Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Vierte Kammer)

3. Oktober 2019*

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Öffentliche Aufträge – Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge – Richtlinie 2014/24/EU – Art. 57 Abs. 4 – Fakultative Ausschlussgründe – Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers von der Teilnahme an einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge – Vorzeitige Beendigung eines früheren Auftrags wegen teilweiser Unterauftragsvergabe – Begriff ‚erhebliche oder dauerhafte Mängel' – Bedeutung"

In der Rechtssache C-267/18

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht von der Curtea de Apel București (Berufungsgericht Bukarest, Rumänien) mit Entscheidung vom 2. April 2018, beim Gerichtshof eingegangen am 17. April 2018, in dem Verfahren

Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA

gegen

Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA

erlässt

DER GERICHTSHOF (Vierte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten M. Vilaras, der Richterin K. Jürimäe sowie der Richter D. Šváby (Berichterstatter), S. Rodin und N. Piçarra,

Generalanwalt: M. Campos Sánchez-Bordona,

Kanzler: R. Șereș, Verwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 27. Februar 2019,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

– der Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA, vertreten durch I. G. Iacob, R. E. Cîrlig, I. Cojocaru, A. M. Abrudan und I. Macovei, avocați,

– der rumänischen Regierung, vertreten durch C.-R. Canțăr, R. I. Hațieganu und L. Lițu als Bevollmächtigte,

– der österreichischen Regierung, vertreten durch M. Fruhmann als Bevollmächtigten,

* Verfahrenssprache: Rumänisch.

– der Europäischen Kommission, vertreten durch A. Biolan, P. Ondrůšek und L. Haasbeek als Bevollmächtigte,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 8. Mai 2019

folgendes

Urteil

1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 57 Abs. 4 Buchst. g der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. 2014, L 94, S. 65).

2 Es ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA (im Folgenden: Delta) und der Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA (im Folgenden: CNAIR) als öffentliche Auftraggeberin über den Ausschluss von Delta von der Teilnahme an einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge.

Rechtlicher Rahmen

Unionsrecht

Richtlinie 2014/24

3 In den Erwägungsgründen 101 und 102 der Richtlinie 2014/24 heißt es:

„(101) Öffentliche Auftraggeber sollten … die Möglichkeit erhalten, Wirtschaftsteilnehmer auszuschließen, die sich als unzuverlässig erwiesen haben, beispielsweise wegen Verstoßes gegen umwelt- oder sozialrechtliche Verpflichtungen, einschließlich Vorschriften zur Barrierefreiheit für Menschen mit Behinderungen, oder wegen anderer Formen schwerwiegenden beruflichen Fehlverhaltens wie der Verletzung von Wettbewerbsregeln oder Rechten des geistigen Eigentums. Es sollte klargestellt werden, dass schwerwiegendes berufliches Fehlverhalten die Integrität eines Wirtschaftsteilnehmers infrage stellen und dazu führen kann, dass er – auch wenn er ansonsten über die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zur Auftragsausführung verfügen würde – als für die Vergabe eines öffentlichen Auftrags ungeeignet betrachtet wird.

Unter Berücksichtigung dessen, dass der öffentliche Auftraggeber für die Folgen seiner möglicherweise falschen Entscheidung die Verantwortung zu tragen hat, sollte es öffentlichen Auftraggebern auch überlassen bleiben, festzustellen, dass ein schwerwiegendes berufliches Fehlverhalten vorliegt, wenn sie vor einer endgültigen und verbindlichen Entscheidung über das Vorliegen zwingender Ausschlussgründe in geeigneter Form nachweisen können, dass der Wirtschaftsteilnehmer gegen seine Verpflichtungen verstoßen hat, wozu auch Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Zahlung von Steuern oder Sozialversicherungsbeiträgen zählen, sofern in den nationalen Rechtsvorschriften nichts anderes vorgesehen ist. Es sollte ihnen auch möglich sein, Bewerber oder Bieter auszuschließen, deren Leistung bei früheren öffentlichen Aufträgen im Hinblick auf wesentliche Anforderungen erhebliche Mängel aufwies, zum Beispiel Lieferungsausfall oder Leistungsausfall, erhebliche Defizite der gelieferten Waren oder Dienstleistungen, die sie für den beabsichtigten Zweck unbrauchbar machen, oder Fehlverhalten, das ernste Zweifel an der Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers aufkommen lässt. In den nationalen Rechtsvorschriften sollte eine Höchstdauer für solche Ausschlüsse vorgesehen sein.

Bei der Anwendung fakultativer Ausschlussgründe sollten die öffentlichen Auftraggeber insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung tragen. Kleinere Unregelmäßigkeiten sollten nur in Ausnahmefällen zum Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers führen. Wiederholte Fälle kleinerer Unregelmäßigkeiten können allerdings Zweifel an der Zuverlässigkeit eines Wirtschaftsteilnehmers wecken, die seinen Ausschluss rechtfertigen könnten.

