

**Anmerkung zu:** EuGH 6. Kammer, Urteil vom 26.01.2023 - C-682/21

**Autor:** Dr. Christopher Wolters, RA

**Erscheinungsdatum:** 19.04.2024

**Quelle:**

**JURIS**

**Normen:** § 123 GWB, § 124 GWB, § 126 GWB, EGRL 18/2004, EWGRL 665/89

... mehr

**Fundstelle:** jurisPR-Compl 2/2024 Anm. 6

**Herausgeber:** Prof. Dr. Norbert Nolte, RA

**Zitiervorschlag:** Wolters, jurisPR-Compl 2/2024 Anm. 6

---

### **Zurechnung von Ausschlussgründen in der Bietergemeinschaft**

#### **Tenor**

**1. Art. 18 Abs. 1 und Art. 57 Abs. 4 Buchst. g 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 sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung oder Praxis entgegenstehen, wonach dann, wenn der öffentliche Auftraggeber einen an eine Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern vergebenen öffentlichen Auftrag wegen erheblicher oder dauerhafter Mängel, die zur Nichterfüllung einer wesentlichen Verpflichtung im Rahmen dieses Auftrags geführt haben, vorzeitig beendet, jedes Mitglied dieser Gruppe automatisch in eine Liste unzuverlässiger Auftragnehmer eingetragen wird und damit vorübergehend grundsätzlich daran gehindert ist, an neuen Vergabeverfahren teilzunehmen.**

**2. Art. 18 Abs. 1 und Art. 57 Abs. 4 Buchst. g der Richtlinie 2014/24 sind dahin auszulegen, dass ein Wirtschaftsteilnehmer, der Mitglied einer Bietergemeinschaft ist, an die ein öffentlicher Auftrag vergeben wurde, im Fall der vorzeitigen Beendigung dieses Auftrags wegen Nichterfüllung einer wesentlichen Verpflichtung zum Nachweis, dass seine Eintragung in eine Liste unzuverlässiger Auftragnehmer nicht gerechtfertigt ist, jeden Umstand einschließlich solcher, die Dritte wie das federführende Unternehmen dieser Bietergemeinschaft betreffen, geltend machen kann, der belegen kann, dass er die Mängel, die zur vorzeitigen Beendigung dieses Auftrags geführt haben, nicht verursacht hat und dass von ihm vernünftigerweise nicht verlangt werden konnte, mehr zu tun, als er getan hat, um ihnen abzuhelfen.**

**3. Art. 1 Abs. 1 und 3 der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 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. Februar 2014 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass ein Mitgliedstaat, der im Rahmen der Festlegung von Voraussetzungen für die Anwendung des in Art. 57 Abs. 4 Buchst. g der Richtlinie 2014/24 vorgesehenen fakultativen Ausschlussgrundes vor sieht, dass die Mitglieder einer Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern, an die ein öffentlicher Auftrag vergeben wurde, im Fall der vorzeitigen Beendigung dieses Auftrags wegen Nichterfüllung einer wesentlichen Verpflichtung in eine Liste unzuverlässiger Auftragnehmer eingetragen werden und damit von der Teilnahme an neuen Vergabeverfahren**

**fahren vorübergehend grundsätzlich ausgeschlossen sind, diesen Wirtschaftsteilnehmern das Recht gewährleisten muss, einen wirksamen Rechtsbehelf gegen ihre Eintragung in diese Liste einzulegen.**

#### **A. Problemstellung**

Das Urteil betrifft die Auslegung des Art. 18 Abs. 1 und Art. 57 Abs. 4g der Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe im Zusammenhang mit Bietergemeinschaften. Im Kern geht es um die Frage, ob die auf ein einzelnes Mitglied zurückzuführende Schlechtleistung bei der Ausführung eines an eine Bietergemeinschaft vergebenen Auftrages den anderen Mitgliedern der Bietergemeinschaft dergestalt zuzurechnen ist, dass diese auch dann, wenn sie zukünftig nicht mehr als Bietergemeinschaft, vielmehr als einzelne Wirtschaftsteilnehmer handeln, grundsätzlich als unzuverlässig eingestuft und von Vergabeverfahren ausgeschlossen werden dürfen.

