

Anmerkung zu:	EuGH 8. Kammer, Urteil vom 10.11.2022 - C-631/21
Autoren:	Dr. Roland M. Stein, LL.M., RA, Joshua Haenel, Wissenschaftlicher Mitarbeiter
Erscheinungsdatum:	23.06.2023
Quelle:	
Normen:	§ 48 VgV 2016, § 50 VgV 2016, § 43 VgV 2016, § 123 GWB, EGRL 18/2004... mehr
Fundstelle:	jurisPR-Compl 3/2023 Anm. 3
Herausgeber:	Prof. Dr. Norbert Nolte, RA
Zitiervorschlag:	Stein/Haenel, jurisPR-Compl 3/2023 Anm. 3 

Anforderungen an die Erbringung von Eignungsnachweisen bei Gemeinschaftsunternehmen

Tenor

Art. 59 Abs. 1 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 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Nr. 10 und Art. 63 dieser Richtlinie sowie Anhang 1 der Durchführungsverordnung (EU) 2016/7 der Kommission vom 5. Januar 2016 zur Einführung des Standardformulars für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung 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 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

Der EuGH beschäftigt sich in diesem Urteil mit der Auslegung der Art. 2, 19, 59 und 63 der Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe sowie der Durchführungsverordnung 2016/7/EU. Inhaltlich geht es um die Anforderungen hinsichtlich der Vorlage von Eignungsnachweisen von Gemeinschaftsunternehmen im Vergabeverfahren.

Das Urteil beinhaltet einige Beurteilungen, die für Unternehmen bei der Teilnahme an Vergabeverfahren von Bedeutung sind. Der EuGH äußert sich in diesem Zusammenhang erstmalig zur Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (im Folgenden „EEE“), welche in der praktischen Anwendung von öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen hierzulande noch von geringer Bedeutung ist. Ob sich dies künftig ändern wird und was Unternehmen hinsichtlich der Handhabung der EEE zu empfehlen ist, soll in diesem Beitrag unter anderem beleuchtet werden.

Im Zusammenhang mit den Äußerungen zur EEE trifft der EuGH diverse relevante Feststellungen in Bezug auf Eignungsanforderungen bei Unternehmenszusammenschlüssen. Bei solchen forderten öffentliche Auftraggeber bislang einen einzigen Eignungsnachweis des Gemeinschaftsunternehmens insgesamt sowie den Nachweis über das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen der einzelnen am Konsortium beteiligten Unternehmen. Der EuGH äußert im Rahmen dieses Urteils eine abweichende Ansicht, was zur Neubewertung dieser Problematik führen und erhöhte Anforderungen für Unternehmen darstellen kann.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall geht es um die öffentliche Auftragsvergabe hinsichtlich der Beförderung von Grundschulern im Rahmen des Sportunterrichts. Bis ins Jahr 2019 war das niederländische Unternehmen „Taxi Horn Tours BV“ (im Folgenden „Taxi Horn Tours“) mit der Ausführung des Auftrags betraut. Der öffentliche Auftraggeber – zwei niederländische Gemeinden – beschloss, den Auftrag für den Zeitraum von 2020 bis 2028 nicht zu verlängern, sondern schrieb diesen in einem unionsweiten offenen Verfahren neu aus. Eignungsnachweise der Bieter waren dabei in Form einer EEE abzugeben.

Neben Taxi Horn Tours gab auch das Unternehmen „Touringcars VOF“ (bei welchem es sich um eine offene Handelsgesellschaft niederländischen Rechts handelt, im Folgenden „Touringcars“) ein Angebot ab. Die Gemeinden beabsichtigten in der Folge, aufgrund wirtschaftlicher Erwägungen den Zuschlag dem letzteren Unternehmen zu erteilen und teilten dies der Taxi Horn Tours mit.

