

Anmerkung zu:	<u>EuGH 10. Kammer, Urteil vom 09.02.2023 - C-53/22</u>
Autoren:	Dr. Pascal Friton, RA, Sarah Beischau, RA'in
Erscheinungsdatum:	12.12.2023
Quelle:	
Normen:	<u>§ 160 GWB, § 134 GWB, EURL 23/2014, 12016E101, 12016E267</u> <u>... mehr</u>
Fundstelle:	jurisPR-VergR 12/2023 Anm. 1
Herausgeber:	Prof. Dr. Lutz Horn, RA
Zitiervorschlag:	Friton/Beischau, jurisPR-VergR 12/2023 Anm. 1 

Keine „zweite Chance“ nach rechtskräftig abgewiesener Klage gegen Teilnahmebedingungen

Tenor

Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge in der durch die Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass er der Regelung eines Mitgliedstaats nicht entgegensteht, die es einem Wirtschaftsteilnehmer, der an der Teilnahme an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags gehindert war, weil er eine der in der betreffenden Ausschreibung vorgesehenen Teilnahmevoraussetzungen nicht erfüllt hat, und dessen gegen die Aufnahme dieser Voraussetzung in die Ausschreibung gerichtete Klage durch eine rechtskräftige Entscheidung abgewiesen wurde, nicht erlaubt, die Weigerung des betreffenden öffentlichen Auftraggebers anzufechten, die Zuschlagsentscheidung aufzuheben, nachdem durch eine gerichtliche Entscheidung bestätigt worden war, dass sowohl der erfolgreiche Bieter als auch die anderen Bieter an einer Vereinbarung beteiligt waren, die einen Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln in demselben Sektor wie demjenigen der Vergabe dieses öffentlichen Auftrags darstellt.

A. Problemstellung

In diesem Vorabentscheidungsverfahren befasste sich der EuGH mit dem Thema der Reichweite des Rechtsschutzinteresses im Nachprüfungsverfahren. Konkret ging es um die Frage, ob ein Unternehmen, dessen Klage gegen Teilnahmebedingungen eines Vergabeverfahrens bereits rechtskräftig abgewiesen wurde, gegen die Vergabeentscheidung mit dem Argument vorgehen kann, alle Bieter seien auszuschließen. Grundsätzlich ist das Rechtsschutzbedürfnis weit auszulegen, da effektiver Rechtsschutz zu gewährleisten ist. Auch hier bestehen jedoch Grenzen. Dies bestätigte auch der EuGH.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Entscheidung des EuGH beruht auf der Vergabe eines öffentlichen Auftrags in Bezug auf einen in Italien zu erbringenden Hubschrauber-Rettungsdienst. Ein Unternehmen („VZ“), das nicht im Besitz der vom öffentlichen Auftraggeber verlangten Zertifizierung war, reichte im Januar 2019 Klage gegen die Ausschreibung ein. Das Regionale Verwaltungsgericht für die Lombardei wies diese im Mai 2019 ab, was durch den italienischen Staatsrat bestätigt wurde. In der Zwischenzeit hatte die italienische Wettbewerbs- und Marktaufsichtsbehörde im Februar 2019 festgestellt, dass die drei einzigen Bieter aufgrund einer Vereinbarung über die Festsetzung von Preisen für Hubschrauberdienste einen schweren Verstoß gegen Art. 101 AEUV begangen hatten. Sie verhängte

Sanktionen gegen die drei Bieter. Trotzdem vergab der Auftraggeber den Auftrag an zwei der sanktionierten Bieter.

Das Unternehmen VZ, das mittlerweile die erforderliche Zertifizierung erlangt hatte, beantragte daraufhin die Aufhebung der Zuschlagsentscheidung. Das Verhalten der Bieter beinhalte eine schwere Verfehlung, die einen Verfahrensausschluss rechtfertige. Die Sanktionen seien zudem zwischenzeitlich gerichtlich bestätigt worden. Der Auftraggeber verweigerte die Aufhebung der Zuschlagserteilung jedoch. VZ erhob daraufhin Klage. Das zuständige Gericht war der Ansicht, dass VZ aufgrund der endgültigen Klageabweisung kein rechtliches Interesse an der Anfechtung der Vergabe habe. Es legte dem EuGH deshalb gemäß Art. 267 AEUV die Frage vor, ob eine entsprechende Regelung in einer Konstellation, wie der vorliegenden, mit Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665/EWG vereinbar sei.

