Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN
ELEANOR SHARPSTON
vom 1. Dezember 2016[1]

Rechtssache C-298/15

UAB „Borta“

(Vorabentscheidungsersuchen des Lietuvos Aukščiausiasis Teismas [Oberster Gerichtshof von Litauen])

„Öffentliche Aufträge — Qualitative Auswahlkriterien — Verpflichtung des erfolgreichen Bieters, die ‚Hauptleistung‘ selbst zu erbringen — Nachweis der beruflichen Leistungsfähigkeit — Von einer Gruppe von Anbietern eingereichtes Angebot — Erfordernis, dass der Beitrag eines jeden Kooperationspartners seinem Anteil an der nachgewiesenen beruflichen Leistungsfähigkeit entspricht — Auftragsvergabeverfahren — Änderung der Verdingungsunterlagen im Laufe des Vergabeverfahrens — Gleichbehandlungsgrundsatz und Transparenzgebot“

1. Das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen des Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Oberster Gerichtshof von Litauen) betrifft eine Spezifikation in den Verdingungsunterlagen für die Vergabe eines öffentlichen Auftrags über den Bau einer Kaianlage im Hafen von Klaipeda (Litauen). Die betreffende Spezifikation enthält Bestimmungen für Angebote, die von durch einen Kooperationsvertrag verbundenen Projektpartnern eingereicht werden. Diese sehen auf der Stufe der *Vergabe* des öffentlichen Auftrags als Voraussetzung vor, dass jeder Partner einen Teil des Auftrags *ausführt*, der seinem Beitrag zum Nachweis der Berufserfahrung der Arbeitsgemeinschaft entspricht. Das vorlegende Gericht hegt Zweifel, ob eine solche Anforderung mit den vergaberechtlichen Bestimmungen der Union über das Kumulieren von beruflichen Kapazitäten vereinbar ist. Da die beanstandete Spezifikation erst einige Wochen nach der Ausschreibung bekannt gemacht wurde, ersucht das vorlegende Gericht um Beantwortung der Frage, ob (und, falls ja, unter welchen Voraussetzungen) öffentliche Auftraggeber die Verdingungsunterlagen im Verlauf des Auftragsvergabeverfahrens ändern dürfen. Es stellt von sich aus außerdem die Frage, ob das Vergaberecht der Union einer Bestimmung des litauischen Rechts entgegensteht, die im Kontext öffentlicher Bauaufträge die Vergabe von Unteraufträgen zur Erbringung der „Hauptleistung“ verbietet.

2. Zu Beginn stellt sich die Frage, ob der Gerichtshof für die Beantwortung dieser Fragen zuständig ist. Das vorlegende Gericht äußert seine insoweit bestehenden Bedenken im Kontext der Richtlinie 2004/17/EG[2]. Allerdings ist unstrittig, dass der Schätzwert des in Rede stehenden öffentlichen Auftrags unterhalb des maßgeblichen Schwellenwerts liegt und dass die betreffende Richtlinie im Ausgangsverfahren keine Anwendung findet. Ist die Richtlinie durch das litauische Recht unmittelbar und unbedingt anwendbar geworden? Falls ja, ist nach ständiger Rechtsprechung der Gerichtshof für die Auslegung der maßgeblichen Bestimmungen der Richtlinie zuständig. Andernfalls gelten für die

1 — Originalsprache: Englisch.

2 — Richtlinie 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. Maßgeblich ist die zuletzt durch die Verordnung (EU) Nr. 1336/2013 der Kommission vom 13. Dezember 2013 (ABl. 2013, L 335, S. 17) geänderte Fassung der Richtlinie.

Vergabe des in Rede stehenden Auftrags dann, wenn an ihm ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht, die grundlegenden Regelungen und allgemeinen Grundsätze des AEUV (insbesondere die in den Art. 49 und 56 AEUV enthaltenen Freizügigkeitsgrundsätze), und es ist in diesem Fall die Pflicht des Gerichtshofs, dem vorlegenden Gericht auf dieser Grundlage sachdienliche Hinweise zu erteilen.

Rechtlicher Rahmen

Unionsrecht

3. Im neunten Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/17 heißt es:

„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 Art. 14, 28 und 49 des EG-Vertrags sowie des Art. 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. Dem 43. Erwägungsgrund zufolge ist es angebracht, Bestimmungen über Unteraufträge vorzusehen, um die Beteiligung von kleinen und mittleren Unternehmen an öffentlichen Aufträgen zu fördern.

5. Art. 10 sieht vor: „Die Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend und gehen in transparenter Weise vor.“

6. Art. 11 Abs. 2 lautet:

„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.“

7. Art. 37 („Unteraufträge“) sieht vor:

„In den Auftragsunterlagen kann der Auftraggeber den Bieter auffordern oder von einem Mitgliedstaat verpflichtet werden, den Bieter aufzufordern, ihm in seinem Angebot den Teil des Auftrags, den der Bieter gegebenenfalls im Wege von Unteraufträgen an Dritte zu vergeben gedenkt, sowie die bereits vorgeschlagenen Unterauftragnehmer bekannt zu geben. Die Haftung des hauptverantwortlichen Wirtschaftsteilnehmers bleibt von dieser Bekanntgabe unberührt.“

8. Art. 38 („Bedingungen für die Auftragsausführung“) sieht vor:

„Die Auftraggeber können zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorschreiben, sofern diese mit [Union]srecht vereinbar sind und in der Bekanntmachung, die als Aufruf zum Wettbewerb dient, oder in den Verdingungsunterlagen angegeben werden. Die Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags können insbesondere soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen.“

9. Art. 53 („Prüfungssysteme“) enthält im Einzelnen folgende Regelungen:

„(1) Auftraggeber, die dies wünschen, können ein Prüfungssystem für Wirtschaftsteilnehmer einrichten und verwalten.

…

(2) Das System nach Absatz 1 kann verschiedene Prüfungsstufen umfassen.

Es wird auf der Grundlage objektiver Prüfkriterien und -regeln gehandhabt, die von dem Auftraggeber aufgestellt werden.

…

(5) Umfassen die in Absatz 2 genannten Prüfungskriterien und -regeln Anforderungen an die technischen und/oder beruflichen Fähigkeiten des Wirtschaftsteilnehmers, so kann sich dieser gegebenenfalls auf die Kapazitäten anderer Unternehmen stützen, unabhängig von dem Rechtsverhältnis, in dem er zu diesen Unternehmen steht. In diesem Fall muss er dem Auftraggeber nachweisen, dass er während der gesamten Gültigkeit des Prüfungssystems über diese Ressourcen verfügt, beispielsweise durch eine entsprechende Verpflichtungserklärung dieser Unternehmen, dem Wirtschaftsteilnehmer die erforderlichen Ressourcen zur Verfügung zu stellen.

Unter denselben Bedingungen kann sich auch eine in Artikel 11 genannte Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern auf die Kapazitäten der einzelnen Mitglieder der Gruppe oder anderer Unternehmen stützen.

…“

Litauisches Recht

10. Art. 2 Abs. 29 des Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas; im Folgenden: Vergabegesetz (Gesetz der Republik Litauen über die Vergabe öffentlicher Aufträge, um folgenden: Vergabegesetz) definiert einen Anbieter ganz allgemein als einen Wirtschaftsteilnehmer – sei es eine natürliche Person, eine juristische Person des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts, eine andere Einrichtung oder einer ihrer Teile oder eine Gruppe solcher Personen –, die Waren, Dienstleistungen oder Bauleistungen anbietet oder anzubieten in der Lage ist.

11. Gemäß Art. 24 Abs. 5 des Vergabegesetzes schreiben die Auftragsunterlagen vor, dass der Bewerber oder Bieter in seinem Angebot etwa von ihm vorgesehene Unterauftragnehmer und den Teil des Auftrags angibt, der diesen vertraglich zur Ausführung überlassen werden soll. Die vom öffentlichen Auftraggeber angegebene Hauptleistung muss jedoch, wenn Unterauftragnehmer zur Ausführung eines Bauauftrags eingesetzt werden sollen, vom Auftragnehmer erbracht werden.

12. Gemäß Art. 27 Abs. 4 darf der öffentliche Auftraggeber vor Ablauf der Frist zur Angebotseinreichung jederzeit von sich aus die Auftragsunterlagen genauer fassen.

13. Art. 32 Abs. 3 sieht vor, dass ein Auftragnehmer, wenn es im Rahmen eines bestimmten Vergabeverfahrens erforderlich ist, sich auf die Kapazitäten anderer Wirtschaftsteilnehmer stützen kann, ganz gleich, in welchem Rechtsverhältnis er zu ihnen steht. In diesem Fall muss der Auftragnehmer dem Auftraggeber nachweisen, dass ihm die betreffenden Ressourcen für die Ausführung des Auftrags zur Verfügung stehen. Unter denselben Voraussetzungen darf sich eine Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern auf die Kapazitäten von einzelnen ihrer Mitglieder oder von anderen Wirtschaftsteilnehmern stützen.

Sachverhalt, Verfahrensgang und Vorlagefragen

14. Am 2. April 2014 veröffentlichte die VĮ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija (staatliche Seehafenbehörde von Klaipėda, im Folgenden: Seehafenbehörde), ein litauisches Staatsunternehmen, eine offene Ausschreibung für „Bauleistungen betreffend den ‚Wiederaufbau der Kaianlagen Nr. 67 und Nr. 68, Phase 1'". Diese Ausschreibung wurde am 5. April 2014 auch im *Amtsblatt der Europäischen Union* bekannt gemacht [3].

