



OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

BESCHLUSS

Verg 22/02

Verkündet am 26. Juli 2002
Fischer, Justizangestellte

als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

In dem Vergabenaachprüfungsverfahren

1. Zweckverband (...)
2. Zweckverband (...)

Antragsgegner und Beschwerdeführer,

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte (...)

g e g e n

C GmbH, (...)

Antragstellerin und Beschwerdegegnerin,

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte (...)

Beigeladene:

1. (...)

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte (...),

2. **Bietergemeinschaft, bestehend aus der (...), und der (...),**

3. (...),

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 17. Juli 2002 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Jaeger und die Richter am Oberlandesgericht Dicks und Kühnen

b e s c h l o s s e n :

I. Auf die sofortige Beschwerde der Antragsgegner wird der Beschluss der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf vom 18. April 2002 (VK - 5/2002 - L) aufgehoben.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin wird verworfen.

II. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und die Kosten des Beschwerdeverfahrens. Ihr fallen darüber hinaus die notwendigen Auslagen zur Last, die den Antragsgegnern in beiden Instanzen und der Beigeladenen zu 1. im Beschwerdeverfahren entstanden sind.

III. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten war sowohl für die Antragsgegner als auch für die Beigeladene zu 1. erforderlich.

IV. Der Beschwerdewert wird festgesetzt werden, sobald die Verfahrensbeteiligten hierzu Stellung genommen haben.

Gründe

I.

Die zulässige Beschwerde hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Vergabekammerbeschlusses und zur Verwerfung des Nachprüfungsantrags. Zwar ist - wie die Vergabekammer zutreffend angenommen hat - das Vergabenachprüfungsverfahren als solches eröffnet. Die von der Antragstellerin reklamierten Rechtsfehler können indes von ihr nicht zulässigerweise zum Gegenstand einer Kontrolle durch die Nachprüfungsinstanzen gemacht werden.

A. Das streitbefangene Ausschreibungsverfahren der Antragsgegner unterliegt dem Vergaberechtsregime; es ist mithin auch einer Nachprüfung durch die Vergabekammer und den Vergabesenat unterworfen.

1. Gegenstand der ausgeschriebenen Verkehrsdienstleistungen ist eine Dienstleistung im Sinne von §§ 97 Abs. 1, 99 Abs. 1 und 3 GWB und keine - dem Vergaberecht nicht unterfallende - Dienstleistungskonzession.

Die in den §§ 97 bis 129 GWB normierten Vergabevorschriften gelten bei der Beschaffung von Waren, Bau- und Dienstleistungen durch öffentliche Auftraggeber (§ 97 Abs. 1 GWB). § 99 Abs. 1 GWB konkretisiert den sachlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts durch eine Legaldefinition des Begriffs „öffentliche Aufträge“. Danach sind - soweit vorliegend von Interesse - öffentliche Aufträge entgeltliche Verträge zwischen Auftraggebern und Unternehmen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Daraus ergibt sich für den Streitfall: Die Vergaberegeln der §§ 97 ff. GWB - und dementsprechend auch die Vorschriften über das Vergabenachprüfungsverfahren - kommen nur dann zur Anwendung, wenn die Antragsgegner mit der Ausschreibung als Nachfrager einer entgeltlichen, d.h. von ihnen zu vergütenden Leistung aufgetreten sind.

Das ist im Ergebnis der Fall. Mit Recht hat die Vergabekammer angenommen, dass Gegenstand des ausgeschriebenen Auftrags keine sog. Dienstleistungskonzession ist, aufweiche die Normen des Vergaberechts - und insbesonde-

re auch die Dienstleistungsrichtlinie 92/50 EWG (EuGH 2. Kammer, Beschluss vom 30.5.2002 - Rs. C-358/00 Buchhändler-Vereinigung GmbH/Säur Verlag GmbH & Co. KG) - nicht anwendbar sind.

a) Konzessionen sind Vertragskonstellationen, bei denen die Gegenleistung für die Erbringung des Auftrags nicht in einem vorher festgelegten Preis, sondern in dem Recht besteht, die zu erbringende eigene Leistung zu nutzen oder entgeltlich zu verwerten, oder in diesem Recht und einer zusätzlichen Bezahlung. Der Sache nach handelt es sich um eine Verwertungshandlung des öffentlichen Auftraggebers (als Konzessionsgeber) und nicht um einen entgeltlichen Beschaffungsauftrag der öffentlichen Hand. Der öffentliche Auftraggeber erbringt keine Gegenleistung; vielmehr wird die Dienstleistung vom Auftragnehmer kommerziell genutzt. Kennzeichen einer Konzession ist, daß sie die Übertragung eines Rechts zur Verwertung einer bestimmten Leistung umfaßt und dass der Konzessionär -ganz oder zum überwiegenden Teil - das wirtschaftliche Nutzungsrisiko trägt (EuGH, Urteil vom 7.12.2000, Rs. C-324/98 „Teleaustria Verlags GmbH und Te-telefonadress GmbH gegen Post & Telekom Austria AG“; implizit EuGH, Urteil vom 10.11.1998, Rs. C-360/96, „Gemeente Arnhem, Gemeinde Rheden gegen BFI Holding BV“ Rn. 25 in NVwZ 1999, 397; Kommission der Europäischen Gemeinschaften, ABI. 1998 Nr. C 21/53 f.; Boesen, Vergaberecht, § 99 Rdz. 32 m.w.N.; Prieß in Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß, Das Recht der Auftragsvergabe, S. 80; Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 99 Rdz. 27).

