

Rechtssache C-403/21

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

Eingangsdatum:

29. Juni 2021

Vorlegendes Gericht:

Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Rumänien)

Datum der Vorlageentscheidung:

22. Juni 2021

Beschwerdeführerin:

SC NV Construct SRL

Öffentlicher Auftraggeber:

Județul Timiș

Streithelferin:

SC Proiect Construct Regiunea Transilvania SRL

Gegenstand des Ausgangsverfahrens

Beschwerde, mit der im Wesentlichen die Nichtigkeitsklärung der Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers über die Feststellung des Ergebnisses eines Ausschreibungsverfahrens für die Vergabe eines öffentlichen Auftrags zur Erstellung der Machbarkeitsstudie und des technischen Projekts für den Bau einer Straße begehrt wird

Gegenstand und Rechtsgrundlage der Vorlage

Ersuchen nach Art. 267 AEUV um Auslegung der Art. 58 und 63 der Richtlinie 2014/24/EU sowie des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, des Grundsatzes der Übernahme der Verantwortung und des Grundsatzes der Transparenz

Vorlagefragen

1. Sind die Bestimmungen von Art. 58 der Richtlinie 2014/24, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der Grundsatz der Übernahme der Verantwortung dahin auszulegen, dass der öffentliche Auftraggeber berechtigt ist, für Tätigkeiten, die im Rahmen des Auftrags ein geringes Gewicht haben, die Kriterien der technischen Leistungsfähigkeit festzulegen, d. h. zu beurteilen, ob es erforderlich ist, in die Vergabeunterlagen Kriterien in Bezug auf die technische und berufliche Leistungsfähigkeit und die Fähigkeit zur Ausübung technischer und beruflicher Tätigkeiten aufzunehmen, die sich aus den Bestimmungen von Spezialgesetzen ergeben?

2. Stehen die Grundsätze der Transparenz und der Verhältnismäßigkeit dem entgegen, dass die Vergabeunterlagen von Rechts wegen durch Qualifikationskriterien ergänzt werden, die sich aus für bestimmte Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem zu vergebenden Auftrag geltenden Spezialgesetzen ergeben, die in den Vergabeunterlagen nicht vorgesehen sind und die der Auftraggeber den Wirtschaftsteilnehmern nicht vorschreiben wollte?

3. Stehen Art. 63 der Richtlinie und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dem Ausschluss eines Bieters aus dem Verfahren entgegen, der keinen Wirtschaftsteilnehmer als Unterauftragnehmer zum Nachweis dafür, dass bestimmte Kriterien in Bezug auf die technische und berufliche Leistungsfähigkeit und die Fähigkeit zur Ausübung technischer und beruflicher Tätigkeiten erfüllt sind, die sich aus Spezialgesetzen ergeben, die in den Vergabeunterlagen nicht vorgesehen sind, benannt hat, wenn der betreffende Bieter sich für eine andere vertragliche Form der Beteiligung der Fachleute am Auftrag, nämlich für einen Vertrag über die Lieferung/Erbringung von Leistungen, entschieden oder eine Verfügbarkeitsklärung dieser Fachleute eingereicht hat? Steht dem Wirtschaftsteilnehmer das Recht zu, seine eigene Organisation und seine vertraglichen Beziehungen innerhalb des Konsortiums mit der Möglichkeit zu bestimmen, auch bestimmte Leistungserbringer/Lieferanten in den Auftrag einzubeziehen, wenn der betreffende Leistungserbringer nicht zu den Unternehmen gehört, auf deren Leistungsfähigkeit sich der Bieter zum Nachweis der Erfüllung der maßgeblichen Kriterien stützen will?

Rechtsvorschriften und Rechtsprechung der Europäischen Union

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, Erwägungsgründe 15 und 90 sowie Art. 58 und 63

Delegierte Verordnung (EU) 2019/1828 der Kommission vom 30. Oktober 2019 zur Änderung der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für die Vergabe öffentlicher Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge sowie für Wettbewerbe

Beschluss vom 17. Oktober 2018, Beny Alex, C-353/18, EU:C:2018:829, und Urteil vom 2. Juni 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404