Der EuGH hat festgestellt, dass Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665/EWG einer solchen Regelung nicht entgegensteht. Nach Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665/EWG stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass Nachprüfungsverfahren zumindest jedem zur Verfügung stehen, der ein Interesse am Auftrag hat und dem durch einen behaupteten Verstoß gegen die einschlägigen Bestimmungen ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht. Der EuGH erinnerte zunächst an seine bisherige Rechtsprechung, wonach der Weg zu den Nachprüfungsverfahren grundsätzlich nur denjenigen offenstehe, die auch ein Angebot im Vergabeverfahren abgegeben haben. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gelte dann, wenn ein Wirtschaftsteilnehmer eine von der Ausschreibung erforderte Spezifikation nicht erfülle und genau gegen diese vorgehen wolle. Der EuGH machte jedoch deutlich, dass der vorliegende Fall anders beurteilt werden müsse. Denn in der vorliegenden Konstellation habe der Wirtschaftsteilnehmer bereits die Möglichkeit gehabt, gegen die Teilnahmebedingung vorzugehen und die Klage sei rechtskräftig abgewiesen worden. Dass der Wirtschaftsteilnehmer die Teilnahmebedingung mittlerweile erfülle, sei unerheblich.

Ein Fall eines „äquivalenten berechtigten Interesses“ am Ausschluss eines anderen Angebots, das den Zugang zum Nachprüfungsverfahren eröffnen kann, liege ebenfalls nicht vor. Eine solche Konstellation sei dann gegeben, wenn jeder Bieter die Angebote der jeweils anderen Bieter in Frage stelle. Ein äquivalentes berechtigtes Interesse könne dagegen nicht angenommen werden, wenn ein Bieter vor der Vergabe eines Auftrags vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden und dies rechtskräftig bestätigt worden sei. Die Ausschlussentscheidung sei dann endgültig, weil sie dem Bieter mitgeteilt und von einer unabhängigen Nachprüfungsstelle als rechtmäßig anerkannt worden sei (vgl. Art. 2a Abs. 2 der Richtlinie 89/665/EWG). Der EuGH stellte klar, dass dies auch dann gelte, wenn der Wirtschaftsteilnehmer, wie hier, schon gar kein Angebot abgegeben habe, weil er die Teilnahmevoraussetzungen nicht erfülle und die Klage gegen die Teilnahmevoraussetzung rechtskräftig abgewiesen worden sei.

Das Vorbringen eines endgültig ausgeschlossenen Wirtschaftsteilnehmers, alle anderen Bieter seien auszuschließen, könne ein Rechtsschutzbedürfnis i.S.v. Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665/EWG auch im Übrigen nicht begründen. Dies folge aus Sicht des EuGH schon daraus, dass auch jeder andere Wirtschaftsteilnehmer, der potenziell ein Angebot hätte abgeben können, sich hierauf berufen könnte. Dies reiche gerade nicht aus, um zu rechtfertigen, dass ein Wirtschaftsteilnehmer ein Interesse an einem bestimmten Auftrag habe und ihm durch den behaupteten Verstoß ein Schaden drohe.

C. Kontext der Entscheidung

Die Voraussetzungen des Rechtsschutzbedürfnisses nach Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665/EWG finden sich auf nationaler Ebene bei der Antragsbefugnis in § 160 Abs. 2 GWB. Vor dem Hintergrund der Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes genügt es für die Annahme eines drohenden Schadens, wenn der Antragsteller schlüssig darlegt, eine Chance auf den Zuschlag gehabt zu haben (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 05.07.2000 - Verg 5/99 Rn. 94). Die Zuschlagschance ist dabei nicht auf das im Nachprüfungsverfahren betroffene Vergabeverfahren zu beziehen. Maßgeblich ist vielmehr, ob es für den Antragsteller möglich ist, den Auftrag als solchen zu erhalten (Horn/Hofmann in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, § 160 GWB Rn. 35). Vor diesem Hintergrund ist es gefestigte europäische sowie deutsche Rechtsprechung, dass das Vorliegen eines Ausschlussgrundes der Annahme des Rechtsschutzbedürfnisses nicht entgegenstehen muss. Der EuGH verwies deshalb auch hier auf seine bisherige Rechtsprechung, wonach bei wechselseitigen Anschlussklagen die Klage des nicht für den Zuschlag vorgesehenen Bieters auch dann zulässig sei, wenn feststehe, dass dessen Angebot auszuschließen sei. Die von den Parteien mit ihren wechselseitigen Anschlussklagen verfolgten Interessen seien als äquivalent anzusehen. Auch der nicht für den Zuschlag vorgesehene Bieter könne ein berechtigtes Interesse am Ausschluss der Angebote des erst- und zweitplatzierten Bieters haben. Selbst wenn das Angebot die-

