

Die Effektivität des Vergaberechtsschutzes in Frankreich

Universitätsverlag Osnabrück



unipress

Schriften zum Europäischen und Internationalen Recht

Band 24

Herausgegeben im
European Legal Studies Institute /
Institut für Europäische Rechtswissenschaft

Abteilung für Europäisches Öffentliches Recht
und Rechtsvergleichung

der Universität Osnabrück
von Professor Dr. Oliver Dörr, LL.M.,
Professor Dr. Thomas Groß,
Professor Dr. Hans-Werner Rengeling und
Professor Dr. Albrecht Weber

Dominik Römling

Die Effektivität des Vergaberechtsschutzes in Frankreich

V&R unipress

Universitätsverlag Osnabrück



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen
Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<https://dnb.de> abrufbar.

**Veröffentlichungen des Universitätsverlags Osnabrück
erscheinen bei V&R unipress.**

© 2021, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Theaterstraße 13, D-37073 Göttingen
Alle Rechte vorbehalten. Das Werk und seine Teile sind urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen
schriftlichen Einwilligung des Verlages.

Vandenhoeck & Ruprecht Verlage | www.vandenhoeck-ruprecht-verlage.com

ISSN 2198-7106

ISBN 978-3-8470-1317-4

Inhalt

Vorwort	13
Abkürzungsverzeichnis	15
Einleitung	17
A. Erkenntnisinteresse	17
B. Methode der Rechtsvergleichung	20
Kapitel 1: Vergaberecht in Frankreich: Systematik, Rechtswegeröffnung und Rechtsgrundlagen	23
A. Systematische Grundlegung	24
I. Rechtsnatur und Rechtswegeröffnung	25
1. Allgemeine Regeln zur Abgrenzung privat- und öffentlich-rechtlicher Verträge	25
a) Ausführung des <i>service public</i>	25
b) <i>Clauses exorbitantes du droit commun</i>	27
2. Zuständigkeitskonflikt für Vergabeverträge	28
a) Behandlung durch <i>ordre judiciaire</i>	29
b) Kodifikation durch <i>loi MURCEF</i>	30
c) Heute maßgeblich: Art. L6 CCP	31
II. Grundzüge des <i>ordre juridictionnel administratif</i>	32
1. Eigenständige Gerichtsbarkeit für das Verwaltungsrecht . . .	32
2. Instanzenzug	34
B. Rechtsgrundlagen und Grundstrukturen des Vergabeverfahrens . .	36
I. Unionsrecht	36
1. Vergabesekundärrecht	39
2. Vergabeprimärrecht	41
a) Anwendbarkeit	41
(1) Vorrang des Sekundärrechts	42
(2) Grenzüberschreitender Bezug	43

b) Ausprägungen des grundfreiheitlichen Vergaberegimes	44
(1) Transparenz	45
(2) Gleichbehandlung	47
(3) Verhältnismäßigkeit	48
(4) Nachprüfbarkeit	49
II. Nationales Recht	50
1. Verfassungsrechtlicher Rahmen	50
2. Einfaches Recht: Umsetzung in <i>ordonnance</i> und <i>décret</i>	53
a) Anwendungsbereich: Zentrale Begriffsbestimmungen des CCP	54
(1) Öffentliche Aufträge	54
(a) <i>Acheteurs</i>	54
(i) Juristische Personen des öffentlichen Rechts	54
(ii) Juristische Personen des Privatrechts	54
(iii) Sektorenauftraggeber	56
(b) Wirtschaftsteilnehmer	56
(c) Vertragsgegenstand	57
(i) Öffentliche Bauaufträge	57
(ii) Lieferaufträge	57
(iii) Dienstleistungsaufträge	58
(iv) Abgrenzung bei gemischten Verträgen	58
(a) <i>Marchés mixtes</i>	59
(b) <i>Contrats mixtes</i>	60
(v) <i>Marchés de partenariat</i>	61
(2) Abgrenzung zu den Vorschriften über Konzessionen	62
(a) <i>Délégation de service public</i>	62
(b) Rechtlicher Rahmen für Konzessionen	65
(i) Konzessionsbegriff	65
(ii) Verhältnis zur <i>délégation de service public</i>	68
(iii) Wesentliche Verfahrensvorgaben für Konzessionsvergaben	70
b) Grenzen der Anwendung des CCP	72
c) Wesentliche Verfahrensvorgaben für öffentliche Aufträge	76
(1) Bedeutung der Schwellenwerte im französischen Beschaffungsrecht	76
(2) <i>Procédures formalisées</i>	77
(a) <i>Publicité</i>	77
(b) <i>Mise en concurrence</i>	78
(3) <i>Procédure adaptée</i>	80
(a) <i>Publicité</i>	81

(b) <i>Mise en concurrence</i>	82
(4) Zuschlag	83
3. Zusammenfassung: Strukturmerkmale des französischen Vergaberechts	86
C. Seitenblick: Strukturmerkmale des deutschen Vergaberechts	87
I. Regelungsstruktur	88
1. Oberschwellenbereich	88
2. Unterschwellenbereich	91
II. Systematische Zuordnung	93
1. Vergabeverfahren	94
2. Beschaffungsvertrag	96
III. Rechtswegeröffnung	97
IV. Vergleichendes Fazit	98
 Kapitel 2: Unions- und verfassungsrechtliche Vorgaben für effektiven Vergaberechtsschutz	101
A. Unionsrecht	102
I. Sekundärrecht	104
1. Rechte Einzelner aus den Vergaberichtlinien	105
2. Rechtsmittelrichtlinien	107
a) Stillhaltefrist und Bieterinformation	111
(1) Entwicklung aus der Rechtsprechung des EuGH	111
(2) Inhalt der Verpflichtung	113
b) Antragsgegenstand	114
c) Antragsbefugnis	115
d) Suspensiveffekt	117
e) Umfang der Nachprüfung	118
(1) Rügefähige Rechtsvorschriften	118
(2) Kontrolldichte	119
f) Sonstige prozessuale Bestimmungen	120
(1) Vorabunterrichtung des Auftraggebers	120
(2) Antrags- und Ausschlussfristen	121
(3) Nachprüfungsinstanz	123
g) Befugnisse der Nachprüfungsinstanzen	124
(1) Eilrechtsschutz	125
(2) Aufhebung von Verfahrensentscheidungen	126
(3) Unwirksamkeit von Vergabeverträgen	127
(a) Unzulässige Direktvergaben	130
(b) Missachtung des Suspensiveffekts	131
(c) Ausnahmen von der Unwirksamkeit	131

(4) Schadensersatz	132
(a) Grundzüge der Haftungsbegründung	134
(i) Verstoß	134
(ii) Schaden	136
(iii) Kausalität	136
(iv) Verschulden	137
(b) Grundzüge der Haftungsfolgen	138
h) Zusammenfassung zum Rechtsschutzsystem der Rechtsmittelrichtlinie	140
II. Primärrecht	140
1. Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union	141
a) EMRK als Rechtserkenntnisquelle des Art. 47 GRCh	141
b) Anwendung vergaberechtlicher Regelungen als Durchführung von Unionsrecht i. S.v. Art. 51 I GRCh	143
(1) Oberschwellenbereich	144
(2) Unterschwellenbereich	146
c) Gewährleistungsgehalt für den vergaberechtlichen Rechtsschutz	151
(1) Grundlagen	152
(a) Erfordernis der Verletzung in eigenen Rechten	152
(b) Grundlegende Gewährleistungen	154
(c) Vorläufiger Rechtsschutz	155
(2) Aktivlegitimation	157
(3) Gebot des Primärrechtsschutzes?	158
2. Nachprüfbarkeit als Garantie des Vergabeprimärrechts	160
a) Ausgangspunkt: Die Rechtsschutzdimension der Grundfreiheiten	160
b) Reichweite des Vergabeprimärrechts	161
c) Gewährleistungsgehalt für den vergaberechtlichen Rechtsschutz	164
(1) Nachprüfbarkeit des Vergabeverfahrens	165
(2) Gebot des Primärrechtsschutzes?	166
d) Verhältnis zur Rechtsschutzgarantie aus Art. 47 GRCh	169
3. Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz	170
III. Zusammenfassung: Unionsrechtliche Anforderungen an die Effektivität nationalen Vergaberechtsschutzes	171
B. Französisches Verfassungsrecht: Art. 16 <i>Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen</i>	172
I. Grundlagen: Die DDHC als Teil des <i>bloc de constitutionnalité</i>	172
II. Gewährleistungsgehalt des Art. 16 DDHC	173

