Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
NIILO JÄÄSKINEN
vom 8. September 2015 [1]

Rechtssache C-324/14

Partner Apelski Dariusz
gegen
Zarząd Oczyszczania Miasta

(Vorabentscheidungsersuchen der Krajowa Izba Odwoławcza [Polen])

„Vergabe öffentlicher Aufträge — Richtlinie 2004/18 — Art. 48 Abs. 3 — Technische und berufliche Leistungsfähigkeit eines Wirtschaftsteilnehmers — Möglichkeit der Bieter, sich ‚gegebenenfalls' auf die Kapazitäten anderer Unternehmen zu stützen — Art der Verbindungen zwischen dem Bieter und diesen anderen Unternehmen — Form und Umfang der Nutzung der Kapazitäten anderer Unternehmen — In der Auftragsbekanntmachung anzugebende Informationen — Bedeutung der Richtlinie 2014/24 für die Auslegung der Richtlinie 2004/18"

I – **Einleitung**

1. Das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen der Krajowa Izba Odwoławcza betrifft zwei Rechtsfragen, die für den Bereich des öffentlichen Vergaberechts relevant sind, und eine dritte, die die allgemeinere Frage betrifft, inwieweit eine Richtlinie, die für den maßgebenden Zeitraum in zeitlicher Hinsicht noch nicht in Kraft getreten und deren Umsetzungsfrist noch nicht abgelaufen ist, als Auslegungshilfe für eine Richtlinie herangezogen werden kann, die durch sie schließlich ersetzt werden wird.

2. Im Wesentlichen schloss die Zarząd Oczyszczania Miasta (Stadtreinigungsverwaltung; im Folgenden: öffentlicher Auftraggeber oder Auftraggeber), eine Organisationseinheit der Hauptstadt Warschau, Partner Dariusz Apelski (im Folgenden: PARTNER) vom Verfahren für die Vergabe eines öffentlichen Auftrags für die mechanische Reinigung der Straßen von Warschau aus. Der Grund hierfür war, dass sie von der ordnungsgemäßen Ausführung des Auftrags durch PARTNER nicht überzeugt war, weil deren Angebot zum Teil Leistungen einschloss, die von einer dritten Partei erbracht werden sollten, die in einer anderen, relativ weit entfernten Stadt in Polen ansässig war.

3. Mit der ersten Gruppe der von der Krajowa Izba Odwoławcza vorgelegten Fragen wird der Gerichtshof im Wesentlichen, wenn nicht ausschließlich, nach den Nachweisanforderungen an einen Wirtschaftsteilnehmer für den Fall gefragt, dass dieser sich nach Art. 48 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge [2] für einen bestimmten Auftrag auf die „Kapazitäten anderer Unternehmen" stützt. Mit diesen Fragen wird u. a. nach dem

1 — Originalsprache: Englisch.
2 — ABl. L 134, S. 114.

Inhalt der Bekanntmachung und der Erläuterung des Angebots gefragt. Mit der zweiten Gruppe von Fragen wird nach den Voraussetzungen gefragt, unter denen eine von einem öffentlichen Auftraggeber bereits abgeschlossene elektronische Auktion wegen Unregelmäßigkeiten im Vergabeverfahren für ungültig zu erklären ist.

4. Schließlich wird der Gerichtshof mit der letzten Frage gefragt, ob die Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18 [3] zur Entscheidung über die vorliegenden Probleme als Auslegungsleitlinie für die Richtlinie 2004/18 herangezogen werden kann, obwohl die Richtlinie 2014/24 zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des Vergabeverfahrens noch nicht in Kraft getreten war.

II – **Rechtlicher Rahmen**

A – *Richtlinie 2004/18*

5. Art. 2 („Grundsätze für die Vergabe von Aufträgen“) der Richtlinie 2004/18 bestimmt, dass „die öffentlichen Auftraggeber alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend [behandeln] und in transparenter Weise vorgehen“.

6. Art. 44 („Überprüfung der Eignung und Auswahl der Teilnehmer, Vergabe des Auftrags“) der Richtlinie 2004/18 bestimmt:

„(1) Die Auftragsvergabe erfolgt aufgrund der in den Artikeln 53 und 55 festgelegten Kriterien unter Berücksichtigung des Artikels 24, nachdem die öffentlichen Auftraggeber die Eignung der Wirtschaftsteilnehmer, die nicht aufgrund von Artikel 45 und 46 ausgeschlossen wurden, geprüft haben; diese Eignungsprüfung erfolgt nach den in den Artikeln 47 bis 52 genannten Kriterien der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit sowie der beruflichen und technischen Fachkunde und gegebenenfalls nach den in Absatz 3 genannten nichtdiskriminierenden Vorschriften und Kriterien.

(2) Die öffentlichen Auftraggeber können Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit gemäß den Artikeln 47 und 48 stellen, denen die Bewerber und Bieter genügen müssen.

Der Umfang der Informationen gemäß den Artikeln 47 und 48 sowie die für einen bestimmten Auftrag gestellten Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit müssen mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und ihm angemessen sein.

Diese Mindestanforderungen werden in der Bekanntmachung angegeben.

…“

7. Art. 48 („Technische und/oder berufliche Leistungsfähigkeit“) der Richtlinie 2004/18 bestimmt:

„(1) Die technische und/oder berufliche Leistungsfähigkeit des Wirtschaftsteilnehmers wird gemäß den Absätzen 2 und 3 bewertet und überprüft.

3 — ABl. L 94, S. 65.

(2) Der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Wirtschaftsteilnehmers kann je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der Bauleistungen, der zu liefernden Erzeugnisse oder der Dienstleistungen wie folgt erbracht werden:

a) i) …

ii) durch eine Liste der in den letzten drei Jahren erbrachten wesentlichen Lieferungen oder Dienstleistungen mit Angabe des Werts, des Liefer- bzw. Erbringungszeitpunkts sowie des öffentlichen oder privaten Empfängers.

…

(3) Ein Wirtschaftsteilnehmer kann sich gegebenenfalls für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmen ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmen bestehenden Verbindungen stützen. Er muss in diesem Falle dem öffentlichen Auftraggeber gegenüber nachweisen, dass ihm für die Ausführung des Auftrags die erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen, indem er beispielsweise die Zusage dieser Unternehmen vorlegt, dass sie dem Wirtschaftsteilnehmer die erforderlichen Mittel zur Verfügung stellen.

…“

8. Art. 51 („Zusätzliche Unterlagen und Auskünfte“) der Richtlinie 2004/18 bestimmt, dass der „öffentliche Auftraggeber … Wirtschaftsteilnehmer auffordern [kann], die in Anwendung der Artikel 45 bis 50 vorgelegten Bescheinigungen und Dokumente zu vervollständigen oder zu erläutern“.

9. Art. 54 („Durchführung von elektronischen Auktionen“) der Richtlinie 2004/18 bestimmt:

„(1) Die Mitgliedstaaten können festlegen, dass die öffentlichen Auftraggeber elektronische Auktionen durchführen dürfen.

…

(4) Vor der Durchführung einer elektronischen Auktion nehmen die öffentlichen Auftraggeber anhand des bzw. der Zuschlagskriterien und der dafür festgelegten Gewichtung eine erste vollständige Evaluierung der Angebote vor.

Alle Bieter, die zulässige Angebote unterbreitet haben, werden gleichzeitig auf elektronischem Wege aufgefordert, neue Preise und/oder Werte vorzulegen …

…

(8) Nach Abschluss der elektronischen Auktion vergibt der öffentliche Auftraggeber den Auftrag gemäß Artikel 53 entsprechend den Ergebnissen der elektronischen Auktion.

Öffentliche Auftraggeber dürfen elektronische Auktionen nicht missbräuchlich oder dergestalt durchführen, dass der Wettbewerb ausgeschaltet, eingeschränkt oder verfälscht wird, oder dergestalt, dass der Auftragsgegenstand, wie er im Zuge der Veröffentlichung der Bekanntmachung ausgeschrieben und in den Verdingungsunterlagen definiert worden ist, verändert wird.“

B – *Richtlinie 2014/24*

10. Art. 63 („Inanspruchnahme der Kapazitäten anderer Unternehmen“) der Richtlinie 2014/24 bestimmt:

„(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.

…

(2) Die öffentlichen Auftraggeber können im Falle von Bauaufträgen, Dienstleistungsaufträgen sowie Verlege- oder Installationsarbeiten im Zusammenhang mit einem Lieferauftrag vorschreiben, dass bestimmte kritische Aufgaben direkt vom Bieter selbst … ausgeführt werden.“

11. Art. 90 („Umsetzung und Übergangsbestimmungen“) Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 bestimmt, dass „[d]ie Mitgliedstaaten … die Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft [setzen], die erforderlich sind, um dieser Richtlinie bis 18. April 2016 nachzukommen. Sie übermitteln der Kommission unverzüglich den Wortlaut dieser Vorschriften.“ Nach Art. 93 ist die Richtlinie 2014/24 am zwanzigsten Tag nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt, die am 28. März 2014 erfolgte, in Kraft getreten.

