

Rechtssache C-403/23

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

Eingangsdatum:

30. Juni 2023

Vorlegendes Gericht:

Consiglio di Stato (Italien)

Datum der Vorlageentscheidung:

16. Juni 2023

Berufungsklägerin:

Luxone Srl, im eigenen Namen und als Vertreterin der mit Iren Smart Solutions SpA zu gründenden Bietergemeinschaft

Berufungsbeklagte:

Consip SpA

Gegenstand des Ausgangsverfahrens

Berufung, die die Gesellschaft Luxone beim Consiglio di Stato (Staatsrat, Italien) im eigenen Namen und als Vertreterin der zu gründenden Bietergemeinschaft gegen das Urteil des Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Regionales Verwaltungsgericht Latium, Italien, im Folgenden: TAR Lazio) eingelegt hat, mit dem ihre Klage gegen die von der Consip S.p.a. ihr gegenüber getroffenen Verfügungen abgewiesen wurde. Diese Verfügungen sahen den Ausschluss von einem Vergabeverfahren und den Einbehalt der vorläufigen Kautionen vor, die die Berufungsklägerin im Rahmen des Vergabeverfahrens bei Einreichung ihrer Angebote geleistet hatte.

Gegenstand und Rechtsgrundlage der Vorlage

Das Vorabentscheidungsersuchen des Consiglio di Stato als letztinstanzliches Gericht im Sinne von Art. 267 AEUV dient der Klärung der Frage, ob die italienischen Vorschriften über die Änderung der Zusammensetzung der

Bietergemeinschaften, den Ausschluss der Bietergemeinschaft von dem Vergabeverfahren im Fall des Austritts eines ihrer Mitglieder und den Einbehalt der im Rahmen des Vergabeverfahrens, von dem der Bieter ausgeschlossen wurde, gestellten vorläufigen Kauttionen mit der Richtlinie 2004/18/EG und den unionsrechtlichen Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit, der Unternehmensfreiheit, der Freizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit vereinbar sind.

Vorlagefragen

A) Stehen die Richtlinie 2004/18/EG, die Art. 16 und 52 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, des Wettbewerbs, der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs nach den Art. 49, 50, 54 und 56 AEUV innerstaatlichen Rechtsvorschriften (Art. 11 Abs. 6, Art. 37 Abs. 8, 9, 10, 18 und 19 sowie Art. 38 Abs. 1 Buchst. f des Gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 163 von 2006) entgegen, die im Fall des Ablaufs der Gültigkeitsdauer des ursprünglich von einer zu gründenden Bietergemeinschaft abgegebenen Angebots die Möglichkeit ausschließen, im Zuge der Verlängerung der Gültigkeitsdauer dieses Angebots die ursprüngliche Zahl der Mitglieder der Bietergemeinschaft zu reduzieren, und sind diese nationalen Bestimmungen insbesondere mit den allgemeinen unionsrechtlichen Grundsätzen der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit und der praktischen Wirksamkeit sowie mit Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vereinbar?

B) Stehen die Richtlinie 2004/18/EG, die Art. 16, 49, 50 und 52 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), Art. 6 EUV sowie die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, des Wettbewerbs, der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs nach den Art. 49, 50, 54 und 56 AEUV innerstaatlichen Rechtsvorschriften (Art. 38 Abs. 1 Buchst. f, Art. 48 und Art. 75 des Gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 163/2006) entgegen, die die Verhängung der Sanktion des Einhalts der vorläufigen Kauttion als automatische Folge des Ausschlusses eines Wirtschaftsteilnehmers von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsvertrags vorsehen, und zwar unabhängig davon, ob der Wirtschaftsteilnehmer den betreffenden Zuschlag erhalten hat?

