Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
vom 8. Mai 2019[1]

Rechtssache C-267/18

Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA
gegen
Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA

(Vorabentscheidungsersuchen der Curtea de Apel Bucureşti [Berufungsgericht Bukarest, Rumänien])

„Vorabentscheidungsersuchen – Richtlinie 2014/24/EU – Öffentliche Aufträge – Fakultative Ausschlussgründe – Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren wegen der Kündigung eines früheren Auftrags infolge der Vergabe eines Unterauftrags, der dem öffentlichen Auftraggeber nicht mitgeteilt worden war – Begriff der erheblichen oder dauerhaften Mängel – Zurückhalten von Auskünften über die Beendigung des früheren Auftrags – Auskünfte über die Beteiligung von Unterauftragnehmern an der Auftragsausführung – Ziele und Zwecksetzungen – Schwere des Zurückhaltens von Auskünften“

1. Die Richtlinie 2014/24/EU[2] ermöglicht es, einen Bieter von Vergabeverfahren auszuschließen, der „bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen eines früheren öffentlichen Auftrags … erhebliche oder dauerhafte Mängel erkennen lassen [hat], die die vorzeitige Beendigung dieses früheren Auftrags … nach sich gezogen haben“ (Art. 57 Abs. 4 Buchst. g).

2. Ein rumänisches Gericht fragt den Gerichtshof, ob diese Vorschrift anwendbar ist, wenn die „vorzeitige Beendigung dieses früheren Auftrags“ darauf zurückzuführen ist, dass der Zuschlagsempfänger einen Teil der Arbeiten an einen Unterauftragnehmer vergeben hat, ohne die Verwaltung davon zu unterrichten. Zu diesem Sachverhalt kam hinzu, dass dieser Wirtschaftsteilnehmer im neuen Vergabeverfahren auch dem (zweiten) öffentlichen Auftraggeber die vorzeitige Beendigung des vorangegangenen Auftrags nicht mitgeteilt hatte.

I. Rechtlicher Rahmen

A. Unionsrecht. Richtlinie 2014/24

3. Der 101. Erwägungsgrund lautet:

„Öffentliche Auftraggeber sollten ferner die Möglichkeit erhalten, Wirtschaftsteilnehmer auszuschließen, die sich als unzuverlässig erwiesen haben, beispielsweise wegen Verstoßes gegen umwelt- oder sozialrechtliche Verpflichtungen, einschließlich Vorschriften zur Barrierefreiheit für Menschen mit Behinderungen, oder wegen anderer Formen schwerwiegenden beruflichen

1 Originalsprache: Spanisch.

2 Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. 2014, L 94, S. 65).

Fehlverhaltens wie der Verletzung von Wettbewerbsregeln oder Rechten des geistigen Eigentums. Es sollte klargestellt werden, dass schwerwiegendes berufliches Fehlverhalten die Integrität eines Wirtschaftsteilnehmers in Frage stellen und dazu führen kann, dass er – auch wenn er ansonsten über die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zur Auftragsausführung verfügen würde – als für die Vergabe eines öffentlichen Auftrags ungeeignet betrachtet wird.

Unter Berücksichtigung dessen, dass der öffentliche Auftraggeber für die Folgen seiner möglicherweise falschen Entscheidung die Verantwortung zu tragen hat, sollte es öffentlichen Auftraggebern auch überlassen bleiben, festzustellen, dass ein schwerwiegendes berufliches Fehlverhalten vorliegt, wenn sie vor einer endgültigen und verbindlichen Entscheidung über das Vorliegen zwingender Ausschlussgründe in geeigneter Form nachweisen können, dass der Wirtschaftsteilnehmer gegen seine Verpflichtungen verstoßen hat, wozu auch Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Zahlung von Steuern oder Sozialversicherungsbeiträgen zählen, sofern in den nationalen Rechtsvorschriften nichts anderes vorgesehen ist. Es sollte ihnen auch möglich sein, Bewerber oder Bieter auszuschließen, deren Leistung bei früheren öffentlichen Aufträgen im Hinblick auf wesentliche Anforderungen erhebliche Mängel aufwies, zum Beispiel Lieferungsausfall oder Leistungsausfall, erhebliche Defizite der gelieferten Waren oder Dienstleistungen, die sie für den beabsichtigten Zweck unbrauchbar machen, oder Fehlverhalten, das ernste Zweifel an der Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers aufkommen lässt. In den nationalen Rechtsvorschriften sollte eine Höchstdauer für solche Ausschlüsse vorgesehen sein.

Bei der Anwendung fakultativer Ausschlussgründe sollten die öffentlichen Auftraggeber insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung tragen. Kleinere Unregelmäßigkeiten sollten nur in Ausnahmefällen zum Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers führen. Wiederholte Fälle kleinerer Unregelmäßigkeiten können allerdings Zweifel an der Zuverlässigkeit eines Wirtschaftsteilnehmers wecken, die seinen Ausschluss rechtfertigen könnten.“

4. Art. 57 („Ausschlussgründe“) bestimmt:

„…

(4) Öffentliche Auftraggeber können in einer der folgenden Situationen einen Wirtschaftsteilnehmer von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen oder dazu von den Mitgliedstaaten verpflichtet werden:

…

c) [D]er öffentliche Auftraggeber kann auf geeignete Weise nachweisen, dass der Wirtschaftsteilnehmer im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen hat, die seine Integrität in Frage stellt;

…

g) der Wirtschaftsteilnehmer hat bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen eines früheren öffentlichen Auftrags, eines früheren Auftrags mit einem Auftraggeber oder eines früheren Konzessionsvertrags erhebliche oder dauerhafte Mängel erkennen lassen, die die vorzeitige Beendigung dieses früheren Auftrags, Schadensersatz oder andere vergleichbare Sanktionen nach sich gezogen haben;

h) der Wirtschaftsteilnehmer hat sich bei seinen Auskünften zur Überprüfung des Fehlens von Ausschlussgründen und der Einhaltung der Eignungskriterien einer schwerwiegenden Täuschung schuldig gemacht, derartige Auskünfte zurückgehalten oder ist nicht in der Lage, die gemäß Artikel 59 erforderlichen zusätzlichen Unterlagen einzureichen;

…

(5) Die öffentlichen Auftraggeber schließen einen Wirtschaftsteilnehmer zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens aus, wenn sich herausstellt, dass sich der Wirtschaftsteilnehmer in Bezug auf Handlungen oder Unterlassungen vor oder während des Verfahrens in einer der in den Absätzen 1 und 2 genannten Situationen befindet.

Zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens können die öffentlichen Auftraggeber einen Wirtschaftsteilnehmer ausschließen oder von den Mitgliedstaaten zum Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers verpflichtet werden, wenn sich herausstellt, dass sich der Wirtschaftsteilnehmer in Bezug auf Handlungen oder Unterlassungen vor oder während des Verfahrens in einer der in Absatz 4 genannten Situationen befindet.

(6) Jeder Wirtschaftsteilnehmer, der sich in einer der in den Absätzen 1 und 4 genannten Situationen befindet, kann Nachweise dafür erbringen, dass die Maßnahmen des Wirtschaftsteilnehmers ausreichen, um trotz des Vorliegens eines einschlägigen Ausschlussgrundes seine Zuverlässigkeit nachzuweisen. Werden solche Nachweise für ausreichend befunden, so wird der betreffende Wirtschaftsteilnehmer nicht von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen.

Zu diesem Zweck weist der Wirtschaftsteilnehmer nach, dass er einen Ausgleich für jeglichen durch eine Straftat oder Fehlverhalten verursachten Schaden gezahlt oder sich zur Zahlung eines Ausgleichs verpflichtet hat, die Tatsachen und Umstände umfassend durch eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden geklärt und konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen ergriffen hat, die geeignet sind, weitere Straftaten oder Verfehlungen zu vermeiden.

Die von den Wirtschaftsteilnehmern ergriffenen Maßnahmen werden unter Berücksichtigung der Schwere und besonderen Umstände der Straftat oder des Fehlverhaltens bewertet. Werden die Maßnahmen als unzureichend befunden, so erhält der Wirtschaftsteilnehmer eine Begründung dieser Entscheidung.

…“

5. Art. 71 („Vergabe von Unteraufträgen“) bestimmt:

„…

(2) In den Auftragsunterlagen kann der öffentliche Auftraggeber den Bieter auffordern oder von einem Mitgliedstaat verpflichtet werden, den Bieter aufzufordern, in seinem Angebot den Anteil des Auftrags, den er gegebenenfalls im Wege von Unteraufträgen an Dritte zu vergeben gedenkt, sowie die gegebenenfalls vorgeschlagenen Unterauftragnehmer anzugeben.

…

(5) Im Fall von Bauaufträgen und in Bezug auf Dienstleistungen, die in einer Einrichtung des öffentlichen Auftraggebers unter dessen direkter Aufsicht zu erbringen sind, schreibt der öffentliche Auftraggeber vor, dass der Hauptauftragnehmer ihm nach der Vergabe des Auftrags und spätestens zum Zeitpunkt des Beginns der Auftragsausführung den Namen, die Kontaktdaten und die gesetzlichen Vertreter seiner Unterauftragnehmer, die an diesen Bau- oder Dienstleistungen beteiligt sind, mitteilt, soweit sie zu diesem Zeitpunkt bekannt sind. Der öffentliche Auftraggeber schreibt vor, dass der Hauptauftragnehmer ihm alle Änderungen dieser Angaben während der Dauer des Auftrags sowie die erforderlichen Informationen in Bezug auf alle neuen Unterauftragnehmer, die in der Folge an diesen Bau- oder Dienstleistungen beteiligt werden, mitteilt.

Ungeachtet des Unterabsatzes 1 können die Mitgliedstaaten die verpflichtende Bereitstellung der einschlägigen Informationen unmittelbar durch den Hauptauftragnehmer vorschreiben.

Falls dies für die Zwecke von Absatz 6 Buchstabe b des vorliegenden Artikels erforderlich ist, sind den einschlägigen Informationen die Eigenerklärungen der Unterauftragnehmer gemäß Artikel 59 beizufügen. …

(6) Im Hinblick auf die Vermeidung von Verstößen gegen die in Artikel 18 Absatz 2 genannten Verpflichtungen können u. a. folgende geeignete Maßnahmen getroffen werden:

…

b) Die öffentlichen Auftraggeber können im Einklang mit den Artikeln 59, 60 und 61 überprüfen beziehungsweise von den Mitgliedstaaten angewiesen werden zu überprüfen, ob Gründe für den Ausschluss von Unterauftragnehmern gemäß Artikel 57 vorliegen. Ist dies der Fall, so verlangt der öffentliche Auftraggeber vom Wirtschaftsteilnehmer, dass er einen Unterauftragnehmer, für den die Überprüfung zwingende Ausschlussgründe ergeben hat, ersetzt. Der öffentliche Auftraggeber kann verlangen beziehungsweise kann von einem Mitgliedstaat angewiesen werden zu verlangen, dass der Wirtschaftsteilnehmer einen Unterauftragnehmer, für den die Überprüfung nicht-zwingende Ausschlussgründe ergeben hat, ersetzt.

…“

B. Nationales Recht. Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (Gesetz Nr. 98/2016 über die öffentliche Auftragsvergabe [im Folgenden: Gesetz Nr. 98/2016])

6. Art 167 bestimmt:

„(1) Der öffentliche Auftraggeber schließt jeden Wirtschaftsteilnehmer von dem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags/zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung aus, der sich in einer der folgenden Situationen befindet:

…

g) der Wirtschaftsteilnehmer hat in schwerwiegender Weise oder wiederholt wesentliche vertragliche Pflichten aus einem früheren öffentlichen Auftrag, sektorspezifischen Auftrag oder aus einem früheren Konzessionsvertrag verletzt und diese Pflichtverletzung hat die vorzeitige Beendigung dieses früheren Auftrags, Schadensersatz oder andere vergleichbare Sanktionen nach sich gezogen;

h) der Wirtschaftsteilnehmer hat sich bei seinen auf Verlangen des öffentlichen Auftraggebers gelieferten Auskünften zur Überprüfung des Fehlens von Ausschlussgründen und der Einhaltung der Eignungs- und Auswahlkriterien einer Täuschung schuldig gemacht, hat derartige Auskünfte zurückgehalten oder ist nicht in der Lage, die erforderlichen Unterlagen zum Beleg dieser Auskünfte einzureichen;

…

(8) Als schwerwiegende Verletzung der vertraglichen Pflichten im Sinne von Abs. 1 Buchst. g gelten beispielsweise die Nichtausführung des Auftrags oder die Lieferung/Erbringung/Ausführung von Waren/Dienstleistungen/Arbeiten, die erhebliche Mängel aufweisen, aufgrund deren sie sich nicht für die im Vertrag vorgesehene Verwendung eignen.“

7. Art 171 sieht vor:

„(1) Jeder Wirtschaftsteilnehmer, der sich in einer der in den Art. 164 und 167 vorgesehenen Situationen befindet, die zu einem Ausschluss vom Vergabeverfahren führen, kann Nachweise dafür erbringen, dass die Maßnahmen, die er ergriffen hat, ausreichen, um seine Glaubwürdigkeit trotz der Ausschlussgründe konkret nachzuweisen.