b) Der von der Antragsgegnerin ausgeschriebene Auftrag fällt nicht unter den Begriff der Dienstleistungskonzession. Nach den vorgesehenen Auftragsbedingungen wird dem Auftragnehmer weder ganz noch überwiegend das wirtschaftliche Nutzungs- und Verwertungsrisiko der zu erbringenden Verkehrsdienstleistungen aufgebürdet. Zwar kann der Auftragnehmer die von ihm zu erbringende Verkehrsdienstleistung dadurch selbst verwerten, dass er die Verkehrsdienste im eigenen Namen und auf eigene Rechnung erbringt und selbst Vertragspartner seiner Fahrgäste wird (§ 2 Abs. 2 des Vertragsentwurfs). Dadurch ist aber nicht das (ganze oder ganz überwiegende) wirtschaftliche Risiko aus der Erbringung der

Verkehrsdienste auf ihn verlagert. Denn der Vertragsentwurf sieht vor, dass die Antragsgegner „zur Sicherstellung des SPNV auf der geförderten Strecke einen im öffentlichen Interesse liegenden Zuschuss“ zahlen (2. Absatz der Präambel). In Ausführung dieser Zielsetzung bestimmen die §§ 8, 18, 27 und 34 des Vertragsentwurfs, dass der Auftragnehmer für sämtliche Teilbereiche der zu erbringenden Dienstleistung („Fahrbetrieb und Infrastruktur“, „Vertrieb“, „Sicherheit“ und „Service“) Anspruch auf eine mit seinem Angebot zu kalkulierende Zuwendung hat. Der Sache nach handelt es sich dabei um eine Vergütung der Antragsgegner für die zu erbringenden Verkehrsdienste. § 42 des Vertragsentwurfs bestimmt ergänzend, dass die Antragsgegner dann, wenn die Einnahmen und Erträge des Auftragnehmers die Summe seiner Vergütungsansprüche für das Gesamtverkehrsangebot (abzüglich etwaig verwirkter Vertragsstrafen oder Schadensersatzansprüche) nicht abdecken, den Fehlbetrag mittels Zuwendung auszugleichen haben. Durch dieses Regelwerk ist gewährleistet, dass das mit der Erbringung der ausgeschriebenen Verkehrsdienstleistungen verbundene wirtschaftliche Risiko im Ergebnis ganz (oder zumindest ganz überwiegend) bei den Antragsgegnern als öffentliche Auftraggeber verbleibt. Insbesondere aufgrund der in § 42 des Vertragsentwurfs vorgesehenen Pflicht der Antragsgegner, die Differenz zwischen den tatsächlichen Einnahmen und dem sich aus dem abgegebenen Angebot errechnenden Vergütungsanspruch des Auftragnehmers auszugleichen, haben diese letztlich das mit der Erbringung der Verkehrsdienstleistungen verbundene finanzielle Wagnis, namentlich das Risiko der hinreichenden Auslastung der bedienten Strecken, zu tragen.

2. Die Zulässigkeit des Vergabenachprüfungsverfahrens scheitert ebensowenig an § 15 Abs. 2 AEG. Nach dieser Vorschrift steht es im Ermessen der zuständigen Behörden, ob die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen durch Eisenbahnverkehrsunternehmen ausgeschlossen wird oder nicht.

Es kann für die Entscheidung des Streitfalles auf sich beruhen, ob § 15 Abs. 2 AEG den Bestimmungen des Kartellvergaberechts (§§ 97 ff. GWB) vorgeht mit der Folge, dass im Anwendungsbereich des § 15 Abs. 2 AEG eine Pflicht

zur Ausschreibung nicht besteht. Allerdings bestehen gegen eine solchen Vorrang des § 15 Abs. 2 AEG ernsthafte Bedenken. Berücksichtigt man, dass es sich bei den §§ 97 GWB um die jüngeren Vorschriften handelt, und stellt man weiter in Rechnung, dass die dem Vergaberecht unterfallenden Beschaffungsvorgänge in den §§ 99, 100 GWB abschließend geregelt sind, wobei in § 100 Abs. 2 lit. f) GWB der Bereich der Verkehrsdienstleistungen nur insoweit von der Geltung des Vergaberechts freigestellt ist, wie es um die Beschaffung von Verkehrsdiensten auf Gebieten geht, auf denen der betreffende öffentliche Auftraggeber selbst tätig ist, spricht im Gegenteil vieles für die Annahme, dass - umgekehrt - die Vorschriften des Vergaberechts der Bestimmung des § 15 Abs. 2 AEG vorgehen und die Ausschreibung von Verkehrsdienstleistungen dementsprechend nicht in das freie Ermessen des Auftraggebers gestellt ist. Letztlich braucht diese Rechtsfrage vorliegend allerdings nicht abschließend geklärt zu werden. Im Entscheidungsfall haben die Antragsgegner die in Rede stehenden Verkehrsdienstleistungen nämlich ausgeschrieben. Dann unterliegen sie aber auch den Bestimmungen des Vergaberechts. Das - unterstellt vorhandene - Ermessen, die nachgefragten Verkehrsdienstleistungen auszuschreiben oder sie sich außerhalb eines Vergabeverfahrens zu beschaffen, rechtfertigt es keinesfalls, den Auftraggeber, der sich für eine Ausschreibung entscheidet, von der Einhaltung der zwingenden vergaberechtlichen Regelungen freizustellen. Insoweit beanspruchen die §§ 97 ff. GWB in jedem Fall Geltung neben § 15 Abs. 2 AEG.

