

## Der maßgebliche Zeitpunkt der Berücksichtigung rechtswidriger Beihilfen im Vergabeverfahren - Wettbewerbswidrige Verhandlungsinputs eines Beihilfenempfängers im wettbewerblichen Dialog und im Verhandlungsverfahren -

Die EG-Vergaberichtlinie 2004 regelt in Art. 55 die Teilnahme von Beihilfenempfängern als Bieter in einem Vergabeverfahren. Jedoch sind im Hinblick auf die konkrete Bewertung von Beihilfenempfängern und deren Angeboten in Vergabeverfahren noch zahlreiche Fragen offen. So fehlt es insbesondere an Vorgaben für den maßgeblichen Zeitpunkt der Berücksichtigung rechtswidriger Beihilfen im Rahmen der einschlägigen Verfahrensarten. Der vorliegende Beitrag zeigt Maßstäbe für die Behandlung und Einbeziehung von Beihilfenempfängern in den verschiedenen Vergabeverfahren und Verfahrensstadien auf. Die Untersuchung führt zu dem Ergebnis, dass der Beihilfenempfang jedenfalls im Rahmen eines wettbewerblichen Dialoges und eines Verhandlungsverfahrens bereits im Rahmen der Eignungsprüfung zu berücksichtigen ist.

### I. Einleitung

Öffentliche Auftraggeber müssen im Rahmen der Durchführung von Vergabeverfahren das EG-Beihilfenrecht berücksichtigen. Im nationalen Vergaberecht hat dieser Umstand schon früh Eingang in die bestehenden Regelwerke gefunden. So zeigt eine Gesamtchau der vergaberechtlichen Vorschriften im GWB sowie in den Verdingungsordnungen das Erfordernis der Sonderbehandlung eines Beihilfenempfängers im Vergabeverfahren. Die Vorgaben verpflichten zur Durchführung eines diskriminierungsfreien, transparenten, die Chancengleichheit währenden Wettbewerbs (vgl. z.B. § 97 Abs. 2 und 3 GWB, § 2 VOB/A, 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 Abs. 1, 2 VOB/A, Nr. 2 Abs. 2 und 3 VOL/A) und begründen die zwingende Pflicht des Auftraggebers, sich mit dem durch die Beihilfengewährung veranlassten günstigen Angebot im Vergabeverfahren auseinanderzusetzen (§§ 25 b Nr. 2 VOB/A, VOL/A).<sup>[1]</sup> Im Rahmen gerichtlicher Auseinandersetzungen wurde das Erfordernis der Berücksichtigung zumindest rechtswidriger Beihilfen bei der Beurteilung eines Bieterwettbewerbs mehrfach bestätigt.<sup>[2]</sup> Dabei wurden eindeutige Feststellungen jedoch lediglich im Hinblick auf das "Ob" der Berücksichtigung des Empfanges einer rechtswidrigen Beihilfe im Vergabeverfahren getroffen. Die Frage nach dem "Wie" und vor allem nach dem "Wann" dieser Berücksichtigung blieb weitgehend unbeantwortet. Im Rahmen der Novellierung des EG-Vergaberechts wurde mit Art. 55 der Richtlinie 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und

Prof. Dr. Christian Koenig und Dr. Kristin Hentschel, Bonn\*

Dienstleistungsaufträge (im Folgenden: Vergaberichtlinie)<sup>[3]</sup> eine Vorschrift geschaffen, die sich der Berücksichtigung des Bieters im Vergabeverfahren explizit annimmt. Welche zusätzlichen Vorgaben sich hieraus ergeben und welche Anforderungen auf der Grundlage der Vergaberichtlinie an den öffentlichen Auftraggeber zu stellen sind, soll im Folgenden untersucht werden. Im Zentrum der Untersuchung steht dabei die Frage nach dem maßgeblichen Zeitpunkt der Berücksichtigung des Empfanges rechtswidriger Beihilfen im Rahmen von Vergabeverfahren, wobei den unterschiedlichen Verfahrensarten Rechnung zu tragen ist.

### II. Art. 55 der EG-Vergaberichtlinie - Die Berücksichtigung des Empfanges rechtswidriger Beihilfen im Vergabeverfahren

Die EG-Vergaberichtlinie bestimmt in Art. 55 Abs. 1: "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 Abs. 3 regelt: "Stellt der öffentliche Auftraggeber fest,

\* 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. Dem Aufsatz liegt ein Referat zugrunde, das der Erstautor Koenig im Rahmen der 7. Düsseldorfer Vergaberechtstages gehalten hat. Alle Internet-Zitate sind auf dem Stand vom 28.6.2006. Die Autoren danken Frau Ulrike Steiner für kritische Hinweise und Anmerkungen.

1 Vgl. auch VK Düsseldorf, Beschl. v. 18.4.2002, VK-5/2002-L, S. 17 des Umdrucks. 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.

2 EuGH, Rs. C-94/99, Slg. 2000, I-11037, Rn. 29 - "ARGE Gewässerschutz"; VK Düsseldorf, Beschl. v. 18.4.2002, VK-5/2002-L. Die entgegenstehende Beurteilung des OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.6.2002, ZfBR 2003, 70, lässt sich, wie die vorliegende Untersuchung zeigen wird, spätestens seit Verabschiedung der EG-Vergaberichtlinie 2004 nicht länger aufrecht erhalten.

