

Rechtssache C-513/23

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

Eingangsdatum:

9. August 2023

Vorlegendes Gericht:

Administrativen sad Pleven (Verwaltungsgericht Pleven, Bulgarien)

Datum der Vorlageentscheidung:

28. Juli 2023

Klägerin:

Obshtina Pleven (Gemeinde Pleven, Bulgarien)

Beklagter:

Rakovoditel na Upravlyavashtia organ na Operativna programa „Regioni v rastezh“ 2014–2020 (Leiter der Verwaltungsbehörde des Operationellen Programms „Regionen im Wachstum“ 2014–2020)

Gegenstand des Ausgangsverfahrens

Die Rechtssache betrifft die Klage einer Gemeinde gegen den Verwaltungsakt, mit dem ihr eine finanzielle Berichtigung in Höhe von 25 % der förderfähigen Ausgaben im Zusammenhang mit einem Vertrag auferlegt wurde, den sie im Rahmen eines öffentlichen Vergabeverfahrens mit dem Auftragnehmer für eines der Lose geschlossen hatte.

Gegenstand und Rechtsgrundlage der Vorlage

Auslegung gemäß Art. 267 Abs. 1 Buchst. b AEUV von Art. 42 Abs. 3 Buchst. b in Verbindung mit Anhang VII Nr. 2 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates, insbesondere der Formulierung „oder gleichwertig“ in Bezug auf die einzuhaltende Norm

Vorlagefrage

Ist Art. 42 Abs. 3 Buchst. b in Verbindung mit Anhang VII Nr. 2 der 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/EG dahin auszulegen, dass eine nationale Regelung und Rechtsprechung zulässig ist, wonach der öffentliche Auftraggeber stets verpflichtet ist, in der Auftragsbekanntmachung jede Bezugnahme auf eine einzuhaltende Norm mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen, und zwar auch dann, wenn eine harmonisierte Norm einzuhalten ist, die auf der Grundlage der Verordnung (EU) Nr. 305/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2011 zur Festlegung harmonisierter Bedingungen für die Vermarktung von Bauprodukten und zur Aufhebung der Richtlinie 89/106/EWG des Rates bzw. aufgrund der aufgehobenen Richtlinie 89/106/EWG erstellt wurde?

Unionsrechtliche Vorschriften und Rechtsprechung

Verordnung (EU) Nr. 305/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2011 zur Festlegung harmonisierter Bedingungen für die Vermarktung von Bauprodukten und zur Aufhebung der Richtlinie 89/106/EWG des Rates, Erwägungsgründe 1, 2, 14 und 16, Art. 17 Abs. 1

Verordnung (EU, Euratom) 2018/1046 des Europäischen Parlaments und des Rates, Art. 160

Verordnung Nr. 1303/2013, Art. 2 Nr. 36 und Art. 152 Abs. 1; Verordnung Nr. 1083/2006, Art. 2 Nr. 7

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/EG, Art. 42 und Anhang VII Nrn. 1 und 2

Urteile des Gerichtshofs vom 27. Oktober 2016, C-613/14, Rn. 40, und vom 17. Dezember 2020 in den verbundenen Rechtssachen C-475/19 P und 688/19 P, Rn. 65 und 66

Nationale Rechtsvorschriften

Zakon za obshtestvenite porachki (Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge, im Folgenden: ZOP), Art. 2 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 sowie Abs. 2, Art. 18 Abs. 1 Nr. 12, Art. 48 Abs. 2, Art. 59 Abs. 2, Art. 107 Nr. 1 und Art. 112 Abs. 1 Nr. 2, Art. 181 Abs. 4

Naredba Nr. RD-02-20-1 ot 5 fevuari 2015 za usloviyata i reda za vlagane na stroitelni produkti v stroezhite na Republika Balgaria (Verordnung Nr. RD-02-20-1 vom 5. Februar 2015 über die Voraussetzungen und das Verfahren für den

Einbau von Bauprodukten in Bauwerke der Republik Bulgarien), erlassen vom Minister na regionalno razvitiie i blagoustroystvoto (Minister für Regionalentwicklung und öffentliche Arbeiten) (Staatsanzeiger Nr. 14 vom 20. Februar 2015, in Kraft seit dem 1. März 2015)

