

Anmerkung zu:	EuGH 5. Kammer, Urteil vom 26.09.2019 - C-63/18
Autoren:	Dr. Pascal Friton, LL.M., RA, Josefa Dengler, LL.M., RA'in
Erscheinungsdatum:	14.07.2020
Quelle:	
Normen:	§ 47 VgV 2016, § 36 VgV 2016, EUV 2015/2170, EGRL 18/2004, EURL 24/2014
Fundstelle:	jurisPR-VergR 7/2020 Anm. 1
Herausgeber:	Prof. Dr. Lutz Horn, RA
Zitiervorschlag:	Friton/Dengler, jurisPR-VergR 7/2020 Anm. 1

Vergabe öffentlicher Aufträge - keine Beschränkung des Bieters bei Vergabe von Unteraufträgen auf 30 Prozent des Auftragsgesamtwerts

Tenor

Die 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 in der durch die Delegierte Verordnung (EU) 2015/2170 der Kommission vom 24. November 2015 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden entgegensteht, die den Teil des Auftrags, den der Bieter als Unterauftrag an Dritte vergeben darf, auf 30% beschränkt.

A. Problemstellung

In dem Urteil nimmt der EuGH Stellung zur vergaberechtlichen Zulässigkeit quantitativer Beschränkungen beim Einsatz von Unterauftragnehmern. Der EuGH lehnt eine Beschränkung durch eine abstrakte Quote von 30% des Auftragswerts als unverhältnismäßig ab. Damit setzt das Urteil im Ergebnis die bisherige Rechtsprechungspraxis des Gerichtshofs fort, die quantitative Beschränkungen beim Einsatz von Unterauftragnehmern ablehnt. Während die bisherige Rechtsprechung hierzu allerdings auf der Grundlage der Richtlinie 2004/18/EG erfolgte, ergeht mit dem vorliegenden Urteil nun erstmals eine Entscheidung zur neuen Vergaberichtlinie 2014/24/EU. Die Begründung der Entscheidung ist durchaus bemerkenswert.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

In dem Ausgangsverfahren schloss der öffentliche Auftraggeber Autostrade per l'Italia SpA den Bieter Vitali SpA von einem Verfahren zur Vergabe von Arbeiten an einer Autobahnfahrspur aus. Der Ausschluss erfolgte aufgrund einer Vorschrift des italienischen Vergaberechts, die vorsah, dass die Vergabe von Unteraufträgen den Wert von 30% des Gesamtbetrags des Bau-, Dienstleistungs- oder Lieferauftrags nicht überschreiten darf. Hintergrund der Regelung sind Bestrebungen des italienischen Gesetzgebers, die Teilnahme an öffentlichen Aufträgen für kriminelle Organisationen weniger attraktiv zu machen. Hierdurch soll einer Infiltration öffentlicher Aufträge durch

die Mafia vorgebeugt werden, die oftmals von den wenig transparenten Zuständen bei der Unterauftragsvergabe profitiert.

Der Bieter klagte vor dem Regionalen Verwaltungsgericht für die Lombardei gegen den Ausschluss. Das Gericht setzte das Verfahren aus und legte dem EuGH ein Vorabentscheidungsersuchen zu der Frage vor, ob die quantitative Beschränkung mit der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit, der Vergaberichtlinie 2014/24/EU und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist.

Der EuGH bestätigt mit der Entscheidung erneut, dass eine abstrakte prozentuale Beschränkung der Unterauftragsvergabe dem europäischen Recht widerspricht. Der Gerichtshof erkennt zwar auch das Bedürfnis des öffentlichen Auftraggebers nach größtmöglicher Transparenz bei der Vergabe von Aufträgen an, um der Infiltration öffentlicher Aufträge durch die organisierte Kriminalität entgegenzuwirken. Das stehe jedoch im Konflikt mit dem Ziel der Richtlinie 2014/24/EU, kleineren und mittleren Unternehmen den Zugang zu öffentlichen Aufträgen zu erleichtern. Nach sorgfältiger Auslegung der Richtlinie entscheidet der EuGH daher zugunsten der Wettbewerbsstärkung. Neben dem mit der Richtlinie verfolgten Ziel stützt sich der Gerichtshof dabei insbesondere auf einen Vergleich mit der Vorgängervorschrift des Art. 71 der Richtlinie 2014/24/EU, den Art. 25 der Richtlinie 2004/18/EG.

