

**Vorabentscheidung; Gericht i.S.v. Art. 267 AEUV; Bietergemeinschaft; Änderung im Vergabeverfahren; Bieteridentität; Eignungsanforderungen; Verhandlungsverfahren; Wettbewerb**

SKR Art. 10, 51 Abs. 3.

**Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer nach Art. 10 der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 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.**

EuGH, Urt. v. 24.05.2016 – C-396/14 – „Højgaard/Züblin“.

**Aus den Gründen:** [1] Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer nach Art. 10 der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABl. 2004, L 134, S. 1) i.V.m. Art. 51 dieser Richtlinie.

[2] Es ergeht in einem Rechtsstreit zwischen der MT Højgaard A/S und der Züblin A/S auf der einen und Banedanmark, dem Betreiber des staatlichen dänischen Schienennetzes, auf der anderen Seite über die Rechtmäßigkeit der Vergabe eines von Banedanmark als öffentlichem Auftraggeber der Per Aarsleff A/S erteilten öffentlichen Auftrags.

Rechtlicher Rahmen

Unionsrecht

[3] Der neunte Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/17 lautet:

„Um zu gewährleisten, dass die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste für den Wettbewerb geöffnet wird, ist es ratsam, Bestimmungen für eine Gemeinschaftskoordination von Aufträgen, die über einen bestimmten Wert hinausgehen, festzulegen. Diese Koordinierung gründet sich auf die Anforderungen der Art. 14, 28 und 49 des Vertrags sowie des Art. 97 Euratom-Vertrag, nämlich auf den Grundsatz der Gleichbehandlung bzw. der Nichtdiskriminierung, die davon nur eine besondere Ausprägung ist, den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und den Grundsatz der Transparenz. In Anbetracht der Art der von dieser Koordinierung betroffenen Sektoren sollte diese unter Wahrung der Anwendung der genannten Grundsätze einen Rahmen für faire Handelspraktiken schaffen und ein Höchstmaß an Flexibilität ermöglichen.“

....“

[4] Art. 10 („Grundsätze für die Vergabe von Aufträgen“) der Richtlinie 2004/17 bestimmt:

„Die Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend und gehen in transparenter Weise vor.“

[5] Art. 11 („Wirtschaftsteilnehmer“) der Richtlinie 2004/17 sieht in seinem Abs. 2 vor:

„Angebote oder Anträge auf Teilnahme können auch von Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern eingereicht werden. Die Auftraggeber können nicht verlangen, dass nur Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern, die eine bestimmte Rechtsform haben, ein Angebot oder einen Antrag auf Teilnahme einreichen können; allerdings kann von der ausgewählten Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern verlangt werden, dass sie eine bestimmte Rechtsform annimmt, wenn ihr der Zuschlag erteilt worden ist, sofern dies für die ordnungsgemäße Durchführung des Auftrags erforderlich ist.“

[6] Art. 51 („Allgemeine Bestimmungen“) der Richtlinie 2004/17, der zu Kapitel VII gehört, sieht vor:

„(1) Die Auswahl der Bewerber in den Vergabeverfahren ist wie folgt geregelt:

a) Haben die Auftraggeber gem. Art. 54 Abs. 1, 2 oder 4 Regeln und Kriterien für den Ausschluss von Bietern oder Bewerbern aufgestellt, so schließen sie Wirtschaftsteilnehmer, die diese Regeln und Kriterien erfüllen, aus.

b) Die Auftraggeber wählen Bieter und Bewerber nach den gem. Art. 54 festgelegten objektiven Regeln und Kriterien aus.

c) In nichtoffenen Verfahren und in Verhandlungsverfahren mit einem Aufruf zum Wettbewerb verringern die Auftraggeber gegebenenfalls nach Art. 54 die Zahl der gemäß den Buchstaben a) und b) ausgewählten Bewerber.

....

(3) Die Auftraggeber prüfen die Übereinstimmung der von den ausgewählten Bietern vorgelegten Angebote mit den für sie geltenden Vorschriften und Anforderungen und vergeben den Auftrag nach den Kriterien der Art. 55 und 57.“

[7] In Art. 54 („Eignungskriterien“) der Richtlinie 2004/17 heißt es:

„(1) Auftraggeber, die die Eignungskriterien in einem offenen Verfahren festlegen, müssen dies entsprechend den objektiven Kriterien und Regeln tun, die den interessierten Wirtschaftsteilnehmern zugänglich sind.

(2) Auftraggeber, die die Bewerber für die Teilnahme an einem nichtoffenen Verfahren oder an einem Verhandlungsverfahren auswählen, richten sich dabei nach den objektiven Regeln und Kriterien, die sie festgelegt haben und die den interessierten Wirtschaftsteilnehmern zugänglich sind.

(3) In nichtoffenen Verfahren und in Verhandlungsverfahren können sich die Kriterien auf die objektive Notwendigkeit des Auftraggebers gründen, die Zahl der Bewerber so weit zu verringern, dass ein angemessenes Verhältnis zwischen den Besonderheiten des Vergabeverfahrens und den zu seiner Durchführung erforderlichen Ressourcen sichergestellt ist. Es sind jedoch so viele Bewerber zu berücksichtigen, dass ein angemessener Wettbewerb gewährleistet ist.