15. Ziff. 3.2.1 der Verdingungsunterlagen enthielt die folgende Anforderung: „Das durchschnittliche jährliche Arbeitsvolumen der Lieferanten im Zusammenhang mit den eigentlichen Bauarbeiten und den Installationsarbeiten (Bau oder Wiederaufbau von Hafenkais) soll innerhalb der letzten fünf Jahre oder in der Zeit seit dem Zeitpunkt der Registrierung des Lieferanten (in Fällen, in denen der Lieferant noch keine fünf Jahre tätig war) einem Wert von mindestens 5 000 000 LTL (1 448 100,09 Euro) ohne Mehrwertsteuer entsprechen."

16. Nach Ziff. 4.2.3 der Verdingungsunterlagen war in jedem Angebot „anzugeben, welche Beiträge die aufgrund eines Kooperationsvertrags tätigen Partner zur Durchführung des Auftrags leisten und wie hoch deren prozentualer Anteil ist, sowie zu bestätigen, dass diese Aufteilung der zu erbringenden Leistungen nur zwischen den Partnern gilt und keine Verpflichtungen für den Kunden (Auftraggeber) begründet".

17. Die ursprüngliche Fassung von Ziff. 4.3 der Verdingungsunterlagen sah vor:

„Wird das Angebot von Lieferanten eingereicht, die aufgrund eines Kooperationsvertrags tätig sind, müssen die Anforderungen des Abschnitts 3.2.1 der vorliegenden Verdingungsunterlagen zumindest von einem an den Kooperationsleistungen beteiligten Partner oder von allen Partnern des Kooperationsvertrags gemeinsam erfüllt werden. … Gemäß Art. 24 Abs. 5 des [Gesetzes der Republik Litauen über die Vergabe öffentlicher Aufträge] legt der Auftraggeber fest, dass die Hauptleistung Gegenstand 1.2.8 im Abschnitt über Bauleistungen des Leistungsverzeichnisses betrifft und daher vom Lieferanten selbst erbracht werden muss." [4]

18. Die Seehafenbehörde machte am 24. April 2014 von sich aus eine erste Änderung der Ziff. 4.3 der Verdingungsunterlagen bekannt. Diese neue Fassung, die im *Amtsblatt der Europäischen Union* veröffentlicht wurde, sah insbesondere vor, dass in den Fällen, in denen Auftragnehmer, die auf der Grundlage eines Kooperationsvertrags tätig werden, ein Angebot einreichen, jeder an der Kooperation beteiligte Partner mindestens 50 % der in Ziff. 3.2.1 vorgesehenen Anforderung erfüllen muss. Aufgrund dieser Änderung verlängerte die Seehafenbehörde die Frist für die Angebotseinreichung.

3 — ABl. 2014/S 68-117458.

4 — Das vorlegende Gericht erläutert hierzu, dass die Hauptleistung u. a. in der Errichtung einer von positionierten Trägern gestützten Stahlspundwand besteht.

19. Am 3. Mai 2014 focht die UAB „Borta“, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung litauischen Rechts, diese Neufassung vor der Seehafenbehörde an. Infolgedessen änderte diese Ziff. 4.3 der Verdingungsunterlagen durch Entscheidung vom 9. Mai 2014 ein zweites Mal [5]. Die neue (und endgültige) Fassung der besagten Ziffer sah Folgendes vor:

„Wird das Angebot von Lieferanten eingereicht, die aufgrund eines Kooperationsvertrags tätig sind, müssen die Anforderungen de[s] Abschnitt[s] 3.2.1 … der vorliegenden Verdingungsunterlagen zumindest von einem an den Kooperationsleistungen beteiligten Partner oder von allen Partnern des Kooperationsvertrags gemeinsam erfüllt werden. Der Beitrag eines Partners (geleistetes Arbeitsvolumen) nach dem Kooperationsvertrag muss seinem Beitrag an der Erfüllung der Anforderung des Abschnitts 3.2.1 dieser Verdingungsunterlagen sowie dem Umfang der Arbeiten entsprechen, die von ihm im Falle eines erfolgreichen Angebots tatsächlich ausgeführt werden (Auftragsausführung)[[6]]. … Gemäß Art. 24 Abs. 5 des [Vergabegesetzes] legt [die Seehafenbehörde] fest, dass die Hauptleistung Gegenstand 1.2.8 im Abschnitt über Bauleistungen des Leistungsverzeichnisses betrifft und daher vom Lieferanten selbst erbracht werden muss.“

20. Aufgrund dieser letzten Änderung, die im *Amtsblatt der Europäischen Union* veröffentlicht wurde, wurde die Frist für die Angebotseinreichung ein zweites Mal verlängert und ihr Ablauf auf den 12. Juni 2014 festgelegt.

21. Borta reichte am 12. Juni 2014 ein Angebot ein, die betreffenden Arbeiten zu einem Preis in litauischen Litas (LTL) auszuführen, der ungefähr 4 761 460 Euro entspricht. Dies war das teuerste Angebot [7].

22. Borta focht die endgültige Fassung von Ziff. 4.3 der Verdingungsunterlagen jedoch vor der Seehafenbehörde an und klagte nach Zurückweisung ihres Rechtsbehelfs vor dem Klaipėdos apygardos teismas (Landgericht Klaipėda). Dieses Gericht wies die Klage am 18. August 2014 ab. Borta legte gegen diese Entscheidung Berufung zum Lietuvos apeliacinis teismas (Berufungsgericht von Litauen) ein, das dieses Rechtsmittel am 13. November 2014 zurückwies. Beide Gerichte vertraten im Kern den Standpunkt, dass die angefochtene Spezifikation durch die Art des Auftragsgegenstands und dessen Bedeutung für das Allgemeininteresse gerechtfertigt sei und dass die gesamtschuldnerische Haftung von durch einen Kooperationsvertrag verbundenen Partnern gegenüber der Seehafenbehörde allein keine erfolgreiche Durchführung des öffentlichen Auftrags sicherstelle. Mit der Begründung, dass Art. 27 Abs. 4 des Vergabegesetzes die Seehafenbehörde ausdrücklich ermächtige, die besagten Bedingungen klarer zu fassen, traten beide Gerichte auch der Argumentation entgegen, die wiederholten Änderungen der Verdingungsunterlagen seien rechtswidrig gewesen.

23. Borta legte gegen das Urteil des Lietuvos apeliacinis teismas (Berufungsgericht von Litauen) Revision zum Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Oberster Gerichtshof von Litauen) ein, der das Verfahren ausgesetzt und ein Ersuchen um Vorabentscheidung über folgende Fragen vorgelegt hat:

1. Sind die Bestimmungen der Art. 37, 38, 53 und 54 der Richtlinie 2004/17 zusammen genommen oder einzeln (jedoch ohne Beschränkung auf diese Bestimmungen) so zu verstehen und auszulegen, dass

5 — Gleichzeitig änderte die öffentliche Auftraggeberin Ziff. 4.2.3 der Verdingungsunterlagen von sich leicht ab. Diese Änderung ist jedoch nicht Gegenstand des Ausgangsverfahrens.

6 — Ich bezeichne die besagte Anforderung nachfolgend als „Entsprechungsanforderung“. Der „Umfang der Arbeiten“ wird vermutlich in finanziellen Kategorien gemessen.

7 — Das Angebot des erfolgreichen Bieters belief sich auf einen ungefähr 3 168 400 Euro entsprechenden LTL-Betrag.

a) sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, nach der in Fällen, in denen Unterauftragnehmer mit der Ausführung eines Bauauftrags beauftragt werden, die vom Auftraggeber bestimmte Hauptleistung vom Auftragnehmer selbst erbracht werden muss?[8]

b) sie einer in den Auftragsunterlagen niedergelegten Regelung über die Kumulierung der beruflichen Kapazitäten von Lieferanten, so wie sie der Auftraggeber in den angefochtenen Verdingungsunterlagen festgelegt hat, entgegenstehen, nach der der Teil der beruflichen Kapazität des jeweiligen Wirtschaftsteilnehmers (Partner eines Kooperationsvertrags) dem Teil der konkreten Bauleistung entsprechen muss, die er im Rahmen des öffentlichen Auftrags tatsächlich erbringen wird?

2. Sind die Bestimmungen der Art. 10, 46 und 47 der Richtlinie 2004/17 zusammen genommen oder einzeln (jedoch ohne Beschränkung auf diese Bestimmungen) so zu verstehen und auszulegen, dass

a) die Grundsätze der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz nicht verletzt werden, wenn der Auftraggeber:

— vorab in den Auftragsunterlagen grundsätzlich die Möglichkeit gewährt, die beruflichen Kapazitäten von Lieferanten zu kumulieren, aber keine Regelungen für die Umsetzung dieser Möglichkeit vorsieht;

— dann, im Laufe des öffentlichen Vergabeverfahrens die Anforderungen zur Beurteilung der Qualifikation der Lieferanten näher definiert, indem er bestimmte Beschränkungen bei der Kumulierung der beruflichen Kapazitäten von Lieferanten vorsieht;

— aufgrund dieser näheren Definition des Inhalts der Anforderungen an die Qualifikation die Frist für die Abgabe von Angeboten verlängert und diese Verlängerung im *Amtsblatt der Europäischen Union* bekannt macht?

b) eine Beschränkung bei der Kumulierung der Kapazitäten von Lieferanten nicht im Vorhinein klar angegeben werden muss, wenn die besonderen Merkmale der Betätigungsfelder des öffentlichen Auftraggebers und die Besonderheiten der öffentlichen Auftragsvergabe eine solche Beschränkung vorhersehbar machen und rechtfertigen?

