



<b>Anmerkung zu:</b>	EuGH 3. Kammer, Urteil vom 14.07.2016 - C-406/14	<b>Quelle:</b>	
<b>Autoren:</b>	Dr. Pascal Friton, LL.M., RA, Eva-Maria Meister, LL.M., RA'in	<b>Normen:</b>	§ 36 VgV 2016, § 47 VgV 2016, § 128 GWB
<b>Erscheinungsdatum:</b>	17.01.2017	<b>Fundstelle:</b>	jurisPR-VergR 1/2017 Anm. 2
		<b>Herausgeber:</b>	Dr. Lutz Horn, RA
		<b>Zitiervorschlag:</b>	Friton/Meister, jurisPR-VergR 1/2017 Anm. 2 

### (Un-)Zulässigkeit von Beschränkungen im Zusammenhang mit dem Einsatz von Dritten in Vergabeverfahren

#### Tenor

**1. Die Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge in der durch die Verordnung (EG) Nr. 2083/2005 der Kommission vom 19. Dezember 2005 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass es nicht zulässig ist, dass ein öffentlicher Auftraggeber in einer Klausel der Verdingungsunterlagen eines öffentlichen Bauauftrags vorschreibt, dass der künftige Auftragnehmer einen bestimmten Prozentsatz der von diesem Auftrag umfassten Arbeiten mit eigenen Mitteln zu erbringen hat.**

**2. Art. 98 i.V.m. Art. 2 Nr. 7 der Verordnung (EG) Nr. 1083/2006 des Rates vom 11. Juli 2006 mit allgemeinen Bestimmungen über den Europäischen Fonds für regionale Entwicklung, den Europäischen Sozialfonds und den Kohäsionsfonds und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1260/1999 ist dahin auszulegen, dass der Umstand, dass ein öffentlicher Auftraggeber, der im Rahmen eines öffentlichen Bauauftrags in Bezug auf ein Projekt, das mit einem finanziellen Zuschuss der Europäischen Union gefördert wird, unter Verstoß gegen die Richtlinie 2004/18 vorgeschrieben hat, dass der künftige Auftragnehmer mindestens 25% der entsprechenden Arbeiten mit eigenen Mitteln zu erbringen hat, eine "Unregelmäßigkeit" i.S.v. Art. 2 Nr. 7 dieser Verordnung darstellt, die die Vornahme einer finanziellen Berichtigung nach Art. 98 dieser Verordnung erforderlich macht, soweit die Möglichkeit, dass dieser Verstoß eine Auswirkung auf den Haushalt des betreffenden Fonds hatte, nicht ausgeschlossen werden kann. Die Höhe dieser Berichtigung ist unter Berücksichtigung aller im Hinblick auf die in Art. 98 Abs. 2 Unterabs. 1 dieser Verordnung angeführten Kriterien relevanten konkreten Umstände, nämlich der Art und des Schweregrads der festgestellten Unregelmäßigkeit sowie des dem betreffenden Fonds entstandenen finanziellen Verlusts, zu bestimmen.**

#### A. Problemstellung

In dem Urteil setzt sich der EuGH zunächst mit der vergaberechtlichen Zulässigkeit von Beschränkungen beim Einsatz von Nachunternehmern bzw. Unterauftragnehmern auseinander. Hierbei führt der EuGH seine bisherige Rechtsprechung fort, wonach etwaige Beschränkungen grundsätzlich nicht erlaubt sind. Da die Entscheidung jedoch zur alten Richtlinie 2004/18/EG erging und sich im neuen Recht in diesem Bereich einiges geändert hat, ist zu klären, ob die Ausführungen des EuGH auch im Rahmen der Richtlinie 2014/24/EU von Bedeutung sind.

Zudem musste der EuGH in der Entscheidung zu den Voraussetzungen einer Berichtigung von Zuschüssen aus EU-Mitteln Stellung nehmen. Insbesondere hatte der Gerichtshof Gelegenheit, den Be-

griff der Unregelmäßigkeiten i.S.v. Art. 2 Nr. 7 der VO (EG) Nr. 1083/2006 näher zu erläutern. Da auch insoweit einige Gesetzesänderungen eingetreten sind, ist wiederum zu klären, ob und inwieweit die Entscheidung des EuGH auf die neue Rechtslage übertragbar ist.