(102) Es sollte jedoch berücksichtigt werden, dass Wirtschaftsteilnehmer Compliance-Maßnahmen treffen können, um die Folgen etwaiger strafrechtlicher Verstöße oder eines Fehlverhaltens zu beheben und weiteres Fehlverhalten wirksam zu verhindern. Bei diesen Maßnahmen kann es sich insbesondere um Personal- und Organisationsmaßnahmen handeln, wie den Abbruch aller Verbindungen zu an dem Fehlverhalten beteiligten Personen oder Organisationen, geeignete Personalreorganisationsmaßnahmen, die Einführung von Berichts- und Kontrollsystemen, die Schaffung einer internen Audit-Struktur zur Überwachung der Compliance oder die Einführung interner Haftungs- und Entschädigungsregelungen. Soweit derartige Maßnahmen ausreichende Garantien bieten, sollte der jeweilige Wirtschaftsteilnehmer nicht länger alleine aus diesen Gründen ausgeschlossen werden. Wirtschaftsteilnehmer sollten beantragen können, dass die im Hinblick auf ihre etwaige Zulassung zum Vergabeverfahren getroffenen Compliance-Maßnahmen geprüft werden. Es sollte jedoch den Mitgliedstaaten überlassen werden, die genauen verfahrenstechnischen und inhaltlichen Bedingungen zu bestimmen, die in diesem Fall gelten. Es sollte ihnen insbesondere freistehen zu entscheiden, es den jeweiligen öffentlichen Auftraggebern zu überlassen, die einschlägigen Bewertungen vorzunehmen, oder sie anderen Behörden auf zentraler oder dezentraler Ebene zu übertragen.“

4 Art. 57 („Ausschlussgründe“) der Richtlinie 2014/24 bestimmt:

„…

(4) Öffentliche Auftraggeber können in einer der folgenden Situationen einen Wirtschaftsteilnehmer von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen oder dazu von den Mitgliedstaaten verpflichtet werden:

…

g) der Wirtschaftsteilnehmer hat bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen eines früheren öffentlichen Auftrags, eines früheren Auftrags mit einem Auftraggeber oder eines früheren Konzessionsvertrags erhebliche oder dauerhafte Mängel erkennen lassen, die die vorzeitige Beendigung dieses früheren Auftrags, Schadenersatz oder andere vergleichbare Sanktionen nach sich gezogen haben;

h) der Wirtschaftsteilnehmer hat sich bei seinen Auskünften zur Überprüfung des Fehlens von Ausschlussgründen und der Einhaltung der Eignungskriterien einer schwerwiegenden Täuschung schuldig gemacht, derartige Auskünfte zurückgehalten oder ist nicht in der Lage, die gemäß Artikel 59 erforderlichen zusätzlichen Unterlagen einzureichen, oder

…

(5) Die öffentlichen Auftraggeber schließen einen Wirtschaftsteilnehmer zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens aus, wenn sich herausstellt, dass sich der Wirtschaftsteilnehmer in Bezug auf Handlungen oder Unterlassungen vor oder während des Verfahrens in einer der in den Absätzen 1 und 2 genannten Situationen befindet.

Zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens können die öffentlichen Auftraggeber einen Wirtschaftsteilnehmer ausschließen oder von den Mitgliedstaaten zum Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers verpflichtet werden, wenn sich herausstellt, dass sich der Wirtschaftsteilnehmer in Bezug auf Handlungen oder Unterlassungen vor oder während des Verfahrens in einer der in Absatz 4 genannten Situationen befindet.

(6) Jeder Wirtschaftsteilnehmer, der sich in einer der in den Absätzen 1 und 4 genannten Situationen befindet, kann Nachweise dafür erbringen, dass die Maßnahmen des Wirtschaftsteilnehmers ausreichen, um trotz des Vorliegens eines einschlägigen Ausschlussgrundes seine Zuverlässigkeit nachzuweisen. Werden solche Nachweise für ausreichend befunden, so wird der betreffende Wirtschaftsteilnehmer nicht von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen.

Zu diesem Zweck weist der Wirtschaftsteilnehmer nach, dass er einen Ausgleich für jeglichen durch eine Straftat oder Fehlverhalten verursachten Schaden gezahlt oder sich zur Zahlung eines Ausgleichs verpflichtet hat, die Tatsachen und Umstände umfassend durch eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden geklärt und konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen ergriffen hat, die geeignet sind, weitere Straftaten oder Verfehlungen zu vermeiden.