III. Prozessuale Sicherung	175
1. Grundrechtsschutz durch Verwaltungsgerichte: der <i>référé-liberté</i>	175
2. Grundrechtsschutz durch den <i>Conseil Constitutionnel</i> : die <i>question prioritaire de constitutionnalité</i>	177
C. Zwischenergebnis: Das Unionsrecht als zentraler Impuls für die Anforderungen an effektiven Vergaberechtsschutz	179
Kapitel 3: Vergaberechtsschutz in Frankreich	181
A. Primärrechtsschutz	184
I. Rechtsschutz vor Vertragsschluss	185
1. <i>Référé précontractuel</i>	185
a) Zulässigkeit	186
(1) Antragsgegenstand	186
(a) Bedeutung der Schwellenwerte	187
(b) Keine Kontrolle des Vertrages	188
(c) Weitere Begrenzungen	190
(2) Antragsbefugnis	191
(a) Interesse am Vertragsschluss	191
(b) <i>Lésion</i> : Subjektivierung des <i>référé</i> durch die Entscheidung <i>Smirgeomes</i>	194
(c) Vorwegnahme des <i>examen au fond</i> durch Prüfung der <i>lésion</i> ?	197
(3) Fehlen von Antragsfrist und Präklusion	198
b) Suspensiveffekt und Stillhaltefrist	200
c) Umfang der gerichtlichen Überprüfung: <i>Moyens</i> <i>invocables</i>	202
(1) <i>Moyens recevables</i>	203
(a) Abgrenzung zu <i>moyens irrecevables</i>	203
(b) Vorbereitung und Wahl der Verfahrensart	205
(c) Ausschreibung	205
(d) Angebote	206
(e) Zuschlagskriterien	207
(f) Zuschlagsentscheidung und -information	208
(2) <i>Moyens opérants</i>	209
(3) Kontrolldichte	213
d) Richterliche Entscheidungsbefugnisse	214
(1) <i>Injonction</i>	215
(2) <i>Suspension</i>	216
(3) <i>Annulation</i>	217

e)	Ablauf des Verfahrens vor dem <i>juge des référés</i>	218
f)	Zusammenfassung zum <i>référé précontractuel</i>	218
2.	<i>Recours pour excès de pouvoir</i>	219
a)	Ausgangspunkt: Rechtsschutz gegen <i>décisions administratives</i> im Vergabeverfahren	219
b)	Wesentliche Bedingungen für die Anordnung des Suspensiveffekts im Wege des <i>référé-suspension</i>	221
(1)	Akzessorietät zum Hauptsacheverfahren	222
(2)	Voraussetzungen des Suspensiveffekts	223
(a)	Eilbedürftigkeit	223
(b)	Ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der administrativen Entscheidung	225
(3)	Richterliches Ermessen	226
c)	Fehlende Konsequenzen der Aufhebung von Verfahrensentscheidungen für den Vertragsschluss	227
d)	Verhältnis zum <i>référé précontractuel</i>	228
II.	Rechtsschutz nach Vertragsschluss	229
1.	<i>Référé contractuel</i>	229
a)	Zulässigkeit	230
(1)	Antragsgegenstand	230
(2)	Antragsbefugnis	232
(a)	Grundsatz: Parallelität zum <i>référé précontractuel</i>	232
(b)	Ausnahme: Kein <i>référé contractuel</i> bei vorheriger Erhebung eines <i>référé précontractuel</i>	232
(i)	Missachtung der Publizitätspflichten	233
(ii)	Missachtung des Suspensiveffekts	234
(3)	Antragsfrist	235
b)	Umfang der gerichtlichen Überprüfung: <i>Moyens invocables</i>	236
(1)	Fehlende oder nicht hinreichende Publizität	237
(2)	Missachtung der Stillhaltefrist oder des Suspensiveffekts	238
c)	Richterliche Entscheidungsbefugnisse	240
(1)	<i>Suspension</i>	241
(2)	<i>Annulation</i>	241
(3)	Alternative Sanktionen	245
d)	Kontrolldichte	246
e)	Zusammenfassung zum <i>référé contractuel</i>	246
2.	<i>Recours en contestation de la validité du contrat: Der recours Tarn-et-Garonne</i>	247
a)	Entwicklung aus der Rechtsprechung <i>Tropic</i>	247

b) Zulässigkeit	250
(1) Klagegegenstand	250
(2) Klagebefugnis	251
(3) Klagefrist	253
c) Verknüpfung mit <i>référé-suspension</i>	254
d) Umfang der gerichtlichen Prüfung: <i>moyens invocables</i>	256
(1) <i>Vices de validité</i>	256
(2) Rechtswidrigkeitszusammenhang	257
e) Richterliche Entscheidungsbefugnisse	260
(1) Vorgaben für die Wahl der Maßnahme	260
(2) Tendenzen der Umsetzung in der Rechtsprechung	261
f) Verhältnis zum <i>référé contractuel</i>	262
g) Zusammenfassung zum <i>recours en contestation de la validité du contrat</i>	264
3. <i>Recours pour excès de pouvoir</i>	265
a) Ausgangspunkt: Rechtsschutz gegen den <i>acte détachable</i>	265
b) Entwicklungslinien des Verhältnisses zwischen <i>acte détachable</i> und Vergabevertrag	268
c) Verdrängung mit den Entscheidungen <i>Tropic</i> und <i>Tarn-et-Garonne</i>	271
d) Verbleibender Anwendungsbereich: Anfechtung der <i>clauses réglementaires</i>	273
III. Zusammenfassung: Primärrechtsschutz im französischen Vergaberecht	274
B. Sekundärrechtsschutz	275
I. Grundlegende Systematisierung	276
II. Entschädigungsansprüche nichtberücksichtigter Bieter: Die <i>responsabilité extracontractuelle</i> öffentlicher Auftraggeber	277
1. Haftungsbegründung	277
a) <i>Faute</i>	277
b) <i>Préjudice</i>	279
c) <i>Causalité</i>	281
2. Haftungsfolgen	282
3. Anspruchsdurchsetzung	283
C. Seitenblick: Vergaberechtsschutz in Deutschland	285
I. Verfassungsrechtlicher Rahmen: Anwendbarkeit der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV S. 1 GG	285
II. Primärrechtsschutz	287
1. Vorvertraglicher Rechtsschutz	287
a) Oberschwellenbereich	287

