

Anmerkung zu:	EuGH Große Kammer, Urteil vom 07.09.2021 - C-927/19
Autoren:	Dr. Pascal Friton, LL.M., RA, Dr. Tobias Ackermann, RA
Erscheinungsdatum:	15.03.2022
Quelle:	
Normen:	§ 5 VgV 2016, § 134 GWB, § 124 GWB, EGRL 18/2004, EWGRL 665/89, EURL 23/2014, 12016P047, EURL 24/2014
Fundstelle:	jurisPR-VergR 3/2022 Anm. 2
Herausgeber:	Prof. Dr. Lutz Horn, RA
Zitiervorschlag:	Friton/Ackermann, jurisPR-VergR 3/2022 Anm. 2

Verweis eines Bieters auf Umsätze früherer Konsortien

Tenor

1. Art. 58 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 ist dahin auszulegen, dass die Verpflichtung der Wirtschaftsteilnehmer, nachzuweisen, dass sie einen bestimmten durchschnittlichen Jahresumsatz in dem vom betreffenden öffentlichen Auftrag abgedeckten Tätigkeitsbereich erzielen, ein Eignungskriterium darstellt, das sich auf die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit dieser Wirtschaftsteilnehmer i.S.v. Abs. 3 dieser Vorschrift bezieht.

2. Art. 58 Abs. 3 i.V.m. Art. 60 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24 ist dahin auszulegen, dass ein Wirtschaftsteilnehmer in dem Fall, dass der öffentliche Auftraggeber verlangt hat, dass die Wirtschaftsteilnehmer einen bestimmten Mindestumsatz in dem vom betreffenden öffentlichen Auftrag abgedeckten Bereich erzielt haben, sich zum Nachweis seiner wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit nur dann auf die Einkünfte berufen darf, die von einem vorübergehenden Unternehmenszusammenschluss, dem er angehörte, erzielt wurden, wenn er im Rahmen eines bestimmten öffentlichen Auftrags tatsächlich zur Ausübung einer Tätigkeit dieses Konsortiums beigetragen hat, die derjenigen entspricht, die Gegenstand des öffentlichen Auftrags ist, für den dieser Wirtschaftsteilnehmer seine wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit nachweisen will.

3. Art. 58 Abs. 4 sowie die Art. 42 und 70 der Richtlinie 2014/24 sind dahin auszulegen, dass sie gleichzeitig mit einer in einer Ausschreibung enthaltenen technischen Vorgabe angewandt werden können.

4. Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 4, Art. 1 Abs. 3 und 5 sowie Art. 2 Abs. 1 Buchst. b 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 sind dahin auszulegen, dass eine Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers, mit der es abgelehnt wird, einem Wirtschaftsteilnehmer als vertraulich geltende Informationen, die in den Bewerbungsunterlagen oder im Angebot eines anderen Wirtschaftsteilnehmers enthalten sind, mitzuteilen, eine Handlung darstellt, die Gegenstand einer

Nachprüfung sein kann, und dass dann, wenn der Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet das Verfahren zur Vergabe des betreffenden öffentlichen Auftrags durchgeführt wird, vorgesehen hat, dass derjenige, der eine Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers anfechten möchte, verpflichtet ist, vor der Anrufung des Gerichts einen Verwaltungsrechtsbehelf einzulegen, dieser Mitgliedstaat auch vorsehen kann, dass einer Klage gegen diese den Zugang verweigernden Entscheidung ein solcher vorheriger Verwaltungsrechtsbehelf vorausgehen muss.

5. Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 4 und Art. 1 Abs. 3 und 5 der Richtlinie 89/665 in der durch die Richtlinie 2014/23 geänderten Fassung sowie Art. 21 der Richtlinie 2014/24 sind im Licht des allgemeinen unionsrechtlichen Grundsatzes einer guten Verwaltung dahin auszulegen, dass ein öffentlicher Auftraggeber, der mit einem Antrag eines Wirtschaftsteilnehmers auf Mitteilung der als vertraulich geltenden Informationen, die im Angebot eines Wettbewerbers, an den der Auftrag vergeben wurde, enthalten sind, befasst ist, nicht verpflichtet ist, diese Informationen mitzuteilen, wenn deren Übermittlung zu einem Verstoß gegen die Vorschriften des Unionsrechts über den Schutz vertraulicher Informationen führen würde, und zwar auch dann nicht, wenn der Antrag des Wirtschaftsteilnehmers im Rahmen eines Nachprüfungsantrags dieses Wirtschaftsteilnehmers betreffend die Rechtmäßigkeit der Bewertung des Angebots des Wettbewerbers durch den öffentlichen Auftraggeber gestellt wird. Lehnt der öffentliche Auftraggeber die Übermittlung solcher Informationen ab oder weist er den Verwaltungsrechtsbehelf eines Wirtschaftsteilnehmers bezüglich der Rechtmäßigkeit der Beurteilung des Angebots des betreffenden Wettbewerbers zurück und lehnt dabei die Übermittlung ab, so muss er das Recht des Antragstellers auf eine gute Verwaltung gegen das Recht des Wettbewerbers auf Schutz seiner vertraulichen Informationen abwägen, damit seine Ablehnungsentscheidung oder seine Zurückweisungsentscheidung begründet ist und dem Recht eines abgelehnten Bieters auf eine wirksame Nachprüfung nicht seine praktische Wirksamkeit genommen wird.

6. Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 4 und Art. 1 Abs. 3 und 5 der Richtlinie 89/665 in der durch die Richtlinie 2014/23 geänderten Fassung sowie Art. 21 der Richtlinie 2014/24 sind im Lichte des Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union dahin auszulegen, dass das zuständige nationale Gericht, das mit einer Klage gegen eine Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers befasst ist, mit der es abgelehnt wird, einem Wirtschaftsteilnehmer als vertraulich geltende Informationen mitzuteilen, die in den Unterlagen enthalten sind, die der Wettbewerber, an den der Auftrag vergeben wurde, übermittelt hat, oder mit einer Klage gegen eine Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers, mit der der gegen eine solche Ablehnungsentscheidung eingelegte Verwaltungsrechtsbehelf zurückgewiesen wird, verpflichtet ist, das Recht des Klägers auf einen wirksamen Rechtsbehelf gegen das Recht von dessen Wettbewerber auf Schutz seiner vertraulichen Informationen und seiner Geschäftsgeheimnisse abzuwägen. Zu diesem Zweck muss dieses Gericht, das notwendigerweise über die erforderlichen Informationen, einschließlich vertraulicher Informationen und Geschäftsgeheimnisse, verfügen muss, um in voller Kenntnis der Umstände entscheiden zu können, ob diese Informationen übermittelt werden dürfen, alle relevanten tatsächlichen und rechtlichen Aspekte prüfen. Außerdem muss es diesem Gericht möglich sein, die Ablehnungsentscheidung oder die Entscheidung über die Zurückweisung des Verwaltungsrechtsbehelfs für nichtig zu erklären, wenn sie rechtswidrig sind, und die Sache ggf. an den öffentlichen Auftraggeber zurückzuverweisen oder, wenn das nationale Recht es dazu ermächtigt, sogar selbst eine neue Entscheidung zu treffen.

7. Art. 57 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 ist dahin auszulegen, dass ein nationales Gericht, das mit einem Rechtsstreit zwischen einem von der Vergabe eines Auftrags ausgeschlossenem Wirtschaftsteilnehmer und einem öffentlichen Auftraggeber befasst ist, von der von Letzterem vorgenommenen Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Verhaltens des Wirtschaftsteilnehmers, an den der Auftrag vergeben wurde, abweichen und folglich in seiner Entscheidung alle notwendigen Konsequenzen daraus ziehen kann. Hingegen kann ein solches Gericht nach dem Äquivalenzgrundsatz den Gesichtspunkt eines vom öffentlichen Auftraggeber begangenen Beurteilungsfehlers nur dann von Amts wegen berücksichtigen, wenn das nationale Recht dies zulässt.