## **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

Das Ausgangsverfahren betraf die Vergabe eines öffentlichen Auftrags über den mit EU-Mitteln geförderten Bau einer Ringstraße in Breslau, Polen. In den Vergabeunterlagen hatte die Stadt vorgegeben, dass die Bieter mindestens 25% der ausgeschriebenen Arbeiten mit eigenen Mitteln erbringen müssen. Die für die Verwendung von EU-Mitteln zuständige polnische Behörde hielt diese Bestimmung für unvereinbar mit dem Unionsrecht und setzte gegenüber der Stadt eine Berichtigung des aus öffentlichen Mitteln gewährten Zuschusses in Höhe von 5% fest. Hiergegen wandte sich die Stadt Breslau vor dem vorlegenden Gericht. Dieses rief den EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens an, um zum einen die europarechtliche Zulässigkeit von Beschränkungen der Unterauftragsvergabe nach der Vergaberichtlinie überprüfen zu lassen. Zum anderen ging es dem vorlegenden Gericht um die Klärung der Voraussetzungen für eine Berichtigung gewährter Zuschüsse nach der Verordnung zur Finanzierung von Maßnahmen aus dem Struktur- und Kohäsionsfonds (VO (EG) Nr. 1083/2006).

Bei der Beantwortung beider Vorlagefragen knüpft der EuGH an seine bisherige Rechtsprechung an und führt diese fort:

Hinsichtlich der ersten Vorlagefrage spricht sich der Gerichtshof erneut für ein Beschränkungsverbot der Unterauftragsvergabe aus. Ein Bieter solle grundsätzlich unbegrenzt auf Nachunternehmer zurückgreifen können. Zur Begründung verweist der EuGH auf seine bisherige Rechtsprechung sowie auf Art. 25 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 3 der – auf den vorliegenden Rechtsstreit noch anzuwendenden – Richtlinie 2004/18/EG. Nach der erstgenannten Norm könne ein öffentlicher Auftraggeber von den Bietern lediglich verlangen, bestimmte Informationen im Zusammenhang mit der Unterauftragsvergabe offenzulegen (Rn. 31 f.). Nach der letztgenannten Vorschrift könne die Berufung auf Drittunternehmen zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit lediglich an die Voraussetzung geknüpft werden, dass die Bieter auch tatsächlich über die für die Ausführung des Auftrags erforderlichen Ressourcen der Drittunternehmen verfügten (Rn. 33).

Unter Verweis auf seine Entscheidung in der Rechtssache „Siemens und ARGE Telekom“ (EuGH, Urteil v. 18.03.2004 - C-314/01 Rn. 45) betont der EuGH, dass der Rückgriff auf Unterauftragnehmer nur versagt werden könne, wenn der Bieter diese – entgegen einer entsprechenden Vorgabe in den Vergabeunterlagen – nicht bekannt gegeben habe und der öffentliche Auftraggeber daher deren Eignung nicht habe prüfen können. Als zusätzliche, ebenfalls in der Rechtssache „Siemens und ARGE Telekom“ bereits angelegte Einschränkung verlangt der EuGH, dass die Versagung der Unterauftragsvergabe selbst in diesem Fall nur für die Ausführung wesentlicher Teile des Auftrags möglich sei (Rn. 34). Vor diesem Hintergrund hält der EuGH eine abstrakte prozentuale Begrenzung der Unterauftragsvergabe für unionsrechtswidrig (Rn. 35).

Eine darüber hinausgehende Beschränkung des Rechts zur Unterauftragsvergabe könne auch nicht als zulässige Bedingung für die Auftragsausführung nach Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG angesehen werden. Denn eine solche müsse mit dem Unionsrecht vereinbar sein. Das sei hier mit Blick auf Art. 48 Abs. 3 Richtlinie 2004/18/EG indes nicht der Fall (Rn. 36).

Hinsichtlich der Voraussetzungen der Berichtigung von Zuschüssen aus öffentlichen Mitteln hat der Gerichtshof mit der Beantwortung der zweiten Vorlagefrage erneut klargestellt, dass es eines Nachweises konkreter finanzieller Auswirkungen nicht bedürfe (Rn. 44). Eine die Berichtigung auslösende Unregelmäßigkeit im Sinne der Vorschrift sei vielmehr bereits dann anzunehmen, wenn nicht ausgeschlossen werden könne, dass dieser Verstoß Auswirkungen auf den Haushalt des betreffenden Fonds gehabt haben könne (Rn. 45).