....“

Dänisches Recht

[8] § 2 Abs. 1 des Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder (Gesetz über bestimmte Handelsunternehmen) in der Fassung der Bekanntmachung Nr. 1295 vom 15.11.2013 enthält folgende, der Rechtsprechung und dem Schrifttum entsprechende Definition:

„Als offene Handelsgesellschaft [interessentskab] im Sinne dieses Gesetzes gilt ein Unternehmen, in dem alle Gesellschafter persönlich, unbeschränkt und gesamtschuldnerisch für die Verbindlichkeiten des Unternehmens haften.“

Ausgangsrechtsstreit und Vorlagefrage

[9] Zur Vergabe des öffentlichen Auftrags mit der Bezeichnung „TP 4 Urban Tunnels“ zum Bau einer neuen Eisenbahnstrecke zwischen den Städten Kopenhagen

und Ringsted eröffnete Banedanmark mit einer im Januar 2013 veröffentlichten Bekanntmachung ein Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb i.S.v. Art. 47 der Richtlinie 2004/17. Für die Auftragsvergabe wurde auf das Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots abgestellt.

[10] Gemäß der Ausschreibung beabsichtigte Banedanmark, vier bis sechs Bewerber zur Vorlage eines Angebots aufzufordern und bei mehr als sechs Bewerbern eine Vorauswahl zu treffen. Aus den Ausschreibungsbedingungen ergibt sich darüber hinaus, dass die Bieter in dem eingeleiteten Verfahren zur Vorlage von drei aufeinanderfolgenden Angeboten aufgefordert werden sollten. Nach der Vorlage der ersten beiden Angebote sollte verhandelt werden, da das dritte und letzte Angebot zur Vergabe des Auftrags führen sollte.

[11] Im Rahmen der Vorauswahl bewarben sich fünf Wirtschaftsteilnehmer. Darunter befanden sich eine aus MT Højgaard und Züblin bestehende Bietergemeinschaft (im Folgenden: Bietergemeinschaft Højgaard und Züblin) und eine aus Per Aarsleff und der E. Pihl og Søn A/S bestehende Bietergemeinschaft (im Folgenden: Bietergemeinschaft Aarsleff und Pihl). Banedanmark wählte alle fünf Bewerber aus und forderte sie zur Vorlage eines Angebots auf.

[12] Im Juni 2013 zog sich einer von ihnen aus dem Verfahren zurück, so dass lediglich vier vorausgewählte Bieter verblieben.

[13] Den Vertrag zur Gründung der Bietergemeinschaft Aarsleff und Pihl hatten die beiden Gesellschaften am 26.08.2013 geschlossen. Am selben Tag wurde durch Urteil des zuständigen Gerichts über das Vermögen von E. Pihl og Søn Insolvenz eröffnet. Banedanmark erfuhr von diesem Urteil am Nachmittag desselben Tages und befragte Per Aarsleff unverzüglich zu den Auswirkungen, die es auf das laufende Vergabeverfahren habe. Trotz der Eröffnung der Insolvenz gab die Bietergemeinschaft Aarsleff und Pihl am 27.08.2013 ein erstes Angebot ab, das von den beiden Gesellschaften, nicht aber vom Insolvenzverwalter unterzeichnet war.

[14] Am 15.10.2013 teilte Banedanmark sämtlichen Bietern mit, sie habe entschieden, dass Per Aarsleff allein an dem Verfahren weiter teilnehmen könne. Sie begründete diese Entscheidung damit, dass Per Aarsleff, die gemessen am Umsatz in den Geschäftsjahren 2012 und 2013 das führende Unternehmen in Dänemark war, die Voraussetzungen für die Teilnahme an dem Verhandlungsverfahren auch ohne die wirtschaftliche und technische Kapazität von E. Pihl og Søn erfülle. Darüber hinaus habe Per Aarsleff mehr als 50 Arbeitnehmer von E. Pihl og Søn übernommen, darunter Personen, die für die Durchführung des in Rede stehenden Vorhabens wesentlich seien.

[15] Per Aarsleff reichte ein zweites Angebot in eigenem Namen ein und wies darauf hin, dass sie dieses als Nachfolgerin der Bietergemeinschaft Aarsleff und Pihl abgebe, dass der Insolvenzverwalter nicht mitgeteilt habe, ob er den Vertrag der Bietergemeinschaft aufrechterhalten wolle, und dass sie diesen Vertrag daher gekündigt habe. Nach Prüfung der eingegangenen zweiten Angebote entschied Banedanmark gemäß den Ausschreibungsbedingungen, drei Angebote auszuwählen, um das wirtschaftlich günstigste Angebot davon zu bestimmen, und bat die drei ausgewählten Bieter, ein drittes und letztes Angebot einzureichen. Darunter befanden sich Per Aarsleff sowie die Bietergemeinschaft Højgaard und Züblin. Die drei Bieter legten die entsprechenden letzten Angebote am 12.12.2013 vor.

[16] Am 20.12.2013 teilte Banedanmark den drei ausgewählten Bietern mit, sie habe entschieden, den Zuschlag Per Aarsleff zu erteilen, die in Bezug auf sowohl Qualität als auch Preis das günstigste Angebot abgegeben habe. Dieses Angebot bezog sich auf einen Betrag von 920 300 000 dänischen Kronen (DKK) (etwa 123 402.000 €).

