Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Vierte Kammer)

20. Dezember 2017*

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Öffentliche Bauaufträge – Richtlinie 2004/18/EG – Art. 45 Abs. 2 und 3 – Voraussetzungen des Ausschlusses von der Teilnahme am Vergabeverfahren – Erklärung, dass keine rechtskräftigen Verurteilungen gegen ehemalige Verwaltungsratsmitglieder der Bietergesellschaft vorliegen – Strafbares Verhalten eines ehemaligen Verwaltungsratsmitglieds – Strafrechtliche Verurteilung – Vollständige und tatsächliche Distanzierung des Bieterunternehmens von diesem Verwaltungsratsmitglied – Nachweis – Beurteilung der Anforderungen an diese Pflicht durch den öffentlichen Auftraggeber“

In der Rechtssache C-178/16

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht vom Consiglio di Stato (Staatsrat, Italien) mit Entscheidung vom 1. Dezember 2015, beim Gerichtshof eingegangen am 24. März 2016, in dem Verfahren

Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA,

Guerrato SpA

gegen

Provincia autonoma di Bolzano,

Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture (ACP),

Autorità nazionale anticorruzione (ANAC),

Beteiligte:

Società Italiana per Condotte d’Acqua SpA,

Inso Sistemi per le Infrastrutture Sociali SpA

erlässt

DER GERICHTSHOF (Vierte Kammer)

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

Generalanwalt: M. Campos Sánchez-Bordona,

* Verfahrenssprache: Italienisch.

Kanzler: L. Hewlett, Hauptverwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 5. April 2017,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

– der Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA und der Guerrato SpA, vertreten durch M. A. Sandulli und L. Antonini, avvocati,

– der Provincia autonoma di Bolzano und der Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture (ACP), vertreten durch C. Guccione, avvocato, Rechtsanwältin R. von Guggenberg sowie L. Fadanelli, A. Roilo und S. Bikircher, avvocati,

– der Società Italiana per Condotte d'acqua SpA, vertreten durch A. Guarino und C. Martelli, avvocati,

– der italienischen Regierung, vertreten durch G. Palmieri als Bevollmächtigte im Beistand von C. Pluchino und P. Grasso, avvocati dello Stato,

– der Europäischen Kommission, vertreten durch G. Gattinara und A. Tokár als Bevollmächtigte,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 21. Juni 2017

folgendes

Urteil

1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 45 Abs. 2 Unterabs. 1 Buchst. c und g und Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. 2004, L 134, S. 114) sowie bestimmter allgemeiner Grundsätze des Unionsrechts.

2 Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits, in dem die Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA (im Folgenden: Mantovani) und die Guerrato SpA – wobei Mantovani im eigenen Namen und als federführende Bevollmächtigte der mit Guerrato zu bildenden Bietergemeinschaft handelt – der Provincia autonoma di Bolzano (Autonome Provinz Bozen, Italien, im Folgenden: Provinz Bozen), der Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture (ACP) (Agentur für die Verfahren und die Aufsicht im Bereich öffentliche Bau-, Dienstleistungs- und Lieferaufträge [ACP]) und der Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) (Nationale Antikorruptionsbehörde [ANAC]) gegenüberstehen und in dem es um den Ausschluss von Mantovani von dem Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrags geht, der die Finanzierung, die endgültige und ausführende Planung, die Errichtung und die Verwaltung der neuen Justizvollzugsanstalt Bozen zum Gegenstand hat.

Rechtlicher Rahmen

Unionsrecht

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

„Die Vergabe von Aufträgen in den Mitgliedstaaten auf Rechnung des Staates, der Gebietskörperschaften und anderer Einrichtungen des öffentlichen Rechts ist an die Einhaltung der im Vertrag niedergelegten Grundsätze gebunden, insbesondere des Grundsatzes des freien Warenverkehrs, des Grundsatzes der Niederlassungsfreiheit und des Grundsatzes der Dienstleistungsfreiheit sowie der davon abgeleiteten Grundsätze wie z. B. des Grundsatzes der Gleichbehandlung, des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung, des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung, des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und des Grundsatzes der Transparenz. …“

4 Art. 45 („Persönliche Lage des Bewerbers bzw. Bieters“) der Richtlinie 2004/18 sieht vor:

„(1) Ein Bewerber oder Bieter ist von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren auszuschließen, wenn der öffentliche Auftraggeber Kenntnis davon hat, dass dieser Bewerber oder Bieter aus einem der nachfolgenden Gründe rechtskräftig verurteilt worden ist:

…

Zum Zwecke der Anwendung dieses Absatzes verlangen die öffentlichen Auftraggeber gegebenenfalls von den Bewerbern oder Bietern die Vorlage der in Absatz 3 genannten Unterlagen, und sie können die nach ihrem Ermessen erforderlichen Informationen über die persönliche Lage dieser Bewerber oder Bieter bei den zuständigen Behörden einholen, wenn sie Bedenken in Bezug auf die persönliche Lage dieser Bewerber oder Bieter haben. Betreffen die Informationen einen Bewerber oder Bieter, der in einem anderen Staat als der öffentliche Auftraggeber ansässig ist, so kann dieser die zuständigen Behörden um Mitarbeit ersuchen. Nach Maßgabe des nationalen Rechts des Mitgliedstaats, in dem der Bewerber oder Bieter ansässig ist, betreffen diese Ersuchen juristische und/oder natürliche Personen, gegebenenfalls auch die jeweiligen Unternehmensleiter oder jede andere Person, die befugt ist, den Bewerber oder Bieter zu vertreten, in seinem Namen Entscheidungen zu treffen oder ihn zu kontrollieren.

