

Rechtssache C-545/21

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

Eingangsdatum:

31. August 2021

Vorlegendes Gericht:

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Italien)

Datum der Vorlageentscheidung:

4. August 2021

Klägerin:

Azienda Nazionale Autonoma Strade SpA (ANAS)

Beklagter:

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

Gegenstand des Ausgangsverfahrens

Klage der Azienda Nazionale Autonoma Strade SpA (ANAS) (im Folgenden: ANAS) auf Aufhebung der Rückforderungsanordnung des Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (Ministerium für Infrastruktur und Verkehr, im Folgenden: MIT), mit der ANAS aufgegeben wird, von ihr zu Unrecht erhaltene Beträge zurückzuerstatten, sowie anderer Handlungen, die nicht unmittelbar mit den Vorlagefragen zusammenhängen.

Gegenstand und Rechtsgrundlage der Vorlage

Art. 267 AEUV; Auslegung der Verordnungen (EG) Nr. 1083/2006, (EG) Nr. 1828/2006, (EG, Euratom) Nr. 2988/95, des SFI-Übereinkommens aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union von 1995 (Rechtsakt des Rates vom 26. Juli 1995 über die Ausarbeitung des Übereinkommens über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften [95/C 316/03]), sowie der Richtlinie (EU) 2017/1371, um zu ermitteln, ob die Begriffe „Unregelmäßigkeit“ und „Betrug“ Verhaltensweisen umfassen, die abstrakt

geeignet sind, einen der Teilnehmer an einem Ausschreibungsverfahren zu bevorzugen, auch wenn die Verwirklichung dieser Verhaltensweisen und die Auswirkungen dieser Verhaltensweisen auf die Auswahl des Zuschlagsempfängers nicht vollständig bewiesen sind (Frage 1); Vereinbarkeit von Art. 38 Abs. 1 Buchst. f des Decreto legislativo Nr. 163/2006 mit Art. 45 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie 2004/18/EG (Frage 2); Auslegung der oben genannten unionsrechtlichen Vorschriften in Bezug auf die Rückforderung der vom Mitgliedstaat ausgezahlten Zuschüsse, auch wenn diese zum festgelegten Zweck und für ein für die Finanzierung durch die EU in Frage kommendes und tatsächlich realisiertes Werk verwendet wurden (Fragen 3 und 4).

Vorlagefragen

1. Sind Art. 70 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung [EG] Nr. 1083/2006, Art. 27 Buchst. c der Verordnung [EG] Nr. 1828/2006, Art. 1 des SFI-Übereinkommens gemäß dem Rechtsakt des Rates vom 26. Juli 1995, Art. 1 Abs. 2 der Verordnung Nr. 2988/95 und Art. 3 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2017/1371/EU dahin auszulegen, dass Verhaltensweisen, die abstrakt geeignet sind, einen Wirtschaftsteilnehmer während eines Auftragsvergabeverfahrens zu bevorzugen, immer unter den Begriff „Unregelmäßigkeit“ oder „Betrug“ fallen, und sie daher die Rechtsgrundlage für die Rückforderung des Zuschusses darstellen, auch wenn nicht vollständig bewiesen ist, dass diese Verhaltensweisen tatsächlich verwirklicht wurden, oder nicht vollständig bewiesen ist, dass sie für die Auswahl des Empfängers maßgeblich waren?

2. Steht Art. 45 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie 2004/18/EG einer Vorschrift wie Art. 38 Abs. 1 Buchst. f des Decreto legislativo Nr. 163/2006 entgegen, der es nicht gestattet, von der Ausschreibung den Wirtschaftsteilnehmer auszuschließen, der versucht hat, auf den Entscheidungsprozess des öffentlichen Auftraggebers Einfluss zu nehmen, insbesondere wenn der Versuch in der Bestechung einiger Mitglieder des Vergabeausschusses bestanden hat?

3. Falls eine der vorherigen Fragen bejaht wird oder beide bejaht werden: Sind die genannten Vorschriften dahin auszulegen, dass sie immer die Rückforderung des Zuschusses durch den Mitgliedstaat und die finanzielle Berichtigung durch die Kommission zu 100% verlangen, obwohl diese Zuschüsse jedenfalls für den Zweck, für den sie bestimmt waren, und für ein Werk verwendet wurden, das für eine europäische Finanzierung in Frage kam und tatsächlich realisiert wurde?

