Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Große Kammer)

24. Mai 2016*

„Vorlage zur Vorabentscheidung — Art. 267 AEUV — Zuständigkeit des Gerichtshofs — Gerichtseigenschaft der vorlegenden Einrichtung — Öffentlicher Auftrag im Bereich der Eisenbahninfrastruktur — Verhandlungsverfahren — Richtlinie 2004/17/EG — Art. 10 — Art. 51 Abs. 3 — Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter — Aus zwei Unternehmen bestehende Gemeinschaft, die als Bieter zugelassen wurde — Angebot, das von einem der beiden Unternehmen im eigenen Namen vorgelegt wurde, nachdem über das Vermögen des anderen Unternehmens Insolvenz eröffnet wurde — Unternehmen, das als geeignet angesehen wird, allein als Bieter zugelassen zu werden — Vergabe des Auftrags an dieses Unternehmen“

In der Rechtssache C-396/14

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht vom Klagenævn for Udbud (Beschwerdeausschuss für Verfahren zur Auftragsvergabe, Dänemark), mit Entscheidung vom 18. August 2014, beim Gerichtshof eingegangen am 20. August 2014, in dem Verfahren

MT Højgaard A/S,

Züblin A/S

gegen

Banedanmark

erlässt

DER GERICHTSHOF (Große Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten K. Lenaerts, des Vizepräsidenten A. Tizzano, der Kammerpräsidentin R. Silva de Lapuerta, der Kammerpräsidenten M. Ilešič, J. L. da Cruz Vilaça und A. Arabadjiev sowie der Richter E. Juhász (Berichterstatter), A. Borg Barthet, J. Malenovský, E. Levits, J.-C. Bonichot, C. G. Fernlund und C. Vajda,

Generalanwalt: P. Mengozzi,

Kanzler: I. Illéssy, Verwaltungsrat,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 8. September 2015,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

— der MT Højgaard A/S und der Züblin A/S, vertreten durch T. Høg, advokat,

* Verfahrenssprache: Dänisch.

— der dänischen Regierung, vertreten durch C. Thorning als Bevollmächtigten im Beistand von R. Holdgaard, advokat,

— der Europäischen Kommission, vertreten durch L. Grønfeldt, M. Clausen und A. Tokár als Bevollmächtigte,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 25. November 2015

folgendes

Urteil

1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer nach Art. 10 der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABl. 2004, L 134, S. 1) in Verbindung mit Art. 51 dieser Richtlinie.

2 Es ergeht in einem Rechtsstreit zwischen der MT Højgaard A/S und der Züblin A/S auf der einen und Banedanmark, dem Betreiber des staatlichen dänischen Schienennetzes, auf der anderen Seite über die Rechtmäßigkeit der Vergabe eines von Banedanmark als öffentlichem Auftraggeber der Per Aarsleff A/S erteilten öffentlichen Auftrags.

Rechtlicher Rahmen

Unionsrecht

3 Der neunte Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/17 lautet:

„Um zu gewährleisten, dass die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste für den Wettbewerb geöffnet wird, ist es ratsam, Bestimmungen für eine Gemeinschaftskoordinierung von Aufträgen, die über einen bestimmten Wert hinausgehen, festzulegen. Diese Koordinierung gründet sich auf die Anforderungen der Artikel 14, 28 und 49 des Vertrags sowie des Artikels 97 Euratom-Vertrag, nämlich auf den Grundsatz der Gleichbehandlung bzw. der Nichtdiskriminierung, die davon nur eine besondere Ausprägung ist, den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und den Grundsatz der Transparenz. In Anbetracht der Art der von dieser Koordinierung betroffenen Sektoren sollte diese unter Wahrung der Anwendung der genannten Grundsätze einen Rahmen für faire Handelspraktiken schaffen und ein Höchstmaß an Flexibilität ermöglichen.

…“

4 Art. 10 („Grundsätze für die Vergabe von Aufträgen“) der Richtlinie 2004/17 bestimmt:

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

5 Art. 11 („Wirtschaftsteilnehmer“) der Richtlinie 2004/17 sieht in seinem Abs. 2 vor:

„Angebote oder Anträge auf Teilnahme können auch von Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern eingereicht werden. Die Auftraggeber können nicht verlangen, dass nur Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern, die eine bestimmte Rechtsform haben, ein Angebot oder einen Antrag auf Teilnahme einreichen können; allerdings kann von der ausgewählten Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern verlangt werden, dass sie eine bestimmte Rechtsform annimmt, wenn ihr der Zuschlag erteilt worden ist, sofern dies für die ordnungsgemäße Durchführung des Auftrags erforderlich ist.“

6 Art. 51 („Allgemeine Bestimmungen“) der Richtlinie 2004/17, der zu Kapitel VII gehört, sieht vor:

„(1) Die Auswahl der Bewerber in den Vergabeverfahren ist wie folgt geregelt:

a) Haben die Auftraggeber gemäß Artikel 54 Absätze 1, 2 oder 4 Regeln und Kriterien für den Ausschluss von Bietern oder Bewerbern aufgestellt, so schließen sie Wirtschaftsteilnehmer, die diese Regeln und Kriterien erfüllen, aus.

b) Die Auftraggeber wählen Bieter und Bewerber nach den gemäß Artikel 54 festgelegten objektiven Regeln und Kriterien aus.

c) In nichtoffenen Verfahren und in Verhandlungsverfahren mit einem Aufruf zum Wettbewerb verringern die Auftraggeber gegebenenfalls nach Artikel 54 die Zahl der gemäß den Buchstaben a) und b) ausgewählten Bewerber.

…

(3) Die Auftraggeber prüfen die Übereinstimmung der von den ausgewählten Bietern vorgelegten Angebote mit den für sie geltenden Vorschriften und Anforderungen und vergeben den Auftrag nach den Kriterien der Artikel 55 und 57.“

7 In Art. 54 („Eignungskriterien“) der Richtlinie 2004/17 heißt es:

„(1) Auftraggeber, die die Eignungskriterien in einem offenen Verfahren festlegen, müssen dies entsprechend den objektiven Kriterien und Regeln tun, die den interessierten Wirtschaftsteilnehmern zugänglich sind.

(2) Auftraggeber, die die Bewerber für die Teilnahme an einem nichtoffenen Verfahren oder an einem Verhandlungsverfahren auswählen, richten sich dabei nach den objektiven Regeln und Kriterien, die sie festgelegt haben und die den interessierten Wirtschaftsteilnehmern zugänglich sind.

(3) In nichtoffenen Verfahren und in Verhandlungsverfahren können sich die Kriterien auf die objektive Notwendigkeit des Auftraggebers gründen, die Zahl der Bewerber so weit zu verringern, dass ein angemessenes Verhältnis zwischen den Besonderheiten des Vergabeverfahrens und den zu seiner Durchführung erforderlichen Ressourcen sichergestellt ist. Es sind jedoch so viele Bewerber zu berücksichtigen, dass ein angemessener Wettbewerb gewährleistet ist.

…“

Dänisches Recht

8 § 2 Abs. 1 des Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder (Gesetz über bestimmte Handelsunternehmen) in der Fassung der Bekanntmachung Nr. 1295 vom 15. November 2013 enthält folgende, der Rechtsprechung und dem Schrifttum entsprechende Definition:

„Als offene Handelsgesellschaft [interessentskab] im Sinne dieses Gesetzes gilt ein Unternehmen, in dem alle Gesellschafter persönlich, unbeschränkt und gesamtschuldnerisch für die Verbindlichkeiten des Unternehmens haften."

Ausgangsrechtsstreit und Vorlagefrage

9 Zur Vergabe des öffentlichen Auftrags mit der Bezeichnung „TP 4 Urban Tunnels" zum Bau einer neuen Eisenbahnstrecke zwischen den Städten Kopenhagen und Ringsted eröffnete Banedanmark mit einer im Januar 2013 veröffentlichten Bekanntmachung ein Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb im Sinne von Art. 47 der Richtlinie 2004/17. Für die Auftragsvergabe wurde auf das Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots abgestellt.

10 Gemäß der Ausschreibung beabsichtigte Banedanmark, vier bis sechs Bewerber zur Vorlage eines Angebots aufzufordern und bei mehr als sechs Bewerbern eine Vorauswahl zu treffen. Aus den Ausschreibungsbedingungen ergibt sich darüber hinaus, dass die Bieter in dem eingeleiteten Verfahren zur Vorlage von drei aufeinanderfolgenden Angeboten aufgefordert werden sollten. Nach der Vorlage der ersten beiden Angebote sollte verhandelt werden, da das dritte und letzte Angebot zur Vergabe des Auftrags führen sollte.

11 Im Rahmen der Vorauswahl bewarben sich fünf Wirtschaftsteilnehmer. Darunter befanden sich eine aus MT Højgaard und Züblin bestehende Bietergemeinschaft (im Folgenden: Bietergemeinschaft Højgaard und Züblin) und eine aus Per Aarsleff und der E. Pihl og Søn A/S bestehende Bietergemeinschaft (im Folgenden: Bietergemeinschaft Aarsleff und Pihl). Banedanmark wählte alle fünf Bewerber aus und forderte sie zur Vorlage eines Angebots auf.

12 Im Juni 2013 zog sich einer von ihnen aus dem Verfahren zurück, so dass lediglich vier vorausgewählte Bieter verblieben.

13 Den Vertrag zur Gründung der Bietergemeinschaft Aarsleff und Pihl hatten die beiden Gesellschaften am 26. August 2013 geschlossen. Am selben Tag wurde durch Urteil des zuständigen Gerichts über das Vermögen von E. Pihl og Søn Insolvenz eröffnet. Banedanmark erfuhr von diesem Urteil am Nachmittag desselben Tages und befragte Per Aarsleff unverzüglich zu den Auswirkungen, die es auf das laufende Vergabeverfahren habe. Trotz der Eröffnung der Insolvenz gab die Bietergemeinschaft Aarsleff und Pihl am 27. August 2013 ein erstes Angebot ab, das von den beiden Gesellschaften, nicht aber vom Insolvenzverwalter unterzeichnet war.

14 Am 15. Oktober 2013 teilte Banedanmark sämtlichen Bietern mit, sie habe entschieden, dass Per Aarsleff allein an dem Verfahren weiter teilnehmen könne. Sie begründete diese Entscheidung damit, dass Per Aarsleff, die gemessen am Umsatz in den Geschäftsjahren 2012 und 2013 das führende Unternehmen in Dänemark war, die Voraussetzungen für die Teilnahme an dem Verhandlungsverfahren auch ohne die wirtschaftliche und technische Kapazität von E. Pihl og Søn erfülle. Darüber hinaus habe Per Aarsleff mehr als 50 Arbeitnehmer von E. Pihl og Søn übernommen, darunter Personen, die für die Durchführung des in Rede stehenden Vorhabens wesentlich seien.

15 Per Aarsleff reichte ein zweites Angebot in eigenem Namen ein und wies darauf hin, dass sie dieses als Nachfolgerin der Bietergemeinschaft Aarsleff und Pihl abgebe, dass der Insolvenzverwalter nicht mitgeteilt habe, ob er den Vertrag der Bietergemeinschaft aufrechterhalten wolle, und dass sie diesen

Vertrag daher gekündigt habe. Nach Prüfung der eingegangenen zweiten Angebote entschied Banedanmark gemäß den Ausschreibungsbedingungen, drei Angebote auszuwählen, um das wirtschaftlich günstigste Angebot davon zu bestimmen, und bat die drei ausgewählten Bieter, ein drittes und letztes Angebot einzureichen. Darunter befanden sich Per Aarsleff sowie die Bietergemeinschaft Højgaard und Züblin. Die drei Bieter legten die entsprechenden letzten Angebote am 12. Dezember 2013 vor.

