

Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M. (LSE), und Julia Wetzel, Universität Bonn*

EG-beihilfenrechtliche Bewertung nachträglicher Änderungen an den Leistungs-/Gegenleistungselementen einer Infrastrukturausschreibung

Die Realisierung von großen und komplexen Infrastrukturprojekten erfolgt schon seit längerem verstärkt durch public private partnerships (PPP). Neben dem rein finanzwirtschaftlichen Vorteil, der schon wegen der angespannten Kassenlage der öffentlichen Haushalte eine Rolle spielt, bieten derartige PPP vor allem die Chance, privates Know-how im Interesse effizienter Infrastrukturwirtschaft zu aktivieren. Dieses private Know-how ist dabei nicht nur für die spätere Durchführung des Projekts von großem Wert, sondern schon für dessen anfängliche Gestaltung. Das wirft Probleme auf, denn ein Vergabeverfahren mit einem von Beginn an detailliert ausgearbeiteten Ausschreibungsgegenstand ist nicht ohne weiteres möglich. Das Vergaberecht hat hierauf reagiert und das sog. Verhandlungsverfahren und den „wettbewerblichen Dialog“ neben das traditionelle offene bzw. nichtoffene Verfahren treten lassen, um eine flexiblere Konkretisierung des genauen Ausschreibungsgegenstandes zu ermöglichen. Doch wie steht es mit dem Beihilfenrecht? Bekanntlich liegt auch hier der „Königsweg“ zu einer zügigen und notifizierungsfreien Projektrealisierung in der Durchführung eines offenen, transparenten und nichtdiskriminierenden Ausschreibungsverfahrens. Wird diesem Postulat auch bei nachträglichen Änderungen des Ausschreibungsgegenstandes – insbesondere bei einer Erweiterung der öffentlichen Leistungen – noch Genüge getan? Oder führen solche Änderungen zu einer beihilfenrechtlichen Notifizierungspflicht mit all ihren Imponderabilien und verfahrensverzögernden Auswirkungen? Ziel dieses Beitrags ist eine Einführung in die Beihilfenproblematik anhand der – viel zu wenig beachteten – Kommissionsentscheidung „London Underground“.

I. Einführung

Bei der Vergabe eines PPP-Infrastrukturprojekts kann es aufgrund von diskriminierenden Wettbewerbsbedingungen zu Lasten einzelner Bieter zu einer Verzerrung des Ausschreibungswettbewerbs kommen. So können insbesondere nachträgliche Änderungen des Ausschreibungsgegenstandes Zweifel an der diskriminierungsfreien Auswahl der Bieter aufkommen lassen. Die im Wege des Ausschreibungsverfahrens zu ermittelnde Marktangemessenheit der Austauschverhältnisse ist dann nicht mehr ohne weiteres gewährleistet. Im

Falle nachträglicher Änderungen des Ausschreibungsgegenstandes ist daher zu prüfen, ob diese Modifikationen dazu führen, dass Bieter ihre Angebote nicht an die geänderten Bedingungen anpassen konnten, aus diesem Grunde aus dem Ausschreibungswettbewerb ausschieden und deshalb eine Ungleichbehandlung vorliegt, die zu einer EG-beihilfenrechtswidrigen Begünstigung des letztlich ausgewählten Bieters führen kann. Art. 87 Abs. 1 EG verbietet jedwede selektive Begünstigung von Unternehmen „gleich welcher Art“, also Vorteilsgewährungen aus öffentlichen Mitteln, bei denen die Leistungs-/Gegenleistungsäquivalenz markt- und wettbewerbswidrig außer Acht gelassen worden ist. Eine solche Beihilfenprüfung oblag der Kommission im Fall *London Underground*¹, in dem sie darlegte, welche Anforderungen an ein Vergabeverfahren zu stellen sind, um trotz einer nachträglichen Änderung am ursprünglichen Ausschreibungsgegenstand den EG-Beihilfentatbestand ausschließen zu können.

II. Beihilfentatbestandsausschluss nach der Kommissionsentscheidung London Underground

1. Gegenstand der Entscheidung

Gegenstand der Entscheidung *London Underground* war die Vergabe einer Konzession für die Instandhaltung und den Betrieb des Londoner U-Bahn-Netzes im Rahmen einer PPP. Dabei wurde das staatliche Unternehmen „London Underground“ in zwei unabhängige Unternehmen geteilt: Der Verkehrsbetrieb sollte zunächst in öffentlicher Hand bleiben, die Verantwortung für die Erhaltung und Erneuerung der Infrastruktur des U-Bahn-Netzes sollte hingegen in die Hände von drei privaten Unternehmen gelegt werden, deren Aufgabenspektrum während der 30jährigen Vertragslaufzeit schrittweise erweitert und u. a. auf den Betrieb der U-Bahn ausgedehnt werden sollte. Während des der Ausschreibung folgenden Verhandlungsverfahrens ergab sich eine Vielzahl von Änderungen des Leistungs-/Gegenleistungsgeflechts. Dabei ließ vor allem der geänderte Umfang von Garantien Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem EG-Beihilfenrecht aufkommen.