Angeführte unionsrechtliche Vorschriften

Richtlinie 2004/18/EG, insbesondere zweiter Erwägungsgrund, Art. 2 und Art. 4 Abs. 2

Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: Charta), Art. 16, 49, 50 und 52

Art. 49, 50, 54 und 56 AEUV

Art. 6 EUV

Angeführte nationale Vorschriften

Decreto legislativo n. 163/2006, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (Gesetzesvertretendes Dekret Nr. 163/2006, Gesetzbuch über öffentliche Bau-, Dienstleistungs- und Lieferaufträge zur Umsetzung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG, im Folgenden: Gesetzbuch) in der maßgeblichen Fassung:

Art. 11 Abs. 6:

„Jeder Teilnehmer darf nur ein Angebot abgeben. Das Angebot ist für die in der Bekanntmachung oder in der Aufforderung angegebene Zeit oder, falls diese Angabe fehlt, für 180 Tage ab Ablauf der Frist für die Angeboteinreichung bindend. Die Vergabestelle kann die Bieter um eine Verlängerung dieser Frist ersuchen.“

Art. 37 Abs. 8, 9, 10, 18 und 19:

„8. Die Subjekte laut Artikel 34 Absatz 1 Buchstaben d) und e) dürfen auch vor ihrem Zusammenschluss Angebote abgeben. In diesem Fall muss das Angebot von allen Wirtschaftsteilnehmern, die sich zu einer Bietergemeinschaft oder zu einem gewöhnlichen Bieterkonsortium zusammenschließen wollen, unterzeichnet werden; außerdem muss das Angebot die Verpflichtung enthalten, dass dieselben Wirtschaftsteilnehmer im Falle des Zuschlags einem von ihnen ... einen gemeinsamen Sonderauftrag mit Vertretungsmacht erteilen, der als Beauftragter den Vertrag in seinem Namen und auf seine Rechnung sowie im Namen und auf Rechnung der Auftrag gebenden Unternehmen abschließen wird.

9. ... Vorbehaltlich der Vorschriften der Absätze 18 und 19 ist jede Änderung in der Zusammensetzung der Bietergemeinschaften und gewöhnlichen Bieterkonsortien gegenüber der Zusammensetzung, die aus der bei der Angebotsabgabe abgegebenen Verpflichtung resultiert, verboten.

10. Die Nichtbeachtung der Verbote laut Absatz 9 bewirkt die Aufhebung der Zuschlagserteilung oder die Nichtigkeit des Vertrags sowie den Ausschluss der Bieter, die sich ... zu einer Bietergemeinschaft zusammengeschlossen haben.

18. Bei Konkurs des Beauftragten oder, falls es sich um einen Einzelunternehmer handelt, im Falle seines Todes, seiner Entmündigung, seiner beschränkten Entmündigung oder seines Konkurses oder in den von den Antimafiabestimmungen vorgesehenen Fällen kann die Vergabestelle das Vertragsverhältnis mit einem anderen Wirtschaftsteilnehmer fortsetzen, der gemäß den Verfahren dieses Gesetzbuches zum Beauftragten bestellt wird, sofern er die

für die noch auszuführenden Bauleistungen, Dienstleistungen oder Lieferungen erforderlichen Qualifikationsanforderungen erfüllt; sind die genannten Bedingungen nicht gegeben, kann die Vergabestelle vom Vertrag zurücktreten.

19. Bei Konkurs eines der Auftrag gebenden Unternehmen oder, falls es sich um einen Einzelunternehmer handelt, im Falle seines Todes, seiner Entmündigung, seiner beschränkten Entmündigung oder seines Konkurses oder in den von den Antimafiabestimmungen vorgesehenen Fällen ist der Beauftragte, wenn er keinen anderen Wirtschaftsteilnehmer als Nachfolger angibt, der die vorgeschriebenen Eignungsanforderungen erfüllt, verpflichtet, die Leistung unmittelbar selbst oder durch die anderen Auftrag gebenden Unternehmen auszuführen, sofern sie die für die noch auszuführenden Bauleistungen, Dienstleistungen oder Lieferungen erforderlichen Qualifikationsanforderungen erfüllen.“

Art. 38 Abs. 1 Buchst. f:

„1. Die nachstehenden Subjekte sind von der Teilnahme an Verfahren zur Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen sowie von Bau-, Liefer-, und Dienstleistungsaufträgen ausgeschlossen und dürfen weder Unterauftragnehmer sein noch die entsprechenden Verträge abschließen: ... f) Subjekte, die nach begründeter Beurteilung der Vergabestelle bei der Ausführung der von der ausschreibenden Vergabestelle vergebenen Leistungen eine grobe Nachlässigkeit begangen oder in schlechtem Glauben gehandelt haben oder die im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen haben, die von der Vergabestelle nachweislich festgestellt wurde“.

