Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
vom 30. Juni 2016[1]

Rechtssache C-171/15

Connexxion Taxi Services BV
gegen
Staat der Nederlanden,
Transvision BV,
Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV
und
Zorgvervoercentrale Nederland BV

(Vorabentscheidungsersuchen des Hoge Raad der Nederlanden [Oberster Gerichtshof der Niederlande])

„Öffentliche Aufträge — Auswahlverfahren — Qualitative Auswahlkriterien — Fakultative Ausschlussgründe — Schwere berufliche Verfehlung — Grundsatz der Verhältnismäßigkeit — In der Beschreibung nicht genanntes Ermessen — Umfang der gerichtlichen Nachprüfung“

1. In dem Vorabentscheidungsersuchen des Hoge Raad der Nederlanden (Oberster Gerichtshof der Niederlande) geht es zunächst um eines der häufigsten Probleme bei der Auslegung der Richtlinie 2004/18/EG[2], nämlich die Befugnisse der Mitgliedstaaten zum Ausschluss bestimmter Bieter von öffentlichen Aufträgen. Das vorlegende Gericht fragt zudem nach dem Umfang der gerichtlichen Nachprüfung bei Nachprüfungsverfahren nach der Richtlinie 89/665/EWG[3].

2. Im vorliegenden Fall hatte einer der Bieter eine schwere berufliche Verfehlung begangen, ein Verhalten, das in der „Beschreibung“[4] des Angebots als (automatischer?) Ausschlussgrund angegeben ist. Der öffentliche Auftraggeber ließ jedoch nicht nur seine Teilnahme zu, sondern vergab schließlich den Auftrag an ihn.

3. Nach der Richtlinie 2004/18 (konkret ihrem Art. 45 Abs. 2 Buchst. d) haben die Mitgliedstaaten die Wahl, ob sie diese Klausel in die nationalen Vergabevorschriften aufnehmen. Der Hoge Raad (Oberster Gerichtshof) möchte wissen, ob der öffentliche Auftraggeber trotz des Wortlauts der Beschreibung den Rechtsverstoß des Bieters im Licht der Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gewichten und sogar seinen Ausschlusscharakter umgehen kann.

1 — Originalsprache: Spanisch.

2 — **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)** (im Folgenden: Richtlinie 2004/18).

3 — Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABl. 1989, L 395, S. 33) in der durch die Richtlinie 2007/66/EG des **Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 (ABl. 2007, L 335, S. 31) geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 89/665), die aus zeitlichen Gründen auf den vorliegenden Fall anzuwenden ist**.

4 — Der Begriff „Beschreibung“ findet sich in der Richtlinie 2004/18 je nach den Umständen in Verbindung mit der „Bekanntmachung“ (Art. 29) oder den „Verdingungsunterlagen“ und „zusätzlichen Unterlagen“ (Art. 40).

4. Für den Fall, dass eine solche Befugnis des öffentlichen Auftraggebers bejaht wird, fragt das Gericht sodann nach der Intensität der gerichtlichen Nachprüfung der ergangenen Entscheidung. Konkret möchte es wissen, ob es mit dem Unionsrecht vereinbar ist, dass die richterliche Kontrolle in diesen Fällen auf die Beurteilung beschränkt ist, ob die Verwaltungsentscheidung das Ergebnis einer „verständigen Würdigung“ ist.

I – **Rechtlicher Rahmen**

A – *Unionsrecht*

Richtlinie 2004/18

5. Art. 45 lautet:

„(2) Von der Teilnahme am Vergabeverfahren [können] Wirtschaftsteilnehmer ausgeschlossen werden,

…

d) die im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen haben, die vom öffentlichen Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde;

…“

6. Art. 45 Abs. 2 Unterabs. 2 sieht vor:

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

Richtlinie 89/665

7. Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 3 bestimmt:

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

8. Art. 2 Abs. 1 sieht vor:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass für die in Artikel 1 genannten Nachprüfungsverfahren die erforderlichen Befugnisse vorgesehen werden, damit

a) so schnell wie möglich im Wege der einstweiligen Verfügung vorläufige Maßnahmen ergriffen werden können, um den behaupteten Verstoß zu beseitigen oder weitere Schädigungen der betroffenen Interessen zu verhindern; dazu gehören auch Maßnahmen, um das Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags oder die Durchführung jeder sonstigen Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers auszusetzen oder die Aussetzung zu veranlassen;

b) die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen, einschließlich der Streichung diskriminierender technischer, wirtschaftlicher oder finanzieller Spezifikationen in den Ausschreibungsdokumenten, den Verdingungsunterlagen oder in jedem sonstigen sich auf das betreffende Vergabeverfahren beziehenden Dokument vorgenommen oder veranlasst werden kann;

c) denjenigen, die durch den Verstoß geschädigt worden sind, Schadensersatz zuerkannt werden kann."

B – *Nationales Recht*

Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten [5]

9. In Art. 45 Abs. 3 BAO sind die fakultativen Ausschlussgründe nach Art. 45 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 wiedergegeben.

10. Nach der „Nota van toelichting" (Erläuterungen) [6] im Anhang zum BAO muss die Feststellung, ob tatsächlich ein Ausschluss erfolgen muss, angesichts der allgemeinen Grundsätze der Richtlinie 2004/18 stets verhältnismäßig und darf nicht diskriminierend sein; die öffentlichen Auftraggeber müssen in jedem einzelnen Fall anhand der Natur und des Umfangs des öffentlichen Auftrags, der Art und des Ausmaßes der Verfehlung sowie der Maßnahmen, die das Unternehmen zwischenzeitlich getroffen hat, prüfen, ob es von der Ausschreibung ausgeschlossen werden muss.

II – **Sachverhalt des Rechtsstreits und Vorlagefragen**

11. Das Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (Ministerium für Gesundheit, Wohlfahrt und Sport; im Folgenden: VWS) schrieb am 10. Juli 2012 ein europäisches Vergabeverfahren für die „Dienstleistung der sozial-rekreativen überregionalen Beförderung für Menschen mit eingeschränkter Mobilität" (im Folgenden: Auftrag) aus. Der Auftrag hatte eine Mindestlaufzeit von drei Jahren und entsprach einem Wert von rund 60 000 000 Euro jährlich.

12. Im Abschnitt „Ausschlussgründe und Eignungsanforderungen" der Beschreibung heißt es unter 3.1: „Ein Angebot, auf das ein Ausschlussgrund Anwendung findet, bleibt unberücksichtigt und kommt nicht für eine nähere (inhaltliche) Beurteilung in Betracht."

13. Wegen der Anforderungen, die an die Bieter gestellt werden, verweist die Beschreibung auf den Anhang „Einheitliche Selbstauskunft für Vergabeverfahren" (der dem Angebot zwingend beizufügen ist).

14. Nach der Beschreibung „erklärt der Bieter, dass auf ihn keine Ausschlussgründe Anwendung finden; dies bestätigt er durch Unterzeichnung der Einheitlichen Selbstauskunft für Vergabeverfahren".

15. Die Einheitliche Selbstauskunft wiederum verweist auf Art. 45 BAO und führt auf, welche fakultativen Ausschlussgründe Anwendung finden. Vom Bieter wird u. a. die Abgabe einer Erklärung verlangt, dass „weder sein Unternehmen noch eine Führungskraft dieses Unternehmens im Rahmen der beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen hat".

5 — Verordnung mit Vorschriften zur Vergabe öffentlicher Aufträge; im Folgenden: BAO. Zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Auftragsvergabe war die Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Gesetz vom 1. November 2012 über öffentliche Aufträge) noch nicht in Kraft getreten.

6 — Auf die Frage des Gerichtshofs hat die niederländische Regierung bestätigt, dass die Erläuterungen nicht Bestandteil des Textes des BAO seien, obwohl sie gemeinsam mit ihm im Amtsblatt veröffentlicht worden seien. In den Erläuterungen würden wie in einer Gesetzesbegründung die Gründe für den angenommenen Text dargestellt. Auch wenn sie rechtlich nicht bindend seien, seien sie „aus rechtlicher Sicht bei der Auslegung der Regelung wichtig und sachdienlich".