Dem lässt sich - entgegen der im Verhandlungstermin des Senats geäußerten Rechtsansicht der Antragstellerin - nicht entgegenhalten, damit werde die zugunsten einer Ausschreibung erfolgende Ermessensausübung nach § 15 Abs. 2 AEG als ein zusätzliches, gesetzlich nicht normiertes Kriterium für die Zulässigkeit des Nachprüfungsverfahrens eingeführt. Die Entscheidung des Senats bedeutet lediglich, dass derjenige Auftraggeber, der im Anwendungsbereich des § 15 Abs. 2 AEG eine Ausschreibung der Verkehrsdienstleistungen durchführt, nicht deshalb der Geltung des Vergaberechts entgeht, weil die Durchführung eines Vergabeverfahrens - unterstellt - in seinem Ermessen gestanden hat. Insoweit wird weder ein zusätzliches Erfordernis für die Geltung der Vergaberechtsregeln

noch ein gesetzlich nicht vorgesehenes Merkmal für die Zulässigkeit eines Vergabenachprüfungsantrags geschaffen. Es wird vielmehr bloß derjenige Auftraggeber, der sein (etwaiges) Ermessen nach § 15 Abs. 2 AEG zugunsten der Durchführung eines Vergabeverfahrens ausübt, in gleicher Weise wie jeder andere öffentliche Auftraggeber den geltenden Vorschriften des Vergaberechts unterworfen.

Unberechtigt ist ebenso die von der Antragsgegnern geäußerte Kritik, die Zuständigkeit der Vergabenachprüfungsinstanzen werde letztlich in das Belieben des Auftraggebers gestellt. Der Senat lässt ausdrücklich offen, ob § 15 Abs. 2 AEG neben den Vorschriften des Kartellvergaberechts überhaupt anwendbar ist mit der Konsequenz, dass auch nach dem Inkrafttreten des Vergaberechts die Durchführung eines Vergabeverfahrens in das Ermessen des Auftraggebers gestellt sein kann. Er hat sich lediglich dafür ausgesprochen, dass jedenfalls derjenige Auftraggeber, der sich im Regelungsbereich des § 15 Abs. 2 AEG für die Durchführung eines Vergabeverfahrens entscheidet, auch an die Bestimmungen des Vergaberechts gebunden ist. Damit ist keineswegs entschieden, dass die Geltung des Vergaberechts und die Zuständigkeit der Nachprüfungsinstanzen letztlich in das Ermessen des Auftraggebers gestellt sind und davon abhängen, dass im Rahmen des § 15 Abs. 2 AEG das Ermessen zugunsten einer Ausschreibung ausgeübt wird. Denn die Frage, ob die Vergaberegeln nicht auch dann gelten, wenn der Auftraggeber nach § 15 Abs. 2 AEG von der Durchführung eines Vergabeverfahrens absieht, stellt sich vorliegend nicht und wird vom Senat deshalb offen gelassen.

B. Ist nach alledem das Nachprüfungsverfahren eröffnet, ist der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin gleichwohl als unzulässig zu verwerfen. Denn keiner der geltend gemachten Vergaberechtsfehler kann von der Antragstellerin zulässigerweise zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens gemacht werden.

1. Die Wahl des Verhandlungsverfahrens kann von der Antragstellerin mangels Antragsbefugnis (§ 107 Abs. 2 GWB) nicht beanstandet werden.

a) Gemäß § 107 Abs. 2 GWB ist ein Unternehmen antragsbefugt, wenn es ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinem Recht auf Einhaltung der Vergabebestimmungen geltend macht. Dabei hat es darzulegen, dass ihm durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Hierzu ist ein Sachvortrag der antragstellenden Partei erforderlich, aus dem sich schlüssig und nachvollziehbar ergibt, dass durch die einzelnen gerügten Verstöße gegen die Vergabevorschriften die Aussichten auf den Zuschlag beeinträchtigt worden sind oder dass die Zuschlagschancen zumindest verschlechtert worden sein können. Nur diejenigen gerügten Vergabefehler, für die sich eine Verschlechterung der Aussichten auf den Zuschlag feststellen lässt, können zulässigerweise zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens gemacht werden; hinsichtlich aller anderen reklamierten Vergabefehler ist der Nachprüfungsantrag mangels Antragsbefugnis unzulässig.

b) Im Streitfall fehlt es in Bezug auf die gewählte Vergabeart an der Antragsbefugnis der Antragstellerin. Es ist weder von ihr dargelegt noch sonst ersichtlich, inwieweit durch die Wahl des Verhandlungsverfahrens an Stelle einer Öffentlichen Ausschreibung ihre Zuschlagschancen beeinträchtigt worden sein können. Dazu hätte es der Darlegung bedurft, dass und inwieweit die Antragstellerin im Falle einer Öffentlichen Ausschreibung ein anderes, chancenreicheres Angebot abgegeben haben würde, als sie dies im Rahmen des tatsächlich durchgeführten Verhandlungsverfahrens getan hat. Hierzu fehlt jedweder Sachvortrag. Darauf hat der Senat im Verhandlungstermin hingewiesen.

