

Anmerkung zu:	EuGH 4. Kammer, Urteil vom 03.10.2019 - C-267/18
Autoren:	Dr. Pascal Friton, RA, Dr. Florian Wolf, RA
Erscheinungsdatum:	11.02.2020
Quelle:	
Normen:	§ 127 GWB, § 124 GWB, § 125 GWB, § 132 GWB, EGRL 18/2004 ... mehr
Fundstelle:	jurisPR-VergR 2/2020 Anm. 1
Herausgeber:	Prof. Dr. Lutz Horn, RA
Zitiervorschlag:	Friton/Wolf, jurisPR-VergR 2/2020 Anm. 1

Ausschluss eines Bieters wegen mangelhafter Leistung bei einem früheren Auftrag

Tenor

Art. 57 Abs. 4 Buchst. g 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 ist dahin auszulegen, dass die Vergabe eines Unterauftrags für einen Teil der Arbeiten im Rahmen eines früheren öffentlichen Auftrags durch einen Wirtschaftsteilnehmer, die ohne Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers entschieden wurde und zur vorzeitigen Beendigung des Auftrags führte, im Sinne dieser Bestimmung einen erheblichen oder dauerhaften Mangel bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen dieses Auftrags darstellt und daher den Ausschluss des Wirtschaftsteilnehmers von der Teilnahme an einem späteren Vergabeverfahren rechtfertigt, wenn der dieses spätere Vergabeverfahren organisierende öffentliche Auftraggeber, nachdem er selbst die Integrität und Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers, dessen vorheriger öffentlicher Auftrag vorzeitig beendet wurde, bewertet hat, der Auffassung ist, dass eine solche Unterauftragsvergabe das Vertrauensverhältnis zu diesem Wirtschaftsteilnehmer zerstört. Bevor er einen solchen Ausschluss ausspricht, muss der öffentliche Auftraggeber dem Wirtschaftsteilnehmer jedoch gemäß Art. 57 Abs. 6 in Verbindung mit dem 102. Erwägungsgrund der genannten Richtlinie die Möglichkeit geben, die Abhilfemaßnahmen zu benennen, die er infolge der vorzeitigen Beendigung des früheren öffentlichen Auftrags ergriffen hat.

A. Problemstellung

Mit der Reform der Vergaberichtlinien im Jahr 2014 ist in Art. 57 Abs. 4 Buchst. g der Richtlinie 2014/24/EU ein neuer fakultativer Ausschlussgrund kodifiziert worden. Danach kann ein Wirtschaftsteilnehmer vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, wenn er bei einem vorherigen öffentlichen Auftrag „bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung [...] erhebliche oder dauerhafte Mängel erkennen lassen [hat], die die vorzeitige Beendigung dieses früheren Auftrags, Schadenersatz oder andere vergleichbare Sanktionen nach sich gezogen haben“. Diese unionsrechtliche Vorschrift ist § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB in deutsches Recht umgesetzt worden.

Die Vorschrift wirft in ihrer praktischen Anwendung gleich mehrere Fragen auf (vgl. zum Ganzen: Friton in: BeckOK Vergaberecht, 13. Ed., § 124 GWB Rn. 65 ff.). Der EuGH hatte nun Gelegenheit, eine dieser Fragen zu beantworten: Welche Prüfpflichten hat ein öffentlicher Auftraggeber bei Anwendung dieses fakultativen Ausschlussgrunds, wenn der Bieter seine Schlechtleistung im Rahmen eines früheren Vertrags erbracht hat, den er nicht mit diesem (aktuellen) Auftraggeber geschlossen hatte, sondern mit einem anderen öffentlichen Auftraggeber?

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Dem Rechtsstreit lag ein rumänisches Ausgangsverfahren zugrunde, in dem zwei zeitlich nachfolgende Vergabeverfahren relevant waren. In einem ersten Verfahren hatte eine Gemeinde im Jahr 2014 einen Bauauftrag an eine Bietergemeinschaft vergeben, deren Konsortialführerin ein Unternehmen namens Delta war. Dieser Vertrag wurde von der Gemeinde gekündigt, nachdem die Bietergemeinschaft von Delta einen Nachunternehmer ohne vorherige Zustimmung der Gemeinde beauftragt hatte. Die Kündigung des Vertrags wurde von der Gemeinde in Form einer sog. „Feststellung“ in ein nationales Informationssystem eingestellt.