Art. 48 Abs. 1:

„Vor der Öffnung der Umschläge mit den abgegebenen Angeboten fordern die Vergabestellen eine Anzahl von durch öffentliches Los ausgewählten Bietern, die mindestens zehn Prozent der abgegebenen Angebote entspricht und die auf die nächsthöhere ganze Zahl aufzurunden ist, auf, innerhalb von zehn Tagen ab Aufforderung nachzuweisen, dass sie die gegebenenfalls in der Ausschreibungsbekanntmachung verlangten Anforderungen an die wirtschaftlich-finanzielle und technisch-organisatorische Leistungsfähigkeit erfüllen, indem sie die in der besagten Bekanntmachung oder im Aufforderungsschreiben angeführten Unterlagen vorlegen. Im Rahmen der Kontrolle überprüfen die Vergabestellen die Erfüllung der Qualifikationsanforderung zur Ausführung der Arbeiten ... Wird dieser Nachweis nicht erbracht oder werden darin die im Teilnahmeantrag oder im Angebot enthaltenen Erklärungen nicht bestätigt, schließen die Vergabestellen den Teilnehmer von dem Vergabeverfahren aus [und] behalten die betreffende vorläufige Kautions ein ...“.

Art. 75:

„1. Dem Angebot ist eine Sicherheit in Höhe von zwei Prozent der in der Bekanntmachung oder in der Aufforderung angegebenen Ausschreibungssumme

beizufügen, die nach Wahl des Bieters in Form einer Kautions oder einer Bürgschaft geleistet wird. ...

6. Die Sicherheit deckt die nicht zustande gekommene Vertragsunterzeichnung wegen eines vom Auftragnehmer zu vertretenden Umstandes; sie wird automatisch bei Unterzeichnung des Vertrags freigegeben. ...

9. Die Vergabestelle sorgt gleichzeitig mit der Mitteilung der Zuschlagserteilung an die nicht erfolgreichen Bieter dafür, dass die Sicherheit laut Absatz 1 zugunsten der genannten Bieter freigegeben wird ...“.

Kurze Darstellung des Sachverhalts und des Verfahrens

A) Der Streitigkeit zugrunde liegender Sachverhalt

- 1 Mit Bekanntmachung vom 21. Dezember 2015 leitete Consip ein in 12 Lose unterteiltes Vergabeverfahren zur Vergabe des Dienstes Beleuchtung und damit verbundener Dienstleistungen ein. Luxone, Consorzio Stabile Energie Locali (im Folgenden: CSEL), Iren Smart Solutions und Gi One, die sich zusammenschlossen, gaben ein gemeinsames Angebot für die Lose 1, 8, 10 und 11 ab und leisteten die betreffenden vorläufigen Kautions als eine zu gründende Bietergemeinschaft, wobei sie sich verpflichteten, im Fall eines Zuschlags eine Bietergemeinschaft zu bilden.
- 2 Das Vergabeverfahren hätte bis zum 18. April 2017 abgeschlossen werden sollen, wurde jedoch von Consip acht Mal verlängert. Dies hatte zur Folge, dass die vier genannten Unternehmen, die an dem Vergabeverfahren teilnahmen, ihr ursprünglich eingereichtes Angebot nach Ablauf der Bindefrist mehrfach erneut bestätigen mussten und dass die vorläufigen Garantien verlängert wurden.
- 3 Im Jahr 2020 erklärten Luxone und Iren Smart Solutions im Zusammenhang mit der siebten und der achten Bestätigungsaufforderung von Consip ihre Bereitschaft, ihre ursprünglichen Angebote zu bestätigen. Dagegen erklärten Gi One und CSEL, die Angebote wegen der unvorhergesehenen mehrjährigen Dauer des Verfahrens nicht bestätigen zu wollen. Die beiden letzteren Unternehmen gaben insbesondere an, dass die Angebote aus unternehmerischer Sicht und unter dem Gesichtspunkt einer ordnungsgemäßen und umsichtigen Unternehmensführung nicht mehr tragfähig seien.
- 4 Nach Ansicht von Consip sind Gi One und CSEL mit der Nichtbestätigung der Angebote aus der Bietergemeinschaft ausgetreten, wodurch sich die ursprüngliche Zusammensetzung geändert hat und ein Austritt aus der Bietergemeinschaft erfolgt ist. Im Oktober 2020 erließ Consip daher gegen die Bietergemeinschaft als Ganzes eine Verfügung, mit der sie vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde, sowie eine Verfügung, mit der die vorläufigen Kautions in Höhe von insgesamt 2 950 000,00 Euro einbehalten wurden. Der Ausschluss vom Vergabeverfahren

wurde darauf gestützt, dass der Austritt von Gi One und CSEL rechtswidrig sei und Umgehungscharakter habe.

