



## Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Dritte Kammer)

14. Juli 2016\*

„Vorlage zur Vorabentscheidung — Richtlinie 2004/18/EG — Öffentliche Bauaufträge — Rechtmäßigkeit der den Bietern auferlegten Pflicht, einen bestimmten Prozentsatz des Auftrags ohne Unterauftragsvergabe auszuführen — Verordnung (EG) Nr. 1083/2006 — Allgemeine Bestimmungen über den Europäischen Fonds für regionale Entwicklung, den Europäischen Sozialfonds und den Kohäsionsfonds — Pflicht der Mitgliedstaaten, im Zusammenhang mit festgestellten Unregelmäßigkeiten eine finanzielle Berichtigung vorzunehmen — Begriff ‚Unregelmäßigkeit‘ — Notwendigkeit einer finanziellen Berichtigung im Fall eines Verstoßes gegen das Unionsrecht im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe“

In der Rechtssache C-406/14

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht vom Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (Woiwodschaftsverwaltungsgericht Warschau, Polen) mit Entscheidung vom 3. Juni 2014, beim Gerichtshof eingegangen am 27. August 2014, in dem Verfahren

**Wrocław – Miasto na prawach powiatu**

gegen

**Minister Infrastruktury i Rozwoju**

erlässt

DER GERICHTSHOF (Dritte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten L. Bay Larsen sowie der Richter D. Šváby (Berichterstatte), J. Malenovský, M. Safjan und M. Vilaras,

Generalanwältin: E. Sharpston,

Kanzler: A. Calot Escobar,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

- von Wrocław – Miasto na prawach powiatu, vertreten durch W. Szuster, radca prawny,
- der polnischen Regierung, vertreten durch B. Majczyna als Bevollmächtigten,
- der österreichischen Regierung, vertreten durch M. Fruhmann als Bevollmächtigten,

\* Verfahrenssprache: Polnisch.

— der Europäischen Kommission, vertreten durch B.-R. Killmann, A. Tokár und M. Owsiany-Hornung als Bevollmächtigte,

nach Anhörung der Schlussanträge der Generalanwältin in der Sitzung vom 17. November 2015

folgendes

### Urteil

- 1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 25 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, und – Berichtigung – ABl. 2004, L 351, S. 44) in der durch die Verordnung (EG) Nr. 2083/2005 der Kommission vom 19. Dezember 2005 (ABl. 2005, L 333, S. 28) geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 2004/18) und von Art. 98 der Verordnung (EG) Nr. 1083/2006 des Rates vom 11. Juli 2006 mit allgemeinen Bestimmungen über den Europäischen Fonds für regionale Entwicklung, den Europäischen Sozialfonds und den Kohäsionsfonds und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1260/1999 (ABl. 2006, L 210, S. 25).
- 2 Es ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen Wrocław – Miasto na prawach powiatu (Stadt Wrocław/Breslau, Polen) und dem Minister Infrastruktury i Rozwoju (Minister für Infrastruktur und Entwicklung) wegen einer Entscheidung, mit der gegenüber der Stadt Wrocław wegen eines angeblichen Verstoßes gegen die Richtlinie 2004/18 im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags über mit Mitteln der Europäischen Union kofinanzierte Arbeiten eine finanzielle Berichtigung festgesetzt wurde.

### Rechtlicher Rahmen

#### *Unionsrecht*

#### Richtlinie 2004/18

- 3 Gemäß Art. 7 Buchst. c der Richtlinie 2004/18 war diese Richtlinie zu dem für das Ausgangsverfahren maßgeblichen Zeitpunkt auf nicht ausgeschlossene öffentliche Bauaufträge anwendbar, deren geschätzter Wert netto ohne Mehrwertsteuer den Betrag von 5 278 000 Euro erreicht oder überschreitet.
- 4 Der Fall, dass ein Bieter einen Teil des Auftrags im Wege von Unteraufträgen an Dritte zu vergeben gedenkt, wird insbesondere in Art. 25 dieser Richtlinie wie folgt geregelt:

„In den Verdingungsunterlagen kann der öffentliche Auftraggeber den Bieter auffordern oder er kann von einem Mitgliedstaat verpflichtet werden, den Bieter aufzufordern, ihm in seinem Angebot den Teil des Auftrags, den der Bieter gegebenenfalls im Wege von Unteraufträgen an Dritte zu vergeben gedenkt, sowie die bereits vorgeschlagenen Unterauftragnehmer bekannt zu geben.

