

Rechtssache C-6/20

**Zusammenfassung des Vorabentscheidungsersuchens gemäß Art. 98 Abs. 1
der Verfahrensordnung des Gerichtshofs**

Eingangsdatum:

7. Januar 2020

Vorlegendes Gericht:

Tallinna Ringkonnakohus (Estland)

Datum der Vorlageentscheidung:

19. Dezember 2019

Berufungskläger:

Sotsiaalministeerium

Berufungsbeklagte:

Innove SA

Gegenstand des Ausgangsverfahrens

Berufung des Sotsiaalministeerium (Sozialministerium, Estland) gegen das Urteil des Tallinna Halduskohus (Verwaltungsgericht Tallinn, Estland) vom 22. Mai 2019, mit dem die Klage des Sozialministeriums auf Nichtigerklärung des Finanzkorrekturbeschlusses der SA Innove (im Folgenden: Innove) abgewiesen wurde, mit dem die vom Sozialministerium im Rahmen eines Projekts zur Gewährung von Nahrungsmittelhilfe gestellten Zahlungsanträge wegen eines angeblichen Verstoßes gegen die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge abgelehnt wurden

Gegenstand und Rechtsgrundlage der Vorlage

Ersuchen gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV um Auslegung der Art. 2 und 46 der Richtlinie 2004/18

Vorlagefragen

1. Sind die Art. 2 und 46 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 dahin auszulegen, dass sie nationalen Rechtsvorschriften – wie § 41 Abs. 3 des Riigihangete seadus (RHS) (Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen) – entgegenstehen, wonach der öffentliche Auftraggeber, wenn gesetzlich spezifische Anforderungen für die auf der Grundlage eines öffentlichen Auftrags auszuführenden Tätigkeiten festgelegt sind, in der Ausschreibungsbekanntmachung angeben muss, welche Registrierungen oder Tätigkeitserlaubnisse für die Qualifikation des Bieters erforderlich sind, zur Überprüfung der Erfüllung der besonderen gesetzlichen Anforderungen in der Ausschreibungsbekanntmachung die Vorlage eines Nachweises der Tätigkeitserlaubnis oder der Registrierung verlangen muss und den Bieter, wenn er nicht über die entsprechende Tätigkeitserlaubnis oder Registrierung verfügt, als nicht qualifiziert ablehnen muss?

2. Sind die Art. 2 und 46 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 zusammen dahin auszulegen, dass sie dem entgegenstehen, dass der öffentliche Auftraggeber bei einem den internationalen Schwellenwert überschreitenden Auftrag über die Beschaffung von Nahrungsmittelhilfe für die Bieter ein Auswahlkriterium festlegt, wonach alle Bieter unabhängig von ihrem bisherigen Tätigkeitsort bereits bei der Einreichung der Angebote über eine Tätigkeitserlaubnis oder eine Registrierung in dem Land verfügen müssen, in dem die Nahrungsmittelhilfe gewährt wird, selbst wenn der Bieter bisher nicht in diesem Mitgliedstaat tätig gewesen ist?

3. Bei Bejahung der vorstehenden Frage:

3.1. Sind die Art. 2 und 46 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 als Bestimmungen anzusehen, die so klar sind, dass der Grundsatz des Vertrauensschutzes dagegen nicht geltend gemacht werden kann?

3.2. Sind die Art. 2 und 46 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 dahin auszulegen, dass eine Situation, in der der öffentliche Auftraggeber bei einer öffentlichen Ausschreibung über Nahrungsmittelhilfe von den Bietern gemäß dem Lebensmittelgesetz verlangt, dass sie bereits zum Zeitpunkt der Einreichung des Angebots über eine Tätigkeitserlaubnis verfügen, als offensichtliche Verletzung der geltenden Bestimmungen, als Fahrlässigkeit oder als Unregelmäßigkeit angesehen werden

kann, die der Geltendmachung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes entgegensteht?

Angeführte unionsrechtliche Vorschriften

Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. 2004, L 134, S. 114), Art. 2 und 46

Verordnung (EG) Nr. 852/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über Lebensmittelhygiene (ABl. 2004, L 139, S. 1), Art. 6 Abs. 3 Buchst. a, b und c

Verordnung (EG) Nr. 853/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 mit spezifischen Hygienevorschriften für Lebensmittel tierischen Ursprungs (ABl. 2004, L 139, S. 55)

Beschluss C(2013) 9527 final der Kommission vom 19. Dezember 2013 zur Festlegung und Genehmigung der Leitlinien für die Festsetzung von Finanzkorrekturen, die die Kommission bei Verstößen gegen die Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge auf von der EU im Rahmen der geteilten Mittelverwaltung finanzierte Ausgaben anwendet