#### **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

Der Entscheidung liegt die Vergabe eines öffentlichen Auftrags für den Bau eines Mehrzweckgesundheitszentrums durch die litauische Stadt Vilnius zugrunde. Mit der Auftragsausführung wurde eine Bietergemeinschaft bestehend aus der Active Construction Management, HSC Baltic, Mitnija, Montuotojas und „Axis Power“ UAB beauftragt, wobei die Active Construction Management nach internen Vereinbarungen die Arbeiten ausführen sollte. Auch nach Fristverlängerung wurden die Arbeiten nicht dem Zeitplan entsprechend ausgeführt. Fast zwei Jahre nach Ablauf der ursprünglichen Frist wurde über die Active Construction Management schließlich ein Insolvenzverfahren eingeleitet, und diese teilte mit, den Auftrag nicht weiter auszuführen. Daraufhin beendete die Stadt Vilnius den Auftrag wegen einer wesentlichen Pflichtverletzung vorzeitig. Auf Betreiben der Stadt wurden die Mitglieder der Bietergemeinschaft durch die Viešj pirkim tarnyba (Amt für öffentliche Auftragsvergabe, Litauen) in eine Liste des zentralen Portals für das öffentliche Auftragswesen aufgenommen, in der unzuverlässige Auftragnehmer aufgeführt sind. In dieser Liste eingetragene Unternehmen sind für die Dauer von drei Jahren von öffentlichen Vergabeverfahren ausgeschlossen. Die Listeneintragung erfolgt pauschal, bevor den betroffenen Wirtschaftsteilnehmern die Möglichkeit eingeräumt wird, darzulegen, dass sie für die Nicht- oder Schlechterfüllung nicht verantwortlich sind. Allerdings besteht nachträglich die Möglichkeit einer Rehabilitation. Gegen die vorzeitige Beendigung des Auftrags und gegen die Aufnahme in die Liste gingen HSC Baltic, Mitnija, Montuotojas und zunächst auch Axis Power gerichtlich vor.

Nach Klage- und Berufungsabweisung in erster und zweiter Instanz legten HSC Baltic, Mitnija und Montuotojas das Rechtsmittel der Kassationsbeschwerde beim Lietuvos Aukščiausasis Teismas (Oberstes Gericht Litauens) ein. Dieses wies das Rechtsmittel im Hinblick auf die vorzeitige Beendigung des Auftrags zurück. Um über die Rechtmäßigkeit der Listeneintragung entscheiden zu können, hielt das Gericht die Klärung unionsrechtlicher Fragen für erforderlich.

Das Gericht legte dem EuGH insgesamt drei Fragen vor. Am Anfang stand dabei die Frage, ob Unionsrecht die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, gegen eine entsprechende Listeneintragung, die für die eingetragenen Wirtschaftsteilnehmer einen Ausschluss vom Vergabeverfahren bedeutet, gerichtlichen Rechtsschutz zu ermöglichen. Die Listeneintragung könne nach litauischem Recht nämlich an sich nicht gerichtlich angefochten werden. Anschließend stellt das Gericht die Frage, ob Unionsrecht solchen nationalen Praktiken oder Regelungen entgegensteht, die im Falle der Schlechtleistung eines Mitglieds der Bietergemeinschaft grundsätzlich und unwiderlegbar die Unzuverlässigkeit der anderen Mitglieder unterstellen, wie dies bei der vorliegenden Aufnahme in eine Liste unzuverlässiger Auftragnehmer der Fall ist. Für den Fall, dass diese Frage positiv zu beantworten ist, stellt das Gericht zudem die (dritte) Frage, welche Kriterien ein Wirtschaftsteilneh-

mer geltend machen kann, um nachzuweisen, dass seine Eintragung in die Liste ungerechtfertigt ist.

Der EuGH wendet sich in seiner Entscheidung zunächst der zweiten Frage zu. Er beginnt mit allgemeinen Ausführungen zum Ausschluss von Wirtschaftsteilnehmern von zukünftigen Vergabeverfahren nach Art. 57 Abs. 4 Buchst. g der Richtlinie 2014/24/EU wegen erheblicher oder dauerhafter Mängel bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen eines früheren öffentlichen Auftrags. Der EuGH stellt klar, dass bei einem solchen Ausschluss der in Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU zum Ausdruck kommende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist. Dem betroffenen Wirtschaftsteilnehmer muss demnach grundsätzlich die Möglichkeit gegeben werden, dem Ausschluss zu entgehen, indem er den Nachweis führt, dass von ihm ergriffene Abhilfemaßnahmen ausreichen, um seine Zuverlässigkeit nachzuweisen. Zudem verlange der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine konkrete, einzelfallbezogene Beurteilung der Verhaltensweise des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers auf Grundlage aller relevanten Umstände.