- 5 Zur Rechtswidrigkeit des Austritts führt Consip aus, dass das italienische Recht zwar dem Teilnehmer und damit im vorliegenden Fall der gesamten Bietergemeinschaft das Recht einräume, nach Ablauf einer bestimmten Frist nach der Einleitung des Vergabeverfahrens vom Angebot zurückzutreten, allerdings sei es nicht möglich, dass nur ein Teil der Gesellschaften der Bietergemeinschaft dieses Recht ausübe.
- 6 Was den Umgehungscharakter des Austritts betreffe, habe Gi One mit dem Austritt die gesetzlich vorgesehenen Kontrollen umgehen wollen, da einige der mit Gi One in Verbindung stehenden Personen strafbare Handlungen begangen hätten. Was den Austritt von CSEL anbelange, ergebe sich die Umgehung insbesondere aus dem Fehlen der Voraussetzungen für die Teilnahme an dem Vergabeverfahren, die von der Antragstellung bis zur Auftragsvergabe vorliegen müssten.

B) Verfahren erster Instanz und Berufungsverfahren

- 7 Die Berufungsklägerin focht die oben genannten Verfügungen von Consip vor dem TAR Lazio an.
- 8 Mit Urteil Nr. 4505/2021 wies das TAR Lazio die Klage ab und begründete dies wie folgt: a) Es sei nicht möglich, dass nur ein Teil der Mitglieder der Bietergemeinschaft das Angebot bei dessen Ablauf bestätige; b) es sei unzulässig, das Recht, aus einer Bietergemeinschaft auszutreten, in anderen als den von der Rechtsprechung zugelassenen Fällen, die hier nicht vorlägen, auszuüben; c) der hier erfolgte Austritt habe Umgehungscharakter, da mit ihm ein Ausschluss von dem Vergabeverfahren habe vermieden werden sollen.
- 9 Darüber hinaus stellte das TAR Lazio fest, dass es keine Gründe gebe, die Verfassungsmäßigkeit oder die Vereinbarkeit der italienischen Rechtsvorschriften mit dem Unionsrecht in Frage zu stellen. Die zum maßgeblichen Zeitpunkt geltende Richtlinie 2004/18 sehe keine Verpflichtung des nationalen Gesetzgebers vor, in einer Situation wie der vorliegenden die Möglichkeit zu schaffen, die Zahl der zur ursprünglichen Bietergemeinschaft gehörenden Unternehmen zu reduzieren.
- 10 Gegen das Urteil des TAR Lazio legte die Berufungsklägerin beim Consiglio di Stato Berufung ein, der das Verfahren bis zur Entscheidung der Corte costituzionale (Verfassungsgerichtshof, Italien) über die von ihm in einem anderen Verfahren zu einem ähnlichen Streitfall aufgeworfenen Fragen der Verfassungsmäßigkeit aussetzte.
- 11 Mit Urteil Nr. 198 von 2022 verneinte die Corte costituzionale den Strafcharakter des Einhalts der vorläufigen Kautions, denn dieser diene im Wesentlichen der

Gewährleistung der Einhaltung der Vergabevorschriften und der Wiederherstellung des verletzten öffentlichen Interesses an einer Vermeidung dessen, dass ungeeignete Bieter oder nicht die Anforderungen erfüllende Angebote am Vergabeverfahren teilnahmen. Nach Ansicht der Corte costituzionale kann aus der geringen Höhe des Betrags der vorläufigen Kautionsleistung, aus der Regelung alternativer Möglichkeiten der Sicherheitsleistung (Kautionsleistung oder Bürgschaft) und aus dem System der vom Gesetzgeber vorgesehenen Herabsetzungen geschlossen werden, dass nicht die für die Vergleichbarkeit der nachteiligen Maßnahme mit einer im Kern strafrechtlichen Sanktion erforderliche besondere Schwere vorliege.

