Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
MELCHIOR WATHELET
vom 3. März 2016 [1]

Rechtssache C-46/15

Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA
gegen
AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal

(Vorabentscheidungsersuchen des Tribunal Central Administrativo Sul [Zentrales Verwaltungsgericht Süd, Portugal])

„Vorlage zur Vorabentscheidung — Öffentliche Aufträge — Richtlinie 2004/18/EG — Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii — Unmittelbare Wirkung — Vergabeverfahren — Wirtschaftsteilnehmer — Technische und/oder berufliche Leistungsfähigkeit — Nachweis“

I – **Einleitung**

1. Das Vorabentscheidungsersuchen ist im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA (im Folgenden: Ambisig) und der AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal (im Folgenden: AICP) vorgelegt worden.

2. Dieses Ersuchen betrifft die Auslegung von Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge [2].

3. Diese Bestimmung regelt den Nachweis der technischen und/oder beruflichen Leistungsfähigkeit der an dem betreffenden Auftrag interessierten Wirtschaftsteilnehmer. Mit seinen Vorlagefragen befragt das Tribunal Central Administrativo Sul (Zentrales Verwaltungsgericht Süd, Portugal) den Gerichtshof zu ihrer etwaigen unmittelbaren Wirkung und zur Ausgestaltung der dort vorgesehenen Beweisregeln.

II – **Rechtlicher Rahmen**

A – *Unionsrecht*

4. Titel II der Richtlinie 2004/18 legt die Bestimmungen für öffentliche Aufträge fest. Die Eignungskriterien werden in Kapitel VII Abschnitt 2 dargestellt, der insbesondere die Art. 45 und 48 enthält.

1 — Originalsprache: Französisch.
2 — ABl. L 134, S. 114.

5. Art. 45 Abs. 2 Buchst. g der Richtlinie 2004/18 bestimmt, dass Wirtschaftsteilnehmer, „die sich bei der Erteilung von Auskünften, die gemäß diesem Abschnitt eingeholt werden können, in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht oder diese Auskünfte nicht erteilt haben“, von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen werden können.

6. Art. 48 („Technische und/oder berufliche Leistungsfähigkeit“) der Richtlinie 2004/18 lautet:

„(1) Die technische und/oder berufliche Leistungsfähigkeit des Wirtschaftsteilnehmers wird gemäß den Absätzen 2 und 3 bewertet und überprüft.

(2) Der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Wirtschaftsteilnehmers kann je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der Bauleistungen, der zu liefernden Erzeugnisse oder der Dienstleistungen wie folgt erbracht werden:

…

ii) durch eine Liste der in den letzten drei Jahren erbrachten wesentlichen Lieferungen oder Dienstleistungen mit Angabe des Werts, des Liefer- bzw. Erbringungszeitpunkts sowie des öffentlichen oder privaten Empfängers. Die Lieferungen und Dienstleistungen werden wie folgt nachgewiesen:

— durch eine von der zuständigen Behörde ausgestellte oder beglaubigte Bescheinigung, wenn es sich bei dem Empfänger um einen öffentlichen Auftraggeber handelte;

— wenn es sich bei dem Empfänger um einen privaten Erwerber handelt, durch eine vom Erwerber ausgestellte Bescheinigung oder, falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist, durch eine einfache Erklärung des Wirtschaftsteilnehmers;

…“

B – *Portugiesisches Recht*

1. Gesetzbuch über öffentliche Aufträge

7. Die Richtlinie 2004/18 wurde durch das Gesetzbuch über öffentliche Aufträge (Código dos Contratos Públicos) in portugiesisches Recht umgesetzt, das durch die Verordnung Nr. 18/2008 vom 29. Januar 2008 in der geänderten und als Anhang der Verordnung Nr. 278/2009 vom 2. Oktober 2009 veröffentlichten Fassung (*Diário da República*, 1. Serie, Nr. 192 vom 2. Oktober 2009, im Folgenden: Gesetzbuch über öffentliche Aufträge) genehmigt wurde.

8. Art. 165 des Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge lautet:

„1 – Die Mindestanforderungen an die technische Leistungsfähigkeit gemäß Abs. 1 Buchst. h des vorstehenden Artikels müssen der Art der Leistungen, die Gegenstand des zu vergebenden Auftrags sind, angepasst sein und die Situationen, Qualitäten, Spezifikationen oder anderen Umstände beschreiben, insbesondere betreffend:

a) die Berufserfahrung der Bewerber;

b) das von den Bewerbern gleichgültig zu welchem Zweck eingesetzte Personal, Technologien, Ausrüstung oder Sonstiges;

c) das Organisationsmodell und die organisatorische Leistungsfähigkeit der Bewerber, insbesondere hinsichtlich der Leitung und des Einbringens von Spezialkompetenzen sowie von Datenverarbeitungs- und Qualitätsüberwachungssystemen;

d) die Fähigkeit der Bewerber, bei der Ausführung des zu vergebenden Auftrags Umweltmanagementmaßnahmen zu ergreifen;

e) die Informationen aus der Datenbank des Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P., über Unternehmer, wenn es sich um die Vergabe eines Bauauftrags oder eine öffentliche Baukonzession handelt.

…

5 – Die in Abs. 1 aufgeführten Mindestanforderungen an die technische Leistungsfähigkeit und der Faktor ‚f' gemäß Abs. 1 Ziff. i des vorstehenden Artikels dürfen nicht diskriminierend festgelegt werden."

2. Bekanntmachung

9. Art. 12 der Bekanntmachung bestimmt:

„Die Bewerber müssen für ihre Qualifizierung folgende Bewerbungsunterlagen vorlegen:

…

c) Bescheinigung des Kunden auf Papier mit Briefkopf und Stempel zum Nachweis der Implementierung des Umweltmanagementsystems und/oder Qualitätsmanagementsystems [gemäß Art. 8 der Bekanntmachung] durch den Bewerber entsprechend der Mustererklärung in Anhang VIII der vorliegenden Bekanntmachung. Die Erklärung muss mit einer Unterschrift versehen sein, die von einem Notar, einem Rechtsanwalt oder einer anderen hierzu befugten Stelle beglaubigt wurde, wobei die Eigenschaft des Unterzeichnenden anzugeben ist;

…

f) Bescheinigung des Kunden auf Papier mit Briefkopf und Stempel zum Nachweis der Implementierung von Systemen für das Management, die Entwicklung und die Implementierung von Technologieplattformen im Netz, der Erstellung von Software für Managementsysteme sowie der Durchführung von Koordinierungsmaßnahmen [gemäß Art. 8 der Bekanntmachung] durch den Bewerber, unter Angabe des jeweiligen Werts im Einklang mit dem Erklärungsmuster in Anhang IX der vorliegenden Bekanntmachung. Die Erklärung muss mit einer Unterschrift versehen sein, die von einem Notar, einem Rechtsanwalt oder einer anderen hierzu befugten Stelle beglaubigt wurde, wobei die Eigenschaft des Unterzeichnenden anzugeben ist …".

