Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Zehnte Kammer)

6. November 2014*

„Öffentliche Aufträge — Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz — Richtlinie 2004/18/EG — Gründe für einen Ausschluss von der Teilnahme — Art. 45 — Persönliche Lage des Bewerbers bzw. Bieters — Obligatorische Erklärung über die Person, die als ‚technischer Leiter' bezeichnet wird — Fehlen der Erklärung im Angebot — Ausschluss vom Vergabeverfahren ohne Möglichkeit einer Behebung dieses Mangels"

In der Rechtssache C-42/13

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht vom Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italien) mit Entscheidung vom 5. Dezember 2012, beim Gerichtshof eingegangen am 28. Januar 2013, in dem Verfahren

Cartiera dell'Adda SpA

gegen

CEM Ambiente SpA

erlässt

DER GERICHTSHOF (Zehnte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten C. Vajda (Berichterstatter) sowie der Richter E. Juhász und D. Šváby,

Generalanwalt: P. Cruz Villalón,

Kanzler: L. Carrasco Marco, Verwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 15. Mai 2014,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

— der Cartiera dell'Adda SpA, vertreten durch S. Soncini, avvocato,

— der CEM Ambiente SpA, vertreten durch E. Robaldo, P. Ferraris und F. Caliandro, avvocati,

— der italienischen Regierung, vertreten durch G. Palmieri als Bevollmächtigte im Beistand von S. Varone, avvocato dello Stato,

* Verfahrenssprache: Italienisch.

— der Europäischen Kommission, vertreten durch L. Pignataro-Nolin und A. Tokár als Bevollmächtigte,

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

folgendes

Urteil

1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 45 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. L 134, S. 114) in der durch die Verordnung (EG) Nr. 1177/2009 der Kommission vom 30. November 2009 (ABl. L 314, S. 64) geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 2004/18).

2 Es ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Cartiera dell'Adda SpA (im Folgenden: Cartiera dell'Adda) und der CEM Ambiente SpA (im Folgenden: CEM Ambiente) wegen der Entscheidung der CEM Ambiente als öffentlicher Auftraggeberin, den in der Entstehung begriffenen vorübergehenden Zusammenschluss von Unternehmen (im Folgenden: VZU), der aus der Cartiera dell'Adda und der Cartiera di Cologno Monzese SpA (im Folgenden: CCM) besteht, wobei Letztere als Auftraggeberin des VZU auftritt, von einem Auswahlverfahren auszuschließen, weil nicht zusammen mit dem Angebot des VZU eine Erklärung über die als „technischer Leiter" der CCM bezeichnete Person eingereicht wurde.

Rechtlicher Rahmen

Unionsrecht

3 In Art. 1 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie 2004/18 wird der Begriff „öffentliche Dienstleistungsaufträge" für die Zwecke dieser Richtlinie definiert als öffentliche Aufträge über die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Anhang II dieser Richtlinie, die keine öffentlichen Bau- oder Lieferaufträge sind. In Nr. 16 des Anhangs II Teil A dieser Richtlinie sind „Abfall- und Abwasserbeseitigung, sanitäre und ähnliche Dienstleistungen" aufgeführt.

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

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

5 Art. 45 („Persönliche Lage des Bewerbers bzw. Bieters") der Richtlinie 2004/18 bestimmt in seinen Abs. 1 und 3:

„(1) Ein Bewerber oder Bieter ist von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren auszuschließen, wenn der öffentliche Auftraggeber Kenntnis davon hat, dass dieser Bewerber oder Bieter aus einem der nachfolgenden Gründe rechtskräftig verurteilt worden ist:

…

Die Mitgliedstaaten legen im Einklang mit ihren nationalen Rechtsvorschriften und unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts die Bedingungen für die Anwendung dieses Absatzes fest.

Sie können Ausnahmen von der in Unterabsatz 1 genannten Verpflichtung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zulassen.

Zum Zwecke der Anwendung dieses Absatzes verlangen die öffentlichen Auftraggeber gegebenenfalls von den Bewerbern oder Bietern die Vorlage der in Absatz 3 genannten Unterlagen, und sie können die nach ihrem Ermessen erforderlichen Informationen über die persönliche Lage dieser Bewerber oder Bieter bei den zuständigen Behörden einholen, wenn sie Bedenken in Bezug auf die persönliche Lage dieser Bewerber oder Bieter haben. Betreffen die Informationen einen Bewerber oder Bieter, der in einem anderen Staat als der öffentliche Auftraggeber ansässig ist, so kann dieser die zuständigen Behörden um Mitarbeit ersuchen. Nach Maßgabe des nationalen Rechts des Mitgliedstaats, in dem der Bewerber oder Bieter ansässig ist, betreffen diese Ersuchen juristische und/oder natürliche Personen, gegebenenfalls auch die jeweiligen Unternehmensleiter oder jede andere Person, die befugt ist, den Bewerber oder Bieter zu vertreten, in seinem Namen Entscheidungen zu treffen oder ihn zu kontrollieren.

