



## Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Vierte Kammer)

6. Oktober 2016\*

„Vorlage zur Vorabentscheidung — Öffentliche Bauaufträge — Richtlinie 2004/18/EG — Art. 7 Buchst. c — Schwellenwerte für öffentliche Aufträge — Nicht erreichter Schwellenwert — Ungewöhnlich niedrige Angebote — Automatischer Ausschluss — Befugnis des öffentlichen Auftraggebers — Pflichten des öffentlichen Auftraggebers, die sich aus der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit sowie dem allgemeinen Diskriminierungsverbot ergeben — Auftrag, an dem ein grenzüberschreitendes Interesse bestehen kann“

In der Rechtssache C-318/15

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht vom Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Regionales Verwaltungsgericht Piemont, Italien) mit Entscheidung vom 29. April 2015, beim Gerichtshof eingegangen am 26. Juni 2015, in dem Verfahren

**Tecnoedi Costruzioni Srl**

gegen

**Comune di Fossano,**

Beteiligte:

**Ge.Co. Italia SpA,**

**Niccoli Costruzioni Srl,**

**Selva Mercurio Srl,**

erlässt

DER GERICHTSHOF (Vierte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten T. von Danwitz, der Richter C. Lycourgos, E. Juhász (Berichterstatter) und C. Vajda sowie der Richterin K. Jürimäe,

Generalanwalt: Y. Bot,

Kanzler: A. Calot Escobar,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens,

\* Verfahrenssprache: Italienisch.

aufgrund des nach Anhörung des Generalanwalts ergangenen Beschlusses, ohne Schlussanträge über die Rechtssache zu entscheiden,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

- der italienischen Regierung, vertreten durch G. Palmieri als Bevollmächtigte im Beistand von C. Colelli, avvocato dello Stato,
- der Europäischen Kommission, vertreten durch G. Gattinara und A. Tokár als Bevollmächtigte,

folgendes

### Urteil

- 1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung der Art. 49 und 56 AEUV über die Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit sowie der allgemeinen Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Verhältnismäßigkeit.
- 2 Es ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Tecnoedi Costruzioni Srl und der Comune di Fossano (Gemeinde Fossano, Italien) über die Ordnungsmäßigkeit der endgültigen Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags an die Ge.Co. Italia SpA durch diese Gemeinde.

### Rechtlicher Rahmen

#### *Unionsrecht*

- 3 Im zweiten Erwägungsgrund der 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 (ABl. 2004, L 134, S. 114) heißt es:  
  
„Die Vergabe von Aufträgen in den Mitgliedstaaten auf Rechnung des Staates, der Gebietskörperschaften und anderer Einrichtungen des öffentlichen Rechts ist an die Einhaltung der im [AEU-]Vertrag niedergelegten Grundsätze gebunden, insbesondere des Grundsatzes des freien Warenverkehrs, des Grundsatzes der Niederlassungsfreiheit und des Grundsatzes der Dienstleistungsfreiheit sowie der davon abgeleiteten Grundsätze wie z. B. des Grundsatzes der Gleichbehandlung, des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung, des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung, des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und des Grundsatzes der Transparenz.“
- 4 Gemäß Art. 7 („Schwellenwerte für öffentliche Aufträge“) Buchst. c der Richtlinie 2004/18 in der Fassung der zeitlich auf das Ausgangsverfahren anwendbaren Verordnung (EU) Nr. 1251/2011 der Kommission vom 30. November 2011 (ABl. 2011, L 319, S. 43) gilt die Richtlinie für öffentliche Bauaufträge, deren geschätzter Wert netto ohne Mehrwertsteuer den Schwellenwert von 5 000 000 Euro erreicht oder überschreitet.

### *Italienisches Recht*

- 5 Art. 122 („Spezifische Regelung für unter dem Schwellenwert liegende öffentliche Bauaufträge“) Abs. 9 des Decreto legislativo (Gesetzesvertretendes Dekret) Nr. 163/2006 vom 12. April 2006, Gesetzbuch über öffentliche Bau-, Dienstleistungs- und Lieferaufträge zur Umsetzung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG (Supplemento ordinario zur GURI Nr. 100 vom 2. Mai 2006), bestimmt:

„Werden Bauleistungen mit einem Wert unter oder gleich 1 Million Euro nach dem Zuschlagskriterium des niedrigsten Preises vergeben, kann die Vergabestelle in der Bekanntmachung vorsehen, dass Angebote, die einen prozentuellen Preisabschlag aufweisen, der die nach Artikel 86 ermittelte Grenze der Unauskömmlichkeit erreicht oder überschreitet, von der Ausschreibung automatisch ausgeschlossen werden; in diesem Fall findet Artikel 87 Absatz 1 keine Anwendung. Auf jeden Fall darf der automatische Ausschluss bei weniger als zehn zugelassenen Angeboten nicht vorgenommen werden; in diesem Fall ist Artikel 86 Absatz 3 anzuwenden.“

- 6 Art. 86 Abs. 3 des Decreto legislativo lautet:

„In jedem Fall können die Vergabestellen die Angemessenheit jedes anderen Angebots bewerten, das auf der Grundlage spezifischer Elemente ungewöhnlich niedrig erscheint.“

- 7 Art. 87 Abs. 1 des Decreto legislativo bestimmt:

„Erscheint ein Angebot ungewöhnlich niedrig, verlangt die Vergabestelle vom Bieter Rechtfertigungen zu den Preisposten, aus denen sich der Gesamtbetrag, welcher der Ausschreibung zugrunde gelegt ist, zusammensetzt, sowie, im Falle der Zuschlagserteilung nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots, zu den anderen Bewertungselementen des Angebots, wobei sie gemäß Artikel 88 vorgeht. Ein Ausschluss kann erst nach Abschluss der anschließenden kontradiktorischen Prüfung vorgenommen werden.“

- 8 Die in Art. 122 Abs. 9 des Decreto legislativo Nr. 163/2006 genannte Ungewöhnlichkeitsschwelle, die den öffentlichen Auftraggebern die Möglichkeit einräumt, Angebote auszuschließen, die als ungewöhnlich niedrig angesehen werden, ergibt sich aus der in Art. 86 Abs. 1 des Decreto legislativo vorgesehenen mathematischen Berechnung.

- 9 Art. 253 Abs. 20*bis* des Decreto legislativo bestimmt:

„Die Vergabestellen können die Bestimmungen der Artikel 122 Absatz 9 und 124 Absatz 8 bis zum 31. Dezember 2015 auf Aufträge mit einem Auftragswert anwenden, der unter den Schwellenwerten des Artikel 28 [den in Art. 7 der Richtlinie 2004/18 im Hinblick auf deren Anwendung festgelegten Schwellenwerten] liegt“.

### **Ausgangsverfahren und Vorlagefrage**

- 10 Mit Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 leitete die Comune di Fossano (Provinz Cuneo, Italien) ein offenes Ausschreibungsverfahren für die Vergabe von Bauleistungen zur Erweiterung und zur Verbesserung der Energieeffizienz des Kindergartens „Gianni Rodari“ mit einem Auftragswert von insgesamt 1 158 899,97 Euro ein. Kriterium für die Vergabe dieses Auftrags war der niedrigste Preis. In den Verdingungsunterlagen war für den Fall, dass zehn oder mehr gültige Angebote abgegeben werden, vorgesehen, dass „automatisch ermittelt wird, ob ungewöhnliche Angebote“ im Sinne von Art. 122 Abs. 9 des Decreto legislativo Nr. 163/2006 vorliegen.

