

Anmerkung zu:	<u>EuGH, Urteil vom 10.11.2022 - C-631/21</u>
Autoren:	Dr. Pascal Friton, RA, Joshua Haenel, RA
Erscheinungsdatum:	16.05.2023
Quelle:	
Normen:	<u>§ 48 VgV 2016, § 50 VgV 2016, § 705 BGB, § 43 VgV 2016, § 124 GWB ... mehr</u>
Fundstelle:	jurisPR-VergR 5/2023 Anm. 1
Herausgeber:	Prof. Dr. Lutz Horn, RA
Zitiervorschlag:	Friton/Haenel, jurisPR-VergR 5/2023 Anm. 1 

EuGH zu Eignungsnachweisen von Gemeinschaftsunternehmen

Tenor

Art. 59 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 i.V.m. den Art. 2 Abs. 1 Nr. 10 und 63 dieser Richtlinie sowie Anhang 1 der Durchführungsverordnung 2016/7 ist dahin auszulegen, dass ein Gemeinschaftsunternehmen, das - ohne eine juristische Person zu sein - die Form einer Gesellschaft hat, die dem nationalen Recht eines Mitgliedstaats unterliegt, in dessen Handelsregister sie eingetragen ist, sowohl vorübergehender als auch dauerhafter Natur sein kann und deren Gesellschafter auf dem gleichen Markt tätig sind wie das Unternehmen und gesamtschuldnerisch für die ordnungsgemäße Erfüllung der vom Unternehmen eingegangenen Verpflichtungen haften, dem öffentlichen Auftraggeber ausschließlich seine eigene Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE) vorlegen muss, wenn es in eigenem Namen an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags teilnehmen oder ein Angebot abgeben möchte und den Nachweis erbringt, dass es den in Rede stehenden Auftrag ausschließlich mit eigenem Personal und Material ausführen kann. Meint das Gemeinschaftsunternehmen hingegen, für die Ausführung eines öffentlichen Auftrags auf die Mittel bestimmter Gesellschafter zurückgreifen zu müssen, ist dies als eine Inanspruchnahme der Kapazitäten anderer Unternehmen gemäß Art. 63 der Richtlinie 2014/24 zu betrachten, und das Unternehmen muss dann nicht nur seine eigene EEE, sondern auch eine EEE für jeden Gesellschafter vorlegen, dessen Kapazitäten es in Anspruch nehmen möchte.

A. Problemstellung

Das Urteil betrifft die Auslegung der Art. 2, 19, 59 und 63 der Richtlinie 2014/24/EU sowie der Durchführungsverordnung 2016/7/EU. Im Kern befasst sich der EuGH mit der Frage, von wem eine EEE vorgelegt werden muss, wenn ein Gemeinschaftsunternehmen (konkret ging es um eine offene Handelsgesellschaft nach niederländischem Recht, also eine Personengesellschaft) diese in einem Vergabeverfahren abgeben muss.

Darüber hinaus beurteilt der EuGH, wie sich einzelne Eigenschaften des Gemeinschaftsunternehmens im Hinblick auf diese Frage auswirken. Aus der Entscheidung können auch einige weitergehende allgemeine Schlüsse für Fragen im Zusammenhang mit der Eignungsprüfung gezogen werden.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Entscheidung des EuGH liegt die Vergabe eines öffentlichen Auftrags zur Beförderung von Grundschülern im Rahmen des Sportunterrichts zugrunde. Öffentliche Auftraggeber waren zwei niederländische Gemeinden. Bis zum Jahr 2019 war das Unternehmen Taxi Horn Tours BV (im Fol-

genden „Taxi Horn Tours“) mit der Ausführung des Auftrags betraut. In der Folge beschlossen die Gemeinden für den Zeitraum von 2020 bis 2028 den Auftrag nicht mit der Taxi Horn Tours zu verlängern, sondern diesen in einem unionsweiten offenen Vergabeverfahren neu auszuschreiben. Im Rahmen des Angebots mussten die Bieter eine EEE abgeben.

Die Taxi Horn Tours und das Unternehmen Touringcars VOF (eine offene Handelsgesellschaft nach niederländischen Recht, im Folgenden „Touringcars“) gaben jeweils ein Angebot ab, wobei die Gemeinden das Angebot von Touringcars als wirtschaftlich günstiger einstufen. Der Taxi Horn Tours teilten die Gemeinden daher mit, dass sie beabsichtigten auf das Angebot der Touringcars den Zuschlag zu erteilen.