Nach diesen allgemeinen Erwägungen wendet sich der EuGH Zurechnungsfragen bei Pflichtverletzungen im Rahmen einer Auftragsausführung durch eine Bietergemeinschaft zu, wie sie sich im konkreten Fall stellen. Im Ergebnis ist es unzulässig, allen Mitgliedern der Bietergemeinschaft pauschal eine Pflichtverletzung eines einzelnen Mitglieds zuzurechnen. Das litauische Recht sieht bei einer Schlechtleistung im Rahmen der Auftragsausführung durch eine Bietergemeinschaft eine Listeneintragung aller Mitglieder vor, durch die diese von zukünftigen Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Dies erscheint problematisch, weil ein Wirtschaftsteilnehmer zwar als Mitglied der Bietergemeinschaft rechtlich für die Auftragserfüllung einzustehen hat, die Verwirklichung des Ausschlussgrundes aber nicht notwendig selbst durch sein individuell fehlerhaftes oder fahrlässiges Verhalten herbeigeführt haben muss. Vielmehr ist denkbar, dass der Auftrag tatsächlich von einem anderen Mitglied der Bietergemeinschaft ausgeführt wurde. Trotz dieser Möglichkeit steht es laut EuGH dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht entgegen, wenn im Falle einer Schlechtleistung im Rahmen eines an eine Bietergemeinschaft vergebenen Auftrages vermutet wird, dass jeder Wirtschaftsteilnehmer, der Mitglied der Bietergemeinschaft ist und dadurch rechtlich für die Auftragserfüllung einzustehen hat, auch individuell fehlerhaft oder fahrlässig gehandelt hat.

Jedenfalls in dem Fall, in dem die einzelnen Beiträge, die zu den Mängeln geführt haben, bzw. die ergriffenen Abhilfemaßnahmen nicht notwendigerweise bei allen Wirtschaftsteilnehmern identisch waren, müsse eine solche Vermutung jedoch widerlegbar sein. Entscheidend sei im Rahmen des Art. 57 Abs. 4 Buchst. g der Richtlinie 2014/24/EU allein individuell fehlerhaftes oder fahrlässiges Verhalten.

Die litauische Regelung verstößt laut EuGH gegen diese Grundsätze, da sie dem einzelnen Mitglied nicht die Möglichkeit gibt, vor Listeneintragung darzulegen, dass es die festgestellten Mängel nicht verursacht hat und es zur Behebung des Mangels alles getan hat, was von ihm verlangt werden kann. Die Möglichkeit, durch einen entsprechenden Nachweis eine nachträgliche Lösung aus der Liste herbeizuführen, nachdem die Eintragung zunächst erfolgt ist, genügt demnach nicht.

Grundsätzlich kommen laut EuGH alle denkbaren Kriterien in Betracht, um die Vermutung einer Unzuverlässigkeit aller Mitglieder der Bietergemeinschaft zu entkräften, solange sie im Einzelfall geeignet sind nachzuweisen, dass das einzelne Mitglied kein individuell fehlerhaftes oder fahrlässiges Verhalten trifft. Es spielt dabei keine Rolle, ob diese Kriterien den Wirtschaftsteilnehmer selbst, das federführende Unternehmen der Bietergemeinschaft oder Dritte betreffen.

Zum Schluss wendet der EuGH sich der ersten Vorlagefrage zu. Er führt aus, dass Mitgliedstaaten im Falle einer entsprechenden Listeneintragung eines Mitglieds einer Bietergemeinschaft, durch die der Wirtschaftsteilnehmer grundsätzlich von der Vergabe ausgeschlossen wird, ohne dass ihm vorher die Möglichkeit gegeben wurde nachzuweisen, dass er nicht individuell fehlerhaft oder fahrlässig gehandelt hat, einen wirksamen Rechtsbehelf zur Verfügung stellen müssen, um nachträglich gegen diese Listeneintragung vorzugehen. Ob dieser Rechtsbehelf unbedingt in der Form einer gerichtlichen Klage bestehen muss, beantwortet der EuGH nicht eindeutig.

