Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Vierte Kammer)

14. Dezember 2016*

„Vorlage zur Vorabentscheidung — Öffentliche Dienstleistungsaufträge — Richtlinie 2004/18/EG — Art. 45 Abs. 2 — Persönliche Lage des Bewerbers bzw. Bieters — Fakultative Ausschlussklauseln — Schwere berufliche Verfehlung — Nationale Regelung, die eine Einzelfallprüfung unter Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit vorsieht — Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber — Richtlinie 89/665/EWG — Gerichtliche Nachprüfung“

In der Rechtssache C-171/15

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht vom Hoge Raad der Nederlanden (Oberster Gerichtshof der Niederlande) mit Entscheidung vom 27. März 2015, beim Gerichtshof eingegangen am 15. April 2015, in dem Verfahren

Connexxion Taxi Services BV

gegen

Staat der Nederlanden (Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport),

Transvision BV,

Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV,

Zorgvervoercentrale Nederland BV

erlässt

DER GERICHTSHOF (Vierte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten T. von Danwitz, der Richter E. Juhász (Berichterstatter) und C. Vajda sowie der Richterin K. Jürimäe und des Richters C. Lycourgos,

Generalanwalt: M. Campos Sánchez-Bordona,

Kanzler: C. Strömholm, Verwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 27. April 2016,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

— der Connexxion Taxi Services BV, vertreten durch J. van Nouhuys, advocaat,

* Verfahrenssprache: Niederländisch.

— der Transvision BV, der Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV und der Zorgvervoercentrale Nederland BV, vertreten durch J. P. Heering und P. Heemskerk, advocaten,

— der niederländischen Regierung, vertreten durch H. M. Stergiou, K. Bulterman, A. M. de Ree und J. Langer als Bevollmächtigte,

— der italienischen Regierung, vertreten durch G. Palmieri als Bevollmächtigte im Beistand von S. Varone und F. Di Matteo, avvocati dello Stato,

— der Europäischen Kommission, vertreten durch A. Tokár und S. Noë als Bevollmächtigte,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 30. Juni 2016

folgendes

Urteil

1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 45 Abs. 2 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 (ABl. 2004, L 134, S. 114) sowie den Umfang der gerichtlichen Nachprüfung der Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber.

2 Es ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Connexxion Taxi Services BV (im Folgenden: Connexxion) auf der einen und dem Staat der Nederlanden – Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (Staat der Niederlande – Ministerium für Gesundheit, Wohlfahrt und Sport; im Folgenden: Ministerium) sowie einer aus der Transvision BV, der Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV und der Zorgvervoercentrale Nederland BV bestehenden Bietergemeinschaft (im Folgenden: Bietergemeinschaft) auf der anderen Seite wegen der Rechtmäßigkeit der Entscheidung des Ministeriums, einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag an diese Bietergemeinschaft zu vergeben.

Rechtlicher Rahmen

Unionsrecht

3 Im zweiten Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/18 heißt es:

„Die Vergabe von Aufträgen in den Mitgliedstaaten auf Rechnung des Staates, der Gebietskörperschaften und anderer Einrichtungen des öffentlichen Rechts ist an die Einhaltung der im Vertrag niedergelegten Grundsätze gebunden, insbesondere des Grundsatzes des freien Warenverkehrs, des Grundsatzes der Niederlassungsfreiheit und des Grundsatzes der Dienstleistungsfreiheit sowie der davon abgeleiteten Grundsätze wie z. B. des Grundsatzes der Gleichbehandlung, des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung, des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung, des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und des Grundsatzes der Transparenz. Für öffentliche Aufträge, die einen bestimmten Wert überschreiten, empfiehlt sich indessen die Ausarbeitung von auf diesen Grundsätzen beruhenden Bestimmungen zur gemeinschaftlichen Koordinierung der nationalen Verfahren für die Vergabe solcher Aufträge, um die Wirksamkeit dieser Grundsätze und die Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens für den Wettbewerb zu garantieren. Folglich sollten diese Koordinierungsbestimmungen nach Maßgabe der genannten Regeln und Grundsätze sowie gemäß den anderen Bestimmungen des Vertrags ausgelegt werden.“