Die Haftung des hauptverantwortlichen Wirtschaftsteilnehmers bleibt von dieser Bekanntgabe unberührt.“

5 Art. 26 („Bedingungen für die Auftragsausführung“) der Richtlinie 2004/18 bestimmt:

„Die öffentlichen Auftraggeber können zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorschreiben, sofern diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind und in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben werden. Die Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags können insbesondere soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen.“

6 Diese Vorschrift wird im 33. Erwägungsgrund dieser Richtlinie näher erläutert, wonach die Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags mit dieser Richtlinie vereinbar sind, „sofern sie nicht unmittelbar oder mittelbar zu einer Diskriminierung führen und in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben sind. Sie können insbesondere dem Ziel dienen, die berufliche Ausbildung auf den Baustellen sowie die Beschäftigung von Personen zu fördern, deren Eingliederung besondere Schwierigkeiten bereitet, die Arbeitslosigkeit zu bekämpfen oder die Umwelt zu schützen. In diesem Zusammenhang sind z. B. unter anderem die – für die Ausführung des Auftrags geltenden – Verpflichtungen zu nennen, Langzeitarbeitslose einzustellen oder Ausbildungsmaßnahmen für Arbeitnehmer oder Jugendliche durchzuführen, oder die Bestimmungen der grundlegenden Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO), für den Fall, dass diese nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt worden sind, im Wesentlichen einzuhalten, oder ein Kontingent von behinderten Personen einzustellen, das über dem nach nationalem Recht vorgeschriebenen Kontingent liegt.“

7 Die Richtlinie 2004/18 legt weiter Eignungskriterien fest, anhand deren die Bewerber ausgewählt werden können, die zur Teilnahme am Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags zugelassen werden. Art. 48 dieser Richtlinie, der die technische und/oder berufliche Leistungsfähigkeit betrifft, lautet:

„...“

(2) Der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Wirtschaftsteilnehmers kann je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der Bauleistungen, der zu liefernden Erzeugnisse oder der Dienstleistungen wie folgt erbracht werden:

...

b) durch Angabe der technischen Fachkräfte oder der technischen Stellen, unabhängig davon, ob sie dem Unternehmen des Wirtschaftsteilnehmers angehören oder nicht, und zwar insbesondere derjenigen, die mit der Qualitätskontrolle beauftragt sind, und bei öffentlichen Bauaufträgen derjenigen, über die der Unternehmer für die Ausführung des Bauwerks verfügt;

...

i) durch die Angabe, welche Teile des Auftrags der Dienstleistungserbringer unter Umständen als Unteraufträge zu vergeben beabsichtigt;

...

(3) Ein Wirtschaftsteilnehmer kann sich gegebenenfalls für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmen ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmen bestehenden Verbindungen stützen. Er muss in diesem Falle dem öffentlichen Auftraggeber gegenüber nachweisen, dass ihm für die Ausführung des Auftrags die erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen, indem er beispielsweise die Zusage dieser Unternehmen vorlegt, dass sie dem Wirtschaftsteilnehmer die erforderlichen Mittel zur Verfügung stellen.

...

(5) Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, die die Lieferung von Waren, für die Verlege- oder Anbringerarbeiten erforderlich sind, die Erbringung von Dienstleistungen und/oder Bauleistungen zum Gegenstand haben, kann die Eignung der Wirtschaftsteilnehmer zur Erbringung dieser Leistungen oder zur Ausführung der Verlege- und Anbringerarbeiten insbesondere anhand ihrer Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Erfahrung und Zuverlässigkeit beurteilt werden.

(6) Der öffentliche Auftraggeber gibt in der Bekanntmachung oder in der Aufforderung zur Angebotsabgabe an, welche der in Absatz 2 genannten Nachweise vorzulegen sind.“

Verordnung Nr. 1083/2006

8 Der 66. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 1083/2006 lautet:

„Die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Finanz- und Kontrollsysteme, die Bescheinigung von Ausgaben, die vorbeugenden Maßnahmen gegen Unregelmäßigkeiten und Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht und die Maßnahmen zu deren Aufdeckung und Korrektur sollten näher bestimmt werden, um die effektive und korrekte Durchführung der operationellen Programme zu gewährleisten. ...“

9 Art. 1 der Verordnung Nr. 1083/2006 bestimmt:

„Diese Verordnung enthält die allgemeinen Bestimmungen für den Europäischen Fonds für regionale Entwicklung (EFRE), den Europäischen Sozialfonds (ESF) (nachstehend ‚die Strukturfonds‘ genannt) und den Kohäsionsfonds ...

...

Zu diesem Zweck legt diese Verordnung auf der Grundlage von zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission geteilten Zuständigkeiten die Grundsätze und Regeln für die Partnerschaft, die Programmplanung, die Bewertung, die Verwaltung einschließlich der finanziellen Abwicklung, die Begleitung und die Kontrolle fest.“

10 Art. 2 Nr. 7 dieser Verordnung bestimmt den Begriff „Unregelmäßigkeit“ als „jeden Verstoß gegen eine Gemeinschaftsbestimmung als Folge einer Handlung oder Unterlassung eines Wirtschaftsteilnehmers, die dadurch einen Schaden für den Gesamthaushaltsplan der Europäischen Union bewirkt hat oder haben würde, dass ihm eine ungerechtfertigte Ausgabe angelastet werden muss oder müsste“.

