

Kollektivsanktion: Verboten!

Der für eine bestimmte Dauer verfügte, generelle Ausschluss von künftigen Vergabeverfahren (Auftragssperre) kann nicht kollektiv gegen eine Arbeitsgemeinschaft angeordnet werden, sondern nur gegen jene Mitglieder, bei denen sich dies aufgrund einer konkreten Prüfung ihres individuellen Verhaltens und Verschuldens rechtfertigt. Geht es um einen mit einer ARGE abgeschlossenen Vertrag und um den Sanktionsgrund der erheblich mangelhaften Vertragserfüllung, ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass bestimmte Mitglieder diesen Grund aus vergaberechtlicher Sicht nicht zu vertreten haben und eine Sanktion daher nicht verdienen.

Une exclusion générale des futures procédures d'adjudication, prévue pour une certaine durée, ne peut pas être prononcée à l'encontre d'un consortium, mais uniquement à titre individuel contre ses membres et pour autant que cette exclusion se fonde sur une analyse concrète de leur comportement individuel. Lorsque la sanction est prononcée en raison de la mauvaise exécution d'un contrat conclu avec un consortium, il n'est pas d'emblée exclu sous l'angle du droit des marchés publics que certains de ses membres ne soient pas responsables de cette inexécution et ne méritent donc pas d'être sanctionnés.

Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 26. Januar 2023 (C-682/21), HSC Baltic

Martin Beyeler, Dr. iur., Professor an der Universität Freiburg

Der Fall

(265) 1. Eine aus mehreren juristischen Personen gebildete Arbeitsgemeinschaft (ARGE) hatte einen öffentlichen Bauauftrag erhalten und geriet mit der Erstellung der vertragsgegenständlichen Baute in Verzug.

2. Die Auftraggeberin erstreckte die entsprechende vertragliche Frist um rund anderthalb Jahre, doch kamen die Arbeiten auch in der Folge nicht in der vorgesehenen Geschwindigkeit voran. Ungefähr ein halbes Jahr vor Ablauf der neuen Frist wurde über das federführende Mitglied der ARGE der Konkurs eröffnet; das Mitglied stellte jegliche Aktivitäten ein.

3a. Drei Monate später erklärte die Auftraggeberin die vorzeitige Auflösung des Vertrags wegen wesentlicher Pflichtverletzungen, die sich daraus ergaben, dass die ARGE den Zeitplan missachtet, keine Haftpflichtversicherung abgeschlossen, nach der Fristerstreckung keine neue Sicherheit geleistet sowie die Baustelle aufgegeben und unbeaufsichtigt gelassen hatte.

b. Nach dem in casu anwendbaren litauischen Recht führte diese Vertragsauflösung ex lege dazu, dass alle Mitglieder der ARGE von den künftigen Vergaben der Auftraggeberin ausgeschlossen (und auf eine Liste von unzuverlässigen Auftragnehmern aufgenommen) wurden. Im konkreten Fall legte die zuständige Behörde die Dauer dieser Auftragsperre auf drei Jahre fest.

4. Die nach dem Konkurs der Federführerin verbliebenen Mitglieder der ARGE erhoben Beschwerde gegen die vorzeitige Vertragsauflösung und gegen die Sanktion der Auftragsperre. Die oberste Beschwerdeinstanz schützte die Vertrags-

auflösung, legte dem EuGH indessen bezüglich der Sperre insbesondere die Frage vor, ob es mit dem Unionsrecht konform ist, wenn alle von einer vorzeitigen Vertragskündigung betroffenen, solidarisch haftenden ARGE-Mitglieder kollektiv sanktioniert werden.

Der Entscheid

1. Der EuGH hält zunächst fest, dass eine infolge einer erheblichen oder andauernden mangelhaften Vertragserfüllung verhängte Auftragsperre mit Art. 57 Abs. 4 lit. g RL 2014/24/EU konform ist.

a. Allerdings muss die Sanktion auf höchstens drei Jahre befristet werden (Art. 57 Abs. 7 RL 2014/24/EU), es muss dem betreffenden Wirtschaftsteilnehmer die Möglichkeit bleiben, durch Nachweis effektiver Abhilfemassnahmen die Sperre vorzeitig zu beenden (Art. 57 Abs. 6 RL 2014/24/EU), und die Sanktion muss im Sinn des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes (Art. 18 Abs. 1 RL 2014/24/EU) auf einer «konkrete[n] und auf den Einzelfall bezogene[n] Beurteilung der Verhaltensweise des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers auf der Grundlage aller relevanten Umstände» beruhen.

