Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Achte Kammer)

26. September 2024*

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Öffentliche Aufträge – Richtlinie 2004/18/EG – Art. 47 Abs. 3 – Art. 48 Abs. 4 – Ausschluss eines Bieters vom Vergabeverfahren – Ausschluss der Möglichkeit, die ursprüngliche Zahl der Mitglieder der Bietergemeinschaft, die ein Angebot eingereicht hat, zu reduzieren – Unvereinbarkeit – Gültigkeitsdauer eines Angebots – Kein Erlöschen des abgelaufenen Angebots – Nach der Rechtsprechung bestehende Pflicht, von diesem Angebot ausdrücklich zurückzutreten – Verlust der dem Angebot beigefügten vorläufigen Kaution – Automatische Anwendung dieser Maßnahme – Art. 2 – Grundsätze der Vergabe öffentlicher Aufträge – Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – Grundsatz der Gleichbehandlung – Transparenzgebot – Verstoß“

In den verbundenen Rechtssachen C-403/23 und C-404/23

betreffend zwei Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht vom Consiglio di Stato (Staatsrat, Italien) mit Entscheidungen vom 16. Juni 2023, beim Gerichtshof eingegangen am 30. Juni und am 3. Juli 2023, in den Verfahren

Luxone Srl, handelnd im eigenen Namen und als Bevollmächtigte der mit der Iren Smart Solutions SpA zu gründenden Bietergemeinschaft (C-403/23),

Sofein SpA, vormals Gi One SpA (C-404/23),

gegen

Consip SpA,

Beteiligte:

Elba Compagnia di Assicurazioni e Riassicurazioni SpA,

Sofein SpA, vormals Gi One SpA (C-403/23),

Iren Smart Solutions SpA,

Consorzio Stabile Energie Locali Scarl,

City Green Light Srl,

Enel Sole Srl,

* Verfahrenssprache: Italienisch.

Luxone Srl (C-404/23),

erlässt

DER GERICHTSHOF (Achte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten N. Piçarra sowie der Richter N. Jääskinen und M. Gavalec (Berichterstatter),

Generalanwalt: P. Pikamäe,

Kanzler: A. Calot Escobar,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

– der Luxone Srl, handelnd im eigenen Namen und als Bevollmächtigte der mit der Iren Smart Solutions SpA zu gründenden Bietergemeinschaft, sowie der Sofein SpA, vertreten durch P. Leozappa, Avvocato,

– der italienischen Regierung, vertreten durch G. Palmieri als Bevollmächtigte, im Beistand von A. De Curtis, L. Fiandaca und D. G. Pintus, Avvocati dello Stato,

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

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

folgendes

Urteil

1 Die Vorabentscheidungsersuchen betreffen die Auslegung der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. 2004, L 134, S. 114, berichtigt in ABl. 2004, L 351, S. 44), des Art. 6 EUV, der Art. 49, 50, 54 und 56 AEUV, der Art. 16, 49, 50 und 52 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: Charta) sowie des Art. 4 des am 22. November 1984 in Straßburg unterzeichneten Protokolls Nr. 7 zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten.

2 Sie ergehen im Rahmen von zwei Rechtsstreitigkeiten zwischen – in der Rechtssache C-403/23 – der Luxone Srl, die im eigenen Namen und als Bevollmächtigte der mit der Iren Smart Solutions SpA zu gründenden Bietergemeinschaft handelt, bzw. – in der Rechtssache C-404/23 – der Sofein SpA, vormals Gi One SpA, und derselben öffentlichen Auftraggeberin, der Consip SpA, wegen der Entscheidungen, mit denen Letztere zum einen die Bietergemeinschaft, der Luxone und Sofein angehörten, von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags ausschloss und zum anderen die vorläufige Kaution einbehielt, die die Mitglieder dieser Bietergemeinschaft im Hinblick auf ihre Teilnahme an diesem Verfahren gestellt hatten.

Rechtlicher Rahmen

Unionsrecht

Richtlinie 2004/18

3 In den Erwägungsgründen 2 und 32 der Richtlinie 2004/18 hieß es:

„(2) Die Vergabe von Aufträgen in den Mitgliedstaaten auf Rechnung des Staates, der Gebietskörperschaften und anderer Einrichtungen des öffentlichen Rechts ist an die Einhaltung der im Vertrag niedergelegten Grundsätze gebunden, insbesondere des Grundsatzes des freien Warenverkehrs, des Grundsatzes der Niederlassungsfreiheit und des Grundsatzes der Dienstleistungsfreiheit sowie der davon abgeleiteten Grundsätze wie z. B. des Grundsatzes der Gleichbehandlung, des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung, des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung, des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und des Grundsatzes der Transparenz. Für öffentliche Aufträge, die einen bestimmten Wert überschreiten, empfiehlt sich indessen die Ausarbeitung von auf diesen Grundsätzen beruhenden Bestimmungen zur gemeinschaftlichen Koordinierung der nationalen Verfahren für die Vergabe solcher Aufträge, um die Wirksamkeit dieser Grundsätze und die Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens für den Wettbewerb zu garantieren. Folglich sollten diese Koordinierungsbestimmungen nach Maßgabe der genannten Regeln und Grundsätze sowie gemäß den anderen Bestimmungen des Vertrags ausgelegt werden.

…

(32) Um den Zugang von kleinen und mittleren Unternehmen [(KMU)] zu öffentlichen Aufträgen zu fördern, sollten Bestimmungen über Unteraufträge vorgesehen werden.“

4 Art. 2 („Grundsätze für die Vergabe von Aufträgen“) der Richtlinie 2004/18 bestimmte:

„Die öffentlichen Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend und gehen in transparenter Weise vor.“

5 In Art. 4 („Wirtschaftsteilnehmer“) Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 hieß es:

„Angebote oder Anträge auf Teilnahme können auch von Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern eingereicht werden. Die öffentlichen Auftraggeber können nicht verlangen, dass nur Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern, die eine bestimmte Rechtsform haben, ein Angebot oder einen Antrag auf Teilnahme einreichen können; allerdings kann von der ausgewählten Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern verlangt werden, dass sie eine bestimmte Rechtsform annimmt, wenn ihr der Zuschlag erteilt worden ist, sofern dies für die ordnungsgemäße Durchführung des Auftrags erforderlich ist.“

6 Art. 45 („Persönliche Lage des Bewerbers bzw. Bieters“) Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 bestimmte:

„Von der Teilnahme am Vergabeverfahren kann jeder Wirtschaftsteilnehmer ausgeschlossen werden,

…

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

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

…

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

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

7 Art. 47 („Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit“) Abs. 2 und 3 der Richtlinie 2004/18 sah vor:

„(2) 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 die erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen, indem er beispielsweise die diesbezüglichen Zusagen dieser Unternehmen vorlegt.