In einem späteren Vergabeverfahren im Jahr 2017 beteiligte sich Delta in einer anderen Bietergemeinschaft um einen Bauauftrag, der von der Nationalen Straßeninfrastruktur-Verwaltungsgesellschaft (nachfolgend CNAIR) ausgeschrieben worden war. Die CNAIR holte im Rahmen der Angebotswertung Informationen über alle Bieter aus dem nationalen Informationssystem ein. Dabei erlangte sie Kenntnis von der Feststellung der Kündigung des früheren öffentlichen Auftrags wegen des ungenehmigten Nachunternehmereinsatzes durch die Bietergemeinschaft von Delta. Die CNAIR holte daraufhin Stellungnahmen von Delta und der Gemeinde ein. Delta wandte insbesondere ein, dass gegen die Kündigung des früheren Auftrags Klagen vor rumänischen Gerichten anhängig seien und die Eintragung der Kündigung im nationalen Informationssystem keine belastbare Aussage über die Zuverlässigkeit von Delta treffe. Die CNAIR war der Auffassung, dass Delta nicht nachgewiesen habe, dass die Feststellung der Gemeinde ausgesetzt oder für nichtig erklärt worden sei. Sie schloss die Bietergemeinschaft von Delta daher vom Vergabeverfahren aus. Gegen die Ausschlussentscheidung beschritt Delta den Rechtsweg. Das zuletzt mit der Sache befasste Berufungsgericht Bukarest beschloss, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof die Frage vorzulegen, ob ein ungenehmigter Nachunternehmereinsatz einen erheblichen oder dauerhaften Mangel i.S.d. Art. 57 Abs. 4 Buchst. g der Richtlinie 2014/24/EU darstelle, der zum Ausschluss des Bieters vom Vergabeverfahren führe.

Der Gerichtshof hat die Frage im Grundsatz bejaht. Er macht aber auch deutlich, dass es keinen Automatismus zwischen der Kündigung eines früheren Auftrags durch einen anderen Auftraggeber und dem Ausschluss des betroffenen Bieters in einem späteren Vergabeverfahren geben kann. Ausdrücklich betont der EuGH dabei die Möglichkeit der Selbstreinigung, die durch den jeweiligen Auftraggeber berücksichtigt werden muss.

Der Gerichtshof verweist zunächst auf seine Rechtsprechung in der Rechtssache „Meca“ (EuGH, Urт. v. 19.06.2019 - C-41/18). Dort hatte er bereits ausgeführt, dass Hintergrund des fakultativen Ausschlussgrunds der Schlechtleistung bei einem früheren Auftrag im Kern sei, dass in der Beziehung zwischen dem konkret ausschreibenden Auftraggeber und dem Bieter das notwendige Vertrauensverhältnis nicht bestehe (vgl. EuGH, Urт. v. 19.06.2019 - C-41/18 Rn. 30 „Meca“). Daraus folge, dass die Kündigung eines früheren öffentlichen Auftrags durch einen anderen Auftraggeber nicht auch automatisch den aktuell betroffenen Auftraggeber binde. Ein solcher Automatismus sei mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht vereinbar (Rn. 27 des Besprechungsurteils; EuGH, Urт. v. 19.06.2019 - C-41/18 Rn. 32 „Meca“). Der öffentliche Auftraggeber müsse das frühere Fehlverhalten vielmehr selbst bewerten. Dabei habe er „auf der Grundlage aller relevanten Umstände – insbesondere der Entscheidung über die vorzeitige Beendigung – und unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sorgfältig und unparteiisch zu prüfen, ob dieser Wirtschaftsteilnehmer aus seiner Sicht bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen

dieses Auftrags für erhebliche oder dauerhafte Mängel verantwortlich ist, die das Vertrauensverhältnis zu dem betreffenden Wirtschaftsteilnehmer zerstören können“ (Rn. 29 des Besprechungsurteils). Im konkreten Fall gibt der Gerichtshof noch weiter gehende Hinweise über den erforderlichen Prüfungsumfang. Die CNAIR müsse beurteilen, welche Bedeutung der ungenehmigt an den Nachunternehmer vergebene Vertragsbestandteil für den Gesamtauftrag gehabt habe und auf dieser Grundlage entscheiden, ob durch den Vertragsverstoß tatsächlich eine wesentliche Anforderung erheblich verletzt worden sei. Dabei sei auch von Bedeutung, ob der frühere Auftraggeber überhaupt eine Zustimmungspflicht für Nachunternehmereinsätze vorgegeben habe, was nach Art. 71 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU jedenfalls zulässig sei.