Angeführte nationale Vorschriften

Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestărilor (Gesetz Nr. 101/2016 über Rechtsbehelfe und Nachprüfungsverfahren auf dem Gebiet der Vergabe öffentlicher Aufträge, sektorspezifischer Aufträge und von Bau- und Dienstleistungskonzessionen sowie über die Organisation und die Arbeitsweise des Nationalen Rates für Beschwerdeentscheidungen [im Folgenden: CNSC]), Art. 12 und 14, mit denen dem CNSC die Zuständigkeit für die Entscheidung über Beschwerden auf dem Gebiet der Vergabe öffentlicher Aufträge übertragen wird

Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (Gesetz Nr. 98/2016 über die öffentliche Auftragsvergabe), Art. 3, 55, 154, 172, 179 und 181 sowie 218 bis 220 betreffend das Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge

Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (Erlass Nr. 395/2016 der Regierung zur Genehmigung der Bestimmungen zur Durchführung der Vorschriften betreffend die Vergabe des öffentlichen Auftrags/den Abschluss des Rahmenvertrags des Gesetzes Nr. 98/2016 über die öffentliche Auftragsvergabe), Art. 29 bis 31 und 51

Entscheidungen mehrerer nationaler Gerichte, aus denen das Bestehen einer uneinheitlichen Praxis zum einen hinsichtlich der Möglichkeit, dass die Vergabeunterlagen durch Bestimmungen nationaler Rechtsvorschriften bezüglich der verschiedenen Tätigkeiten, die vom öffentlichen Auftrag erfasst sind, aber ein geringes Gewicht im Rahmen dieses Auftrags haben, ergänzt werden, und zum anderen hinsichtlich der Pflicht zur Benennung von Unterauftragnehmern im Angebot für solche Tätigkeiten hervorgeht

Kurze Zusammenfassung des Sachverhalts und des Verfahrens

- 1 Mit am 16. April 2021 beim CNSC registrierter Beschwerde hat die Beschwerdeführerin, die SC NV Construct SRL mit Sitz in Rumänien, im Wesentlichen die Nichtigkeitserklärung der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers, des Județul Timiș (Kreis Timiș), über die Feststellung des Ergebnisses des Ausschreibungsverfahrens, das zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags für die Erstellung der Machbarkeitsstudie und des technischen Projekts bezüglich des Baus einer Straße zur Anbindung des internationalen Flughafens

„Traian Vuia“ in Timișoara an die Autobahn A1 (Rumänien) durchgeführt wurde, beantragt.

- 2 Die ebenfalls in Rumänien ansässige SC Proiect Construct Regiunea Transilvania SRL ist dem Rechtsstreit als Bieterin, die den Zuschlag im Rahmen des genannten Ausschreibungsverfahrens erhalten hat, beigetreten.
- 3 Das Angebot der Beschwerdeführerin wurde nämlich auf Platz IV gelistet, nach dem von der Streithelferin eingereichten (auf Platz I gelisteten) Angebot und den von zwei weiteren Handelsgesellschaften eingereichten (auf den Plätzen II und III gelisteten) Angeboten.
- 4 In der Begründung der Beschwerde macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die von den anderen Bietern eingereichten technischen Vorschläge einige der Anforderungen der Vergabeunterlagen nicht erfüllten, da sie bestimmte Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Auftrag nicht rechtmäßig ausführen könnten, darunter die Tätigkeit der Erstellung der topografischen Studie, die Tätigkeit der Erstellung der erforderlichen Unterlagen zur Erlangung der Genehmigung für die Herausnahme außerstädtischer Flächen aus der landwirtschaftlichen Nutzung, die Tätigkeit der Erstellung des Bewertungsberichts über die von der Enteignung betroffenen Immobilien, die Tätigkeit der Erstellung der Unterlagen zur Erlangung der Genehmigung des Eisenbahninfrastrukturbetreibers für die Eisenbahnkreuzung und die Tätigkeit der Erstellung der archäologischen Studie.
- 5 Hinsichtlich des Angebots, für das der Zuschlag erteilt wurde, vertritt die Beschwerdeführerin die Auffassung, dass es für nicht ordnungsgemäß hätte erklärt werden müssen, da der Bieter drei der oben aufgeführten Tätigkeiten nicht rechtmäßig ausführen könne. Die Beschwerdeführerin macht u. a. geltend, dass in dem Angebot auch ein Unterauftragnehmer angegeben werden müssen, der befugt sei, Planungsleistungen für die Gestaltung der Eisenbahnkreuzung zu erbringen, da die einschlägigen Rechtsvorschriften vorsähen, dass diese Leistungen nur von Wirtschaftsteilnehmern erbracht werden dürften, die vom Eisenbahninfrastrukturbetreiber zugelassen seien.
- 6 Die Streithelferin beantragt, die Beschwerde als unbegründet zurückzuweisen, da die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Anforderungen in den Vergabeunterlagen nicht vorgesehen seien, so dass sie keinen Grund für einen Ausschluss vom Verfahren, indem die Angebote für nicht ordnungsgemäß erklärt würden, darstellen könnten.
- 7 Der öffentliche Auftraggeber weist darauf hin, dass in den Vergabeunterlagen entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin nicht die Angabe zugelassener Fachleute gefordert worden sei. Auf der anderen Seite sei der Umstand, dass der auf Platz I gelistete Bieter seine Entscheidung, bestimmte Tätigkeiten im Fall der Erteilung des Zuschlags an Unterauftragnehmer zu vergeben, zunächst nicht mitgeteilt habe, in diesem Fall unerheblich, da das nationale Recht ihm das Recht

