

Rechtssache C-682/21

**Zusammenfassung des Vorabentscheidungsersuchens gemäß Art. 98 Abs. 1
der Verfahrensordnung des Gerichtshofs**

Eingangsdatum:

11. November 2021

Vorlegendes Gericht:

Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauen)

Datum der Vorlageentscheidung:

11. November 2021

Kassationsbeschwerdeführerinnen und Klägerinnen im ersten Rechtszug:

„HSC Baltic“ UAB

„Mitnija“ UAB

„Montuotojas“ UAB

Andere Beteiligte im Kassationsverfahren und Beklagte im ersten Rechtszug:

Vilniaus miesto savivaldybės administracija

Weitere Beteiligte:

„Active Construction Management“ UAB, in Insolvenz

„Vilniaus vystymo kompanija“ UAB

Gegenstand des Ausgangsverfahrens

Klage der Kassationsbeschwerdeführerinnen (Klägerinnen des ersten Rechtszugs) auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Entscheidung der anderen Beteiligten am Kassationsverfahren (Beklagte des ersten Rechtszugs), sie wegen Schlechterfüllung eines öffentlichen Auftrags durch einen aus mehreren Mitgliedern bestehenden Lieferanten und Kündigung dieses Auftrags wegen einer erheblichen Pflichtverletzung in das Verzeichnis der unzuverlässigen Lieferanten aufzunehmen.

Gegenstand und Rechtsgrundlage der Vorlage

Auslegung der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, insbesondere von Art. 18 Abs. 1 und Art. 57 Abs. 4 Buchst. g und Abs. 6 dieser Richtlinie, sowie der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, insbesondere von Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 4 und Art. 1 Abs. 3 dieser Richtlinie; Art. 267 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

Vorlagefragen

1. Sind Art. 18 Abs. 1 und Art. 57 Abs. 4 Buchst. g und Abs. 6 der Richtlinie 2014/24 sowie Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 4 und Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 (zusammen oder einzeln betrachtet, aber ohne Beschränkung auf diese Bestimmungen) dahin auszulegen, dass die Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers, den betreffenden Wirtschaftsteilnehmer mit der Begründung, dass dieser Wirtschaftsteilnehmer in erheblichem Maße gegen einen mit diesem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen Vertrag verstoßen habe, in das Verzeichnis der unzuverlässigen Lieferanten aufzunehmen und damit für eine bestimmte Zeit seine Möglichkeit zur Teilnahme an nachfolgend bekannt gemachten Vergabeverfahren zu beschränken, eine Maßnahme ist, gegen die eine gerichtliche Klage erhoben werden kann?

2. Falls die erste Frage bejaht wird: Sind die oben angeführten unionsrechtlichen Bestimmungen (zusammen oder einzeln betrachtet, aber ohne Beschränkung auf diese Bestimmungen) dahin auszulegen, dass sie nationalen Regelungen und einer Praxis ihrer Anwendung entgegenstehen, wonach a) der öffentliche Auftraggeber dann, wenn er einen öffentlichen Auftrag wegen eines erheblichen Verstoßes gegen diesen kündigt, keine förmliche (gesonderte) Entscheidung über die Aufnahme von Wirtschaftsteilnehmern in das Verzeichnis der unzuverlässigen Lieferanten trifft, b) ein Wirtschaftsteilnehmer nicht im Voraus über die bevorstehende Aufnahme in das Verzeichnis der unzuverlässigen Lieferanten informiert wird und daher nicht in der Lage ist, relevante Stellungnahmen abzugeben und sodann gegen die Aufnahme wirksam vorzugehen, und c) der öffentliche Auftraggeber die Umstände der Schlechterfüllung eines Auftrags nicht im Einzelnen prüft, so dass im Fall der rechtmäßigen Kündigung des öffentlichen Auftrags wegen eines erheblichen Verstoßes gegen denselben der für diesen Verstoß *de jure* verantwortliche Wirtschaftsteilnehmer automatisch in das Verzeichnis der unzuverlässigen Lieferanten aufgenommen wird?