Im Anschluss geht der Gerichtshof auf den Ausschlussgrund in Art. 57 Abs. 4 Buchst. h der Richtlinie 2014/24/EU ein, nach dem ein Ausschluss eines Bieters auch bei schwerwiegenden Täuschungen oder dem Zurückhalten von Auskünften zur Überprüfung des Fehlens von Ausschlussgründen möglich ist. Da in dem früheren Verfahren von dem öffentlichen Auftraggeber die Kündigung förmlich festgestellt und in das nationale Informationssystem eingestellt worden sei, habe für Delta die Obliegenheit bestanden, die CNAIR „gemäß den Erfordernissen der Transparenz und der Loyalität“ über diese Situation zu informieren (Rn. 36 des Besprechungsurteils). Das Unterlassen dieser Information könne den Ausschlussstatbestand in Art. 57 Abs. 4 Buchst. h der Richtlinie 2014/24/EU erfüllen, da dieser nicht nur ein aktives Tun, sondern auch ein „Verbergen zutreffender Informationen“ erfasse (Rn. 34 des Besprechungsurteils).

Abschließend weist der EuGH noch darauf hin, dass vor einem Ausschluss des Bieters zu prüfen sei, ob dieser nicht i.S.v. Art. 57 Abs. 6 der Richtlinie 2014/24/EU ausreichende Abhilfemaßnahmen getroffen habe und daher wegen einer erfolgreichen Selbstreinigung weiter im Verfahren verbleiben könne.

C. Kontext der Entscheidung

Die Vorlagefrage des rumänischen Gerichts im Ausgangsverfahren war klar formuliert und bot wenig Anlass zu Unerwartetem. Vor diesem Hintergrund ist es bemerkenswert, dass der Gerichtshof einige interessante Ausführungen macht, die über die Beantwortung der eigentlichen Vorlagefrage hinausgehen.

Die eigentliche Ausgangsfrage, ob eine ungenehmigte Einbeziehung von Nachunternehmern einen Ausschlussgrund gemäß Art. 57 Abs. 4 Buchst. g der Richtlinie 2014/24/EU darstellen könne, bejaht der Gerichtshof. Dem ist zuzustimmen. Die Richtlinie sieht zwar nicht ausdrücklich vor, dass der Einsatz von Nachunternehmern von der Zustimmung des Auftraggebers abhängig gemacht werden kann. Die Auftraggeber können aber gemäß Art. 71 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU verlangen, dass Bieter beim öffentlichen Auftraggeber die vorgesehenen Nachunternehmer und die von diesen zu erbringenden Leistungsteile angeben. Ebenso können sie die Bieter gemäß Art. 71 Abs. 6 Buchst. b dieser Richtlinie auffordern, nicht geeignete Bieter zu ersetzen. Daraus folgt, dass auch ein Zustimmungserfordernis für einen Nachunternehmereinsatz mit Unionsrecht vereinbar ist (Rn. 32 des Besprechungsurteils; GA Campos Sánchez-Bordona v. 08.05.2019, Rn. 37-39, vgl. auch § 4 Abs. 8 VOB/B und § 4 Abs. 4 VOL/B). Das Zustimmungserfordernis ist darüber hinaus auch ein wichtiges Instrument, um während der Vertragsdurchführung dauerhaft sicherzustellen, dass auch die eingesetzten Nachunternehmer geeignet sind und eine ordnungsgemäße Vertragsdurchführung erwarten lassen. Insofern ist es folgerichtig, dass ein Verstoß gegen ein vertragliches Zustimmungserfordernis im Grundsatz einen Grund für einen Ausschluss nach Art. 57 Abs. 4 Buchst. g der Richtlinie 2014/24/EU ist. Das hatte das OLG Frankfurt vor dem Urteil des EuGH bereits ebenso entschieden (OLG Frankfurt, Beschl. v. 03.05.2018 - 11 Verg 5/18).

Der EuGH nimmt die Rechtssache aber auch zum Anlass, dem vorlegenden Gericht weitere Hinweise zur Prüfung des Ausschlussgrundes in Art. 57 Abs. 4 Buchst. g der Richtlinie 2014/24/EU zu geben. Dabei ist bemerkenswert, dass es der Gerichtshof für die Prüfung der Voraussetzungen des

