Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Neunte Kammer)

3. Juni 2021 *

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Vergabe öffentlicher Dienstleistungs-, Liefer- und Bauaufträge – Richtlinie 2014/24/EU – Ablauf des Verfahrens – Auswahl der Teilnehmer und Auftragsvergabe – Art. 63 – Bieter, der die Kapazitäten eines anderen Unternehmens in Anspruch nimmt, um die Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers zu erfüllen – Art. 57 Abs. 4, 6 und 7 – Von diesem Unternehmen eingereichte unwahre Erklärungen – Ausschluss des Bieters, ohne ihn zu verpflichten oder ihm zu erlauben, dieses Unternehmen zu ersetzen – Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“

In der Rechtssache C-210/20

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht vom Consiglio di Stato (Staatsrat, Italien) mit Entscheidung vom 20. Februar 2020, beim Gerichtshof eingegangen am 30. März 2020, in dem Verfahren

Rad Service Srl Unipersonale,

Cosmo Ambiente Srl,

Cosmo Scavi Srl

gegen

Del Debbio SpA,

Gruppo Sei Srl,

Ciclat Val di Cecina Soc. Coop.,

Daf Costruzioni Stradali Srl,

Beteiligte:

Azienda Unità Sanitaria Locale USL Toscana Centro,

erlässt

DER GERICHTSHOF (Neunte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten N. Piçarra sowie der Richter D. Šváby (Berichterstatter) und S. Rodin,

Generalanwalt: M. Campos Sánchez-Bordona,

* Verfahrenssprache: Italienisch.

Kanzler: A. Calot Escobar,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

– der Del Debbio SpA, der Gruppo Sei Srl und der Ciclat Val di Cecina Soc. Coop., vertreten durch A. Manzi und F. Bertini, avvocati,

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

– der Europäischen Kommission, vertreten durch G. Gattinara, P. Ondrůšek und K. Talabér-Ritz 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 der Art. 49 und 56 AEUV sowie von Art. 63 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 den zur Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Rad Service zusammengeschlossenen Unternehmen Rad Service Srl Unipersonale, Cosmo Ambiente Srl und Cosmo Scavi Srl (im Folgenden: ARGE Rad Service) auf der einen und der Del Debbio SpA, der Gruppo Sei Srl, der Ciclat Val di Cecina Soc. Coop. (im Folgenden: ARGE Del Debbio) sowie der aus den Unternehmen DAF Costruzioni Stradali Srl, GARC SpA und Edil Moter Srl gebildeten Arbeitsgemeinschaft (im Folgenden: ARGE Daf) auf der anderen Seite über die Entscheidung der Azienda Unità Sanitaria Locale Toscana Centro (lokale Gesundheitsbehörde der Region Toskana Mitte, Italien), die ARGE Del Debbio von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags auszuschließen.

Rechtlicher Rahmen

Richtlinie 2014/24

3 Die Erwägungsgründe 84, 101 und 102 der Richtlinie 2014/24 lauten:

„(84) Nach Auffassung vieler Wirtschaftsteilnehmer – und nicht zuletzt der [kleinen und mittleren Unternehmen (KMU)] – ist eines der Haupthindernisse für ihre Beteiligung an öffentlichen Vergabeverfahren der Verwaltungsaufwand im Zusammenhang mit der Beibringung einer Vielzahl von Bescheinigungen oder anderen Dokumenten, die die Ausschluss- und Eignungskriterien betreffen. Eine Beschränkung der entsprechenden Anforderungen, beispielsweise durch die Verwendung einer Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung, die aus einer aktualisierten Eigenerklärung besteht, könnte eine erhebliche Vereinfachung zum Nutzen sowohl der öffentlichen Auftraggeber als auch der Wirtschaftsteilnehmer bedeuten.

Der Bieter, dem der Zuschlag erteilt werden soll, sollte jedoch die relevanten Nachweise vorlegen müssen; öffentliche Auftraggeber sollten keine Verträge mit Bietern schließen, die dazu nicht in der Lage sind. Öffentliche Auftraggeber sollten auch berechtigt sein, jederzeit sämtliche oder einen Teil der unterstützenden Unterlagen zu verlangen, wenn dies ihrer Ansicht nach zur angemessenen Durchführung des Verfahrens erforderlich ist. Insbesondere könnte dies der Fall sein bei zweistufigen Verfahren – nichtoffenen Verfahren, Verhandlungsverfahren, wettbewerblichen Dialogen und Innovationspartnerschaften –, bei denen die öffentlichen Auftraggeber von der Möglichkeit Gebrauch machen, die Anzahl der zur Einreichung eines Angebots aufgeforderten Bewerber zu begrenzen. Zu verlangen, dass unterstützende Unterlagen zum Zeitpunkt der Auswahl der einzuladenden Bewerber vorgelegt werden, ließe sich damit begründen, zu vermeiden, dass öffentliche Auftraggeber Bewerber einladen, die sich später in der Vergabestufe als unfähig erweisen, die zusätzlichen Unterlagen einzureichen, und damit geeigneten Bewerbern die Möglichkeit der Teilnahme nehmen.

