

Anmerkung zu: EuGH 1. Kammer, Urteil vom 14.09.2017 - C-223/16

Autoren: Dr. Pascal Friton, RA,
Dr. Florian Wolf, RA

Erscheinungsdatum: 16.01.2018

Quelle: **JURIS**

Normen: § 47 VgV 2016, 12016E267, EGRL 17/2004, EGRL 18/2004, EURL 24/2014

Fundstelle: jurisPR-VergR 1/2018 Anm. 2

Herausgeber: Dr. Lutz Horn, RA

Zitievorschlag: Friton/Wolf, jurisPR-VergR 1/2018 Anm. 2

Wegfall der erforderlichen Qualifikation bei Eignungsleihe

Tenor

Art. 47 Abs. 2 und Art. 48 Abs. 3 der 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 sind dahin auszulegen, dass sie nationalen Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen, nach denen ein Wirtschaftsteilnehmer, der sich an einem Vergabeverfahren beteiligt, ein Hilfsunternehmen, das nach Angebotsabgabe erforderliche Qualifikationen verliert, nicht ersetzen darf und automatisch vom Verfahren ausgeschlossen wird.

A. Problemstellung

Die vorliegende Entscheidung betrifft die Eignungsleihe unter der Geltung der RL 2004/18/EG. Die Klägerin hatte sich in einem Vergabeverfahren hinsichtlich ihrer Leistungsfähigkeit auf die Qualifikationen eines anderen Unternehmens gestützt. Während des Vergabeverfahrens verlor dieses Unternehmen allerdings seine Leistungsfähigkeit. Die nationale italienische Regelung sah für diesen Fall einen automatischen Ausschluss vom Vergabeverfahren vor. Der EuGH hatte daher darüber zu entscheiden, ob der Austausch eines eignungsleihenden Unternehmens unzulässig ist.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Sachverhalt

Dem Rechtsstreit liegt eine öffentliche Auftragsvergabe aus dem Jahr 2013 zugrunde. In dieser hatte das italienische Ministerium für Infrastrukturen und Verkehr Leistungen für das Amt für Bodenerhaltung der Region Kampanien ausgeschrieben.

Die Klägerin beteiligte sich mit einer Arbeitsgemeinschaft an dem Vergabeverfahren. Hierbei gab sie an, dass im Falle der Zuschlagserteilung bestimmte Leistungen durch Dritte erbracht würden. Sie berief sich insofern hinsichtlich der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten anderer Unternehmen. Im Laufe des Vergabeverfahrens verlor eines dieser eignungsleihenden Unternehmen allerdings die erforderliche Qualifikation zur Leistungserbringung. Daraufhin wurde die Klägerin vom Vergabeverfahren ausgeschlossen, und eine andere Arbeitsgemeinschaft erhielt den Zuschlag.

Hiergegen ging die Klägerin vor dem zuständigen Verwaltungsgericht vor. Das Verwaltungsgericht entschied zugunsten der erfolgreichen Arbeitsgemeinschaft. In zweiter Instanz legte der zu-

ständige Staatsrat die Sache dem EuGH zur Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV vor. Es sollte nach dem Verständnis des EuGH zum einen die Frage beantwortet werden, ob Art. 63 Abs. 1 RL 2014/24/EU zur Auslegung von Art. 47 Abs. 2 und Art. 48 Abs. 3 RL 2004/18/EG herangezogen werden kann. Zum anderen bat der Staatsrat um Beantwortung der Frage, ob eine nationale Regelung gegen Art. 47 Abs. 2 und Art. 48 Abs. 3 RL 2004/18/EG verstößt, wenn sie vorsieht, dass ein Bieter automatisch von Vergabeverfahren ausgeschlossen wird, wenn dieser für die Leistungserbringung ein eignungsleihendes Unternehmen bestimmt hat, das im Laufe des Vergabeverfahrens seine Leistungsfähigkeit verliert, und der Bieter daher ein anderes eignungsleihendes Unternehmen bestimmt.

II. Entscheidung

1. Art. 63 Abs. 1 RL 2014/24/EU bei Auslegung der RL 2004/18/EG nicht heranzuziehen

Im ersten Teil des Urteils beantwortet der EuGH die Frage, ob Art. 63 Abs. 1 RL 2014/24/EU bei der Auslegung von Art. 47 Abs. 2 und Art. 48 Abs. 3 RL 2004/18/EG heranzuziehen ist. Dieser sieht, anders als Art. 47 Abs. 2 und Art. 48 Abs. 3 RL 2004/18/EG, eine ausdrückliche Ersetzungsbefugnis bzw. -möglichkeit hinsichtlich eines eignungsleihenden Unternehmens vor, wenn dieses das entsprechende Eignungskriterium nicht erfüllt oder ein Ausschlussgrund vorliegt.