Zunächst stellt der EuGH heraus, dass die Richtlinie 2014/24/EU dem Auftragnehmer eines öffentlichen Auftrags grundsätzlich ermöglicht, sowohl für den Nachweis der Eignung (Eignungsleihe) als auch für die Ausführung des Auftrags (Nachunternehmer) auf Dritte zurückzugreifen, was sich positiv auf den Wettbewerb auswirke. Hierzu bezieht sich der Gerichtshof auf seine bisherige Rechtsprechungspraxis (Rn. 24 ff., etwa EuGH, Urt. v. 05.04.2017 - C-298/15 Rn. 48 „Borta“; EuGH, Urt. v. 14.07.2016 - C-406/14 Rn. 31 ff. „Wrocław – Miasto na prawach powiatu“).

Der Gerichtshof führt dann aus, dass Art. 71 der Richtlinie 2014/24/EU zwar bereits spezifische Regelungen für den Fall der Unterauftragsvergabe vorsehe, die Mitgliedstaaten aber weitere, strengere Maßnahmen bestimmen dürften. So können die Mitgliedstaaten etwa vorsehen, dass der öffentliche Auftraggeber den Bieter auffordern kann, ihm bekannt zu geben, ob er Unteraufträge zu vergeben gedenkt (Rn. 29 ff.). Dies könne insbesondere zu dem von der Vergaberichtlinie anerkannten Zweck erfolgen, die Teilnahme krimineller Organisationen an Vergabeverfahren weniger attraktiv zu machen (Rn. 31 ff.). Darüber hinaus stehe den Mitgliedstaaten hinsichtlich von Maßnahmen, die das vergaberechtliche Transparenzgebot gewährleisten sollen, ein gewisses Ermessen zu. Der Gerichtshof betont, dass so den unterschiedlichen rechtlichen, historischen und wirtschaftlichen Umständen in den EU-Ländern am besten Rechnung getragen werden könne (Rn. 36).

Den Kern der Entscheidung bildet eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung. Unter Verweis auf seine bisherige Rechtsprechung wertet der Gerichtshof die Bekämpfung von Kriminalität im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe zunächst als legitimes Ziel, das eine Einschränkung der Grundfreiheiten oder Grundsätze des AEUV rechtfertigen könne (Rn. 37). Die Eignung des italienischen Gesetzes zur Erreichung dieses Ziels wird offengelassen, da die Beschränkung aber jedenfalls nicht erforderlich sei (Rn. 38). Der EuGH begründet das insbesondere damit, dass die pauschale Verbotsvorschrift keine Einzelfallprüfung erlaube (Rn. 40). Dies führe dazu, dass der Bieter für alle Aufträge einen wesentlichen Teil der Arbeiten selbst erfüllen müsse, da er andernfalls zwangsläufig vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werde (Rn. 41). Davon abgesehen stellt der Gerichtshof fest, dass dem italienischen Gesetzgeber mildere Mittel im Kampf gegen die organisierte Kriminalität zur Hand stünden (Rn. 42). Den von der italienischen Regierung erhobenen Einwand, die im nationalen Recht vorgesehenen Überprüfungen des Bieters durch den öffentlichen Auftraggeber hinsichtlich einer Verwicklung in die organisierte Kriminalität seien wirkungslos, hält

der EuGH für unerheblich. Denn dies ändere nichts an der beschränkenden Eigenschaft der italienischen Regelung. Im Übrigen habe die italienische Regierung nicht dargelegt, dass die in der Richtlinie 2014/24/EU enthaltenen Regelungen zur Begrenzung des Einsatzes von Unterauftragnehmern und zu den Ausschlussgründen für Bieter nicht schon so umgesetzt werden könnten, dass das Ziel der Bekämpfung der organisierten Kriminalität bei der öffentlichen Auftragsvergabe erreicht würde (Rn. 44).