- 11 Beim Vergabeausschuss gingen 101 Angebote ein, von denen 86 zugelassen wurden. In der ersten öffentlichen Sitzung vom 24. Juli 2013 schloss dieser Ausschuss automatisch jene Angebote aus, in denen ein Nachlass gewährt wurde, der über der gemäß Art. 86 Abs. 1 des Decreto legislativo Nr. 163/2006 berechneten Ungewöhnlichkeitsschwelle lag.
- 12 Den Zuschlag erhielt vorläufig Tecnoedi Costruzioni mit einem Preisnachlass von 25,397 %. In der zweiten öffentlichen Sitzung vom 30. Juli 2013 überprüfte der Vergabeausschuss dann von Amts wegen die Platzierung von zwei zu Unrecht ausgeschlossenen Mitbewerbern, der ARGE Niccoli Costruzioni s.r.l. und der ARGE Selva Mercurio s.r.l., und beschloss deren Zulassung. Außerdem vergab der Ausschuss den Auftrag vorläufig an Ge.Co. Italia. Anschließend vergab er den Auftrag mit Entscheidung vom 5. September 2013 endgültig an diese Gesellschaft, die ein Angebot mit einem Preisnachlass von 25,427 % abgegeben hatte.
- 13 Mit ihrer Klage beantragt Tecnoedi Costruzioni die Nichtigerklärung der Entscheidung vom 5. September 2013 über die endgültige Vergabe des Auftrags an Ge.Co. Italia und die Nichtigerklärung des Protokolls der öffentlichen Sitzung vom 30. Juli 2013 über die Wiederezulassung zum Ausschreibungsverfahren der ARGE Selva Mercurio und der ARGE Niccoli Costruzioni sowie die vorläufige Vergabe des Auftrags an Ge.Co. Italia. Hilfsweise beantragt sie die Nichtigerklärung der Verdingungsunterlagen wegen Verstoßes gegen Art. 122 Abs. 9 des Decreto legislativo Nr. 163/2006, da der automatische Ausschluss von ungewöhnlich niedrigen Angeboten gemäß dieser Vorschrift nicht zulässig sei, wenn der Wert der Bauleistungen – wie hier – über 1 Mio. Euro betrage.
- 14 Bezüglich dieses letztgenannten Klagegrundes von Tecnoedi Costruzioni hält es das vorliegende Gericht für erforderlich, den Gerichtshof um Vorabentscheidung zu ersuchen. Unter Verweis auf das Urteil vom 15. Mai 2008, SECAP und Santorso (C-147/06 und C-148/06, EU:C:2008:277), stellt das vorliegende Gericht fest, dass die nationale Regelung es auch bei einem nahe am unionsrechtlichen Schwellenwert liegenden Wert und einer geringen Zahl von zugelassenen Angeboten (ab zehn) in das unbegrenzte Ermessen der öffentlichen Auftraggeber stelle, in der Ausschreibungsbekanntmachung den Mechanismus des automatischen Ausschlusses von ungewöhnlich niedrigen Angeboten vorzusehen, ohne die konkreten Umstände zu berücksichtigen, die für ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse sprächen.
- 15 Bei dieser nationalen Regelung müssten die öffentlichen Auftraggeber nicht konkret prüfen, ob in Anbetracht der Merkmale des Auftrags ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse bestehe. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs könne sich ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse nicht nur aus der wirtschaftlichen Bedeutung des Auftrags, sondern auch aus technischen Merkmalen der betreffenden Bauleistung und dem Ort ihrer Durchführung ergeben.
- 16 Im Ausgangsverfahren gehe es zwar um einen Auftrag, dessen Wert mit 1 158 899,97 Euro angesetzt werde, doch lasse sich ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse an diesem Auftrag nicht ausschließen, da Fossano weniger als 200 km von der Grenze zu Frankreich entfernt liege und sich unter den zum Vergabeverfahren zugelassenen Bietern mehrere italienische Unternehmen befänden, die ihren Sitz nicht in den angrenzenden Regionen, sondern z. B. in Latium (etwa 600 km entfernt) oder in Kampanien (etwa 800 km entfernt) hätten. Ferner sei es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs für das Vorliegen eines eindeutigen grenzüberschreitenden Interesses nicht erforderlich, dass ein Wirtschaftsteilnehmer tatsächlich sein Interesse bekundet habe (Urteil vom 14. November 2013, Belgacom, C-221/12, EU:C:2013:736, Rn. 31 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 17 Art. 253 Abs. 20*bis* des Decreto legislativo Nr. 163/2006 lasse den automatischen Ausschluss von ungewöhnlich niedrigen Angeboten auch bei Aufträgen zu, deren Wert leicht unter den unionsrechtlichen Schwellenwerten läge, ohne dass eine nachvollziehbare Begründung angeführt würde, warum eine Übergangsregelung für einen derart langen Zeitraum erforderlich sei.

- 18 Unter diesen Umständen hat das Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Regionales Verwaltungsgericht Piemont, Italien) beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

Sind die Art. 49 und 56 AEUV und die Grundsätze der Niederlassungsfreiheit, der Dienstleistungsfreiheit, der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Verhältnismäßigkeit dahin auszulegen, dass sie einer gesetzlichen Regelung – wie sie derzeit in Italien gilt und in den Art. 122 Abs. 9 und 253 Abs. 20*bis* des Decreto legislativo Nr. 163/2006 enthalten ist – über den automatischen Ausschluss von ungewöhnlich niedrigen Angeboten bei Ausschreibungen von unterhalb des in Art. 7 Buchst. c der Richtlinie 2004/18 festgelegten Schwellenwerts liegenden Bauaufträgen, die ein grenzüberschreitendes Interesse aufweisen, entgegenstehen?