8. Art. 63 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 2014/24 i.V.m. Art. 57 Abs. 4 und 6 dieser Richtlinie ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der, wenn sich ein Wirtschaftsteilnehmer, der Mitglied eines Konsortiums von Wirtschaftsteilnehmern ist, bei seinen Auskünften zur Überprüfung des Fehlens von Gründen für einen Ausschluss des Konsortiums oder zur Überprüfung, ob dieses die Eignungskriterien erfüllt, einer schwerwiegenden Täuschung schuldig gemacht hat, ohne dass seine Partner von dieser Täuschung Kenntnis hatten, gegen alle Mitglieder dieses Konsortiums eine Maßnahme zum Ausschluss von jedem öffentlichen Vergabeverfahren verhängt werden kann.

A. Problemstellung

Der EuGH setzt sich in seiner umfangreichen Entscheidung mit insgesamt elf Vorlagefragen auseinander. Diese Besprechung beschränkt sich daher auf besonders relevante Aspekte des Urteils, die in Rechtsprechung und Praxis insbesondere Beachtung finden sollten. So setzt sich der Gerichtshof unter anderem mit der Frage auseinander, inwieweit ein Bieter zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit auf Umsätze eines Konsortiums verweisen kann. Zudem nimmt er Stellung zum Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz vertraulicher Informationen und dem effektiven Rechtsschutz unterlegener Bieter. Schließlich bezieht der Gerichtshof Stellung zu Auswirkungen des Vorliegens eines Ausschlussgrundes im Falle von Bietergemeinschaften.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Das Ausgangsverfahren betraf die Vergabe eines öffentlichen Auftrags für die Sammlung und Beförderung von Siedlungsabfällen in der litauischen Region Klaipėda. Den Zuschlag erhielt ein Konsortium von Wirtschaftsteilnehmern, dem unter anderem die Persekas UAB (Persekas) angehörte. Zum Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieterkonsortiums gab diese – wie von der Ausschreibung verlangt – an, einen durchschnittlichen Jahresumsatz von mehr als 200.000 Euro in Ausübung von ausschreibungsgegenständlichen Leistungen in den letzten drei Wirtschaftsjahren erwirtschaftet zu haben. Dabei bezog sie sich auf Umsätze eines (mit der Bietergemeinschaft nicht identischen) Konsortiums, an dem Persekas zwar beteiligt gewesen war, jedoch nicht selbst einschlägige Abfalldienstleistungen erbracht hatte. Die unterlegene Bieterin, die Ecoservice Klaipėda UAB (Ecoservice), erachtete Persekas und dessen Bietergemeinschaft deshalb für ungeeignet und griff die Zuschlagsentscheidung gerichtlich an. In diesem Zusammenhang beantragte sie die Offenlegung des Angebots des Bieterkonsortiums, was die öffentliche Auftraggeberin unter Hinweis auf dessen Vertraulichkeit ablehnte.

I. Leistungsfähigkeitskriterium mit Doppelnatur

Bei der Beantwortung der Frage, inwieweit ein Wirtschaftsteilnehmer zum Nachweis seiner Umsätze auf einen vorübergehenden Unternehmenszusammenschluss verweisen kann, differenziert der EuGH zwischen zwei Konstellationen: Verlangt der öffentliche Auftraggeber einen Mindestjah-