(1) Antragsbefugnis: Der Umfang einklagbarer Bieterrechte im Vergabeverfahren	288
(a) Ermittlung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren i. S. d. § 97 VI GWB	288
(b) §§ 97 VI, 160 II GWB als Ausdruck des individualschützenden Charakters des Nachprüfungsverfahrens	290
(2) Entscheidungsmaßstab der Vergabekammern: Der Rechtswidrigkeitszusammenhang nach § 168 I S. 1 GWB	292
b) Unterschwellenbereich	294
2. Rechtsschutz nach Vertragsschluss	297
a) Oberschwellenbereich	297
(1) Rügefähige Verstöße	298
(2) Prozessuale Voraussetzungen für die Unwirksamkeit	299
b) Unterschwellenbereich	301
III. Sekundärrechtsschutz	303
1. Oberschwellenbereich	304
2. Unterschwellenbereich	307
IV. Vergleichendes Fazit	309
D. Zusammenfassung: Binnensystematische Akzentverschiebungen im französischen Prozessrecht	310
Schlussbetrachtung: Bietet das französische Vergabeprozessrecht effektiven Vergaberechtsschutz?	
A. Das französische Regelungsmodell zur Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben für effektiven Vergaberechtsschutz	313
B. Einzelfragen der effektiven Umsetzung	315
Literaturverzeichnis	319

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020/2021 von der juristischen Fakultät der Universität Osnabrück als Dissertation angenommen. Sie befindet sich im Wesentlichen auf dem Stand von Juli 2020. Für die Veröffentlichung konnten bis Februar 2021 erschienene Literatur und Rechtsprechung nachgetragen werden.

Mein Dank gebührt zunächst dem Betreuer dieser Arbeit, Herrn Prof. Dr. Oliver Dörr, LL.M. (London). Er hat sich nicht nur thematisch offen für ein rechtsvergleichendes Dissertationsprojekt gezeigt, sondern dieses Projekt auch kontinuierlich mit konstruktiven Anmerkungen gefördert und geprägt. Diese verlässliche Betreuung war eine unverzichtbare Stütze für das Gelingen der Arbeit insgesamt.

Zu Dank verpflichtet bin ich überdies Herrn Prof. Dr. Thomas Groß, und zwar sowohl für die überaus zügige Erstellung des Zweitgutachtens als auch für die wertvollen Anmerkungen im Gutachten und in den regelmäßigen Werkstattgesprächen in den Jahren zuvor.

Danken möchte ich ferner Frau Prof. Dr. Aurore Gaillet, die nicht nur schon im Studium mein Interesse am französischen (öffentlichen) Recht, sondern die Idee einer rechtsvergleichenden Dissertation überhaupt geweckt hat. Noch dazu hat sie mir an der Université Toulouse 1 Capitole ideale Bedingungen für einen Forschungsaufenthalt zur Verfügung gestellt. Ohne das dort erarbeitete Material und ohne die französische Inspiration insgesamt hätte die Arbeit nicht entstehen können. Un grand merci!

Entstanden ist diese Arbeit während meiner Tätigkeit am von Prof. Dr. Sabine Schlacke geleiteten Institut für Umwelt- und Planungsrecht (IUP) der WWU Münster. Frau Prof. Dr. Schlacke möchte ich zunächst für die Gewährung des Freiraums, den die Anfertigung der Dissertation in Anspruch nahm, danken; darüber hinaus hat sie mir fortwährend die Möglichkeit eröffnet, im Rahmen der Lehrstuhl­tätigkeit selbständig wissenschaftlich tätig zu sein, was einen wesentlichen Einfluss auf die Dissertation und meine Freude am wissenschaftlichen

Arbeiten überhaupt hatte. Die Zusammenarbeit werde ich stets in guter Erinnerung halten.

Dass ich immer gerne an die Zeit am IUP zurückdenken werde, liegt daneben – oder vielleicht: vor allem – an den Kolleginnen und Kollegen, mit denen ich sie teilen durfte. All ihnen möchte ich danken für den ständigen Austausch, die gegenseitige Unterstützung und die insgesamt kurzweiligen Jahre. Ich bin sicher, dass das Ende der gemeinsamen Promotionszeit nicht das Ende des Kontaktes bedeutet.

Hendrik Hoffmeister, Saskia Militz und Simon Lammers haben die Arbeit an unterschiedlichen Stellen Korrektur gelesen – dafür, dass sie diese Mühen auf sich genommen haben, schulde ich ihnen großen Dank.

Auch Lara Kerner hat Teile des Korrekturlesens übernommen; ihr Einfluss auf den Entstehungsprozess der Arbeit geht hierüber allerdings deutlich hinaus. Für den bedingungslosen Rückhalt und die Unterstützung auch und gerade in den unvermeidbaren Phasen, in denen die Zweifel die Freude am Schreiben überwiegen, möchte ich ihr ebenso wie meiner Familie größten Dank aussprechen. Ihnen ist die Arbeit gewidmet.

Osnabrück, im April 2021

Dominik Römling

Abkürzungsverzeichnis

Maßgeblich ist *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Aufl. 2018 mit folgenden Ergänzungen:

AJCT	Actualité Juridique: Collectivités Territoriales
AJDA	Actualité Juridique: Droit Administratif
BJCP	Bulletin Juridique des Contrats Publics
CAA	Cour administrative d'appel
CC	Conseil constitutionnel
CdC	Cour de Cassation
CE	Conseil d'État
CeMP	Contrats et marchés publics (Zeitschrift)
CF	Constitution française
CGCT	Code général des collectivités territoriales
Chron.	Chronique
CJEG	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
CMLR	Common Market Law Review
Comm.	Commentaire
Cons.	Considérant
CP	Contrats Publics (Zeitschrift)
DA	Droit Administratif (Zeitschrift)
EDCE	Études et Documents du Conseil d'État
EPPL	European Procurement & Public Private Partnership Law Review
JCPA	La semaine juridique: Administrations et Collectivités territoriales
JCPG	La semaine juridique: Édition générale
LPA	Les petites affiches
MURCEF	Mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier
NA	News and Analysis
NCCC	Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel
No. spéc.	Numéro spéciale
PPLR	Public Procurement Law Review
RDI	Revue de droit immobilier
RDP	Revue du droit public de la science politique en France et à l'étranger
Rec.	Recueil Lebon

RDC	Revue des contrats
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
RJEP	Revue juridique de l'économie publique
RLCT	Revue Lamy des Collectivités Territoriales
RTDEur	Revue trimestrielle de droit européen
TA	Tribunal Administratif
TdC	Tribunal des Conflits
TdC	Tribunal des Conflits

Einleitung

A. Erkenntnisinteresse

Gegenstand dieser Arbeit ist die Effektivität des Vergaberechtsschutzes in Frankreich. Aus dieser Überschrift lassen sich zwei zentrale Untersuchungsgegenstände ableiten. Erstens setzt eine Bewertung der Effektivität eines ausländischen Rechtsschutzsystems voraus, dass überhaupt Kenntnis über das System besteht, dass also seine Strukturen und seine Funktionsweise offen gelegt werden. In diesem ersten Schritt will die vorliegende Arbeit die Rechtsschutzmöglichkeiten, die das französische Vergaberecht vorsieht, systematisch aufarbeiten. Sie hat insoweit eine informierende Aufgabe, indem sie einen Teilbereich einer aus deutscher Sicht fremden Rechtsordnung präsentiert.¹ Dies hat neben der kenntnisvermittelnden Funktion ganz praktische Bedeutung: In einem fortschreitenden Europäisierungsprozess, der gerade im Recht des öffentlichen Auftragswesens von fortwährender Aktualität ist, können Umsetzung und Anwendung unionsrechtlicher Vorgaben in einem Mitgliedstaat nicht nur mit Blick auf das eigene, nationale Recht erfolgen. Das liegt schon darin begründet, dass sich die Fortentwicklung des Unionsrechts wesentlich aus den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen speist,² deren gegenseitiges Verständnis für eine informierte Rezeption des Unionsrechts entscheidend ist. Die Beziehung zwischen europäischem und mitgliedstaatlichem Recht ist also keine einseitig-bestimmende; vielmehr bestehen Wechselwirkungen zwischen nationalen und unionsrechtlichen Regelungselementen,³ die zu einem Dialog sowohl zwischen na-

1 Dies hebt allg. als eigenständige Leistung der Arbeit mit ausländischen Rechtsordnungen *Tschentscher*, JZ 2007, 807 (812) hervor.