Es sollte ausdrücklich angegeben werden, dass die Einheitliche Europäische Eigenerklärung auch die relevanten Informationen hinsichtlich der Unternehmen, deren Kapazitäten ein Wirtschaftsteilnehmer in Anspruch nimmt, enthalten sollte, so dass die Überprüfung der Informationen über diese Unternehmen zusammen mit der Überprüfung bezüglich des Hauptwirtschaftsteilnehmers und unter den gleichen Voraussetzungen durchgeführt werden kann.

…

(101) Öffentliche Auftraggeber sollten ferner 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. 18 („Grundsätze der Auftragsvergabe“) dieser Richtlinie sieht in Abs. 1 Unterabs. 1 vor:

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

5 Art. 57 („Ausschlussgründe“) bestimmt in seinen Abs. 4 bis 7:

„(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:

…

c) der öffentliche Auftraggeber kann auf geeignete Weise nachweisen, dass der Wirtschaftsteilnehmer im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen hat, die seine Integrität in Frage stellt;

…

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

i) der Wirtschaftsteilnehmer [hat] fahrlässig irreführende Informationen [übermittelt], die die Entscheidungen über Ausschluss, Auswahl oder Auftragszuschlag erheblich beeinflussen könnten.

…

(5) …

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 kein 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.“

6 In Art. 59 („Einheitliche Europäische Eigenerklärung“) der Richtlinie heißt es:

„(1) Zum Zeitpunkt der Übermittlung von Teilnahmeanträgen und Angeboten akzeptieren die öffentlichen Auftraggeber die Einheitliche Europäische Eigenerklärung in Form einer aktualisierten Eigenerklärung anstelle von Bescheinigungen von Behörden oder Dritten als vorläufigen Nachweis dafür, dass der jeweilige Wirtschaftsteilnehmer alle nachfolgend genannten Bedingungen erfüllt:

a) Er befindet sich in keiner der in Artikel 57 genannten Situationen, in der Wirtschaftsteilnehmer ausgeschlossen werden oder ausgeschlossen werden können;

b) er erfüllt die einschlägigen Eignungskriterien nach Artikel 58;

c) er erfüllt gegebenenfalls die objektiven Regeln und Kriterien nach Artikel 65.

Nimmt der Wirtschaftsteilnehmer die Kapazitäten anderer Unternehmen gemäß Artikel 63 in Anspruch, so muss die Einheitliche Europäische Eigenerklärung auch die unter de[m] vorliegenden Absatz… genannten Informationen in Bezug auf diese Unternehmen enthalten.

Die Einheitliche Europäische Eigenerklärung besteht aus einer förmlichen Erklärung des Wirtschaftsteilnehmers, dass der jeweilige Ausschlussgrund nicht vorliegt und/oder dass das jeweilige Auswahlkriterium erfüllt ist, und enthält die einschlägigen vom öffentlichen Auftraggeber verlangten Informationen. Ferner sind darin der öffentliche Auftraggeber oder der für die Ausstellung der zusätzlichen Unterlagen zuständige Dritte genannt und es ist darin eine förmliche Erklärung enthalten, dass der Wirtschaftsteilnehmer in der Lage sein wird, auf Anfrage und unverzüglich diese zusätzlichen Unterlagen beizubringen.

Wenn der öffentliche Auftraggeber die zusätzlichen Unterlagen gemäß Absatz 5 direkt über eine Datenbank abrufen kann, enthält die Einheitliche Europäische Eigenerklärung auch die zu diesem Zweck benötigten Informationen, wie z. B. die Internetadresse der Datenbank, Identifikationsdaten und gegebenenfalls die erforderliche Einverständniserklärung.

…

(4) Ein öffentlicher Auftraggeber kann Bieter und Bewerber jederzeit während des Verfahrens auffordern, sämtliche oder einen Teil der zusätzlichen Unterlagen beizubringen, wenn dies zur angemessenen Durchführung des Verfahrens erforderlich ist.

Vor der Auftragsvergabe fordert der öffentliche Auftraggeber – außer in Bezug auf Aufträge, die auf Rahmenvereinbarungen beruhen, sofern diese Aufträge gemäß Artikel 33 Absatz 3 oder Artikel 33 Absatz 4 Buchstabe a geschlossen werden – den Bieter, an den er den Auftrag vergeben will, auf, aktualisierte zusätzliche Unterlagen gemäß Artikel 60 sowie erforderlichenfalls gemäß Artikel 62 beizubringen. Der öffentliche Auftraggeber kann Wirtschaftsteilnehmer auffordern, die gemäß den Artikeln 60 und 62 erhaltenen Bescheinigungen zu vervollständigen oder zu erläutern.

(5) Ungeachtet des Absatzes 4 müssen Wirtschaftsteilnehmer keine zusätzlichen Unterlagen oder sonstigen dokumentarischen Nachweise vorlegen, sofern und soweit der öffentliche Auftraggeber die Bescheinigungen oder die einschlägigen Informationen direkt über eine gebührenfreie nationale Datenbank in einem Mitgliedstaat, z. B. ein nationales Vergaberegister, eine virtuelle Unternehmensakte (Virtual Company Dossier), ein elektronisches Dokumentenablagesystem oder ein Präqualifikationssystem, erhalten kann.