16. Am Vergabeverfahren nahmen u. a. die Connexxion Taxi Services BV (im Folgenden: Connexxion) und eine aus Transvision, RMC und ZCN bestehende Bietergemeinschaft (im Folgenden: Bietergemeinschaft) teil.

17. Mit Schreiben vom 8. Oktober 2012 teilte das VWS Connexxion mit, dass ihr Angebot den zweiten Platz belege und dass beabsichtigt sei, den Auftrag an die Bietergemeinschaft zu vergeben.

18. Am 20. November 2012 erließ die Nederlandse Mededingingsautoriteit (niederländische Wettbewerbsbehörde) gegen RMC und die BIOS-Gruppe, zu der ZCN gehört, aufgrund der Mededingingswet (Wettbewerbsgesetz) Bußgeldbescheide in Taxibeförderungssachen in der Region Rotterdam in der Zeit vom 17. April 2009 bis zum 1. März 2011.

19. Mit Schreiben vom 18. Februar 2013 teilte das VWS Connexxion mit, dass an der Entscheidung über die Vergabe des Auftrags an die Bietergemeinschaft festgehalten werde, da ihr Ausschluss trotz der „schweren beruflichen Verfehlung“ unverhältnismäßig wäre.

20. Connexxion legte ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung des VWS ein und beantragte, dem Staat zu untersagen, den Auftrag an die Bietergemeinschaft zu vergeben, die diesem Antrag entgegentrat.

21. Der Voorzieningenrechter te Den Haag (für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zuständiger Richter in Den Haag) gab dem Antrag von Connexxion mit der Begründung statt, das VWS habe, nachdem es eine schwere berufliche Verfehlung der Bietergemeinschaft festgestellt habe, für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung keinen Raum mehr gehabt.

22. Der Gerechtshof Den Haag (Berufungsgericht Den Haag) hob diese Entscheidung auf und gab dem Staat auf, den Auftrag, sofern er ihn noch vergeben wolle, an die Bietergemeinschaft zu vergeben.

23. Nach Ansicht des Gerechtshof (Berufungsgericht) gibt die Richtlinie 2004/18 den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, das zu tun, was der niederländische Gesetzgeber getan habe, nämlich Art. 45 Abs. 2 der Richtlinie in vollem Umfang in Art. 45 Abs. 3 BAO zu übernehmen und es sodann den öffentlichen Auftraggebern zu überlassen, die Ausschlussgründe zu konkretisieren.

24. Unabhängig von der Frage, ob das europäische Vergaberecht verlange, dass eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolge, verbiete das europäische Recht dies jedenfalls nicht. Aus dem niederländischen Vergaberecht gehe überdies hervor, dass ein Ausschluss kein Automatismus sein dürfe und dass ein öffentlicher Auftraggeber zu prüfen habe, ob der Ausschluss verhältnismäßig sei.

25. Die Entscheidung des VWS sei zurückhaltend zu prüfen; dies gelte umso mehr, als die vorliegende schwere berufliche Verfehlung (noch) nicht rechtskräftig feststehe. Die Kernfrage sei, ob das Ministerium bei verständiger Würdigung zu dem Schluss kommen konnte, dass ein Ausschluss der Bietergemeinschaft unverhältnismäßig wäre. Dass die Beschreibung das Vorliegen eines Ausschlussgrundes als Grund für den Ausschluss eines Bieters vorsehe, sei unerheblich, und die Entscheidung des VWS halte der „marginalen“ [7] Prüfung des Richters stand.

26. Der Hoge Raad der Nederlanden (Oberster Gerichtshof der Niederlande), bei dem das Urteil mit der Kassationsbeschwerde angefochten wurde, stellt ein gewisses Spannungsverhältnis fest zwischen a) der dem öffentlichen Auftraggeber gesetzlich auferlegten Verpflichtung, die fakultativen Ausschlussgründe einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterziehen, um beurteilen zu können, ob sie zum Ausschluss führen müssen, einerseits und b) der Beschreibung, nach der Angebote unberücksichtigt bleiben müssen, wenn sie einen Ausschlussgrund enthalten, andererseits.

7 — In der spanischen [wie in der deutschen] Übersetzung wird der Begriff „summarisch“ verwendet, im niederländischen Original hingegen der Begriff „marginal“. Ich werde Letzteren verwenden, der auch in der Vorlagefrage verwendet wird.

27. Das vorlegende Gericht hat Zweifel, ob die Anwendung des Verhältnismäßigkeitskriteriums mit den Grundsätzen der Gleichbehandlung, der Transparenz und der Publizität im Einklang steht, wenn dieses Kriterium nicht ausdrücklich in der Beschreibung genannt wird.

28. Müsste das Gericht den Inhalt der Entscheidung der Verwaltungsbehörde prüfen, seien nach niederländischem Recht die Befugnisse des Gerichts auf eine „marginale" Kontrolle der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers beschränkt und auf die Feststellung begrenzt, ob er bei verständiger Würdigung zu seiner Entscheidung gelangen konnte.

29. Vor diesem Hintergrund stellt der Hoge Raad der Nederlanden (Oberster Gerichtshof der Niederlande) zwei Vorlagefragen:

1. a) Steht das Unionsrecht, insbesondere Art. 45 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, dem entgegen, dass das nationale Recht einen öffentlichen Auftraggeber verpflichtet, unter Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu prüfen, ob ein Bieter, der eine schwere berufliche Verfehlung begangen hat, tatsächlich auszuschließen ist?

   b) Ist dabei von Belang, dass ein öffentlicher Auftraggeber in die Ausschreibungsbedingungen eine Bestimmung aufgenommen hat, nach der ein Angebot, auf das ein Ausschlussgrund Anwendung findet, unberücksichtigt bleibt und nicht für eine nähere inhaltliche Beurteilung in Betracht kommt?

2. Falls Frage 1a verneint wird: Hindert das Unionsrecht die nationalen Gerichte daran, eine Prüfung anhand des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, wie sie von einem öffentlichen Auftraggeber im konkreten Fall durchgeführt wurde, nicht „umfassend" vorzunehmen, sondern sich mit der („marginalen") Prüfung zu begnügen, ob der öffentliche Auftraggeber bei verständiger Würdigung zu der Entscheidung gelangen konnte, einen Bieter, der eine schwere berufliche Verfehlung im Sinne von Art. 45 Abs. 2 Unterabs. 1 der Richtlinie begangen hat, dennoch nicht auszuschließen?

III – **Zusammenfassung des Vorbringens der Parteien**

A – *Zur ersten Vorlagefrage*

30. Connexxion führt aus, der öffentliche Auftraggeber sei nicht befugt, eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen, nachdem er festgestellt habe, dass der Bieter eine schwere berufliche Verfehlung begangen habe. Diese Prüfung sei bereits erfolgt, als der Verstoß als Ausschlussgrund in die Beschreibung aufgenommen worden sei. Angesichts des Wortlauts der Beschreibung würde es gegen die im öffentlichen Auftragswesen geltenden Grundsätze der Publizität, der Transparenz und der Gleichbehandlung verstoßen, wenn der öffentliche Auftraggeber die Befugnis hätte, die Verhältnismäßigkeit des Ausschlussgrundes zu prüfen.