(2) Befindet der öffentliche Auftraggeber, dass die vom Wirtschaftsteilnehmer gemäß Abs. 1 vorgelegten Beweise für den konkreten Nachweis der Glaubwürdigkeit ausreichen, so schließt er den Wirtschaftsteilnehmer nicht vom Vergabeverfahren aus.

(3) Die Nachweise, die der Wirtschaftsteilnehmer, der sich in einer der in den Art. 164 und 167 vorgesehenen Situationen befindet, dem öffentlichen Auftraggeber gemäß Abs. 1 vorlegen kann, betreffen den Umstand, dass er Entschädigungen für jeglichen durch eine Straftat oder eine andere rechtswidrige Handlung verursachten Schaden gezahlt hat oder sich zur Zahlung solcher Entschädigungen verpflichtet hat, dass er die Tatsachen und Umstände, unter denen die Straftat oder die andere rechtswidrige Handlung begangen wurde, umfassend durch eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden geklärt sowie konkrete und geeignete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen ergriffen hat, wie z. B. die Lösung aller Verbindungen zu Personen und Organisationen, die an dem Fehlverhalten beteiligt waren, Personalreorganisationsmaßnahmen, die Einführung von Kontroll- und Berichtssystemen, die Schaffung einer internen Audit-Struktur zur Überwachung der Einhaltung von Rechtsvorschriften und anderen Normen oder die Einführung interner Haftungs- und Entschädigungsregelungen, um die Begehung weiterer Straftaten oder anderer rechtswidriger Handlungen zu verhindern.

…“

II. Sachverhalt und Vorlagefrage

8. Am 3. Oktober 2010 vergab die Gemeinde Râmnicu Vâlcea (Rumänien) an die Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA (im Folgenden: Delta) und zwei andere Unternehmen, mit denen sie einen vorübergehenden Zusammenschluss von Unternehmen (im Folgenden: VZU1) bildete, einen Bauauftrag zur Sanierung und Modernisierung einer Freizeiteinrichtung.

9. Am 7. Juni 2017 entschied die Gemeinde, den Auftrag zu beenden, da der VZU1 ihn nicht erfüllt habe, da er wesentliche Teile der Arbeiten ohne ihre vorherige Zustimmung an einen Unterauftragnehmer vergeben habe, obwohl die Auftragsunterlagen eine Klausel enthalten hätten, nach der ohne Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers kein Unterauftragnehmer an der Ausführung des Auftrags beteiligt sein dürfe [3].

10. Die vorzeitige Beendigung des Auftrags aus von dem VZU1 zu vertretenden Gründen wurde am 25. Juli 2017 der Online-Plattform Sistemul Electronic de Achiziții Publice (Elektronisches Vergabesystem, im Folgenden: elektronisches System) gemeldet.

11. Am 27. Juli 2017 schrieb die Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA (Nationales Unternehmen zur Verwaltung der Verkehrsinfrastruktur, im Folgenden: CNAIR) einen öffentlichen Auftrag für die Bauleistungen „Proiectare și execuție lărgire la 4 benzi DN 7 Bâldana-Titu km 30 + 950 – 52 + 350“ (Planung und Ausführung des vierspurigen Ausbaus der Nationalstraße 7 Bâldana-Titu km 30 + 950 – 52 + 350) mit einem geschätzten Auftragswert von 210 627 629 RON (46 806 139,78 Euro) für einen Zeitraum von 84 Monaten aus.

3 In derselben Entscheidung wurde ein Schaden in Höhe von 2 345 299,70 rumänische Leu (RON) (521 000 Euro) errechnet.

12. Delta bildete gemeinsam mit zwei anderen Unternehmen einen neuen vorübergehenden Zusammenschluss von Unternehmen (im Folgenden: VZU2) und nahm als Bieter an dem Verfahren teil. In ihrer Bewerbung gab sie an, dass bei ihr keine Ausschlussgründe vorlägen.

13. Der Bewertungsausschuss der CNAIR hatte bei der Konsultation des elektronischen Systems Zugang zu der Bescheinigung der Gemeinde Râmnicu Vâlcea, aus der sich die Kündigung des Auftragsverhältnisses zwischen dem VZU1 und der Gemeinde ergab.

14. Am 18. Dezember 2017 schloss der Bewertungsausschuss der CNAIR nach Anhörung von Delta und der Gemeinde Râmnicu Vâlcea den VZU2 vom Verfahren zur Vergabe des Auftrags für den Ausbau der Nationalstraße aus. Hierzu führte er aus, die vorzeitige Beendigung des früheren Auftrags und die unterbliebene Mitteilung dieses Umstands im zweiten Verfahren seien Ausschlussgründe gemäß Art. 167 Abs. 1 Buchst. g und h des Gesetzes Nr. 98/2016.

15. Der VZU2 ersuchte den öffentlichen Auftraggeber um Rücknahme der Ausschlussentscheidung und Neubewertung seines Angebots. In Anbetracht des Schweigens der CNAIR legte er eine Beschwerde beim Consiliu Național de Soluționare a Contestațiilor (Nationaler Rat für Beschwerdeentscheidungen, im Folgenden: CNSC) ein.

16. Am 2. Februar 2018 wies der CNSC die Beschwerde zurück, nachdem er festgestellt hatte, dass

– er zuständig dafür sei, die Rechtmäßigkeit der Entscheidung über die Ablehnung des Angebots zu überprüfen und zu klären, ob sie unter eine gesetzlich vorgesehene Ausnahme falle, nicht aber für die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Bescheinigung;

– durch die Bescheinigung, da für sie die Vermutung der Rechtmäßigkeit eingreife, der Nachweis erbracht sei, dass Pflichten aus einem früheren öffentlichen Auftrag in schwerwiegender Weise verletzt worden seien;

– der VZU2 die Gründe für eine Rechtswidrigkeit der Bescheinigung nur behauptet habe, ohne gemäß Art. 171 des Gesetzes Nr. 98/2016 Nachweise für seine eigene Glaubwürdigkeit zu liefern.

17. Die Entscheidung des CNSC wurde am 16. Februar 2018 beim vorlegenden Gericht angefochten. In der Klage wurde zusammenfassend vorgebracht, dass a) die Bescheinigung nicht zum Nachweis dafür geeignet sei, dass Delta Vertragspflichten in schwerwiegender Weise und wiederholt verletzt habe, und dass b), wenn die Bescheinigung die Realität wiedergäbe, ihr Inhalt jedenfalls nicht unter den Ausschlussgrund einer schwerwiegenden oder wiederholten Verletzung wesentlicher vertraglicher Pflichten falle[4].