Die von den Wirtschaftsteilnehmern ergriffenen Maßnahmen werden unter Berücksichtigung der Schwere und besonderen Umstände der Straftat oder des Fehlverhaltens bewertet. Werden die Maßnahmen als unzureichend befunden, so erhält der Wirtschaftsteilnehmer eine Begründung dieser Entscheidung.

Ein Wirtschaftsteilnehmer, der durch eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung von der Teilnahme an Verfahren zur Auftrags- oder Konzessionsvergabe ausgeschlossen wurde, ist während des Ausschlusszeitraumes, der in dieser Entscheidung festgelegt wurde, nicht berechtigt, in den Mitgliedstaaten, in denen die Entscheidung wirksam ist, von der in diesem Absatz gewährten Möglichkeit Gebrauch zu machen.

(7) Die Mitgliedstaaten legen durch Gesetz, Verordnung oder Verwaltungsvorschrift und unter Beachtung des Unionsrechts die Bedingungen für die Anwendung dieses Artikels fest. Sie bestimmen insbesondere den höchstzulässigen Zeitraum des Ausschlusses für den Fall, dass der Wirtschaftsteilnehmer keine Maßnahmen gemäß Absatz 6 zum Nachweis seiner Zuverlässigkeit ergreift. Wurde [ein] Ausschlusszeitraum nicht durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidung festgelegt, so darf dieser Zeitraum in den in Absatz 1 genannten Fällen fünf Jahre ab dem Tag der rechtskräftigen Verurteilung und in den in Absatz 4 genannten Fällen drei Jahre ab dem betreffenden Ereignis nicht überschreiten.“

5 Art. 71 („Vergabe von Unteraufträgen“) dieser Richtlinie sieht vor:

„…

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

…

(5) Im Fall von Bauaufträgen und in Bezug auf Dienstleistungen, die in einer Einrichtung des öffentlichen Auftraggebers unter dessen direkter Aufsicht zu erbringen sind, schreibt der öffentliche Auftraggeber vor, dass der Hauptauftragnehmer ihm nach der Vergabe des Auftrags und spätestens zum Zeitpunkt des Beginns der Auftragsausführung den Namen, die Kontaktdaten und die gesetzlichen Vertreter seiner Unterauftragnehmer, die an diesen Bau- oder Dienstleistungen beteiligt

sind, mitteilt, soweit sie zu diesem Zeitpunkt bekannt sind. Der öffentliche Auftraggeber schreibt vor, dass der Hauptauftragnehmer ihm alle Änderungen dieser Angaben während der Dauer des Auftrags sowie die erforderlichen Informationen in Bezug auf alle neuen Unterauftragnehmer, die in der Folge an diesen Bau-oder Dienstleistungen beteiligt werden, mitteilt.

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

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

Unterabsatz 1 gilt nicht für Lieferanten.

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

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

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

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

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

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

…“

Durchführungsverordnung (EU) 2016/7

6 Der Durchführungsverordnung (EU) 2016/7 der Kommission vom 5. Januar 2016 zur Einführung des Standardformulars für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung (ABl. 2016, L 3, S. 16) ist ein Anhang 2 mit dem Titel „Standardformular für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE)“ beigefügt. In Teil III („Ausschlussgründe“) dieses Anhangs sind die Durchführungsbestimmungen zu Art. 57 der Richtlinie 2014/24 festgelegt.

Rumänisches Recht

7 Art. 167 Abs. 1 der Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (Gesetz Nr. 98/2016 über das öffentliche Auftragswesen) vom 19. Mai 2016 (*Monitorul Oficial al României*, Teil I, Nr. 390 vom 23. Mai 2016) bestimmt:

„(1) Der öffentliche Auftraggeber schließt jeden Wirtschaftsteilnehmer von dem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags/einer Rahmenvereinbarung aus, der sich in einer der folgenden Situationen befindet:

…

g) der Wirtschaftsteilnehmer hat in schwerwiegender Weise oder wiederholt wesentliche vertragliche Pflichten im Rahmen eines früheren öffentlichen Auftrags, eines sektorspezifischen Auftrags oder eines früheren Konzessionsvertrags verletzt[,] und diese Pflichtverletzung hat die vorzeitige Beendigung dieses früheren Auftrags, Schadensersatz oder andere vergleichbare Sanktionen nach sich gezogen;

h) der Wirtschaftsteilnehmer hat sich bei seinen auf Verlangen des öffentlichen Auftraggebers gelieferten Auskünften zur Überprüfung des Fehlens von Ausschlussgründen und der Einhaltung der Eignungs- und Auswahlkriterien einer Täuschung schuldig gemacht, hat derartige Auskünfte zurückgehalten oder ist nicht in der Lage, die erforderlichen zusätzlichen Unterlagen einzureichen;
…