31. Die übrigen Beteiligten sind gegenteiliger Ansicht. Die Aufnahme der fakultativen Ausschlussgründe sei Sache der Mitgliedstaaten, die in diesem Bereich frei seien. Im Rahmen dieser Freiheit hindere die Richtlinie 2004/18 nicht daran, den Ausschluss von Bietern, bei denen fakultative Ausschlussgründe vorlägen, von einer vorherigen Verhältnismäßigkeitsprüfung abhängig zu machen. Soweit die Beschreibung die schwere berufliche Verfehlung als hinreichenden Grund für die Ablehnung des Zuwiderhandelnden nenne, sei der öffentliche Auftraggeber in einem solchen Fall nicht gehindert, die allgemeine Regel anzuwenden, also die Anwendung dieses Ausschlussgrundes von einer Verhältnismäßigkeitsprüfung abhängig zu machen.

B – *Zur zweiten Vorlagefrage*

32. Connexxion spricht sich für eine umfassende Kontrolle der Verwaltungsentscheidung durch das Gericht aus.

33. Die Regierung der Niederlande und die Bietergemeinschaft sprechen sich hingegen für eine *marginale* richterliche Kontrolle aus, die auf die Prüfung zu beschränken sei, ob die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers unter „verständiger Würdigung“ ergangen sei.

34. Die Kommission meint, das Gericht müsse einen weiteren Handlungsspielraum haben und der Richter müsse prüfen können, ob der Sachverhalt zutreffend festgestellt und kein offensichtlicher Beurteilungsfehler begangen worden sei und ob die Umstände, die die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers stützten, zutreffend, vollständig und glaubhaft seien.

35. Die italienische Regierung führt aus, es sei Sache des nationalen Gesetzgebers, die geeignete Art der Kontrolle zu regeln, denn das Unionsrecht schreibe nicht vor, dass die Würdigung des nationalen Gerichts die Beurteilung des Sachverhalts durch den öffentlichen Auftraggeber vollständig ersetzen müsse.

IV – **Würdigung**

A – *Zur Vorlagefrage 1a*

36. Ist es mit der Richtlinie 2004/18 vereinbar, dass ein Mitgliedstaat die öffentlichen Auftraggeber verpflichtet, den möglichen Ausschluss von Bietern, die eine schwere berufliche Verfehlung begangen haben, einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterziehen?

37. Bevor diese Frage beantwortet wird, sind zwei Klarstellungen erforderlich. Nach den Angaben in der Vorlageentscheidung war gegen die Bietergemeinschaft als Urheberin einer schweren beruflichen Verfehlung zu dem Zeitpunkt, zu dem die Bieter ihre Angebote einreichten, oder zu dem der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers (8. Oktober 2012) noch keine Sanktion verhängt worden. Erst später (am 20. November 2012) erließ die niederländische Wettbewerbsbehörde gegen einige ihrer Mitglieder Bußgeldbescheide wegen in der Vergangenheit liegender wettbewerbswidriger Handlungen. Das vorlegende Gericht wird entscheiden müssen, ob diese Sanktion, die nach der Einreichung der Angebote und der ursprünglichen Vergabeentscheidung verhängt wurde, als vernünftiger Grund für den Ausschluss des Zuwiderhandelnden, der bereits sein Angebot eingereicht hatte (selbstverständlich ohne in ihm eine schwere Verfehlung anzugeben, die bis dahin rechtlich nicht existierte), angesehen werden kann.

38. Ist das vorlegende Gericht trotz allem der Ansicht, dass die dem Bieter auferlegte Sanktion seine Einstufung als Urheber „einer schweren beruflichen Verfehlung“ rechtfertigt[8], stellt sich die Frage, ob dieser Ausschlussgrund automatisch anzuwenden ist oder den Filter der Verhältnismäßigkeit durchlaufen muss.

39. Die zweite Klarstellung betrifft die Auslegung der nationalen Vorschriften, die ausschließlich Sache des vorlegenden Gerichts ist. In der Vorlageentscheidung führt der Hoge Raad der Nederlanden (Oberster Gerichtshof der Niederlande) aus, dass „das nationale Recht einen öffentlichen Auftraggeber dazu [verpflichtet], bei Anwendbarkeit eines in Art. 45 Abs. 3 BAO aufgeführten fakultativen

8 — Meiner Ansicht nach genießt der Wirtschaftsteilnehmer bis zur Sanktion die Unschuldsvermutung und kann nicht als Urheber einer schweren Verfehlung betrachtet werden, selbst wenn dieser seine Zuwiderhandlung begründende Sachverhalt (der aber noch nicht als solcher festgestellt worden ist) vor dem Datum der Ausschreibung liegt.

Ausschlussgrundes anhand des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu bestimmen, ob der betreffende Bieter tatsächlich auszuschließen ist“. Auf diese Weise wird die Diskussion über die Hinlänglichkeit der rechtlichen Grundlage der „Verpflichtung“ zur Beurteilung der Verhältnismäßigkeit (und indirekt über die Auswirkungen der Erläuterungen zum BAO) in Bezug auf das Vorabentscheidungsersuchen und im Hinblick auf das nationale Recht beigelegt.

40. Nach diesen Klarstellungen ergibt sich die Antwort auf die Frage ohne große Schwierigkeiten aus der vor und nach Erlass der Richtlinie 2004/18 ergangenen Rechtsprechung des Gerichtshofs [9].

41. Während der Geltung der Richtlinie 92/50/EWG [10] (deren Art. 29 einen ähnlichen Wortlaut hatte wie Art. 45 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18) hob der Gerichtshof im Urteil La Cascina u. a. [11] hervor, dass die Beurteilung der fakultativen Ausschlussfälle den Mitgliedstaaten überlassen bleibt, wie der Ausdruck „[v]on der Teilnahme am Vergabeverfahren können … ausgeschlossen werden“ am Anfang von Art. 29 zeigt. Die Mitgliedstaaten dürfen keine anderen Ausschlussgründe als die in der Vorschrift genannten vorsehen [12], Art. 29 der Richtlinie 92/50 zielt aber nicht auf eine einheitliche Anwendung dieser Ausschlussgründe ab [13].

42. Nach Inkrafttreten der Richtlinie 2004/18 behielt der Gerichtshof diese Linie im Urteil Consorcio Stabile Libor Lavori Publicci [14] bei, in dessen Rn. 35 die Ausführungen im Urteil La Cascina u. a. [15] wiedergegeben werden. Er wiederholt, dass die Mitgliedstaaten nach Maßgabe ihrer innerstaatlichen Rechtsvorschriften und unter Beachtung des Unionsrechts die Bedingungen für die Anwendung von Art. 45 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 festlegen. Der Gerichtshof bestätigt erneut die Befugnis der Mitgliedstaaten, die Ausschlusskriterien zu übernehmen und sie, wenn sie dies wollen, flexibler zu gestalten.

43. Wenn es Sache der Mitgliedstaaten ist, festzulegen, welche von den nach der Richtlinie 2004/18 fakultativen Ausschlussgründen in ihrer eigenen Rechtsordnung gelten, ist es logisch, dass sie gleichfalls befugt sind, die Bedingungen oder Voraussetzungen für ihre Anwendung zu konkretisieren. Sie können daher diese Gründe mehr oder weniger streng ausgestalten, so dass, wenn sie es vorziehen, alle oder nur einige von ihnen einer einzelfallbezogenen Prüfung bzw. Gegenüberstellung unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit zu unterziehen, die Richtlinie 2004/18 dem nicht entgegensteht.

44. Aus dem Urteil Consorcio Stabile Libor Lavori Publicci [16] ergibt sich aber, dass die Mitgliedstaaten diese Befugnisse nicht bedingungslos ausüben können. Einerseits misst die Union der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit große Bedeutung bei, was sie dazu veranlasst, den Weg für möglichst offene Ausschreibungen frei zu machen, ein Ziel, dem die Anwendung fakultativer Ausschlussgründe

9 — In der Vorlageentscheidung und den Erklärungen der Parteien wird als zusätzliches Auslegungskriterium der 101. Erwägungsgrund 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) angeführt. Danach sollten** die öffentlichen Auftraggeber **bei** der Anwendung fakultativer Ausschlussgründe insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung tragen. Zwar ist die Richtlinie 2014/24 in diesem Rechtsstreit zeitlich nicht anwendbar, sie spiegelt aber in ihren Erwägungsgründen die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs wider.