* Der Erstautor ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, die Zweitautorin ist ebendort Wissenschaftliche Mitarbeiterin. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. VIII.

¹ Entscheidung der Kommission vom 2. 10. 2002, *London Underground*, NN 264/02.

2. Ausgangspunkt: Garantieerklärungen als Begünstigungselement und Anwendung der vergaberechtlichen Grundsätze auf die Beihilfenproblematik

a) Öffentliche Garantien als EG-beihilfenrechtliches Förderäquivalent

Wie auch in *London Underground* ist das genaue Beteiligungsmaß der öffentlichen Hand an einem PPP-Projekt häufiger Gegenstand einer erst nachträglich in ein Vergabeverfahren eingebrachten Änderung der einzelnen Leistungs-/Gegenleistungselemente. Neben der Forderung nach höheren Kostenzuschüssen wird dabei oft die Notwendigkeit der Abgabe einer Garantieerklärung zugunsten des privaten Vertragspartners gegenüber dessen finanzierendem Kreditinstitut geltend gemacht. Auch eine solche Erklärung kann nach der Bürgschaftsmittelteilung der Kommission² eine Beihilfe i. S. des Art. 87 Abs. 1 EG darstellen. In den Anwendungsbereich der Mitteilung fallen dabei nicht nur Bürgschaften, sondern „... alle Formen von Garantien, unabhängig von ihrer Rechtsgrundlage ...“. Für die Begünstigungswirkung einer solchen Erklärung bedarf es nach Ziffer 2.1.2 der Mitteilung weder einer Inanspruchnahme der Garantie durch den Privaten noch einer tatsächlichen Zahlung der öffentlichen Hand. Auch tritt die Begünstigungswirkung der Garantie bereits bei deren Übernahme ein.

b) Zur Vermeidung eines Notifizierungsverfahrens können vergaberechtliche Grundsätze angewandt werden

Die mit der Notifizierungspflicht einer öffentlichen Fördermaßnahme einhergehende Verzögerung eines Vorhabens birgt stets die Gefahr einer Änderung der rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen, die eine Neuausschreibung notwendig machen kann und eventuell sogar zum endgültigen Scheitern des Projekts führt. Bestes Mittel zur Vermeidung einer tatbestandlichen Begünstigung und der daran anknüpfenden Notifizierungspflicht stellt die Durchführung eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens dar.³ Dessen genaue Ausgestaltung ist allerdings im *EG-beihilfenrechtlichen* Sinne in der gegenwärtigen Kommissionspraxis bislang wenig konkretisiert. Hilfe gewähren jedoch die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts⁴, deren (analoge) Beachtung eine Einhaltung der EG-beihilfenrechtlichen Anforderungen regelmäßig vermuten lässt.⁵

An der Einhaltung der allgemeinen vergaberechtlichen Prinzipien der Offenheit und Transparenz hatte die Kommission in *London Underground* trotz der Komplexität des Vorhabens und der dreijährigen Dauer des Vergabeverfahrens keine Zweifel. Problematisch hingegen war die Beurteilung der Diskriminierungsfreiheit von nachträglichen Änderungen am ursprünglich in der Ausschreibung festgelegten Leistungsumfang der öffentlichen Hand.

3. Eine nachträgliche Änderung des Ausschreibungsgegenstandes bei Infrastrukturprojekten besitzt Diskriminierungspotenzial

Ganz allgemein stellt vor allem die Zusage einer stärkeren finanziellen Beteiligung des öffentlichen Partners, deren Notwendigkeit sich im Rahmen von Verhandlungen mit (zunächst nur) einzelnen Bietern herauskristallisiert, die Diskriminierungsfreiheit des Verfahrens in Frage. Dass die öffent-

lichen Leistungspflichten erweitert werden müssen, wird bei PPP-Infrastrukturprojekten oft erst nach Ausschreibung des Vorhabens oder sogar erst nach Aufnahme konkreter Verhandlungen mit einzelnen Teilnehmern sichtbar. Grund dafür ist zum einen die bereits angesprochene Komplexität derartiger Projekte, die eine umfassende Leistungsbeschreibung im Vorfeld einer Ausschreibung erschwert. Zum anderen reagiert ein Bieter mit der späteren Forderung nach einer öffentlichen Garantie zumeist auf die Erweiterung seiner Leistungspflichten, die nicht selten auf ein entsprechendes Verlangen der finanzierenden Bank(en) zurückzuführen ist.