(3) Unter denselben Voraussetzungen können sich Gemeinschaften von Wirtschaftsteilnehmern nach Artikel 4 auf die Kapazitäten der Mitglieder der Gemeinschaften oder anderer Unternehmen stützen.“

8 In Art. 48 („Technische und/oder berufliche Leistungsfähigkeit“) der Richtlinie 2004/18 hieß es:

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

…

(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.

(4) Unter denselben Voraussetzungen können sich Gemeinschaften von Wirtschaftsteilnehmern nach Artikel 4 auf die Leistungsfähigkeit der Mitglieder der Gemeinschaften oder anderer Unternehmen stützen.“

9 Anhang VII Teil A („Angaben, die in den Bekanntmachungen für öffentliche Aufträge enthalten sein müssen“) der Richtlinie 2004/18 sah in den Nrn. 14 und 21 des Abschnitts „Bekanntmachung“ vor, dass in der Bekanntmachung „[g]egebenenfalls geforderte Kautionen und Sicherheiten“ sowie die „Bindefrist (offene Verfahren)“ anzugeben waren.

Richtlinie 2004/17

10 Aus den Art. 3 bis 9 der 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) ergibt sich, dass diese Richtlinie für öffentliche Aufträge galt, die eine oder mehrere Tätigkeiten in den folgenden Bereichen zum Gegenstand hatten: Gas, Wärme und Elektrizität; Wasser; Verkehrsleistungen; Postdienste; Aufsuchen und Förderung von Erdöl, Gas, Kohle und anderen festen Brennstoffen.

11 Art. 11 Abs. 2 der Richtlinie 2004/17 hatte den gleichen Wortlaut wie Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18, abgesehen davon, dass der Ausdruck „Auftraggeber“ durch eine Bezugnahme auf „öffentliche Auftraggeber“ ersetzt wurde.

Italienisches Recht

12 Das Decreto legislativo n.°163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (Gesetzesvertretendes Dekret Nr. 163 – Gesetzbuch über öffentliche Bau-, Dienstleistungs- und Lieferaufträge zur Umsetzung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG) vom 12. April 2006 (Supplemento Ordinario Nr. 107 zur GURI Nr. 100 vom 2. Mai 2006, im Folgenden: Altes Gesetzbuch über öffentliche Aufträge) enthielt einen Art. 11 („Verfahren zur Auftragsvergabe“), dessen Abs. 6 bestimmte:

„Jeder Teilnehmer darf nur ein Angebot abgeben. Das Angebot ist für die in der Bekanntmachung oder in der Aufforderung angegebene Zeit oder, falls diese Angabe fehlt, für 180 Tage ab Ablauf der Frist für die Angebotseinreichung bindend. Die Vergabestelle kann die Bieter um eine Verlängerung dieser Frist ersuchen.“

13 Art. 37 („Bietergemeinschaften und gewöhnliche Bieterkonsortien“) des Alten Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge sah in den Abs. 8 bis 10, 18 und 19 vor:

„8. Die Subjekte laut Art. 34 Abs. 1 Buchst. d und e dürfen auch vor ihrem Zusammenschluss Angebote abgeben. In diesem Fall muss das Angebot von allen Wirtschaftsteilnehmern, die sich zu einer Bietergemeinschaft oder zu einem gewöhnlichen Bieterkonsortium zusammenschließen wollen, unterzeichnet werden; außerdem muss das Angebot die Verpflichtung enthalten, dass dieselben Wirtschaftsteilnehmer im Fall des Zuschlags einem von ihnen, der im Angebot benannt und als Bevollmächtigter bezeichnet werden muss und als Beauftragter den Vertrag in seinem Namen und auf seine Rechnung sowie im Namen und auf Rechnung der Auftrag gebenden Unternehmen abschließen wird, einen gemeinsamen Sonderauftrag mit Vertretungsmacht erteilen.

9. … Vorbehaltlich der Vorschriften der Abs. 18 und 19 ist jede Änderung in der Zusammensetzung der Bietergemeinschaften und gewöhnlichen Bieterkonsortien gegenüber

derjenigen, die sich aus der bei der Angebotsabgabe eingegangenen Verpflichtung ergibt, verboten.

10. Die Nichtbeachtung der Verbote laut Abs. 9 bewirkt die Aufhebung der Zuschlagserteilung oder die Nichtigkeit des Vertrags sowie den Ausschluss der Bieter, die sich während dieses oder nach diesem Vergabeverfahren zu einer Bietergemeinschaft oder einem gewöhnlichen Konsortium zusammengeschlossen haben.

…

18. Bei Konkurs des Beauftragten oder, falls es sich um einen Einzelunternehmer handelt, im Fall seines Todes, seiner Entmündigung, seiner beschränkten Entmündigung oder seines Konkurses oder in den von den Antimafiabestimmungen vorgesehenen Fällen kann die Vergabestelle das Vertragsverhältnis mit einem anderen Wirtschaftsteilnehmer fortsetzen, der gemäß den Verfahren dieses Gesetzbuchs zum Beauftragten bestellt wird, sofern er die für die noch auszuführenden Bauleistungen, Dienstleistungen oder Lieferungen erforderlichen Qualifikationsanforderungen erfüllt; sind die genannten Bedingungen nicht gegeben, kann die Vergabestelle vom Vertrag zurücktreten.