ses Bieters auszuschließen sei, bestehe die Möglichkeit, dass der Auftraggeber auch die anderen Angebote nicht berücksichtigen dürfe und ein neues Vergabeverfahren einzuleiten sei (EuGH, Urt. v. 05.09.2019 - C-333/18 Rn. 24 ff. „Lombardi“; vgl. EuGH, Urt. v. 04.07.2013 - C-100/12 Rn. 33 „Fastweb“). Der EuGH hat zudem klargestellt, dass dies unabhängig von der Zahl der Teilnehmer am Vergabeverfahren, der Zahl der Kläger sowie der Unterschiedlichkeit der von ihnen geltend gemachten Gründe gelte (EuGH, Urt. v. 05.04.2016 - C-689/13 Rn. 29).

Diese Rechtsprechung des EuGH deckt sich weitgehend mit der deutschen „Zweite-Chance-Rechtsprechung“ des BGH. Demnach ist die Aussicht auf den Erhalt des Auftrags und damit die Zuschlagschance gemäß § 160 Abs. 2 GWB gegeben, wenn der Auftraggeber nicht nur das Angebot des Antragstellers, sondern gleichermaßen auch das allein in der Wertung verbliebene Angebot der Beigeladenen oder sämtliche tatsächlich in die Wertung gelangten Angebote hätte ausschließen müssen. In diesem Fall dürfte das eingeleitete Vergabeverfahren nicht ohne Weiteres beendet werden und zur Bedarfsdeckung würde eine Neuausschreibung in Betracht kommen. Der Antragsteller hätte dann die (zweite) Chance, sich an der erneuten Ausschreibung im Rahmen eines vergaberechtsgemäßen Verfahrens mit einem dieser Ausschreibung entsprechenden konkurrenzfähigen Angebot zu beteiligen (bereits BGH, Beschl. v. 26.09.2006 - X ZB 14/06 Rn. 30; BGH, Beschl. v. 10.11.2009 - X ZB 8/09 Rn. 32; bestätigt durch OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 07.08.2007 - 11 Verg 3/07 Rn. 44 und jüngst durch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.06.2022 - VII-Verg 36/21 Rn. 103; vgl. Horn/Hofmann in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, § 160 GWB Rn. 35).

Der EuGH hat jedoch in der vorliegenden Konstellation zutreffend entschieden, dass die vorgenannte EuGH-Rechtsprechung nicht anwendbar sei, wenn die Klage des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers rechtskräftig abgewiesen sei. Hiermit setzt er einem ausufernd interpretierten Rechtsschutzbedürfnis angemessene Schranken. Zwar ist dem effektiven Rechtsschutz ausreichend Rechnung zu tragen. Gleichzeitig ist aber auch der Beschleunigungsgrundsatz im Nachprüfungsverfahren zu beachten, der auch die investitionshemmende Wirkung der Nachprüfungsverfahren eindämmen soll.

Bereits in seiner Rechtsprechung Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (EuGH, Urt. v. 21.12.2016 - C-355/15 Rn. 30 ff.) legte der EuGH dar, warum die oben zitierte „Fastweb“-Rechtsprechung keine Anwendung finde, wenn der Ausschluss des Antragstellers rechtskräftig bestätigt sei. Zum einen sei der betroffene Bieter in der Rechtssache „Fastweb“ noch nicht ausgeschlossen worden. Zum anderen hätten die Bieter dort die Ordnungsmäßigkeit des Angebots des jeweils anderen im Rahmen eines einzigen Verfahrens zur Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung infrage gestellt. Wie in der hier besprochenen Rechtssache verwies der EuGH auch damals schon auf Art. 2a der Richtlinie 89/665/EWG, der dem Bieter die Möglichkeit eröffne, nicht nur die eigene Ausschlussentscheidung anzufechten, sondern auch spätere Entscheidungen, durch die ihm im Fall der Nichtigkeitsklärung seines Ausschlusses ein Schaden entstehen würde. Dies gelte aber eben nur, solange der Ausschluss noch nicht endgültig, insbesondere rechtskräftig bestätigt sei. Auch diese Rechtsprechung bestätigte der EuGH mehrfach (vgl. EuGH, Urt. v. 21.12.2021 - C-497/20 Rn. 72 ff. „Randstad“; Urt. v. 11.05.2017 - C-131/16 Rn. 57 f. „Archus et Gama“; Urt. v. 24.03.2021 - C-771/19 Rn. 42 „NAMA e.a.“; Beschl. v. 17.05.2022 - C-787/21 Rn. 24 ff.), nicht zuletzt auch im Anschluss an die hier besprochene Rechtssache im Beschl. v. 16.03.2023 - C-493/22 Rn. 43 ff. „Armamprocure“.