2 Hierzu etwa *Hering*, Fehlerfolgen im europäischen Eigenverwaltungsrecht, S. 183 ff.; mit konkreten Beispielen *Basedow*, JZ 2016, 269 (274 ff.); kurz auch *Sommermann*, in: Gamper/Verschraegen (Hrsg.), Rechtsvergleichung als juristische Auslegungsmethode, S. 195 (209 f.).

3 *Sommermann*, DÖV 1999, 1017 (1028) unterscheidet in diesem Zusammenhang die »aszendierende Phase«, in der es um die Fortentwicklung des Unions- aus dem nationalen Recht geht,

tionaler und europäischer Ebene als auch zwischen den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten führen müssen. Die Aufbereitung einer ausländischen Rechtsordnung und die Herausarbeitung von Parallelen und Unterschieden zwischen den Rechtsordnungen bereichern diesen Dialog, indem sie Anschauungsmaterial, Alternativen und Instrumentarium erweitern.⁴

Dass die Präsentation der ausländischen Rechtsordnung anschlussfähig sein muss, um aussagekräftig zu sein, führt – zweitens – über zur Effektivität des Rechtsschutzes als Bestandteil des Untersuchungsgegenstandes. Der Begriff der Effektivität verweist auf aus dem Unionsrecht folgende Maßstäbe für die Ausgestaltung des Rechtsschutzes in den Mitgliedstaaten, konkret: auf das Gebot effektiven Vergaberechtsschutzes, das sowohl das Unionsprimär- als auch das -sekundärrecht formulieren. Dieses Gebot kann aufgrund seines unionsrechtlichen und damit in beide Mitgliedstaaten hineinreichenden Geltungsanspruchs als verbindende Linie zwischen den Rechtsordnungen wirken.⁵ Effektiver Rechtsschutz ist die Folie, die hinter den Umsetzungen in Deutschland und in Frankreich liegt. Das französische Recht an diesem Maßstab zu messen, bedeutet, einen Maßstab zu wählen, der in Deutschland in gleicher Form gilt; Rechtsfragen der Effektivität sind damit geeignet, auch in der deutschen Rechtsordnung verarbeitungsfähig zu sein.

Entscheidet man sich für den Maßstab der Effektivität, zwingt dies zugleich zur Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes: Effektiver Vergaberechtsschutz i. S. d. Unionssekundär- und -primärrechts soll zugunsten derjenigen wirken, die den Zuschlag für einen öffentlichen Auftrag nicht erhalten haben. Ihnen will das Unionsrecht Überprüfungsmöglichkeiten einräumen, einerseits, um eine dezentrale Verfahrenskontrolle anzustoßen, andererseits, um insbesondere grundfreiheitlich begründete Individualrechte durchzusetzen. Vom so verstandenen effektiven Rechtsschutz sind unterlegene Bieter ebenso wie solche Interessenten, die sich am Vergabeverfahren nicht beteiligt haben oder sich nicht beteiligen konnten, begünstigt. In Umsetzung einer konsequent unionsrechtlichen Perspektive beschränkt sich die Analyse auf diese im Verhältnis zum öffentlichen Auftrag Dritten, die in Frankreich als *tiers* bezeichnet werden.⁶ Nicht erfasst sind demgegenüber der erfolgreiche Bieter bzw. Vertragspartner sowie, als französische Besonderheit, der Präfekt (*préfét*) in seiner Rolle als Kontroll-

und die »deszendierende Phase«, die die Deutung und Umsetzung des Unionsrechts im innerstaatlichen Bereich betrifft.

4 S. zum Vorstehenden *Wahl*, Herausforderungen und Antworten: Das öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, S. 101f.; *Ruffert*, in: Burgi (Hrsg.), *Zur Lage der Verwaltungsrechtswissenschaft*, S. 165 (167f.); *Schmidt-Aßmann*, *ZaöRV* 2018, 807 (851f.).

5 Vgl. dazu allg. *Sommermann*, in: Gamper/Verschraegen (Hrsg.), *Rechtsvergleichung als juristische Auslegungsmethode*, S. 195 (200f.)

6 Zum Begriff in Kap. 3.

instanz in Bezug auf die Einhaltung des Rechts in den Gebietskörperschaften (*départements*). Sowohl die gerichtliche Auseinandersetzung zwischen den Vertragsparteien als auch der spezifisch-vergaberechtliche Rechtsbehelf des *déféré préfectoral*, von dem einzig der Präfekt Gebrauch machen kann, bleiben deshalb außer Betracht.

Will man also die Effektivität des Vergaberechtsschutzes in Frankreich bewerten, sind zwei Arbeitsschritte schon vorgegeben: Es sind dies die Anforderungen, die sich aus dem unionsrechtlich aufgeladenen Begriff der Effektivität ergeben, sowie das vergaberechtliche Rechtsschutzsystem. Diese Elemente bilden das zweite und das dritte Kapitel der Untersuchung. Ihnen vorangestellt ist das erste Kapitel, das die wesentlichen Rechtsgrundlagen des französischen Vergaberechts einschließlich ihrer unions- und verfassungsrechtlichen Bezüge vorstellt. Anlass hierfür bietet nicht nur, dass das vergaberechtliche Regelungsregime erst kürzlich, d. h. mit Wirkung zum 1. April 2019, in einen neuen *Code de la commande publique* überführt wurde, sondern auch, dass der Überblick über das Recht des Vergabeverfahrens ein Grundverständnis für dessen Ablauf sowie wesentliche Begriffsbestimmungen einführen kann.

Die so motivierte Untersuchung des französischen Vergaberechtsschutzes kann als informative Seite dieser Arbeit verstanden werden. Sie soll um ein weiteres Erkenntnisziel ergänzt werden, nämlich das des Rechtsvergleichs.⁷ Er erscheint vor allem deshalb ertragreich, weil der Vergaberechtsschutz in Deutschland und Frankreich trotz der intensiven unionsrechtlichen Überformung strukturell unterschiedliche Ausgestaltungen erfahren hat. Es existieren zwar, wie zu zeigen sein wird, unionsrechtlich begründbare Parallelen; von einer vollständigen Angleichung der Rechtsschutzsysteme, in der nationale Eigenheiten aufgingen, kann indes keine Rede sein. Rechtsvergleichender Forschungsbedarf ergibt sich ferner daraus, dass die bisherige Forschung in diesem Bereich den Vergaberechtsschutz in Frankreich nur in Ausschnitten aufarbeitet. Untersucht wurden mit dem unterschwelligen und vorvertraglichen Rechtsschutz⁸ und einzelnen Bausteinen der Europäisierung⁹ bislang nur Fragmente des französischen Rechtsschutzsystems,¹⁰ und zwar im Vergleich zum hier ver-

7 Eine ähnliche Bestimmung des Untersuchungsgegenstandes formuliert *Walter*, Verfassungsprozessuale Umbrüche, S. 9, in Bezug auf ihre Analyse der französischen *question prioritaire de constitutionnalité* aus deutscher Sicht. Vgl. ferner *Schmidt-Aßmann*, ZaöRV 2018, 807 (850) zur notwendigen Grundlegung der rechtsvergleichenden durch die beschreibende Arbeit.

8 *Leibohm*, Einstweiliger Rechtsschutz im Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte in Deutschland und Frankreich, S. 197 ff.