Gegen diese von den Gemeinden geplante Entscheidung ging die Taxi Horn Tours gerichtlich – in erster Instanz jedoch erfolglos – vor. Das Berufungsgericht erachtete in der Folge diverse Gesichtspunkte für klärungsbedürftig. Unklar sei demnach gewesen, ob – wie von der Taxi Horn Tours bemängelt – eine einzige EEE der Touringcars ausreichte oder ob gesonderte Erklärungen aller involvierten GesellschafterInnen erforderlich waren. Ebenfalls zu klären sei, ob der Charakter des Gemeinschaftsunternehmens (dauerhafte oder vorübergehende Natur) oder die Umstände, dass das Unternehmen keine juristische Person ist oder dass die GesellschafterInnen des Unternehmens gesamtschuldnerisch haften, im Rahmen der Urteilsfindung eine Rolle spielen. Im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV sollte der EuGH zu diesen Fragen Stellung beziehen.

Unter Bezugnahme auf Anhang 1 der Durchführungsverordnung 2016/7/EU traf der EuGH zunächst Feststellungen genereller Art. So müsse nach Absatz 17 der Verordnung ein Wirtschaftsteilnehmer, der an einem Vergabeverfahren teilnimmt und keine Kapazitäten anderer Unternehmen beansprucht, eine Eigenerklärung ausfüllen, um die Eignungskriterien zu erfüllen. Im Fall einer Inanspruchnahme unternehmensfremder Kapazitäten durch den Wirtschaftsteilnehmer muss dieser mit seiner eigenen EEE auch eine separate Erklärung des beanspruchten Unternehmens einreichen (Abs. 18 Durchführungsverordnung 2016/7/EU). Sofern eine Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern (worunter auch vorübergehende Zusammenschlüsse fallen) am Vergabeverfahren teilnehmen will, hat gemäß Art. 19 der Durchführungsverordnung 2016/7/EU jeder beteiligte Wirtschaftsteilnehmer eine EEE vorzulegen.

Um eine sachdienliche Antwort auf die Frage zu geben, von wem eine EEE vorzulegen ist, müssen die Begriffe „Wirtschaftsteilnehmer“ und „Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern“ demnach voneinander abgegrenzt werden. Unter Heranziehung von Vorschriften aus der Richtlinie 2014/24/EU stellt der EuGH zunächst fest, dass beide Begriffe weit auszulegen seien. Zudem sei eine Unterscheidung hinsichtlich des vorübergehenden oder dauerhaften Charakters eines Unternehmens nicht maßgeblich, so dass eine „Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern“ auch ein dauerhafter Zusammenschluss sein könne.

Sinn und Zweck der EEE sei es, Auftraggebern ein genaues und zuverlässiges Bild des sich am Vergabeverfahren beteiligenden Wirtschaftsteilnehmers zu verschaffen. Auftraggebern soll es so möglich sein, ein potenzielles Vertrauensverhältnis bilden zu können und die Integrität und Zuverlässigkeit des Bieters zu beurteilen (so auch EuGH, Urt. v. 19.06.2019 - C-41/18 Rn. 29 „Meca“; EuGH, Urt. v. 03.06.2021 - C-210/20 Rn. 35 „Rad Service u.a.“). Zu den in der EEE enthaltenen potenziell vertrauensbildenden Auskünften gehören nach Ansicht des EuGH jedoch nicht die Mittel aller Gesellschafter eines Gemeinschaftsunternehmens. Ebenfalls für die Abgrenzung nicht von Relevanz sei die im Rahmen der Personengesellschaft bestehende gesamtschuldnerische Haftung (so auch EuGH, Urt. v. 30.09.2022 - C-592/21 Rn. 33 „EDIENS & KM.LV“).

Nach dem EuGH sei von zentraler Relevanz für die Abgrenzung, in wessen Namen eine Teilnahme am Vergabeverfahren erfolge. Wenn ein Unternehmen in der Lage sei, den Auftrag ausschließlich mit unternehmenseigenen Mitteln – also solchen Mitteln, die gemäß dem Gesellschaftsvertrag auf

das Unternehmen übertragen worden sind – zu bewerkstelligen, reiche ein einziger Nachweis aus. Sofern hingegen ein Rückgriff auf die Mittel der Gesellschafter notwendig sei, liege eine Inanspruchnahme von Kapazitäten anderer Unternehmen i.S.v. Art. 63 der Richtlinie 2014/24/EU vor. In einem solchen Fall müssten die Gesellschafter, deren Mittel beansprucht wurden, zusätzlich eigene Nachweise vorlegen.

