

Anmerkung zu:	EuGH 9. Kammer, Urteil vom 03.06.2021 - C-210/20
Autor:	Dr. Pascal Friton, LL.M., RA
Erscheinungsdatum:	12.10.2021
Quelle:	
Normen:	§ 47 VgV 2016, § 124 GWB, § 36 VgV 2016, § 56 VgV 2016, 12016E267 ... mehr
Fundstelle:	jurisPR-VergR 10/2021 Anm. 1
Herausgeber:	Prof. Dr. Lutz Horn, RA
Zitiervorschlag:	Friton, jurisPR-VergR 10/2021 Anm. 1

Ausschluss eines Bieters aufgrund von Verfehlungen eines eignungsleihenden Unternehmens

Tenor

Art. 63 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG i.V.m. deren Art. 57 Abs. 4 Buchst. h ist unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dahin auszulegen, dass er nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, nach denen der öffentliche Auftraggeber einen Bieter automatisch von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags auszuschließen hat, wenn ein Hilfsunternehmen, dessen Kapazitäten er in Anspruch nehmen möchte, eine wahrheitswidrige Erklärung zum Vorliegen rechtskräftiger strafrechtlicher Verurteilungen vorgelegt hat, ohne dem Bieter in einem solchen Fall vorschreiben oder zumindest gestatten zu dürfen, dieses Unternehmen zu ersetzen.

A. Problemstellung

In seinem „Rad Service“-Urteil musste sich der EuGH mit der Frage des Einflusses des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf einen automatischen Ausschluss eines Bieters aufgrund von Verfehlungen eines eignungsleihenden Unternehmens auseinandersetzen (Art. 63 i.V.m. Art. 57 Abs. 4 Buchst. h und Abs. 6 der Richtlinie 2014/24/EU). Das Grundproblem ist nicht gänzlich neu (ähnlich zuletzt EuGH, Urt. v. 30.01.2020 - C-395/18 „Tim SpA“). Besonders interessant und überraschend ist die Entscheidung aber wegen eines anderen Problemkreises: Der EuGH stellt klar, dass seine restriktive Rechtsprechung zur Möglichkeit von Korrekturen und Nachforderungen nach Angebotsabgabe grundsätzlich auch bei der Ersetzung des eignungsleihenden Unternehmens zu beachten ist.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Im hiesigen Verfahren musste der EuGH ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV bescheiden. Vorgelegt hatte der Consiglio di Stato. Gegenstand der Vorlage war die Frage, ob Art. 63 i.V.m. Art. 57 Abs. 4 Buchst. h und Abs. 6 der Richtlinie 2014/24/EU unter Beachtung des

Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dahin gehend auszulegen ist, dass er nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, nach denen der öffentliche Auftraggeber einen Bieter automatisch von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags auszuschließen hat, wenn ein Hilfsunternehmen, dessen Kapazitäten er in Anspruch nehmen möchte, eine wahrheitswidrige Erklärung zum Vorliegen rechtskräftiger strafrechtlicher Verurteilungen vorgelegt hat, ohne dem Bieter in einem solchen Fall vorschreiben oder zumindest gestatten zu dürfen, dieses Unternehmen zu ersetzen.

Dem Vorabentscheidungsverfahren vorausgegangen war ein Rechtsstreit über ein Vergabeverfahren der Gesundheitsbehörde Toskana Mitte zur Vergabe der Arbeiten zum Abriss eines ehemaligen Krankenhauses. Streitgegenständlich war der Ausschluss zweier Bieter auf Grundlage des Art. 89 Abs. 1 Unterabs. 4 des italienischen Vergabegesetzes, in welchem es heißt:

„Bei unwahren Erklärungen schließt der öffentliche Auftraggeber den Bieter (...) aus und nimmt die Garantie in Anspruch.“

Der Consiglio di Stato hatte Zweifel an der Vereinbarkeit dieser Bestimmung mit den Grundsätzen und Regelungen in Art. 63 der Richtlinie 2014/24/EU sowie mit den Art. 49 und Art. 56 AEUV.

In seiner Entscheidung verweist der EuGH zunächst auf den Ermessensspielraum, der den Mitgliedstaaten bei der Festlegung der Voraussetzungen für die Anwendung der in Art. 57 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU vorgesehenen fakultativen Ausschlussgründe zusteht. Es stehe ihnen gemäß Art. 57 Abs. 4 und Abs. 7 der Richtlinie 2014/24/EU offen, die dort aufgeführten Ausschlussgründe nicht anzuwenden oder sie im Einzelfall mit unterschiedlicher Strenge in die nationale Regelung aufzunehmen (Rn. 28).