Grundsätzlich ist die Vornahme von Änderungen am Leistungs-/Gegenleistungsgeflecht zur Ermittlung der bestmöglichen, d. h. effizientesten und kostengünstigsten Verwirklichung des Projekts wünschenswert. Dabei kann es jedoch zu Informationsvorsprüngen einzelner Bieter gegenüber Konkurrenzunternehmen kommen, welche die Wettbewerbsparität verschieben und so den Ausschreibungswettbewerb insgesamt um das betreffende Infrastrukturprojekt verzerren können. Wird beispielsweise auf Seiten des von der öffentlichen Hand laut Ausschreibung zu erbringenden Leistungsspektrums eine Ergänzung vorgenommen und eine größere finanzielle Beteiligung der öffentlichen Stelle an der Projektverwirklichung vorgesehen, so liegt aus Sicht der unterlegenen Bieter, denen die Änderungsvornahme nicht zugänglich war, der Vorwurf nahe, dass sie ihr Angebot nicht entsprechend (verbessernd) anpassen konnten und daher eine wettbewerbliche Ungleichbehandlung vorliegt. Generell kann die Vornahme von Änderungen als Ergebnis separater Verhandlungen dadurch zu einer Diskriminierung einzelner Bieter führen, dass die öffentliche Hand die Ergebnisse dieser Verhandlungen in unterschiedlich ausdifferenzierter Weise oder auch mit erheblichen zeitlichen Verzögerungen in den Wettbewerb einbringt.

4. Nach London Underground besteht die Möglichkeit einer nachträglichen Änderung des Ausschreibungsgegenstandes

Schon bislang ging die Kommission davon aus, dass nachträgliche Änderungen des Vergabegenstandes nicht *a priori* den EG-Beihilfentatbestand erfüllen. Vielmehr betonte sie in ständiger Rechtspraxis, dass Geschäfte der öf-

2 Mitteilung über die Anwendung von Art. 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, ABl. 2000/C 71/07.

3 Entscheidung der Kommission vom 2. 10. 2002, *London Underground*, NN 264/02; Entscheidung der Kommission vom 8. 2. 2000, *Container Terminal Utrecht*, NN 617/98; Entscheidung der Kommission vom 22. 12. 1998, *South Wales European Rail Freight Terminal*, NN 517/98; siehe dazu auch *Dreher*, ZWeR 2005, 121 (125); *Koenig*, EuZW 2003, 641; *Koenig/Kühling*, NVwZ 2003, 779 (780); *Koenig/Pfromm*, NZBau 2004, 375 (378); *Santamato/Westerhof*, EuZW 2003, 645 (648).

4 Den Unterschied zwischen dem spezifischen europäischen Vergaberecht zu den allgemeinen europäischen Vergaberechtsgrundsätzen erläutert *Dreher*, ZWeR 2005, 121 (126).

5 Dies betont die Kommission erneut in ihrer Entscheidung *London Underground* (Fn. 1), Rdnrn. 80 ff., in der sie die Durchführung eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens als begünstigungsausschließend zugrunde legt und die einzelnen Anforderungen in Anlehnung an vergaberechtliche Vorgaben prüft; auch *Reuter*, ZIP 2002, 737 (746), kommt letztlich zu keinem anderen Ergebnis: Zwar handele es sich beim Beihilfenrecht einerseits und beim Vergaberecht andererseits um zwei gänzlich unabhängige Rechtsgebiete, so dass eine vergaberechtskonforme Ausschreibung keine Gewähr für die Einhaltung auch der beihilfenrechtlichen Anforderungen an einen Ausschreibungswettbewerb biete. Jedoch könne die Feststellung der Einhaltung des Vergaberechts bei einer Ausschreibung oftmals – wenn auch nicht zwingend – den Beihilfencharakter einer Fördermaßnahme der öffentlichen Hand ausschließen.

fentlichen Hand mit privaten Unternehmen dann nicht dem Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG unterfallen, wenn die Vereinbarung, die die causa für eine spätere öffentliche Förderung bildet, im Anschluss an ein marktkonformes, d. h. diskriminierungsfreies, offenes und transparentes Ausschreibungsverfahren getroffen wird, das einer Vielzahl von Unternehmen die Möglichkeit des Geschäftsabschlusses eröffnet.⁶ Dieser Grundsatz findet sich auch ausdrücklich in der sog. Grundstücksmitteilung der Kommission⁷, die mittlerweile auch in anderen Bereichen⁸ wie bei der Förderung von Infrastrukturmaßnahmen⁹ analoge Anwendung findet. Auch aus der Rechtspraxis des EuGH ergibt sich – jedenfalls im Hinblick auf Unternehmensverkäufe und bei einer Kompensation gemeinwirtschaftlicher Pflichten – die grundsätzliche Präferenz des Ausschreibungsverfahrens als bestes Mittel für einen Begünstigungsausschluss.¹⁰

In der Entscheidung *London Underground* hat die Kommission nun die Voraussetzungen für einen Begünstigungsausschluss bei nachträglicher Änderung des Ausschreibungsgegenstandes und deren Vereinbarkeit mit dem Diskriminierungsverbot konkretisiert:

a) *Durchführung eines offenen, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens*

Die EG-beihilfenrechtliche Bewertung nachträglicher Änderungen der Leistungsbeschreibung im Rahmen von PPP-Infrastrukturprojekten erfolgt vorrangig am Maßstab des Diskriminierungsverbots. Nicht diskriminierend bzw. bedingungsfrei im EG-beihilfenrechtlichen Sinne ist ein Verfahren in der Regel dann, wenn entsprechend dem vergaberrechtlichen Diskriminierungsverbot die Teilnehmer an dem Verfahren gleich behandelt werden. Jeder Informationsvorsprung eines Unternehmens im Ausschreibungswettbewerb beinhaltet daher grundsätzlich Diskriminierungspotenzial.

