

KEIN AUSSCHIEDEN BEI INSOLVENZ EINES BIEGE-MITGLIEDES

In einer kürzlich ergangenen Entscheidung hat sich der EuGH mit der Frage der Insolvenz eines von zwei Unternehmen einer Bietergemeinschaft (BIEGE) und der weiteren Teilnahme des verbleibenden BIEGE-Partners am Vergabeverfahren auseinandergesetzt. Das Erkenntnis erging im Sektorenbereich.

Zusammenfassung: Ein einzelnes Mitglied einer BIEGE, die zu einem (zweistufigen) Vergabeverfahren zugelassen und damit zur Angebotslegung aufgefordert wurde, kann in der 2. Stufe des Verfahrens ein Angebot auch alleine abgeben, wenn über das Vermögen des anderen BIEGE-Partners ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde (bzw. die BIEGE aufgelöst wurde). Voraussetzung dafür ist, dass das verbliebene Unternehmen die vom Auftraggeber festgelegten Anforderungen (auch) alleine erfüllt und seine weitere Teilnahme am Vergabeverfahren zu keiner Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation führt. Eine Änderung in der Zusammensetzung des Bieters (der BIEGE) führt daher nicht (zwingend) zum Ausschluss dieses Bieters (EuGH 24.05.2016, C-396/14 MT Højgaard A/S).

In seiner Entscheidung (EuGH 24.05.2016, C-396/14 MT Højgaard A/S) stellte der EuGH zunächst fest, dass ein Abweichen zwischen der (rechtlichen und tatsächlichen) Identität der Unternehmen, die in einer Vorauswahl im Verhandlungsverfahren berücksichtigt wurden, und der Identität der Bieter, die Angebote vorlegen, möglich sein kann. Die Grundsätze eines angemessenen Wettbewerbs und der Gleichbehandlung der Bieter müssen jedoch stets gewährleistet werden.

Konkret stellte der EuGH klar, dass unter bestimmten Umständen ein verbliebener BIEGE-Partner bei Auflösung der BIEGE nach dem Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsvorlage an die Stelle der BIEGE treten und im eigenen Namen am Verfahren teilnehmen kann. Dafür müssen folgende Kriterien jedenfalls (kumulativ) erfüllt werden:

- Das verbliebene Unternehmen erfüllt alleine die vom Auftraggeber bestimmten (Eignungs- bzw. Auswahl-) Anforderungen und
- die weitere Teilnahme des Unternehmens an dem Verfahren führt nicht zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation der übrigen Bieter.

Die Beurteilung der Wettbewerbssituation obliegt dem öffentlichen Auftraggeber und im Streitfall den nationalen Vergabekontrollbehörden bzw. den zuständigen nationalen Gerichten.

Die Insolvenz und das darauf folgende Ausscheiden eines Unternehmens aus einer BIEGE wurden von der österreichischen Judikatur bisher äußerst kritisch beurteilt. Wenn eine BIEGE in einem Verhandlungsverfahren nicht in jener Mitgliederkonstellation ein Angebot legte, in der sie zuvor einen Teilnahmeantrag gestellt hatte, wurde dies als

Ausscheidensgrund infolge einer unzulässigen Angebotsänderung angesehen. Ebenso führte das insolvenzbedingte Ausscheiden eines Mitgliedes einer BIEGE im offenen Verfahren nach Angebotsöffnung zum Ausscheiden des Angebots der BIEGE. Die verbliebenen Mitglieder der BIEGE hatten keine Möglichkeit, das Verfahren fortzusetzen oder gar den Zuschlag zu erhalten.

Vor dem Hintergrund der gegenständlichen EuGH-Entscheidung besiegelt damit aber die Insolvenz eines BIEGE-Mitgliedes nun nicht mehr zwingend das Schicksal der BIEGE im Vergabeverfahren. Ob eine Anwendung und Übertragung dieser Entscheidung auf den klassischen Bereich in Österreich möglich ist, wird im Einzelfall zu prüfen sein, dürfte aber aufgrund der judikaturbedingten Parallelität der Anwendung der Ausscheidensgründe des klassischen Bereichs und des Sektorenbereichs grundsätzlich argumentierbar sein. Es bleibt mit Sicherheit spannend, wie diese Rechtsprechung von den nationalen Verwaltungsgerichten umgesetzt wird und wie sich die Kriterien zur Beurteilung des Wettbewerbsvorteiles der beteiligten Bieter entwickeln werden. Auf die der ALPINE-Pleite folgenden Vergabekontrollverfahren hätte diese Entscheidung mit Sicherheit großen Einfluss gehabt.

Über WOLF THEISS

Durch die Kombination von lokalem Wissen mit internationaler Kompetenz und wirtschaftlichem Know-how hat sich WOLF THEISS seit der Gründung vor etwa 60 Jahren in Wien zu einer der größten Kanzleien in Mittel-, Ost- und Südosteuropa (CEE/SEE) entwickelt. Heute beschäftigen wir über 340 Juristen aus den unterschiedlichsten Rechtsbereichen in 13 Ländern. Während dieser Zeit haben wir in zahlreichen Fällen juristisches Neuland betreten und erfolgversprechende Wege geebnet, von denen unsere Klienten heute profitieren.

Für etwaige Rückfragen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

**Manfred Essletzbichler**

Partner

manfred.essletzbichler@wolftheiss.com

T: +43 1 51510 5350

**Sebastian Oberzaucher**

Partner

sebastian.oberzaucher@wolftheiss.com

T: +43 1 51510 5352

This memorandum has been prepared solely for the purpose of general information and is not a substitute for legal advice.

Therefore, WOLF THEISS accepts no responsibility if – in reliance on the information contained in this memorandum – you act, or fail to act, in any particular way.

If you would like to know more about the topics covered in this memorandum or our services in general, please get in touch with your usual WOLF THEISS contact or with:

Wolf Theiss
Schubertring 6
AT – 1010 Vienna

www.wolftheiss.com