Naredba za posochvane na nerednosti, predstavlyavashti osnovania za izvarshvane na finansovi korektsii, i protsentnite pokazateli za opredelyane razmera na finansovite korektsii po reda na Zakona za upravlenie na sredstvata ot Evropeyskite strukturni i investitsionni fondove (Verordnung zur Festlegung von Unregelmäßigkeiten, die Finanzkorrekturen und den entsprechenden Prozentsatz der Korrekturen gemäß der Mittelverwaltung aus den ESI-Fonds rechtfertigen) (verabschiedet mit Beschluss des Ministerrats Nr. 57 vom 28.3.2017, Staatsanzeiger Nr. 27 vom 31.3.2017, in Kraft seit dem 31.3.2017)

Kurze Darstellung des Sachverhalts und des Verfahrens

- 1 Im vorliegenden Gerichtsverfahren wird die Entscheidung Nr. RD-02-36-313 vom 20.3.2023 des Leiters der Verwaltungsbehörde des Operationellen Programms „Regionen im Wachstum“ 2014–2020 (im Folgenden: Verwaltungsbehörde) angefochten, mit der gegenüber der Gemeinde Pleven eine finanzielle Berichtigung in Höhe von 25 (fünfundzwanzig) % der förderfähigen Ausgaben im Zusammenhang mit dem Vertrag Nr. BG16RFOP001-1.007-0004-C01-S-09 (IRO-2541)/23.03.2021 vorgenommen wurde, den sie mit dem Auftragnehmer „DIKISTROY“ EOOD über 1 449 180,17 bulgarische Lewa (BGN) ohne Mehrwertsteuer, 1 739 016,20 BGN mit Mehrwertsteuer, geschlossen hatte. Der Gesamtbetrag der finanziellen Berichtigung beläuft sich auf 434 754,05 BGN mit Mehrwertsteuer.
- 2 Die Gemeinde Pleven ist Begünstigte aus dem Verwaltungsvertrag Nr. RD-02-37-44 vom 10.7.2020 und Anhang 1 dieses Vertrags, den sie mit dem MRRB [Ministerstvo na regionalno razvitiie i blagoustroystvoto (Ministerium für Regionalentwicklung und öffentliche Arbeiten)] über die Gewährung einer Finanzhilfe im Rahmen der Prioritätsachse 1 „Nachhaltige und integrierte Stadtentwicklung“ des Operationellen Programms „Regionen im Wachstum“, Verfahren BG16RFOP001-1.001-039 „Umsetzung von Integrierten Plänen für Stadtsanierung und -entwicklung 2014–2020“ zur Durchführung des Projektvorschlags BG16RFOP001-1.007-0004 „Schaffung einer nachhaltigen städtischen Umgebung in Pleven – Stufe 2“ geschlossen hatte.
- 3 Im Zusammenhang mit diesem Vertrag führte sie ein Verfahren zur öffentlichen Auftragsvergabe durch, und zwar ein öffentliches Auswahlverfahren im Sinne von Art. 18 Abs. 1 Nr. 12 ZOP mit der Bezeichnung „Durchführung von Bauarbeiten zur Renovierung von linearen Objekten in städtischer Umgebung in Pleven, bestehend aus drei Losen“. In den Auftragsunterlagen sind auch die in der verfahrensgegenständlichen Entscheidung genannten Anforderungen enthalten.

