

Professor Dr. Christian Koenig und wiss. Referentin Kristin Hentschel, Bonn

Beihilfenempfänger als Bieter im Vergabeverfahren*

Sowohl das EG-Vergaberecht als auch das EG-Beihilfenrecht wurden in den vergangenen Jahren kontinuierlich fortentwickelt und zu detaillierten Regelungsgeflechten ausgebildet. Exemplarisch sei nur auf die umfassende Novellierung der Vergaberichtlinien sowie das unlängst von der Kommission verabschiedete „Maßnahmenpaket“ zur Behandlung von Beihilfen im Bereich der Daseinsvorsorge verwiesen. Nicht zuletzt die Ausdifferenzierung beider Regelungssysteme hat zu einer Verdeutlichung der zwischen diesen beiden Rechtsgebieten bestehenden Schnittstellen geführt. Im Beihilfenrecht hat sich das offene, transparente und diskriminierungsfreie Ausschreibungsverfahren als wirksames und zuverlässiges Instrument zum Ausschluss des Begünstigungstatbestands des Art. 87 I EG etabliert. Aus vergaberichtlicher Sicht stellt sich insbesondere die Frage nach der Behandlung von Beihilfenempfängern und deren Angeboten in Vergabeverfahren. Der vorliegende Beitrag untersucht die Auswirkungen der Teilnahme eines Beihilfenempfängers als Bieter in einem Vergabeverfahren unter beihilfen- und vergaberechtlichen Gesichtspunkten.

I. Einleitung

Die Problematik, ob und inwieweit das EG-Beihilfenrecht im Rahmen eines Vergabeverfahrens Berücksichtigung finden muss, war bereits mehrfach Gegenstand rechtlicher Auseinandersetzungen. Auf nationaler Ebene wurde diese Frage diskutiert, nachdem die *VK Düsseldorf* und der *Vergabesenat* beim *OLG Düsseldorf* dazu unterschiedliche Auffassungen vertraten. Dem Rechtsstreit lag der folgende Sachverhalt zu Grunde: Die Vergabestelle – mehrere als öffentliche Auftraggeber gem. § 98 Nr. 2 GWB zu qualifizierende Zweckverbände – hatte Dienstleistungen im ÖPNV zu vergeben und schrieb diese im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem öffentlichen Teilnahmewettbewerb aus. Einer der beteiligten Bieter beanstandete seine angebliche Benachteiligung im Vergabeverfahren, die sich daraus ergäbe, dass ein anderer Bieter in der Vergangenheit staatliche, bei der Kommission nicht ordnungsgemäß notifizierte Beihilfen erhalten habe. Die *VK* gab der Vergabestelle auf, die Ausschreibung aufzuheben. Zur Begründung führte sie aus, dass eine Wettbewerbsverzerrung im Vergabeverfahren anzunehmen sei, wenn auf Grund einer erhaltenen rechtswidrigen Beihilfe ein besonders günstiges Angebot abgegeben werden könne. Dies hätte der öffentliche Auftraggeber in seine Beurteilung einbeziehen müssen. Er hätte aufklären müssen, ob ein zulässiger Fall besonders niedriger Preiskalkulation vorlag, zum Beispiel durch eine besonders gute betriebswirtschaftliche Kostenrechnung, oder ob zu Unrecht erhaltene Vorteile eingebracht worden seien¹. Der *Vergabesenat* beim *OLG Düsseldorf* hob diese Entscheidung auf. Er führte aus, der Erhalt nicht notifizierter Beihilfen durch Mitbewerber könne nicht zum Gegenstand eines Vergabenaufhebungsverfahrens gemacht werden: Die Zuwendung der Beihilfe stelle eine eigene, vom Vergabeverfahren losgelöste, sowohl verfahrensrechtlich als auch materiellrechtlich selbstständige rechtliche Angelegenheit dar². Darüber hinaus lasse sich weder aus nationalem noch aus europäischem Vergabe- oder Beihilfenrecht die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers herleiten, im Interesse eines fairen unbeeinflussten Bieterwettbewerbs einen Bieter, der eine Beihilfe erhalten habe, von der Angebotswertung auszuschließen oder die nicht notifizierte Beihilfe durch eine Anhebung des

Angebotspreises zu neutralisieren³. Die Ausführungen des *OLG* lassen sich indes gegenwärtig nicht mehr bzw. nur noch teilweise aufrechterhalten. Zutreffend ist, dass sich aus den EG-beihilfenrechtlichen Vorschriften kein Gebot des Ausschlusses eines Beihilfenempfängers aus Vergabeverfahren ergibt. Sanktionen im Hinblick auf Beihilfenempfänger im Vergabeverfahren sieht das Beihilfenrecht nicht vor. Aus vergaberichtlicher Sicht ergibt sich nach Maßgabe der Kommissionspraxis und der Rechtsprechung des *EuGH* sowie insbesondere der geltenden EG-Vergaberichtlinie jedoch eine abweichende Bewertung.

II. Die Beurteilung des Beihilfenempfängers im Vergabeverfahren durch die Kommission und den EuGH

Der *EuGH* hat sich der Beurteilung eines Beihilfenempfängers im Vergabeverfahren in dem Vorabentscheidungsverfahren „ARGE Gewässerschutz“⁴ angenommen: Die ARGE, eine Arbeitsgemeinschaft von Ziviltechnikern und Unternehmen, sowie zwei Unternehmen des öffentlichen Sektors hatten im Rahmen eines vom österreichischen Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft durchgeführten offenen Ausschreibungsverfahrens Angebote abgegeben. Die ARGE beanstandete, dass die öffentlichen Unternehmen hohe staatliche Subventionszahlungen ohne konkrete Projektbindungen erhielten, was sie befähige, ihr Angebot zu Preisen anzubieten, die erheblich unter denen ihrer Mitbewerber lägen. Die Bundesvergabekontrollkommission hielt eine Teilnahme dieser öffentlich geförderten Unternehmen für wettbewerbskonform. In dem sodann von der ARGE veranlassten Nachprüfungsverfahren legte das österreichische Bundesvergabeamt dem *EuGH* unter anderem die hier relevante Frage vor, ob die Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers, in einem Vergabeverfahren Einrichtungen zuzulassen, die staatliche Beihilfen erhielten, die es ihnen ermöglichten, in einem Vergabeverfahren zu deutlich geringeren Preisen anzubieten als ihre Mitbewerber, einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter darstelle. Im Rahmen der Ausführungen des *EuGH* wurde deutlich, dass mit dieser Problemstellung verschiedene Einzelfragen verbunden waren, die der *EuGH* nur teilweise beantwortete. Zum einen stellte sich die Frage, ob eine Differenzierung zwischen dem Empfänger einer rechtswidrigen Beihilfe und dem Empfänger einer rechtmäßigen Beihilfe vorgenommen werden muss. Zum anderen waren die mit dem Empfang einer Beihilfe verbundenen Konsequenzen im Vergabeverfahren aufzuzeigen.

1. Differenzierung zwischen dem Erhalt rechtswidriger und rechtmäßiger Beihilfen

Die Frage, ob eine Differenzierung zwischen dem Empfänger einer rechtswidrigen Beihilfe und dem Empfänger einer rechtmäßigen Beihilfe vorgenommen werden müsse, bejahte

* Der Autor Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn (ZEI), die Autorin Hentschel ist dort wissenschaftliche Referentin. Alle Internet-Zitate sind auf dem Stand vom 18. 4. 2006.