[17] Daraufhin legten MT Højgaard und Züblin Beschwerde beim Klagenævnet for Udbud (Beschwerdeausschuss für Verfahren zur Auftragsvergabe, Dänemark) ein und machten u.a. geltend, Banedanmark habe gegen die in Art. 10 der Richtlinie 2004/17 festgelegten Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz verstoßen, als sie Per Aarsleff gestattet habe, anstelle der Bietergemeinschaft Aarsleff und Pihl an dem Verfahren teilzunehmen, obwohl sie persönlich in der Vorauswahl nicht berücksichtigt worden sei. MT Højgaard und Züblin beantragten daher beim Klagenævnet for Udbud (Beschwerdeausschuss für Verfahren zur Auftragsvergabe), die Entscheidung über die Auftragsvergabe an Per Aarsleff für nichtig zu erklären und die Aussetzung ihrer Vollziehung anzuordnen.

[18] Das Klagenævnet for Udbud (Beschwerdeausschuss für Verfahren zur Auftragsvergabe) entschied zunächst, der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zuzuerkennen. In seiner Vorlageentscheidung führt es sodann aus, dass Per Aarsleff auf der Grundlage der über sie erteilten Auskünfte in der Vorauswahl berücksichtigt worden wäre, wenn sie sich in ihrem eigenen Namen statt im Namen der Bietergemeinschaft Aarsleff und Pihl beworben hätte. Auch gebe es im dänischen Recht keine Vorschrift, die eine Änderung der Zusammensetzung einer an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags beteiligten Bietergemeinschaft nach Abgabe der Angebote untersage.

[19] Das Klagenævnet for Udbud (Beschwerdeausschuss für Verfahren zur Auftragsvergabe) stellt ferner fest, dass Banedanmark in der Vergabebekanntmachung keine qualitativen Mindestvoraussetzungen an die technische

Leistungsfähigkeit der Bieter gestellt habe und eine qualitative Bewertung der Bewerbungen erst bei mehr als sechs Bewerbern hätte vornehmen müssen. Daher hätte Per Aarsleff in der Vorauswahl unter ihrem eigenen Namen berücksichtigt werden können, auch wenn sie nicht zur Bietergemeinschaft Aarsleff und Pihl gehört hätte. Der Umstand, dass Per Aarsleff an die Stelle dieser Bietergemeinschaft getreten sei, habe darüber hinaus keine Auswirkungen auf die Lage der Bieter gehabt, da keiner der Bieter bei der Vorauswahl ausgeschlossen worden sei und auch keiner von ihnen abgelehnt worden wäre, wenn Per Aarsleff sich im eigenen Namen beworben hätte. Darüber hinaus sei die Situation, in der vor der Auftragsvergabe eine Änderung bei einer Bietergemeinschaft eintrete, von derjenigen zu unterscheiden, in der diese Änderung nach der Vergabe eintrete.

[20] Gleichwohl äußert das Klagenævnet for Udbud (Beschwerdeausschuss für Verfahren zur Auftragsvergabe) einige Vorbehalte hinsichtlich der Vereinbarkeit des durchgeführten Verfahrens mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz, wobei es allerdings darauf hinweist, dass der Gesetzgeber der Europäischen Union in Bezug auf öffentliche Aufträge in den Bereichen, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/17 fielen, keine genauso detaillierten Regelungen hinsichtlich der Anwendung dieses Grundsatzes wie in der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. 2004, L 134, S. 114) aufgestellt habe.

[21] Angesichts dieser Erwägungen hat das Klagenævnet for Udbud (Beschwerdeausschuss für Verfahren zur Auftragsvergabe) beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

Ist der Grundsatz der Gleichbehandlung in Art. 10 i.V.m. Art. 51 der Richtlinie 2004/17 dahin auszulegen, dass er einen Auftraggeber in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens daran hindert, den Auftrag an einen Bieter zu vergeben, der sich nicht für die Vorauswahl beworben hatte und daher nicht in der Vorauswahl berücksichtigt wurde?

Zur Zuständigkeit des Gerichtshofs

[22] In Rdnr. 15 des Urteils vom 18.11.1999, *Unitron Scandinavia und 3-S<sup>1</sup>*, hat der Gerichtshof das Klagenævnet for Udbud (Beschwerdeausschuss für Verfahren zur Auftragsvergabe) als „Gericht“ i.S.v. Art. 267 AEUV anerkannt. Die dänische Regierung trägt allerdings vor,

1 C-275/98, EU:C:1999:567.

dass der Gerichtshof im Urteil vom 09.10.2014, TDC<sup>2</sup>, demgegenüber dem Teleklagenævn (Beschwerdeausschuss für Telekommunikationsangelegenheiten, Dänemark) die Gerichtseigenschaft abgesprochen habe, und bittet den Gerichtshof daher um eine weitere Klärung der insoweit anwendbaren Kriterien und gegebenenfalls um Bestätigung der Eigenschaft des Klagenævn for Udbud (Beschwerdeausschuss für Verfahren zur Auftragsvergabe) als „Gericht“.

[23] Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof nach ständiger Rechtsprechung zur Beurteilung der rein unionsrechtlichen Frage, ob es sich bei der vorliegenden Einrichtung um ein „Gericht“ handelt, auf eine Reihe von Merkmalen abstellt, wie z.B. die gesetzliche Grundlage dieser Einrichtung, ihr ständiger Charakter, die obligatorische Gerichtsbarkeit, das streitige Verfahren, die Anwendung von Rechtsnormen durch die Einrichtung sowie deren Unabhängigkeit.<sup>3</sup>

[24] Im Ausgangsverfahren deutet nichts in den Akten, die beim Gerichtshof eingereicht worden sind, darauf hin, dass die vorliegende Einrichtung nicht die Kriterien in Bezug auf ihre gesetzliche Grundlage, ihren ständigen Charakter, die obligatorische Gerichtsbarkeit, das streitige Verfahren und die Anwendung von Rechtsnormen durch sie erfüllt.