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung fügt sich – im Ergebnis – in die Spruchpraxis der europäischen Richter zur Möglichkeit der Begrenzung der Unterauftragsvergabe ein. Schon länger vertritt der Gerichtshof die Auffassung, dass ein Gebot der Selbstausführung dem europäischen Recht widerspricht (weitere Nachweise bei Friton/Meister, jurisPR-VergR 1/2017 Anm. 2; zum Unterschwellenbereich auch EuGH, Urt. v. 05.04.2017 - C-298/15 „Borta“). Die Rechtsprechung erfolgte bisher allerdings zur Richtlinie 2004/18/EG und deren Vorgänger-Richtlinien. Mit der vorliegenden Rechtssache C-63/18 bestätigt der EuGH die bestehende Rechtsprechung nun auch für die neue Richtlinie 2014/24/EU. Im Vergleich zur bisherigen Rechtsprechung enthält die Begründung – anders als andere Stimmern in der Literatur (vgl. etwa Trautner, VergabeR 2020, 156) – nach der hier vertretenen Ansicht aber neue Gesichtspunkte, die in der Praxis durchaus Konsequenzen haben könnten. Dies betrifft insbesondere die Feststellung, dass die Vorschriften der Richtlinie 2014/24/EU zur Unterauftragsvergabe nicht abschließend sind, und den vom EuGH angewandten Prüfungsmaßstab.

I. Keine abschließende Regelung der Unterauftragsvergabe in Richtlinie 2014/24/EU

Zunächst überrascht die Feststellung des EuGH in Rn. 33 der vorliegenden Entscheidung, Art. 71 der Richtlinie 2014/24/EU, der die Unterauftragsvergabe regelt, sei nicht abschließend. Die Richtlinie sehe ausdrücklich vor, dass die Mitgliedstaaten im nationalen Recht in bestimmter Hinsicht strengere Bestimmungen erlassen können, soweit diese mit dem Unionsrecht vereinbar seien. Die Bezugnahmen auf Art. 71 Abs. 7 sowie Erwägungsgrund 105 tragen diese weitgehende Aussage nicht, wohl aber der Verweis auf Erwägungsgrund 41 dieser Richtlinie. Man könnte darin also durchaus eine Änderung der bisherigen Rechtsprechungslinie sehen: Bei der Auslegung der alten Richtlinie 2004/18/EG hatte der EuGH stets argumentiert, dass der Text der Richtlinie eine Beschränkung der Unterauftragsvergabe nicht zulasse (vgl. etwa EuGH, Urt. v. 14.07.2016 - C-406/14 Rn. 31 ff. „Wrocław – Miasto na prawach powiatu“). Aus dieser Argumentation folgte zwangsläufig, dass den Mitgliedstaaten Beschränkungen der Unterauftragsvergabe, weitgehend verwehrt waren. Dies sieht der EuGH nun offenbar anders. Besonders erstaunlich hieran ist, dass die neue Richtlinie in Art. 71 nicht nur den Text der alten Richtlinie 2004/18/EG zur Unterauftragsvergabe umfasst, sondern diesen noch um zusätzliche Vorschriften erweitert, die den Mitgliedstaaten Vorgaben zur Beschränkung der Unterauftragsvergabe machen. Der EuGH hält also die neue Richtlinie in Bezug auf Beschränkungen der Unterauftragsvergabe wohl nicht mehr für abschließend, obwohl sie diese noch detaillierter regelt als die alte Richtlinie. Der Grund für diese geänderte Sicht dürfte damit zusammenhängen, dass Italien als Rechtfertigung für die Beschränkung anführte, dass damit das „Phänomen der Infiltration der organisierten Kriminalität im Bereich der öffentlichen Aufträge“ bekämpft werden soll. Diese Rechtfertigung spielte in den bisherigen Entscheidungen zu dieser Problematik keine Rolle. Das erklärt auch, warum der EuGH sein Ergebnis, dass starre Subunternehmerquoten nicht mit Unionsrecht vereinbar sind, so ausführlich begründet. Das wäre eigentlich überflüssig gewesen. Denn die Unzulässigkeit der quotenmäßigen Beschränkung der Unterauftragsvergabe hat der EuGH sowohl für den Unterschwellen- als auch für den Oberschwellenbereich – wie bereits oben ausgeführt – in der Vergangenheit eindeutig und mehrfach festgestellt.