III – **Sachverhalt, Verfahren und Vorlagefragen**

12. Der öffentliche Auftraggeber führte ein Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags für die „umfassende mechanische Reinigung der Fahrstraßen der Hauptstadt Warschau in der Winter- und Sommersaison in den Jahren 2014–2017 – Etappe I“ durch. Das Verfahren wurde im *Amtsblatt der Europäischen Union* vom 24. Dezember 2013 veröffentlicht, da der Wert des Auftrags die Unionsschwellenwerte überschritt. Der öffentliche Auftraggeber teilte den Gegenstand des Auftrags in acht Teile auf, die bestimmte Stadtviertel von Warschau umfassten, und ließ die Einreichung von Teilangeboten zu, wobei die Zahl der Teile, für die ein Wirtschaftsteilnehmer ein Angebot einreichen konnte, nicht begrenzt wurde. Er führte ein offenes Verfahren (unbeschränktes Vergabeverfahren) durch, das die Durchführung einer elektronischen Auktion vorsah.

13. Die Reinigung im Winter besteht in der Vorbeugung und Beseitigung von Winterglätte durch Streuen und Räumen der Fahrstraßen der Kategorien Staatsstraße, Woiwodschaftsstraße, Kreisstraße und Gemeindestraße, auf denen der städtische öffentliche Nahverkehr verkehrt. Die Reinigung im Sommer besteht im Kehren und in der Nassreinigung der Straßen. Laut den Ausschreibungsspezifikationen hatten die Wirtschaftsteilnehmer nachzuweisen, dass sie in den letzten drei Jahren vor Ablauf der Frist zur Einreichung von Angeboten bzw. – sofern die Dauer der bisherigen Tätigkeit kürzer war – in der entsprechenden Zeit eine oder mehrere Leistungen im Bereich der Unterhaltung von Fahrstraßen im Winter in einem Auftragswert von mindestens 1 000 000,00 polnischen Zloty (PLN) ausgeführt hatten oder ausführten.

14. Der Auftraggeber wies darauf hin, dass bei der Bewertung, ob diese Voraussetzung erfüllt sei, nur solche Leistungen berücksichtigt würden, bei denen zur Vorbeugung und Beseitigung von Winterglätte ein sogenanntes Feuchtsalzverfahren eingesetzt werde [4]. Der Auftraggeber wies auch darauf hin, dass, sofern Angebote für mehr als einen Teil des Auftrags eingereicht würden, der Wirtschaftsteilnehmer die Ausführung von entsprechenden Leistungen mit einem entsprechend höheren Auftragswert nachzuweisen habe, d. h. 1 000 000,00 PLN multipliziert mit der Anzahl der Auftragsteile, für die ein Angebot eingereicht wurde. Mithin hatte ein Wirtschaftsteilnehmer, der Angebote für acht Teile des Auftrags eingereicht hatte, die Ausführung von entsprechenden Leistungen im Wert von mindestens 8 000 000,00 PLN nachzuweisen [5].

15. In der ihrem Angebot beigefügten Liste der Dienstleistungen benannte PARTNER 14 Dienstleistungen, von denen sie sich bei zwölf auf eigene Erfahrung und bei zweien auf die Erfahrung der PUM Sp. z o.o. (im Folgenden: PUM) mit Sitz in Grudziądz (Graudenz) (etwa 227 km von Warschau) als anderes Unternehmen berief, auf dessen Mittel PARTNER sich stützte. PARTNER fügte dem Angebot eine Zusage von PUM bei, „die erforderlichen Mittel zur Verfügung zu stellen“. Aus der Zusage ergab sich die Art der Nutzung der zur Verfügung gestellten Mittel, nämlich Beratungsleistungen, darunter u. a. Schulung der Mitarbeiter des Wirtschaftsteilnehmers, Konsultationsleistungen gegenüber dem Wirtschaftsteilnehmer, darunter Unterstützung bei der Lösung von Problemen, die sich im Rahmen der Auftragsausführung ergeben können.

16. Nachdem der Auftraggeber PARTNER am 11. März 2014 mitgeteilt hatte, dass der Wirtschaftsteilnehmer seiner Ansicht nach nicht über die erforderlichen Mittel zur Ausführung des Auftrags verfüge, entgegnete PARTNER hierauf am 18. März 2014, dass sofern der Auftraggeber die dargelegte Erfahrung als unzureichend erachten sollte, die Anrechnung ihrer sonstigen Erfahrung in folgender Reihenfolge erfolgen solle: Teile V, I, II, III, VIII, IV, VII, VI. Sie trug hierzu vor, dass, wenn ein Wirtschaftsteilnehmer ein Angebot für mehrere Teile des Auftrags einreiche, dieses Angebot gesondert für jeden dieser Teile betrachtet werden könne. Deshalb dürften ein eventueller Ausschluss des Wirtschaftsteilnehmers und die Zurückweisung seines Angebots nicht für den gesamten Auftrag gelten, sondern nur für die einzelnen Teile, für die der Wirtschaftsteilnehmer die Voraussetzungen nicht erfüllt habe.

17. Der Auftraggeber rechnete die teilweise Erfahrung von PARTNER nicht an und schloss sie gemäß Art. 24 Abs. 2 Nr. 4 des polnischen Gesetzes über öffentliche Aufträge (Ustawa PZP) [6] für jeden Teil des Auftrags mit der Begründung vom Verfahren aus, dass sie die Erfüllung der Voraussetzungen für die Teilnahme am Verfahren nicht nachgewiesen habe. Der Auftraggeber stellte fest, dass unter Berücksichtigung der Besonderheiten der auszuführenden Arbeiten, der notwendigen Kenntnisse der Stadttopografie, der geforderten Zeitnormen für die Erreichung der festgelegten Standards für die Unterhaltung der Straßen im Winter usw. eine verlässliche Erfüllung der sich aus dem durchgeführten Verfahren ergebenden Verpflichtung ohne eigene Beteiligung von PUM an der Durchführung der Auftragsverpflichtungen nicht möglich sei. Anschließend führte der Auftraggeber eine elektronische Auktion durch, und PARTNER wurde nicht zur Teilnahme an dieser aufgefordert.

4 — D. h. unter Einsatz von Natriumchlorid oder einer Mischung von Natriumchlorid und Calciumchlorid, die während des Ausstreuens angefeuchtet und zu einer Salzlösung werden.

5 — Dem Vorlagebeschluss zufolge hat der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung vor dem nationalen Gericht erklärt, dass er die Erfüllung dieser Voraussetzung bewertet habe, indem er die Werte aller dargelegten und anerkannten Aufträge summiert und sodann durch 1 000 000 geteilt und so die Zahl der Auftragsteile ermittelt habe, für die der jeweilige Wirtschaftsteilnehmer diese Voraussetzung erfüllt habe.

6 — Ustawa Prawo zamówień publicznych (Gesetz über öffentliche Aufträge) (konsolidierte Fassung, *Dziennik Ustaw* von 2013, Titel 907). Art. 24 Abs. 2 Nr. 4 lautet: „Vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden auch: … Wirtschaftsteilnehmer, die die Erfüllung der Voraussetzungen für die Teilnahme am Verfahren nicht nachgewiesen haben …“

18. Mit einem bei der Krajowa Izba Odwoławcza (Nationale Beschwerdekammer) eingelegten Rechtsmittel machte PARTNER eine fehlerhafte Prüfung und Bewertung der Angebote durch den Auftraggeber geltend. Der Auftraggeber habe in den Ausschreibungsspezifikationen nicht darauf hingewiesen, dass die Voraussetzung der jeweiligen Fachkunde und Erfahrung nur erfüllt werden könne, wenn das Unternehmen, das PARTNER Fachkunde und Erfahrung zur Verfügung stelle, selbst an der Auftragsausführung beteiligt sei, und dass die Erfahrung sich auf konkrete topografische Kenntnisse beziehen müsse.