(2) Von der Teilnahme am Vergabeverfahren kann jeder Wirtschaftsteilnehmer ausgeschlossen werden,

…

c) [der] aufgrund eines nach den Rechtsvorschriften des betreffenden Landes rechtskräftigen Urteils wegen eines Deliktes bestraft worden [ist], das [seine] berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt;

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

…

g) [der] sich bei der Erteilung von Auskünften, die gemäß diesem Abschnitt eingeholt werden können, in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht oder diese Auskünfte nicht erteilt [hat].

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

(3) Als ausreichenden Nachweis dafür, dass die in Absatz 1 und Absatz 2 Buchstaben a, b, c, e oder f genannten Fälle auf den Wirtschaftsteilnehmer nicht zutreffen, akzeptiert der öffentliche Auftraggeber

a) im Fall von Absatz 1 und Absatz 2 Buchstaben a, b und c einen Auszug aus dem Strafregister oder – in Ermangelung eines solchen – eine gleichwertige Urkunde einer zuständigen Gerichts- oder Verwaltungsbehörde des Ursprungs- oder Herkunftslands, aus der hervorgeht, dass diese Anforderungen erfüllt sind;

…“

Italienisches Recht

5 Das Decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (Gesetzesdekret Nr. 163/2006 zur Schaffung eines Gesetzbuchs über öffentliche Bau-, Dienstleistungs- und Lieferaufträge in Umsetzung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG) vom 12. April 2006 (Supplemento ordinario zur GURI Nr. 100 vom 2. Mai 2006) in der durch das Decreto-legge n. 70 (Gesetzesdekret Nr. 70) vom 13. Mai 2011 (GURI Nr. 110 vom 13. Mai 2011, S. 1) geänderten Fassung, in ein Gesetz umgewandelt durch das Gesetz Nr. 106 vom 12. Juli 2011 (GURI Nr. 160 vom 12. Juli 2011, S. 1, im Folgenden: Gesetzesdekret Nr. 163/2006), regelt in Italien umfassend die Vergabeverfahren für öffentliche Aufträge im Bau-, Dienstleistungs- und Liefersektor.

6 Das Gesetzesdekret Nr. 163/2006 enthält in seinem Teil II Art. 38, der die allgemeinen Voraussetzungen für die Teilnahme an den Vergabeverfahren für Konzessionen und öffentliche Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge festlegt. Art. 38 Abs. 1 Buchst. c dieses Dekrets bestimmt:

„Von der Teilnahme an den Vergabeverfahren für Konzessionen und öffentliche Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge sind die Personen ausgeschlossen und können auch weder Unteraufträge erhalten noch die damit zusammenhängenden Verträge abschließen,

…

c) gegen die wegen schwerer Straftaten zum Schaden des Staates oder der Gemeinschaft, die die berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellen, ein rechtskräftiges Strafurteil ergangen ist, ein unwiderruflich gewordener Strafbefehl erlassen wurde oder ein Strafzumessungsurteil auf Antrag im Sinne von Art. 444 der Strafprozessordnung ergangen ist; ein Grund für den Ausschluss ist auf jeden Fall die rechtskräftige Verurteilung wegen einer oder mehrerer Straftaten der Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung, der Bestechung, des Betrugs oder der Geldwäsche, wie sie in den in Art. 45 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18/EG angeführten Rechtsakten der Gemeinschaft definiert sind. Der Ausschluss und das Verbot finden Anwendung, wenn das Urteil oder der Strafbefehl im Fall eines Einzelunternehmens den Inhaber oder den technischen Leiter, im Fall einer offenen Handelsgesellschaft die Gesellschafter oder den technischen Leiter, im Fall einer Kommanditgesellschaft die Komplementäre oder den technischen Leiter und im Fall einer anderen Art von Gesellschaft oder Konsortium die vertretungsbefugten Mitglieder des Verwaltungsrats oder den technischen Leiter oder die natürliche Person als Alleingesellschafterin oder den Mehrheitsgesellschafter in einer Gesellschaft mit weniger als vier Gesellschaftern betrifft. Der Ausschluss und das Verbot finden jedenfalls auch auf die Personen Anwendung, die im Jahr vor der Ausschreibungsbekanntmachung aus dem Amt ausgeschieden sind, wenn das Unternehmen nicht nachweist, dass es sich vollständig und tatsächlich von dem strafrechtlich geahndeten Verhalten distanziert hat. Der Ausschluss und das Verbot finden jedenfalls keine Anwendung, wenn die Straftat entkriminalisiert wurde oder es zu einer Rehabilitierung gekommen ist oder wenn die Straftat nach der Verurteilung für getilgt erklärt oder die Verurteilung widerrufen wurde. …“