Im Folgenden kommt der EuGH zu dem Ergebnis, dass ein automatischer Ausschluss eines Bieters aufgrund des Vorliegens eines fakultativen Ausschlussgrundes des eignungsleihenden Unternehmens gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoße (Rn. 33 ff.). Zum einen hält er fest, dass sowohl Art. 57 als auch Art. 63 der Richtlinie das Ziel verfolgen, sich der Integrität und der Zuverlässigkeit jedes einzelnen Bieters zu versichern (Rn. 35). Angesichts dessen setze Art. 63 der Richtlinie voraus, dass der öffentliche Auftraggeber dem Bieter ermöglicht, ein eignungsleihendes Unternehmen ersetzen zu können, soweit dieses Unternehmen vom Vergabeverfahren aufgrund von fakultativen Ausschlussgründen auszuschließen ist (Rn. 38).

Eine solche Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gelte erst recht, wenn der in der nationalen Regelung vorgesehene Ausschluss den Bieter nicht wegen eines Verstoßes trifft, der ihm zuzurechnen ist, sondern wegen eines Verstoßes, der von einem eignungsleihenden Unternehmen begangen wurde, über das er keinerlei Kontrollbefugnis hat (Rn. 39).

Der EuGH stellt sodann – durchaus überraschend – das Gebot auf, dass die Ersetzung des eignungsleihenden Unternehmens nicht zu einer wesentlichen Änderung des Angebots führen dürfe. Auch bei der Ersetzungsbefugnis gälten die vom EuGH aus dem Gleichbehandlungsgebot abgeleiteten Grundsätze, nämlich dass die Ersetzungsbefugnis nicht darauf hinauslaufen dürfe, dass vom Bieter in Wirklichkeit ein neues, gegenüber dem ursprünglichen Angebot wesentlich geändertes Angebot eingereicht wird (Rn. 42 ff.).

C. Kontext der Entscheidung

Mit seiner Entscheidung bestätigt der EuGH zunächst seine jüngere Rechtsprechung, dass bei Ausschlüssen von Vergabeverfahren stets der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten ist. Insbesondere bei der Einschaltung von Dritten – wie eignungsleihenden Unternehmen und Nachunternehmern – hat der EuGH diesen Grundsatz bereits betont und darauf hingewiesen, dass eine Zurechnung von Fehlverhalten nicht automatisch erfolgen darf, sondern die Umstände des Ein-

zelfalls zu berücksichtigen sind (so EuGH, Urt. v. 30.01.2020 - C-395/18 Rn. 48 „Tim SpA“; allgemeiner EuGH, Urt. v. 03.10.2019 - C-267/18 Rn. 27 ff. „Delta Antrepriza de Constructii“). Zudem hielt der EuGH in der Rechtssache „Tim SpA“ einen Ausschluss des Bieters auch dann für möglich, wenn die Rechtsverstöße vom Nachunternehmer begangen wurden (EuGH, Urt. v. 30.01.2020 - C-395/18 Rn. 39 ff. „Tim SpA“). Davon scheint der EuGH auch in der vorliegenden Entscheidung weiterhin auszugehen, jedenfalls wenn dem Bieter selbst ein Vorwurf gemacht werden kann (s. insbesondere Rn. 39 ff.).

Unklar bleibt allerdings weiterhin, warum der EuGH die Möglichkeit der Ersetzung von Nachunternehmern oder eignungsleihenden Unternehmen, die Ausschlussgründe erfüllen, in der Rechtssache „Tim SpA“ mit keinem Wort erwähnte. Angesichts des weitgehend identischen Wortlauts in Art. 63 Abs. 1 Unterabs. 2 (Eignungsleihe) und Art. 71 Abs. 6 Buchst. b (Nachunternehmereinsatz) der Richtlinie 2014/24/EU ist das kaum nachvollziehbar. In der vorliegenden Entscheidung betont der EuGH jedenfalls, dass die Möglichkeit der Ersetzung eines eignungsleihenden Unternehmens im nationalen Recht vorgesehen sein muss (Rn. 33) und zudem Ausfluss des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ist (Rn. 39). Diese Grundsätze müssen nach der hier vertretenen Sichtweise auch im Rahmen des Art. 71 Abs. 6 Buchst. b der Richtlinie 2014/24/EU gelten (was in Deutschland jedenfalls in § 36 Abs. 5 VgV auch entsprechend umgesetzt wurde). Bislang ist die Rechtsprechung des EuGH in dieser Hinsicht nicht konsistent.