24. Die Seehafenbehörde, die litauische Regierung und die Europäische Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht. Diese Beteiligten und Borta haben sich in der Sitzung vom 1. Juni 2016 auch mündlich geäußert.

8 — Aus dem Vorlagebeschluss geht hervor, dass das Gericht diese Frage im öffentlichen Interesse „von sich aus“ aufgeworfen hat.

Würdigung

Vorbemerkungen

25. Die litauische Regierung hat in der Sitzung vorgetragen, dass Art. 24 Abs. 5 des Vergabegesetzes die in Art. 79 Abs. 3 der Richtlinie 2014/25/EU[9] enthaltene neue Regelung betreffend Unteraufträge vor dem Ablauf der für die Umsetzung der Richtlinie vorgeschriebenen Frist umgesetzt und der Gerichtshof das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen daher ausschließlich aus dem Blickwinkel dieser Richtlinie zu prüfen habe[10]. Die Seehafenbehörde hat einen ähnlichen Standpunkt eingenommen. Die Kommission hat demgegenüber geltend gemacht, dass die Richtlinie 2014/25 nicht berücksichtigt werden könne. Erstens sei Art. 24 Abs. 5 des Vergabegesetzes vor dem Erlass der besagten Richtlinie erlassen worden. Zweitens habe Litauen der Kommission die die Richtlinie 2014/25 in litauisches Recht umsetzenden Maßnahmen nicht mitgeteilt.

26. Nach ständiger Rechtsprechung ist grundsätzlich diejenige Richtlinie anwendbar, die zu dem Zeitpunkt gilt, zu dem der öffentliche Auftraggeber die Art des Verfahrens auswählt und endgültig entscheidet, ob die Verpflichtung zu einem vorherigen Aufruf zum Wettbewerb für die Vergabe eines öffentlichen Auftrags besteht. Dagegen sind die Bestimmungen einer Richtlinie, deren Umsetzungsfrist nach diesem Zeitpunkt abgelaufen ist, *nicht* anwendbar[11].

27. Die Richtlinie 2004/17 wurde durch die Richtlinie 2014/25 mit Wirkung vom 18. April 2016 aufgehoben. Sie gilt daher nicht für das Ausgangsverfahren, nach dessen Sachverhalt die Ausschreibung am 2. April 2014 veröffentlicht wurde. So hat der Gerichtshof kürzlich entschieden, dass, wenn die Richtlinie 2014/24 vor Ablauf der Frist zu ihrer Umsetzung angewandt würde, den Mitgliedstaaten ebenso wie den öffentlichen Auftraggebern und den Wirtschaftsteilnehmern die erforderliche Zeit genommen würde, um sich an die mit dieser Richtlinie eingeführten neuen Vorschriften anzupassen[12]. Ein solches Vorgehen liefe dem Gebot der Rechtssicherheit zuwider[13]. Das Vorstehende gilt entsprechend für die Richtlinie 2014/25.

28. Ferner ist unstreitig, dass der Wert des betreffenden Auftrags (der vermutlich mit dem des teuersten eingereichten Angebots, also mit dem 4 761 459,72 Euro entsprechenden LTL-Betrag angegeben werden kann) unter dem zum maßgeblichen Zeitpunkt in Art. 16 Buchst. b der Richtlinie 2004/17 für Bauaufträge festgelegten Schwellenwert von 5 186 000 Euro liegt. Wie das vorlegende Gericht feststellt, fällt der in Rede stehende öffentliche Auftrag daher nicht unter die Richtlinie 2004/17.

29. Nach Ansicht des vorlegenden Gerichts ist der Gerichtshof gleichwohl für die Beantwortung der Vorlagefragen zuständig. Erstens habe die Seehafenbehörde die Ausschreibung ersichtlich als Maßnahme mit internationaler Geltung verstanden wissen wollen, da sie sie und die nachfolgenden Änderungen der Verdingungsunterlagen im *Amtsblatt der Europäischen Union* habe veröffentlichen lassen. Dies werde auch dadurch bestätigt, dass zwei nicht in Litauen ansässige Unternehmen

9 — Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG (ABl. 2014, L 94, S. 243). Gemäß dieser Bestimmung können „die Auftraggeber … im Falle von Bauleistungsaufträgen, Dienstleistungsaufträgen sowie Verlege- oder Installationsarbeiten im Zusammenhang mit einem Lieferauftrag vorschreiben, dass bestimmte kritische Aufgaben direkt vom Bieter selbst oder – wenn der Bieter einer Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern gemäß Artikel 37 Absatz 2 angehört – von einem Gruppenteilnehmer ausgeführt werden“. Eine ähnliche Regelung enthält Art. 63 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. 2014, L 94, S. 65).

10 — Aus den schriftlichen Erklärungen der litauischen Regierung ergibt sich, dass die Richtlinie 2014/25 zum maßgeblichen Zeitpunkt noch nicht vollständig in litauisches Recht umgesetzt worden war.

11 — Urteile vom 10. Juli 2014, Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067, Rn. 31 und die dort angeführte Rechtsprechung), und vom 7. April 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, Rn. 83).

12 — Urteil vom 7. April 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, Rn. 86).

13 — Vgl. entsprechend Urteil vom 15. Oktober 2009, Hochtief und Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627, Rn. 29 und die dort angeführte Rechtsprechung). Vgl. auch Urteil vom 5. Oktober 2000, Kommission/Frankreich (C-337/98, EU:C:2000:543, Rn. 40).

Angebote eingereicht hätten. Das vorlegende Gericht weist ferner im Wesentlichen darauf hin, dass der litauische Gesetzgeber sich im Zusammenhang mit der Umsetzung der Richtlinie 2004/17 in das Vergabegesetz dafür entschieden habe, bestimmte Regelungen der Richtlinie für Vergabeverfahren gelten zu lassen, die nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fielen.

30. In der Sitzung hat die litauische Regierung außerdem geltend gemacht, dass das litauische Recht es öffentlichen Auftraggebern vorschreibe, eine Auswahlentscheidung hinsichtlich des anzuwendenden Verfahrens zu treffen, wenn diese ein Vergabeverfahren für einen Auftrag organisierten, dessen Schätzwert unterhalb des maßgeblichen Schwellenwerts liege. Die öffentlichen Auftraggeber könnten entweder das vereinfachte Verfahren, das nach nationalem Recht für solche Aufträge vorgesehen sei, oder das Verfahren für öffentliche Aufträge, die über dem betreffenden Schwellenwert lägen, wählen. Im letzteren Fall wären bei Anwendung der zum maßgeblichen Zeitpunkt geltenden Vorschriften des Unionsrechts – je nach dem Gegenstand des öffentlichen Auftrags – die Bestimmungen der Richtlinie 2004/17 oder der Richtlinie 2004/18/EG [14] für den Auftraggeber verbindlich geworden. Auch die nationalen Gerichte wären zu ihrer Anwendung verpflichtet gewesen.

31. Unter bestimmten Voraussetzungen hindert der rein innerstaatliche Charakter eines Sachverhalts den Gerichtshof nicht daran, eine nach Art. 267 AEUV vorgelegte Frage zu beantworten [15]. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn das nationale Recht dem vorlegenden Gericht vorschreibt, einem Angehörigen des Mitgliedstaats, in dem sich dieses Gericht befindet, die gleichen Rechte zuzuerkennen, wie sie dem Angehörigen eines anderen Mitgliedstaats in der gleichen Lage aufgrund des Unionsrechts zustünden, oder wenn das Vorabentscheidungsersuchen Vorschriften des Unionsrechts betrifft, auf die das nationale Recht eines Mitgliedstaats zur Bestimmung der auf einen rein innerstaatlichen Sachverhalt anwendbaren Vorschriften verweist [16].

32. In Bezug auf die letztgenannte Situation erstreckt sich die Zuständigkeit des Gerichtshofs auf die Beantwortung von Unionsbestimmungen betreffenden Fragen in Fällen, in denen der Sachverhalt des Ausgangsverfahren zwar nicht in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt, diese Bestimmungen aber durch das nationale Recht *unmittelbar* und *unbedingt* für anwendbar erklärt geworden sind, um zu gewährleisten, dass innerstaatliche Sachverhalte und dem Unionsrecht unterliegende Sachverhalte gleich behandelt werden [17]. Es besteht nämlich ein Interesse der Union daran, dass die aus dem Unionsrecht übernommenen Bestimmungen oder Begriffe unabhängig davon, unter welchen Voraussetzungen sie angewandt werden sollen, einheitlich ausgelegt werden, um künftige Auslegungsunterschiede zu verhindern, wenn sich nationale Rechtsvorschriften zur Regelung von Sachverhalten, die nicht in den Geltungsbereich des betreffenden Unionsrechtsakts fallen, nach den in diesem Rechtsakt getroffenen Regelungen richten, um zu gewährleisten, dass innerstaatliche und durch das Unionsrecht geregelte Sachverhalte gleich behandelt werden [18].