Angeführte nationale Rechtsvorschriften

Riigihangete seadus (RHS) (Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen) in der bis zum 31. August 2017 geltenden Fassung (konsolidierter Text RT I, 25.10.2016, 20), § 3, § 15 Abs. 2, § 39 Abs. 1 und § 41 Abs. 3

Toiduseadus (ToiduS) (Lebensmittelgesetz) (RT I 1999, 30, 415 mit späteren Änderungen), § 7, § 8 und § 10

Periodi 2014-2020 struktuuritoetuse seadus (STS) (Gesetz über die Strukturbeihilfe für den Zeitraum 2014-2020), § 3 und § 4

Kurze Darstellung des Sachverhalts und des Verfahrens

- 1 In den Jahren 2015 und 2017 führte das Sozialministerium die über dem internationalen Schwellenwert liegenden offenen Ausschreibungen Nr. 157505 und Nr. 189564 „Nahrungsmittelhilfe für die am stärksten benachteiligten Personen“ durch (geschätzter Wert jeweils 4 Mio. Euro). Die Ausschreibungsbekanntmachung zum öffentlichen Auftrag Nr. 157505 sah vor, dass der Bieter die für die Ausführung des Auftrags erforderliche Zulassung des Veterinaar- ja Toiduamet (Veterinär- und Lebensmittelbehörde, Estland) (im Folgenden: VTA) haben und eine Bestätigung darüber sowie die

Zulassungsnummer vorlegen musste. Die Ausschreibungsunterlagen zum öffentlichen Auftrag Nr. 157505 wurden während der Ausschreibung geändert. Nach dieser Änderung war der Bieter nicht mehr verpflichtet, die Bestätigung der Zulassung des VTA mit der Zulassungsnummer einzureichen, vielmehr genügte eine Bestätigung über die Einhaltung der Melde- bzw. Erlaubnispflicht. Die gleiche Anforderung wurde für den öffentlichen Auftrag Nr. 189564 aufgestellt. Bei beiden öffentlichen Aufträgen wurden Rahmenverträge mit drei erfolgreichen Bietern geschlossen.

- 2 Mit dem Finanzkorrekturbeschluss von Innove vom 30. Oktober 2018 wurde die Annahme von Zahlungsanträgen, die das Sozialministerium im Rahmen der „Bedingungen für den Einkauf und die Verteilung von Nahrungsmittelhilfe an die am stärksten benachteiligten Personen“ für die Unterstützung des Projekts „Lieferung von Lebensmitteln und Transport zum Lagerort“ über 463 291,55 Euro eingereicht hatte, verweigert, weil das Sozialministerium seiner Pflicht nach dem Periodi 2014–2020 struktuuritoetuse seadus (STS) (Gesetz über die Strukturbeihilfe für den Zeitraum 2014–2020) nicht nachgekommen sei, das bis zum 31. August 2017 geltende Riigihangete seadus (Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen, im Folgenden: RHS) einzuhalten.
- 3 Innove war der Auffassung, dass beide öffentlichen Aufträge Auswahlkriterien vorgesehen hätten, die den Kreis der Bieter, insbesondere der ausländischen Bieter, unangemessen beschränkt hätten. Die unangemessene Beschränkung habe darin bestanden, dass von den Bietern eine Zulassung der estnischen Behörde bzw. die Erfüllung der Melde- und Erlaubnispflicht in Estland verlangt worden sei. Auch wenn der Bieter die auferlegte Bedingung dadurch hätte erfüllen können, dass er sich auf die Mittel einer anderen Person gestützt oder mit einer Person, die die Bedingungen erfülle, ein gemeinsames Angebot unterbreitet hätte, bedeute dies nicht, dass die auferlegte Bedingung dadurch rechtmäßig werde, d. h. den Kreis der Bieter nicht übermäßig beschränke. Bieter, die nicht in der Lage gewesen seien, sich auf die Mittel einer anderen Person zu stützen oder ein gemeinsames Angebot einzureichen, hätten möglicherweise auf die Teilnahme an der Ausschreibung verzichtet, weil sie die für die Einreichung des Angebots vorgeschriebene Frist nicht hätten einhalten können. Das Sozialministerium habe gegen § 3 und § 39 Abs. 1 RHS verstoßen. Die Entscheidung beruhe auf einer Prüfung durch das Rahandusministeerium (Finanzministerium, Estland), in deren Rahmen die streitigen öffentlichen Ausschreibungen geprüft worden seien. Aus dem abschließenden Prüfungsbericht gehe hervor, dass die in der Ausschreibungsbekanntmachung zu den öffentlichen Aufträgen Nr. 157505 und Nr. 189564 festgelegten Auswahlkriterien in Bezug auf ausländische Bieter unangemessen beschränkend seien.
- 4 Innove wies den Widerspruch des Sozialministeriums mit Widerspruchsbescheid vom 25. Januar 2019 zurück und vertrat die Auffassung, dass das in den Ausschreibungsbekanntmachungen vorgesehene Erfordernis der Melde- und Tätigkeitserlaubnispflicht Bieter aufgrund ihrer Herkunft diskriminiere und eine

unverhältnismäßige Beschränkung darstelle, die eine Ungleichbehandlung der Bieter ermöglicht habe.