Darüber hinaus müsse ein Gemeinschaftsunternehmen alle Ausschlussgründe anführen, 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.

C. Kontext der Entscheidung

Grundgedanke der EEE ist die Ersetzung verschiedener nationaler Eigenerklärungen durch ein europäisch standardisiertes Formular (vgl. Erwägungsgrund 4 zur Durchführungsverordnung 2016/7/EU). Die EEE soll die Eignungsprüfung vorstrukturieren und erleichtern. Insbesondere soll sie zur Senkung des Verwaltungsaufwands im Vergabeverfahren beitragen (Erwägungsgrund 1 zur Durchführungsverordnung 2016/7/EU). Eine Verpflichtung zur Verwendung hat der EU-Gesetzgeber indessen nicht normiert (vgl. dazu auch Abschnitt D). Öffentlichen Auftraggebern steht es (auch) in Deutschland daher frei, sich zwischen der Einreichung einer EEE oder anderer nationaler Erklärungen zu entscheiden. Bieter sind jedoch auch in letzterem Fall dazu berechtigt, ihren Eignungsnachweis mittels EEE zu erbringen (§§ 48 Abs. 3, 50 VgV; Friton in: BeckOK VergabeR, 27. Ed., § 122 GWB Rn. 42; Schaller, NZBau 2020, 19). In Deutschland fordern öffentliche Auftraggeber die Einreichung einer EEE äußerst selten, weshalb in der Konsequenz Bieter überwiegend von deren Vorlage absehen.

Im Kern behandelt das Urteil die Frage, ob ein Gemeinschaftsunternehmen nur eine einzige EEE vorlegen muss oder zusätzliche Erklärungen seiner Gesellschafter einzureichen hat, wenn es an einem Vergabeverfahren teilnimmt. Auch wenn die Argumentation des EuGH im Einzelnen nicht immer nachvollziehbar scheint, kommt er dennoch zu dem eindeutigen Ergebnis: Die Vorlage einer einzelnen EEE reiche nur dann aus, wenn sich ein Einzelbieter oder ein Gemeinschaftsunternehmen, das lediglich unternehmenseigene Kapazitäten verwendet, am Vergabeverfahren beteiligen möchte.

Von Bedeutung sind zudem die im Urteil eher nebensächlich erscheinenden Ausführungen des EuGH hinsichtlich der Zurechnung von Ausschlussgründen. Danach seien Bietende verpflichtet, auch die Ausschlussgründe der einzelnen Gesellschafter anzugeben. Die entsprechende im deutschen Recht umgesetzte Norm (§ 123 GWB) erfährt hierzulande allerdings keine so weitreichende Auslegung. Der deutsche Gesetzgeber sieht wohl vielmehr eine Zurechnung von Rechtsverstößen eines Konzernteils zum Gesamtkonzern als unzulässig an (vgl. Friton in: BeckOK VergabeR, § 123 GWB Rn. 33).

Ebenfalls entgegen der hierzulande herrschenden Meinung befand der EuGH, dass jedes Mitglied einer Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern eine EEE abzugeben habe. Diese Sichtweise des EuGH scheint derweil dem Ziel der EEE, Verwaltungsaufwand zu reduzieren, zuwiderzulaufen. Im Umgang mit Bietergemeinschaften fordern öffentliche Auftraggeber in Deutschland bislang lediglich den Nachweis über das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen aller Mitglieder der Gemeinschaft. Darüberhinausgehende Erklärungen und Nachweise müssen nur für die Bietergemeinschaft insgesamt vorliegen und nicht für jedes Gemeinschaftsmitglied. Unter Umständen kann der öffentliche Auftraggeber allerdings höhere Anforderungen stellen (§ 43 Abs. 2 Satz 3 VgV).

