



<b>Anmerkung zu:</b>	EuGH Große Kammer, Urteil vom 24.05.2016 - C-396/14	<b>Quelle:</b>	
<b>Autoren:</b>	Dr. Pascal Friton, LL.M., RA, Eva-Maria Meister, LL.M., RA'in	<b>Normen:</b>	§ 123 GWB, § 124 GWB, § 36 VgV 2016, § 47 VgV 2016, § 132 GWB
<b>Erscheinungsdatum:</b>	18.10.2016	<b>Fundstelle:</b>	jurisPR-VergR 1/2016 Anm. 3
		<b>Herausgeber:</b>	Dr. Lutz Horn, RA
		<b>Zitiervorschlag:</b>	Friton/Meister, jurisPR-VergR 1/2016 Anm. 3 

### Zulässigkeit der Auflösung einer zweigliedrigen Bietergemeinschaft im laufenden Vergabeverfahren

#### Tenor

**Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer nach Art. 10 der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste i.V.m. Art. 51 dieser Richtlinie ist dahin auszulegen, dass ein Auftraggeber nicht gegen diesen Grundsatz verstößt, wenn er es einem der beiden Wirtschaftsteilnehmer einer Bietergemeinschaft, die als solche von ihm zur Vorlage eines Angebots aufgefordert wurde, gestattet, nach der Auflösung dieser Bietergemeinschaft an deren Stelle zu treten und im eigenen Namen an einem Verhandlungsverfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags teilzunehmen, sofern erwiesen ist, dass dieser Wirtschaftsteilnehmer die von dem Auftraggeber festgelegten Anforderungen allein erfüllt und dass seine weitere Teilnahme an diesem Verfahren nicht zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation der übrigen Bieter führt.**

#### A. Problemstellung

Der Wechsel eines Mitglieds einer Bietergemeinschaft bzw. Bewerbergemeinschaft (im Folgenden: „Bietergemeinschaft“) ist insbesondere bei länger andauernden Vergabeverfahren von besonderer Relevanz. Insolvenzen oder Unternehmensumstrukturierungen bei einem der Mitgliedsunternehmen sind häufige Gründe dafür, dass sich die Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft noch während eines laufenden Vergabeverfahrens oder aber nach Zuschlagserteilung ändert.

Die hier besprochene Entscheidung des EuGH gibt – insbesondere unter Berücksichtigung der diesjährigen Vergaberechtsnovelle – Anlass zur Prüfung, ob die Rechtsprechung der deutschen Gerichte zu diesem Themenkomplex gegebenenfalls zu überdenken ist. Denn diese ging bisher in der vom EuGH entschiedenen Konstellation der Auflösung einer zweigliedrigen Bietergemeinschaft davon aus, dass diese regelmäßig zum Ausschluss des von ihr abgegebenen Angebots führt (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.05.2005 - Verg 28/05 Rn. 15; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.01.2005 - VII-Verg 45/04; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.05.2005 - Verg 28/05 Rn. 17; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.10.2008 - 15 Verg 9/08 Rn. 41; OLG Hamburg, Beschl. v. 31.03.2014 - 1 Verg 4/13 Rn. 59; vgl. auch: Eschenbruch in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB, 4. Aufl., § 132 Rn. 72 ff.).

#### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Für den Bau einer Eisenbahnstrecke in Dänemark machte der öffentliche Auftraggeber im Januar 2013 ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb bekannt. Er beabsichtigte, vier bis sechs Bewerber zur Abgabe von Angeboten aufzufordern.

Die aus A und P bestehende Bietergemeinschaft wurde zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren zugelassen. Den Vertrag zur Gründung der Bietergemeinschaft hatten die beiden Gesellschaften an dem Tag geschlossen, an dem durch Urteil eines nationalen Gerichts über das Vermögen von P Insolvenz eröffnet worden war. Die Bietergemeinschaft gab dennoch ein nur von den Gesellschaftern (und nicht vom Insolvenzverwalter) unterzeichnetes Angebot ab.