4 Art. 2 („Grundsätze für die Vergabe von Aufträgen“) der Richtlinie 2004/18 sieht vor:

„Die öffentlichen Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend und gehen in transparenter Weise vor.“

5 Titel II Kapitel VII Abschnitt 2 („Eignungskriterien“) der Richtlinie 2004/18 umfasst Art. 45 („Persönliche Lage des Bewerbers bzw. Bieters“). In Art. 45 Abs. 1 sind die Gründe aufgeführt, aus denen der Bewerber bzw. Bieter zwingend von einem Vergabeverfahren auszuschließen ist. Art. 45 Abs. 2 enthält die Gründe, aus denen der Bewerber bzw. Bieter von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden kann; er lautete:

„Von der Teilnahme am Vergabeverfahren kann jeder Wirtschaftsteilnehmer ausgeschlossen werden,

…

d) [der] im Rahmen [seiner] beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen [hat], die vom öffentlichen Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde;

…

Die Mitgliedstaaten legen nach Maßgabe ihrer innerstaatlichen Rechtsvorschriften und unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts die Bedingungen für die Anwendung dieses Absatzes fest.“

6 Anhang VII Teil A („Angaben, die in den Bekanntmachungen für öffentliche Aufträge enthalten sein müssen“) der Richtlinie 2004/18 verweist in Nr. 17 auf „Eignungskriterien hinsichtlich der persönlichen Situation des Wirtschaftsteilnehmers, die zu seinem Ausschluss führen können, und erforderliche Angaben als Beleg dafür, dass er nicht unter die Fälle fällt, die einen Ausschluss rechtfertigen …“.

7 Art. 1 („Anwendungsbereich und Zugang zu Nachprüfungsverfahren“) Abs. 1 Unterabs. 3 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 (ABl. 1989, L 395, S. 33) in der durch die Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 (ABl. 2007, L 335, S. 31) geänderten Fassung bestimmt:

„Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG fallenden Aufträge die Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der Artikel 2 bis 2f der vorliegenden Richtlinie auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können.“

8 Die Richtlinie 2004/18 wurde durch 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 (ABl. 2004, L 94, S. 65) ersetzt. Nach Art. 91 der Richtlinie 2014/24 wurde die Richtlinie 2004/18 mit Wirkung zum 18. April 2016 aufgehoben.

Niederländisches Recht

9 Die Richtlinie 2004/18 wurde durch den Besluit houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (Verordnung zur Festlegung der Regeln für die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge) vom 16. Juli 2005 (Stb. 2005, S. 408, im Folgenden: Verordnung) in niederländisches Recht umgesetzt.

10 Art. 45 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie 2004/18 wurde durch Art. 45 Abs. 3 Buchst. d der Verordnung wie folgt in niederländisches Recht umgesetzt:

„Der öffentliche Auftraggeber kann von der Teilnahme am Vergabeverfahren jeden Wirtschaftsteilnehmer ausschließen,

…

d) der im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen hat, die vom öffentlichen Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde;

…“

11 In der Begründung der Verordnung heißt es zu deren Art. 45 Abs. 3:

„Die Prüfung, ob tatsächlich ein Ausschluss vorgenommen wird und für wie lange dieser Ausschluss gilt, muss in Anbetracht der allgemeinen Grundsätze der Vergaberichtlinien stets verhältnismäßig und frei von Diskriminierung sein. Der Begriff ‚verhältnismäßig‘ bedeutet, dass der Ausschluss und dessen Dauer in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere des Fehlverhaltens stehen müssen. Der Ausschluss und dessen Dauer müssen zudem in einem angemessenen Verhältnis zum Umfang des öffentlichen Auftrags stehen. Die Festsetzung einer absoluten Frist, innerhalb deren ein Unternehmen, das rechtswidrig gehandelt hat, von vornherein von jedem öffentlichen Vergabeverfahren ausgeschlossen ist, steht daher nicht im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dies bedeutet auch, dass es stets auf den Einzelfall ankommt, so dass der öffentliche Auftraggeber stets für jeden Auftrag (anhand von Art und Umfang des Auftrags, Art und Ausmaß des Betrugs und der Maßnahmen, die das Unternehmen inzwischen getroffen hat) zu prüfen hat, ob er im konkreten Fall ein bestimmtes Unternehmen ausschließen muss“.