4. Falls die dritte Frage verneint wird oder dahin beantwortet wird, dass keine Rückforderung des Zuschusses bzw. keine finanzielle Berichtigung zu 100% verlangt wird: Gestatten die unter 1. genannten Vorschriften und die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, die Rückforderung des Zuschusses und die finanzielle Berichtigung unter Berücksichtigung des dem Haushalt der Europäischen Union tatsächlich entstandenen finanziellen Schadens anzuordnen? Insbesondere: Können in einer Situation wie der im vorliegenden Verfahren in

Rede stehenden die „finanziellen Auswirkungen“ im Sinne von Art. 98 Abs. 3 der Verordnung [EG] Nr. 1083/2006 durch Anwendung der Kriterien, die in der Tabelle in Abschnitt 2 des Beschlusses [C(2013) 9527 final] der Kommission vom 19. Dezember 2013 genannt werden, pauschal festgelegt werden?

Angeführte Vorschriften des Unionsrechts

SFI-Übereinkommen gemäß dem Rechtsakt des Rates vom 26. Juli 1995 über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften, insbesondere Art. 1;

Verordnung (EG, Euratom) Nr. 2988/95 des Rates vom 18. Dezember 1995 über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften, insbesondere Art. 1 Abs. 2;

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, insbesondere Art. 45 Abs. 2 Buchst. a;

Verordnung (EG) Nr. 1083/2006 des Rates vom 11. Juli 2006 mit allgemeinen Bestimmungen über den Europäischen Fonds für regionale Entwicklung, den Europäischen Sozialfonds und den Kohäsionsfonds und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1260/1999, insbesondere Art. 70 Abs. 1 Buchst. b;

Verordnung (EG) Nr. 1828/2006 der Kommission vom 8. Dezember 2006 zur Festlegung von Durchführungsvorschriften zur Verordnung (EG) Nr. 1083/2006 des Rates mit allgemeinen Bestimmungen über den Europäischen Fonds für regionale Entwicklung, den Europäischen Sozialfonds und den Kohäsionsfonds und der Verordnung (EG) Nr. 1080/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates über den Europäischen Fonds für regionale Entwicklung, insbesondere Art. 27 Buchst. c;

Vermerk COCOF 07/0037/03-DE der Kommission vom 29. November 2007 über Leitlinien für die Festsetzung der Finanzkorrekturen, die bei Verstößen gegen die Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe auf die durch die Strukturfonds und den Kohäsionsfonds kofinanzierte Ausgaben anzuwenden sind;

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;

Richtlinie (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug, insbesondere Art. 3 Abs. 2 Buchst. b.

Angeführte nationale Rechtsvorschriften und Rechtsprechung

Decreto legislativo 12 Aprile 2006, n. 163, 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, Gesetzbuch über öffentliche Bau-, Dienstleistungs- und Lieferaufträge zur Umsetzung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG) vom 12. April 2006, das mit dem Inkrafttreten des Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) (Gesetzesvertretendes Dekret Nr. 50 vom 18. April 2016 [Gesetzbuch über öffentliche Aufträge]) aufgehoben wurde, aber auf die vorliegende Ausschreibung anwendbar ist, weil sie 2012 erfolgte, insbesondere:

Art. 38 Abs. 1 in der zum Zeitpunkt des Sachverhalts anwendbaren Fassung bestimmte Folgendes:

„(1) Von der Teilnahme an Vergabeverfahren für Konzessionen und öffentliche Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge, von der Vergabe von Subaufträgen und vom Abschluss der entsprechenden Verträge ausgeschlossen sind Personen, die

...

c) gegen die wegen schwerer Straftaten zum Schaden des Staates oder der Gemeinschaft, die die berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellen, ein rechtskräftiges Strafurteil ergangen ist, ein unwiderruflich gewordener Strafbefehl erlassen wurde oder ein Strafzumessungsurteil auf Antrag im Sinne von Art. 444 der Strafprozessordnung ergangen ist; ein Grund für den Ausschluss ist auf jeden Fall die rechtskräftige Verurteilung wegen einer oder mehrerer Straftaten der Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung, der Bestechung, des Betrugs oder der Geldwäsche, wie sie in den in Art. 45 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18/EG angeführten Rechtsakten der Gemeinschaft definiert sind;