- 5 Das Sozialministerium erhob beim Tallinna Halduskohus (Verwaltungsgericht Tallinn) Klage und beantragte die Aufhebung des von Innove erlassenen Finanzkorrekturbescheids vom 30. Oktober 2018. Der Kläger machte geltend, dass die Ausschreibungen ordnungsgemäß durchgeführt worden seien und dass er bei der Entscheidung, in welcher Phase des Verfahrens das Erfordernis der Tätigkeitserlaubnis vorzusehen sei, über kein Ermessen verfüge. Die für die Vergabe öffentlicher Aufträge gesetzlich festgelegten spezifischen Anforderungen an die auszuführenden Tätigkeiten seien bei den öffentlichen Aufträgen Nr. 157505 und Nr. 189564 die in den §§ 7 und 8 des Toiduseadus (Lebensmittelgesetz, im Folgenden: ToiduS) und in Art. 6 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 852/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vorgesehenen Anforderungen der Melde- und Erlaubnispflicht. In der angefochtenen Entscheidung werde zu Unrecht die Auffassung vertreten, dass, da es um einen öffentlichen Auftrag über Lebensmittel (Lieferungen) gehe, der öffentliche Auftraggeber keine Tätigkeitserlaubnis nach Art. 46 der Richtlinie 2004/18 verlangen könne. Im Fall des physischen Umgangs mit Lebensmitteln in Estland müsse der Auftragnehmer oder das Lager, das von ihm im Rahmen von Verträgen oder Unteraufträgen genutzt werde, über eine Tätigkeitserlaubnis des VTA verfügen, und die Tätigkeitserlaubnisse für den Umgang mit Lebensmitteln würden von den Mitgliedstaaten nicht gegenseitig anerkannt. Dem öffentlichen Auftraggeber sei es nicht möglich gewesen, einen Bieter aufgrund einer Tätigkeitserlaubnis des Landes, in dem er niedergelassen sei, zu qualifizieren. In Anbetracht der Frist für die Einreichung der Angebote für die internationale Ausschreibung (mindestens 40 Tage) und der im ToiduS vorgesehenen Frist für das Erlaubnisverfahren (30 Tage) habe dem Bieter auch ausreichend Zeit für das Erlaubnisverfahren zur Verfügung gestanden. Nach Ansicht des Klägers wurde das Vorliegen eines Schadens nicht nachgewiesen. Darüber hinaus sei der öffentliche Auftrag Nr. 157505 zuvor zweimal von Prüfern des Finanzministeriums geprüft worden, und die Prüfung habe ergeben, dass die Bedingungen (einschließlich derjenigen betreffend die Tätigkeitserlaubnis) mit dem RHS im Einklang stünden. Eine rückwirkende Änderung der Auslegung stehe nicht im Einklang mit dem Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung.
- 6 Innove beantragte, die Klage abzuweisen. Sie bestätigte, dass der öffentliche Auftraggeber zwar bei einer wörtlichen Auslegung von § 41 Abs. 3 RHS vom Bieter offenbar verlangen könne, zum Nachweis der Einhaltung der spezifischen Anforderungen die nach estnischem Recht erforderliche Tätigkeitserlaubnis oder Registrierung oder eine andere geeignete Bescheinigung vorzulegen, jedoch sei diese Anforderung anhand der einschlägigen Rechtsakte der Union (insbesondere der Richtlinie 2004/18) und in Verbindung mit der Rechtsprechung auszulegen. Außerdem stehe die Bedingung, wonach der öffentliche Auftraggeber von den Bietern die Erfüllung der spezifischen Anforderungen des estnischen Rechts bereits bei der Einreichung des Angebots verlangt habe, nicht im Einklang mit dem in § 3 Nr. 3 RHS verankerten Grundsatz der Gleichbehandlung. Innove

vertrat ferner die Auffassung, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter der Einführung von Bedingungen für die Teilnahme an einer Ausschreibung entgegenstehe, die Kenntnisse über die Praxis des Staates erforderten, in dem der öffentliche Auftraggeber ansässig sei (Urteile vom 14. Dezember 2016, *Connexion Taxi Services*, C-171/15, EU:C:2016:948, Rn. 42, und vom 2. Juni 2016, *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, Rn. 45, 46 und 51).