…

(3) Als ausreichenden Nachweis dafür, dass die in Absatz 1 und Absatz 2 Buchstaben a, b, c, e oder f genannten Fälle auf den Wirtschaftsteilnehmer nicht zutreffen, akzeptiert der öffentliche Auftraggeber

a) im Fall von Absatz 1 und Absatz 2 Buchstaben a, b und c einen Auszug aus dem Strafregister oder – in Ermangelung eines solchen – eine gleichwertige Urkunde einer zuständigen Gerichts- oder Verwaltungsbehörde des Ursprungs- oder Herkunftslands, aus der hervorgeht, dass diese Anforderungen erfüllt sind;

…

Wird eine Urkunde oder Bescheinigung von dem betreffenden Land nicht ausgestellt oder werden darin nicht alle in Absatz 1 und Absatz 2 Buchstaben a, b oder c vorgesehenen Fälle erwähnt, so kann sie durch eine eidesstattliche Erklärung oder in den Mitgliedstaaten, in denen es keine eidesstattliche Erklärung gibt, durch eine förmliche Erklärung ersetzt werden, die der betreffende Wirtschaftsteilnehmer vor einer zuständigen Gerichts- oder Verwaltungsbehörde, einem Notar oder einer dafür qualifizierten Berufsorganisation des Ursprungs- oder Herkunftslands abgibt."

6 Art. 51 („Zusätzliche Unterlagen und Auskünfte") der genannten Richtlinie sieht vor:

„Der öffentliche Auftraggeber kann Wirtschaftsteilnehmer auffordern, die in Anwendung der Artikel 45 bis 50 vorgelegten Bescheinigungen und Dokumente zu vervollständigen oder zu erläutern."

Italienisches Recht

7 Art. 38 Abs. 1 und 2 des Decreto Legislativo Nr. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (Decreto Legislativo Nr. 163 – Gesetzbuch über öffentliche Bau-, Dienstleistungs- und Lieferaufträge zur Umsetzung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG) vom 12. April 2006 (GURI Nr. 100 vom 2. Mai 2006, Supplemento ordinario, im Folgenden: Decreto Legislativo Nr. 163/2006) bestimmt:

„1. Von der Teilnahme an Verfahren zur Vergabe von Konzessionen und Aufträgen für die Erbringung von Bauarbeiten, Lieferungen und Dienstleistungen sind die Personen ausgeschlossen und können auch weder Unteraufträge erhalten noch die damit zusammenhängenden Verträge abschließen,

…

b) gegen die ein Verfahren wegen einer der Präventivmaßnahmen nach Art. 3 des Gesetzes Nr. 1423 vom 27. Dezember 1956 oder eines der Hinderungsgründe nach Art. 10 des Gesetzes Nr. 575 vom 31. März 1965 anhängig ist; der Ausschluss und das Verbot finden Anwendung, wenn das anhängige Verfahren im Fall eines Einzelunternehmens den Inhaber oder den technischen Leiter betrifft; …

c) gegen die wegen schwerer Straftaten zum Schaden des Staates oder der Gemeinschaft, die die berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellen, ein rechtskräftiges Strafurteil ergangen ist, ein unwiderruflich gewordener Strafbefehl erlassen wurde oder ein Strafzumessungsurteil auf Antrag im Sinne von Art. 444 der Strafprozessordnung ergangen ist; ein Grund für den Ausschluss ist auf jeden Fall die rechtskräftige Verurteilung wegen einer oder mehrerer Straftaten der Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung, der Bestechung, des Betrugs oder der Geldwäsche, wie sie in den in Art. 45 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18/EG angeführten Rechtsakten der Gemeinschaft definiert sind; der Ausschluss und das Verbot finden Anwendung, wenn das Urteil oder der Strafbefehl im Fall eines Einzelunternehmens den Inhaber oder den technischen Leiter betrifft; …

…

2. Der Bewerber oder der Bieter bescheinigt, dass er die Anforderungen erfüllt, indem er eine Ersatzerklärung gemäß den Vorgaben des im Decreto del Presidente della Repubblica Nr. 445 vom 28. Dezember 2000 enthaltenen vereinheitlichten Textes der Gesetze und Verordnungen betreffend administrative Unterlagen vorlegt; er hat in dieser Erklärung alle ihm gegenüber ergangenen strafrechtlichen Verurteilungen anzugeben, einschließlich derjenigen, die nicht ins Strafregister eingetragen wurden …"

8 Art. 46 Abs. 1 des Decreto Legislativo Nr. 163/2006 bestimmt:

„Innerhalb der in den Art. 38 bis 45 vorgesehenen Grenzen fordern die öffentlichen Auftraggeber erforderlichenfalls die Bewerber auf, die vorgelegten Bescheinigungen, Unterlagen und Erklärungen zu vervollständigen oder ihren Inhalt zu erläutern."