18. Vor diesem Hintergrund legt die Curtea de Apel București (Berufungsgericht Bukarest, Rumänien) dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vor:

Ist Art. 57 Abs. 4 Buchst. g 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 die Beendigung eines öffentlichen Auftrags, weil ein Teil der Arbeiten ohne Genehmigung des öffentlichen Auftraggebers an einen Nachunternehmer vergeben worden sein soll, einen erheblichen oder dauerhaften Mangel bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen eines früheren öffentlichen Auftrags darstellt, der zum Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren führt?

4 Delta fügte hinzu, dass sowohl die Bescheinigung als auch das darin behauptete Fehlverhalten gerichtlich angefochten worden seien.

III. Verfahren vor dem Gerichtshof

19. Die Vorlagebeschlüsse sind am 17. April 2018 beim Gerichtshof eingegangen.

20. Delta, die rumänische Regierung und die Europäische Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht. Zur mündlichen Verhandlung am 27. Februar 2019 sind Delta, die österreichische Regierung und die Kommission erschienen.

IV. Würdigung

A. Vorbemerkung

21. Die Frage des vorlegenden Gerichts beschränkt sich auf die Auslegung von Art. 57 Abs. 4 Buchst. g der Richtlinie 2014/24. Ich bin jedoch der Ansicht, dass der Gerichtshof nach ständiger Praxis [5] seine Antwort auch auf andere Vorschriften dieser Richtlinie, die auf denselben Sachverhalt anwendbar sind, erstrecken kann, um dem vorlegenden Gericht Hinweise zu geben, die ihm seine Arbeit erleichtern.

22. Konkret fällt der Ausschlussgrund im Zusammenhang mit der vorzeitigen Beendigung des Auftrags zwar unter Art. 57 Abs. 4 Buchst. g der Richtlinie 2014/24. Im Vorlagebeschluss selbst wird aber ausgeführt, dass dem Bewertungsausschuss des Auftraggebers zufolge „auf das streitige Angebot auch Art. 167 Abs. 1 Buchst. h des Gesetzes Nr. 98/2016 … anwendbar“ ist [6]. Da diese Bestimmung im nationalen Recht den in Art. 57 Abs. 4 Buchst. h der Richtlinie 2014/24 vorgesehenen Ausschlussgrund widerspiegelt, kann der Gerichtshof eine vollständigere Antwort geben, wenn er sie auf die Auswirkungen des letztgenannten Grundes auf den streitigen Sachverhalt erstreckt [7].

B. Zum Ausschlussgrund des Art. 57 Abs. 4 Buchst. g der Richtlinie 2014/24

23. In meinen Schlussanträgen in der Rechtssache Meca [8] habe ich darauf hingewiesen, dass nach Art. 57 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 der Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers von einem Vergabeverfahren gerechtfertigt sein kann, wenn er – neben anderen Verhaltensweisen – „im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen hat, die seine Integrität in Frage stellt“ (Buchst. c), oder wenn er „bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen eines früheren öffentlichen Auftrags, erhebliche … Mängel erkennen lassen [hat], die die vorzeitige Beendigung dieses früheren Auftrags … nach sich gezogen haben“ (Buchst. g).

5 Urteil vom 22. Oktober 2015, Impresa Edilux und SICEF (C-425/14, EU:C:2015:721, Rn. 20): „Allerdings hindert nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Umstand, dass das vorlegende Gericht eine Vorlagefrage unter Bezugnahme nur auf bestimmte Vorschriften des Unionsrechts formuliert hat, den Gerichtshof nicht daran, diesem Gericht unabhängig davon, worauf es in seinen Fragen Bezug genommen hat, alle Auslegungshinweise zu geben, die ihm bei der Entscheidung der bei ihm anhängigen Rechtssache von Nutzen sein können. Der Gerichtshof hat insoweit aus dem gesamten von dem einzelstaatlichen Gericht vorgelegten Material, insbesondere der Begründung der Vorlageentscheidung, diejenigen Elemente des Unionsrechts herauszuarbeiten, die unter Berücksichtigung des Gegenstands des Rechtsstreits einer Auslegung bedürfen.“

6 Rn. 15.

7 Die Prüfung des Vertragsverstoßes könnte sogar mit dem Ausschlussgrund des Art. 57 Abs. 4 Buchst. c der Richtlinie 2014/24 (schwerwiegendes berufliches Fehlverhalten) in Zusammenhang gebracht werden. Ich werde auf diesen Punkt aber nicht eingehen.

8 Schlussanträge vom 7. März 2019 (C-41/18, EU:C:2019:183, Nrn. 38 bis 45).

24. Dem 101. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24 lässt sich entnehmen, dass die beruflichen Verfehlungen vornehmlich *außervertraglichen* Charakter haben, es sich also um Unregelmäßigkeiten handelt, die sich im Allgemeinen außerhalb vertraglicher Beziehungen ereignen. Dies ist bei Verfehlungen, die umwelt- oder sozialrechtliche Verpflichtungen, Wettbewerbsregeln oder Rechte des geistigen Eigentums betreffen, oder bei Verstößen gegen steuer- oder sozialversicherungsrechtliche Pflichten der Fall. Das in Buchst. g geregelte Verhalten hingegen ist ein charakteristischer Verstoß gegen *vertragliche* Bestimmungen.

25. Allerdings können einige Vertragsverletzungen gleichzeitig Züge einer im Rahmen der beruflichen Tätigkeit begangenen schweren Verfehlung aufweisen, also einer im Rahmen eines vorangegangenen öffentlich-rechtlichen Vertrags begangenen Verfehlung, die so schwerwiegend ist, dass sie den Bruch des Vertragsverhältnisses rechtfertigt.

26. Insoweit würde das Verhältnis zwischen beiden Buchstaben dem einer *lex generalis* (Buchst. c) gegenüber einer *lex specialis* (Buchst. g) entsprechen, so dass bei der Feststellung, welche Grundsätze bei der Auslegung der Regel des Buchst. g beachtet werden müssen, die Ziele und Rechtfertigungen der allgemeinen Vorschrift herangezogen werden könnten.