3. Falls die ersten beiden Fragen bejaht werden: Sind die oben angeführten unionsrechtlichen Bestimmungen (zusammen oder einzeln betrachtet, aber ohne

Beschränkung auf diese Bestimmungen) dahin auszulegen, dass Kooperationspartner (Unternehmen, die sich zu einem Lieferanten zusammengeschlossen haben), die den wegen eines erheblichen Verstoßes rechtmäßig gekündigten öffentlichen Auftrag ausgeführt haben, ihre Zuverlässigkeit nachweisen und somit vom Verzeichnis der unzuverlässigen Lieferanten ausgenommen werden können, u. a. auf der Grundlage der Höhe ihres Anteils (Werts) an dem ausgeführten Auftrag, der Insolvenz des federführenden Partners, des Handelns dieses Partners und des Umstands, dass der öffentliche Auftraggeber zur Nichterfüllung des Auftrags beigetragen hat?

Angeführte unionsrechtliche Vorschriften

Richtlinie 2014/24, insbesondere Art. 18 Abs. 1, Art. 57 Abs. 3, 4 und 6, Art. 90 sowie Art. 91.

Richtlinie 89/665 des Rates, insbesondere Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 4 und Art. 1 Abs. 2 und 3.

Angeführte nationale Rechtsvorschriften

Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (Gesetz der Republik Litauen über das öffentliche Auftragswesen, im Folgenden: Vergabegesetz): Art. 2 Nr. 36 (Definition des Begriffs „Lieferant“), Art. 46 („Gründe für den Ausschluss eines Lieferanten“) Abs. 4 Unterabs. 6, Abs. 7 und 8, Art. 91 („Nicht- oder Schlechterfüllung eines Vergabevertrags“) und Art. 101 („Recht zur Anfechtung von Handlungen oder Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers“) Abs. 1 und 2.

Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas (Zivilgesetzbuch der Republik Litauen, im Folgenden: Zivilgesetzbuch): Art. 6.6 („Gesamtschuldnerische Verpflichtung von Schuldern“) Abs. 1 und 3 bis 6, Art. 6.15 Abs. 1, Art. 6.217 („Kündigung eines Vertrags“), Art. 6.219, Art. 6.969 („Begriff der Vereinbarung über eine gemeinsame Tätigkeit [Personengesellschaft]“) Abs. 1, Art. 6.975 („Haftung gemeinsam verpflichteter Partner“) und Art. 6.978 („Beendigung einer Vereinbarung über eine gemeinsame Tätigkeit“) Abs. 1 Unterabs. 2 und 3 und Abs. 3.

Kurze Darstellung des Sachverhalts und des Ausgangsverfahrens

- 1 Die Beklagte des ersten Rechtszugs, die Vilniaus miesto savivaldybės administracija (Stadtverwaltung Vilnius), veröffentlichte am 7. Dezember 2016 eine Bekanntmachung über die Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags für den Bau des Mehrzweck-Wellnesszentrums Lazdynai in Vilnius (im Folgenden: Vergabeverfahren).

- 2 Zur Teilnahme am Vergabeverfahren schlossen die Klägerinnen des ersten Rechtszugs, „Montuotojas“ UAB, „Mitnija“ UAB, „HSC Baltic“ UAB und „Axis Power“ UAB, am 30. Januar 2017 einen Kooperationsvertrag. Die an diesem Kooperationsvertrag beteiligten Partner legten für den Fall der Auftragsvergabe folgende Anteile am Wert der Verpflichtungen (Beitrag zur Kooperationsleistung), der dem Gesamtpreis des Angebots entsprach, fest: „Active Construction Management“ UAB: 65% (federführender Partner), „HSC Baltic“ UAB: 15%, „Axis Power“ UAB: 10%, „Mitnija“ UAB: 5% und „Montuotojas“ UAB: 5%.
- 3 Die Beklagte des ersten Rechtszugs schloss am 5. Juni 2017 mit der „Active Construction Management“ UAB einen Bauvertrag, in dem die Frist für die Ausführung der Bauarbeiten auf den 5. Dezember 2018 festgesetzt wurde.
- 4 Der Bauvertrag wurde nicht rechtzeitig erfüllt. Nachdem die Beklagte des ersten Rechtszugs Mängel der technischen Planung anerkannt hatte, wurde am 21. August 2019 die Frist für die Ausführung der nach dem Vertrag vorgesehenen Arbeiten geändert und ein neuer Termin für den 28. Mai 2020 festgesetzt. Die Arbeiten verliefen jedoch auch nach der Fristverlängerung nicht reibungslos und blieben hinter dem neuen Zeitplan zurück.
- 5 Mit Beschluss vom 28. Oktober 2019 eröffnete das Vilniaus apygardos teismas (Regionalgericht Vilnius, Litauen) gegen die „Active Construction Management“ UAB das Insolvenzverfahren. Die Beklagte des ersten Rechtszugs und die Klägerinnen des ersten Rechtszugs wurden darüber mit Schreiben des Insolvenzverwalters vom 6. Dezember 2019 informiert, in dem ferner mitgeteilt wurde, dass der federführende Partner den Bauauftrag nicht mehr erfüllen werde und der Auftrag daher als für diesen Partner beendet anzusehen sei.
- 6 Die Beklagte des ersten Rechtszugs und die übrigen Partner, d. h. die Klägerinnen des ersten Rechtszugs, konnten sich über eine weitere Erfüllung des Bauauftrags nicht einigen.
- 7 Mit Schreiben vom 22. Januar 2020 teilte die Beklagte des ersten Rechtszugs den Klägerinnen des ersten Rechtszugs die Kündigung des Bauauftrags wegen eines erheblichen Verstoßes gegen diesen Vertrag mit.
- 8 Die Klägerinnen des ersten Rechtszugs erhoben am 21. Februar 2021 beim Regionalgericht Vilnius Klage 1) auf Feststellung, dass die einseitige Kündigung des Bauauftrags durch die Beklagte des ersten Rechtszugs wegen eines erheblichen Verstoßes gegen diesen Vertrag rechtswidrig sei, 2) auf Feststellung, dass die Beendigung des Bauauftrags von der Beklagten des ersten Rechtszugs zu vertreten sei, und 3) auf Feststellung, dass die Entscheidung der Beklagten des ersten Rechtszugs, die Klägerinnen des ersten Rechtszugs in das Verzeichnis der unzuverlässigen Lieferanten im Zentralen Informationssystem für das öffentliche Auftragswesen aufzunehmen, rechtswidrig sei.