D. Auswirkungen für die Praxis

Zu einem häufigeren Einsatz der EEE in Deutschland wird das Urteil wohl nicht beitragen. Auch wenn etwa die Kommission von einer Pflicht zur Verwendung auszugehen scheint, sah der Gesetzgeber eine solche nicht vor. Der EuGH bezieht zu einer möglichen Verwendungspflicht nicht Stellung. Auch zu einer Empfehlung der Verwendung der EEE finden sich im Urteil keine expliziten Anhaltspunkte. Somit steht es öffentlichen Auftraggebern nach wie vor frei, die Eignungsnachweise in Form einer EEE zu fordern oder eigene Dokumente dafür bereitzustellen. Auch Unternehmen können also weiterhin – sofern von öffentlichen Auftraggebern im konkreten Verfahren nicht anderweitig verlangt – selbst entscheiden, ob sie ihre Eignung mittels EEE oder anderweitig nachweisen. Nach dem Urteil steht indessen fest, dass eine Personengesellschaft (wie im konkreten Fall eine offene Handelsgesellschaft) nicht automatisch als Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern anzusehen ist. Die zu dieser Beurteilung geführte Prüfung kann entsprechend in deutschem Recht auf

Bietergemeinschaften (welche nach herrschender Meinung Personengesellschaften sind) Anwendung finden.

Generell sollten Unternehmen im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen im Vorfeld der Teilnahme an einem Vergabeverfahren genau prüfen, welche Anforderungen zu erfüllen sind. Entsprechend dem Vorgehen des EuGH ist dabei zu beurteilen, ob für den Auftrag ausschließlich unternehmenseigene Mittel verwendet werden. Nur wenn dies der Fall ist, reicht ein einzelner Eignungsnachweis für das Gesamtunternehmen aus. Kommt man jedoch zu dem Schluss, dass die unternehmenseigenen Mittel voraussichtlich nicht ausreichen, um den Auftrag erfolgreich auszuführen, so sind weitere Nachweise für jedes beanspruchte Unternehmen einzureichen. Daran sollten sich Unternehmen halten, um Unannehmlichkeiten im Rahmen des Vergabeverfahrens (bis hin zum Ausschluss) zu vermeiden.

Bei Bietergemeinschaften liegt häufig keine vertragliche Vereinbarung vor, wonach die Gemeinschaft über erforderliche Mittel der Gesellschafter frei verfügen kann. Dementsprechend dürfte ein einzelner Eignungsnachweis für die Bietergemeinschaft als solche (entsprechend der Ansicht des EuGH) nun in der Regel nicht mehr genügen.

Auch wäre nach der Auslegung des EuGH Vorsicht hinsichtlich möglichen Fehlverhaltens der einzelnen Gesellschafter geboten. Die weit ausgelegte Zurechnung birgt für Unternehmen ein nicht zu unterschätzendes Risiko. Ob allerdings diese Zurechnungsproblematik in der deutschen Praxis tatsächlich in Zukunft anders behandelt wird, ist fraglich. Denn dafür bedarf es wohl eines Tätigwerdens des nationalen Gesetzgebers, da nach § 123 Abs. 3 GWB einem Unternehmen nur das Verhalten einer Person zugerechnet wird, die verantwortlich für die Leitung des Unternehmens gehandelt hat. Ähnliches gilt im Hinblick auf das Wettbewerbsregister, in welchem etwaige Ausschlussgründe von Gesellschaftern bei deren Tochterunternehmen nicht aufgeführt sind. Damit die weitreichende Auslegung des EuGH in der deutschen Vergaberechtspraxis Anwendung findet, müsste der Gesetzgeber folglich diverse Anpassungen hinsichtlich der Zurechnung von Fehlverhalten in Konzernen vornehmen.



Diesen QR-Code scannen, wenn Sie **genau dieses Dokument** öffnen möchten.

© juris GmbH