Mit Recht hat deshalb auch die Vergabekammer aus der ihres Erachtens fehlerhaften Wahl der Vergabeart keine rechtlichen Konsequenzen gezogen, sondern sich bei ihren diesbezüglichen Rechtsausführungen auf ein - die angefochtene Entscheidung nicht tragendes - obiter dictum beschränkt. Die Vergabekammer war nämlich nicht berechtigt, von Amts wegen die Frage der richtigen Vergabeart zu überprüfen; erst recht war es ihr verwehrt, bei einem festgestellten Rechtsverstoß Anordnungen zur Beseitigung dieses Vergaberechtsverstoßes zu treffen. Soweit die Antragstellerin in diesem Zusammenhang auf die Vorschrift des § 114

Abs. 1 Satz 2 GWB verweist, wonach die Vergabekammer an die Anträge nicht gebunden ist und auch unabhängig davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken kann, ist daraus eine entsprechende Befugnis nicht herzuleiten. Voraussetzung dafür, dass die Vergabekammer in der Sache tätig werden und Anordnungen treffen kann, ist ein zulässiger Nachprüfungsantrag. Diejenigen Vergabefehler, die - z.B. mangels Antragsbefugnis oder wegen der unterbliebenen rechtzeitigen Rüge - nicht zulässigerweise zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens gemacht werden können, sind einer Sachentscheidung durch die Vergabekammer entzogen. Sie können dementsprechend auch nicht Anlass für Anordnungen der Vergabekammer nach § 114 Abs. 1 Satz 2 GWB sein. In gleicher Weise fehlt auch dem Beschwerdegericht die Kompetenz, einen nicht zulässigerweise geltend gemachten Vergabefehler zum Anlass für eine Anordnung in der Sache zu nehmen.

2. Die Antragstellerin beanstandet des weiteren als rechtsfehlerhaft, dass bei der Angebotswertung zwar die Angebotspreise nicht um die in der Vergangenheit zugeflossenen Subventionsvorteile bereinigt werden, andererseits aber die in naher Zukunft zu erwartenden staatlichen Fördermittel nicht in die Angebotskalkulation einfließen dürfen. Auch dieser Einwand bleibt mangels Antragsbefugnis erfolglos. Die Antragstellerin kann dadurch, dass künftige Subventionen nicht in die Angebotswertung einbezogen werden dürfen, nur dann in ihren Zuschlagschancen beeinträchtigt sein, wenn sie von dieser Ausschreibungsbestimmung betroffen ist. Das wiederum ist nur der Fall, wenn sie selbst in naher Zukunft mit der Gewährung staatlicher Fördergelder rechnet. Das behauptet die Antragstellerin indes selbst nicht; dazu ist auch sonst nichts ersichtlich.

3. Die Antragstellerin kann ihren Nachprüfungsantrag schließlich nicht auf den Vorwurf stützen, dass es vergaberechtswidrig sei, wenn die Antragsgegner im Rahmen der Angebotswertung die Angebote der Bieter nicht um in der Vergangenheit erhaltene staatliche Zuschüsse bereinigt, die europarechtlich als Beihilfen zu qualifizieren seien und wegen einer unterbliebenen Notifizierung bei der Köm-

mission der Europäischen Union zumindest formell europarechtswidrig gewährt worden seien.

a) Die Vergabekammer hat allerdings einen Vergaberechtsverstoß angenommen. Sie hat die Antragsgegner zur Aufhebung der Ausschreibung verpflichtet, weil in den Verdingungsunterlagen nicht darauf hingewiesen worden sei, dass diejenigen staatlichen Zuschüsse, die unter Verletzung der europarechtlichen Beihilfebestimmungen gewährt worden sind und die zu einem ungewöhnlich niedrigen Angebotspreis des betreffenden Bieters geführt haben, im Rahmen der Angebotswertung neutralisiert werden. Dem vermag der Senat weder im Ergebnis noch in der Begründung beizutreten.

aa) Die Vergabekammer hat angenommen, dass der Erhalt staatlicher Fördermittel als solcher nicht als wettbewerbswidrig zu tadeln ist und dass folglich auch vergaberechtlich aus der Gewährung von Zuschüssen keine für den betreffenden Bieter ungünstigen Rechtsfolgen abgeleitet werden können. Eine vom öffentlichen Auftraggeber auch im Vergabeverfahren zu bekämpfende Wettbewerbsverzerrung trete erst dann ein, wenn aufgrund erhaltener Beihilfen zu einem besonders niedrigen Preis angeboten werden könne. In diesem Fall liege ein wettbewerbswidriges Verhalten in der Form einer Preisunterbietung mittels rechtswidrig vereinnahmter Subventionen vor. Jenes wettbewerbswidrige Verhalten müsse der öffentliche Auftraggeber neutralisieren. Dazu verpflichte sowohl der Grundsatz des § 97 Abs. 1 GWB - wonach der Auftrag im Wettbewerb der Bieter zu vergeben ist - als auch die Vorschrift des § 2 Abs. 2 VOL/A - wonach unlautere Verhaltensweisen im Wettbewerb der Bieter zu bekämpfen sind. Die Neutralisierung habe dergestalt zu erfolgen, dass der aufgrund rechtswidriger Beihilfen ungewöhnlich niedrig ausgefallene Angebotspreis um die erhaltenen Fördermittel bereinigt wird.

bb) Mit dieser Argumentation ist der Streitfall schon im Ansatz nicht zu lösen. Wie die Vergabekammer selbst feststellt, ist nach dem jetzigen Stand des Vergabeverfahrens völlig offen, ob einer der drei Mitbewerber der Antragstellerin um den Zuschlag überhaupt zu einem besonders niedrigen Preis angeboten hat. Ebenso

ist unklar, ob und inwieweit der Erhalt rechtswidriger Fördermittel zu einem ungewöhnlich niedrigen Angebotspreis geführt haben kann, der betreffende Bieter also für die Erledigung der ausgeschriebenen Leistungen solche Betriebsmittel einsetzen will, die in der Vergangenheit staatlich gefördert worden sind. Ungeklärt ist überdies, ob und in welchem Umfang sich früher erhaltene staatliche Fördermittel auch aktuell noch auswirken und die finanzielle oder wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Bieters erhöhen. Zu sämtlichen Punkten lassen sich bei dem derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens keinerlei Feststellungen treffen. Denn die abgegebenen Angebote sind von den Antragsgegnern mit Rücksicht auf den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin noch nicht geöffnet und gewertet worden. Naturgemäß vermag deshalb auch die Antragstellerin zu alledem nichts vorzutragen.