b. Die in casu gesetzlich vorgesehene, kollektive vergaberechtliche Sanktionierung aller von der vorzeitigen Vertragsauflösung betroffenen ARGE-Mitglieder ist ungeachtet der vertragsrechtlichen Solidarhaftung dieser Mitglieder unverhältnismässig und verstösst damit gegen das Unionsrecht. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit erlaubt eine Sanktionierung eines ARGE-Mitglieds nur dann, wenn sich dies «in Anbetracht seines individuellen Verhaltens» rechtfertigt. Zumindest im Fall der mangelhaften Vertragserfüllung durch eine ARGE darf ein Mitglied derselben darum «nicht automatisch als unzuverlässig eingestuft und vorübergehend ausgeschlossen werden, ohne dass sein Verhalten zuvor im Licht aller relevanten Gesichtspunkte konkret und individuell beurteilt wurde».

c. Auf die vertragliche Solidarhaftung kommt es nicht an, weil der vergaberechtliche Ausschlussgrund von Art. 57 Abs. 4 lit. g RL 2014/24/EU auf die Fehlerhaftigkeit des individuellen Verhaltens abstellt. Bei mangelhafter Vertragserfüllung haben nicht notgedrungen alle ARGE-Mitglieder gleichermaßen die Mängel bewirkt oder sich in gleicher Art angestrengt, diese zu beheben.

d. Dementsprechend muss auch jedem ARGE-Mitglied eine individuelle Beschwerde gegen die Sanktionsentscheidung zustehen, in deren Rahmen ein solches Mitglied «alle relevanten Gesichtspunkte» seines konkreten Falls vortragen und damit den Beweis antreten kann, dass sich die Sanktionierung in seinem Fall nicht rechtfertigt. Dabei kann das Mitglied sowohl solche «Umstände [geltend machen], die seine eigene Situation betreffen, als auch solche, die die Situation Dritter wie des federführenden Unternehmens dieser Bietergemeinschaft betreffen». In diesem Sinn kann es beispielsweise Behauptungen erheben im Zusammenhang mit der Höhe des individuellen Anteils (Werts) an dem ausgeführten Auftrag, mit der Insolvenz des federführenden Partners, mit dem Handeln dieses Partners und mit dem Umstand, dass der öffentliche Auftraggeber zur Nichterfüllung des Auftrags beigetragen habe. Die Beschwerde muss im Übrigen unabhängig von der Frage der Zulässigkeit der vorzeitigen Vertragsauflösung erhoben werden können, da diese Frage von jener nach der Rechtmässigkeit der Sanktion zu unterscheiden ist, wobei jede der Fragen je unterschiedlich beantwortet werden kann.

e. Immerhin ist es unionsrechtskonform, wenn nach dem anwendbaren Recht die Vermutung besteht, dass ein ARGE-Mitglied bei mangelhafter Vertragserfüllung durch die ARGE die Voraussetzungen für eine Sanktion erfüllt, so dass das Mitglied die Beweislast für das Gegenteil trägt.

f. «Daher muss in einer Situation wie der im Ausgangsverfahren jedes Mitglied der Gruppe, das rechtlich für die ordnungsgemässe Ausführung eines öffentlichen Auftrags einzustehen hat, bevor es in die Liste der unzuverlässigen Auftragnehmer eingetragen wird und damit der Regelung über den vorübergehenden Ausschluss von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge unterliegt, die Möglichkeit haben, nachzuweisen, dass die Mängel, die zur vorzeitigen Beendigung dieses Auftrags geführt haben, in keinem Zusammenhang mit seinem individuellen Verhalten standen. Stellt sich nach einer konkreten und auf den Einzelfall bezogenen Beurteilung des Verhaltens des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers im Licht aller relevanten Umstände heraus, dass dieser die festgestellten Mängel nicht verursacht hat und von ihm vernünftigerweise nicht verlangt werden konnte, mehr zu tun, als er zur Behebung dieser Mängel getan hat, steht die Richtlinie 2014/24» einer Sanktionierung dieses Wirtschaftsteilnehmers entgegen.

2. Am Gesagten ändert die Möglichkeit sanktionierter Wirtschaftsteilnehmer nichts, durch den Nachweis effektiver Abhilfemassnahmen die Dauer einer Auftragsperre zu verkürzen, da das Ergreifen solcher Massnahmen nicht verlangt

werden kann, wenn ein ARGE-Mitglied individuell keinen Sanktionsgrund erfüllt.

