

Europäischer Gerichtshof zum Auftragnehmerwechsel nach einer Insolvenz

An die Stelle des Ursprünglichen getreten

In der Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH, C-461/20 vom 3. Februar 2022) aufgrund einer schwedischen Vorlage ging es um die Frage, ob ein Auftragnehmerwechsel nach einer Insolvenz ohne ein neues Vergabeverfahren zulässig ist, wenn der neue Auftragnehmer lediglich Rechte und Pflichten des ursprünglichen Auftragnehmers aus einer mit einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen Rahmenvereinbarung übernommen hat.

Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 72 Abs. 1 d) ii) Richtlinie 2014/24/EU und ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen dem Unternehmen A. und dem Zentralamt für Rechts-, Vermögens- und Verwaltungsangelegenheiten einerseits sowie dem Unternehmen D. andererseits wegen der Entscheidung des Zentralamts, die Übertragung von vier Rahmenvereinbarungen ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zuzulassen.

Nicht offenes Verfahren

Das Zentralamt hatte für den Erwerb von Hardware in einem nicht offenen Verfahren mit Aufruf zum Wettbewerb vier Rahmenverträge vergeben. Unter anderem erfüllten die Bieter A., D. und M. die Eignungskriterien. Anders als D. und M. gehörte A. nicht zu den neun Bewerbern, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert wurden. M. erhielt Rahmenvereinbarungen für alle vier fraglichen Bereiche und D. Rahmenvereinbarungen in zwei Bereichen.

Anschließend beantragte M. beim Zentralamt die Zulassung der Übertragung seiner vier Rahmenvereinbarungen auf A. Eine Woche später wurde M. für insolvent erklärt und circa fünf Wochen darauf schloss der Konkursverwalter mit A. eine Vereinbarung, die die Übertragung der vier Rahmenvereinbarungen vorsah. Die Übertragung genehmigte das Zentralamt.

Berufung eingelegt

D. klagte daraufhin beim Verwaltungsgericht Stockholm erfolglos darauf, die Rahmenvereinbarungen zwischen A. und dem Zentralamt für ungültig zu erklären. Das Verwaltungsgericht hielt es für zutreffend, dass sich die fragliche Rechtsnachfolge aus der Umstrukturierung von M. ergebe, die Rahmenvereinbarungen auf A. übergegangen seien und A. die zu deren Erfüllung erforderlichen Geschäftsbereiche erworben habe.

Dagegen legte D. Berufung beim Oberverwaltungsgericht Stockholm ein, das die Rahmenvereinbarungen für ungültig erklärte, weil A. nicht ganz oder teilweise im Sinne von Kapitel 17 § 3 des schwedischen Vergabegesetzes an die Stelle von M. getreten sei, da M. über die Rahmenvereinbarungen hinaus praktisch keine Geschäftsbereiche auf A. übertragen habe.

Sowohl A. als auch das Zentralamt legten dagegen Rechtsmittel beim Obersten Verwaltungsgerichtshof ein. Ihrer Ansicht nach ist bei einer solchen Übertragung die Voraussetzung der völligen oder teilweisen Rechtsnachfolge in Sinne von Kapitel 17 § 3 des schwedischen Vergabegesetzes erfüllt.

Unter diesen Umständen hat der Oberste Verwaltungsgerichtshof beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen, ob Art. 72 Abs. 1 d) ii) Richtlinie 2014/24/EU dahin auszulegen ist, dass bei einem Wirtschaftsteilnehmer, der – nachdem über das Vermögen des ursprünglichen Auftragnehmers das zu des-



Um die Beschaffung von Hardware gab es Streit.

FOTO: DPA/CHRISTOPH DERNBACH

sen Abwicklung führende Konkursverfahren eröffnet wurde – lediglich diejenigen Rechte und Pflichten des ursprünglichen Auftragnehmers übernommen hat, die sich aus einer mit einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen Rahmenvereinbarung ergeben, davon auszugehen ist, dass er unter den Voraussetzungen dieser Bestimmung an die Stelle des genannten ursprünglichen Auftragnehmers getreten ist.

Vorab weist der EuGH darauf hin, dass im Allgemeinen eine Änderung einer wesentlichen Vertragsbestimmung des betreffenden öffentlichen Auftrags und somit eine wesentliche Änderung dieses Auftrags vorliegt, wenn der Auftragnehmer, an den der öffentliche Auftraggeber den Auftrag ursprünglich vergeben hat, durch einen neuen Auftragnehmer ersetzt wird. Eine solche Änderung müsse nach den Grundsätzen der Transparenz und der Gleichbehandlung zu einem neuen Vergabeverfahren über den geänderten Vertrag führen.

