



## UPDATE VERGABERECHT

### BEWERBERIDENTITÄT BEI UNTERNEHMENSVERSCHMELZUNG

**EuGH, Urteil vom 11.07.2019 - Rs. C-697/17**

Ein Auftraggeber schrieb den Bau, die Unterhaltung und den Betrieb eines öffentlichen Breitbandnetzes im nichtoffenen Verfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb in fünf Losen aus. Nachdem er die vorläufige Rangliste veröffentlichte und dem in vier Losen zweitplatzierten Bieter A Akteneinsicht gewährte, wurde ersichtlich, dass zwischen der Phase der Vorauswahl und dem Ende der Angebotsphase die Holdinggesellschaften der zwei übrigen Bieter B und C eine Rahmenvereinbarung geschlossen hatten, nach der B alle Aktien des C erwerben sollte. Die Verschmelzung sollte erst nach Ende der Angebotsphase vollzogen werden. Das von A in zweiter Instanz angerufene Beschwerdegericht legte dem EuGH die Frage vor, ob Art. 28 Abs. 2 Satz 1 RL 2014/24/EU dahin auszulegen ist, dass dieser im nichtoffenen Verfahren eine umfassende rechtliche und wirtschaftliche Identität zwischen den in der Vorauswahl berücksichtigten Bewerbern und jenen, die ein Angebot abgeben dürfen, verlange.

Der EuGH verneinte diese Frage. Zwar sei nach dem Wortlaut eine strikte Identität erforderlich. Der EuGH verweist aber auf eine frühere Entscheidung (Rs. C-396/14), in der er entschied, dass bei Auflösung einer in der Vorauswahlphase zugelassenen Bietergemeinschaft eines der Mitglieder der Bietergemeinschaft das Verfahren fortsetzen und ein Angebot abgeben könne, wenn feststehe, dass das Mitglied die Anforderungen an die Eignung alleine erfülle und seine weitere Teilnahme die Wettbewerbssituation der übrigen Bieter nicht beeinträchtige. Der EuGH stellte für den vorliegenden Fall fest, dass die hinter der Regelung des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 RL 2014/24/EU stehenden Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz nicht verletzt seien, weil sich durch die Aufnahme des C durch B die Leistungsfähigkeit des B ausschließlich erhöht habe. Zudem sei ein wettbewerbsrelevanter Informationsaustausch zwischen B und C zulasten der übrigen Bieter nicht festzustellen.

#### **Bedeutung für die Praxis**

In Anknüpfung an die Entscheidung Rs. C-396/14 senkt der EuGH die Anforderungen an die rechtliche und tatsächliche Identität zwischen Bewerbern und Bietern und ermöglicht so größere unternehmerische Freiheiten. Im Zusammenhang mit der Verschmelzung von Unternehmen während eines Vergabeverfahrens ist zudem eine Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 17.04.2019 (Verg 36/18) von Bedeutung. Das OLG entschied dort, dass eine Zurechnung der Referenzen einer konzernangehörigen Gesellschaft als eigene Referenzen des Bieters aufgrund der bloßen Konzernzugehörigkeit nicht in Frage komme. Vor Umsetzung der geplanten Verschmelzung mit der Konzerngesellschaft hätte es – wie bei einem Berufen auf die Kapazitäten eines nicht konzernangehörigen Unternehmens – einer Eignungslleihe bei dieser bedurft.