Hinsichtlich der Höhe der Berichtigung verweist der Gerichtshof auf die in Art. 98 Abs. 2 Unterabs. 1 der Verordnung (EG) 1083/2006 niedergelegten Kriterien, also die Art und den Schweregrad der festgestellten Unregelmäßigkeit sowie den entstandenen finanziellen Verlust (Rn. 48). Insofern stellt der Gerichtshof fest, dass die Umstände des Ausgangsfalls – also die lediglich anteilige Beschränkung der Unterauftragsvergabe sowie das geringe Risiko finanzieller Auswirkungen auf den EU-Haushalt – die Höhe der vorzunehmenden Berichtigung beeinflussen könnten (Rn. 50).

## C. Kontext der Entscheidung

Die beiden Vorlagefragen betreffen unterschiedliche Rechtsvorschriften, die im Ausgangsfall dadurch miteinander verknüpft waren, dass die Beschränkung der Unterauftragsvergabe, die Gegenstand der ersten Frage war (hierzu unter I.), zugleich die Unregelmäßigkeit im Sinne der zweiten Vorlagefrage darstellte (hierzu unter II.).

### I. Beschränkungsverbot der Unterauftragsvergabe

Bei der Hinzuziehung von Dritten in Vergabeverfahren ist grundsätzlich zwischen (i) der Unterauftragsvergabe, bei der die Ausführung eines Teils des Auftrags durch einen Nachunternehmer erfolgt, und (ii) der Eignungsleihe zu unterscheiden, bei der sich der Bieter hinsichtlich der wirtschaftlichen und finanziellen oder der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten eines anderen Unternehmens beruft. Die beiden Rollen können zusammenfallen – ein Dritter kann also Nachunternehmer und zugleich „eignungsleihendes“ Unternehmen sein. Zwingend ist das jedoch nicht (vgl. zu den Begrifflichkeiten und der Abgrenzung im Einzelnen Friton, Die Festlegung und Erfüllung von Eignungsparametern nach den EU-Vergaberichtlinien und die Umsetzung im GWB-Vergaberecht, 2016, S. 141 ff. m.w.N.). Die Unterscheidung zwischen Unterauftragsvergabe und Eignungsleihe war zwar bereits in der Richtlinie 2004/18/EG angelegt, wurde aber von der Rechtsprechung, und auch vom EuGH in der vorliegenden Entscheidung, nicht immer stringent beachtet.