einräume, nach der Unterzeichnung des Vertrags über den öffentlichen Auftrag während des Durchführungszeitraums neue Unterauftragnehmer in Anspruch zu nehmen.

Kurze Darstellung der Begründung der Vorlage

- 8 Der CNSC weist einleitend darauf hin, dass seine Eigenschaft als nationales Gericht im Sinne von Art. 267 AEUV vom Gerichtshof bereits mit dem Beschluss vom 17. Oktober 2018 in der Rechtssache Beny Alex (C-353/18, EU:C:2018:829) festgestellt worden ist.
- 9 Hinsichtlich der Zulässigkeit seines Vorabentscheidungsersuchens ist der CNSC der Ansicht, dass in der Rechtssache ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht, und zwar sowohl im Hinblick auf den Wert des zu vergebenden Dienstleistungsauftrags, dessen geschätzter Wert 1 970 967 RON (entspricht 421 553 Euro) beträgt und damit über dem in der Delegierten Verordnung (EU) 2019/1828 der Kommission zur Änderung der Richtlinie 2014/24 festgelegten Schwellenwert liegt, als auch unter dem Aspekt des Gegenstands des Verfahrens und der Finanzierungsquelle, da das fragliche Projekt, das die Anbindung des internationalen Flughafens „Traian Vuia“ in Timișoara an den paneuropäischen Verkehrskorridor IV zum Ziel hat, teilweise aus dem Europäischen Fonds für regionale Entwicklung finanziert wird.
- 10 In der Sache begehrt der CNSC vom Gerichtshof, dass dieser sich zu der Möglichkeit äußert, dass die Vergabeunterlagen durch die Bestimmungen der nationalen Rechtsvorschriften über die verschiedenen Tätigkeiten ergänzt werden können, die vom öffentlichen Auftrag erfasst sind, aber ein geringes Gewicht im Rahmen dieses Auftrags haben, sowie zu der Verpflichtung, im Angebot Unterauftragnehmer für solche Tätigkeiten zu benennen.
- 11 Der CNSC gibt an, dass dieses Problem in seiner Praxis und der der nationalen Gerichte häufig anzutreffen ist und zu einer uneinheitlichen Vorgehensweise geführt hat, was die Teilnahme vieler europäischer Wirtschaftsteilnehmer an Ausschreibungsverfahren in Rumänien einschränken kann.
- 12 In diesem Zusammenhang verweist der CNSC auf das Urteil vom 2. Juni 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404), in dem der Gerichtshof befunden hat, dass ein Wirtschaftsteilnehmer nicht wegen Bedingungen, die in den Unterlagen nicht vorgesehen sind, vom Verfahren ausgeschlossen werden darf und dass die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung, die für alle Verfahren der Vergabe öffentlicher Aufträge gelten, es gebieten, dass die materiell- und die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen einer Teilnahme an einem Vergabeverfahren im Voraus eindeutig festgelegt werden, damit die Bieter genau erkennen können, welche Bedingungen sie erfüllen müssen, und damit sie die Gewissheit haben können, dass für alle Wettbewerber die gleichen Bedingungen gelten.