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

Auf den ersten Blick scheint es sich bei der Frage der Zulässigkeit einer generellen Aufnahme aller Mitglieder der Bietergemeinschaft in eine Liste unzuverlässiger Auftragsnehmer bei Schlechtleistung der Bietergemeinschaft um ein Detailproblem derjenigen nationalen Vergaberechtsregime zu handeln, die eine entsprechende Listeneintragung vorsehen. Die Ausführungen des EuGH dazu, wie sich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auf Zurechnungsfragen im Rahmen des Art. 57 Abs. 4 Buchst. g der Richtlinie 2014/24/EU auswirkt, sind aber auch außerhalb dieses engen Anwendungsbereichs aufschlussreich. Er stellt klar, dass in diesem Zusammenhang die Fehlerhaftigkeit bzw. Fahrlässigkeit des individuellen Verhaltens entscheidend ist, eine „Sippenhaft“ (Rösing in: Drum prüfe, wer sich in einer ARGE bindet? Keine Sippenhaft im Vergaberecht!, VPR 2023 Heft 5, 2089) aller Mitglieder der Bietergemeinschaft bei Schlechtleistung eines Mitglieds also unzulässig ist. Interessant ist aber, dass er es nicht per se für unzulässig hält, wenn im Falle einer Schlechtleistung der Bietergemeinschaft automatisch die Unzuverlässigkeit aller Mitglieder der Bietergemeinschaft vermutet wird. Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit widerspricht eine derartige Vermutung erst dann, wenn sie nicht widerlegbar ist.

Die Frage der Auswirkungen einer Schlechtleistung einer Bietergemeinschaft auf die Zuverlässigkeit der einzelnen Mitglieder hat bisher wenig Beachtung gefunden. Zurechnungsfragen im Zusammenhang mit Bietergemeinschaften haben in der deutschen Literatur und deutschen Praxis bisher hauptsächlich in Bezug auf die umgekehrte Frage Aufmerksamkeit erhalten, inwieweit eine frühere Pflichtverletzung eines einzelnen Mitglieds außerhalb der Tätigkeit der Bietergemeinschaft sich auf die Bietergemeinschaft als solche auswirkt (vgl. nur OLG Düsseldorf, Urt. v. 15.12.2004 - Verg 48/04 - IBRRS 2005, 0142; Pünder/Schellenberg in: Vergaberecht, § 42 VgV Rn. 9, Friton in: BeckOK VergabeR, 29. Ed. 30.04.2023, § 124 GWB Rn. 93a).

Der EuGH hat sich schon mit der zur Ausgangsfrage analogen Frage beschäftigt, inwieweit einem Unternehmen Ausschlussgründe zuzurechnen sind, die nicht durch ihn selbst, sondern durch ein Unternehmen verwirklicht wird, dessen Kapazitäten er in Anspruch nimmt. (EuGH, Urt. v. 07.09.2021 - C-927/19 Rn. 149 ff. - NZBau 2021, 799). In diesem Urteil hat er ausgeführt, dass er den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus Art. 18 Abs. 1 UAbs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU dergestalt auf die Ausschlussgründe angewendet wissen will, dass dem Wirtschaftsteilnehmer ermöglicht werden muss, Abhilfemaßnahmen zu präsentieren, die er ergriffen hat, um nachzuweisen, dass er von neuem als ein zuverlässiges Unternehmen angesehen werden kann (EuGH, Urt. v. 07.09.2021 - C-927/19 Rn. 153 - NZBau 2021, 799). Es sei eine konkrete einzelfallbezogene Beurteilung der Verhaltensweise des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers vorzunehmen (EuGH, Urt. v. 07.09.2021 - C-927/19 Rn. 157 - NZBau 2021, 799). Diese Grundsätze werden in der hier besprochenen Entscheidung insofern konsequent weitergeführt und auf Bietergemeinschaften übertragen.