- 9 Mit Urteil vom 27. August 2020 wies das Regionalgericht Vilnius die Klage der Klägerinnen des ersten Rechtszugs in vollem Umfang ab.
- 10 Dieses Gericht war der Auffassung, dass der Bauauftrag wegen eines erheblichen Verstoßes in Form der Nicht- oder Schlechterfüllung des öffentlichen Auftrags rechtmäßig gekündigt worden sei und dass die öffentlichen Auftraggeber in diesem Fall verpflichtet seien, Lieferanten (oder im Fall einer Gruppe von Lieferanten alle Mitglieder der Gruppe) in dieses Verzeichnis der unzuverlässigen Lieferanten aufzunehmen. Außerdem könnten, so das Gericht weiter, die Klägerinnen des ersten Rechtszugs sich nach den nationalen Regelungen bei einer Teilnahme an anderen Vergabeverfahren durch eine Selbstreinigung rehabilitieren, so dass sie an der Teilnahme daran nicht gehindert seien.
- 11 Mit Beschluss vom 21. Januar 2021 wies das Lietuvos apeliacinis teismas (Berufungsgericht Litauens) die von den Klägerinnen des ersten Rechtszugs gegen das Urteil des Regionalgerichts Vilnius eingelegte Berufung zurück.
- 12 Auf Initiative der Beklagten des ersten Rechtszugs wurden die Klägerinnen des ersten Rechtszugs am 22. Januar 2021 vom Viešųjų pirkimų tarnyba (Amt für das öffentliche Auftragswesen) in das Verzeichnis der unzuverlässigen Lieferanten aufgenommen.
- 13 Gegen den Beschluss des Berufungsgerichts Litauens legten die Klägerinnen des ersten Rechtszugs am 18. bis 22. Februar 2021 Rechtsmittel beim Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Oberster Gerichtshof Litauens, im Folgenden: vorlegendes Gericht) ein. Ihrem Antrag auf Erlass einstweiliger Anordnungen wurde stattgegeben; sie wurden bis zum Abschluss des Kassationsverfahrens aus dem Verzeichnis der unzuverlässigen Lieferanten gestrichen.
- 14 Mit Teilbeschluss vom 11. November 2021 hat das vorlegende Gericht diejenigen Teile der Entscheidungen des erstinstanzlichen Gerichts und des Berufungsgerichts bestätigt, mit denen die Klageansprüche in Bezug auf die ordnungsgemäße Erfüllung des Vertrags und die Rechtmäßigkeit der Kündigung dieses Vertrags zurückgewiesen wurden.

