

# **Anforderungen an Vergabeverfahren aus beihilfenrechtlicher Sicht –**

Betrachtung einzelner  
Vergabeverfahren und deren  
beihilferechtlichen Auswirkungen

PD Dr. Marc Bungenberg, LL.M.

Universität Siegen

- Einführung – Gemeinsamkeiten von Auftrags- und Beihilfenvergabe
- Aktuelle Beispiele für das Zusammenspiel von Vergabe- und Beihilferecht
- Grundüberlegungen
  - Öffentlicher Auftrag als Beihilfe?
  - Bieter als Beihilfenempfänger?
- Anforderungen an Vergabeverfahren aus beihilferechtlicher Sicht
- Vergabe- und Beihilferecht in der Globalisierung

# Gemeinsamkeiten von Auftrags- und Beihilfevergabe

- Jeweils wirtschaftliche Verbindungen des Staates und seiner Untereinheiten zur Privatwirtschaft
  - Jeweils Transfer von Gelder und/oder wirtschaftlichen Vorteilen
- => Schnittmengen zwischen öffentlichen Aufträgen und Beihilfen
- => Beihilfenrecht und Vergaberecht finden grds. parallel Anwendung!!

# Das Zusammenspiel von Vergabe- und Beihilfenrecht – aktuelle Beispiele

- Impfstoffeinkauf von Bund und Ländern
- SPNV-Verträge
- Autobahnbau in Polen durch chinesische Unternehmen

# Impfstoffeinkauf von Bund und Ländern

- Im Jahre 2007 haben Bund und Länder einen „Grundvertrag“ mit Glyxo Smith Kline (GSK) abgeschlossen.
- Verpflichtung, in einem Pandemiefall Impfstoffe bei GSK zu erwerben.
- Bei Ausbruch der Schweinegrippe im Frühjahr bestellen Bund und Länder x-000.000 Impfdosen bei GSK zu einem bereits 2007 festgelegten Stückpreis.

# SPNV-Verträge der Länder

- Die Länder schließen SPNV-Verträge mit Leistungserbringern ab.
- Eine Ausschreibung erfolgt „nicht immer“.
- Die Verkehrsunternehmen erhalten eine pauschalisierte Vergütung sämtlicher Verkehrsleistungen unter Zugrundelegung eines einheitlichen, landesweit angelegten Zugkilometerpreises.

# Autobahnbau in Polen

- Ausschreibung des Bauabschnitts einer Autobahn in Polen
- Europaweite Ausschreibung
- Zuschlag ergeht an ein chinesisches Unternehmen

# Grundüberlegungen

- Bieter als Beihilfenempfänger
  - Unterscheidung zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Beihilfen
  - Auftraggeber als „Hilfspolizist“ der Kommission?
- Öffentlicher Auftrag als Beihilfe
  - Auftrag als Begünstigung



# Bieter als Beihilfeempfänger

- Unterscheidung zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Beihilfen (EuGH ARGE-Entscheidung)
  - Rechtmäßige Beihilfen an den Auftraggeber: kein Ausschlussgrund
  - Rechtswidrige Beihilfen: Soweit nicht ausdrücklich in Vergaberichtlinien angeordnet, kann dem Unternehmen zumindest die erforderliche Leistungsfähigkeit fehlen
- Auftraggeber als „Hilfspolizist“ der Kommission?
  - Art. 55 VKR: Angebot e. Beihilfenempfängers darf abgelehnt werden, wenn der Bieter die Rechtmäßigkeit der Beihilfe nicht darlegen kann.

# Öffentlicher Auftrag als Beihilfe

- Grundüberlegungen
  - Solange der Auftrag im Wettbewerb ohne Präferenzen vergeben wird, ist hierin keine Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV zu sehen.
  - Liegt die von der öffentlichen Hand zu leistende Vergütung oberhalb des wettbewerblichen Preises, so kann die Differenz zwischen gezahltem Preis und Wettbewerbspreis dem Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV unterfallen.
  - Rechtsfolgen – .....

# Öffentlicher Auftrag als Beihilfe

- Liegt eine

**Begünstigung**

vor???