...

f) die sich nach der begründeten Beurteilung des öffentlichen Auftraggebers bei der Erbringung der Leistungen, die der öffentliche Auftraggeber, der die Ausschreibung vorgenommen hat, an sie vergeben hat, grobe Fahrlässigkeit oder Bösgläubigkeit haben zuschulden kommen lassen oder die im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen haben, die vom öffentlichen Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde“.

Legge 29 Settembre 2000, n. 300 – Ratifica ed esecuzione dei seguenti Atti internazionali elaborati in base all'articolo K. 3 del Trattato dell'Unione europea (Gesetz Nr. 300 vom 29. September 2000 – Ratifizierung und Durchführung folgender internationaler Rechtsakte aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union): am 26. Juli 1995 in Brüssel geschlossenes Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften [und weitere internationale Rechtsakte auf dem Gebiet der Korruptionsbekämpfung].

Die nationale Rechtsprechung hat entschieden, dass das bloße Vorliegen von Strafverfahren gegen Vertreter eines Unternehmens, das sich an einer Ausschreibung beteiligt, keine derart „schwere Verfehlung im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit“ darstellt, dass sie zum Ausschluss von dem Vergabeverfahren gemäß dem oben genannten Art. 38 Abs. 1 Buchst. f des Gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 163/2006 führt.

Kurze Darstellung des Sachverhalts und des Verfahrens

- 1 Mit Beschluss C(2007) 6318 der Kommission vom 7. Dezember 2007 genehmigte die Europäische Kommission das Programma Operativo Nazionale reti e mobilità 2007-2013 (Nationales operationelles Programm Netze und Mobilität 2007-2013, im Folgenden: PON). ANAS wurde zu Lasten dieses Programms die Finanzierung der Kosten gewährt, die bei den Arbeiten für die Strada Statale 96 (Staatsstraße 96, im Folgenden: S.S. 96) entstanden waren. Die Finanzierung beläuft sich auf 29 995 508,22 Euro, wovon 22 496 631,27 Euro auf die EU (EFRE) und 7 498 877,06 auf den nationalen Teil entfallen. In Bezug auf diese Finanzierung, die ANAS bereits teilweise ausgezahlt wurde, kommt dem Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (Ministerium für Infrastruktur und Verkehr, im Folgenden: MIT) die Rolle der Verwaltungsbehörde zu.
- 2 Für die Durchführung der Arbeiten an der S.S. 96 veröffentlichte ANAS 2012 eine Ausschreibung, und der Zuschlag wurde im selben Jahr an die Bietergemeinschaft, zu der die Gesellschaft Aleandri S.p.a. gehörte (im Folgenden: RTI Aleandri), vergeben.
- 3 Mit der Maßnahme, die mit der vorliegenden Klage angefochten wird (im Folgenden: angefochtene Maßnahme), hat das MIT beschlossen, ANAS den verbleibenden Teil der Finanzierung für die S.S. 96 nicht auszuzahlen und 100 % des ihr bereits gezahlten Betrags mit der Begründung zurückzufordern, dass die Vergabe des Auftrags mit betrugsmäßigen Unregelmäßigkeiten im Sinne von u. a. Art. 2 Abs. 7 der Verordnung (EG) Nr. 1083/2006 sowie der Art. 4 und 5 der Verordnung (EG, Euratom) Nr. 2988/95 behaftet gewesen sei. Diese Unregelmäßigkeiten gingen aus strafrechtlichen Ermittlungen hervor, die mit der Erhebung der Anklage gegen drei Bedienstete von ANAS abgeschlossen wurden, die der Korruption beschuldigt wurden, weil sie von der Aleandri S.p.A. Geldbeträge angenommen haben sollen, um die vorliegende Ausschreibung unrechtmäßig zu beeinflussen. In der Folge erwirkten zwei der genannten Bediensteten eine ausgehandelte Strafe, die gegen sie mit Urteil des Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Roma (Ermittlungsrichter beim Gericht Rom) vom 28. November 2018 verhängt wurde. In derselben Angelegenheit wurde ein Strafverfahren, das zur Zeit noch anhängig ist, sowohl gegen den gesetzlichen Vertreter der Aleandri S.p.a. als auch gegen die Aleandri S.p.a. selbst eingeleitet, die einer Ordnungswidrigkeit beschuldigt wurde, da sie keine Organisations- und Leitungsmodelle vorgesehen habe, die geeignet gewesen seien, diese Straftaten zu verhindern. Insbesondere ergab sich aus den