3 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 Sektorenrichtlinie war in den "Vorgängerinnen" dieser Richtlinie lediglich die Aufklärungsnotwendigkeit ungewöhnlich niedriger Preise, jedoch keine entsprechende Regelung zu Beihilfen vorgesehen. Vgl. hierzu GA Léger, Rs. C-94/99, Slg. 2000, I-11037 - "ARGE Gewässerschutz".

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.“

### 1. Befugnisse und Pflichten des öffentlichen Auftraggebers

Aus dieser Vorschrift ergeben sich verschiedene Befugnisse und Pflichten des Auftraggebers. Dazu gehört zunächst die (zwingende) Berücksichtigung beihilfenrechtsrelevanter Sachverhalte. Ferner trifft die Vorschrift, die ausdrücklich nur rechtswidrige Beihilfen zum Gegenstand eines denkbaren Angebotsausschlusses macht, eine verbindliche Entscheidung im Hinblick auf die notwendige Unterscheidung zwischen rechtswidrig gewährten und rechtmäßigen Beihilfen: Rechtmäßige Beihilfen können gemäß Art. 55 Abs. 1 lit. e) im Falle eines mit ihnen verbundenen ungewöhnlich niedrigen Angebotes lediglich einen gesonderten Erläuterungsbedarf begründen. Kann der Beihilfenempfänger nachweisen, dass er entweder eine Nichtbeihilfe, d.h. eine Ausgleichsleistung für erbrachte Dienste erhalten hat, die nicht als Beihilfe zu qualifizieren ist,<sup>4)</sup> oder eine genehmigte Beihilfe, oder eine nach Freistellungsverordnungen bzw. nach den spezifischen Vorschriften im Bereich der Daseinsvorsorge rechtmäßige, nicht notifizierungsbedürftige Beihilfe, so hat er im Vergabeverfahren keine Nachteile zu befürchten. Die rechtmäßig gewährte Beihilfe bleibt im Verfahren unberücksichtigt.<sup>5)</sup>

Eine Ablehnung von Angeboten kommt also nur in Betracht, wenn der Bieter eine (formell und/oder materiell) rechtswidrige Beihilfe erhalten hat.<sup>6)</sup> Dabei ordnet die Vergaberichtlinie keinen zwingenden Ausschluss des vom Beihilfenempfang beeinflussten Angebotes an: 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 lediglich *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<sup>7)</sup> 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 in das Vergabeverfahren einbezogen werden. Zwingend ist lediglich, dass der Empfang einer rechtswidrigen Beihilfe im Vergabeverfahren beachtet und berücksichtigt werden muss. Die Vergaberichtlinie trifft allerdings keine Aussage darüber, auf welche Weise ("wie") und in welchem Verfahrensstadium ("wann") dies geschehen kann bzw. muss. Insofern fehlt es an objektiven Maßstäben. Im Folgenden soll die Frage beantwortet werden, ob der Auftraggeber hinsichtlich der zeitlichen Komponente der Beihilfenberücksichtigung ein Wahlrecht hat, oder ob diese Berücksichtigung im Rahmen der jeweils maßgeblichen Verfahrensarten zwingend innerhalb eines bestimmten Verfahrensstadiums geschehen muss.

### 2. Der maßgebliche Zeitpunkt der Beihilfenberücksichtigung im Vergabeverfahren - Wahlrecht des Auftraggebers?

Dem Wortlaut der Vergaberichtlinie lassen sich keine Maßstäbe zur Bestimmung des für die Berücksichtigung des Beihilfenempfanges maßgeblichen Verfahrensstadiums entnehmen. Die Regelungen in Art. 55 Abs. 1, 3 der Richtlinie beschränken sich auf die Anordnung der Klärung, ob es sich bei der Beihilfe um eine rechtswidrige Beihilfe handelt. In welchem Verfahrensstadium diese Klärung geschieht oder geschehen muss, legt die Richtlinie nicht fest. Betrachtet man Art. 55 Abs. 3 im Regelungszusammenhang der Vergaberichtlinie, so bleibt im Ergebnis ebenfalls nur die Feststellung, dass die Richtlinie keine verbindlichen Zeitpunkte oder Verfahrensstadien, im Rahmen derer der Beihilfenempfang berücksichtigt werden muss, anordnet.<sup>8)</sup> Die Vergaberichtlinie lässt demnach Raum für unterschiedliche Einbeziehungszeitpunkte. Daraus folgt jedoch noch keine umfassende Wahlfreiheit des Auftraggebers. Die Vorgaben der Vergaberichtlinie können vielmehr nur so verstanden werden, dass die Berücksichtigung des Empfanges rechtswidriger Beihilfen jeweils zu dem Zeitpunkt bzw. in dem Verfahrensstadium vorzunehmen ist, der geeignet ist, die Beeinflussungspotenziale und wettbewerbswidrigen Auswirkungen des Beihilfenempfanges auszuschließen. Zu untersuchen und festzulegen sind daher in einem ersten Schritt die denkbaren Verfahrensstadien und die damit verbundenen möglichen "Berücksichtigungszeitpunkte", in einem zweiten Schritt die Beeinflussungspotenziale und Auswirkungen rechtswidrig gewährter Beihilfen in den unterschiedlichen Verfahrensstadien. Daraus folgen sodann die Einschränkungen der Wahlfreiheit des Auftraggebers.

