Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Fünfte Kammer)

26. September 2019*

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Art. 49 und 56 AEUV – Öffentliche Auftragsvergabe – Richtlinie 2014/24/EU – Art. 71 – Vergabe von Unteraufträgen – Nationale Regelung, mit der die Möglichkeit der Vergabe von Unteraufträgen auf 30 % des Gesamtwerts des Auftrags beschränkt wird“

In der Rechtssache C-63/18

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht vom Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Regionales Verwaltungsgericht für die Lombardei, Italien) mit Entscheidung vom 13. Dezember 2017, beim Gerichtshof eingegangen am 1. Februar 2018, in dem Verfahren

Vitali SpA

gegen

Autostrade per l’Italia SpA

erlässt

DER GERICHTSHOF (Fünfte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten E. Regan (Berichterstatter) sowie der Richter C. Lycourgos, E. Juhász, M. Ilešič und I. Jarukaitis,

Generalanwalt: M. Campos Sánchez-Bordona,

Kanzler: A. Calot Escobar,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

– der italienischen Regierung, vertreten durch G. Palmieri als Bevollmächtigte im Beistand von C. Colelli und V. Nunziata, avvocati dello Stato,

– der norwegischen Regierung, vertreten durch K. H. Aarvik, H. Røstum und C. Anker als Bevollmächtigte,

– der Europäischen Kommission, vertreten durch L. Haasbeek, G. Gattinara und P. Ondrůšek als Bevollmächtigte,

* Verfahrenssprache: Italienisch.

aufgrund des nach Anhörung des Generalanwalts ergangenen Beschlusses, ohne Schlussanträge über die Rechtssache zu entscheiden,

folgendes

Urteil

1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung der Art. 49 und 56 AEUV, von Art. 71 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) in der durch die Delegierte Verordnung (EU) 2015/2170 der Kommission vom 24. November 2015 (ABl. 2015, L 307, S. 5) geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 2014/24) sowie des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

2 Es ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Vitali SpA und der Autostrade per l'Italia SpA wegen einer von ihr in ihrer Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber getroffenen Entscheidung, die Vitali SpA von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags auszuschließen.

Rechtlicher Rahmen

Unionsrecht

3 In den Erwägungsgründen 1, 41, 78, 100 und 105 der Richtlinie 2014/24 heißt es:

„(1) Die Vergabe öffentlicher Aufträge durch oder im Namen von Behörden der Mitgliedstaaten hat im Einklang mit den im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) niedergelegten Grundsätzen zu erfolgen, insbesondere den Grundsätzen des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit sowie den sich daraus ableitenden Grundsätzen wie Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, gegenseitige Anerkennung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz. Für über einen bestimmten Wert hinausgehende öffentliche Aufträge sollten Vorschriften zur Koordinierung der nationalen Vergabeverfahren festgelegt werden, um zu gewährleisten, dass diese Grundsätze praktische Geltung erlangen und dass das öffentliche Auftragswesen für den Wettbewerb geöffnet wird.

…

(41) Keine Bestimmung dieser Richtlinie sollte dem Erlass oder der Durchsetzung von Maßnahmen, die zum Schutz der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sittlichkeit und der öffentlichen Sicherheit … notwendig sind … entgegenstehen, sofern diese Maßnahmen mit dem AEUV im Einklang stehen.

…

(78) Die Vergabe öffentlicher Aufträge sollte den Bedürfnissen der [kleinen und mittleren Unternehmen (KMU)] angepasst werden. Den öffentlichen Auftraggebern sollte empfohlen werden, auf den Leitfaden für bewährte Verfahren zurückzugreifen, der im Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen vom 25. Juni 2008 mit dem Titel ‚Europäischer Leitfaden für bewährte Verfahren zur Erleichterung des Zugangs kleiner und mittlerer Unternehmen zu öffentlichen Aufträgen' wiedergegeben ist und Vorgaben enthält, wie sie die Vergabevorschriften so anwenden können, dass die Beteiligung von KMU erleichtert wird. Zu diesem Zweck und um den Wettbewerb zu stärken, sollten öffentliche Auftraggeber insbesondere ermutigt werden, große Aufträge in Lose zu unterteilen. …

Es sollte den Mitgliedstaaten überlassen bleiben, in ihren Bemühungen um Förderung der Teilnahme von KMU am öffentlichen Beschaffungsmarkt hierüber noch hinauszugehen, indem sie den Geltungsbereich der Verpflichtung zur Prüfung der Frage, ob eine Aufteilung von Aufträgen in Lose sinnvoll ist, dadurch auf kleinere Aufträge ausdehnen, dass sie öffentliche Auftraggeber verpflichten, die Entscheidung, Aufträge nicht in Lose aufzuteilen, zu begründen, oder dass sie eine Aufteilung in Lose unter bestimmten Bedingungen verbindlich vorschreiben. Zu demselben Zweck sollte es Mitgliedstaaten auch freistehen, Direktzahlungen an Unterauftragnehmer vorzusehen.