9 *Näfe*, Das Vergaberecht als Referenzgebiet für die Europäisierung des nationalen Verwaltungsrechts, insbes. S. 119 ff.

10 Es sei allerdings auf die grundlegende Arbeit von *Oehme*, Die Vergabe von Aufträgen als öffentlich-rechtliches Handlungsinstrument in Deutschland und Frankreich, hingewiesen,

folgten Ansatz in umgekehrter Vorgehensweise, indem das deutsche Recht den Ausgangspunkt und das französische Recht den Kontrast bildet. Das umfassendere Werk von Ax (1996)¹¹ muss im Lichte der fortwährenden Veränderung des Rechts der öffentlichen Aufträge in weiten Teilen als überholt gelten. Es fehlt mithin eine Analyse, die sämtliche Rechtsbehelfe zugunsten der *tiers* zusammenführt, jüngste Entwicklungen einbezieht und ausgehend vom französischen Recht als Schwerpunkt die Gegenüberstellung zum deutschen Rechts vornimmt. Diese Lücke will die vorliegende Untersuchung schließen.

Die Begrenzung des Themas auf den vergaberechtlichen Rechtsschutz ermöglicht schließlich den Verzicht auf eine neuerliche Erinnerung der Grundstrukturen des französischen Verwaltungsprozessrechts. Der Forschungsstand hierzu ist von fortgeschrittener Qualität¹² und erlaubt die Fokussierung auf einen Spezialbereich des Prozessrechts. Auf die bereits erarbeiteten rechtsvergleichenden Kenntnisse wird wiederholt zurückzugreifen sein, wenn der Vergaberechtsschutz mittels des allgemeinen Verwaltungsprozessrechts verwirklicht wird oder sich von dessen Strukturen und Grundsätzen abhebt.

B. Methode der Rechtsvergleichung

In methodischer Hinsicht will diese Arbeit die funktionale Methode der Rechtsvergleichung nutzen. Sie fragt danach, welche Funktion eine Rechtsnorm oder ein Rechtsinstitut in der ausländischen Rechtsordnung hat, und stellt sie oder es dem funktionalen Äquivalent des deutschen Rechts gegenüber.¹³ Funktionale Rechtsvergleichung geht also von einem gemeinsamen Sachverhalt aus und untersucht, wie er in den zu vergleichenden Rechtsordnungen behandelt wird.¹⁴ Dabei soll nicht übersehen werden, dass die funktionale Methode insbesondere mit Blick auf ihren komplexitätsreduzierenden Ansatz, der kulturelle, historische oder soziale Vorfragen des zu vergleichenden Sachverhalts zum Zwecke der Vereinfachung ausblenden muss, zunehmender Kritik ausgesetzt

die wichtige Vorarbeiten hinsichtlich der verwaltungsrechtlichen Fundierung des öffentlichen Beschaffungswesens leistet. Der Rechtsschutz wird auch dort nur am Rande behandelt.

11 Ax, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in Deutschland und Frankreich.

12 S. aus der handbuchförmigen oder monographischen Literatur insbes. Koch, Verwaltungsrechtsschutz in Frankreich; Marsch, in: Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht in Europa Bd. 2, S. 33 ff.; Gonod, in: v. Bogdandy/Cassese/Huber (Hrsg.), Ius Publicum Europaeum Bd. V, § 75; Ziller, in: v. Bogdandy/Huber/Marcusson (Hrsg.), Ius Publicum Europaeum Bd. VIII, § 130; mit kleinteilerem thematischen Zuschnitt auch Schlette, Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Ermessensakten in Frankreich; Cuno, Einstweiliger Rechtsschutz durch die Verwaltungsgerichte in Frankreich und Deutschland.

13 Vgl. zur Methodenbeschreibung Sommermann, DÖV 1999, 1017 (1023).

14 Kern, ZVglRWiss 116 (2017), 419 (432).

ist.¹⁵ Diese Kritik betrifft den hier zu analysierenden Sachverhalt jedoch nur eingeschränkt: Die unionsrechtlichen Überformungen des vergaberechtlichen Rechtsschutzes bilden einen von beiden zu vergleichenden Rechtsordnungen geteilten Einfluss, sodass die Annahme einer in den Grundzügen vergleichbaren Behandlung des Sachverhalts nahe liegt. Die Bedeutung gewachsener Rechtsinstitute der nationalen Rechtsordnungen tritt insoweit in den Hintergrund. Jenseits des unionsrechtlichen Einflusses sind freilich Kontextualisierungen, die die Eigenarten der gegenübergestellten Rechtsordnungen berücksichtigen, geboten; sie sind aber auch bei Anwendung der funktionalen Methode nicht ausgeschlossen, sondern können das Vergleichsprogramm ergänzen.¹⁶

Diese Arbeit geht nach dem Vorstehenden dergestalt vor, dass sie das französische Recht zum Ausgangspunkt nimmt und zum Schwerpunkt der Betrachtung macht. Die Untersuchung des französischen Rechts bildet sodann die Grundlage für die Gegenüberstellung mit strukturell bedeutsamen, funktional äquivalenten Elementen des deutschen Rechts. Angestrebt wird mithin keine umfängliche Erfassung des Vergaberechtsschutzes in Deutschland; vielmehr werden systemprägende Ausschnitte des deutschen Rechts herangezogen, um die zum französischen Recht erarbeiteten Ergebnisse deutlicher hervortreten zu lassen.¹⁷ Das Ziel ist, aus dem Kontrast heraus die Konturen der französischen Rechtsentwicklung und Diskussion besser erfassen zu können.¹⁸

15 S. etwa *Graser*, RW 2018, 136 (143 ff.); für einen weiterführenden Überblick *Piek*, ZEuP 2013, 60 (62 ff.) mit zahlreichen Nachweisen.

16 Dazu und zur weiteren Relativierung der Kritik *Schmidt-Aßmann*, ZaöRV 2018, 807 (824 ff.); insges. gegen übersteigerte methodische Zwänge rechtsvergleichender Arbeit *Tschentscher*, JZ 2007, 807 (811 f.).

17 Ähnlich gehen die Untersuchungen von *Marsch*, Subjektivierung der gerichtlichen Verwaltungskontrolle in Frankreich, S. 30 f. und – methodisch weniger ausdrücklich, aber in der Sache entsprechend – *Ladenburger*, Verfahrensfehlerfolgen im französischen und im deutschen Verwaltungsrecht, dort etwa S. 114 ff., 290 ff., 383 ff., vor.

18 Vgl. die Zielsetzung bei *Gaillet*, ZRG 129 (2012), 109 (112 f.).

Kapitel 1:

Vergaberecht in Frankreich: Systematik, Rechtswegeröffnung und Rechtsgrundlagen

Das französische Vergaberecht hat infolge der Umsetzung der europäischen Konzessions-,¹⁹ Vergabe-²⁰ und Sektorenrichtlinien²¹ eine erhebliche systematische Umstrukturierung erfahren. War zuvor im Wesentlichen der *Code des marchés publics* die maßgebliche, durch sektorale Verordnungen ergänzte Rechtsgrundlage, bildeten infolge der Richtlinienumsetzung die *ordonnances* no. 2015–899²² sowie 2016–65,²³ flankiert von Durchführungsverordnungen,²⁴ den Kernbestand des französischen Vergaberechts. Diese Umsetzungsvorschriften wurden ihrerseits mit Wirkung zum 1. April 2019 in einem neuen, eine umfassende Kodifizierung des Beschaffungsrechts anstrebenden *Code de la commande publique* (i.F. CCP) zusammengefasst. Dieser neue CCP, der eine *partie législative*²⁵ und eine *partie réglementaire*²⁶ enthält,²⁷ umfasst – mit wenigen Ausnahmen²⁸ – sämtliche für das Vergaberecht relevanten Vorschriften,

19 Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.2.2014 über die Konzessionsvergabe, Abl. 2014 L 94/1, zuletzt geändert in Abl. 2019 L 279/23.