…

(8) Als schwerwiegende Verletzung der vertraglichen Pflichten im Sinne von Abs. 1 Buchst. g gelten beispielsweise die Nichtausführung des Auftrags oder die Lieferung/Erbringung/Ausführung von Waren/Dienstleistungen/Arbeiten, die erhebliche Mängel aufweisen, wegen deren sie sich nicht für die im Vertrag vorgesehene Verwendung eignen.“

8 Art. 171 dieses Gesetzes sieht vor:

„(1) Jeder Wirtschaftsteilnehmer, der sich in einer der in den Art. 164 und 167 vorgesehenen Situationen befindet, die zu einem Ausschluss vom Vergabeverfahren führen, kann Nachweise dafür erbringen, dass die Maßnahmen, die er ergriffen hat, ausreichen, um seine Glaubwürdigkeit trotz der Ausschlussgründe konkret nachzuweisen.

(2) Befindet der öffentliche Auftraggeber, dass die vom Wirtschaftsteilnehmer gemäß Abs. 1 vorgelegten Nachweise für den konkreten Nachweis der Glaubwürdigkeit ausreichen, schließt er den Wirtschaftsteilnehmer nicht von dem Vergabeverfahren aus.

(3) Die Nachweise, die der Wirtschaftsteilnehmer, der sich in einer der in den Art. 164 und 167 genannten Situationen befindet, dem öffentlichen Auftraggeber gemäß Abs. 1 vorlegen kann, betreffen den Umstand, dass er Entschädigungen für jeglichen durch eine Straftat oder eine andere rechtswidrige Handlung verursachten Schaden gezahlt hat oder sich zur Zahlung solcher Entschädigungen verpflichtet hat, dass er die Tatsachen und Umstände, unter denen die Straftat oder die andere rechtswidrige Handlung begangen wurde, umfassend durch eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden geklärt sowie konkrete und geeignete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen ergriffen hat, wie z. B. die Lösung aller Verbindungen zu Personen und Organisationen, die an dem Fehlverhalten beteiligt waren, Personalreorganisationsmaßnahmen, die Einführung von Kontroll- und Berichtssystemen, die Schaffung einer internen Audit-Struktur zur

Überwachung der Einhaltung von Rechtsvorschriften und anderen Normen oder die Einführung interner Haftungs- und Entschädigungsregelungen, um die Begehung weiterer Straftaten oder anderer rechtswidriger Handlungen zu verhindern. …“

Ausgangsrechtsstreit und Vorlagefrage

9 Mit Entscheidung vom 3. Oktober 2014 vergab die Gemeinde Râmnicu Vâlcea (Rumänien) (im Folgenden: Gemeinde) an eine Bietergemeinschaft unter der Führung von Delta (im Folgenden: Bietergemeinschaft 1) einen Bauauftrag zur Sanierung und Modernisierung einer Freizeiteinrichtung (im Folgenden: erster Auftrag).

10 Am 7. Juni 2017 beendete die Gemeinde diesen Auftrag vorzeitig. Sie führte zur Begründung an, dass die Bietergemeinschaft 1 einen Unterauftragnehmer eingesetzt habe, ohne dass sie dem zuvor zugestimmt habe.

11 Am 25. Juli 2017 veröffentlichte die Gemeinde auf der Online-Plattform „Elektronisches Vergabesystem“ (im Folgenden: EVS-Plattform) eine Feststellung (im Folgenden: Feststellung), in der sie angab, dass der Auftrag aufgrund eines Fehlverhaltens der Bietergemeinschaft 1 vorzeitig beendet worden sei und ihr durch die vorzeitige Beendigung ein geschätzter Schaden von 2 345 299,70 rumänischen Lei (RON) (etwa 521 000 Euro) entstanden sei.

12 Mit Bekanntmachung vom 27. Juli 2017 eröffnete die CNAIR ein offenes Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge über Bauleistungen zur Erweiterung einer Nationalstraße. Es sollte ein Rahmenvertrag über 210 627 629 RON (etwa 46 806 140 Euro) für die Dauer von 84 Monaten geschlossen werden.

13 In diesem Verfahren gab die Bietergemeinschaft aus Delta, der Aleandri SpA und der Luca Way Srl (im Folgenden: Bietergemeinschaft 2) ein Angebot ab.

14 Als der Bewertungsausschuss der CNAIR die EVS-Plattform zu jedem Bieter befragte, stieß er auf die Feststellung und erbat von der Gemeinde und von Delta Erläuterungen dazu.

15 Delta antwortete, dass die Feststellung, selbst wenn sie die Realität wiedergäbe, nicht belege, dass sie ihre Vertragspflichten wiederholt in schwerwiegender Weise verletzt habe. Außerdem habe sie zwei Klagen vor den rumänischen Gerichten erhoben, die derzeit anhängig seien und die gegen die Feststellung bzw. gegen die Entscheidung über die vorzeitige Beendigung des ersten Auftrags gerichtet seien.

