

Rechtssache C-53/22

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

Eingangsdatum:

26. Januar 2022

Vorlegendes Gericht:

Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Italien)

Datum der Vorlageentscheidung:

7. Januar 2022

Klägerin:

VZ

Beklagter:

CA

Andere Beteiligte des Verfahrens:

RT, BO, Regione Lombardia, Regione Liguria

Gegenstand des Ausgangsverfahrens

Ablehnung der Aufhebung der Vergabe eines öffentlichen Auftrags

Gegenstand und Rechtsgrundlage der Vorlage

Art. 267 AEUV

Vorlagefragen

1) Steht Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 dem entgegen, dass einem Bieter, der von einem Verfahren zur Auswahl des Vertragspartners endgültig ausgeschlossen wurde, die Möglichkeit verwehrt wird, gegen die Ablehnung der Aufhebung des Zuschlags vorzugehen, wenn er nachweisen will, dass der erfolgreiche Bieter und alle weiteren nachgereichten Bieter eine schwere Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit begangen haben, die im

Abschluss wettbewerbswidriger Vereinbarungen besteht, die erst nach dessen Ausschluss gerichtlich festgestellt wurden, um an der Neudurchführung des Verfahrens teilnehmen zu können?

2) Stehen Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 und die Grundsätze des [unionsrechtlichen] Wettbewerbsschutzes dem entgegen, dass die Verwaltungsgerichte die Klage eines endgültig von einem Verfahren zur Auswahl des Vertragspartners ausgeschlossenen Bieters gegen die Ablehnung der Eigenkontrolle durch den öffentlichen Auftraggeber in Bezug auf Zulassungs- und Zuschlagshandlungen zugunsten von Bietern, die in demselben Sektor, der Gegenstand des Verfahrens ist, gerichtlich festgestellte wettbewerbswidrige Vereinbarungen getroffen haben, nicht nachprüfen können?

Angeführte unionsrechtliche Vorschriften und Rechtsprechung

Art. 101 AEUV

Richtlinie 2014/24/EU; Art. 18 Abs. 1, Art. 57 Abs. 4 Buchst. c und d

Richtlinie 2007/66/EG; Erwägungsgründe 3 und 17, Art. 1 Abs. 1 und 3, Art. 2a Abs. 2

Urteile des Gerichtshofs C-465/11, C-100/12, C-689/13, C-355/15, C-124/17 und C-425/18

Angeführte nationale Vorschriften

Gesetzbuch über öffentliche Aufträge – Decreto Legislativo (Gesetzesvertretendes Dekret) Nr. 50/2016, mit dem die Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU in Italien umgesetzt wurden.

Art. 80 regelt die Ausschlussgründe und sieht in Abs. 5 vor, dass die öffentlichen Auftraggeber einen Wirtschaftsteilnehmer von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren in einer der folgenden Situationen ausschließen, wobei Buchst. c die Situation vorsieht, in der der öffentliche Auftraggeber auf geeignete Weise nachweist, dass der Wirtschaftsteilnehmer im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen hat, die seine Integrität und Zuverlässigkeit in Frage stellt.

Art. 100 der Zivilprozessordnung, demgemäß für die Erhebung einer Klage oder die Verteidigung gegen eine Klage ein entsprechendes Interesse erforderlich ist.

Verwaltungsprozessordnung – Decreto Legislativo (Gesetzesvertretendes Dekret) Nr. 104/2010

Nach Art. 35 Abs. 1 Buchst. b erklärt das Gericht die Klage auch von Amts wegen für unzulässig, wenn kein Interesse vorliegt oder andere Gründe einer Entscheidung in der Hauptsache entgegenstehen.