1 *VK Düsseldorf*, Beschl. v. 18. 4. 2002, NZBau 2006, 335 L (unter Nr. 16 in diesem Heft), S. 17 f. des Umdrucks.

2 *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 26. 6. 2002, ZfBR 2003, 70 (71 f.).

3 *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 26. 6. 2002, ZfBR 2003, 70 (72 f.).

4 *EuGH*, Slg. 2000, I-11037 = NZBau 2001, 99 – „ARGE Gewässerschutz“. Die hier vom *EuGH* vertretene Rechtsauffassung hatte das *OLG Düsseldorf* nur zum Teil in seine Bewertung einbezogen. Dies kritisch anmerkend schon Bultmann, ZfBR 2003, 74.

der *EuGH*. So stellte er zunächst klar, dass der Ausschluss eines Beihilfenempfängers vom Vergabeverfahren in den Fällen, in denen dieser eine gemeinschaftsrechtskonforme Beihilfe erhalten habe, nicht gerechtfertigt sei⁵. Lediglich wenn eine „nicht vertragskonforme“ Beihilfe vorliege, könne diese bei der Beurteilung der Eignung des Bieters Berücksichtigung finden⁶. Auch die Kommission hatte im Rahmen ihrer Stellungnahme im Verfahren eine entsprechende Differenzierung vorgenommen, indem sie vortrug, der Umstand des Vorliegens einer *rechtswidrigen* Beihilfe, bei der folglich die Gefahr einer Rückforderung bestünde, könne bei der Beurteilung der Eignung des Bieters unter dem Gesichtspunkt seiner finanziellen Leistungsfähigkeit Berücksichtigung finden⁷.

a) *Empfänger rechtmäßiger Beihilfen*. Die Auffassung, wonach dem Empfänger rechtmäßiger Beihilfen hieraus im Vergabeverfahren keine Nachteile erwachsen sollen, lässt sich auf zahlreiche Argumente stützen. Zum einen ist eine derartige Sanktion weder im Vergaberecht noch im Beihilfenrecht vorgesehen. Zum anderen wäre es sinnwidrig, ein Unternehmen in gemeinschaftsrechtlich zulässiger Weise zu unterstützen und im nächsten Schritt seine wirtschaftliche Tätigkeit zu beschneiden⁸. Eine Gleichbehandlung von Empfängern rechtmäßiger und rechtswidriger Beihilfen widerspricht im Übrigen auch dem Sinn und Zweck der Ausgestaltung des Beihilfenrechtsregimes, wonach explizit zwischen rechtswidrigen und wettbewerbskonformen Beihilfen zu unterscheiden ist.

Das Beihilfenrechtssystem gestaltet sich als detailliertes, ausdifferenziertes System von Verbots-, Ausnahme- und Befreiungs- sowie Rechtfertigungstatbeständen. So erklärt der Beihilfentatbestand des Art. 87 I EG zunächst grundsätzlich sämtliche Beihilfen für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, sieht in Art. 87 II und III EG aber Legalausnahmen bzw. Ausnahmeklauseln in Form von Ermessenstatbeständen vor. Fällt die Beihilfe nicht unter diese Ausnahmetatbestände, kann sie dennoch nach Maßgabe der Gruppenfreistellungsverordnungen sowie der spezifischen Befreiungsmöglichkeiten im Bereich der Daseinsvorsorge mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar oder aber gerechtfertigt sein, wenn die Voraussetzungen der Ausnahmemöglichkeit des Art. 86 II EG vorliegen. Die Kommission verfolgt darüber hinaus neuerdings einen dezentralisierten, an wirtschaftlichen Effekten orientierten Kontrollansatz („more economic approach“)⁹ und legt in ihrem unlängst verabschiedeten Maßnahmenpaket zur Behandlung von Beihilfen im Bereich der Daseinsvorsorge¹⁰ diesen Ansatz zu Grunde. Auch vor diesem Hintergrund muss über die Gemeinschaftsrechtskonformität einer Beihilfe im Einzelfall unter Zugrundelegung ihrer wirtschaftlichen Auswirkungen entschieden werden.

Aus vergaberechtlicher Sicht ist dazu festzuhalten, dass die behauptete wettbewerbsverzerrende Wirkung einer nachweislich rechtmäßigen Beihilfe zu dem Zeitpunkt, zu welchem sie Eingang in ein Vergabeverfahren findet, bereits von der Kommission überprüft und ausgeschlossen werden konnte, so dass auch nicht von einem wettbewerbswidrigen Vorteil des Bieters im Vergabeverfahren auszugehen ist. Wettbewerbsvorteile, die sich auf Grund zulässiger Beihilfen ergeben, sind als Ergebnis rechtmäßigen staatlichen Handelns und als rechtmäßig erlangte Wettbewerbsposition hinzunehmen¹¹. Auch die im Folgenden unter III noch näher zu würdigende EG-Vergaberichtlinie 2004¹² bestätigt diese Wertung nunmehr ausdrücklich, wenn Art. 55 bestimmt, dass das Angebot eines Beihilfenempfängers im Vergabeverfahren nur dann allein aus dem Grund des Beihilfenempfangs abgelehnt werden darf, wenn der betroffene Bieter die Rechtmäßigkeit

der Beihilfe nicht darlegen kann. Rechtmäßige Beihilfen sind danach im Vergabeverfahren nicht zu berücksichtigen.

b) *Empfänger rechtswidriger Beihilfen*. Komplexer stellt sich die Beurteilung der Teilnahme eines Empfängers rechtswidriger Beihilfen an einem Vergabeverfahren dar.

aa) *Differenzierung zwischen formell rechtswidrigen und materiell rechtswidrigen Beihilfen*. Unklar bleibt nach den Ausführungen des *EuGH* in der Rechtssache „ARGE Gewässerschutz“, ob der *EuGH*, der im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der Beihilfe von „fehlender Vertragskonformität“ spricht, die *formelle* gleichermaßen wie die *materielle* Rechtswidrigkeit von Beihilfen behandelt wissen wollte. Beihilfen können ausschließlich formell oder aber formell und materiell rechtswidrig sein: Liegt eine Beihilfe i. S. des Art. 87 I EG vor, so muss der betroffene Mitgliedstaat die Kommission nach Maßgabe des Art. 88 III 1 EG i. V. mit der Verfahrensverordnung in Beihilfensachen (VerfVO)¹³ von jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung dieser Beihilfe unterrichten (Notifizierungspflicht). Wird auf eine notwendige Notifizierung verzichtet oder eine Beihilfe entgegen dem Durchführungsverbot des Art. 88 III EG gewährt, so handelt es sich um eine zumindest formell rechtswidrige Beihilfe. Sodann obliegt es der Kommission zu prüfen, ob diese formell rechtswidrige Beihilfe auch materiell rechtswidrig ist, ob also eine durch die Beihilfe verursachte tatsächliche oder potenzielle Wettbewerbsbeeinträchtigung gegeben ist. Die vom *EuGH* in der Rechtssache „ARGE Gewässerschutz“ gewählte Formulierung der „fehlenden Vertragskonformität“ spricht eher für ein umfassendes Rechtswidrigkeitsverständnis. Es liegt nahe, dass, hätte der *EuGH* insoweit eine Differenzierung vornehmen wollen, er die gängige Unterscheidungsformulierung der formellen und materiellen Rechtswidrigkeit verwandt hätte. Dieses Ergebnis wird nach dem Sinn und Zweck einer etwaigen Gleich- bzw. Ungleichbehandlung formell und materiell rechtswidriger Beihilfen im hier relevanten vergaberechtlichen Kontext bestätigt. Zwar spricht auf den ersten Blick einiges für das Gebot einer unterschiedlichen Bewertung: Nur materiell rechtswidrige Beihilfen begründen ein Wettbewerbsverzerrungspotenzial, und nur die Rückforderung materiell rechtswidriger Beihilfen ist der Kommission nach der VerfVO in Art. 14 zwingend vorgegeben. Die Einordnung rechtmäßiger Beihilfen als vergaberechtlich unschädlich legt zudem eine Bewertung na-

5 *EuGH*, Slg. 2000, I-11037 = NZBau 2001, 99 Rdnrn. 36, 38 – „ARGE Gewässerschutz“.