- 4 Von den insgesamt 17 abgegebenen Angeboten, darunter sechs für das Los Nr. 1, nahm der Ausschuss zur Prüfung, Bewertung und Auswahl der abgegebenen Angebote, den der Bürgermeister der Gemeinde mit Anordnung vom Oktober 2020 ernannt hatte, nach Ausschluss eines Teils der Teilnehmer drei Teilnehmer in die Auswahl für das Los Nr. 1 auf. Nach Öffnung der Preisangebote wurden zwei Teilnehmer ausgewählt, da der dritte in der Zwischenzeit sein Angebot zurückgezogen hatte. Die Rangliste der Teilnehmer für das Los Nr. 1 wurde mit Entscheidung Nr. RD-10-159/16.02.2021 des Bürgermeisters der Gemeinde über die Auswahl von Auftragnehmern für ausgeschriebene Lose festgestellt. Aufgrund des Berichts des Ausschussvorsitzenden, wonach die Bezeichnung der Ausschreibung in den Protokollen und in der Entscheidung falsch angegeben worden sei, und aufgrund seines Korrekturvorschlags wurden die Auftragnehmer nachträglich für die einzelnen Lose mit Entscheidung Nr. RD-10-186/19.02.2021 des Bürgermeisters der Gemeinde bestimmt. Auf der Grundlage dieser Auswahl wurde der oben in Rn. 1 genannte Vertrag für das Los Nr. 1 geschlossen. Diesem Vertrag wurden eine technische Spezifikation und ein Arbeitsprogramm beigefügt.
- 5 Der Verwaltungsbehörde wurde ein Kontrollbogen zur Überprüfung übermittelt, in dem der Verdacht von Unregelmäßigkeiten geäußert wurde, und auf dieser Grundlage wurde ein Verwaltungsverfahren eingeleitet. Die Gemeinde wurde mit Schreiben Nr. 99-00-6-69/17.02.2023 über den Verdacht von Unregelmäßigkeiten informiert, und es wurde ihr Gelegenheit gegeben, Gründe vorzutragen und schriftliche Nachweise vorzulegen, um die anfänglichen Feststellungen der Verwaltungsbehörde zu den Unregelmäßigkeiten zu bestreiten. Die Gemeinde Pleven legte Widerspruch Nr. BG16RFGP001-1.007-0004-C02-M061 vom 2.3.2023 mit den gleichen Einwänden ein, wie sie in ihrer Klageschrift dargelegt sind.
- 6 In der beim vorlegenden Gericht anhängigen Rechtssache wurde auch ein Schreiben des Bulgarski Institut po standartizatsia (Bulgarisches Institut für Normung, im Folgenden: BIS) vorgelegt, in dem die folgenden Erwägungen ausgeführt sind:

„Die bulgarische Norm BDS 624:1987 Bordsteine aus Beton wurde am 25.3.2005 durch die derzeit geltende bulgarische Norm BDS EN 1340:2005 Betonbordsteine für Bodenbelag ersetzt. Anforderungen und Prüfverfahren. Sie war Gegenstand der Berichtigung BDS EN 1340:2005/AC:2006.

Die bulgarische Norm zur Einführung der europäischen Norm BDS EN 60332-1-2:2006 Prüfungen an Kabeln, isolierten Leitungen und Glasfaserkabeln im Brandfall – Teil 1 – 2: Prüfung der vertikalen Flammenausbreitung an einer Ader, einer isolierten Leitung oder einem Kabel – Prüfverfahren mit 1 kW-Flamme mit Gas-/Luftgemisch ist eine einheitlich eingeführte internationale Norm IEC 60332-1-2:2004. Sie war Gegenstand der Berichtigung IEC 60332-1-2: 2004/AMD1:2015 EDI sowie dreier Änderungen: BDS EN 60332-1-2:2004/11:2015, BDS EN 60332-1-2:2004/11:2017 und BDS EN 60332-1-2:2004/A12:2021.“

Zu der Frage, ob gleichwertige Normen existieren, heißt es im Schreiben des BIS: „Bei der Normung gibt es das Konzept der ‚gleichwertigen Normen‘ nicht. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der internationalen, europäischen und nationalen Normung, wonach es für ein Objekt nur eine Norm geben kann. Normen, die unterschiedliche Referenznummern oder dieselbe Nummer enthalten, jedoch mit einem anderen Erstellungsjahr, können nicht gleichwertig sein.“

Die BDS EN 1340:2005 ist derzeit in Kraft und hat die BDS 624:1987 aufgehoben, während die BDS EN 60332-1-2:2006 derzeit in Kraft ist und die BDS EN 50265-2-1:2002 aufgehoben hat.

Wird eine europäische Norm als nationale Norm eingeführt, muss das BIS als die nationale Normungsorganisation Bulgariens die entgegenstehende nationale Norm aufheben, um den Grundsatz der Harmonisierung einzuhalten, der ein Schlüsselprinzip des freien europäischen Marktes ist.