10 — **Richtlinie des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge** (ABl. 1992, L 209, S. 1).

11 — Urteil vom 9. Februar 2006 (C-226/04 und C-228/04, EU:C:2006:94, Rn. 21 und 23).

12 — Rn. 22.

13 — Nach Rn. 23 sind „die Mitgliedstaaten … befugt, diese Ausschlussgründe entweder überhaupt nicht anzuwenden, indem sie sich für eine größtmögliche Beteiligung an den Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge entscheiden, 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 Artikel 29 der Richtlinie festgelegten Kriterien abmildern oder flexibler gestalten.“

14 — Urteil vom 10. Juli 2014 (C-358/12, EU:C:2014:2063).

15 — Urteil vom 9. Februar 2006 (C-226/04 und C-228/04, EU:C:2006:94).

16 — Urteil vom 10. Juli 2014 (C-358/12, EU:C:2014:2063, Rn. 29, 31 und 32).

im Weg stehen könnte. Andererseits ist es legitim, Ausschlussgründe mit Zielen des Allgemeininteresses zu rechtfertigen, wie der Gewährleistung von Zuverlässigkeit, Sorgfalt, Seriosität und Korrektheit des Bieters. Zur Prüfung dieses Interessenkonflikts greift der Gerichtshof auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zurück.

45. Aus dieser Rechtsprechung folgt, dass eine nationale Regelung, nach der der öffentliche Auftraggeber Bieter, die wegen der Begehung einer schweren beruflichen Verfehlung mit einer Sanktion belegt worden sind, nur ablehnen kann, wenn er der Ansicht ist, dass ihr Ausschluss aus diesem Grund mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist, weder gegen Art. 45 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 noch gegen das Unionsrecht verstößt.

B – *Zu Vorlagefrage 1b*

46. Die Beschreibung macht den Ausschluss eines Bieters, der eine schwere berufliche Verfehlung begangen hat, nicht von einer Verhältnismäßigkeitsprüfung abhängig. Daher der Zweifel des vorlegenden Gerichts: Kommt es im vorliegenden Fall auf den Wortlaut dieser Beschreibung an?

47. Die Antwort auf diese Frage muss von der auf die Frage 1a ausgehen: Die einzelfallbezogene, auf die fakultativen Ausschlussgründe angewandte Verhältnismäßigkeitsprüfung ist nach den niederländischen Vergabebestimmungen (konkret dem BAO) erforderlich und verstößt darüber hinaus nicht gegen das Unionsrecht. Muss dann die Regel, die dies allgemein vorschreibt, Vorrang haben, oder ist im Gegenteil der öffentliche Auftraggeber durch die einzelne Klausel einer Beschreibung gebunden, nach der in dieser spezifischen Ausschreibung der Bieter, der eine schwerwiegende Verfehlung begangen hat, ausgeschlossen ist?

48. Ich wiederhole, dass der Gerichtshof sich nicht an die Stelle des nationalen Gerichts bei der Auslegung von dessen eigenem Recht setzen kann. Dennoch halte ich es aus strikt interner Sicht für möglich, die Klausel in der Beschreibung und die allgemeine Regel miteinander in Einklang zu bringen. Andernfalls würde man für einen Einzelfall zulassen, dass von bestimmten nicht dispositiven Vergabebestimmungen durch eine spezifische Maßnahme, die sie nicht beachtet, abgewichen würde.

49. Die „konforme Auslegung“ der in der Beschreibung enthaltenen Klausel zum Zweck ihrer Anpassung an den BAO ist ohne übermäßige Auslegungsschwierigkeiten durchführbar, wenn man von einer allgemeinen Betrachtung des auf öffentliche Aufträge anwendbaren Normenkomplexes ausgeht. Die fakultativen Ausschlussgründe wirken nicht im leeren Raum, sondern in einem im Voraus festgelegten gesetzlichen Rahmen, den sie beachten müssen: Sie sind daher nur wirksam, wenn die für ihre Anwendung gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen vorliegen. Eine von diesen ist, dass das Verhalten der Bieter, wenn es sich um Rechtsverstöße handelt, unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit beurteilt wird.

50. Wenn der öffentliche Auftraggeber nach diesem Kriterium handelt, hält er sich nahtlos an die allgemeinen Vergaberegeln in den Niederlanden, die im BAO und den Erläuterungen dazu niedergelegt sind. Daher ist die Befugnis des öffentlichen Auftraggebers, den von dem Bieter begangenen Rechtsverstoß im Licht des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu beurteilen, auch dann als selbstverständlich vorauszusetzen, wenn die Beschreibung sie nicht ausdrücklich vorsieht.

51. Die Vorgabe unter Nr. 3.1 der Beschreibung („Ein Angebot, auf das ein Ausschlussgrund Anwendung findet, bleibt unberücksichtigt“) muss meiner Meinung nach gerade wegen ihres quasi-normativen Charakters mit den Auslegungsregeln in Einklang gebracht werden, die für alle nachgeordneten Rechtsnormen gelten, die den allgemeineren Normen, die ihnen zugrunde liegen, nicht zuwiderlaufen können. Wenn der BAO vorsieht, dass der öffentliche Auftraggeber für einen Ausschluss wegen einer schweren beruflichen Verfehlung den konkreten Fall „abhängig von Art und

Umfang des Auftrags, Art und Ausmaß der Verfehlung und der Maßnahmen, die das Unternehmen inzwischen getroffen hat“, prüfen muss, kann das Schweigen der Beschreibung zu dieser notwendigen und individualisierten Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nicht dazu führen, dass er außer Acht gelassen wird.

52. Aus der Sicht des Unionsrechts wird diese These bestätigt. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs, die sich mit den fakultativen Ausschlussgründen befasst und ihre automatische Anwendung abgelehnt hat, bestätigt die Notwendigkeit dieser „konformen Auslegung“. Aus dem Urteil Forposta und ABC Direct Contact [17] ergibt sich, dass der Automatismus (in Bezug auf den Ausschluss des Bieters, der für schwerwiegende Verfehlungen verantwortlich ist) über den Rahmen des den Mitgliedstaaten gemäß Art. 45 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 zustehenden Ermessens hinausgeht.

53. Nach diesem Urteil ist zunächst „eine konkrete und auf den Einzelfall bezogene Beurteilung der Verhaltensweise des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers“ [18] vorzunehmen. Da sie dieses Kriterium nicht beachtete, erklärte der Gerichtshof eine nationale Vorschrift für mit dem Unionsrecht unvereinbar, die „den öffentlichen Auftraggeber verpflichtet, den Wirtschaftsteilnehmer von einem … Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags automatisch auszuschließen, ohne dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit zu belassen, die Schwere des dem Wirtschaftsteilnehmer zur Last gelegten Fehlverhaltens … im Einzelfall zu beurteilen“. Auch wenn sich der Sachverhalt der Rechtssache Forposta und ABC Direct Contact [19] von dem hier vorliegenden unterscheidet, sind die dort vom Gerichtshof angestellten Überlegungen als Auslegungskriterium auf die vorliegende Rechtssache übertragbar.

54. Zusammenfassend kommt zum internen Grund (Vorrang des BAO als allgemeines Gesetz zur Regelung des niederländischen öffentlichen Auftragswesens), den das vorlegende Gericht beurteilen muss, die Rechtsprechung des Gerichtshofs hinzu, die dem Automatismus bei der Feststellung dieses Ausschlussgrundes grundsätzlich entgegensteht.

55. Ich schlage daher als Antwort auf die Vorlagefrage vor, dass die in der Beschreibung enthaltene Klausel nicht herangezogen werden kann, um die einzelfallbezogene Verhältnismäßigkeitsprüfung des Verstoßes der Bieters zu umgehen und diesen so gegebenenfalls vom Vertrag auszuschließen.