Kriterien erfüllt

Ausnahmsweise könne ein neuer Auftragnehmer, ohne dass ein neues Vergabeverfahren durchgeführt wird, im Zuge einer Unternehmensumstrukturierung – einschließlich Übernahme, Fusion, Erwerb oder Insolvenz – ganz oder teilweise an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers treten. Voraussetzung ist, dass es sich hierbei um einen anderen Wirtschaftsteilnehmer handelt, der die ursprünglich festgelegten qualitativen Eignungskriterien erfüllt, und dass dies keine weiteren wesentlichen Änderungen des Auftrags zur Folge habe und nicht dazu diene, die Anwendung dieser Richtlinie zu umgehen, vgl. Art. 72 Abs. 1 d) ii) Richtlinie 2014/24/EU.

Die Anwendung dieser Ausnahme setze also dem Wortlaut nach voraus, dass der frühere Auftragnehmer ganz oder teilweise im

Zuge einer Unternehmensumstrukturierung – etwa wegen Insolvenz – ersetzt wird.

Zu klären sei nun, ob die Voraussetzung, dass ein neuer Auftragnehmer ganz oder teilweise an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers tritt, erfüllt ist, wenn dieser lediglich die Rechte und Pflichten aus einer mit dem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen Rahmenvereinbarung, nicht aber ganz oder teilweise den unter diese Rahmenvereinbarung fallenden Geschäftsbereich des ursprünglichen Auftragnehmers übernimmt.

Werte übernehmen

Mit Blick auf den Wortlaut von Art. 72 Abs. 1 d) ii) Richtlinie 2014/24/EU dürfe der Auftragnehmer, an den der öffentliche Auftraggeber den Auftrag ursprünglich vergeben hatte, nur dann ersetzt werden, wenn „ein anderer Wirtschaftsteilnehmer ganz oder teilweise an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers trete“. Folglich dürfe der neue Auftragnehmer die Vermögenswerte des ursprünglichen Auftragnehmers ganz oder teilweise übernehmen. Dies könne auch bedeuten, dass aus dem Vermögen des ursprünglichen Auftragnehmers nur ein öffentlicher Auftrag oder eine Rahmenvereinbarung übertragen wird.

Zwar könne allein durch eine solche Auslegung des Begriffs „teilweise an die Stelle treten“ nicht sichergestellt werden, dass der neue Auftragnehmer den Auftrag oder die Rahmenvereinbarung mit der gleichen Leistungsfähigkeit ausführt wie der ursprüngliche Auftragnehmer, doch hänge nach der Vorschrift eine Nachfolge auch davon ab, dass der neue Auftragnehmer die ursprünglich festgelegten qualitativen Eignungskriterien erfülle.

Weiter gehe aus dem Wortlaut von Art. 72 Abs. 1 d) ii) Richtlinie 2014/24/EU hervor, dass die unter den Begriff der Umstrukturierung fallende Insolvenz wesentliche

Änderungen auf der Ebene des ursprünglichen Auftragnehmers umfasse, unter anderem die Zahlungsunfähigkeit einschließlich des zur Abwicklung führenden Konkurses.

Zudem sei in Bezug auf die Reichweite des Begriffs der „Insolvenz“ zu prüfen, ob der neue Auftragnehmer bei einer solchen Umstrukturierung die unter die fragliche Rahmenvereinbarung fallenden Geschäftsbereiche ganz oder teilweise übernehmen müsse.

Obwohl die ersten drei in Art. 72 Abs. 1 d) ii) Richtlinie 2014/24/EU für eine „Umstrukturierung“ angeführten Beispiele „Übernahme, Fusion und Erwerb“ die Weiterführung zumindest eines Teiles der Geschäftstätigkeit des ursprünglichen Auftragnehmers implizieren könnten, werde auch die Insolvenz als Beispiel einer Umstrukturierung angeführt, die zur Auflösung der insolventen Gesellschaft führen könne. Der Wortlaut dieser Bestimmung enthalte jedoch keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Begriff „Insolvenz“ nicht in seinem üblichen Sinn zu verstehen wäre, sondern als auf diejenigen Situationen beschränkt, in denen der Geschäftsbereich des ursprünglichen Auftragnehmers, der die Ausführung des öffentlichen Auftrags ermöglicht, zumindest teilweise fortgeführt wird.