19. Die Krajowa Izba Odwoławcza hat dem Gerichtshof nach Art. 267 AEUV folgende Fragen vorgelegt:

1. Ist Art. 48 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 2 der Richtlinie 2004/18 dahin auszulegen, dass, wenn es dort heißt, dass sich der Wirtschaftsteilnehmer „gegebenenfalls“ auf die Kapazitäten anderer Unternehmen stützen kann, damit jeder Fall gemeint ist, in dem der jeweilige Wirtschaftsteilnehmer nicht über die vom öffentlichen Auftraggeber geforderten Qualifikationen verfügt und sich auf die Kapazitäten anderer Unternehmen stützen möchte? Oder ist der Hinweis, dass der Wirtschaftsteilnehmer sich nur „gegebenenfalls“ auf die Kapazitäten anderer Unternehmer stützen kann, als Einschränkung dahin gehend anzusehen, dass eine solche Bezugnahme im Rahmen des Nachweises der Qualifikation der Wirtschaftsteilnehmer im Vergabeverfahren nur ausnahmsweise und nicht als Regel zulässig ist?

2. Ist Art. 48 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 2 der Richtlinie 2004/18 dahin auszulegen, dass das Sich-Stützen des Wirtschaftsteilnehmers auf die Kapazitäten anderer Unternehmen „ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmen bestehenden Verbindungen“ sowie das „Verfügen über die Mittel“ dieser Unternehmen bedeuten, dass der Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung des Auftrags keine oder nur sehr lose und unbestimmte Verbindungen zu diesen Unternehmen haben kann, d. h., dass er den Auftrag selbständig (ohne Beteiligung eines anderen Unternehmens) ausführen kann oder dass eine solche Beteiligung in „Beratung“, „Konsultation“, „Schulung“ u. Ä. bestehen kann? Oder ist Art. 48 Abs. 3 dahin auszulegen, dass das Unternehmen, auf dessen Kapazitäten sich der Wirtschaftsteilnehmer stützt, den Auftrag tatsächlich und persönlich in dem Umfang auszuführen hat, in dem seine Kapazitäten angegeben worden sind?

3. Ist Art. 48 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 2 der Richtlinie 2004/18 dahin auszulegen, dass ein Wirtschaftsteilnehmer, der zwar über eigene Erfahrung verfügt, jedoch in geringerem Umfang, als er gegenüber dem Auftraggeber angeben möchte (z. B. nicht ausreichend, um ein Angebot für die Ausführung des gesamten Auftrags abgeben zu können), sich zusätzlich auf die Kapazitäten anderer Unternehmen stützen kann, um seine Aussichten im Vergabeverfahren zu verbessern?

4. Ist Art. 48 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 2 der Richtlinie 2004/18 dahin auszulegen, dass der Auftraggeber in der Bekanntmachung des Auftrags oder in den Verdingungsunterlagen die Grundsätze bestimmen kann (oder sogar muss), nach denen der Wirtschaftsteilnehmer sich auf Kapazitäten anderer Unternehmen stützen kann, z. B. im Hinblick darauf, in welcher Weise das jeweilige andere Unternehmen an der Ausführung des Auftrags beteiligt sein muss, wie der Wirtschaftsteilnehmer und das andere Unternehmen miteinander verbunden werden können und ob das andere Unternehmen mit dem Wirtschaftsteilnehmer gesamtschuldnerisch für die ordnungsgemäße Auftragsausführung in dem Umfang haftet, in dem der Wirtschaftsteilnehmer sich auf die Kapazitäten des anderen Unternehmens beruft?

5. Lässt der in Art. 2 der Richtlinie 2004/18 niedergelegte Grundsatz der gleichen und nicht diskriminierenden Behandlung der Wirtschaftsteilnehmer eine Berufung auf die Kapazitäten eines anderen Unternehmens gemäß Art. 48 Abs. 3 zu, in deren Rahmen die Kapazitäten von zwei oder mehr Unternehmen summiert werden, die hinsichtlich ihrer Fachkunde und Erfahrung nicht über die vom Auftraggeber geforderten Kapazitäten verfügen?

6. Lässt damit der in Art. 2 der Richtlinie 2004/18 niedergelegte Grundsatz der gleichen und nichtdiskriminierenden Behandlung der Wirtschaftsteilnehmer eine Auslegung von Art. 44 und Art. 48 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18 dahin gehend zu, dass die von dem öffentlichen Auftraggeber für die Teilnahme am Vergabeverfahren aufgestellten Voraussetzungen zum Zweck der Teilnahme an dem Verfahren unabhängig von den tatsächlichen Qualifikationen des Wirtschaftsteilnehmers nur formal erfüllt zu werden brauchen?

7. Lässt es der in Art. 2 der Richtlinie 2004/18 niedergelegte Grundsatz der gleichen und nicht diskriminierenden Behandlung der Wirtschaftsteilnehmer zu, dass ein Wirtschaftsteilnehmer, soweit die Abgabe eines Angebots für einen Teil des Auftrags zulässig ist, nach der Abgabe der Angebote, beispielsweise im Rahmen einer Ergänzung oder Erläuterung der Unterlagen, angibt, auf welchen Teil des Auftrags sich die von ihm zum Nachweis der Erfüllung der Voraussetzungen für die Teilnahme am Verfahren dargelegten Kapazitäten beziehen sollen?

8. Lassen es der in Art. 2 der Richtlinie 2004/18 niedergelegte Grundsatz der gleichen und nicht diskriminierenden Behandlung der Wirtschaftsteilnehmer sowie der Transparenzgrundsatz zu, dass eine durchgeführte Auktion für ungültig erklärt und eine elektronische Auktion wiederholt wird, wenn sie in wesentlicher Hinsicht nicht ordnungsgemäß durchgeführt wurde, wenn etwa nicht alle Wirtschaftsteilnehmer, die zulässige Angebote eingereicht haben, zur Teilnahme aufgefordert wurden?

9. Lassen es der in Art. 2 der Richtlinie 2004/18 niedergelegte Grundsatz der gleichen und nicht diskriminierenden Behandlung der Wirtschaftsteilnehmer sowie der Transparenzgrundsatz zu, dass der Auftrag an einen Wirtschaftsteilnehmer vergeben wird, auf dessen Angebot in einer solchen Auktion der Zuschlag erteilt wurde, ohne dass diese Auktion wiederholt wurde, wenn nicht festgestellt werden kann, ob die Teilnahme des nicht berücksichtigten Wirtschaftsteilnehmers das Ergebnis der Auktion geändert hätte?

10. Kann bei der Auslegung der Vorschriften der Richtlinie 2004/18 der Inhalt der Vorschriften sowie der Erwägungsgründe der Richtlinie 2014/24 – obwohl die Frist zu ihrer Umsetzung noch nicht abgelaufen ist – als Auslegungsleitfaden herangezogen werden, soweit sie bestimmte Annahmen und Absichten des Unionsgesetzgebers erhellt und nicht im Widerspruch zu den Vorschriften der Richtlinie 2004/18 steht?

20. Schriftliche Erklärungen sind von PARTNER, Remondis sp. z o.o. und MR Road Service sp. z o.o., die dem Ausgangsverfahren als Streithelfer beigetreten sind, den Regierungen Spaniens, Lettlands und Polens sowie von der Kommission eingegangen. Diese haben mit Ausnahme der Regierung Lettlands sämtlich an der mündlichen Verhandlung vom 7. Mai 2015 teilgenommen; der öffentliche Auftraggeber hat ebenfalls an der mündlichen Verhandlung teilgenommen, hatte jedoch keine schriftlichen Erklärungen eingereicht.

IV – **Würdigung**

A – *Fragen zur Möglichkeit, sich auf technische und berufliche Kapazitäten eines anderen Wirtschaftsteilnehmers zu stützen (Fragen 1, 2, 3, 5 und 6)*

21. Mit diesen Fragen, die ich zusammen prüfen werde, ersucht das vorlegende nationale Gericht im Wesentlichen um Hinweise zu den Voraussetzungen, unter denen ein Bieter sich für einen bestimmten Vertrag auf Kapazitäten anderer Unternehmen in Bezug auf die technische und/oder berufliche Leistungsfähigkeit stützen kann, wenn er ein Angebot für einen bestimmten Auftrag abgibt. Diese Möglichkeit ist in Art. 48 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18 vorgesehen. Meines Erachtens liegen diesen Fragen im Grundsatz drei Probleme zugrunde. Dies sind 1. die Frage, ob ein Bieter Anspruch

darauf hat, sich auf externe Kapazitäten zu stützen, um die Auftragsanforderungen in Bezug auf die technische und/oder berufliche Leistungsfähigkeit zu erfüllen; 2. die Frage, wie die Möglichkeit, sich auf Kapazitäten Dritter zu stützen, tatsächlich umzusetzen ist, und 3. die Frage, ob solche Kapazitäten in dem Sinne übertragbar sind, dass es im Licht der Art und des Zwecks des betreffenden Auftrags möglich ist, sich auf sie zu stützen. Für die Beantwortung aller Fragen von Bedeutung ist selbstverständlich Art. 2, der den allgemeinen Grundsatz der Nichtdiskriminierung und Transparenz normiert.