In seiner Entscheidung stellt der Gerichtshof zunächst fest, dass die RL 2014/24/EU zum Zeitpunkt des Beginns der Ausschreibung im Jahr 2013 noch nicht einmal in Kraft gewesen sei. Insofern verneint der EuGH die Anwendbarkeit in zeitlicher Hinsicht (Rn. 21 bis 23 des Urteils).

Art. 63 Abs. 1 RL 2014/24/EU sei auch nicht bei der Auslegung von Art. 47 Abs. 2 und Art. 48 Abs. 3 RL 2004/18/EG heranzuziehen. Der Gerichtshof stellt zunächst klar, dass die RL 2014/24/EU in verschiedener Hinsicht grundlegende Begriffe und Konzepte klären solle, um Rechtssicherheit zu gewährleisten und bestimmten Aspekten der einschlägigen ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs Rechnung zu tragen. Allerdings, so der Gerichtshof, sei Art. 63 Abs. 1 RL 2014/24/EU keine solche Klarstellung einer Regelung der RL 2004/18/EG. Denn vielmehr ändere Art. 63 Abs. 1 RL 2014/24/EU das bisherige Recht betreffend die Eignungsleihe und schreibe es nicht lediglich fort. Daher könne Art. 63 Abs. 1 RL 2014/24/EU nicht als Kriterium für die Auslegung von Art. 47 Abs. 2 und Art. 48 Abs. 3 RL 2004/18/EG herangezogen werden.

2. Ausschluss bei Austausch des eignungsleihenden Unternehmens zulässig

Der EuGH stellt anschließend klar, dass eine nationale Regelung, die den Austausch von eignungsleihenden Unternehmen verbietet und daher bei Verlust der Leistungsfähigkeit des eignungsleihenden Unternehmens zu einem automatischen Ausschluss des Bieters führt, nicht gegen Art. 47 Abs. 2 und 48 Abs. 3 RL 2004/18/EG verstößt.

Zur Begründung stellt der Gerichtshof fest, dass sich aus den Grundsätzen der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz (vgl. Erwägungsgrund 46 und Art. 2 RL 2004/18/EG) grundsätzlich ein Änderungsverbot für bereits eingereichte Angebote ergäbe. Dieses Änderungsverbot schließe zwar nicht aus, dass die Angebote in einzelnen Punkten berichtigt oder ergänzt würden, sofern diese Änderungen eine bloße Klarstellung darstellten oder zur Behebung offensichtlicher sachlicher Fehler dienten (EuGH, Urt. v. 07.04.2016 - C-324/14 Rn. 63 „Partner Apelski Dariusz“; EuGH, Urt. v. 04.05.2017 - C-387/14 Rn. 38 „Esaprojekt“). Eine Änderung, die nach der Angebotsprüfung zu einer anderen Zusammensetzung einer siegreichen Arbeitsgemeinschaft führe, habe der Gerichtshof in der Vergangenheit indes als unzulässig angesehen, wenn eine solche Änderung deswegen wesentlich sei, weil sie gerade Aspekte betreffe, die zur Zuschlagsentscheidung geführt hätten. (EuGH, Urt. v. 08.05.2014 - C-161/13 Rn. 39 „Idrodinamica Spurgo Velox“). Das Gleiche gelte im Einzelfall auch für den Austausch eines Nachunternehmers,

wenn dieser Austausch als wesentlich anzusehen sei. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn die Heranziehung des Nachunternehmers ein ausschlaggebender Grund für den Zuschlag gewesen sei (EuGH, Urt. v. 13.04.2010 - C-91/08 Rn. 39 „Wall“).