[25] Was das Kriterium der Unabhängigkeit anbelangt, das vom Teleklagenævn (Beschwerdeausschuss für Telekommunikationsangelegenheiten) nach den Feststellungen des Gerichtshofs in dem von der dänischen Regierung herangezogenen Urteil vom 09.10.2014, TDC<sup>4</sup>, nicht erfüllt wurde, ist zunächst festzustellen, dass das Klagenævn for Udbud (Beschwerdeausschuss für Verfahren zur Auftragsvergabe) im Unterschied zu dieser Beschwerdeeinrichtung in den Rechtsbehelfsverfahren, die gegen seine Entscheidungen vor den ordentlichen Gerichten eingeleitet werden, nicht Partei ist. Daraus ergibt sich, dass es im Verhältnis zu den Parteien des Rechtsstreits, insbesondere der Behörde, die die bei ihm angefochtene Entscheidung erlassen hat, die Eigenschaft eines Dritten hat.

[26] Sodann ergibt sich, wie der Generalanwalt in Nr. 44 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, aus den Akten, dass keine funktionelle Verbindung des Klagenævn for Udbud (Beschwerdeausschuss für Verfahren zur Auftragsvergabe) mit dem Ministerium für Unternehmen und Wachstum besteht. Der Umstand, dass das Sekretariat der Einrichtung diesem Ministerium zugeordnet ist, ist nicht geeignet, diese Feststellung in Zweifel zu ziehen. Darüber hinaus übt die Einrichtung ihre Funktionen in völliger Autonomie aus, ohne irgendeiner Stelle hierarchisch untergeordnet zu sein oder von irgendeiner Stelle Anweisungen zu erhalten.<sup>5</sup>

[27] Was die Unabhängigkeit der Mitglieder der vorlegenden Einrichtung betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass diese gem. § 1 Abs. 4 des Bekendtgørelse Nr. 887 om Klagenævn for Udbud mit senere ændringer (Verordnung Nr. 887 über den Beschwerdeausschuss für Verfahren zur Auftragsvergabe in geänderter Fassung) vom 11.08.2011 ihre Aufgaben unabhängig wahrzunehmen haben.

[28] Aus den Akten ergibt sich, dass die vorliegende Einrichtung nach § 9 Abs. 1 des Lov nr. 492 om håndhævelse af udbudsreglerne med senere ændringer (Gesetz Nr. 492 über die Durchführung der Vorschriften über die Auftragsvergabe in geänderter Fassung, im Folgenden: Gesetz Nr. 492) vom 12.05.2010 mit einem Präsidenten und mehreren Vizepräsidenten, die den Vorsitz bilden, sowie mehreren sachkundigen Beisitzern besetzt ist. Den Vorsitz bekleiden gem. § 9 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzes Nr. 492 Richter der Bezirks- und Landgerichte.

[29] Die Besetzung des Klagenævn for Udbud (Beschwerdeausschuss für Verfahren zur Auftragsvergabe) ist paritätisch. In seiner normalen Besetzung besteht es aus einem Mitglied des Vorsitzes als Präsidenten und einem sachverständigen Beisitzenden. Zudem entscheidet es nach § 10 Abs. 5 des Gesetzes Nr. 492 mit einfacher Mehrheit, wobei bei Stimmengleichheit die Stimme des Präsidenten den Ausschlag gibt. Daher verfügen die aus der dänischen Richterschaft stammenden Mitglieder der Einrichtung in jedem Fall über die Stimmenmehrheit und im Entscheidungsprozess der Einrichtung somit über ein ausschlaggebendes Gewicht.

[30] Den Mitgliedern der vorlegenden Einrichtung mit Richterstatus kommt als solchen der besondere Schutz gegen eine Abberufung nach § 64 der dänischen Verfassung zugute, der auch die Aufgaben als Mitglied des Vorsitzes der vorlegenden Einrichtung umfasst.

[31] Wegen des ausschlaggebenden Gewichts der Stimmen der Mitglieder der vorlegenden Einrichtung, denen als Richtern dieser besondere Schutz zugutekommt, kann die Unabhängigkeit der Einrichtung jedenfalls nicht dadurch in Frage gestellt werden, dass den sachverständigen Beisitzern der Einrichtung nicht derselbe Schutz zugutekommt.

2 C-222/13, EU:C:2014:2265.

3 Urt. v. 06.10.2015 – Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, EU:C:2015:664, Rdnr. 17 und die dort angeführte Rechtsprechung.

4 C-222/13, EU:C:2014:2265.

5 Vgl. in diesem Sinne Urt. v. 06.10.2015 – Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, EU:C:2015:664, Rdnr. 19 und die dort angeführte Rechtsprechung

[32] In Anbetracht dieser Erwägungen ist zu bestätigen, dass das Klagenavn for Udbud (Beschwerdeausschuss für Verfahren zur Auftragsvergabe) auch das Kriterium der Unabhängigkeit erfüllt und daher als „Gericht“ i.S.v. Art. 267 AEUV einzustufen ist.

[33] Der Gerichtshof ist daher für die Beantwortung der vorgelegten Frage zuständig.