6 *EuGH*, Slg. 2000, I-11037 = NZBau 2001, 99 Rdnr. 29 – „ARGE Gewässerschutz“.

7 Vgl. hierzu auch *Bartosch*, WuW 2001, 675 (681), sowie *ders.*, CMLRev 2002, 551 (566 ff.). Die *VK Düsseldorf* nahm ebenfalls eine entsprechende Unterscheidung vor, *VK Düsseldorf*, Beschl. v. 18. 4. 2002, NZBau 2006, 335 L, S. 16 des Umdr.

8 So auch schon *GA Léger*, Slg. 2000, I-11037 = NZBau 2001, 99 – „ARGE Gewässerschutz“.

9 *Kroes*, The State Aid Action Plan, UK Presidency Seminar on State Aid London, 14. 7. 2005, im Internet abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/action_plan/.

10 S. insb. ABIEG 2005 Nr. L 312, 67 sowie ABIEG 2005 Nr. C 297, 4. Das gesamte Maßnahmenpaket ist ferner im Internet abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/action_plan/.

11 *EuGH*, Slg. 2000, I-11037 = NZBau 2001, 99 – „ARGE Gewässerschutz“; *VK Düsseldorf*, Beschl. v. 18. 4. 2002, NZBau 2006, 335 L, S. 17 des Umdr. Das *OLG Düsseldorf* vertrat in seiner Entscheidung die Auffassung, dass jedwede Beihilfe im Vergabeverfahren unberücksichtigt zu lassen ist.

12 Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31. 3. 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (Vergaberichtlinie), ABIEG 2004 Nr. L 134, 114.

13 Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates v. 22. 3. 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 88 EG (ex Art. 93 EGV), ABIEG 1999 Nr. L 83, 1.

he, wonach nur formell rechtswidrige Beihilfe, deren wettbewerbswidrige Wirkung (noch) nicht feststeht, anders zu behandeln sind als materiell rechtswidrige Beihilfen. Bei genauerem Hinsehen ergibt sich jedoch eine entgegenstehende Wertung, denn im Hinblick auf ihre Auswirkung im Vergabeverfahren können formell rechtswidrige Beihilfen gleichermaßen Bedeutung erlangen wie materielle. Dies wird insbesondere anhand der von der Kommission in der Rechts-sache „ARGE“ vorgetragenen und von der *VK Düsseldorf* aufgegriffenen Argumentation deutlich, wonach das Vorliegen einer rechtswidrigen Beihilfe bei der Beurteilung der Eignung des Bieters unter dem Gesichtspunkt seiner finanziellen Leistungsfähigkeit Berücksichtigung finden könne¹⁴. Dieser Argumentation liegt das folgende Szenario zu Grunde:

Folge der Feststellung der Gemeinschaftswidrigkeit einer Beihilfe ist deren Rückforderung vom Zuwendungsempfänger, wodurch die Wiederherstellung des unverzerrten Wettbewerbszustands vor Beihilfengewährung erreicht werden soll¹⁵. Die Rückforderung materiell rechtswidriger Beihilfen ist der Kommission in Art. 14 VerfVO zwingend vorgeschrieben. Sie entscheidet, dass der betreffende Mitgliedstaat alle notwendigen Maßnahmen ergreifen muss, um die Beihilfe vom Empfänger zurückzufordern. Dabei steht den nationalen Behörden nach der Rechtsprechung des *EuGH* bezüglich der Rücknahme – regelmäßig handelt es sich um die Rücknahme eines Bewilligungsbescheids – kein Ermessen zu; ihre Rolle beschränkt sich auf die Durchführung der Kommissionsentscheidung¹⁶. Der Empfänger einer rechtswidrig gewährten Beihilfe muss also jedenfalls von der Rücknahme des Bewilligungsbescheids ausgehen, sobald die Kommission die materielle Rechtswidrigkeit der Beihilfe festgestellt hat. Jedoch auch im Hinblick auf nur formell rechtswidrige Beihilfen kann die geschilderte Rechtsfolge eintreten. Art. 11 der VerfVO sieht eine Entscheidung der Kommission vor, mit der sie dem Mitgliedstaat die einstweilige Rückforderung aller rechtswidrigen Beihilfen bis zu dem Zeitpunkt vorgibt, bis sie über deren Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt entschieden hat. So kann die einstweilige Rückforderung formell rechtswidriger Beihilfen bis zur Entscheidung der Kommission über den materiellen Rechtswidrigkeitsgehalt der Beihilfe veranlasst werden. In-soweit ist zwar zu beachten, dass die Kommission an die strengen Voraussetzungen des Art. 11 VerfVO gebunden ist, so dass sie in der Praxis nur in seltenen Einzelfällen entsprechend tätig wird. Nach der Rechtsprechung des *EuGH* sind jedoch die *nationalen Instanzen* nicht an die restriktiven Voraussetzungen des Art. 11 VerfVO gebunden¹⁷. Diese können die vorläufige Rückzahlung der (formell) rechtswidrig gewährten Beihilfe unabhängig davon anordnen, ob die Kommission die Beihilfe später genehmigt oder nicht. Vor diesem Hintergrund erklärt der *BGH* schon formell rechtswidrige, das heißt entgegen der Notifizierungspflicht und dem Abwarten einer Kommissionsgenehmigung geschlossene Verträge nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung für nichtig¹⁸, woraus sich für die Betroffenen ebenfalls erhebliche finanzielle Nachteile ergeben können. Über die Leistungskondition und subsidiär über die Eingriffskondition des § 812 BGB können gegen die betroffenen Unternehmen Titel erwirkt werden. Die beschriebene Rechtslage kann danach sowohl im Hinblick auf materiell rechtswidrige als auch mit Blick auf nur formell rechtswidrige Beihilfen eine Zahlungsunfähigkeit des betroffenen Zuwendungsempfängers (§ 17 II InsO) zur Folge haben, wenn dieser die fällige Beihilfenrückforderung nicht erfüllen kann¹⁹. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die Fälligkeit der