16 Die Gemeinde wies ihrerseits darauf hin, dass die vorzeitige Beendigung des ersten Auftrags dadurch gerechtfertigt gewesen sei, dass während der Laufzeit des Vertrags wesentliche Teile der Arbeiten ohne ihre vorherige Zustimmung an Unterauftragnehmer vergeben worden seien.

17 Aus diesen Antworten schloss der Bewertungsausschuss der CNAIR, dass Delta nicht nachgewiesen habe, dass die Feststellung ausgesetzt oder für nichtig erklärt worden sei. Da die Bietergemeinschaft 2 in der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung angegeben habe, dass in Bezug auf sie kein Ausschlussgrund wegen einer schweren Verfehlung im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit vorliege und dass sie sich nicht in einer Situation befinde, in der ein früherer Auftrag vorzeitig beendet worden sei oder ihr Schadensersatz oder andere vergleichbare Sanktionen im Zusammenhang mit einem früheren Auftrag auferlegt worden seien, falle das Angebot der Bietergemeinschaft 2 unter Art. 167 Abs. 1 Buchst. g des Gesetzes Nr. 98/2016. Die CNAIR schloss das Angebot der Bietergemeinschaft 2 deshalb mit Entscheidung vom 18. Dezember 2017 aus (im Folgenden: Ausschlussentscheidung).

18 Daher beantragte Delta bei der CNAIR, den von ihr geltend gemachten Verstößen gegen die Rechtsvorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe durch Rücknahme der Ausschlussentscheidung und Neubewertung der Unterlagen und des Angebots der Bietergemeinschaft 2 abzuhelfen.

19 Der Vorlageentscheidung ist zu entnehmen, dass die CNAIR auf diesen Antrag nicht antwortete.

20 Delta legte am 8. Januar 2018 beim Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Nationaler Rat für Beschwerdeentscheidungen, Rumänien, im Folgenden: CNSC) eine Beschwerde ein, die mit Entscheidung vom 2. Februar 2018 zurückgewiesen wurde. In dieser Entscheidung erklärte sich der CNSC für die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Feststellung und für die Beurteilung eines etwaigen Fehlverhaltens bei der Ausführung des ersten Auftrags für unzuständig. Solange die Feststellung nicht durch ein rechtskräftiges Urteil für nichtig erklärt worden sei, werde ihre Rechtmäßigkeit vermutet, so dass sie belege, dass die vertraglichen Pflichten aus dem ersten Auftrag in schwerwiegender Weise verletzt worden seien. Außerdem habe sich der öffentliche Auftraggeber für den Ausschluss der Bietergemeinschaft 2 nicht nur auf die Feststellung gestützt. Vielmehr habe er sich um die Klärung der sich aus der Feststellung ergebenden Umstände bemüht und seiner Entscheidung die Ausführungen der Parteien des Ausgangsverfahrens zugrunde gelegt. Zudem habe die Bietergemeinschaft 2 die Rechtswidrigkeit der Feststellung nur behauptet, ohne gemäß Art. 171 des Gesetzes Nr. 98/2016 Nachweise für ihre Glaubwürdigkeit im Hinblick auf die Ausschlussgründe zu liefern.

21 Mit dem Ziel, die Nichtigerklärung der Entscheidung des CNSC vom 2. Februar 2018 zu erreichen, verklagte Delta am 16. Februar 2018 die CNAIR vor der Curtea de Apel București (Berufungsgericht Bukarest, Rumänien).

22 Delta ist der Auffassung, die CNAIR sei nicht berechtigt, sie vom Verfahren zur Vergabe von Bauleistungen zur Erweiterung einer Nationalstraße auf der Grundlage der in Rn. 10 des vorliegenden Urteils genannten Ausschlussentscheidung auszuschließen. Die vorzeitige Beendigung des ersten Auftrags mit der Begründung, dass ein Teil der Arbeiten ohne die vorherige Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers an einen Unterauftragnehmer vergeben worden sei, stelle eine kleinere Unregelmäßigkeit und keine Verletzung einer Hauptpflicht aus dem Auftrag dar. Eine solche Unregelmäßigkeit könne daher gemäß dem 101. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24 nur in Ausnahmefällen zum Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers führen. Sie beruft sich hierfür auf Rn. 30 des Urteils vom 13. Dezember 2012, Forposta und ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801), der zu entnehmen sei, dass sich der Begriff der schweren Verfehlung auf ein Verhalten des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers beziehe, das bei ihm auf Vorsatz oder auf eine Fahrlässigkeit von gewisser Schwere schließen lasse.