33. Den Akten des vorliegenden Falles sind jedoch keine hinreichend genauen Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass die zitierten Bestimmungen des Unionsrechts „durch nationales Recht für unmittelbar und unbedingt anwendbar erklärt worden sind“, um zu gewährleisten, dass innerstaatliche und dem Unionsrecht unterliegende Sachverhalte denselben Regeln unterliegen [19]. Insbesondere hat weder das

14 — Richtlinie 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).

15 — Vgl. u. a. Beschluss vom 3. Juli 2014, Tudoran (C-92/14, EU:C:2014:2051, Rn. 38).

16 — Vgl. u. a. Beschlüsse vom 3. Juli 2014, Tudoran (C-92/14, EU:C:2014:2051, Rn. 39 und die dort angeführte Rechtsprechung), und vom 12. Mai 2016, Security Service u. a. (C-692/15 bis C-694/15, EU:C:2016:344, Rn. 27).

17 — Urteile vom 22. Dezember 2008, Les Vergers du Vieux Tauves (C-48/07, EU:C:2008:758, Rn. 21 und die dort angeführte Rechtsprechung), und vom 18. Dezember 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, Rn. 23).

18 — Urteil vom 7. November 2013, Romeo (C-313/12, EU:C:2013:718, Rn. 22 und die dort angeführte Rechtsprechung).

19 — Vgl. u. a. Urteil vom 18. Oktober 2012, Nolan (C-583/10, EU:C:2012:638, Rn. 51). In seinem Urteil vom 14. Januar 2016, Ostas celtnieks (C-234/14, EU:C:2016:6, Rn. 19 bis 21), war der Gerichtshof zur Auslegung der Richtlinie 2004/18 insbesondere unter Berücksichtigung der Erklärungen der lettischen Regierung bereit, dass das lettische Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge für öffentliche Bauaufträge mit einem Wert unterhalb des in der Richtlinie 2004/18 festgelegten Schwellenwerts gelte. Der Gerichtshof nahm seine Zuständigkeit für die Beantwortung der Vorlagefrage jedoch nur „vorbehaltlich der vom vorlegenden Gericht vorzunehmenden Prüfungen“ an.

vorlegende Gericht noch die litauische Regierung den Gerichtshof auf eine konkrete Bestimmung des litauischen Rechts hingewiesen, mit der die Richtlinie 2004/17 unmittelbar und unbedingt auf öffentliche Aufträge anwendbar erklärt worden ist, die einen Wert unterhalb des maßgeblichen und in Art. 16 dieser Richtlinie festgelegten Schwellenwerts aufweisen [20]. Ich gelange daher zu dem Ergebnis, dass der Gerichtshof im Kontext des vorliegenden Verfahrens nicht für die Auslegung der Richtlinie 2004/17 zuständig ist.

34. Mit den Vorlagefragen soll nur die Auslegung der Richtlinie 2004/17 geklärt werden. Um dem nationalen Gericht, das dem Gerichtshof eine Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt hat, eine sachdienliche Antwort zu geben, kann dieser jedoch auf unionsrechtliche Vorschriften eingehen, die das nationale Gericht in seinem Vorabentscheidungsersuchen nicht angeführt hat [21].

35. Daher muss festgestellt werden, ob der Gerichtshof für die Beantwortung der Vorlagefragen auf der Grundlage der allgemeinen Grundsätze des AEU-Vertrags, insbesondere des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sowie des daraus folgenden Transparenzgebots zuständig ist. Dies setzt nach ständiger Rechtsprechung voraus, dass an dem betreffenden Auftrag unter anderem wegen seines Wertes und des Ortes seiner Ausführung ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht [22]. Das Bestehen eines solchen grenzüberschreitenden Interesses ist anhand sämtlicher einschlägiger Kriterien wie etwa der wirtschaftlichen Bedeutung des Auftrags, des Ortes seiner Ausführung oder seiner technischen Aspekte sowie unter Berücksichtigung der besonderen Eigenheiten des betreffenden Auftrags zu beurteilen [23].

36. Der Gerichtshof hat bereits entschieden, dass ein Bauauftrag ein solches grenzüberschreitendes Interesse insbesondere aufgrund seines erheblichen Wertes in Verbindung mit seinen technischen Aspekten oder wegen des Ortes seiner Ausführung, der für ausländische Wirtschaftsteilnehmer interessant sein mag, wecken kann [24]. Demnach kann ein Bauauftrag wegen seines geschätzten Wertes in Verbindung mit seiner technischen Komplexität oder deswegen von grenzüberschreitendem Interesse sein, weil die Arbeiten an einem Ort durchgeführt werden sollen, der wahrscheinlich auch für ausländische Wirtschaftsteilnehmer von Interesse ist [25].

37. Der Gerichtshof überlässt es gegebenenfalls dem nationalen Gericht, das Bestehen eines grenzüberschreitenden Interesses festzustellen [26]. In der vorliegenden Rechtssache liegen dem Gerichtshof ausreichende Anhaltspunkte für die Schlussfolgerung vor, dass der in Rede stehende öffentliche Auftrag tatsächlich ein grenzüberschreitendes Interesse weckt. Zum einen ist der geschätzte Auftragswert erheblich [27]. Zum anderen ist der Seehafen Klaipėda einer der größten und bedeutendsten Ostseehäfen. Ferner erfordern Bauarbeiten an der Seehafen-Kaianlage wie die, die den Gegenstand des hier in Rede stehenden Vergabeverfahrens bilden, große technische Fähigkeiten, über

20 — Vgl. entsprechend Urteil vom 18. Dezember 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, Rn. 25).

21 — Vgl. u. a. Urteile vom 10. Oktober 2013, Swm Costruzioni 2 und Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, Rn. 24 und die dort angeführte Rechtsprechung), und vom 16. April 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, Rn. 17 und die dort angeführte Rechtsprechung).

22 — Vgl. u. a. Urteile vom 19. Dezember 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce u. a. (C-159/11, EU:C:2012:817, Rn. 23), vom 10. Juli 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, Rn. 24), und vom 18. Dezember 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, Rn. 27).

23 — Vgl. erst kürzlich Urteil vom 14. Juli 2016, Promoimpresa u. a. (C-458/14 und C-67/15, EU:C:2016:558, Rn. 66 und die dort angeführte Rechtsprechung). Vgl. auch meine Schlussanträge in der Rechtssache Kommission/Finnland (C-195/04, EU:C:2007:28, Nr. 55).

24 — Urteil vom 16. April 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, Rn. 20).

25 — Vgl. Urteile vom 15. Mai 2008, SECAP und Santorso (C-147/06 und C-148/06, EU:C:2008:277, Rn. 24), und vom 17. November 2015, RegioPost (C-115/14, EU:C:2015:760, Rn. 51).

26 — Vgl. u. a. Urteile vom 23. Dezember 2009, Serrantoni und Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, Rn. 25), und vom 14. November 2013, Belgacom (C-221/12, EU:C:2013:736, Rn. 30 und die dort angeführte Rechtsprechung).

27 — Vgl. entsprechend Urteil vom 16. April 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, Rn. 20).

die nur eine begrenzte Anzahl von Unternehmen verfügen dürften. Schließlich wird die Attraktivität dieses öffentlichen Auftrags für ausländische Wirtschaftsteilnehmer dadurch dokumentiert, dass zwei nicht in Litauen ansässige Unternehmen Angebote eingereicht haben [28], von denen einem letztlich der Auftrag erteilt wurde.

38. Die Vorlagefragen müssen daher anhand der allgemeinen Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung, die sich aus den Art. 49 und 56 AEUV ergeben und bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen zu beachten sind, geprüft werden [29]. Da diese Artikel für einen Auftrag wie den im Ausgangsverfahren fraglichen gelten, hat die Seehafenbehörde das in ihnen niedergelegte Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und das Transparenzgebot zu beachten [30].

Die in Art. 24 Abs. 5 des Vergabegesetzes enthaltene Beschränkung hinsichtlich der Erteilung von Unteraufträgen (Frage 1 Buchst. a)

39. Unter Buchst. a der ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob das Unionsrecht einer nationalen Bestimmung wie Art. 24 Abs. 5 des Vergabegesetzes entgegensteht, nach der bei öffentlichen Bauaufträgen der Bieter selbst die vom Auftraggeber bestimmte „Hauptleistung“ zu erbringen hat.

40. Borta hat mit ihrer beim vorlegenden Gericht eingelegten Revision nicht die Rechtmäßigkeit dieser Beschränkung hinsichtlich der Erteilung von Unteraufträgen in Frage gestellt. Das vorlegende Gericht wirft diese Frage im Allgemeininteresse „von sich aus“ auf. Es ist tatsächlich nicht unmittelbar ersichtlich, ob der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens eine Unterbeauftragung umfasst. Ein auf der Grundlage eines Kooperationsvertrags von Projektpartnern eingereichtes Angebot kann im Erfolgsfall möglicherweise so zu verstehen sein, dass alle Kooperationspartner jeweils individuell Auftragnehmer im Rahmen des vom öffentlichen Auftraggeber erteilten Auftrags werden. In einer solchen Situation kommt es nicht zu einer Unterbeauftragung, die nur dann vorliegt, wenn der Auftrag (ganz oder teilweise) von Dritten ausgeführt wird, die nicht Vertragspartei des Hauptauftrags sind [31]. Umgekehrt kommt es bei einem Kooperationsvertrag von Projektpartnern zu Unterbeauftragungen, wenn nur einer der Partner formal als Bieter auftritt, der Auftrag aber von allen Partnern ausgeführt wird oder sie eine Arbeitsgemeinschaft bzw. Kooperationsgesellschaft gründen, die den Auftrag als Auftragnehmer anstelle der Partner selbst unterzeichnet. Über das von Borta eingereichte Angebot liegen nur beschränkte Informationen vor, und es ist nicht Aufgabe des Gerichtshofs, festzustellen, ob das betreffende Angebot Unterbeauftragungen umfasste.