Die Anmerkungen

1. Das rapportierte Urteil überzeugt in allen Punkten. Im Besonderen ist das Folgende hervorzuheben.

a. Die vertragliche Solidarhaftung von ARGE-Mitgliedern ist deswegen nicht auf die vergaberechtlichen Sanktionen zu übertragen, weil die Solidarhaftung die vertraglichen Leistungspflichten betrifft, die vergaberechtliche Sanktion der Auftragsperre jedoch in erster Linie dem Schutz öffentlicher Auftraggeberinnen in künftigen Vergabeverfahren vor unzuverlässigen oder rechtsbrechenden Unternehmen dient (vgl. Erwägungsgrund 101 der RL 2014/24/EU: Es geht namentlich darum, dass «der öffentliche Auftraggeber für die Folgen seiner möglicherweise falschen Entscheidung die Verantwortung zu tragen hat»; möglicherweise a.M. in Bezug auf Art. 45 Abs. 1 BöB/IVöB 2019 DIEBOLD/KELLER/KREIS/TANNER, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2020, Zürich 2020, S. 315 ff., Rz. 16, wonach der «auf die Zukunft gerichtete Ausschluss [...] nicht die unmittelbare Herbeiführung des rechtmässigen Zustands in einem konkreten Vergabeverfahren [bezweckt]», sondern die ausschliesslich präventiv ausgerichtete Sanktionierung einer Pflichtverletzung; nach der hier vertretenen Auffassung hingegen verfolgt Art. 45 Abs. 1 BöB/IVöB 2019 noch vor diesen Sanktionszwecken exakt dasselbe Ziel wie der Ausschluss aus einem konkreten Vergabeverfahren nach Art. 44 BöB/IVöB 2019 [vgl. BGE 148 II 106, E. 4.5.4.2: «tutela immediata dell'interesse pubblico minacciato dal comportamento illecito dell'offerente»] – nur nicht in Bezug auf ein laufendes Verfahren, sondern hinsichtlich künftiger Verfahren –, nämlich den Schutz der Auftraggeberin vor unzuverlässigen oder rechtsbrechenden Unternehmen; die Sperre nach Art. 45 Abs. 1 BöB/IVöB 2019 ist insoweit zunächst nichts anderes als ein zur Vereinfachung der Handhabung generalisierter Einzelausschluss; vgl. zu diesem Punkt auch das rapportierte Urteil, Rn 42 ff.; es kommt insoweit nicht darauf an, ob eine Sanktion die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nach dessen Störung oder die Verhinderung erneuter unrechtmässiger Zustände noch vor dem Eintritt einer Störung anstrebt).

b. Soweit der Sanktion der Auftragsperre aufgrund ihrer auch repressiv und präventiv ausgerichteten Zwecksetzung zudem auch eine pönale Natur zukommt (vgl. BGE 148 II 106, E. 4.5.2, E. 4.5.4.1 und E. 4.5.4.3 [«Tali misure vanno qualificate come sanzioni amministrative intese a punire l'avvenuta violazione di determinati doveri da parte dell'offerente (carattere repressivo), con l'obiettivo di evitare che questa si riproponga (effetto preventivo)»]; vgl. auch DIEBOLD/KELLER/KREIS/TANNER, a.a.O., Rz. 12 und Rz. 16 [nach dieser Meinung soll Art. 45 Abs. 1 BöB/IVöB 2019 indessen lediglich einen präventiven und keinen repressiven Zweck haben; a.M. BGE 148 II 106, E. 4.5.4.3]), kommt

eine sinngemässe Übertragung der vertraglichen Solidarhaftung schon deswegen nicht infrage, weil Sanktionen mit Strafcharakter nur mit Blick auf das individuelle Verschulden verhängt werden dürfen (vgl. per analogiam Art. 47 StGB).

c. An dieser Stelle ist daran zu erinnern, dass, im Unterschied zur Auftragsperre, der Ausschluss aus einem konkret laufenden Vergabeverfahren auch dann sämtliche Mitglieder einer offerierenden ARGE trifft, wenn nur einige davon Schuld in Bezug auf den Ausschlussgrund tragen. Dies folgt jedoch nicht aus der vertragsrechtlichen Solidarhaftung aller Mitglieder für die gemeinsame Offerte, sondern aus der Regel, wonach Bietergemeinschaften ihre Zusammensetzung nach der Offerteingabe grundsätzlich nicht mehr ändern dürfen (vgl. BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 1491 ff.; vgl. indes auch a.a.O., Rz. 1502 ff.) – eine solche Änderung läge jedoch vor, wenn nur das fehlbare Mitglied ausgeschlossen würde, gleichviel, ob es durch die bestehenden Mitglieder oder durch Hinzunahme eines neuen Mitglieds ersetzt würde.