27. Beide Ausschlussgründe stützen sich auf eine wesentliche Komponente der Beziehung zwischen dem Zuschlagsempfänger und dem öffentlichen Auftraggeber, nämlich die *Zuverlässigkeit* des Ersteren, auf die sich das Vertrauen stützt, das Letzterer in ihn legt. Zwar nimmt die Richtlinie 2004/18/EG [9] nicht ausdrücklich auf dieses Kriterium Bezug, aber der Gerichtshof hat es in seiner Rechtsprechung herausgearbeitet [10].

28. Die Richtlinie 2014/24 beinhaltet bereits die Zuverlässigkeit als wesentliche Komponente der Beziehung, und zwar gerade bei der Behandlung der schweren Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit. Nach dem ersten Absatz des 101. Erwägungsgrundes können öffentliche Auftraggeber Wirtschaftsteilnehmer ausschließen, „die sich als unzuverlässig erwiesen haben“. Der zweite Absatz desselben Erwägungsgrundes betrifft das Verhalten bei früheren Aufträgen, „das ernste Zweifel an der Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers aufkommen lässt“.

29. Die Bedeutung, die der *Zuverlässigkeit* des Wirtschaftsteilnehmers beigemessen wird, ist in einigen Absätzen (6 und 7) des Art. 57 der Richtlinie 2014/24 erkennbar, wenn ihm erlaubt wird, Maßnahmen zum Nachweis zu treffen, dass er trotz des Vorliegens eines Ausschlussgrundes vertrauenswürdig ist. Auf diese Weise durchzieht die Komponente der *Zuverlässigkeit* die Ausschlussgründe, die die subjektiven Voraussetzungen des Bewerbers betreffen.

30. Der Zweck des Art. 57 der Richtlinie 2014/24 besteht darin, dass der öffentliche Auftraggeber über die Freiheit verfügen muss, diese Komponente (die Zuverlässigkeit des Bewerbers) zu prüfen, ohne an die Beurteilungen anderer öffentlicher Stellen gebunden zu sein. Es ist – allein – Sache der öffentlichen Auftraggeber, den Umfang der Verfehlungen zu beurteilen, die einen Vertragsverstoß zur Folge haben, der so schwerwiegend ist, dass er die Kündigung eines vorherigen Vertrags wegen Vertrauensverlusts rechtfertigt.

9 Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. 2004, L 134, S. 114).

10 Urteile vom 20. März 2018, Kommission/Österreich (Staatsdruckerei) (C-187/16, EU:C:2018:194, Rn. 88 und 91), vom 14. Dezember 2016, Connexxion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:948, Rn. 28), und vom 9. Februar 2006, La Cascina u. a. (C-226/04 und C-228/04, EU:C:2006:94, Rn. 21).

31. Wie ich bereits ausgeführt habe, ist der im vorliegenden Fall angewandte Ausschlussgrund des Art. 57 Abs. 4 Buchst. g der Richtlinie einschlägig, wenn der Wirtschaftsteilnehmer bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen eines früheren öffentlichen Auftrags erhebliche oder dauerhafte Mängel [11] erkennen lassen hat, die die vorzeitige Beendigung dieses früheren Auftrags nach sich gezogen haben.

32. Aus dieser Aussage ist vor allem hervorzuheben, dass die Unregelmäßigkeit, die der Bieter begangen hat, schwerwiegend („erheblich“) genug gewesen sein muss, um die vorzeitige Beendigung des Auftrags unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit zu rechtfertigen.

33. Der Vergleich einiger Sprachfassungen der Vorschrift [12] zeigt, dass dieser Ausschlussgrund einen Verstoß gegen eine wesentliche, in einem früheren öffentlichen Auftrag festgelegte Verpflichtung voraussetzt. Diese Verpflichtung kann sowohl materieller als auch formeller Art sein, denn es spricht nichts gegen formelle Verpflichtungen, die als wesentliche Verpflichtungen im Rahmen der Ausführung eines öffentlichen Auftrags ausgestaltet werden [13].

34. Für die Anwendung des Ausschlusses reicht also die bloße einseitige Beendigung des früheren öffentlichen Auftrags nicht aus. Dem öffentlichen Auftraggeber kommt die zusätzliche Aufgabe zu, den dem Auftragnehmer damals zugeschriebenen Verstoß zu beurteilen und zu prüfen, ob er den Tatbestand des Art. 57 Abs. 4 Buchst. g der Richtlinie 2014/24 erfüllt.

35. Der Gerichtshof darf das vorlegende Gericht weder bei der Sachverhaltswürdigung noch bei der Beurteilung der Schwere des Verstoßes, der zum Ausschluss von Delta geführt hat, ersetzen. Es ist daher Sache des vorlegenden Gerichts, festzustellen, ob der nicht genehmigte Unterauftrag [14] für die Bauarbeiten an der städtischen Freizeiteinrichtung im vorliegenden Fall einen erheblichen Mangel bei der Ausführung des Auftrags, der den VZU1 an die Gemeinde Râmnicu Vâlcea band, darstellte.

36. Der Gerichtshof kann dem vorlegenden Gericht jedoch einige nützliche Hinweise für seine eigene Beurteilung geben.

37. Erstens müsste der Inhalt der Auftragsunterlagen geprüft werden und insbesondere, in welchem Umfang sie den Auftragnehmer verpflichteten, seine Absicht, einen Teil der Arbeiten an einen Unterauftragnehmer zu vergeben, mitzuteilen und den öffentlichen Auftraggeber hierzu um Genehmigung zu ersuchen. Der rumänischen Regierung zufolge sahen spezielle Klauseln vor, dass sich kein Unterauftragnehmer ohne Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers an der Ausführung des Auftrags beteiligen könne [15].

11 Dieser Artikel verwendet bei der Regelung der *Mängel* den Plural. Allerdings glaube ich, dass das Kriterium eher qualitativ als quantitativ ist, so dass ein einziger schwerwiegender Mangel für sich allein zum Ausschluss führen könnte. Diese Ansicht haben die Kommission wie auch die österreichische Regierung in der mündlichen Verhandlung vertreten. Im 101. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24 werden Beispiele für einige der „schwerwiegenden Mängel“, auf die er sich bezieht, angeführt und bei der Bezugnahme auf den „Lieferungsausfall oder Leistungsausfall“ oder ein „Fehlverhalten, das ernste Zweifel an der Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers aufkommen lässt“, der Singular verwendet. Ich betone, dass alles von der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme im Hinblick auf die Schwere des Verhaltens abhängt.

12 In der spanischen Fassung wird der Ausdruck *requisito de fondo* verwendet, aber die übrigen Fassungen betonen eher die *Wesentlichkeit* dieser Voraussetzung: so die französische (*obligation essentielle*), die englische (*substantive requirement*), die deutsche (*einer wesentlichen Anforderung*) und die italienische (*requisito sostanziale*) Fassung.