EG-beihilfenrechtlichen Rückgewährschuld des betroffenen Unternehmens dessen Pflicht zur Bildung von Rückstellungen (§ 249 I 1 HGB) und damit möglicherweise die Pflicht zur Insolvenzantragstellung wegen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung (§ 19 I InsO) auslöst. Auch diese Folgen sind nicht nur im Hinblick auf materiell, sondern auch auf formell rechtswidrige Beihilfen zu bejahen: Rückstellungen sind nach § 249 I 1 HGB „für ungewisse Verbindlichkeiten und für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften“ zu bilden. Die Rückstellungspflicht nach § 249 I 1 HGB orientiert sich dabei an der ordnungsgemäßen Buchführung eines gewissenhaften Kaufmanns und dem damit verbundenen Vorsichtsprinzip, wonach nicht nur bestehende, sondern auch in ihrer Existenz oder Durchsetzung mögliche Verbindlichkeiten zu passivieren sind, soweit sie dem maßgeblichen Rechnungszeitraum zugeordnet werden können. Eine engere Auffassung stellt insoweit darauf ab, ob die Existenz der Forderung überwiegend wahrscheinlich ist, ob also der Schuldner damit rechnen kann, in Anspruch genommen zu werden²⁰. Beides ist im Hinblick auf die EG-beihilfenrechtliche Rückgewähr auch dann der Fall, wenn der Zuwendungsempfänger eine formell rechtswidrige Beihilfe erhalten hat, über deren Schicksal zwar noch nicht endgültig entschieden ist, die aber bereits – von der Kommission in Einzelfällen nach Maßgabe der Vorgaben des Art. 11 VerfVO sowie vor allem auch von den nationalen Instanzen, die diese Vorgaben nicht einhalten müssen – zurückgefordert werden kann. Im Hinblick auf das EG-Verfahren wird das Inanspruchnahmrisiko, welches die Rückstellungspflicht und damit möglicherweise eine Insolvenz auslöst, ferner durch die sofortige Vollziehbarkeit von Kommissionsentscheidungen zur Beihilfenrückabwicklung erhöht: Klagen beim *EuG* und beim *EuGH* haben keine aufschiebende Wirkung (Art. 242 S. 1 EG)²¹. Wenn bereits das Vorhandensein „ungewisser“, das heißt möglicher Verbindlichkeiten die geschilderten Rechtsfolgen auslösen, so gilt dies erst recht für sofort vollziehbare Kommissionsentscheidungen. Im Hinblick auf das nationale Verfahren wird sich das Insolvenzrisiko in der Praxis insbesondere vor dem Hintergrund der Nichtigkeitsrechtsprechung des *BGH* realisieren. Das Risiko einer Rückforderung kann sich bei einer zu Unrecht gewährten Beihilfe noch Jahre nach der Gewährung verwirklichen und somit auch langfristige Vertragsverhältnisse mit ständi-

14 Vgl. hierzu auch *Bartosch*, WuW 2001, 675 (681).

15 S. z. B. *EuGH*, Slg. 1999, I-3671 Rdnr. 44 – „Maribel“.

16 *EuGH*, Slg. 1983, 2633 – „Deutsche Milchkontor“; Slg. 1997, I-1607 – „Land Rheinland-Pfalz/Alcan“; vgl. auch *VK Düsseldorf*, Beschl. v. 18. 4. 2002, NZBau 2006, 335 L, S. 16 des Umdr. Die deutschen Behörden vollziehen danach die Rückforderung nach § 48 VwVfG, wobei die in dieser Vorschrift vorgesehenen Vertrauensschutzvorschriften den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben nicht entgegenstehen dürfen, vgl. ausf. *Koenig*, BB 2000, 573 (573 f.).

17 S. z. B. *EuGH*, Slg. 1996, I-3547 Rdnr. 67 f. – „SFEI“; Slg. 2003, I-7849 Rdnr. 41 – „Sicilcassa“; *EuG*, Urt. v. 14. 1. 2004 – T-109/01 Rdnr. 136 – „Fleuren Compost“ (unveröff.).

18 Art. 88 III 2 EG stellt, so der *BGH*, ein Verbotsgesetz i. S. des § 134 BGB dar, dessen Verletzung zur Nichtigkeit des zur Gewährung der Beihilfe abgeschlossenen privatrechtlichen Vertrags führt; *BGH*, Urt. v. 4. 4. 2003, EuZW 2003, 444 (445); Urt. v. 20. 1. 2004, NVwZ 2004, 636 (637).

19 Die drohende Rückforderung der Beihilfe beeinträchtigt die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des betroffenen Unternehmens, wenn im Zusammenhang mit der Rückforderung die Insolvenz des Unternehmens droht und damit die Auftragsbefreiung gefährdet ist.

20 Vgl. z. B. *OLG Celle*, BB 1983, 2229 (2231); *Koenig*, BB 2000, 573 (578) m. w. Nachw.

21 Zwar kann der *EuGH* nach Art. 242 S. 2 EG die Durchführung der angefochtenen Handlung aussetzen, wenn er dies den Umständen nach für nötig hält. In der Praxis lassen sich die diesbezüglich notwendigen Voraussetzungen jedoch eher selten erfüllen, vgl. dazu ausf. *Koenig*, BB 2000, 573 (578 f.) m. w. Nachw.; s. auch *ders.*, EuZW 2005, 202 (206).

ger Unsicherheit der finanziellen Leistungsfähigkeit belasten. Die aufgezeigten Gefahren müssen, wenn der betroffene Zuwendungsempfänger im Rahmen eines Vergabeverfahrens ein Angebot abgibt, mit Blick auf seine Leistungsfähigkeit im Rahmen der vergaberechtlichen Bieterprüfung Beachtung finden. Zusammenfassend spricht also sehr viel dafür, dass die (zunächst nur) formell rechtswidrige Beihilfe im Vergabeverfahren ebenso wie die materiell rechtswidrige²² Beihilfe zu berücksichtigen ist²³.

bb) *Die Berücksichtigung rechtswidriger Beihilfen im Vergabeverfahren.* Zu unterscheiden sind im Hinblick auf die Berücksichtigung des Beihilfenempfangs im Vergabeverfahren also die Fälle, in denen eine mit EG-Beihilfenrecht vereinbare, also *rechtmäßige* Beihilfe gewährt wurde von den Fällen, in denen eine *rechtswidrige* Beihilfe gewährt wurde. Nur Letztere sind im Vergabeverfahren zu berücksichtigen. Dies gebietet zum einen die mit der Gefahr der Rückforderung der Beihilfe verbundene Beeinflussung der Bieterprüfung im Vergabeverfahren, die sich nicht nur im Hinblick auf materiell rechtswidrige Beihilfen manifestieren kann, sondern auch im Hinblick auf (zunächst nur) formell rechtswidrige Beihilfen, deren materielle Beurteilung noch aussteht. Eine Einbeziehung von Bietern, deren Kalkulation von vornherein Gefahr läuft, durch die Rückforderung zu Unrecht erhaltener Fördermittel nicht für die gesamte Vertragslaufzeit stabil zu sein, führt zu einer Ungleichbehandlung mit den Bietern, deren Kalkulation nicht von potenziellen Rückforderungsansprüchen bedroht ist²⁴. Zugleich riskiert der Auftraggeber die Auswahl eines nur vermeintlich günstigsten Angebots.