Die Taxi Horn Tours ging gegen diese Entscheidung gerichtlich vor. Nach erfolgloser erster Instanz stellte sich das Berufungsgericht die Frage, ob eine einzige EEE von Touringcars ausreiche, oder ob darüber hinaus jeder Gesellschafter der Touringcars einzeln eine gesonderte EEE hätte vorlegen müssen. Zudem warf es viele weitere Fragen auf, etwa ob es einen Unterschied mache, dass der Charakter des Gemeinschaftsunternehmens dauerhafter oder vorübergehender Natur sei, dass das Unternehmen keine juristische Person sei oder dass die Gesellschafter des Unternehmens gesamtschuldnerisch haften würden. Diese Fragen legte das Berufungsgericht dem EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV vor.

In seiner Entscheidung nahm der EuGH zunächst Bezug auf Anhang 1 der Durchführungsverordnung 2016/7/EU, wonach ein Wirtschaftsteilnehmer, der an einem Vergabeverfahren teilnimmt und nicht die Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch nimmt, um die Eignungskriterien zu erfüllen, eine Eigenerklärung ausfüllen müsse (Absatz 17). Sofern der Wirtschaftsteilnehmer sich jedoch der Kapazitäten anderer Unternehmen bediene, habe er dafür zu sorgen, dass seine eigene EEE zusammen mit einer separaten EEE für die beanspruchten Ressourcen übermittelt werde (Absatz 18). Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern (einschließlich vorübergehender Zusammenschlüsse) müssen wiederum für jeden beteiligten Wirtschaftsteilnehmer eine entsprechende EEE vorlegen (Absatz 19).

Danach kommt es für die Frage, wer die EEE abgeben muss, also darauf an, ob die offene Handelsgesellschaft Touringcars als ein „Wirtschaftsteilnehmer“ oder eine „Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern“ einzuordnen ist. Vorab stellte der EuGH unter Bezugnahme auf Art. 2 Abs. 1 Nr. 10 der Richtlinie 2014/24/EU i.V.m. deren 14. Erwägungsgrund fest, dass der Begriff „Wirtschaftsteilnehmer“ weit auszulegen sei und dass eine offene Handelsgesellschaft wie die Touringcars darunter subsumiert werden könne. Ebenso hielt der Gerichtshof eine weite Auslegung des Begriffs „Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern“ für geboten und verwies zur Begründung auf Art. 19 Abs. 2 Unterabs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU. Im Weiteren unternimmt der EuGH dann den Versuch, Kriterien für eine Abgrenzung herauszuarbeiten.

Zunächst stellt der EuGH klar, dass das Kriterium des vorübergehenden bzw. dauerhaften Zusammenschlusses nicht maßgeblich ist. Anders als die den streitgegenständlichen Auftrag vergebenden Gemeinden, die niederländische Regierung und die Europäische Kommission meinten, könne eine „Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern“ auch ein dauerhafter Zusammenschluss sein.

Auf der Suche nach weiteren Abgrenzungskriterien stellt der EuGH sodann auf den Zweck der EEE ab. Diese diene dazu, dem öffentlichen Auftraggeber ein genaues und zuverlässiges Bild des Wirtschaftsteilnehmers zu verschaffen, welcher am Vergabeverfahren teilnehmen möchte. Der Auftraggeber solle sich mittels EEE versichern können, dass ein potenzielles Vertrauensverhältnis nicht zerstört sei und die Integrität und Zuverlässigkeit des Bieters beurteilt werden könne (so auch EuGH, Urt. v. 19.06.2019 - C-41/18 Rn. 29 „Meca“; Urt. v. 03.06.2021 - C-210/20 Rn. 35 „Rad Service u.a.“).

Die Mittel aller Gesellschafter eines Gemeinschaftsunternehmens gehörten hingegen nach Ansicht des EuGH nicht zu den in der EEE anzugebenden Auskünften. Ebenfalls unerheblich sei, dass die Gesellschafter des Gemeinschaftsunternehmens im gleichen Bereich tätig seien wie das Gemeinschaftsunternehmen selbst. Auch eine gesamtschuldnerische Haftung, welche die Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft Touringcars treffe, sei kein maßgebliches Abgrenzungskriterium (vgl. EuGH, Beschl. v. 30.09.2022 - C-592/21 Rn. 33 „EDIENS & KM.LV“). Erforderlich sei jedoch, dass das Gemeinschaftsunternehmen alle Ausschlussgründe anführen muss, die die einzelnen Gesellschafter oder jede andere Person betreffen, die bei einem der Gesellschafter beschäftigt und Mitglied im Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremium des Gemeinschaftsunternehmens ist oder darin Vertretungs-, Entscheidungs- oder Kontrollbefugnisse hat.

