

Rechtsschutzmöglichkeiten von Bietern im Vergabeverfahren gegen Beihilfen zugunsten von Wettbewerbern

Dr. Hans-Joachim Priëß, LL.M
forum vergabe e.V., Berlin, 26. Mai 2010

I. Die Konzentrationsregel des § 104 Abs. 2 GWB

➔ Ausgangspunkt:

„Rechte aus § 97 Abs. 7 sowie sonstige Ansprüche gegen öffentliche Auftraggeber, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind, können nur vor der Vergabekammer und dem Beschwerdegericht geltend gemacht werden.“ (Hervorhebung hinzugesetzt)

- Geltendmachung von Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB **gegen öffentliche Auftraggeber**
- Geltendmachung von sonstigen Ansprüchen auf Vornahme/ Unterlassen einer Handlung **gegen öffentliche Auftraggeber**



I. Die Konzentrationsregel des § 104 Abs. 2 GWB

➔ Verständnis und Konsequenzen der Konzentrationsregel:

- § 104 Abs. 2 GWB begründet als Spezialregelung für Verstöße gegen Vergaberecht *in einem Vergabeverfahren* eine **ausschließliche Zuständigkeit der Vergabenachprüfungsinstanzen für Primärrechtsschutz gegen öffentliche Auftraggeber.**
- **Primärrechtsschutz aufgrund „anderer Abwehransprüche“ durch Mitbewerber vor den ordentlichen Gerichten.**
 - arg.: Ansonsten **Rechtsschutzlücke, die dem Gebot effektiven Rechtsschutzes, Art. 19 Abs. 4 GG widerspricht** (BGH, Beschl. v. 3.7.2008, 1 ZR 145/05; Stellungnahme des BR zum Entwurf eines VgRÄG, BT-Drucks. 13/9340, S. 39 zu § 114 GWB-RegE)
- **Primärrechtsschutz wegen Verstößen gegen Lauterkeitsrecht (UWG) durch Mitbewerber vor den ordentlichen Gerichten.**

(BGH, Beschl. v. 3.7.2008, I ZR 145/05, für Anspruch aus §§ 3, 4 Nr. 11 UWG).



II. Prüfungskompetenz der Vergabenachprüfungsinstanzen

➔ Prüfung der Verstöße von Auftraggebern / von Mitbewerbern gegen Beihilferecht durch Vergabekammer/Vergabesenat?

- Der Auftraggeber zahlt bei Bezuschlagung von Bietern, die notifizierte / nicht notifizierte Beihilfen erhalten, einen entsprechend „höheren Gesamtpreis“ (Hinzurechnung der Beihilfe zum Angebotspreis).
 - ➔ Verstoß gegen Rechte iSd. § 97 Abs, 7 GWB? Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, des Gebots der Nichtdiskriminierung, keine wirtschaftliche Beschaffung?
- Auftraggeber fördern / Vergabenachprüfungsinstanzen dulden rechtswidriges Verhalten im Fall der Bezuschlagung von Bietern, die nicht notifizierte Beihilfen erhalten.
 - ➔ Alle Vergabeentscheidungen des Auftraggebers müssen (umfassend!) effektiv und rasch überprüft werden können?
 - ➔ Prüfung wegen des (eingeschränkten) Amtsermittlungsgrundsatzes aus §§ 110 Abs. 1 iVm. 114 Abs. 1 S. 2 GWB zwingend?



II. Prüfungskompetenz der Vergabenachprüfungsinstanzen

➔ Grundsatz: Keine Prüfung von Beihilferecht!

1. Nicht notifizierte Beihilfen (1)

- Verstöße gegen Beihilferecht können nur im Wege einer **Beschwerde bei der EU-Kommission** geltend gemacht werden; die EU-Kommission kann ein **Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH** einleiten

(EuGH, Urt. v. 7.12.2000, Rs. C-94/99 ARGE Gewässerschutz).

- Verstöße gegen Beihilferecht sind grundsätzlich **keine** Verstöße gegen Rechte iSv § 97 Abs. 7 GWB und/oder § 104 Abs. 2 Satz 1 GWB

arg.: Der Rechtsschutz beschränkt sich in einem Nachprüfungsverfahren auf diejenigen Rechtsverletzungen, die entweder ein Verhalten „**in einem Vergabeverfahren**“ zum Gegenstand haben, vgl. 104 Abs. 2 Satz 1 GWB) und/oder die „**Bestimmungen über das Vergabeverfahren**“ betreffen, vgl. § 97 Abs. 7 GWB

(OLG Düsseldorf, Besch. v. 26.7.2002, Verg 22/02; im Ergebnis ähnlich OLG Koblenz, Beschl. v. 10.8.2009, 1 Verg 8/09)



II. Prüfungskompetenz der Vergabenachprüfungsinstanzen

➔ Grundsatz: Keine Prüfung von Beihilferecht!