Die Diskriminierungsfreiheit des Ausschreibungsverfahrens wird durch das Publizitäts- bzw. Transparenzfordernis und durch das Gebot einer „offenen“ Durchführung des Vergabeverfahrens formal abgesichert. Ersteres soll mit Blick auf einen Beihilfenausschluss einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit herstellen, Letzteres beinhaltet eine formell gleiche Teilnahmemöglichkeit der (potenziellen) Wettbewerber am Ausschreibungsverfahren.

b) *Die Wahl des Vergabeverfahrens*

Nicht nur der Ausgestaltung, sondern auch der Wahl des konkreten Vergabeverfahrens kommt bei der EG-beihilfenrechtlichen Bewertung einer nachträglichen Modifikation des Ausschreibungsgegenstandes Bedeutung zu: Dabei erwies sich bisher das Verhandlungsverfahren – vorbehaltlich der Subsidiarität gegenüber dem offenen Verfahren nach § 101 Abs. 6 GWB – im Rahmen von Infrastrukturprojekten als das für einen Begünstigungsausschluss unter Wahrung größtmöglicher Verfahrensflexibilität am besten geeignete Verfahren.¹¹ Es ermöglichte im Gegensatz zum offenen und nichtoffenen Verfahren unter Zuhilfenahme der Erfahrungen und Kenntnisse der interessierten Unternehmen im Wege ausführlicher Verhandlungen eine Präzisierung und Feinjustierung des Leistungsgegenstandes.

Nach Art. 28, 30 und 31 der Vergaberichtlinie¹² ist das Verhandlungsverfahren nunmehr allerdings subsidiär gegenüber dem neu eingeführten wettbewerblichen Dialog. Dieser soll insbesondere die Vergabe großvolumiger Infrastrukturprojekte erleichtern und wird aller Voraussicht nach auch in

deutsches Recht Einzug finden¹³ – trotz erheblicher Kritik¹⁴ hinsichtlich der Praktikabilität einzelner Anwendungsvoraussetzungen. Die Anwendung des Verhandlungsverfahrens bei der Vergabe von Infrastrukturprojekten wird daher von einigen Ausnahmefällen¹⁵ abgesehen dem wettbewerblichen Dialog weichen müssen.

III. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen nachträglicher Änderungen des Leistungs-/Gegenleistungsgeflechts im Einzelnen

Für das PPP-Projekt *London Underground* hielt die Kommission das eingesetzte Verhandlungsverfahren für geeignet, eine Begünstigung der letztlich erfolgreichen Bieter auszuschließen.¹⁶ Während dieses Verhandlungsverfahrens wurden allerdings eine Vielzahl von erheblich preisrelevanten Änderungen am ursprünglichen Ausschreibungsgegenstand vorgenommen, welche die Kommission unter den zwei folgenden Voraussetzungen für beihilfenrechtskonform erachtet hat:

„The Commission notes that the principle of changes being made was known to all tenderers in advance and considers that the introduction of changes was operated in an objective way.“¹⁷

Zum einen müssen also alle Bieter von vornherein, d. h. zu Beginn des Verhandlungsverfahrens, Gelegenheit haben, die *Möglichkeit* nachträglicher Änderungen im Leistungs-/Gegenleistungsgeflecht in ihren Verhandlungen in Anspruch zu nehmen. Zum anderen hat die Vornahme der beabsichtigten Änderung in *objektiver* Art und Weise zu erfolgen. Ergänzend steht die EG-beihilfenrechtliche Unbedenklichkeit unter dem Vorbehalt, dass die nachträgliche Modifikation der PPP weder ein anderes Gepräge gibt noch zu einer grundlegenden Veränderung der anfangs in der Projektbeschreibung festgelegten Rahmenbedingungen führt.¹⁸

6 Siehe Fn. 3.

7 Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, ABl. 1997 C 209/3.

8 Entscheidung der Kommission vom 11. 4. 2000, *Centrale del Latte di Roma*, L 265/15; Kommission, Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme nach Art. 88 Abs. 2 EG, *Landesentwicklungsgesellschaft Thüringen*, ABl. 1999 C 280/8.

9 Schlussanträge des Generalanwalts Tizzano vom 19. 6. 2003 – Rs. C-277/00, Bundesrepublik Deutschland/Kommission, unter Bezugnahme auf das Urteil des EuGH vom 20. 9. 2001 – Rs. C-390/98, *Banks*, Slg. 2001, I-6117.

10 EuGH Rs. C-390/98, *Banks* (Fn. 9); EuGH, 24. 7. 2003 – Rs. C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, Slg. 2003, I-7747, RIW 2003, 710, EWS 2003, 419.