Unabhängig von diesen begrifflichen Ungereimtheiten war die ständige Rechtsprechung des EuGH jedoch in einer Hinsicht immer eindeutig: Der Einsatz von Dritten, und zwar unabhängig von ihrer Funktion als Nachunternehmer oder als eignungsleihendes Unternehmen, darf durch den Auftraggeber nicht beschränkt werden (EuGH, Urt. v. 14.04.1994 - C-389/92 Rn. 13 „Ballast Nedam I“; EuGH, Urt. v. 18.12.1997 - C-5/97 Rn. 13 „Ballast Nedam II“; EuGH, Urt. v. 02.12.1999 - C-176/98 Rn. 26 f. „Holst Italia“; EuGH, Urt. v. 18.03.2004 - C-314/01 Rn. 43 „Siemens und ARGE“; EuGH, Urt. v. 18.01.2007 - C-220/05 Rn. 38 „Stadt Roanne“; EuGH, Urt. v. 10.10.2013 - C-94/12 Rn. 32 „Svm Costruzioni 2 und Mannocchi Luigino“; EuGH, Urt. v. 14.01.2016 - C-234/14 Rn. 23 „Ostas celtnieks“; EuGH, Urt. v. 07.04.2016 - C-324/14 Rn. 49 „Partner Apelski Dariusz“; EuGH, Urt. v. 02.06.2016 - C-27/15 Rn. 24 „Pippo Pizzo“). Dieser Grundsatz hat sich – mit einiger Verzögerung – auch in Deutschland durchgesetzt (vgl. KG Berlin, Beschl. v. 20.08.2009 - 2 Verg 4/09; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.06.2010 - VII-Verg 13/10; anders noch OLG Frankfurt, Beschl. v. 16.05.2000 - 11 Verg 1/99). Ausnahmen von diesem Grundsatz hat der EuGH zugelassen, wenn diese ausdrücklich gesetzlich vorgesehen sind. Diese Sichtweise bekräftigt der EuGH in der vorliegenden Entscheidung durch den Verweis auf die in den Vorschriften der Art. 25 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18/EG vorgesehenen Beschränkungsmöglichkeiten. Dabei legt der EuGH diese Vorschriften wiederum so aus, dass die Möglichkeit der Unterauftragsvergabe und der Eignungsleihe möglichst weitgehend erhalten bleibt. So stellt der Gerichtshof vorliegend klar, dass ein Verstoß des Bieters gegen die Offenlegungspflichten des Art. 25 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18/EG nur dann ein Verbot der Unterauftragsvergabe rechtfertigt, wenn der Auftraggeber aus diesem Grund die Eignung der Nachunternehmer nicht prüfen kann und es sich zusätzlich um eine Untervergabe von wesentlichen Teilen des Auftrags handelt. Im Sinne eines möglichst „eignungsleihe-freundlichen“ Verständnisses hat der EuGH in einer jüngeren Entscheidung auch die Vorschrift des Art. 48 Abs. 3 Richtlinie 2004/18/EG ausgelegt. Danach darf der Bieter einerseits den „rechtlichen Charakter der Verbindungen“ zum eignungsleihenden Unternehmen und andererseits „die Art und Weise des Nachweises des Bestehens dieser Verbindungen frei wählen“ (EuGH, Urt. v. 14.01.2016 - C-234/14 Rn. 28 „Ostas celtnieks“).

Allerdings hat der EuGH in jüngeren Entscheidungen aufgezeigt, dass Ausnahmen vom Beschränkungsverbot auch aus auftragsbezogenen Gründen folgen können und eine ausdrückliche Regelung in den Richtlinien insoweit nicht erforderlich ist. So hält es der EuGH in der Rechtssache „Svm Costruzioni 2 und Mannocchi Luigino“ für möglich, dass bestimmte Anforderungen an die Eignung nicht durch eine Zusammenfassung kleinerer Kapazitäten mehrerer Wirtschaftsteilnehmer erfüllt werden können. In der Entscheidung betont der EuGH jedoch, dass das eine Frage des Einzelfalls und eine allgemeine gesetzliche Begrenzung der Zahl der eignungsleihenden Unternehmen unzulässig sei (vgl. EuGH, Urt. v. 10.10.2013 - C-94/12 Rn. 35 f. „Svm Costruzioni 2 und Mannocchi Luigino“; bestätigt in EuGH, Urt. v. 02.06.2016 - C-27/15 Rn. 28 „Pippo Pizzo“). Eine weitere ungeschriebene (auftragsbezogene) Ausnahme vom Beschränkungsverbot hat der EuGH in der Rechtssache „Partner Apelski Dariusz“ aufgezeigt: Sofern sich die Fähigkeiten und Kapazitäten eines anderen Unternehmens, die für die Ausführung des Auftrags zwingend erforderlich sind, nicht auf den Bieter übertragen lassen, dürfe sich der Bieter nur dann auf die Eignung des Drittunternehmens be-

rufen, wenn sich dieses auch unmittelbar und persönlich an der Ausführung des Auftrags beteiligt (EuGH, Urt. v. 07.04.2016 - C-324/14 Rn. 49 „Partner Apelski Dariusz“). Im vorliegenden Fall musste sich der EuGH zu diesen einzelfall- und auftragsbezogenen Ausnahmen nicht äußern, da die abstrakte 25%-Grenze eindeutig keinen Auftragsbezug aufwies.