Nach diesen – zugebenermaßen etwas kryptischen und wenig stringenten – Ausführungen, mit denen der EuGH im Wesentlichen feststellt, welche Kriterien nicht maßgeblich sind, folgt sodann die wohl zentrale Aussage der Entscheidung. Nach dem EuGH kommt es für die Abgrenzung maßgeblich darauf an, in wessen Namen eine Teilnahme an dem Vergabeverfahren erfolgt. Um das zu beurteilen, müsse geklärt werden, ob ein Unternehmen nachweise, „dass es den fraglichen Auftrag ausschließlich mit eigenem Personal und Material, also mit Mitteln ausführen kann, die ihm gemäß dem Gesellschaftsvertrag von seinen Gesellschaftern übertragen wurden und über die es frei verfügen kann.“

Wenn ein Unternehmen hingegen auf die Mittel seiner Gesellschafter zurückgreife, bedürfe es weiterer Nachweise. In einem solchen Fall liege die Inanspruchnahme von Kapazitäten anderer Unternehmen i.S.v. Art. 63 der Richtlinie 2014/24/EU vor. Dies habe zur Folge, dass auch die Gesellschafter, deren Mittel in Anspruch genommen wurden, eine eigene EEE vorlegen müssen. Eine derartige Verpflichtung verstoße auch nicht gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

C. Kontext der Entscheidung

Der EuGH äußert sich im Rahmen dieses Urteils erstmals ausführlicher zur EEE, die im Rahmen der Reform 2014 eingeführt wurde. Grundsätzlich dient die Erklärung als vorläufiger Eignungsnachweis eines Wirtschaftsteilnehmers, der an einem Vergabeverfahren teilnehmen möchte. Die EEE soll unterschiedliche und abweichende nationale Eigenerklärungen durch ein Standardformular auf europäischer Ebene ersetzen (vgl. Erwägungsgrund (4) Durchführungsverordnung 2016/7/EU). Ziel ist dabei in erster Linie die Senkung des Verwaltungsaufwands im Vergabeverfahren für Auftraggeber sowie Wirtschaftsteilnehmer (vgl. Erwägungsgrund (1) Durchführungsverordnung 2016/7/EU). Der öffentliche Auftraggeber ist jedoch nach dem GWB-Vergaberecht nicht verpflichtet, die EEE zur Einreichung der Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Bieter sind jedoch berechtigt diese einzureichen (§§ 48 Abs. 3, 50 VgV; Friton in: BeckOK VergabeR, 27. Ed., § 122 GWB Rn. 42; Schaller, NZBau 2020, 19 ff.). Unionsrechtlich ist das nicht zu beanstanden (Mager in: Beck, VergabeR, 3. Aufl. 2019, § 50 VgV Rn. 9). In Deutschland wird die EEE bislang kaum verwendet, weil Auftraggeber weiterhin regelmäßig ihre eigenen Eigenerklärungen verwenden.

Die Kernaussagen des EuGH in dieser Entscheidung drehen sich um die Frage, ob ein Gemeinschaftsunternehmen bzw. eine Personengesellschaft bei der Teilnahme an einem Vergabeverfahren lediglich eine einzige EEE einzureichen hat oder zusätzlich Erklärungen seiner Gesellschafter vorlegen muss. Die Argumentation und Schlussfolgerungen des EuGH sind zwar im Einzelnen wenig stringent und daher schwer nachvollziehbar. Das Ergebnis ist nach der hier vertretenen Ansicht aber eindeutig (und wenig überraschend): Vorliegend hat Touringcars (im eigenen Namen) an dem Vergabeverfahren teilgenommen und nicht (auch) im Namen seiner Gesellschafter. Insofern handelte es sich um einen Einzelbieter und dieser muss grundsätzlich nur eine EEE abgeben. Da allerdings im konkreten Fall aufgrund verschiedener konkreter Anhaltspunkte angezweifelt wurde, ob Touringcars selbst über die entsprechenden Mittel verfügte, verlangte der Gerichtshof zusätzlich, dass Touringcars über die für die Auftragsausführung erforderlichen Mittel aufgrund einer Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag frei verfügen können muss. Im Normalfall wird ein Auftraggeber aber regelmäßig darauf vertrauen können, dass ein Unternehmen selbst über die Mittel verfügt, wenn es diese Angaben in einer EEE gemacht hat (a.A. wohl Pfarr, VergabeR 2023, 189, 190). Zur Klarstellung ist jedoch zu beachten: Bei einer klassischen Bietergemeinschaft nach deutschem Recht, bei der es sich nach herrschender Meinung auch um eine Personengesellschaft, nämlich eine grundsätzlich rechtsfähige Gesellschaft bürgerlichen Rechts i.S.d. §§ 705 ff. BGB, handelt (Gabriel in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Aufl. 2021, § 17 Rn. 12 f.), ist in der Regel nicht davon auszugehen, dass diese über die für die Auftragsausführung erforderlichen Mittel aufgrund einer Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag frei verfügen kann. Insoweit dürfte es sich hier regelmäßig um eine Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern handeln (Abs. 19 der Durchführungsverordnung 2016/7/EU, dazu sogleich).