- 7 Im Rahmen der Ausschreibungen hätte nach Ansicht von Innove geprüft werden müssen, ob sich die Bieter, die zuvor eine Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat erbracht hätten, und die Bieter, die zuvor in Estland mit Lebensmitteln zu tun gehabt hätten, mit der Auferlegung der streitigen Bedingung in derselben Situation befunden und somit die Anforderungen des estnischen Rechts erfüllt hätten. Innove betonte, dass der Grundsatz des Vertrauensschutzes nicht verletzt worden sei. Das berechnete Vertrauen des Begünstigten in die Aufrechterhaltung der Unterstützung müsse gegen das Recht Dritter abgewogen werden, sich an einem Wettbewerbsverfahren und an einem Vergabeverfahren ohne rechtswidrige beschränkende Bedingungen zu beteiligen, und gegen das öffentliche Interesse, darunter das Interesse der Union an der Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts durch wettbewerbsorientierte Vergabeverfahren und transparente Verwendung der Finanzmittel der Union. Im vorliegenden Fall seien die Rechte Dritter und die Interessen der Gemeinschaft insgesamt als überwiegende öffentliche Interessen anzusehen, die ein etwaiges berechtigtes Vertrauen des Empfängers der Unterstützung darauf, dass die streitige Entscheidung nicht erlassen werde, überwögen.
- 8 Das Finanzministerium beantragte, die Klage abzuweisen. Es machte geltend, dass der Kläger nicht klagebefugt sei und dass das Verwaltungsgericht für die Entscheidung über diese Klage nicht zuständig sei, da das nationale Recht für die Entscheidung dieses Rechtsstreits ein anderes Verfahren vorsehe. Nach Ansicht des Finanzministeriums waren die in der Ausschreibungsbekanntmachung enthaltenen Auswahlkriterien unangemessen restriktiv. Es argumentierte, dass ausländische Anbieter, deren Tätigkeitsort sich nicht in Estland befinde, die Anforderungen des Staates erfüllen müssten, in dem sie tätig seien, und unter der Aufsicht der zuständigen Behörde des Staates stünden, in dem sie ihren Sitz hätten. Estland sei nicht in der Lage, die Tätigkeitserlaubnis ausländischer Bieter für den Umgang mit Lebensmitteln zu beurteilen, da es Estland nicht möglich sei, die Tätigkeiten des ausländischen Unternehmens zu kontrollieren. Die Anforderung der Melde- und Erlaubnispflicht sei eine unionsrechtliche Anforderung, die unionsweit gelte. Damit die vorgesehene Beschränkung gegenüber ausländischen Bietern verhältnismäßig sei und gleichzeitig dem öffentlichen Auftraggeber die Sicherheit gebe, dass es sich nicht um einen illegalen Betreiber handle, hätte der öffentliche Auftraggeber für die Qualifikation die Vorlage einer vom Land der Niederlassung des ausländischen Bieters oder einer anderen zuständigen Behörde ausgestellte gleichwertigen Erlaubnis oder Bescheinigung zulassen müssen und von einem ausländischen Bieter erst bei Ausführung des öffentlichen Auftrags die Erfüllung der sich aus dem estnischen

Recht ergebenden Anforderungen verlangen dürfen, die für die Ausführung des Auftrags erforderlich seien. Das Finanzministerium war der Ansicht, dass der Grundsatz des Vertrauensschutzes sich nicht auf die Exekutive erstrecke. Auch in den Urteilen des Gerichtshofs sei als Ergebnis festgehalten worden, dass sich der Empfänger einer Unterstützung nicht auf ein berechtigtes Vertrauen berufen könne, wenn er seiner Verpflichtung in erheblicher Weise nicht nachgekommen sei.