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass der EuGH in der Entscheidung – soweit ersichtlich – erstmals entschieden hat, dass durch Auftragsausführungsbedingungen i.S.v. Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG nicht die detaillierten Vorgaben der Vergaberichtlinien hinsichtlich der Anforderungen an die Eignungsprüfung – im vorliegenden Fall der Art. 48 Abs. 3 Richtlinie 2004/18/EG – umgangen werden dürfen. Im Hinblick auf den Umgang mit Auftragsausführungsbedingungen ist derzeit allerdings noch vieles ungeklärt. Das betrifft nicht nur die Frage der Anforderungen an deren Rechtmäßigkeit, sondern auch die Frage der Abgrenzung zu anderen in Vergabeverfahren verwendeten Kriterien und Anforderungen (zu der Problematik s. Friton, Die Festlegung und Erfüllung von Eignungsparametern nach den EU-Vergaberichtlinien und die Umsetzung im GWB-Vergaberecht, 2016, S. 336 ff. m.w.N.).

## **II. Unregelmäßigkeiten bei EU-kofinanzierten Zuwendungen**

Die zweite Vorlagefrage betraf den Umgang mit Unregelmäßigkeiten im Zusammenhang mit Finanzhilfen der EU. Die EU stellt solche Finanzhilfen in verschiedenen Bereichen zur Verfügung. Die fünf größten Struktur- und Investitionsfonds sind der Europäische Fond für Regionale Entwicklung (EFRE), der Europäische Sozialfonds (ESF), der Kohäsionsfonds (KF), der Europäische Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums (ELER) sowie der Europäische Meeres- und Fischereifonds (EMFF). Neben allgemeinen Bestimmungen für alle Strukturfonds sehen die Verordnungen für die einzelnen Fonds auch spezifische Regelungen vor. Die Verwaltung und Überwachung der Fonds liegt in der geteilten Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Behörden und der Europäischen Kommission.

Da der Bau der Ringstraße im zugrundeliegenden Verfahren durch Mittel des Kohäsionsfonds kofinanziert wurde, war in diesem Fall die Verordnung (EG) 1083/2006 zur Finanzierung von Maßnahmen aus dem Struktur- und Kohäsionsfonds anzuwenden. Art. 98 dieser Verordnung regelt die Berichtigung der Zuwendungen durch die Mitgliedstaaten. Daneben kann die Europäische Kommission nach Art. 99 dieser Verordnung finanzielle Berichtigungen vornehmen. Voraussetzung hierfür ist in beiden Fällen das Vorliegen von Unregelmäßigkeiten. Eine Unregelmäßigkeit i.S.d. Art. 98 Abs. 1 der Verordnung (EG) 1083/2006 ist nach der Begriffsbestimmung in Art. 2 Nr. 7 dieser Verordnung jeder Verstoß gegen eine Bestimmung des Unionsrechts „als Folge einer Handlung oder Unterlassung eines Wirtschaftsteilnehmers, die dadurch einen Schaden für den Gesamthaushaltsplan der Europäischen Union bewirkt hat oder haben würde, dass ihm eine ungerechtfertigte Ausgabe angelastet werden muss oder müsste“.

Zu entscheiden war vorliegend, inwiefern durch die unionsrechtswidrige Einschränkung der Unterauftragsvergabe die Verursachung eines Schadens für den EU-Haushalt nachgewiesen sein muss. Insofern führt der Gerichtshof seine bisherige Rechtsprechung fort, nach der ein konkreter Nachweis der finanziellen Auswirkungen verzichtbar sei und die finanziellen Belange der Union auch ohne solche Auswirkungen ernsthaft beeinträchtigt sein könnten (EuGH, Urt. v. 15.09.2005 - C-199/03 Rn. 31 „Irland/KOM“; EuGH, Urt. v. 21.12.2011 - C-465/10 Rn. 46 f. „Chambre de commerce et d’industrie de l’Indre“). Eine Auswirkung auf den Gesamthaushalt wird vom EuGH folglich vermutet, was im Ergebnis einer Beweislastumkehr gleichkommt. Damit wird der Entscheidungsspielraum der mitgliedstaatlichen Stelle, auf eine Berichtigung der gewährten Zuschüsse zu verzichten, letztlich auf null reduziert (vgl. auch Donhauser, EuZW 2016, 595, 596). Hierfür spricht der Grundgedanke, dass die Union zur Finanzierung von Maßnahmen aus dem Struktur- und Kohäsionsfonds nur insoweit berufen ist, als die betreffenden Maßnahmen in völligem Einklang mit dem Unionsrecht stehen (so bereits EuGH, Urt. v. 21.12.2011 - C-465/10 Rn. 46 f. „Chambre de commerce et d’industrie de l’Indre“). Im Falle der Nichterweislichkeit entscheidet sich der Gerichtshof also im Zweifel für den Unionshaushalt sowie die Einhaltung des Unionsrechts und lässt Unionsrechtsverstöße nur dann unberücksichtigt, wenn nachweislich sichergestellt ist, dass es zu keinem Schaden für den EU-Haushalt kommt. Damit wird zugleich dem Umstand Rechnung getragen, dass es im Einzelfall sehr schwer oder gar unmöglich sein wird, einen Auswirkungsnachweis zu führen (so auch Schlussanträge GA Sharpston v. 17.11.2015 - C-406/14 Rn. 55).