Ausgangsrechtsstreit und Vorlagefrage

7 Mit einer am 27. Juli 2013 im *Amtsblatt der Europäischen Union* (S 145-251280) veröffentlichten Bekanntmachung leitete die Provinz Bozen ein Ausschreibungsverfahren ein, um im Wege eines offenen Verfahrens einen Bauauftrag zu vergeben, der die Finanzierung, die endgültige und ausführende Planung, die Errichtung und die Verwaltung der neuen Justizvollzugsanstalt Bozen zum Gegenstand hatte. Für die Arbeiten war ein Betrag von 165 400 000 Euro veranschlagt.

8 Mantovani stellte am 16. Dezember 2013 im eigenen Namen und als federführende Bevollmächtigte einer zu bildenden Bietergemeinschaft einen Teilnahmeantrag. Sie legte zwei Erklärungen über die Einhaltung der in Art. 38 des Gesetzesdekrets Nr. 163/2006 vorgesehenen allgemeinen Voraussetzungen vor. Am 4. Dezember 2013 hatte sie erklärt, dass Herr B. als Vorsitzender des Verwaltungsrats, Geschäftsführer und gesetzlicher Vertreter, der am 6. März 2013 aus seinen Ämtern ausgeschieden sei, nicht rechtskräftig verurteilt sei. Am 16. Dezember 2013 wiederholte Mantovani den Inhalt dieser Erklärung.

9 In seiner Sitzung vom 9. Januar 2014 ließ der öffentliche Auftraggeber die Bewerbung von Mantovani unter dem Vorbehalt zu, dass Mantovani in Bezug auf Herrn B. bestimmte nähere Angaben macht. In einem am 6. Dezember 2013 veröffentlichten Artikel der lokalen Presse war nämlich mitgeteilt worden, dass Herr B. wegen Förderung eines Systems falscher Rechnungen strafrechtlich verfolgt worden war und eine Freiheitsstrafe von einem Jahr und zehn Monaten ausgehandelt hatte.

10 In der Folge holte der öffentliche Auftraggeber einen Auszug aus dem Strafregister des Herrn B. ein, aus dem hervorging, dass die Verurteilung am 5. Dezember 2013 stattgefunden hatte. Sie wurde am 29. März 2014 rechtskräftig. In seiner Sitzung vom 29. Mai 2014 forderte der öffentliche Auftraggeber Mantovani auf, nähere Angaben zu der Verurteilung zu machen.

11 In ihrer Antwort machte Mantovani u. a. geltend, dass die Verurteilung von Herrn B. zeitlich nach ihren Erklärungen vom 4. und 16. Dezember 2013 rechtskräftig geworden sei, wobei das Urteil vom 6. Dezember 2013 in nicht öffentlicher Sitzung erlassen und erst am 3. Februar 2014 veröffentlicht worden sei. Zum Nachweis dafür, dass sich das Unternehmen vollständig und tatsächlich von den Taten des Herrn B. distanziert habe, fügte Mantovani hinzu, dass Herr B. sofort von allen seinen leitenden Funktionen in der Mantovani-Gruppe enthoben worden sei, dass die Leitungsorgane der Gesellschaft reorganisiert worden seien, dass die von Herrn B. gehaltenen Aktien zurückgekauft worden seien und dass eine Haftungsklage gegen ihn eingeleitet worden sei.

12 Nachdem der öffentliche Auftraggeber eine Rangfolge erstellt hatte, in der Mantovani vorbehaltlich auf den fünften Rang eingestuft wurde, bat er die ANAC um ein Gutachten über die Rechtmäßigkeit eines etwaigen Ausschlusses der Mantovani. Die ANAC antwortete im Wesentlichen, dass zwar die Erklärungen von Mantovani mangels eines rechtskräftigen Urteils nicht als „falsche Erklärungen“ eingestuft werden könnten, die nicht rechtzeitige Mitteilung, wie sich das Strafverfahren gegen eine der in Art. 38 Abs. 1 Buchst. c des Gesetzesdekrets Nr. 163/2006 genannten Personen entwickelt habe, aber eine Verletzung der Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit mit dem öffentlichen Auftraggeber darstellen und dadurch die vollständige und tatsächliche Distanzierung von der betreffenden Person verhindern könne.

13 Unter diesen Umständen verfügte der öffentliche Auftraggeber in seiner Sitzung vom 27. Februar 2015 den Ausschluss der Mantovani von dem Vergabeverfahren. Nach dem Sitzungsprotokoll wurde festgestellt, dass die allgemeinen Voraussetzungen von Art. 38 des Gesetzesdekrets Nr. 163/2006 „wegen der verspäteten und unzulänglichen Angaben der Gesellschaft zum Nachweis ihrer Distanzierung von den Straftaten der aus dem Amt ausgeschiedenen Person“ nicht erfüllt waren und die Verurteilung „vor der im Vergabeverfahren vorgelegten Erklärung [eintrat] und … als solche von Mantovani im Stadium der Prüfung der Teilnahme [hätte] mitgeteilt werden können“.