22. Zunächst ist ein Hinweis auf den Unterschied zwischen einer Stützung auf die Kapazitäten anderer Unternehmen nach Art. 48 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18 und Unteraufträgen nach Art. 25 der Richtlinie sinnvoll. Wie in den schriftlichen Erklärungen Spaniens betont, unterscheiden diese rechtlichen Regelungen sich in zweierlei Hinsicht. Bei einer Stützung auf Kapazitäten Dritter werden diese mit denjenigen des Bieters vor Vergabe des Auftrags zusammengefasst, während eine Erteilung von Unteraufträgen zum Zeitpunkt der Ausführung des Auftrags stattfindet. Zweitens unterliegt die Vergabe von Unteraufträgen Einschränkungen, die für eine Stützung auf die Kapazitäten Dritter nicht gelten [7].

1. Anspruch eines Wirtschaftsteilnehmers, sich auf externe Kapazitäten zu stützen

23. Was die Formulierung „gegebenenfalls“ in Art. 48 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18 angeht, gibt diese keine substanzielle Einschränkung der Voraussetzungen vor, unter denen ein Wirtschaftsteilnehmer sich auf die Mittel eines Dritten berufen kann, wenn er ein Angebot für einen öffentlichen Auftrag abgibt.

24. In meinen Schlussanträgen in der Rechtssache Swm Costruzioni 2 und Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130) habe ich darauf hingewiesen, dass der Wortlaut von Art. 48 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18 den Schluss auf ein Recht der Wirtschaftsteilnehmer zulässt, die Auswahlkriterien auf diese Weise zu erfüllen, vorausgesetzt, dass sie nachweisen können, dass sie tatsächlich über die Mittel der betreffenden anderen Unternehmen verfügen, die zur Ausführung des betreffenden Auftrags erforderlich sind [8]. Diese Auslegung entspricht am ehesten dem Ziel, öffentliche Aufträge einem möglichst breiten Wettbewerb zu öffnen und den Zugang kleiner und mittlerer Unternehmen hierzu zu fördern.

25. Weiterhin wurde vom Gerichtshof im Urteil Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593) festgestellt und später in Art. 48 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18 bestätigt, dass der Charakter der rechtlichen Verbindungen zwischen dem Wirtschaftsteilnehmer und dem oder den dritten Unternehmen, auf das/die er sich stützt, irrelevant ist [9].

7 — Nach Art. 25 der Richtlinie 2004/18 kann der öffentliche Auftraggeber den Bieter in den Verdingungsunterlagen auffordern oder kann der öffentliche Auftraggeber von einem Mitgliedstaat verpflichtet werden, den Bieter aufzufordern, ihm in seinem Angebot den Teil des Auftrags, den der Bieter gegebenenfalls im Wege von Unteraufträgen an Dritte zu vergeben gedenkt, sowie die bereits vorgeschlagenen Unterauftragnehmer bekannt zu geben. Die Bestimmung regelt weiter, dass die Haftung des hauptverantwortlichen Wirtschaftsteilnehmers von dieser Bekanntgabe unberührt bleibt.

8 — Ebd. (Rn. 24). Vgl. auch insbesondere Urteil Siemens und ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, Rn. 46) und die Urteile Ballast Nedam Groep (C-389/92, EU:C:1994:133) sowie Ballast Nedam Groep (C-5/97, EU:C:1997:636).

9 — Schlussanträge von Generalanwalt Jääskinen in der Rechtssache Swm Costruzioni 2 und Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130, Nr. 22). Diese Auffassung baute auf die Feststellungen des Gerichtshofs in den Urteilen Ballast Nedam Groep (C-5/97, EU:C:1997:636) und Ballast Nedam Groep (C-389/92, EU:C:1994:133) auf, in denen es sich bei den fraglichen Rechtsbeziehungen um solche zwischen Gesellschaften derselben Gruppe handelte. Vgl. Nrn. 20 bis 22 der Schlussanträge.

26. Somit ist im Licht der Rechtsprechung des Gerichtshofs grundsätzlich nichts dagegen einzuwenden, dass ein Bieter sich zusätzlich auf die Kapazitäten anderer Unternehmen stützt, um seine Position im Vergabeverfahren zu verbessern. Dies gilt jedoch vorbehaltlich der Einschränkungen, die ich unten erörtern werde. Wie in den schriftlichen Erklärungen der Kommission betont, kommt es jedoch maßgeblich darauf an, dass dem Bieter die Kapazitäten anderer Unternehmen zum Zweck der ordnungsgemäßen Ausführung des Auftrags *tatsächlich zu seiner Verfügung stehen*. Diese „Verfügung" muss nicht in einer bestimmten rechtlichen Form ausgestaltet sein.

2. Tatsächliche Umsetzung der Stützung auf Kapazitäten Dritter durch den Bieter

27. Unabhängig von den Ausführungen in den vorstehenden Absätzen trifft den Bieter, der sich auf die Kapazitäten anderer Unternehmen stützt, die Beweislast, dem öffentlichen Auftraggeber nachzuweisen, dass er tatsächlich über sie verfügt [10]. Von daher betrachtet, könnte Art. 48 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18 eher als eine Vorschrift anzusehen sein, die ein Beweiserfordernis aufstellt und dabei die Beurteilung dieses Nachweises dem öffentlichen Auftraggeber überlässt. Nach Art. 44 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18 ist es Aufgabe des öffentlichen Auftraggebers, die Eignung der Bewerber oder der Bieter nach den in den Art. 47 bis 52 der Richtlinie 2004/18 festgelegten Kriterien zu prüfen [11]. Mit anderen Worten trifft, wie der öffentliche Auftraggeber und Polen in der mündlichen Verhandlung betont haben, einen öffentlichen Auftraggeber die Verpflichtung, zu gewährleisten, dass der ausgewählte Bieter tatsächlich in der Lage ist, den Auftrag ordnungsgemäß auszuführen.

28. Das Ziel der Bestimmungen der Richtlinie 2004/18 über die Beteiligung Dritter an der Ausführung öffentlicher Aufträge ist, die Situation zu vermeiden, dass ein Unternehmen Anspruch auf Zugang zu einer Auftragsvergabe hätte, obwohl es nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, um den Auftrag auszuführen. Aufgrund der den öffentlichen Auftraggeber treffenden Pflichten verwehrt Art. 48 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18 einem öffentlichen Auftraggeber daher, dem von einem Bieter erbrachten Nachweis mit einem rein formalen Ansatz zu begegnen. Mit anderen Worten ist es nicht zulässig, dass Bieter sich auf Kapazitäten Dritter berufen, wenn dies nur zum Zweck der formalen Erfüllung der in der Bekanntmachung genannten Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit geschieht.

3. Übertragbarkeit der technischen und/oder beruflichen Leistungsfähigkeit

29. Im Urteil Swm Costruzioni 2 und Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646) hat der Gerichtshof die Art. 47 Abs. 2 und Art. 48 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18 in Verbindung mit Art. 44 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 dahin ausgelegt, dass sie einer allgemeinen Regelung entgegenstehen, die es Wirtschaftsteilnehmern, die sich an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags beteiligen, verbietet, sich innerhalb ein und derselben Qualifikationskategorie auf die Kapazitäten mehrerer Unternehmen zu stützen. Ergänzt wurde jedoch, dass „[e]s … Arbeiten geben [mag], die aufgrund ihrer Besonderheiten eine bestimmte Kapazität erfordern, die sich durch die Zusammenfassung kleinerer Kapazitäten mehrerer Wirtschaftsteilnehmer möglicherweise nicht erlangen lässt" und dass „[i]n einem solchen Fall … der öffentliche Auftraggeber berechtigt [wäre], zu verlangen, dass ein einziger Wirtschaftsteilnehmer die Mindestanforderung hinsichtlich der betreffenden Kapazität erfüllt" [12].

30. Im vorliegenden Fall ist das Problem allerdings, ob die Kapazitäten in Bezug auf die in der Bekanntmachung über die Auftragsvergabe genannte technische und berufliche Leistungsfähigkeit übertragbar sind. Sind sie es nicht, könnte PARTNER nicht als Bieter angesehen werden.

10 — Vgl. meine Schlussanträge in der Rechtssache Swm Costruzioni 2 und Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130, Nr. 23).

11 — Urteil Swm Costruzioni 2 und Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, Rn. 26). Ähnlich Urteil Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593, Rn. 28).

12 — Urteil Swm Costruzioni 2 und Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, Rn. 35).

31. Die Übertragbarkeit technischer Kapazitäten hängt mit der Frage zusammen, ob Technik oder Know-how sinnvoll von einem Wirtschaftsteilnehmer auf einen anderen übertragen werden können, beispielsweise durch Konsultation und Beratung. In den schriftlichen Erklärungen der Beteiligten findet sich auch Vortrag, der sich stattdessen auf die Frage bezieht, ob ganz generell eine Erweiterung um solche Kapazitäten anderer Unternehmen möglich ist; meines Erachtens bejaht der Unionsgesetzgeber dies durch den Ansatz, den er in Art. 48 der Richtlinie 2004/14 verfolgt. Tatsächlich streitig ist im Ausgangsverfahren jedoch die Frage, ob die technische Leistungsfähigkeit von PUM auf PARTNER übertragbar war, ohne dass der erstgenannte Wirtschaftsteilnehmer selbst direkt an der Ausführung des Auftrags beteiligt ist. Streitig ist nicht eine Erweiterung lediglich um Kapazitäten, die denjenigen ähnlich sind, die PARTNER bereits hat.

32. Es kommt weitgehend auf den Sachverhalt und die Art sowie den Gegenstand des Auftrags an. Es gibt Kapazitäten, die übertragbar sind. Stellen wir uns eine Auftragsvergabe eines Leistungserbringers im öffentlichen Gesundheitswesen im Bereich Untersuchungen zur Früherkennung einer bestimmten Form einer Krebserkrankung unter Verwendung einer Standardtechnologie vor, die für eine bestimmte Personengruppe bestimmt ist. Stellen wir uns weiter vor, dass die Bedingungen für die Auftragsvergabe vorsehen, dass in unklaren Fällen die Ergebnisse von einem Spezialisten mit einer bestimmten höheren fachlichen Qualifikation bestätigt werden müssen. In einem solchen Fall dürfte es keinen Grund geben, warum ein Bieter sich nicht auf einen Dritten stützen sollte, der die erforderliche Konsultation leisten soll. Wenn der Auftrag jedoch eine Untersuchung zur Früherkennung mittels einer neuen Methode beträfe, die keine Standardmethode ist, könnte der Auftraggeber berechtigterweise verlangen, dass der Bieter die einschlägige Kapazität selbst besitzt. Wir haben es hier mit einer Frage der tatsächlichen Umstände der Auftragsvergabe zu tun.

33. Folglich ist, wie schon erwähnt, die Art des jeweiligen Auftrags und der abzudeckende Bedarf zu berücksichtigen. Dies ist eine vom nationalen Gericht zu beurteilende Frage.

34. Die Frage, ob ein öffentlicher Auftraggeber als einzige Möglichkeit des Nachweises dafür, dass dem betreffenden Bieter die relevanten Kapazitäten zur Verfügung stehen, die Beteiligung eines Drittunternehmens an der Ausführung des Auftrags verlangen darf, ist ebenso eine Frage, die im Einzelfall zu beurteilen ist. Dies hängt gänzlich von der Art und dem Zweck des Auftrags ab. Meines Erachtens sind unschwer Fallgestaltungen vorstellbar, in denen die betreffende Verpflichtung eine solche technische Schwierigkeit aufweist, dass sie im Fall einer Stützung auf die Kapazitäten eines Dritten von dem die entsprechende Sachkunde besitzenden Dritten ausgeführt werden muss statt auf Basis von Beratung und Betreuung seitens dieses Unternehmens bei Ausführung der betreffenden Verpflichtung durch den Bieter selbst.

4. Zwischenergebnis

35. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen können die Fragen 1, 2, 3, 5 und 6 wie folgt beantwortet werden: Art. 44 und Art. 48 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 2 der Richtlinie 2004/18 sind dahin auszulegen, dass die Formulierung „gegebenenfalls“ keine substanzielle Einschränkung der Voraussetzungen vorgibt, unter denen ein Wirtschaftsteilnehmer sich auf die Kapazitäten anderer Unternehmen stützen kann, um einem öffentlichen Auftraggeber nachzuweisen, dass er über die technische und/oder berufliche Leistungsfähigkeit verfügt, die für die Ausführung eines bestimmten öffentlichen Auftrags erforderlich ist. Der Charakter der rechtlichen Verbindungen zwischen dem Wirtschaftsteilnehmer und dem Drittunternehmen ist irrelevant, jedoch muss der Wirtschaftsteilnehmer dem öffentlichen Auftraggeber nachweisen können, dass ihm tatsächlich alle Mittel zur Verfügung stehen, um den Auftrag bedingungsgemäß auszuführen. Ein Bieter kann sich vorbehaltlich der sich aus der Art und dem Zweck des auszuführenden Auftrags ergebenden Einschränkungen auf die Kapazitäten anderer Unternehmen stützen, um seine technische und/oder berufliche Leistungsfähigkeit nachzuweisen.

B – *Bekanntmachung, Ausschreibungsspezifikationen und gesamtschuldnerische Haftung (Frage 4)*

36. Mit Frage 4 wird im Wesentlichen danach gefragt, ob der öffentliche Auftraggeber in der Bekanntmachung des Auftrags oder in den Ausschreibungsspezifikationen die Grundsätze bestimmen kann (oder sogar muss), nach denen Bieter sich auf die Kapazitäten anderer Unternehmen stützen können oder nicht. Konkreter formuliert, kann der Auftraggeber vorgeben, in welcher Weise der Bieter an der Ausführung des Auftrags beteiligt sein muss, wie die Kapazitäten des betreffenden Bieters und anderer Unternehmen miteinander verbunden werden können und ob das andere Unternehmen mit dem Bieter gesamtschuldnerisch für die ordnungsgemäße Auftragsausführung in dem Umfang haftet, in dem der Bieter sich auf die Kapazitäten des anderen Unternehmens beruft?

37. Spanien trägt in seinen schriftlichen Erklärungen vor, dass die Bekanntmachung oder die Ausschreibungsspezifikationen die Grundsätze bestimmen müssten, nach denen ein Bieter sich auf die Kapazitäten anderer Unternehmen stützen könne, soweit diese Anforderungen verhältnismäßig seien und mit dem Gegenstand des betreffenden Auftrags unmittelbar in Verbindung ständen. Die schriftlichen Erklärungen Polens gehen ebenfalls in diese Richtung.

38. Die richtige Ansicht ist meines Erachtens jedoch die der Kommission. Sie trägt in ihren schriftlichen Erklärungen vor, dass angesichts des Umstands, dass Bieter berechtigt seien, sich auf die Kapazitäten von Drittunternehmen zu stützen, von öffentlichen Auftraggebern keine ausdrücklichen Bedingungen vorgegeben werden dürften, die dieses Recht behindern könnten. Der Bieter sei berechtigt, zu entscheiden, wie er sich diese Kapazitäten zugänglich mache. Die Kommission fügt zu Recht hinzu, dass es aus praktischen Gründen für den Auftraggeber nahezu unmöglich sein könne, im Voraus Spezifikationen dazu festzulegen, in welcher Weise eine Stützung auf Kapazitäten anderer erfolgen dürfe; er könne nicht im Voraus alle möglichen Fallgestaltungen der Nutzung von Kapazitäten anderer vorhersehen. Dies gelte selbstverständlich nur, soweit nicht die in der Swm-Costruzioni-2-Rechtsprechung aufgestellten Kriterien für Fälle einschlägig seien, in denen eine Stützung auf solche Kapazitäten ausgeschlossen sei.

39. Für diese Frage sind die vom Gerichtshof entwickelten allgemeinen Grundsätze zur Bekanntmachung und zu Ausschreibungsspezifikationen sowie der *Grundsatz der Transparenz* relevant. Zu erinnern ist daran, dass die Verpflichtung zur Transparenz die Gefahr willkürlicher Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers ausschließen soll [13] und dass es dem öffentlichen Auftraggeber nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung und der Pflicht zur Transparenz untersagt ist, ein den Anforderungen der Ausschreibung genügendes Angebot unter Berufung auf Gründe abzulehnen, die nicht in der Ausschreibung vorgesehen sind [14]. Hinzuweisen ist auch darauf, dass die technischen Spezifikationen nach Art. 23 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 zwar „allen Bietern gleichermaßen zugänglich sein [müssen] und … die Öffnung der öffentlichen Beschaffungsmärkte für den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindern [dürfen]“, die technischen Anforderungen nach Art. 23 Abs. 3 Buchst. c jedoch Leistungsanforderungen enthalten können.

40. Wenn die im Urteil Swm Costruzioni 2 und Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, in Rn. 35) genannten besonderen Voraussetzungen gegeben sind und der öffentliche Auftraggeber *als Bedingung im Vergabeverfahren* vorgibt, dass die Mindestanforderungen hinsichtlich der betreffenden Kapazität von einem einzigen Wirtschaftsteilnehmer erfüllt werden müssen, dann ist er meines Erachtens verpflichtet, dies von vornherein in der Bekanntmachung und/oder in den Ausschreibungsspezifikationen anzugeben. In diesem Fall ist die Möglichkeit nach Art. 48 Abs. 3 der

13 — Urteil SC Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, Rn. 26 und die dort angeführte Rechtsprechung).

14 — Ebd. (Rn. 28).

Richtlinie 2004/18, sich auf Kapazitäten Dritter zu stützen, ausgeschlossen. Dies dürfte die einzige Möglichkeit sein, der Verpflichtung zur Transparenz bei der Prüfung der Eignung der Bewerber nachzukommen, weil potenzielle Bieter andernfalls nicht von allen obligatorischen und unbedingten Anforderungen in Bezug auf Mindestkapazitäten Kenntnis erhielten [15].

41. Dies ist jedoch eine andere Frage als die Bewertung, ob ein Bieter, der sich auf Kapazitäten Dritter stützt, die in der Ausschreibung geforderten Bedingungen zur technischen und/oder beruflichen Leistungsfähigkeit *tatsächlich* erfüllt. Dies kann nur auf der Grundlage der Angebote im Abgleich mit den in der Ausschreibungsbekanntmachung und den Ausschreibungsspezifikationen genannten Eignungsanforderungen im Einklang mit den oben im Zusammenhang mit den Fragen 1, 2, 3, 5 und 6 dargestellten Kriterien geprüft werden.

42. Schließlich wird, was die Frage der gesamtschuldnerischen Haftung angeht, die diese bejahende Ansicht in den schriftlichen Erklärungen der Kommission auf Art. 63 Abs. 1 Unterabs. 3 der Richtlinie 2014/24 gestützt. PARTNER und Spanien sind demgegenüber der Ansicht, dass die Auferlegung einer gesamtschuldnerischen Haftung nicht möglich sei, da nur der Bieter, der am Ausschreibungsverfahren teilgenommen habe, für die Auftragsausführung verantwortlich sei, und nicht ein Drittunternehmen, auf dessen Kapazitäten er sich berufe habe.

43. Aus den Gründen, die ich in meiner Antwort auf Frage 10 darlegen werde, können aus der Richtlinie 2014/24 keine unbedingten Regeln für die Anwendung der Richtlinie 2004/18 abgeleitet werden, wenn sie entweder in der Richtlinie 2004/18 nicht enthalten sind oder detailliertere Normen oder Anforderungen vorgeben als die entsprechenden Bestimmungen der letzteren Richtlinie. Daher ist die Auferlegung einer gesamtschuldnerischen Haftung vor Ablauf der Umsetzungsfrist für die Richtlinie 2014/24 ausgeschlossen.

44. Aus diesen Gründen ist Frage 4 vom Gerichtshof dahin zu beantworten, dass Art. 48 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 2 der Richtlinie 2004/18 dahin auszulegen ist, dass der öffentliche Auftraggeber eine Bedingung, die dazu führt, dass eine Inanspruchnahme von Art. 48 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18 zum Nachweis der Erfüllung der Anforderungen hinsichtlich der Mindestkapazitäten ausgeschlossen ist, in der Auftragsbekanntmachung oder in den Ausschreibungsspezifikationen angeben muss. Im Übrigen darf der öffentliche Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung oder in den Ausschreibungsspezifikationen keine ausdrücklichen Bedingungen oder Grundsätze dafür festlegen, ob und wie die Bieter sich auf Kapazitäten anderer Unternehmen stützen können.

C – *Erläuterung des Angebots (Frage 7)*

45. Mit Frage 7 wird im Wesentlichen danach gefragt, inwieweit, soweit die Abgabe eines Angebots für einen Teil des Auftrags möglich ist, der öffentliche Auftraggeber und der Bieter nach Abgabe der Angebote miteinander in einen Dialog treten können, beispielsweise im Rahmen einer Ergänzung oder Erläuterung der Unterlagen. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang daran, dass nach Art. 51 der Richtlinie 2004/18 der öffentliche Auftraggeber Wirtschaftsteilnehmer auffordern kann, die in Anwendung der Art. 45 bis 50 vorgelegten Bescheinigungen und Dokumente zu vervollständigen oder zu erläutern.

15 — Vgl. entsprechend die Rechtsprechung zu Zuschlagskriterien, z. B. Urteil Kommission/Frankreich (C-299/08, EU:C:2009:769, Rn. 41), wo der Gerichtshof entschied, dass „[s]owohl der Gleichheitsgrundsatz als auch die daraus folgende Verpflichtung zur Transparenz [außerdem] gebieten …, dass der Gegenstand dieses Auftrags sowie die *Kriterien für seine Vergabe* klar bestimmt werden“ (Hervorhebung nur hier). Vgl. auch Urteil ATI EAC e Viaggi di Maio u. a. (C-331/04, EU:C:2005:718), das in Rn. 32 einer besonderen Gewichtung der Unterkriterien von Zuschlagskriterien Grenzen setzte, sowie Urteil Universale-Bau u. a. (C-470/99, EU:C:2002:746, Rn. 100), wo der öffentliche Auftraggeber verpflichtet war, Regeln für die Gewichtung der Kriterien für die Auswahl der Bewerber, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert wurden, in der Auftragsbekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben.

46. Meines Erachtens kann der Gerichtshof auf diese Frage eine kurze Antwort geben. Der Gerichtshof hat Verhandlungen zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und einem Bewerber bereits ausgeschlossen. Öffentliche Auftraggeber dürfen keine Erläuterung von Angeboten verlangen, die ihrer Ansicht nach ungenau sind oder nicht den in den Verdingungsunterlagen enthaltenen technischen Spezifikationen entsprechen, bevor diese Angebote abgelehnt werden [16].

47. Wenn ein Angebot abgegeben worden ist, kann es nicht mehr geändert werden, weder auf Initiative des Bieters noch des öffentlichen Auftraggebers [17]. Letzterer kann ausnahmsweise zu einer Ergänzung in einzelnen Punkten, wie etwa einer bloßen Erläuterung oder Berichtigung offensichtlicher sachlicher Fehler, auffordern, ohne dass irgendeine Änderung des Angebots verlangt oder akzeptiert wird [18].

48. Meines Erachtens und entgegen den in den schriftlichen Erklärungen von PARTNER und Spanien vorgebrachten Argumenten liegt dann, wenn nach Abgabe der Angebote Angaben zur Rangfolge der Auftragsteile gemacht werden, die von einem Angebot umfasst sind, nicht eine bloße Präzisierung, sondern eine wesentliche Änderung des Angebots vor. Dies zuzulassen, würde gegen die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs verstoßen. Dies fällt nicht unter die Ausnahmefälle, in denen Erläuterungen von Angeboten gestattet sind.

49. Somit ist Frage 7 meines Erachtens dahin zu beantworten, dass, soweit die Abgabe eines Angebots für einen Teil des Auftrags zulässig ist, einem Wirtschaftsteilnehmer aufgrund des Grundsatzes der gleichen und nichtdiskriminierenden Behandlung aller Wirtschaftsteilnehmer gemäß Art. 2 der Richtlinie 2004/18 nicht gestattet ist, nach Abgabe der Angebote anzugeben, auf welchen Auftragsteil die von ihm zum Nachweis der Erfüllung der Voraussetzungen für die Teilnahme am Verfahren dargelegten Mittel angerechnet werden sollen.

D – *Unregelmäßigkeiten bei einer elektronischen Auktion (Fragen 8 und 9)*

50. Die Fragen 8 und 9 betreffen die sich für die Vergabe eines Auftrags ergebenden Folgen daraus, dass nicht alle geeigneten Bieter zur Teilnahme an einer elektronischen Auktion zugelassen wurden.

51. Zu erinnern ist hier zunächst daran, dass nach Art. 54 Abs. 4 Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/18 „[a]lle Bieter, die zulässige Angebote unterbreitet haben, … gleichzeitig auf elektronischem Wege aufgefordert [werden], neue Preise und/oder Werte vorzulegen“. Art. 54 Abs. 8 der Richtlinie 2004/18 verbietet die Durchführung elektronischer Auktionen u. a. zur Ausschaltung oder Verfälschung des Wettbewerbs. Hinzuweisen ist ferner darauf, dass das nationale Gericht nicht nach den Wirtschaftsteilnehmern zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfen im Hinblick auf eine Nachprüfung regelwidriger elektronischer Auktionen fragt [19], sondern nach den in einem solchen Fall bestehenden Verpflichtungen des öffentlichen Auftraggebers nach der Richtlinie 2004/18.

16 — Urteil SAG ELV Slovensko u. a. (C-599/10, EU:C:2012:191, Rn. 36 und 37). Zu erinnern ist daran, dass die Richtlinie 2004/18 einen wettbewerblichen Dialog bei besonders komplexen Aufträgen (Art. 29) und Verhandlungsverfahren (Art. 30) vorsieht. Diese Bestimmungen sind für den vorliegenden Fall jedoch nicht von Bedeutung.

17 — Vgl. Urteil Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), wo der Gerichtshof in Rn. 31 entschied, dass „[i]m Rahmen eines Vergabeverfahrens … der Grundsatz der Gleichbehandlung und das Transparenzgebot jeglicher Verhandlung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und einem Bewerber entgegen[stehen], was bedeutet, dass ein eingereichtes Angebot grundsätzlich nicht mehr geändert werden kann, weder auf Betreiben des öffentlichen Auftraggebers noch auf Betreiben des Bewerbers. Daraus folgt, dass der öffentliche Auftraggeber von einem Bewerber, dessen Angebot seiner Auffassung nach ungenau ist oder nicht den in den Verdingungsunterlagen enthaltenen technischen Spezifikationen entspricht, keine Erläuterungen verlangen darf.“

18 — Urteil SAG ELV Slovensko u. a. (C-599/10, EU:C:2012:191, Rn. 40 und 41). Vgl. auch Urteil Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, Rn. 32).

19 — Diese regelt die Richtlinie 89/665/EG (ABl. L 395, S. 33) in der durch die Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge (ABl. L 335, S. 31) geänderten Fassung.

52. Wenn ein geeigneter Bieter, der die in der Auftragsbekanntmachung und in den technischen Spezifikationen genannten Kriterien erfüllt, nach Art. 54 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 zur Teilnahme an der elektronischen Auktion hätte aufgefordert werden müssen, dies aber nicht geschehen ist, dann folgt meines Erachtens aus der Verpflichtung zur gleichen und nichtdiskriminierenden Behandlung nach Art. 2 der Richtlinie 2004/18, dass die Auktion zu wiederholen ist. Dies gilt unabhängig davon, ob seine Teilnahme das Ergebnis der Auktion geändert hätte oder nicht [20]. Dies bedeutet, dass der Auftrag nicht aufgrund rechtswidriger oder regelwidriger elektronischer Auktionen dieser Art vergeben werden kann.

53. Ich schlage daher vor, die Fragen 8 und 9 dahin zu beantworten, dass Art. 2 der Richtlinie 2004/18 dazu verpflichtet, eine elektronische Auktion für ungültig zu erklären und zu wiederholen, wenn ein Bewerber, der die Kriterien für die Teilnahme an der Auftragsvergabe erfüllt, nicht zur Teilnahme an der elektronischen Auktion aufgefordert worden ist.

E – *Kann die Richtlinie 2014/24 für die Auslegung der Richtlinie 2004/18 berücksichtigt werden? (Frage 10)*

54. Das vorlegende nationale Gericht fragt mit Frage 10, ob für die Auslegung der Vorschriften der Richtlinie 2004/18 der Inhalt der Vorschriften sowie der Erwägungsgründe der Richtlinie 2014/24 – obwohl die Frist zu ihrer Umsetzung noch nicht abgelaufen ist – als Auslegungsleitlinie herangezogen werden kann, soweit sie bestimmte Annahmen und Absichten des Unionsgesetzgebers erhellt und nicht im Widerspruch zur Richtlinie 2004/18 steht.

55. Diese Frage bezieht sich darauf, dass Art. 63 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 mit der Überschrift „Inanspruchnahme der Kapazitäten anderer Unternehmen“ Regelungen für diesen Fall trifft, die detaillierter sind als diejenigen der Richtlinie 2004/18. Art. 63 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 regelt ebenso wie Art. 48 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18, dass der „rechtliche Charakter“ der zwischen den Unternehmen bestehenden Verbindungen unbeachtlich ist. Art. 63 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 regelt jedoch darüber hinaus, dass soweit der betreffende Wirtschaftsteilnehmer über „Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung“ oder „berufliche Erfahrung“ verfügen muss, er nur Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch nehmen kann, wenn diese die Arbeiten ausführen bzw. die Dienstleistungen erbringen, für die diese Kapazitäten benötigt werden. Nach Art. 63 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24 können die öffentlichen Auftraggeber ferner vorschreiben, dass bestimmte kritische Aufgaben direkt vom Bieter selbst ausgeführt werden.

56. Hinzuweisen ist zunächst darauf, dass das Problem, das sich dem nationalen Gericht stellt, das Ineinandergreifen *zweier Rechtsakte des Unionsrechts* betrifft. Die Rechtsprechung zu Verpflichtungen der Mitgliedstaaten während der Frist zur Umsetzung einer Richtlinie [21] in Bezug auf die Auslegung des nationalen Rechts während dieser Frist [22] ist daher nicht einschlägig.

57. Anzumerken ist ferner, dass der Gerichtshof kürzlich entschieden hat, dass die Richtlinie 2014/24 dann, wenn sie nach dem Zeitpunkt der im Ausgangsverfahren maßgeblichen Ereignisse in Kraft getreten ist, in der betreffenden Rechtssache nicht anwendbar ist [23]. Dies steht im Einklang mit seinen früheren Feststellungen zum Übergangszeitraum zwischen der Richtlinie 93/37 und der Richtlinie 2004/18. In einem Fall, in dem ein Angebot im Vergabeverfahren für einen Auftrag vor dem Zeitpunkt des Ablaufs der Umsetzungsfrist für die Richtlinie 2004/18 nicht berücksichtigt wurde, hat

20 — PARTNER hat in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass sie nicht zur Teilnahme an der elektronischen Auktion zur Vergabe des in Rede stehenden Auftrags aufgefordert worden sei.

21 — Vgl. beispielsweise kürzlich die Schlussanträge von Generalanwältin Sharpston in der Rechtssache bpost (C-340/13, EU:C:2014:2302, Nr. 29), mit Verweis auf die Urteile Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628, Rn. 45), ATRAL (C-14/02, EU:C:2003:265, Rn. 58) und Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias u. a. (C-43/10, EU:C:2012:560, Rn. 57).

22 — Ebd., mit Verweis auf das Urteil Adeneler u. a. (C-212/04, EU:C:2006:443, Rn. 122 und 123).

23 — Urteil Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, Rn. 24).

der Gerichtshof entschieden, dass es „gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit verstoßen [würde], das im Ausgangsverfahren anwendbare Recht anhand des Datums der Auftragsvergabe zu bestimmen“ [24]. Er entschied daher, dass die „Richtlinie 2004/18 nicht auf eine Entscheidung angewandt werden kann, die ein öffentlicher Auftraggeber bei der Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags vor Ablauf der Frist zur Umsetzung dieser Richtlinie getroffen hat“ [25]. Das nationale Gericht fragt jedoch nicht im Einzelnen nach dem Verhältnis zwischen konkreten Bestimmungen der älteren und der neuen Richtlinie, sondern ersucht lediglich um allgemeine Hinweise.

58. Der Gerichtshof hat sich bei mindestens einer Gelegenheit zur Auslegung der Richtlinie 2004/18 auf einen Erwägungsgrund und auf eine Bestimmung der Richtlinie 2014/24 gestützt. Die Gründe hierfür hat er allerdings nicht erläutert [26].

59. Meines Erachtens ist das Verhältnis der beiden aufeinander folgenden Unionsrechtsakte im Rahmen der Auslegung unter gebührender Berücksichtigung der gesetzgeberischen Absicht zu betrachten. Die Formulierung der Frage 10 ist in dieser Hinsicht jedoch nicht hilfreich, weil unklar ist, ob mit den dort genannten „bestimmten Annahmen und Absichten des Unionsgesetzgebers“ solche im Zusammenhang mit der Richtlinie 2014/24 oder mit der Richtlinie 2004/18 gemeint sind.

60. Aus meiner Sicht ist eindeutig, dass die Richtlinie 2014/24 die mit der Richtlinie 2004/18 verfolgte gesetzgeberische Absicht nicht erhellen kann. Aus den Erwägungsgründen und den Bestimmungen der Richtlinie 2014/24 mag sich jedoch ergeben, dass die gesetzgeberische Absicht bei einigen ihrer Bestimmungen die Kodifizierung der bestehenden Rechtsprechung zur bisherigen Anwendung der Richtlinie 2004/18 war. In diesen Fällen steht der Berücksichtigung der späteren bei der Auslegung der früheren Richtlinie nichts entgegen. Wenn andererseits die gesetzgeberische Absicht darin besteht, von den Bestimmungen der Richtlinie 2004/18 oder der bestehenden Rechtsprechung abzuweichen, kann die neue Richtlinie nicht als Auslegungsleitlinie für die frühere dienen.