- 9 Mit Urteil vom 22. Mai 2019 wies das Tallinna Halduskohus (Verwaltungsgericht Tallinn) die Klage ab. Gemäß der Ausschreibungsbekanntmachung benötigte der Bieter für die Ausführung des Auftrags eine Zulassung durch das VTA, bezüglich deren er eine Bestätigung und eine Zulassungsnummer vorlegen musste. Das Gericht gelangte zu dem Schluss, dass dieses Erfordernis zu einer Ungleichbehandlung ausländischer Bieter führe, da ein ausländischer Bieter, der zuvor nicht in Estland tätig gewesen sei, zum Zeitpunkt der Abgabe des Angebots die erforderliche Melde- und Erlaubnispflicht nicht habe erfüllen können. Estnische Bieter, die zuvor Erfahrung mit einer Tätigkeit in Estland gesammelt hätten, seien im Vergleich zu anderen Wirtschaftsteilnehmern mit ähnlicher Erfahrung in anderen Ländern der Union in einer besseren Position gewesen.
- 10 Das Verwaltungsgericht verwies auf das von der Europäischen Kommission erstellte Dokument „Praktischer Leitfaden zur Vermeidung der häufigsten Fehler bei der öffentlichen Auftragsvergabe für Projekte, die aus den Europäischen Struktur- und Investitionsfonds finanziert werden“, in dem unter der Überschrift „In der Phase der Aufforderung zur Angebotsabgabe häufig vorkommende Fehler, die Finanzkorrekturen nach sich ziehen“ als ein Beispiel für eine diskriminierende Anforderung die Verpflichtung angeführt ist, bereits vor der Vorlage der Angebote den Qualifikations-/Befähigungsnachweis durch eine einzelstaatliche Einrichtung im Land des öffentlichen Auftraggebers anerkennen zu lassen, die eine Diskriminierung darstellt, da es für ausländische Bieter mit Schwierigkeiten verbunden ist, dieser Anforderung bis zur Vorlage der Angebote nachzukommen.
- 11 Das in der Ausschreibungsbekanntmachung aufgestellte Erfordernis einer Erlaubnis- und Meldepflicht sei keine spezifische Anforderung im Sinne der Richtlinie 2014/18. Art. 46 der Richtlinie 2014/18 beziehe sich auf die (spezifischen) Auswahlkriterien für Bieter und nicht auf die Anforderungen, die bezüglich der Tätigkeitserlaubnis vorgesehen seien. Eine spezifische Anforderung im Sinne der Richtlinie 2014/18 könnte sein, dass der Umgang mit Lebensmitteln beispielsweise von der Eintragung in das einschlägige Register der Lebensmittelunternehmer oder von einer besonderen Berufsbescheinigung abhängig sei, die Voraussetzung für die Beantragung einer Tätigkeitserlaubnis sei. Der Sinn von Art. 46 der Richtlinie werde durch die englische Fassung der Richtlinie, in der der Ausdruck „particular authorisation“ verwendet werde, besser vermittelt. Dieser Wortgebrauch beziehe sich speziell auf die spezifischen Anforderungen, die an Bieter gestellt würden. Die Richtlinie 2014/18 beziehe sich nicht auf die (üblichen) erlaubten Tätigkeiten wie den Umgang mit Lebensmitteln.

Für Letzteren gälten zudem innerhalb der EU harmonisierte Anforderungen, so dass es keine „spezifische Anforderung“ geben könne.

- 12 § 41 Abs. 3 RHS sei unionsrechtskonform auszulegen. Nach Ansicht des Gerichts hätte der öffentliche Auftraggeber keine entsprechende Tätigkeitserlaubnis des Herkunftslands des aus einem anderen Mitgliedstaat stammenden Bieters akzeptieren müssen, aber es ermöglichen müssen, eine solche in Estland zu erwerben. Verweise der Beklagten auf die Urteile des Gerichtshofs vom 27. Oktober 2005, Contse u. a. (C-234/03, EU:C:2005:644), vom 26. September 2000, Kommission/Frankreich (C-225/98, EU:C:2000:494) und vom 7. Juli 2016, Ambisig (C-46/15, EU:C:2016:530), seien nicht relevant, da sich die Beschränkungen im vorliegenden Fall aus einem nationalen Rechtsakt (ToiduS) ergäben, auf den in den Ausschreibungsunterlagen Bezug genommen werde.
- 13 Das Tallinna Halduskohus (Verwaltungsgericht Tallinn) vertrat ferner die Ansicht, dass der Grundsatz des Vertrauensschutzes ein Grundsatz des Unionsrechts sei, auf den sich der Kläger berufen könne. Frühere Prüfungen könnten nicht die Rechtssicherheit bieten, dass später keine Verstöße festgestellt würden. Die Prüfungen des Finanzministeriums seien nicht rechtsverbindlich. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs könne der Grundsatz des Vertrauensschutzes nicht gegen eine klare unionsrechtliche Bestimmung angeführt werden, und das unionsrechtswidrige Verhalten einer mit der Anwendung des Unionsrechts betrauten nationalen Behörde könne kein berechtigtes Vertrauen eines Wirtschaftsteilnehmers darauf begründen, in den Genuss einer unionsrechtswidrigen Behandlung zu kommen (Urteil vom 5. März 2019, Eesti Pagar, C-349/17, EU:C:2019:172, Rn. 104 und die dort angeführte Rechtsprechung). Die Finanzkorrekturmaßnahme habe keinen Strafcharakter. Der Staat habe kein subjektives Recht auf Strukturbeihilfen. Das Rückwirkungsverbot gelte daher nicht.

Hauptsächliches Vorbringen der Parteien im Berufungsverfahren

- 14 Das Sozialministerium hat beim Tallinna Ringkonnakohus (Bezirksgericht Tallinn, Estland) Berufung eingelegt, mit der es beantragt, das Urteil des Tallinna Halduskohus (Verwaltungsgericht Tallinn) vom 22. Mai 2019 aufzuheben und ein neues Urteil zu erlassen, mit dem der Klage stattgegeben wird.
- 15 Nach Ansicht des Sozialministeriums hat das Verwaltungsgericht zu Unrecht festgestellt, dass anstelle eines Auswahlkriteriums Anforderungen während der Phase der Ausführung des öffentlichen Auftrags hätten vorgesehen werden müssen. Nach § 39 Abs. 1 und § 41 Abs. 3 RHS müsse der öffentliche Auftraggeber bei der Erlangung einer Dienstleistung, für die eine Tätigkeitserlaubnis erforderlich sei, dieses Erfordernis einer Tätigkeitserlaubnis als Auswahlkriterium festlegen. Das Bestehen einer solchen Pflicht des öffentlichen Auftraggebers sei auch durch die Verwaltungspraxis bestätigt worden

(vgl. Urteil des Tallinna Halduskohus [Verwaltungsgericht Tallinn] vom 21. Februar 2013 in der Rechtssache Nr. 3-12-2349).

- 16 Es bestehe kein Widerspruch zwischen Art. 46 der Richtlinie 2004/18/EG und § 41 Abs. 3 RHS. In der Richtlinie sei nicht festgelegt, zu welchem Zeitpunkt eine Tätigkeitserlaubnis des Bieters erforderlich sei. Das Verwaltungsgericht habe fälschlicherweise festgestellt, dass § 41 Abs. 3 RHS dem öffentlichen Auftraggeber das Recht einräume, im Fall gesetzlicher Tätigkeitserlaubnisse dieses Erfordernis dahin auszulegen, dass es stets zulässig sei, dass der Bieter das Erfordernis durch Vorlage einer Tätigkeitserlaubnis des Landes erfüllen könne, in dem er niedergelassen sei. Die Regelung des Lebensmittelbereichs bestehe in spezialgesetzlichen Vorschriften über öffentliche Aufträge, deren Besonderheiten das Verwaltungsgericht jedoch nicht geklärt habe.
- 17 Das Sozialministerium ist ferner der Auffassung, dass Verweise auf die Urteile des Gerichtshofs in den Rechtssachen Contse u. a. (C-234/03), Kommission/Frankreich (C-225/98) und Ambisig (C-46/15) nicht relevant seien. Die in diesen Rechtssachen in Rede stehenden Anforderungen (das Vorhandensein eines Büros in dem Land, in dem die Dienstleistung erbracht werde, die Anforderung der Mitgliedschaft in der Vereinigung der Designer im Mitgliedstaat des öffentlichen Auftraggebers und die Anforderung der Beglaubigung der Unterschrift des Käufers) würden sich erheblich von der in der vorliegenden Rechtssache in Rede stehenden Anforderung unterscheiden. Der Zweck des Erfordernisses einer Tätigkeitserlaubnis bestehe darin, die Einhaltung der Anforderungen an den Gesundheitsschutz sowie den Vertrieb sicherer Lebensmittel an die Hilfeempfänger zu gewährleisten. Auch das vom Verwaltungsgericht angeführte Urteil Eesti Pagar (C-349/17) sei nicht einschlägig, da es die Rückforderung einer staatlichen Beihilfe betreffe, für die unmittelbar das Unionsrecht gelte. Ebenso sei es unwahrscheinlich, dass ein potenzieller Bieter aufgrund des Erfordernisses einer Tätigkeitserlaubnis von der Abgabe eines Angebots absehe. Ausländische Bieter hätten auf die Mittel einer anderen Person zurückgreifen und ein gemeinsames Angebot abgeben können, wenn sie das Erfordernis einer Tätigkeitserlaubnis nicht hätten erfüllen wollen oder können.
- 18 Schließlich bekräftigt das Sozialministerium, dass das Verhalten der Beklagten gegen die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der ordnungsgemäßen Verwaltung verstoße. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes gelte zwar nicht bei einer offensichtlichen Verletzung der geltenden Bestimmungen, bei Fahrlässigkeit oder bei einer Unregelmäßigkeit (vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 13. März 2008, Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening u. a., C-383/06 bis C-385/06, EU:C:2008:165, Rn. 52 und 56), jedoch habe eine solche im vorliegenden Fall nicht vorgelegen.
- 19 Innove beantragt, die Berufung zurückzuweisen, bleibt bei ihrem bisherigen Standpunkt und stimmt der Begründung des Urteils des Verwaltungsgerichts zu.

- 20 Das Finanzministerium beantragt, die Berufung zurückzuweisen, und bekräftigt ebenfalls seinen bisherigen Standpunkt.