III – **Ausgangsrechtsstreit**

10. Der Vorlageentscheidung zufolge beschloss AICP am 23. April 2013 die Einleitung eines nicht offenen Vergabeverfahrens nach vorheriger Qualifikation zur Vergabe eines Auftrags über Dienstleistungen zur Implementierung von Systemen für Umweltmanagement, Qualität und Technologieplattformen.

11. Nach Art. 8 Abs. 1 Buchst. a bis c der Bekanntmachung mussten die Bewerber kumulativ mehrere Voraussetzungen hinsichtlich ihrer technischen Leistungsfähigkeit erfüllen.

12. Art. 12 Abs. 1 Buchst. c und f der Bekanntmachung sah vor, dass die Bewerber diese Voraussetzungen durch Bescheinigungen von Kunden auf Papier mit Briefkopf und Stempel nachweisen mussten. Diese mussten auch die von einem Notar, einem Rechtsanwalt oder einer anderen hierzu befugten Stelle beglaubigte Unterschrift tragen, wobei die Eigenschaft des Unterzeichnenden anzugeben war.

13. Im Rahmen dieser Ausschreibung billigte AICP am 30. August 2013 den vom Prüfungsausschuss erstellten abschließenden Auswahlbericht. Mit diesem Bericht wurde das Unternehmen Índice ICT & Management Lda ausgewählt, und die beiden anderen Bewerbungen, darunter die von Ambisig, wurden zurückgewiesen.

14. Aus Gründen, die in der Vorlageentscheidung nicht genannt sind, hob das Tribunal Central Administrativo Sul (Zentrales Verwaltungsgericht Süd) diese Entscheidung mit Urteil vom 14. November 2013 auf. Außerdem verurteilte es AICP, innerhalb von 20 Tagen erneut über die Wahl des Verfahrens zu entscheiden und eine neue, von den festgestellten Rechtsverstößen freie Bekanntmachung zu veröffentlichen und alle damit verbundenen Rechtsakte und Maßnahmen zu ergreifen.

15. Entsprechend diesem Urteil beschloss AICP am 10. Dezember 2013, ein neues nicht offenes Vergabeverfahren nach vorheriger Qualifikation zum Zweck der Vergabe eines Dienstleistungsauftrags über die Implementierung von Systemen für Umweltmanagement, Qualität und Technologieplattformen in 13 Unternehmen einzuleiten.

16. Nach Abschluss dieses neuen Auswahlverfahrens beschloss die Direktion von AICP am 27. März 2014, den abschließenden Auswahlbericht des Prüfungsausschusses zu billigen, mit dem die Bewerbung der Índice ICT & Management Lda ausgewählt wurde, und wies die Bewerbung von Ambisig zurück.

17. Gegen diese Entscheidung erhob Ambisig Klage beim Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (Verwaltungs- und Finanzgericht Leiria, Portugal), das die Entscheidung am 11. Juni 2014 aufhob. Dagegen legte Ambisig vor der Kollegialkammer desselben Gerichts Beschwerde ein mit der Begründung, das Gericht habe zu Unrecht die Klagegründe zurückgewiesen, mit denen insbesondere die Unvereinbarkeit von Art. 12 Abs. 1 Buchst. c und f der Bekanntmachung mit den Beweisanforderungen gemäß Art. 48 der Richtlinie 2004/18 sowie mit den Grundsätzen des Wettbewerbs, der Unparteilichkeit und Verhältnismäßigkeit, die sich aus dem Gesetzbuch über öffentliche Aufträge ergäben, geltend gemacht würden.

18. Mit Urteil vom 6. August 2014 wies das Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (Verwaltungs- und Finanzgericht Leiria) die Beschwerde von Ambisig zurück und bestätigte seine Entscheidung vom 11. Juni 2014. Ambisig focht dieses Urteil beim Tribunal Central Administrativo Sul (Zentrales Verwaltungsgericht Süd) an.

19. Im Rahmen dieses Rechtsmittels ist das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen ergangen. Das vorlegende Gericht hat Zweifel hinsichtlich der Tragweite der in Art. 48 der Richtlinie 2004/18 vorgesehenen Beweisanforderungen und daran, ob die Bekanntmachung den Anforderungen dieses Artikels genügt.

IV – **Vorabentscheidungsersuchen und Verfahren vor dem Gerichtshof**

20. Mit Entscheidung vom 29. Januar 2015, die beim Gerichtshof am 5. Februar 2015 eingegangen ist, hat das Tribunal Central Administrativo Sul (Zentrales Verwaltungsgericht Süd) das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof die folgenden Fragen vorgelegt:

1. Ist Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2004/18 angesichts der Tatsache, dass der darin geregelte Bereich im portugiesischen Recht nicht geregelt ist, in der portugiesischen Rechtsordnung in dem Sinne unmittelbar anwendbar, dass er Privatpersonen Rechte verleiht, die diese gegenüber den öffentlichen Auftraggebern geltend machen können?

2. Ist Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii, zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2004/18 in dem Sinne auszulegen, dass er der Anwendung von von einem öffentlichen Auftraggeber aufgestellten Bestimmungen entgegensteht, die es einem Wirtschaftsteilnehmer nicht erlauben, die Erbringung von Dienstleistungen durch eine von ihm unterzeichnete Erklärung nachzuweisen, es sei denn, er weist nach, dass die Beschaffung einer Bescheinigung des privaten Erwerbers unmöglich oder mit ernsthaften Schwierigkeiten verbunden ist?