Wesentliches Vorbringen der Beteiligten des Ausgangsverfahrens

- 15 Die Klägerinnen des ersten Rechtszugs haben im Verfahren vor dem vorlegenden Gericht vorgebracht, dass die Regelungen in Art. 91 des Vergabegesetzes, selbst dann, wenn anerkannt werde, dass mit ihrer Anwendung unlautere Wirtschaftsteilnehmer von Rechtsverhältnissen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens ausgeschlossen werden sollten, nicht dahin ausgelegt werden könnten, dass Wirtschaftsteilnehmer, die einen aus mehreren Mitgliedern bestehenden Lieferanten (Auftragnehmer) bildeten und *de facto* keine im Rahmen eines öffentlichen Auftrags vorgesehenen Arbeiten ausgeführt hätten (vor dem Insolvenzverfahren seien die vergebenen Arbeiten ausschließlich vom federführenden Partner ausgeführt worden), in das Verzeichnis der

unzuverlässigen Lieferanten aufgenommen werden sollten, soweit die Nicht- (oder Schlecht-) Erfüllung der relevanten vertraglichen Verpflichtungen zur Kündigung dieses Vertrags geführt habe. Andernfalls würden vergleichbare Sachverhalte, in denen die betreffenden, im Rahmen eines öffentlichen Auftrags vorgesehenen Arbeiten nicht von einem Unterauftragnehmer oder vom jeweiligen Kooperationspartner ausgeführt worden seien, ungleich behandelt, da Unterauftragnehmer nur dann in das Verzeichnis der unzuverlässigen Lieferanten aufzunehmen seien, wenn eine Pflichtverletzung denjenigen Teil des öffentlichen Auftrags betreffe, der an sie weitergegeben worden sei. Die Gerichte hätten Art. 91 des Vergabegesetzes falsch angewendet und gegen die Grundsätze der Vergabe öffentlicher Aufträge verstoßen, indem sie das konkrete Handeln der jeweiligen Wirtschaftsteilnehmer im Rahmen der Ausführung des Bauauftrags, d. h. ihre Integrität und Zuverlässigkeit, nicht berücksichtigt hätten. Art. 91 des Vergabegesetzes finde auf der Grundlage der persönlichen Verantwortlichkeit eines Wirtschaftsteilnehmers Anwendung. Im Urteil des Gerichtshofs vom 7. September 2021, *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras* (C-927/19), sei festgestellt worden, dass Kooperationspartner für das Handeln eines ihrer Partner nur dann haftbar gemacht werden könnten, wenn sie davon Kenntnis gehabt hätten, d. h. das jeweilige Handeln aller Partner sei aufgrund des Grundsatzes der persönlichen Verantwortlichkeit und nicht der gesamtschuldnerischen Haftung zu beurteilen.

- 16 Die Beklagte des ersten Rechtszugs hat im Verfahren vor dem vorliegenden Gericht erklärt, dass sie sich den Feststellungen der Gerichte anschließe und dass der öffentliche Auftraggeber bei der Anwendung von Art. 91 des Vergabegesetzes keine Wahlfreiheit habe, sondern verpflichtet sei, die betreffenden Wirtschaftsteilnehmer in das Verzeichnis der unzuverlässigen Lieferanten aufzunehmen. Bei der Erfüllung dieser Verpflichtung berücksichtige sie nicht, von welchem der Partner, die sich zu einem aus mehreren Mitgliedern bestehenden Lieferanten zusammengeschlossen hätten, ein erheblicher Verstoß gegen den öffentlichen Auftrag durch sein Handeln konkret verursacht worden sei. Eine gegenteilige Auslegung sei mit der gesamtschuldnerischen Haftung der Kooperationspartner unvereinbar, so dass entlastende Umstände nur im Zusammenhang mit der Selbstreinigung bereits in das Verzeichnis der unzuverlässigen Lieferanten aufgenommener Unternehmen relevant seien.