resumsatz, ohne diesen auf den vom Auftrag abgedeckten Bereich zu beschränken, stehe einer Berufung auf den Umsatz eines Konsortiums nichts entgegen. Bezieht sich der geforderte Mindestumsatz dagegen auf die von der Ausschreibung betroffenen Sparte, verfolge dies einen doppelten Zweck: Zwar diene es grundsätzlich der Prüfung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit, so dass ein Eignungskriterium i.S.v. Art. 58 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24 vorliege. Allerdings trage ein gegenstandsspezifischer Mindestumsatz dazu bei, auch die technische und berufliche Leistungsfähigkeit festzustellen. Daher sei die wirtschaftliche und finanzielle ebenso wie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit dem individuellen Wirtschaftsteilnehmer als natürliche oder juristische Person „eigen und ausschließlich“. Ein Wirtschaftsteilnehmer könne sich auf Umsätze eines vorübergehenden Unternehmenszusammenschlusses daher insoweit berufen, als er tatsächlich zur Ausführung entsprechender Tätigkeiten beigetragen habe.

II. Vertraulichkeitsschutz und effektive Verteidigungsrechte

Der EuGH betont im zweiten Fragenkomplex, dass der Vertraulichkeitsschutz und das Recht auf effektive Rechtsschutzmöglichkeiten sowohl von öffentlichen Auftraggebern als auch von Nachprüfungsinstanzen in Ausgleich gebracht werden müssen. Im Ausgangspunkt treffe den Auftraggeber gemäß Art. 21 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 die Pflicht, vertrauliche Informationen nicht an Dritte weiterzugeben. Daher dürfe er Informationen nicht preisgeben, wenn deren Inhalt dazu verwendet werden könnte, den Wettbewerb in einem laufenden oder späteren Vergabeverfahren zu verfälschen. Unterlegene Bieter müssten daher nicht zwingend vollständig über die Merkmale des den Zuschlag erhaltenen Angebots unterrichtet werden. Gleichzeitig dürfe ein öffentlicher Auftraggeber aber der Behauptung eines Wirtschaftsteilnehmers, eine Information sei vertraulich, nicht ohne weiteres folgen. Der Wirtschaftsteilnehmer habe die vertrauliche Natur der jeweiligen Information vielmehr darzulegen und zu beweisen. Hat der öffentliche Auftraggeber Zweifel an der Vertraulichkeit, müsse er den Wirtschaftsteilnehmer darauf hinweisen und anhören. Folgt er dessen Einschätzung und lehnt die Offenlegung der Informationen unter Hinweis auf deren Vertraulichkeit ab, treffe ihn gegenüber dem Wettbewerber eine gerichtlich überprüfbare Begründungspflicht. Dies folge aus dem Grundsatz einer guten Verwaltung, den Erfordernissen eines effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes und der Ermöglichung einer in Art. 47 GRCh gewährleisteten gerichtlichen Kontrolle. Um dieser Begründungspflicht zu entsprechen, müsse der öffentliche Auftraggeber dem Bieter den wesentlichen Inhalt der als vertraulich eingestuften Informationen in neutraler Form, d.h. unter Wahrung der Vertraulichkeit, mitteilen. Der öffentliche Auftraggeber müsse zudem den Bieter, dessen Informationen in vertraulicher Form weitergegeben werden sollen, hierüber informieren, um diesem wiederum die Einlegung von Eilrechtsschutz zu ermöglichen.

III. Ausschluss von Bietern

Angesichts der im Ausgangsverfahren zu Unrecht erfolgten Bezugnahme auf die Umsätze eines Konsortiums bezieht der EuGH im Rahmen seiner Entscheidung auch Stellung zu dem fakultativen Ausschlussgrund des Art. 57 Abs. 4 Buchst. h der Richtlinie 2014/24. Hierbei laufe es dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zuwider, wenn alle Mitglieder eines Konsortiums von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen würden, wenn einer von ihnen, ohne Kenntnis der übrigen Partner, den öffentlichen Auftraggeber getäuscht habe. Eine gegenläufige nationale Regelung widerspreche Art. 63 Abs. 1 Unterabs. 2 i.V.m. Art. 57 Abs. 4 und 6 der Richtlinie 2014/24.