3. Ist Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2004/18 in dem Sinne auszulegen, dass er der Anwendung von von einem öffentlichen Auftraggeber aufgestellten Bestimmungen entgegensteht, die verlangen, dass die Bescheinigung des privaten Erwerbers mit einer von einem Notar, einem Rechtsanwalt oder einer anderen befugten Stelle beglaubigten Unterschrift versehen ist, und andernfalls den Ausschluss des Bewerbers vorsehen?

21. Ambisig, die portugiesische Regierung und die Europäische Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht. Die portugiesische Regierung und die Kommission haben außerdem in der Sitzung vom 28. Januar 2016 mündliche Erklärungen abgegeben.

V – **Rechtliche Würdigung**

A – *Zur ersten Vorlagefrage*

22. Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2004/18 dahin auszulegen ist, dass er bei fehlender Umsetzung in innerstaatliches Recht Privatpersonen Rechte verleihen kann, die diese im Rahmen von Streitigkeiten vor den nationalen Gerichten gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber geltend machen können. Es geht also um die Feststellung einer eventuellen unmittelbaren Wirkung dieser Bestimmung.

1. Feststellung einer unmittelbaren Wirkung von Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2004/18

23. Die Voraussetzungen und Grenzen der Anerkennung einer unmittelbaren Wirkung von Bestimmungen einer Richtlinie sind bekannt. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs kann sich ein Einzelner in allen Fällen, in denen die Bestimmungen einer Richtlinie inhaltlich unbedingt und hinreichend genau sind, vor nationalen Gerichten gegenüber dem Staat auf diese Bestimmungen berufen, wenn dieser die Richtlinie nicht fristgemäß oder nur unzulänglich in das nationale Recht umgesetzt hat [3].

3 — Vgl. in diesem Sinne unter vielen Urteil Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, Rn. 18 und die dort angeführte Rechtsprechung).

24. Eine Unionsbestimmung gilt als unbedingt, wenn sie eine Verpflichtung normiert, die an keine Bedingung geknüpft ist und zu ihrer Durchführung oder Wirksamkeit auch keiner weiteren Maßnahmen der Organe der Europäischen Union oder der Mitgliedstaaten bedarf[4].

25. Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2004/18 erfüllt meines Erachtens diese Voraussetzungen der Unbedingtheit und Genauigkeit. Diese Bestimmung erfordert nämlich keine zusätzliche Maßnahme für ihre Anwendung, da sie zum einen vorsieht, dass die technische Leistungsfähigkeit der Wirtschaftsteilnehmer durch eine Liste der in den letzten drei Jahren erbrachten wesentlichen Lieferungen oder Dienstleistungen nachgewiesen werden kann, auf denen der Wert, der Liefer- bzw. Erbringungszeitpunkt und der betreffende öffentliche oder private Empfänger angegeben sind, und zum anderen klarstellt, dass, wenn es sich bei dem Empfänger um einen privaten Erwerber handelt, die Erbringung der Dienstleistung durch eine vom Erwerber ausgestellte Bescheinigung oder, falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist, durch einfache Erklärung des Wirtschaftsteilnehmers nachgewiesen wird.

26. Zudem hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass sich der Einzelne vor den nationalen Gerichten auf Art. 26 der Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge[5] berufen kann, „[d]a für die Erfüllung [der dort festgelegten] Anforderungen keine besondere Ausführungsmaßnahme notwendig ist“[6]. Auch wenn dieser Artikel der Richtlinie 71/305 nur Bauaufträge und keine Aufträge über Dienstleistungen betraf, können die in dieser Bestimmung vorgesehenen Regeln für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit unter dem Gesichtspunkt ihrer Unbedingtheit und Genauigkeit als denen des Art. 48 der Richtlinie 2004/18 entsprechend angesehen werden.

27. Schließlich weise ich darauf hin, dass der Gerichtshof auch allgemein festgestellt hat, dass sich der Einzelne vor einem nationalen Gericht auf die Bestimmungen des Abschnitts VI der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge[7] berufen kann, „soweit sich bei der individuellen Prüfung ihres Wortlauts ergibt, dass sie uneingeschränkt und hinreichend klar und eindeutig sind“[8]. Eine dieser Bestimmungen war Art. 32, der in Abs. 2 bereits vorsah, dass der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Dienstleisters erbracht werden konnte durch „eine Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen mit Angabe des Rechnungswerts, des Lieferungszeitpunkts sowie der öffentlichen oder privaten Empfänger der erbrachten Dienstleistungen [und] bei Leistungen für private Auftraggeber durch eine vom Auftraggeber ausgestellte Bescheinigung; ist eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich, so ist eine einfache Erklärung des Dienstleistungserbringers zulässig“.

28. Es ist festzustellen, dass Art. 48 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 den Wortlaut dieser Bestimmung praktisch übernimmt. Er erscheint mir daher unbedingt und hinreichend genau, um vor den nationalen Gerichten geltend gemacht werden zu können.

2. Das Erfordernis der Einstufung des öffentlichen Auftraggebers als „Staat“

29. Damit sich jedoch Ambisig vor dem nationalen Gericht auf Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2004/18 berufen kann, muss sich das vorlegende Gericht vergewissern, dass der betreffende öffentliche Auftraggeber im Ausgangsverfahren kein „Einzelner“ ist.

4 — Vgl. in diesem Sinne Urteile Almos Agrárkülkereskedelmi (C-337/13, EU:C:2014:328, Rn. 32) und Larentia + Minerva und Marenave Schiffahrt (C-108/14 und C-109/14, EU:C:2015:496, Rn. 49).

5 — ABl. L 185, S. 5.

6 — Urteil Beentjes (31/87, EU:C:1988:422, Rn. 43).

7 — ABl. L 209, S. 1.

8 — Urteil Tögel (C-76/97, EU:C:1998:432, Rn. 47).

30. Nach ständiger Rechtsprechung kann nämlich eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen für einen Einzelnen begründen. Diesem gegenüber ist eine Berufung auf die Richtlinie als solche vor nationalen Gerichten nicht möglich [9].

31. Wenn aber somit diese Bestimmungen einer Richtlinie mit unmittelbarer Wirkung nur gegenüber einem Staat geltend gemacht werden können, ist die Eigenschaft, in der dieser handelt, unerheblich [10].