11 Gemäß Art. 9 Abs. 5 der Verordnung Nr. 1083/2006 müssen die aus den Strukturfonds und dem Kohäsionsfonds finanzierten Vorhaben insbesondere den Bestimmungen der Sekundärrechtsakte entsprechen.

12 Art. 98 („Finanzielle Berichtigungen durch die Mitgliedstaaten“) dieser Verordnung sieht vor:

„(1) Es obliegt in erster Linie den Mitgliedstaaten, Unregelmäßigkeiten zu untersuchen, bei nachgewiesenen erheblichen Änderungen, welche sich auf die Art oder die Bedingungen für die Durchführung und Kontrolle der Vorhaben oder der operationellen Programme auswirken, zu handeln und die erforderlichen finanziellen Berichtigungen vorzunehmen.

(2) Der Mitgliedstaat nimmt die finanziellen Berichtigungen vor, die aufgrund der im Rahmen von Vorhaben oder operationellen Programmen festgestellten vereinzelt oder systembedingten Unregelmäßigkeiten notwendig sind. Die vom Mitgliedstaat vorgenommenen Berichtigungen erfolgen,

indem der öffentliche Beitrag zum operationellen Programm ganz oder teilweise gestrichen wird. Der Mitgliedstaat berücksichtigt Art und Schweregrad der Unregelmäßigkeiten sowie den dem Fonds entstandenen finanziellen Verlust.

...“

#### *Polnisches Recht*

- 13 Aus der Vorlageentscheidung ergibt sich, dass Art. 36 Abs. 5 der Ustawa – Prawo zamówień publicznych (Gesetz über öffentliche Aufträge) vom 29. Januar 2004 (im Folgenden: p.z.p.) in seiner für den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens maßgeblichen Fassung folgenden Wortlaut hatte:

„Der Auftraggeber kann in den Verdingungsunterlagen bestimmen, welcher Teil des Auftrags nicht an Unterauftragnehmer vergeben werden darf.“

- 14 Diese Bestimmung wurde später dahin gehend geändert, dass ein Wirtschaftsteilnehmer die Durchführung eines an ihn vergebenen öffentlichen Auftrags an Unterauftragnehmer vergeben kann, es sei denn, der Auftraggeber legt in Anbetracht der Besonderheiten des betreffenden Auftrags in den Verdingungsunterlagen fest, dass dieser Auftrag insgesamt oder teilweise nicht an Unterauftragnehmer vergeben werden darf.

#### **Ausgangsverfahren und Vorlagefragen**

- 15 Am 18. Mai 2007 leitete die zuständige Behörde der Stadt Wrocław ein nicht offenes Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags über den Bau eines Teilabschnitts einer Ringstraße ein. Für dieses Projekt, dessen Kosten sich auf ungefähr 65 Mio. Euro beliefen, wurde eine Finanzhilfe der Union nach dem vom Kohäsionsfonds und vom EFRE kofinanzierten operationellen Programm der gemeinschaftlichen Förderung der Republik Polen im Bereich Infrastruktur und Umwelt im Rahmen des Ziels „Konvergenz“ gewährt.

- 16 Von den sieben Wirtschaftsteilnehmern, die sich um eine Teilnahme an diesem Verfahren beworben hatten, wurden fünf zur Abgabe eines Angebots aufgefordert. Die an diese fünf Teilnehmer übersandten Verdingungsunterlagen enthielten eine Klausel mit folgendem Wortlaut:

„Der Auftragnehmer ist verpflichtet, mindestens 25 % der von dem Auftrag umfassten Arbeiten mit eigenen Mitteln zu erbringen.“

- 17 Am 1. August 2008 schloss die Stadt Wrocław mit dem von ihr ausgewählten Teilnehmer einen Vertrag über die Ausführung des öffentlichen Auftrags.

- 18 Nach einem auf die Ausführung dieses Auftrags folgenden Verwaltungsverfahren, das von den mit der Kontrolle der Ordnungsmäßigkeit bestimmter von der Union kofinanzierter Projekte betrauten nationalen Behörden eingeleitet worden war, wurde von der Stadt Wrocław eine finanzielle Berichtigung in Höhe von 8 600 473,38 polnischen Zloty (PLN) (ungefähr 1 960 000 Euro) als Hauptschuld gefordert – dies entsprach 5 % des aus öffentlichen Mitteln gewährten Zuschusses –, weil die genannte Klausel im Hinblick auf die Richtlinie 2004/18, die für den betreffenden Auftrag aufgrund seines Wertes maßgeblich ist, rechtswidrig sein soll.

