



UPDATE VERGABERECHT

SPIELRAUM DER MITGLIEDSTAATEN BEI DER UMSETZUNG DER FAKULTATIVEN AUSSCHLUSSGRÜNDE

EuGH, Urteil vom 28.03.2019 – Rs. C-101/18

Der EuGH hat sich im Rahmen einer Vorabentscheidung mit dem Spielraum der Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung der in den (alten) Vergaberichtlinien enthaltenen fakultativen Ausschlussgründe befasst. Gegenstand war eine Regelung des italienischen Rechts, nach der ein Wirtschaftsteilnehmer, der aufgrund einer wirtschaftlichen Notlage einen sogenannten Zwangsvergleich beantragt hat, von der Teilnahme an Vergabeverfahren ausgeschlossen werden kann, soweit er seinem eben genannten Antrag nicht einen Plan zur Fortführung der Tätigkeit beigefügt hat. Das vorliegende Gericht hatte Zweifel, ob die Regelung mit den Regelungen der Vergaberichtlinie vereinbar ist. Dabei stand insbesondere in Rede, ob in einer Antragstellung durch den Schuldner die nach Art. 45 Abs. 2 lit. b) RL 2004/18 EG geforderte Eröffnung eines der dort genannten Verfahren liegen kann und ob in der unterschiedlichen Behandlung eines Antrages mit oder ohne Fortführungsplan eine unzulässige Ungleichbehandlung liegt.

Der EuGH sieht keinen Verstoß gegen Europarecht. Die Mitgliedstaaten hätten in Bezug auf die fakultativen Ausschlussgründe aus den Richtlinien die Möglichkeit, diese entweder überhaupt nicht anzuwenden oder aber je nach den auf nationaler Ebene maßgeblichen rechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Erwägungen im Einzelfall mit unterschiedlicher Strenge in die nationale Regelung aufzunehmen. Insbesondere dürften sie auch festlegen, unter welchen Voraussetzungen ein Ausschlussgrund keine Anwendung findet.

Bedeutung für die Praxis

Der EuGH bestätigt seine Rechtsprechung, wonach den Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung der fakultativen Ausschlussgründe ein weiter Gestaltungsspielraum zukommt. Nachprüfungsanträge, die sich auf die angebliche Europarechtswidrigkeit der mitgliedstaatlichen Ausschlussgründe stützen, sind daher regelmäßig wenig aussichtsreich.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich entschieden, den Ausschlussgrund wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten fakultativ auszugestalten und damit den Auftraggebern Entscheidungsspielräume zu belassen, vgl. § 124 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Ein Ausschluss kann danach insbesondere erfolgen, wenn das Unternehmen zahlungsunfähig ist, sich in Liquidation befindet oder ein Insolvenzverfahren oder vergleichbares (ausländisches) Verfahren beantragt oder eröffnet worden ist. Ungeklärt ist, ob – wie vom Gesetzgeber beabsichtigt – bei insolvenzbedingten Gründen eine negative Prognoseentscheidung über die Leistungsfähigkeit des Unternehmens erforderlich ist. Zur Sicherheit wäre eine solche gegenwärtig vor einem Ausschluss anzustellen.