strafrechtlichen Ermittlungen, dass einer der angeklagten Bediensteten von ANAS die eigenen Kollegen, die dem Vergabeausschuss angehörten, aufgefordert hatte, RTI Aleandri zu bevorzugen; allerdings wurde weder bewiesen, dass die genannten Mitglieder des Ausschusses die Vergabe konkret beeinflusst haben, noch, dass andere Wirtschaftsteilnehmer den Zuschlag erhalten hätten, wenn es nicht zu den genannten Korruptionshandlungen gekommen wäre.

- 4 ANAS focht die Maßnahme des MIT an und beantragte beim Regionalen Verwaltungsgericht Latium, dem vorliegenden Gericht, ihre Aufhebung.
- 5 Das MIT ließ sich auf das Verfahren ein und beantragte die Abweisung der Klage.

Wesentliche Argumente der Parteien des Ausgangsverfahrens

- 6 Mit dem ersten Klagegrund macht ANAS einen Verstoß gegen und eine fehlerhafte Anwendung von Art. 1 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 2988/95, Art. 1 des SFI-Übereinkommens von 1995, Art. 27 Buchst. c der Verordnung (EG) Nr. 1828/2006 sowie einen Befugnismissbrauch wegen mangelhafter Begründung und unzureichender Untersuchung geltend. Diesbezüglich trägt die Klägerin folgende Rügen vor:
 - a) Erstens habe keine Verurteilung die Klägerin als solche betroffen, und es sei nicht bewiesen, dass RTI Aleandri den Zuschlag für den in Rede stehenden Auftrag unrechtmäßig erhalten habe. Da keine ungerechtfertigten Ausgaben zu Lasten des Gesamthaushaltsplans der EU getätigt worden seien, sei kein Schaden entstanden.
 - b) Zweitens könne im vorliegenden Fall kein Betrug festgestellt werden, da weder Art. 1 des SFI-Übereinkommens noch die Verordnung (EG) Nr. 2988/95 die Voraussetzungen festlegten, die für die Feststellung einer Unregelmäßigkeit oder eines Betrugs erforderlich seien. Die Richtlinie (EU) 2017/1371 habe zum ersten Mal Betrug, der in Bezug auf Ausgaben für öffentliche Aufträge begangen werde, als „gegen die finanziellen Interessen der Union gerichteten Betrug“ qualifiziert.
 - c) Drittens habe das MIT in der angefochtenen Maßnahme fehlerhaft auf den Beschluss der Kommission C(2013) 9527 Bezug genommen, obwohl im vorliegenden Fall die Ausführungen in dem Vermerk COCOF 07/0037/03-DE der Kommission anwendbar gewesen seien. Außerdem habe der Beklagte die finanzielle Berichtigung von 100% automatisch angewendet, ohne den vorliegenden Fall besonders zu prüfen.
- 7 Mit dem zweiten Klagegrund macht ANAS geltend, dass das MIT die angefochtene Handlung auf eine „Verhängung einer zwischen der Staatsanwaltschaft und dem Angeklagten ausgehandelten Strafe“ gestützt habe, die keiner Verurteilung entspreche und in Zivil- oder Verwaltungsverfahren nicht verwendet werden dürfe.