Kurze Darstellung der Begründung der Vorlage

- 21 Die Hauptfrage des Rechtsstreits ist, ob bei der Beschaffung von Nahrungsmittelhilfe als Ausschreibungsbedingung für einen öffentlichen Auftrag über dem internationalen Schwellenwert die Anforderung vorgesehen werden darf, dass der Bieter zum Zeitpunkt der Einreichung des Angebots über eine Zulassung der estnischen Behörden nach dem Lebensmittelgesetz verfügen bzw. die Melde- und Erlaubnispflicht in Estland erfüllt haben muss, und ob, wenn eine solche Anforderung ausländische Bieter übermäßig einschränkt, in einer Situation, in der der Auftrag zuvor von der zuständigen Stelle im Inland geprüft wurde, aufgrund einer geänderten Auslegung des Gesetzes und der Richtlinie eine Finanzkorrekturentscheidung getroffen werden darf.
- 22 Art. 46 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 sieht die Möglichkeit vor, von den Bietern zum Nachweis ihrer Eignung zur Ausübung einer beruflichen Tätigkeit eine Berechtigung der zuständigen Behörde des Niederlassungsmitgliedstaats zu verlangen. Im vorliegenden Fall hat der öffentliche Auftraggeber (der Kläger) jedoch gemäß § 41 Abs. 3 RHS eine Tätigkeitserlaubnis bzw. die Erfüllung einer Meldepflicht verlangt, die im Lebensmittelgesetz vorgesehen ist. Die Ausführung des öffentlichen Auftrags setzt die Erfüllung dieser Erlaubnis- bzw. Meldepflicht voraus, was zwischen den Parteien unstrittig ist. Um die Lebensmittelsicherheit zu gewährleisten, ist das Erfordernis einer solchen Erlaubnis gemäß der Verordnung (EG) Nr. 853/2004 über Lebensmittelhygiene zulässig. Die Bedingungen für die Erlaubnis (Zulassung) durch die zuständige Stelle sind jedoch nicht vollständig harmonisiert (vgl. Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie), und der Wirtschaftsteilnehmer muss, um in einem anderen Mitgliedstaat tätig zu sein, die erforderliche Zulassung des Staates einholen, in dem er tätig ist, d. h., er kann sich nicht auf die Zulassung in seinem Herkunftsland berufen.
- 23 Ist der Bieter nur aufgrund der Zusage qualifiziert, eine nach dem Lebensmittelgesetz erforderliche Tätigkeitserlaubnis oder Registrierung zu beantragen, so kann die Möglichkeit der Erfüllung des öffentlichen Auftrags in Frage gestellt werden, wenn der Bieter dieser Verpflichtung nicht nachkommt oder die Erlaubnis- oder Registrierungsanforderungen nicht erfüllt. In diesem Fall werden die Ziele des öffentlichen Auftrags nicht erreicht und der öffentliche Auftraggeber muss ein neues Vergabeverfahren durchführen.
- 24 Das Verwaltungsgericht hat zutreffend ausgeführt, dass, da von den Bietern erwartet worden sei, dass sie bereits Erfahrungen gesammelt hätten, eine Beurteilung der Auswirkung der Bedingung auf Bieter, die gerade erst in der Lebensmittelbranche anfangen, irrelevant sei, so dass auch nicht behauptet werden könne, dass ausländische Bieter in der gleichen Situation wie estnische Bieter gewesen seien, die gerade erst begännen, mit Lebensmitteln umzugehen.

Estnische Bieter, die zuvor Erfahrung mit einer Tätigkeit in Estland gesammelt haben, waren im Vergleich zu anderen Wirtschaftsteilnehmern mit ähnlicher Erfahrung in anderen Ländern der Union in einer besseren Position.