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

12 Das Ministerium schrieb am 10. Juli 2012 ein Vergabeverfahren für die Erbringung einer „Dienstleistung der sozial-rekreativen überregionalen Beförderung für Menschen mit eingeschränkter Mobilität“ aus. Diese Dienstleistung beinhaltet die Vergabe eines jährlichen Reisebudgets in Form von Taxikilometern an Personen mit eingeschränkter Mobilität, die mit diesem Budget frei reisen können. Der Auftrag hat eine Mindestlaufzeit von drei Jahren und neun Monaten und entspricht einem Wert von rund 60 000 000 Euro jährlich.

13 Das Vergabeverfahren wird in einer sogenannten „Beschreibung“ näher erläutert, in deren Abschnitt „Ausschlussgründe und Eignungsanforderungen“ es unter 3.1 u. a. heißt:

„Ein Angebot, auf das ein Ausschlussgrund Anwendung findet, bleibt unberücksichtigt und kommt nicht für eine nähere (inhaltliche) Beurteilung in Betracht.“

14 Hinsichtlich der Ausschlussgründe verweist die Beschreibung auf eine „Selbstauskunft“, die von den Bietern auszufüllen und ihrem Angebot zwingend beizufügen ist. In der Beschreibung heißt es:

„Hiermit … erklärt der Bieter, dass auf ihn keine Ausschlussgründe (vgl. Nrn. 2 und 3 der Einheitlichen Selbstauskunft für Vergabeverfahren) Anwendung finden; dies bestätigt er durch Unterzeichnung der Einheitlichen Selbstauskunft für Vergabeverfahren.“

15 Mit der Selbstauskunft bestätigt der Bieter u. a., dass „weder sein Unternehmen noch eine Führungskraft dieses Unternehmens im Rahmen der beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen hat“.

16 Am Vergabeverfahren nahmen u. a. Connexxion und die Bietergemeinschaft teil. Mit Schreiben vom 8. Oktober 2012 teilte das Ministerium Connexxion mit, dass ihr Angebot den zweiten Platz belege und beabsichtigt sei, den Auftrag an die Bietergemeinschaft zu vergeben.

17 Am 20. November 2012 verhängte die Nederlandse Mededingingsautoriteit (niederländische Wettbewerbsbehörde) gegen zwei Unternehmen der Bietergemeinschaft sowie gegen Führungskräfte dieser Unternehmen Geldbußen wegen Verstoßes gegen das niederländische Wettbewerbsgesetz. Die festgestellten Verstöße betrafen Absprachen mit anderen Unternehmen in den Zeiträumen vom 18. Dezember 2007 bis zum 27. August 2010 bzw. vom 17. April 2009 bis zum 1. März 2011. Das Ministerium ging von einer schweren beruflichen Verfehlung aus, hielt aber an seiner Entscheidung über die Vergabe des Auftrags an die Bietergemeinschaft fest, weil es unverhältnismäßig wäre, sie aufgrund einer solchen Verfehlung auszuschließen.

18 Im Rahmen eines Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes beantragte Connexxion, dem Ministerium zu untersagen, den Auftrag an die Bietergemeinschaft zu vergeben. Mit Urteil vom 17. April 2013 gab der Voorzieningenrechter te Den Haag (für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zuständiger Richter in Den Haag, Niederlande) dem Antrag mit der Begründung statt, dass das Ministerium, nachdem es eine schwere berufliche Verfehlung festgestellt habe, keine Verhältnismäßigkeitsprüfung mehr habe durchführen können.