Kurze Darstellung der Begründung der Vorlage

- 17 Das vorliegende Gericht weist darauf hin, dass der Rechtsstreit über die Aufnahme der Klägerinnen des ersten Rechtszugs in das Verzeichnis der unzuverlässigen Lieferanten Fragen der Auslegung und Anwendung der Vorschriften des Vergabegesetzes, insbesondere von Art. 91 des Vergabegesetzes, sowie ihr Zusammenspiel mit den Vorschriften des Zivilgesetzbuchs über gemeinsame Tätigkeiten betreffe. Das Vorbringen der Parteien des Rechtsstreits zur Auslegung und Anwendung nationaler Regelungen werfe eng miteinander verknüpfte Rechtsfragen und Zweifel seitens des Gerichts an der Vereinbarkeit der

Vorschriften des Vergabegesetzes mit dem Unionsrecht im Hinblick darauf auf, a) ob die Aufnahme von Lieferanten in das Verzeichnis der unzuverlässigen Lieferanten eine Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers darstelle, die einer Rechtmäßigkeitskontrolle zugänglich sei, und b), falls diese Entscheidung anfechtbar sei, welche Grundlage für ihren Erlass und die Beurteilung ihrer Rechtmäßigkeit heranzuziehen sei.

- 18 Wie vom erstinstanzlichen Gericht und vom Berufungsgericht festgestellt und von der Beklagten des ersten Rechtszugs vorgetragen, verfügten öffentliche Auftraggeber nach den in Litauen geltenden Regelungen (Art. 91 des Vergabegesetzes) über kein Ermessen bei der Entscheidung, ob sie den betreffenden Wirtschaftsteilnehmer in das Verzeichnis der unzuverlässigen Lieferanten aufnahmen, wenn dieser Wirtschaftsteilnehmer gegen den öffentlichen Auftrag in erheblicher Weise verstoßen und dieser Verstoß zur einseitigen Kündigung dieses Vertrags durch den öffentlichen Auftraggeber geführt habe. Dass das Handeln der öffentlichen Auftraggeber keinen Ermessenscharakter habe, ergebe sich aus ihrer gesetzlichen Verpflichtung, alle Unternehmen, die einen aus mehreren Mitgliedern bestehenden Lieferanten – als Kooperationspartner – bildeten, in dieses Verzeichnis aufzunehmen.
- 19 Der Inhalt von Art. 91 des Vergabegesetzes deute in der Tat darauf hin, dass es bei der Aufnahme von Wirtschaftsteilnehmern in das Verzeichnis der unzuverlässigen Lieferanten sowohl materiell als auch formell keine Autonomie gebe. Nach den litauischen Rechtsvorschriften stelle diese Aufnahme keine eigenständige Entscheidung dar, sondern vielmehr die Rechtsfolge einer anderen Entscheidung, nämlich derjenigen zur einseitigen Kündigung eines öffentlichen Auftrags: Werde der Kündigung des Auftrags wegen eines erheblichen Verstoßes von einem Wirtschaftsteilnehmer überhaupt nicht widersprochen oder werde diese Entscheidung gerichtlich für rechtmäßig befunden, werde der betreffende Wirtschaftsteilnehmer, der diesen Auftrag allein oder mit Partnern ausgeführt habe, zwingend in das Verzeichnis der unzuverlässigen Lieferanten aufgenommen.
- 20 Diese Rechtsvorschriften gingen davon aus, dass es zum einen *de jure* nicht zu Situationen kommen könne, in denen ein öffentlicher Auftraggeber zwar einen Auftrag wegen eines erheblichen Verstoßes rechtmäßig kündigen könne, der Lieferant aber aufgrund der Umstände des Einzelfalls nicht in das Verzeichnis der unzuverlässigen Lieferanten aufgenommen werde, und zum anderen der Lieferant im Wesentlichen nur gegen die einseitige Kündigung des öffentlichen Auftrags vorgehen könne.
- 21 Die fraglichen nationalen Rechtsvorschriften erschienen mit der wirksamen Wahrung der Rechte der Lieferanten nicht *per se* unvereinbar, da der Wirtschaftsteilnehmer, wie in der vorliegenden Rechtssache der Fall, gegen die einseitige Kündigung des öffentlichen Auftrags wirksam mit der Begründung vorgehen könne, dass ein erheblicher Verstoß durch ihn nicht vorliege, dass der öffentliche Auftraggeber für die Verfehlung der Ziele des Auftrags

mitverantwortlich sei, usw. Insoweit sei jedoch darauf hinzuweisen, dass nach den litauischen Rechtsvorschriften bei einer Kündigung eines Vertrags wegen eines erheblichen Verstoßes der subjektive Aspekt des Handelns der gegen den Vertrag verstoßenden Partei im Wesentlichen unberücksichtigt bleibe.