#### a) Verfahrensarten und Wertungsstufen als mögliche "Berücksichtigungszeitpunkte"

Legt man die Vorgaben der Vergaberichtlinie zugrunde, wonach die Berücksichtigung des rechtswidrigen Beihilfenerhaltes in verschiedenen Verfahrensstadien möglich sein kann, so stehen zunächst unterschiedliche Wertungsstufen zur Verfügung. Unabhängig von der jeweils maßgeblichen Verfahrensart - offenes Verfahren, nicht offenes Verfahren, wettbewerblicher Dialog oder Verhandlungsverfahren - erfolgt die Wertung der Angebote regelmäßig in vier Wertungsstufen:<sup>9)</sup>

- 4 EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747 (7839 ff) Rn. 89 ff.
- 5 Diesen Entlastungsnachweis muss der Beihilfenempfänger auch führen dürfen, wenn der Beihilfenempfang, anders als in der Vergaberichtlinie vorgesehen, nicht durch Anhaltspunkte oder "Verdachtsmomente" - beispielsweise durch ein besonders niedriges Angebot - für den öffentlichen Auftraggeber ersichtlich ist und mithin Tatbestand und Rechtsfolge der Vorschrift an sich nicht zum Tragen kommen. In diesen Fällen muss Art. 55 Abs. 3 der Vergaberichtlinie analog gelten.
- 6 Zur Gleichbehandlung materiell und formell rechtswidriger Beihilfen in diesem Kontext ausführlich Koenig/Hentschel, NZBau 2006, 289 (290 ff.).
- 7 Diese wird unter Zugrundelegung der konkreten Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sein. Eine generalisierende Festlegung dürfte insoweit kaum in Betracht kommen.
- 8 Ausführlich zur systematischen Auslegung Koenig/Hentschel, NZBau 2006, 289 (293 f.).
- 9 §§ 25 VOB/A, VOL/A, "Wertung der Angebote". Ausführlich dazu z.B. Koenig/Kühling/Hentschel, in: Koenig/Kühling/Theobald (Hrsg.), *Recht der Infrastrukturförderung*, Kapitel 2, Rn. 176 ff. m.w.N.

- Zunächst werden Angebote mit offensichtlichen (meist formalen) Mängeln ermittelt und ausgeschlossen (erste Stufe). So können bestimmte Unternehmen von vornherein vom Wettbewerb ausgeschlossen werden (vgl. § 25 Nr. 1 Abs. 2, § 8 Nr. 5 VOB/A; § 25 Abs. 2, § 7 Nr. 5 VOL/A). Der Zeitpunkt dieses Vorgehens variiert je nach Verfahrensart, steht jedoch immer am Anfang des jeweiligen Verfahrens.
- 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 erfüllen.<sup>[10]</sup> Zu den Eignungskriterien gehören die persönliche Lage des Bewerbers, Befähigungen und Leistungsfähigkeit sowie formelle Anforderungen und spezifische Leistungsnachweise.<sup>[11]</sup> Auch hier differiert der Zeitpunkt der Eignungsprüfung je nach dem, welche Verfahrensart maßgeblich ist: Beim offenen Verfahren sind im Anschluss an eine öffentliche Bekanntmachung die Verdingungsunterlagen an alle Bewerber abzugeben, die sich gewerbmäßig mit der Ausführung von Leistungen der ausgeschriebenen Art befassen. Die eingehenden Angebote werden sodann bewertet. Die Eignungsprüfung ist, bezogen auf die eingegangenen Angebote, im Anschluss an die erste Stufe vorzunehmen.  
 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. Ähnlich funktioniert das Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem öffentlichem Teilnahmewettbewerb. Hier erfolgen die erste Wertungsstufe und die Eignungsprüfung (zweite Wertungsstufe) jeweils bereits durch die Vorschaltung des öffentlichen Teilnahmewettbewerbes: Diejenigen Leistungserbringer, die im Rahmen des Teilnahmewettbewerbes zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, haben die schon dort vorzunehmende Eignungsprüfung "bestanden".<sup>[12]</sup>  
 Beim wettbewerblichen Dialog wählt die Vergabestelle im Anschluss an eine obligatorische gemeinschaftsweite Bekanntmachung aus den eingehenden Teilnehmeranträgen eine beschränkte Anzahl von Bewerbern aus, die eine Beschreibung mit den relevanten Informationen über den Auftrag enthalten. Anschließend werden im Rahmen einer "Konsultationsphase" individuelle Lösungen zur optimierten Auftragserfüllung erarbeitet.<sup>[13]</sup> Die Eignungsprüfung erfolgt bei der Auswahl der Bewerber, die für den Eintritt in die Konsultationsphase vorgesehen werden.  
 Beim Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb sprechen die öffentlichen Auftraggeber ausgewählte Unternehmen an und verhandeln mit einem oder mehreren dieser Unternehmen über die Auftragsbedingungen, wobei ebenfalls eine optimierte Auftragslösung erst im Rahmen der Verhandlungen entwickelt wird. Dabei wird die Eignungsprüfung im Rahmen der Auswahl der Unternehmen vollzogen, mit denen verhandelt wird.
- Auf der dritten Wertungsstufe, die sich an die Bieterprüfung anschließt, werden Angebote mit unangemessen hohen oder unangemessen niedrigen Preisen aussortiert (Preiskriterium).
- Die konkrete Auswahl des Bieters, dem ein Zuschlag erteilt werden soll, erfolgt schließlich auf der vierten Stufe. Hier wird im Wege einer Angebotswertung und eines Angebotsvergleiches das Angebot gewählt, das unter Berücksichtigung aller

technischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkte vorzugs-  
würdig ist.