- 13 Der CNSC betont, dass allein der öffentliche Auftraggeber die Auswahlkriterien auf der Grundlage seiner Beurteilungsbefugnis festlegt und dass der CNSC und die Gerichte nicht an seiner Stelle die Notwendigkeit dieser Festlegung beurteilen können. Auf der anderen Seite können geschädigte Wirtschaftsteilnehmer mit Rechtsbehelfen nur solche Vergabeunterlagen in Frage stellen, die sie für zu restriktiv halten, jedoch ist es nicht zulässig, dass sie Unterlagen mit der Begründung in Frage stellen, dass sie zu weitgehend seien, d. h., dass sie zusätzliche Kriterien enthalten sollten, die den Zugang zum Verfahren für andere Betreiber einschränken könnten.
- 14 Der CNSC ist der Ansicht, dass angesichts der uneinheitlichen nationalen Praxis zu prüfen ist, inwieweit die aus dem Urteil Pizzo resultierende Rechtsprechung in Bezug auf die Vervollständigung der Ausschreibungsunterlagen durch die Bestimmungen der nationalen Rechtsvorschriften bezüglich der verschiedenen Tätigkeiten, die vom öffentlichen Auftrag erfasst sind, aber ein geringes Gewicht im Rahmen dieses Auftrags haben, anwendbar ist.
- 15 Eine weitere Frage, die vom Gerichtshof geklärt werden sollte, betrifft die Verpflichtung zur Benennung von Unterauftragnehmern für alle Auftragstätigkeiten, unabhängig von deren Gewicht im Rahmen des Auftrags, da diese Problematik wichtige Folgen für den Wettbewerb bei großen Vergabeverfahren bei Infrastrukturprojekten in Rumänien hat, wo es viele Nebentätigkeiten gibt, die bestimmte Genehmigungen erfordern.
- 16 So wird unabhängig vom Zeitpunkt und vom Umfang der Beteiligung eines Unterauftragnehmers an den Arbeiten – d. h., ob seine Leistungen zu Beginn oder am Ende der Arbeiten erforderlich sind, ob sie im Rahmen des Auftrags mehr oder weniger großes Gewicht haben oder ob die Gewissheit besteht, dass die Leistungen notwendig sind – in vielen Fällen davon ausgegangen, dass der Unterauftragnehmer zum Zeitpunkt der Einreichung der Angebote benannt werden muss. Beispielsweise vertritt die Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall u. a. die Auffassung, dass es erforderlich gewesen sei, einen Unterauftragnehmer für die Tätigkeit der Einholung der Genehmigung für die Herausnahme außerstädtischer Flächen aus der landwirtschaftlichen Nutzung zu benennen, obwohl in den Vergabeunterlagen in Bezug auf diese Tätigkeit die Formulierung „nur gegebenenfalls“ verwendet wird.
- 17 Der CNSC ist der Ansicht, dass allein der öffentliche Auftraggeber in der Lage ist, unter Beachtung der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz die relevanten Auswahlkriterien festzulegen. Ließe man zu, dass die Vergabeunterlagen durch Kriterien ergänzt werden können, deren Erforderlichkeit sich aus Spezialgesetzen ergibt, die für öffentliche Aufträge nicht einschlägig sind, so verstieße dies gegen Art. 58 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 2014/24, da bei einer Ergänzung von Rechts wegen durch solche Kriterien der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und das Recht des öffentlichen Auftraggebers, die Auswahlkriterien festzulegen, außer Acht gelassen würden.

- 18 Nach Ansicht des CNSC verstößt die Verpflichtung zur Vergabe von Unteraufträgen als einzige Form der Ausführung einer Tätigkeit sowohl gegen die Vertragsfreiheit und das Organisationsrecht der Wirtschaftsteilnehmer als auch gegen die Bestimmungen des Art. 63 der Richtlinie, wonach dann, wenn ein Wirtschaftsteilnehmer beabsichtigt, die Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch zu nehmen, er dem öffentlichen Auftraggeber gegenüber nachweisen muss, dass ihm die erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen werden, „indem er beispielsweise die ... verpflichtenden Zusagen dieser Unternehmen vorlegt“.
- 19 Folglich vertritt der CNSC die Auffassung, dass wenn die Vorlage einer verpflichtenden Zusage zum Nachweis bestimmter Auswahlkriterien ausreicht, erst recht eine Verfügbarkeitserklärung von zugelassenen Fachleuten in dem Fall genügt, dass keine derartigen Kriterien festgelegt sind und es sich um eine Reihe von Tätigkeiten von geringem Gewicht im Rahmen des Auftrags handelt.

ARBEITSDOKUMENT