14 Mantovani erhob gegen diese Ausschlussentscheidung Klage vor dem Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano (Regionales Verwaltungsgericht, Autonome Sektion Bozen, Italien). Mit Urteil vom 27. August 2015 bestätigte das Verwaltungsgericht die Rechtmäßigkeit des Ausschlusses mit der Begründung, dass die vorliegende Verurteilung von Herrn B. im Laufe des Vergabeverfahrens hätte mitgeteilt werden können und sich nur ein Bieter, der den Tatsachen entsprechende und den öffentlichen Auftraggeber nicht in die Irre führende Erklärungen abgegeben habe, auf die in Art. 38 Abs. 1 Buchst. c des Gesetzesdekrets Nr. 163/2006 genannte Distanzierung berufen könne.

15 Mantovani hat dieses Urteil beim Consiglio di Stato (Staatsrat, Italien) u. a. mit der Begründung angefochten, dass Art. 38 des Gesetzesdekrets Nr. 163/2006 gegen das Unionsrecht verstoße, und beantragt, den Gerichtshof um eine Vorabentscheidung zu ersuchen.

16 Unter diesen Umständen hat der Consiglio di Stato (Staatsrat) das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Steht der korrekten Anwendung der Art. 45 Abs. 2 Unterabs. 1 Buchst. c und g und Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 und der unionsrechtlichen Grundsätze des Vertrauensschutzes, der Rechtssicherheit, der Gleichbehandlung, der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz, des Verbots der Verfahrensbelastung, der größtmöglichen Öffnung des Vergabemarktes für den Wettbewerb sowie des abschließenden Charakters und der Bestimmtheit der Sanktionstatbestände eine nationale Rechtsvorschrift wie Art. 38 Abs. 1 Buchst. c des Gesetzesdekrets Nr. 163/2006 entgegen, soweit sie den Inhalt der darin vorgesehenen Pflicht zur Abgabe einer Erklärung, dass keine rechtskräftigen Strafurteile (einschließlich von Strafzumessungsurteilen auf Antrag) wegen der dort bezeichneten Straftaten vorliegen, auf die Personen erstreckt, die in dem teilnehmenden Unternehmen ein Amt innehatten und in dem Jahr vor der Ausschreibungsbekanntmachung aus dem Amt ausgeschieden sind, und einen entsprechenden Grund für den Ausschluss von dem Vergabeverfahren vorsieht, wenn das Unternehmen nicht nachweist, dass es sich vollständig und tatsächlich von dem strafrechtlich sanktionierten Verhalten dieser Person distanziert hat, wobei die Beurteilung des distanzierenden Verhaltens in das Ermessen des öffentlichen Auftraggebers gestellt wird, so dass der öffentliche Auftraggeber in der Praxis unter Androhung des Ausschlusses von der Teilnahme an dem Vergabeverfahren

i) in Bezug auf noch nicht durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossene Strafsachen (deren Ausgang folglich *per definitionem* unsicher ist) Informations- und Erklärungspflichten, die auch in Bezug auf im Amt befindliche Personen gesetzlich nicht vorgesehen sind,

ii) Pflichten zur spontanen Distanzierung, die hinsichtlich der Typologie des rechtfertigenden Verhaltens, des zeitlichen Bezugsrahmens (auch vor dem Eintritt der Rechtskraft des Strafurteils) und der Phasen des Verfahrens, in denen sie zu erfüllen sind, unbestimmt sind,

iii) Pflichten zur loyalen Zusammenarbeit ohne klar umrissene Grenzen, abgesehen vom Verweis auf die Generalklausel von Treu und Glauben, auferlegen kann?

Zur Vorlagefrage

Zur Zulässigkeit

17 Die Provinz Bozen hält das Vorabentscheidungsersuchen für unzulässig. Der Gerichtshof habe im Urteil vom 10. Juli 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063), bereits über eine Frage zur Auslegung von Art. 45 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 entschieden, die der in der vorliegenden Rechtssache aufgeworfenen Frage entspreche.

18 Insoweit genügt die Feststellung, dass ein Vorabentscheidungsersuchen um Auslegung nicht allein deshalb unzulässig ist, weil es einer Vorlagefrage entspricht, über die der Gerichtshof bereits entschieden hat. Jedenfalls betraf die Rechtssache, die dem in der vorangehenden Randnummer angeführten Urteil zugrunde liegt, eine rechtlich anders gelagerte Situation, in der es um den Ausschluss eines Bieters wegen Nichtzahlung der Sozialbeiträge im Rahmen eines Vergabeverfahrens ging, für das nur die Grundregeln und die allgemeinen Grundsätze des AEU-Vertrags galten, da die in Art. 7 Buchst. c der Richtlinie 2004/18 festgelegte Schwelle nicht erreicht war.