2a. Nach Art. 45 Abs. 1 BöB kann insbesondere «eine Anbieterin», die «in schwerwiegender Weise einen oder mehrere der Tatbestände von Artikel 44 Absatz 1 Buchstaben c und e sowie Absatz 2 Buchstaben b, f und g erfüllt, von künftigen öffentlichen Aufträgen für die Dauer von bis zu fünf Jahren» ausgeschlossen werden (so auch Art. 45 Abs. 1 IVöB 2019).

b. Laut Art. 3 lit. a BöB ist eine «Anbieterin» eine «natürliche oder juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts oder Gruppe solcher Personen, die Leistungen anbietet» (so auch Art. 3 lit. a IVöB 2019). Dass nach dieser Bestimmung nicht nur eine «Person», sondern auch eine «Gruppe» von «Personen» eine «Anbieterin» sein kann, zeigt, dass das Vergaberecht eine Bietergemeinschaft trotz des Umstands, dass dieser keine Rechtspersönlichkeit zukommt, als einheitliche Anbieterin behandelt (vgl. TRÜEB/CLAUSEN, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], OFK-Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 31 BöB N 2; vgl. auch vorne Ziff. 1c). Dessenungeachtet ist Art. 45 Abs. 1 BöB/IVöB 2019 nicht dahin zu verstehen, dass danach eine Bietergemeinschaft bzw. ARGE kollektiv (d.h. ohne Prüfung des jeweiligen individuellen Verhaltens und Verschuldens) sanktioniert werden dürfte.

c. Unabhängig davon, ob es um das primäre Ziel der Auftragsperre nach Art. 45 Abs. 1 BöB/IVöB 2019 geht, nämlich um den Schutz der Auftraggeberin (und der durch sie vertretenen öffentlichen Interessen) vor unzuverlässigen oder rechtsbrechenden Unternehmen (vgl. vorne Ziff. 1a),

oder ob es um den pönalen (repressiven und präventiven) Zweck dieser Sanktion geht, steht fest, dass diese über ihre Zwecke hinausschösse, wenn sie ARGE-Mitglieder treffen könnte, welche (im Unterschied zu anderen Mitgliedern derselben ARGE) am Sanktionsgrund, um den es geht, kein individuelles Verschulden tragen. In diesem Fall würde die Auftraggeberin vor Unternehmen «geschützt», die keine Gefahr darstellen, und die Sanktion wäre demnach mangels Erforderlichkeit als unverhältnismässig einzustufen.

3. Da nach dem Gesagten aufgrund von Art. 45 Abs. 1 BöB/IVöB 2019 nur einzelne Personen individuell (und nicht Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaften kollektiv) mit einer Auftragsperre belegt werden dürfen (vgl. vorne Ziff. 2b–c), sieht im Weiteren fest, dass die Legitimationsregel, nach welcher Bietergemeinschaften nur integral Beschwerde führen können (so dass ein einzelnes Mitglied oder eine unvollständige Zahl von Mitgliedern keine Vergabebeschwerde erheben kann; vgl. insb. BGE 131 I 153, E. 5.4), in Bezug auf vergaberechtliche Sanktionen nicht anwendbar ist.

a. Wird eine bestimmte Person (welche im Rahmen eines öffentlichen Beschaffungsvorhabens ARGE-Mitglied ist oder war) gestützt auf Art. 45 Abs. 1 BöB/IVöB 2019 sanktioniert, geschieht dies notgedrungen gestützt auf eine individuelle, ausschliesslich an diese Person gerichtete Verfügung (dies gilt selbst dann, wenn im Rahmen einer Gesamtverfügung mehrere Personen zugleich sanktioniert werden), und demgemäss ist die betreffende Person für sich allein legitimiert, gegen diese Verfügung beschwerdeweise vorzugehen. Sie hat an dem zur Sanktion führenden Verfahren teilgenommen (vgl. Art. 48 Abs. 1 lit. a VwVG), wird durch die Verfügung speziell und individuell berührt (belastet; vgl. Art. 48 Abs. 1 lit. b VwVG) und hat einen individuellen und praktischen Vorteil, falls die Verfügung aufgehoben wird, und mithin ein schutzwürdiges Interesse (vgl. Art. 48 Abs. 1 lit. c VwVG).

b. Die Beschwerdebefugnis eines sanktionierten ARGE-Mitglieds vom Verhalten der anderen Mitglieder abhängig zu machen, würde bedeuten, den Grundsatz der individuellen Beurteilung des Verhaltens und Verschuldens jeder Person zu untergraben. Abgesehen davon geht es im vergaberechtlichen Sanktionsbeschwerdeverfahren nicht darum, unmittelbar oder mittelbar einen öffentlichen Auftrag zu erstreiten (wie etwa in einem Ausschreibungs-, Ausschluss-, Zuschlags- oder Abbruchbeschwerdeverfahren), sondern, aus Sicht der sanktionierten Person, um das Abwenden der Sanktion und der damit verbundenen rechtlichen und faktischen Nachteile.