Nachdem der öffentliche Auftraggeber von der Insolvenz erfahren hatte, befragte er A unverzüglich zu den Auswirkungen für das laufende Vergabeverfahren. Im Anschluss teilte er sämtlichen Bietern die Entscheidung mit, dass A allein am Verfahren weiter teilnehmen kann. A reichte die folgenden zwei Angebote im eigenen Namen ein und erhielt letztlich den Zuschlag.

Auf den Antrag auf Überprüfung durch einen Konkurrenten hin legte das zuständige Gericht der zweiten Instanz die Sache dem EuGH zur Vorabentscheidung vor. Die Entscheidung des EuGH basiert auf den folgenden Kernaussagen:

Der Grundsatz der Gleichbehandlung gebietet, dass alle Bieter bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen haben, was voraussetzt, dass die Angebote aller Wettbewerber den gleichen Bedingungen unterworfen sein müssen (vgl. EuGH, Urt. v. 29.04.2004 - C-496/99 P Rn. 110; EuGH, Urt. v. 12.03.2015 - C-538/13 Rn. 33). Eine strikte Anwendung dieses Grundsatzes i.S.v. Art. 10 der Richtlinie 2004/17 i.V.m. deren Art. 51 würde zu dem Schluss führen, dass nur die Wirtschaftsteilnehmer, die als solche den Teilnahmewettbewerb durchlaufen haben, Angebote vorlegen und den Zuschlag erhalten können. Denn Art. 51 Abs. 3 der Richtlinie 2004/17 (im Wesentlichen unverändert jetzt Art. 76 Abs. 5 der Richtlinie 2014/25/EU) setzt eine rechtliche und tatsächliche Identität zwischen den in der Vorauswahl berücksichtigten Wirtschaftsteilnehmern und den Wirtschaftsteilnehmern voraus, die die Angebote vorlegen. Diese Anforderung kann jedoch gesenkt werden, um in einem Verhandlungsverfahren einen angemessenen Wettbewerb, wie ihn Art. 54 Abs. 3 der Richtlinie 2004/17 (im Wesentlichen unverändert jetzt Art. 78 Abs. 2 der Richtlinie 2014/25/EU) verlangt, zu gewährleisten. Es bleibt offen, ob der EuGH mit dieser Formulierung eine Einschränkung auf die in Art. 54 Abs. 3 der Richtlinie 2004/17 genannten Fälle bezweckt oder ob es sich dabei eher um eine generelle Erwägung handelt. Die Schlussanträge des Generalanwalts (v. 25.11.2015, insb. Rn. 58 und 66) könnten für Letzteres sprechen. Der EuGH ist diesbezüglich zwar (noch) weniger eindeutig, widerspricht dem Generalanwalt aber nicht und greift vielmehr dessen Argumente auf.

Danach kann ein Wirtschaftsteilnehmer nach Auflösung einer Bietergemeinschaft, zu der er gehörte und die von dem Auftraggeber in der Vorauswahl berücksichtigt wurde, im eigenen Namen an dem Verhandlungsverfahren unter Bedingungen weiter teilnehmen, die den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht beeinträchtigen. Ein Auftraggeber verstößt insoweit nicht gegen diesen Grundsatz, sofern erwiesen ist, dass dieser Wirtschaftsteilnehmer die von dem Auftraggeber festgelegten Anforderungen allein erfüllt und seine weitere Teilnahme an diesem Verfahren nicht zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation der übrigen Bieter führt.

Der EuGH verwies das Verfahren zurück an das vorliegende Gericht und forderte es an zwei Stellen zur ergänzenden Sachverhaltsaufklärung auf, nämlich

1. zwecks Prüfung eventueller Folgen der fehlenden Unterschrift des Insolvenzverwalters der P auf dem ersten Angebot und
2. zwecks Prüfung des Vorliegens eines Wettbewerbsvorteils der A gegenüber den übrigen Bietern durch die Übernahme von 50 Arbeitnehmern der P durch A nach der Insolvenz.