- 25 Es ist daher wichtig, zu prüfen, ob die Gewährleistung der Lebensmittelsicherheit und die Erreichung der Ziele des öffentlichen Auftrags es rechtfertigen, den Bietern eine Beschränkung aufzuerlegen, die ausländische Bieter *de facto* in eine schwierigere Lage bringt, in der sie vor Abgabe eines Angebots entweder die erforderliche Erlaubnis oder Registrierung beantragen oder ein gemeinsames Angebot mit einem bereits zugelassenen oder registrierten Unternehmen, d. h. einem in Estland tätigen Unternehmen, abgeben müssen. Nach Ansicht des Bezirksgerichts ist es bei einer den Schwellenwert übersteigenden internationalen Ausschreibung unverhältnismäßig, dies von den Bietern zu verlangen.
- 26 Art. 46 der Richtlinie 2004/18 kann nicht als hinreichend klar angesehen werden. In der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs ist diese Frage bisher nicht angesprochen worden. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs steht der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter der Einführung von Bedingungen für die Teilnahme an einer Ausschreibung entgegen, die Kenntnisse über die Praxis des Staates erfordern, in dem der öffentliche Auftraggeber ansässig ist (Urteil *Connexion Taxi Services*, C-171/15, Rn. 42, bzw. Urteil *Pizzo*, C-27/15, Rn. 45, 46 und 51). Die estnischen Gesetze sind im Vergleich zu den oben genannten Fällen klar. Die Kriterien der Beantragung einer Erlaubnis oder Registrierung ergeben sich aus dem Lebensmittelgesetz und das VTA hat auf seiner Website (<https://vet.agri.ee>) auch erläutert, wie die Erlaubnis beantragt werden kann; keiner der Bieter hat geltend gemacht, dass er diese Bedingungen nicht verstanden hätte, oder um eine Klarstellung der Bedingungen ersucht. Auch das streitige Auswahlkriterium ist klar und birgt keine Gefahr einer Mehrdeutigkeit.
- 27 In den Rechtssachen C-225/98 und C-234/03 wurde die Zulässigkeit der im öffentlichen Interesse der gesamten Union aufgestellten Bedingungen nicht geprüft. Das Erfordernis der Eröffnung eines Büros im Mitgliedstaat des Bieters oder die Mitgliedschaft in einer Vereinigung von Personen, die im Mitgliedstaat des Bieters den gleichen Beruf ausüben, dient nicht den öffentlichen Interessen, die die Öffentlichkeit und die Verbraucher in allen Mitgliedstaaten in gleicher Weise schützen. Im Gegensatz zu den Umständen der genannten Fälle sind im vorliegenden Fall die Anforderungen an die Lebensmittelsicherheit nach Ansicht des Bezirksgerichts als Bedingung für die Erfüllung des Auftrags gerechtfertigt, und Streit kann nur darüber bestehen, zu welchem Zeitpunkt – dem der Einreichung des Angebots oder dem der Erfüllung des Auftrags – der Bieter die Bedingung erfüllen musste. Deshalb kann im vorliegenden Fall eine gewisse Ungleichheit zwischen den Bietern auch durch die Notwendigkeit gerechtfertigt sein, die Wirksamkeit des Vergabeverfahrens (spätere Erfüllung des öffentlichen Auftrags) sicherzustellen.
- 28 Dem Bezirksgericht ist daher unklar, ob die Art. 2 und 46 der Richtlinie 2004/18 zusammen dahin auszulegen sind, dass sie dem entgegenstehen, dass der

öffentliche Auftraggeber bei einem den internationalen Schwellenwert überschreitenden Auftrag über die Beschaffung von Nahrungsmittelhilfe für die Bieter ein Auswahlkriterium festlegt, wonach alle Bieter unabhängig von ihrem bisherigen Tätigkeitsort bei der Einreichung der Angebote über eine Tätigkeitserlaubnis oder eine Registrierung in dem Land verfügen müssen, in dem die Nahrungsmittelhilfe gewährt wird. Um eine erläuternde Auslegung zu erhalten, sind auch die Besonderheiten im Bereich des Umgangs mit Lebensmitteln zu berücksichtigen, wenn die Erbringung der Dienstleistung den Umgang mit Lebensmitteln im Land des öffentlichen Auftraggebers erfordert und für den Umgang mit Lebensmitteln unter Berücksichtigung des den Mitgliedstaaten teils durch Art. 6 Abs. 3 Buchst. b und c und teils durch Art. 6 Abs. 3 Buchst. a der Verordnung Nr. 852/2004 eingeräumten Ermessensspielraum die nach § 8 Abs. 1 Nrn. 2 bis 9 erforderliche Tätigkeitserlaubnis vorliegen muss.

- 29 Wenn die Antwort auf die vorherige Frage dahin lautet, dass eine nationale Regelung wie § 41 Abs. 3 RHS gegen die oben genannten Bestimmungen der Richtlinie 2004/18 verstößt, ist außerdem zu prüfen, ob die Art. 2 und 46 der Richtlinie 2004/18 als so klar angesehen werden können, dass der Grundsatz des Vertrauensschutzes dagegen nicht geltend gemacht werden kann (vgl. Urteil Eesti Pagar, C-349/17, Rn. 104) und ob diese Bestimmungen dahin auszulegen sind, dass das Verhalten des öffentlichen Auftraggebers wie das im vorliegenden Fall, in dem alle Bieter zum Zeitpunkt der Einreichung des Angebots über eine Tätigkeitserlaubnis nach dem Lebensmittelgesetz verfügen mussten, als offensichtliche Verletzung der geltenden Bestimmungen, als Fahrlässigkeit oder als Unregelmäßigkeit angesehen werden kann, die der Geltendmachung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes entgegensteht (vgl. Urteil Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening u. a., C-383/06 bis C-385/06, Rn. 52 und 56).