…“

7 Art. 60 („Nachweise“) der Richtlinie 2014/24 sieht vor:

„(1) Die öffentlichen Auftraggeber können die in den Absätzen 2, 3 und 4 und in Anhang XII genannten Bescheinigungen, Erklärungen und anderen Nachweise als Beleg für das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen gemäß Artikel 57 und für die Erfüllung der Eignungskriterien gemäß Artikel 58 anfordern.

Die öffentlichen Auftraggeber verlangen keine weiteren Nachweise als die in diesem Artikel und in Artikel 62 genannten. Die Wirtschaftsteilnehmer können sich in Bezug auf Artikel 63 auf alle geeigneten Mittel stützen, um dem öffentlichen Auftraggeber nachzuweisen, dass sie über die erforderlichen Ressourcen verfügen werden.

(2) Als ausreichenden Nachweis dafür, dass die in Artikel 57 genannten Fälle auf den Wirtschaftsteilnehmer nicht zutreffen, akzeptiert der öffentliche Auftraggeber

a) im Fall von Absatz 1 jenes Artikels einen Auszug aus dem einschlägigen Register, wie dem Strafregister oder – in Ermangelung eines solchen – eine gleichwertige Urkunde einer zuständigen Gerichts- oder Verwaltungsbehörde [des] Herkunftsmitgliedstaats[,] des Herkunftslands oder des Landes, in dem der Wirtschaftsteilnehmer niedergelassen ist, aus der hervorgeht, dass diese Anforderungen erfüllt sind;

b) im Fall von Absatz 2 und von Absatz 4 Buchstabe b jenes Artikels eine von der zuständigen Behörde des betreffenden Mitgliedstaats oder des betreffenden Landes ausgestellte Bescheinigung.

…“

8 Art. 63 („Inanspruchnahme der Kapazitäten anderer Unternehmen“) der Richtlinie lautet:

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

Der öffentliche Auftraggeber überprüft gemäß den Artikeln 59, 60 und 61, ob die Unternehmen, deren Kapazitäten der Wirtschaftsteilnehmer in Anspruch nehmen möchte, die entsprechenden Eignungskriterien erfüllen und ob Ausschlussgründe gemäß Artikel 57 vorliegen. Der öffentliche Auftraggeber schreibt vor, dass der Wirtschaftsteilnehmer ein Unternehmen, das ein einschlägiges Eignungskriterium nicht erfüllt oder bei dem zwingende Ausschlussgründe vorliegen, ersetzt. Der öffentliche Auftraggeber kann vorschreiben, oder ihm kann durch den Mitgliedstaat vorgeschrieben werden, vorzuschreiben, dass der Wirtschaftsteilnehmer ein Unternehmen, bei dem nicht-zwingende Ausschlussgründe vorliegen, ersetzt.

Nimmt ein Wirtschaftsteilnehmer im Hinblick auf Kriterien für die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit die Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch, so kann der öffentliche Auftraggeber vorschreiben, dass der Wirtschaftsteilnehmer und diese Unternehmen gemeinsam für die Auftragsausführung haften.

Unter denselben Voraussetzungen können Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern nach Artikel 19 Absatz 2 die Kapazitäten von Mitgliedern der Gruppe oder von anderen Unternehmen in Anspruch nehmen.

(2) Die öffentlichen Auftraggeber können im Falle von Bauaufträgen, Dienstleistungsaufträgen sowie Verlege- oder Installationsarbeiten im Zusammenhang mit einem Lieferauftrag vorschreiben, dass bestimmte kritische Aufgaben direkt vom Bieter selbst oder – wenn der Bieter einer Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern gemäß Artikel 19 Absatz 2 angehört – von einem Gruppenteilnehmer ausgeführt werden.“

Italienisches Recht

9 In Art. 32 Abs. 7 des Decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici (Gesetzesvertretendes Dekret Nr. 50 – Gesetzbuch über öffentliche Aufträge) vom 18. April 2016 (Supplemento ordinario zur GURI Nr. 91 vom 19. April 2016, im Folgenden: CCP) heißt es:

„Der Zuschlag wird wirksam, nachdem geprüft wurde, dass die Kriterien erfüllt sind."

10 Art. 80 Abs. 5 Buchst. f-a CCP bestimmt:

„Die öffentlichen Arbeitgeber schließen einen Wirtschaftsteilnehmer, von der Teilnahme am Vergabeverfahren aus, wenn in den in Art. 105 Abs. 6 genannten Fällen auch in Bezug auf einen seiner Unterauftragnehmer, eine der folgenden Situationen vorliegt: … f-a) der Wirtschaftsteilnehmer reicht im laufenden Vergabeverfahren und im Rahmen der Inanspruchnahme der Kapazitäten anderer Unternehmen unwahre Unterlagen oder Erklärungen ein."

11 Art. 89 CCP sieht vor:

„(1) …

Der Wirtschaftsteilnehmer, der die Kapazitäten eines anderen Unternehmens in Anspruch nehmen möchte, legt … eine von dem [Hilfsunternehmen] unterzeichnete Bestätigung vor, dass dieses die in Art. 80 vorgesehenen allgemeinen Kriterien sowie die technischen Kriterien erfüllt und über die Mittel verfügt, die Gegenstand der Inanspruchnahme seiner Kapazitäten sind.

Der Wirtschaftsteilnehmer erbringt dem öffentlichen Auftraggeber gegenüber den Nachweis, dass er über die erforderlichen Mittel verfügt, indem er eine vom Hilfsunternehmen unterzeichnete Erklärung vorlegt, in der sich dieses gegenüber dem Bieter und dem öffentlichen Auftraggeber verpflichtet, die erforderlichen Mittel, über die der Bieter nicht verfügt, für die gesamte Dauer des Auftrags zur Verfügung zu stellen.

Bei unwahren Erklärungen schließt der öffentliche Auftraggeber den Bieter unbeschadet der Anwendung von Art. 80 Abs. 12 gegenüber den Unterzeichnern dieser Erklärungen aus und nimmt die Garantie in Anspruch.

…

(3) Der öffentliche Auftraggeber prüft gemäß den Art. 85, 86 und 88, ob die Unternehmen, deren Kapazitäten der Wirtschaftsteilnehmer in Anspruch nehmen möchte, die einschlägigen Auswahlkriterien erfüllen oder ob Ausschlussgründe im Sinne von Art. 80 vorliegen.

Er verpflichtet den Wirtschaftsteilnehmer, die Unternehmen zu ersetzen, die einem einschlägigen Auswahlkriterium nicht entsprechen oder gegen die zwingende Ausschlussgründe vorliegen.

In der Ausschreibungsbekanntmachung können auch die Fälle angegeben werden, in denen der Wirtschaftsteilnehmer ein Unternehmen zu ersetzen hat, für das fakultative Ausschlussgründe gelten, soweit es sich um technische Kriterien handelt."

Ausgangsrechtsstreit und Vorlagefrage

12 Mit Bekanntmachung vom 3. Januar 2018 leitete die lokale Gesundheitsbehörde Toskana Mitte ein Ausschreibungsverfahren zur Vergabe von Arbeiten zum teilweisen mechanischen Abriss der Gebäude des ehemaligen Krankenhauses *Misericordia e Dolce* in Prato (Italien) über einen Grundbetrag von 5 673 030,73 Euro ein.

13 Die ARGE Del Debbio nahm bei der Einreichung ihres Angebots die technischen und beruflichen Kapazitäten eines Hilfsunternehmens in Anspruch.

14 Obgleich sie die ersten beiden Plätze der vorläufigen Rangliste belegten, wurden die ARGE Daf und die ARGE Del Debbio vom öffentlichen Auftraggeber vom Verfahren ausgeschlossen. Dadurch erhielt die ARGE Rad Service den ersten Platz dieser Rangliste.

15 Der Ausschluss der ARGE Del Debbio wurde mit der Vorlage einer Erklärung des Hilfsunternehmens begründet, in der ein *patteggiamento* nicht angeführt war, d. h. ein Urteil über die Anwendung einer im Rahmen einer Übereinkunft zwischen den Verfahrensbeteiligten ausgehandelten Strafe, die gegen den Inhaber und gesetzlichen Vertreter des Unternehmens am 14. Juni 2013 verhängt worden und am 11. September 2013 rechtskräftig geworden war. Ein *patteggiamento* steht im italienischen Recht unter Umständen wie den im Ausgangsverfahren gegebenen ausdrücklich einem Strafurteil wegen einer fahrlässig unter Verletzung der Vorschriften im Bereich des Gesundheitsschutzes und der Sicherheit am Arbeitsplatz begangenen strafbaren Handlung gleich.

16 Der öffentliche Auftraggeber war der Auffassung, dass das Hilfsunternehmen in der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung eine falsche und unwahre Erklärung zu der Frage vorgelegt habe, ob es der in Art. 80 Abs. 5 Buchst. c CCP genannten schweren beruflichen Verfehlungen schuldig sei. Der öffentliche Auftraggeber ging folglich davon aus, dass die ARGE Del Debbio gemäß Art. 80 Abs. 5 Buchst. f-a und Art. 89 Abs. 1 CCP automatisch von dem Verfahren auszuschließen sei.

17 Nachdem das Tribunale amministrativo regionale per la Toscana (Regionales Verwaltungsgericht für die Toskana, Italien) den Ausschluss der ARGE Del Debbio und der ARGE Daf mit zwei Urteilen aufgehoben hatte, legte die ARGE Rad Service beim vorlegenden Gericht, also dem Consiglio di Stato (Staatsrat, Italien), Rechtsmittel gegen diese Urteile ein.

18 Dieser geht davon aus, dass die vom gesetzlichen Vertreter des Hilfsunternehmens im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens vorgelegte falsche Erklärung nach Art. 89 Abs. 1 Unterabs. 4 CCP automatisch die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers nach sich ziehe, den Bieter auszuschließen, der die Kapazitäten dieses Unternehmens in Anspruch genommen habe, ohne ihm die Möglichkeit einzuräumen, das Unternehmen zu ersetzen. Daher finde das in Art. 89 Abs. 3 CCP vorgesehene Korrekturverfahren keine Anwendung, so dass der Wirtschaftsteilnehmer das Hilfsunternehmen nicht ersetzen könne.

19 Das vorlegende Gericht hat allerdings Zweifel an der Vereinbarkeit dieser Bestimmung mit den Grundsätzen und Regelungen in Art. 63 der Richtlinie 2014/24 sowie mit den Art. 49 und 56 AEUV. Art. 63 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 2014/24 solle nämlich u. a. gewährleisten, dass die Dienstleistungen von Wirtschaftsteilnehmern erbracht werden, deren Kapazitäten und Zuverlässigkeit angemessen seien, und verlange folglich vom öffentlichen Auftraggeber, der Ersetzung eines Hilfsunternehmens, das die Kriterien nicht erfülle oder gegen das ein Ausschlussgrund vorliege, zuzustimmen.

20 Mit dem automatischen Ausschluss des Bieters infolge unwahrer Erklärungen des Unternehmens, dessen Kapazitäten er in Anspruch nehmen möchte, verbiete Art. 89 Abs. 1 Unterabs. 4 CCP die Ersetzung des Hilfsunternehmens und folglich die korrigierende Lösung, die in Art. 89 Abs. 3 CCP aber für alle anderen zwingenden Ausschlussgründe vorgesehen sei.

21 In Art. 63 der Richtlinie 2014/24 werde jedoch keine unterschiedliche Regelung festgeschrieben und die Ersetzung des Hilfsunternehmens immer dann vorgeschrieben, wenn gegen dieses zwingende Ausschlussgründe vorlägen, unabhängig davon, wie diese aussähen.

22 Ein Bieter sei außerdem nicht in der Lage, Echtheit und Richtigkeit der Erklärungen zu überprüfen, die von den Unternehmen, deren Kapazitäten er in Anspruch nehmen möchte, abgegeben würden. So müsse er sich auf die Erklärungen oder Dokumentation verlassen, die diese vorlegten. Die ARGE Del Debbio macht im Übrigen geltend, dass sie im vorliegenden Fall unmöglich von der strafrechtlichen Verurteilung des Inhabers des Hilfsunternehmens habe Kenntnis haben können, da diese nicht in dem Führungszeugnis verzeichnet gewesen sei, das von einem anderen Privatunternehmen als dem Betroffenen habe eingesehen werden können.

23 Schließlich müssen nach Auffassung des vorlegenden Gerichts etwaige nationale Beschränkungen für die Ausübung des Rechts durch einen Bieter, die Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch zu nehmen, in Anbetracht der Grundsätze der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung restriktiv beurteilt werden.

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

Steht Art. 63 der Richtlinie 2014/24, betreffend das Institut der Inanspruchnahme der Kapazitäten Dritter, zusammen mit den Grundsätzen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs nach den Art. 49 und 56 AEUV der Anwendung der italienischen nationalen Regelung im Bereich der Inanspruchnahme der Kapazitäten Dritter und des Ausschlusses von den Vergabeverfahren entgegen, die in Art. 89 Abs. 1 Unterabs. 4 CCP enthalten ist, wonach im Fall von unwahren Erklärungen des Hilfsunternehmens zum Vorliegen rechtskräftiger strafrechtlicher Verurteilungen, die möglicherweise für den Nachweis der Begehung eines schwerwiegenden beruflichen Fehlverhaltens geeignet sind, der öffentliche Auftraggeber den als Bieter am Ausschreibungsverfahren beteiligten Wirtschaftsteilnehmer immer auszuschließen hat, ohne ihm vorzuschreiben oder zu gestatten, ein anderes geeignetes Hilfsunternehmen als Ersatz für das erste anzuführen, wie hingegen für die anderen Fälle festgelegt ist, in denen die Personen, deren Kapazitäten der Wirtschaftsteilnehmer in Anspruch nehmen möchte, ein einschlägiges Eignungskriterium nicht erfüllen oder in denen bei ihnen zwingende Ausschlussgründe vorliegen?

25 Das vorlegende Gericht hat außerdem die Anwendung des beschleunigten Verfahrens gemäß Art. 105 Abs. 1 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs mit der Begründung beantragt, dass die vorliegende Rechtssache eine Grundsatzfrage aufwerfe, die Durchführung dringender Bauarbeiten an Krankenhausgebäuden zum Gegenstand habe, welche weder verschoben noch aufgeschoben werden dürften und einen erheblichen Wert darstellten, sowie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende nationale Bestimmung Gegenstand eines umfangreichen Rechtsstreits sei.

26 Dieser Antrag auf Durchführung des beschleunigten Verfahrens ist mit Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofs vom 7. Juli 2020 zurückgewiesen worden.