Möglicherweise kann das Urteil des EuGH auch in Bezug auf Zurechnungsfragen in sonstigen Konstellationen Aufschluss geben. Zurechnungsfragen stellen sich zunächst etwa im Rahmen des § 123 Abs. 3 GWB bei der Zurechnung von Verhalten einer für die Leitung des Unternehmens verantwortlichen Person, die zwar nicht dem betreffenden Unternehmen, aber einem im Konzern

verbundenen Unternehmen angehört. Ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen eine solche Zurechnung zulässig ist, ist nicht endgültig geklärt. Gegen eine pauschale Zurechnung spricht der Wortlaut des Art. 57 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie 2014/24/EU („dieses Wirtschaftsteilnehmers“; vgl. Opitz, Beck VergabeR, 4. Aufl. 2022, § 123 GWB Rn. 47). Das konzernrechtliche Trennungsprinzip spricht ebenfalls gegen eine pauschale Zurechnung (Dreher/Hoffmann, NZBau 2014, 67, 69). Auch die dritte Kammer des EuG hat sich gegen die systematische Zurechnung einer schweren beruflichen Verfehlung einer Muttergesellschaft zur Tochtergesellschaft ausgesprochen (EuG, Urt. v. 15.10.2013 - T-474/10 Rn. 46, zur Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1605/2002). Wenn der EuGH sich im hier besprochenen Urteil auch nicht mit der Zurechnung im Konzern beschäftigt, so dürften die Erwägungen zur Auswirkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch auf diese Konstellationen übertragbar sein. Denn der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wirkt sich auf das gesamte Vergabeverfahren aus, Art. 18 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU. Demnach spricht vieles dafür, auch bei der Frage, ob einem Unternehmen ein Verhalten eines konzernverbundenen Unternehmens als Ausschlussgrund zugerechnet werden kann, jedenfalls in der letzten Konsequenz auf das individuelle Verhalten des einzelnen Unternehmens abzustellen.

Zurechnungsfragen stellen sich bei Art. 57 Abs. 4 g der Richtlinie 2014/24/EU auch dann, wenn die frühere Pflichtverletzung nicht durch den Wirtschaftsteilnehmer selbst, sondern durch einen Nachunternehmer erfolgt ist. Teilweise wird in diesem Zusammenhang von einer pauschalen Zurechnung ausgegangen (Niebuhr, VergabeR 2017, 335, 344), während andere dies für unzulässig halten (Opitz in: Beck VergabeR, 4. Aufl. 2022, § 124 GWB Rn. 100). Teilweise wird darauf abgestellt, ob der Hauptunternehmer gegen gesetzliche Kontroll- und Überwachungspflichten verstößt oder ob er gegen ihm bekanntes Fehlverhalten nicht einschreitet (Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 6. Aufl. § 124 GWB Rn. 16). Die Erwägungen des EuGH im vorliegenden Urteil dürften auf diese Zurechnungsfragen übertragbar sein und gegen eine pauschale Zurechnung von Pflichtverletzungen des Nachunternehmers im Rahmen des Art. 57 Abs. 4 g der Richtlinie 2014/24/EU sprechen.

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Zwar existiert im deutschen Recht keine Liste unzuverlässiger Unternehmen, in die die Mitglieder einer Bietergemeinschaft automatisch eingetragen werden, wenn im Rahmen der Auftragsausführung sanktionierte erhebliche oder dauerhafte Mängel aufgetreten sind: Fälle des § 124 Abs. 1 GWB werden nicht in das Wettbewerbsregister eingetragen, vgl. § 2 Abs. 1 WeRegG. Allerdings kann ein Unternehmen bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes nach § 124 GWB für eine Dauer von bis zu drei Jahren von der Teilnahme an Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, § 126 Nr. 2 GWB. Verwirklicht eine Arbeitsgemeinschaft einen Ausschlussgrund, darf entsprechend dem Urteil des EuGH nicht pauschal und unwiderleglich gegen jedes Mitglied eine Vergabesperre erlassen werden. Zwar wäre die Vermutung des Vorliegens des Ausschlussgrunds bei jedem Mitglied nicht per se unzulässig. Jedem Wirtschaftsteilnehmer müsste dann aber zumindest die Möglichkeit eingeräumt werden, diese Vermutung zu entkräften, indem er darlegt, dass er die betreffende Pflichtverletzung nicht begangen hat und vernünftigerweise nicht mehr von ihm verlangt werden konnte, als das, was er zur Behebung dieser Pflichtverletzung getan hat.