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

9 Aus dem Vorlagebeschluss ergibt sich, dass die CEM Ambiente durch eine öffentliche Bekanntmachung ein Vergabeverfahren einleitete, um einen Vertrag über die Abgabe von Papier und Pappkarton aus der getrennten Sammlung fester städtischer Abfälle für den Zeitraum vom 1. April 2011 bis zum 31. März 2014 zu schließen. Dieser Vertrag sollte mit demjenigen Bieter geschlossen werden, der den höchsten Preis für die Übernahme der angegebenen Mengen dieser Materialien nach den im Lastenheft dieses Verfahrens detailliert aufgeführten Modalitäten böte.

10 Es ist darauf hinzuweisen, dass dieses Lastenheft, von dem sich eine Kopie in der dem Gerichtshof vorgelegten Akte befindet, in Art. 8 eine Reihe von Gründen für den Ausschluss von der Teilnahme am Vergabeverfahren vorsieht. Einer dieser Gründe besteht darin, dass eines der Dokumente und/oder einer der Ersatzerklärungen, mit denen nachgewiesen werden soll, dass die allgemeinen und besonderen Anforderungen erfüllt wurden, unvollständig ist oder nicht den Vorgaben entspricht; ausgenommen sind die Fälle rein formaler Unregelmäßigkeiten, die geheilt werden können und für die Beurteilung des Angebots nicht entscheidend sind.

11 Mit Entscheidung vom 21. Dezember 2010 schloss die CEM Ambiente den VZU von dem genannten Vergabeverfahren mit der Begründung aus, dass sein Angebot keine Erklärung über Herrn Galbiati, der als technischer Leiter der CCM bezeichnet worden sei, enthalte, die gemäß Art. 38 des Decreto Legislativo Nr. 163/2006 bescheinige, dass gegen ihn kein Strafverfahren anhängig und kein

rechtskräftiges Strafurteil ergangen sei. Da der einzige andere Bieter ebenfalls von diesem Auswahlverfahren ausgeschlossen wurde, erklärte die CEM Ambiente das Verfahren für erfolglos und leitete ein neues Vergabeverfahren ein.

12 Nachdem die CCM von der Entscheidung, den VZU vom ersten Auswahlverfahren auszuschließen, Kenntnis erlangt hatte, übermittelte sie der CEM Ambiente eine Erklärung, in der sie klarstellte, dass bei Herrn Galbiati keiner der im genannten Artikel vorgesehenen Hinderungsgründe vorliege. Zu einem späteren Zeitpunkt wies sie ferner darauf hin, dass Herr Galbiati irrtümlich als technischer Leiter bezeichnet worden sei und tatsächlich nur ein nicht vertretungsbefugtes Mitglied des Verwaltungsrats der CCM sei. Folglich sei in Bezug auf ihn keine Erklärung gemäß Art. 38 des Decreto Legislativo Nr. 163/2006 erforderlich.

13 Da die CEM Ambiente auf diese Mitteilungen nicht antwortete, erhoben die Cartiera dell'Adda und die CCM beim vorlegenden Gericht eine Klage auf Nichtigerklärung der Entscheidung über den Ausschluss des VZU vom ersten Vergabeverfahren und Rücknahme der Bekanntmachung des neuen Verfahrens. Das Gericht gab dieser Klage mit Urteil vom 25. Mai 2011 statt, wies jedoch die Forderung auf Erteilung des Zuschlags für den Vertrag zurück.

14 Am 23. Juni 2011 legte die CEM Ambiente beim Consiglio di Stato ein Rechtsmittel gegen dieses Urteil ein. Am darauffolgenden Tag stellte die Cartiera dell'Adda beim vorlegenden Gericht einen Antrag auf Vollstreckung des genannten Urteils.

15 Mit Urteil vom 31. März 2012 gab der Consiglio di Stato dem Rechtsmittel der CEM Ambiente statt, da er der Ansicht war, dass die fehlende Vorlage einer Erklärung wie der in Rede stehenden den Ausschluss des bietenden Unternehmens vom Auswahlverfahren zur Folge haben müsse, zumindest wenn, wie im vorliegenden Fall, die *lex specialis* vorsehe, dass das Fehlen einer solchen Erklärung zum Ausschluss von diesem Verfahren führe. In dem betreffenden Verfahren sei es nicht um eine Verpflichtung zur Vervollständigung eines unvollständigen Dokuments oder zur Behebung des Mangels eines mit irgendeinem Mangel behafteten Dokuments gegangen, sondern einzig und allein um die Nichtvorlage einer obligatorischen Erklärung.

16 Im Rahmen des Verfahrens vor dem vorlegenden Gericht betreffend den Antrag auf Vollstreckung reichte die Cartiera dell'Adda am 26. Juni 2012 einen Schriftsatz ein, in dem sie zum einen vortrug, dass die Rechtskraft des genannten Urteils des Consiglio di Stato Art. 45 der Richtlinie 2004/18 zuwiderlaufe, und zum anderen beantragte, den Gerichtshof um eine Vorabentscheidung zu ersuchen.