Hervorzuheben ist auch, dass die bereits zum alten Recht (insbesondere zur Richtlinie 2004/18/EG) geltende Rechtsprechung, wonach die Mitgliedstaaten die Ausschlussgründe gar nicht anwenden müssen oder sie „je nach den auf nationaler Ebene maßgeblichen rechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Erwägungen im Einzelfall mit unterschiedlicher Strenge in die nationale Regelung“ aufnehmen dürfen (Rn. 28, so auch bereits EuGH, Urt. v. 09.02.2006 - C-226/04 und C-228/04 Rn. 23 „La Cascina“), mittlerweile als gefestigt im Rahmen der Richtlinie 2014/24/EU gelten dürfte (für die Richtlinie 2014/24/EU bereits bestätigt in EuGH, Urt. v. 30.01.2020 - C-395/18 Rn. 34 „Tim SpA“). Das ist angesichts des abweichenden Wortlauts der maßgeblichen Vorschriften in den Richtlinien alles andere als selbstverständlich. Vielmehr wäre es überzeugender gewesen, einen Verzicht oder auch eine weniger strenge Umsetzung unter Geltung der Richtlinie 2014/24/EU nicht mehr zuzulassen (vgl. ausführlich Friton, Die Festlegung und Erfüllung von Eignungsparametern nach den EU-Vergaberichtlinien und die Umsetzung im GWB-Vergaberecht, 2016, S. 113 f.). Eine Begründung für die Übertragbarkeit der alten Rechtsprechung hat der EuGH bislang jedenfalls nicht geliefert.

Besonders interessant und durchaus überraschend ist allerdings die am Ende der Entscheidung vorgenommene „Klarstellung“ des EuGH: Trotz der gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Möglichkeit der Ersetzung des eignungsleihenden Unternehmens müssen zusätzlich die Grundsätze der Rechtsprechung zum Verbot der nachträglichen Angebotsänderung (bzw. zur Zulässigkeit der Nachforderung oder Korrektur von Angebotsunterlagen) beachtet werden. Zur Begründung beruft sich der EuGH auf die allgemeinen Grundsätze und die insoweit ergangene Rechtsprechung (vgl. insbesondere Rn. 42 und Rn. 44 mit der dort zitierten Rechtsprechung). Unter Geltung der alten Richtlinie 2004/18/EG war dieses Ergebnis sehr gut vertretbar (so bereits ausdrücklich zur Unzulässigkeit eines Austausches des eignungsleihenden Unternehmens EuGH, Urt. v. 14.09.2017 - C-223/16 „Casertana Costruzioni Srl“, und zu dieser Entscheidung Friton/Wolf, jurisPR-VergR 1/2018 Anm. 2). Im Rahmen des neuen Rechts geht die herrschende Meinung in Deutschland aber bislang davon aus, dass die Vorschriften, die die Art. 63 Abs. 1 Unterabs. 2 und Art. 71 Abs. 6 Buchst. b der Richtlinie 2014/24/EU umsetzen, jedenfalls Sonderregelungen zum Nachverhandlungsverbot bzw. zu den Nachforderungsvorschriften darstellen. Dabei wurden sie zwar teilweise als Fremdkörper bezeichnet, letztlich aber als klare gesetzgeberische Entscheidung ganz überwiegend hingenommen (vgl. ausführlich NZBau 2019, 153, 155; Kirch, NZ-

Bau 2021, 579, 583; Schraner in: Ingenstau/Korbion, VOB, 21. Aufl. 2020, § 6d EU VOB/A Rn. 6; Dicks in: Kulartz/Kus/Marx/Protz/Prieß, VgV, 1. Aufl. 2017, § 36 Rn. 15; Püstow in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 36 Stickler, VgV Rn. 26; Wagner-Cardenal in: Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV/UVgO, 2. Aufl. 2019, § 47 VgV Rn. 20 f.; Scharf in: Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV/UVgO, § 36 VgV Rn. 25; Schellenberg in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 36 VgV Rn. 15; Mager in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2019, § 47 VgV Rn. 35; ausdrücklich offen gelassen von Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, Volume 1, 3. Aufl. 2014, Rn. 12-71; zweifelnd vor dem Hintergrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes Hausmann/Kern in: Kulartz/Kus/Marx/Protz/Prieß, VgV, § 47 Rn. 10; gegen eine Durchbrechung des Nachverhandlungsverbots Glahs in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, 7. Aufl. 2020, § 6d EU Rn. 7; in diese Richtung (unter Verweis auf die wenig differenzierte Gesetzesbegründung zu § 47 VgV) auch VK Südbayern, Beschl. v. 06.09.2018 - Z3-3-3194-1-24-07/18; ähnlich Bultmann in: BeckOK Vergaberecht, Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, 21. Edition Stand: 31.01.2021, § 47 Rn. 36). Der EuGH schlägt sich mit der vorliegenden Entscheidung auf die Seite der Mindermeinung in Deutschland.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Auswirkungen des ersten Teils der Entscheidung sind jedenfalls für die Praxis in Deutschland eher begrenzt. Sie verdeutlichen aber einmal mehr, wie schwierig die Einordnung einzelner EuGH-Entscheidungen geworden ist. Der EuGH lässt seit einiger Zeit bei der Auslegung der Vergaberichtlinien eine konsequente Linie leider etwas vermissen. Ein inhaltlicher Aspekt dieses Teils der Entscheidung ist aber hervorzuheben: Auftraggeber sollten darauf achten, ob bei falschen Erklärungen des Nachunternehmers auch dem Bieter selbst eine Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen werden kann. Das heißt aber zugleich, dass auch Bieter sich nicht einfach auf die Erklärungen des Nachunternehmers verlassen dürfen, sondern die Erklärungen im Rahmen des zumutbar Möglichen nachprüfen müssen. Tun sie das nicht, droht ein Ausschluss des Bieters selbst nach § 124 Abs. 1 Nr. 8 oder Nr. 9 Buchst. c GWB.