## **D. Auswirkungen für die Praxis**

Welche praktischen Auswirkungen sich aus der Beantwortung der ersten Vorlagefrage ergeben, hängt in erster Linie davon ab, ob die Ausführungen des EuGH auf das in Deutschland seit dem 18.04.2016 geltende neue Recht übertragen werden können. Denn der Gerichtshof urteilte noch auf Grundlage der Vergaberichtlinie 2004/18/EG, die im Zuge der Vergaberechtsreform durch die Richtlinie 2014/24/EU ersetzt wurde. Diese Reform wurde im deutschen Vergaberecht nachvollzogen und zog umfassende Änderungen und Neustrukturierungen der vergaberechtlichen Vorschriften im GWB und den Vergabeverordnungen nach sich.

Die Regelung des Art. 25 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18/EG findet sich nunmehr in Art. 71 der Richtlinie 2014/24/EU, der ausdrücklich Unteraufträge regelt. Dieser wurde durch § 36 VgV in deutsches Recht umgesetzt (vgl. Dicks in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, 2017, § 36 Rn. 1). Zwar haben die Beschränkungsmöglichkeiten in der Richtlinie 2014/24/EU zugenommen. Die Umsetzung in § 36 VgV beschränkt sich aber im Wesentlichen auf eine etwas detailliertere Regelung zur Offenlegung bestimmter Informationen im Hinblick auf Nachunternehmer. Zudem enthält die Regelung einige Vorgaben zur Anwendbarkeit der Ausschlussgründe, die jedoch nach der hier vertretenen Ansicht auch bislang auf Nachunternehmer angewendet werden durften (vgl. Friton, Die Festlegung und Erfüllung von Eignungsparametern nach den EU-Vergaberichtlinien und die Umsetzung im GWB-Vergaberecht, 2016, S. 98, 128 f.). Weitergehende Änderungen sieht das neue Recht jedoch hinsichtlich der Vorschriften zur Eignungsleihe in Art. 63 der Richtlinie 2014/24/EU bzw. in dem diesen umsetzenden § 47 VgV vor. Diese Regelungen enthalten verschiedene Beschränkungen der Eignungsleihe. So darf ein Bieter sich mit Blick auf bestimmte Aspekte der technischen oder beruflichen Leistungsfähigkeit nur dann auf Drittunternehmen berufen, wenn diese die Leistung auch tatsächlich ausführen (vgl. § 47 Abs. 1 Satz 3 VgV). Zudem findet sich in § 47 Abs. 5 VgV, der Art. 63 Abs. 2 Richtlinie 2014/24/EU umsetzt, ein Selbstvornahmegebot. Danach kann der öffentliche Auftraggeber vorschreiben, „dass bestimmte kritische Aufgaben bei Dienstleistungsaufträgen oder kritische Verlege- oder Installationsarbeiten im Zusammenhang mit einem Lieferauftrag direkt vom Bieter selbst oder im Fall einer Bietergemeinschaft von einem Teilnehmer der Bietergemeinschaft ausgeführt werden müssen“. Die neuen Einschränkungen der Eignungsleihe haben auch direkte Auswirkungen auf die Unterauftragsvergabe: Fortan muss der Bieter in bestimmten Fällen ein Unternehmen, auf dessen Eignung er sich beruft, zwingend als Nachunternehmer einsetzen. Zudem führt das neue Selbstvornahmegebot dazu, dass ein Bieter, der gezwungen ist, bestimmte kritische Aufgaben i.S.d. § 47 Abs. 5 VgV selbst auszuführen, die hierfür erforderlichen Fähigkeiten und Kapazitäten ebenfalls aus eigener Kraft, d.h. ohne Möglichkeit der Eignungsleihe, nachweisen muss.