13 Das böswillige Verbergen der Beteiligung eines Unterauftragnehmers, die der Bieter verschweigt, um die Vertragsklauseln zu umgehen, die die zwingenden Vorschriften der Richtlinie 2014/24 widerspiegeln, kann, selbst wenn es formeller Art zu sein scheint, zu schweren Schäden führen und nach Maßgabe dieser Schäden und seiner betrügerischen Absicht als erheblich eingestuft werden.

14 Delta behauptet, in Wirklichkeit sei kein Unterauftrag vergeben, sondern eine Vereinbarung mit einem anderen Unternehmen über die Erbringung von Dienstleistungen und Lieferungen von Material geschlossen worden. Der Vorlagebeschluss, an dessen Sachverhaltsdarstellung der Gerichtshof gebunden ist, scheint von der Prämisse auszugehen, dass tatsächlich ein Unterauftrag vergeben wurde.

15 Rn. 17 ihrer schriftlichen Erklärungen. In der mündlichen Verhandlung wurde der Inhalt dieser Klausel (Nr. 23.6) erörtert, deren Vorhandensein Delta einräumte.

38. Es darf nicht außer Acht gelassen werden, dass nach Art. 71 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24 „[i]n den Auftragsunterlagen … der öffentliche Auftraggeber den Bieter auffordern [kann], den Bieter aufzufordern, in seinem Angebot den Anteil des Auftrags, den er gegebenenfalls im Wege von Unteraufträgen an Dritte zu vergeben gedenkt, sowie die gegebenenfalls vorgeschlagenen Unterauftragnehmer anzugeben". Nur anhand dieser Angabe kann der öffentliche Auftraggeber beurteilen, ob auch der Unterauftragnehmer zuverlässig ist [16].

39. Eine Klausel in den Auftragsunterlagen, die diese vorherige Angabe verlangt, hat demnach eine solide rechtliche Grundlage im Unionsrecht. Ihre Aufnahme entspricht zudem dem Zweck der Richtlinie 2014/24, soweit sie die Mechanismen zur Mitteilung der Absicht der Vergabe von Unteraufträgen und der Identität der Unterauftragnehmer regelt.

40. Während die Richtlinie 2004/18 in dieser Hinsicht wenig aussagekräftig war [17], da in ihr nur die Zweckmäßigkeit angesprochen wurde, Bestimmungen über Unteraufträge vorzusehen, um den Zugang von kleinen und mittleren Unternehmen zu öffentlichen Aufträgen zu fördern [18], hebt die Richtlinie 2014/24 hervor, weshalb „in der Kette der Unterauftragsvergabe [die] Transparenz" so wichtig ist.

41. Insbesondere wird in der Präambel der Richtlinie 2014/24 ausgeführt, dass „die öffentlichen Auftraggeber dadurch über Informationen darüber verfügen, wer an Baustellen tätig ist, auf denen Bauarbeiten … durchgeführt werden … Es sollte klargestellt werden, dass die Verpflichtung zur Bereitstellung der erforderlichen Informationen in jedem Fall dem Hauptauftragnehmer obliegt, und zwar entweder auf der Grundlage *spezieller Klauseln, die jeder öffentliche Auftraggeber in sämtliche Vergabeverfahren aufzunehmen hätte*, oder indem die Mitgliedstaaten die Hauptauftragnehmer durch generell geltende Bestimmungen hierzu verpflichten würden." [19]

42. Rein normativ betrachtet sieht Art. 71 Abs. 6 Buchst. b der Richtlinie 2014/24 vor, dass „[d]ie öffentlichen Auftraggeber … überprüfen beziehungsweise von den Mitgliedstaaten angewiesen werden [können,] zu überprüfen, ob Gründe für den Ausschluss von Unterauftragnehmern gemäß Artikel 57 vorliegen". Diese Überprüfung setzt logischerweise voraus, dass der Zuschlagsempfänger die öffentlichen Auftraggeber vorab darüber informiert hat, dass er einen Teil der Arbeiten an Unterauftragnehmer vergeben will.

43. Von dieser Prämisse ausgehend ist zusätzlich zu prüfen, ob der Verstoß gegen die Pflicht zur Mitteilung, dass ein Unterauftragnehmer existiert, nach den Auftragsunterlagen zur vorzeitigen Beendigung des Auftrags führt. In diesem Fall würde der öffentliche Auftraggeber nichts anderes tun, als im Sinne des Urteils Connexxion Taxi Services [20] „die von ihm selbst … festgelegten Kriterien strikt einzuhalten".

44. Zweitens muss das vorlegende Gericht beurteilen, ob die unmittelbare Ausführung allein durch den ausgewählten Auftragnehmer eine *wesentliche* Verpflichtung zur Erreichung des vom öffentlichen Auftraggeber verfolgten Ziels darstellt. Anderenfalls, also wenn die Zuziehung von Unterauftragnehmern im Rahmen des Bauauftrags durchführbar erscheint, auch wenn sie der Pflicht

16 105. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24: „… Des Weiteren sollte ausdrücklich angegeben werden, dass die Mitgliedstaaten auch die Möglichkeit haben sollten, über die entsprechenden Bestimmungen hinauszugehen, beispielsweise durch Erweiterung der Transparenzanforderungen, … oder indem sie es den öffentlichen Auftraggebern erlauben oder vorschreiben[,] zu überprüfen, dass auf Unterauftragnehmer keine der Situationen zutrifft, die den Ausschluss von Wirtschaftsteilnehmern rechtfertigen würden …"

17 Der Vergleich zwischen der Nachunternehmerregelung der Richtlinie 2004/18 (Art. 25) und der der Richtlinie 2014/24 (Art. 71) macht deutlich, dass im Wesentlichen die Pflicht aufrechterhalten wird, dem öffentlichen Auftraggeber – sofern die Auftragsunterlagen dies vorsehen – mitzuteilen, für welchen Teil der Arbeiten Unteraufträge vergeben werden sollen, sowie die Identität der vorgeschlagenen Unterauftragnehmer anzugeben.

18 32. Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/18.

19 105. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24. Hervorhebung nur hier.

20 Urteil vom 14. Dezember 2016 (C-171/15, EU:C:2016:948, Rn. 38 und die dort angeführte Rechtsprechung).

zur vorherigen Mitteilung und der anschließenden behördlichen Genehmigung unterliegt, wäre abzuwägen, ob das Unterbleiben dieser Mitteilung (und daher der vorgeschriebenen Genehmigung) über einen einfachen administrativen Fehler, dem keine größere Bedeutung zukommt und der nachträglich geheilt werden kann, nicht hinausging [21].