- 12 Der Consiglio di Stato ist der Ansicht, dass dieses Urteil der Corte costituzionale für das bei ihm anhängige Verfahren nicht maßgeblich ist, und zwar auch deshalb, weil der Gesamtbetrag der Kautionsleistung in der bei ihm anhängigen Rechtssache sehr hoch ist.

Wesentliche Argumente der Parteien des Ausgangsverfahrens

- 13 Die Berufungsklägerin bestreitet die Rechtmäßigkeit des Einbehalts der vorläufigen Kautionsleistungen nach dem Ausschluss von dem Vergabeverfahren. Diese Maßnahme sei schon deshalb rechtswidrig, weil die ihr zugrunde liegende Ausschlussverfügung rechtswidrig sei. Sie sei aber auch deshalb rechtswidrig, weil ein Einbehalt nach den zum maßgeblichen Zeitpunkt geltenden Rechtsvorschriften nur unter zwei Voraussetzungen erfolgen können: Wenn der Bieter nicht nachweise, dass er die Anforderungen an die wirtschaftlich-finanzielle und technisch-organisatorische Leistungsfähigkeit erfülle, oder wenn es „wegen eines vom Auftragnehmer zu vertretenden Umstandes“ nicht zur Vertragsunterzeichnung komme.
- 14 In beiden Fällen setze der Einbehalt der Kautionsleistung ein dem Wirtschaftsteilnehmer, der die Nichtunterzeichnung des Vertrags oder die nicht fortgesetzte Teilnahme an dem Vergabeverfahren zu vertreten habe, subjektiv zurechenbares Verhalten voraus. Keiner dieser beiden Fälle liege im vorliegenden Fall vor.
- 15 Der Einbehalt der Kautionsleistungen sei eine stark sanktionierende Maßnahme mit strafrechtlichem Charakter, weil es an dem typischen Ziel des Einbehalts der Kautionsleistung in Form des Ersatzes des dem öffentlichen Auftraggeber entstandenen Schadens fehle. Im vorliegenden Fall habe Consip keinen Schaden erlitten, da die Bietergemeinschaft von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen worden sei.
- 16 Der automatische Einbehalt der – hohen und belastenden – Kautionsleistungen sei eine völlig unbegründete und unzumutbare Sanktion, die außer Verhältnis zum Verhalten der Bietergemeinschaft stehe und zu einer Auslegung der Art. 48 und 75 des Gesetzbooks führe, die im Widerspruch zu den verfassungs- und unionsrechtlichen Grundsätzen und Bestimmungen stehe.

Kurze Darstellung der Begründung der Vorlage

- 17 Nach Ansicht des Consiglio di Stato muss geprüft werden, ob die italienischen Rechtsvorschriften, die zur Folge haben, dass die Nichtbestätigung des Angebots durch einen Wirtschaftsteilnehmer nach Ablauf der Bindefrist für das Angebot einem Austritt aus der Bietergemeinschaft gleichzusetzen ist, mit dem Unionsrecht vereinbar sind. Es ist außerdem notwendig, auf die Ausschlussverfügung einzugehen, die auch für die anschließende Verfügung des Einbehalts der Kautions relevant ist.