Vor diesem Hintergrund überrascht auch die hiesige Entscheidung des EuGH nicht. Einzig überraschend mag sein, dass der EuGH die Vorlagefrage des italienischen Gerichts überhaupt zur Entscheidung angenommen und nicht abgewiesen hat, weil sich die Antwort bereits aus der EuGH-Rechtsprechung ergibt („acte éclairé“, vgl. z.B. EuGH, Urt. v. 06.10.2021 - C-561/19 Rn. 33; Friton/Wolf, jurisPR-VergR 12/2021 Anm. 1). Nunmehr können jedenfalls keine Zweifel mehr bestehen, dass die zuvor genannte Rechtsprechung nicht nur auf einen Antragsteller anwendbar ist, dessen Ausschluss rechtskräftig bestätigt wurde, sondern auch auf denjenigen, der schon die Teilnahmebedingungen nicht erfüllt hat, deshalb kein Angebot eingereicht hat und dessen Klage hiergegen rechtskräftig abgewiesen wurde. Es scheint nur folgerichtig, wenn der EuGH in diesem Zusammenhang klarstellt, dass es unerheblich ist, wenn der Antragsteller die Teilnahmebedingung mittlerweile erfüllt und die anderen Bieter selbst auch auszuschließen gewesen wären. Andernfalls würde die Voraussetzung des Rechtsschutzbedürfnisses zu sehr aufgeweicht.

D. Auswirkungen für die Praxis

Zwar bestätigt der EuGH mit dieser Entscheidung größtenteils seine bisherige Rechtsprechung. Wie die Anwendung dieser Rechtsprechung in Deutschland aussehen wird, ist jedoch nicht abschließend geklärt. Hierbei sind zwei Konstellationen denkbar. Für den Fall, dass ein Bieter mit der

Forderung des Ausschlusses eines Wettbewerbers nach § 160 Abs. 3 GWB präkludiert ist – beispielsweise, weil er bereits im ersten Nachprüfungsverfahren Kenntnis von dem Ausschlussgrund eines Wettbewerbers hatte –, stellt sich die Frage der Antragsbefugnis gemäß § 160 Abs. 2 GWB nicht. Der Nachprüfungsantrag wäre wegen Rügepräklusion unzulässig.

Schwieriger zu beurteilen ist der Fall, bei dem der Wirtschaftsteilnehmer beispielsweise, wie in dem vorliegenden Sachverhalt, zunächst gegen ein Eignungskriterium klagt und zu diesem Zeitpunkt die anderen Bieter noch gar nicht kennen konnte. Die Rügefristen im Hinblick auf den Ausschluss der anderen Bieter würden dann noch nicht laufen und ein späterer Nachprüfungsantrag würde nicht an § 160 Abs. 3 GWB scheitern. Bei strenger Anwendung der EuGH-Rechtsprechung müsste man die Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB verneinen. Hingegen ließe sich mit der deutschen Rechtsprechung der zweiten Chance durchaus ein anderes Ergebnis begründen. Insbesondere in dem vorliegenden Fall hätte VZ mit dem Ausschluss der anderen Teilnehmer erreichen können, dass das Vergabeverfahren aufgehoben und neu durchgeführt werden muss. In einem neuen Vergabeverfahren hätte VZ dann die erforderliche Zertifizierung vorweisen und ein Angebot abgeben können. Zudem ließe sich entgegen der Ansicht des EuGH auch ein Interesse von VZ begründen. Dass ein Bieter, der bereits ein erstes Nachprüfungsverfahren durchgeführt hat und daraufhin ein erneutes Nachprüfungsverfahren anstrengt, ein Interesse am konkreten Auftrag hat und sich so von anderen Wirtschaftsteilnehmern unterscheidet, dürfte auf der Hand liegen. Ob ein solcher Nachprüfungsantrag allerdings jemals vor den deutschen Nachprüfungsinstanzen gestellt wird, ist zweifelhaft. Denn die Informationspflicht nach § 134 Abs. 1 Satz 2 GWB würde nicht mehr für den bereits ausgeschlossenen Bieter gelten.

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

<https://www.juris.de/perma?d=jpr-NLVG000006323>

© juris GmbH