- 19 Wie aus der Vorlageentscheidung hervorgeht, begründete die im letzten Stadium des Verwaltungsverfahrens zuständige Behörde diese finanzielle Berichtigung zum einen damit, dass die Unterauftragsvergabe mit der streitigen Klausel beschränkt worden sei, ohne Art. 36 Abs. 5 p.z.p zu beachten. Diese Bestimmung ziele nämlich darauf ab, sicherzustellen, dass die Teile eines Auftrags, die

besondere Fachkunde und Fähigkeiten erforderten und bei denen die Qualität der Ausführung somit durch individuelle Eigenschaften des Leistenden bedingt sei, tatsächlich von dem Wirtschaftsteilnehmer ausgeführt würden, dessen Leistungsfähigkeit im Rahmen des Vergabeverfahrens geprüft worden sei. Dieses Ziel sei von besonderer Bedeutung gewesen, weil die nationalen Rechtsvorschriften in der für den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens maßgeblichen Fassung es den Wirtschaftsteilnehmern nicht erlaubt hätten, sich zum Nachweis dafür, dass sie die für die Teilnahme am Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags erforderlichen Leistungsfähigkeitskriterien erfüllten, auf die Leistungsfähigkeit Dritter zu berufen.

- 20 Dieser Behörde zufolge war der öffentliche Auftraggeber bei der Anwendung von Art. 36 Abs. 5 p.z.p. somit verpflichtet, konkret anzugeben, welche Teile des betreffenden Auftrags vom Auftragnehmer zwingend in Eigenleistung auszuführen sind. Eine Klausel wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende, die sich darauf beschränke, implizit einen Prozentsatz der Arbeiten festzulegen, die dem vom Auftragnehmer auszuführenden Teil der Arbeiten entsprächen, ermögliche jedoch entgegen dem Ziel von Art. 36 Abs. 5 p.z.p. nicht die Feststellung, ob die Beschränkung der Unterauftragsvergabe Arbeiten betreffe, deren Ausführung besondere Fähigkeiten erfordere. Dieser Verstoß gegen das nationale Recht stelle, so die genannte Behörde unter Verweis auf das Urteil vom 18. März 2004, Siemens und ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159), zugleich einen Verstoß gegen Art. 25 der Richtlinie 2004/18 dar.
- 21 Zum anderen wirke sich die Beschränkung der Unterauftragsvergabe, auch wenn der geltend gemachte Verstoß gegen das Unionsrecht keinen Einfluss auf die Vergabe des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Auftrags gehabt habe, auch nachteilig auf den Gesamthaushalt der Union aus. Diese Beschränkung habe nämlich das Risiko einer Störung des Wettbewerbsgleichgewichts mit sich gebracht, das sich in einer Erhöhung der in den Angeboten genannten Preise niederschlagen könne; ein solches Risiko genüge für die Feststellung einer Unregelmäßigkeit im Sinne von Art. 2 Nr. 7 der Verordnung Nr. 1083/2006.
- 22 Aus der dem Gerichtshof vorliegenden Akte ergibt sich, dass die Höhe der im Anlassfall vorgenommenen finanziellen Berichtigung unter Rückgriff auf eine von der zuständigen Behörde verwendete Tabelle festgelegt wurde.
- 23 Die Stadt Wrocław erhob gegen die Entscheidung über die finanzielle Berichtigung Klage bei dem vorlegenden Gericht und wandte sich gegen die Stichhaltigkeit der beiden Begründungslinien, auf die diese Entscheidung gestützt ist. Hinsichtlich der Zulässigkeit der streitigen Klausel der Verdingungsunterlagen macht sie geltend, dass Art. 36 Abs. 5 p.z.p. in seiner für den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens maßgeblichen Fassung den Grundsatz enthalten habe, dass der Auftragnehmer den Auftrag mit eigenen Mitteln zu erbringen habe und die Unterauftragsvergabe eine Ausnahme darstelle und dass der Auftraggeber dementsprechend eine solche ausnahmsweise zulassen könne, ohne jedoch hierzu verpflichtet zu sein. Das vorlegende Gericht scheint diese Auslegung der betreffenden Bestimmung zu teilen.
- 24 Das vorlegende Gericht hält es im Hinblick auf die Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits für notwendig, vom Gerichtshof erstens eine Auslegung von Art. 25 der Richtlinie 2004/18, insbesondere der Wendung „Teil des Auftrags“, zu erhalten, um zu bestimmen, ob es diese Vorschrift verwehrt, dass ein öffentlicher Auftraggeber einen maximalen Prozentsatz des Teils des Auftrags festlegt, den der künftige Auftragnehmer an Unterauftragnehmer vergeben kann. Es fragt sich ferner, ob eine solche Beschränkung – als Bedingung für die Ausführung im Sinne von Art. 26 dieser Richtlinie – von dieser Vorschrift erfasst sein kann.
- 25 Aus dem Urteil vom 18. März 2004, Siemens und ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159), ergebe sich, dass die Richtlinie 2004/18 eine Beschränkung der Unterauftragsvergabe für die Ausführung öffentlicher Aufträge ermögliche, sofern dies nicht dazu führe, Wirtschaftsteilnehmer, die beabsichtigten, auf die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von Unterauftragnehmern