Zur Vorlagefrage

[34] Mit seiner Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob der Grundsatz der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer nach Art. 10 der Richtlinie 2004/17 i.V.m. deren Art. 51 dahin auszulegen ist, dass ein Auftraggeber einen Wirtschaftsteilnehmer, der zu einer Gemeinschaft zweier Unternehmen gehört, die in der Vorauswahl berücksichtigt worden ist und das erste Angebot in einem Verhandlungsverfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags abgegeben hat, nach Auflösung dieser Gemeinschaft nicht im eigenen Namen an diesem Verfahren weiter teilnehmen lassen darf.

[35] Für die Beantwortung dieser Frage ist darauf hinzuweisen, dass die Richtlinie 2004/17 keine spezifischen Vorschriften über die Änderung der Zusammensetzung einer Gemeinschaft von Wirtschaftsteilnehmern enthält, die als Bieter eines öffentlichen Auftrags in der Vorauswahl berücksichtigt worden ist, so dass die Regelung eines solchen Sachverhalts in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt.<sup>6</sup>

[36] Weder die dänische Regelung noch die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Vergabebekanntmachung sehen hierzu spezifische Bestimmungen vor. Die Frage, ob der Auftraggeber eine solche Änderung genehmigen kann, ist unter diesen Umständen nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts, u.a. des Gleichbehandlungsgrundsatzes und der sich daraus ergebenden Transparenzpflicht, sowie der Ziele des Unionsrechts im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe zu prüfen.

[37] Der Gleichbehandlungsgrundsatz und die Transparenzpflicht bedeuten u.a., dass die Bieter sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese vom öffentlichen Auftraggeber beurteilt werden, gleichbehandelt werden müssen, und sie bilden die Grundlage der Unionsvorschriften über die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge.<sup>7</sup>

[38] Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, der die Entwicklung eines gesunden und effektiven Wettbewerbs zwischen den sich um einen öffentlichen Auftrag bewerbenden Unternehmen fördern soll, 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.<sup>8</sup>

[39] Eine strikte Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter 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 bei der Vorauswahl berücksichtigt worden sind, Angebote vorlegen und den Zuschlag erhalten können.

[40] Dieser Ansatz findet seine Grundlage in Art. 51 Abs. 3 der Richtlinie 2004/17, wonach die Auftraggeber „die Übereinstimmung der von den ausgewählten Bietern vorgelegten Angebote [prüfen]“, was, wie der Generalanwalt in Nr. 63 seiner Schlussanträge festgestellt hat, eine rechtliche und tatsächliche Identität zwischen den in der Vorauswahl berücksichtigten Wirtschaftsteilnehmern und den Wirtschaftsteilnehmern, die die Angebote vorlegen, voraussetzt.

[41] Die in der vorstehenden Randnummer erwähnte Anforderung einer rechtlichen und tatsächlichen Identität kann jedoch gesenkt werden, um in einem Verhandlungsverfahren einen angemessenen Wettbewerb, wie ihn Art. 54 Abs. 3 der Richtlinie 2004/17 verlangt, zu gewährleisten.

[42] Im Ausgangsverfahren war, wie sich aus Rn. 10 des vorliegenden Urteils ergibt, der Auftraggeber der Ansicht, dass es mindestens vier Bewerber geben müsse, um einen solchen Wettbewerb zu gewährleisten.

[43] Ein Wirtschaftsteilnehmer kann allerdings nach Auflösung einer Bietergemeinschaft, zu der er gehörte und die von dem Auftraggeber in der Vorauswahl berücksichtigt wurde, im eigenen Namen an dem Verhandlungsverfahren nur unter Bedingungen weiter teilnehmen, die den Grundsatz der Gleichbehandlung sämtlicher Bieter nicht beeinträchtigen.

[44] Ein Auftraggeber verstößt insoweit nicht gegen diesen Grundsatz, 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 dem Verhandlungsverfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags teilzunehmen, sofern erwiesen ist, dass dieser

6 Vgl. in diesem Sinne Urt. v. 23.01.2003 – Makedoniko Metro und Michaniki, C-57/01, EU:C:2003:47, Rdnr. 61.

7 Vgl. in diesem Sinne Urt. v. 16.12.2008 – Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, Rdnr. 45 und die dort angeführte Rechtsprechung.

8 Vgl. Urt. v. 29.04.2004 – Kommission/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, Rdnr. 110, und v. 12.03.2015 – eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, Rdnr. 33.



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.

[45] Im Ausgangsverfahren ist zunächst festzustellen, dass sich aus dem Vorabentscheidungsersuchen ergibt, dass Per Aarsleff, hätte sie sich allein beworben, in der Vorauswahl berücksichtigt worden wäre (vgl. Rdnr. 18 des vorliegenden Urteils).

[46] Angesichts der sich aus den Akten ergebenden Umstände, dass zum einen der Vertrag zur Bildung der Bietergemeinschaft Aarsleff und Pihl an dem Tag geschlossen wurde, an dem das Urteil erging, mit dem E. Pihl og Søn für insolvent erklärt wurde, und zum anderen das erste Angebot dieser Bietergemeinschaft am darauffolgenden Tag ohne Unterschrift des Insolvenzverwalters von E. Pihl og Søn vorgelegt wurde, hat das vorliegende Gericht allerdings noch zu prüfen, ob die Vorlage dieses ersten Angebots mit einem Fehler behaftet war, der dem entgegenstand, dass Per Aarsleff an dem fraglichen Verhandlungsverfahren im eigenen Namen weiter teilnahm.