### **C. Kontext der Entscheidung**

Veränderungen im Bestand einer Bietergemeinschaft lassen sich in verschiedene Fallgruppen unterteilen. Für die rechtliche Beurteilung ist zunächst maßgeblich, ob die Veränderung im laufenden Vergabeverfahren oder nach dessen Abschluss eintritt. Zudem ist relevant, wie sich die Bietergemeinschaft verändert. Folgende Konstellationen sind denkbar:

- Ausscheiden eines Unternehmens,

- Hinzukommen eines Unternehmens,
- Austausch eines Unternehmens.

Im vorliegenden Fall ging es um die Konstellation eines ersatzlosen Ausscheidens eines Mitglieds der Bietergemeinschaft während eines laufenden Vergabeverfahrens. Die deutsche obergerichtliche Rechtsprechung differenzierte in diesen Situationen bislang danach, ob die Bietergemeinschaft – regelmäßig eine GbR (Kirch/Kues, VergabeR 2008, 32, 34) – rechtlich weiter existiert oder nicht. Begründet wurde dies mit dem Verbot der Änderung eines Angebots nach seiner Abgabe (Kirch/Kues, VergabeR 2008, 32, 36; tiefergehend: Prieß/Sachs, NZBau 2007, 763, 764 ff.). Hörte die Bietergemeinschaft nach dem Austritt eines Mitglieds auf zu existieren – was insbesondere bei der Insolvenz einer von zwei juristischen Personen einer Bietergemeinschaft der Fall ist –, war nach der bisherigen Rechtsprechung grundsätzlich der Ausschluss vom Vergabeverfahren die Folge (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.05.2005 - Verg 28/05 Rn. 15; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.10.2008 - 15 Verg 9/08 Rn. 41; OLG Hamburg, Beschl. v. 31.03.2014 - 1 Verg 4/13 Rn. 59). Denn die Auflösung der juristischen Person bedeute einen Wechsel in der Identität des Bieters und führe damit zu einer unzulässigen Angebotsänderung (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.05.2005 - Verg 28/05 Rn. 17). Diese Ansicht wurde auch in der Literatur weitestgehend anerkannt bzw. übernommen (Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, Rn. 83; Lux, NZBau 2012, 680, 682; Eschenbruch in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB, § 132 Rn. 73; Prieß/Sachs, NZBau 2007, 763, Rn. 6, m.w.N.; a.A. Kirch/Kues, VergabeR 2008, 32, 38).

Fraglich ist allerdings, ob von dieser Sichtweise bei einem Verhandlungsverfahren, bei dem Änderungen an den Angeboten auch nach deren Abgabe noch möglich sind, eine Ausnahme gemacht werden kann. Das hat das OLG Düsseldorf jedenfalls für den Fall einer – hinreichend transparenten – Verschmelzung eines Einzelbieters auf ein anderes Unternehmen bejaht (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 03.08.2011 - VII-Verg 16/11 Rn. 57; einschränkend: Gabriel/Benecke/Geldsetzer, Die Bietergemeinschaft, S. 51). Als Grund für die unterschiedliche Bewertung wurde angeführt, dass in einem Verhandlungsverfahren kein Verbot der Änderung eines bereits abgegebenen Angebots besteht (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 03.08.2011 - VII-Verg 16/11 Rn. 60; dagegen Lux, NZBau 2012, 680, 683). Auf Veränderungen im Bestand einer Bietergemeinschaft im laufenden Verhandlungsverfahren wurde diese Entscheidung bislang nicht übertragen. Im Gegenteil, in einer älteren Entscheidung ging das OLG Karlsruhe davon aus, dass die Auflösung einer zweigliedrigen Bietergemeinschaft auch im Verhandlungsverfahren unzulässig sei (OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.10.2008 - 15 Verg 9/08; ebenso kritisch Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, Rn. 75).