- 8 Mit dem dritten Klagegrund macht ANAS einen Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 Nr. 7 der Verordnung (EG) Nr. 1083/2006, Art. 98 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1083/2006. und Art. 135 der Verordnung (EU, Euratom) Nr. 966/2012 sowie einen Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und einen Befugnismissbrauch wegen unzureichender Untersuchung geltend, da aus der angefochtenen Maßnahme nicht hervorgehe, dass dem Haushalt der EU aus der vorliegenden Angelegenheit ein Schaden entstanden sei. Insbesondere sei die von den finanzierten Arbeiten betroffene Infrastruktur fertiggestellt worden und könne benutzt werden, und es sei nicht bestritten worden, dass die durchgeführten Arbeiten regelkonform seien. Außerdem seien die Mittel der EU für den Zweck verwendet worden, zu dem sie bestimmt gewesen seien, während kein Beweis für unrechtmäßige Ausgaben zu Lasten des Gesamthaushaltsplans der EU vorliege. Die Klägerin macht geltend, dass das MIT unter Berücksichtigung des Falls gemäß den Leitlinien der Kommission über Finanzkorrekturen zumindest einen niedrigeren Prozentsatz auf die in der angefochtenen Handlung enthaltene finanzielle Berichtigung hätte anwenden können.

Kurze Darstellung der Begründung der Vorlage

- 9 Nach Ansicht des vorliegenden Gerichts ermöglichen es die ihm vorliegenden Beweise nicht, mit Sicherheit festzustellen, dass der in Rede stehende Auftrag unrechtmäßig an RTI Aleandri vergeben wurde; teilweise bewiesen wurde hingegen, dass die Aleandri S.p.a. Verhaltensweisen an den Tag gelegt hat, die darauf ausgerichtet waren, den Ausgang des Ausschreibungsverfahrens zu beeinflussen. Das Gericht hebt jedoch hervor, dass die fragliche Ausschreibung, da sie 2012 erfolgte, durch das mittlerweile aufgehobene Gesetzesvertretende Dekret Nr. 163/2006 geregelt wird, das den Ausschluss des Wirtschaftsteilnehmers, der versucht hat, auf die Entscheidungen der Vergabestelle Einfluss zu nehmen, nicht ausdrücklich vorsah, während dieser Ausschluss von Art. 57 Abs. 4 Buchst. i der in Kraft befindlichen Richtlinie 2014/14/EU ausdrücklich vorgesehen ist. Folglich kann das Verhalten des gesetzlichen Vertreters der Aleandri S.p.a. nicht zur Rechtswidrigkeit der Vergabe führen.
- 10 Nach Ansicht des vorliegenden Gerichts muss der Gerichtshof klären, ob in einem Fall wie dem, der der vorliegenden Klage zugrunde liegt, das Vorliegen einer „Unregelmäßigkeit“ in Form von „Betrug“ im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 2006/1083 festgestellt werden kann, und, falls diese Frage bejaht wird, die finanzielle Berichtigung in Höhe von 100 % auf die Maßnahme angewendet werden kann. Das vorliegende Gericht stellt im vorliegenden Fall keinen Schaden für den Gesamthaushaltsplan der Union fest, weil die Finanzierung für den zuvor festgelegten Zweck verwendet wurde. Das in Rede stehende Werk wurde in das PON 2007-2013 aufgenommen, ohne Beanstandungen zur Finanzierung zu Lasten des Haushaltsplans der EU zugelassen und regelkonform fertiggestellt. Nach Ansicht des vorliegenden Gerichts liegen keine Beweise vor, die für die Feststellung ausreichen, dass das Ausschreibungsverfahren geändert wurde; zum

einen, weil das gegen die Bediensteten der ANAS ergangene Urteil über die ausgehandelte Strafe nicht geeignet ist, die Haftung des gesetzlichen Vertreters der Aleandri S.p.a. zu begründen; zum anderen, weil gegen den gesetzlichen Vertreter in dieser Angelegenheit noch ein Strafverfahren anhängig ist und er auch freigesprochen werden könnte. Auch wenn es Beweise gegeben hätte, mit denen festgestellt werden kann, dass der gesetzliche Vertreter der Aleandri S.p.a. einige Bedienstete von ANAS mit dem Ziel bestochen hatte, den Zuschlag zu erlangen, wäre es nach Ansicht des vorlegenden Gerichts nicht möglich gewesen, den Ausschluss dieses Wirtschaftsteilnehmers, der versucht hatte, das Ergebnis der Ausschreibung zu beeinflussen, anzuordnen, da der auf das fragliche Ausschreibungsverfahren anwendbare Art. 38 des Gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 163/2006 einen solchen Ausschluss nicht vorsah.