b) Für die Entscheidung des (derzeitigen) Streitfalles muss deshalb davon ausgegangen werden, dass sich bei keinem der Mitbewerber (möglicherweise) erhaltene staatliche Fördermittel in einem ungewöhnlich niedrigen Angebotspreis niedergeschlagen haben. Der Entscheidung muss des weiteren zugrunde gelegt werden, dass der Erhalt staatlicher Zuschüsse von den betreffenden Bietern auch ansonsten nicht zu einem wettbewerbswidrigen Verhalten im Vergabeverfahren ausgenutzt worden ist. Auch insoweit fehlt es nämlich an irgendwelchen diesbezüglichen Anhaltspunkten. Zugunsten der Antragstellerin lässt sich allenfalls unterstellen, dass einige ihrer Mitbewerber - namentlich die Beigeladene zu 1. - in der Vergangenheit nach den Bestimmungen des „Regionalisierungsgesetzes Nordrhein-Westfalen“ Zuschüsse bei der Fahrzeugbeschaffung sowie dem Bau von Betriebshöfen und Werkstätten erhalten haben, und dass diese Zuschüsse der Kommission der Europäischen Union nicht angezeigt worden sind. Selbst wenn man unterstellt, dass es sich insoweit um die Gewährung von Beihilfen gehandelt hat, deren beabsichtigte Einführung gemäß Art. 88 Abs. 3 Satz 1 EGV i.V.m. Art. 2 Abs. 1 der „Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates über besondere Vorschriften für die Anwendung des Artikel 93 des EG-Vertrages“ (nachfolgend: Verfahrensverordnung) anzeigepflichtig war, bleibt der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ohne Erfolg. Der Erhalt nicht notifizierter Beihilfen durch Mitbewerber-

ber als solcher kann nämlich nicht zum Gegenstand eines Vergabenachprüfungsverfahrens gemacht werden.

aa) Nach der Rechtsprechung des Senats beschränkt sich der Rechtsschutz in einem Nachprüfungsverfahren auf diejenigen Rechtsverletzungen, die entweder ein Verhalten „in einem Vergabeverfahren“ zum Gegenstand haben (vgl. § 104 Abs. 2 Satz 1 GWB) oder die „Bestimmungen über das Vergabeverfahren“ betreffen (vgl. § 97 Abs. 7 GWB). Dementsprechend hat der Senat einen Nachprüfungsantrag als unzulässig verworfen, mit dem geltend gemacht worden war, dass die Vergabestelle eine unter Verstoß gegen § 1 GWB gebildete Einkaufskooperation mehrerer öffentlicher Auftraggeber sei, und dass eine kartellrechtswidrige Preisbindung vereinbart worden sei (Beschluss vom 22.5.2002 - Verg 6/02). Zur Begründung hat der Senat ausgeführt: Das Kartellverbot des § 1 GWB und das Verbot von Vereinbarungen über die Preisgestaltung nach § 14 GWB seien keine Bestimmungen über das Vergabeverfahren. Es handele sich um selbständige Verbotsnormen materiell-rechtlichen Inhalts und nicht um Bestimmungen, die in irgendeiner Weise das Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge, seine nähere Ausgestaltung oder die Rechtsstellung der an diesem Verfahren Beteiligten regeln. Ebenso wenig liege den geltend gemachten Rechtsverstößen gegen die kartellrechtlichen Bestimmungen der §§ 1, 14 GWB ein Verhalten in einem Vergabeverfahren zugrunde. Die Bildung der Einkaufskooperation liege sachlich und zeitlich vor dem Beginn des Vergabeverfahrens. Ein Verstoß gegen § 14 GWB wirke sich ebenfalls außerhalb des Vergabeverfahrens aus. Die Vorschrift schütze nämlich die Freiheit der Gestaltung der Zweitverträge, hier also derjenigen Verträge, die der ausgewählte Bieter mit den Mitgliedern der Einkaufskooperation aufgrund des durch Zuschlag zustande gekommenen Erstvertrages - und damit erst nach der Beendigung des Vergabeverfahrens - abschließen wird.

Überträgt man diese Rechtsgrundsätze auf den vorliegenden Fall, ist das Vergabenachprüfungsverfahren für den Vorwurf, ein oder mehrere Mitbewerber hätten in der Vergangenheit nicht notifizierte - und damit formell europarechtswidrige - Beihilfen erhalten, nicht eröffnet. Die Entgegennahme nicht notifizierter Bei-

hilfen ist kein Vorgang „*in einem Vergabeverfahren*“. Sie ist dem Verfahren der Antragsgegner zur Vergabe des streitbefangenen öffentlichen Auftrags vielmehr zeitlich wie sachlich vorgelagert und steht mit dem Ausschreibungsverfahren weder in einem äußeren noch in einem inneren Zusammenhang. Der Erhalt nicht angezeigter Beihilfen betrifft ebensowenig „Bestimmungen über das Vergabeverfahren“. Es handelt sich im Gegenteil um eine eigene, vom Vergabeverfahren losgelöste - sowohl verfahrensrechtlich als auch materiellrechtlich selbstständige - rechtliche Angelegenheit.

bb) Der Erhalt nicht notifizierter Beihilfen lässt sich auch nicht unter Hinweis auf die Pflichten der Vergabestelle bei der Angebotswertung zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens machen. Weder aus nationalem noch aus europäischem Vergaberecht ist die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers herzuleiten, im Interesse eines fairen und unbeeinflussten Bieterwettbewerbs die Angebotspreise um formell europarechtswidrig erhaltene Beihilfen zu bereinigen.