Wird eine neue Fassung einer Norm erstellt, so wird mit ihr in der Regel sofort die alte Fassung aufgehoben. In manchen Fällen wird diese Aufhebung für eine gewisse Zeit aufgeschoben, in der beide Fassungen der Norm anwendbar sind, dem sogenannten Zeitraum gemeinsamer Geltung.“

Wesentliche Argumente der Parteien des Ausgangsverfahrens

- 7 Die beklagte Verwaltungsbehörde macht geltend, dass bei der Durchführung des Vergabeverfahrens drei Verstöße zugelassen worden seien, von denen nur der erste dem Vorabentscheidungsersuchen zugrunde liege, und zwar: Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2 und Art. 48 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 ZOP – rechtswidriges Auswahlkriterium. In der technischen Spezifikation für das Los Nr. 1 seien folgende Normen festgelegt: – BDS 624-87; – BDS EN 1340:2005; – EN 60332-1-2. Der Auftraggeber habe die Möglichkeit nicht vorgesehen, dass Bewerber ein diesen Normen gleichwertiges Angebot abgeben könnten, was einen Verstoß gegen Art. 48 Abs. 2 ZOP darstelle, wonach jede Bezugnahme auf eine Norm, eine Spezifikation, eine technische Bewertung, eine technische Zulassung oder eine technische Bezugsgröße im Sinne von Abs. 1 Nr. 2 mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen sei. In Anbetracht der so formulierten Bedingung ist die Verwaltungsbehörde der Ansicht, dass der Auftraggeber zu Unrecht die Möglichkeit der Teilnahme von Personen eingeschränkt habe, die die Durchführung des Auftrags unter Verwendung gleichwertiger Normen hätten gewährleisten können. Der Verstoß sei aufgrund potenzieller finanzieller Auswirkungen erheblich. Es wird darauf hingewiesen, dass die Bauprodukte für Investitionsvorhaben gemäß Art. 6 der Verordnung Nr. RD-02-20-1 vom 5. Februar 2015 über die Voraussetzungen und das Verfahren für den Einbau von Bauprodukten in Bauwerke der Republik Bulgarien die Anforderungen an ihre Eigenschaften gemäß den harmonisierten technischen Spezifikationen der Verordnung (EU) Nr. 305/2011, den in Art. 3 Abs. 3 genannten Verordnungen, den in Art. 3 Abs. 4 genannten delegierten

Verordnungen und den nationalen Anforderungen an den Verwendungszweck erfüllen müssen. Bei der Formulierung der Auftragsbedingungen sei der Auftraggeber dennoch verpflichtet, jegliche Bezugnahme auf eine Norm mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen. Insoweit sei auf die Rechtsprechung im Urteil Nr. 7298 vom 16.5.2019 des VAS [Varhoven administrativen sad (Oberstes Verwaltungsgericht)] in der Verwaltungsrechtssache Nr. 2451/2019 zu verweisen.

- 8 In der angefochtenen Entscheidung wurden auch ein Verstoß gegen Art. 160 der Verordnung (EU, Euratom) 2018/1046 des Europäischen Parlaments und des Rates sowie Unregelmäßigkeiten im Sinne von Art. 2 Nr. 36 der Verordnung (EU) Nr. 1303/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates angeführt. Diese haben nach Ansicht der Verwaltungsbehörde finanzielle Auswirkungen, da eine Unregelmäßigkeit auch dann vorliegen könne, wenn die Möglichkeit eines Schadens für den Haushalt bestehe, ohne dass das Vorliegen einer konkreten finanziellen Auswirkung nachgewiesen werden müsse. Der erste Verstoß stelle insbesondere eine Unregelmäßigkeit im Sinne von Nr. 11 Buchst. b des Anhangs 1 zu Art. 2 Abs. 1 der Verordnung zur Festlegung von Unregelmäßigkeiten, die Finanzkorrekturen und den entsprechenden Prozentsatz der Korrekturen gemäß der Mittelverwaltung aus den ESI-Fonds rechtfertigen dar, da diese Unregelmäßigkeit die Anwendung von Zuschlagskriterien betreffe, die nicht aus nationalen/regionalen/lokalen Gründen diskriminierend seien, sondern dazu führten, dass der Zugang von Bewerbern oder Teilnehmern zum betreffenden Vergabeverfahren eingeschränkt werde. Gemäß Art. 5 Abs. 1 der Verordnung zur Festlegung von Unregelmäßigkeiten werde die finanzielle Berichtigung nach dem Proportionalitätsprinzip ermittelt, da es nicht möglich sei, die finanziellen Auswirkungen von Verstößen tatsächlich zu beziffern. Die finanzielle Berichtigung sei nach Art. 7 der Verordnung zur Festlegung von Unregelmäßigkeiten mit dem höchsten Satz von 25 % festgesetzt worden.
- 9 Der von der Gemeinde Pleven eingelegte Widerspruch vom 2.3.2023 wurde von der Verwaltungsbehörde als unbegründet zurückgewiesen.
- 10 Diese Entscheidung wurde von der Klägerin, der Gemeinde Pleven, mit der Begründung angefochten, dass sie mit dem materiellen Recht unvereinbar sei. Die Feststellungen der Verwaltungsbehörde zu ihren Verstößen in ihrer Eigenschaft als öffentliche Auftraggeberin bei der Ausschreibung und der Durchführung des öffentlichen Vergabeverfahrens sowie bei dem Abschluss des verfahrensgegenständlichen Vertrags seien fehlerhaft, unbegründet und unvereinbar mit den Vorschriften des ZOP und des ZUT [Zakon za ustroystvo na teritoriyata (Raumplanungsgesetz)]. In der Klageschrift wird zum ersten Verstoß ausgeführt, dass die technischen Spezifikationen für das Los Nr. 1 auf die Normen BDS 624-87, BDS EN 1340:2005 und EN 60332-1-2 verwiesen, wobei für die Teilnehmer keine Möglichkeit vorgesehen sei, ein gleichwertiges Angebot abzugeben. Die Verwaltungsbehörde mache geltend, dass die öffentliche Auftraggeberin zu Unrecht die Teilnahmemöglichkeit von Personen eingeschränkt habe, die in der Lage seien, ein gleichwertiges Angebot für die Auftrags Erfüllung abzugeben, was jedoch aus folgenden Gründen nicht zutrefte:

- 11 Die Norm BDS 624-87 regelt die Materialprüfungen, Eigenschaften, Anforderungen und Prüfverfahren für Zement, Betonfertigteile für Bordsteine, Rinnen und Zusatzelemente, die nach dem Bulgarischen Standard (Bulgarische Staatliche Normen) für den Belag von Verkehrsflächen und für Dacheindeckungen verwendet werden. Gleichzeitig stellt die genannte Norm BDS EN 1340:2005 eine „Harmonisierte Norm“ im Sinne der Verordnung (EU) Nr. 305/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2011 zur Festlegung harmonisierter Bedingungen für die Vermarktung von Bauprodukten dar. In Art. 2 Abs. 2 der Verordnung Nr. RD-02-20-1 vom 5.2.2015 heißt es, dass „bei der Planung von Bauwerken ... Bauprodukte vorgesehen und bei der Ausführung eingebaut [werden], die die Erfüllung der Grundanforderungen an Bauwerke gemäß Anhang 1 der Verordnung (EU) Nr. 305/2011 sicherstellen“. Vor diesem Hintergrund habe die fehlende Angabe des Zusatzes „oder gleichwertig“ nicht dazu geführt, dass potenzielle Bewerber von der Teilnahme am Vergabeverfahren abgeschreckt worden seien, wie die Verwaltungsbehörde vortrage, da die Teilnehmer gemäß der Verordnung und der technischen Spezifikation solche Bordsteine zu verwenden hätten, die den Anforderungen des Bulgarischen Standard (Bulgarische Staatliche Normen) oder der gemäß der Verordnung (EU) Nr. 305/2011 harmonisierten Norm entsprächen. Im vorliegenden Fall sei das Gleichwertige zum BDS die harmonisierte Norm BDS EN, wobei es insoweit keine andere gleichwertige Norm gäbe, als jede andere Norm gegen die Verordnung Nr. RD-20-02-1 und die Verordnung (EU) Nr. 305/2011 verstieße. Die öffentliche Auftraggeberin habe Art. 48 Abs. 2 ZOP zwar formal nicht eingehalten, aber dieser formale Verstoß wirke sich in keiner Weise finanziell aus, es sei kein Schaden im Hinblick auf die Mittel der ESI-Fonds (Europäische Struktur- und Investitionsfonds) entstanden, das dritte Tatbestandsmerkmal der Unregelmäßigkeit sei nicht erfüllt.
- 12 In der Klageschrift wird auch darauf hingewiesen, dass die Norm EN 60332-1-2 die Flammenausbreitungsprüfungen für Kabel festlege. Bei dieser Norm handele es sich um eine harmonisierte Norm für Widerstandsprüfungen der vertikalen Flammenausbreitung an einer Ader, einer isolierten Leitung oder einem Kabel bzw. einem Glasfaserkabel unter bestimmten Bedingungen. EN 60332-1-2 sei eine Norm für die Prüfung von Kabeln, die auf dem Gebiet der EU allgemein gültig sei, und in der technischen Spezifikation im Zusammenhang mit passiven Brandschutzmaßnahmen genannt werde. Im vorliegenden Fall handele es sich bei der genannten Norm EN 60332-1-2 um eine harmonisierte Norm im Sinne der Verordnung (EU) Nr. 305/2011, wobei insoweit keine andere Norm gleichwertig sei, als jede andere Norm gegen die Verordnung Nr. RD-02-20-1 und die Verordnung (EU) Nr. 305/2011 verstieße. Die öffentliche Auftraggeberin habe zwar formal Art. 48 Abs. 2 ZOP nicht eingehalten, dies habe aber keine finanziellen Auswirkungen gehabt, es sei kein Schaden in Bezug auf die Mittel der ESI-Fonds entstanden, d. h. das dritte Tatbestandsmerkmal der Unregelmäßigkeit sei nicht erfüllt.
- 13 Aus diesen Gründen ist die Klägerin der Ansicht, dass kein Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2 und Art. 48 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 ZOP