20 Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.2.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2014/18/EG, Abl. 2014 L 94/65, zuletzt geändert in Abl. 2019 L 279/25.

21 Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.2.2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2014/17/EG, Abl. 2014 L 94/243, zuletzt geändert in Abl. 2019 L 279/27.

22 Ordonnance no. 2015–899 du 23.7.2015 relative aux marchés publics.

23 Ordonnance no. 2016–65 du 29.1.2016 relative aux contrats de concession.

24 Décrets no. 2016–360 du 25.3.2016 relatif aux marchés publics und no. 2016–86 du 1.2.2016 relatif aux contrats de concession.

25 Ordonnance no. 2018–1074 du 26.11.2018 portant partie législative du code de la commande publique.

26 Décret 2018–1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique.

27 Zur verfassungsrechtlichen Bedeutung der Unterscheidung noch unten, Kap. 1 B. II. 1.

28 Vgl. *Dacosta/Roussel*, AJDA 2019, 376 (378) sowie Kap. 1 B. II. 2. a) (2).

d. h. klassische Auftragsvergaben wie auch Konzessionen.²⁹ Er ist im Unterschied zu den das materielle Recht umgestaltenden *ordonnances* primär der Zusammenfassung der zuvor bestehenden Normtexte und der Kodifikation verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung verpflichtet³⁰ und stellt, ähnlich wie der vor Erlass des *ordonnances* maßgebliche *Code des marchés publics*, ein einheitliches Regelwerk für das öffentliche Beschaffungswesen dar. Die in ihm vorzufindenden Normen betreffen Anwendungsbereich, Verfahren und Durchführung des Vergaberechts³¹ – es handelt sich bei diesen jüngeren Gesetzgebungsakten mithin um weitreichende Reformen,³² die Konsequenzen auch für den Rechtsschutz zeitigen.

Eine Untersuchung der Rechtsschutzmöglichkeiten im französischen Vergaberecht erfordert nicht nur die Aufarbeitung des neuen CCP, sondern auch eine systematische Grundlegung, die den Standort des Vergaberechts im französischen Recht, die Eröffnung des einschlägigen Rechtswegs sowie den Instanzenzug aufzeigt (A.). Weiterhin sind die für das Beschaffungswesen maßgeblichen Rechtsgrundlagen europäischer und nationaler Herkunft darzulegen (B.). So kann die folgende Befassung mit vergaberechtlichen Rechtsbehelfen, die im Zentrum der vorliegenden Arbeit stehen soll, mit Blick auf Begriffsbestimmungen und Untersuchungsgegenstand vorstrukturiert und eingegrenzt werden.

A. Systematische Grundlegung

Folglich sind Vergabeverträge zunächst in das Gefüge der französischen Rechtsordnung einzuordnen, sodass bestimmt werden kann, welcher Rechtsweg in vergaberechtlichen Streitigkeiten eröffnet ist (I.). Sodann sind Grundzüge des ermittelten Rechtswegs darzustellen (II.).

29 Neben den *ordonnances* 2015–899 u. 2016–65 sind weitere beschaffungsrechtlich relevante Gesetze in den CCP eingefügt worden; hierzu eingehend *Brenet*, AJDA 2019, 389ff.; *Devillers*, CeMP 2019, dossier 10.

30 *Dacosta/Roussel*, AJDA 2019, 376 (377f.); *Eckert*, CeMP 2019, repère 1; *Bourdon*, AJDA 2020, 149ff.; eingehende Bestandsaufnahme speziell zu kodifizierter Rechtsprechung bei *Melleray/Noguellou*, AJDA 2019, 381ff.; s. ferner zu früheren Kodifikationsvorschlägen *Braibant*, RFDA 1996, 177ff.; *Moderne*, in: *Mélanges Timsit*, S. 433ff.; auch der Conseil d'État artikulierte den Wunsch nach einem einheitlichen Beschaffungsgesetz, s. *Conseil d'État*, EDCE 59 (2008), S. 254f.

31 *Brenet*, AJDA 2015, 1783 (1784); zur Struktur des code *Martin*, CeMP 2019, dossier 6.

32 *Brenet*, AJDA 2015, 1783 (1783): der frz. Umsetzungsgesetzgeber wollte bei der Umsetzung in den *ordonnances* »réformer« statt »reformer«; vice versa und so das kodifikatorische Ansinnen, das dem CCP zugrunde liegt, zum Ausdruck bringend *Brenet*, AJDA 2019, 389 (389).

I. Rechtsnatur und Rechtswegeröffnung

1. Allgemeine Regeln zur Abgrenzung privat- und öffentlich-rechtlicher Verträge

Art. L6 CCP ordnet ohne weitere Differenzierung an, dass öffentliche Beschaffungsverträge im Sinne des *Code de la commande publique*, die von juristischen Personen des öffentlichen Rechts vergeben werden, *contrats administratifs*, also zum Verwaltungsrecht gehörige Verwaltungsverträge sind. Diese, die Rechtsanwendung vereinfachende³³ Zuordnung der Vergabeverträge zum öffentlichen Recht ist in ihrer Eindeutigkeit jedoch kein dem französischen Vergaberecht immanentes Prinzip, sondern Resultat einer Entwicklung in Rechtsprechung und Gesetzgebung, die über einige Jahre andauerte. Sie geht zurück auf die grundsätzliche, im französischen Recht für die Trennung der Zuständigkeit von ordentlicher und Verwaltungsgerichtsbarkeit traditionell höchst bedeutsame³⁴ Unterscheidung zwischen Verträgen des *droit privé* und *contrats administratifs*.³⁵

a) *Ausführung des service public*

Diese Unterscheidung wurde erstmals in der *Blanco*-Entscheidung³⁶ des *Tribunal des Conflits* entwickelt, die einen eigenständigen, von der ordentlichen Gerichtsbarkeit losgelösten Rechtsweg für Ansprüche Einzelner gegen den Staat forderte.³⁷ Die Eröffnung eines solchen Rechtswegs wurde durch den Begriff des *service public* bestimmt. Nach Auffassung des *Tribunal* könne sich die Haftung eines Hoheitsträgers im Rahmen der Erfüllung eines *service public* nicht nach dem *Code civil* richten, da dieser für die Regelung der Rechtsbeziehungen Einzelner untereinander (*rapports de particulier à particulier*) geschaffen sei.³⁸ Das Kriterium des *service public* entschied mithin über das auf den Sachverhalt anwendbare Rechtsregime und damit über die zuständige Gerichtsbarkeit; zugleich

33 Brenet, AJDA 2015, 1783 (1785f.); Braconnier, Précis du droit de la commande publique, S. 109.

34 Eingehend Genevois, RFDA 1987, 287ff.; dieser Trennung wurde durch den Conseil Constitutionnel in der Entscheidung v. 22. 7. 1980, No. 80–119 DC – Loi portant validation d'actes administratifs Verfassungsrang zuerkannt; dazu Verpeaux/de Montalivet/Roblot-Troizier/Vidal-Naquet, Droit constitutionnel – Les grandes décisions de la jurisprudence, S. 213ff.; allg. zur Konstitutionalisierung des französischen Verwaltungsrechts Schmidt-Aßmann/Dagron, ZaöRV 2007, 395 (419ff.); Jouanjan, VVDStRL 77 (2018), 351 (403f.).