zurückzugreifen, an der Teilnahme an einem Vergabeverfahren zu hindern. Allerdings werde in diesem Urteil nicht geklärt, ob ein öffentlicher Auftraggeber berechtigt sei, den Umfang der Arbeiten, die der Auftragnehmer in Eigenleistung zu erbringen habe, in Form eines Prozentsatzes anzugeben.

- 26 Im Übrigen stellt sich für das vorlegende Gericht die Frage, ob eine Klausel wie die im Ausgangsrechtsstreit fragliche dadurch, dass sie kleine und mittlere Unternehmen (KMU) in ihrer Möglichkeit, sich an der Ausführung von Arbeiten zu beteiligen, die Gegenstand eines öffentlichen Auftrags sind, beschränkt, nicht gegebenenfalls gegen den Grundsatz der Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens für einen unverfälschten Wettbewerb verstößt, weil diese Öffnung für alle Unternehmen unabhängig von ihrer Größe gelte und KMU insoweit offensichtlich besondere Aufmerksamkeit beizumessen sei. Das vorlegende Gericht verweist zu dieser Frage auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs, u. a. auf das Urteil vom 10. Oktober 2013, *Swm Costruzioni 2 und Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:646, Rn. 33).
- 27 Zweitens hält es das vorlegende Gericht auch für notwendig, Klarstellungen zum Begriff „Unregelmäßigkeit“ im Sinne der Verordnung Nr. 1083/2006 zu erhalten, um bestimmen zu können, ob die Bedeutung des möglichen Verstoßes gegen das Unionsrecht, von dem das Vergabeverfahren betroffen war, in Anbetracht der Umstände des bei ihm anhängigen Rechtsstreits eine finanzielle Berichtigung erfordert.
- 28 In diesem Zusammenhang fragt es sich, ob jeder Verstoß gegen das Unionsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens geeignet ist, eine solche Unregelmäßigkeit zu begründen, die zu einer finanziellen Berichtigung führen muss, oder ob die konkreten Umstände jedes Einzelfalls zu berücksichtigen sind, insbesondere die Auswirkungen eines möglichen Verstoßes gegen das Unionsrecht. Hinsichtlich dieser konkreten Umstände weist es im vorliegenden Fall darauf hin, dass das anwendbare Gesetz dahin ausgelegt worden sei, dass es einer Klausel wie der im Ausgangsverfahren fraglichen nicht entgegenstehe, dass diese Klausel trotz allem eine Unterauftragsvergabe für 75 % der vom Auftrag umfassten Arbeiten gestattet habe, dass sie nicht beanstandet worden sei und dass das Vergabeverfahren zu einem starken Wettbewerb geführt habe.
- 29 Vor diesem Hintergrund hat der Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (Woiwodschaftsverwaltungsgericht Warschau) beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:
1. Ist es im Licht von Art. 25 der Richtlinie 2004/18 zulässig, dass ein Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen eines öffentlichen Auftrags festlegt, dass der Auftragnehmer mindestens 25 % der von dem Auftrag umfassten Arbeiten mit eigenen Mitteln zu erbringen hat?
  2. Falls die erste Frage verneint wird: Bewirkt die Verwendung der in der ersten Frage beschriebenen Anforderung im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags einen derartigen Verstoß gegen Vorschriften des Rechts der Europäischen Union, der die Vornahme einer finanziellen Berichtigung gemäß Art. 98 der Verordnung Nr. 1083/2006 erforderlich macht?

## **Zu den Vorlagefragen**

### *Zur ersten Frage*

- 30 Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Richtlinie 2004/18 dahin auszulegen ist, dass es zulässig ist, dass ein öffentlicher Auftraggeber in einer Klausel der Verdingungsunterlagen eines öffentlichen Bauauftrags vorschreibt, dass der künftige Auftragnehmer einen bestimmten Prozentsatz der von diesem Auftrag umfassten Arbeiten mit eigenen Mitteln zu erbringen hat.