45. Drittens kann das vorlegende Gericht prüfen, in welchem Umfang die Unterauftragsvergabe einen bedeutenden Teil der Bauarbeiten an der städtischen Freizeiteinrichtung betraf und ob sich die Beteiligung des Unterauftragnehmers negativ auf die Ausführung dieser Arbeiten auswirkte [22].

46. Solche Feststellungen sind für die Prüfung der Maßnahme des Ausschlusses im Licht des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit [23] relevant. Wenn das Verhalten des Wirtschaftsteilnehmers, der im ersten Auftrag gegen seine Pflichten verstoßen hat, ein bestimmtes Maß an Bedeutung nicht erreicht (also über ein Mindestmaß nicht hinausgeht), wäre sein Ausschluss vom zweiten Auftrag möglicherweise unzulässig, weil er unverhältnismäßig wäre.

47. Wird viertens festgestellt, dass dieser Ausschlussgrund vorliegt, lässt es Art. 57 Abs. 6 der Richtlinie 2014/24 (der durch Art. 171 des Gesetzes Nr. 98/2016 umgesetzt wurde) dennoch zu, das der betroffene Bieter Nachweise dafür erbringen kann, dass er sich nach seinem vorherigen Verhalten als zuverlässig erwiesen hat [24].

48. Schließlich steht das Vorbringen von Delta zu den Rechtstreiten, die in Bezug auf die Entscheidung der Gemeinde Râmnicu Vâlcea zur Auflösung des Auftrags des VZU1 anhängig sind [25], für sich allein der Anwendung dieses Ausschlussgrundes nicht entgegen. In meinen Schlussanträgen in der Rechtssache Meca [26] habe ich ausgeführt, dass die bloße Anfechtung einer Entscheidung über die vorzeitige Beendigung eines Auftrags den öffentlichen Auftraggeber nicht an der Beurteilung des Verhaltens, das zu ihr geführt hat, und der sich daraus ergebenden Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers hindern darf.

C. Zum Ausschlussgrund des Art. 57 Abs. 4 Buchst. h der Richtlinie 2014/24

49. Art. 57 Abs. 4 Buchst. h der Richtlinie 2014/24 regelt u. a. die Fälle, die den Ausschuss eines Wirtschaftsteilnehmers von einem öffentlichen Vergabeverfahren rechtfertigen,

– weil er „sich bei seinen Auskünften zur Überprüfung des Fehlens von Ausschlussgründen und der Einhaltung der Eignungskriterien einer schwerwiegenden Täuschung schuldig gemacht“ oder

– weil er „derartige Auskünfte zurückgehalten“ hat [27].

21 Dies ist eine der Möglichkeiten, auf die die Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen hinweist (neben anderen, wie der Fall, dass der VZU1 die Absicht hatte, den öffentlichen Auftraggeber über die Identität des Unterauftragnehmers zu täuschen).

22 Nach Ansicht der rumänischen Regierung lässt sich dem Vorlagebeschluss zwar nicht entnehmen, ob bei der genannten Ausführung Mängel vorlagen, aber die Feststellung der Verantwortlichkeit des VZU1 sei ein Anhaltspunkt dafür.

23 Die Richtlinie 2014/24 nimmt auf die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme Bezug, sogar im Zusammenhang mit zwingenden Ausschlussgründen, wie der Nichtzahlung von Steuern oder Sozialversicherungsbeiträgen (Art. 57 Abs. 3 Unterabs. 2).

24 In Rn. 21 des Vorlagebeschlusses wird ausgeführt, dass der VZU2 „die Gründe für eine Rechtswidrigkeit der Bescheinigung nur behauptet [hat], ohne … Nachweise für [seine] Glaubwürdigkeit im Hinblick auf die Ausschlussgründe zu liefern“. In der mündlichen Verhandlung hat Delta nicht vorgetragen, Korrekturmaßnahmen zur Selbsteinigung ergriffen zu haben, um ihre Zuverlässigkeit wiederherzustellen (sie gab lediglich an, damals versucht zu haben, die fehlende Mitteilung der Unterauftragsvergabe nachzuholen).

25 Im Vorlagebeschluss wird in Rn. 12 auf diese Rechtshängigkeit Bezug genommen.

26 C-41/18, EU:C:2019:183.

27 Die verschiedenen Sprachfassungen, die ich konsultiert habe, weichen beim Gebrauch affirmativer bzw. negativer Verben zwar voneinander ab (auf Italienisch: *non ha trasmesso*, auf Englisch: *has withheld*, auf Französisch: *a caché*, auf Deutsch: *zurückgehalten*, auf Portugiesisch: *tiver retido*, auf Rumänisch: *nu a divulgat*), aber ich glaube, dass sie übereinstimmend dasselbe Verhalten beschreiben.

50. Mit dem ersten Fall befasste sich der Gerichtshof im Urteil Esaprojekt [28], als er die Vorschrift der Richtlinie 2004/18 (d. h. Art. 45 Abs. 2 Buchst. g) auslegte, die mit ähnlichem Wortlaut den Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers von einem öffentlichen Auftrag wegen falscher Erklärungen gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber ermöglichte.

51. In diesem Urteil kam er zu dem Ergebnis, dass es nicht erforderlich ist, dass den falschen Erklärungen ein vorsätzliches Verhalten zugrunde liegt, sondern das Vorliegen einer „Fahrlässigkeit einer gewissen Schwere …, d. h. eine Fahrlässigkeit, die geeignet ist, einen bestimmenden Einfluss auf die Entscheidungen über einen Ausschluss, die Auswahl oder die Vergabe eines öffentlichen Auftrags zu haben“, ausreicht. Da dieser Umstand dort gegeben war, konnte der Wirtschaftsteilnehmer als „in erheblichem Maße … schuldig“ angesehen werden, was „die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers [rechtfertigte], diesen Wirtschaftsteilnehmer von dem betreffenden öffentlichen Auftrag auszuschließen“ [29].

52. Mit dem zweiten Fall befasste sich das Urteil Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani und Guerrato [30], das die entsprechende Bestimmung der Richtlinie 2004/18 [31] betraf. In diese Rechtssache hatte der Bieter Informationen über die strafrechtliche Situation eines Verwaltungsratsmitglieds, das wegen mehrerer Straftaten verurteilt worden war, verschwiegen. Der Gerichtshof war der Auffassung, dass dieser Umstand ausreichte, um den Bieter vom Vergabeverfahren auszuschließen [32].