Ausschlussstatbestands nicht für ausreichend hält, wenn ein Auftraggeber feststellt, dass ein früherer öffentlicher Auftraggeber eine Kündigung eines Vertrags wegen des Verstoßes gegen ein Zustimmungserfordernis in eine nationale Datenbank eingetragen hat. Der Gerichtshof verlangt vielmehr von jedem konkret betroffenen Auftraggeber eine eigene Prüfung, ob die frühere Vertragsverletzung die Tatbestandsmerkmale „wesentliche Anforderung“ und „erheblich oder fortdauernd mangelhaft“ erfüllt. Der Gerichtshof (auf Grundlage der Schlussanträge des Generalanwalts Campos Sánchez-Bordona) leitet diese Prüfpflicht daraus ab, dass Auftraggeber wegen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes selbst entscheiden müssten, ob es noch ein „Vertrauensverhältnis zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Zuschlagsempfänger“ gebe. Diese Herleitung einer eigenständigen Prüfpflicht ist allerdings problematisch. Die fakultativen Ausschlussgründe können nämlich im nationalen Recht als zwingende Ausschlussgründe ausgestaltet werden, was in Rumänien im Hinblick auf diesen Ausschlussgrund offenbar auch so umgesetzt worden war. Dann ist aber die Frage, ob durch eine erheblich oder fortdauernd mangelhafte Erfüllung einer wesentlichen Anforderung das Vertrauensverhältnis zum Bieter zerstört wurde, mangels Ermessens des Auftraggebers auf der Tatbestandsebene zu prüfen. Art. 57 Abs. 4 Buchst. g der Richtlinie 2014/24/EU sieht jedoch – ebenso wie § 127 Abs. 1 Nr. 7 GWB – ein gestörtes Vertrauensverhältnis tatbestandlich nicht vor. Nach der deutschen Rechtslage lässt sich dieser Widerspruch hingegen auflösen. Da die fakultativen Ausschlussgründe im GWB auch als solche umgesetzt wurden und den Auftraggebern damit ein Ermessen über den Ausschluss des Bieters zusteht, können Erwägungen zum Vertrauensverlust in die Ermessensentscheidung einfließen. Die Frage, ob das Vertrauen zu einem Wirtschaftsteilnehmer aufgrund einer früheren Schlechtleistung zerstört ist, ist aber nur einer von mehreren denkbaren Gesichtspunkten im Rahmen der Ermessensentscheidung über den Ausschluss.

Der EuGH macht im Rahmen der Ausführungen zu einem Ausschluss wegen falscher Angaben gemäß Art. 57 Abs. 4 Buchst. h der Richtlinie 2014/24/EU auch Ausführungen zu einer Informationsobliegenheit der Bieter: Der Gerichtshof gelangt zu der Auffassung, dass wegen der förmlichen Feststellung des Vertragsverstoßes im nationalen Informationssystem eine Obliegenheit der Bietergemeinschaft von Delta bestanden hätte, der CNAIR „von vornherein alle Informationen zur Verfügung [zu stellen], die hätten belegen können, dass die Einstufung als Unterauftragsvergabe falsch war, so dass sie ihre Verpflichtungen im Rahmen des ersten Auftrags nicht verletzt hatte, oder dass die unterlassene Einholung der Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers im Rahmen des früheren Auftrags nur eine geringfügige Unregelmäßigkeit darstellte“. Damit statuiert der Gerichtshof im Grundsatz eine Aufklärungsobliegenheit der Bieter über solche Vertragsverletzungen, die diese selbst nicht als ausreichenden Grund für einen Ausschluss ansehen (und über die auch noch nicht rechtskräftig durch ein Zivilgericht entschieden worden ist). Als Begründung für eine solche Obliegenheit kommen zunächst entsprechende Anforderungen in den Vergabeunterlagen in Betracht, z.B. über ein klares Aufklärungsverlangen in den Formblättern für Eigenerklärungen oder an anderer geeigneter Stelle in den Angebotsbedingungen. In diesem Sinne lässt sich der vorliegenden Entscheidung entnehmen, dass die Bietergemeinschaft von Delta eine Einheitliche Europäische Eigenerklärung eingereicht hatte, in deren Vordruck auch Angaben zum Vorliegen schwerer Verfehlungen zu machen waren. Delta hatte in der Eigenerklärung aber keine Angaben zur Kündigung des Vertrags mit der Gemeinde gemacht. Insofern ist die Entscheidung des Gerichtshofs im Grundsatz nachvollziehbar. Weniger klar ist, warum der Gerichtshof sich nicht einfach auf dieses Argument stützte, sondern die Aufklärungsobliegenheit primär aus den „Erfordernissen der Transparenz und der Loyalität“ herleitete. Ein solches „Erfordernis der Transparenz und der Loyalität“ an das Verhalten eines Bieters kennt das EU-Vergaberecht allerdings nicht. Vermutlich stellt der EuGH mit dieser Formulierung auf das Vorliegen eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses ab. Dafür spricht auch die englische Fassung der Formulierung „Erfordernis der Loyalität“ im Urteil („good faith“). Jedenfalls nach deutschem Zivilrecht bestünde in dem vom EuGH zu entscheidenden Fall aber – losgelöst von der Anforderung in der Eigenerklärung – keine Aufklärungspflicht aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis. Eine solche Pflicht setzt nämlich eine unbillige Informationssymmetrie und eine

fehlende Erkennbarkeit für den anderen Vertragspartner voraus (vgl. BGH, Urt. v. 04.04.2001 - VIII ZR 32/00). Im Ausgangsverfahren konnte die CNAIR aber über das nationale Informationssystem Kenntnis von der Kündigung des früheren Vertrags erhalten, so dass nach deutschem Zivilrecht in diesem Fall keine Aufklärungsobliegenheit bestanden hätte.