Bleibt zu erwähnen, dass die jüngste Entscheidung des EuGH zur Zulässigkeit quantitativer Beschränkungen der Unterauftragnehmer (EuGH, Urt. v. 27.11.2019 - C-402/18 „Tedeschi und Consorzio Stabile Istant Service“) die vorliegende Entscheidung bestätigt, und zwar sogar für die alte Richtlinie 2004/18/EG. Wie im vorliegenden Verfahren hielt der Gerichtshof die italienischen 30%-Quote bei der Unterauftragsvergabe für unionsrechtswidrig. Obwohl die Begründung nahezu identisch ist, fehlt der ausdrückliche Hinweis, dass die Mitgliedstaaten grundsätzlich weitere Beschränkungen der Unterauftragsvergabe erlassen dürfen, die über den Wortlaut der Richtlinie hinausgehen. Implizit geht der EuGH nun wohl davon aus, dass auch die alte Richtlinie insoweit nicht abschließend war.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass der EuGH zur Begründung teilweise auf Rechtsprechungslinien zurückgreift, die er bisher nicht auf die Unterauftragsvergabe angewendet hat. Das betrifft etwa die grundsätzlichen Ausführungen zum Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten bei der Durchsetzung des vergaberechtlichen Transparenzgebots. Der Gerichtshof stützt sich hierzu auf Urteile der letzten Jahre, die sich nicht mit der Zulässigkeit von Beschränkungen der Unterauftragsvergabe befassen, sondern mit der Frage, ob Mitgliedstaaten über die in der Richtlinie vorgesehenen Ausschlussgründe wegen Fehlverhaltens hinaus bieterbezogene Ausschlussgründe erlassen können (EuGH, Urt. v. 23.12.2009 - C-376/08 Rn. 31 f. „Serrantoni“; EuGH, Urt. v. 16.12.2008 - C-213/07 Rn. 44, 56 „Michaniki“; zu der Frage, ob diese Rechtsprechung auf die Richtlinie 2014/24/EU überhaupt anwendbar ist Friton in: BeckOK Vergaberecht, 16. Edition, Stand: 30.04.2020, § 124 Rn. 61.1).

II. Prüfungsmaßstab

Ebenfalls bemerkenswert ist, dass der EuGH in der vorliegenden Entscheidung eine Prüfung auch anhand des Primärrechts vornimmt. In bisherigen Entscheidungen zur Begrenzung der Unterauftragsvergabe, die auf der Grundlage der Vergaberichtlinie 2004/18/EG ergingen, hatte der Gerichtshof sich regelmäßig auf die Auslegung der (sekundärrechtlichen) Richtlinie beschränkt (vgl. etwa EuGH, Urt. v. 14.07.2016 - C-406/14 Rn. 30 ff. „Wrocław – Miasto na prawach powiatu“). Der EuGH hat es bislang in der Regel auch vermieden, im Falle einer Anwendbarkeit der Richtlinie gleichwohl eine primärrechtliche Prüfung durchzuführen (anders jedoch EuGH, Urt. v. 17.11.2015 - C-115/14 Rn. 58 ff. „RegioPost“, dort ging es allerdings um Art. 26 Richtlinie 2004/18/EG, der einen ausdrücklichen Hinweis auf das sonstige Unionsrecht enthielt). Dogmatisch ist dagegen jedoch nichts einzuwenden, wenn eine Richtlinie in einem bestimmten Regelungsbereich als nicht abschließend anzusehen ist (zum Verhältnis von primär- und sekundärrechtlichem Prüfungsmaßstab Friton in BeckOK Vergaberecht, 16. Edition, Stand: 15.04.2017, Einleitungen zum GWB Rn. 32).