17 Mit Beschluss vom 28. Juni 2012 entschied das vorlegende Gericht nach der Feststellung, dass bei ihm ferner eine Klage auf Schadensersatz wegen verspäteter Vollstreckung seines Urteils vom 25. Mai 2011 erhoben worden war, dass das Gerichtsverfahren nach den für das ordentliche Verfahren geltenden Regeln fortzusetzen sei. Der von der Cartiera dell'Adda geforderte Schadensersatz beläuft sich auf über 9 Mio. Euro.

18 Das vorlegende Gericht möchte im Wesentlichen wissen, ob das Unionsrecht der Auslegung einer nationalen Vorschrift, mit der Art. 45 der Richtlinie 2004/18 in innerstaatliches Recht umgesetzt werden soll, entgegensteht, nach der der öffentliche Auftraggeber verpflichtet ist, einen Bieter, der in seinem Teilnahmeantrag nicht erklärt hat, dass gegen die Person, die als sein technischer Leiter bezeichnet wird, weder ein Verfahren noch eine Verurteilung im Sinne dieser nationalen Vorschrift vorliegt, von einem Vergabeverfahren auszuschließen, selbst wenn dieser Bieter in der Lage sein sollte, zu beweisen, dass diese Person irrtümlicherweise als technischer Leiter bezeichnet wurde und jedenfalls die Voraussetzungen für die Vorlage der verlangten Erklärung erfüllt.

19 Im Rahmen seines Vorlagebeschlusses weist das vorlegende Gericht außerdem darauf hin, dass die in Art. 46 des Decreto Legislativo Nr. 163/2006 für den öffentlichen Auftraggeber vorgesehene Möglichkeit, im Laufe des Verfahrens die für erforderlich erachteten Erläuterungen oder Ergänzungen

zu verlangen, nur für die abschließend in dieser Vorschrift aufgeführten Fälle gelte, so dass dieser öffentliche Auftraggeber in den Fällen, in denen Erklärungen nicht vorgelegt worden seien, bei der Durchführung des Verfahrens nicht frei sei.

20 Im Übrigen führt das vorlegende Gericht unter Verweis insbesondere auf die Urteile Kühne & Heitz (C-453/00, EU:C:2004:17), Kapferer (C-234/04, EU:C:2006:178), Kempter (C-2/06, EU:C:2008:78) und Fallimento Olimpiclub (C-2/08, EU:C:2009:506) aus, dass eine rechtskräftig gewordene nationale Entscheidung, wie das Urteil des Consiglio di Stato vom 31. März 2012, insoweit unangewandt gelassen werden könne, als sie dem Unionsrecht zuwiderlaufe. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergebe sich jedoch, dass die Überprüfung der Voraussetzungen für die Teilnahme an Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge eine materielle Überprüfung sein müsse – d. h., dass zu überprüfen sei, ob die für die Teilnahme an diesen Verfahren vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt seien – und nicht nur eine Überprüfung der formalen Vollständigkeit der administrativen Dokumente, die in den fristgerecht eingereichten Angeboten enthalten seien. Abschließend möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 38 Abs. 1 Buchst. b und c des Decreto Legislativo Nr. 163/2006 mit Art. 45 der Richtlinie 2004/18 im Einklang steht.

21 Das Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia hat daher beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Verstößt die Auslegung gegen das Unionsrecht, nach der der öffentliche Auftraggeber, wenn ein an einem Ausschreibungsverfahren teilnehmendes Unternehmen in seinem Teilnahmeantrag nicht angegeben hat, dass gegen einen technischen Leiter des Unternehmens weder ein Verfahren noch eine Verurteilung nach Art. 38 Abs. 1 Buchst. b bzw. c des Decreto Legislativo Nr. 163/2006 stattgefunden hat, den Ausschluss dieses Unternehmens auch dann anordnen muss, wenn es in angemessener Weise nachgewiesen hat, dass die Bezeichnung als technischer Leiter aufgrund eines schlichten sachlichen Irrtums angegeben worden ist?

2. Verstößt die Auslegung gegen das Unionsrecht, nach der der öffentliche Auftraggeber, wenn ein an einem Ausschreibungsverfahren teilnehmendes Unternehmen in sachdienlicher und angemessener Weise nachgewiesen hat, dass gegen die Personen, die zu den Erklärungen im Sinne von Art. 38 Abs. 1 Buchst. b und c des Decreto Legislativo Nr. 163/2006 verpflichtet sind, weder ein Verfahren noch eine Verurteilung nach dieser Vorschrift stattgefunden hat, den Ausschluss dieses Unternehmens anordnen muss, weil es eine Vorschrift der *lex specialis* nicht eingehalten hat, mit der das öffentliche Ausschreibungsverfahren eingeleitet wurde?

22 Mit Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofs vom 18. Juli 2013 ist der Antrag des vorlegenden Gerichts, die vorliegende Rechtssache dem in Art. 105 Abs. 1 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs vorgesehenen beschleunigten Verfahren zu unterwerfen, abgelehnt worden.