1. Nicht notifizierte Beihilfen (2)

- Die Entgegennahme nicht notifizierter Beihilfen ist kein Vorgang „in einem Vergabeverfahren“. Sie ist in der Regel dem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags vielmehr zeitlich wie sachlich vorgelagert und steht mit dem Ausschreibungsverfahren weder in einem äußeren noch einem inneren Zusammenhang

(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.7.2002, Verg 22/02).

- Der Erhalt nicht angezeigter Beihilfen betrifft ebenso wenig „Bestimmungen über das Vergabeverfahren“. Es handelt sich im Gegenteil um eine eigene, vom Vergabeverfahren losgelöste – sowohl verfahrensrechtlich als auch materiellrechtlich selbständige – rechtliche Angelegenheit

(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.7.2002, Verg 22/02).



II. Prüfungskompetenz der Vergabenachprüfungsinstanzen

➔ Grundsatz: Keine Prüfung von Beihilferecht!

1. Nicht notifizierte Beihilfen (3)

- **Keine Pflicht der Vergabestelle zur Prüfung von Beihilferecht im Rahmen der Angebotswertung:** Weder aus nationalem noch aus europäischem Vergaberecht ergibt sich die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers, im Interesse eines fairen und unbeeinflussten Bieterwettbewerbs die Angebotspreise um formell europarechtswidrig erhaltene Beihilfen zu bereinigen

(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.7.2002, Verg 22/02).

- **Keine Pflicht der Vergabestelle zur Neutralisierung nicht notifizierter Beihilfen aus dem Wettbewerbsgrundsatz des § 97 Abs. 1 GWB:** Anhaltspunkte für eine solche Pflicht ergeben sich weder aus dem gemeinschaftsrechtlichen Vergaberecht, den §§ 97 ff. GWB noch aus den Verdingungsordnungen

(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.7.2002, Verg 22/02).



II. Prüfungskompetenz der Vergabenachprüfungsinstanzen

➔ Grundsatz: Keine Prüfung von Beihilferecht!

1. Nicht notifizierte Beihilfen (4)

- **Keine Pflicht zum Ausschluss von Bietern, die nicht notifizierte Beihilfen erhalten**

(OLG Koblenz, Beschl. v. 10.8.2009, 1 Verg 8/09; VK Bund, Beschl. v. 20.8.2008, VK 1-111/08; OLG Düsseldorf, Besch. v. 26.7.2002, Verg 22/02).

- Auftraggeber muss Bieter vor dem Ausschluss des Angebots über etwaige Bedenken an der Angemessenheit der Preise unterrichten und Gelegenheit zur Stellungnahme geben (§ 25a Abs. 2 VOB/A; § 25a Nr. 2 Abs. 2 VOL/A).
- Dieselbe Verpflichtung gilt, wenn es Anhaltspunkte dafür gibt, dass der ungewöhnlich niedrige Angebotspreis auf einer staatlichen Beihilfe beruht; der Ausschluss des Bieters wegen eines ungewöhnlichen niedrigen Angebots ist nur unter engen, nicht beihilfespezifischen Voraussetzungen zulässig, nicht schon wegen einer nicht not. Beihilfe.



II. Prüfungskompetenz der Vergabenachprüfungsinstanzen

➔ Grundsatz: Keine Prüfung von Beihilferecht!

2. Notifizierte Beihilfen

- Der Grundsatz der Gleichbehandlung ist nicht schon dadurch verletzt, dass Bieter an einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge teilnehmen, die Zuwendungen erhalten, die es ihnen ermöglichen, zu Preisen anzubieten, die erheblich unter denen ihrer nicht subventionierten Mitbewerber liegen.

arg: Keine entsprechende gesetzliche Anordnung.

- Beihilfen werden in aller Regel Unternehmen gewährt, die im Gebiet des Mitgliedstaats ansässig sind, der die Beihilfe gewährt. Diese Ungleichbehandlung ist somit dem Begriff der staatlichen Beihilfe inhärent. Sie stellt jedoch für sich genommen keine versteckte Diskriminierung und keine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar

(EuGH, Urt. v. 7.12.2000, Rs. C-94/99 ARGE Gewässerschutz, Rn. 25f. und 36).



II. Prüfungskompetenz der Vergabenachprüfungsinstanzen

3. Ausnahme: Prüfung von Beihilferecht in besonderen Konstellationen (1)

Pro: Unzulässigkeit eines Nachprüfungsantrags wegen geschlossenem Vertrag, weil dieser nicht wegen eines Verstoßes gegen Beihilferecht gemäß § 134 BGB, Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG-Vertrag nichtig ist

(VK Düsseldorf, Beschl. v. 12.3.2008, VK 03/2008).