- 31 Nach Art. 25 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18 kann der öffentliche Auftraggeber den Bieter auffordern oder von einem Mitgliedstaat verpflichtet werden, den Bieter aufzufordern, ihm in seinem Angebot den Teil des Auftrags, den er gegebenenfalls im Wege von Unteraufträgen an Dritte zu vergeben gedenkt, sowie die bereits vorgeschlagenen Unterauftragnehmer bekannt zu geben.
- 32 Wie der Gerichtshof in Rn. 31 des Urteils vom 10. Oktober 2013, *Swm Costruzioni 2 und Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:646), festgestellt hat, sieht die Richtlinie 2004/18 in dieser Bestimmung den Rückgriff auf Unterauftragnehmer ohne entsprechende Begrenzung vor.
- 33 Vielmehr steht es Bietern nach Art. 48 Abs. 3 dieser Richtlinie frei, für die Ausführung eines Auftrags grundsätzlich unbegrenzt auf Unterauftragnehmer zurückzugreifen, da ihnen mit dieser Bestimmung die Möglichkeit eingeräumt wird, nachzuweisen, dass sie den vom öffentlichen Auftraggeber festgelegten Mindestanforderungen an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit unter Rückgriff auf die Kapazitäten von Drittunternehmen genügen, sofern sie belegen, dass sie, sollte der Auftrag an sie vergeben werden, tatsächlich über die für die Ausführung des Auftrags erforderlichen Ressourcen – die nicht ihre eigenen sind – verfügen werden.
- 34 Sind Bieter entsprechend Art. 25 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18 nach den Auftragsunterlagen dazu verpflichtet, in ihren Angeboten den Teil des Auftrags, den sie gegebenenfalls im Wege von Unteraufträgen an Dritte zu vergeben gedenken, sowie die bereits vorgeschlagenen Unterauftragnehmer bekannt zu geben, kann der Auftraggeber indessen den Rückgriff auf Unterauftragnehmer, deren Leistungsfähigkeit er bei der Prüfung der Angebote und der Auswahl des Auftragnehmers nicht hat prüfen können, für die Ausführung wesentlicher Teile des Auftrags verbieten (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 18. März 2004, *Siemens und ARGE Telekom*, C-314/01, EU:C:2004:159, Rn. 45).
- 35 Dies ist jedoch nicht die Bedeutung einer Klausel wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden, die in Bezug auf einen abstrakt auf einen bestimmten Prozentsatz festgelegten Teil des Auftrags Beschränkungen für den Rückgriff auf Unterauftragnehmer vorsieht – und zwar unabhängig davon, ob eine Prüfung der Kapazitäten etwaiger Unterauftragnehmer möglich ist, und ohne irgendeine Angabe zum wesentlichen Charakter etwa betroffener Aufgaben. Unter allen diesen Aspekten erweist sich eine solche Klausel als mit der im Ausgangsverfahren maßgeblichen Richtlinie 2004/18 unvereinbar.
- 36 Im Übrigen könnte eine solche Klausel, sollte sie eine Bedingung für die Auftragsausführung im Sinne von Art. 26 der Richtlinie 2004/18 darstellen, entsprechend den Ausführungen der Generalanwältin in Nr. 41 ihrer Schlussanträge nicht nach diesem Artikel – wie sich unmittelbar aus seinem Wortlaut ergibt – als zulässig angesehen werden, weil sie mit Art. 48 Abs. 3 dieser Richtlinie und somit mit dem Unionsrecht unvereinbar ist.
- 37 Daher ist auf die erste Frage zu antworten, dass die Richtlinie 2004/18 dahin auszulegen ist, dass es nicht zulässig ist, dass ein öffentlicher Auftraggeber in einer Klausel der Verdingungsunterlagen eines öffentlichen Bauauftrags vorschreibt, dass der künftige Auftragnehmer einen bestimmten Prozentsatz der von diesem Auftrag umfassten Arbeiten mit eigenen Mitteln zu erbringen hat.

*Zur zweiten Frage*

- 38 Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 98 in Verbindung mit Art. 2 Nr. 7 der Verordnung Nr. 1083/2006 dahin auszulegen ist, dass es unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens eine „Unregelmäßigkeit“ im Sinne von Art. 2 Nr. 7 dieser Verordnung darstellt, die die Vornahme einer finanziellen Berichtigung nach Art. 98 dieser Verordnung erforderlich macht, wenn ein öffentlicher Auftraggeber, der im Rahmen eines öffentlichen Bauauftrags in Bezug auf ein

Projekt, das mit einem finanziellen Zuschuss der Europäischen Union gefördert wird, unter Verstoß gegen die Richtlinie 2004/18 vorgeschrieben hat, dass der künftige Auftragnehmer mindestens 25 % der entsprechenden Arbeiten mit eigenen Mitteln zu erbringen hat.