Zu den Vorlagefragen

Zur Zulässigkeit

23 Die CEM Ambiente und die italienische Regierung weisen darauf hin, dass das Vorabentscheidungsersuchen im Rahmen einer Klage auf Vollstreckung eines Urteils des vorlegenden Gerichts – und einer Klage auf Schadensersatz wegen Verspätung dieser Vollstreckung – vorgelegt worden sei, das jedoch durch das rechtskräftig gewordene Urteil des Consiglio di Stato vom 31. März 2012 abgeändert worden sei. Das vorlegende Gericht könne daher im Rahmen der Prüfung der genannten Klagen nicht mehr die Frage der Rechtmäßigkeit der Entscheidung, den VZU von dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Auswahlverfahren auszuschließen, aufwerfen. Die vom vorlegenden Gericht vorgelegten Fragen sein folglich hypothetischer Natur und somit unzulässig.

24 Die genannten Verfahrensbeteiligten machen ferner geltend, dass den vorgelegten Fragen ein anderer tatsächlicher Rahmen zugrunde liege, als der vom Consiglio di Stato in seinem Urteil vom 31. März 2012 festgestellte. So sei der faktische Umstand, der der ersten Frage zugrunde liege, nämlich das Vorliegen eines sachlichen Fehlers bei der Bezeichnung von Herrn Galbiati als technischem Leiter, vom Consiglio di Stato nicht festgestellt worden. Bei der zweiten Frage habe das vorlegende Gericht nicht darauf hingewiesen, dass die von ihm genannten Beweise nicht fristgerecht eingereicht worden seien.

25 Die italienische Regierung ist ferner der Ansicht, dass die vorgelegten Fragen nicht die Auslegung des Unionsrechts zum Gegenstand hätten, sondern die Prüfung des tatsächlichen Rahmens des Ausgangsverfahrens. Es müsse dabei nämlich überprüft werden, ob die Voraussetzungen, unter denen der Mangel eines unvollständigen Dokuments behoben werden könne, erfüllt seien, was der Consiglio di Stato verneint habe.

26 Als Erstes ist darauf hinzuweisen, dass die nationalen Gerichte nach ständiger Rechtsprechung gemäß Art. 267 AEUV ein unbeschränktes Recht zur Vorlage an den Gerichtshof haben, wenn eine bei ihnen anhängige Rechtssache Fragen nach der Auslegung oder der Gültigkeit der unionsrechtlichen Bestimmungen aufwirft und sie eine Entscheidung darüber zur Entscheidung des ihnen unterbreiteten Rechtsstreits für erforderlich halten. Den nationalen Gerichten steht es zudem frei, diese Möglichkeit in jedem Moment des Verfahrens, den sie für geeignet halten, wahrzunehmen (Urteil Bericap Záródástechnikai, C-180/11, EU:C:2012:717, Rn. 53 und die dort angeführte Rechtsprechung).

27 Der Gerichtshof hat daraus geschlossen, dass eine nationale Vorschrift, nach der die nicht in letzter Instanz entscheidenden Gerichte durch die Beurteilung des höheren Gerichts gebunden sind, den erstgenannten Gerichten nicht die Möglichkeit nehmen kann, ihm Fragen der Auslegung des Unionsrechts hinsichtlich dieser Beurteilung vorzulegen. Der Gerichtshof hat nämlich entschieden, dass es einem Gericht, das nicht in letzter Instanz entscheidet, freistehen muss, dem Gerichtshof die Fragen vorzulegen, bei denen es Zweifel hat, wenn es der Ansicht ist, dass es aufgrund der rechtlichen Beurteilung des übergeordneten Gerichts zu einem unionsrechtswidrigen Urteil gelangen könnte (vgl. Urteile Elchinov, C-173/09, EU:C:2010:581, Rn. 25 und 27, und Interedil, C-396/09, EU:C:2011:671, Rn. 35).

28 Folglich kann das Urteil des Consiglio di Stato vom 31. März 2012, auch wenn es nach dem nationalen Recht rechtskräftig ist, das vorlegende Gericht nicht daran hindern, dem Gerichtshof Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen, wenn es der Ansicht ist, dass dieses Urteil dem Unionsrecht zuwiderlaufen könnte.

29 Was als Zweites den angeblich hypothetischen Charakter der Vorlagefragen betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass eine Vermutung für die Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefragen des nationalen Gerichts spricht, die es zur Auslegung des Unionsrechts in dem rechtlichen und sachlichen Rahmen stellt, den es in eigener Verantwortung festgelegt und dessen Richtigkeit der Gerichtshof nicht zu prüfen hat. Der Gerichtshof kann es nur dann ablehnen, über das Vorabentscheidungsersuchen eines nationalen Gerichts zu befinden, wenn die erbetene Auslegung des Unionsrechts offensichtlich in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht, wenn das Problem hypothetischer Natur ist oder wenn der Gerichtshof nicht über die tatsächlichen und rechtlichen Angaben verfügt, die für eine zweckdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erforderlich sind (vgl. u. a. Urteil Genil 48 und Comercial Hostelera de Grandes Vinos, C-604/11, EU:C:2013:344, Rn. 26).