11 Entscheidung der Kommission vom 2. 10. 2002, *London Underground*, NN 264/02, Rdnr. 81 f.; *Dreher*, ZWeR 2005, 129; *Koenig/Kühling/Theobald*, Recht der Infrastruktur, 1. Kapitel Rdnrn. 49 ff.

12 Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. 3. 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge; zuletzt geändert durch Art. 2 ÄndRL 2005/51/EG vom 7. 9. 2005 (Abl. L 257/127, Abl. L 134/114, Abl. L 351/44).

13 Sowohl der Entwurf des neuen § 101 Abs. 5 GWB als auch der Entwurf einer Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Stand 18. 3. 2005) sehen die Einführung des wettbewerblichen Dialogs entsprechend den europäischen Vorgaben vor, zwingend ist dies nach Art. 29 Abs. 1 Vergaberichtlinie nicht.

14 *Knauff*, NZBau 2005, 249 (255); *ders.*, EuZW 2004, 141 (142); *Leinmann/Maibaum*, VergabeR 2004, 287 ff.

15 Vgl. Art. 30 Abs. 1 lit. b Vergaberichtlinie, siehe auch *Knauff*, NZBau 2005, 249 (255).

16 Entscheidung der Kommission (Fn. 1), Rdnr. 81.

17 Entscheidung der Kommission (Fn. 1), Rdnr. 86.

18 Entscheidung der Kommission (Fn. 1), Rdnr. 87.

1. Möglichkeit der Kenntnisnahme der Änderungsoption für alle Bieter ...

Die genannten Vorgaben wurden von der Kommission allein bezogen auf den konkreten Sachverhalt *London Underground* entwickelt, indem geprüft wurde, ob gerade die am Ausschreibungswettbewerb „London Underground“ Beteiligten die Möglichkeit hatten, die seitens der öffentlichen Hand eingebrachten Änderungen in objektiver Art und Weise zur Kenntnis zu nehmen. Einen allgemeinen, abstrakten Rechtssatz stellt die Kommission hingegen nicht auf. Welche genauen Anforderungen an die Kenntnisnahmemöglichkeit für alle Bieter einzuhalten sind, ist also nach wie vor nicht entschieden. Als hinreichendes Indiz wertete die Kommission die tatsächliche Forderung nach einer weitergehenden Beteiligung der öffentlichen Hand durch alle beteiligten Bieter.

Fraglich ist, ob dies das einzige Instrument zum Ausschluss einer EG-beihilfentatbestandlichen Begünstigung darstellt oder ob sich nicht vielmehr eine allgemeine Definition dieser „Möglichkeit der Kenntnisnahme“ festschreiben lässt. Zur Vereinfachung und Reduzierung von Rechtsunsicherheiten für künftige PPP-Infrastrukturprojekte wäre die Festlegung eines solchen einheitlichen Standards hilfreich. Die Vornahme nachträglicher Änderungen des Ausschreibungsgegenstandes könnte mit Blick auf deren Vereinbarkeit mit dem EG-Beihilfenrecht im konkreten Einzelfall erleichtert werden, wenn sich aus den Vorgaben von *London Underground* ein allgemeiner Maßstab zur objektiven Kenntnisnahmemöglichkeit und zur Durchführung von Änderungen entwickeln ließe. Eine solche Anleitung könnte wie folgt lauten:

a) Verhandlungsverfahren – wettbewerblicher Dialog

Die Vergabe eines PPP-Infrastrukturprojekts erfolgt bis zur Einführung des wettbewerblichen Dialogs in deutsches Recht im Wege des Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem öffentlichen Teilnahmewettbewerb.

b) Änderungsvorbehalt in der Leistungsbeschreibung

Ein Änderungsvorbehalt wird ausdrücklich in die Leistungsbeschreibung aufgenommen. Diese Klausel darf sich insbesondere nicht – gleichsam salvatorisch – auf sämtliche Leistungs-/Gegenleistungselemente beziehen, sondern hat sich auf klar definierte Aspekte zu beschränken. Ausdrücklich geht die Kommission zwar nicht auf die Notwendigkeit einer solchen Beschränkung ein, deutlich wird diese aber zum einen durch die Betonung, dass *allein die große Anzahl* der vorgenommenen Änderungen *noch nicht automatisch* auf eine Diskriminierung der Bieter schließen lässt, und zum anderen durch die Feststellung, dass alle nachträglichen Modifikationen *den in der Ausschreibung bereits festgelegten Elementen* entsprechen.¹⁹ Dies könnte als eine Mindestanforderung gewertet werden, deren Einhaltung die weitere Prüfung der Diskriminierungsfreiheit überhaupt bedingt. Wäre die Vornahme einer unbeschränkten Zahl von Änderungen zulässig, die überdies das Leistungs-/Gegenleistungsgeflecht novellieren, bestünde die Gefahr, dass die in der Leistungsbeschreibung definierte PPP ein neues Projekt zum Gegenstand hätte, welches ausgeschiedene Bieter oder solche, die aufgrund der ursprünglichen Ausschreibung gar kein Angebot abgaben, möglicherweise zu besseren Konditionen als der letztlich erfolgreiche Bieter hätten verwirklichen können.