C. Kontext der Entscheidung

Mit seinen Ausführungen zum Jahresmindestumsatz knüpft der EuGH an seine frühere Entscheidung in „Esaprojekt“ an (EuGH, Urt. v. 04.05.2017 - C-387/14 „Esaprojekt“). Dort hatte er die Frage zu klären, inwieweit ein Wirtschaftsteilnehmer zum Nachweis seiner technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit die Erfahrungen eines Unternehmenszusammenschlusses geltend ma-

chen kann, an dem er im Rahmen eines anderen öffentlichen Auftrags beteiligt gewesen war. Wie der EuGH ausführte, erwerbe ein Wirtschaftsteilnehmer „tatsächliche Erfahrung nicht durch seine bloße Eigenschaft als Mitglied eines Konsortiums und unabhängig von seiner Beteiligung hieran, sondern nur dadurch, dass er sich unmittelbar an der Ausführung mindestens eines Loses des Auftrags, dessen Gesamtausführung dem Konsortium obliegt, beteiligt“ (EuGH, Urt. v. 04.05.2017 - C-387/14 Rn. 63). Folgerichtig könne sich ein Wirtschaftsteilnehmer auf die von anderen Mitgliedern eines Konsortiums erbrachten Leistungen nicht berufen, wenn er sich an deren Ausführung nicht tatsächlich und konkret beteiligt habe (EuGH, Urt. v. 04.05.2017 - C-387/14 Rn. 64).

Diese Überlegung überträgt der EuGH nunmehr auf die Anforderung von Mindestgesamtumständen, sofern sich diese auf den Bereich des Auftragsgegenstands beziehen. Dies überzeugt, da branchenspezifische Mindestumsätze gerade auch die Erfahrung des Wirtschaftsteilnehmers in dem vom Vergabeverfahren betroffenen Bereich belegen sollen. Obwohl Mindestumsätze nach dem Wortlaut der Richtlinie 2014/24 die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit belegen sollen, gilt auch insoweit, dass die damit zugleich nachgewiesenen Erfahrungen nur dann vorliegen, wenn der Wirtschaftsteilnehmer auch tatsächlich an der Ausführung der einschlägigen Tätigkeiten beteiligt war. Wenn es um Mindestjahresgesamtumstände geht, soll eine Berufung auf Mindestjahresgesamtumstände von Unternehmenszusammenschlüssen dagegen ohne weiteres möglich sein. Dies ist nicht dahingehend misszuverstehen, dass der EuGH in Abweichung von der bisherigen deutschen Rechtsprechung eine Berufung auf die gesamten Umsätze eines Konsortiums erlaubt (so aber Schröder, Vergabeblog.de v. 28.10.2021, Nr. 48210). Zwar lässt der Gerichtshof insoweit Deutlichkeit vermissen. Er beschränkt sich insoweit auf die Aussage, dass im Falle von Mindestjahresumsätzen dem nicht entgegenstehe, dass sich ein Wirtschaftsteilnehmer auf Einkünfte eines Konsortiums beruft. Dies ist jedoch sinnvollerweise dahingehend zu verstehen, dass eine solche Bezugnahme auf das Konsortium nicht davon abhängt, ob das Unternehmen im Rahmen eines bestimmten öffentlichen Auftrags tatsächlich zur Ausführung gerade einer auftragsgegenständlichen Tätigkeit beigetragen hat oder nicht. Dagegen lässt sich aus der Entscheidung nicht entnehmen, dass eine Zurechnung von Umsätzen über den Anteil des Wirtschaftsteilnehmers hinaus möglich sein soll. Denn der Sinn der Forderung nach einem bestimmten Mindestumsatz liegt auch darin, festzustellen, ob der Bewerber in der Vergangenheit Aufträge dieses Volumens bewältigen konnte, so dass von einer gewissen Erfahrung mit Aufträgen der ausgeschriebenen Größenordnung ausgegangen werden könne. Dieser Zweck kann dann nicht erfüllt werden, wenn das sich um den Auftrag bewerbende Unternehmen zu seinem eigenen erzielten Umsatz Umsätze dritter Unternehmen hinzurechnet (OLG München, Beschl. v. 15.03.2012 - Verg 2/12 Rn. 63; vgl. auch BKartA Bonn, Beschl. v. 13.12.2013 - VK 1 - 109/13 Rn. 56; Bonhage/Ritzenhoff, NZ-Bau 2013, 151, 153 f.).