Sehr interessant sind jedoch einige Aspekte, die der EuGH in seiner Entscheidung lediglich am Rande erläuterte. So nimmt der Gerichtshof offenbar an, dass ein Bieter auch etwaige Ausschlussgründe, die seine Gesellschafter betreffen, in einer EEE angeben muss. Das schlussfolgert er wohl aus der Zurechnungsnorm für die zwingenden Ausschlussgründe in Art. 57 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU. Die deutsche Umsetzungsnorm in § 123 Abs. 3 GWB lässt eine derart weitgehende Zurechnung nach der bislang herrschenden Meinung grundsätzlich nicht zu (Friton in: BeckOK VergabeR, 27. Ed., § 123 GWB Rn. 33 mit weiteren Nachweisen; in diesem Sinne auch Gesetzesbegründung WRegG, BT-Drs. 18/12051, 27).

Ein weiterer interessanter Gesichtspunkt der Entscheidung betrifft die Erwähnung der Regelung in Abs. 19 der Durchführungsverordnung 2016/7/EU. Danach muss jedes Mitglied einer Gruppe von

Wirtschaftsteilnehmern eine EEE abgeben. Diese Vorgabe entspricht nicht der herrschenden Meinung in Deutschland zum Umgang mit Bietergemeinschaften: Grundsätzlich können zwar alle Mitglieder einer Bietergemeinschaft Adressat von Ausschlussgründen sein und müssen entsprechende Erklärungen oder Nachweise über das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen nach den §§ 123, 124 GWB vorlegen (Friton in: BeckOK VergabeR, 27. Ed., § 122 GWB Rn. 53). Hinsichtlich der übrigen Eignungskriterien kommt es jedoch darauf an, ob die Bietergemeinschaft insgesamt die Eignungskriterien erfüllt (zu den unterschiedlichen Meinungen in Rechtsprechung und Literatur vgl. Friton, Die Festlegung und Erfüllung von Eignungsparametern nach den EU-Vergaberichtlinien und die Umsetzung im GWB-Vergaberecht 2016, 280 f. sowie zusammenfassend Friton in: BeckOK VergabeR, 27. Ed., § 122 GWB Rn. 53). Daher müssen entsprechende Erklärungen und Nachweise nicht von allen Mitgliedern vorgelegt werden. Allerdings darf der Auftraggeber hier abweichende Regelungen vorsehen (vgl. § 43 Abs. 2 Satz 3 VgV; vgl. zum Ganzen auch Opitz in: Beck, VergabeR, 4. Aufl. 2022, § 122 GWB Rn. 52 f. sowie Gabriel in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Aufl. 2021, § 17 Rn. 17). Die Vorgaben in Abs. 19 der Durchführungsverordnung 2016/7/EU haben sich bislang nicht auf diese Diskussion ausgewirkt. Dem Ziel der EEE, den Verwaltungsaufwand für öffentliche Auftraggeber zu senken, wird diese Vorgabe im Übrigen kaum gerecht.

D. Auswirkungen für die Praxis

An der bislang fehlenden Akzeptanz der EEE in Deutschland wird die Entscheidung nichts ändern. Denn an keiner Stelle lässt der EuGH erkennen, dass er die Verwendung der EEE in EU/GWB-Vergabeverfahren für zwingend hält. Dazu gab der Sachverhalt freilich auch keinen Anlass. Die methodische Vorgehensweise des EuGH zur Prüfung der Eignung bei einer Personengesellschaft wird man – unabhängig davon, ob eine EEE verwendet wird – jedoch grundsätzlich auf die deutsche Rechtslage übertragen können. Jedenfalls steht nach der Entscheidung fest, dass es sich bei einer Personengesellschaft nicht automatisch um eine Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern (bzw. eine Bietergemeinschaft) handeln muss.

Ob die Frage der Zurechnung von Fehlverhalten der Gesellschafter im Rahmen der Ausschlussgründe nach den §§ 123, 124 GWB in Deutschland zukünftig anders als bislang behandelt werden wird, ist offen. Auch wenn die dahin gehenden Ausführungen des EuGH etwas versteckt sind, legen sie doch ein deutliches weiter gehendes Verständnis nahe, als das in Deutschland bislang angenommen wird. Ohne eine Änderung der Zurechnungsnormen in § 123 Abs. 3 GWB wird sich in der Praxis aber wahrscheinlich wenig ändern. Auch im Wettbewerbsregister werden Ausschlussgründe der Gesellschafter nicht bei ihren Tochterunternehmen eingetragen. Hier müsste also wohl der nationale Gesetzgeber tätig werden und das Thema Zurechnung von Fehlverhalten in Konzernen grundsätzlich novellieren.

 Diesen Link können Sie kopieren und verwenden, wenn Sie **genau dieses Dokument** verlinken möchten:

<https://www.juris.de/perma?d=jpr-NLVG000002523>

© juris GmbH