[47] Was schließlich den Umstand betrifft, dass Per Aarsleff nach der Auflösung der Bietergemeinschaft Aarsleff und Pihl 50 Arbeitnehmer von E. Pihl og Søn übernommen hat, darunter Personen, die für die Durchführung des fraglichen Bauvorhabens wesentlich waren, ist es Sache des vorliegenden Gerichts, zu prüfen, ob Per Aarsleff dadurch einen Wettbewerbsvorteil gegenüber den übrigen Bietern erlangt hat.

[48] Nach alledem ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer nach Art. 10 der Richtlinie 2004/17 i.V.m. deren Art. 51 dahin auszulegen ist, 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.

#### Kosten

[49] Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorliegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenent-

scheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

#### Anmerkung:

von Rechtsanwalt Michael Horstkotte und Rechtsanwalt Olaf Hünemörder, Rostock\*

Neben Einzelbewerbern können auch mehrere zu einer Bietergemeinschaft zusammengeschlossene Unternehmen an öffentlichen Ausschreibungen teilnehmen.<sup>1</sup>

Umstritten war jedoch, ob die zu einer Bietergemeinschaft verbundenen Unternehmen im eigenen Namen am weiteren Vergabeverfahren teilnehmen und an die Stelle ihrer Bietergemeinschaft treten können, wenn diese aus unvorhergesehen Gründen – etwa aufgrund der Insolvenz eines Mitglieds – aufgelöst wird. Hierin ist z.T. ein unzulässiger Bieterwechsel und damit ein möglicher Verstoß gegen das Gebot des fairen Wettbewerbs, das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebote erkannt worden.<sup>2</sup>

1. In dem dem EuGH vorgelegten Verfahren wurde der Bau einer neuen Eisenbahnstrecke in Dänemark ausgeschrieben. Unter den Bietern, die die Vorauswahl bestanden haben und zur Abgabe von Angeboten aufgefordert wurden, bewarben sich zwei Bietergemeinschaften, die A. und die Z. Da über eines der in der A. verbundenen Unternehmen zeitgleich mit der ersten Angebotsabgabe das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, entschied sich das andere der zur A. verbundenen Unternehmen, das die Eignungskriterien des Auftraggebers auch eigenständig erfüllte, ein eigenes Angebot abzugeben, mit dem es schließlich den Zuschlag erlangen konnte. Die Z. ging aufgrund dessen gegen die für sie nachteilige Vergabeentscheidung vor.

Der dänische Beschwerdeausschuss für Verfahren zur Auftragsvergabe, der mit den deutschen Vergabekammern vergleichbar ist, hat hierauf festgestellt, dass der siegreiche Bieter zwar auch ohne eine Zugehörigkeit zur A. für den Zuschlag in Frage gekommen wäre. Da er aufgrund des Umstands, dass sich der siegreiche Bieter nicht für die Vorauswahl beworben hatte, allerdings insbesondere eine mögliche Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 10 i.V.m. Art. 51 RL 2004/17

\* Schütte Horstkotte & Partner Rechtsanwälte.

1 Vgl. § 43 VgV, § 50 SektVO und Art. 11 Abs. 2 RL 2004/17 EG.

2 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.10.2008 – 15 Verg 9/08 unter Verweis auf VK Bund, Beschl. v. 22.02.2008 – VK 1-4/08; VK Südbayern, Beschl. v. 09.04.2003 – 11-03/03; OLG Celle, Beschl. v. 05.09.2007 – 13 Verg 9/07, VergabeR 2007, 765; OLG Hamburg, NZBau 2003, 223; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.10.2006 – VII-Verg 30/06, VergabeR 2007, 92 u.a.

EG) befürchtete, legte er den Fall dem EuGH zur Vorabentscheidung vor.

Der EuGH sah im Vorgehen des Auftraggebers keinen Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot.

Er stellte in seiner Entscheidung zunächst fest, dass die RL 2004/17/EG keine Regelung über die Änderung der Zusammensetzung der Bietergemeinschaften enthält, und dies den nationalen Gesetzgebern überlässt.<sup>3</sup> Mangelt es, wie im entschiedenen Fall, auch dort an einer solchen Regelung, ist die Entscheidung des Auftraggebers anhand der Grundprinzipien des Vergaberechts zu prüfen.<sup>4</sup> Der EuGH sah die Zulassung des vormals zur A. gehörenden Bieters als mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz konform an, sofern erwiesen ist, dass der zu dieser gehörende Bieter die vom Auftraggeber festgelegten Anforderungen auch ohne die mit ihm verbundenen Unternehmen erfüllte (und daher ebenso mit einer eigenen Bewerbung in die Vorauswahl gekommen wäre)<sup>5</sup>, und die Teilnahme am weiteren Verfahren die Wettbewerbssituation der anderen Bieter nicht beeinträchtigt.<sup>6</sup> Hinsichtlich der letzteren Frage hat der EuGH zu Gunsten des siegreichen Bieters berücksichtigt, dass sich die Zahl der nach der Vorauswahl verbliebenen Bieter aufgrund der Auflösung der A. nicht verändert hatte.<sup>7</sup>

Nicht dagegen befasste sich der EuGH mit der Frage, ob die A. aufgrund der zeitlichen Überschneidung ihres ersten Angebots mit der Eröffnung der Insolvenz überhaupt am weiteren Verfahren teilnehmen durfte, und ob die Übernahme mehrerer für das Projekt entscheidender Mitarbeiter vom insolventen anderen Mitglied der A. einen unfairen Wettbewerbsvorteil zu Gunsten des Bieters geschaffen hat.