Contra: *„Die Nichtigkeit der Auftragsvergabe folgt [...] nicht aus [einem] Verstoß gegen Beihilferecht. Ungeachtet der Tatsache, dass hierfür jedwede Anhaltspunkte fehlen, fällt die Prüfung der Zulässigkeit von Beihilfen nicht in die Zuständigkeit der Vergabekammer.“*

(VK Bund, Beschl. v. 1.12.2009, VK 3-205/09).



II. Prüfungskompetenz der Vergabenachprüfungsinstanzen

3. Ausnahme: Prüfung von Beihilferecht in besonderen Konstellationen (2)

- Ein Bieter kann ausgeschlossen werden, wenn der öffentliche Auftraggeber der Ansicht ist, dass er eine nicht vertragskonforme Beihilfe erhalten hat und die Verpflichtung zur Rückzahlung der rechtswidrig gewährten Beihilfe seine **finanzielle Leistungsfähigkeit** gefährdet, so dass die notwendige finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht gegeben ist.

(EuGH, Urt. v. 7.12.2000, Rs. C-94/99 ARGE Gewässerschutz, Rn. 30 f.).



III. Prüfungskompetenz – zukünftig?!

➔ **Prüfung von Beihilferecht durch Vergabekammer / Senat ist m. E. erforderlich, weil:**

- Der Wettbewerb unter den Bietern muss auf der Grundlage „unverfälschter“, gleicher Ausgangs- bzw. Marktbedingungen stattfinden; nach dem Gemeinschaftsrecht verbieten sich jegliche Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. sinngemäß Erwägungsgrund 2 Richtlinie 2004/18/EG); Vergabe- und Beihilferecht haben identische Zielsetzung;
- Die öffentliche Hand fördert insbesondere in Zusammenhang mit der Bezuschlagung von Unternehmen, die nicht notifizierte Beihilfen erhalten, den Rechtsbruch und schädigt sich selbst wirtschaftlich;
- Die öffentlichen Hand zahlt bei Bezuschlagung eines subventionierten Bieters nicht den „Marktpreis“; es wird gerade nicht der niedrigste Preis oder das wirtschaftlichste Angebot bezuschlagt;



III. Prüfungskompetenz – zukünftig?!

- ➔ **Prüfung von Beihilferecht durch Vergabekammer / Senat ist erforderlich, weil:**
 - Der Umstand, dass die Beihilfe zeitlich vor dem Vergabeverfahren liegt, ist ein bloß formales Gegenargument. Auszugehen ist von einer funktionalen bzw. wertenden Betrachtung; auch *de lege lata* ist der vor dem Vergabeverfahren liegende Bereich erfasst, vgl. Projektantenproblematik;
 - Beihilferechtlicher Rechtsschutz in Vergabeverfahren ist kraft Sachzusammenhang, aus Synergie- und Kostengründen den Vergabenachprüfungsinstanzen zuzuweisen;
 - Vergabestelle muss Bieter auffordern dürfen, Beihilfen im Preis/Angebot (anteilmäßig) auszuweisen;



IV. Fazit und Ausblick

- Beihilfen, insbesondere nicht notifizierte Beihilfen, verfälschen den Wettbewerb und haben in der Regel einen diskriminierenden Effekt;
- Die Prüfungskompetenz der Vergabenachprüfungsinstanzen sollte auf beihilferechtliche Fragestellungen zu erweitert werden;
- Die beihilferechtliche Prüfung ist auf die mit Vergabeverfahren zusammenhängenden Fragestellungen zu beschränken, d.h., die Nachprüfungsinstanzen sollen keine beihilferechtlichen Spruchkörper werden;
- Vergabenachprüfungsinstanzen müssen dann das Recht zur Beiziehung beihilferechtlicher Akten erhalten;
- Beihilfen sind anteilmäßig offen zu legen und in der Angebotswertung zu berücksichtigen;
- Der Erhalt von Subventionen sollte bei der Eignung und/oder bei der Wertung berücksichtigt werden;
- Schließlich: Umsetzung VO 1370/2007 erfordert ebenfalls einheitliche Beurteilung von Vergabe und Beihilfe



**Vielen Dank
für Ihre
Aufmerksamkeit!**



■ Kontakt:

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP
Dr. Hans-Joachim Priëß, LL.M.
Potsdamer Platz 1
10785 Berlin

T 030 20 28 38 59

F 030 20 28 37 66

E hans-joachim.priess@freshfields.com

© Freshfields Bruckhaus Deringer LLP 2010

Diese Informationen sind nicht als umfassende Darstellung gedacht und können eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen.