53. Zwar könnte aufgrund des Wortlauts des Art. 57 Abs. 4 Buchst. h der Richtlinie 2014/24 der Eindruck entstehen, dass die „Schwere“ nur im Hinblick auf das Beibringen falscher Informationen, nicht aber das Zurückhalten von Informationen vorliegen muss, aber ich glaube nicht, dass dies der Fall ist. Sowohl bei einem Handeln (verfälschen) als auch bei einem Unterlassen (verbergen) ist entscheidend, dass die falschen oder verborgenen Informationen für die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers von Bedeutung sind. Ich bin der Ansicht, dass dies erneut eine Folge des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ist.

54. Wie ich bereits vorweggeschickt habe, befasst sich das vorlegende Gericht in diesem Vorabentscheidungsverfahren anders als der öffentliche Auftraggeber nicht mit dem Ausschlussgrund, den ich gerade prüfe [33]. Da Delta es unterließ, der CNAIR mitzuteilen, dass ihr früherer öffentlicher Auftrag wegen Verstoßes gegen die Klausel über die Vergabe von Unteraufträgen gekündigt worden war, entschied diese Einrichtung (gemeinsam mit dem bereits im vorangegangenen Abschnitt geprüften Ausschlussgrund), Art. 167 Abs. 1 des Gesetzes Nr. 98/2016, also die nationale Vorschrift, die Art. 57 Abs. 4 Buchst. h der Richtlinie 2014/24 widerspiegelt, anzuwenden.

55. In diesem Zusammenhang muss das Gericht, wenn es die Behandlung des zweiten von der CNAIR angewandten Ausschlussgrundes für notwendig erachtet, auf die spezifischen Umstände, unter denen die Auskünfte vorenthalten wurden, sowie die Schwere dieses Verhaltens eingehen.

56. Konkret reicht für die Beurteilung der Schwere der dem öffentlichen Auftraggeber vorenthaltenen Informationen die Feststellung, dass der Bieter das Vorliegen eines möglichen Ausschlussgrundes verschwiegen hat, nicht aus. Zusätzlich ist eine Abwägung der Bedeutung der unterlassenen Auskünfte unerlässlich.

28 Urteil vom 4. Mai 2017 (C-387/14, EU:C:2017:338).

29 Ebd. (Rn. 71 und 77).

30 Urteil vom 20. Dezember 2017 (C-178/16, EU:C:2017:1000).

31 Gemäß Art. 45 Abs. 2 Buchst. g der Richtlinie 2004/18 kann „von der Teilnahme am Vergabeverfahren … jeder Wirtschaftsteilnehmer ausgeschlossen werden, … [der] … diese Auskünfte[, die gemäß diesem Abschnitt eingeholt werden können,] nicht erteilt [hat]“.

32 Urteil vom 20. Dezember 2017 (C-178/16, EU:C:2017:1000, Rn. 48): „Somit kann die Tatsache, dass Straftaten des ehemaligen Verwaltungsratsmitglieds dem öffentlichen Auftraggeber nicht mitgeteilt werden, ebenfalls ein Gesichtspunkt sein, der es gestattet, einen Bieter nach dieser Bestimmung von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren auszuschließen.“

33 In der mündlichen Verhandlung wies die Kommission auf die Möglichkeit hin, dass Art. 57 Abs. 4 Buchst. h als Grundlage für den Ausschluss dienen könnte.

57. In einem Fall wie dem vorliegenden, in dem zuvor ein Auftrag förmlich gekündigt worden war [34], war Delta aufgrund des Grundsatzes der Loyalität von Anfang an verpflichtet, dem öffentlichen Auftraggeber diese objektive Tatsache mitzuteilen, ungeachtet dessen, dass sie alle Informationen beibringen konnte, die sie für den Nachweis, dass der Pflichtverstoß ihrer Auffassung nach nicht gegeben oder geringfügig war, für unerlässlich hält [35].

58. In jedem Fall ist es Sache des nationalen Gerichts, die tatsächlichen Umstände des Rechtsstreits gegeneinander abzuwägen, um im Licht des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit festzustellen, ob der Ausschluss des Bieters aus dem einen oder anderen Grund hinreichend gerechtfertigt war.

V. Ergebnis

59. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die von der Curtea de Apel București (Berufungsgericht Bukarest, Rumänien) vorgelegte Frage wie folgt zu antworten:

1. Art. 57 Abs. 4 Buchst. g 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 ist dahin auszulegen, dass

   – ein öffentlicher Auftraggeber grundsätzlich berechtigt ist, einen Wirtschaftsteilnehmer vom Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge auszuschließen, wenn ein früherer ihm erteilter öffentlicher Auftrag vorzeitig beendet worden war, weil er gegen eine Klausel verstoßen hatte, nach der er verpflichtet war, zur Erlangung der dafür zwingend vorgeschriebenen Genehmigung die Übertragung eines Teils der Arbeiten auf einen Unterauftragnehmer mitzuteilen;

   – es Sache des nationalen Gerichts ist, in Ansehung der besonderen Umstände des Rechtsstreits und unter Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu beurteilen, ob die vorzeitige Beendigung des (ersten) öffentlichen Auftrags auf einen erheblichen Mangel bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen dieses Auftrags zurückzuführen war, der ausreichte, um den Wirtschaftsteilnehmer von dem (zweiten) Auftrag auszuschließen.

2. Art. 57 Abs. 4 Buchst. h der Richtlinie 2014/24 steht dem nicht entgegen, dass der öffentliche Auftraggeber einen Bieter von einem (zweiten) öffentlichen Auftrag ausschließt, der ihm die vorzeitige Beendigung eines früheren Auftrags aufgrund erheblicher Mängel bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen dieses (ersten) Auftrags verschwiegen hat. Es ist Sache des nationalen Gerichts, im Licht des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit die Schwere dieses Zurückhaltens von Auskünften zu beurteilen.

34 Die österreichische Regierung hob in der mündlichen Verhandlung hervor, dass die vorzeitige Kündigung eines öffentlichen Auftrags ein Faktor sei, dessen Bedeutung nicht unterschätzt werden dürfe und der in späteren Vergabeverfahren zwingend mitgeteilt werden müsse.

35 In der mündlichen Verhandlung trug Delta vor, dass sie diese Angabe in der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung nicht gemacht habe, da im Vordruck kein Platz für Anmerkungen vorgesehen sei. Sie wäre aber, hätte sie die besonderen Umstände der Kündigung des Vertrags darlegen wollen, durch nichts daran gehindert gewesen, ein besonderes Schreiben mit diesen Erklärungen vorzulegen.