Zur Vorlagefrage

27 Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass die Vorlagefrage nahelegt, dass nationale Rechtsvorschriften, die – sofern ein Unternehmen, dessen Kapazitäten ein Bieter in Anspruch nehmen möchte, falsche Informationen übermittelt hat – den automatischen Ausschluss dieses Bieters vorsehen, gegen den Grundsatz der Nichtdiskriminierung verstoßen könnten, da die Ersetzung eines solchen Unternehmens zugelassen wird, wenn es ein einschlägiges Eignungskriterium nicht erfüllt oder bei ihm zwingende Ausschlussgründe vorliegen.

28 Die Mitgliedstaaten verfügen bei der Festlegung der Voraussetzungen für die Anwendung der in Art. 57 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 vorgesehenen fakultativen Ausschlussgründe aber über einen gewissen Ermessensspielraum (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 10. Juli 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, Rn. 36, vom 28. März 2019, Idi, C-101/18, EU:C:2019:267, Rn. 45, und vom 30. Januar 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, Rn. 34). Den Mitgliedstaaten steht gemäß Art. 57 Abs. 4 und 7 der Richtlinie 2014/24 nämlich die Möglichkeit offen, die dort aufgeführten fakultativen Ausschlussgründe nicht anzuwenden oder sie je nach den auf nationaler Ebene maßgeblichen rechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Erwägungen im Einzelfall mit unterschiedlicher Strenge in die nationale Regelung aufzunehmen.

29 Unter diesen Umständen ist die Vorlagefrage umzuformulieren und davon auszugehen, dass das vorlegende Gericht mit ihr wissen möchte, ob Art. 63 der Richtlinie 2014/24 in Verbindung mit deren Art. 57 Abs. 4 Buchst. h und Abs. 6 unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dahin auszulegen ist, dass er nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, nach denen der öffentliche Auftraggeber einen Bieter automatisch von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags auszuschließen hat, wenn ein Hilfsunternehmen, dessen Kapazitäten er in Anspruch nehmen möchte, eine wahrheitswidrige Erklärung zum Vorliegen rechtskräftiger strafrechtlicher Verurteilungen vorgelegt hat, ohne dem Bieter in einem solchen Fall – entgegen der Regelung, die für andere Fallgestaltungen besteht, in denen die Unternehmen, deren Kapazitäten der Bieter in Anspruch nimmt, ein einschlägiges Eignungskriterium nicht erfüllen oder bei ihnen zwingende Ausschlussgründe vorliegen – vorschreiben oder zumindest gestatten zu dürfen, dieses Unternehmen zu ersetzen.

30 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass Art. 63 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 für einen Wirtschaftsteilnehmer das Recht vorsieht, für einen bestimmten Auftrag die Kapazitäten anderer Unternehmen – ungeachtet des Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmen bestehenden rechtlichen Beziehungen – in Anspruch zu nehmen, um sowohl die in Art. 58 Abs. 3 der Richtlinie genannten Kriterien zur wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit als auch die in Art. 58 Abs. 4 der Richtlinie genannten Kriterien zur technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit zu erfüllen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 10. Oktober 2013, Swm Costruzioni 2 und Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, Rn. 29 und 33, vom 7. April 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, Rn. 33, 35, 39, 49 und 51, sowie vom 2. Juni 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, Rn. 25).

31 Ein Wirtschaftsteilnehmer, der von diesem Recht Gebrauch machen möchte, muss dem öffentlichen Auftraggeber gemäß Art. 59 Abs. 1 Unterabs. 2 und 3 der Richtlinie 2014/24 unter Beachtung des dritten Absatzes ihres 84. Erwägungsgrundes bei Einreichung seines Teilnahmeantrags oder seines Angebots eine Einheitliche Europäische Eigenerklärung übermitteln, mit der er bestätigt, dass sich sowohl er selbst als auch die Unternehmen, deren Kapazitäten er in Anspruch nehmen möchte, in keiner der in Art. 57 der Richtlinie genannten Situationen befinden, in der Wirtschaftsteilnehmer ausgeschlossen werden oder ausgeschlossen werden können.

32 Daher obliegt dem öffentlichen Auftraggeber nach Art. 63 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 2014/24 zum einen die Prüfung, ob die Unternehmen, deren Kapazitäten der Wirtschaftsteilnehmer in Anspruch nehmen möchte, die einschlägigen Eignungskriterien gemäß den Art. 59 bis 61 der Richtlinie erfüllen, und zum anderen die Prüfung, ob die in Art. 57 der Richtlinie genannten Ausschlussgründe vorliegen, und zwar sowohl hinsichtlich des Wirtschaftsteilnehmers selbst als auch hinsichtlich dieser Unternehmen.

33 Gemäß Art. 63 Abs. 1 Unterabs. 2 Satz 3 der Richtlinie 2014/24 kann der öffentliche Auftraggeber vorschreiben, oder er kann durch den Mitgliedstaat, zu dem er gehört, verpflichtet werden, vorzuschreiben, dass der betreffende Wirtschaftsteilnehmer ein Unternehmen, dessen Kapazitäten er in Anspruch nehmen möchte, bei dem aber nicht-zwingende Ausschlussgründe vorliegen, ersetzt. Aus dem Wortlaut dieses letzten Satzes geht somit eindeutig hervor, dass die Mitgliedstaaten in einem solchen Fall zwar eine Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers vorsehen können, dem

Wirtschaftsteilnehmer eine solche Ersetzung vorzuschreiben, sie dem öffentlichen Auftraggeber aber nicht die Möglichkeit nehmen dürfen, von sich aus eine solche Ersetzung zu verlangen. Den Mitgliedstaaten wird nämlich lediglich die Wahl gelassen, diese Möglichkeit durch eine Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers zu ersetzen, eine solche Ersetzung vorzunehmen.

34 Eine solche Auslegung von Art. 63 Abs. 1 Unterabs. 2 Satz 3 der Richtlinie 2014/24 trägt außerdem im Einklang mit deren Art. 18 Abs. 1 dazu bei, die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch die öffentlichen Auftraggeber sicherzustellen. Aus diesem Grundsatz, der einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts darstellt, ergibt sich nämlich, dass die von den Mitgliedstaaten oder den öffentlichen Auftraggebern im Rahmen der Umsetzung dieser Richtlinie aufgestellten Regeln nicht über das hinausgehen dürfen, 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 30. Januar 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, Rn. 45).

35 Erstens ist es das Ziel von Art. 57 der Richtlinie 2014/24, das auch von deren Art. 63 verfolgt wird, dem öffentlichen Auftraggeber zu ermöglichen, sich der Integrität und der Zuverlässigkeit jedes einzelnen Bieters und folglich dessen zu versichern, dass das Vertrauensverhältnis zu dem betreffenden Wirtschaftsteilnehmer nicht zerstört ist (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 19. Juni 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, Rn. 29, und vom 3. Oktober 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, Rn. 26). Unter diesem Blickwinkel gewährleistet Art. 57 Abs. 6 der Richtlinie 2014/24 in Verbindung mit deren 102. Erwägungsgrund grundsätzlich jedem Wirtschaftsteilnehmer, der sich in einer der in Art. 57 Abs. 1 und 4 genannten Situationen befindet, das Recht, nachzuweisen, dass die von ihm getroffenen Maßnahmen ausreichen, trotz des Vorliegens eines einschlägigen Ausschlussgrundes seine Zuverlässigkeit zu belegen.

36 Unter diesen Umständen setzt Art. 63 der Richtlinie 2014/24 voraus, dass der öffentliche Auftraggeber – bevor er von einem Bieter mit der Begründung, dass sich ein Unternehmen, dessen Kapazitäten er in Anspruch nehmen möchte, in einer der in Art. 57 Abs. 1 und 4 der Richtlinie genannten Situationen befindet, die Ersetzung dieses Unternehmens verlangt – dem Bieter und/oder dem Unternehmen die Möglichkeit gibt, ihm Abhilfemaßnahmen zu präsentieren, die es gegebenenfalls ergriffen hat, um die festgestellte Unregelmäßigkeit zu beheben, und folglich nachzuweisen, dass es von Neuem als ein zuverlässiges Unternehmen angesehen werden kann (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 3. Oktober 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, Rn. 37).

37 Der öffentliche Auftraggeber kann oder muss, soweit das nationale Recht ihn dazu verpflichtet, daher nur nachrangig und wenn das Unternehmen, dem ein in Art. 57 Abs. 1 und 4 der Richtlinie 2014/24 genannter Ausschlussgrund entgegengehalten wird, keinerlei Abhilfemaßnahme getroffen hat oder wenn die von ihm getroffenen Maßnahmen vom öffentlichen Arbeitgeber für unzureichend erachtet werden, vom Bieter verlangen, dass er das Unternehmen ersetzt.

38 Insoweit ist klarzustellen, dass ein Wirtschaftsteilnehmer, der durch eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung von der Teilnahme an Verfahren zur Auftrags- oder Konzessionsvergabe ausgeschlossen wurde, gemäß Art. 57 Abs. 6 Unterabs. 4 der Richtlinie 2014/24 zwar während des in dieser Entscheidung festgelegten Ausschlusszeitraums nicht berechtigt ist, sich in den Mitgliedstaaten, in denen die Entscheidung wirksam ist, auf Abhilfemaßnahmen zu berufen, die er nach dieser Entscheidung getroffen hat, und folglich dem Ausschluss zu entgehen, wenn diese Nachweise für ausreichend erachtet werden. Wird ein Unternehmen, dessen Kapazitäten der Bieter in Anspruch nehmen möchte, durch eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung von der Teilnahme an Verfahren zur Auftrags- oder Konzessionsvergabe ausgeschlossen, muss dem Bieter in diesem Fall vom öffentlichen Auftraggeber allerdings gestattet werden, dieses Unternehmen zu ersetzen.

39 Zweitens ergibt sich die Maßgeblichkeit der in Rn. 33 des vorliegenden Urteils dargestellten Auslegung von Art. 63 Abs. 1 Unterabs. 2 Satz 3 der Richtlinie 2014/24 im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch aus dem dritten Absatz des 101. Erwägungsgrundes der Richtlinie, nach dem die öffentlichen Auftraggeber bei der Anwendung fakultativer Ausschlussgründe insbesondere diesem Grundsatz Rechnung tragen sollen. Dies gilt erst recht, wenn der in der nationalen Regelung vorgesehene Ausschluss den Bieter nicht wegen eines Verstoßes trifft, der ihm zuzurechnen ist, sondern wegen eines Verstoßes, der von einem Unternehmen begangen wurde, dessen Kapazitäten er in Anspruch nehmen möchte und über das er keinerlei Kontrollbefugnis hat (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. Januar 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, Rn. 48).

40 Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber nämlich dazu, auf der Grundlage aller relevanten Umstände eine konkrete und auf den Einzelfall bezogene Beurteilung der Verhaltensweise des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers vorzunehmen (vgl. entsprechend Urteile vom 13. Dezember 2012, Forposta und ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, Rn. 31, und vom 3. Oktober 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, Rn. 29). 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 er in Anspruch nehmen mochte (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. Januar 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, Rn. 52).

41 Im vorliegenden Fall könnte der ARGE Del Debbio keine Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen werden, falls das vorlegende Gericht ihren Vortrag bestätigen sollte, dass die strafrechtliche Verurteilung des Geschäftsführers des Hilfsunternehmens, dessen Kapazitäten sie in Anspruch nehmen mochte, in dem von Privatunternehmen einsehbaren Führungszeugnis nicht aufgeführt gewesen sei, so dass der ARGE Del Debbio nach den italienischen Rechtsvorschriften eine Kenntnis dieser Verurteilung nicht möglich gewesen sei. Unter derartigen Umständen widerspräche es mithin dem in Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 genannten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, die Ersetzung des von einem Ausschlussgrund erfassten Unternehmens zu blockieren.

42 Ferner ist klarzustellen, dass ein öffentlicher Auftraggeber, wenn er nach seinem nationalen Recht dazu verpflichtet ist, von einem Bieter zu verlangen, dass er ein Unternehmen ersetzt, dessen Kapazitäten er in Anspruch nehmen möchte, im Einklang mit den in Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 genannten Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und der Gleichbehandlung dafür zu sorgen hat, dass die Ersetzung des betreffenden Unternehmens nicht zu einer wesentlichen Änderung des Angebots dieses Bieters führt.

43 Die Pflicht des öffentlichen Auftraggebers zur Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter, der die Entwicklung eines gesunden und effektiven Wettbewerbs zwischen den sich um einen öffentlichen Auftrag bewerbenden Unternehmen fördern soll und der zum Wesen der Unionsvorschriften über die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge gehört, bedeutet nämlich u. a., dass die Bieter sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese vom öffentlichen Auftraggeber beurteilt werden, gleich behandelt werden müssen. Im Rahmen eines Vergabeverfahrens stehen der Grundsatz der Gleichbehandlung und das Transparenzgebot somit jeglicher Verhandlung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und einem Bewerber entgegen, was bedeutet, dass ein eingereichtes Angebot grundsätzlich nicht mehr geändert werden kann, weder auf Betreiben des öffentlichen Auftraggebers noch auf Betreiben des Bewerbers (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 11. Mai 2017, Archus und Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, Rn. 25 und 27 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

44 Daraus ergibt sich, dass die Aufforderung eines öffentlichen Auftraggebers, mit der die Ersetzung eines Unternehmens verlangt wird, dessen Kapazitäten ein Bieter in Anspruch nehmen möchte, wie eine Aufforderung zur Klarstellung eines Angebots nicht darauf hinauslaufen darf, dass dieser Bieter in Wirklichkeit ein neues – da gegenüber dem ursprünglichen wesentlich geändertes – Angebot einreicht

(vgl. in diesem Sinne Urteile vom 29. März 2012, SAG ELV Slovensko u. a., C-599/10, EU:C:2012:191, Rn. 40, vom 7. April 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, Rn. 64, und vom 11. Mai 2017, Archus und Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, Rn. 31 und 37).

45 Nach alledem ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 63 der Richtlinie 2014/24 in Verbindung mit deren Art. 57 Abs. 4 Buchst. h unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dahin auszulegen ist, dass er nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, nach denen der öffentliche Auftraggeber einen Bieter automatisch von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags auszuschließen hat, wenn ein Hilfsunternehmen, dessen Kapazitäten er in Anspruch nehmen möchte, eine wahrheitswidrige Erklärung zum Vorliegen rechtskräftiger strafrechtlicher Verurteilungen vorgelegt hat, ohne dem Bieter in einem solchen Fall vorschreiben oder zumindest gestatten zu dürfen, dieses Unternehmen zu ersetzen.

Kosten

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

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

Art. 63 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 in Verbindung mit deren Art. 57 Abs. 4 Buchst. h ist unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dahin auszulegen, dass er nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, nach denen der öffentliche Auftraggeber einen Bieter automatisch von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags auszuschließen hat, wenn ein Hilfsunternehmen, dessen Kapazitäten er in Anspruch nehmen möchte, eine wahrheitswidrige Erklärung zum Vorliegen rechtskräftiger strafrechtlicher Verurteilungen vorgelegt hat, ohne dem Bieter in einem solchen Fall vorschreiben oder zumindest gestatten zu dürfen, dieses Unternehmen zu ersetzen.

Unterschriften