Kurze Darstellung des Sachverhalts und des Verfahrens

- 1 Am 18. Dezember 2018 leitete der öffentliche Auftraggeber CA (Beklagter) ein offenes Verfahren für die Bereitstellung eines Hubschrauber-Rettungsdienstes ein.
- 2 Am 16. Januar 2019 focht die Gesellschaft VZ (Klägerin) die entsprechende Bekanntmachung insoweit an, als diese eine Zertifizierung verlangte, über die VZ zu diesem Zeitpunkt nicht verfügte. Die Klage wurde vom Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Regionales Verwaltungsgericht Lombardei, im Folgenden: TAR) mit Urteil abgewiesen, das vom Consiglio di Stato (Staatsrat) bestätigt wurde.
- 3 In der Zwischenzeit stellte die italienische Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Wettbewerbs- und Marktaufsichtsbehörde, im Folgenden: AGCM) fest, dass manche an diesem Verfahren teilnehmende Unternehmen im Zeitraum von 2001 bis August 2017 einen schweren Verstoß gegen Art. 101 AEUV begangen hätten, der u. a. in einer Vereinbarung über die Festsetzung von Preisen für Hubschrauberdienste bestanden habe, und verhängte folglich Geldbußen gegen sie. Eine wettbewerbsbeschränkende Absprache stellte sie hingegen nicht fest. Daher wurden am 2. März 2020 die drei Lose an RT (Lose 1 und 2) und BO (Los 3) vergeben.
- 4 RT und BO sowie JF, eine weitere Gesellschaft, die keine Partei im Ausgangsverfahren ist, fochten die gegen sie verhängten Geldbußen beim TAR Lazio (Regionales Verwaltungsgericht Latium, im Folgenden: TAR Latium) an. Alle Klagen wurden vom TAR Latium abgewiesen und dies, mit Ausnahme eines noch anhängigen Verfahrens, auch vom Consiglio di Stato bestätigt.
- 5 Am 1. Juni 2020 machte VZ CA auf eines der Urteile des TAR Latium aufmerksam und hielt außerdem fest, seit Oktober 2019 im Besitz der Zertifizierung zu sein, die eine Anforderung für die Teilnahme am Vergabeverfahren gewesen sei und die sie zuvor nicht gehabt habe.
- 6 Das Interesse der Klägerin besteht daher nicht darin, den Zuschlag zu erhalten, sondern darin, dass das gesamte Vergabeverfahren für nichtig erklärt wird, um an dessen Neudurchführung teilnehmen zu können.

Wesentliche Argumente der Parteien des Ausgangsverfahrens

- 7 RT und BO machen geltend, dass die Preisfestsetzung nicht zum Ziel gehabt habe, den Preis für die Dienstleistungen zu lenken, und von den öffentlichen Auftraggebern nicht dazu verwendet worden sei, die Grundlagen für die Vergabe

der Ausschreibungen festzulegen. Außerdem sei diese Preisfestsetzung für die öffentlichen Auftraggeber nicht bindend gewesen und habe nicht zu wettbewerbswidrigen Einschränkungen führen können.

- 8 VZ macht geltend, dass das Urteil des TAR Latium, auf das sie CA aufmerksam gemacht habe, die Beurteilung der Integrität und Zuverlässigkeit des erfolgreichen Bieters bei Erbringung des Hubschrauber-Rettungsdienstes konkret beeinflusse, und zwar selbst nachdem der Zuschlag bereits erteilt worden sei, da es sich um eine gerichtlich festgestellte schwere Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit handle.