16 Am 20. Dezember 2013 teilte Banedanmark den drei ausgewählten Bietern mit, sie habe entschieden, den Zuschlag Per Aarsleff zu erteilen, die in Bezug auf sowohl Qualität als auch Preis das günstigste Angebot abgegeben habe. Dieses Angebot bezog sich auf einen Betrag von 920 300 000 dänischen Kronen (DKK) (etwa 123 402 000 Euro).

17 Daraufhin legten MT Højgaard und Züblin Beschwerde beim Klagenævn for Udbud (Beschwerdeausschuss für Verfahren zur Auftragsvergabe, Dänemark) ein und machten u. a. geltend, Banedanmark habe gegen die in Art. 10 der Richtlinie 2004/17 festgelegten Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz verstoßen, als sie Per Aarsleff gestattet habe, anstelle der Bietergemeinschaft Aarsleff und Pihl an dem Verfahren teilzunehmen, obwohl sie persönlich in der Vorauswahl nicht berücksichtigt worden sei. MT Højgaard und Züblin beantragten daher beim Klagenævn for Udbud (Beschwerdeausschuss für Verfahren zur Auftragsvergabe), die Entscheidung über die Auftragsvergabe an Per Aarsleff für nichtig zu erklären und die Aussetzung ihrer Vollziehung anzuordnen.

18 Das Klagenævn for Udbud (Beschwerdeausschuss für Verfahren zur Auftragsvergabe) entschied zunächst, der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zuzuerkennen. In seiner Vorlageentscheidung führt es sodann aus, dass Per Aarsleff auf der Grundlage der über sie erteilten Auskünfte in der Vorauswahl berücksichtigt worden wäre, wenn sie sich in ihrem eigenen Namen statt im Namen der Bietergemeinschaft Aarsleff und Pihl beworben hätte. Auch gebe es im dänischen Recht keine Vorschrift, die eine Änderung der Zusammensetzung einer an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags beteiligten Bietergemeinschaft nach Abgabe der Angebote untersage.

19 Das Klagenævn for Udbud (Beschwerdeausschuss für Verfahren zur Auftragsvergabe) stellt ferner fest, dass Banedanmark in der Vergabebekanntmachung keine qualitativen Mindestvoraussetzungen an die technische Leistungsfähigkeit der Bieter gestellt habe und eine qualitative Bewertung der Bewerbungen erst bei mehr als sechs Bewerbern hätte vornehmen müssen. Daher hätte Per Aarsleff in der Vorauswahl unter ihrem eigenen Namen berücksichtigt werden können, auch wenn sie nicht zur Bietergemeinschaft Aarsleff und Pihl gehört hätte. Der Umstand, dass Per Aarsleff an die Stelle dieser Bietergemeinschaft getreten sei, habe darüber hinaus keine Auswirkungen auf die Lage der Bieter gehabt, da keiner der Bieter bei der Vorauswahl ausgeschlossen worden sei und auch keiner von ihnen abgelehnt worden wäre, wenn Per Aarsleff sich im eigenen Namen beworben hätte. Darüber hinaus sei die Situation, in der vor der Auftragsvergabe eine Änderung bei einer Bietergemeinschaft eintrete, von derjenigen zu unterscheiden, in der diese Änderung nach der Vergabe eintrete.

20 Gleichwohl äußert das Klagenævn for Udbud (Beschwerdeausschuss für Verfahren zur Auftragsvergabe) einige Vorbehalte hinsichtlich der Vereinbarkeit des durchgeführten Verfahrens mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz, wobei es allerdings darauf hinweist, dass der Gesetzgeber der Europäischen Union in Bezug auf öffentliche Aufträge in den Bereichen, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/17 fielen, keine genauso detaillierten Regelungen hinsichtlich der Anwendung dieses Grundsatzes wie in 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) aufgestellt habe.