vorliege, der eine Unregelmäßigkeit im Sinne von Nr. 11 des Anhangs 1 zu Art. 2 Abs. 1 der Verordnung zur Festlegung von Unregelmäßigkeiten darstelle, und sie beantragt daher, die Entscheidung insgesamt, einschließlich der Feststellung eines Verstoßes in Nr. 1 der angefochtenen Entscheidung, aufzuheben.

Kurze Darstellung der Begründung der Vorlage

- 14 Der so festgestellte Sachverhalt wirft folgende Fragen auf, die für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung von Bedeutung sind: Liegt eine Unregelmäßigkeit im Sinne von Art. 2 Nr. 36 der Verordnung Nr. 1303/2013 (bzw. von Art. 2 Nr. 7 der Verordnung Nr. 1083/2006 im Hinblick auf Art. 152 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1303/2013) vor, wonach „Unregelmäßigkeit“ jeden Verstoß gegen Unionsrecht bezeichnet, nämlich: 1. Ist ein Verstoß gegen eine Bestimmung des Unionsrechts als Folge einer Handlung oder Unterlassung eines Wirtschaftsakteurs (Wirtschaftsteilnehmer) nachgewiesen; 2. gibt es einen Schaden für den gemeinschaftlichen Haushaltsplan der Europäischen Union, der in Form einer unberechtigten/ungerechtfertigten Ausgabe eingetreten ist oder eintreten kann, und 3. besteht ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verstoß und dem Schaden?
- 15 Insbesondere hat das vorliegende Gericht in Bezug auf den für die Zwecke des vorliegenden Vorabentscheidungsersuchens geschilderten Verstoß, der in Nr. 1.1 der angefochtenen Entscheidung genannt ist, in seinem Urteil festzustellen, ob dieser Verstoß
- a) eine Verletzung von Nr. 11 Buchst. b des Anhangs 1 zu Art. 2 Abs. 1 der Verordnung zur Festlegung von Unregelmäßigkeiten in der zum Zeitpunkt der verfahrensgegenständlichen Entscheidung zur Vornahme einer finanziellen Berichtigung geltenden Fassung darstellt – Nr. 11: „Verwendung von: – Ausschlussgründen, Auswahlkriterien, Zuschlagskriterien oder Bedingungen für die Durchführung des Auftrags oder technischen Spezifikationen, die nicht diskriminierend im Sinne von Nr. 10 dieses Anhangs sind, aber den Zugang für Bewerber oder Teilnehmer beschränken.“, Buchst. b – die Fälle, in denen diskriminierende Kriterien/Bedingungen/Spezifikationen verwendet wurden, jedoch ein Mindestmaß an Wettbewerb besteht, d. h., es wurden zwei oder mehr Angebote abgegeben, die die Auswahlkriterien erfüllen;
 - b) eine Verletzung von Art. 2 Abs. 2 und Art. 48 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 ZOP und
 - c) eine Verletzung von Art. 160 der Verordnung (EU, Euratom) 2018/1046 des Europäischen Parlaments und des Rates ist.
- 16 Um einen Teil dieser Fragen zu klären und richtig zu beantworten, bedarf es der Auslegung von Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts, insbesondere einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates, die in bulgarisches Recht umgesetzt worden ist, deren Zweck und Inhalt aber im Hinblick auf das geltend

gemachte Fehlen eines Verstoßes gegen Art. 2 Abs. 2 und Art. 48 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 ZOP unklar sind.