23 Nachdem die Curtea de Apel București (Berufungsgericht Bukarest) festgestellt hat, dass der Gerichtshof noch keine Gelegenheit hatte, Art. 57 Abs. 4 Buchst. g der Richtlinie 2014/24 auszulegen, hat sie beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

Ist Art. 57 Abs. 4 Buchst. g der Richtlinie 2014/24 dahin auszulegen, dass die vorzeitige Beendigung eines öffentlichen Auftrags mit der Begründung, dass ein Teil der Arbeiten ohne Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers an einen Unterauftragnehmer vergeben worden sein soll, einen erheblichen oder dauerhaften Mangel bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen eines früheren öffentlichen Auftrags darstellt, der zum Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren führt?

Zur Vorlagefrage

24 Mit seiner Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 57 Abs. 4 Buchst. g der Richtlinie 2014/24 dahin auszulegen ist, dass die Vergabe eines Unterauftrags für einen Teil der Arbeiten im Rahmen eines früheren öffentlichen Auftrags durch einen Wirtschaftsteilnehmer, die ohne Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers entschieden wurde und zur vorzeitigen Beendigung des Auftrags führte, im Sinne dieser Bestimmung einen erheblichen oder dauerhaften Mangel bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen dieses Auftrags darstellt und den Ausschluss des Wirtschaftsteilnehmers von der Teilnahme an einem späteren Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags rechtfertigt.

25 Wie sich aus dem Wortlaut von Art. 57 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 ergibt, wollte der Unionsgesetzgeber dem öffentlichen Auftraggeber – und nur ihm – im Stadium der Bieterauswahl die Aufgabe übertragen, zu beurteilen, ob ein Bewerber oder ein Bieter von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags auszuschließen ist (Urteil vom 19. Juni 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507 , Rn. 34).

26 Diese Befugnis jedes öffentlichen Auftraggebers, einen Bieter von einem Vergabeverfahren auszuschließen, soll ihm insbesondere die Möglichkeit geben, die Integrität und Zuverlässigkeit jedes einzelnen Bieters zu beurteilen. Insbesondere stützt sich der in Art. 57 Abs. 4 Buchst. g der Richtlinie 2014/24 in Verbindung mit dem 101. Erwägungsgrund der Richtlinie genannte fakultative Ausschlussgrund auf eine wesentliche Komponente der Beziehung zwischen dem Zuschlagsempfänger und dem öffentlichen Auftraggeber, nämlich die Zuverlässigkeit des Zuschlagsempfängers, auf die sich das Vertrauen stützt, das der öffentliche Auftraggeber in ihn legt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 19. Juni 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, Rn. 29 und 30).

27 Der Aufbau eines Vertrauensverhältnisses zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Zuschlagsempfänger setzt somit voraus, dass der öffentliche Auftraggeber nicht automatisch an die von einem anderen öffentlichen Auftraggeber im Rahmen eines früheren öffentlichen Auftrags vorgenommene Beurteilung gebunden ist, damit er bei der Anwendung der fakultativen Ausschlussgründe insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung tragen kann (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 19. Juni 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, Rn. 30 und 32). Dieser Grundsatz verlangt nämlich, dass der öffentliche Auftraggeber den Sachverhalt selbst prüft und beurteilt. Wie der Generalanwalt in Nr. 32 seiner Schlussanträge insoweit ausgeführt hat, ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 57 Abs. 4 Buchst. g der Richtlinie 2014/24, dass die Unregelmäßigkeit, die der Bieter begangen hat, schwerwiegend genug gewesen sein muss, um die vorzeitige Beendigung des Auftrags unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit zu rechtfertigen.

28 Ein öffentlicher Auftraggeber kann somit aus der Entscheidung eines anderen öffentlichen Auftraggebers, einen früheren öffentlichen Auftrag mit der Begründung vorzeitig zu beenden, dass der Zuschlagsempfänger einen Teil der Arbeiten ohne seine vorherige Zustimmung an einen Unterauftragnehmer vergeben habe, nicht automatisch ableiten, dass der Zuschlagsempfänger erhebliche oder dauerhafte Mängel bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen dieses Auftrags im Sinne von Art. 57 Abs. 4 Buchst. g der Richtlinie 2014/24 hat erkennen lassen.

29 Dem öffentlichen Auftraggeber obliegt es nämlich, das Verhalten des Wirtschaftsteilnehmers, dessen früherer öffentlicher Auftrag vorzeitig beendet wurde, selbst zu bewerten. Insoweit hat er auf der Grundlage aller relevanten Umstände – insbesondere der Entscheidung über die vorzeitige Beendigung – und unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sorgfältig und unparteiisch zu prüfen, ob dieser Wirtschaftsteilnehmer aus seiner Sicht bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen dieses Auftrags für erhebliche oder dauerhafte Mängel verantwortlich ist, die das Vertrauensverhältnis zu dem betreffenden Wirtschaftsteilnehmer zerstören können.