19. Bei Konkurs eines der Auftrag gebenden Unternehmen oder, falls es sich um einen Einzelunternehmer handelt, im Fall seines Todes, seiner Entmündigung, seiner beschränkten Entmündigung oder seines Konkurses oder in den von den Antimafiabestimmungen vorgesehenen Fällen ist der Beauftragte, wenn er keinen anderen Wirtschaftsteilnehmer als Nachfolger angibt, der die vorgeschriebenen Eignungsanforderungen erfüllt, verpflichtet, die Leistung unmittelbar selbst oder durch die anderen Auftrag gebenden Unternehmen auszuführen, sofern sie die für die noch auszuführenden Bauleistungen, Dienstleistungen oder Lieferungen erforderlichen Qualifikationsanforderungen erfüllen.“

14 Art. 38 („Allgemeine Bedingungen“) des Alten Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge sah in Abs. 1 Buchst. f vor:

„Die nachstehenden Subjekte sind von der Teilnahme an Verfahren zur Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen sowie von Bau-, Liefer-, und Dienstleistungsaufträgen ausgeschlossen und dürfen weder Unterauftragnehmer sein noch die entsprechenden Verträge abschließen:

…

f) Subjekte, die nach begründeter Beurteilung der Vergabestelle bei der Ausführung der von der ausschreibenden Vergabestelle vergebenen Leistungen eine grobe Nachlässigkeit begangen oder in schlechtem Glauben gehandelt haben oder die im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen haben, die von der Vergabestelle nachweislich festgestellt wurde“.

15 Art. 48 („Überprüfung der Erfüllung der Voraussetzungen“) des Alten Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge bestimmte in Abs. 1:

„Vor der Öffnung der Umschläge mit den abgegebenen Angeboten fordern die Vergabestellen eine Anzahl von durch öffentliches Los ausgewählten Bietern, die mindestens zehn Prozent der abgegebenen Angebote entspricht und die auf die nächsthöhere ganze Zahl aufzurunden ist, auf, innerhalb von zehn Tagen ab Aufforderung nachzuweisen, dass sie die gegebenenfalls in der

Ausschreibungsbekanntmachung verlangten Anforderungen an die wirtschaftlich-finanzielle und technisch-organisatorische Leistungsfähigkeit erfüllen, indem sie die in der besagten Bekanntmachung oder im Aufforderungsschreiben angeführten Unterlagen vorlegen. Im Rahmen der Kontrolle überprüfen die Vergabestellen die Erfüllung der Qualifikationsanforderung zur Ausführung der Arbeiten seitens der Bieter bei Aufträgen, die an Generalunternehmer vergeben werden, anhand des elektronischen Registers im Sinne von Art. 7 Abs. 10 oder anhand der Internetseite des Ministeriums für Infrastruktur und Transport; für Lieferanten und Dienstleistungserbringer erfolgt die Überprüfung der Erfüllung der in Art. 42 Abs. 1 Buchst. a dieses Gesetzbuchs genannten Anforderung anhand der in Art. 6*bis* dieses Gesetzbuchs genannten nationalen Datenbank für öffentliche Aufträge. Wird dieser Nachweis nicht erbracht oder werden darin die im Teilnahmeantrag oder im Angebot enthaltenen Erklärungen nicht bestätigt, schließen die Vergabestellen den Teilnehmer von dem Vergabeverfahren aus, behalten die betreffende vorläufige Kaution ein und melden diesen Umstand der Behörde zum Zweck der Maßnahmen nach Art. 6 Abs. 11. Die Behörde setzt außerdem [das Recht auf] die Teilnahme an Vergabeverfahren für ein bis zwölf Monate aus.“

16 Nach Art. 75 („Dem Angebot beizufügende Sicherheiten“) des Alten Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge galt:

„1. Dem Angebot ist eine Sicherheit in Höhe von zwei Prozent der in der Bekanntmachung oder in der Aufforderung angegebenen Ausschreibungssumme beizufügen, die nach Wahl des Bieters in Form einer Kaution oder einer Bürgschaft geleistet wird. …

…

6. Die Sicherheit deckt die nicht zustande gekommene Vertragsunterzeichnung wegen eines vom Auftragnehmer zu vertretenden Umstands; sie wird automatisch bei Unterzeichnung des Vertrags freigegeben.

…

9. Die Vergabestelle sorgt gleichzeitig mit der Mitteilung der Zuschlagserteilung an die nicht erfolgreichen Bieter dafür, dass die Sicherheit laut Abs. 1 zugunsten der genannten Bieter unverzüglich, in jedem Fall aber nicht später als 30 Tage nach Zuschlagserteilung, freigegeben wird, auch wenn die Sicherheit noch gültig ist.“

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

17 Mit Bekanntmachung vom 21. Dezember 2015 leitete Consip ein in zwölf Lose unterteiltes offenes Vergabeverfahren zur Vergabe des Dienstes Beleuchtung und damit verbundener optionaler Dienstleistungen ein.

18 Eine zu gründende Bietergemeinschaft, deren federführendes Mitglied Luxone war (im Folgenden: BG Luxone), gab ein Angebot für vier dieser zwölf Lose ab. Zu dieser Bietergemeinschaft gehörten auch die Consorzio Stabile Energie Locali Scarl (im Folgenden: CSEL), die Iren Servizi e Innovazione SpA (jetzt Iren Smart Solutions), die Gestione Integrata Srl und die Exitone SpA.

19 Mit Schreiben vom 28. September 2018 wies Gi One, jetzt Sofein, Consip darauf hin, dass sie Exitone und Gestione Integrata „in allen ihren Rechten und Pflichten“ nachfolge.

20 Obwohl sich Consip bei der Einleitung des Verfahrens zur Kontrolle der Angebote auf Abweichungen das Recht vorbehalten hatte, zu prüfen, ob Exitone die allgemeinen Voraussetzungen des Art. 38 des Alten Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge ununterbrochen erfüllte, leitete sie kein späteres Verfahren ein.

21 Das im Ausgangsverfahren in Rede stehende Vergabeverfahren, das bis zum 18. April 2017 abgeschlossen werden sollte, wurde achtmal verlängert, um „Consip die für den Abschluss des Verfahrens erforderliche Zeit zu gewähren“. Jede dieser Verlängerungen hatte zur Folge, dass zum einen die zwischenzeitlich abgelaufenen Angebote bestätigt und zum anderen die diesen Angeboten beigefügten vorläufigen Kautionen verlängert werden mussten.

22 Nachdem am 2. März 2020 die siebte Bestätigungsaufforderung dieser Angebote gestellt worden war, teilten die Mitglieder der BG Luxone Consip mit Schreiben vom 30. März 2020 mit, dass Luxone und Iren Smart Solutions im Gegensatz zu Sofein und CSEL ihre früheren Angebote bestätigten. Sofein und CSEL wiesen im Wesentlichen darauf hin, dass die im Jahr 2016 abgegebenen Angebote wegen der langen Dauer der Vorbereitungen für die Vergabe des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Auftrags „aus unternehmerischer Sicht und unter dem Gesichtspunkt einer ordnungsgemäßen und umsichtigen Unternehmensführung nicht mehr tragfähig [seien]“.