56. Die auf die Grundsätze der Publizität, Gleichbehandlung und Transparenz gestützten Einwände gegen diese These (auf die sowohl das vorlegende Gericht als auch Connexxion unter Anführung des Urteils Kommission/CAS Succhi di Frutta [20] Bezug nehmen) haben zwar ein gewisses Gewicht, überzeugen mich aber nicht. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs, die in diesem Urteil [21] angeführt wird, müssen für alle Bieter unterschiedslos die gleichen Bedingungen gelten. Im vorliegenden Fall wird die Anwendung des Verhältnismäßigkeitskriteriums aber nicht nur durch die allgemeinen Regeln, die für öffentliche Aufträge in den Niederlanden gelten, bestätigt, sondern gilt auch gleichermaßen für alle Bieter, auf die derselbe Ausschlussgrund zutrifft. Es könnte eine Diskriminierung vorliegen, wenn einer von ihnen, der sich eines entsprechenden schwerwiegenden Rechtsverstoßes schuldig gemacht hat, automatisch, d. h. anders als die Bietergemeinschaft ohne eine vorangegangene Verhältnismäßigkeitsprüfung, von der Ausschreibung ausgeschlossen worden wäre. Dies ist aber nicht geschehen.

17 — Urteil vom 13. Dezember 2012 (C-465/11, EU:C:2012:801).

18 — Urteil vom 13. Dezember 2012, Forposta und ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, Rn. 31).

19 — Urteil vom 13. Dezember 2012 (C-465/11, EU:C:2012:801).

20 — Urteil vom 29. April 2004 (C-496/99 P, EU:C:2004:236).

21 — Urteil vom 29. April 2004, Kommission/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236, Rn. 108 bis 111). Dem Gerichtshof zufolge „gebietet es der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter[, der eine Verpflichtung zur Transparenz einschließt, um seine Einhaltung überprüfen zu können], dass die Bieter bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen haben, was voraussetzt, dass die Angebote aller Wettbewerber den gleichen Bedingungen unterworfen sind“.

57. Die Rechtsprechung, zu der das Urteil Kommission/CAS Succhi di Frutta [22] gehört, steht meiner Ansicht nach der Antwort, die ich vorschlage, nicht entgegen. Das Zusammenspiel der Grundsätze der Gleichheit, Publizität und Transparenz und bestimmter in der Beschreibung enthaltenen Klauseln, die im Licht der allgemeinen Vergaberegeln auszulegen sind, hindert den öffentlichen Auftraggeber nicht an der Prüfung, ob in einem konkreten Fall der anhand des Maßstabs der Verhältnismäßigkeit bewertete Rechtsverstoß eines Bieters ein Hindernis dafür ist, diesem den Zuschlag für einen Auftrag zu erteilen, um den er sich beworben und für den er ein Angebot mit besseren Bedingungen ausgearbeitet hat als die anderen Bewerber.

58. Bei der hier in Rede stehenden Ausschreibung wurden tatsächlich weder die Bedingungen noch das Auswahlverfahren geändert, die für alle Bewerber gleich sind. Der öffentliche Auftraggeber stellte fest, dass ihre Angebote den für den Auftrag [23] geltenden Kriterien entsprachen, und wandte keinen Ausschlussgrund an, den die Beschreibung nicht vorgesehen hätte [24]. Der Umstand, dass er für die Gewichtung eines dieser ausdrücklich in die Beschreibung aufgenommenen Ausschlussgründe auf den Maßstab der Verhältnismäßigkeit zurückgriff, der nicht ausdrücklich in der Beschreibung genannt war, der aber nach den allgemeinen Vergaberegeln der Niederlande (sowie nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs) gilt, ist meiner Meinung nach mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung und dem daraus folgenden Grundsatz transparenten Handelns vereinbar.

59. Es ist plausibel, dass der Gerichtshof (erst neulich im Urteil Pizzo [25]) auf der Beachtung der Verdingungsunterlagen oder entsprechender Dokumente als Garantie für die Gleichheit der Bieter besteht. Diese Rechtsprechung hat aber wie jede ihre Grenzen, und die Bedeutung der Verdingungsunterlagen darf nicht in dem Sinne überschätzt werden, dass ohne Weiteres von den in den einzelnen Mitgliedstaaten gesetzlich geregelten Voraussetzungen für öffentliche Aufträge abgesehen werden kann. Andernfalls könnten nämlich bestimmte öffentliche Auftraggeber versucht sein, in die Verdingungsunterlagen bestimmte vom nationalen Gesetzgeber rechtmäßig aufgestellte Anforderungen nicht aufzunehmen, mit denen sie nicht einverstanden sind oder die sie lieber einfach umgehen (auch zugunsten eines potenziellen Anwärters), wenn sie sicher sind, dass die derart gestalteten Verdingungsunterlagen in der Praxis unangreifbar sind. Nicht weniger wichtig, als die Gleichheit der Bieter zu wahren, ist es, dass diese und der öffentliche Auftraggeber selbst nicht von der Beachtung der allgemeinen Regeln und Kriterien freigestellt sind, die in den Mitgliedstaaten diese Materie regeln. Eine dieser Regeln sieht gerade vor, dass der Maßstab der Verhältnismäßigkeit an den Ausschlussgrund, der Gegenstand dieses Rechtsstreits ist, anzulegen ist.

C – *Zur zweiten Vorlagefrage*

60. Auch wenn das vorlegende Gericht dies nicht ausdrücklich anspricht, ersucht es doch meines Erachtens den Gerichtshof um Auslegung der Richtlinie 89/665 zur Koordinierung der nationalen Vorschriften über die Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge.

22 — Urteil vom 29. April 2004 (C-496/99 P, EU:C:2004:236). In dieser Rechtssache ging es um einen Fall, in dem der Auftraggeber die allgemeine Systematik der Ausschreibung modifizierte, indem er eine Vergabebedingung abänderte, die als wesentlich angesehen wurde, da sie den Bietern, wenn sie in der Ausschreibungsbekanntmachung enthalten gewesen wäre, die Abgabe eines erheblich abweichenden Angebots erlaubt hätte. In der hier vorliegenden Rechtssache ist nichts Vergleichbares der Fall.

23 — Vgl. Urteil vom 6. November 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, Rn. 44), in dem das Urteil in der Rechtssache Kommission/CAS Succhi di Frutta (vom 29. April 2004, C-496/99 P, EU:C:2004:236, Rn. 108 bis 111) angeführt wird.

24 — Anders als in der Rechtssache Pizzo (Urteil vom 2. Juni 2016, C-27/15, EU:C:2016:404).

25 — Urteil vom 2. Juni 2016 (C-27/15, EU:C:2016:404).

61. Die Staaten müssen gewährleisten, dass die Beteiligten gegenüber den Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber (wenn es sich offenkundig um Aufträge handelt, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18 fallen) über geeignete Mechanismen verfügen, um schnell und effizient nachprüfen zu lassen, ob diese Entscheidungen gegen das Vergaberecht der Union oder die Vorschriften zu seiner Umsetzung in die jeweiligen Rechtsordnungen verstoßen. Dies ist letztendlich das Ziel der Richtlinie 89/665.

62. Im Rahmen meiner Prüfung werde ich an erster Stelle darauf eingehen, ob die Richtlinie 89/665 – unter Berücksichtigung der zu ihrer Auslegung ergangenen Rechtsprechung – Regeln anbietet, um den Grad oder die Intensität der Kontrolle festzustellen, mit dem die für die Nachprüfung zuständigen Stellen die Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber nachprüfen müssen. Sollten diese Regeln existieren, müssten sie sodann den im niederländischen Recht geltenden, auf die das vorlegende Gericht Bezug nimmt, gegenübergestellt werden.

63. In einem zweiten Schritt wird zu klären sein, ob die Intensität der richterlichen Kontrolle in den beiden prozessualen Szenarien, die Art. 2 der Richtlinie 89/665 regelt, identisch sein muss, also a) im Eilverfahren, in dem auf der Stufe vor der Vergabe einstweilige Maßnahmen erlassen werden können, und b) in den übrigen Nachprüfungsverfahren, die auf die Aufhebung des Verwaltungsakts über die Vergabe und die Zuerkennung von Schadensersatz gerichtet sind. Im vorliegenden Fall [26] focht Connexxion die Vergabeentscheidung des VWS zugunsten der Bietergemeinschaft beim Voorzieningenrechter te Den Haag (für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zuständiger Richter in Den Haag) an und beantragte deren Aufhebung. Ihr Rechtsmittel fiel folglich in den Anwendungsbereich des Art. 2 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 89/665.

64. Ich widme eine letzte Überlegung der Frage, ob – wie die Regierung der Niederlande meint – in Anbetracht der Umstände des Ausgangsverfahrens bejaht werden kann, dass die gerichtliche Nachprüfung durch die jeweiligen Gerichte im ersten Rechtszug und in der Berufungsinstanz dem Kontrollstandard entsprach, den die Richtlinie 89/665 vorgibt.

1. Die Intensität der gerichtlichen Nachprüfung der Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber

65. Im öffentlichen Auftragswesen ist dieselbe Tendenz erkennbar, die sich in anderen Bereichen des öffentlichen Rechts der Union beobachten lässt: Während sich der Gerichtshof anfänglich darauf beschränkte, auf die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten zu verweisen und als Korrektiv die Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität als Mindestanforderungen der nationalen Systeme zur gerichtlichen Nachprüfung in Rechtsstreitigkeiten, die das Unionsrecht betreffen, anzuwenden, setzen sich nach und nach die mit dem Schutz oder dem „gerichtlichen Schutz“ zusammenhängenden Anforderungen durch, um gleichzeitig die Intensität dieser Kontrolle zu erhöhen [27].

66. Die Tendenz ist logischerweise ausgeprägter, wenn der Unionsgesetzgeber gerade in Bezug auf die gerichtliche Nachprüfung bestimmter Entscheidungen der nationalen Behörden Harmonisierungsvorschriften erlassen hat. Dies ist insbesondere im Bereich des öffentlichen Auftragswesens der Fall, denn die Richtlinie 89/665 und ihre späteren Änderungen ergingen in dem Bewusstsein, dass das Gemeinschaftsrecht ohne Nachprüfungsmechanismen, die nicht nur harmonisiert, sondern auch effizient sind und die die Beachtung der anzuwendenden Regeln gewährleisten, „toter Buchstabe“ bliebe. Mit diesen Mechanismen wird nicht nur der Schutz der Bieterrechte bezweckt, sondern auch die Verbesserung des Systems der öffentlichen Auftragsvergabe insgesamt, dessen wirtschaftliche Bedeutung für den Binnenmarkt immer wieder betont werden muss.

26 — Siehe Nrn. 20 und 21 der vorliegenden Schlussanträge.

27 — Die Rechtsliteratur der letzten Jahre bietet zahlreiche Überlegungen zu diesem Thema. Für eine aktualisierte Darstellung des Meinungsstands vgl. Jans, J. H., Prechal, S., und Widdershoven, R. J. G. M., *The Europeanisation of Public Law*, 2. Aufl., Groningen, 2015, S. 399 ff.

67. Es überrascht daher nicht, dass sowohl in der Vorlageentscheidung als auch den Erklärungen der Beteiligten wiederholt die Urteile HI [28] und Croce Amica One Italia [29] zitiert werden, in denen der Gerichtshof zum Umfang der richterlichen Befugnisse zur Kontrolle der Tätigkeit des öffentlichen Auftraggebers Stellung genommen hat.

68. Im erstgenannten Urteil stellte der Gerichtshof fest, dass die Richtlinie 89/665 einer nationalen Regelung entgegensteht, die die Kontrolle „der Rechtmäßigkeit des Widerrufs einer Ausschreibung auf die Prüfung beschränkt, ob diese Entscheidung willkürlich erfolgt ist“ [30]. Im Urteil Croce Amica One Italia [31] nahm er den Faden an dem Punkt, an dem das soeben zitierte Urteil HI angelangt war, wieder auf und erinnerte daran, dass die Rechtsmäßigkeitskontrolle sich nicht auf die Frage beschränken kann, ob die Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers willkürlich erfolgt sind. Er ging sodann einen Schritt weiter und führte aus, dass der Gesetzgeber den Gerichten seines Landes die Befugnis übertragen kann, eine Zweckmäßigkeitskontrolle vorzunehmen.

69. Auf derselben Linie bietet dieses Vorabentscheidungsersuchen dem Gerichtshof die Gelegenheit, festzustellen, ob eine bloß „marginale“ Kontrolle (diesen Ausdruck verwendet das vorlegende Gericht) den Anforderungen der Richtlinie 89/665 genügt. Das vorlegende Gericht ist bei der Beschreibung der Merkmale des Systems der „marginalen“ Kontrolle nicht allzu explizit, und aus der Vorlageentscheidung ergibt sich nur, dass das niederländische Gericht seine Entscheidung auf die Klärung der Frage beschränkte, ob die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers unter „verständiger Würdigung“ ergangen ist.

70. Bei einer ersten, gleichsam intuitiven Annäherung könnte man meinen, dass, wenn dies das in den Niederlanden geltende allgemeine System der gerichtlichen Nachprüfung von Verwaltungsakten ist (und nicht nur in Bezug auf die öffentliche Auftragsvergabe, sondern auch in anderen Bereichen des öffentlichen Rechts), die Verfahrensautonomie jenes Staates Vorrang haben müsste, sofern nicht eine Harmonisierungsvorschrift die Verpflichtung begründet, dass die richterliche Kontrolle „umfassend“ und nicht nur „marginal“ ist.

71. Unbeschadet dessen, was ich später noch zu der der Nachprüfung vorgelagerten Phase ausführen werde, meine ich jedoch, dass eine gerichtliche Nachprüfung, die sich in diesem Bereich auf die Beurteilung, ob die Entscheidung, mit der der Auftrag vergeben wird, unter „verständiger Würdigung“ erfolgt ist, beschränken würde, nicht mit Art. 2 der Richtlinie 89/665 vereinbar wäre. Im Urteil Alcatel Austria u. a. [32] wird hervorgehoben, dass die Mechanismen zur Durchsetzung des Unionsrechts im Bereich des öffentlichen Auftragswesens verstärkt werden müssen, „vor allem dann, wenn Verstöße noch beseitigt werden können“. Die Nachprüfung muss es ermöglichen, dass der Kläger die Aufhebung der „dem Vertragsschluss [vorangehenden] Entscheidung des Auftraggebers darüber, mit welchem Bieter eines Vergabeverfahrens er den Vertrag schließt, erwirken kann, wenn die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind“. Durch die bloße Prüfung, ob sie unter verständiger Würdigung erfolgte, ist nicht gewährleistet, dass diese Entscheidung strikt die Vergaberegeln einhält.

72. Ein öffentlicher Auftraggeber könnte grundsätzlich mehrere Lösungen wählen, die ebenso Ergebnis einer „verständigen Würdigung“ sind und diesen Charakter nicht verlören, weil am Ende nur eine von ihnen bevorzugt würde, nämlich die, die den Vorgaben der Ausschreibung am besten entspricht. Letztendlich unterscheidet sich eine richterliche Prüfung, die sich auf die Feststellung beschränkt, ob eine Maßnahme unter „verständiger Würdigung“ getroffen wurde, qualitativ nicht sehr von einer

28 — Urteil vom 18. Juni 2002 (C-92/00, EU:C:2002:379).

29 — Urteil vom 11. Dezember 2014 (C-440/13, EU:C:2014:2435).