- Ist das für den Auftrag gezahlte Entgelt zu hoch?

# Öffentlicher Auftrag als Beihilfe

- Keine „Begünstigung“ unter „normalen Marktbedingungen“
  - Bietverfahren
    - Offenheit
    - Diskriminierungsfreiheit
    - Bedingungsfreiheit
  - Marktgutachten

# Öffentlicher Auftrag als Beihilfe

- Berücksichtigung von Sekundärzwecken im Vergabeprozess
- **Ferring-Rechtsprechung:**
  - Das Entgelt ist dann nicht erhöht, wenn dadurch die dem Auftraggeber durch „beschaffungsfremde Vergaben“ entstehenden Mehrkosten bezahlt werden
  - Abgestellt muss werden auf die konkret geforderte Leistung einschließlich der an sie gestellten politischen Anforderungen.

# Öffentlicher Auftrag als Beihilfe

- Vergaben von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse
- **AltmarkTrans**-Rechtsprechung:
  - EuGH hat angenommen, dass Zahlungen zur Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse grundsätzlich keine Beihilfe darstellen, wenn
    - ein Bietverfahren stattgefunden hat
    - Ein Gutachten über den Marktwert vorliegt

# Anforderungen an Vergabeverfahren aus beihilferechtlicher Sicht

- Offenes Verfahren
- Nicht offene Verfahren
- Verhandlungsverfahren
- De facto Vergabe

# Anforderungen an Vergabeverfahren aus beihilferechtlicher Sicht

- Offenes Verfahren
- Nicht offene Verfahren
  - Wettbewerbsgrundsatz steht im Vordergrund
  - bei offenen und nichtoffenen Verfahren **entfällt** eine Begünstigung in der Regel mit der Durchführung eines richtlinienkonformen Vergabeverfahrens.
  - Ausnahme: wenn nur ein **geeignetes** Unternehmen



# Anforderungen an Vergabeverfahren aus beihilferechtlicher Sicht

- Verhandlungsverfahren (ohne Bekanntmachung)
  - Kein offener Zugang für interessierte Bieter; Ergebnis des Verhandlungsverfahrens muss nicht den Marktpreis wiedergeben
  - Frage der „Begünstigung“ ist ungeklärt
  - Ggf. muss ein Marktgutachten erstellt werden

# Anforderungen an Vergabeverfahren aus beihilferechtlicher Sicht

- De facto Vergaben
  - Auftraggeber verzichtet rechtswidrig auf die Durchführung eines Vergabeverfahrens.
  - Verdacht e. Begünstigung, da kein Bietverfahren stattgefunden hat.
  - Verdacht kann durch die Vorlage eines Marktgutachtens widerlegt werden.

# Vergabe- und Beihilferecht in der Globalisierung

- Problem: Teilnahme von Staatsunternehmen aus Nicht-EU-Ländern
  - Keine Weltbeihilfenaufsicht
  - In der EU:
    - EU- und weltweite Ausschreibung
    - Zugang auch für Nicht-GPA-Staaten
    - Keine Beihilfenkontrolle von Nicht-EU-Staaten
- Was ist gewollt? Value for Money?? Oder: Schutz des Bietermarktes auch vor Wettbewerbsverzerrungen??
- Legislative Reaktion erforderlich?? Oder natürliche Folge der Globalisierung??
  - Ausschluss von Nicht-EU-Unternehmen aus Vergabeverfahren, wenn an diese Unternehmen vergebene Beihilfen in der EU nicht genehmigungsfähig wären (hypothetische Betrachtung)?
  - Stärkerer Protektionismus?

# FAZIT

- Beihilfenrecht und Vergaberecht sind nur ansatzweise aufeinander abgestimmt.
- Beihilfenrecht und Vergaberecht haben (auch) einen gemeinsamen wettbewerbspolitischen Hintergrund.
- De lege ferenda:
  - Stärkere Verknüpfung der Rechtsgebiete durch Einführung eines „beschleunigten Notifizierungsverfahrens“?
  - Begrenzung des Bieterkreises auf GPA-Vertragsstaaten?