23 Mit Schreiben vom 9. Juni 2020 forderte Consip alle Mitglieder der BG Luxone zum achten Mal auf, ihr abgelaufenes Angebot zu bestätigen sowie die Geltungsdauer der entsprechenden vorläufigen Kaution bis zum 30. November 2020 zu verlängern.

24 Mit Schreiben vom 18. Juni 2020, auf das Consip nicht antwortete, wiederholten Luxone und Iren Smart Solutions ihre Angebote und wiesen darauf hin, dass Sofein und CSEL ihrerseits ihre Angebote nicht bestätigen wollten.

25 Mit Schreiben vom 30. September 2020 leitete Consip ein Verfahren ein, um zu prüfen, ob die in Art. 38 Abs. 1 Buchst. f des Alten Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge vorgesehene Voraussetzung erfüllt war, und um die Rechtmäßigkeit des Ausscheidens von Sofein und CSEL zu beurteilen. Nach Ansicht von Consip sind Sofein und CSEL nämlich mit der Nichtbestätigung der Angebote rechtswidrig aus der BG Luxone „ausgetreten“.

26 Mit Entscheidung vom 11. November 2020 (im Folgenden: Ausschlussentscheidung vom 11. November 2020) schloss Consip die BG Luxone von dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vergabeverfahren aus.

27 Consip stellte erstens fest, dass Art. 11 Abs. 6 des Alten Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge dem einzelnen Bieter, d. h. im vorliegenden Fall der BG Luxone insgesamt, das Recht verleihe, nach Ablauf einer bestimmten Frist vom Angebot zurückzutreten. Dieses Recht könne folglich nicht nur von einem Teil der Mitglieder dieser Bietergemeinschaft ausgeübt werden.

28 Zweitens warf Consip Sofein insbesondere vor, aus dieser Bietergemeinschaft ausgetreten zu sein, um Art. 38 Abs. 1 des Alten Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge zu umgehen. Nach dieser Bestimmung hätte Sofein nämlich von dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden

Vergabeverfahren wegen des Verhaltens ihrer beiden Vorgängergesellschaften ausgeschlossen werden müssen, das ihre Zuverlässigkeit beeinträchtigt habe und für das sie zu haften habe. Consip warf Sofein auch strafbare Handlungen vor.

29 Drittens machte Consip geltend, dass Luxone „die berufliche Zuverlässigkeit gefehlt“ habe, was durch Verweis auf ein Gerichtsverfahren zur Behinderung öffentlicher Ausschreibungsverfahren und durch das Urteil des Tribunale di Messina (Gericht Messina, Italien) vom 14. Juli 2020 gegen den Geschäftsführer der Gesellschaft, deren Rechtsnachfolgerin Luxone sei, bis zum 22. Juli 2019 belegt werde.

30 Viertens warf Consip CSEL vor, aus der BG Luxone ausgetreten zu sein, um im Wesentlichen zu verschleiern, dass diese Gesellschaft die vorgesehenen Voraussetzungen nicht erfülle und nicht über die für die Ausführung des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Auftrags erforderlichen Mittel verfüge.

31 Mit Entscheidung vom 12. November 2020 ordnete Consip die Einbehaltung der vorläufigen Kautionen in Höhe von insgesamt 2 950 000 Euro an, die für die vier Lose, für die die BG Luxone ein Angebot eingereicht hatte, gestellt worden waren.

32 In Beantwortung der Entscheidungen von Consip vom 11. und 12. November 2020 machte CSEL mit Schreiben vom 20. November 2020 geltend, dass sie alle Voraussetzungen für eine Beteiligung an dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Verfahren kontinuierlich erfüllt habe. Im Übrigen sei die fehlende Bestätigung des Angebots durch CSEL, die nicht als Austritt aus der BG Luxone eingestuft werden könne, Teil einer Gesamtumstrukturierung des Unternehmens.

33 Mit Schreiben vom 10. Dezember 2020 bestätigte Consip die Ausschlussentscheidung vom 11. November 2020.

34 Luxone, handelnd im eigenen Namen und als Bevollmächtigte der BG Luxone, und Sofein fochten die Ausschlussentscheidung vom 11. November 2020 und die Entscheidung vom 12. November 2020 mit zwei getrennten Klagen vor dem Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Regionales Verwaltungsgericht Latium, Italien) erfolglos an. Daher legten sie gegen die Urteile dieses Gerichts beim Consiglio di Stato (Staatsrat, Italien), dem vorlegenden Gericht, Berufung ein.

35 Dieses Gericht weist darauf hin, dass es die Aussetzung der Einbehaltung der vorläufigen Kautionen, insbesondere wegen der Höhe ihres Gesamtbetrags, angeordnet habe.

36 Das vorlegende Gericht hält es für zweckmäßig, noch vor der Prüfung der Klagen, soweit sie gegen die Ausschlussentscheidung vom 11. November 2020 gerichtet sind, die Vereinbarkeit von Art. 11 Abs. 6 des Alten Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge, der von den italienischen Verwaltungsgerichten dahin ausgelegt wird, dass die fehlende oder nur teilweise Bestätigung eines Angebots zum Zeitpunkt des Ablaufs dieses Angebots und seiner Bindungswirkung für den betroffenen Bieter mit dem Austritt aus der Bietergemeinschaft, die es eingereicht habe, gleichzustellen sei, mit dem Unionsrecht zu prüfen.

37 Im Fall des Austritts einiger Mitglieder einer solchen Bietergemeinschaft ist das genannte Gericht der Ansicht, dass Art. 11 Abs. 6, Art. 37 Abs. 8 bis 10, 18 und 19 sowie Art. 38 Abs. 1 Buchst. f des Alten Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge den öffentlichen Auftraggeber verpflichteten, die in dieser Bietergemeinschaft zusammengeschlossenen Wirtschaftsteilnehmer wegen des Verbots,

deren Zusammensetzung zu ändern, auszuschließen. Die einzigen Ausnahmen vom Grundsatz der Unveränderlichkeit einer Bietergemeinschaft seien in Art. 37 Abs. 18 und 19 des Alten Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge vorgesehen.