Der EuGH sieht einen Austausch des eignungsleihenden Unternehmens vorliegend als wesentliche Änderung an, da der öffentliche Auftragnehmer erneut hätte überprüfen müssen, ob das neue eignungsleihende Unternehmen die erforderlichen Qualifikationen erfüllt. In diesem Fall könnte die Arbeitsgemeinschaft allerdings versuchen, ihr Angebot zu verbessern. Dies würde wiederum zulasten der Mitbewerber gehen und damit ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung darstellen (Rn. 39 des Urteils). Generalanwalt Nils Wahl hat insofern in seinen Schlussanträgen (Rn. 58) festgestellt:

„Ein Bieter darf nach der Angebotsabgabe keinen wesentlichen Bestandteil seines Angebots mehr ändern. Meiner Ansicht nach sind die Fähigkeiten eines Dritten, die einem Bieter die Teilnahme an einem Ausschreibungsverfahren ermöglichen, kaum als ein unwesentlicher Bestandteil eines Angebots anzusehen“.

Eine Änderung sei danach immer dann unzulässig, wenn sie wesentlich ist. An der Wesentlichkeit fehle es jedoch, wenn der Bieter selbst die Fähigkeiten besitze oder sich mehrerer eignungsleihender Unternehmen bedient (vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Nils Wahl v. 11.05.2017, Rn. 58 mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 24.05.2016 - C-396/14 „MT Højgaard und Züblin“). Dieser Einordnung anhand des Kriteriums der Wesentlichkeit folgt der EuGH (Rn. 39 des Urteils).

Im Ergebnis verstößt daher eine nationale Regelung, die den Austausch von eignungsleihenden Unternehmen verbietet und zu einem automatischen Ausschluss des Bieters führt, wenn das eignungsleihende Unternehmen seine Leistungsfähigkeit verliert, nicht gegen Art. 47 Abs. 2 und 48 Abs. 3 RL 2004/18/EG.

C. Kontext der Entscheidung

Bei der Hinzuziehung von Dritten im Vergabeverfahren ist grundsätzlich zwischen (i) der Auftragsvergabe, 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 (vgl. zu den Begrifflichkeiten und der Abgrenzung im Einzelnen Friton, Die Festlegung und Erfüllung von Eignungsparametern nach den EU-Vergaberechtlinien und die Umsetzung im GWB-Vergaberecht, 2016, S. 141 ff. m.w.N.). Die Zulässigkeit des Austausches eines eignungsleihenden Unternehmens nach dem Verlust seiner Leistungsfähigkeit ist Gegenstand der Entscheidung. Hinsichtlich des Verlustes der Leistungsfähigkeit des Dritten kann wiederum zwischen verschiedenen Szenarien unterschieden werden: Der Verlust der Leistungsfähigkeit des Dritten tritt (i) vor Ablauf der Angebotsfrist, (ii) nach Ablauf der Angebotsfrist, aber vor Erhalt des Zuschlages oder (iii) nach Erhalt des Zuschlages ein.

Die vorliegende Entscheidung befasst sich mit dem zweiten Szenario und der Frage, ob Art. 47 Abs. 2 und Art. 48 Abs. 3 RL 2004/18/EG einem Verbot des Austausches des eignungsleihenden Unternehmens in einem solchen Fall entgegenstehen. Der EuGH zieht zur Beantwortung dieser Frage seine Rechtsprechung heran, die im Zusammenhang mit der Nachreichung von Unterlagen oder weiterer Informationen ergangen ist (vgl. unter anderem EuGH, Urt. v. 07.04.2016 - C-324/14 „Partner Apelski Dariusz“; EuGH, Urt. v. 04.05.2017 - C-387/14 „Esaprojekt“). Danach ist das Einreichen von Informationen oder Unterlagen eine unzulässige Angebotsänderung, wenn wesentliche Änderungen am Angebot vorgenommen werden. Zudem verweist der Gerichtshof auf sein Urteil in der Sache „Wall“, in der er den Wechsel eines Nachunternehmers (nach Erteilung des Zuschlags) für unzulässig erachtet hatte, weil gerade die Benennung eines bestimmten

Nachunternehmers für die Zuschlagsentscheidung wesentlich gewesen sein sollte (EuGH, Urt. v. 13.04.2010 - C-91/08 „Wall“). Er misst die Zulässigkeit des Wechsels eines eignungsleihenden Unternehmens mithin am Kriterium der Wesentlichkeit einer Angebotsänderung (zustimmend Summa, VPR 2017, 217; Reidt, EuZW 2017, 869; der weitere Verweis des EuGH auf die Rechts-sache „Idrodinamica Spurgo Velox“, EuGH, Urt. v. 08.05.2014 - C-161/13, ist nicht ergiebig, da der Gerichtshof in dieser Sache lediglich in einer Frage zur Rechtsmittelrichtlinie auf die Wall-Ent-scheidung verwies).