19 Die Provinz Bozen ist ferner der Ansicht, dass die Vorlagefrage keinen Zusammenhang mit dem Ausgangsrechtsstreit aufweise, da mit dem Ausschluss nicht die Verletzung von Informations- oder Erklärungspflichten, sondern das Fehlen einer vollständigen und tatsächlichen Distanzierung von Mantovani von dem Verhalten ihres ehemaligen Verwaltungsratsmitglieds Herrn B. geahndet worden sei. Zudem sei der Verweis auf den in Art. 45 Abs. 2 Unterabs. 1 Buchst. g und Abs. 3 der Richtlinie 2004/18 enthaltenen und falsche Erklärungen betreffenden Ausschlussgrund weder erheblich noch entscheidend.

20 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass eine Vermutung für die Entscheidungserheblichkeit der Fragen zum Unionsrecht spricht. Der Gerichtshof kann die Beantwortung einer Vorlagefrage eines nationalen Gerichts nur ablehnen, wenn die erbetene Auslegung des Unionsrechts offensichtlich in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht, wenn das Problem hypothetischer Natur ist oder wenn der Gerichtshof nicht über die tatsächlichen und rechtlichen Angaben verfügt, die für eine zweckdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erforderlich sind (Urteil vom 8. September 2015, Taricco u. a., C-105/14, EU:C:2015:555, Rn. 30 und die dort angeführte Rechtsprechung).

21 Im vorliegenden Fall hat das vorlegende Gericht zwar darauf hingewiesen, dass die Erklärungen von Mantovani vom 4. und 16. Dezember 2013, dass kein rechtskräftiges Urteil vorliege, nicht als „falsche Erklärungen“ im Sinne von Art. 45 Abs. 2 Unterabs. 1 Buchst. g der Richtlinie 2004/18 eingestuft werden könnten. Es stehe aber vor der Frage, ob nach dem Unionsrecht berücksichtigt werden dürfe, dass keine Erklärung über Strafverfahren gegen ehemalige Verwaltungsratsmitglieder des Bieterunternehmens vorliege, die noch nicht zu einer rechtskräftigen Verurteilung geführt hätten.

22 Unter diesen Umständen ist nicht offensichtlich, dass die Vorlagefrage in keinem Zusammenhang mit der Wirklichkeit oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht.

23 Folglich ist das Vorabentscheidungsersuchen zulässig.

Zur Vorlagefrage

24 Mit seiner Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Richtlinie 2004/18, insbesondere ihr Art. 45 Abs. 2 Unterabs. 1 Buchst. c und g und ihr Art. 45 Abs. 3 Buchst. a, sowie die Grundsätze des Vertrauensschutzes, der Rechtssicherheit, der Gleichbehandlung, der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz dahin auszulegen sind, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, die es dem öffentlichen Auftraggeber gestattet, eine strafrechtliche Verurteilung eines Verwaltungsratsmitglieds eines Bieterunternehmens wegen eines Delikts, das die berufliche Zuverlässigkeit des Unternehmens in Frage stellt, unter den von ihm festgelegten Voraussetzungen zu berücksichtigen, wenn das Verwaltungsratsmitglied im Jahr vor der Ausschreibungsbekanntmachung aus dem Amt ausgeschieden ist, und das Unternehmen von der Teilnahme an dem fraglichen Vergabeverfahren mit der Begründung auszuschließen, dass es sich dadurch, dass es die noch nicht rechtskräftige Verurteilung nicht mitgeteilt habe, nicht vollständig und tatsächlich von den Taten des Verwaltungsratsmitglieds distanziert hat.

25 Zunächst ist festzustellen, dass sich das vorlegende Gericht in der Formulierung der Vorlagefrage auf die Ausschlussgründe in Art. 45 Abs. 2 Unterabs. 1 Buchst. c und g der Richtlinie 2004/18 bezieht, die den Ausschluss eines Bieters, der aufgrund eines nach den Rechtsvorschriften des betreffenden Landes rechtskräftigen Urteils wegen eines Delikts bestraft worden ist, das seine berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt, bzw. den Ausschluss eines Bieters, der sich bei der Erteilung von Auskünften, die gemäß Kapitel VII Abschnitt 2 der Richtlinie eingeholt werden können, in erheblichem Maß falscher Erklärungen schuldig gemacht oder diese Auskünfte nicht erteilt hat, betreffen.

26 Wie aus den Angaben in der Vorlageentscheidung hervorgeht, wurde Mantovani von dem Vergabeverfahren mit der Begründung ausgeschlossen, dass sie die Informationen, die ihre Distanzierung von den Taten ihres Verwaltungsratsmitglieds bewiesen, verspätet und unvollständig übermittelt habe. Insbesondere wurde ihr vorgeworfen, in ihren Erklärungen vom 4. und 16. Dezember 2013 nicht angegeben zu haben, dass gegen ihr ehemaliges Verwaltungsratsmitglied ein Strafverfahren anhängig sei, das am 6. Dezember 2013 zu einer nicht öffentlich ausgehandelten Verurteilung geführt habe.