30 — Urteil vom 18. Juni 2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379, Rn. 64). Der Gerichtshof hat im Hinblick auf das mit der Richtlinie 89/665 verfolgte Ziel, die Nachprüfungsmöglichkeiten zu verstärken, und mangels gegenteiliger Anhaltspunkte festgestellt, dass hinsichtlich des Umfangs der gerichtlichen Kontrolle im Rahmen der dort vorgesehenen Nachprüfungsverfahren eine restriktive Auslegung nicht in Betracht kommt.

31 — Urteil vom 11. Dezember 2014 (C-440/13, EU:C:2014:2435).

32 — Urteil vom 28. Oktober 1999 (C-81/98, EU:C:1999:534, Rn. 33 und 43).

Prüfung, die dem Gericht die Feststellung ermöglicht, dass sie nicht willkürlich ist. Es würde sich um einen Kontrollstandard handeln, der dem im Urteil HI [33] verworfenen sehr nahe kommt, der die Beurteilung auf die bloße Feststellung beschränkt, ob die angefochtene Entscheidung willkürlich war oder nicht.

73. Meines Erachtens erfordert die gerichtliche Nachprüfung, zu der die Richtlinie 89/665 verpflichtet, etwas mehr, um diesen Namen zu verdienen. Die Prüfung durch das Gericht kann nicht bei einer einfachen Beurteilung der „verständigen Würdigung“ im Rahmen der angefochtenen Maßnahmen stehenbleiben, umso weniger, als für sie eine detaillierte Regelung gilt, die die formellen und die materiellen Aspekte umfasst. Das Gericht, das über eine Klage auf diesem Gebiet entscheidet, muss beurteilen, ob bei der angefochtenen Vergabe die Regeln der Ausschreibung beachtet wurden und ob die Bewerbung des ausgewählten Bieters der Kritik standhält, die seine Wettbewerber im Nachprüfungsverfahren vorgebracht haben. Diese Beurteilung erfordert in vielen Fällen die Prüfung des maßgeblichen Sachverhalts (den die Verwaltung falsch festgestellt haben mag) sowie der Beweismittel, die für die geringeren oder höheren Verdienste bestimmter Bewerbungen im Vergleich zu anderen vorgelegt worden sind. Sie impliziert auch die Abwägung, ob das Verwaltungshandeln ordnungsgemäß begründet worden ist und den es rechtfertigenden Zielen entspricht oder sich von ihnen entfernt (mit anderen Worten, ob Anhaltspunkte für einen Ermessensmissbrauch vorliegen), sowie den sonstigen dafür geltenden Rechtsvorschriften. Die Bewertung all dieser Gesichtspunkte geht, um es zu wiederholen, über die bloße Beurteilung der Frage, ob die angefochtene Maßnahme unter „verständiger Würdigung“ getroffen worden ist, die jedes Gericht, das Verwaltungshandeln prüft, gewöhnlich vornimmt, hinaus und begibt sich auf ein tatsächliches und rechtliches Terrain, das „technischer“ und normalerweise vielschichtiger ist.

74. Meine Meinung geht also dahin, dass eine im soeben dargelegten Sinne verstandene rein „marginale“ Kontrolle der Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers, die auf die Beurteilung, ob sie unter „verständiger Würdigung“ getroffen worden sind, beschränkt ist, wie sie das vorlegende Gericht beschreibt, nicht mit dem in der Richtlinie 89/665 geregelten Imperativ der gerichtlichen Nachprüfung im Einklang stehen würde. Gelten diese Überlegungen aber für das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gegen diese Entscheidungen?

2. Die gerichtliche Kontrolle im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes

75. Wie ich bereits bemerkt habe, betraf der Rechtsstreit im ersten Rechtszug die Maßnahme der VWS, mit der der Auftragnehmer ausgewählt wurde, die Klage wurde aber im Rahmen eines Eilverfahrens beim Voorzieningenrechter te Den Haag (für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zuständiger Richter in Den Haag) erhoben [34]. Daher war der Streit spezifisch auf dem Gebiet des in Art. 2 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 89/665 geregelten vorläufigen Rechtsschutzes angesiedelt. Im niederländischen System [35] richtet sich die Zuständigkeit danach, ob der Anspruch vorläufig geltend gemacht oder die Verwaltungsentscheidung in der Sache angefochten wird [36].

33 — Urteil vom 18. Juni 2002 (C-92/00, EU:C:2002:379).

34 — Dies ergibt sich ausdrücklich aus Rn. 3.2.1 der Vorlageentscheidung.

35 — Im Urteil vom 9. Dezember 2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie u. a. (C-568/08, EU:C:2010:751, Rn. 45), sowie den Schlussanträgen des Generalanwalts Cruz Villalón, die ihm vorangingen (C-568/08, EU:C:2010:515), wird das zum damaligen Zeitpunkt anwendbare niederländische Recht geprüft. Danach galt nach Rn. 11 des Urteils, „dass sich die Vergabe öffentlicher Aufträge nach dem Privatrecht richtet, die Erteilung des Zuschlags für einen öffentlichen Auftrag ein privatrechtlicher Akt ist und die der Zuschlagserteilung vorausgehenden Entscheidungen der Verwaltungsorgane als vorbereitende Privatrechtsakte angesehen werden. Sowohl in Bezug auf den Erlass vorläufiger Maßnahmen als auch hinsichtlich der Hauptsache ist für Streitigkeiten im Bereich des öffentlichen Auftragswesens das Zivilgericht zuständig. Die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte ist ausgeschlossen, sofern nicht ein Gesetz etwas anderes bestimmt.“ Die Regierung der Niederlande hat in der mündlichen Verhandlung eingeräumt, dass der spätere Erlass der Wet van 28 januari 2010 tot implementatie van de rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Gesetz vom 28. Januar 2010 zur Umsetzung der Nachprüfungsrichtlinie) diesen normativen Rahmen im Wesentlichen unverändert gelassen hat.

36 — Hebly, J. M., und Folkert, W. G.: „Damages for breach of procurement law: The Dutch situation“, S. 75 bis 88 in *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy*, Fairgrieve, D., und Lichère, F., (Hrsg.), Hart Publishing, Oxford, 2011.

76. Das Vorliegen des Faktors der Vorläufigkeit bzw. der Einstweiligkeit könnte für die Beantwortung der zweiten Vorlagefrage relevant sein: Die Intensität der gerichtlichen Kontrolle über die Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber muss im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nicht die gleiche sein wie bei der endgültigen Entscheidung des Streits in der Hauptsache. In Ersterem entscheidet das Gericht über die Sache gemeinhin nur eingeschränkt [37], und seine vorläufige Entscheidung erwächst normalerweise nicht in Rechtskraft und kann später im Hauptsacheverfahren abgeändert werden.

77. Die besondere Stellung des für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zuständigen Richters bringt es aus der Sicht der Richtlinie 89/665 daher mit sich, dass die von ihm getroffenen Maßnahmen bis zu einer umfassenden Entscheidung des Rechtsstreits vorläufig sind und „nicht zur endgültigen Festlegung der Rechtsverhältnisse“ führen [38]. Wenn zudem die im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes vorgenommene Auslegung der Richtlinie 2004/18 „anschließend vom Gericht der Hauptsache für falsch befunden“ [39] werden kann, ergibt sich daraus, dass das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes in der Rechtsprechung des Gerichtshofs als einfaches Vorverfahren zum späteren Prozess aufgefasst wird, und nur dieser darauf gerichtet ist, mit einer Sachentscheidung zu enden, die nach einer umfassenden Erörterung des Rechtsstreits die streitigen Rechtsbeziehungen umfassend regelt.