19 Mit Urteil vom 3. September 2013 hob der Gerechtshof Den Haag (Berufungsgericht Den Haag, Niederlande) das Urteil des für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zuständigen Richters auf und gestattete es dem Ministerium, den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Auftrag an die Bietergemeinschaft zu vergeben, wobei er entschied, dass das Unionsrecht einen öffentlichen Auftraggeber nicht daran hindere, unter Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu prüfen, ob die Anwendbarkeit eines fakultativen Ausschlussgrundes auf einen Bieter zu dessen Ausschluss führen müsse, und dass das Ministerium durch die Vornahme dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz verstoßen habe.

20 Connexxion legte gegen dieses Urteil Kassationsbeschwerde beim Hoge Raad der Nederlanden (Oberster Gerichtshof der Niederlande) ein.

21 Dieser stellt fest, dass das Ausgangsverfahren zum einen dadurch gekennzeichnet sei, dass der öffentliche Auftraggeber in den Ausschreibungsbedingungen erklärt habe, dass ein Angebot, auf das ein Ausschlussgrund Anwendung finde, unberücksichtigt bleibe und nicht inhaltlich beurteilt werde, und zum anderen dadurch, dass gleichwohl an der Entscheidung, den Auftrag an einen bestimmten Bieter zu vergeben, festgehalten worden sei, nachdem der öffentliche Auftraggeber festgestellt habe, dass seitens dieses Bieters eine schwere berufliche Verfehlung im Sinne der Ausschreibungsbedingungen begangen worden sei.

22 Die fakultativen Ausschlussgründe des Art. 45 Abs. 2 Unterabs. 1 der Richtlinie 2004/18 seien vollständig in Art. 45 Abs. 3 der Verordnung übernommen worden. In der Begründung zu dieser Verordnungsbestimmung heiße es in Bezug auf die Anwendung dieser Ausschlussgründe aber, dass die Prüfung, ob tatsächlich ein Ausschluss vorgenommen werde, in Anbetracht der allgemeinen Grundsätze der Richtlinie stets verhältnismäßig und frei von Diskriminierung sein müsse. Daher habe jeder öffentliche Auftraggeber abhängig von Art und Umfang des Auftrags, Art und Ausmaß des Betrugs und der Maßnahmen, die das Unternehmen inzwischen getroffen habe, im konkreten Fall zu prüfen, ob ein Unternehmen vom fraglichen Vergabeverfahren auszuschließen sei.

23 Folglich verpflichte das nationale Recht einen öffentlichen Auftraggeber dazu, nach Feststellung einer schweren beruflichen Verfehlung unter Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu bestimmen, ob der Bieter, der die Verfehlung begangen habe, tatsächlich auszuschließen sei.

24 Daher könne die Verpflichtung zur Vornahme einer Verhältnismäßigkeitsprüfung als eine Flexibilisierung der Kriterien für die Anwendung der fakultativen Ausschlussgründe durch das nationale Recht im Sinne der Urteile vom 9. Februar 2006, La Cascina u. a. (C-226/04 und C-228/04, EU:C:2006:94, Rn. 21), und vom 10. Juli 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, Rn. 35 und 36), betrachtet werden. Nach Art. 45 Abs. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/18 müsse eine solche Flexibilisierung durch das nationale Recht unter Beachtung des Unionsrechts, insbesondere der Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz, erfolgen. Im Ausgangsverfahren habe das Ministerium als Auftraggeber nach Feststellung der schweren Verfehlung in Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit geprüft, ob die berufliche Ehrenhaftigkeit und die Zuverlässigkeit der Bietergemeinschaft bei der Ausführung des fraglichen Auftrags hätten gewährleistet werden können. Zu diesem Zweck seien seitens der Bietergemeinschaft Maßnahmen getroffen worden.