27 Daher lässt sich – wie die Europäische Kommission vorträgt – die Ansicht vertreten, dass der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens unter den in Art. 45 Abs. 2 Unterabs. 1 Buchst. d der Richtlinie 2004/18 vorgesehenen Ausschlussgrund fallen kann, der den Ausschluss eines Bieters gestattet, der im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen hat, die vom öffentlichen Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde.

28 Nach ständiger Rechtsprechung hindert jedoch der Umstand, dass das vorlegende Gericht eine Vorlagefrage unter Bezugnahme nur auf bestimmte Vorschriften des Unionsrechts formuliert hat, den Gerichtshof nicht daran, diesem Gericht unabhängig davon, worauf es in seinen Fragen Bezug genommen hat, alle Auslegungshinweise zu geben, die ihm bei der Entscheidung der bei ihm anhängigen Rechtssache von Nutzen sein können. Der Gerichtshof hat insoweit aus dem gesamten von dem einzelstaatlichen Gericht vorgelegten Material, insbesondere der Begründung der Vorlageentscheidung, diejenigen Elemente des Unionsrechts herauszuarbeiten, die unter Berücksichtigung des Gegenstands des Rechtsstreits einer Auslegung bedürfen (vgl. u. a. Urteil vom 22. Oktober 2015, Impresa Edilux und SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, Rn. 20 und die dort angeführte Rechtsprechung).

29 Daher ist davon auszugehen, dass die Vorlagefrage auch die Auslegung des Ausschlussgrundes in Art. 45 Abs. 2 Unterabs. 1 Buchst. d der Richtlinie 2004/18 betrifft.

30 In Bezug auf die fakultativen Ausschlussgründe ist zunächst festzustellen, dass es nach dem letzten Unterabsatz von Art. 45 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 den Mitgliedstaaten obliegt, unter Beachtung des Unionsrechts die „Bedingungen für die Anwendung“ dieser Ausschlussgründe festzulegen.

31 Nach ständiger Rechtsprechung verfolgt Art. 45 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 keine einheitliche Anwendung der in ihm angeführten Ausschlussgründe auf Unionsebene, da die Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben, diese Ausschlussgründe entweder überhaupt nicht anzuwenden oder aber diese Gründe je nach den auf nationaler Ebene maßgeblichen rechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Erwägungen im Einzelfall mit unterschiedlicher Strenge in die nationale Regelung aufzunehmen. In diesem Rahmen können die Mitgliedstaaten die in dieser Vorschrift festgelegten Kriterien abmildern oder flexibler gestalten (Urteil vom 14. Dezember 2016, Connexxion Taxi Services, C-171/15, EU:C:2016:948, Rn. 29 und die dort angeführte Rechtsprechung).

32 Die Mitgliedstaaten verfügen somit über einen gewissen Ermessensspielraum bei der Festlegung der Voraussetzungen für die Anwendung der in Art. 45 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 vorgesehenen fakultativen Ausschlussgründe.

33 Hinsichtlich des in Art. 45 Abs. 2 Unterabs. 1 Buchst. c der Richtlinie vorgesehenen fakultativen Ausschlussgrundes, der es öffentlichen Auftraggebern gestattet, einen Bieter von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, der aufgrund eines nach den Rechtsvorschriften des betreffenden Landes rechtskräftigen Urteils wegen eines Delikts bestraft worden ist, das die berufliche Zuverlässigkeit des Bieters in Frage stellt, ist zunächst festzustellen, dass in ihm nicht angegeben ist, inwieweit Delikte, die von den Geschäftsführern oder Verwaltungsratsmitgliedern einer juristischen Person begangen werden, zum Ausschluss der juristischen Person nach dieser Bestimmung führen können.

34 Gleichwohl geht das Unionsrecht – wie der Generalanwalt in den Nrn. 54 und 58 seiner Schlussanträge ausgeführt hat – von der Prämisse aus, dass juristische Personen durch ihre Vertreter handeln. Das beruflich unzuverlässige Verhalten der Vertreter kann daher bei der Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit eines Unternehmens relevant sein. Somit dürfen die Mitgliedstaaten im Rahmen der Wahrnehmung ihrer Befugnis zur Festlegung der Voraussetzungen für die Anwendung der fakultativen Ausschlussgründe sich dafür entscheiden, unter den für die Beurteilung der Integrität des Bieterunternehmens erheblichen Gesichtspunkten auf etwaige der beruflichen Zuverlässigkeit nicht entsprechende Taten der Verwaltungsratsmitglieder des Unternehmens abzustellen.

35 Insoweit gestattet es Art. 45 Abs. 1 am Ende der Richtlinie 2004/18 im Rahmen der zwingenden Ausschlussgründe, im nationalen Recht die Möglichkeit vorzusehen, Straftaten der Verwaltungsratsmitglieder der juristischen Person zu berücksichtigen. Somit sind die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung des in Art. 45 Abs. 2 Unterabs. 1 Buchst. c der Richtlinie 2004/18 vorgesehenen Ausschlussgrundes nicht daran gehindert, festzulegen, dass die Taten eines das Bieterunternehmen vertretenden Verwaltungsratsmitglieds dem Unternehmen zuzurechnen sind.