41. Nach ständiger Rechtsprechung kann der Gerichtshof nicht über eine von einem nationalen Gericht zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage befinden, wenn offensichtlich ist, dass die Auslegung oder die Beurteilung der Gültigkeit einer Vorschrift des Unionsrechts, um die das vorlegende Gericht ersucht, in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht [32]. Dies trifft jedoch in dem in Rede stehenden Fall nicht zu. Ziff. 4.3 der Verdingungsunterlagen,

28 — Vgl. Urteile vom 15. Mai 2008, SECAP und Santorso (C-147/06 und C-148/06, EU:C:2008:277, Rn. 24), und vom 17. November 2015, RegioPost (C-115/14, EU:C:2015:760, Rn. 51).

29 — Vgl. u. a. Urteile vom 13. November 2007, Kommission/Irland (C-507/03, EU:C:2007:676, Rn. 26), und vom 10. Juli 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, Rn. 27). Der Gerichtshof hat vielfach entschieden, dass der Zweck der Koordinierung von Vergabeverfahren für öffentliche Aufträge auf Unionsebene genau darin besteht, die Hindernisse für den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr zu beseitigen und so die Interessen der in einem Mitgliedstaat ansässigen Handelsunternehmen zu schützen, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen öffentlichen Auftraggebern Waren und Dienstleistungen anbieten wollen (vgl. z. B. Urteile vom 3. Oktober 2000, University of Cambridge, C-380/98, EU:C:2000:529, Rn.16, vom 18. Oktober 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, Rn. 32, und vom 24. Januar 2008, Lianakis u. a., C-532/06, EU:C:2008:40, Rn. 39).

30 — Vgl. entsprechend Urteil vom 18. Dezember 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, Rn. 32 und die dort angeführte Rechtsprechung).

31 — Vgl. betreffend diesen Unterschied die Schlussanträge des Generalanwalts Jääskinen in der Rechtssache Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2015:558, Nr. 22).

32 — Vgl. u. a. Urteil vom 12. Mai 2011, Runevič-Vardyn und Wardyn (C-391/09, EU:C:2011:291, Rn. 33).

die den wesentlichen Streitpunkt des Ausgangsrechtsstreits bildet, enthält eine ausdrückliche Bezugnahme auf Art. 24 Abs. 5 des Vergabegesetzes. Vor diesem Hintergrund ist nicht zu erkennen, dass Frage 1 Buchst. a in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht, so dass diese Frage zulässig ist [33].

42. Ich komme jetzt zur Beantwortung der Frage.

43. Nach ständiger Rechtsprechung stehen die Art. 49 und 56 AEUV einer nationalen Regelung entgegen, die zwar ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit anwendbar ist, die aber geeignet ist, die Ausübung der durch diese Bestimmungen garantierten Freiheiten der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs durch die Unionsangehörigen zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen [34].

44. Für die Europäische Union besteht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens und im Zusammenhang mit der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit ein Interesse, dass die Beteiligung möglichst vieler Bieter an einer Ausschreibung sichergestellt wird, und zwar selbst dann, wenn keine Richtlinien über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen anwendbar sind [35]. Dies liegt auch im Interesse des öffentlichen Auftraggebers selbst, der so im Hinblick auf das wirtschaftlich günstigste und seinem Bedarf am besten entsprechende Angebot über eine größere Auswahl verfügt [36]. Eine der wichtigsten Funktionen des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Bietern und des sich daraus ergebenden Transparenzgebots liegt somit darin, in allen Mitgliedstaaten den freien Dienstleistungsverkehr und einen unverfälschten Wettbewerb sicherzustellen [37].

45. Unterbeauftragungen tragen zur Erreichung dieser Ziele bei, da sie kleine und mittelgroße Unternehmen ermutigen können, am Markt für die Vergabe öffentlicher Aufträge teilzunehmen und so die Anzahl der Bewerber zu erhöhen, an die potenziell ein öffentlicher Auftrag vergeben wird [38].

46. Im vorliegenden Fall wirkt sich eine Bestimmung wie Art. 24 Abs. 5 des Vergabegesetzes eindeutig beschränkend auf die Möglichkeit der in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen aus, ihre sich aus den Art. 49 und 56 AEUV ergebenden Rechte auszuüben, und zwar insofern, als die Bestimmung die Unternehmen, wenn sie ein Gebot für den Auftrag abgeben, daran hindert, die Ausführung der Gesamtheit oder eines Teils der vom öffentlichen Auftraggeber definierten „Hauptleistung“ auf Unterauftragnehmer zu übertragen oder ihre Dienste als Unterauftragnehmer für diesen Teil des Auftrags anzubieten. Wie die Kommission zutreffend feststellt, geht von Art. 24 Abs. 5 des Vergabegesetzes daher eine beschränkende Wirkung auf die Dienstleistungsfreiheit und die Niederlassungsfreiheit aus.

33 — Vgl. entsprechend Urteil vom 12. Mai 2011, Runevič-Vardyn und Wardyn (C-391/09, EU:C:2011:291, Rn. 34).

34 — Urteile vom 23. Dezember 2009, Serrantoni und Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, Rn. 41), und vom 10. Juli 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, Rn. 28 und die dort angeführte Rechtsprechung).

35 — Vgl. Urteile vom 23. Dezember 2009, CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, Rn. 37), vom 10. Juli 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, Rn. 29), und vom 11. Dezember 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino“ u. a. (C-113/13, EU:C:2014:2440, Rn. 51 und die dort angeführte Rechtsprechung).

36 — Urteil vom 23. Dezember 2009, CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, Rn. 37 und die dort angeführte Rechtsprechung).

37 — Urteil vom 10. Oktober 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, Rn. 28).

38 — Vgl. entsprechend Urteile vom 10. Oktober 2013, Swm Costruzioni 2 und Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, Rn. 34), und vom 14. Januar 2016, Ostas celtnieks (C-234/14, EU:C:2016:6, Rn. 24). Vgl. auch meine Schlussanträge in der Rechtssache Wrocław – Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2015:761, Nr. 30).

47. Eine solche Beschränkung kann jedoch gerechtfertigt sein, wenn sie ein legitimes Ziel des Allgemeininteresses verfolgt und soweit sie den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahrt, d. h. geeignet ist, die Erreichung dieses Ziels zu gewährleisten, und nicht über das hinausgeht, was hierzu erforderlich ist [39].

48. Die litauische Regierung führt aus, dass die Beschränkung hinsichtlich der in Rede stehenden Unterbeauftragungen eingefügt worden sei, um es öffentlichen Auftraggebern zu erleichtern, ihre Interessen zu schützen und sicherzustellen, dass an Unterauftragnehmer vergebene Arbeiten ordnungsgemäß ausgeführt würden. Die Beschränkung solle insbesondere der häufig auftretenden Situation Rechnung tragen, dass Wirtschaftsteilnehmer in der Vergangenheit in der Absicht an Ausschreibungen teilgenommen haben, den Hauptteil der auftragsgegenständlichen Arbeiten im Erfolgsfall an Unterauftragnehmer zu vergeben. Das Ergebnis seien häufig qualitativ minderwertige Arbeiten oder Schwierigkeiten im Zusammenhang mit ihrer Ausführung gewesen. Die litauische Regierung macht außerdem geltend, dass Art. 24 Abs. 5 des Vergabegesetzes der gemeinsamen Position entspreche, auf die man sich im Rat in Bezug auf ähnliche Fragen geeinigt und die insbesondere zu der Regelung geführt habe, die nunmehr mit Art. 79 Abs. 3 der Richtlinie 2014/25 vorliege [40]. In der Sitzung hat die Seehafenbehörde im Wesentlichen vorgetragen, sie habe ein legitimes Interesse daran, sicherzustellen, dass öffentliche Bauaufträge wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden, die für die nationale Sicherheit von strategischer Bedeutung seien, ordnungsgemäß ausgeführt würden.

49. Ein öffentlicher Auftraggeber darf dafür Sorge tragen, dass ein öffentlicher Bauauftrag ordnungsgemäß und effizient ausgeführt wird [41]. Dies gilt insbesondere, wenn die fraglichen Arbeiten als im Interesse der nationalen Sicherheit liegend und in diesem Sinne erforderlich angesehen werden. Denn es handelt sich um einen Belang, der gemäß Art. 4 Abs. 2 EUV zu den wesentlichen staatlichen Funktionen gehört, die von der Union zu achten sind [42]. Somit hat ein Bieter gegebenenfalls den Nachweis zu erbringen, dass er tatsächlich über die ihm nicht selbst gehörenden und zur Erfüllung des Vertrags erforderlichen Mittel der Rechtssubjekte oder Unternehmen, auf die er sich stützt, verfügt [43]. Demgemäß ist der öffentliche Auftraggeber berechtigt, den Einsatz von Unterauftragnehmern zu verbieten, deren Kapazitäten bei der Prüfung der Angebote und der Auswahl des Auftragnehmers für die Ausführung der wesentlichen Teile des Auftrags nicht überprüft werden konnten. [44]

50. Allerdings erscheint die Beschränkung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, die durch Art. 24 Abs. 5 des Vergabegesetzes auferlegt wird, gegenüber diesem Ziel nicht verhältnismäßig.