Weitreichender sind die Auswirkungen hinsichtlich des zweiten Teils der Entscheidung: Die Möglichkeit der Ersetzung von eignungsleihenden Unternehmen sowie Nachunternehmern ist bislang in einer nur überschaubaren Anzahl von Fällen Gegenstand der nationalen Rechtsprechung gewesen. Missbräuchlichen Konstruktionen hat die Rechtsprechung eine klare Absage erteilt (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.12.2017 - VII-Verg 19/17, sowie zuvor VK Bund, Beschl. v. 12.04.2017 - VK 1 - 25/17). Ansonsten gab es eher wenige Entscheidungen (vgl. beispielsweise VK Bund, Beschl. v. 24.01.2020 - VK 1 - 97/19; VK Südbayern, Beschl. v. 06.09.2018 - Z3-3-3194-1-24-07/18), was möglicherweise dafür spricht, dass die Vorschrift aufgrund des Wortlauts relativ klar und in der Praxis gut handhabbar war. Aufgrund der überraschenden Entscheidung des EuGH dürfte sich das zukünftig ändern.

Fortan ist zu prüfen, ob die Ersetzung des eignungsleihenden Unternehmens oder des Nachunternehmers eine (wesentliche) Änderung des Angebots darstellt. Das dürfte jedenfalls bei der Eignungsleihe nicht immer der Fall sein, denn ein eignungsleihendes Unternehmen ist nicht immer zugleich Nachunternehmer und/oder Bestandteil des Angebots (vgl. dazu bereits Friton/Wolf, jurisPR-VergR 1/2018 Anm. 2, unter Verweis auf OLG Saarbrücken, Beschl. v. 02.04.2013 - Verg 1/13). Wenn hingegen Nachunternehmer bereits im Angebot genannt sind (und nur dann dürfte eine Ersetzung in Betracht kommen), stellt sich die Frage, wann eine Ersetzung überhaupt noch zulässig sein kann. Denn jeder Austausch eines Nachunternehmers wäre eine (unzulässige?) Änderung des Angebots. Dann würden die entsprechenden Vorschriften, die eine Ersetzung vorsehen (z.B. § 36 Abs. 5 VgV), nur noch im Verhandlungsverfahren Bedeutung erlangen können. Legt man allerdings den Maßstab zugrunde, dass nur wesentliche Änderungen relevant sind, könnte erwogen werden, den Maßstab des EuGH in der Rechtssache „Wall“ (EuGH, Urt. v. 13.04.2010 -

C-91/08 Rn. 39) anzuwenden. Aus der Entscheidung wird deutlich, dass nicht jeder Wechsel eines Nachunternehmers eine wesentliche Vertragsänderung ist. Es ist jedoch zuzugeben, dass Gegenstand der Entscheidung die Änderung eines bereits geschlossenen Vertrages war und nicht eines im Rahmen eines Vergabeverfahrens abgegebenen Angebots.

Darüber hinaus wird die Rechtslage dadurch schwieriger, dass sich nun auch die Frage stellt, ob auch die Vorschriften zur Nachforderung (z.B. § 56 Abs. 2 VgV), die ebenfalls auf der vom EuGH zitierten Rechtsprechung sowie den Grundsätzen der Transparenz und Gleichbehandlung beruhen, im Rahmen der Ersetzung zu berücksichtigen ist. Verlangt man das (so bereits vor der EuGH-Entscheidung Bultmann in: BeckOK Vergaberecht, Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, 21. Edition Stand: 31.01.2021, § 47 Rn. 36), so dürfte eine Ersetzung in der Praxis kaum noch möglich sein.

© juris GmbH