36 Die Berücksichtigung der Taten der Verwaltungsratsmitglieder eines als juristische Person gegründeten Bieters im Rahmen des in Art. 45 Abs. 2 Unterabs. 1 Buchst. c der Richtlinie 2004/18 vorgesehenen Ausschlussgrundes kann daher nicht als eine „Erweiterung“ des Anwendungsbereichs dieses Ausschlussgrundes angesehen werden, sondern stellt eine Umsetzung dieses Ausschlussgrundes dar, durch die seine praktische Wirksamkeit gewahrt wird.

37 Sodann kann der Umstand, dass die Tatsachen, die zum Ausschluss des Bieters führen können, auf das Verhalten eines Verwaltungsratsmitglieds zurückgehen, das zum Zeitpunkt der Einreichung des Antrags auf Teilnahme an dem Vergabeverfahren aus dem Amt ausgeschieden war, ebenso wenig einer Anwendung dieses Ausschlussgrundes entgegenstehen.

38 Dieser Ausschlussgrund stellt nämlich offensichtlich auf das vor dem Vergabeverfahren liegende Fehlverhalten eines Wirtschaftsteilnehmers ab. Der Mitgliedstaat hat unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit den Zeitpunkt festzulegen, ab dem ein solches Verhalten den Ausschluss eines Bieters rechtfertigen kann.

39 Was ferner die Frage anbelangt, ob ein Delikt die berufliche Zuverlässigkeit des Bieterunternehmens in Frage gestellt hat, ist festzustellen, dass die Teilnahme eines Verwaltungsratsmitglieds einer Gesellschaft an der Ausstellung falscher Rechnungen als ein Delikt angesehen werden kann, das die berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt.

40 Was schließlich die Voraussetzung anbelangt, dass das Urteil rechtskräftig sein muss, ist darauf hinzuweisen, dass diese Voraussetzung im Ausgangsverfahren erfüllt ist, da die Ausschlussentscheidung getroffen wurde, nachdem das Urteil über Herrn B. rechtskräftig geworden war.

41 Nach der in Rn. 31 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung kann der Mitgliedstaat die Voraussetzungen für die Anwendung der fakultativen Ausschlussgründe abmildern und somit von der Anwendung eines Ausschlussgrundes absehen, wenn sich das Bieterunternehmen von dem Verhalten

distanziert, das ein Delikt darstellt. In diesem Fall darf er auch die Voraussetzungen dieser Distanzierung festlegen und, wie es im italienischen Recht der Fall ist, verlangen, dass das Bieterunternehmen dem öffentlichen Auftraggeber eine Verurteilung eines seiner Verwaltungsratsmitglieder mitteilt, selbst wenn sie noch nicht rechtskräftig ist.

42 Das Bieterunternehmen, das diese Voraussetzungen erfüllen muss, kann alle Nachweise vorlegen, die seiner Ansicht nach eine solche Distanzierung beweisen.

43 Kann die Distanzierung nicht zur Zufriedenheit des öffentlichen Auftraggebers bewiesen werden, kommt es zwangsläufig zur Anwendung des Ausschlussgrundes.

44 In Anbetracht der Ausführungen in Rn. 27 des vorliegenden Urteils kann in einem Fall, in dem das Urteil, mit dem ein Delikt festgestellt wird, das die berufliche Zuverlässigkeit des Verwaltungsratsmitglieds eines Bieterunternehmens in Frage stellt, noch nicht rechtskräftig ist, Art. 45 Abs. 2 Unterabs. 1 Buchst. d der Richtlinie 2004/18 Anwendung finden. Diese Bestimmung gestattet den Ausschluss eines Bieterunternehmens, das im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen hat, die vom öffentlichen Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde.

45 Insoweit ist festzustellen, dass die Erwägungen in den Rn. 34 bis 43 des vorliegenden Urteils in Bezug auf eine schwere Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit entsprechend gelten.

46 Einer der Unterschiede gegenüber der Anwendung von Art. 45 Abs. 2 Unterabs. 1 Buchst. c der Richtlinie 2004/18 besteht darin, dass der öffentliche Auftraggeber das Vorliegen einer solchen schweren Verfehlung „nachweislich“ feststellen kann.

47 Dabei kann eine Gerichtsentscheidung, selbst wenn sie noch nicht rechtskräftig ist, je nach ihrem Gegenstand für den öffentlichen Auftraggeber ein geeigneter Nachweis zur Feststellung einer schweren Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit sein, da seine Entscheidung jedenfalls einer gerichtlichen Kontrolle unterliegen kann.

48 Hinzuzufügen ist, dass nach Art. 45 Abs. 2 Unterabs. 1 Buchst. g der Richtlinie 2004/18 ein Bieter ausgeschlossen werden kann, wenn er sich in erheblichem Maß falscher Erklärungen schuldig gemacht hat, aber auch wenn er Auskünfte nicht erteilt hat, die gemäß Titel II Kapitel VII Abschnitt 2 der Richtlinie eingeholt werden können, d. h. bezüglich der „Eignungskriterien“. Somit kann die Tatsache, dass Straftaten des ehemaligen Verwaltungsratsmitglieds dem öffentlichen Auftraggeber nicht mitgeteilt werden, ebenfalls ein Gesichtspunkt sein, der es gestattet, einen Bieter nach dieser Bestimmung von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren auszuschließen.