2. Der EuGH hatte in der vorgelegten Streitigkeit über eine Fallkonstellation zu entscheiden, mit der sich bislang nur die nationale Rechtsprechung zum sog. „Bieterwechsel“<sup>8</sup> befasste.

Zwar wurde es als nicht mit dem Wettbewerbsgrundsatz, der einen Geheimwettbewerb zwischen den Teilnehmern fordert, konform gesehen, wenn sich dasselbe Unternehmen sowohl als Bieter als auch als Mitglied einer Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren beteiligt.<sup>9</sup> In dem vom EuGH entschiedenen Fall lag jedoch eine andere Konstellation vor. Bieter und Bietergemeinschaft traten nicht als Wettbewerber – nebeneinander, sondern als ursprünglicher Wettbewerber und dessen Nachfolger – hintereinander – auf. Teile der nationalen Rechtsprechung haben in einem derartigen Wechsel des Bieters<sup>10</sup> wie auch in einer Änderung der Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft<sup>11</sup> bisher eine unzulässige Angebotsänderung, die zum zwingenden Ausschluss des Bieters führen musste, gesehen. Der EuGH hat sich von

dieser undifferenzierten Betrachtungsweise der nationalen Gerichte distanziert, und stellt eine auf die Umstände des Einzelfalls abstellende Betrachtung in den Vordergrund.<sup>12</sup>

Auch dem Gleichbehandlungsgrundsatz, der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, alle Teilnehmer des Vergabeverfahrens in allen Schritten des Verfahrens gleich zu behandeln und ihnen gleiche Chancen beim Zugang zum Wettbewerb zu gewähren<sup>13</sup>, kann keine direkte Antwort auf diese Fallkonstellation entnommen werden. Zwar ist anerkannt, dass Bietergemeinschaften wie Einzelbewerber an öffentlichen Vergaben teilnehmen können, wodurch auch Unternehmern, die sich zur Ausführung des Auftrages fremden Personals und Mittel bedienen, der Zugang zum Wettbewerb eröffnet wird.<sup>14</sup> Dementsprechend ist ebenfalls anerkannt, dass sich ein Bieter auch durch externe Unterauftragnehmer bei der Ausführung des Auftrages unterstützen lassen kann.<sup>15</sup> Einer Analogie zu diesen Fällen stehen allerdings mehrere Gründe entgegen: Zum einen steht in ihnen bereits bei Beginn der Teilnahme am Vergabeverfahren die Identität des Bieters und des Unternehmens, das diesem bei der Ausführung des Auftrages unterstützt, fest. Ein zwischenzeitiger Wechsel des potentiellen Auftragnehmers findet dagegen nicht statt. Dementsprechend ist auch ein Austausch des vom Bieter benannten Unterauftragnehmers im Laufe oder Anschluss des Vergabeverfahrens nur unter eingeschränkten Voraussetzungen möglich. So lässt Art. 89 Abs. 1 UAbs. d RL 2014/25/EU nur dann eine nachträgliche Anpassung des Auftrags zu, wenn der Auftragnehmer entsprechend einer in den Auftragsunterlagen enthaltenen Option gewechselt wird oder sich aufgrund einer Umstrukturierung des Unternehmens ändert oder die Aufgaben seiner Nachunter-

3 EuGH, Urt. v. 24.05.2016 – Rs. C 296/14, Rdnr. 35.

4 EuGH, Urt. v. 24.05.2016, a.a.O., Rdnr. 36.

5 EuGH, Urt. v. 24.05.2016, a.a.O., Rdnr. 44, 45.

6 EuGH, Urt. v. 24.05.2016, a.a.O., Rdnr. 47, 48.

7 EuGH, Urt. v. 24.05.2016, a.a.O., Rdnr. 42.

8 Siehe Fn. 2.

9 Schütte/Horstkotte/Hünemörder/Wiedemann, Wasser Energie Verkehr, 1. Aufl. (2016), Rdnr. 10 unter Verweis auf OLG Thüringen, VergabeR 2004, 520.

10 Siehe Fn. 2. Ferner Schütte/Horstkotte/Hünemörder/Wiedemann, a.a.O., Rdnr. 12 m.w.N.

11 Hanseatisches OLG Hamburg, Beschl. v. 31.03.2014 – 1 Verg 4/13.

12 Siehe Fn 6.

13 Schütte/Horstkotte/Hünemörder/Wiedemann, a.a.O., Rdnr. 11 m.w.N.

14 Schütte/Horstkotte/Hünemörder/Wiedemann, a.a.O., Rdnr. 161 m.w.N.

15 Vgl. BGH, Urt. v. 03.04.2012 – X ZR 130/10; OLG München, Beschl. v. 12.10.2012 – Verg 16/12; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.05.2012 – VII-Verg 104/11 u.v.a.

nehmer selbst wahrnimmt.<sup>16</sup> Ein Wechsel des Subunternehmers<sup>17</sup> und selbst die Abgabe des Auftrages an ein zuvor als Subunternehmer benanntes Unternehmen<sup>18</sup> ist daher unzulässig.