#### b) Beeinflussung von Vergabeverfahren durch den Empfang rechtswidriger Beihilfen

Um objektive Maßstäbe für die Festlegung der maßgeblichen "Berücksichtigungszeitpunkte" rechtswidriger Beihilfen innerhalb der aufgezeigten Verfahrensstadien und Wertungsstufen entwickeln zu können, ist zu klären, inwieweit der Beihilfenempfang ein Vergabeverfahren beeinflussen kann und in welchen Verfahrensstadien dies geschieht.

##### aa) Die Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit des beihilfenempfangenden Bieters

Zum einen beeinflusst der Empfang einer rechtswidrigen Beihilfe die Eignung des betroffenen Bieters im Vergabeverfahren, da einer rechtswidrig erlangten Beihilfe die Gefahr der Rückforderungsanordnung durch die Kommission gegenüber den Mitgliedstaaten droht. Darüber hinaus ist auch eine Rückforderung durch die nationalen Instanzen möglich.<sup>[14]</sup> Insbesondere vor dem Hintergrund der Nichtigkeitsrechtsprechung des BGH<sup>[15]</sup> besteht die Gefahr, dass gegen den nunmehr zur Rückzahlung verpflichteten Zuwendungsempfänger Titel erwirkt werden, die letztlich zur Zahlungsunfähigkeit (§ 17 Abs. 2 InsO), zumindest aber zur Pflicht der Bildung von Rückstellungen führen (§ 249 Abs. 1 S. 1 HGB: "für ungewisse Verbindlichkeiten und für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften") und damit möglicherweise die Pflicht zur Insolvenzantragstellung wegen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung (§ 19 Abs. 1 InsO) auslösen können.<sup>[16]</sup> Die somit beeinträchtigte Leistungsfähigkeit des Bieters ist zu berücksichtigen. Seine Kalkulation läuft von vornherein Gefahr, durch die Rückforderung zu Unrecht erhaltener Fördermittel nicht für die gesamte Vertragslaufzeit stabil zu sein. Da die Kalkulation der anderen Bieter nicht von potenziellen Rückforderungsansprüchen bedroht ist, liegt außerdem eine Ungleichbehandlung vor, wenn der beihilfenbedingte Sonderstatus nicht in die Bieterprüfung bzw. in die Angebotswertung einbezogen wird.

<sup>10</sup> § 25 Nr. 2 VOB/A, § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A, vgl. dazu z.B. Jestaedt, in: Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß, Das Recht der Auftragsvergabe 1999, Ziff. 4.4, S. 107 ff.

<sup>11</sup> Vgl. z.B. Art. 45-52 Vergaberichtlinie.

<sup>12</sup> Vgl. § 8 Nr. 4, § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A.

<sup>13</sup> Eingehend zum wettbewerblichen Dialog z.B. Knauff, VergabeR 2004, 287 ff. sowie NZBau 2005, 249 ff.; Kullack/Terner, ZfBR 2004, 346 ff.; Leinemann/Maibaum, VergabeR 2004, 275 ff.

<sup>14</sup> Ausführlich hierzu Koenig/Hentschel, NZBau 2006, 289 (290 ff.) m.w.N.

<sup>15</sup> Gesamtnichtigkeit des beihilfengewährenden Vertrages schon bei formell rechtswidrigen Beihilfen (§ 134 BGB; § 59 Abs. 1 VwVfG i. V. m. § 134 BGB). Art. 88 Abs. 3 S. 2 EG stellt, so der BGH, ein Verbotsgesetz im Sinne 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).

<sup>16</sup> Ausführlich Koenig/Hentschel, NZBau 2006, 289 (290 ff.).

### bb) Das Anbieten besonders günstiger Preise

Darüber hinaus kann die erhaltene Beihilfe ein besonders niedriges bzw. günstiges Preisangebot veranlassen. Dies 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 beihilfenrechtswidrigen Förderung kalkulieren mussten, stellt die - ohne Berücksichtigung des Beihilfenempfanges vorgenommene - Wertung des Angebotes mit seinen durch die rechtswidrige Beihilfengewährung verbundenen Preisvorteilen einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot dar.<sup>[17]</sup>

### cc) Wettbewerbswidrige Verhandlungsinputs im wettbewerblichen Dialog und im Verhandlungsverfahren

Schließlich kann die erhaltene Beihilfe den Empfänger veranlassen, als Bieter im Vergabeverfahren durch die Einbringung "wettbewerbswidriger Verhandlungsinputs" und damit verbundenen Verhandlungsvorteilen das gesamte "Verhandlungs-" bzw. "Lösungsqualitätsniveau" sämtlicher Teilnehmer zu beeinflussen und zu verfälschen. Dies kommt insbesondere im Hinblick auf wettbewerbliche Dialoge und Verhandlungsverfahren in Betracht. Denn diese Verfahren bieten gegenüber dem streng formalisierten offenen Verfahren und dem nicht offenen Verfahren explizite Anknüpfungspunkte für die Einbringung derartiger "wettbewerbswidriger Inputs" in das Verfahren, die den Bieter in die Lage versetzen - ggf. unter Ausnutzung von Preiskalkulationsvorteilen - kreativere, qualitativ hochwertigere Verfahrenslösungen anzubieten als seine Mitbewerber und im Rahmen der Verhandlung mit größeren Spielräumen zu agieren: Während beim offenen und nicht offenen Verfahren eine (zwingend vorgegebene) detaillierte und hinreichend bestimmte Leistungsbeschreibung den Vergabegegenstand einschließlich der Ausgestaltung und Auferlegung der zu erbringenden Leistungen von Anfang an klar definiert, wird der Vergabegegenstand beim wettbewerblichen Dialog und beim Verhandlungsverfahren in den Ausschreibungsunterlagen regelmäßig nur umrissen, während die genaue Ausgestaltung den Verhandlungs- bzw. Konsultationsphasen überlassen bleibt. Denn sowohl das Verhandlungsverfahren als auch der wettbewerbliche Dialog sind auf die Entwicklung kreativer Projektkonzepte unter gleichzeitiger Aktivierung unternehmerischer Kosteneffizienzpotenziale durch die Bieter ausgerichtet. Diesen Verfahren liegt eine flexible, letztlich funktionale Leistungs- bzw. Konzeptbeschreibung zugrunde, die die Projektziele definiert und die Bieter einlädt, ihr kreatives Effizienz-Know-How in die Verhandlungen mit dem Auftraggeber einzubringen. Die beim offenen Verfahren und beim nicht offenen Verfahren vorhandene Vorab-Festlegung bestimmter statischer Zuordnungsparameter zum Leistungs-/Gegenleistungsverhältnis würde die gebotene Verhandlungsflexibilität des wettbewerblichen Dialogs sowie des Verhandlungsverfahrens konterkarieren. Hier werden die Leistungs- erbringungs- und Kosteneffizienzparameter vielmehr erst im Wettbewerb hervorgebracht.<sup>[18]</sup>

Vor diesem Hintergrund besteht im Hinblick auf die erwünschte Projektlösung ein großer Verhandlungsspielraum - der es u.a. dem Empfänger einer rechtswidrigen Beihilfe im Verfahren ermöglicht, hiermit verbundene Verhandlungsspielräume zu nutzen und hiervon zu profitieren. Neben dem Verstoß gegen das Gleichbehand-

lungsgebot, der sich ergibt, wenn bei einer Wertung der Angebote der Umstand unberücksichtigt gelassen wird, dass die anderen Bieter ihr Angebot ohne die Vorteile der beihilfenrechtswidrigen Förderung entwickeln und kalkulieren müssen,<sup>[19]</sup> ist also der beschriebene "wettbewerbswidrige Verhandlungsinput" zu beachten: Der Empfänger einer rechtswidrigen Beihilfe treibt als Bieter im Verhandlungsverfahren oder im wettbewerblichen Dialog durch seine - rechtswidrig erlangte - bevorzugte Ausgangssituation das "Lösungsniveau" im Rahmen der Verhandlungen in die Höhe, was letztlich zu Wettbewerbsverzerrungen im Verfahren führt. Dies sei anhand des folgenden Beispiels noch näher illustriert:

Bieter A, B und C sind Teilnehmer eines Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem öffentlichem Teilnahmewettbewerb. Bieter A ist Empfänger einer rechtswidrigen Beihilfe. Bieter B hat keine Beihilfe erhalten. Er ist jedoch in eine Konzerngesellschaft vertikal integriert und kann dementsprechend auf ein großes finanzielles "Polster" zurückgreifen, womit ein entsprechendes Verhandlungspotenzial verbunden ist. Bieter C ist weder Beihilfenempfänger noch genießt er den Vorteil der Integration in einen finanzkräftigen Konzern. Im Zuge der Verhandlungen bietet A zunehmend verbesserte Lösungsmodelle an. B wird durch die beihilfeninduzierte Leistungskraft des A veranlasst, sein eigenes Angebot ständig zu verbessern. C kann bei diesem hohen Angebots-/Lösungsniveau nicht mithalten. Im Anschluss an die abschließende Angebotswertung und den Angebotsvergleich erhält das Angebot des B als dasjenige Angebot, das unter Berücksichtigung aller technischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkte für vorzugswürdig befunden wird, den Zuschlag. Der öffentliche Auftraggeber hat im Rahmen der Angebotswertung auf der vierten Wertungsstufe den rechtswidrigen Beihilfenempfang des A berücksichtigt und im Rahmen der Preiskalkulation eine Bereinigung des Angebotes vorgenommen. Trotzdem meint C, er habe aufgrund einer unzulässigen Wettbewerbsverzerrung im Verfahren den Zuschlag zu Unrecht nicht erhalten.

Im Hinblick auf die Wettbewerbsverzerrung ist C zuzustimmen. Zwar hat der vom Auftraggeber als geeignet eingestufte Beihilfenempfänger A am Ende nicht den Zuschlag erhalten; ebenso wurde sein rechtswidriger Beihilfenempfang berücksichtigt, so dass nicht der Vorwurf erhoben werden kann, der A habe das Verfahren aufgrund wettbewerbswidriger Vorteile für sich entschieden. Durch seine Teilnahme am Verfahren wurde jedoch von Anfang an unter Einbeziehung wettbewerbswidriger Inputs verhandelt und dadurch das "Lösungsniveau" bei den Verhandlungen beeinflusst. A war durch den Empfang der rechtswidrigen Beihilfe in die Lage versetzt worden, sein Angebot im Zuge der Verhandlungen qualitativ immer weiter zu steigern. Dies führte zu einer allgemeinen Anhebung der "Lösungsschwelle" im Wettbewerb zwischen dem Beihilfenempfänger A und dem finanzkräftigen Bieter B, dem C nicht mehr standhalten konnte. Vor diesem Hintergrund wurde der Wettbewerb also beeinträchtigt. Die Wettbewerbsbeeinflussung hätte nur vermieden werden können, wenn der Beihilfenempfang bereits im Rahmen der Eignungsprüfung auf der zweiten Wertungsstufe berücksichtigt worden wäre; nur dann hätte

<sup>17</sup> VK Düsseldorf, Beschl. v. 18.4.2002, VK-5/2002-L, S. 17 des Umdrucks.

<sup>18</sup> So können die vor der wettbewerblichen Verhandlungsphase vorab in den Vergabeunterlagen festzulegenden Kompensationsparameter lediglich Obergrenzen vorgeben und zugleich den Bietern wettbewerblichen Angebotsfreiraum gewähren, im Sinne der funktionalen Leistungsbeschreibung optimale Projektlösungen kosteneffizient zu entwickeln.

<sup>19</sup> VK Düsseldorf, Beschl. v. 18.4.2002, VK-5/2002-L, S. 17 des Umdrucks.

sich dieser wettbewerbswidrige Umstand nicht auf das Verfahren ausgewirkt.<sup>[20]</sup> B hätte sich nicht veranlasst gesehen, unter dem Druck der beihilfeninduzierten Leistungskraft des A sein eigenes Angebot kontinuierlich zu verbessern. Die mit der rechtswidrigen Beihilfe verbundenen Verhandlungsvorteile des A und damit die wettbewerbswidrige Beeinflussung des Verhandlungsniveaus insgesamt hätten - entweder durch einen Ausschluss des Angebotes des A oder durch eine rechtzeitige "Bereinigung" des Angebotes - rechtzeitig ausgeschlossen werden können.

Etwas anderes gilt, wenn im Beispielsfall anstelle eines Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb eines der strenger formalisierten Verfahren - offenes oder nicht offenes Verfahren - durchgeführt worden wäre. Denn diese Verfahren bieten aufgrund der hier bestehenden Erfordernisse einer ausführlichen, detailliert bestimmten Leistungsbeschreibung, der starren Vorab-Festlegung bestimmter statischer Zuordnungsparameter zum Leistungs-/Gegenleistungsverhältnis sowie der detaillierten Verhandlungsvorgaben weniger Verhandlungsflexibilität. Da hier der Vergabegegenstand von vornherein feststeht und nicht erst im Rahmen der Verhandlung oder des wettbewerblichen Dialogs entwickelt werden muss, führt die Einbringung wettbewerbswidriger Inputs keine Wettbewerbsverzerrung durch die Veränderung des Verhandlungs- und Lösungsniveaus im Hinblick auf das erwünschte Leistungs-/Gegenleistungsniveau herbei. Hier müssen die Mitbewerber lediglich vor einem ungerechtfertigten Zuschlag zugunsten des Beihilfenempfängers geschützt werden.

#### c) *Der maßgebliche Zeitpunkt der Berücksichtigung rechtswidriger Beihilfen*

Die Beeinflussung eines Vergabeverfahrens durch die Einbeziehung einer rechtswidrigen Beihilfe variiert also je nach Verfahrensart. Daraus ergeben sich Konsequenzen im Hinblick auf den maßgeblichen Zeitpunkt der Beihilfenberücksichtigung. Insbesondere ist zwischen den unterschiedlichen Verfahrensarten zu unterscheiden. Nach dem zuvor Gesagten lassen sich die folgenden objektiven Maßstäbe zur Festlegung des Verfahrensstadiums, in dem der Beihilfenempfang zu berücksichtigen ist, aufstellen:

##### aa) *Beeinflussungspotenzial betrifft konkrete Wertungsstufen*

Eindeutig bewerten lässt sich zunächst der Fall, dass bestimmte Auswirkungen des Beihilfenempfanges ganz konkreten Wertungsstufen zuzuordnen sind. Dies betrifft insbesondere die potenzielle Beeinträchtigung der Biereignung durch die Gefahr der Rückforderung von Beihilfen. Soweit aufgrund bestehender Rückforderungsgefahren der erhaltenen Beihilfe die Leistungsfähigkeit des Bieters beeinträchtigt ist<sup>[21]</sup> betrifft dieser Gesichtspunkt zweifelsfrei die Eignung des Bieters und ist folglich im Rahmen der Eignungsprüfung auf der zweiten Wertungsstufe zu berücksichtigen. Je nach Verfahrensart findet diese Eignungsprüfung in einem dieser Verfahrensart entsprechenden Verfahrensstadium statt - beim offenen Verfahren nach dem ersten Ausschluss der eingegangenen Angebote, beim nicht offenen Verfahren und beim Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb im Rahmen des Teilnahmewettbewerbes, beim wettbewerblichen Dialog und beim Verhandlungsverfahren im Rahmen der Auswahl der Bieter, mit denen verhandelt werden soll.

##### bb) *Wettbewerbswidrige Verhandlungsinputs eines Beihilfenempfängers im wettbewerblichen Dialog und im Verhandlungsverfahren*

Komplexer gestaltet sich das Berücksichtigungserfordernis im Hinblick auf die mit dem rechtswidrigen Beihilfenempfang verbundenen besonders günstigen Preise sowie die sonstigen Vorteile aufgrund von wettbewerbswidrigem Input.

Hier bedarf es angesichts des in den einzelnen Verfahrensarten und Verfahrensabläufen unterschiedlich wirkenden Beeinflussungspotenzials des Beihilfenempfanges einer differenzierenden Betrachtung:

Jedenfalls im Rahmen von Verhandlungsverfahren und wettbewerblichen Dialogen ist der Beihilfenempfang bereits im Rahmen der Eignungsprüfung (zweite Wertungsstufe) zu berücksichtigen. Ohne eine Berücksichtigung bereits in diesem frühen Verfahrensstadium lassen sich diese Verfahren nicht wettbewerbskonform durchführen. Denn hier besteht im Gegensatz zu den strenger formalisierten Verfahren die Besonderheit einer Verhandlungsflexibilität, die es dem teilnehmenden Beihilfenempfänger ermöglicht, das Verfahren von Anfang an durch eine beihilfeninduzierte Anhebung des Verhandlungs- und Projektlösungsniveaus zu beeinflussen und dadurch Wettbewerber erhöhtem Verhandlungsdruck auszusetzen bzw. diese sogar aus dem Verfahren auszuschließen. Neben der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes durch den Umstand, dass die anderen Bieter ihr Angebot ohne die beihilfenrechtswidrige Förderung kalkulieren mussten - dem könnte gegebenenfalls auch noch im Rahmen einer Berücksichtigung des Preiskriteriums auf der dritten Wertungsstufe oder im Rahmen des Angebotsvergleiches auf der vierten Wertungsstufe begegnet werden - besteht hier also die Gefahr der Wettbewerbsverzerrung, sobald mit der ausgewählten Anzahl von Bewerbern im Sinne einer gemeinsamen Lösungsentwicklungen die Verhandlungen aufgenommen werden. Die Berücksichtigung der rechtswidrigen Beihilfe muss, um diese Wettbewerbsverzerrungen vermeiden zu können, noch vor diesen Verhandlungen, d.h. bereits während der Eignungsprüfung vorgenommen werden.

Im offenen Verfahren und im nicht offenen Verfahren vermag die Einbringung wettbewerbswidriger Inputs angesichts der den Verfahren von Anfang an zu Grunde liegenden detaillierten Leistungsbeschreibung, d.h. der Ausgestaltung des Vergabegegenstandes schon in den Ausschreibungsunterlagen, und der strengen Formalisierung der Verfahren keine Wettbewerbsverzerrung im Rahmen eines flexiblen Verhandlungsspielraums zu begründen.

<sup>20</sup> Konkret spricht zwar einiges dafür, dass auch ohne Einbringung einer rechtswidrigen Beihilfe in das Verfahren der B sich am Ende den Zuschlag hätte sichern können, da dieser aufgrund seiner rechtmäßig bestehenden günstigen Verhandlungssituation vermutlich auch ohne den Beitrag des A den C in den Verhandlungen hätte "ausstechen" können. Dennoch ist dem C aber ein chancengleiches, den Grundsatz der Gleichbehandlung wahrendes Verfahren zu ermöglichen. Einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit, dass der C bei einem ordnungsgemäßen Verfahren dieses für sich entschieden hätte, bedarf es nicht. Der Ausgang dieses Verfahrens wäre abzuwarten.

<sup>21</sup> Dies kann insbesondere bei einem Bieter ohne nennenswerte finanzielle "Pöster" der Fall sein, während bei finanzkräftigen, beispielsweise in Konzerngesellschaften vertikal integrierte Bieter die Liquiditätsgesichtspunkte in den Hintergrund treten werden.

Hier ist also vor allem dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Beihilfenempfänger eine besonders günstige Preiskalkulation vornehmen und dadurch sein Angebot besonders attraktiv gestalten kann. Insoweit dürfte es ausreichen, wenn der rechtswidrige Beihilfenempfang erst auf der dritten Wertungsstufe (Preiskriterium) oder im Rahmen des Angebotsvergleichsverfahrens auf der vierten Wertungsstufe berücksichtigt und das betroffene Angebot entsprechend bereinigt wird. Der Vergabestelle wird ein diesbezügliches Wahlrecht einzuräumen sein. Grundsätzlich wird es sich immer empfehlen, so früh wie möglich - am besten also bereits im Rahmen der Eignungsprüfung - aufzuklären, ob ein zulässiger Fall besonders niedriger Preiskalkulation oder besonders kreativer Gestaltung der Leistungsparameter vorlag, z.B. durch eine besonders gute betriebswirtschaftliche Kostenrechnung, oder ob zu Unrecht erhaltene Vorteile eingebracht wurden.<sup>[22]</sup> Im letzteren Fall bedarf es einer Berücksichtigung dieses Umstandes. Mangels entsprechender Vorgaben wird der Auftraggeber hier unter Zugrundelegung der konkreten Umstände im Einzelfall abwägen und entscheiden müssen, ob er das betroffene Angebot allein aufgrund der Rechtswidrigkeit der Beihilfe ablehnt oder ob er das Angebot trotz rechtswidrigen Beihilfenempfanges in das Verfahren einbezieht und gegebenenfalls kalkulatorisch bereinigt.<sup>[23]</sup> Ungeachtet der bestehenden Spielräume, die es der Vergabestelle ermöglichen, unter Einbeziehung der relevanten Umstände des Einzelfalles über die Art der Berücksichtigung des Beihilfenempfanges zu entscheiden, muss sie dies aber jedenfalls in einem Verfahrensstadium tun, das einen insgesamt transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrensablauf ermöglicht. Mit Blick auf das Verhandlungsverfahren und den wettbewerblichen Dialog ist dies bereits im Rahmen der Eignungsprüfung zwingend.