Abschließend ist festzuhalten, dass auch unter Geltung des neuen Vergaberechts eine abstrakte prozentuale Beschränkung der Unterauftragsvergabe unzulässig bleibt. Eine pauschale Eigenleistungsquote lässt sich auch nach der Vergaberechtsnovelle nicht begründen (vgl. auch Hausmann/Kern in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, § 47 Rn. 5). Die Kernaussage der vorliegenden Entscheidung gilt daher auch im neuen Recht. Gleichzeitig ist zu konstatieren, dass insbesondere die Regelungen in § 47 VgV deutlich über die bislang in den Richtlinien vorgesehenen und in der Rechtsprechung des EuGH entwickelten Ausnahmen vom Beschränkungsverbot hinausgehen (so auch zu Art. 63 Richtlinie 2014/24/EU: EuGH, Urt. v. 07.04.2016 - C-324/14 Rn. 91 „Partner Apelski Dariusz“). Unter welchen Bedingungen der Gerichtshof eine Beschränkung der Unterauftragsvergabe mit Blick auf „kritische Aufgaben“ zukünftig zulässt, werden erst Folgeentscheidungen zeigen. Dabei wird insbesondere zu klären sein, wann eine „kritische Aufgabe“ im Sinne der Richtlinie 2014/24/EU vorliegt und welche Anforderungen (hinsichtlich der Begründung und Dokumentation des kritischen Charakters) ein öffentlicher Auftraggeber erfüllen muss, um sich auf das Selbstvornahmegebot berufen zu können. Jedenfalls sollte § 47 Abs. 5 VgV – und damit auch der Begriff der „kritischen Aufgabe“ – als Ausnahmenvorschrift eng ausgelegt werden. Das ist schon deshalb geboten, um die Eignungsleihe nicht über das unbedingt notwendige Maß hinaus zu beschränken.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass auch die Ausführungen zu Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG, weiterhin herangezogen werden können. Die Norm entspricht weitestgehend Art. 70 der Richtlinie 2014/24/EU bzw. § 128 Abs. 2 GWB. Problematisch ist allein die hier nicht relevante Frage, ob der in Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG enthaltene Verweis auf das „Gemeinschaftsrecht“ – und damit auch das Primärrecht – lediglich deklaratorischer Natur ist (daran könnte man vor dem Hintergrund der Ausführungen in EuGH, Urt. v. 17.11.2015 - C-115/14 Rn. 58 f. „RegioPost“ zweifeln). Unabhängig von der Frage der Anwendbarkeit des Primärrechts dürfen Auftragsausführungsbedingungen aber auch zukünftig nicht dazu führen, dass zwingende Vorgaben im Bereich des Einsatzes von Drittunternehmen umgangen werden.

Auch hinsichtlich der die zweite Vorlagefrage betreffenden Verordnung kam es inzwischen zu einer Gesetzesänderung. Die Verordnung (EG) 1083/2006 wurde durch die Verordnung (EU) 1303/2013

ersetzt. Die finanzielle Berichtigung durch die Mitgliedstaaten ist nunmehr in Art. 143 der Verordnung (EU) 1303/2013 geregelt. Die sprachlichen Anpassungen der Vorschrift führen allerdings im Hinblick auf die Beantwortung der zweiten Vorlagefrage zu keinen Änderungen inhaltlicher Art.

Die Begriffsbestimmung von „Unregelmäßigkeit“ des Art. 2 Nr. 7 der Verordnung (EG) 1083/2006 findet sich nunmehr in Art. 2 Nr. 36 der Verordnung (EU) 1303/2013. Die Definitionen unterscheiden sich dadurch, dass die neue Vorschrift ausdrücklich auch Verstöße gegen nationales Recht berücksichtigt. Damit geht nach Ansicht des EuGH jedoch keine Rechtsänderung einher, da bereits nach altem Recht Verstöße gegen nationales Recht als Unregelmäßigkeiten anzusehen gewesen seien, die eine Berichtigung erforderten (EuGH, Urt. v. 26.05.2016 - C-260/14, C-261/14 Rn. 44 f. „Judetul Neamt“; vgl. dazu auch Donhauser, EuZW 2016, 595).

© juris GmbH