30 Unter den Umständen des Ausgangsverfahrens hat die CNAIR u. a. zu klären, ob aus ihrer Sicht die Einsetzung eines Unterauftragnehmers durch die Bietergemeinschaft 1, ohne zuvor die Zustimmung der Gemeinde eingeholt zu haben, einen erheblichen Mangel darstellte und, wenn ja, ob dieser Mangel die Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen des ersten Auftrags beeinträchtigte.

31 Zu diesem Zweck muss die CNAIR die Bedeutung des Teils des ersten Auftrags beurteilen, der an einen Unterauftragnehmer vergeben wurde, und, wie der Generalanwalt in Nr. 45 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, klären, ob sich der Einsatz des Unterauftragnehmers negativ auf die Ausführung des Auftrags ausgewirkt hat.

32 Sie hat ferner zu prüfen, ob in dem Vertrag über diesen Auftrag eine Verpflichtung zur persönlichen Ausführung durch den Zuschlagsempfänger selbst vorgesehen war oder ob darin der Einsatz eines Unterauftragnehmers von der Einholung einer vorherigen Zustimmung der Gemeinde abhängig gemacht wurde, denn solche Erfordernisse sind mit Art. 71 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24 vereinbar, wie der Generalanwalt in Nr. 39 seiner Schlussanträge im Wesentlichen ausgeführt hat. Aus dieser Bestimmung ergibt sich nämlich, dass der öffentliche Auftraggeber „[i]n den Auftragsunterlagen … den Bieter auffordern [kann] oder von einem Mitgliedstaat verpflichtet werden [kann], den Bieter aufzufordern, in seinem Angebot den Anteil des Auftrags, den er gegebenenfalls im Wege von Unteraufträgen an Dritte zu vergeben gedenkt, sowie die gegebenenfalls vorgeschlagenen Unterauftragnehmer anzugeben“. Wie der Generalanwalt in Nr. 38 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, kann der öffentliche Auftraggeber nur anhand dieser Information bewerten, ob der Unterauftragnehmer zuverlässig ist. Das Ersuchen um vorherige Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers soll es diesem insbesondere ermöglichen, sich zu vergewissern, dass kein Grund für den Ausschluss des Unterauftragnehmers vorliegt, den der Zuschlagsempfänger einsetzen möchte.

33 Die CNAIR hat zudem zu prüfen, ob der Einsatz eines Unterauftragnehmers nicht eine wesentliche Änderung des Angebots des Zuschlagsempfängers darstellen kann (vgl. entsprechend Urteil vom 13. April 2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, Rn. 39), und zwar in dem Sinne, dass damit Bedingungen eingeführt werden, die die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots erlaubt hätten, wenn sie Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen wären (Urteile vom 13. April 2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, Rn. 38, und vom 19. Juni 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, Rn. 35).

34 Darüber hinaus obliegt es der CNAIR, zu beurteilen, ob die Bietergemeinschaft 2 nicht dadurch ein unter Art. 57 Abs. 4 Buchst. h der Richtlinie 2014/24 fallendes Verhalten gezeigt hat, dass sie sie nicht über die vorzeitige Beendigung des ersten Auftrags informiert hat. Wie der Generalanwalt in Nr. 53 seiner Schlussanträge im Wesentlichen ausgeführt hat, erfasst diese Bestimmung nämlich sowohl ein aktives Tun, wie z. B. ein Verfälschen, als auch ein Unterlassen, da die Übermittlung falscher Informationen ebenso wie das Verbergen zutreffender Informationen für die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers von Bedeutung sein kann.

35 Diese Auslegung wird im Übrigen durch Art. 57 Abs. 5 Unterabs. 2 der Richtlinie 2014/24 bestätigt, wonach „[z]u jedem Zeitpunkt des Verfahrens … die öffentlichen Auftraggeber einen Wirtschaftsteilnehmer ausschließen [können] oder von den Mitgliedstaaten zum Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers verpflichtet werden [können], wenn sich herausstellt, dass sich der Wirtschaftsteilnehmer in Bezug auf Handlungen oder Unterlassungen vor oder während des Verfahrens in einer der in Absatz 4 genannten Situationen befindet“.