78. Nur im nachfolgenden Prozess, nicht aber in seiner vorgeschalteten Phase kann das Niveau gerichtlicher Kontrolle, auf das ich zuvor Bezug genommen habe, in vollem Umfang verlangt werden. Der für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zuständige Richter könnte infolgedessen seine Prüfung des Verwaltungsakts nicht mit derselben Intensität vornehmen wie der, der den Rechtsstreit in der Hauptsache entscheidet. Konkret wäre es zulässig, dass er nur den Maßstab der verständigen Würdigung bei der Prüfung der einander gegenüberstehenden Ansprüche und des Vergabeakts selbst anwendet, ähnlich dem, was sonst im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes geprüft wird (*fumus boni iuris*, *periculum in mora* und Interessenabwägung).

79. Eine ähnliche Argumentation, die aus meiner Sicht grundsätzlich geeignet ist, um dem vorlegenden Gericht eine Antwort zu geben, könnte jedoch mit einem tatsächlichen Umstand in Konflikt geraten, der nicht außer Acht gelassen werden darf. Nach in den Niederlanden [40] erhobenen Daten wird die überwältigende Mehrheit der Nachprüfungsverfahren in Vergabesachen (ungefähr 92 % in den Jahren 2004 bis 2009) im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes entschieden, in dem die Kläger um vorläufige Maßnahmen nachsuchen, um zu verhindern, dass der Auftrag vergeben wird. Die vorläufige Entscheidung ist in der Verfahrenspraxis der Niederlande „die einzige und endgültige Entscheidung der Streitigkeiten“ auf diesem Gebiet [41].

37 — Im Urteil vom 9. Dezember 2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie u. a. (C-568/08, EU:C:2010:751, Rn. 77) stellte der Gerichtshof fest: „Zum einen hat der Richter im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes eine Entscheidung im Rahmen eines Eilverfahrens zu erlassen, in dem sowohl die Sammlung der Beweise als auch die Prüfung der von den Parteien vorgebrachten Gründe weniger eingehend sind als im Rahmen des Hauptsacheverfahrens. Zum anderen bezweckt der Richter im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes mit seinem Tätigwerden im Gegensatz zum Gericht der Hauptsache nicht, endgültig zwischen den Forderungen zu entscheiden, mit den er befasst wird, sondern vorläufig die beteiligten Interessen zu schützen, gegebenenfalls durch deren Abwägung.“

38 — Urteil vom 9. Dezember 2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie u. a. (C-568/08, EU:C:2010:751, Rn. 77).

39 — Urteil vom 9. Dezember 2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie u. a. (C-568/08, EU:C:2010:751, Rn. 80).

40 — Diese Zahlen entnehme ich dem Bericht über das öffentliche Auftragswesen in den Niederlanden von Van de Meent, G.-W., und Manunza, E. R., in *Public Procurement Law: Limitations, Opportunities and Paradoxes. The XXVI FIDE Congress in Copenhagen, 2014*, Congress Publications, Bd. 3., DJØF Publishing, S. 641 ff., Kopenhagen, 2014. Die Verfasser führen wiederum den *Aanbestedingsrechtspraak in Nederland: 1 september 2004 – 31 augustus 2009*, Final report, Juni 2010, Van Doorne NV/Ministry of Economic Affairs, als Quelle an.

41 — Ebd., Anm. 131: „In the Dutch legal system it is not required to follow-up with another proceedings for the interim relief judgment to have binding force; therefore, often, in practice, the interim judgment contains the sole and final ruling on a procurement dispute (barring appeal of the interim judgment), as losing parties tend to resign themselves to this verdict.“

80. Wäre dies die tatsächliche Situation bei den Nachprüfungsverfahren in den Niederlanden, würde der für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zuständige Richter zum nahezu einzigen und letzten Garanten des Systems der gerichtlichen Entscheidung über die Anfechtung von Maßnahmen des öffentlichen Auftraggebers gemäß der Richtlinie 89/665. Auf diese Weise würden die Unterschiede, die das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes und das Hauptsacheverfahren abstrakt trennen, verschwimmen.

81. Unter diesen Umständen würde die umfassende Kontrolle der Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber, für die die Gerichte zuständig sind, geschwächt und durch eine rein „marginale“ Beurteilung dieser Entscheidungen durch die für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zuständigen Richter ersetzt. Die Nachprüfungsverfahren würden wahrscheinlich effektiver und schneller werden, zugleich aber ihre Reaktionsfähigkeit gegenüber möglichen Unregelmäßigkeiten jeder Art bei den Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers verlieren, die der obligatorischen Prüfung, der sie nach der Richtlinie 89/665 unterzogen werden müssen, entgehen würden. Diese Richtlinie würde, mit anderen Worten, nicht vollständig beachtet.

3. Die gerichtliche Nachprüfung im Ausgangsverfahren

82. Meine bisherigen Ausführungen beantworten die zweite Vorlagefrage in eher abstrakten Begriffen, die dem Sprachgebrauch des vorlegenden Gerichts folgen. Eine detaillierte Prüfung des Sachverhalts des Ausgangsverfahrens zeigt jedoch meiner Ansicht nach, dass sowohl das Handeln des für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zuständigen Richters als auch das des Gerechtshof Den Haag (Berufungsgericht Den Haag) über das „marginale“ Niveau gerichtlicher Kontrolle hinausgingen, sofern man dieses Adjektiv in dem zuvor geprüften Sinne versteht.

83. Tatsächlich ist der für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zuständige Richter nicht nur auf den Grad der verständigen Würdigung im Rahmen der Entscheidung des VWS eingegangen, sondern hat diese an den „positiven“ Regeln, die für die Ausschreibung gelten (insbesondere mit der Beschreibung, der er Vorrang eingeräumt hat) gemessen und entschieden, dass der Ausschluss des ausgewählten Zuschlagsempfängers zulässig war. Was das Berufungsgericht anbelangt, stimme ich mit der Einschätzung der Regierung der Niederlande[42] überein, wonach die von diesem Gericht vorgenommene Kontrolle „erschöpfend“ gewesen sei, da es „sämtliche Gesichtspunkte berücksichtigt habe, auf deren Grundlage das Ministerium gegen einen endgültigen Ausschluss“ der Bietergemeinschaft entschieden habe, nachdem es sämtliche anzuwendenden Vorschriften – in einem der Sicht des für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zuständigen Richters entgegengesetzten Sinne – ausgelegt habe.

84. Wenn das, wie ich glaube, der Fall ist, könnte die zweite Vorlagefrage entweder als rein hypothetisch bezeichnet werden (denn mit ihr würde nach der Durchführbarkeit einer „marginalen“ Kontrolle gefragt, die in den beiden vorangegangenen Verfahrensabschnitten tatsächlich nicht stattgefunden hat) oder sie müsste, wie ich es vorschlage, nuanciert durch die besondere Bezugnahme auf den Sachverhalt des bei den niederländischen Gerichten anhängigen Rechtsstreits, verneint werden. Den Akten lässt sich nicht entnehmen, ob sich die gerichtliche Nachprüfung durch die Gerichte, die am Ausgangsverfahren beteiligt waren, auf eine derartige Würdigung beschränkt hat.

42 — Nr. 56 der schriftlichen Erklärungen.

V – **Ergebnis**

85. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die Fragen des Hoge Raad der Nederlanden (Oberster Gerichtshof der Niederlande) wie folgt zu beantworten:

1. Art. 45 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge steht einer nationalen Vorschrift wie der in diesem Rechtsstreit streitigen nicht entgegen, nach der der öffentliche Auftraggeber beim Ausschluss eines Bieters, der eine schwere berufliche Verfehlung begangen hat, auch dann den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit anzuwenden hat, wenn sich diese Befugnis nicht ausdrücklich aus der Beschreibung ergibt.

2. Die Art. 1 und 2 der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge stehen einer Vorschrift oder einer allgemeinen Praxis eines Mitgliedstaats entgegen, durch die der Umfang der Nachprüfungsverfahren auf die Kontrolle der bloßen verständigen Würdigung im Rahmen der Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber beschränkt wird.