25 Das vorlegende Gericht hält in der Rechtsprechung des Gerichtshofs die Frage bisher nicht für beantwortet, ob das Unionsrecht, insbesondere Art. 45 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18, dem entgegenstehe, dass ein öffentlicher Auftraggeber nach nationalem Recht verpflichtet sei, unter Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu prüfen, ob ein Bieter, der eine schwere berufliche Verfehlung begangen habe, tatsächlich auszuschließen sei. Auch habe sich der Gerichtshof noch nicht zu der Frage geäußert, ob dabei von Belang sei, dass ein öffentlicher Auftraggeber in die Ausschreibungsbedingungen eine Bestimmung aufgenommen habe, nach der ein Angebot, auf das ein Ausschlussgrund Anwendung finde, unberücksichtigt bleibe und nicht für eine inhaltliche Beurteilung in Betracht komme. Außerdem enthalte die Richtlinie 2004/18 keine Regelung für den Umfang der gerichtlichen Nachprüfung von Entscheidungen eines öffentlichen Auftraggebers.

26 Unter diesen Umständen hat der Hoge Raad der Nederlanden (Oberster Gerichtshof der Niederlande) beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. a) Steht das Unionsrecht, insbesondere Art. 45 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18, dem entgegen, dass das nationale Recht einen öffentlichen Auftraggeber verpflichtet, unter Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu prüfen, ob ein Bieter, der eine schwere berufliche Verfehlung begangen hat, tatsächlich auszuschließen ist?
   b) Ist dabei von Belang, dass ein öffentlicher Auftraggeber in die Ausschreibungsbedingungen eine Bestimmung aufgenommen hat, nach der ein Angebot, auf das ein Ausschlussgrund Anwendung findet, unberücksichtigt bleibt und nicht für eine nähere inhaltliche Beurteilung in Betracht kommt?

2. Falls Frage 1 a verneint wird: Hindert das Unionsrecht die nationalen Gerichte daran, eine Prüfung anhand des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, wie sie von einem öffentlichen Auftraggeber im konkreten Fall durchgeführt wurde, nicht „umfassend“ vorzunehmen, sondern sich mit der („marginalen“) Prüfung zu begnügen, ob der öffentliche Auftraggeber bei verständiger Würdigung

zu der Entscheidung gelangen konnte, einen Bieter, der eine schwere berufliche Verfehlung im Sinne von Art. 45 Abs. 2 Unterabs. 1 der Richtlinie 2004/18 begangen hat, dennoch nicht auszuschließen?

Zu den Vorlagefragen

27 Zunächst ist festzustellen, dass sich der in den Rn. 12 bis 17 des vorliegenden Urteils wiedergegebene Sachverhalt des Ausgangsverfahrens ereignet hatte, bevor am 18. April 2016 die Frist für die Umsetzung der Richtlinie 2014/24 durch die Mitgliedstaaten ablief. Daraus folgt, dass die Vorlagefragen in zeitlicher Hinsicht ausschließlich nach der Richtlinie 2004/18 in der Auslegung durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu beurteilen sind.

Zu Frage 1 a

28 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den öffentlichen Aufträgen, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18 fallen, überlässt deren Art. 45 Abs. 2, wie die Formulierung „[v]on der Teilnahme am Vergabeverfahren kann … ausgeschlossen werden“ am Anfang dieser Bestimmung zeigt, die Beurteilung der sieben darin erwähnten Ausschlussfälle – die sich auf die berufliche Ehrenhaftigkeit, die Zahlungsfähigkeit oder die Zuverlässigkeit der Bewerber in einem Vergabeverfahren beziehen – den Mitgliedstaaten (vgl. zu Art. 29 der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge [ABl. 1992, L 209, S. 1] Urteil vom 9. Februar 2006, La Cascina u. a., C-226/04 und C-228/04, EU:C:2006:94, Rn. 21). Außerdem legen die Mitgliedstaaten nach Art. 45 Abs. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/18 nach Maßgabe ihrer innerstaatlichen Rechtsvorschriften und unter Beachtung des Unionsrechts die Bedingungen für die Anwendung dieses Abs. 2 fest (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. Juli 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, Rn. 35).

29 Art. 45 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 verfolgt somit keine einheitliche Anwendung der in ihm angeführten Ausschlussgründe auf Unionsebene, da die Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben, diese Ausschlussgründe entweder überhaupt nicht anzuwenden oder aber diese Gründe je nach den auf nationaler Ebene maßgeblichen rechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Erwägungen im Einzelfall mit unterschiedlicher Strenge in die nationale Regelung aufzunehmen. In diesem Rahmen können die Mitgliedstaaten die in dieser Vorschrift festgelegten Kriterien abmildern oder flexibler gestalten (Urteil vom 10. Juli 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, Rn. 36 und die dort angeführte Rechtsprechung).

30 Im vorliegenden Fall ist festzustellen, dass das Königreich der Niederlande hinsichtlich der Möglichkeit, einen Wirtschaftsteilnehmer wegen einer schweren beruflichen Verfehlung auszuschließen, die Bedingungen für die Anwendung von Art. 45 Abs. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/18 nicht in seinen Rechtsvorschriften festgelegt hat, sondern die Wahrnehmung dieser Möglichkeit den öffentlichen Auftraggebern durch Verordnung übertragen hat. Nach der niederländischen Regelung, um die es im Ausgangsverfahren geht, haben die öffentlichen Auftraggeber nämlich die Möglichkeit, die in Art. 45 Abs. 2 der Richtlinie vorgesehenen fakultativen Ausschlussgründe für auf ein Vergabeverfahren anwendbar zu erklären.

31 Was den Grund für den Ausschluss eines Bieters im Vergabeverfahren wegen einer schweren beruflichen Verfehlung angeht, ist der betreffende öffentliche Auftraggeber, der eine solche Verfehlung dieses Bieters festgestellt hat, ausweislich der Vorlageentscheidung nach dieser Regelung verpflichtet, unter Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu prüfen, ob ein solcher Ausschluss tatsächlich vorzunehmen ist.

32 Es zeigt sich somit, dass diese Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Ausschlusses die Anwendung der Ausschlussklausel betreffend eine schwere berufliche Verfehlung nach Art. 45 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie 2004/18 im Einklang mit der in Rn. 29 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung flexibler gestaltet. Zudem geht aus dem zweiten Erwägungsgrund dieser Richtlinie hervor, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ganz allgemein auf Vergabeverfahren anwendbar ist.

33 Mithin ist auf die Frage 1 a zu antworten, dass das Unionsrecht, insbesondere Art. 45 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18, dem nicht entgegensteht, dass eine nationale Regelung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende einen öffentlichen Auftraggeber verpflichtet, unter Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu prüfen, ob ein Bewerber um einen öffentlichen Auftrag, der eine schwere berufliche Verfehlung begangen hat, tatsächlich auszuschließen ist.

Zu Frage 1 b

34 Mit der Frage 1 b möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Richtlinie 2004/18 angesichts des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des daraus abgeleiteten Transparenzgebots dahin auszulegen ist, dass sie dem entgegensteht, dass ein öffentlicher Auftraggeber beschließt, einen öffentlichen Auftrag an einen Bieter zu vergeben, der eine schwere berufliche Verfehlung begangen hat, und zwar mit der Begründung, dass durch den Ausschluss dieses Bieters vom Vergabeverfahren gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen würde, obwohl nach den Ausschreibungsbedingungen für diesen Auftrag ein Bieter, der eine schwere berufliche Verfehlung begangen hat, zwingend und ungeachtet dessen auszuschließen war, ob diese Sanktion verhältnismäßig ist oder nicht.

35 Nach der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nationalen Regelung verfügen die öffentlichen Auftraggeber in Bezug auf die Aufnahme von Bedingungen für die Anwendung von Art. 45 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18, der den fakultativen Ausschlussgrund der schweren beruflichen Verfehlung eines Wirtschaftsteilnehmers enthält, in die Ausschreibungsunterlagen und in Bezug auf deren tatsächliche Anwendung über ein weites Ermessen.

36 Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der betreffende öffentliche Auftraggeber schon bei der Abfassung der Ausschreibungsunterlagen für den fraglichen Auftrag in Abhängigkeit von der Art dieses Auftrags und der heiklen Natur der ausgeschriebenen Dienstleistungen sowie den daraus abgeleiteten Anforderungen an die berufliche Ehrenhaftigkeit und die Zuverlässigkeit der Wirtschaftsteilnehmer davon ausgehen kann, dass die Begehung einer schweren beruflichen Verfehlung automatisch dazu führen muss, dass das Angebot unberücksichtigt bleibt und der Bieter, der die Verfehlung begangen hat, ausgeschlossen wird, sofern die Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bei der Beurteilung der Schwere dieser Verfehlung gewährleistet ist.

37 Eine solche Klausel, die wie in dem Vergabeverfahren, um das es im Ausgangsverfahren geht, in die Ausschreibungsunterlagen aufgenommen und eindeutig formuliert worden ist, ermöglicht es allen durchschnittlich fachkundigen Wirtschaftsteilnehmern bei Anwendung der üblichen Sorgfalt, von den Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers und den Ausschreibungsbedingungen Kenntnis zu erlangen, damit sie dementsprechend handeln können.

38 Hinsichtlich der Frage, ob der öffentliche Auftraggeber nach der einschlägigen nationalen Regelung verpflichtet ist oder die Möglichkeit hat, nach der Abgabe der Angebote oder sogar nach Auswahl der Bieter, zu prüfen, ob ein Ausschluss, der in Anwendung einer Klausel des Ausschlusses wegen einer schweren beruflichen Verfehlung vorgenommen wurde, mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Einklang steht, obwohl nach den Ausschreibungsbedingungen für diesen öffentlichen Auftrag ein Bieter, der eine schwere berufliche Verfehlung begangen hat, zwingend ausgeschlossen werden müsste, ohne dass es auf die Verhältnismäßigkeit dieser Sanktion ankäme, ist darauf hinzuweisen, dass es einem öffentlichen Auftraggeber obliegt, die von ihm selbst – insbesondere im Hinblick auf

Anhang VII Teil A Nr. 17 der Richtlinie 2004/18 – festgelegten Kriterien strikt einzuhalten (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. Oktober 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, Rn. 40 und die dort angeführte Rechtsprechung).

39 Zudem verlangt der Grundsatz der Gleichbehandlung, dass die an einer öffentlichen Ausschreibung interessierten Wirtschaftsteilnehmer bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen haben müssen, dass sie genau erkennen können, welche Bedingungen sie in dem Verfahren zu beachten haben, und dass sie die Gewissheit haben können, dass für alle Wettbewerber die gleichen Bedingungen gelten (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 2. Juni 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, Rn. 36).

40 Des Weiteren verlangt das Transparenzgebot, dass alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens in der Bekanntmachung oder im Lastenheft klar, genau und eindeutig formuliert sind, damit alle durchschnittlich fachkundigen Wirtschaftsteilnehmer bei Anwendung der üblichen Sorgfalt deren genaue Bedeutung verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 2. Juni 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, Rn. 36 und die dort angeführte Rechtsprechung).

41 Hinsichtlich der Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Ausschlusses, um den es im Ausgangsverfahren geht, ist festzustellen, dass bestimmte interessierte Wirtschaftsteilnehmer – in Kenntnis der in die Ausschreibungsunterlagen aufgenommenen Ausschlussklausel und im Bewusstsein, dass sie eine berufliche Verfehlung begangen haben, die als schwer eingestuft kann – versucht sein könnten, ein Angebot in der Hoffnung abzugeben, dass sie gemäß der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nationalen Regelung auf der Grundlage einer späteren Prüfung ihrer Situation in Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nicht ausgeschlossen werden, während andere, die sich in einer vergleichbaren Situation befinden, von der Abgabe eines Angebots absehen würden, da sie auf den Wortlaut dieser Ausschlussklausel, der keinen Hinweis auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung enthält, vertrauen.