30 Im vorliegenden Fall lässt sich nicht feststellen, dass die vorgelegten Fragen hypothetisch wären. Sie wurden im Rahmen eines Verfahrens gestellt, in dem die Cartiera dell'Adda u. a. begehrt, für die Verspätung bei der Vollstreckung des Urteils des vorlegenden Gerichts vom 25. Mai 2011 entschädigt zu werden, mit dem die Entscheidung der CEM Ambiente, den VZU von dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Auswahlverfahren auszuschließen, für nichtig erklärt wurde. Es hat daher nicht den

Anschein, dass diese Fragen, die die Vereinbarkeit einer solchen Ausschlussentscheidung mit den Unionsrecht betreffen, für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits unerheblich wären. Trotz des Urteils des Consiglio di Stato vom 31. März 2012 lässt sich außerdem nicht ohne Weiteres feststellen, dass dieser Rechtsstreit gegenstandslos geworden wäre.

31 Was als Drittes die angeblichen Ungenauigkeiten und Lücken in der Sachverhaltsdarstellung betrifft, genügt, wie sich auch aus Rn. 29 des vorliegenden Urteils ergibt, die Feststellung, dass es allein Sache des nationalen Gerichts ist, den tatsächlichen Rahmen des Rechtsstreits zu bestimmen, der Anlass zu diesen Fragen gibt, und dass der Gerichtshof nicht befugt ist, sich zu der diesen Punkt betreffenden Beurteilung dieses Gerichts zu äußern (vgl. in diesem Sinne Urteil van Delft u. a., C-345/09, EU:C:2010:610, Rn. 114).

32 Als Viertes ergibt sich schließlich aus dem Wortlaut der vorgelegten Fragen, dass das vorlegende Gericht den Gerichtshof nicht ersucht, diesen tatsächlichen Rahmen zu prüfen, sondern eine Auslegung des Unionsrechts vorzunehmen, die ihm bei der Entscheidung über den bei ihm anhängigen Rechtsstreit behilflich ist.

33 Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die Vorlagefragen zulässig sind.

Zur Begründetheit

34 Vorab ist zum Einen darauf hinzuweisen, dass Art. 45 der Richtlinie 2004/18 zwar in den Fragen des vorlegenden Gerichts nicht genannt wird, aus dem Vorlagebeschluss und insbesondere dem Absatz, der die Vorlagefragen einleitet, jedoch hervorgeht, dass dieses Gericht nach der Vereinbarkeit von Art. 38 Abs. 1 Buchst. b und c des Decreto Legislativo Nr. 163/2006 mit diesem Art. 45 fragt.

35 Zum anderen wird nur in der zweiten Frage darauf Bezug genommen, dass ein Wirtschaftsteilnehmer, der an einem Ausschreibungsverfahren teilnimmt, eine in den Ausschreibungsunterlagen – wie der Bekanntmachung und dem Lastenheft – des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vergabeverfahrens enthaltene Bestimmung nicht beachtet hat. In beiden Fragen wird jedoch derselbe Ausschlussgrund genannt, der, wie sich aus Rn. 10 des vorliegenden Urteils ergibt, in Art. 8 des Lastenhefts steht.

36 Folglich ist davon auszugehen, dass das vorlegende Gericht mit seinen Fragen, die zusammen zu prüfen sind, im Wesentlichen wissen möchte, ob Art. 45 der Richtlinie 2004/18 in dem Sinne auszulegen ist, dass er nicht zulässt, dass ein Wirtschaftsteilnehmer von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen wird, weil er der in den Ausschreibungsunterlagen unter Androhung des Ausschlusses bei Nichterfüllung vorgesehenen Verpflichtung nicht nachgekommen ist, seinem Angebot eine Erklärung beizufügen, wonach gegen die in diesem Angebot als technischer Leiter dieses Wirtschaftsteilnehmers bezeichnete Person weder ein strafrechtliches Verfahren läuft noch eine strafrechtliche Verurteilung stattgefunden hat, wenn dem öffentlichen Auftraggeber nach Ablauf der Frist für die Einreichung der Angebote eine solche Erklärung übermittelt wurde oder dargelegt wird, dass die betreffende Person irrtümlicherweise als technischer Leiter bezeichnet wurde.

37 Zu der Frage, ob das im Ausgangsverfahren in Rede stehende Vergabeverfahren in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18 fällt, hat die Kommission in der Sitzung die Ansicht vertreten, dass dieses Verfahren einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag gemäß der Definition in Art. 1 Abs. 2 Buchst. d dieser Richtlinie und der näheren Bezeichnung in Nr. 16 des Anhangs II A dieser Richtlinie betreffe.