- 22 Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs lasse sich der Schluss ziehen, dass die Gründe, die zu dem Verstoß gegen den Vertrag geführt hätten, die Art dieses Verstoßes und andere Umstände für die Entscheidung über die Beschränkung des Rechts von Lieferanten auf Teilnahme an anderen Vergabeverfahren rechtlich relevant seien. In seinem Urteil vom 19. Juni 2019, *Meca* (C-41/18), habe der Gerichtshof festgestellt, dass nach Art. 57 Abs. 5 der Richtlinie 2014/24 einem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit gegeben werden müsse, seine eigene Beurteilung der Handlungen oder Unterlassungen eines Wirtschaftsteilnehmers vor oder während des Verfahrens in einer der in Art. 57 Abs. 4 der Richtlinie genannten Situationen vorzunehmen; daher könnten öffentliche Auftraggeber nicht an eine vorherige Prüfung einer Zuwiderhandlung gebunden sein, da dies mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht vereinbar wäre, der insbesondere auch die Notwendigkeit einschließe, die Art einer Zuwiderhandlung, d. h., ob sie geringfügiger oder wesentlicher Art sei oder sich wiederholt habe, zu beurteilen.
- 23 Wie bereits ausgeführt, kämen das erstinstanzliche Gericht und das Berufungsgericht sowie die Beklagte des ersten Rechtszugs im Wesentlichen aufgrund der vorgenannten Rechtsauslegungsregel zu dem Schluss, dass in diesem Stadium des Rechtsstreits eine Beurteilung der Art des jeweiligen Handelns der Klägerinnen des ersten Rechtszugs nicht möglich und nicht erforderlich sei, da sie sich im Fall der Teilnahme an anderen Vergabeverfahren durch eine Selbstreinigung rehabilitieren könnten. Dieser sich aus den nationalen Regelungen ergebende Ansatz stehe mit der *ratio decidendi* des Urteils *Meca* (C-41/18) insbesondere mit Blick darauf im Einklang, dass der betreffende öffentliche Auftraggeber im Rahmen späterer Vergabeverfahren nicht an die Beurteilung eines anderen öffentlichen Auftraggebers gebunden sei, was sich bei einer gerichtlichen Entscheidung jedoch anders darstelle. Sollte das Gericht die Aufnahme des Wirtschaftsteilnehmers in das Verzeichnis der unzuverlässigen Lieferanten für rechtmäßig erachten, sei zweifelhaft, ob der betreffende öffentliche Auftraggeber diese Entscheidung in einem nichtgerichtlichen Verfahren überprüfen könne.
- 24 Diese von den Gerichten vertretene Rechtsauffassung führt indes nach Auffassung des vorlegenden Gerichts und nach Ansicht der Beklagten des ersten Rechtszugs zu einer paradoxen Situation.
- 25 Erstens müsse, damit die Art des jeweiligen Handelns des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers berücksichtigt werden könne, dieser Wirtschaftsteilnehmer zunächst in das Verzeichnis der unzuverlässigen Lieferanten aufgenommen werden. Damit würden die Umstände der Ausführung des Auftrags für die Entscheidung nicht über seine Aufnahme, wohl aber für diejenige über seine

etwaige konkrete Streichung aus diesem Verzeichnis relevant. In diesem Zusammenhang könne u. a. das jeweilige frühere Handeln eines Wirtschaftsteilnehmers, der nach den geltenden Rechtsvorschriften für einen Zeitraum von drei Jahren in das Verzeichnis der unzuverlässigen Lieferanten aufgenommen werde, unterschiedlich behandelt werden. Dass der von diesem Wirtschaftsteilnehmer begangene Verstoß von einem öffentlichen Auftraggeber als geringfügig angesehen werde, bedeute für sich genommen nicht, dass ein anderer öffentlicher Auftraggeber zu dem gleichen Ergebnis gelange.