Die Entscheidung des Gerichtshofs ist bei Anwendung des Wesentlichkeits-Kriteriums für Auf-tragsänderungen zunächst konsequent. Der Gerichtshof kommt zu dem Ergebnis, dass eine Aus-wechslung eines eignungsleihenden Unternehmens eine wesentliche Änderung des Angebots dar-stellt und daher gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und des Wettbewerbs verstößt. Da-mit legt der Gerichtshof einen ähnlich strengen Maßstab an wie die deutschen Nachprüfungs-in-stanzen, die eine Änderung des Angebots in personeller Hinsicht nur in ganz seltenen Ausnahme-fällen zulassen und ansonsten in der Regel von einem Verstoß gegen das Nachverhandlungsver-bot ausgehen (vgl. hierzu Friton/Meister, jurisPR-VergR 1/2016 Anm. 3).

Allerdings ist die Argumentation sowohl des Gerichtshofes als auch des Generalanwalts bei der Frage, ob durch eine Auswechslung eines eignungsleihenden Unternehmens eine wesentliche Auftragsänderung vorgenommen wird, etwas ungenau. Insbesondere wird nicht recht deutlich, wodurch das Angebot konkret geändert wird. Insbesondere die Argumentation des Generalan-walts scheint die Eignungsleihe und den Einsatz von Nachunternehmern zu vermischen. Die Aus-wechslung eines eignungsleihenden Unternehmens betrifft nur die Eignung des Bieters, wäh-rend eine Änderung eines Nachunternehmers in der Regel auch zu einer Änderung des Ange-bots führt. Es hätte also zumindest festgestellt werden müssen, dass das eignungsleihende Unter-nehmen vorliegend (auch) Nachunternehmer ist. So hat beispielsweise das OLG Saarbrücken (Be-schl. v. 02.04.2013 - 1 Verg 1/13, Rn. 80) in einer Entscheidung klargestellt, dass eine Änderung des eignungsleihenden Unternehmens im Vergabeverfahren keine Angebotsänderung darstellt, wenn das eignungsleihende Unternehmen nicht als Nachunternehmer tätig wird. Wenig überzeu-gend ist darüber hinaus das pauschale Argument, einem Bieter werde durch den Wechsel des eignungsleihenden Unternehmens ein Wettbewerbsvorteil verschafft, da er sein Angebot durch die Angabe eines anderen eignungsleihenden Unternehmens optimieren könne. Eine solche Ge-fahr besteht jedoch nicht, wenn der Bieter dem Auftraggeber lediglich einen Austausch des eignungsleihenden Unternehmens mitteilt und entsprechende Eignungsnachweise sowie eine Ver-pflichtungserklärung nachreicht. Diese Ungenauigkeiten mögen nicht allzu schwer wiegen, da es jedenfalls im Ergebnis vertretbar ist, Änderungen eines Angebots nach Ablauf der Angebotsab-gabefrist (grundsätzlich) für unzulässig zu halten.

Problematischer ist allerdings, dass der EuGH das Verhältnis der vorliegenden Entscheidung zu der Rechtssache „MT Højgaard und Züblin“ (EuGH, Urt. v. 24.05.2016 - C-396/14) nicht erläutert. In dieser Entscheidung musste sich der EuGH mit der Zulässigkeit einer Änderung der Zusam-mensetzung einer Bietergemeinschaft auseinandersetzen (EuGH, Urt. v. 24.05.2016 - C-396/14 „MT Højgaard und Züblin“). Er entschied, dass sich bei Insolvenz eines Bietergemeinschaftsmit-glieds das verbleibende Mitglied als Einzelbieter weiter am Verfahren beteiligen könne. Dafür müssten zwei Voraussetzungen gegeben sein: Zum einen müsste das verbleibende Mitglied ei-genständig die Eignungskriterien erfüllen, und zum anderen dürfte die weitere Teilnahme am Verfahren nicht zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation der übrigen Bieter führen (EuGH, Urt. v. 24.05.2016 - C-396/14 Rn. 44 „MT Højgaard und Züblin“; vgl. hierzu Friton/Meis-ter, jurisPR-VergR 1/2016 Anm. 3). Das Kriterium der Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation hätte sich auch auf den vorliegenden Fall übertragen lassen. Anders als Generalanwalt Nils Wahl in seinen Schlussanträgen erwähnt der EuGH die Entscheidung vom 24.05.2016 (C-396/14 „MT

