig vom Vorliegen einer über- oder unerschwelligen Auftragsvergabe auf sämtliche öffentlichen Märkte anwendbar. Sie setzt die französische Tradition einer weitestmöglichen Öffnung des Verwaltungsrechtswegs fort und beruht nicht direkt auf einer gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe.

### 2. Effektivität richterlicher Kontrolle

Die Rechtsmittelrichtlinien der Gemeinschaft<sup>57</sup> haben im französischen Recht zur Einführung einer vorvertraglichen richterlichen Kontrolle geführt, die eine wichtige Weiterentwicklung des französischen Rechts darstellt. Zunächst in den Code des tribunaux administratifs et des cours administratives durch Gesetz Nr. 92-10 vom 4. Januar 1992<sup>58</sup> eingeführt, wurde dieser Mechanismus in den Art. L. 551-1 und L. 551-2 des Code de justice administrative in seiner Fassung aus dem Jahr 2000 wiederaufgenommen. Von Anfang an war die vorvertragliche Kontrolle auf sämtliche öffentliche Aufträge anwendbar und nicht nur auf überschwellige Aufträge

<sup>54</sup> Conseil d'Etat, Urt. v. 7. Oktober 1994, Epx Lopez, Nr. 124244, Slg. 430; RFDA 1994, S. 1090, Schlussbemerkung Schwartz, Anm. Pouyaud; AJDA 1994, S. 867 und S. 914, Anm. Touvet und Stahl.

<sup>55</sup> Conseil d'Etat, Urt. v. 26. März 1999, Sté Hertz France, Nr. 202256 ff., Slg. 96, Anm. Stahl.

<sup>56</sup> Conseil d'Etat, Urt. v. 16. Juli 2007, Société Tropic Travaux Signalisation, Anm. Capitant, Simplification des recours contre les contrats administratifs, Recueil Dalloz Oktober 2007, S. 2500.

<sup>57</sup> RL 89/665 vom 21. Dezember 1989 und RL 91/13 vom 25. Februar 1992.

<sup>58</sup> Art. L. 22 und L. 23.

wie in Deutschland. Über die öffentliche Auftragsvergabe hinaus findet dieser Mechanismus auch auf die Delegation von Aufgaben der öffentlichen Daseinsfürsorge Anwendung (Konzession).

Hierdurch wird jeder Person, die ein Interesse am Vertragsschluss hat und die möglicherweise darin beeinträchtigt wurde, ein Anrufen des Gerichts vor Abschluss des Vertrags ermöglicht. Die Rechtsprechung hat die entsprechenden Normen weit ausgelegt, indem sie nicht nur denjenigen Unternehmen eine Klagebefugnis zusprach, die bereits ein Angebot eingereicht hatten, sondern sämtlichen Unternehmen, die aufgrund einer Nichteinhaltung gesetzlicher Bekanntmachungserfordernisse an der Abgabe eines Angebots gehindert waren und sogar diejenigen Unternehmen für klagebefugt erklärte, die lediglich für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen *geeignet* waren<sup>59</sup>.

Auf diese Weise angerufen, verfügen die Gerichte über weite Befugnisse, da sie Anordnungen gegenüber der Verwaltung erlassen, die Auftragsvergabe aussetzen oder stoppen, einzelne Klauseln streichen oder eine Abänderung des Vergabemodus veranlassen können.

Die bedeutendste Einschränkung dieses Verfahrens liegt lediglich in der Tatsache, dass der Richter nur zeitlich *vor* der Vertragsunterzeichnung urteilen kann, so dass eine vorvertragliche Kontrolle nicht mehr möglich ist, wenn der Auftrag bereits vor Anrufung des Gerichts vergeben wurde und die Kontrollbefugnis ihre Bedeutung verliert, wenn die Unterzeichnung des Vertrags erfolgt, bevor das Gericht sein Urteil ausgesprochen hat.

Diese zeitliche Einschränkung der vorvertraglichen Kontrolle hat im Falle drohender Klagen teilweise zu einem „Wettlauf um die Vertragsunterzeichnung“ seitens der Verwaltung geführt, der zu einer Einschränkung der Wirksamkeit des Kontrollmechanismus beitrug. Dies galt umso mehr, als zunächst zum Zwecke einer außergerichtlichen Streitbeilegung noch vorgesehen war, dass die Unternehmen die Verwaltung von ihrem Ansinnen, gegen die Auftragsvergabe zu klagen, zehn Tage vor Einreichung der Klage informieren mussten. Diese Verpflichtung wurde jedoch alsbald aufgegeben.