51. Erstens gilt die betreffende Beschränkung selbst dann, wenn der öffentliche Auftraggeber tatsächlich in der Lage ist, im Verlauf des Vergabeverfahrens die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von Unterauftragnehmern zu überprüfen. Eine Alternative zu dieser Beschränkung wäre (zum Beispiel) gewesen, den Hauptauftragnehmer zu verpflichten, bei Einreichung seines

39 — Vgl. u. a. Urteile vom 27. Oktober 2005, Contse u. a. (C-234/03, EU:C:2005:644, Rn. 25), und vom 10. Juli 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, Rn. 31). Vgl. zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wie er als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts im Kontext von Auftragsvergabeverfahren, die nicht unter die Richtlinie 2004/17 oder die Richtlinie 2004/18 fallen, Anwendung findet, auch Urteil vom 22. Oktober 2015, Impresa Edilux und SICEF (C-425/14, EU:C:2015:721, Rn. 29).

40 — Die Richtlinie 2004/17 enthält keine dieser Regelung vergleichbare Bestimmung.

41 — Vgl. entsprechend Urteil vom 14. Juli 2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu C-406/14 (EU:C:2016:562, Rn. 34 und die dort angeführte Rechtsprechung). Vgl. auch meine Schlussanträge in dieser Rechtssache (EU:C:2015:761, Nr. 32 und die dort angeführte Rechtsprechung).

42 — Ob Erwägungen der nationalen Sicherheit eine Beschränkung von Grundsätzen des Vertrags rechtfertigen, die für die vorliegende Rechtssache von Bedeutung sind, ist eine andere Frage, die hier nicht geklärt zu werden braucht.

43 — Vgl. entsprechend Urteil vom 7. April 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, Rn. 37 und die dort angeführte Rechtsprechung).

44 — Vgl. entsprechend Urteile vom 18. März 2004, Siemens und ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, Rn. 45), und vom 14. Juli 2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562, Rn. 34).

Angebots Unterauftragnehmer zu benennen und nachzuweisen, dass ihm die Mittel der für die Vertragsausführung erforderlichen Unterauftragnehmer tatsächlich zur Verfügung stehen und dass die betreffenden Unterauftragnehmer für die Ausführung der Arbeiten, die der Hauptauftragnehmer ihnen anvertrauen möchte, geeignet sind.

52. Zweitens ist Art. 24 Abs. 5 sowohl *zu starr* als auch *zu unbestimmt*, um der Verhältnismäßigkeitsprüfung standzuhalten. Auch wenn den öffentlichen Auftraggebern bei der Festlegung dessen, was bezogen auf den einzelnen Auftrag als „Hauptleistung" anzusehen ist, ein Spielraum zusteht, ist die sich aus dieser Bestimmung ergebende Beschränkung doch besonders weit gefasst. Sie gilt unabhängig vom Gegenstand des öffentlichen Bauauftrags und bindet öffentliche Auftraggeber bei Erteilung jeglicher Art von öffentlichem Bauauftrag, und zwar selbst dann, wenn die öffentlichen Auftraggeber der Auffassung sein sollten, dass es keinen offensichtlichen Grund gibt, überhaupt eine solche Beschränkung aufzuerlegen.

53. Wie von der Kommission ausgeführt, unterscheidet sich die in Art. 24 Abs. 5 des Vergabegesetzes niedergelegte Beschränkung in Bezug auf Unterbeauftragungen in dieser Hinsicht von Art. 79 Abs. 3 der Richtlinie 2014/25. Diese Bestimmung *erlaubt* es lediglich einem öffentlichen Auftraggeber, insbesondere vorzuschreiben, dass bestimmte *kritische* Arbeiten direkt vom Bieter selbst ausgeführt werden. Öffentliche Auftraggeber können und dürfen also selbst beurteilen, ob eine solche Beschränkung nach den Umständen angezeigt ist. Hieraus folgt, dass selbst dann, wenn, wie die litauische Regierung vorträgt, Art. 24 Abs. 5 des Vergabegesetzes als eine Bestimmung anzusehen sein sollte, durch die Art. 79 Abs. 3 der Richtlinie 2014/25 in litauisches Recht umgesetzt wird[45], diese Umsetzung doch als fehlerhaft anzusehen wäre.

54. Aus diesen Gründen bin ich der Auffassung, dass im Kontext eines öffentlichen Auftrags, der nicht unter die Richtlinie 2004/17 oder die Richtlinie 2004/18 fällt, an dem jedoch ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht, das Verbot einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und das Transparenzgebot, die sich aus den Art. 49 und 56 AEUV ergeben, einer nationalen Regelung wie der in Art. 24 Abs. 5 des Vergabegesetzes entgegenstehen, wonach der Bieter die vom Auftraggeber bestimmte „Hauptleistung" selbst zu erbringen hat, ohne dass dieser Teil des Auftrags Gegenstand einer Unterbeauftragung sein kann.

Rechtmäßigkeit von Ziff. 4.3 der Verdingungsunterlagen (Frage 1 Buchst. b)

55. Unter Buchst. b der ersten Vorlagefrage wird das Problem aufgeworfen, ob das Unionsrecht Verdingungsunterlagen entgegensteht, die vorschreiben, dass dann, wenn Kooperationspartner anbieten, ihre beruflichen Kapazitäten durch Einreichung eines gemeinsamen Angebots zu kumulieren, eine zahlenmäßige Entsprechung zwischen dem Teil des Auftrags, den jeder Kooperationspartner erbringt, und seinem jeweiligen Beitrag zur Erfüllung einer die Berufserfahrung betreffenden Anforderung.

56. Ziff. 4.3 der Verdingungsunterlagen, die Gegenstand des Rechtsstreits vor dem nationalen Gericht ist, betrifft die Vergabe des öffentlichen Auftrags. Diese Spezifikation muss in Verbindung mit Ziff. 4.2.3 der Verdingungsunterlagen gelesen werden, die vorschreibt, dass in von Kooperationspartnern eingereichten Angeboten eine Angabe darüber enthalten sein muss, welche Verpflichtungen von den jeweiligen Beteiligten übernommen (bzw. Arbeiten oder Dienstleistungen von ihnen ausgeführt) werden und welchen Prozentanteil diese Verpflichtungen ausmachen. So kann der öffentliche Auftraggeber bei der Prüfung der Angebote und der Auswahl des erfolgreichen Bieters feststellen, dass jeder Kooperationspartner für einen bestimmten Teil der Arbeiten oder Dienstleistungen verantwortlich ist, der seinem Beitrag zu der die Berufserfahrung betreffenden Anforderung in Ziff. 3.2.1 der Verdingungsunterlagen entspricht.

45 — Siehe oben, Nr. 25.

57. Die von mir oben dargestellten Grundsätze betreffend Unterbeauftragungen gelten gleichermaßen für durch Kooperationsvertrag verbundene Projektpartner, die ihre Kapazitäten kumulieren [46].

58. Meiner Auffassung nach ist eine Anforderung wie die in Ziff. 4.3 der Verdingungsunterlagen enthaltene geeignet, den Handlungsspielraum von Kooperationspartnern einzuschränken. Sie hat nicht nur Auswirkungen darauf, wie solche Partner zum Zeitpunkt der Einreichung ihres gemeinschaftlichen Angebots ihre Aufgaben und Verantwortlichkeiten untereinander aufteilen, sondern hindert sie auch daran, ihre jeweiligen Beiträge zur Ausführung des Bauauftrags zu einem späteren Zeitpunkt zu ändern, wenn ihnen der Auftrag zugeschlagen wird.

59. Daher kann die in Ziff. 4.3 der Verdingungsunterlagen niedergelegte Anforderung eine abschreckende Wirkung auf in anderen Mitgliedstaaten ansässige Wirtschaftsteilnehmer ausüben. Sie wird sich auf Wirtschaftsteilnehmer auswirken, die sich in dem betreffenden Mitgliedstaat durch die Gründung eines festen Konsortiums, das möglicherweise aus in- und ausländischen Unternehmen gebildet wird, niederlassen wollen. Sie wird außerdem eine Wirkung auf Wirtschaftsteilnehmer ausüben, die beabsichtigen, ihre Leistungen durch Beitritt zu derartigen bereits bestehenden Konsortien anzubieten, um sich leichter an Ausschreibungen der öffentlichen Auftraggeber dieses Mitgliedstaats beteiligen zu können [47]. Eine solche Spezifikation stellt daher eine Beschränkung im Sinne der Art. 49 und 56 AEUV dar.

60. Die Seehafenbehörde und die litauische Regierung machen im Wesentlichen geltend, durch Ziff. 4.3 der Verdingungsunterlagen solle lediglich sichergestellt werden, dass jeder der Kooperationspartner über die berufliche Leistungsfähigkeit verfüge, um den in seiner Verantwortung liegenden Teil des öffentlichen Bauauftrags auszuführen.