- 11 Das vorlegende Gericht hat Zweifel an der Vereinbarkeit der auf den Sachverhalt anwendbaren nationalen Regelung mit der Richtlinie 2004/18/EG, die zum Zeitpunkt des Sachverhalts in Kraft war, wenn Art. 45 Abs. 2 Buchst. d dieser Richtlinie dahin ausgelegt würde, dass der Begriff „schwere Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit“ implizit auch Verhaltensweisen umfasst, die darauf gerichtet sind, die Vergabeentscheidung zu beeinflussen. Allerdings bezweifelt das vorlegende Gericht, dass diese Auslegung zutreffend ist, da in Art. 57 Abs. 4 Buchst. i der Richtlinie 2014/24/EU bei den Gründen für den Ausschluss von Wettbewerbern ausdrücklich die Verhaltensweisen genannt werden, die darauf gerichtet sind, das Ausschreibungsverfahren zu beeinflussen. Außerdem könnte die genannte ausdrückliche Anordnung in Art. 57 Abs. 4 Buchst. i einfach einen Grundsatz bestätigen, der in den Vorschriften über öffentliche Aufträge bereits implizit enthalten war, als die Richtlinie 2004/18/EG noch in Kraft war.
- 12 Das vorlegende Gericht ist ferner der Auffassung, dass das Vorliegen eines Schadens für den Haushaltsplan der Union nicht festgestellt worden ist. Dieser Schaden hätte entstehen können, wenn das vom Wirtschaftsteilnehmer, der den Zuschlag erhalten hat, d. h. RTI Aleandri, vorgelegte Angebot nicht das im Hinblick auf das Preis-Leistungs-Verhältnis beste gewesen wäre.
- 13 Die Begriffe „Unregelmäßigkeit“ und „Betrug“, die den Unionsvorschriften entnommen werden können, setzen voraus, dass das Vorliegen eines – zumindest potenziellen – Schadens zu Lasten des Haushaltsplans der EU dargetan wird, der in der Zuweisung nicht geschuldeter Ausgaben zu Lasten dieses Haushaltsplans oder in der Verwendung dieser Finanzierungen für andere Ziele als die, für die sie gewährt wurden, besteht. In diesem Zusammenhang verweist das vorlegende Gericht auf den Beschluss Nr. 9527 der Kommission vom 19. Dezember 2013, der die Möglichkeit vorsieht, eine finanzielle Berichtigung in Höhe von 100 % in Fällen von Unregelmäßigkeiten vorzusehen, die begangen wurden, um bestimmte Teilnehmer an einer Ausschreibung zu bevorzugen. Dieser Beschluss enthält bei den genannten Unregelmäßigkeiten auch die Fälle, in denen die Finanzierungen der EU für den vorgesehenen Zweck verwendet wurden, aber einer Person

zugeteilt wurden, die keinen Anspruch auf sie hatte, weil sie z. B. nicht die Voraussetzungen für die Erteilung des Zuschlags für einen Auftrag erfüllte.