- 17 Im Einzelnen hat das Gericht im Hinblick auf den in den Unterlagen fehlenden Zusatz, dass ein den angegebenen Normen gleichwertiges Angebot für die Bordsteine und die Kabel möglich sei, Folgendes berücksichtigt: Art. 48 Abs. 2 ZOP, gegen den verstoßen worden sein soll, sieht vor, dass jede Bezugnahme auf eine Norm, eine Spezifikation, eine technische Bewertung oder eine technische Zulassung im Sinne von Abs. 1 Nr. 2 mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen ist. Im vorliegenden Fall ist unstreitig, dass in den Auftragsunterlagen ein solcher Hinweis bezüglich der Normen fehlte.
- 18 Art. 48 Abs. 2 ZOP setzt die 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/EG, insbesondere ihren Art. 42, in nationales Recht um. Gemäß Art. 42 Abs. 1 Satz 1 werden die technischen Spezifikationen im Sinne von Anhang VII Nr. 1 in den Auftragsunterlagen dargelegt. In den technischen Spezifikationen werden die für die Bauleistungen, Dienstleistungen oder Lieferungen geforderten Merkmale beschrieben. Gemäß Art. 42 Abs. 2 müssen die technischen Spezifikationen allen Wirtschaftsteilnehmern den gleichen Zugang zum Vergabeverfahren gewähren und dürfen die Öffnung der öffentlichen Beschaffungsmärkte für den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindern. Gemäß Art. 42 Abs. 3 Buchst. b sind die technischen Spezifikationen unbeschadet zwingender nationaler Vorschriften – soweit sie mit dem Unionsrecht vereinbar sind – auf eine der nachfolgend genannten Arten zu formulieren: ... b) unter Bezugnahme auf technische Spezifikationen und – in dieser Rangfolge – nationale Normen, mit denen europäische Normen umgesetzt werden, europäische technische Bewertungen, gemeinsame technische Spezifikationen, internationale Normen und andere technische Bezugssysteme, die von den europäischen Normungsgremien erarbeitet wurden oder – falls solche Normen und Spezifikationen fehlen – unter Bezugnahme auf nationale Normen, nationale technische Zulassungen oder nationale technische Spezifikationen für die Planung, Berechnung und Ausführung von Bauleistungen und den Einsatz von Lieferungen, wobei jede Bezugnahme mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen ist.
- 19 Im genannten Anhang VII Nr. 2 heißt es: „Norm‘ bezeichnet eine technische Spezifikation, die von einer anerkannten Normungsorganisation zur wiederholten oder ständigen Anwendung angenommen wurde, deren Einhaltung nicht zwingend ist und die unter eine der nachstehenden Kategorien fällt: a) internationale Norm: Norm, die von einer internationalen Normungsorganisation angenommen wurde und der Öffentlichkeit zugänglich ist; b) europäische Norm: Norm, die von einer europäischen Normungsorganisation angenommen wurde und der Öffentlichkeit zugänglich ist; c) nationale Norm: Norm, die von einer nationalen Normungsorganisation angenommen wurde und der Öffentlichkeit zugänglich ist“.