Schwieriger zu beurteilen ist die Rechtslage, wenn die Bietergemeinschaft trotz des Ausscheidens eines ihrer Mitglieder als juristische Person bestehen bleibt, oder sich sonst in ihrem Gesellschafterbstand etwas ändert. Dann wird die Frage virulent, ob die Veränderung in der Zusammensetzung der Bietergemeinschaft (auch) eine Änderung in der Person des Bieters und damit des Angebots nach sich zieht, mit der dann unvermeidbaren Folge des Angebotsausschlusses. Das OLG Düsseldorf bejahte das in einigen älteren Entscheidungen (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.01.2005 - VII-Verg 45/04; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.05.2005 - Verg 28/05 Rn. 17). Hingegen vertrat das OLG Celle (Beschl. v. 05.09.2007 - 13 Verg 9/07 Rn. 57 ff.) für solche Konstellationen – unterstützt von großen Teilen des Schrifttums (Prieß/Sachs, NZBau 2007, 763, 764 f.; Kirch/Kues, VergabeR 2008, 32, 36 f.; Lux, NZBau 2012, 680, 682) – eine gegenteilige Auffassung. Danach sei allein das Gesellschaftsrecht maßgeblich, ob sich die Person des Bieters (und damit auch das Angebot) geändert habe. Eine Bietergemeinschaft sei eine teilrechtsfähige Außen-GbR, so dass ein Wechsel im Mitgliederbestand keinen Einfluss auf den Fortbestand der mit der Gesellschaft bestehenden Rechtsverhältnisse haben könne (OLG Celle, Beschl. v. 05.09.2007 - 13 Verg 9/07 Rn. 58). Zudem käme es andernfalls zu einer Schlechterstellung im Vergleich zur Insolvenz eines Einzelbieters (OLG Celle, Beschl. v. 05.09.2007 - 13 Verg 9/07 Rn. 62), bei dem der Ausschluss anerkanntermaßen im Ermessen der Vergabestelle liege (Kirch/Kues, VergabeR 2008, 32, 37).

## **D. Auswirkungen für die Praxis**

Welche Bedeutung das Urteil des EuGH zukünftig haben wird, ist insbesondere in Anbetracht der Vergaberechtsnovelle ungewiss.

### **I. Auswirkungen mit Blick auf die bisherige deutsche Rechtsprechung**

Verglichen mit der bisherigen deutschen Rechtsprechung könnte das EuGH-Urteil die Möglichkeit eröffnen, bei der Prüfung, ob ein Ausschluss zu erfolgen hat, einen etwas flexibleren und weniger

formalen Weg zu gehen. Der EuGH geht mit seiner Entscheidung über das hinaus, was die deutsche obergerichtliche Rechtsprechung bislang als Grenze für Änderungen in einer Bietergemeinschaft anerkannt hat (Summa, VPR 2016, 146).

Das gilt insbesondere für die Wahl des Begründungsansatzes: Statt hier auf den von der deutschen Rechtsprechung hervorgehobenen formalen Aspekt zu rekurrieren, dass eine Änderung des Angebots durch den Wegfall eines Mitglieds der Bietergemeinschaft zumindest im Verhandlungsverfahren zulässig ist, hat sich der EuGH bei seiner Bewertung der Zulässigkeit des Bieterwechsels vor allem auf die folgenden materiellen Voraussetzungen konzentriert:

- Der verbleibende Bieter muss die vom öffentlichen Auftraggeber festgelegten Anforderungen alleine erfüllen können, und
- seine weitere Teilnahme am Verfahren darf nicht zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation der anderen Bieter führen (Rn. 43 f. des Besprechungsurteils).