- 14 Das vorlegende Gericht bezweifelt aus folgenden Gründen, dass der im Beschluss Nr. 9527 der Kommission vom 19. Dezember 2013 enthaltene Begriff „Unregelmäßigkeit“ vollständig mit den Unionsvorschriften vereinbar ist:
- a) Erstens wird in den Bezugsnormen nicht ausdrücklich der Fall genannt, in denen die Gelder einer Person zugeteilt wurden, die keinen Anspruch auf sie hatte.
 - b) Zweitens vermutet das vorlegende Gericht, dass die Unregelmäßigkeiten einschließlich des Betrugs die Zahlung von Ausgaben zu Lasten des Gesamthaushaltsplans der EU voraussetzen, die nicht getätigt worden wären, wenn die genannten Unregelmäßigkeiten nicht begangen worden wären; wenn sich diese Hypothese als zutreffend herausstellen sollte, wäre die finanzielle Berichtigung in Höhe von 100 %, die für ein förderungsberechtigtes und regelkonform fertiggestelltes Werk angeordnet wurde, nicht gerechtfertigt.
 - c) Drittens bestimmen die Art. 98 und 99 der Verordnung (EG) Nr. 1083/2006, dass die Kommission die Höhe einer Berichtigung nach Maßgabe der Art und des Schweregrads der Unregelmäßigkeit sowie anderer Faktoren festlegt, während die Verordnung (EG) Nr. 1303/2013 vorsieht, dass die Berichtigungen unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erlassen werden. Das vorlegende Gericht fragt sich, ob aus den genannten Vorschriften der Grundsatz entnommen werden kann, dass die finanzielle Berichtigung darauf gerichtet ist, einem tatsächlichen Schaden abzuhelpfen, so dass in Fällen von Unregelmäßigkeiten, die in der unrechtmäßigen Bevorzugung eines Wirtschaftsteilnehmers bestehen, die Höhe der zurückzuerstattenden Finanzierung dem der EU tatsächlich entstandenen Schadens entsprechen müsste. Dieser Grundsatz findet sich auch in dem genannten Beschluss Nr. 9527 vom 19. Dezember 2013 wieder, der einen maximalen Prozentsatz der Berichtigung in Höhe von 25 % für den Fall der Nichtbeachtung der in der Ausschreibung genannten Zuschlagskriterien vorsieht.
 - d) Viertens bringt der Beschluss Nr. 9527 vom 19. Dezember 2013, da er gestattet, einen Berichtigungssatz von 100 % in den Fällen von Verhaltensweisen, die darauf gerichtet sind, einen Wirtschaftsteilnehmer zu bevorzugen, auch dann anzuwenden, wenn nicht bewiesen ist, dass solche Verhaltensweisen an den Tag gelegt wurden und dem Wirtschaftsteilnehmer ein tatsächlicher Vorteil zugeführt wurde, mit sich, dass die Maßnahme des Entzugs der Finanzierung eine sanktionierende Funktion annimmt, was allerdings der Verordnung (EG) Nr. 2988/1995 widerspricht, die einen klaren Unterschied zwischen dem Entzug der Finanzierungen und den

Sanktionen vorsieht, die gegen die Personen zu verhängen sind, die für den Betrug verantwortlich sind.

- 15 Das vorliegende Gericht ist der Auffassung, dass die genannten Fragen für die Entscheidung von Bedeutung sind, weil sie der Feststellung dienen, ob sich die Begriffe „Unregelmäßigkeit“ und „Betrug“ auch auf die Situationen erstrecken, in denen ein vollständiger Beweis für die Verwirklichung der Verhaltensweisen fehlt, die zur Verteilung des Zuschusses an eine Person geführt haben, die keinen Anspruch auf ihn hatte (Frage 1). Außerdem muss für die Entscheidung geklärt werden, ob das Verhalten des gesetzlichen Vertreters der Aleandri S.p.a, der beschuldigt wird, einige Bedienstete von ANAS bestochen zu haben, für sich genommen zur Unrechtmäßigkeit des Zuschlags der betreffenden Ausschreibung führen kann (Frage 2). Die Fragen 1 und 2 beziehen sich auf das Vorbringen von ANAS, die bestreitet, dass der Auftrag unrechtmäßig an RTI Aleandri vergeben wurde. Mit der Frage 3 soll ermittelt werden, ob das Vorliegen eines Schadens zu Lasten des Gesamthaushaltsplans der EU auch in Bezug auf ein förderfähiges Werk, das in das PON aufgenommen und korrekt fertiggestellt wurde, angenommen werden kann, und ob, wenn das Vorliegen des genannten Schadens angenommen wird, notwendigerweise der Entzug der Finanzierung in Höhe von 100 % angeordnet werden muss. Bei einer Verneinung der Frage 3 wäre der Klage von ANAS stattzugeben. Die Frage 4 betrifft das Vorbringen von ANAS, wonach das MIT auf den Entzug der Finanzierung einen niedrigeren Berichtigungssatz als 100 % anwenden konnte und musste. Bei einer Verneinung der Frage 4 wäre der Klage von ANAS stattzugeben.