Zum anderen ergibt sich das Erfordernis einer Berücksichtigung rechtswidriger Beihilfen, wie die *VK Düsseldorf* schon im Jahr 2002 zutreffend ausgeführt hat, aus einer Gesamtschau der vergaberechtlichen Bestimmungen. Die nationalen, auf der Grundlage der EG-Vergaberichtlinien erlassenen Bestimmungen verpflichten zur Durchführung eines diskriminierungsfreien, transparenten, die Chancengleichheit wahren Wettbewerbs (vgl. z. B. § 97 II und III GWB, § 2 VOB/A, § 2 VOL/A) sowie zu einer Auseinandersetzung mit ungewöhnlich niedrigen Preisen, verbieten die Zuschlagserteilung auf ein Angebot mit einem zur Leistung in offenbarem Missverhältnis stehenden Preis (§ 25 Nr. 3 I, II VOB/A, § 25 Nr. 2 II und III VOL/A) und begründen die zwingende Pflicht des Auftraggebers, sich mit dem durch die Beihilfengewährung veranlassten günstigen Angebot im Vergabeverfahren auseinander zu setzen (§ 25 b Nr. 2 VOB/A, § 25 b Nr. 2 VOL/A)²⁵. Anknüpfungspunkt für einen Verstoß gegen diese Vorgaben ist der durch die erhaltene Beihilfe veranlasste besonders niedrige Preis. Dieser führt zu entscheidenden Vorteilen im Wettbewerb, die eine Wettbewerbsverzerrung darstellen, wenn sie nicht das Ergebnis einer im Wettbewerb erworbenen Marktposition und besonders leistungsstarken Handelns sind, sondern auf der Gewährung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen beruhen. Da die anderen Bieter ihr Angebot ohne die Vorteile einer solchen Förderung kalkulieren mussten, stellt die Wertung eines Angebots mit auf Grund gemeinschaftsrechtswidrig erhaltener Beihilfen einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot dar²⁶. Um den vergaberechtlichen Grundsätzen und Vorgaben gerecht zu werden, bedarf es deshalb jedenfalls einer Beachtung und Auseinandersetzung mit sowohl materiell als auch rein formell rechtswidrigen Beihilfen im Vergabeverfahren.

Im Anschluss an die positive Feststellung des „Ob“ der Berücksichtigung des Empfangs einer rechtswidrigen Beihilfe

im Vergabeverfahren stellt sich die Frage nach dem „Wie“ dieser Berücksichtigung. Fraglich ist insbesondere, ob der Beihilfenempfänger von vornherein aus dem Vergabeverfahren auszuschließen ist, oder ob sein Angebot zunächst Eingang in das Angebotsvergleichsverfahren findet und die Rechtswidrigkeit der Beihilfe (erst) dort zu berücksichtigen ist (zeitliche Komponente). Letzterenfalls stellt sich weiter die Frage, welche konkreten, mit dem Erhalt der rechtswidrigen Beihilfe verbundenen Umstände sodann im (Angebotsvergleichs-)Verfahren berücksichtigt werden müssen. Dazu haben, abgesehen von dem Hinweis auf den Gesichtspunkt der Eignung des Bieters im Hinblick auf seine finanzielle Leistungsfähigkeit, weder der *EuGH* noch die nationalen Gerichte nennenswerte Vorgaben geliefert.

Der *EuGH* beschränkte sich auf die Feststellung, es sei nicht auszuschließen, dass die maßgebliche Vergaberichtlinie die öffentlichen Auftraggeber unter bestimmten Umständen im Einzelfall dazu verpflichte oder es ihnen zumindest gestatte, nicht vertragskonforme Beihilfen zu berücksichtigen, um gegebenenfalls die Bieter auszuschließen, denen sie zugute kämen²⁷. Das *OLG Düsseldorf* hatte zwar, Bezug nehmend auf die Entscheidung der *VK Nordrhein-Westfalen*, die Option einer Neutralisierung der Wettbewerbsverzerrung durch eine Bereinigung der Angebote der betroffenen Bieter um die in der Vergangenheit erhaltenen (rechtswidrigen) Beihilfen angesprochen. Jedoch lässt sich den Entscheidungsgründen der *VK* die Forderung einer solchen Vorgehensweise allenfalls „zwischen den Zeilen“ entnehmen. Nach Auffassung der *VK* hätte sich der Auftraggeber konkret mit der Angebotskalkulation auseinander setzen und aufklären müssen, ob ein ungewöhnlich niedriges Angebot auf dem Erhalt der rechtswidrigen Beihilfe beruhe, so dass ein zu Unrecht erhaltener Vorteil gegeben sei²⁸. Da die *VK* schon die fehlende Auseinandersetzung des Auftraggebers mit dieser Problematik als Grund für die Beanstandung des Verfahrens ausreichen ließ, finden sich in der Entscheidung keine expliziten Hinweise dazu, zu welchem Zeitpunkt des Verfahrens und mit welchen Konsequenzen eine solche Auseinandersetzung hätte erfolgen müssen.

Festzuhalten bleibt danach nur, dass sowohl der Ausschluss des Empfängers rechtswidriger Beihilfen aus dem Verfahren als auch die Berücksichtigung dieses Umstands im Rahmen des Angebotsvergleichs im Verfahren in Betracht kommen kann. In jedem Fall wird es zu beanstanden sein, wenn der Auftraggeber den Erhalt der rechtswidrigen Beihilfe trotz

22 Im Hinblick auf materiell rechtswidrige Beihilfen ist zu beachten, dass nicht etwa der öffentliche Auftraggeber deren materielle Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit prüfen darf. Eine solche Vorgehensweise würde das Prüfungsmonopol der Kommission praktisch unterlaufen. Dem Auftraggeber darf deshalb eine Nachprüfungsoption der Kommissionsentscheidung nicht eingeräumt werden; er wird vielmehr durch die Kommissionsentscheidung gebunden. Vgl. dazu auch die Vorgaben der Vergaberichtlinie, sogleich unter III.

23 So i. E. auch die Entscheidung von *VK Düsseldorf*, die schon die mit einer fehlenden Notifizierung verbundene potenzielle Rückforderung für die Notwendigkeit der Berücksichtigung der Beihilfe im Vergabeverfahren ausreichen ließ, *VK Düsseldorf*, Beschl. v. 18. 4. 2002, NZBau 2006, 335 L, S. 18 des Umdr.

24 *VK Düsseldorf*, Beschl. v. 18. 4. 2002, NZBau 2006, 335 L, S. 18 des Umdr.

25 Vgl. *VK Düsseldorf*, Beschl. v. 18. 4. 2002, NZBau 2006, 335 L, S. 17 des Umdr. Das Gericht bezieht sich hier u. a. auf die Vorgaben in § 97 II und III GWB, § 2 VOL/A, § 25 Nr. 2 II und III VOL/A sowie § 25 b Nr. 2 III und § 11 Nr. 2 III VOL/A.

26 *VK Düsseldorf*, Beschl. v. 18. 4. 2002, NZBau 2006, 335 L, S. 17 des Umdr.

27 *EuGH*, Slg. 2000, I-11037 = NZBau 2001, 99 Rdnr. 29 – „ARGE Gewässerschutz“.

28 *VK Düsseldorf*, Beschl. v. 18. 4. 2002, NZBau 2006, 335 L, S. 17 f. des Umdr.

eines damit verbundenen ungewöhnlich niedrigen Angebots gänzlich ignoriert.