Kurze Darstellung der Begründung der Vorlage

- 9 Die Klägerin wurde endgültig vom Vergabeverfahren ausgeschlossen und hätte daher kein Recht, gegen den Zuschlag und ganz allgemein gegen sämtliche Handlungen des Verfahrens vorzugehen. Im vorliegenden Fall hat das vorliegende Gericht jedoch aus den folgenden Gründen Zweifel.
- 10 Im Licht der Entwicklung der Rechtsprechung auf der Grundlage der Urteile des Gerichtshofs in den Rechtssachen C-100/12 und C-689/13 ist es nach italienischer Rechtsprechung zulässig, in einem Vergabeverfahren, an dem nur zwei Bieter teilgenommen haben, einen Nachprüfungsantrag zu prüfen, der darauf abzielt, die Neudurchführung des Verfahrens durch einen Teilnehmer zu erwirken, der wegen Nichterfüllung der Mindestanforderungen ausgeschlossen wurde. Selbst auf Grundlage dieser neuen Ausrichtung setzt das Interesse an der Prüfung eines solchen Antrags jedoch voraus, dass die Anfechtungen im Rahmen eines einzigen Verfahrens erfolgen und dass der Ausschluss des Bieters nicht bereits vor Einbringen des Antrags rechtskräftig geworden ist, wie es der Gerichtshof in der Rechtssache C-355/15 entschieden hat. Aufgrund dessen wäre der Nachprüfungsantrag daher im vorliegenden Fall für unzulässig zu erklären.
- 11 Zum Zeitpunkt des Verfahrens hätten der erfolgreiche Bieter und alle weiteren nachgereichten Bieter theoretisch wegen ihrer Beteiligung an einer wettbewerbswidrigen Absprache ausgeschlossen werden können. Der Gerichtshof hat nämlich entschieden, dass ein Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln, der von der AGCM mit einer gerichtlich bestätigten Entscheidung festgestellt und geahndet worden sei, eine schwere Verfehlung eines Wirtschaftsteilnehmers im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit darstelle (Rechtssache C-425/18). Zu jenem Zeitpunkt waren die Existenz und die Relevanz der Absprache jedoch noch nicht gerichtlich festgestellt worden, so dass die Klägerin die Zulassung des erfolgreichen Bieters und der anderen an der Absprache Beteiligten nicht anfechten konnte. Dies veranlasst das vorliegende Gericht dazu, die Angemessenheit dieser Präklusion in Zweifel zu ziehen, die im Wesentlichen davon abhängt, wie viel Zeit für die Feststellung der Absprache selbst erforderlich ist, d. h. von zufälligen Umständen.

- 12 Außerdem hatte der endgültig ausgeschlossene Bieter in der Rechtssache C-355/15 die Zuschlagsentscheidung angefochten, d. h. eine Entscheidung, die in engem Zusammenhang mit seinem Ausschluss stand und im Rahmen desselben Verfahrens erlassen wurde. Im vorliegenden Fall beanstandet die Klägerin hingegen, dass der öffentliche Auftraggeber eine Tatsache, die außerhalb des Verfahrens, von dem sie ausgeschlossen worden sei, eingetreten sei (nämlich das Urteil, mit dem das TAR Latium die Sanktion der AGCM bestätigt habe), für die Zwecke der Aufhebung des Zuschlags als unerheblich angesehen habe, was das vorliegende Gericht daran zweifeln lässt, dass die in der Rechtssache C-355/15 dargelegten Grundsätze auf den vorliegenden Fall anwendbar sind.
- 13 Schließlich hat der Gerichtshof in der Rechtssache C-333/18 entschieden, dass die Klage eines an dritter Stelle gereihten Bieters, die sich gegen die Zulassung der einzigen anderen beiden Bieter an erster Stelle richtete, zulässig sei, selbst wenn das Angebot des Klägers für nicht ordnungsgemäß erklärt worden sei und es weitere nachgereichte Bieter gegeben habe, da der öffentliche Auftraggeber, wenn die Klage des nicht berücksichtigten Bieters für begründet erachtet werde, die Entscheidung treffen könnte, das Verfahren zu annullieren und ein neues Vergabeverfahren einzuleiten (Rn. 28). Die Situation der Klägerin scheint daher für die Beurteilung ihres Rechtsschutzinteresses derjenigen in der Rechtssache C-333/18 zu ähneln.
- 14 Die Möglichkeit eines endgültig ausgeschlossenen Bieters, die Erfüllung der Teilnahmeanforderungen durch den erfolgreichen Bieter anzufechten, scheint durch die Richtlinie 2007/66/EG nicht ausgeschlossen zu sein, die darauf abzielt, dass Nachprüfungsverfahren nicht nur jeder Person zur Verfügung stehen, die ein Interesse an einem bestimmten Auftrag hat, sondern auch jeder Person, die ein solches Interesse hatte (Erwägungsgrund 17 und Art. 1 Abs. 3), wie dies bei der Klägerin der Fall ist. Bieter gelten außerdem als betroffen, wenn sie noch nicht endgültig ausgeschlossen wurden (Art. 2a Abs. 2), wobei dies jedoch nur für die Ermittlung derjenigen gilt, denen die Zuschlagsentscheidung mitgeteilt werden muss, und nicht auch für die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags.