

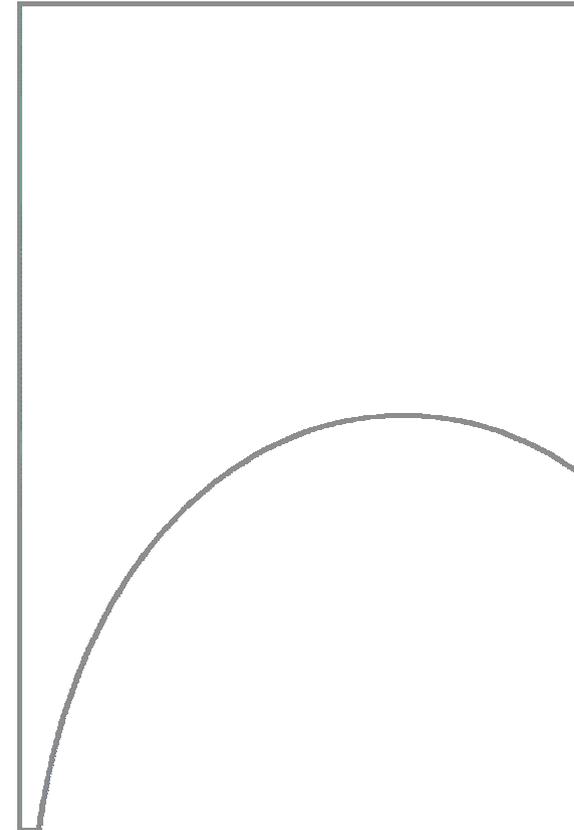
Vergabe- und Beihilfenrecht – Schnittstellen und Widersprüche

Schnittstellen zwischen Beihilfen- und Vergaberecht

forum vergabe und Berliner Gesprächskreis
zum Europäischen Beihilfenrecht

Berlin, 2.11.2006

Thomas Eilmansberger, Universität Salzburg



Überblick

- Bedeutung von Vergabeverfahren für das Beihilferecht
- Berücksichtigungsgebot oder Berücksichtigungsfähigkeit einer vergangenen (bzw beabsichtigten) Subventionierung eines Bieters
- Beihilferelevanz der Erteilung eines öffentlichen Auftrags
- Beihilferelevanz beschaffungsfremder (sekundärer) Kriterien

Bedeutung eines Ausschreibungsverfahrens in der Beihilfenkontrolle

- Vermeidung der Beihilfegewährung
 - (1) beim Verkauf von Vermögenswerten der öffentlichen Hand
 - (2) bei der Nachfrage von DAWI
- (1) Verkaufsvorgänge
 - Beihilfe wäre zu niedriger Preis
 - Ältere Position der Kom (WBB 1993):
 - Bietverfahren oder Verkauf über die Börse
 - Neuere Position (Grundstücksmitteilung, *Centrale di Latte*)
 - Bietverfahren, Börse oder
 - Einholung unabhängiger Verkehrswertgutachten
 - Vorbild Vergaberecht bei Anforderungen an Bietverfahren?
- (2) Beschaffungsvorgänge
 - Vergabeverfahren auch verlässliche Methode zur Beurteilung der Angemessenheit des Entgelts für gemeinwirtschaftliche Leistung
 - *Altmark*

Vergaberechtliche Bedeutung der Subventionierung eines Auftrags oder des Auftraggebers

- Subventionierung des Auftrags
 - Art 8 RL 2004/18 (§ 98 Z 5 GWB; Art 3 Abs 3 u 3 BVergG 2006): Vergaberecht anwendbar wenn bestimmte Bauaufträge (oder damit verbundene DL-Aufträge) direkt zu 50 % von öff. Auftraggebern subventioniert werden
 - Gemeinschaftsfinanzierung nach VO 2081/93 begründet für sich keine Ausschreibungspflicht (*Mannesmann/Strohal*)
- Bedeutung für Qualifikation als Einrichtung öffentlichen Rechts
 - *Mannesmann/Strohal*: EÖR-Eigenschaft ergibt sich nicht bereits aus (Quer-) Subventionierung durch öffAG
 - *GA Jacobs Impresa Portuale*: Ansatz für Einschränkung Infektionstheorie
 - Überwiegende Finanzierung ist Element der EÖR
 - Weiterer Begriff als Beihilfe iSv Art 87 (Beteiligung)
 - *Cambridge*: keine Finanzierung bei kommerzieller Gegenleistung
 - Möglichkeit der öffentlichen Unterstützung ist für Beurteilung der Gewerblichkeit relevant

Berücksichtigung der Subventionierung eines Bieters I: Grundlagen

- *EuGH Arge Gewässerschutz*
 - Preisunterbietung aufgrund Subventionsempfang verstößt nicht gegen Gleichbehandlungsgrundsatz
 - AG muss oder darf aber uU im Einzelfall wegen insbesondere unzulässiger Beihilfen Bieter ausschließen
 - Zusammenhang mit finanzieller Leistungsfähigkeit
- Art 55 Abs 3 RL 2004/18/EG
 - 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 [...] nicht nachweisen kann, dass die betreffende Beihilfe rechtmäßig gewährt wurde.

Berücksichtigung der Subventionierung eines Bieters II: Konsequenzen

- Zeitpunkt und Art der Berücksichtigung der Subvention hängen von Art der subventionsbedingten Störung ab
- Ebene Eignungsprüfung: Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit durch Rückzahlungsverpflichtung
- Ebene Angebotsprüfung: Verfälschung des Angebotswettbewerbs durch Beihilfe

Berücksichtigung der Subventionierung eines Bieters III: Eignungsprüfung

- Die Besserstellung des Bieters durch die Beihilfe ist kein Ausschlussgrund
- Dieser liegt in der Beeinträchtigung der finanziellen Leistungsfähigkeit (oder sonstigen Eignung) durch Rückforderungsanordnung (oder andere Rechtsfolge)
- Daher: nur existenzsichernde und rechtswidrige Beihilfen bedeutsam
- Allerdings auch formell rechtswidrige Beihilfen!
 - außer AG kann ausnahmsweise sicher sein, dass die Beihilfe genehmigt wird

Berücksichtigung der Subventionierung eines Bieters IV: Angebotsprüfung

- Wesentlich ist auch idZ ein Niederschlag der Beihilfe im Angebot
 - Bei Kostendeckung auch ohne Beihilfe kommt eine vergaberechtliche Sanktion nicht in Betracht
- In ARGE Gewässerschutz erscheinen subventionierte Angebote noch unbedenklich
 - Vereinbarkeit mit Wettbewerbsgrundsatz?
- Nun aber durch Art 55 (3) Klarstellung, dass das ein durch eine rechtswidrige Beihilfe finanziertes Angebot abgelehnt werden kann (und muss)
 - gilt wiederum auch für formell rechtswidrige Beihilfen
- Ablehnung zulässiger aber wettbewerbsverfälschender Beihilfen aufgrund des Wettbewerbsgrundsatzes?

Berücksichtigung der Subventionierung eines Bieters V: Sonderfall Quersubvention

- Gemeinwirtschaftlich tätiger Subventionsempfänger bewirbt sich um Auftrag in Wettbewerbsmarkt
- Berücksichtigung dieser Subvention grundsätzlich wie oben, aber Besonderheit:
- Bieter unterliegt selbst beihilferechtlichen Maßstäben (ist auch Subventionsgeber), und er handelt selbst rechtswidrig
 - uU auch Verstoß gegen kartellrechtliche Preisbildungsvorgaben (Kampfpreis)
- DH: Angebot beruht auf eigenem Rechtsverstoß
- Damit auch eigenständiger Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz und noch stärkere Berücksichtigung möglich?

Berücksichtigung der Subventionierung eines Bieters VII: Sonderfall Beihilfe durch Auslastung

- Potentiell problematisch, wenn Auslastung nicht aus im Wettbewerb gewonnenen Auftrag resultiert
 - zB In-house Vergabe
- Daher Entschärfung dieser Quersubventionsproblematik durch Entzug des in-house Privilegs bei externer Leistungserbringung
- Unklar aber, ob überhaupt tatbestandsmäßige Beihilfe vorliegt
 - Nein: Auftragserteilung ist nur bei Überkompensation Beihilfe
- Beihilfe in Form Überkompensation kann aber vermutet werden, wenn beim Angebot keine Fixkosten kalkuliert werden

Beihilferelevanz der Erteilung eines öffentlichen Auftrags an sich

- Sitzt das Vergaberecht auf einem beihilferechtlichen Pulverfass?
 - Zusätzliche Kontrolle nach Art 88 Abs 3 Satz 3 EGV!
- Unbestritten ist: Art 87 EG ist kumulativ neben Grundfreiheiten und Vergabesekundärrecht anwendbar
- Ungeklärt ist aber: ist Beauftragung für sich beihilferelevanter Vorteil?
- *BAI*: Beihilfe wenn Überkompensation oder Bezug ohne realen Bedarf
- Bedeutet für einfache Beschaffungsvorgänge:
 - Bei Bildung Marktpreis durch Ausschreibung wird Beihilfeverdacht beseitigt
 - Wenn keine Ausschreibung, entsteht (auch) Beihilfeverdacht
- Gilt das auch für Vergaben mit beschaffungsfremden Elementen?

Vergabe auf der Grundlage beschaffungsfremder Kriterien

- hM in D: Anwendung vergabefremder Kriterien kann Beihilfe darstellen
 - Wenn zu Preiserhöhung führt. Denn: keine Beschaffung zum Marktpreis („Finanzopfer“ des Staates)
 - Auftragsvergabe wird zur Unternehmensförderung instrumentalisiert
- mE: es liegt keine beihilferelevante Begünstigung vor
 - Auftragserteilung für sich ist keine Beihilfe
 - MIT kann Überkompensation nur ergeben, wenn Zusatznutzen vergabefremder Ziele herausgerechnet wird
 - Grundsatz der primärrechtskonformen Auslegung: bei Approbation vergabefremder Kriterien hatte EuGH auch Beihilferecht zu bedenken
 - Unternehmensunterstützung durch Absatzförderung ist Grundfreiheitenproblem
 - Bei Ausschreibung keine grenzüberschreitende Wettbewerbsverfälschung

Bedeutung für den umgekehrten Vorgang: Verkauf öffentlicher Güter

- Beihilferechtliche Relevanz von preisdämpfenden Bedingungen, die der Verwirklichung von Gemeinwohlzielen dienen?
- Praxis widersprüchlich
- Konsequenz der beihilferechtlichen Unbedenklichkeit des Vergabe anhand beschaffungsfremder Kriterien wäre aber:
- Marktunübliche und preisdämpfende Bedingungen sind keine Beihilfen
 - Keine Begünstigung soweit dem niedrigeren Kaufpreis Gemeinwohlverpflichtungen gegenüberstehen