49 In Bezug auf Art. 45 Abs. 3 Unterabs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 genügt der Hinweis, dass das vorlegende Gericht nicht erläutert hat, inwiefern die Auslegung dieser Bestimmung in Anbetracht des Sachverhalts des Ausgangsverfahrens erforderlich ist.

50 Das vorlegende Gericht bezieht sich in seiner Vorlagefrage auch auf einige Grundsätze, von denen nur einige in den Rang von Grundsätzen des Unionsrechts erhoben worden sind, ohne näher zu erläutern, inwiefern sie in Anbetracht des vorliegenden Sachverhalts relevant sein und der im Ausgangsverfahren streitigen nationalen Regelung entgegenstehen könnten.

51 In Bezug auf den Grundsatz der Gleichbehandlung genügt unter diesen Umständen der Hinweis, dass unter Berücksichtigung des Ziels dieser Regelung, mit der die Integrität des Vergabeverfahrens geschützt werden soll, die Lage eines Bieterunternehmens, dessen Verwaltungsratsmitglied ein die berufliche Zuverlässigkeit des Unternehmens in Frage stellendes Delikt oder eine schwere Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit begangen hat, nicht mit der eines Bieterunternehmens vergleichbar ist, dessen Verwaltungsratsmitglied sich nicht eines solchen Verhaltens schuldig gemacht hat.

52 Was die Grundsätze der Rechtssicherheit, des Vertrauensschutzes und der Transparenz anbelangt, lässt das Vorabentscheidungsersuchen nicht erkennen, inwiefern ihre Auslegung in Anbetracht des Ausgangsverfahrens erforderlich sein könnte.

53 Was den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit betrifft, ist seine Anwendung im Hinblick auf die Auswirkung des Zeitpunkts zu prüfen, ab dem das Fehlverhalten des Verwaltungsratsmitglieds als Auslöser für den Ausschluss des Bieterunternehmens angesehen werden kann. Bei einem zu großen zeitlichen Abstand könnte die nationale Regelung nämlich den Anwendungsbereich der Richtlinien der Union im Bereich des öffentlichen Auftragswesens einschränken.

54 Insoweit erscheint die Berücksichtigung eines Fehlverhaltens, das in dem Jahr vor der Ausschreibungsbekanntmachung stattfand, nicht unverhältnismäßig, zumal die im Ausgangsverfahren streitige Regelung vorsieht, dass dem Unternehmen der Nachweis offensteht, dass es sich von den Taten seines Verwaltungsratsmitglieds tatsächlich und vollständig distanziert hat.

55 Nach alledem ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass die Richtlinie 2004/18, insbesondere ihr Art. 45 Abs. 2 Unterabs. 1 Buchst. c, d und g, sowie die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Verhältnismäßigkeit dahin auszulegen sind, dass sie einer nationalen Regelung nicht entgegenstehen, die es dem öffentlichen Auftraggeber gestattet,

– eine – sogar noch nicht rechtskräftige – strafrechtliche Verurteilung eines Verwaltungsratsmitglieds eines Bieterunternehmens wegen eines Delikts, das die berufliche Zuverlässigkeit des Unternehmens in Frage stellt, unter den von ihm festgelegten Voraussetzungen zu berücksichtigen, wenn das Verwaltungsratsmitglied im Jahr vor der Ausschreibungsbekanntmachung aus dem Amt ausgeschieden ist, und

– das Unternehmen von der Teilnahme an dem fraglichen Vergabeverfahren mit der Begründung auszuschließen, dass es sich dadurch, dass es die noch nicht rechtskräftige Verurteilung nicht mitgeteilt hat, nicht vollständig und tatsächlich von den Taten des Verwaltungsratsmitglieds distanziert hat.

Kosten

56 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 (Vierte Kammer) für Recht erkannt:

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, insbesondere ihr Art. 45 Abs. 2 Unterabs. 1 Buchst. c, d und g, sowie die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Verhältnismäßigkeit sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung nicht entgegenstehen, die es dem öffentlichen Auftraggeber gestattet,

– **eine – sogar noch nicht rechtskräftige – strafrechtliche Verurteilung eines Verwaltungsratsmitglieds eines Bieterunternehmens wegen eines Delikts, das die berufliche Zuverlässigkeit des Unternehmens in Frage stellt, unter den von ihm festgelegten Voraussetzungen zu berücksichtigen, wenn das Verwaltungsratsmitglied im Jahr vor der Ausschreibungsbekanntmachung aus dem Amt ausgeschieden ist, und**

– **das Unternehmen von der Teilnahme an dem fraglichen Vergabeverfahren mit der Begründung auszuschließen, dass es sich dadurch, dass es die noch nicht rechtskräftige Verurteilung nicht mitgeteilt hat, nicht vollständig und tatsächlich von den Taten des Verwaltungsratsmitglieds distanziert hat.**

Unterschriften