- 20 Wie sich aus diesen Bestimmungen ergibt, bezieht sich Art. 42 der Richtlinie auf eine „Norm“ im Sinne einer technischen Spezifikation, die von einer anerkannten Normungsorganisation zur wiederholten oder ständigen Anwendung angenommen wurde, deren Einhaltung nicht zwingend ist.
- 21 Andererseits gibt es die Verordnung (EU) Nr. 305/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2011 zur Festlegung harmonisierter Bedingungen für die Vermarktung von Bauprodukten und zur Aufhebung der Richtlinie 89/106/EWG des Rates. Nach den Erwägungsgründen 1 und 2 dieser Verordnung müssen Bauwerke den Vorschriften der Mitgliedstaaten zufolge so entworfen und ausgeführt werden, dass sie weder die Sicherheit von Menschen, Haustieren oder Gütern gefährden noch die Umwelt schädigen. Diese Vorschriften wirken sich unmittelbar auf die Anforderungen an Bauprodukte aus. Diese Anforderungen wiederum werden auf nationaler Ebene in Produktnormen, technischen Zulassungen und anderen technischen Spezifikationen und Vorschriften für Bauprodukte umgesetzt. Infolge ihrer Verschiedenheit behindern diese Anforderungen den Warenverkehr innerhalb der Union. Im 14. Erwägungsgrund heißt es, dass, falls ein Verwendungszweck es erfordert, dass Bauprodukte in den Mitgliedstaaten Schwellenwerten in Bezug auf ein Wesentliches Merkmal genügen müssen, diese Werte in den harmonisierten technischen Spezifikationen festgelegt werden sollten. Gemäß dem 16. Erwägungsgrund sollten von der Kommission nach dieser Verordnung festgelegte Schwellenwerte allgemein anerkannte Werte für Wesentliche Merkmale des betreffenden Bauprodukts in Bezug auf die Bestimmungen in den Mitgliedstaaten sein und ein hohes Schutzniveau im Sinne des Artikels 114 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) sicherstellen.
- 22 Aufgrund dieser Erwägungen werden die harmonisierten Normen nach dem Verfahren gemäß Art. 17 Abs. 1 dieser Verordnung von den in Anhang I der Richtlinie 98/34/EG aufgeführten europäischen Normungsgremien auf der Grundlage von Ersuchen (im Folgenden „Mandate“), erstellt, die die Kommission gemäß Art. 6 jener Richtlinie und nach Konsultation des Ständigen Ausschusses für das Bauwesen gemäß Art. 64 der vorliegenden Verordnung unterbreitet.
- 23 Die Rechtsnatur dieser harmonisierten Normen war Gegenstand der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union. Das vorliegende Gericht nimmt Bezug auf das Urteil des Gerichtshofs (Dritte Kammer) vom 27. Oktober 2016, C-613/14, Rn. 40: „Nach alledem ist eine harmonisierte Norm wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende, die auf der Grundlage der Richtlinie 89/106 angenommen wurde und deren Fundstellen im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht wurden, Teil des Unionsrechts, da durch Bezugnahme auf die Bestimmungen einer solchen Norm festgestellt wird, ob die in Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 89/106 aufgestellte Vermutung auf ein bestimmtes Produkt anwendbar ist.“ Die genannte Vermutung besagt, dass die Mitgliedstaaten von der Brauchbarkeit der Bauprodukte ausgehen, die so beschaffen sind, dass die Bauwerke, für die sie verwendet werden, bei ordnungsgemäßer Planung und Bauausführung den wesentlichen Anforderungen nach Art. 3 entsprechen, wenn

diese Produkte die CE-Kennzeichnung tragen, aus der hervorgeht, dass sie sämtlichen Bestimmungen dieser Richtlinie einschließlich der Verfahren für die Konformitätsbewertung gemäß Kapitel V und dem in Kapitel III festgelegten Verfahren entsprechen. Es verweist auch auf das Urteil des Gerichtshofs (Erste Kammer) vom 17. Dezember 2020 in den verbundenen Rechtssachen C-475/19 P und C-688/19 P, Rn. 65 und 66.

- 24 Im vorliegenden Fall stellen die im Hinblick auf die Betonbordsteine und die Kabel genannten Normen harmonisierte Normen im Sinne der Verordnung dar, so dass sie als verbindlich angesehen werden können. Aus diesem Grund stellt sich die Frage, ob sie von Art. 42 der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe erfasst werden, und von der Beantwortung dieser Frage hängt die Beurteilung ab, ob der Auftraggeber verpflichtet bzw. berechtigt ist, eine der jeweiligen Norm gleichwertige Leistung zu verlangen. Es ist zu berücksichtigen, dass laut dem Schreiben Nr. 3527/7.06.2023 des BIS keine anderen Normen existieren. Dies wiederum beantwortet die Frage, ob diese Normen für die Bauprodukte, nämlich Bordsteine und Stromkabel, die der Auftragnehmer in das Werk einbauen muss, verbindlich sind.
- 25 Gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV liegt die ausschließliche Zuständigkeit für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts beim Gerichtshof der Europäischen Union. Die erkennende Kammer des vorliegenden Gerichts stellt nach Prüfung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union fest, dass der Gerichtshof in keinem Auslegungs- oder Nichtigkeitsverfahren über diese oder eine vergleichbare Frage entschieden hat. Das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen ergeht auf Veranlassung des angerufenen Gerichts. Nach alledem ist das Verfahren in der vorliegenden Rechtssache auszusetzen und der Gerichtshof ein Vorabentscheidungsersuchen vorzulegen.