…

(100) Öffentliche Aufträge sollten nicht an Wirtschaftsteilnehmer vergeben werden, die sich an einer kriminellen Vereinigung beteiligt haben oder sich der Bestechung, des Betrugs zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union, terroristischer Straftaten, der Geldwäsche oder der Terrorismusfinanzierung schuldig gemacht haben. …

…

(105) Es ist wichtig, die Einhaltung der geltenden Anforderungen des Unionsrechts, der nationalen Rechtsvorschriften und der Tarifverträge auf dem Gebiet des Umwelt-, Sozial- und Arbeitsrechts oder der in dieser Richtlinie aufgeführten internationalen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften – vorausgesetzt, die betreffenden Vorschriften und ihre Anwendung sind mit dem Unionsrecht vereinbar – durch Unterauftragnehmer mittels geeigneter Maßnahmen der zuständigen nationalen Behörden, wie etwa Arbeitsaufsichtsbehörden oder Umweltschutzagenturen, im Rahmen ihrer Zuständigkeiten und Befugnisse sicherzustellen.

…

… Des Weiteren sollte ausdrücklich angegeben werden, dass die Mitgliedstaaten auch die Möglichkeit haben sollten, über die entsprechenden Bestimmungen hinauszugehen, beispielsweise durch Erweiterung der Transparenzanforderungen, indem sie Direktzahlungen an Unterauftragnehmer zulassen oder indem sie es den öffentlichen Auftraggebern erlauben oder vorschreiben zu überprüfen, dass auf Unterauftragnehmer keine der Situationen zutrifft, die den Ausschluss von Wirtschaftsteilnehmern rechtfertigen würden. …

Ebenfalls sollte ausdrücklich angegeben werden, dass es den Mitgliedstaaten nach wie vor freisteht, in den nationalen Rechtsvorschriften strengere Haftungsregelungen oder erweiterte Regelungen für Direktzahlungen an Unterauftragnehmer vorzusehen.“

4 Die Richtlinie 2014/24 gilt nach ihrem Art. 4 Buchst. a für Aufträge, deren geschätzter Wert ohne Mehrwertsteuer den Schwellenwert von 5 225 000 Euro bei öffentlichen Bauaufträgen nicht unterschreitet.

5 Art. 18 („Grundsätze der Auftragsvergabe“) der Richtlinie 2014/24 sieht in Abs. 1 Unterabs. 1 vor:

„Die öffentlichen Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer in gleicher und nichtdiskriminierender Weise und handeln transparent und verhältnismäßig.“

6 Der mit „Ausschlussgründe“ überschriebene Art. 57 der Richtlinie 2014/24 sieht in Abs. 1 vor, dass die öffentlichen Auftraggeber einen Wirtschaftsteilnehmer von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn sie durch eine Überprüfung gemäß den Art. 59 bis 61 festgestellt haben oder anderweitig davon Kenntnis erlangt haben, dass dieser Wirtschaftsteilnehmer aus einem der in dieser Bestimmung genannten Gründe rechtskräftig verurteilt worden ist.

7 Art. 63 („Inanspruchnahme der Kapazitäten anderer Unternehmen“) der Richtlinie 2014/24 bestimmt in Abs. 1:

„In Bezug auf die Kriterien für die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit gemäß Artikel 58 Absatz 3 und die Kriterien für die technische und berufliche Leistungsfähigkeit gemäß Artikel 58 Absatz 4 kann ein Wirtschaftsteilnehmer gegebenenfalls für einen bestimmten Auftrag die Kapazitäten anderer Unternehmen – ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmen bestehenden Verbindungen – in Anspruch nehmen. In Bezug auf die Kriterien für Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung gemäß Anhang XII Teil II Buchstabe f oder für die einschlägige berufliche Erfahrung können die Wirtschaftsteilnehmer jedoch nur die Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch nehmen, wenn diese die Arbeiten ausführen beziehungsweise die Dienstleistungen erbringen, für die diese Kapazitäten benötigt werden. Beabsichtigt ein Wirtschaftsteilnehmer, die Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch zu nehmen, so weist er dem öffentlichen Auftraggeber gegenüber nach, dass ihm die erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen werden, indem er beispielsweise die diesbezüglichen verpflichtenden Zusagen dieser Unternehmen vorlegt.“

8 Art. 71 („Vergabe von Unteraufträgen“) der Richtlinie 2014/24 sieht vor:

„(1) Die Einhaltung der in Artikel 18 Absatz 2 genannten Verpflichtungen durch Unterauftragnehmer wird durch geeignete Maßnahmen der zuständigen nationalen Behörden gewährleistet, die im Rahmen ihrer Zuständigkeit und ihrer Aufgaben handeln.

(2) In den Auftragsunterlagen kann der öffentliche Auftraggeber den Bieter auffordern oder von einem Mitgliedstaat verpflichtet werden, den Bieter aufzufordern, in seinem Angebot den Anteil des Auftrags, den er gegebenenfalls im Wege von Unteraufträgen an Dritte zu vergeben gedenkt, sowie die gegebenenfalls vorgeschlagenen Unterauftragnehmer anzugeben.

(3) Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass der öffentliche Auftraggeber auf Wunsch des Unterauftragnehmers – und sofern die Art des Auftrags es erlaubt –, fällige Zahlungen im Zusammenhang mit den für den Wirtschaftsteilnehmer, an den der öffentliche Auftrag vergeben worden ist (Hauptauftragnehmer), erbrachten Dienstleistungen, Lieferungen oder Bauleistungen direkt an den Unterauftragnehmer leistet. Zu diesen Maßnahmen können geeignete Mechanismen gehören, die es dem Hauptauftragnehmer ermöglichen, Einwände gegen ungerechtfertigte Zahlungen zu erheben. Die Modalitäten dieser Zahlung werden in den Auftragsunterlagen dargelegt.

(4) Die Frage der Haftung des Hauptauftragnehmers bleibt von den Absätzen 1 bis 3 unberührt.

(5) Im Fall von Bauaufträgen und in Bezug auf Dienstleistungen, die in einer Einrichtung des öffentlichen Auftraggebers unter dessen direkter Aufsicht zu erbringen sind, schreibt der öffentliche Auftraggeber vor, dass der Hauptauftragnehmer ihm nach der Vergabe des Auftrags und spätestens zum Zeitpunkt des Beginns der Auftragsausführung den Namen, die Kontaktdaten und die gesetzlichen Vertreter seiner Unterauftragnehmer, die an diesen Bau- oder Dienstleistungen beteiligt sind, mitteilt, soweit sie zu diesem Zeitpunkt bekannt sind. Der öffentliche Auftraggeber schreibt vor, dass der Hauptauftragnehmer ihm alle Änderungen dieser Angaben während der Dauer des Auftrags sowie die erforderlichen Informationen in Bezug auf alle neuen Unterauftragnehmer, die in der Folge an diesen Bau- oder Dienstleistungen beteiligt werden, mitteilt.

Ungeachtet des Unterabsatzes 1 können die Mitgliedstaaten die verpflichtende Bereitstellung der einschlägigen Informationen unmittelbar durch den Hauptauftragnehmer vorschreiben.

Falls dies für die Zwecke von Absatz 6 Buchstabe b des vorliegenden Artikels erforderlich ist, sind den einschlägigen Informationen die Eigenerklärungen der Unterauftragnehmer gemäß Artikel 59 beizufügen. In den Durchführungsbestimmungen nach Absatz 8 des vorliegenden Artikels kann vorgesehen werden, dass Unterauftragnehmer, die nach der Vergabe des Auftrags präsentiert werden, statt der Eigenerklärung die Bescheinigungen und andere zusätzliche Unterlagen vorlegen müssen.

Unterabsatz 1 gilt nicht für Lieferanten.

Die öffentlichen Auftraggeber können die in Unterabsatz 1 vorgesehenen Verpflichtungen auf Folgendes ausweiten oder von den Mitgliedstaaten dazu verpflichtet werden:

a) auf Lieferaufträge, auf andere Dienstleistungsaufträge als solche, die in den Einrichtungen des öffentlichen Auftraggebers unter dessen direkter Aufsicht zu erbringende Dienstleistungen betreffen, oder auf Lieferanten, die an Bau- oder Dienstleistungsaufträgen beteiligt sind;

b) auf Unterauftragnehmer der Unterauftragnehmer des Hauptauftragnehmers oder weitere Stufen in der Kette der Unterauftragsvergabe.

(6) Im Hinblick auf die Vermeidung von Verstößen gegen die in Artikel 18 Absatz 2 genannten Verpflichtungen können u. a. folgende geeignete Maßnahmen getroffen werden:

a) Ist im nationalen Recht eines Mitgliedstaats ein Mechanismus der gemeinsamen Haftung von Unterauftragnehmern und Hauptauftragnehmer vorgesehen, so sorgt der betreffende Mitgliedstaat dafür, dass die einschlägigen Vorschriften unter Einhaltung der in Artikel 18 Absatz 2 festgelegten Bedingungen angewandt werden.

b) Die öffentlichen Auftraggeber können im Einklang mit den Artikeln 59, 60 und 61 überprüfen beziehungsweise von den Mitgliedstaaten angewiesen werden zu überprüfen, ob Gründe für den Ausschluss von Unterauftragnehmern gemäß Artikel 57 vorliegen. Ist dies der Fall, so verlangt der öffentliche Auftraggeber vom Wirtschaftsteilnehmer, dass er einen Unterauftragnehmer, für den die Überprüfung zwingende Ausschlussgründe ergeben hat, ersetzt. Der öffentliche Auftraggeber kann verlangen beziehungsweise kann von einem Mitgliedstaat angewiesen werden zu verlangen, dass der Wirtschaftsteilnehmer einen Unterauftragnehmer, für den die Überprüfung nicht-zwingende Ausschlussgründe ergeben hat, ersetzt.

(7) Die Mitgliedstaaten können in ihrem nationalen Recht strengere Haftungsregeln vorsehen oder in Bezug auf Direktzahlungen an Unterauftragnehmer weiter gehen, z. B. indem sie Direktzahlungen an Unterauftragnehmer vorsehen, ohne dass diese die Direktzahlungen beantragen müssen.

(8) Mitgliedstaaten, die Maßnahmen gemäß den Absätzen 3, 5 oder 6 vorsehen, legen die Bedingungen für die Anwendung dieser Maßnahmen in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften unter Achtung des Unionsrechts fest. Dabei können die Mitgliedstaaten deren Anwendbarkeit, z. B. in Bezug auf bestimmte Arten von Aufträgen, bestimmte Kategorien von öffentlichen Auftraggebern oder Wirtschaftsteilnehmern oder bestimmte Mindestbeträge, beschränken.“

Italienisches Recht

9 Art. 105 Abs. 2 Satz 3 des Decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici (Gesetzesvertretendes Dekret Nr. 50 über öffentliche Aufträge) vom 18. April 2016 (Supplemento ordinario zur GURI Nr. 91 vom 19. April 2016, im Folgenden: Decreto legislativo Nr. 50/2016) sieht vor:

„Vorbehaltlich von Abs. 5 darf die etwaige Vergabe von Unteraufträgen den Wert von 30 % des Gesamtbetrags des Bau-, Dienstleistungs- oder Lieferauftrags nicht überschreiten."

10 Art. 105 Abs. 5 des Decreto legislativo Nr. 50/2016 bestimmt:

„Bei Bauwerken im Sinne von Art. 89 Abs. 11 und unbeschadet der in diesem Absatz vorgesehenen Grenzen darf die etwaige Unterauftragsvergabe 30 % des Wertes der Bauwerke nicht übersteigen und darf nicht ohne sachlichen Grund aufgeteilt werden."

Ausgangsrechtsstreit und Vorlagefrage

11 Mit einer im August 2016 veröffentlichten Bekanntmachung leitete die Autostrade per l'Italia ein nicht offenes Verfahren für die Vergabe der Arbeiten zur Erweiterung der fünften Fahrspur der italienischen Autobahn A8 zwischen der Mautschranke von Mailand Nord (Italien) und der Anschlussstelle Lainate (Italien) mit einem Grundbetrag von 85 211 216,84 Euro ohne Mehrwertsteuer im Wege der Ausschreibung ein.

12 Vitali wurde vom Ausschreibungsverfahren ausgeschlossen, weil die in Art. 105 Abs. 2 des Decreto legislativo Nr. 50/2016 für die Vergabe von Unteraufträgen vorgesehene Grenze von 30 % überschritten war.

13 Vitali erhob beim vorlegenden Gericht Klage u. a. mit dem Ziel, wieder zum Ausschreibungsverfahren zugelassen zu werden.

14 Mit Teilurteil vom 5. Januar 2018 wies das vorlegende Gericht alle von Vitali geltend gemachten Klagegründe mit Ausnahme desjenigen zurück, mit dem gerügt wurde, dass die im italienischen Recht vorgesehene Grenze von 30 % für die Vergabe von Unteraufträgen mit dem Unionsrecht unvereinbar sei.

15 Das vorlegende Gericht hat Zweifel an der Vereinbarkeit dieser quantitativen Beschränkung mit den Art. 49 und 56 AEUV und Art. 71 der Richtlinie 2014/24 sowie mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

16 Der Consiglio di Stato (Staatsrat, Italien) habe sich dahin geäußert, dass der nationale Gesetzgeber im Bereich der Vergabe von Unteraufträgen strengere als die in den einschlägigen Bestimmungen des Unionsrechts geltenden Grenzen vorsehen dürfe, soweit solche strengeren Grenzen zum einen im Licht der Grundsätze der Sozialverträglichkeit und zum anderen im Hinblick auf die in Art. 36 AEUV genannten Werte, darunter die öffentliche Ordnung und die öffentliche Sicherheit, gerechtfertigt seien. Außerdem finde nach Ansicht des Consiglio di Stato (Staatsrat) die auf 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 (ABl. 2004, L 134, S. 114) bezogene Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den quantitativen Beschränkungen für die Vergabe von Unteraufträgen im Rahmen der Richtlinie 2014/24 keine Anwendung.

17 Das vorlegende Gericht weist jedoch auch darauf hin, dass die Richtlinie 2014/24, wie die Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABl. 2004, L 134, S. 1) und die Richtlinie 2004/18, keine quantitative Beschränkung für die Vergabe von Unteraufträgen vorsehe. Der Umstand, dass für die Vergabe von Unteraufträgen eine allgemeine quantitative Beschränkung von 30 % gegenüber dem Gesamtwert des Auftrags vorgesehen werde, könne den Zugang der Unternehmen, insbesondere der kleinen und mittleren Unternehmen, zu öffentlichen Aufträgen erschweren und damit die Ausübung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs behindern. Diese quantitative Beschränkung werde abstrakt auf einen bestimmten Prozentsatz des Auftrags festgesetzt, und zwar unabhängig davon, ob eine Prüfung der Kapazitäten etwaiger Unterauftragnehmer möglich sei, und ohne irgendeine Angabe zum wesentlichen Charakter der betreffenden Aufgaben.

18 Folglich fragt sich das vorlegende Gericht, ob die in Rede stehende nationale Regelung nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung der verfolgten Ziele erforderlich ist.

19 Unter diesen Umständen hat das Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Regionales Verwaltungsgericht für die Lombardei) beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

Stehen die Grundsätze der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs, die in den Art. 49 und 56 AEUV verankert sind, sowie Art. 71 der Richtlinie 2014/24, der für die Vergabe von Unteraufträgen keine quantitativen Beschränkungen vorsieht, und der unionsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Anwendung einer nationalen Regelung über die öffentliche Auftragsvergabe wie der italienischen in Art. 105 Abs. 2 Satz 3 des Decreto legislativo Nr. 50/2016 entgegen, nach der die Vergabe von Unteraufträgen die Quote von 30 % des Gesamtbetrags des Vertrags über Bauleistungen, Dienstleistungen oder Lieferungen nicht überschreiten darf?

20 Der Antrag des vorlegenden Gerichts auf Behandlung seines Vorabentscheidungsersuchens im beschleunigten Verfahren nach Art. 105 Abs. 1 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs ist durch den Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofs vom 8. März 2018, Vitali (C-63/18, nicht veröffentlicht, EU:C:2018:199), zurückgewiesen worden.

Zur Vorlagefrage

21 Mit seiner Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Art. 49 und 56 AEUV und die Richtlinie 2014/24 dahin auszulegen sind, dass sie einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegenstehen, die den Teil des Auftrags, den der Bieter als Unterauftrag an Dritte vergeben darf, auf 30 % beschränkt.

22 Vorab ist darauf hinzuweisen, dass der Wert des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Auftrags ohne Mehrwertsteuer den in Art. 4 Buchst. a der Richtlinie 2014/24 vorgesehenen Schwellenwert von 5 225 000 Euro überschreitet, weshalb auf das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen im Licht dieser Richtlinie zu antworten ist.

23 Ziel dieser Richtlinie ist es, wie sich im Wesentlichen aus ihrem ersten Erwägungsgrund ergibt, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge namentlich die Beachtung des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs sowie der sich daraus ergebenden Grundsätze, insbesondere die Gleichbehandlung, die Nichtdiskriminierung, die Verhältnismäßigkeit und die Transparenz zu wahren und sicherzustellen, dass das öffentliche Auftragswesen für den Wettbewerb geöffnet wird.

24 Zu diesem Zweck sieht die Richtlinie 2014/24 in Art. 63 Abs. 1 im Einzelnen ausdrücklich vor, dass die Bieter unter bestimmten Voraussetzungen die Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch nehmen können, um bestimmte Kriterien für die Eignung von Wirtschaftsteilnehmern zu erfüllen.

25 Im Übrigen bestimmt Art. 71 der Richtlinie 2014/24, der konkret die Vergabe von Unteraufträgen betrifft, in Abs. 2, dass der öffentliche Auftraggeber den Bieter auffordern oder von einem Mitgliedstaat verpflichtet werden kann, den Bieter aufzufordern, in seinem Angebot den Anteil des Auftrags, den er gegebenenfalls im Wege von Unteraufträgen an Dritte zu vergeben gedenkt, sowie die gegebenenfalls vorgeschlagenen Unterauftragnehmer anzugeben.

26 Daraus folgt, dass die Richtlinie 2014/24, wie die Richtlinie 2004/18, die sie aufgehoben hat, die Möglichkeit vorsieht, dass die Bieter für die Ausführung eines Auftrags auf Unterauftragnehmer zurückgreifen, sofern die in dieser Richtlinie vorgesehenen Bedingungen erfüllt sind (vgl. in diesem Sinne in Bezug auf die Richtlinie 2004/18, Urteil vom 14. Juli 2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, Rn. 31 bis 33).

27 Nach ständiger Rechtsprechung und wie sich aus dem 78. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24 ergibt, liegt es nämlich im Interesse der Union, dass im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe Ausschreibungen stärker für den Wettbewerb geöffnet werden. Der Einsatz von Unterauftragnehmern, der den Zugang kleinerer und mittlerer Unternehmen zu öffentlichen Aufträgen fördern kann, trägt zur Erreichung dieses Ziels bei (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 5. April 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, Rn. 48 und die dort angeführte Rechtsprechung).

28 Zudem hat der Gerichtshof in Rn. 35 des Urteils vom 14. Juli 2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562), das die Auslegung der Richtlinie 2004/18 betraf, entschieden, dass eine Klausel des Lastenhefts eines öffentlichen Auftrags, die in Bezug auf einen abstrakt auf einen bestimmten Prozentsatz festgelegten Teil des Auftrags Beschränkungen für den Rückgriff auf Unterauftragnehmer vorsieht – und zwar unabhängig davon, ob eine Prüfung der Kapazitäten etwaiger Unterauftragnehmer möglich ist, und ohne irgendeine Angabe zum wesentlichen Charakter etwa betroffener Aufgaben, mit dieser in dem Rechtsstreit, in dem dieses Urteil ergangen ist, anwendbaren Richtlinie unvereinbar ist.

29 Hierzu ist festzustellen, dass Art. 71 der Richtlinie 2014/24 zwar im Wesentlichen den Inhalt von Art. 25 der Richtlinie 2004/18 übernimmt, dass er jedoch zusätzliche Vorschriften über die Vergabe von Unteraufträgen enthält. Insbesondere sieht Art. 71 vor, dass der öffentliche Auftraggeber den Bieter auffordern kann oder von einem Mitgliedstaat verpflichtet werden kann, den Bieter aufzufordern, ihm bekannt zu geben, ob er Unteraufträge zu vergeben gedenkt und dass der öffentliche Auftraggeber unter bestimmten Voraussetzungen fällige Zahlungen im Zusammenhang mit den für den Hauptauftragnehmer erbrachten Dienstleistungen, Lieferungen oder Bauleistungen direkt an den Unterauftragnehmer leisten kann. Außerdem bestimmt Art. 71 der Richtlinie 2014/24, dass die öffentlichen Auftraggeber überprüfen können oder von den Mitgliedstaaten verpflichtet werden können, zu überprüfen, ob gemäß Art. 57 dieser Richtlinie Gründe für den Ausschluss von Unterauftragnehmern – insbesondere wegen Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung, Bestechung oder Betrugs – vorliegen.

30 Jedenfalls kann aus dem Willen des Unionsgesetzgebers, durch den Erlass solcher Regelungen einen konkreteren Rahmen für die Fälle vorzusehen, in denen der Bieter auf Unterauftragnehmer zurückgreift, nicht abgeleitet werden, dass die Mitgliedstaaten nunmehr über die Möglichkeit verfügten, den Rückgriff auf einen auf einen bestimmten Prozentsatz abstrakt festgelegten Marktanteil, wie die mit der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Regelung auferlegte Grenze zu beschränken.

31 Hierzu macht die italienische Regierung geltend, dass es den Mitgliedstaaten freistehe, andere als die in der Richtlinie 2014/24 speziell aufgeführten Maßnahmen vorzusehen, um insbesondere die Beachtung des Transparenzgrundsatzes im Rahmen der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge zu gewährleisten, da dieser Grundsatz im Rahmen dieser Richtlinie besonders hervorgehoben werde.

32 Konkret sei die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Beschränkung des Rückgriffs auf Unterauftragnehmer im Hinblick auf die in Italien herrschenden besonderen Umstände gerechtfertigt, wo die Vergabe von Unteraufträgen stets eines der Instrumente gewesen sei, die zur Umsetzung krimineller Absichten verwendet worden seien. Durch die Beschränkung des Teils des Auftrags, der Gegenstand einer Untervergabe sein könne, mache die nationale Regelung die Teilnahme an öffentlichen Aufträgen für kriminelle Organisationen weniger attraktiv, was geeignet sei, dem Phänomen der Infiltration durch die Mafia bei öffentlichen Aufträgen vorzubeugen und auf diese Weise die öffentliche Ordnung zu schützen.

33 Es trifft zu, dass, wie die italienische Regierung bemerkt, in den Erwägungsgründen 41 und 105 der Richtlinie 2014/24 sowie in einigen ihrer Bestimmungen, wie z. B. in Art. 71 Abs. 7, ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass es den Mitgliedstaaten freisteht, in ihrem nationalen Recht in bestimmter Hinsicht strengere Bestimmungen als die in dieser Richtlinie für die Vergabe von Unteraufträgen vorgesehenen vorzusehen, sofern diese zuerst genannten Vorschriften mit dem Unionsrecht vereinbar sind.

34 Auch trifft es zu, dass, wie sich namentlich aus den in der Richtlinie 2014/24 vorgesehenen qualitativen Auswahlkriterien, insbesondere aus den in ihrem Art. 57 Abs. 1 aufgeführten Ausschlussgründen, ergibt, der Unionsgesetzgeber mit dem Erlass dieser Bestimmungen verhindern wollte, dass die Wirtschaftsteilnehmer, die unter den in diesem Artikel vorgesehenen Umständen rechtskräftig verurteilt worden sind, an einem Auftragsvergabeverfahren teilnehmen.

35 Außerdem sollte nach dem 41. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24 keine ihrer Bestimmungen dem Erlass oder der Durchsetzung von Maßnahmen entgegenstehen, die u. a. zum Schutz der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sittlichkeit und der öffentlichen Sicherheit notwendig sind, sofern diese Maßnahmen mit dem AEUV im Einklang stehen, während es im 100. Erwägungsgrund dieser Richtlinie heißt, dass öffentliche Aufträge u. a. nicht an Wirtschaftsteilnehmer vergeben werden sollten, die sich an einer kriminellen Vereinbarung beteiligt haben.

36 Darüber hinaus müssen die Mitgliedstaaten nach ständiger Rechtsprechung beim Erlass von Maßnahmen, die das Transparenzgebot, das von den öffentlichen Auftraggebern in allen Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags zu beachten ist, gewährleisten sollen, über ein gewisses Ermessen verfügen. Die einzelnen Mitgliedstaaten sind nämlich am besten in der Lage, aufgrund eigener historischer, rechtlicher, wirtschaftlicher oder sozialer Erwägungen zu bestimmen, in welchen Fällen Verhaltensweisen begünstigt werden, die zu Missständen bei der Beachtung dieses Gebots führen können (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 22. Oktober 2015, Impresa Edilux und SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, Rn. 26 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

37 Konkret hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass die Bekämpfung des Phänomens der Infiltration der organisierten Kriminalität im Bereich der öffentlichen Aufträge ein legitimes Ziel ist, das eine Beschränkung der Grundfreiheiten und der Grundsätze des AEUV rechtfertigen kann, die im Rahmen der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge zur Anwendung kommen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 22. Oktober 2015, Impresa Edilux und SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, Rn. 27 und 28).

38 Selbst wenn eine quantitative Beschränkung des Einsatzes von Unterauftragnehmern als geeignet angesehen werden könnte, dieses Phänomen zu bekämpfen, geht eine Beschränkung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende jedoch über das hinaus, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.