38 Die CEM Ambiente ist hingegen der Auffassung, dass dieses Vergabeverfahren einen Vertrag über den Kauf und Verkauf von Gegenständen oder, angesichts der damit verbundenen Verpflichtung zur Behandlung von Abfällen, allenfalls eine Dienstleistungskonzession betreffe. Es falle daher auf keinen Fall in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18.

39 Als Erstes ist für den Fall, dass das im Ausgangsverfahren in Rede stehende Vergabeverfahren in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18 fällt, was vom vorlegenden Gericht zu prüfen ist, darauf hinzuweisen, dass Art. 45 dieser Richtlinie in seinen Abs. 1 und 2 eine Reihe von Gründen für den Ausschluss eines Bieters vorsieht, die sich auf dessen persönliche Lage beziehen. In Abs. 3 dieses Artikels sind die Dokumente aufgeführt, die der öffentliche Auftraggeber als ausreichenden Nachweis dafür akzeptieren muss, dass die in den Abs. 1 und 2 dieses Artikels genannten Fälle auf den Bieter nicht zutreffen, mit Ausnahme der in diesem Abs. 2 Buchst. d und g genannten Fälle.

40 Aus dem Vorlagebeschluss ergibt sich nicht, dass im Rahmen des Ausgangsverfahrens die Vereinbarkeit der in Art. 38 Abs. 1 Buchst. b und c des Decreto Legislativo Nr. 163/2006 aufgeführten Ausschlussgründe und der Verpflichtung zur Vorlage einer „Ersatzerklärung" im Sinne von Abs. 2 dieses Artikels mit den genannten Bestimmungen der Richtlinie 2004/18 in Frage gestellt würde. Es wird dort auch nicht behauptet, dass der Ausschluss eines Bieters vom Vergabeverfahren wegen Nichtbeachtung dieser Verpflichtung als solcher gegen diese Richtlinie verstoße. Das vorlegende Gericht ist sich jedoch nicht sicher, ob es mit dem Unionsrecht vereinbar ist, dass es diesem Bieter nicht möglich ist, nach der Einreichung seines Angebots dem Umstand abzuhelfen, dass er diesem Angebot keine solche Erklärung beigefügt hat – sei es durch Übermittlung dieser Erklärung an den öffentlichen Auftraggeber, sei es durch den Nachweis, dass die betroffene Person irrtümlicherweise als technischer Leiter bezeichnet wurde.

41 Insoweit ergibt sich aus den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Ausschreibungsunterlagen unstreitig, dass zum einen die „Ersatzerklärung", die in Art. 38 des Decreto Legislativo Nr. 163/2006 in Bezug auf die als technischer Leiter des betroffenen Wirtschaftsteilnehmers bezeichnete Person vorgesehen ist, dem von diesem unterbreiteten Angebot beizufügen ist und andernfalls der Ausschluss vom Vergabeverfahren erfolgt, und zum anderen, dass lediglich rein formale Unregelmäßigkeiten, die für die Beurteilung des Angebots nicht entscheidend sind, nachträglich geheilt werden können.

42 Der Gerichtshof hat jedoch bereits entschieden, dass es einem öffentlichen Auftraggeber obliegt, die von ihm selbst festgelegten Kriterien strikt einzuhalten, und dass dieser daher von einem Vergabeverfahren einen Wirtschaftsteilnehmer ausschließen muss, der ein Dokument oder eine Information, die nach den Ausschreibungsunterlagen unter Androhung des Ausschlusses bei Nichtvorlage beizubringen waren, nicht übermittelt hat (vgl. in diesem Sinne Urteil Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, Rn. 40).

43 Diese strenge Verpflichtung der öffentlichen Auftraggeber beruht auf dem Gleichbehandlungsgrundsatz und der daraus folgenden Transparenzpflicht, die die öffentlichen Auftraggeber gemäß Art. 2 der Richtlinie 2004/18 zu beachten haben.

44 Zum einen müssen die Bieter nämlich nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen haben, was voraussetzt, dass die Angebote aller Bieter den gleichen Bedingungen unterworfen sein müssen. Zum anderen soll die Transparenzpflicht die Gefahr einer Günstlingswirtschaft oder willkürlicher Entscheidungen des Auftraggebers ausschließen. Sie 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 erfüllten (vgl. in diesem Sinne Urteil Kommission/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, Rn. 108 bis 111).

45 Unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens verstößt es folglich nicht gegen Art. 45 der Richtlinie 2004/18 in Verbindung mit Art. 2 dieser Richtlinie, wenn ein Bieter ausgeschlossen wird, weil er seinem Angebot keine Ersatzerklärung über die in diesem Angebot als technischer Leiter bezeichnete Person beigefügt hat. Insbesondere kann ein öffentlicher Auftraggeber, wenn er der Ansicht ist, dass dieser Mangel keine rein formale Unregelmäßigkeit darstellt, diesem Bieter nicht erlauben, diesem Mangel nach Ablauf der Frist für die Einreichung der Angebote auf irgendeine Weise nachträglich abzuhelfen.