- 39 Was die konkreten Umstände dieses Falles angeht, weist das vorlegende Gericht darauf hin, dass das maßgebliche nationale Gesetz dahin ausgelegt worden sei, dass es einer Klausel wie der im Ausgangsverfahren fraglichen nicht entgegenstehe, dass diese Klausel trotz allem für 75 % der von dem Auftrag umfassten Arbeiten einen Rückgriff auf eine Unterauftragsvergabe gestattet habe, dass sie seitens der zur Abgabe eines Angebots aufgeforderten Bewerber, die allein Kenntnis davon gehabt hätten, nicht beanstandet worden sei und dass das Vergabeverfahren zu einem starken Wettbewerb geführt habe.
- 40 Die vorgelegte Frage weist somit zwei Aspekte auf: Der eine bezieht sich auf den Begriff „Unregelmäßigkeit“ im Sinne von Art. 2 Nr. 7 der Verordnung Nr. 1083/2006, der andere auf den Mechanismus der finanziellen Berichtigung, der von den nationalen Behörden im Fall einer Unregelmäßigkeit gemäß Art. 98 dieser Verordnung einzusetzen ist.
- 41 Was erstens den Begriff „Unregelmäßigkeit“ angeht, umfasst dieser gemäß Art. 2 Nr. 7 der Verordnung Nr. 1083/2006 jeden Verstoß gegen eine Bestimmung des Unionsrechts als Folge einer Handlung oder Unterlassung eines Wirtschaftsteilnehmers, die dadurch einen Schaden für den Gesamthaushaltsplan der Europäischen Union bewirkt hat oder haben würde, dass ihm eine ungerechtfertigte Ausgabe angelastet werden muss oder müsste.
- 42 Den Zweifeln des vorlegenden Gerichts liegt der letzte Teil dieser Definition zugrunde, weil die Klausel, die in Anbetracht der Antwort auf die erste Frage als Verstoß gegen das Unionsrecht anzusehen ist, nach seiner Auffassung im vorliegenden Fall offenbar keine konkreten Auswirkungen hatte.
- 43 Wie die Generalanwältin in den Nrn. 53 bis 55 ihrer Schlussanträge insbesondere unter Verweis auf Art. 9 Abs. 5 der Verordnung Nr. 1083/2006 und – sinngemäß – auf das Urteil vom 21. Dezember 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre* (C-465/10, EU:C:2011:867, Rn. 46 und 47), ausgeführt hat, ist hierzu zwar festzustellen, dass die Union zur Finanzierung von Maßnahmen aus den Strukturfonds und dem Kohäsionsfonds nur insoweit berufen ist, als die betreffenden Maßnahmen in vollständigem Einklang mit dem Unionsrecht durchgeführt werden.
- 44 Aus der in Art. 2 Nr. 7 dieser Verordnung enthaltenen Definition ergibt sich jedoch, dass ein Verstoß gegen das Unionsrecht nur dann eine Unregelmäßigkeit im Sinne dieser Bestimmung darstellt, wenn er dadurch einen Schaden für den Gesamthaushaltsplan der Europäischen Union bewirkt hat oder haben würde, dass ihm eine ungerechtfertigte Ausgabe angelastet werden muss oder müsste. Ein solcher Verstoß ist demnach als Unregelmäßigkeit anzusehen, wenn er als solcher Auswirkungen auf den Haushalt haben kann. Hingegen ist nicht erforderlich, dass das Vorliegen einer konkreten finanziellen Auswirkung nachgewiesen wird (vgl. entsprechend Urteil vom 21. Dezember 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre*, C-465/10, EU:C:2011:867, Rn. 47).
- 45 Daher ist davon auszugehen, dass ein Verstoß gegen die Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe eine Unregelmäßigkeit im Sinne von Art. 2 Nr. 7 der Verordnung Nr. 1083/2006 darstellt, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass dieser Verstoß Auswirkungen auf den Haushalt des betreffenden Fonds haben konnte.
- 46 Was zweitens den in Art. 98 der Verordnung Nr. 1083/2006 vorgesehenen Mechanismus der finanziellen Berichtigung betrifft, ist festzustellen, dass dieser Artikel nach seinen Abs. 1 und 2 die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, im Fall der Feststellung einer Unregelmäßigkeit eine finanzielle Berichtigung vorzunehmen.