39 Insoweit ist daran zu erinnern, dass die öffentlichen Auftraggeber während des gesamten Verfahrens die in Art. 18 der Richtlinie 2014/24 genannten Grundsätze der Auftragsvergabe, zu denen insbesondere die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Transparenz und der Verhältnismäßigkeit zählen, einhalten müssen (Urteil vom 20. September 2018, Montte, C-546/16, EU:C:2018:752, Rn. 38).

40 Wie in Rn. 30 des vorliegenden Urteils ausgeführt, verbietet die im Ausgangsverfahren in Rede stehende nationale Regelung jedoch insbesondere allgemein und abstrakt den Einsatz von Unterauftragnehmern, der über einen festen Prozentsatz des betreffenden öffentlichen Auftrags hinausgeht, so dass dieses Verbot unabhängig davon gilt, welchen Wirtschaftsbereich der Auftrag betrifft, um welche Art von Arbeiten es sich handelt und welche Identität die Unterauftragnehmer haben. Auch lässt ein solches allgemeines Verbot keinen Raum für eine Einzelfallprüfung durch den Auftraggeber (vgl. entsprechend Urteil vom 5. April 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, Rn. 54 und 55).

41 Folglich muss im Rahmen einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden für alle Aufträge ein erheblicher Teil der betreffenden Arbeiten, Lieferungen oder Dienstleistungen vom Bieter selbst erfüllt werden, da er andernfalls automatisch vom Verfahren der Auftragsvergabe ausgeschlossen wird, und zwar auch dann, wenn der Auftraggeber in der Lage ist, die Identität der betreffenden Subunternehmer zu überprüfen, und wenn er nach Prüfung der Ansicht ist, dass ein solches Verbot nicht erforderlich ist, um im Rahmen des fraglichen Auftrags gegen die organisierte Kriminalität vorzugehen.

42 Wie die Kommission betont, könnte das vom italienischen Gesetzgeber verfolgte Ziel durch weniger beschränkende als die in Art. 71 der Richtlinie 2014/24 vorgesehenen und in Rn. 29 des vorliegenden Urteils wiedergegebenen Maßnahmen erreicht werden. Im Übrigen sieht das italienische Recht, wie das vorlegende Gericht ausführt, bereits zahlreiche Maßnahmen vor, die ausdrücklich darauf abzielen, den Unternehmen, die der Zugehörigkeit zur Mafia verdächtigt werden oder jedenfalls Verbindungen zu den wichtigsten im Land tätigen kriminellen Organisationen aufweisen, den Zugang zu öffentlichen Ausschreibungen zu verwehren.

43 Folglich kann eine Beschränkung des Einsatzes von Unterauftragnehmern wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende nicht als mit der Richtlinie 2014/24 vereinbar angesehen werden.

44 Dieses Ergebnis wird nicht durch das Vorbringen der italienischen Regierung in Frage gestellt, dass die Überprüfungen, die der öffentliche Auftraggeber nach nationalem Recht durchzuführen habe, wirkungslos seien. Ein solcher Umstand, der sich, wie aus den Erklärungen der italienischen Regierung selbst hervorzugehen scheint, aus den spezifischen Modalitäten dieser Kontrollen ergibt, ändert nämlich nichts am beschränkenden Charakter der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nationalen Maßnahme. Im Übrigen hat die italienische Regierung im Rahmen der vorliegenden Rechtssache in keiner Weise dargetan, dass die verschiedenen in Art. 71 der Richtlinie 2014/24 vorgesehenen Regelungen, mit denen die Mitgliedstaaten den Einsatz von Unterauftragnehmern begrenzen können, sowie die Gründe für den Ausschluss der Unterauftragnehmer, auf die zu berufen Art. 57 dieser Richtlinie möglich gemacht hat und auf die deren Art. 71 Abs. 6 Buchst. b verweist, nicht in einer Weise umgesetzt werden können, die es ermöglichen würde, das mit der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nationalen Regelung verfolgte Ziel zu erreichen.

45 Nach alledem ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass die Richtlinie 2014/24 dahin auszulegen ist, dass sie einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden entgegensteht, die den Teil des Auftrags, den der Bieter als Unterauftrag an Dritte vergeben darf, auf 30 % beschränkt.

Kosten

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

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

Die Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG in der durch die Delegierte Verordnung (EU) 2015/2170 der Kommission vom 24. November 2015 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden entgegensteht, die den Teil des Auftrags, den der Bieter als Unterauftrag an Dritte vergeben darf, auf 30 % beschränkt.

Unterschriften