D. Auswirkungen für die Praxis

Obwohl die Entscheidung im Ergebnis recht unspektakulär erscheint, so hat es die Begründung doch in sich. Es ist zu befürchten, dass der Umgang der Mitgliedstaaten mit Einschränkungen beim Einsatz von Nachunternehmern und bei der Eignungsleihe künftig uneinheitlicher wird. Denn die Einschätzung des Gerichtshofs, die Regelung der Unterauftragsvergabe in der Richtlinie 2014/24/EU sei nicht abschließend und lasse zu, dass die Mitgliedstaaten im nationalen Recht in bestimmter Hinsicht strengere Bestimmungen erlassen können, eröffnet diesen neue Spielräume. Die ohnehin nicht ganz einfache Rechtslage könnte so noch komplizierter und unübersichtlicher werden. Während bislang die Auslegung des Wortlauts der Richtlinie im Vordergrund stand, wird man zukünftig eine gesetzliche Beschränkung beim Einsatz von Nachunternehmern, die nicht in Art. 71 der Richtlinie 2014/24/EU vorgesehen ist, auch immer am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit prüfen müssen.

Zudem könnten angesichts der vorliegenden Entscheidung – entgegen dem ausdrücklichen Ziel der Richtlinie 2014/24/EU – mitgliedstaatliche Eingriffe in den freien Wettbewerb erfolgen, die noch eingriffsintensiver sind als diejenigen, die nach dem Wortlaut der Vergaberichtlinie zulässig sind. Dies gilt nach der vorliegenden Entscheidung natürlich nur, wenn die Eingriffe mit dem Primärrecht vereinbar sein sollten. Es wird sich daher erst in der Zukunft zeigen, ob der EuGH mit der Entscheidung seinem ausdrücklich geäußerten Ziel gerecht wird, die Position kleinerer und mittlerer Unternehmen beim Ringen um öffentliche Aufträge zu stärken.

Auch im deutschen Vergaberecht ist die Frage nach der Zulässigkeit von Beschränkungen der Unterauftragsvergabe und der Eignungsleihe ein wiederkehrendes Thema. Aus der vorliegenden Entscheidung ergeben sich für das deutsche Recht zunächst keine unmittelbaren Folgen: Nach der deutschen Umsetzungsnorm des Art. 71 der Richtlinie 2014/24/EU, § 36 VgV können Bieter grundsätzlich frei entscheiden, ob und in welchem Umfang sie sich Unterauftragnehmern bedienen wollen. Bestimmte Ausnahmen – insbesondere betreffend die Eignungsleihe (§ 47 VgV) – sind im Oberschwellenbereich nur unter strengen Voraussetzungen möglich (hierzu Friton/Meister, jurisPR-VergR 1/2017 Anm. 2). Dass der deutsche Gesetzgeber von der im Urteil eingeräumten Möglichkeit Gebrauch macht, weitere Beschränkungen der Unterauftragsvergabe und/oder der Eignungsleihe vorzuschreiben, erscheint unwahrscheinlich. Auch für deutsche Vergabestellen dürfte sich angesichts der klaren Regelungen des § 36 VgV und des § 47 VgV aus dem Urteil wohl keine Befugnis ergeben, den Einsatz von Unterauftragnehmern oder die Eignungsleihe selbstständig weiter gehend zu beschränken. Im Unterschwellenbereich bestimmt § 26 Abs. 6 UVgO, dass öffentliche Auftraggeber Bietern bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen Selbstausführung vorschreiben dürfen. Für Bauaufträge wird vertreten, dass aus § 6 Abs. 3 VOB/A ein Gebot der Selbstausführung zu schließen sei (Schröder, Vergabeblog.de v. 21.10.2019, Nr. 42177). Bemerkenswert ist, dass der EuGH für den Bereich der Unterschwellenvergaben mit Binnenmarktbezug einen möglichen Verstoß gegen die EU-Grundfreiheiten in der Rechtssache „Borta“ bereits angesprochen hat. Denn nach Aussage des Gerichtshofs ist es unionsrechtlich geboten, dass auch Ausschreibungen unterhalb der Schwellenwerte einem möglichst umfassenden Wettbewerb offenstehen (EuGH, Urt. v. 05.04.2017 - C-298/15 Rn. 48 „Borta“). Das Selbstausführungsgebot im nationalen Unterschwellenvergaberecht ist daher unionsrechtlich problematisch und bedarf jedenfalls einer sorgfältigen Rechtfertigung im Einzelfall.