32. Nach ständiger Rechtsprechung „gehört … eine Einrichtung, die unabhängig von ihrer Rechtsform kraft staatlichen Rechtsakts unter staatlicher Aufsicht eine Dienstleistung im öffentlichen Interesse zu erbringen hat und die hierzu mit besonderen Rechten ausgestattet ist, die über die für die Beziehungen zwischen Privatpersonen geltenden Bestimmungen hinausgehen, zu den Rechtssubjekten, denen die unmittelbar anwendbaren Bestimmungen einer Richtlinie entgegengehalten werden können“ [11].

33. Aus dem Namen des öffentlichen Auftraggebers im Ausgangsverfahren scheint hervorzugehen, dass es sich um eine Vereinigung rein privater Unternehmen handelt, die keine Dienstleistungen im öffentlichen Interesse erbringt und jedenfalls nicht mit besonderen Rechten zur Erfüllung ihrer Aufgaben ausgestattet ist.

34. In Beantwortung der vom Gerichtshof in der mündlichen Verhandlung vom 28. Januar 2016 gestellten Fragen hat der Vertreter der portugiesischen Regierung bestätigt, dass AICP eine Vereinigung privaten Rechts sei, die keine Aufgaben im öffentlichen Interesse erbringe und der solche Aufgaben nicht übertragen worden seien. Allein die überwiegend öffentliche Finanzierung der Aktivitäten der AICP führe zur Anwendung der Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge [12].

35. Das vorlegende Gericht hat zu prüfen, ob AICP zum Zeitpunkt des Sachverhalts des Ausgangsverfahrens eine Organisation war, die beauftragt war, unter staatlicher Aufsicht eine Dienstleistung im öffentlichen Interesse zu erbringen, und ob diese Unternehmensvereinigung zu diesem Zweck über besondere Rechte verfügte [13].

36. Andernfalls kann ihr Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2004/18 nicht entgegengehalten werden. In diesem Fall hätte jedoch das vorlegende Gericht den Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung anzuwenden und jede einschlägige Bestimmung des nationalen Rechts so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie 2004/18 auszulegen, um das in dieser festgelegte Ziel zu erreichen und damit Art. 288 Abs. 3 AEUV nachzukommen [14].

9 — Vgl. in diesem Sinne Urteile Marshall (152/84, EU:C:1986:84, Rn. 48), Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, Rn. 20) und Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, Rn. 22).

10 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, Rn. 23).

11 — Urteil Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, Rn. 24 und die dort angeführte Rechtsprechung).

12 — Gemäß Art. 1 Abs. 9 der Richtlinie 2004/18.

13 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, Rn. 31).

14 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 24 und die dort angeführte Rechtsprechung). Der Gerichtshof hat die Rangordnung der in einem Rechtsstreit zwischen Privatpersonen einschlägigen Lösungen im Urteil Fenoll (C-316/13, EU:C:2015:200) ausdrücklich wie folgt bestätigt: „[F]ür den Fall, dass das nationale Recht nicht richtlinienkonform ausgelegt werden kann – was vom vorlegenden Gericht zu prüfen ist –, [kann die in Rede stehende Bestimmung] in einem Rechtsstreit zwischen Privaten … nicht geltend gemacht werden …, um die volle Wirksamkeit [des von ihr gewährten] Anspruchs … zu gewährleisten und zu erreichen, dass jede entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet bleibt. Darüber hinaus könnte sich die durch die Unvereinbarkeit des nationalen Rechts mit dem Unionsrecht geschädigte Partei in einer solchen Situation jedoch auf die auf dem Urteil Francovich u. a. (C-6/90 und C-9/90, EU:C:1991:428) beruhende Rechtsprechung [zur außervertraglichen Haftung der Mitgliedstaaten für Verstöße gegen das Unionsrecht] berufen, um gegebenenfalls Ersatz des ihr entstandenen Schadens zu erlangen (vgl. Urteil Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 43)“ (Rn. 48). Mit anderen Worten kann der nationale Richter, wenn er in einem Rechtsstreit zwischen Privatpersonen das nationale Recht nicht gemäß der einschlägigen Richtlinie auslegen kann, diese Richtlinie nicht anwenden, er kann aber auch nicht die Anwendung des anderslautenden nationalen Rechts ausschließen. In diesem Fall besteht die einzige Abhilfe für die geschädigte Privatperson in der Inanspruchnahme des Mitgliedstaats wegen Verletzung des Unionsrechts.

B – *Zur zweiten Vorlagefrage*

37. Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2004/18 der Anwendung von von einem öffentlichen Auftraggeber aufgestellten Bestimmungen entgegensteht, die es einem Wirtschaftsteilnehmer nicht erlauben, seine technische Leistungsfähigkeit durch eine von ihm unterzeichnete Erklärung nachzuweisen, es sei denn, er weist nach, dass die Beschaffung einer Bescheinigung des privaten Erwerbers unmöglich oder mit ernsthaften Schwierigkeiten verbunden ist.

38. Das vorlegende Gericht fragt also den Gerichtshof, ob Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2004/18 eine Rangfolge der von ihm zugelassenen Beweismittel vorsieht.

39. Nach Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii der Richtlinie 2004/18 kann der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Wirtschaftsteilnehmers durch eine Liste der in den letzten drei Jahren erbrachten wesentlichen Lieferungen oder Dienstleistungen erbracht werden. Wenn es sich bei dem Empfänger um einen privaten Erwerber handelt, sieht diese Bestimmung unter dem zweiten Gedankenstrich zwei Beweismittel hinsichtlich der tatsächlichen Erbringung dieser Leistungen (Lieferungen oder Dienstleistungen) vor. Sie kann entweder „durch eine vom Erwerber ausgestellte Bescheinigung oder, *falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist*, durch eine einfache Erklärung des Wirtschaftsteilnehmers“ [15] nachgewiesen werden.

40. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs sind bei der Auslegung einer Bestimmung des Unionsrechts nicht nur ihr Wortlaut, sondern auch ihr Zusammenhang und die Ziele zu berücksichtigen, die mit der Regelung, zu der sie gehört, verfolgt werden [16].