36 Da im vorliegenden Fall die vorzeitige Beendigung des ersten Auftrags förmlich festgestellt wurde, oblag es der Bietergemeinschaft 2, gemäß den Erfordernissen der Transparenz und der Loyalität den öffentlichen Auftraggeber über ihre Situation zu informieren. Sie hätte also von vornherein alle Informationen zur Verfügung stellen müssen, die hätten belegen können, dass die Einstufung als Unterauftragsvergabe falsch war, so dass sie ihre Verpflichtungen im Rahmen des ersten Auftrags

nicht verletzt hatte, oder dass die unterlassene Einholung der Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers im Rahmen des früheren öffentlichen Auftrags nur eine geringfügige Unregelmäßigkeit darstellte. Solche Klarstellungen hätten insbesondere im der Durchführungsverordnung 2016/7 als Anhang beigefügten Standardformular für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung erfolgen können. Teil III („Ausschlussgründe“) dieses Formulars enthält einen Abschnitt C („Gründe im Zusammenhang mit Insolvenz, Interessenkonflikten oder beruflichem Fehlverhalten“). In diesem Abschnitt C müssen die Bewerber u. a. die Frage beantworten, ob sie eine schwere Verfehlung begangen haben und, falls ja, dies näher ausführen.

37 Schließlich muss der öffentliche Auftraggeber, wenn er zu dem Ergebnis kommt, dass die Voraussetzungen von Art. 57 Abs. 4 Buchst. g oder h der Richtlinie 2014/24 erfüllt sind, um den Vorgaben von Art. 57 Abs. 6 in Verbindung mit dem 102. Erwägungsgrund dieser Richtlinie zu genügen, dem betreffenden Wirtschaftsteilnehmer die Möglichkeit geben, nachzuweisen, dass die von ihm getroffenen Abhilfemaßnahmen ausreichen, um die Wiederholung der Unregelmäßigkeit, die zur vorzeitigen Beendigung des früheren öffentlichen Auftrags geführt hat, zu vermeiden, und dass sie daher trotz des Vorliegens eines einschlägigen fakultativen Ausschlussgrundes seine Zuverlässigkeit belegen können.

38 Somit ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 57 Abs. 4 Buchst. g der Richtlinie 2014/24 dahin auszulegen ist, dass die Vergabe eines Unterauftrags für einen Teil der Arbeiten im Rahmen eines früheren öffentlichen Auftrags durch einen Wirtschaftsteilnehmer, die ohne Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers entschieden wurde und zur vorzeitigen Beendigung des Auftrags führte, im Sinne dieser Bestimmung einen erheblichen oder dauerhaften Mangel bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen dieses Auftrags darstellt und daher den Ausschluss des Wirtschaftsteilnehmers von der Teilnahme an einem späteren Vergabeverfahren rechtfertigt, wenn der dieses spätere Vergabeverfahren organisierende öffentliche Auftraggeber, nachdem er selbst die Integrität und Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers, dessen vorheriger öffentlicher Auftrag vorzeitig beendet wurde, bewertet hat, der Auffassung ist, dass eine solche Unterauftragsvergabe das Vertrauensverhältnis zu diesem Wirtschaftsteilnehmer zerstört. Bevor er einen solchen Ausschluss ausspricht, muss der öffentliche Auftraggeber dem Wirtschaftsteilnehmer jedoch gemäß Art. 57 Abs. 6 in Verbindung mit dem 102. Erwägungsgrund der genannten Richtlinie die Möglichkeit geben, die Abhilfemaßnahmen zu benennen, die er infolge der vorzeitigen Beendigung des früheren öffentlichen Auftrags ergriffen hat.

Kosten

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

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

Art. 57 Abs. 4 Buchst. g der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG ist dahin auszulegen, dass die Vergabe eines Unterauftrags für einen Teil der Arbeiten im Rahmen eines früheren öffentlichen Auftrags durch einen Wirtschaftsteilnehmer, die ohne Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers entschieden wurde und zur vorzeitigen Beendigung des Auftrags führte, im Sinne dieser Bestimmung einen erheblichen oder dauerhaften Mangel bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen dieses Auftrags darstellt und daher den Ausschluss des Wirtschaftsteilnehmers von der Teilnahme an einem späteren Vergabeverfahren rechtfertigt, wenn der dieses spätere Vergabeverfahren organisierende öffentliche Auftraggeber, nachdem er selbst die Integrität und Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers, dessen vorheriger öffentlicher Auftrag vorzeitig beendet wurde, bewertet

hat, der Auffassung ist, dass eine solche Unterauftragsvergabe das Vertrauensverhältnis zu diesem Wirtschaftsteilnehmer zerstört. Bevor er einen solchen Ausschluss ausspricht, muss der öffentliche Auftraggeber dem Wirtschaftsteilnehmer jedoch gemäß Art. 57 Abs. 6 in Verbindung mit dem 102. Erwägungsgrund der genannten Richtlinie die Möglichkeit geben, die Abhilfemaßnahmen zu benennen, die er infolge der vorzeitigen Beendigung des früheren öffentlichen Auftrags ergriffen hat.

Unterschriften