61. Am anderen Ende des Spektrums nennt das vorlegende nationale Gericht eine Voraussetzung. Frage 10 geht davon aus, dass die Berücksichtigung der Richtlinie 2014/24 ausgeschlossen sei, wenn sie „mit der Richtlinie 2004/18 in Widerspruch“ stehe. Dies ergibt sich selbstverständlich aus dem Grundsatz der Rechtssicherheit, der eine rückwirkende Anwendung eines Rechtsakts verbietet, der in zeitlicher Hinsicht nicht anwendbar ist [27].

62. Im Zentrum der Frage stehen jedoch die Bestimmungen der Richtlinie 2014/24, die die Richtlinie 2004/18 oder die Rechtsprechung im Detail ergänzen, soweit dies ohne logischen Widerspruch zwischen den Rechtsakten erfolgt und der ältere Rechtsakt in der betreffenden Frage schweigt oder ungenau ist.

24 — Urteil Hochtief und Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627, Rn. 29).

25 — Ebd. (Rn. 30). Ergänzt sei, dass diese Auffassung auch im Einklang mit derjenigen steht, die der Gerichtshof in den Urteilen Monsees (C-350/97, EU:C:1999:242, Rn. 27) und Kommission/Frankreich (C-337/98, EU:C:2000:543, Rn. 38 bis 39) vertrat.

26 — Urteil Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, Rn. 37). Hinzuweisen ist auch darauf, dass Generalanwältin Kokott in ihren Schlussanträgen in der Rechtssache Auroux u. a. (C-220/05, EU:C:2006:410, Nr. 50) auf eine Bestimmung der Richtlinie 2004/18 verwies, um eine Auslegung der Richtlinie 93/37 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 54) zu untermauern, obwohl die erstgenannte Richtlinie in zeitlicher Hinsicht noch nicht einschlägig war. Der Gerichtshof stellte in Rn. 61 seines Urteils Auroux u. a. (C-220/05, EU:C:2007:31) allerdings fest, dass die fragliche Bestimmung der Richtlinie 2004/18 „in zeitlicher Hinsicht auf den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens nicht anwendbar“ war. Vgl. auch eine Anmerkung in den Schlussanträgen von Generalanwalt Wahl in der Rechtssache Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino“ u. a. (C-113/13, EU:C:2014:291, Nr. 40) und die Verneinung einer Bedeutung der Richtlinie 2014/24 durch den Gerichtshof in Rn. 8 des Urteils Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino“ u. a. (C-113/13, EU:C:2014:2440).

27 — Zu erinnern ist hier an die klassische Formulierung des Gerichtshofs in seinem Urteil Fedesa u. a. (C-331/88, EU:C:1990:391, Rn. 45), wo entschieden wurde, dass „es der Grundsatz der Rechtssicherheit zwar im allgemeinen verbietet, den Beginn der Geltungsdauer eines Rechtsaktes der Gemeinschaft auf einen Zeitpunkt vor dessen Veröffentlichung zu legen, dass dies jedoch ausnahmsweise dann anders sein kann, wenn das angestrebte Ziel es verlangt und das berechtigte Vertrauen der Betroffenen gebührend beachtet ist“. Diese notwendigen Voraussetzungen für eine Rückwirkung sind im vorliegenden Fall nicht gegeben.

63. Meines Erachtens folgt aus dem Grundsatz der Rechtssicherheit, dass unbedingte Regelungen oder Voraussetzungen auf Basis der Richtlinie 2014/24 nicht als „Auslegungen“ der Richtlinie 2004/18 zum Nachteil von Wirtschaftsteilnehmern, die sich an Vergabeverfahren beteiligen, zur Anwendung kommen können. Wenn jedoch die gesetzgeberische Absicht hinter den betreffenden Bestimmungen der Richtlinie 2014/24 vielmehr darin besteht, die Harmonisierung der bestehenden Rechtsvorschriften und Rechtsprechung weiterzuentwickeln, ohne mit ihnen zu brechen, steht ihrer Heranziehung als Leitlinie für die Auslegung der Richtlinie 2004/18 nichts entgegen.

64. Aus diesen Gründen schlage ich vor, Frage 10 dahin zu beantworten, dass für die Auslegung der Vorschriften der Richtlinie 2004/18 der Inhalt der Vorschriften sowie der Erwägungsgründe der Richtlinie 2014/24 – obwohl die Frist zu ihrer Umsetzung noch nicht abgelaufen ist – als Auslegungsleitlinie herangezogen werden kann, soweit sie Rechtsprechung zur Anwendung der Richtlinie 2004/18 kodifiziert oder im Detail ergänzt, jedoch weder mit der Richtlinie 2004/18 in Widerspruch steht noch unbedingte Regelungen oder Voraussetzungen zum Nachteil von Wirtschaftsteilnehmern aufstellt.

V – **Ergebnis**

65. Aus den vorstehenden Gründen schlage ich dem Gerichtshof vor, die Fragen des Krajowa Izba Odwoławcza wie folgt zu beantworten:

Fragen 1, 2, 3, 5 und 6

Art. 44 und Art. 48 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 2 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge sind dahin auszulegen, dass die Formulierung „gegebenenfalls“ keine substanzielle Einschränkung der Voraussetzungen vorgibt, unter denen ein Wirtschaftsteilnehmer sich auf die Kapazitäten anderer Unternehmen stützen kann, um einem öffentlichen Auftraggeber nachzuweisen, dass er über die technische und/oder berufliche Leistungsfähigkeit verfügt, die für die Ausführung eines bestimmten öffentlichen Auftrags erforderlich ist. Der Charakter der rechtlichen Verbindungen zwischen dem Wirtschaftsteilnehmer und dem Drittunternehmen ist irrelevant, jedoch muss der Wirtschaftsteilnehmer dem öffentlichen Auftraggeber nachweisen können, dass ihm tatsächlich alle Mittel zur Verfügung stehen, um den Auftrag bedingungsgemäß auszuführen. Ein Bieter kann sich vorbehaltlich der sich aus der Art und dem Zweck des auszuführenden Auftrags ergebenden Einschränkungen auf Kapazitäten anderer Unternehmen stützen, um seine technische und/oder berufliche Leistungsfähigkeit nachzuweisen.

Frage 4

Art. 48 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 2 der Richtlinie 2004/18 ist dahin auszulegen, dass der öffentliche Auftraggeber eine Bedingung, die dazu führt, dass eine Inanspruchnahme von Art. 48 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18 zum Nachweis der Erfüllung der Anforderungen hinsichtlich der Mindestkapazitäten ausgeschlossen ist, in der Auftragsbekanntmachung oder in den Ausschreibungsspezifikationen angeben muss. Im Übrigen darf der öffentliche Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung oder in den Ausschreibungsspezifikationen keine ausdrücklichen Bedingungen oder Grundsätze dafür festlegen, ob und wie die Bieter sich auf Kapazitäten anderer Unternehmen stützen können.

Frage 7

Soweit die Abgabe eines Angebots für einen Teil des Auftrags zulässig ist, ist einem Wirtschaftsteilnehmer aufgrund des Grundsatzes der gleichen und nichtdiskriminierenden Behandlung aller Wirtschaftsteilnehmer gemäß Art. 2 der Richtlinie 2004/18 nicht gestattet, nach Abgabe der Angebote anzugeben, auf welchen Auftragsteil die von ihm zum Nachweis der Erfüllung der Voraussetzungen für die Teilnahme am Verfahren dargelegten Mittel angerechnet werden sollen.

Fragen 8 und 9

Art. 2 der Richtlinie 2004/18 verpflichtet dazu, eine elektronische Auktion für ungültig zu erklären und zu wiederholen, wenn ein Bewerber, der die Kriterien für die Teilnahme an der Auftragsvergabe erfüllt, nicht zur Teilnahme an der elektronischen Auktion aufgefordert worden ist.

Frage 10

Die Richtlinie 2014/24 kann als Auslegungsleitlinie für die Richtlinie 2004/18 herangezogen werden, obwohl die Frist zur Umsetzung der Richtlinie 2014/24 noch nicht abgelaufen ist, jedoch nur soweit sie Rechtsprechung zur bisherigen Anwendung der Richtlinie 2004/18 kodifiziert oder im Detail ergänzt und die betreffenden Bestimmungen der Richtlinie 2014/24 weder mit der Richtlinie 2004/18 in Widerspruch stehen noch verbindliche Regelungen oder Voraussetzungen zum Nachteil von Wirtschaftsteilnehmern aufstellen.