Im Rahmen der Antworten zum Vertrauensschutz betont der EuGH richtigerweise die grundsätzliche Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers, den Inhalt der Angebote vor der Kenntniserlangung durch Konkurrenten insoweit zu schützen als sie vertrauliche Informationen beinhalten. Im deutschen Recht ist dieser Vertraulichkeitsgrundsatz etwa in § 5 VgV und § 3 UVgO verankert. Gleichzeitig besteht aber gegenüber den unterlegenen Wettbewerbern eine Informationspflicht über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots (vgl. § 134 GWB sowie z.B. § 62 Abs. 2 Nr. 3 VgV). Diese Informationen können notwendig sein, um unterlegenen Bietern die Möglichkeit zu geben, etwaige Rechtsschutzmöglichkeiten zu ergreifen (vgl. auch Rosenkötter, NZBau 2021, 96. Dabei ist es schon aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten notwendig, dass sich ein öffentlicher Auftraggeber nicht blind die Argumentation eines Bieters einverleibt und ohne eigene Prüfung von der Vertraulichkeit von Informationen ausgeht. Wie schon der Generalanwalt feststellte, hat die Beurteilung darüber, ob Geschäftsgeheimnisse oder vertrauliche Informationen vorliegen, nicht auf dem subjektivem Willen des Betroffenen, sondern auf einer objektiven Grund-

lage zu beruhen (Schlussanträge v. 15.04.2021 - C-927/19 Rn. 38). Zu Recht stellt der EuGH deshalb klar, dass hinsichtlich der Vertraulichkeit die Beweislast bei dem jeweiligen (obsiegenden) Bieter liegt. Dies sollte auch in der deutschen Vergabep Praxis und Rechtsprechung verstärkt Beachtung finden. Denn tendenziell lehnen Nachprüfungsinstanzen eine Akteneinsicht in die Angebote anderer Bieter und deren Wertung oft pauschal ab (VK Bund, Beschl. v. 30.04.2018 - VK 2 - 18/18; VK Bund, Beschl. v. 02.07.2012 - VK 3 - 66/12; OLG München, Beschl. v. 09.08.2012 - Verg 10/12; vgl. auch Wolf/von Rummel, IR 2020, 221, 223, sowie Glaß, NZBau 2014, 75). Eine solche Praxis ist indes kritikwürdig. Denn wie der EuGH zu Recht hervorhebt, muss, wenn tatsächlich vertrauliche Informationen vorliegen, der öffentliche Auftraggeber die lückenhafte Informationsweitergabe an die übrigen Bieter begründen und über den Inhalt der vorenthaltenen Informationen in neutraler Form berichten. Damit verpflichtet der EuGH öffentliche Auftraggeber letztlich dazu, vollständig Akteneinsicht zu gewähren und lediglich die betroffenen Informationen zu schwärzen (so auch bereits OLG Hamburg, Beschl. v. 30.03.2020 - 1 Verg 1/20). Diese Verpflichtung ist mit der pauschalen Ablehnung von Akteneinsicht kaum zu vereinbaren.