(1) Die bundesdeutschen Vergabevorschriften geben für eine Verpflichtung der Vergabestelle, nicht notifizierte Beihilfen bei der Angebotswertung zu neutralisieren, nichts her.

(a) Der Ordnungsgeber hat die Auswahl der geeigneten Bieter und Bewerber sowie die Kriterien, nach denen der Zuschlag zu erteilen ist, im einzelnen geregelt. Die Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) enthält in ihrem Teil A umfangreiche und detaillierte Regelungen, unter welchen Voraussetzungen ein Bieter vom Wettbewerb ausgeschlossen werden kann (§ 7 Nr. 5), welchen Inhalt die abzugebenden Angebote haben müssen (§ 21 Nr. 1, 3 und 4) und in welchen Fällen ein Angebot von der Wertung ausgeschlossen werden muss (§ 25 Nr. 1 und 2). Sie legt überdies den Maßstab fest, nach dem unter den abgegebenen Angeboten dasjenige auszuwählen ist, auf welches der Zuschlag zu erteilen ist (§ 25 Nr. 3 VOL/A 2. Abschnitt; § 25 b VOL/A 3. Abschnitt sowie § 11 VOL-SKR). An keiner Stelle lässt sich dem Regelwerk entnehmen, dass der Erhalt nicht notifizierter Beihilfen zum Angebotsausschluss führt oder die Vergabestelle verpflichtet

ist, durch eine Erhöhung des Angebotspreises die nicht notifizierte Beihilfe zu neutralisieren. Der Empfang nicht notifizierter Beihilfen findet im Gegenteil ausschließlich Erwähnung im Zusammenhang mit dem Verbot, den Zuschlag auf ein Angebot zu erteilen, dessen Preise in einem offenbaren Missverhältnis zu der angebotenen Leistung steht (§ 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A). Die Verdingungsordnung hält den öffentlichen Auftraggeber dazu an, den betreffenden Bieter vor einer Ablehnung seines Angebots über die Bedenken an der Angemessenheit seiner Preise zu unterrichten und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (§ 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A, § 25 b Nr. 2 Abs. 1 VOL/A 3. Abschnitt und § 11 Nr. 2 Abs. 1 VOL-SKR). Dieselbe Verpflichtung trifft die Vergabestelle dann, wenn der ungewöhnlich niedrige Angebotspreis auf dem Erhalt einer staatlichen Beihilfe beruht. In einem solchen Fall muss der Auftraggeber dem Bieter Gelegenheit für den Nachweis geben, dass die Beihilfe der Kommission der Europäischen Union angezeigt oder von ihr genehmigt worden ist; einen Ausschluss des Angebotes hat die Vergabestelle zudem der Kommission der Europäischen Union mitzuteilen (§ 25 b Nr. 2 Abs. 3 VOL/A 3. Abschnitt; § 11 Nr. 2 Abs. 3 VOL-SKR). Ausschließlich diese Anhörungs- und Informationspflicht normiert die Verdingungsordnung, wenn der Angebotspreis wegen zugeflossener staatlicher Fördermittel ungewöhnlich niedrig ausgefallen ist. Daraus lässt sich im Umkehrschluss folgern, dass die Vergabestelle eine weitergehende Verpflichtung - namentlich die Pflicht zum Ausschluss des Angebotes oder zur Erhöhung des Angebotspreises um den Vorteil der erhaltenen und nicht notifizierten Beihilfe - nicht trifft. Erst recht kann eine dahingehende Pflicht dann nicht angenommen werden, wenn es - wie im vorliegenden Nachprüfungsverfahren anzunehmen ist (s. o. B. 3.b)) - an einem aufgrund gewährter Beihilfen ungewöhnlich niedrigen Angebotspreis fehlt.

(b) In einem solchen Fall kann die Pflicht zur Neutralisierung nicht notifizierter Beihilfen auch nicht aus dem Wettbewerbsgrundsatz des § 97 Abs. 1 GWB abgeleitet werden. Der Wettbewerbsgrundsatz verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber, bei seiner Vergabeentscheidung die Grundsätze des fairen Wettbewerbs zu beachten und Bieter, die sich im Vergabeverfahren wettbewerbswidrig verhalten oder die sich aufgrund wettbewerbswidriger Praktiken Vorteile im Ver-

gabeverfahren verschaffen, auszuschließen. Er umfasst aber nicht die Pflicht der Vergabestelle, ohne Rücksicht auf eine Wettbewerbswidrigkeit die Gewährung staatlicher Fördermittel auf ihre (formelle oder materielle) Europarechtskonformität zu überprüfen und im Falle der Europarechtswidrigkeit das Angebot von der Wertung auszuschließen oder die Beihilfegewährung durch eine Erhöhung des Angebotspreises zu korrigieren. Für eine derart weitgehende Prüfungspflicht der Vergabestelle enthalten weder die Bestimmungen des Kartellvergaberechts (§§ 97 ff. GWB) noch die Verdingungsordnung für Leistungen irgendeinen Anhaltspunkt. Die bestehende Normlage, welche das Problem der nicht notifizierten Beihilfen ausschließlich im Zusammenhang mit der Befugnis des Auftraggebers erwähnt, Angebote mit einem ungewöhnlich niedrigen Preis auszuschließen, spricht vielmehr eindeutig für das Gegenteil.

Es bestehen überdies auch grundsätzliche Bedenken gegen die Annahme, der Auftraggeber müsse nicht notifizierte Beihilfen durch eine Anhebung des Angebotspreises neutralisieren. Denn damit würde das Grundprinzip des Vergaberechts, dass der Bieter sein Angebot unterbreitet und der öffentliche Auftraggeber dieses Angebot ablehnen oder durch Zuschlag annehmen - es aber nicht inhaltlich verändern - kann (vgl. § 97 Abs. 5 GWB; § 25 Nr. 3 VOL/A; § 25 b Nr. 1 Abs. 1 VOL/A 3. Abschnitt; § 11 Nr. 1 Abs. 1 VOL-SKR), verlassen. Eine derart gravierende Abweichung vom normierten Vergaberecht bedarf der ausdrücklichen Regelung und lässt sich nicht alleine daraus ableiten, dass der ausgeschriebene Auftrag gemäß § 97 Abs. 1 GWB im Wettbewerb der Bieter zu vergeben ist.

(2) Die Pflicht der Vergabestelle, nicht notifizierte Beihilfen durch eine Erhöhung des Angebotspreises zu neutralisieren, kann ebensowenig europarechtlichen Vorschriften entnommen werden.

(a) Hinsichtlich der europäischen Vergabebestimmungen kann auf die vorstehenden Ausführungen zum nationalen Vergaberecht verwiesen werden. Sie gelten hier entsprechend.

Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) hat bereits entschieden, dass es nicht gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verstößt, wenn ein öffentlicher Auftraggeber zu einem Vergabeverfahren Einrichtungen zulässt, die entweder von ihm selbst oder von anderen öffentlichen Auftraggebern Zuwendungen gleich welcher Art erhalten, die es ihnen ermöglichen, zu Preisen anzubieten, die erheblich unter denen ihrer Mitbewerber liegen, die solche Zuwendungen nicht erhalten (ZIP 2000, 2324, 2326/2327 - ARGE Gewässerschutz). Zur Begründung hat er ausgeführt: Der Gemeinschaftsgesetzgeber habe in den Artikeln 23 und 29 bis 37 der „Richtlinie 92/50 EWG des Rates vom 18.6.1992 über die Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge“ eingehend die Bedingungen für die Auswahl der zur Abgabe eines Angebots zugelassenen Dienstleistungserbringer und die Zuschlagsvoraussetzungen geregelt. In keiner dieser Bestimmungen sei vorgesehen, dass ein Bieter deshalb vom Vergabeverfahren auszuschließen sei, weil er öffentliche Mittel erhalte. Hätte der Gemeinschaftsgesetzgeber die öffentlichen Auftraggeber dazu verpflichten wollen, solche Bieter auszuschließen, so hätte er dies ausdrücklich angeordnet.

Mit derselben Erwägung muss auch die Verpflichtung der Vergabestelle verneint werden, einen Bieter, der nicht notifizierte Beihilfen erhalten hat, von der Angebotswertung auszuschließen, oder die nicht notifizierte Beihilfe durch eine Anhebung des Angebotspreises zu neutralisieren. Das Fehlen einer entsprechenden Regelung in der Dienstleistungsrichtlinie zwingt auch insoweit zu der Annahme, dass nach dem Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers eine Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers zur Neutralisierung rechtswidriger Beihilfen nicht besteht.

(b) Aus dem im europäischen Beihilfenrecht normierten Durchführungsverbot ergibt sich nichts Gegenteiliges. Gemäß Art 88 Abs. 3 Satz 1 EGV muss der Mitgliedsstaat die Kommission der Europäischen Union vor jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen so rechtzeitig unterrichten, dass diese sich äußern kann. Bevor die Kommission eine abschließende Entscheidung über

die Vereinbarkeit der geplanten Beihilfengewährung mit dem Gemeinschaftsrecht getroffen hat, darf nach Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EGV der Mitgliedsstaat die beabsichtigte Maßnahme nicht durchführen. Zu Unrecht leitet die Antragstellerin daraus die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers her, im Rahmen eines Vergabeverfahrens nicht notifizierte Beihilfen zu eliminieren. Das gilt aus mehreren Gründen.

(aa) Zum einen lässt das Durchführungsverbot schon im Ansatz die Feststellung unberührt, dass nach der geschilderten Normlage im europäischen Vergaberecht die Bereinigung des Angebotspreises um nicht notifizierte Beihilfen gerade nicht zu den Pflichten eines öffentlichen Auftraggebers gehört. Diese aus den speziell vergaberechtlichen Regelungen abzuleitende Rechtslage kann durch die allgemeinen Bestimmungen des Beihilferechts nicht geändert werden.

(bb) Zum anderen stößt die Annahme, nicht notifizierte Beihilfen müssten im Vergabeverfahren neutralisiert werden, auch nach den Regelungen des europäischen Beihilfenrechts auf durchgreifende Bedenken.

Art. 88 Abs. 3 EGV regelt ausschließlich den Fall, dass die Mitgliedsstaaten ein Beihilfevorhaben vor seiner Einführung bei der Kommission der Europäischen Union angemeldet haben. Nur in diesem Zusammenhang ordnet Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EGV das Verbot einer Durchführung der beabsichtigten (und angezeigten) Beihilfe an. Die vorliegend interessierende Fallgestaltung, dass eine Beihilfe gewährt wird, die zuvor nicht bei der Kommission angezeigt worden ist, wird demgegenüber von der Vorschrift nicht erfasst (v. Wallenberg in Grabitz/Hilfs, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar Band I, Art. 88 Rdz. 70). Insoweit sind vielmehr die Bestimmungen der Verfahrensverordnung einschlägig. Jene enthält in Kapitel III (Art. 10 bis 15) detaillierte Regelungen, in welcher Art und Weise bei nicht notifizierten Beihilfen zu verfahren ist. Danach kann die Kommission zunächst den betreffenden Mitgliedsstaat zur Auskunftserteilung auffordern (Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 2 Abs. 2, 5 Abs. 1 und 2). Gelangt die Kommission zu der Ansicht, dass es sich bei der zur Beurteilung stehenden staatlichen Förderung möglicherweise um eine rechtswidrige Beihilfe handelt, führt sie das Verfahren wie bei

einer angemeldeten Beihilfe durch (Art. 13 Abs. 1 Satz 1). Außerdem kann sie bereits vor der Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens einstweilige Maßnahmen treffen. Sie kann eine Anordnung zur Auskunftserteilung gegenüber dem Mitgliedsstaat erlassen (Art. 10 Abs. 3). Sie ist daneben befugt anzuordnen, dass der Mitgliedsstaat alle rechtswidrigen Beihilfen solange auszusetzen hat, bis über die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt abschließend entschieden ist (Art. 11 Abs. 1). Die Kommission kann dem Mitgliedsstaat unter näher bezeichneten Voraussetzungen schließlich aufgeben, alle rechtswidrigen Beihilfen einstweilen zurückzufordern (Art. 11 Abs. 2). Befolgt der Mitgliedsstaat eine Aussetzungs- oder Rückforderungsanordnung nicht, kann die Kommission die Prüfung aufgrund der vorliegenden Informationen fortsetzen und den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften um die Feststellung ersuchen, dass die Missachtung der Anordnung ein Verstoß gegen den EG-Vertrag darstellt. Das förmliche Prüfverfahren schließt die Kommission gemäß Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 mit einer Entscheidung darüber ab, ob es sich um eine Beihilfe handelt und ob die Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist (sog. Positiventscheidung) oder nicht (sog. Negativentscheidung). Ergeht eine Negativentscheidung, kann die Kommission dem Mitgliedsstaat zugleich aufgeben, die Beihilfe vom Empfänger zurückzufordern (Art 14 Abs. 1 Satz 1). Die Rückforderung selbst bestimmt sich nach dem nationalen Recht des Mitgliedsstaates (Art. 14 Abs. 3 Satz 1). Dabei sind die Mitgliedsstaaten gehalten, im Falle eines Verfahrens vor ihren nationalen Gerichten alle in ihren Rechtsordnungen verfügbaren erforderlichen Schritte zu unternehmen, um eine unverzügliche Rückforderung der Beihilfe zu erreichen (Art. 14 Abs. 3 Satz 2). Angesichts dieser umfassenden Regelungen des Gemeinschaftsgesetzgebers zur Verfahrensweise bei nicht notifizierten Beihilfen findet die Annahme der Antragstellerin, die nicht angemeldeten Beihilfen seien im Rahmen eines Vergabeverfahrens vom öffentlichen Auftraggeber durch eine angemessene Erhöhung des Angebotspreises zu neutralisieren, keine Grundlage. Das gilt um so mehr, als die Verfahrensverordnung nach ihrem Erwägungsgrund (2) ausdrücklich das Ziel verfolgt, die bisherige Entscheidungspraxis des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zur Behandlung von Beihilfen zu kodifizieren und zu verstärken, um wirksame und effiziente Verfahren nach Art. 88 EGV (= 93 EGV a.F.)

zu gewährleisten. Wäre es die Absicht des Gemeinschaftsgesetzgebers gewesen, nicht notifizierte Beihilfen (auch) dadurch zu neutralisieren, dass in einem Vergabeverfahren der Angebotspreis des betreffenden Bieters bereinigt wird, hätte er dies in die Verfahrensverordnung aufgenommen. Das ist indes unterblieben und lässt nur den Schluss zu, dass eine dahingehende Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers auch nicht besteht. Etwas anderes kann - entgegen der Auffassung der Antragstellerin - auch nicht Art. 10 EGV (= Art. 5 EGV a.F.) entnommen werden, wonach die Mitgliedsstaaten alle geeigneten Maßnahmen zur Erfüllung der Verpflichtungen aus dem EG-Vertrag und aus Handlungen der Organe der Europäischen Union treffen. Die Pflicht aus Art. 10 EGV ist in Erwägungsgrund (6) der Verfahrensordnung ausdrücklich genannt. Gleichwohl hat der Gemeinschaftsgesetzgeber eine Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers, nicht notifizierte Beihilfen im Vergabeverfahren zu neutralisieren, nicht in die Verfahrensverordnung aufgenommen. Daraus kann nur der Schluss gezogen werden, dass eine dahingehende Verpflichtung auch nicht besteht. Die Pflicht des Mitgliedsstaates aus Art. 10 EGV beschränkt sich bei der Gewährung nicht notifizierter Beihilfen vielmehr auf die in der Verfahrensverordnung konkretisierten Auskunfts-, Aussetzungs- und Rückforderungsverpflichtungen.

II.

Die Kostenentscheidung ergeht in entsprechender Anwendung der §§ 128 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 2 GWB, § 162 Abs. 3 VwGO analog.

III.

Die Beteiligten werden gebeten, binnen drei Wochen nach Zugang dieses Beschlusses zu der Höhe des Beschwerdewertes Stellung zu nehmen. Er bemisst sich nach ständiger Rechtsprechung des Senats nach dem wirtschaftlichen Interesse der antragstellenden Partei am Vergabenachprüfungsverfahren und entspricht in aller Regel 5 % der Nettoauftragssumme ihres Angebots.

Jaeger

Dicks

Kühnen