c) Aufforderung der Bieter zur Selbstinitiative

Überdies wird bereits im Angebotsformular darauf hingewiesen, dass die Einbringung individueller Gestaltungsvorschläge hinsichtlich des Projekts und ebensolche Forderungen seitens der Bieter erwünscht seien. Diese Aufforderung der Bieter zur Selbstinitiative könnte beispielsweise durch eine entsprechende Ausgestaltung des Angebotsformulars verstärkt werden, indem den Interessenten und späteren Bietern Raum für die Aufstellung zusätzlicher und nach ihrer Ansicht für die Projektverwirklichung notwendiger Forderungen gewährt wird. Die tatsächliche Inanspruchnahme dieses Rechts würde dadurch für die interessierten Bieter nicht nur vereinfacht, sondern gewährleistet auch die allgemeine Wahrnehmungsmöglichkeit hinsichtlich eines Änderungsvorbehalts.

d) Offenlegung der Änderungsinitiativen gegenüber allen Bietern

Schließlich werden alle Änderungsinitiativen – gleich von welcher Seite in das Verfahren eingebracht – unter Wahrung der notwendigen Geheimhaltungspflichten allen beteiligten Bietern (in abstrakter Form) offengelegt. Bevor mit einem oder mehreren Bietern in weitergehende Verhandlungen bzgl. der Änderung eingestiegen wird, ist allen beteiligten Bietern ausreichend Zeit zur Reaktion auf die Änderungsinitiativen einzuräumen. Insbesondere ist sicherzustellen, dass die Offenlegung nicht erst erfolgt, nachdem dem Unternehmen, mit welchem die Änderung ausgehandelt worden ist, ein preferred-bidder-Status eingeräumt wurde. Die Auswahl eines solchen hinderte die Kommission in *London Underground* zwar nicht an der Bejahung eines diskriminierungsfreien Wettbewerbs.²⁰ Angesichts des Umstands, dass das Innehaben eines preferred-bidder-Status den Wettbewerbsdruck und die Wettbewerbsdynamik für den bevorzugten Bieter erheblich reduziert, kann der Kommission aber in diesem Punkt nicht gefolgt werden²¹: Nur bei gleichen Verhandlungsvoraussetzungen besteht für alle Bieter überhaupt die faktische Möglichkeit, vorgenommene Änderungen zeitlich und inhaltlich in ungefähr gleicher Weise zur Kenntnis zu nehmen und gegebenenfalls darauf zu reagieren. Allerdings gilt dies wohl nicht, wenn die Modifikation zwar während des Vorliegens einer preferred-bidder-Stellung gegenüber diesem Bieter eingebracht wird, dieser Status aber wieder aufgehoben und daraufhin allen anderen Bietern die Möglichkeit der Kenntnisnahme diskriminierungsfrei eingeräumt wird.

2. ... durch objektive Einbringung der Änderung(en) in das Vergabeverfahren, ...

Ebenso wie mit der Voraussetzung einer Kenntnisnahmemöglichkeit verhält es sich auch hinsichtlich des Kriteriums der „objektiven Einbringung“ einer Änderung in das Vergabeverfahren: Auch hier liefert die Kommissionsentscheidung nicht mehr als ein Beispiel dafür, wann eine solche objektive Einbringung vorliegen soll. Nach *London Underground* ist dies der Fall, wenn bereits aus den Ausschreibungsunterlagen die Erwartung einer Änderung des Leistungsgegenstandes – beschränkt auf genau festgelegte

¹⁹ Entscheidung der Kommission (Fn. 1), Rdnr. 86.

²⁰ Entscheidung der Kommission (Fn. 1), Rdnr. 86: „modifications cannot be considered to automatically constitute a form of discrimination even where they are introduced after appointment of the preferred bidders.“

²¹ So auch Dreher, ZWeR, 2005, 121 (131).

Aspekte²² – hervorgeht und alle Bieter dies im Vorfeld der Angebotsabgabe zur Kenntnis nehmen konnten. In ihrer Entscheidung sah die Kommission diese Anforderung vor allem auch wegen der Wahl des Verhandlungsverfahrens als erfüllt an, welches die Flexibilität des Wettbewerbs betone und für Wettbewerber erkennbar darauf abziele, den Vergabegegenstand fortlaufend neu, während der Verhandlungen gewonnenen Erkenntnissen anzupassen.²³

Eher als die erste Voraussetzung der Kenntnisnahmemöglichkeit erscheint die zweite Vorgabe der Kommission geeignet, allgemein gültige Maßstäbe zu bilden. Die Wahl des Verhandlungsverfahrens zur Durchführung eines Infrastrukturausschreibungswettbewerbs wurde in *London Underground* bereits als erstes Indiz für die Objektivität der Einbringung einer Modifikation angesehen.²⁴ Zu empfehlen ist darüber hinaus die explizite Aufnahme einer Änderungserwartung in die Leistungsbeschreibung.

3. ... aber ohne grundlegende Änderung des ursprünglichen Ausschreibungsgegenstandes!