Zur Ausschlussverfügung

- 18 Nach Ansicht des vorlegenden Gerichts ist die Ausschlussverfügung nach italienischem Recht eine gesetzlich vorgeschriebene Maßnahme, weil zum einen die Nichtbestätigung des Angebots durch Gi One, also deren Austritt, gegen das Verbot der Änderung der Bietergemeinschaft verstößt, und zum anderen der Austritt im vorliegenden Fall eine Handlung darstellt, mit der die Kontrolle der moralischen Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers umgangen wird.
- 19 Zum Verbot der Änderung der Bietergemeinschaft weist das vorlegende Gericht darauf hin, dass nach Art. 37 des Gesetzbooks das Recht, von dem im Vergabeverfahren eingereichten Angebot nach Ablauf der Bindefrist zurückzutreten, nur von der zu gründenden Bietergemeinschaft als Ganzes ausgeübt werden kann, da hier keine der nach dem Gesetz und der Rechtsprechung zulässigen Ausnahmen vorliegt, die eine Änderung der Bietergemeinschaft erlauben würden.
- 20 Die Bietergemeinschaft nimmt an dem Vergabeverfahren als eine mehrgliedrige Partei teil, die sich aus allen Wirtschaftsteilnehmern zusammensetzt, die die Bietergemeinschaft im Fall eines Zuschlags bilden werden. Es wäre daher nicht möglich, das Angebot von nur zwei Mitgliedern (statt der ursprünglichen vier) der Bietergemeinschaft zu bestätigen, und zwar insbesondere unter Berücksichtigung des Zwecks von Art. 11 Abs. 6 des Gesetzbooks und des sich aus seinem Art. 37 Abs. 9 ergebenden und auch auf den Fall einer noch nicht förmlich gegründeten Bietergemeinschaft anwendbaren Grundsatzes, dass die Bietergemeinschaft während des Vergabeverfahrens nicht geändert werden kann.
- 21 Art. 11 Abs. 6 soll gewährleisten, dass das Angebot während der gesamten voraussichtlichen Dauer des Vergabeverfahrens unverändert bleibt. Dieser Artikel dient dem Schutz des Bieters, der nach Ablauf der Bindefrist vom Angebot zurücktreten kann, wohingegen das Angebot bestehen bleibt, wenn er dies nicht tut. In Ermangelung eines ausdrücklichen gegenteiligen Willens aller Personen, aus denen sich die mehrgliedrige Partei zusammensetzt, ist das Angebot weiterhin als bindend zu betrachten. Die italienischen Rechtsvorschriften bieten dem öffentlichen Auftraggeber auch die Gewähr, dass formal noch nicht gegründete Bietergemeinschaften ein seriöses Angebot im Vergabeverfahren abgeben, um

sicherzustellen, dass diese Bietergemeinschaften nach dem Zuschlag auch tatsächlich gegründet werden.

- 22 Was die Umgehung der Zuverlässigkeitskontrolle betrifft, weist das vorlegende Gericht darauf hin, dass nach der einschlägigen Verwaltungsrechtsprechung der Austritt eines Unternehmens unzulässig ist, wenn er darauf abzielt, Rechtsvorschriften zu umgehen, und insbesondere, wenn er darauf abzielt, die Kontrollen hinsichtlich der Erfüllung der Teilnahmebedingungen zu vermeiden und so der Sanktion eines Ausschlusses vom Vergabeverfahren wegen Nichterfüllung dieser Bedingungen zu entgehen.
- 23 In Anbetracht dieser Erwägungen stellt das vorlegende Gericht fest, dass die italienischen Rechtsvorschriften, so wie sie von der Rechtsprechung ausgelegt werden, die Mitglieder der Bietergemeinschaft dazu verpflichten, sich auf unbestimmte Zeit an das abgegebene Angebot zu binden, selbst wenn die Bindefrist für das Angebot bei komplexen Vergabeverfahren von langer Dauer mehrfach abläuft – wobei die einzige Möglichkeit darin besteht, dass alle ursprünglichen Mitglieder der Bietergemeinschaft das Angebot nicht bestätigen. Es stellt sich die Frage, ob eine solche Regelung mit dem Grundsatz der unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 der Charta, der die Rechtsprechung des Gerichtshofs kodifiziert und sich auf Art. 119 AEUV stützt, sowie mit dem in Art. 52 der Charta verankerten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und den im AEUV enthaltenen Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit, des Wettbewerbs, der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs vereinbar ist.
- 24 Das mit der Sanktion des Ausschlusses der gesamten Bietergemeinschaft bewehrte Verbot für ein einzelnes Mitglied, sich von dem Vergabeverfahren zurückzuziehen, ist nach Ansicht des vorlegenden Gerichts keine Maßnahme, die in einem angemessenen Verhältnis zu dem Erfordernis steht, die Seriosität des eingereichten Angebots zu gewährleisten, da die Wirtschaftsteilnehmer, die das Angebot bestätigt haben, selbst in Abwesenheit des Wirtschaftsteilnehmers, der von dem Vergabeverfahren zurückgetreten ist, alle Voraussetzungen für die Teilnahme erfüllen.
- 25 Gemäß dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts ist und mit dem, wie sich aus der Richtlinie 2004/18 ergibt, die Vergabe von Aufträgen in den Mitgliedstaaten in Einklang stehen muss, dürfen die von den Mitgliedstaaten getroffenen Maßnahmen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist, was auch durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs bestätigt wurde.
- 26 Schließlich weist das vorlegende Gericht darauf hin, dass infolge der Gleichsetzung der Nichtbestätigung des Angebots durch den einzelnen Wirtschaftsteilnehmer der Bietergemeinschaft mit dem Austritt aus der Bietergemeinschaft der Ausschluss in jedem Fall gesetzlich vorgeschrieben ist, wenn er als eine Umgehung der Kontrolle der moralischen Zuverlässigkeit des austretenden Wirtschaftsteilnehmers betrachtet wird; wird hingegen die