46 Im Übrigen kann Art. 51 der genannten Richtlinie, wonach der öffentliche Auftraggeber Wirtschaftsteilnehmer auffordern kann, die in Anwendung der Art. 45 bis 50 dieser Richtlinie vorgelegten Bescheinigungen und Dokumente zu vervollständigen oder zu erläutern, unter solchen Umständen nicht dahin ausgelegt werden, dass dieser Auftraggeber die Behebung von Mängeln zulassen kann, die nach den Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich zum Ausschluss des betreffenden Bieters führen müssen.

47 Als Zweites ist für den Fall, dass das im Ausgangsverfahren in Rede stehende Vergabeverfahren eine Dienstleistungskonzession betrifft, darauf hinzuweisen, dass Dienstleistungskonzessionsverträge zum im Ausgangsverfahren maßgeblichen Zeitpunkt zwar von keiner der Richtlinien erfasst wurden, mit denen der Unionsgesetzgeber den Bereich des öffentlichen Auftragswesens geregelt hat, die öffentlichen Stellen, die solche Verträge schlossen, jedoch die Grundregeln des AEU-Vertrags, insbesondere die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz, zu beachten hatten (vgl. in diesem Sinne Urteile Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, Rn. 46 bis 49, und Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, Rn. 33), wenn an der betroffenen Dienstleistungskonzession insbesondere wegen ihrer Bedeutung und des Ortes der Erbringung der von dieser umfassten Leistungen ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse bestand (vgl. in diesem Sinne Urteil Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce u. a., C-159/11, EU:C:2012:817, Rn. 23 und die dort angeführte Rechtsprechung).

48 Sofern an dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Auftrag ein solches Interesse besteht, was vom vorliegenden Gericht zu prüfen ist, verpflichten der Gleichbehandlungsgrundsatz und die daraus folgende Transparenzpflicht, wie sich aus den Rn. 42 und 44 des vorliegenden Urteils ergibt, den öffentlichen Auftraggeber, die von ihm selbst festgelegten Kriterien zu beachten, so dass dieser von einem Vergabeverfahren einen Wirtschaftsteilnehmer ausschließen muss, der ein Dokument oder eine Information, die nach den Ausschreibungsunterlagen unter Androhung des Ausschlusses bei Nichtvorlage beizubringen sind, nicht übermittelt hat.

49 Der Ausschluss eines Bieters wie der Cartiera dell'Adda von einem Vergabeverfahren wie dem des Ausgangsverfahrens entspricht demnach dem Gleichbehandlungsgrundsatz und der Transparenzpflicht als grundlegenden Regeln des AEU-Vertrags.

50 Nach alledem ist auf die vorgelegten Fragen zu antworten, dass Art. 45 der Richtlinie 2004/18 in Verbindung mit Art. 2 dieser Richtlinie sowie der Gleichbehandlungsgrundsatz und die Transparenzpflicht in dem Sinne auszulegen sind, dass es ihnen nicht zuwiderläuft, wenn ein Wirtschaftsteilnehmer von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen wird, weil er der in den Ausschreibungsunterlagen unter Androhung des Ausschlusses bei Nichterfüllung vorgesehenen Verpflichtung nicht nachgekommen ist, seinem Angebot eine Erklärung beizufügen, wonach gegen die in diesem Angebot als technischer Leiter dieses Wirtschaftsteilnehmers bezeichnete Person weder ein strafrechtliches Verfahren läuft noch eine strafrechtliche Verurteilung stattgefunden hat, selbst wenn dem öffentlichen Auftraggeber nach Ablauf der Frist für die Einreichung der Angebote eine solche Erklärung übermittelt wurde oder dargelegt wird, dass die betreffende Person irrtümlicherweise als technischer Leiter bezeichnet wurde.

Kosten

51 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 (Zehnte Kammer) für Recht erkannt:

Art. 45 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 der durch die Verordnung (EG) Nr. 1177/2009 der Kommission vom 30. November 2009 geänderten Fassung in Verbindung mit Art. 2 dieser Richtlinie sowie der Gleichbehandlungsgrundsatz und die Transparenzpflicht sind in dem Sinne auszulegen, dass es ihnen nicht zuwiderläuft, wenn ein Wirtschaftsteilnehmer von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen wird, weil er der in den Ausschreibungsunterlagen unter Androhung des Ausschlusses bei Nichterfüllung vorgesehenen Verpflichtung nicht nachgekommen ist, seinem Angebot eine Erklärung beizufügen, wonach gegen die in diesem Angebot als technischer Leiter dieses Wirtschaftsteilnehmers bezeichnete Person weder ein strafrechtliches Verfahren läuft noch eine strafrechtliche Verurteilung stattgefunden hat, selbst wenn dem öffentlichen Auftraggeber nach Ablauf der Frist für die Einreichung der Angebote eine solche Erklärung übermittelt wurde oder dargelegt wird, dass die betreffende Person irrtümlicherweise als technischer Leiter bezeichnet wurde.

Unterschriften