Zuletzt weist der Gerichtshof noch darauf hin, dass der Auftraggeber vor dem Ausschluss der Bietergemeinschaft von Delta noch eine hinreichende Selbstreinigung gemäß Art. 57 Abs. 6 der Richtlinie 2014/24/EU prüfen müsse. Der EuGH stellt dadurch klar, dass die Möglichkeit der Selbstreinigung auch auf den fakultativen Ausschlussgrund nach Art. 57 Abs. 4 Buchst. g der Richtlinie 2014/24/EU anwendbar ist. Das hatte der Gerichtshof bereits in der Rechtssache „Meca“ angedeutet (EuGH, Urt. v. 19.06.2019 - C-41/18 Rn. 39 f.).

D. Auswirkungen für die Praxis

Für öffentliche Auftraggeber wirkt sich das Urteil des EuGH in der Praxis bei der Prüfung des Vorliegens eines Ausschlusses des Bieters gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB aus. Die Vergabestelle darf sich bei der Prüfung des Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen nicht auf die Bewertung anderer Auftraggeber verlassen, wenn diese eine frühere Vertragsverletzung durch diesen Bieter als erheblich oder fortdauernd mangelhafte Erfüllung einer wesentlichen Anforderung ansehen. Ein solcher Automatismus verbietet sich nach der Entscheidung des Gerichtshofs. Zudem macht das Urteil klar, dass Missverständnisse zwischen Auftraggeber und Bieter über den Umfang der in einer Eigenerklärung mitzuteilenden, vergangenen Vertragsverstöße am effektivsten vermieden werden, indem der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen möglichst eindeutig mitteilt, über welche Art von Vorfällen er konkret unterrichtet werden möchte.

Für Auftragnehmer ist die vom EuGH auch beim Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB für möglich erachtete Selbstreinigung nach § 125 GWB praktisch relevant. Allerdings wirkt die Selbstreinigung bei diesem Ausschlussgrund eine Reihe von Folgefragen auf. Denn die Anforderungen an eine Selbstreinigung gemäß § 125 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 GWB sind erkennbar auf Straftaten und ihre unternehmensinterne Behandlung ausgerichtet. Es wird daher in Zukunft zu klären sein, wie bei erheblichen Baumängeln beispielsweise die personellen und organisatorischen Maßnahmen aussehen könnten, die zum Zwecke der Selbstreinigung zu ergreifen sind.

E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Der EuGH geht in Rn. 33 seines Urteils noch kurz auf seine Entscheidungen in den Rechtssachen „Wall“ (EuGH, Urt. v. 13.04.2010 - C-91/08) und „Pressetext“ (EuGH, Urt. v. 19.06.2008 - C-454/06) ein. Darin führt er aus, die CNAIR müsse als öffentlicher Auftraggeber auch prüfen, ob der ungenehmigte Nachunternehmereinsatz durch Delta im früheren Vergabeverfahren nicht eine wesentliche Vertragsänderung im Sinne dieser – in § 132 GWB kodifizierten – Rechtsprechung darstelle. Der Entscheidungswortlaut ist an dieser Stelle nicht hinreichend klar. Es ist nicht nachvollziehbar, warum der spätere Auftraggeber prüfen sollte, ob bei der Ausführung des früheren Auftrags eine wesentliche Vertragsänderung stattgefunden haben sollte. Auch in den Schlussanträgen von Generalanwalt Campos Sánchez-Bordona finden sich keine Ausführungen dazu. Es ist zu vermuten, dass der Gerichtshof sich dazu Gedanken gemacht hatte, ob eine wesentliche Vertragsverletzung i.S.d. Art. 57 Abs. 4 Buchst. g der Richtlinie 2014/24/EU jedenfalls dann vorliegt, wenn dadurch eine Pflicht zur Neuausschreibung ausgelöst wird. Aber auch insofern wäre der Gedanke des Gerichtshofs an dieser Stelle nicht konsequent, da die Gemeinde einem Nachunternehmereinsatz gerade nicht zugestimmt hatte und damit auch keiner wesentlichen Vertragsänderung im Sinne der „Pressetext“-Rechtsprechung.