- 26 Zweitens würde bei diesem Ansatz eine Entscheidung über den Inhalt des Handelns des Wirtschaftsteilnehmers nicht von dem öffentlichen Auftraggeber mit der besten Kenntnis von der Pflichtverletzung getroffen, sondern von anderen öffentlichen Auftraggebern, die sich im Wesentlichen auf Stellungnahmen des betreffenden Lieferanten stützten. Dass die Umstände der Vertragsverletzung nur für bereits in das Verzeichnis der unzuverlässigen Lieferanten aufgenommene Wirtschaftsteilnehmer beurteilt werden könnten, könne jedenfalls nicht durch ein legitimes Ziel oder eine bewährte Praxis gerechtfertigt werden.
- 27 Das vorliegende Gericht stimmt nicht mit der Ansicht der Beklagten des ersten Rechtszugs überein, wonach eine andere Auslegung von Art. 91 des Vergabegesetzes, d. h. eine Einzelbeurteilung des Verhaltens der Klägerinnen des ersten Rechtszugs bei der Ausführung des Bauauftrags, mit der gesamtschuldnerischen Haftung der Kooperationspartner unvereinbar sein könne. Die Frage nach der Bedeutung der gesamtschuldnerischen Haftung für die Beurteilung der Zuverlässigkeit von Kooperationspartnern nach Art. 57 der Richtlinie 2014/24 sei vom vorlegenden Gericht bereits in der oben angeführten Rechtssache *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras* aufgeworfen worden. Der Gerichtshof habe jedoch erklärt, dass ein öffentlicher Auftraggeber eine auf den Einzelfall bezogene Beurteilung des jeweiligen Handelns jedes Wirtschaftsteilnehmers (Partners) vorzunehmen habe. Wie von der „Mitnija“ UAB zu Recht vorgetragen, sehe Art. 91 Abs. 1 des Vergabegesetzes ausdrücklich vor, dass andere Wirtschaftsteilnehmer, auf deren Kapazitäten der Lieferant sich stütze und die für die Ausführung des Auftrags nach Art. 49 Abs. 5 dieses Gesetzes eine gesamtschuldnerische Haftung mit dem Lieferanten übernommen hätten, ebenfalls in das Verzeichnis der unzuverlässigen Lieferanten aufzunehmen seien, sofern eine Pflichtverletzung denjenigen Teil des Auftrags betreffe, der an sie weitergegeben worden sei. Unstreitig sei, dass ein Kooperationspartner und ein Anbieter wirtschaftlicher oder finanzieller Kapazitäten, der im Wesentlichen als finanzieller Bürge handle, nicht miteinander gleichzusetzende Unternehmen seien. Trügen sie dagegen eine gesamtschuldnerische Haftung (im ersteren Fall aufgrund des Zivilgesetzbuchs und im letzteren Fall aufgrund des Vergabegesetzes), sei eine unterschiedliche Beurteilung ihres jeweiligen Handelns nicht gerechtfertigt.
- 28 Die gesamtschuldnerische Haftung von Kooperationspartnern im Sinne von Art. 91 des Vergabegesetzes (Art. 57 Abs. 4 Buchst. g der Richtlinie 2014/24) sei jedoch allgemein von zweitrangiger Bedeutung, wenn davon ausgegangen werde,

dass das Verzeichnis der unzuverlässigen Lieferanten nur solche Wirtschaftsteilnehmer umfasse, die aufgrund einer Einzelbeurteilung ihres jeweiligen Handelns als unzuverlässig (unlauter) angesehen würden. In diesem Fall würde die Kündigung des öffentlichen Auftrags wegen einer erheblichen Pflichtverletzung für sich genommen nicht zu ihrer Aufnahme in das Verzeichnis der unzuverlässigen Lieferanten führen (beispielsweise im Fall der Insolvenz, eines Verschuldens anderer Unternehmen, höherer Gewalt, usw.). Demzufolge werde nicht danach unterschieden (dürfe nicht danach unterschieden werden), ob der Auftragnehmer, der den öffentlichen Auftrag nicht erfüllt habe, für sich allein oder als Gruppe unabhängiger Wirtschaftsteilnehmer (auf gesamtschuldnerischer Vertragsgrundlage) gehandelt habe. Andernfalls würden aus mehreren Mitgliedern bestehende Lieferanten ungerechtfertigt benachteiligt.

- 29 Das vorlegende Gericht hat ferner Zweifel, wie die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers, einen Wirtschaftsteilnehmer in das Verzeichnis der unzuverlässigen Lieferanten aufzunehmen, einzustufen ist. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs sei der Begriff „Entscheidungen eines öffentlichen Auftraggebers“ weit dahin auszulegen, dass hierunter praktisch alle seine Entscheidungen fielen, ohne nach ihrem Inhalt oder dem Zeitpunkt ihres Erlasses zu unterscheiden. Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/665 sehe keine Beschränkung in Bezug auf Art und Inhalt der darin genannten Entscheidungen vor (Urteil vom 11. Januar 2005, Stadt Halle und RLP Lochau, C-26/03, Rn. 28 und 30).
- 30 Im Übrigen weist das vorlegende Gericht auf den Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 4 der Richtlinie 89/665 hin, der im Licht der Sprachfassungen nicht identisch sei. In der litauischen und englischen Sprachfassung sei von „su sutartimis ... susiję ... sprendimai [Entscheidungen in Verbindung mit Aufträgen]“ bzw. „contracts ... decisions“ die Rede, während die französische Sprachfassung von „les procédures de passation des marchés“ spreche. Der französische Wortlaut erscheine nicht so weit, da er sich konkret auf Verfahren zum Abschluss (zur Vergabe) von Aufträgen und nicht auf Folgen der Kündigung dieser Verträge beziehe. Der Begriff „Vergabe eines öffentlichen Auftrags“ werde auch in Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 89/665 verwendet. Im Übrigen müsse nach Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 u. a. eine Person, um ein Nachprüfungsverfahren einleiten zu können, zumindest ein Interesse an einem bestimmten Auftrag haben und durch rechtswidriges Handeln des öffentlichen Auftraggebers geschädigt worden sein.
- 31 Der vorliegende Rechtsstreit gehe eindeutig nicht auf Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers zurück, mit denen das Recht auf Erteilung (oder Abschluss) eines bestimmten öffentlichen Auftrags gewährt oder beschränkt werde, da der Bauauftrag mit den Klägerinnen des ersten Rechtszugs zum Abschluss gekommen sei. Im Übrigen habe ihr jeweiliges Handeln schließlich auch zu einer rechtmäßigen Entscheidung der Beklagten des ersten Rechtszugs zur Kündigung dieses Auftrags geführt. Zum anderen beschränke die Aufnahme der betreffenden Wirtschaftsteilnehmer in das Verzeichnis der unzuverlässigen

Lieferanten ihre Rechte zum Abschluss anderer öffentlicher Aufträge nach dem Ausschlussgrund in Art. 57 Abs. 4 Buchst. g der Richtlinie 2014/24. Demnach wäre es, ausgehend von einer allgemeinen Tendenz in der Rechtsprechung des Gerichtshofs, den Begriff „Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers“ weit auszulegen, grundsätzlich gerechtfertigt, die in der vorliegenden Rechtssache in Rede stehende Entscheidung der Beklagten des ersten Rechtszugs als Entscheidung im Sinne von Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 4 der Richtlinie 89/665 einzustufen.

- 32 Falle die in einem Teil des nationalen Verfahrens in Rede stehende Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers in den Anwendungsbereich von Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 4 der Richtlinie 89/665, müssten die Grundlagen für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung bestimmt werden. Die Klägerinnen des ersten Rechtszugs legten größtes Gewicht auf die folgenden Umstände, anhand deren ihre Zuverlässigkeit unabhängig von der erfolgten Kündigung des Bauauftrags zu beurteilen sei, nämlich auf den Anteil der Auftragnehmer an den vertraglichen Verpflichtungen (ihre Beiträge hierzu) im Rahmen der Ausführung des öffentlichen Auftrags, den Umstand, dass vor der Kündigung des Bauauftrags alle Arbeiten ausschließlich vom federführenden Partner durchgeführt worden seien, d. h., die Klägerinnen des ersten Rechtszugs hätten mit der Ausführung vergebener Arbeiten noch nicht begonnen, darauf, dass das Insolvenzverfahren gegen den federführenden Partner eröffnet worden sei, dass bestimmte Handlungen der Beklagten des ersten Rechtszugs möglicherweise zu einer Schlechterfüllung des Bauauftrags geführt hätten, und weitere Umstände.
- 33 Nach Ansicht des vorliegenden Gerichts können die vorgenannten Umstände für die Beurteilung der Zuverlässigkeit der Wirtschaftsteilnehmer, die den Bauauftrag ausgeführt hätten, im Hinblick auf ihre Aufnahme in das Verzeichnis der unzuverlässigen Lieferanten relevant sein. Wenn nach dem Urteil Meca (C-41/18) öffentliche Auftraggeber, die eine Bekanntmachung neuer Vergabeverfahren veröffentlicht hätten, eine solche Beurteilung der Zuverlässigkeit vorzunehmen hätten, wäre es nicht fernliegend, von dem öffentlichen Auftraggeber, der den gekündigten öffentlichen Auftrag vergeben habe, d. h. von der Beklagten des ersten Rechtszugs, ebenfalls die Vornahme einer solchen Beurteilung zu verlangen.