Flankiert werden die beiden Hauptanforderungen an die Diskriminierungsfreiheit von der Vorgabe, dass es durch die Modifikation einzelner Aspekte zu keiner grundlegenden Änderung des ursprünglichen Inhalts der Ausschreibung kommt. Wann eine grundlegende Änderung im Einzelfall vorliegt, ist freilich unklar und lässt sich auch nur bis zu einem gewissen Punkt präzisieren. Pauschale Differenzierungen, z. B. zwischen Haupt- und Nebenleistungen oder nach der Rechtsnatur des Vertrages, führen hier jedenfalls nicht weiter.

a) Kontrollfrage: Wäre das Bietverfahren ohne die Änderung anders abgelaufen?

Die Auffassung der Kommission scheint viel eher auf eine Art *Vorhersehbarkeitstest* hinauszulaufen, der es ermöglicht, die Anforderungen im Sinne einer *sliding scale* flexibel entsprechend der Komplexität des konkreten Projekts festzulegen. So soll es darauf ankommen, ob die Angebote (potentieller²⁵) konkurrierender Bieter anders gestaltet worden wären oder weitere Interessenten mitgeboten hätten, wenn die Modifikation von vornherein Teil der Ausschreibung gewesen wäre.²⁶ Das hängt natürlich davon ab, wie umfangreich und schwierig das geplante Unterfangen ist: Je komplexer das Projekt ist und je weniger Erfahrung die ausschreibende Stelle mit der Realisierung besitzt, desto eher ist aus Sicht der potenziellen Bieter damit zu rechnen, dass sich im Laufe des Verfahrens auch zentrale Vertragselemente noch ändern können.

Insgesamt ist jedenfalls davon auszugehen, dass der Spielraum für zulässige Änderungen und Modifikationen seitens der Kommission nicht übermäßig strikt gehandhabt wird. An zahlreichen Stellen der Entscheidung legt die Kommission Wert auf die Feststellung, dass die öffentliche Hand nicht in der Lage ist, bereits in der Ausschreibung eine abschließende Leistungsbeschreibung vorzunehmen. Es könne vielmehr oft erst durch eine Auswertung der eingegangenen Angebote und im Wege von anschließenden Verhandlungen herausgefunden werden, ob sich ein Projekt überhaupt auf die in der Ausschreibung festgelegte Art und Weise verwirklichen lässt oder ob vielmehr Änderungen im Leistungs-/Gegenleistungsgeflecht vorzunehmen sind. Konkretisierungen der endgültigen Projektgestaltung hält die Kommission also nicht nur für generell zulässig, sondern im Einzelfall überdies für notwendig.²⁷

b) Denkbare Beispiele für (noch) zulässige Änderungen des Ausschreibungsgegenstandes

So könnte beispielsweise im Rahmen der Verwirklichung eines Sportstadions die Anzahl der Ränge nach oben oder unten korrigiert oder die Verpflichtung zur Übernahme aller Bewirtschaftungs- und Serviceleistungen am Rande des Stadionsbetriebs durch das private Unternehmen als zulässig erkannt werden. Anders verhielte es sich wohl mit einer Änderung des Ausschreibungsgegenstandes in der Weise, dass es im Rahmen der Verhandlungen mit einem oder mehreren Bietern zu einer Verdoppelung des Auftragsvolumens kommt, wenn also z. B. aus einem geplanten kleineren Fußballstadion ein ganzer Sportpark würde.

c) Zusammenfassung

Die Einhaltung der *London Underground*-Vorgaben an einen Begünstigungsausschluss bei der Vornahme nachträglicher Änderungen der Leistungs-/Gegenleistungselemente eines Infrastrukturprojekts wird durch zwei grundlegende Mechanismen erleichtert: Zum einen sollte – die Erfüllung der Subsidiaritätsvoraussetzung des § 101 Abs. 6 GWB vorausgesetzt – bezüglich der Art der Vergabe die Wahl auf das Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem öffentlichen Teilnahmewettbewerb (bzw. bei Einführung des wettbewerblichen Dialogs in deutsches Recht auf diesen) fallen. Zum anderen ist es sinnvoll, bereits in die Ausschreibung des Vorhabens eine Änderungsvorbehaltsklausel aufzunehmen, aus der unmissverständlich hervorgeht, dass es im Laufe des Ausschreibungswettbewerbs zu Änderungen einzelner Leistungs-/Gegenleistungselemente des ursprünglichen Ausschreibungsgegenstandes kommen kann und es allen Bietern offen steht, selbst Änderungsvorschläge in das Verfahren einzubringen.