61. Ich habe bereits darauf hingewiesen, dass das Ziel der Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Ausführung eines öffentlichen Auftrags eine (diskriminierungsfreie) Beschränkung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit rechtfertigen kann [48]. Die aufgrund eines Kooperationsvertrags tätigen Projektpartner sind möglicherweise in der Lage, die die berufliche Leistungsfähigkeit (einschließlich Berufserfahrung) betreffende(n) Bedingung(en), die der öffentliche Auftraggeber aufgestellt hat, gemeinschaftlich zu erfüllen, wenn sie ein Angebot einreichen. Hierdurch ist jedoch nicht gewährleistet, dass die jeweiligen Partner künftig tatsächlich mit denjenigen konkreten Aufgaben betraut werden, bezüglich deren ihre berufliche Leistungsfähigkeit vor Auftragsvergabe überprüft worden ist. Die Art. 49 und 56 AEUV hindern einen Auftraggeber daher nicht grundsätzlich daran, vorzuschreiben, dass Angebote, die von durch einen Kooperationsvertrag verbundenen Projektpartnern eingereicht werden, Angaben darüber enthalten müssen, wie die verschiedenen Aufgaben unter den Kooperationspartnern aufgeteilt sein werden, zu prüfen, inwieweit der jeweilige Kooperationspartner die in seiner Verantwortung liegenden Aufgaben zu erfüllen in der Lage ist, und zu überwachen, dass jeder Kooperationspartner nach Auftragsvergabe die Aufgaben, für die seine berufliche Leistungsfähigkeit nachgewiesen wurde, ordnungsgemäß erfüllt [49].

62. Ziff. 4.3 der hier in Rede stehenden Verdingungsunterlagen ist jedoch nicht geeignet, dieses Ziel zu erreichen.

63. Diese Regelung schreibt vor, dass zwischen dem Beitrag eines jeden Kooperationspartners in Bezug auf die unter Ziff. 3.2.1 niedergelegte Anforderung der Berufserfahrung und dem „Volumen“ (finanziellen Wert) der Arbeiten, die der betreffende Partner im Rahmen der Vertragserfüllung tatsächlich ausführt, eine rechnerische Entsprechung gegeben sein muss.

46 — Siehe Nrn. 43 bis 45, 47 und 49 der vorliegenden Schlussanträge.

47 — Vgl. entsprechend Urteil vom 23. Dezember 2009, Serrantoni und Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, Rn. 42).

48 — Siehe Nr. 49 der vorliegenden Schlussanträge

49 — Der zugrunde liegende Gedanke ist hier derselbe wie im Kontext von Unterbeauftragungen. Siehe Nr. 49 der vorliegenden Schlussanträge und die in den Fn. 43 und 44 entsprechend angeführte Rechtsprechung.

64. Wie die Kommission zutreffend anführt, weist diese Spezifikation *keinen Bezug* zu den *konkreten Arbeiten oder Dienstleistungen* auf, die für die ordnungsgemäße Erfüllung des betreffenden öffentlichen Auftrags erforderlich sind. Beispielsweise mag jeder durch einen Kooperationsvertrag verbundene Projektpartner in der Lage sein, nachzuweisen, dass er im Laufe der letzten fünf Jahre Erfahrungen im Bereich Bau oder Instandsetzung von Seehafen-Kaianlagen gesammelt hat. Gemeinschaftlich erfüllen die Kooperationspartner also die unter Ziff. 3.2.1 der Verdingungsunterlagen niedergelegte Anforderung betreffend die Berufserfahrung. Jeder Einzelne von ihnen hat sich jedoch vielleicht auf einen anderen Aspekt des Baus von Seehafen-Kaianlagen spezialisiert, wie etwa das Ausbaggern von Hafenbecken, das Legen von Fundamenten, die Errichtung von Stahlspundwänden oder die Lieferung und Montage von Ausstattungen für Seehafen-Kaianlagen. Die in Ziff. 4.3 niedergelegte Anforderung hindert einen einzelnen Kooperationspartner nicht, bestimmte Arbeiten auszuführen, bezüglich deren er tatsächlich über keine spezifische Erfahrung verfügt (auch wenn die betreffenden Arbeiten rechnerisch möglicherweise seinem Beitrag an der Erfüllung der in Ziff. 3.2.1 der Verdingungsunterlagen enthaltenen Anforderung entsprechen und daher deren Ziff. 4.3 genügen).

65. Ich vertrete daher den Standpunkt, dass das Ziel der Sicherstellung der ordnungsgemäßen Ausführung des öffentlichen Auftrags in einer Situation wie der im Ausgangsrechtsstreit nicht die sich aus Ziff. 4.3 der Verdingungsunterlagen ergebende Beschränkung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit rechtfertigen kann. Dies gilt umso mehr, als bereits Arbeiten, die lediglich einen kleinen Teil des Gesamtwerts des Auftrags ausmachen, von entscheidender Bedeutung für seine ordnungsgemäße Ausführung sein können [50].

66. Die Seehafenbehörde macht geltend, zur Wahrung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter und des Transparenzgebots sei es erforderlich, dass nur solche beruflichen Kapazitäten, die tatsächlich bei der Ausführung des öffentlichen Auftrags zum Einsatz kämen, bei der Prüfung der beruflichen Leistungsfähigkeit der einzelnen Kooperationspartner berücksichtigt werden dürften.

67. Obwohl die besagten Ziele legitim sind [51], greift dieses Argument nicht durch. In Beantwortung einer vom Gerichtshof in der Sitzung gestellten Frage hat die Seehafenbehörde erläutert, dass die Verdingungsunterlagen Kooperationspartner, die auf der Grundlage eines Kooperationsvertrags ein Angebot einreichten, ebenso wie andere Bieter nicht daran hinderten, für die Ausführung des öffentlichen Bauauftrags (abgesehen von der „Hauptleistung“) Unterbeauftragte einzusetzen, und dass die Berufserfahrung der Unterauftragnehmer unter diesen Umständen bei der Einreichung des gemeinschaftlichen Angebots *nicht* habe angegeben werden müssen. Daher stellten die im Ausgangsrechtsstreit in Rede stehenden Verdingungsunterlagen entgegen den Ausführungen der Seehafenbehörde tatsächlich nicht sicher, dass berufliche Kapazitäten, von denen die Kooperationspartner bei der Einreichung des gemeinschaftlichen Angebots angegeben hatten, dass sie über sie verfügten, und die der öffentliche Auftraggeber überprüft hatte, tatsächlich zum Einsatz kommen, um den in Rede stehenden öffentlichen Bauauftrag auszuführen.

68. Ich gelange daher zu dem Ergebnis, dass das Verbot einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und das Transparenzgebot, die sich aus den Art. 49 und 56 AEUV ergeben, im Kontext eines öffentlichen Auftrags im Wert unterhalb des in der Richtlinie 2004/17 oder in der Richtlinie 2004/18 niedergelegten Schwellenwerts, an dem jedoch ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht, einer Spezifikation wie der unter Ziff. 4.3 der hier in Rede stehenden Verdingungsunterlagen entgegenstehen, wonach dann, wenn Kooperationspartner ihre

50 — Zum Beispiel das Abdichten einer Infrastrukturanlage gegen Wasser.

51 — Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 23. Dezember 2009, Serrantoni und Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, Rn. 31 und 32 und die dort angeführte Rechtsprechung), und vom 22. Oktober 2015, Impresa Edilux und SICEF (C-425/14, EU:C:2015:721, Rn. 36).

beruflichen Kapazitäten durch Einreichung eines gemeinschaftlichen Angebots bündeln, eine rechnerische Entsprechung zwischen dem Teil des Auftrags, den der jeweilige Kooperationspartner ausführt, und seinem Beitrag zur Erfüllung einer die Berufserfahrung betreffenden Anforderung bestehen muss.

Rechtmäßigkeit der an Ziff. 4.3 der Verdingungsunterlagen im Laufe des Auftragsvergabeverfahrens vorgenommenen Änderungen (Frage 2)

69. Hindern der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Verbot einer Diskriminierung aus Gründen der Staatangehörigkeit, die sich aus den Art. 49 und 56 AEUV ergeben, sowie das daraus folgende Transparenzgebot die Seehafenbehörde, Ziff. 4.3 der Verdingungsunterlagen wie geschehen zu ändern?

70. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Auslegung von Art. 2 der Richtlinie 2004/18 hält für die Beantwortung dieser Frage nützliche Hinweise bereit. Nach dieser Bestimmung behandeln „[d]ie öffentlichen Auftraggeber … alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend und gehen in transparenter Weise vor“. Diese Bestimmung basiert daher auf dem Gleichbehandlungsgrundsatz, dem Diskriminierungsverbot und dem Transparenzgebot, die sich aus dem AEU-Vertrag ergeben [52].

71. Demgemäß hat der Gerichtshof entschieden, dass sowohl der Gleichbehandlungsgrundsatz als auch die daraus folgende Verpflichtung zur Transparenz gebieten, dass der Gegenstand eines jeden Auftrags sowie die Kriterien für seine Vergabe vom Beginn des Vergabeverfahrens an klar bestimmt sein müssen [53]. Gleichbehandlung erfordert, dass die Bieter bei der Abfassung ihrer Angebote gleiche Chancen haben, was voraussetzt, dass die Angebote aller Bieter den gleichen Bedingungen unterworfen sein müssen [54]. Außerdem soll die Verpflichtung zur Transparenz die Gefahr von Günstlingswirtschaft oder von willkürlichen Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers ausschließen. Alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens müssen daher in der Bekanntmachung oder im Lastenheft klar, genau und eindeutig formuliert sein, damit erstens alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt deren genaue Bedeutung verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können und zweitens der Auftraggeber imstande ist, tatsächlich zu überprüfen, ob die Angebote der Bieter die für den betreffenden Auftrag geltenden Kriterien erfüllen [55].