Die Einführung der vorvertraglichen richterlichen Kontrolle im Rahmen der Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinie markiert aufgrund der neu verankerten weitreichenden richterlichen Befugnisse einen bedeutenden Abschnitt im Bereich des französischen Verwaltungsrechts. In der Tat verfügten die französischen Verwaltungsgerichte über keinerlei Anordnungsbefugnis gegenüber der Verwaltung und die Möglichkeit, die Durchführung eines Verwaltungsaktes auszusetzen, konnte nicht immer

<sup>59</sup> Conseil d'Etat, Urt. v. 8. Juli 2005, Communauté d'agglomération de Moulins, Nr. 268610, BJCP 43/2005, S. 436, Anm. Casas; EuGH, Urt. v. 12. Februar 2004, Grossmann, C-230/02, Rn. 25 ff.

fristgerecht wahrgenommen werden, um eine effektive Wirkung entfalten zu können. Seit einiger Zeit haben mehrere Reformen zu einer Stärkung der Befugnisse der Verwaltungsgerichte geführt, die nun über die Möglichkeit verfügen, Anordnungen gegenüber der Verwaltung zu erlassen<sup>60</sup> und die insbesondere dann einen effektiveren Verfahrensgang verfolgen können, wenn es sich um die Aussetzung einer Verwaltungsentscheidung im beschleunigten Verfahren handelt<sup>61</sup>.

In den Rahmen dieser allgemein gestärkten Befugnisse stellt sich das Verwaltungsgericht auch in der Entscheidung *Tropic Travaux Signalisation*<sup>62</sup>, die den nicht berücksichtigten Kandidaten nicht nur die Möglichkeit gewährt, direkt das für die Vertragsstreitigkeit zuständige Gericht anzurufen, sondern ihnen auch die Möglichkeit einer Aussetzung der Vertragsdurchführung im beschleunigten Verfahren auf Basis des Art. 521-1 Code de justice administrative zubilligt. Aufgrund der Tatsache, dass sich der Wortlaut des Art. 521-1 nur auf den Antrag auf beschleunigte Aussetzung eines Verwaltungsaktes bezieht (die allem Anschein nach einen öffentlich-rechtlichen Vertrag als solchen nicht umfasst), stellt diese Auslegung eine gewagte Interpretation des Wortlauts dar. Allerdings ermöglicht eine solche Auslegung auch eine richterliche Überprüfung *nach* Vertragsunterzeichnung und lässt somit die oben genannte zeitliche Einschränkung der vorvertraglichen Kontrollbefugnis als obsolet erscheinen.

Dieser schnelle Gang durch das Vergaberecht zeigt, dass das französische Recht zwar sicherlich eine parallele Entwicklung zum Gemeinschaftsrecht verfolgt hat, insbesondere im Hinblick auf eine stärkere Angleichung an praktische Bedürfnisse, die für die Gewährleistung eines geregelten und effektiven Wirtschaftskreislaufs unerlässlich ist. Im Gegensatz zum deutschen Vergaberecht hat das Gemeinschaftsrecht jedoch zu keiner vollständigen Modifizierung des französischen Rechts geführt, was insbesondere die bereits bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten betrifft. Den stärksten Einfluss hat das Gemeinschaftsrecht in Bezug auf eine stärkere Systematisierung des französischen Vergaberechts ausgeübt. Dass diese verwirklicht wurde, ist allerdings noch stärker der Rechtsprechung des EuGH zu verdanken als der Richtlinienumsetzung selbst.

<sup>60</sup> Gesetz Nr. 95-125 vom 8. Februar 1995 über die Organisation der Gerichtsbarkeit und des Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozesses.

<sup>61</sup> Gesetz Nr. 2000-597 vom 30. Juni 2000 über das beschleunigte Verfahren vor den Verwaltungsgerichten.

<sup>62</sup> Conseil d'Etat, Urt. v. 16. Juli 2007, Société Tropic Travaux Signalisation, Anm. Capitant, Simplification des recours contre les contrats administratifs, Recueil Dalloz Oktober 2007, S. 2500.