IV. Ausweitung des Entscheidungstenors auch auf nachträgliche Änderungen der Ausschreibungsparameter?

1. Die nachträgliche Änderungsmöglichkeit des Bewertungsmaßstabs der Auswahlkriterien ist abzulehnen

In *London Underground* hatte sich die Kommission ausschließlich mit Änderungen des konkreten Ausschreibungsgegenstandes zu befassen. Die nachträglichen Modifikationen bezogen sich allein auf die ursprüngliche Beschreibung des Projekts, nicht (auch) auf die einzelnen Bewertungsparameter. Der Maßstab, anhand dessen das für die Projektverwirklichung beste Angebot ausgewählt werden sollte, wurde also nicht geändert. Eine solche Parameteränderung beträfe die Auswahlkriterien, ihre Gewichtung im Gesamtgefüge der zu erbringenden Unternehmensleistungen und ihre Bewertung im Wettbewerb um das kostengünstigste Angebot. Die Bedeutung der einzelnen Leistungs-/Gegenleistungselemen-

22 Entscheidung der Kommission (Fn. 1), Rdnr. 84.

23 Entscheidung der Kommission (Fn. 1), Rdnrn. 86, 89.

24 Bei Erweiterung des deutschen Vergaberechts um den wettbewerblichen Dialog kann dessen Wahl zur Vergabe eines PPP-Infrastrukturprojekts als entsprechendes Indiz gewertet werden.

25 Sicherzustellen ist bei einer nachträglichen Modifikation des Leistungs-/Gegenleistungsgeflechts nicht nur die Diskriminierungsfreiheit hinsichtlich der Bieter, die tatsächlich ein Angebot abgegeben haben, sondern auch in Bezug auf lediglich potentielle Interessenten; Entscheidung der Kommission vom 2. 10. 2002, *London Underground*, NN 264/02, Rdnr. 89.

26 Entscheidung der Kommission (Fn. 1), Rdnr. 89.

27 Entscheidung der Kommission (Fn. 1), Rdnrn. 66, 86, 87, 89.

te einer Projektverwirklichung im Ausschreibungswettbewerb wäre also bis zur Zuschlagserteilung unsicher, die Schwerpunktsetzung der öffentlichen Hand nicht erkennbar. Eine – diskriminierende – „substantial modification“ des ursprünglichen Ausschreibungsgegenstands bei Änderung des Bewertungsmaßstabs der einzelnen Leistungs-/Gegenleistungselemente im Laufe des Ausschreibungswettbewerbs ist gleichsam vorprogrammiert. Daher ist die Übertragbarkeit der Kommissionsvorgaben aus *London Underground* auf nachträgliche Änderungen der Bewertungsparameter abzulehnen.

2. Eine Ausarbeitung von – später vergleichbaren – Angeboten bliebe interessierten Unternehmen versagt

Insbesondere großvolumige PPP-Infrastrukturprojekte beinhalten üblicherweise mehrere Leistungs- und Gegenleistungselemente. So soll der private Partner häufig nicht nur die Infrastruktur errichten, sondern diese auch später betreiben und dabei ein umfassendes Leistungsspektrum abdecken – z. B. neben der Errichtung einer Mehrzweckhalle auch den Aufbau eines Gastronomiebetriebs oder zusätzlich zum Bau eines Kongresszentrums den Anschluss einer Hotelanlage. Dabei sind die einzelnen Leistungselemente für das Vorhaben unterschiedlich wichtig, so dass der jeweiligen Konzept- und Finanzierungsreife bei der Bewertung eines Angebots unterschiedlich große Bedeutung zukommt. Wissen die potenziellen Bieter aber nicht um die Präferenzen der öffentlichen Hand bei der Bewertung der einzelnen Leistungselemente, so wird die Erstellung von Finanzierungskonzepten und damit

von möglichst ausgereiften Angeboten erschwert. Als Grundlage für weitere Verhandlungen sind diese Angebote ungeeignet. Eine vergleichende diskriminierungsfreie Bewertung der einzelnen Angebote wird damit unmöglich.

Außerdem besteht durch eine nachträgliche Änderung der Bewertungsparameter auch bei Einhaltung der *London Underground* Vorgaben viel eher die Gefahr der Abschreckung von Unternehmen, die für das in Frage stehende Projekt nach Vornahme der Änderung geeignet und an der Durchführung interessiert wären, die aber wegen der ursprünglichen Schwerpunktsetzung in der Ausschreibung von der Abgabe eines Angebots abgehalten wurden.

V. Ergebnis

Die Einhaltung der Voraussetzungen an einen Begünstigungsausschluss bei nachträglich in einen Vergabewettbewerb eingeführten Änderungen am Ausschreibungsgegenstand stellt keine allzu großen Anforderungen an die Beteiligten des Wettbewerbs. Im Wesentlichen sind dabei zwei grundlegende Bedingungen zu beachten, denen mit einfachen Maßnahmen im Vorfeld der Ausschreibung bzw. bei Erstellung der Leistungsbeschreibung und vor allem während des Vergabeverfahrens beizukommen ist. Ob es in der Kommissionspraxis künftig zu einer Konkretisierung der Voraussetzungen „Möglichkeit der Kenntnisnahme nachträglicher Änderungen“ und deren „objektive Einbringung in den Vergabewettbewerb“ kommt, bleibt abzuwarten, ist aber angesichts der wachsenden Anzahl von PPP-Infrastrukturprojekten wahrscheinlich.