Højgaard und Züblin“) nicht einmal. Eine Erklärung dafür mag sein, dass dort – anders als vorliegend – ein Verhandlungsverfahren nach der alten Sektorenkoordinierungsrichtlinie 2004/17/EG durchgeführt worden war und der EuGH seine Aussagen zum flexibleren Vergaberegime und dem Verhandlungsverfahren nicht auf das vorliegend durchgeführte offene Verfahren nach der RL 2004/18/EG übertragen wollte. Auf der Grundlage der vorliegenden Entscheidung lässt sich jedoch nur mutmaßen, anhand welcher Kriterien die Zulässigkeit von personellen Änderungen (Bietergemeinschaftsmitglieder, Nachunternehmer, eignungsleihende Unternehmen) in laufenden Vergabeverfahren zu bewerten ist.

D. Auswirkungen für die Praxis

Fraglich ist, ob die Grundsätze aus der Entscheidung auch auf Art. 63 Abs. 1 RL 2014/24/EU anwendbar sind, der in § 47 Abs. 2 VgV in deutsches Recht umgesetzt worden ist. Zum Teil wird das bejaht und vertreten, dass Art. 63 Abs. 1 RL 2014/24/EU und § 47 Abs. 2 VgV aufgrund des Wortlauts „das entsprechende Eignungskriterium nicht erfüllt“ nur solche Konstellationen erfassen, in denen das eignungsleihende Unternehmen die Qualifikationen bereits anfänglich nicht erfüllt (Reidt, EuZW 2017, 869 f.). Das ist aber nicht zwingend, denn auch ein eignungsleihendes Unternehmen, das Eignungskriterien nicht mehr erfüllt, erfüllt die Eignungskriterien nicht. Es erscheint darüber hinaus auch wertungsmäßig vorzugswürdig, den nachträglichen Wegfall mit dem anfänglichen gleichzustellen. Insofern dürfte die Entscheidung wegen des Art. 63 Abs. 1 RL 2014/24/EU nur noch von eingeschränkter Bedeutung sein. Denkbar erscheint eine Übertragung der Argumentation aber auf andere Situationen, beispielsweise wenn ein Bieter in einem Teilnahmewettbewerb zwar als geeignet bewertet wurde, aber nicht zu den Unternehmen gehört, die zu Verhandlungen eingeladen wurden. In einer solchen Situation darf ein Unternehmen nicht die Möglichkeit haben, seine Eignung im Wege des Austausches eines eignungsleihenden Unternehmens im Nachhinein zu verbessern, um so anstelle eines anderen Bieters Zugang zum Verhandlungsverfahren zu erhalten. Die VK Bund hat zutreffend darauf hingewiesen, dass andernfalls in einer solchen Konstellation „ein auf eine ‚Bestenauslese‘ ausgerichteter Eignungswettbewerb kaum mehr möglich [wäre], weil durch den dann für alle Bewerber gleichermaßen gegebenen Nachforderungsanspruch die Teilnahmeanträge in qualitativer Hinsicht zwangsläufig nivelliert würden“ (vgl. BKartA Bonn 1. Vergabekammer des Bundes, Beschl. v. 12.04.2017 - VK 1 - 25/17).

Völlig offen bleibt, welche Anforderungen der Gerichtshof zukünftig an die Zulässigkeit einer Änderung von Bietergemeinschaften stellen wird. Während der EuGH in seiner Entscheidung „MT Højgaard und Züblin“ mit dem Kriterium der Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation noch einen eher weiten Maßstab angelegt hatte, scheint er nunmehr mit dem Abstellen auf die Wesentlichkeit einer Angebotsänderung einen restiktiveren Ansatz zu verfolgen.

Anzumerken ist schließlich, dass Generalanwalt Nils Wahl in seinen Schlussanträgen einen „praktischen“ Hinweis gibt (Rn. 70): Ein sorgfältiger Bieter solle danach die erforderlichen Fähigkeiten zur Leistungserbringung auf mehrere Nachunternehmer stützen, um einen Ausschluss auch dann gewährleisten zu können, wenn einer der Nachunternehmer seine Leistungsfähigkeit verliere. Eine solche Vorgehensweise ist in der Praxis wegen des damit verbundenen Aufwands aber kaum vorstellbar.