Andererseits erscheint diese Auslegung in der hier entschiedenen Fallkonstellation zu streng: Zum einen würden Änderungen in der Person des Bieters, etwa personelle Umstrukturierungen, die Umwandlung in eine andere Rechtsform, eine Fusion mit anderen Unternehmen, Wechsel der Muttergesellschaft oder ein Outsourcing von Teilen des Unternehmens nur dann zum Ausscheiden aus dem Vergabeverfahren führen, wenn diese die Eignung des Bieters in dem Verfahren entfallen ließen.<sup>19</sup> Eine absolute Veränderungssperre vor dem Hintergrund eines laufenden Vergabeverfahrens würde die unternehmerische Freiheit der Bieter ohne hinreichenden Grund beschränken und damit neben den sich hieraus ergebenden verfassungsrechtlichen Implikationen eine Vergabe öffentlicher Aufträge an sich unattraktiv machen. Daher sehen weder das europäische noch das nationale Vergaberecht Regelungen vor, nach denen ein Bieter aufgrund von lediglich unternehmensinternen Änderungen vom Vergabeverfahren auszuschließen ist. Hiervon ist zwar der Fall einer „Übernahme“ der Bietergemeinschaft durch eines ihrer Mitglieder zu unterscheiden. Dennoch waren die Übereinstimmungen der früheren Bietergemeinschaft mit dem letztlichen Bieter – gerade im Hinblick auf die für den Auftraggeber maßgeblichen Eignungskriterien – in dem vorgelegten Fall letzten Endes derart evident, dass beinahe von einer Identität beider ausgegangen werden konnte. Ferner hat der EuGH zu Recht in seine wertende Betrachtung einfließen lassen, dass das Verhandlungsverfahren eine – ansonsten unzulässige – Angebotsänderung ermöglicht.<sup>20</sup> Auch wird die Möglichkeit eines Wechsels des Auftraggebers als zulässig angesehen.<sup>21</sup> Im Ergebnis sah der EuGH daher auch in Bezug auf den Gleichbehandlungsgrundsatz keinen Anlass, undifferenziert nur auf die fehlende rechtliche Identität zwischen Bieter und Bietergemeinschaft zu verweisen, statt alle Umstände des Falls in seine Betrachtung einzubeziehen.

3. Die Entscheidung des EuGH hat daher zur Folge, dass ein rein formeller Wechsel in der Identität des Bieters nicht mehr zu einem zwingenden Ausschluss vom Vergabeverfahren führen kann. Vielmehr ist eine alle Umstände des Falls umfassende Betrachtung vorzunehmen. Ein Austausch des Bieters durch ein bisher unbeteiligtes Unternehmen wird indes auch nach der neuen EuGH-Entscheidung unzulässig bleiben.

4. Der EuGH hat mehrere Fragen dagegen weiterhin einer Klärung durch die einfachen Gerichte überlassen.

Hinsichtlich der Frage, ob die Übernahme der Mitarbeiter des anderen, zur aufgelösten Bietergemein-

schaft gehörenden Unternehmens einen rechtswidrigen Wettbewerbsvorteil darstellt, ist zu erwarten, dass die Rechtsprechung auch hier zu einer differenzierteren Betrachtung aller Umstände des Einzelfalls übergehen wird. Diese dürfte in vergleichbaren Lagen zu Gunsten des Unternehmens ausfallen, zumal diesem die über die Leistungsfähigkeit bestimmende Mitarbeit und das für die fachliche Eignung maßgebliche Know-How der Arbeitnehmer ebenso zur Verfügung gestanden hätten, wenn die Bietergemeinschaft weiterhin bestanden und am Vergabeverfahren und der späteren Ausführung des Auftrags teilgenommen hätte. Bleiben diese Faktoren durch eine Verbindung der zur Bietergemeinschaft gehörenden Unternehmen unberührt, besteht auch kein zwingender Grund, in der Verbindung der Unternehmen eine maßgebliche Änderung der Wettbewerbssituation zu erkennen.

Hinsichtlich der Frage, ob die Insolvenz des Mitunternehmens das überschneidende Angebot der Bietergemeinschaft unzulässig macht, haben die öffentlichen Auftraggeber ebenfalls größeren Ermessensspielraum erhalten. So stellt die Insolvenz eines Bieters nur noch einen relativen Ausschlussgrund dar.<sup>22</sup>

16 Schütte/Horstkotte/Hünemörder/Wiedemann, a.a.O., Rdnr. 195 m.w.N.

17 EuGH, Urt. v. 13.04.2010 – Rs. C-91/08; BKartA Bonn, Beschl. v. 26.02.2016 – VK 2-7/16.

18 Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann, Vergabe öffentlicher Aufträge, 3. Aufl., S. 68.

19 VK Nordbayern, Beschl. v. 16.02.2016 – 21.VK-3194-01/16.

20 Schütte/Horstkotte/Hünemörder/Wiedemann, a.a.O., Rdnr. 189.

21 VK Südbayern, Beschl. v. 08.04.2016 – Z3-3-3194-1-57-11/15 (Fusion).

22 Vgl. etwa § 16 Abs. 2 Ziffer 1 VOB/A; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.05.2012 – VII-Verg 68/11.

## **Vorabentscheidung; Rabattverträge; Zulassungsverfahren; Open-House-Modell; öffentlicher Auftrag; Gleichbehandlung; Transparenz; Bekanntmachung**

VKR Art. 1 Abs. 2a, 1 Abs. 5, 2, 32, 43.

**1. Art. 1 Abs. 2 Buchst. a) der Richtlinie 2004/18/EG ist dahin auszulegen, dass ein Vertragssystem wie das im Ausgangsverfahren in Rede stehende, mittels dessen eine öffentliche Einrichtung Waren auf dem Markt erwerben will, wobei sie während der gesamten Laufzeit dieses Systems mit jedem Wirtschaftsteilnehmer, der sich verpflichtet, die betreffenden Waren zu im Vorhinein festgelegten Be-**