41. Generalanwältin Trstenjak hat in Nr. 37 ihrer Schlussanträge in der Rechtssache Agrana Zucker (C-33/08, EU:C:2009:99) festgestellt, „dass der Wortlaut einer Bestimmung … stets *Ausgangspunkt* und zugleich Grenze jeder Auslegung ist“ [17]. Ich teile außerdem die von Generalanwalt Léger getroffene Feststellung, dass Auslegungsmethoden, die sich nicht auf den Wortlaut der Bestimmung beziehen, nicht erforderlich sind, wenn die fragliche Bestimmung absolut klar und eindeutig ist. „In diesem Fall genügen sich die Vorschriften des [Unionsrechts] nämlich selbst.“ [18]

42. Im vorliegenden Fall ist festzustellen, dass Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii der Richtlinie 2004/18 die geforderte Klarheit und Eindeutigkeit aufweist, und zwar in allen Sprachfassungen.

43. Der in der französischen Sprachfassung der Bestimmung verwendete Ausdruck „à défaut“ (mangels) bedeutet nämlich „en l’absence de“ [19] (in Abwesenheit von), „à la place de“ (anstelle von) oder auch „faute de quelque chose“ [20] (in Ermangelung von). Er kann nicht anders ausgelegt werden als im Sinne einer Rangordnung. Konkret ist das nach diesem Ausdruck angeführte Beweismittel – also die Erklärung des Wirtschaftsteilnehmers – gegenüber dem davor genannten, also der vom Erwerber ausgestellten Bescheinigung, subsidiär.

15 — Hervorhebung nur hier.

16 — Vgl. insbesondere Urteile Yaesu Europe (C-433/08, EU:C:2009:750, Rn. 24), Brain Products (C-219/11, EU:C:2012:742, Rn. 13), Koushkaki (C-84/12, EU:C:2013:862, Rn. 34) und Lanigan (C-237/15 PPU, EU:C:2015:474, Rn. 35).

17 — Hervorhebung nur hier.

18 — Schlussanträge des Generalanwalts Léger in der Rechtssache Schulte (C-350/03, EU:C:2004:568, Nr. 88). Vgl. auch die Auslegung *e contrario* im Urteil Tecom Mican und Arias Domínguez (C-223/14, EU:C:2015:744, Rn. 35).

19 — Nach der Definition im Wörterbuch *Le Petit Robert*, 2014.

20 — Nach der Definition im Lexikon *Larousse.fr*.

44. Einige Sprachfassungen sind noch deutlicher, indem sie sich nicht mit einem dem Begriff „mangels“ entsprechenden Ausdruck begnügen, sondern die einfache Erklärung des Wirtschaftsteilnehmers nur dann zulassen, wenn die zuvor erwähnte vom Erwerber ausgestellte Bescheinigung fehlt [21].

45. Wenn der Wirtschaftsteilnehmer unter den in Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2004/18 zugelassenen Beweismitteln frei wählen dürfte, wäre der Begriff „mangels“ sinnlos. Es wäre nämlich stets einfacher für den Wirtschaftsteilnehmer, selbst eine Erklärung abzugeben, als von einem Dritten eine Bescheinigung anzufordern.

46. Die Erklärung des Wirtschaftsteilnehmers stellt somit ein subsidiäres Beweismittel dar für den Fall, dass es nicht möglich war, eine Bescheinigung vom Erwerber zu erhalten. In diesem Fall hat der Wirtschaftsteilnehmer nachzuweisen, dass es ihm nicht möglich war, diese Bescheinigung zu erlangen.

47. Da nämlich nach Art. 45 Abs. 2 Buchst. g der Richtlinie 2004/18 Wirtschaftsteilnehmer, „die sich bei der Erteilung von Auskünften, die gemäß diesem Abschnitt eingeholt werden können, in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht oder diese Auskünfte nicht erteilt haben“, vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden können, muss der öffentliche Auftraggeber in der Lage sein, die Richtigkeit dieser Informationen oder des Grundes für ihr Fehlen zu prüfen.

48. Diese Möglichkeit der Überprüfung durch die öffentlichen Auftraggeber ist umso mehr geboten, als der Gerichtshof bereits entschieden hat, dass es ihnen aufgrund des sich daraus abzuleitenden Gleichbehandlungsgrundsatzes und der Transparenzpflicht, die sie gemäß Art. 2 der Richtlinie 2004/18 zu beachten haben, obliegt, „die von [ihnen] selbst festgelegten Kriterien strikt einzuhalten, und dass [sie] daher von einem Vergabeverfahren einen Wirtschaftsteilnehmer ausschließen [müssen], der ein Dokument oder eine Information, die nach den Ausschreibungsunterlagen unter Androhung des Ausschlusses bei Nichtvorlage beizubringen waren, nicht übermittelt hat“ [22].

49. Wie jedoch die Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen unterstreicht, muss diese zusätzliche Anforderung dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen.

50. Dies bedeutet, dass der Rückgriff auf eine Erklärung des Wirtschaftsteilnehmers nicht auf den Fall der absoluten Unmöglichkeit des Erhalts einer Bescheinigung vom Erwerber beschränkt sein kann (beispielsweise im Fall einer Insolvenz). Ein dem Erhalt dieser Bescheinigung entgegenstehendes Hindernis wie die einfache, nicht begründete Weigerung des Erwerbers oder dessen Forderung nach einer finanziellen Gegenleistung könnten ausreichen. Der Beweis dieser Unmöglichkeit ist im Einzelfall zu prüfen. Bei einer Insolvenz kann die Vorlage eines offiziellen Dokuments gefordert werden, zum Nachweis der mangelnden Bereitschaft des Erwerbers könnte ein einfacher Schriftwechsel oder eine fehlende Antwort (die beispielsweise durch eine oder mehrere Mahnungen zu beweisen wäre) ausreichen.

21 — Vgl. insbesondere die spanische Fassung, in der Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii der Richtlinie 2004/18 wie folgt lautet: „cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado del comprador o, *a falta de este certificado* [bei Fehlen einer solchen Bescheinigung], simplemente mediante una declaración del operador económico“ (Hervorhebung nur hier). Auch in der italienischen Fassung ist die Rede von „in mancaza di tale attestazione“. In der deutschen Fassung schließlich heißt es „falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist“. Die griechische Fassung ist noch klarer, denn sie bezieht sich auf die „Unmöglichkeit“ einer Bescheinigung durch den Erwerber: „εάν ο αποδέκτης είναι ιδιωτικός φορέας, με βεβαίωση του αγοραστή ή, *εάν τούτο δεν είναι δυνατόν* [wenn dies nicht möglich ist], με απλή δήλωση του οικονομικού φορέα“ (Hervorhebung nur hier).