35 Ausf. Chapus, Droit administratif général Bd. 1, Rn. 719ff.; allg. zur judikativen Prägung des Rechts der contrats administratifs Vedel, EDCE 31 (1979–1980), S. 31 ff.; Llorens, in: Mélanges Cluseau, S. 377ff.

36 TdC, 8. 2. 1873, No. 12.

37 Ausf. Long/Weil/Braibant/Devolvé/Genevois, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, S. 1 ff.

38 TdC, 8. 2. 1873, No. 12.

wurde mit dieser Abgrenzung das Konzept des *contrat administratif* anerkannt:³⁹ Wurden zuvor sämtliche Verträge dem *droit privé* zugeordnet,⁴⁰ führte ein Zusammenhang von Vertrag und *service public* nun dazu, dass er dem Verwaltungsrecht zugehörig war.⁴¹

Dem Begriff des *service public* kam in der Folge – im Angesicht der Konsequenzen seiner Anwendung folgerichtig – erhebliche systematische Bedeutung zu.⁴² Eine präzise Beschreibung der umfassten Inhalte und Tätigkeiten ist kaum möglich, zu vielfältig sind die Entwicklung und Deutungsansätze und zu rudimentär die positivrechtliche Kodifizierung. Einigkeit⁴³ besteht indes dahingehend, dass – abweichend von ursprünglichen Auslegungsansätzen⁴⁴ – nicht nur öffentlich-rechtlich organisierte, sondern alle Einrichtungen umfasst sind, die gesetzlich mit der Erbringung von Leistung zugunsten der Allgemeinheit betraut sind und die eine hinreichende Verbindung zu einer staatlichen Einrichtung aufweisen.⁴⁵ Es kommt folglich nicht auf die Rechtsform des Leistenden an: Er

39 Noguellou, in: Noguellou/Stelkens (Hrsg.), *Droit comparé des Contrats Publics*, S. 675 (677); Oehme, Die Vergabe von Aufträgen als öffentlich-rechtliches Handlungsinstrument in Deutschland und Frankreich, S. 408.

40 D.h. auch solche, an denen der Staat beteiligt war, mit der Konsequenz, dass für Rechtsstreitigkeiten die Zivilgerichtsbarkeit zuständig war, Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 122.

41 Eine Ausnahme gilt einzig für den *service public industriel et commercial*. Ausgehend von der Entscheidung des Tribunal des Conflits v. 22.1.1921, Rec. S. 91, in der Sache »Société commerciale de l'Ouest africain« werden unter diesen Begriff solche Verträge gefasst, an denen die öffentliche Hand zwar beteiligt ist, die ihrem Inhalt nach solchen ähneln, die private Unternehmen schließen; diese Verträge werden dem Zivilrecht und der Zivilgerichtsbarkeit zugeordnet, Lachaume, RFDA 2006, 119ff.; krit. aufgrund der Gefahr der willkürlichen Unterscheidung und deshalb der Rechtsunsicherheit Seiller, AJDA 2005, 417 (419f.).

42 Zu dieser Entwicklung Chevallier, *Le service public*, S. 28ff.; Bullinger, JZ 2003, 597ff.; neben diese Systematisierungsfunktion des *service public* treten seine Bedeutung für die staatliche Wirtschaftstätigkeit, dazu Holoubek, VVDStRL 60 (2001), 513 (553ff.), sowie seine Legitimierungswirkung für die Verwaltungstätigkeit, dazu Schmidt-Aßmann/Dagron, ZaöRV 2007, 395 (430ff.) und Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 119ff.

43 I.S. eines Minimalkonsens' (»consensus résigné«), Truchet, AJDA 1982, 427 (428); s. zur Diskussion auch Brunet, in: Association française pour la recherche en droit administratif (Hrsg.), *Le service public*, S. 21ff.

44 Ausf. Oehme, Die Vergabe von Aufträgen als öffentlich-rechtliches Handlungsinstrument in Deutschland und Frankreich, S. 394ff. Demnach wählten insbesondere Mayer in der Theorie des Französischen Verwaltungsrechts (1886) sowie Jèze im Lehrbuch zum Verwaltungsrecht der Französischen Republik (1913) einen solchen Ansatz, der sich einzig auf die öffentlich-rechtliche Eigenschaft der handelnden Einrichtung bezieht; ausf. zu Mayers Ansätzen und ihrer Rezeption in der französischen Verwaltungsrechtswissenschaft Jouanjan, VVDStRL 77 (2018), 351 (377ff.).

45 Chapus, *Droit administratif général* Bd. 1, Rn. 746ff.; Auby/Raymundie, *Le service public*, § 1 Rn. 97ff.; Marcus, *L'unité des contrats publics*, Rn. 381; Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 151ff.; Linder, Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, S. 37ff.; Rüfner, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts* Bd. IV, § 96 Rn. 54; Löwenberg, *Service public und öffentliche Dienstleistungen in Europa*, S. 98ff.

kann Teil der Verwaltung oder von der Verwaltung betrauter Dritter sein.⁴⁶ Entscheidend ist vielmehr der Gegenstand der Leistung. Liegt sie im allgemeinen Interesse und ist sie mit dem Staat ausreichend verbunden, handelt es sich um einen *service public*. Diese Verbindung kann in der direkten Ausführung der Gemeinwohlaufgabe oder in der Ausführung einer Modalität der Aufgabe liegen;⁴⁷ sie besteht jedenfalls dann, wenn zwischen Staat und Leistungserbringer ein Delegationsverhältnis besteht, im Rahmen dessen der Dritte die Leistung an Stelle des Staates erbringt.⁴⁸

b) *Clauses exorbitantes du droit commun*

Die Abgrenzung zwischen privat- und öffentlich-rechtlichen Verträgen wurde weiter bestimmt durch die Entscheidung über die *Société des granits porphyroïdes des Vosges* des *Conseil d'État*.⁴⁹ Der *Conseil* entschied, dass ein Vertrag nicht schon bei irgendeiner Art der Beteiligung der öffentlichen Hand, sondern nur dann als Verwaltungsvertrag zu qualifizieren sei, wenn er nicht »*selon les règles et conditions intervenus entre particuliers*« durchzuführen sei, wenn er also keine Klauseln enthält, die für privatrechtliche Vertragsverhältnisse typisch sind. Hieraus entwickelte sich die Kategorie der *clauses exorbitantes du droit commun*.⁵⁰ Verträge, deren Bedingungen privatautonomem Vertragsgestaltungen im *droit privé*⁵¹ fremd sind, sind *contrats administratifs* und unterfallen der Zu-

46 Oehme, Die Vergabe von Aufträgen als öffentlich-rechtliches Handlungsinstrument in Deutschland und Frankreich, S. 396; zu den denkbaren Organisationsformen Mescheriakoff, *Droit des services publics*, S. 332ff.

47 Athanasiadou, Der Verwaltungsvertrag im EU-Recht, S. 52.

48 Chapus, *Droit administratif général* Bd. 1, Rn. 749ff. Näher zur *délégation de service public* Kap. 1 B. II. 2. a) (2). Die Bedeutung dieses Merkmals betont Lombard, in: Auby/Dutheil de la Rochère (Hrsg.), *Traité de droit administratif européen*, S. 1179ff. Hier unterscheidet sich das französische Verständnis vom *service public* deutlich von der deutschen Vorstellung der Daseinsvorsorge: Bei der *délégation de service public* handelt es sich auch bei Wahrnehmung durch private Dritte originär um eine Staatsaufgabe; dazu Brenet, in: Gonod/Melleray/Yolka (Hrsg.), *Traité de droit administratif* Bd. II, S. 217 (230f.). Werden hingegen in Deutschland Private mit der Durchführung ursprünglicher öffentlicher Aufgaben betraut, geschieht dies entweder durch (auch) materielle Privatisierung oder durch die Ausstattung der Privaten mit Hoheitsbefugnissen im Wege der Beleihung; dazu Pielow, in: Nettesheim/Hrbek (Hrsg.), *Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge*, S. 155 (165). Grundzüge des Verständnisses vom *service public* finden sich demgegenüber in der Auslegung der »Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse« i.S.d. Art. 106 II AEUV durch den EuGH wieder; näher Blumann, in: *Mélanges Lachaume*, S. 45 (48ff.); Krajewski, DÖV 2005, 665 (666); Wernicke, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der EU*, Art. 106 AEUV Rn. 40.