Dabei versäumt es der EuGH zwar, die zweite Voraussetzung (keine Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation der übrigen Bieter) in einer für künftige Auftragsvergaben weiterführenden Form zu konkretisieren. Dennoch wird zumindest in der Tendenz deutlich, dass es dem EuGH mehr auf die materielle Frage der Wettbewerbsbeeinträchtigung im Einzelfall ankommt als auf die formale Frage der Zulässigkeit einer Angebotsänderung. Es lässt sich vor diesem Hintergrund gut vertreten, dass die Entscheidung auf sonstige zweistufige und wohl auch auf offene Vergabeverfahren übertragen werden kann. Dafür könnten auch die Schlussanträge des Generalanwalts sprechen (vgl. die eher allgemeinen Ausführungen, Schlussanträge v. 25.11.2015 - C-396/14 Rn. 66). Allerdings könnten die Ausführungen des EuGH wegen des ausdrücklichen Verweises auf Art. 54 Abs. 3 der Richtlinie 2004/17 natürlich auch anders interpretiert werden.

## **II. Auswirkungen unter Berücksichtigung der Vergaberechtsnovelle**

Wie sich das Urteil des EuGH auf die künftige Praxis auswirkt und ob die deutsche Rechtsprechung anhand der dargestellten Voraussetzungen weiterentwickelt wird, hängt ganz wesentlich auch von der Auslegung der mit der Vergaberechtsnovelle neu geschaffenen Vorschriften ab. Denn die Reichweite des in der VgV neu geregelten § 47 Abs. 2 Sätze 3 bis 5 und Abs. 4 – die Parallelvorschrift in § 6d VOB/A-EU enthält keinen mit § 47 Abs. 4 VgV vergleichbaren Verweis für Bietergemeinschaften – für Veränderungen in der (eignungsleihenden) Bietergemeinschaft ist noch weitgehend ungeklärt. Gemeinsam mit der Entscheidung des EuGH könnte die Neuregelung daher Ausgangspunkt für eine Änderung der Rechtsprechung im Bereich des Wechsels eines Unternehmens in der Bietergemeinschaft bilden.

### **1. Inhalt des § 47 VgV**

Nach § 47 Abs. 2 und 4 VgV muss der öffentliche Auftraggeber von den Bietern oder Bietergemeinschaften in zwei Fällen die Ersetzung des eignungsleihenden Unternehmens oder eines ihrer Mitglieder verlangen, nämlich (i) wenn das eignungsleihende Unternehmen bzw. Mitglied einer Bietergemeinschaft das von ihm zu erfüllende Eignungskriterium nicht (mehr) erfüllt oder (ii) wenn bei ihm ein zwingender Ausschlussgrund nach § 123 GWB vorliegt. Im Falle eines fakultativen Ausschlussgrunds nach § 124 GWB kann der öffentliche Auftraggeber eine Ersetzung vorschreiben, muss das aber nicht (z.B. falls andere Möglichkeiten zur Beseitigung des Ausschlussgrunds vorliegen). In allen Fällen sind eignungsleihende Unternehmen und eignungsleihende Mitglieder einer Bietergemeinschaft gemäß § 47 Abs. 4 VgV vollkommen gleichgestellt. Eine ähnliche Vorschrift existiert mit § 36 Abs. 5 VgV auch für Unterauftragnehmer.

### **2. Einschränkung durch die Verordnungsbegründung?**

Nach der Verordnungsbegründung soll die in § 47 VgV geregelte Ersetzung jedoch nur dann möglich sein, wenn sich dadurch das vom Bieter abgegebene Angebot nicht ändert. Denn die Eignungsleihe betreffe nur die Frage der Eignung des Bieters (BT-Drs. 18/7318, S. 240). Der Ordnungsgeber gibt mit der Bezugnahme auf die Thematik der Angebotsänderung zu erkennen, dass er die bisherige deutsche Rechtsprechung kennt und daran wohl im Grundsatz festhalten will. Das jedoch erschließt sich, insbesondere unter Berücksichtigung des insoweit eindeutigen und schrankenlosen Wortlauts, nicht:

Zwar wurde in der bisherigen Rechtsprechung teilweise vertreten, dass eine Eignungsleihe das Angebot in der Regel nicht unmittelbar betrifft (vgl. OLG Saarbrücken, Beschl. v. 02.04.2013 - 1 Verg 1/13 Rn. 80). Denn die Eignungsleihe stellt lediglich einen Aspekt der Eignungsprüfung durch den öffentlichen Auftraggeber dar, und Eignungsprüfung und Angebotsabgabe sind strikt zu trennen

(Hausmann/von Hoff in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB, § 122 Rn. 5). Anders kann das jedoch in dem – durch Abs. 4 gleichgestellten – Fall des eignungsleihenden Mitglieds einer Bietergemeinschaft sein. Denn Veränderungen in der Bietergemeinschaft werden in dem meisten Fällen das Angebot unmittelbar betreffen. Folglich hätte die Gleichstellung der Bietergemeinschaft auf Fälle beschränkt werden müssen, in denen eine Änderung des Angebots nicht erfolgt bzw. eine solche zumindest im laufenden Verfahren noch zulässig ist. All das ist jedoch im Wortlaut des § 47 Abs. 2, 4 VgV nicht zum Ausdruck gekommen. Darüber hinaus ist auch auf § 36 Abs. 5 VgV hinzuweisen, der für Nachunternehmer ebenfalls eine Pflicht (bei zwingenden Ausschlussgründen) oder eine Möglichkeit (bei den nicht-zwingenden Ausschlussgründen) zur Ersetzung regelt. Auch die Ersetzung des Nachunternehmers wird in der Regel zu einer Änderung des Angebots führen. Es ist daher fraglich, wie weit der Grundsatz des Verbots der Änderung des Angebots bei personenbezogenen Änderungen überhaupt noch Anwendung findet.

Folgte man dennoch der in der Verordnungsbegründung in Verbindung mit der bisherigen Rechtsprechung zum Ausdruck gekommenen Intention, so stellte sich die Frage, wann überhaupt ein eignungsleihendes Mitglied der Bietergemeinschaft ersetzt werden kann, ohne dass es zu einer – von § 47 Abs. 2, 4 VgV vermeintlich nicht erfassten – (unzulässigen) Änderung des Angebots kommt. Vor diesem Hintergrund wäre – trotz des viel weitergehenden Wortlauts der Vorschrift – eine Ersetzung wohl allenfalls im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens denkbar.

### **3. Stellungnahme**

Insgesamt spricht vieles dafür, bei Änderungen im Bestand einer Bietergemeinschaft mit dem EuGH – anders als die sehr auf formale Aspekte abstellende deutsche Rechtsprechung – auf inhaltliche Kriterien wie das Fortbestehen der Eignung und das (fehlende) Risiko einer Wettbewerbsbeschränkung abzustellen.

Gegen eine formale Sichtweise spricht nicht zuletzt auch der im GWB neu geschaffene § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4. Auch dieser ermöglicht in Weiterentwicklung der Rechtsprechung der europäischen Gerichte seit der „Presetext“-Entscheidung (EuGH, Urt. v. 19.06.2008 - C-454/06) den Austausch eines Auftragnehmers ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens unter bestimmten Voraussetzungen. Zwar lässt sich diese für Änderungen während der Vertragslaufzeit geschaffene Vorschrift nicht auf Veränderungen während des Vergabeverfahrens übertragen. Jedoch enthält auch § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 GWB ausweislich seiner Voraussetzungen den Rechtsgedanken, Veränderungen im Bestand des Bieters bzw. Auftragnehmers einzelfallbezogen zu betrachten und erachtet einen Wechsel gerade nicht per se als unzulässig.