Schließlich überzeugt auch die Antwort des EuGH betreffend den Ausschlussgrund des Art. 57 Abs. 4 Buchst. h der Richtlinie 2014/24 (vgl. § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB). Nach der Entscheidung des Gerichtshofs stellt der Ausschluss vom Vergabeverfahren eine Sanktion dar, die an das Verhalten des jeweiligen Wirtschaftsteilnehmers, hier das Begehen einer schwerwiegenden Täuschung, knüpft. Im Rahmen von Bietergemeinschaften kann Nichtwissen die übrigen Mitglieder insoweit vor einem Ausschluss schützen. Zugleich deutet der EuGH aber an, dass auch ein Mitwissen und passives Dulden genügen kann, um einen Ausschluss zu begründen. Würde dem Ausschluss eines Mitglieds auch ein auf formalen Aspekten gestützter Ausschluss der Bietergemeinschaft, wie dies teilweise in der deutschen Rechtsprechung und Literatur vertreten wird (vgl. Friton, Die Festlegung und Erfüllung von Eignungsparametern nach den EU-Vergaberichtlinien und die Umsetzung im GWB-Vergaberecht, 2016, S. 505 f. m.w.N.), folgen, würde dies die vom EuGH angenommene höchstpersönliche Natur des Ausschlussgrundes konterkarieren. Vielmehr ist mit der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs davon auszugehen, dass Änderungen im Bestand einer Bietergemeinschaft keine solche Folge haben. Der öffentliche Auftraggeber hat vielmehr die Eignung der übriggebliebenen Bietergemeinschaft bzw. des nach der Auflösung einer zweigliedrigen Gemeinschaft übrig gebliebenen Wirtschaftsteilnehmers zu prüfen und auszuschließen, dass dessen weitere Verfahrensteilnahme nicht zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation der übrigen Bieter führt (EuGH, Urt. v. 24.05.2016 - C-396/14; hierzu Friton/Meister, jurisPR-VergR 1/2016 Anm. 3).

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung stellt klar, wann sich Bieter auf Umsätze früherer Konsortien berufen können, und betont, dass auch hiermit die individuellen Erfahrungen von Wirtschaftsteilnehmern abgefragt werden. Insoweit müssen Bieter in der Lage sein, detailliert nachweisen zu können, inwieweit sie bei zurückliegenden Aufträgen, die von vorübergehenden Unternehmenszusammenschlüssen wahrgenommen wurden, bei der Erbringung auftragsbezogener Tätigkeiten beteiligt waren.

Die Ausführungen des Gerichtshofs zum Spannungsverhältnis zwischen Vertraulichkeit und Aufklärung spiegeln weitgehend die geübte Praxis wider. Zu Recht betont die Entscheidung aber, dass der öffentliche Auftraggeber kritisch zu prüfen hat, ob tatsächlich von vertraulichen Informationen auszugehen ist. Betroffene Bieter tragen insoweit die Beweislast und müssen darlegen können, warum spezifische Informationen nicht an Konkurrenten weiterzugeben sind. Pauschale Erwägungen werden dabei weder für Bieter noch für öffentliche Auftraggeber ausreichen. Die sei-

tens des EuGH erfolgte Betonung der Begründungspflicht des öffentlichen Auftraggebers ermöglicht auch in dieser Hinsicht effektive gerichtliche Kontrolle.

Schließlich zeigt die Entscheidung, dass Bietergemeinschaften im Sinne der Verhältnismäßigkeit selbst bei schwerwiegenden Täuschungen durch eines ihrer Mitglieder nicht automatisch auszuschließen sind. Dass für einen Ausschluss zumindest ein Mitwissen oder bloßes Dulden erforderlich ist, ermöglicht Bietergemeinschaften einerseits die weitere Teilnahme am Vergabeverfahren, trotz des Vorhandenseins eines „schwarzen Schafes“. Andererseits wirft dies Fragen der Beweisbarkeit vor, wenn die Ausführungen des Gerichtshofs nicht auch Fälle (grob) fahrlässiger Unkenntnis einbeziehen. Insoweit wird es schwierig sein, die Grenzen zwischen einem passiven Dulden und einem – nicht für einen Ausschluss ausreichenden – bewussten Verschließen vor dem Täuschungsverhalten des Mitgesellschafters zu ziehen.

© juris GmbH