Strukturelle Veränderungen

Auch der 110. Erwägungsgrund der Richtlinie, in dem die Insolvenz zusammen mit rein internen Umstrukturierungen, der Übernahme, Zusammenschlüssen und Unternehmenskäufen als ein Fall „gewisser struktureller Veränderungen“ des erfolgreichen Bieters genannt wird, weise nicht darauf hin.

Art. 72 Abs. 1 d) ii) Richtlinie 2014/24/EU sei als Ausnahmenorm und daher auch der Begriff „Insolvenz“ eng auszulegen. Würde der Begriff „Insolvenz“ allein auf diejenigen Situationen beschränkt, in denen der unter die

Rahmenvereinbarung fallende Geschäftsbereich des ursprünglichen Auftragnehmers zumindest teilweise vom neuen Auftragnehmer übernommen wurde, und würde der Insolvenzbegriff nicht in seinem üblichen weiteren Sinn verstanden, würde dies der Ausnahme ihre praktische Wirksamkeit nehmen.

Somit ergibt der Wortlaut von Art. 72 Abs. 1 d) ii) Richtlinie 2014/24/EU aus Sicht des EuGH, dass der Begriff der „Umstrukturierung“ strukturelle Veränderungen auf der Ebene des ursprünglichen Auftragnehmers umfasse, wozu unter anderem die Zahlungsunfähigkeit einschließlich des zur Abwicklung führenden Konkurses zähle.

Transparenz beachten

Diese am Wortlaut orientierte Auslegung entspreche auch dem Hauptziel von Art. 72 der Richtlinie, wie es sich aus deren Erwägungsgründen 107 und 110 ergebe. Diesen Gründen zufolge solle die Richtlinie 2014/24/EU Bedingungen näher bestimmen, unter denen Änderungen eines Auftrags während seines Ausführungszeitraums ein neues Vergabeverfahren erfordern und dabei die einschlägige Rechtsprechung des EuGH sowie die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz beachten.

Insoweit weist der EuGH darauf hin, dass diese Auslegung auf dem üblichen Sinn der in dieser Vorschrift verwendeten Begriffe beruhe und der Rechtsprechung des EuGH Rechnung getragen werde. Danach könne es sich bei internen Neuorganisationen des ursprünglichen Auftragnehmers um nicht wesentliche Änderungen der Vertragsbedingungen des betreffenden öffentlichen Auftrags handeln, bei denen kein neues Vergabeverfahren erforderlich sei.

Der 110. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24/EU führe die Insolvenz vorbehaltlos als ein Beispiel für strukturelle Veränderungen beim ursprünglichen Auftrag-

nehmer an, die den dieser Rechtsprechung zugrunde liegenden Grundsätzen der Gleichbehandlung und Transparenz nicht entgegenstehen. Bei Zahlungsunfähigkeit des ursprünglichen Auftragnehmers, einschließlich des zu dessen Abwicklung führenden Konkurses, handle es sich um einen außergewöhnlichen Umstand, vor dessen Eintritt die Rahmenvereinbarung bereits Gegenstand eines Aufrufs zum Wettbewerb im Einklang mit der Richtlinie 2014/24/EU gewesen sei. Gemäß Art. 72 Abs. 1 d) ii) der Richtlinie könne eine solche Zahlungsunfähigkeit weder weitere wesentliche Änderungen, unter anderem betreffend die ursprünglich festgelegten qualitativen Eignungskriterien, nach sich ziehen noch dazu dienen, die Anwendung dieser Richtlinie zu umgehen.

Die Auslegung von Art. 72 Abs. 1 d) ii) Richtlinie 2014/24/EU werde auch durch das spezifische Ziel der dortigen Ausnahme gestützt. Dieses Ziel bestehe darin, eine gewisse Flexibilität zu schaffen, um pragmatisch auf eine Reihe außergewöhnlicher Sachverhalte, wie etwa die eine Ausführung des öffentlichen Auftrags verheimlichende Insolvenz des erfolgreichen Bieters, zu reagieren.

Rahmenvereinbarung

Nach alledem sei Art. 72 Abs. 1 d) ii) Richtlinie 2014/24/EU dahin auszulegen, dass ein Wirtschaftsteilnehmer, der – nachdem über das Vermögen des ursprünglichen Auftragnehmers ein zu dessen Abwicklung führendes Konkursverfahren eröffnet wurde – lediglich diejenigen Rechte und Pflichten des ursprünglichen Auftragnehmers übernommen hat, die sich aus einer Rahmenvereinbarung mit dem öffentlichen Auftraggeber ergeben, im Sinne dieser Bestimmung im Zuge einer Unternehmensumstrukturierung teilweise an die Stelle des genannten ursprünglichen Auftragnehmers getreten ist. > FV