49 CE, 31.7.1912, Rec. S. 909 – *Granits porphyroïdes des Vosges*.

50 Long/Weil/Braibant/Devolvé/Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, S. 141f.; Marcus, *L'unité des contrats publics*, Rn. 383.

51 »*droit commun*« ist in diesem Zusammenhang als »*droit privé*« zu verstehen, Chapus, *Droit administratif général* Bd. 1, Rn. 722.

ständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Diese Kategorie fand in der Folge regelmäßig Eingang in die Rechtsprechung, wenn es um die Bestimmung des Rechtswegs ging.⁵² Es haben sich insoweit zwei Fallgruppen herausgebildet:⁵³ *Clauses exorbitantes du droit commun* wurden angenommen, wenn sie dem öffentlich-rechtlich organisierten Vertragspartner die Möglichkeit der Ausübung hoheitlicher Gewalt, wie sie in einem privatrechtlichen Vertrag unmöglich wäre, einräumten⁵⁴ sowie dann, wenn die Vertragsbedingungen den privaten Vertragspartner der Kontrolle durch die öffentliche Hand unterwarfen.⁵⁵

2. Zuständigkeitskonflikt für Vergabeverträge

Die vorstehend beschriebenen Methoden zur Abgrenzung öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Verträge und damit zur Bestimmung des einschlägigen Rechtswegs stellen entscheidend auf Vertragsinhalt und -gegenstand ab: Geht es um die Ausführung eines *service public* oder sind *clauses exorbitantes du droit commun* vorzufinden, handelt es sich um einen *contrat administratif* und für Streitigkeiten ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Für Vergabeverträge bedeutete dies, dass jeder einzelne Vertrag, der zur gerichtlichen Überprüfung stand, mit Blick auf die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts an diesen Kriterien gemessen wurde;⁵⁶ entscheidend war gerade nicht, ob ein Vergabevertrag zum Anwendungsbereich des Vergaberechts, insbesondere des *Code des marchés publics*, gehörte.⁵⁷ Diese Vorgehensweise bildete zwar den gesetzgeberischen Willen ab, keine eigenständige Instanz für Vergabesachen zu gründen, sondern das Vergabeprozessrecht nach den allgemeinen Regeln zu beurteilen.⁵⁸ Sie hatte

52 Vgl. nur CE, 19.1.1973, No. 82338 – Exploitation électrique de la rivière du Sant; CdC (Chambre civile 1), 16.3.1999, Bulletin 1999 I no. 102, S. 66; TdC, 5.7.1999, No. 3142.

53 Zum Folgenden ausf. Schwartz, RFDA 1999, 1163 ff.

54 Dies betraf etwa die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung der vertraglichen Pflichten, TdC, 27.7.1950, Rec. S. 668, oder die Vereinbarung der sofortigen Fälligkeit der Leistung, ohne dass dafür die Formvorschriften des *droit commun* eingehalten werden müssten, TdC, 22.6.1998, No. 3102.

55 Z.B. durch eine Verpflichtung zu Offenlegung der finanziellen Verhältnisse, TdC, 20.4.1959, Rec. S. 866, durch weitreichende Zustimmungserfordernisse im Rahmen der Vertragsdurchführung, CdC (Chambre civile 1), 18.11.1992, Bulletin 1992 no. 286, oder durch signifikante Einwirkungsmöglichkeiten auf die Tätigkeit des Privaten, TdC, 12.2.2018, no. 4109, m. Anm. Pietri, CeMP 2018, comm. 77.

56 Vgl. nur CdC (Chambre civile 1), 17.12.1996, No. 94–19885; TdC, 5.7.1999, No. 3142; TdC, 14.2.2000, No. 3138; TdC, 17.12.2001, No. 01–03.262.

57 Raynaud/Fombeur, AJDA 1999, 554 (554f.); Braconnier, Précis du droit de la commande publique, S. 110.

58 Valadou, in: Arrowsmith (Hrsg.), Remedies for enforcing the public procurement rules, S. 327 (328f.).

aber uneinheitliche Bestimmungen der Zuständigkeiten für vergaberechtliche Streitigkeiten zur Konsequenz.

a) *Behandlung durch ordre judiciaire*

Exemplarisch hierfür sind zwei Entscheidungen des *Tribunal des Conflits*, die binnen eines Tages über zwei Streitigkeiten, die dem Anwendungsbereich des *Code des marchés publics* unterfielen, ergingen: Ein Vertrag, der einer privaten Gesellschaft das repräsentative Bewerben eines *départements* überantwortete, wurde aufgrund hinreichenden Bezugs zum *service public* als *contrat administratif* qualifiziert,⁵⁹ wohingegen die Vergabe eines Auftrags über die Fertigung und Lieferung technischer Produkte an eine Kommune in Ermangelung von *clauses exorbitantes du droit commun* oder einer Verbindung zum *service public* als privatrechtlich eingestuft wurde.⁶⁰ Die strukturelle Ähnlichkeit beider Fälle liegt in ihrer systematischen Zugehörigkeit zum Vergaberecht, was eine einheitliche Beurteilung als vertretbar hätte erscheinen lassen⁶¹ – diese Auffassung wurde indes ausdrücklich verworfen. Der bloße Umstand, dass ein Vertrag dem Regime des *Code des marchés publics* unterworfen ist, führte nicht zu seiner Einordnung als Verwaltungsvertrag.⁶²

Vergaberechtliche Streitigkeiten wurden deshalb teils von der Zivil-, teils von der Verwaltungsgerichtsbarkeit beurteilt, was die Gefahr einer uneinheitlichen Auslegung der vergaberechtlichen Vorschriften – zumal durch mit dem öffentlichen Recht nicht originär vertraute Zivilrichter – barg⁶³ und die Erfolgsaussichten von Rechtsbehelfen als ungewiss erscheinen ließ: Unsicher war nicht nur, ob die Streitigkeit nicht doch einem anderen, nicht angerufenen Gericht zugeordnet werden würde, sondern auch, ob überhaupt spezifisch verwaltungsprozessuale Rechtsbehelfe statthaft waren.⁶⁴ Rechtssicherheit und -klarheit wurden durch diese Situation nicht gewährleistet.⁶⁵

59 TdC, 5.7.1999, No. 3133.

60 TdC, 5.7.1999, No. 3142.

61 So der Vorschlag des das Urteil des TdC, 5.7.1999, No. 3142, vorbereitenden commissaire du gouvernement Schwartz, RFDA 1999, 1163 ff.

62 TdC, 5.7.1999, No. 3142; in der weiteren Rspr. aufgegriffen z. B. in TdC, 14.2.2000, No. 3138; TdC, 22.10.2001, No. 3257.

63 Raynaud/Fombeur, AJDA 1999, 554 (560).

64 Guettier, Droit des contrats administratifs, Rn. 100.

65 Noguellou, in: Noguellou/Stelkens (Hrsg.), Droit comparé des Contrats Publics, S. 675 (680); s.a. Bergeal/Lenica, Le contentieux des marchés publics, S. 10.