### III. Fazit

Die EG-Vergaberichtlinie 2004 regelt in Art. 55 die Rahmenbedingungen für das Erfordernis der Berücksichtigung rechtswidriger Beihilfen in Vergabeverfahren. Aus dieser Vorschrift ergeben sich Konsequenzen sowohl für den betroffenen Bieter und dessen Mitbewerber als auch für den öffentlichen Auftraggeber. Der Bieter muss mit einer "Bereinigung" seines Angebotes im Verfahren rechnen, wovon die Mitbewerber profitieren können. Die Vergabestelle muss, wenn sie von dem Vorhandensein eines Beihilfenempfanges Kenntnis erlangt, aufklären, ob zu Unrecht erhaltene Vorteile in Form von rechtswidrigen Beihilfen eingebracht worden sind, die zu Gleichbehandlungsverstößen und Wettbewerbsverzerrungen führen können. Von großer Relevanz ist hierbei der Zeitpunkt der notwendigen Berücksichtigung der Beihilfe im Verfahren. Ein Spielraum des öffentlichen Auftraggebers bei der Wahl der Verfahrensstadien und Wertungsstufen, innerhalb derer die Berücksichtigung der Beihilfe denkbar erscheint, kann nur soweit bestehen, wie den Grundprinzipien EG-Vergaberechts hinreichend Rechnung getragen wird. Die Grundsätze der Nichtdiskriminierung, der Wettbewerbsoffenheit und der Transparenz sind in allen Verfahrensstadien der Auftragsvergabe zwingend einzuhalten. Vor diesem Hintergrund ergeben sich objektive Maßstäbe zur Bestimmung des maßgeblichen Zeitpunktes zur Festlegung der Beihilfenberücksichtigung. So zwingen die mit dem rechtswidrigen Beihilfenempfang verbundenen Optionen der besonders günstigen Preiskalkulation und der Einbringung qualitativ optimierter Projektlösungen in das Verfahren jedenfalls mit Blick auf den

wettbewerblichen Dialog und das Verhandlungsverfahren zur Berücksichtigung des Beihilfenempfanges bereits im Rahmen der Bieterungsprüfung. Wettbewerbskonformität und Gleichbehandlung lassen sich nur gewährleisten, wenn die mit der Flexibilität dieser Verfahren einhergehenden Möglichkeiten und Auswirkungen der Einbringung wettbewerbswidrigen Verhandlungsinputs in das Verfahren rechtzeitig, d.h. vor den individuellen Verhandlungen, eliminiert wird. Eine Berücksichtigung rechtswidriger Beihilfen erst im Rahmen der Beurteilung des Preiskriteriums bzw. des Angebotsvergleichsverfahrens, wie es unter Umständen in Fällen offener und nicht offener Verfahren in Betracht kommt, reicht hinsichtlich wettbewerblicher Dialoge und Verhandlungsverfahren nicht aus. Diesbezüglich reduziert sich die scheinbare Wahlfreiheit des öffentlichen Auftraggebers gleich einer "Ermessensreduzierung auf Null".

22 VK Düsseldorf, Beschl. v. 18.4.2002, VK-5/2002-L, S. 17 f. des Umdrucks.

23 Hierzu ausführlich Koenig/Hentschel, NZBau 2006, 289 (294 f.).

## Abo-Coupon



Zeitschrift für  
deutsches und  
internationales Bau-  
und Vergaberecht

Hiermit bestellen wir ZfBR bis auf Widerruf  
im Abonnement.

Jahresbezugspreise:

Inland 192,00 EUR inkl. Versandkosten

Ausland 206,40 EUR inkl. Versandkosten

Erscheinungsweise: 8 Ausgaben pro Jahr

Name \_\_\_\_\_

Straße/Hausnr. \_\_\_\_\_

PLZ/Wohnort \_\_\_\_\_

Datum/Unterschrift \_\_\_\_\_

Ust-Id.Nr. \_\_\_\_\_

Diese Bestellung kann innerhalb von zwei Wochen (Poststempel) schriftlich widerrufen werden. Zur Wahrung der Frist genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs an Bauverlag BV GmbH, Postfach 120, 33311 Gütersloh, e-mail: leserservice@bauverlag.de

Coupon ausfüllen und  
abschicken an ▶

Zweite Unterschrift des Bestellers \_\_\_\_\_

Fax (01805) 55 22 535