42 Der letztgenannte Fall kann insbesondere die Wirtschaftsteilnehmer anderer Mitgliedstaaten betreffen, die mit dem Wortlaut und den Durchführungsbestimmungen der einschlägigen nationalen Regelung weniger vertraut sind. Dies gilt erst recht in einer Situation wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden, in der die Pflicht des öffentlichen Auftraggebers zur Durchführung einer Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines Ausschlusses wegen einer schweren beruflichen Verfehlung nicht unmittelbar aus dem Wortlaut von Art. 45 Abs. 3 der Verordnung, sondern lediglich aus der Begründung zu dieser Bestimmung hervorgeht. Nach den Angaben der niederländischen Regierung im Verfahren vor dem Gerichtshof ist diese Begründung jedoch an sich nicht verbindlich, sondern bloß bei der Auslegung dieser Bestimmung zu berücksichtigen.

43 Demnach ist die Prüfung des fraglichen Ausschlusses im Licht des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – wo doch die Ausschreibungsbedingungen des in Betracht gezogenen Auftrags vorsehen, dass Angebote, die unter diese Ausschlussklausel fallen, unberücksichtigt bleiben, ohne dass die Verhältnismäßigkeit geprüft würde – geeignet, die interessierten Wirtschaftsteilnehmer in Unsicherheit zu versetzen und gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung und das Transparenzgebot zu verstoßen.

44 Nach alledem ist auf die Frage 1 b zu antworten, dass die Richtlinie 2004/18, insbesondere deren Art. 2 und Anhang VII Teil A Nr. 17, angesichts des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des daraus abgeleiteten Transparenzgebots dahin auszulegen ist, dass sie dem entgegensteht, dass ein öffentlicher Auftraggeber beschließt, einen öffentlichen Auftrag an einen Bieter zu vergeben, der eine schwere berufliche Verfehlung begangen hat, und zwar mit der Begründung, dass durch den Ausschluss dieses Bieters vom Vergabeverfahren gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen würde, obwohl

nach den Ausschreibungsbedingungen für diesen Auftrag ein Bieter, der eine schwere berufliche Verfehlung begangen hat, zwingend und ungeachtet dessen auszuschließen war, ob diese Sanktion verhältnismäßig ist oder nicht.

Zur zweiten Frage

45 Da die Antwort auf die Frage 1 b die Angaben enthält, die das vorlegende Gericht für die Entscheidung über den bei ihm anhängigen Rechtsstreit benötigt, braucht die zweite Frage nicht beantwortet zu werden.

Kosten

46 Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem beim vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Vierte Kammer) für Recht erkannt:

1. **Das Unionsrecht, insbesondere Art. 45 Abs. 2 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, steht dem nicht entgegen, dass eine nationale Regelung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende einen öffentlichen Auftraggeber verpflichtet, unter Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu prüfen, ob ein Bewerber um einen öffentlichen Auftrag, der eine schwere berufliche Verfehlung begangen hat, tatsächlich auszuschließen ist.**

2. **Die Richtlinie 2004/18, insbesondere deren Art. 2 und Anhang VII Teil A Nr. 17, ist angesichts des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des daraus abgeleiteten Transparenzgebots dahin auszulegen, dass sie dem entgegensteht, dass ein öffentlicher Auftraggeber beschließt, einen öffentlichen Auftrag an einen Bieter zu vergeben, der eine schwere berufliche Verfehlung begangen hat, und zwar mit der Begründung, dass der Ausschluss dieses Bieters vom Vergabeverfahren gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen würde, obwohl nach den Ausschreibungsbedingungen für diesen öffentlichen Auftrag ein Bieter, der eine schwere berufliche Verfehlung begangen hat, zwingend und ungeachtet dessen auszuschließen war, ob diese Sanktion verhältnismäßig ist oder nicht.**

Unterschriften