21 Angesichts dieser Erwägungen hat das Klagenævn for Udbud (Beschwerdeausschuss für Verfahren zur Auftragsvergabe) beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

Ist der Grundsatz der Gleichbehandlung in Art. 10 in Verbindung mit Art. 51 der Richtlinie 2004/17 dahin auszulegen, dass er einen Auftraggeber in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens daran hindert, den Auftrag an einen Bieter zu vergeben, der sich nicht für die Vorauswahl beworben hatte und daher nicht in der Vorauswahl berücksichtigt wurde?

Zur Zuständigkeit des Gerichtshofs

22 In Rn. 15 des Urteils vom 18. November 1999, Unitron Scandinavia und 3-S (C-275/98, EU:C:1999:567), hat der Gerichtshof das Klagenævn for Udbud (Beschwerdeausschuss für Verfahren zur Auftragsvergabe) als „Gericht" im Sinne von Art. 267 AEUV anerkannt. Die dänische Regierung trägt allerdings vor, dass der Gerichtshof im Urteil vom 9. Oktober 2014, TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265), demgegenüber dem Teleklagenævn (Beschwerdeausschuss für Telekommunikationsangelegenheiten, Dänemark) die Gerichtseigenschaft abgesprochen habe, und bittet den Gerichtshof daher um eine weitere Klärung der insoweit anwendbaren Kriterien und gegebenenfalls um Bestätigung der Eigenschaft des Klagenævn for Udbud (Beschwerdeausschuss für Verfahren zur Auftragsvergabe) als „Gericht".

23 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof nach ständiger Rechtsprechung zur Beurteilung der rein unionsrechtlichen Frage, ob es sich bei der vorlegenden Einrichtung um ein „Gericht" handelt, auf eine Reihe von Merkmalen abstellt, wie z. B. die gesetzliche Grundlage dieser Einrichtung, ihr ständiger Charakter, die obligatorische Gerichtsbarkeit, das streitige Verfahren, die Anwendung von Rechtsnormen durch die Einrichtung sowie deren Unabhängigkeit (Urteil vom 6. Oktober 2015, Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, EU:C:2015:664, Rn. 17 und die dort angeführte Rechtsprechung).

24 Im Ausgangsverfahren deutet nichts in den Akten, die beim Gerichtshof eingereicht worden sind, darauf hin, dass die vorlegende Einrichtung nicht die Kriterien in Bezug auf ihre gesetzliche Grundlage, ihren ständigen Charakter, die obligatorische Gerichtsbarkeit, das streitige Verfahren und die Anwendung von Rechtsnormen durch sie erfüllt.

25 Was das Kriterium der Unabhängigkeit anbelangt, das vom Teleklagenævn (Beschwerdeausschuss für Telekommunikationsangelegenheiten) nach den Feststellungen des Gerichtshofs in dem von der dänischen Regierung herangezogenen Urteil vom 9. Oktober 2014, TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265), nicht erfüllt wurde, ist zunächst festzustellen, dass das Klagenævn for Udbud (Beschwerdeausschuss für Verfahren zur Auftragsvergabe) im Unterschied zu dieser Beschwerdeeinrichtung in den Rechtsbehelfsverfahren, die gegen seine Entscheidungen vor den ordentlichen Gerichten eingeleitet werden, nicht Partei ist. Daraus ergibt sich, dass es im Verhältnis zu den Parteien des Rechtsstreits, insbesondere der Behörde, die die bei ihm angefochtene Entscheidung erlassen hat, die Eigenschaft eines Dritten hat.

26 Sodann ergibt sich, wie der Generalanwalt in Nr. 44 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, aus den Akten, dass keine funktionelle Verbindung des Klagenævn for Udbud (Beschwerdeausschuss für Verfahren zur Auftragsvergabe) mit dem Ministerium für Unternehmen und Wachstum besteht. Der Umstand, dass das Sekretariat der Einrichtung diesem Ministerium zugeordnet ist, ist nicht geeignet, diese Feststellung in Zweifel zu ziehen. Darüber hinaus übt die Einrichtung ihre Funktionen in völliger Autonomie aus, ohne irgendeiner Stelle hierarchisch untergeordnet zu sein oder von irgendeiner Stelle Anweisungen zu erhalten (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 6. Oktober 2015, Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, EU:C:2015:664, Rn. 19 und die dort angeführte Rechtsprechung).

27 Was die Unabhängigkeit der Mitglieder der vorlegenden Einrichtung betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass diese gemäß § 1 Abs. 4 des Bekendtgørelse nr. 887 om Klagenævnet for Udbud med senere ændringer (Verordnung Nr. 887 über den Beschwerdeausschuss für Verfahren zur Auftragsvergabe in geänderter Fassung) vom 11. August 2011 ihre Aufgaben unabhängig wahrzunehmen haben.

28 Aus den Akten ergibt sich, dass die vorlegende Einrichtung nach § 9 Abs. 1 des Lov nr. 492 om håndhævelse af udbudsreglerne med senere ændringer (Gesetz Nr. 492 über die Durchführung der Vorschriften über die Auftragsvergabe in geänderter Fassung, im Folgenden: Gesetz Nr. 492) vom 12. Mai 2010 mit einem Präsidenten und mehreren Vizepräsidenten, die den Vorsitz bilden, sowie mehreren sachkundigen Beisitzern besetzt ist. Den Vorsitz bekleiden gemäß § 9 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzes Nr. 492 Richter der Bezirks- und Landgerichte.

29 Die Besetzung des Klagenævn for Udbud (Beschwerdeausschuss für Verfahren zur Auftragsvergabe) ist paritätisch. In seiner normalen Besetzung besteht es aus einem Mitglied des Vorsitzes als Präsidenten und einem sachverständigen Beisitzenden. Zudem entscheidet es nach § 10 Abs. 5 des Gesetzes Nr. 492 mit einfacher Mehrheit, wobei bei Stimmengleichheit die Stimme des Präsidenten den Ausschlag gibt. Daher verfügen die aus der dänischen Richterschaft stammenden Mitglieder der Einrichtung in jedem Fall über die Stimmenmehrheit und im Entscheidungsprozess der Einrichtung somit über ein ausschlaggebendes Gewicht.

30 Den Mitgliedern der vorlegenden Einrichtung mit Richterstatus kommt als solchen der besondere Schutz gegen eine Abberufung nach § 64 der dänischen Verfassung zugute, der auch die Aufgaben als Mitglied des Vorsitzes der vorlegenden Einrichtung umfasst.

31 Wegen des ausschlaggebenden Gewichts der Stimmen der Mitglieder der vorlegenden Einrichtung, denen als Richtern dieser besondere Schutz zugutekommt, kann die Unabhängigkeit der Einrichtung jedenfalls nicht dadurch in Frage gestellt werden, dass den sachverständigen Beisitzern der Einrichtung nicht derselbe Schutz zugutekommt.

32 In Anbetracht dieser Erwägungen ist zu bestätigen, dass das Klagenævn for Udbud (Beschwerdeausschuss für Verfahren zur Auftragsvergabe) auch das Kriterium der Unabhängigkeit erfüllt und daher als „Gericht“ im Sinne von Art. 267 AEUV einzustufen ist.

33 Der Gerichtshof ist daher für die Beantwortung der vorgelegten Frage zuständig.

Zur Vorlagefrage

34 Mit seiner Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob der Grundsatz der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer nach Art. 10 der Richtlinie 2004/17 in Verbindung mit deren Art. 51 dahin auszulegen ist, dass ein Auftraggeber einen Wirtschaftsteilnehmer, der zu einer Gemeinschaft zweier Unternehmen gehört, die in der Vorauswahl berücksichtigt worden ist und das erste Angebot in einem Verhandlungsverfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags abgegeben hat, nach Auflösung dieser Gemeinschaft nicht im eigenen Namen an diesem Verfahren weiter teilnehmen lassen darf.

35 Für die Beantwortung dieser Frage ist darauf hinzuweisen, dass die Richtlinie 2004/17 keine spezifischen Vorschriften über die Änderung der Zusammensetzung einer Gemeinschaft von Wirtschaftsteilnehmern enthält, die als Bieter eines öffentlichen Auftrags in der Vorauswahl berücksichtigt worden ist, so dass die Regelung eines solchen Sachverhalts in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 23. Januar 2003, Makedoniko Metro und Michaniki, C-57/01, EU:C:2003:47, Rn. 61).

36 Weder die dänische Regelung noch die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Vergabebekanntmachung sehen hierzu spezifische Bestimmungen vor. Die Frage, ob der Auftraggeber eine solche Änderung genehmigen kann, ist unter diesen Umständen nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts, u. a. des Gleichbehandlungsgrundsatzes und der sich daraus ergebenden Transparenzpflicht, sowie der Ziele des Unionsrechts im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe zu prüfen.

37 Der Gleichbehandlungsgrundsatz und die Transparenzpflicht bedeuten u. a., dass die Bieter sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese vom öffentlichen Auftraggeber beurteilt werden, gleichbehandelt werden müssen, und sie bilden die Grundlage der Unionsvorschriften über die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 16. Dezember 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, Rn. 45 und die dort angeführte Rechtsprechung).

38 Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, der die Entwicklung eines gesunden und effektiven Wettbewerbs zwischen den sich um einen öffentlichen Auftrag bewerbenden Unternehmen fördern soll, gebietet, dass alle Bieter bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen haben, was voraussetzt, dass die Angebote aller Wettbewerber den gleichen Bedingungen unterworfen sein müssen (vgl. Urteile vom 29. April 2004, Kommission/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, Rn. 110, und vom 12. März 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, Rn. 33).

39 Eine strikte Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter im Sinne von Art. 10 der Richtlinie 2004/17 in Verbindung mit deren Art. 51 würde zu dem Schluss führen, dass nur die Wirtschaftsteilnehmer, die als solche bei der Vorauswahl berücksichtigt worden sind, Angebote vorlegen und den Zuschlag erhalten können.

40 Dieser Ansatz findet seine Grundlage in Art. 51 Abs. 3 der Richtlinie 2004/17, wonach die Auftraggeber „die Übereinstimmung der von den ausgewählten Bietern vorgelegten Angebote [prüfen]“, was, wie der Generalanwalt in Nr. 63 seiner Schlussanträge festgestellt hat, eine rechtliche und tatsächliche Identität zwischen den in der Vorauswahl berücksichtigten Wirtschaftsteilnehmern und den Wirtschaftsteilnehmern, die die Angebote vorlegen, voraussetzt.

41 Die in der vorstehenden Randnummer erwähnte Anforderung einer rechtlichen und tatsächlichen Identität kann jedoch gesenkt werden, um in einem Verhandlungsverfahren einen angemessenen Wettbewerb, wie ihn Art. 54 Abs. 3 der Richtlinie 2004/17 verlangt, zu gewährleisten.

42 Im Ausgangsverfahren war, wie sich aus Rn. 10 des vorliegenden Urteils ergibt, der Auftraggeber der Ansicht, dass es mindestens vier Bewerber geben müsse, um einen solchen Wettbewerb zu gewährleisten.

43 Ein Wirtschaftsteilnehmer kann allerdings nach Auflösung einer Bietergemeinschaft, zu der er gehörte und die von dem Auftraggeber in der Vorauswahl berücksichtigt wurde, im eigenen Namen an dem Verhandlungsverfahren nur unter Bedingungen weiter teilnehmen, die den Grundsatz der Gleichbehandlung sämtlicher Bieter nicht beeinträchtigen.

44 Ein Auftraggeber verstößt insoweit nicht gegen diesen Grundsatz, wenn er es einem der beiden Wirtschaftsteilnehmer einer Bietergemeinschaft, die als solche von ihm zur Vorlage eines Angebots aufgefordert wurde, gestattet, nach der Auflösung dieser Bietergemeinschaft an deren Stelle zu treten und im eigenen Namen an dem Verhandlungsverfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags teilzunehmen, sofern erwiesen ist, dass dieser Wirtschaftsteilnehmer die von dem Auftraggeber festgelegten Anforderungen allein erfüllt und dass seine weitere Teilnahme an diesem Verfahren nicht zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation der übrigen Bieter führt.

45 Im Ausgangsverfahren ist zunächst festzustellen, dass sich aus dem Vorabentscheidungsersuchen ergibt, dass Per Aarsleff, hätte sie sich allein beworben, in der Vorauswahl berücksichtigt worden wäre (vgl. Rn. 18 des vorliegenden Urteils).

46 Angesichts der sich aus den Akten ergebenden Umstände, dass zum einen der Vertrag zur Bildung der Bietergemeinschaft Aarsleff und Pihl an dem Tag geschlossen wurde, an dem das Urteil erging, mit dem E. Pihl og Søn für insolvent erklärt wurde, und zum anderen das erste Angebot dieser Bietergemeinschaft am darauffolgenden Tag ohne Unterschrift des Insolvenzverwalters von E. Pihl og Søn vorgelegt wurde, hat das vorlegende Gericht allerdings noch zu prüfen, ob die Vorlage dieses ersten Angebots mit einem Fehler behaftet war, der dem entgegenstand, dass Per Aarsleff an dem fraglichen Verhandlungsverfahren im eigenen Namen weiter teilnahm.

47 Was schließlich den Umstand betrifft, dass Per Aarsleff nach der Auflösung der Bietergemeinschaft Aarsleff und Pihl 50 Arbeitnehmer von E. Pihl og Søn übernommen hat, darunter Personen, die für die Durchführung des fraglichen Bauvorhabens wesentlich waren, ist es Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob Per Aarsleff dadurch einen Wettbewerbsvorteil gegenüber den übrigen Bietern erlangt hat.

48 Nach alledem ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer nach Art. 10 der Richtlinie 2004/17 in Verbindung mit deren Art. 51 dahin auszulegen ist, dass ein Auftraggeber nicht gegen diesen Grundsatz verstößt, wenn er es einem der beiden Wirtschaftsteilnehmer einer Bietergemeinschaft, die als solche von ihm zur Vorlage eines Angebots aufgefordert wurde, gestattet, nach der Auflösung dieser Bietergemeinschaft an deren Stelle zu treten und im eigenen Namen an einem Verhandlungsverfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags teilzunehmen, sofern erwiesen ist, dass dieser Wirtschaftsteilnehmer die von dem Auftraggeber festgelegten Anforderungen allein erfüllt und dass seine weitere Teilnahme an diesem Verfahren nicht zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation der übrigen Bieter führt.

Kosten

49 Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem 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 (Große Kammer) für Recht erkannt:

Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer nach Art. 10 der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste in Verbindung mit Art. 51 dieser Richtlinie ist dahin auszulegen, dass ein Auftraggeber nicht gegen diesen Grundsatz verstößt, wenn er es einem der beiden Wirtschaftsteilnehmer einer Bietergemeinschaft, die als solche von ihm zur Vorlage eines Angebots aufgefordert wurde, gestattet, nach der Auflösung dieser Bietergemeinschaft an deren Stelle zu treten und im eigenen Namen an einem Verhandlungsverfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags teilzunehmen, sofern erwiesen ist, dass dieser Wirtschaftsteilnehmer die von dem Auftraggeber festgelegten Anforderungen allein erfüllt und dass seine weitere Teilnahme an diesem Verfahren nicht zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation der übrigen Bieter führt.

Unterschriften