- 47 Nach Abs. 2 Unterabs. 1 dieser Vorschrift ist die zuständige nationale Behörde jedoch auch verpflichtet, die Höhe der vorzunehmenden finanziellen Berichtigung unter Berücksichtigung dreier Kriterien, nämlich der Art und des Schweregrads der festgestellten Unregelmäßigkeit sowie des dem betreffenden Fonds entstandenen finanziellen Verlusts, zu bestimmen.
- 48 Handelt es sich, wie im Ausgangsverfahren, um eine punktuelle und nicht um eine systembedingte Unregelmäßigkeit, impliziert dieses Erfordernis notwendigerweise eine Einzelfallprüfung unter Berücksichtigung aller im Hinblick auf eines dieser drei Kriterien relevanten Umstände des jeweiligen Falles.
- 49 Demnach sind – auch wenn dadurch, wie die Generalanwältin in Nr. 60 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, nicht ausgeschlossen wird, dass ein erster Berechnungsansatz auf der Grundlage einer Tabelle durchgeführt werden kann, die dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung trägt – bei der Festsetzung des Endbetrags der vorzunehmenden Berichtigung nichtsdestoweniger sämtliche Eigenheiten zu berücksichtigen, die die festgestellte Unregelmäßigkeit im Vergleich zu den für die Erstellung dieses Verzeichnisses herangezogenen Aspekten kennzeichnen und die die Vornahme einer bedeutenderen oder aber einer herabgesetzten Berichtigung rechtfertigen können.
- 50 Somit sind Umstände wie die Vereinbarkeit einer Klausel wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden mit dem nationalen Recht, die Pflicht zur Erbringung eines begrenzten Teils des Auftrags in Eigenleistung und der Umstand, dass nur ein – möglicherweise geringes – Risiko einer finanziellen Auswirkung festgestellt wird, geeignet, den Endbetrag der vorzunehmenden finanziellen Berichtigung zu beeinflussen.
- 51 Daher ist auf die zweite Frage zu antworten, dass Art. 98 in Verbindung mit Art. 2 Nr. 7 der Verordnung Nr. 1083/2006 dahin auszulegen ist, dass der Umstand, dass ein öffentlicher Auftraggeber, der im Rahmen eines öffentlichen Bauauftrags in Bezug auf ein Projekt, das mit einem finanziellen Zuschuss der Europäischen Union gefördert wird, unter Verstoß gegen die Richtlinie 2004/18 vorgeschrieben hat, dass der künftige Auftragnehmer mindestens 25 % der entsprechenden Arbeiten mit eigenen Mitteln zu erbringen hat, eine „Unregelmäßigkeit“ im Sinne von Art. 2 Nr. 7 dieser Verordnung darstellt, die die Vornahme einer finanziellen Berichtigung nach Art. 98 dieser Verordnung erforderlich macht, soweit die Möglichkeit, dass dieser Verstoß eine Auswirkung auf den Haushalt des betreffenden Fonds hatte, nicht ausgeschlossen werden kann. Die Höhe dieser Berichtigung ist unter Berücksichtigung aller im Hinblick auf die in Art. 98 Abs. 2 Unterabs. 1 dieser Verordnung angeführten Kriterien relevanten konkreten Umstände, nämlich der Art und des Schweregrads der festgestellten Unregelmäßigkeit sowie des dem betreffenden Fonds entstandenen finanziellen Verlusts, zu bestimmen.

## **Kosten**

- 52 Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren Teil des bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Verfahrens; 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 (Dritte Kammer) für Recht erkannt:

- 1. Die 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 in der durch die Verordnung (EG) Nr. 2083/2005 der Kommission vom 19. Dezember 2005 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass es nicht zulässig ist, dass ein öffentlicher Auftraggeber in einer Klausel der Verdingungsunterlagen**

eines öffentlichen Bauauftrags vorschreibt, dass der künftige Auftragnehmer einen bestimmten Prozentsatz der von diesem Auftrag umfassten Arbeiten mit eigenen Mitteln zu erbringen hat.

2. Art. 98 in Verbindung mit Art. 2 Nr. 7 der Verordnung (EG) Nr. 1083/2006 des Rates vom 11. Juli 2006 mit allgemeinen Bestimmungen über den Europäischen Fonds für regionale Entwicklung, den Europäischen Sozialfonds und den Kohäsionsfonds und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1260/1999 ist dahin auszulegen, dass der Umstand, dass ein öffentlicher Auftraggeber, der im Rahmen eines öffentlichen Bauauftrags in Bezug auf ein Projekt, das mit einem finanziellen Zuschuss der Europäischen Union gefördert wird, unter Verstoß gegen die Richtlinie 2004/18 vorgeschrieben hat, dass der künftige Auftragnehmer mindestens 25 % der entsprechenden Arbeiten mit eigenen Mitteln zu erbringen hat, eine „Unregelmäßigkeit“ im Sinne von Art. 2 Nr. 7 dieser Verordnung darstellt, die die Vornahme einer finanziellen Berichtigung nach Art. 98 dieser Verordnung erforderlich macht, soweit die Möglichkeit, dass dieser Verstoß eine Auswirkung auf den Haushalt des betreffenden Fonds hatte, nicht ausgeschlossen werden kann. Die Höhe dieser Berichtigung ist unter Berücksichtigung aller im Hinblick auf die in Art. 98 Abs. 2 Unterabs. 1 dieser Verordnung angeführten Kriterien relevanten konkreten Umstände, nämlich der Art und des Schweregrads der festgestellten Unregelmäßigkeit sowie des dem betreffenden Fonds entstandenen finanziellen Verlusts, zu bestimmen.

Unterschriften