72. Daher kann ein öffentlicher Auftraggeber nicht – auch nicht durch Berichtigungen – den Umfang der wesentlichen Bedingungen des Auftrags verändern, wie sie in den Verdingungsunterlagen formuliert sind und auf die die interessierten Wirtschaftsteilnehmer bei ihrer Entscheidung, ob sie die Einreichung eines Angebot vorbereiten oder aber auf eine Teilnahme am Verfahren über die Vergabe des fraglichen Auftrags verzichten, vertraut haben [56].

73. Dieselben Grundsätze gelten, wenn ein nicht der Richtlinie 2004/18 unterliegender Auftrag von eindeutigem grenzüberschreitendem Interesse ist. Im Urteil Enterprise Focused Solutions [57] hat der Gerichtshof befunden, dass ein öffentlicher Auftraggeber nach der Veröffentlichung einer Vergabebekanntmachung eine technische Spezifikation, die sich auf einen Bestandteil des Auftrags bezieht, nicht unter Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, das Diskriminierungsverbot und die Transparenzpflicht ändern kann [58]. Dies stimmt mit anderen Urteilen überein, in denen der

52 — Urteil vom 7. September 2016, Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634, Rn. 34).

53 — Urteile vom 10. Dezember 2009, Kommission/Frankreich (C-299/08, EU:C:2009:769, Rn. 41), und vom 10. Mai 2012, Kommission/Niederlande (C-368/10, EU:C:2012:284, Rn. 56).

54 — Urteil vom 6. November 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, Rn. 44).

55 — Vgl. u. a. Urteil vom 6. November 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, Rn. 44 und die dort angeführte Rechtsprechung), sowie vom 10. Mai 2012, Kommission/Niederlande (C-368/10, EU:C:2012:284, Rn. 88).

56 — Urteil vom 10. Mai 2012, Kommission/Niederlande (C-368/10, EU:C:2012:284, Rn. 55).

57 — Urteil vom 16. April 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228).

58 — Urteil vom 16. April 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, Rn. 29).

Gerichtshof klargestellt hat, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Transparenzgebot der Änderung eines Angebots nach dessen Einreichung grundsätzlich entgegenstehen, und zwar unabhängig davon, ob dies auf Betreiben des öffentlichen Auftraggebers oder des betreffenden Bieters geschieht, es sei denn, die Änderung dient der Berichtigung eines offensichtlichen sachlichen Fehlers oder der Klarstellung einer im Angebot enthaltenen Detailinformation [59].

74. Im vorliegenden Fall hat die Seehafenbehörde gegen diese Grundsätze verstoßen, indem sie die Regelung unter Ziff. 4.3 der Verdingungsunterlagen zweimal änderte.

75. Erstens können die betreffenden Änderungen, wie von der Kommission vorgetragen, nicht als geringfügige Klarstellungen der besagten Bestimmung oder als Berichtigung eines redaktionellen Versehens angesehen werden. Laut der ursprünglichen Fassung von Ziff. 4.3 konnte die unter Ziff. 3.2.1 der Verdingungsunterlagen niedergelegte Anforderung zur Berufserfahrung eindeutig entweder durch mindestens einen der Kooperationspartner *oder* durch alle Kooperationspartner gemeinschaftlich erfüllt werden. Beide Änderungen (vom 24. April 2014 und vom 9. Mai 2014) führten Beschränkungen hinsichtlich des Nachweises der beruflichen Leistungsfähigkeit im Fall des gemeinsamen Auftretens als Kooperationspartner ein. Diese Beschränkungen waren eindeutig nicht Bestandteil der ursprünglichen Fassung der betreffenden Bestimmung. Im Gegenteil, sie änderten sogar den wesentlichen Inhalt von Ziff. 4.3 der Verdingungsunterlagen, auf deren Inhalt die betreffenden Wirtschaftsteilnehmer bereits bei ihrer Entscheidung, ein Angebot vorzubereiten oder nicht am Vergabeverfahren teilzunehmen, vertrauen durften. Deshalb teile ich nicht die Ansicht der Seehafenbehörde, dass verständige Bieter mit den betreffenden Änderungen rechnen konnten.

76. Ferner hat die Seehafenbehörde keine objektive Rechtfertigung dafür vorgetragen, dass sie nach der ersten Ausschreibung zwei Mal erhebliche Änderungen von Ziff. 4.3 der Verdingungsunterlagen vorgenommen hat. Auch wenn dies letztlich vom vorlegenden Gericht als alleinigem Tatrichter festzustellen sein wird, deutet doch nichts in den dem Gerichtshof vorliegenden Akten darauf hin, dass diese Änderungen durch eine seit der Ausschreibung eingetretene grundlegende Veränderung der Umstände, unter denen der betreffende Auftrag zu vergeben oder zu erfüllen war, erforderlich geworden wären.

77. Es sind Umstände vorstellbar, unter denen eine solche grundlegende Veränderung eintreten könnte und der öffentliche Auftraggeber vor dem Dilemma stünde, entweder das Ausschreibungsverfahren wieder von vorn zu beginnen oder die Verdingungsunterlagen zu ändern. Beide Lösungen wären mit Nachteilen in Gestalt von vergeblich aufgewendeten Kosten für diejenigen verbunden, die bereits an dem ursprünglichen Ausschreibungsverfahren teilgenommen hatten; zudem würden sich offensichtliche Probleme ergeben, insbesondere mit Blick auf eine Missbrauchs- oder Manipulationsgefahr, das Erfordernis von Transparenz und Gleichbehandlung von (potenziellen) Bietern sowie der (möglichen) Erstattung von vergeblich aufgewendeten Kosten (oder eines Teils davon). Glücklicherweise muss der Gerichtshof hier zu keinem dieser schwierigen Punkte eine Entscheidung treffen, und ich beabsichtige auch nicht, diesen Fragen weiter nachzugehen.

78. Ich gelange zu dem Ergebnis, dass unter Umständen wie denen des vorliegenden Falles das Verbot einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und das Transparenzgebot, die sich aus den Art. 49 und 56 AEUV ergeben, Änderungen von Verdingungsunterlagen wie den im Ausgangsrechtsstreit entgegenstehen, mit denen Beschränkungen hinsichtlich des Nachweises der beruflichen Leistungsfähigkeit durch Kooperationspartner eingeführt werden, die in der ursprünglichen Fassung der Verdingungsunterlagen eindeutig nicht enthalten waren.

59 — Vgl. u. a. Urteil vom 10. Oktober 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, Rn. 31 und 32).

79. Dieses Ergebnis wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Änderungen vor der Einreichung eines Angebots vorgenommen wurden oder dass die Seehafenbehörde sowohl die Änderungen im *Amtsblatt der Europäischen Union* veröffentlicht als auch die Angebotseinreichungsfrist verlängert hat. Wie bereits erläutert, haben die späteren Änderungen von Ziff. 4.3 der Verdingungsunterlagen durch die Seehafenbehörde zu einer wesentlichen Änderung der Bedingungen für die Einreichung eines Angebots durch Kooperationspartner geführt, ohne dass hierfür ein sachlicher Grund vorlag [60].

80. Schließlich möchte ich hervorheben, dass die hier von mir vorgenommene Analyse auf der konkreten Sachlage basiert, die dem Ausgangsrechtsstreit zugrunde liegt. Sie präjudiziert daher in keiner Weise die Beurteilung der Frage, wie sich der Gleichbehandlungsgrundsatz, das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot, die aus dem AEU-Vertrag folgen, bei Vorliegen anderer Umstände auswirken würden.

Ergebnis

81. Nach alledem bin ich der Auffassung, dass der Gerichtshof die Fragen des Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Oberster Gerichtshof von Litauen) wie folgt beantworten sollte:

1. Im Kontext eines öffentlichen Auftrags, der nicht unter die 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 oder die 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 fällt, an dem jedoch ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht, sind das Verbot einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und das Transparenzgebot, die sich aus den Art. 49 und 56 AEUV ergeben, so auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung wie der in Art. 24 Abs. 5 des Vergabegesetzes entgegenstehen, wonach der Bieter die vom Auftraggeber bestimmte „Hauptleistung“ selbst zu erbringen hat, ohne dass dieser Teil des Auftrags Gegenstand einer Unterbeauftragung sein kann.

2. In demselben Kontext stehen das Verbot einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und das Transparenzgebot, die sich aus den Art. 49 und 56 AEUV ergeben, einer Spezifikation wie der unter Ziff. 4.3 der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Verdingungsunterlagen entgegen, wonach dann, wenn Kooperationspartner ihre beruflichen Kapazitäten durch Einreichung eines gemeinschaftlichen Angebots bündeln, eine rechnerische Entsprechung zwischen dem Teil des Auftrags, der von dem jeweiligen Kooperationspartner ausgeführt wird, und seinem Beitrag zur Erfüllung einer die Berufserfahrung betreffenden Anforderung bestehen muss.

3. Das Verbot einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und das Transparenzgebot, die sich aus den Art. 49 und 56 AEUV ergeben, stehen Änderungen von Verdingungsunterlagen, wie sie Gegentand des Ausgangsrechtsstreits sind, entgegen, mit denen ohne objektive Rechtfertigung Beschränkungen hinsichtlich des Nachweises der beruflichen Leistungsfähigkeit durch Kooperationspartner eingeführt werden, die in der ursprünglichen Fassung der Verdingungsunterlagen eindeutig nicht enthalten waren.

60 — Siehe oben, Nrn. 75 und 76.