38 Art. 11 Abs. 6 des Alten Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge habe gewährleisten sollen, dass das abgegebene Angebot während der gesamten voraussichtlichen Dauer des Vergabeverfahrens aufrechterhalten bleibe, und nicht dessen zeitliche Wirkung begrenzen. Nach Ansicht des Consiglio di Stato (Staatsrat) bedeutet diese Bestimmung nicht, dass dieses Angebot nach Ablauf der Frist von Rechts wegen hinfällig werde, sondern nur, dass der betroffene Bieter davon zurücktreten könne, sofern er sich ausdrücklich auf diese Möglichkeit berufe. Außerdem sei der Grundsatz der subjektiven Unveränderlichkeit einer Bietergemeinschaft auch für den Fall anwendbar, dass diese Bietergemeinschaft formal noch nicht gegründet worden sei.

39 Im Übrigen sei im vorliegenden Fall der Ausschluss der BG Luxone von dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vergabeverfahren auch durch das Verhalten von Sofein gerechtfertigt, die versucht habe, sich durch den Austritt aus dieser Bietergemeinschaft der angekündigten Kontrolle ihrer „beruflichen Zuverlässigkeit“ zu entziehen. Aus der Rechtsprechung des Consiglio di Stato (Staatsrat) gehe jedoch hervor, dass der Austritt eines Mitglieds einer Bietergemeinschaft aufgrund organisatorischer Erfordernisse der Bietergemeinschaft oder des Konsortiums erfolgen müsse.

40 Das vorlegende Gericht ist der Ansicht, dass die beanstandeten Bestimmungen des Alten Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge mit Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 sowie mit Art. 11 Abs. 2 der Richtlinie 2004/17, der ähnlich formuliert sei, vereinbar seien.

41 Luxone und Sofein kritisieren jedoch die Rechtsprechung des Consiglio di Stato (Staatsrat), da sie die Mitglieder einer Bietergemeinschaft in der Praxis dazu zwinge, für unbestimmte Zeit an ihr Angebot gebunden zu bleiben, und zwar auch dann, wenn die Bindefrist dieses Angebots mehrmals abgelaufen sei. Eine solche Auslegung verstoße gegen den in Art. 16 der Charta garantierten Grundsatz der unternehmerischen Freiheit und die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, des Wettbewerbs sowie der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs, die in den Art. 49, 50, 54 und 56 AEUV verankert seien.

42 Das vorlegende Gericht räumt ein, dass insbesondere in Verfahren, die sich im Lauf der Zeit erheblich verlängerten, das Verbot für ein Mitglied einer solchen Bietergemeinschaft, von dem erneut abgelaufenen Angebot zurückzutreten, da anderenfalls diese Bietergemeinschaft insgesamt ausgeschlossen werde, unverhältnismäßig erscheine, um die Verlässlichkeit dieses Angebots zu gewährleisten, zumindest wenn die Wirtschaftsteilnehmer, die dieses Angebot bestätigt hätten, weiterhin in der Lage seien, selbst alle Teilnahmebedingungen für das Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags zu erfüllen. Nach Art. 2 in Verbindung mit dem zweiten Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/18 dürften die von den Mitgliedstaaten erlassenen Maßnahmen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich sei.

43 Außerdem machen Luxone und Sofein geltend, dass sich die Rechtswidrigkeit der Entscheidung vom 12. November 2020 über die Einbehaltung der vorläufigen Kautionen aus der Rechtswidrigkeit der Ausschlussentscheidung vom 11. November 2020 sowie aus ihr innewohnenden Mängeln ergebe. Diese Kautionen könnten nämlich nur in den beiden in Art. 48 Abs. 1 bzw. Art. 75 Abs. 6 des Alten Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge vorgesehenen Fällen einbehalten werden, nämlich dann, wenn der überprüfte Bieter nicht nachweise, dass er „die Anforderungen an die wirtschaftlich-finanzielle und technisch-organisatorische

Leistungsfähigkeit“ erfülle, oder wenn es „wegen eines vom Auftragnehmer zu vertretenden Umstands“ nicht zur Vertragsunterzeichnung komme. Die Ausgangsrechtsstreitigkeiten fielen jedoch unter keinen dieser beiden Fälle.

44 Obwohl die Corte costituzionale (Verfassungsgerichtshof, Italien) in ihrem Urteil Nr. 198 vom 26. Juli 2022 festgestellt habe, dass die Einbehaltung einer Kaution keinen strafrechtlichen Charakter habe, ist das vorlegende Gericht ebenso wie Luxone und Sofein der Ansicht, dass wegen des Ausmaßes des diesen Gesellschaften auferlegten „Vermögensopfers“ die automatische Einbehaltung der vorläufigen Kautionen gegenüber diesen Gesellschaften die Merkmale einer solchen Sanktion aufweise.

45 Insoweit bestimme Art. 49 Abs. 3 der Charta, dass „[d]as Strafmaß … zur Straftat nicht unverhältnismäßig sein [darf]“. Ebenso seien Art. 1 des am 20. März 1952 in Paris unterzeichneten Zusatzprotokolls Nr. 1 zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten und Art. 17 der Charta dahin ausgelegt worden, dass sie die Gewährleistung der Verhältnismäßigkeit zwischen dem an den Tag gelegten Verhalten und der verhängten Sanktion bezweckten, indem sie es untersagten, das Eigentumsrecht ohne Grund einzuschränken, und damit ein „übermäßiges und unverhältnismäßiges Opfer“ im Hinblick auf das verfolgte Ziel verhinderten. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit komme auch allgemein im zweiten Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/18 zum Ausdruck.

46 Unter diesen Umständen hat der Consiglio di Stato (Staatsrat) beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Stehen die Richtlinie 2004/18, die Art. 16 und 52 der Charta, die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, des Wettbewerbs, der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs nach den Art. 49, 50, 54 und 56 AEUV innerstaatlichen Rechtsvorschriften (Art. 11 Abs. 6, Art. 37 Abs. 8, 9, 10, 18 und 19 sowie Art. 38 Abs. 1 Buchst. f des Alten Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge) entgegen, die im Fall des Ablaufs der Gültigkeitsdauer des ursprünglich von einer zu gründenden Bietergemeinschaft abgegebenen Angebots die Möglichkeit ausschließen, im Zuge der Verlängerung der Gültigkeitsdauer dieses Angebots die ursprüngliche Zahl der Mitglieder der Bietergemeinschaft zu reduzieren, und sind diese nationalen Bestimmungen insbesondere mit den allgemeinen unionsrechtlichen Grundsätzen der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit und der praktischen Wirksamkeit sowie mit Art. 16 der Charta vereinbar?

2. Stehen die Richtlinie 2004/18, die Art. 16, 49, 50 und 52 der Charta, Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Art. 6 EUV sowie die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, des Wettbewerbs, der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs nach den Art. 49, 50, 54 und 56 AEUV innerstaatlichen Rechtsvorschriften (Art. 38 Abs. 1 Buchst. f, Art. 48 und Art. 75 des Alten Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge) entgegen, die die Verhängung der Sanktion der Einbehaltung der vorläufigen Kaution als automatische Folge des Ausschlusses eines Wirtschaftsteilnehmers von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsvertrags vorsehen, und zwar unabhängig davon, ob der Wirtschaftsteilnehmer den betreffenden Zuschlag erhalten hat?

Zu den Vorlagefragen

Zur ersten Frage

47 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs im Rahmen des durch Art. 267 AEUV eingeführten Verfahrens der Zusammenarbeit zwischen den nationalen Gerichten und dem Gerichtshof Aufgabe des Gerichtshofs ist, dem nationalen Gericht eine für die Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits sachdienliche Antwort zu geben. So gesehen kann der Gerichtshof veranlasst sein, unionsrechtliche Vorschriften zu berücksichtigen, die das nationale Gericht in seiner Frage nicht angeführt hat. Der Umstand, dass ein nationales Gericht eine Vorlagefrage ihrer Form nach unter Bezugnahme auf bestimmte Vorschriften des Unionsrechts formuliert hat, hindert den Gerichtshof nämlich nicht daran, diesem Gericht alle Auslegungshinweise zu geben, die ihm bei der Entscheidung über die bei ihm anhängige Rechtssache von Nutzen sein können, und zwar unabhängig davon, ob es bei der Formulierung seiner Fragen darauf Bezug genommen hat oder nicht. Der Gerichtshof hat insoweit aus allem, was das einzelstaatliche Gericht vorgelegt hat, insbesondere aus der Begründung der Vorlageentscheidung, diejenigen Elemente des Unionsrechts herauszuarbeiten, die unter Berücksichtigung des Gegenstands des Rechtsstreits einer Auslegung bedürfen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 12. Dezember 1990, SARPP, C-241/89, EU:C:1990:459, Rn. 8, und vom 5. Dezember 2023, Nordic Info, C-128/22, EU:C:2023:951, Rn. 99 und die dort angeführte Rechtsprechung).

48 Im vorliegenden Fall bezieht sich der im Ausgangsverfahren in Rede stehende Auftrag nicht auf eine oder mehrere der in den Art. 3 bis 9 der Richtlinie 2004/17 genannten Tätigkeiten, auf die diese Richtlinie Anwendung findet. Daher ist davon auszugehen, dass dieser Auftrag in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18 fällt.

49 Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass das vorlegende Gericht mit seiner ersten Frage im Wesentlichen wissen möchte, ob Art. 47 Abs. 3 und Art. 48 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 in Verbindung mit dem allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dahin auszulegen sind, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, die es den ursprünglichen Mitgliedern einer Bietergemeinschaft verwehrt, aus dieser Bietergemeinschaft auszutreten, wenn die Gültigkeitsdauer des von dieser Bietergemeinschaft eingereichten Angebots abgelaufen ist und der öffentliche Auftraggeber um die Verlängerung der Gültigkeit der bei ihm eingereichten Angebote ersucht.

50 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass Art. 47 Abs. 2 und Art. 48 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18 einem Wirtschaftsteilnehmer das Recht verleihen, sich zum einen auf die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit und zum anderen auf die technische und/oder berufliche Leistungsfähigkeit der Mitglieder der Bietergemeinschaft oder anderer Unternehmen zu stützen, sofern er gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber den Nachweis erbringt, dass der Bietergemeinschaft die für die Ausführung dieses Auftrags erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen. Diese Richtlinie erlaubt es somit, die Kapazitäten mehrerer Wirtschaftsteilnehmer zu kumulieren, um die vom öffentlichen Auftraggeber festgelegten Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit zu erfüllen, soweit diesem gegenüber der Nachweis erbracht wird, dass der Bewerber oder der Bieter, der sich auf die Kapazitäten eines oder mehrerer anderer Unternehmen stützt, tatsächlich über deren Mittel, die für die Ausführung des Auftrags erforderlich sind, verfügt. Diese Auslegung steht im Einklang mit dem Ziel, den Bereich des öffentlichen Auftragswesens einem möglichst umfassenden Wettbewerb zu öffnen, das mit den einschlägigen Richtlinien im Interesse nicht nur der Wirtschaftsteilnehmer, sondern auch der öffentlichen

Auftraggeber angestrebt wird. Sie ist auch geeignet, KMU den Zugang zu öffentlichen Aufträgen zu erleichtern, was mit der Richtlinie 2004/18, wie sich aus ihrem 32. Erwägungsgrund ergibt, ebenfalls beabsichtigt ist (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 10. Oktober 2013, Swm Costruzioni 2 und Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, Rn. 29, 33 und 34, sowie vom 2. Juni 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, Rn. 25 bis 27).

51 Aus Art. 47 Abs. 3 und Art. 48 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 geht auch hervor, dass sich Gemeinschaften von Wirtschaftsteilnehmern im Sinne von Art. 4 dieser Richtlinie unter denselben Voraussetzungen auf die Kapazitäten der Mitglieder der Gemeinschaft oder anderer Unternehmen stützen können.

52 Allerdings enthält weder Art. 47 Abs. 3 noch Art. 48 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 spezifische Vorschriften über die Änderung der Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft, so dass die Regelung eines solchen Sachverhalts in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt (vgl. entsprechend Urteil vom 24. Mai 2016, MT Højgaard und Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, Rn. 35).

53 Im vorliegenden Fall ergibt sich aus Art. 37 Abs. 9, 10, 18 und 19 des Alten Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge, dass außer im Fall des Konkurses des federführenden Mitglieds oder eines Mitglieds einer Bietergemeinschaft jede Änderung, die die ursprüngliche Zusammensetzung einer solchen Bietergemeinschaft betraf, verboten war, da anderenfalls alle Mitglieder dieser Bietergemeinschaft vom Verfahren zur Vergabe des öffentlichen Auftrags ausgeschlossen worden wären.

54 Dieses Verbot, die Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft zu ändern, ist jedoch nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts, u. a. des Grundsatzes der Gleichbehandlung, der sich daraus ergebenden Transparenzpflicht und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, zu prüfen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 24. Mai 2016, MT Højgaard und Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, Rn. 36).

55 Der letztgenannte Grundsatz, auf den im zweiten Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/18 hingewiesen wird, verlangt, dass die von den Mitgliedstaaten oder den öffentlichen Auftraggebern im Rahmen der Umsetzung dieser Richtlinie aufgestellten Regeln nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung der mit dieser Richtlinie verfolgten Ziele erforderlich ist (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 16. Dezember 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, Rn. 48, und vom 7. September 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, Rn. 155).

56 Der Grundsatz der Gleichbehandlung räumt den Bietern bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen ein, was voraussetzt, dass die Angebote aller Bieter den gleichen Bedingungen unterworfen sein müssen. Das damit einhergehende Transparenzgebot soll die Gefahr von Günstlingswirtschaft oder von willkürlichen Entscheidungen des Auftraggebers ausschließen. Dieses Gebot verlangt, dass alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens in der Bekanntmachung oder im Lastenheft klar, genau und eindeutig formuliert sind, damit, erstens, alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt deren genaue Bedeutung verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können und, zweitens, der Auftraggeber imstande ist, tatsächlich zu überprüfen, ob die Angebote der Bieter die für den betreffenden Auftrag geltenden Kriterien erfüllen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 6. November 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, Rn. 44, und vom 2. Juni 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, Rn. 36).

57 Die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung, die für alle Verfahren der Vergabe öffentlicher Aufträge gelten, gebieten, dass die materiell- und die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen einer Teilnahme an einem Vergabeverfahren, insbesondere die Pflichten der Bieter, im Voraus eindeutig festgelegt und öffentlich bekannt gegeben werden, damit diese genau erkennen können, welche Bedingungen sie in dem Verfahren zu beachten haben, und damit sie die Gewissheit haben können, dass für alle Wettbewerber die gleichen Bedingungen gelten (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 9. Februar 2006, La Cascina u. a., C-226/04 und C-228/04, EU:C:2006:94, Rn. 32, sowie vom 2. Juni 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, Rn. 37).

58 In dieser Hinsicht sieht Nr. 21 des Anhangs VII Teil A der Richtlinie 2004/18 vor, dass die „Bindefrist (offene Verfahren)“ ein wesentlicher Bestandteil der Informationen ist, die in der Bekanntmachung einer Ausschreibung enthalten sein müssen.

59 Erstens ergibt sich aus dem Urteil vom 24. Mai 2016, MT Højgaard und Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, Rn. 44 und 48), dass Art. 47 Abs. 3 und Art. 48 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 dahin auszulegen sind, dass die Mitglieder einer Bietergemeinschaft ohne Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung aus dieser Bietergemeinschaft austreten können, sofern zum einen erwiesen ist, dass die übrigen Mitglieder dieser Bietergemeinschaft die von dem Auftraggeber festgelegten Anforderungen für die Teilnahme am Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags erfüllen, und zum anderen, dass ihre weitere Teilnahme an diesem Verfahren nicht zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation der übrigen Bieter führt.

60 Daher verletzt Art. 37 Abs. 9, 10, 18 und 19 des Alten Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge dadurch, dass er die Aufrechterhaltung der rechtlichen und tatsächlichen Identität einer Bietergemeinschaft strikt vorschreibt, offensichtlich den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

61 Dies gilt umso mehr, als keine Ausnahme für den Fall vorgesehen ist, dass der öffentliche Auftraggeber wiederholt um die Verlängerung der Gültigkeit der Angebote ersucht. Eine solche Verlängerung erfordert aber von allen Mitgliedern einer Bietergemeinschaft, zum einen bestimmte Ressourcen sowohl in Form von Personal als auch von Sachmitteln im Hinblick auf einen etwaigen Zuschlag des fraglichen Auftrags zu binden und zum anderen die gestellten vorläufigen Kautionen zu verlängern, was insbesondere für ein KMU eine erhebliche Belastung darstellen kann.

62 Zweitens geht aus dem Vorabentscheidungsersuchen hervor, dass das vorlegende Gericht Art. 11 Abs. 6 des Alten Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge dahin ausgelegt hat, dass er nicht dazu führe, dass das Angebot nach Ablauf der darin angegebenen Frist von Rechts wegen hinfällig werde. Daher müsse sich der Bieter ausdrücklich auf die Möglichkeit berufen, von seinem Angebot zurückzutreten. Aus dem Vorabentscheidungsersuchen geht ferner hervor, dass sich die Klarstellung, dass der Austritt eines Mitglieds aus einer Bietergemeinschaft durch organisatorische Erfordernisse dieser Bietergemeinschaft bedingt sein müsse, allein aus der Rechtsprechung des vorlegenden Gerichts ergebe.

63 Der Gerichtshof hat jedoch wiederholt entschieden, dass eine Situation, in der sich die Voraussetzungen für die Teilnahme an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags aus der gerichtlichen Auslegung des nationalen Rechts ergeben, für in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Bieter besonders nachteilig ist, da ihre Kenntnis vom nationalen Recht und seiner Auslegung nicht mit der der Bieter des betreffenden Mitgliedstaats verglichen werden kann (Urteil vom 2. Juni 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, Rn. 46, und Beschluss vom 13. Juli 2017, Saferoad Grawil und Saferoad Kabex, C-35/17, EU:C:2017:557, Rn. 22).

64 Soweit schließlich den beiden Gesellschaften, die sich geweigert haben, ihr Angebot zu erneuern, ebenfalls vorgeworfen wurde, versucht zu haben, die Kontrolle der Einhaltung der Auswahlkriterien zu umgehen und damit einem Ausschluss vom Verfahren zur Vergabe des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Auftrags zu entgehen, ist hinzuzufügen, dass der öffentliche Auftraggeber zwar jederzeit die Zuverlässigkeit der Mitglieder einer Bietergemeinschaft prüfen kann und sich dazu vergewissern kann, dass diese nicht unter einen der in Art. 45 der Richtlinie 2004/18 aufgeführten Gründe für den Ausschluss von einem Vergabeverfahren fallen, er jedoch im Rahmen dieser Prüfung darauf zu achten hat, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wie er in Rn. 55 des vorliegenden Urteils beschrieben ist, beachtet wird.

65 Daher muss ein öffentlicher Auftraggeber, wenn er fakultative Gründe für den Ausschluss von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags anwendet, diesem Grundsatz umso mehr Rechnung tragen, wenn der in der nationalen Regelung vorgesehene Ausschluss eine Bietergemeinschaft insgesamt nicht wegen eines Verstoßes trifft, der allen ihren Mitgliedern zuzurechnen ist, sondern wegen eines Verstoßes, der nur von einem oder mehreren von ihnen begangen wurde, ohne dass das federführende Mitglied dieser Gruppe über irgendeine Kontrollbefugnis gegenüber dem oder den Wirtschaftsteilnehmer(n) verfügte, mit dem bzw. denen er eine solche Bietergemeinschaft bilden wollte (vgl. entsprechend Urteile vom 30. Januar 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, Rn. 48, und vom 7. September 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, Rn. 156).

66 Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber nämlich dazu, eine konkrete und auf den Einzelfall bezogene Beurteilung der Verhaltensweise des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers vorzunehmen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 13. Dezember 2012, Forposta und ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, Rn. 31). Hierzu muss der öffentliche Auftraggeber die Mittel berücksichtigen, die dem Bieter zur Verfügung standen, um das Vorliegen eines Verstoßes in Bezug auf das Unternehmen zu prüfen, dessen Kapazitäten der Bieter in Anspruch zu nehmen beabsichtigte (Urteile vom 3. Juni 2021, Rad Service u. a., C-210/20, EU:C:2021:445, Rn. 40, und vom 7. September 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, Rn. 157).

67 Unter diesen Umständen sind Art. 47 Abs. 3 und Art. 48 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18 in Verbindung mit dem allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, die es den ursprünglichen Mitgliedern einer Bietergemeinschaft verwehrt, aus dieser Bietergemeinschaft auszutreten, wenn die Gültigkeitsdauer des von dieser Bietergemeinschaft eingereichten Angebots abgelaufen ist und der öffentliche Auftraggeber um die Verlängerung der Gültigkeit der bei ihm eingereichten Angebote ersucht, sofern zum einen erwiesen ist, dass die übrigen Mitglieder dieser Bietergemeinschaft die von dem Auftraggeber festgelegten Anforderungen erfüllen, und zum anderen, dass ihre weitere Teilnahme an diesem Verfahren nicht zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation der übrigen Bieter führt.

Zur zweiten Frage

68 Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Gleichbehandlung sowie das Transparenzgebot, wie sie in Art. 2 und im zweiten Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/18 niedergelegt sind, dahin auszulegen sind, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, die die automatische

Einbehaltung der von einem Bieter gestellten vorläufigen Kaution als Folge seines Ausschlusses von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsvertrags vorsieht, auch wenn er den betreffenden Zuschlag nicht erhalten hat.

69 Wie aus den Rn. 61 und 62 des Urteils vom 28. Februar 2018, MA.T.I. SUD und Duemme SGR (C-523/16 und C-536/16, EU:C:2018:122), hervorgeht, entspricht die Vorausfestsetzung der zu leistenden vorläufigen Kaution durch den öffentlichen Auftraggeber in der Ausschreibungsbekanntmachung zwar den Anforderungen der Grundsätze der Gleichbehandlung der Bieter, der Transparenz und der Rechtssicherheit, da mit ihr objektiv jede diskriminierende oder willkürliche Behandlung der Bieter durch den öffentlichen Auftraggeber verhindert werden kann. Dennoch ist die automatische Einbehaltung der auf diese Weise im Voraus festgelegten Kaution unabhängig davon, welche Berichtigungen der nachlässige Bieter gegebenenfalls vornimmt, und daher gänzlich ohne Begründung im Einzelfall offensichtlich nicht mit den sich aus der Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ergebenden Erfordernissen vereinbar.

70 Zwar stellt die Einbehaltung der genannten Kaution ein geeignetes Mittel zur Verwirklichung der rechtmäßigen Ziele des betreffenden Mitgliedstaats dar, zum einen den Bietern ihre Verantwortung bei der Vorlage ihrer Angebote bewusst zu machen und zum anderen den öffentlichen Auftraggeber für den finanziellen Aufwand zu entschädigen, den die Kontrolle der Ordnungsmäßigkeit der Angebote für ihn bedeutet, jedoch ist auch die Höhe, die sie in einer Situation wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden erreicht, im Hinblick auf den Ablauf des fraglichen Vergabeverfahrens offensichtlich überhöht (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 28. Februar 2018, MA.T.I. SUD und Duemme SGR, C-523/16 und C-536/16, EU:C:2018:122, Rn. 63 und 64).

71 Daher sind die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Gleichbehandlung sowie das Transparenzgebot, wie sie in Art. 2 und im zweiten Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/18 niedergelegt sind, dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, die die automatische Einbehaltung der von einem Bieter gestellten vorläufigen Kaution als Folge seines Ausschlusses von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsvertrags vorsieht, auch wenn er den betreffenden Zuschlag nicht erhalten hat.

Kosten

72 Für die Beteiligten des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren Teil des beim vorlegenden Gericht anhängigen Verfahrens; 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 (Achte Kammer) für Recht erkannt:

1. Art. 47 Abs. 3 und Art. 48 Abs. 4 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 in Verbindung mit dem allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

sind dahin auszulegen, dass

sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, die es den ursprünglichen Mitgliedern einer Bietergemeinschaft verwehrt, aus dieser Bietergemeinschaft auszutreten, wenn die Gültigkeitsdauer des von dieser Bietergemeinschaft eingereichten Angebots abgelaufen ist und der öffentliche Auftraggeber um die Verlängerung der Gültigkeit der bei ihm eingereichten Angebote ersucht, sofern zum einen erwiesen ist, dass die übrigen Mitglieder dieser Bietergemeinschaft die von dem Auftraggeber festgelegten Anforderungen erfüllen, und zum anderen, dass ihre weitere Teilnahme an diesem Verfahren nicht zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation der übrigen Bieter führt.

2. Die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Gleichbehandlung sowie das Transparenzgebot, wie sie in Art. 2 und im zweiten Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/18 niedergelegt sind,

sind dahin auszulegen, dass

sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, die die automatische Einbehaltung der von einem Bieter gestellten vorläufigen Kaution als Folge seines Ausschlusses von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsvertrags vorsieht, auch wenn er den betreffenden Zuschlag nicht erhalten hat.

Unterschriften