Nichtbestätigung des Angebots durch diesen Wirtschaftsteilnehmer akzeptiert, sollte keine Kontrolle der beruflichen Zuverlässigkeit mehr erfolgen, da der Wirtschaftsteilnehmer nicht mehr als Mitglied der an der Ausschreibung beteiligten Bietergemeinschaft angesehen werden kann.

Zur Verfügung des Einbehalts der Kautions

- 27 Der Consiglio di Stato führt aus, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (im Folgenden: EGMR) für die Zuordnung finanzieller Sanktionen zum Strafrecht auf ihre Rechtsnatur, Schwere und Fairness abgestellt hat (Urteil vom 4. März 2014, Grande Stevens u. a./Italien, § 99; in diese Richtung auch Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 5. Juni 2012, C-489/10).
- 28 Der Consiglio di Stato hat im Rahmen seiner Rechtsprechung festgestellt, dass der EGMR besondere und eigenständige Kriterien zur Bejahung oder Verneinung des strafrechtlichen Charakters eines Rechtsverstoßes und der betreffenden Sanktion herausgearbeitet hat. Im Einzelnen wurden drei Kriterien aufgestellt, und zwar erstens die rechtliche Einordnung des Rechtsverstoßes nach nationalem Recht, wobei klargestellt wird, dass diese nicht bindend ist, sofern ein „intrinsisch strafrechtlicher“ Charakter der Maßnahme festgestellt wird, zweitens die Art des Rechtsverstoßes, die sich aus dem Anwendungsbereich der den Rechtsverstoß regelnden Vorschriften und aus dem verfolgten Zweck ergibt, und drittens der Schweregrad der Sanktion.
- 29 Wegen des Umfangs des der Berufungsklägerin auferlegten Vermögensopfers nimmt der Einbehalt der vorläufigen Kautions das Erscheinungsbild einer Sanktion an, der nach der Rechtsprechung des EGMR strafrechtlicher Charakter zuerkannt werden muss. Der automatische Einbehalt der vorläufigen Sicherheiten erfüllt nämlich im vorliegenden Fall den Tatbestand der offensichtlichen Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit von Sanktionen.
- 30 Von Bedeutung ist deshalb vor allem Art. 49 Abs. 3 der Charta, wonach „[d]as Strafmaß ... zur Straftat nicht unverhältnismäßig sein [darf]“.
- 31 Im vorliegenden Fall fehlt es offensichtlich an einem gerechten Ausgleich zwischen dem öffentlichen Interesse und den auf europäischer Ebene garantierten Grundrechten, denn gegen die Berufungsklägerin wurde eine schwerwiegende finanzielle Sanktion kraft eines Automatismus verhängt, der als solcher definitionsgemäß unverhältnismäßig ist und keine angemessene Bewertung der Umstände des Einzelfalls vorsieht.
- 32 Auch Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK sowie Art. 17 der Charta sind dahin ausgelegt worden, dass sie die Gewährleistung der Verhältnismäßigkeit zwischen dem an den Tag gelegten Verhalten und der verhängten Sanktion bezwecken.

- 33 Es ist daher offensichtlich, dass Art. 38 Abs. 1 Buchst. f und Art. 48 des Gesetzbuchs gegen die verfassungs- und unionsrechtlichen Grundsätze zur Verhältnismäßigkeit von Sanktionen verstoßen, wenn sie dahin ausgelegt werden, dass sie einen automatischen Einbehalt der vorläufigen Kautions bei einem Ausschluss vom Vergabeverfahren erlauben.
- 34 Dieser Verstoß ist umso offensichtlicher, wenn man davon ausgeht, dass eine Maßnahme wie die in Rede stehende, der Sanktionscharakter zugesprochen werden muss, ohne Prüfung des subjektiven Tatbestands und insbesondere der Vorhersehbarkeit des Ausschlusses ergriffen werden kann.

ARBEITSDOKUMENT