22 — Urteil Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, Rn. 42). Vgl. auch Rn. 43 dieses Urteils für den Bezug auf den Gleichbehandlungsgrundsatz und die Transparenzpflicht sowie Art. 2 der Richtlinie 2004/18.

51. Abschließend bin ich der Auffassung, dass Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2004/18 der Anwendung von von einem öffentlichen Auftraggeber aufgestellten Bestimmungen nicht entgegensteht, die es einem Wirtschaftsteilnehmer nur dann erlauben, seine technische Leistungsfähigkeit durch eine von ihm unterzeichnete Erklärung nachzuweisen, wenn er nachweist, dass die Beschaffung einer Bescheinigung des privaten Erwerbers unmöglich oder mit ernsthaften Schwierigkeiten verbunden ist.

C – *Zur dritten Vorlagefrage*

52. Mit seiner dritten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2004/18 der Anwendung von von einem öffentlichen Auftraggeber aufgestellten Bestimmungen entgegensteht, die unter Androhung des Ausschlusses vorschreiben, dass die Bescheinigung des privaten Erwerbers mit einer von einem Notar, einem Rechtsanwalt oder einer anderen befugten Stelle beglaubigten Unterschrift versehen sein muss.

53. Der Zweifel des vorlegenden Gerichts ergibt sich aus der Formulierung von Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2004/18 in der portugiesischen Fassung. Dort wird nämlich eine „declaração *reconhecida* do adquirente“ [23] erwähnt, also eine „anerkannte“ oder „beglaubigte“ Erklärung. Ein solches Adjektiv enthält Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii zweiter Gedankenstrich in den anderen Sprachfassungen dieser Richtlinie nicht.

54. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs kann der Wortlaut einer der Sprachfassungen einer Vorschrift des Unionsrechts nicht als alleinige Grundlage für deren Auslegung herangezogen werden oder Vorrang vor den anderen sprachlichen Fassungen beanspruchen. Die Bestimmungen des Unionsrechts müssen nämlich – im Licht der Fassungen in allen Sprachen der Union – einheitlich ausgelegt und angewandt werden. Weichen die verschiedenen Sprachfassungen eines Textes des Unionsrechts voneinander ab, so muss die fragliche Vorschrift daher nach der allgemeinen Systematik und dem Zweck der Regelung ausgelegt werden, zu der sie gehört [24].

55. Dieser Grundsatz der sprachlichen Gleichwertigkeit oder Gleichheit geht jedoch nicht so weit, dass er den Gerichtshof daran hindert, die Sprachfassung eines Textes, die nicht mit der den anderen Sprachfassungen gemeinsamen gewöhnlichen Bedeutung übereinstimmt, außer Betracht zu lassen, indem er sich auf die kontextuelle und/oder die teleologische Auslegung dieser Bestimmung stützt [25].

56. Im vorliegenden Fall ermöglicht die gewöhnliche Bedeutung des in den anderen Sprachfassungen verwendeten Begriffs zweifellos keine gesicherte Antwort auf die Vorlagefrage. Der Kontext, in dem Art. 48 der Richtlinie 2004/18 steht, und seine Entwicklung sowie seine teleologische Auslegung lassen mich jedoch zu dem Ergebnis gelangen, dass Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2004/18 nicht verlangt, dass die Bescheinigung des privaten Erwerbers mit einer von einem Notar, einem Rechtsanwalt oder einer anderen befugten Stelle beglaubigten Unterschrift versehen ist.

23 — Hervorhebung nur hier.

24 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Léger (C-528/13, EU:C:2015:288, Rn. 35 und die dort angeführte Rechtsprechung).

25 — Vgl. in diesem Sinne Lenaerts, K., und Guttiérrez-Fons, J. A., „To say what the law of the EU is: Methods of interpretation and the European Court of Justice“, *Columbia Journal of European Law*, 2014, 20th Anniversary Issue, S. 3 bis 61, insbesondere S. 14 und die in Fn. 78 angeführten Autoren.

1. Wortlaut von Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2004/18

57. Beim Vergleich der verschiedenen Sprachfassungen von Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2004/18 wird deutlich, dass das Bestimmungswort „reconhecida“ („anerkannt“ oder „beglaubigt“) nur in der portugiesischen Fassung enthalten ist und dass diese die einzige Fassung ist, in der für die beiden in Betracht kommenden Beweismittel dieselbe Bezeichnung verwendet wird.

58. In den anderen Sprachversionen ist nämlich das Wort „Erklärung“ dem zweiten Fall vorbehalten (Erklärung des Wirtschaftsteilnehmers), während im ersten eine vom Erwerber erteilte „Bescheinigung“ der Lieferungen und Dienstleistungen vorgesehen ist. So findet man insbesondere in der spanischen, der deutschen, der englischen und der französischen Fassung die Begriffe „certificado“ und „declaración“, „Bescheinigung“ und „Erklärung“, „certification“ und „declaration“ sowie „certification“ und „déclaration [26].

59. In der Verwendung unterschiedlicher Wörter für jeden der beiden Fälle in Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2004/18 könnte der Wille des Gesetzgebers der Union zu erkennen sein, die mit diesen Fällen jeweils verbundene Beweislast zu unterscheiden. Die Gegenüberstellung der Begriffe „Bescheinigung“ und „Erklärung“ lässt bei Ersterem an einen gesteigerten Formalismus denken. Diese Auslegung würde vom Wortlaut der Bestimmung in der portugiesischen Fassung gestützt, in der für beide Fälle der Begriff „Erklärung“ verwendet wird, diesem jedoch nur für den ersten Fall das Adjektiv „anerkannt“ oder „beglaubigt“ zur Seite gestellt wird.

60. Jedoch kann ich nicht völlig außer Acht lassen, dass Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2004/18 den Nachweis von Dienstleistungen, auf die sich der Wirtschaftsteilnehmer beruft, durch eine Bescheinigung *des Erwerbers* erlaubt, ohne dass insoweit auf irgendein offizielles Dokument oder die Intervention eines Dritten Bezug genommen würde. Da eine solche nähere Angabe fehlt, bezeichnet das Wort „Bescheinigung“ in seiner allgemeinen Bedeutung nichts anderes, als dass etwas schriftlich versichert wird [27].

61. Daher muss ich feststellen, dass es die Prüfung des Wortlauts der in Rede stehenden Bestimmung nicht erlaubt, diese mit der erforderlichen Gewissheit auszulegen.

2. Systematische Auslegung von Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2004/18

62. Zunächst ergibt sich aus der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass mit Art. 48 der Richtlinie 2004/18 ein geschlossenes System eingeführt wird, das die Bewertungs- und Prüfungsmethoden, über die die öffentlichen Auftraggeber verfügen, und somit *ihre Möglichkeiten zum Aufstellen von Anforderungen* begrenzt [28].

26 — Es ist anzumerken, dass die slowakische Fassung die Begriffe „potvrdením“, was eher mit „Bestätigung“ als mit „Bescheinigung“ übersetzt werden kann, und „vyhlásením“ verwendet.

27 — Nach dem Wörterbuch *Le Petit Robert* (2014) ist „certification“ (Bescheinigung) in erster Linie ein juristischer Begriff mit der Bedeutung „schriftlich abgegebene Versicherung“. Im Spanischen verweist das Wort „certificado“ im Online-Wörterbuch der Real Academia Española auf den Begriff „certificación“, der definiert werden kann als ein Dokument, in dem die Richtigkeit einer Tatsache versichert wird.

28 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Édukövízig und Hochtief Construction (C-218/11, EU:C:2012:643, Rn. 28).

63. Der Gerichtshof hat außerdem darauf hingewiesen, dass selbst im Rahmen eines offenen Systems (wie es Art. 47 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 hinsichtlich der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit der Bewerber vorsieht) die Freiheit der öffentlichen Auftraggeber nicht unbegrenzt ist und dass die gewählten Elemente „objektiv geeignet sein müssen, über diese Leistungsfähigkeit … Auskunft zu geben, … ohne jedoch über das hierzu vernünftigerweise erforderliche Maß hinauszugehen“ [29].

64. Dies kann für die im geschlossenen Beweissystem von Art. 48 der Richtlinie 2004/18 vorgesehenen Anforderungen nicht anders sein. Von einem privaten Erwerber, der eine Lieferung oder Dienstleistung eines Wirtschaftsteilnehmers bestätigt, der am Vergabeverfahren teilnimmt, eine beglaubigte Unterschrift zu verlangen, geht nun aber nach meinem Eindruck über das hinaus, was für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers erforderlich ist, und erscheint mir übertrieben formalistisch im Vergleich zu der einfachen Erklärung des Wirtschaftsteilnehmers, dem von Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2004/18 zugelassenen subsidiären Beweismittel.

65. Wenn der öffentliche Auftraggeber die Richtigkeit des ihm vorgelegten Dokuments bezweifelt, kann er meiner Ansicht nach zum Nachweis der Echtheit der übermittelten Bescheinigung zusätzliche Informationen anfordern. Im Rahmen der kontextuellen Auslegung darf nämlich nicht vergessen werden, dass gemäß Art. 45 Abs. 2 Buchst. g der Richtlinie 2004/18 Wirtschaftsteilnehmer vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden können, die „sich bei der Erteilung von Auskünften, die … eingeholt werden können, in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht … haben“.

66. Auch die Entwicklung der anwendbaren Regelung spricht für eine nicht formalistische Auslegung der geforderten Bescheinigung.

67. Der Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2004/18 zugrunde liegende Gedanke war bereits in der Richtlinie 92/50 enthalten, jedoch mit einem etwas anderen Wortlaut. Gemäß Art. 32 Abs. 2 Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 92/50 wurde nämlich die vom Wirtschaftsteilnehmer zum Nachweis seiner technischen Leistungsfähigkeit behauptete Leistung „durch eine *vom Auftraggeber* ausgestellte Bescheinigung“ bewiesen [30].

68. Auch hier findet sich zwar der Begriff „Bescheinigung“, doch war das Fehlen jeder Beteiligung eines institutionellen Dritten deutlicher erkennbar, da der Schwerpunkt klar auf einer Handlung des Auftraggebers lag, denn die Bescheinigung über die Leistung war *vom* Erwerber auszustellen.

69. Außerdem ist festzustellen, dass die portugiesische Fassung der Richtlinie 92/50 bereits für beide Beweisfälle den Begriff „declaração“ enthielt, ohne dass dem im ersten Fall ein Adjektiv beigefügt war.

70. Der Text von Art. 32 Abs. 2 der Richtlinie 92/50 war anfänglich unverändert in den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge (KOM[2000] 275 endg.) [31] eingegangen, der zu Art. 48 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 führte.

29 — Urteil Édukövízig und Hochtief Construction (C-218/11, EU:C:2012:643, Rn. 29).

30 — Hervorhebung nur hier.

31 — ABl. 2001, C 29 E, S. 11. Vgl. Art. 49 Abs. 3 dieses Richtlinienvorschlags.

71. Erst nach Einarbeitung der Änderungen des Europäischen Parlaments bezüglich der Teilnahme von Wirtschaftsteilnehmern in Bietergemeinschaften und der Bedenken hinsichtlich der Umwelt und Gesundheit sowie Arbeitssicherheit erhielt Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2004/18 seinen jetzigen Wortlaut [32].

72. Somit kann nicht mit der Änderung des Wortlauts der streitigen Bestimmung argumentiert werden, denn die Erwägungen, die zu dieser Änderung führten, haben nichts mit einem Willen des Gesetzgebers zu tun, den Beweisformalismus für die Bescheinigung des Erwerbers über die vom Wirtschaftsteilnehmer erbrachten Dienstleistungen zu erhöhen.

73. Die 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 [33] geht im Gegenteil sogar noch weiter im Sinne einer Verringerung des Beweisformalismus, da in ihr jeglicher Bezug auf eine Bescheinigung des Erwerbers fehlt.

74. Nunmehr sieht Art. 60 Abs. 4 dieser Richtlinie – der Art. 48 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 ersetzt – einfach vor, dass „[d]er Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Wirtschaftsteilnehmers … je nach Art, Menge oder Umfang oder Verwendungszweck der Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen auf eine oder mehrere der in Anhang XII Teil II aufgelisteten Weisen erbracht werden [kann]“.

75. Gemäß Anhang XII Teil II Buchst. a Ziff. ii der Richtlinie 2014/24 kann der Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit des Wirtschaftsteilnehmers erbracht werden durch ein „Verzeichnis der in den letzten (bis zu drei) Jahren bereitgestellten beziehungsweise erbrachten wesentlichen Lieferungen oder Dienstleistungen mit Angabe des Werts, des Liefer- beziehungsweise Erbringungszeitpunkts sowie des öffentlichen oder privaten Empfängers; soweit erforderlich, um einen ausreichenden Wettbewerb sicherzustellen, können die öffentlichen Auftraggeber darauf hinweisen, dass sie auch einschlägige Lieferungen oder Dienstleistungen berücksichtigen werden, die mehr als drei Jahre zurückliegen“. Das Erfordernis, dieser Liste eine Bescheinigung des Erwerbers beizufügen, ist somit entfallen.

76. Auch wenn die Richtlinie 2014/24 auf das Ausgangsverfahren nicht anwendbar ist, ist diese neue Richtlinie, mit der die Richtlinie 2004/18 aufgehoben wird, nützlich, da sie den gegenwärtigen Willen des Unionsgesetzgebers zum Ausdruck bringt. Sie kann uns also helfen, die aktuelle Bedeutung einer ähnlichen früheren Bestimmung zu ermitteln, solange dies nicht *contra legem* geschieht.

77. Im vorliegenden Fall bestätigen meines Erachtens die Richtlinie 92/50 und die Richtlinie 2014/24 ohne Verstoß gegen den Wortlaut der anwendbaren Bestimmung den gleichbleibenden Willen des Unionsgesetzgebers, den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Wirtschaftsteilnehmers nicht an einen besonderen Formalismus zu knüpfen.

78. Mit anderen Worten verlangt Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2004/18 nach seinem Kontext und in historischer Sicht nichts anderes als die Versicherung oder Bestätigung des Erwerbers, dass die vom Wirtschaftsteilnehmer zur Erlangung des Auftrags behauptete Dienstleistung tatsächlich so erbracht wurde.

32 — Vgl. Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge (KOM[2002] 236 endg., ABl. 2002, C 203 E, S. 210, insbesondere S. 223 und 224).

33 — ABl. L 94, S. 65.

3. Teleologische Auslegung von Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2004/18

79. Schließlich entspricht diese Auslegung auch dem Ziel der Richtlinie 2004/18, das in der Erleichterung des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit sowie allgemein der Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens für den Wettbewerb besteht [34].

80. Die Anerkennung einer Bescheinigung des Erwerbers von deren Beglaubigung durch einen Notar, einen Rechtsanwalt oder eine andere hierzu befugte Stelle abhängig zu machen, erscheint mir geeignet, diesem Ziel zuwiderzulaufen.

81. Eine solche Anforderung könnte nämlich manche möglichen Bewerber abschrecken, die angesichts der praktischen Schwierigkeit (z. B. wegen der in der Bekanntmachung gesetzten Fristen), diese zusätzliche Bedingung zu erfüllen, auf die Abgabe eines Angebots verzichten würden.

4. Ergebnis zur dritten Vorlagefrage

82. Im Ergebnis bin ich der Ansicht, dass die kontextuelle und die teleologische Auslegung von Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2004/18 die gewöhnliche Bedeutung des in dieser Bestimmung enthaltenen Begriffs „Bescheinigung“ bestätigen und dass aus dem Umstand, dass diesem Begriff in der portugiesischen Fassung das Wort „reconhecida“ beigefügt ist, keine besonderen Folgerungen zu ziehen sind.

83. Der Zusammenhang, in dem Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2004/18 steht, und seine Entwicklung sowie seine teleologische Auslegung führen zu der Auslegung, dass das Wort „Bescheinigung“ oder der Ausdruck „beglaubigte Erklärung“ in der portugiesischen Fassung keinen besonderen Formalismus verlangt.

84. Daher bin ich der Auffassung, dass Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2004/18 der Anwendung von von einem öffentlichen Auftraggeber aufgestellten Bestimmungen entgegensteht, die unter Androhung des Ausschlusses vorschreiben, dass die Bescheinigung des privaten Erwerbers mit einer von einem Notar, einem Rechtsanwalt oder einer anderen befugten Stelle beglaubigten Unterschrift versehen sein muss.

VI – **Ergebnis**

85. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, die Vorlagefragen des Tribunal Central Administrativo Sul (Zentrales Verwaltungsgericht Süd) wie folgt zu beantworten:

1. Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge ist dahin auszulegen, dass er im Fall fehlender Umsetzung in innerstaatliches Recht geeignet ist, Privatpersonen Rechte zu verleihen, die diese im Rahmen von Streitigkeiten vor den nationalen Gerichten gegenüber öffentlichen Auftraggebern geltend machen können, wenn der betreffende öffentliche Auftraggeber im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs als Staat gilt.

2. Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2004/18 steht der Anwendung von von einem öffentlichen Auftraggeber aufgestellten Bestimmungen nicht entgegen, die es einem Wirtschaftsteilnehmer nur dann erlauben, seine technische Leistungsfähigkeit durch eine von ihm

34 — Vgl. den zweiten Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/18.

unterzeichnete Erklärung nachzuweisen, wenn er nachweist, dass die Beschaffung einer Bescheinigung des privaten Erwerbers unmöglich oder mit ernsthaften Schwierigkeiten verbunden ist.

3. Art. 48 Abs. 2 Buchst. a Ziff. ii zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2004/18 steht der Anwendung von von einem öffentlichen Auftraggeber aufgestellten Bestimmungen entgegen, die unter Androhung des Ausschlusses vorschreiben, dass die Bescheinigung des privaten Erwerbers mit einer von einem Notar, einem Rechtsanwalt oder einer anderen befugten Stelle beglaubigten Unterschrift versehen sein muss.