III. Die Vorgaben der Vergaberichtlinie 2004 und die damit verbundenen Konsequenzen für die Beurteilung des Beihilfenempfängers im Vergabeverfahren

Weitere Vorgaben liefert die Richtlinie 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (im Folgenden: Vergaberichtlinie)²⁹. Diese regelt in Art. 55 I: „Erwecken im Fall eines bestimmten Auftrags Angebote den Eindruck, im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig zu sein, so muss der öffentliche Auftraggeber vor Ablehnung dieser Angebote schriftlich Aufklärung über die Einzelposten des Angebots verlangen, wo er dies für angezeigt hält. Die betreffenden Erläuterungen können insbesondere Folgendes betreffen: (...) e) die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an den Bieter“. Art. 55 III bestimmt: „Stellt der öffentliche Auftraggeber fest, dass ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist, weil der Bieter eine staatliche Beihilfe erhalten hat, so darf er das Angebot allein aus diesem Grund nur nach Rücksprache mit dem Bieter ablehnen, sofern dieser binnen einer der von dem öffentlichen Auftraggeber festzulegenden ausreichenden Frist nicht nachweisen kann, dass die betreffende Beihilfe rechtmäßig gewährt wurde. Lehnt der öffentliche Auftraggeber ein Angebot unter diesen Umständen ab, so teilt er dies der Kommission mit.“ Hatte sich das OLG Düsseldorf seinerzeit noch auf den Standpunkt gestellt, aus den Vergaberichtlinien oder den deutschen Umsetzungsvorschriften ergäbe sich keine Bezugnahme auf beihilfenrechtliche Gesichtspunkte, weswegen die Entgegennahme nicht notifizierter Beihilfen kein Vorgang „in einem Vergabeverfahren“ sei, so ergibt sich spätestens vor dem Hintergrund der neuen Vergaberichtlinie eine andere Bewertung. Die Berücksichtigung beihilfenrechtswidriger Sachverhalte ist nach Art. 55 der Vergaberichtlinie zwingend geworden. Gleichzeitig bestätigt die Vorschrift, die ausdrücklich nur *rechtswidrige* Beihilfen zum Gegenstand eines denkbaren Angebotsausschlusses macht, das Erfordernis der Unterscheidung zwischen rechtswidrig gewährten und rechtmäßigen Beihilfen. Auch rechtmäßige Beihilfen können zwar gem. Art. 55 I lit. e Vergaberichtlinie im Falle eines mit ihnen verbundenen ungewöhnlich niedrigen Angebots einen gesonderten Erläuterungsbedarf begründen. Eine Ablehnung von Angeboten auf Grund der Tatsache, dass der Bieter eine rechtmäßige Beihilfe erhalten hat, kommt jedoch nicht in Betracht. Diese Option sieht die Vergaberichtlinie vielmehr lediglich im Hinblick auf rechtswidrige Beihilfen vor.

1. Die Berücksichtigung des Erhalts rechtswidriger Beihilfen im Vergabeverfahren

Aus den Vorgaben in Art. 55 der Vergaberichtlinie geht zweifelsfrei hervor, dass der Empfang einer rechtswidrigen Beihilfe im Vergabeverfahren beachtet werden muss. Über das „Ob“ einer solchen Beachtung ist also verbindlich entschieden worden. Um allerdings feststellen zu können, zu welchem Zeitpunkt des Verfahrens, auf welche Weise und in welchem Umfang dies zu geschehen hat, bedarf es einer näheren Untersuchung des Art. 55 I sowie insbesondere des Absatzes 3.

a) *Grammatikalische Auslegung.* Der Wortlaut der Vergaberichtlinie ist hinsichtlich des Zeitpunkts der Berücksichtigung einer rechtswidrig erhaltenen Beihilfe eines Bieters im Vergabeverfahren nicht eindeutig. Die in Art. 55 III Vergaberichtlinie vorgesehene Rücksprache mit dem Bieter vor einer etwaigen Ablehnung des Angebots dient lediglich der

Klärung, ob es sich bei der Beihilfe um eine rechtswidrige Beihilfe handelt: Der Auftraggeber kann den Bieter im Verfahren unberücksichtigt lassen, sobald die Rechtswidrigkeit der Beihilfe feststeht. Die Richtlinie legt jedoch nicht fest, in welchem Verfahrensstadium dies geschieht oder geschehen muss. Da der Richtlinien text darüber hinaus keine näheren Aussagen zum Zeitpunkt der Einbeziehung des Beihilfenempfängers trifft, bleibt Raum für eine am Bedeutungszusammenhang, an den Materialien sowie am Telos („effet utile“) orientierte Auslegung.

b) *Systematische Auslegung.* Betrachtet man Art. 55 III im Regelungszusammenhang der Vergaberichtlinie, so spricht vieles dafür, Raum für unterschiedliche Einbeziehungszeitpunkte des Beihilfenempfängers zu gewähren. Für die systematische Auslegung von Art. 55 III der Richtlinie lassen sich Aussagen zum einen normintern aus Art. 55 selbst, aber auch normextern aus den weiteren Vorschriften des Kapitels VII der Richtlinie, dessen Bestandteil Art. 55 ist, herleiten: Kapitel VII der Richtlinie regelt den „Ablauf des Verfahrens“. Den Allgemeinen Bestimmungen in Abschnitt 1 (Art. 44) zur „Überprüfung der Eignung und Auswahl der Teilnehmer, Vergabe des Auftrags“ folgen im zweiten Abschnitt in Art. 45-52 die einzelnen Vorgaben zu den Eignungskriterien, die von der „persönlichen Lage des Bewerbers bzw. Bieters“ (Art. 45), über Befähigungen und Leistungsfähigkeiten (Art. 46-48) bis hin zu formellen Anforderungen, Nachweisen etc. (Art. 49-52) reichen. Unter dem Titel „Auftragsvergabe“ finden sich dann im dritten Abschnitt, der mit der Regelung zu den „Zuschlagskriterien“ in Art. 53 der Richtlinien beginnt, die Vorgaben zu „ungewöhnlich niedrige(n) Angebote(n)“ in Art. 55 EG. Danach ordnet die Vergaberichtlinie eine Einbeziehung beihilfenrechtlicher Gesichtspunkte (spätestens) im Rahmen der Zuschlagserteilung an. Hieraus folgt indes kein Verbot, eine entsprechende Berücksichtigung schon vor einer endgültigen Entscheidung über den Zuschlag vorzunehmen. Folgt aus dem Empfang der rechtswidrigen Beihilfe eine fehlende Eignung des Bieters – insoweit ist noch einmal auf die oben bereits ausführlich dargelegten Rückforderungsgefahren mit den entsprechenden Konsequenzen im Hinblick auf die drohende fehlende Leistungsfähigkeit des Bieters hinzuweisen – so wird dieser Gesichtspunkt bereits im Rahmen der der Zuschlagserteilung vorangehenden Eignungsprüfung zur Ablehnung des Angebots führen.

Diese Eignungsprüfung findet je nachdem, welche Verfahrensart maßgeblich ist, zu einem unterschiedlichen Zeitpunkt des Vergabeverfahrens statt: Beim offenen Verfahren sind im Anschluss an eine öffentliche Bekanntmachung die Verdingungsunterlagen an alle Bewerber abzugeben, die sich gewerbsmäßig mit der Ausführung von Leistungen der ausgeschriebenen Art befassen. Beim nicht offenen Verfahren wählt der Auftraggeber aus dem Kreis der Unternehmen, die sich um Teilnahme bewerben, eine beschränkte Anzahl aus, die er schriftlich zur Angebotsabgabe auffordert. Beim Verhandlungsverfahren sprechen die öffentlichen Auftraggeber ausgewählte Unternehmen an und verhandeln mit einem oder mehreren dieser Unternehmen über die Auftragsbedin-

²⁹ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31. 3. 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (Vergaberichtlinie), ABIEG 2004 Nr. L 134, 114. Anders als in der Sektorrichtlinie war in den „Vorgängerinnen“ dieser Richtlinie lediglich die Aufklärungsnotwendigkeit ungewöhnlich niedriger Preise, jedoch keine entsprechende Regelung zu Beihilfen vorgesehen. Vgl. hierzu GA Léger, Slg. 2000, I-11037 = NZBau 2001, 99 – „ARGE Gewässerschutz“.

gungen. Die Wertung der abgegebenen Angebote erfolgt unabhängig von der maßgeblichen Verfahrensart regelmäßig in vier Wertungsstufen³⁰: Zunächst werden Angebote mit offensichtlichen (meist formalen) Mängeln ermittelt und ausgeschlossen (erste Stufe). Die zweite Stufe dient der Beurteilung der Eignung der Bewerber. Es wird geprüft, ob die Bieter persönlich und sachlich geeignet sind, die vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen³¹. Dabei besitzt die Vergabestelle einen Beurteilungsspielraum, der nur im Hinblick auf etwaige Grenzüberschreitungen der Nachprüfung unterliegt. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn das vorgeschriebene Verfahren nicht eingehalten oder von einem unzutreffenden oder unvollständigen Sachverhalt ausgegangen wird, sachwidrige Erwägungen in die Wertung einbezogen werden oder der Beurteilungsmaßstab unzutreffend angewandt wird³². Auf der dritten Stufe werden Angebote mit unangemessen hohen oder unangemessen niedrigen Preisen aussortiert (Preiskriterium). Die konkrete Auswahl der Bieter, denen ein Zuschlag erteilt werden soll, erfolgt schließlich auf der vierten Stufe. Hier sollen die Angebote gewählt werden, die unter Berücksichtigung aller technischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkte vorzuzugwürdig sind.

Während beim offenen Verfahren die Eignungsprüfung im Anschluss an die erste Stufe vorzunehmen ist, ist diese im nicht offenen Verfahren und im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem öffentlichen Teilnahmewettbewerb bereits durch die Vorschaltung des öffentlichen Teilnahmewettbewerbs erfolgt: Diejenigen Leistungserbringer, die im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs zur Angebotsabgabe aufgefordert worden sind, haben die schon dort vorzunehmende Eignungsprüfung „bestanden“. So kann je nach Verfahrensart der Empfang einer rechtswidrigen Beihilfe im Rahmen der Eignung des Bieters entweder im Rahmen der Durchführung eines vorgeschalteten öffentlichen Teilnahmewettbewerbs oder im Rahmen der Angebotswertung zu berücksichtigen sein. Des Weiteren besteht die Möglichkeit einer Berücksichtigung auf den folgenden Wertungsstufen. Die Vergaberichtlinie legt sich vor diesem Hintergrund in Art. 55, der für alle Verfahrensarten gilt, zu Recht nicht auf einen allgemeingültigen Zeitpunkt fest, sondern beschränkt sich auf die Anordnung der Aufklärung etwaigen Wettbewerbsverzerrungspotenzials jedenfalls vor Erteilung des Zuschlags. Je nach Verfahrensart lässt sich die etwaige Ausschlussoption des betroffenen Angebots in unterschiedlichen Stadien des Vergabeverfahrens klären.

c) *Telos* („*effet utile*“) und *Erwägungsgründe der Vergaberichtlinie*. Dieser Auslegung entsprechen schließlich auch Sinn und Zweck des Art. 55 der Vergaberichtlinie unter Beachtung der zu Grunde liegenden Erwägungsgründe der Vergaberichtlinie. Das EG-Vergaberecht bezweckt die Schaffung eines marktöffnenden, vom Grundsatz der Transparenz und Diskriminierungsfreiheit geprägten Wettbewerbs im gesamten Bereich des öffentlichen Auftragswesens. Die Einhaltung der im EG-Vertrag festgelegten Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung, der gegenseitigen Anerkennung, der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz in allen Verfahrensstadien der Auftragsvergabe sind vorrangiges Ziel der Vergaberichtlinie³³. Die Regelungen in Art. 55 der Vergaberichtlinie verfolgen diese Zielsetzung im Rahmen des Angebotsvergleichsverfahrens. Art. 55 III dient vor diesem Hintergrund dazu, Wettbewerbsverzerrungen, die sich durch rechtswidrige Beihilfen und damit verbundenen ungewöhnlich niedrigen Angeboten im Vergabeverfahren ergeben können, zu verhindern. Gleichzeitig soll sichergestellt werden, dass dem Empfänger rechtmäßiger – und mithin unter Wettbewerbsgesichtspunkten nicht zu beanstandender

– Beihilfen eine unbenachteiligte Teilnahme am Verfahren ermöglicht wird. Schließlich ist mit der Vorschrift auch ein Schutz des Auftraggebers verbunden, der ohne die Offenlegung des Erhalts rechtswidriger Beihilfen durch bestimmte Bieter Gefahr liefe, einem Bieter den Zuschlag zu erteilen, der sich nachträglich auf Grund der Rückforderung der Beihilfe als ungeeignet, weil (finanziell) leistungsunfähig erweist. Maßgeblich für die Erfüllung der genannten Zwecke und Zielrichtungen ist die Aufklärung der Rechtmäßigkeit der Beihilfe, wobei es indes keinen Unterschied macht, in welchem Verfahrensstadium dies geschieht³⁴. Nach den Vorgaben der Vergaberichtlinie bedarf es einer Klärung im Laufe des Verfahrens, jedenfalls im Rahmen des Angebotsvergleichsverfahrens vor Erteilung des Zuschlags.

2. Kein zwingender Ausschluss des Angebots

Zweifelsfrei anhand der Wortlautauslegung des Art. 55 III lässt sich die Frage beantworten, ob das Angebot, dem der Erhalt einer rechtswidrigen Beihilfe zu Grunde liegt, *zwingend* auszuschließen ist: Stellt der öffentliche Auftraggeber im Rahmen des Verfahrens fest, dass ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist, weil der Bieter eine staatliche Beihilfe erhalten hat, so ist er nach der Vergaberichtlinie *berechtigt*, das Angebot *allein aus diesem Grund* abzulehnen, wenn er vorher Rücksprache mit dem Bieter gehalten hat und dieser binnen einer der von dem öffentlichen Auftraggeber festzulegenden ausreichenden Frist³⁵ nicht nachweisen konnte, dass die betreffende Beihilfe rechtmäßig gewährt wurde. Eine entsprechende *Verpflichtung* schreibt die Richtlinie nicht vor. Grundsätzlich kann das Angebot des Empfängers rechtswidriger Beihilfen also im Vergabeverfahren berücksichtigt und in den Angebotsvergleich einbezogen werden. Die Vergaberichtlinie trifft allerdings keine Aussage darüber, in welchen Fällen und auf welche Weise dies geschehen kann. Hier obliegt es dem Auftraggeber, unter Zugrundelegung der konkreten Umstände des Einzelfalls eine Wertung vorzunehmen und zu entscheiden, ob er das betroffene Angebot allein auf Grund der Rechtswidrigkeit der Beihilfe ablehnt oder ob und mit welchen Vorbehalten er das Angebot trotz rechtswidriger Beihilfenempfangs in das Angebotsvergleichsverfahren einbezieht. Hier mag der Umstand, dass etwa eine nur formell rechtswidrige Beihilfe vorliegt, in Einzelfällen Berücksichtigung finden, insbesondere wenn Zweifel im Hinblick auf die materielle Rechtswidrigkeit bestehen. In jedem Fall wird die Vergabestelle etwaige Rückforderungsgefahren und damit verbundene Gefahren der zukünftigen Leistungsunfähigkeit³⁶ bei der Biereignungsprüfung, spätestens im Rahmen der

30 § 25 VOB/A, § 25 VOL/A, „Wertung der Angebote“. Ausf. dazu z. B. Koenig/Kühling/Hentschel, in: Koenig/Kühling/Theobald (Hrsg.), Recht der Infrastrukturförderung, 2004, Kap. 2, Rdnrn. 176 ff. m. w. Nachw.

31 Vgl. z. B. Jestaed, in: Jestaed/Kemper/Marx/Prieß, Das Recht der Auftragsvergabe, 1999, Nr. 4.4, S. 107 ff.

32 VK Hamburg, Beschl. v. 19. 12. 2002 – VgK FN 4/02, verkürzt abgedr. in Sonderbeil. ZfBR 5/2003, 25. Zum Ablauf der Eignungsprüfung vgl. z. B. VK Lüneburg, Beschl. v. 14. 1. 2002 – 203-VgK-22/2001 (unveröff.).

33 S. z. B. Erwägungsgrund 2 der Vergaberichtlinie; bzgl. der Zuschlagserteilung vgl. Erwägungsgrund 46.

34 Ein Ausschluss des betroffenen Angebots „von vornherein“ kann vor diesem Hintergrund nur dann in Betracht kommen, wenn für den Auftraggeber bereits mit der Angebotsabgabe bzw. mit der Signalisierung des Bewerbers, ein solches abgeben zu wollen, fest steht, dass das Angebot sich auf den Empfang einer rechtswidrigen Beihilfe gründet. Häufig wird im Rahmen der vorzunehmenden Eignungsprüfung dieser Gesichtspunkt zu klären sein.

35 Diese wird unter Zugrundelegung der konkreten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sein. Eine generalisierende Festlegung dürfte insoweit kaum in Betracht kommen.

36 Hierzu ausf. oben II 1 b aa.

Bewertung der Zuschlagskriterien *zumindest auch* berücksichtigen müssen, um eine ordnungsgemäße Auswahl nach Maßgabe der vergaberechtlichen Vorgaben und Grundprinzipien treffen zu können³⁷. Die Fälle, in denen das von einer rechtswidrigen Beihilfe beeinflusste Angebot den Zuschlag erhält, dürften danach überschaubar bleiben. Weiter könnte es sich empfehlen, die Kalkulationsgrundlagen der fraglichen Angebote nicht nur zu überprüfen, sondern wenn möglich auch – gegebenenfalls im Dialog mit dem betroffenen Bieter – kalkulatorisch zu bereinigen. Eine solche „Bereinigung“ wird indes regelmäßig mit einem gewissen Aufwand verbunden sein. Es stellt sich die Frage, inwieweit das jeweils relevante (Quer-)Subventionsvolumen der Angebotserstellung zugerechnet werden muss, um das Problem der Quersubventionierung zu neutralisieren. So bedarf es zunächst einer Ermittlung der sich aus der Beihilfengewährung speisenden, wettbewerbswidrigen Kostenrefinanzierungsquote. Der ermittelte Anteil – zuzüglich der jeweiligen Fremdkapitalrefinanzierungskosten – muss sodann dem Angebotspreis zugeschlagen werden. Die Vergabestelle hat zwar im Rahmen der Wertung der Angebote einen gewissen Spielraum, der es ihr erlaubt, unter Einbeziehung der relevanten Umstände des Einzelfalls über die Art der Berücksichtigung des Beihilfenempfangs zu entscheiden. Jedenfalls ist sie jedoch gehalten, aufzuklären, ob und mit welchen Konsequenzen eine rechtswidrige Beihilfe Eingang in das Verfahren gefunden hat.

IV. Fazit

Empfänger rechtswidriger Beihilfen bedürfen, wenn sie als Bieter an einem Vergabeverfahren teilnehmen, einer besonderen Berücksichtigung. Dabei spricht viel dafür, dass formell rechtswidrige Beihilfen ebenso wie materiell rechtswidrige Beihilfen im Vergabeverfahren Beachtung finden müssen, da auch formell rechtswidrige Beihilfen bereits empfindliche Auswirkungen auf die Bietereignung haben können. Nach

der geltenden Vergaberichtlinie sind Angebote von Empfängern rechtswidriger Beihilfen zwar nicht von vornherein aus dem Verfahren auszuschließen. Stellt der öffentliche Auftraggeber allerdings im Rahmen des Verfahrens fest, dass ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist, weil der Bieter eine staatliche Beihilfe erhalten hat, so ist er nach der Vergaberichtlinie berechtigt, das Angebot *allein aus diesem Grund* abzulehnen, wenn er vorher Rücksprache mit dem Bieter gehalten hat und dieser binnen einer der von dem öffentlichen Auftraggeber festzulegenden ausreichenden Frist nicht nachweisen konnte, dass die betreffende Beihilfe rechtmäßig gewährt wurde. Daraus folgt ferner, dass der Auftraggeber den Aspekt des ungewöhnlich niedrigen Angebots vor dem Hintergrund einer rechtswidrig gewährten Beihilfe spätestens im Rahmen der Beurteilung der Zuschlagskriterien *zumindest auch* berücksichtigen *muss*, um eine ordnungsgemäße Auswahl nach Maßgabe der vergaberechtlichen Vorgaben zu treffen. Auch nach den nationalen Vorgaben muss der Auftraggeber den Beihilfenempfang im Hinblick auf ungewöhnlich niedrige Angebotspreise aufklären und im Falle der Rechtswidrigkeit in seine Angebotswertung einbeziehen. Dem Beihilfenempfänger eröffnet die Vergaberichtlinie die Option, vorzutragen, dass er keine rechtswidrige Beihilfe erhalten habe. Die Darlegungs- und Beweislast liegt insoweit also bei dem Beihilfenempfänger. Dieser muss nachweisen, dass er entweder eine Nichtbeihilfe, das heißt eine Förderung erhalten hat, die nicht als Beihilfe zu qualifizieren ist, oder es sich um eine genehmigte Beihilfe oder eine nach Freistellungsverordnungen bzw. den spezifischen Vorschriften im Bereich der Daseinsvorsorge rechtmäßige, nicht notifizierungsbedürftige Beihilfe handelt. Gelingt ihm dieser Nachweis, so hat er im Vergabeverfahren keine Nachteile zu befürchten. ■

37 Anderenfalls wäre zudem die zwingende Aufklärungspflicht des Art. 55 I der Vergaberichtlinie sinnentleert.