### Zur Vorlagefrage

- 19 Die Vergabe von Aufträgen, die in Anbetracht ihres Wertes nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge fallen, unterliegt nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs gleichwohl den Grundregeln und den allgemeinen Grundsätzen des AEUV-Vertrags, insbesondere den Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sowie dem daraus folgenden Transparenzgebot, sofern an diesen Aufträgen ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 15. Mai 2008, SECAP und Santorso, C-147/06 und C-148/06, EU:C:2008:277, Rn. 20 und 21, vom 11. Dezember 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino“ u. a., C-113/13, EU:C:2014:2440, Rn. 45 und 46, vom 18. Dezember 2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, Rn. 32, und vom 16. April 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, Rn. 16).
- 20 Hinsichtlich der objektiven Kriterien, die auf ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse hinweisen können, hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass derartige Kriterien u. a. ein gewisses Volumen des fraglichen Auftrags in Verbindung mit dem Leistungsort, technischen Merkmalen des Auftrags oder Besonderheiten der betreffenden Waren sein können. In diesem Zusammenhang kann auch berücksichtigt werden, dass in anderen Mitgliedstaaten ansässige Wirtschaftsteilnehmer Beschwerden eingelegt haben, sofern es sich dabei nachweislich um echte und nicht bloß um fiktive Beschwerden handelt (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 15. Mai 2008, SECAP und Santorso, C-147/06 und C-148/06, EU:C:2008:277, Rn. 31, und vom 16. April 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, Rn. 20 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 21 Das vorlegende Gericht scheint in Bezug auf den im Ausgangsverfahren fraglichen Auftrag anzunehmen, dass sich ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse nicht ausschließen lässt. Dafür spricht seiner Ansicht nach, dass Fossano weniger als 200 km von der Grenze zu Frankreich entfernt liegt und sich unter den zum Vergabeverfahren zugelassenen Bietern mehrere italienische Unternehmen befinden, die in 600 km oder sogar 800 km vom Ort der Bauausführung entfernten Regionen ansässig sind.
- 22 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse nicht hypothetisch aus bestimmten Gegebenheiten abgeleitet werden kann, die – abstrakt betrachtet – für ein solches Interesse sprechen könnten, sondern sich positiv aus einer konkreten Beurteilung der Umstände des fraglichen Auftrags ergeben muss. Insbesondere kann sich das vorlegende Gericht nicht darauf beschränken, dem Gerichtshof Angaben vorzulegen, anhand deren sich ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse nicht ausschließen lässt, sondern es muss vielmehr Angaben vorlegen, die dieses Interesse belegen.
- 23 Vorliegend ist festzustellen, dass das vorlegende Gericht in seinem Vorabentscheidungsersuchen keinerlei Angaben gemacht hat, die es dem Gerichtshof ermöglichen, über Informationen dieser Art zu verfügen.

- 24 Insoweit wäre es nicht gerechtfertigt, bei einem Auftrag wie dem im Ausgangsverfahren fraglichen, dessen Wert nicht einmal ein Viertel des unionsrechtlichen Schwellenwerts erreicht und bei dem der Leistungsort 200 km von der Grenze zu einem anderen Mitgliedstaat entfernt liegt, ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse nur deshalb zu bejahen, weil eine bestimmte Anzahl von Angeboten von Unternehmen abgegeben wurde, die in dem betreffenden Mitgliedstaat in erheblicher Entfernung vom Ort der Ausführung der Arbeiten ansässig sind.
- 25 In Anbetracht der Umstände des Ausgangsfalls ist diese Angabe nämlich eindeutig unzureichend und kann nicht der einzige zu berücksichtigende Gesichtspunkt sein, da sich die potenziellen Bieter aus anderen Mitgliedstaaten insbesondere im Zusammenhang mit der Verpflichtung, sich an den Rechts- und Verwaltungsrahmen des Mitgliedstaats des Leistungsorts und an sprachliche Anforderungen anzupassen, Belastungen und zusätzlichen Kosten ausgesetzt sehen können.
- 26 Unter diesen Umständen ist es dem Gerichtshof nicht möglich, eine sachdienliche Antwort auf die vom vorlegenden Gericht zum Zwecke der Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits gestellte Frage zu erteilen, was das Ziel der Zusammenarbeit gemäß Art. 267 AEUV ist.
- 27 Das Vorabentscheidungsersuchen ist demnach unzulässig.

### **Kosten**

- 28 Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem beim vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Vierte Kammer) für Recht erkannt:

**Das Vorabentscheidungsersuchen des Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Verwaltungsgericht der Region Piemont, Italien) vom 29. April 2015 ist unzulässig.**

Unterschriften