

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Fünfte Kammer)

5. April 2017(*)

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Öffentliche Aufträge – Richtlinie 2004/17/EG – Auftrag, der den in dieser Richtlinie normierten Schwellenwert nicht erreicht – Art. 49 und 56 AEUV – Beschränkung des Einsatzes von Unterauftragnehmern – Einreichung eines gemeinsamen Angebots – Berufliche Kapazitäten der Bieter – Änderungen der Verdingungsunterlagen“

In der Rechtssache C-298/15

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht vom Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Oberster Gerichtshof von Litauen) mit Entscheidung vom 12. Juni 2015, beim Gerichtshof eingegangen am 18. Juni 2015, in dem Verfahren

„Borta“ UAB

gegen

Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ

erlässt

DER GERICHTSHOF (Fünfte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten J. L. da Cruz Vilaça, des Vizepräsidenten des Gerichtshofs A. Tizzano (Berichterstatter) sowie der Richter A. Borg Barthet, E. Levits und F. Biltgen,

Generalanwältin: E. Sharpston,

Kanzler: M. Aleksejev, Verwaltungsrat,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 1. Juni 2016, unter Berücksichtigung der Erklärungen

- der „Borta“ UAB, vertreten durch V. Kilišauskaitė, advokatė,
- der Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ, vertreten durch N. Šilaika, advokatas, A. Vaitkus, A. Kamarauskas, I. Vaičiulis und L. Rudys,
- der litauischen Regierung, vertreten durch D. Kriauciūnas, A. Svinkūnaitė und R. Butvydytė als Bevollmächtigte,
- der Europäischen Kommission, vertreten durch J. Jokubauskaitė und A. Tokár als Bevollmächtigte,

nach Anhörung der Schlussanträge der Generalanwältin in der Sitzung vom 1. Dezember 2016

folgendes

Urteil

- 1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABl. 2004, L 134, S. 1) in der durch die Verordnung (EU) Nr. 1336/2013 der Kommission vom 13. Dezember 2013 (ABl. 2013, L 335, S. 17) geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 2004/17).
- 2 Es ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der „Borta“ UAB (im Folgenden: Borta) und der Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ (staatliche Seehafenbehörde von Klaipėda, Litauen, im Folgenden: Seehafenbehörde) wegen der Rechtmäßigkeit der Verdingungsunterlagen für einen öffentlichen Bauauftrag zur Erneuerung der Kaianlagen des Hafens Klaipėda.

Rechtlicher Rahmen

Unionsrecht

- 3 Im neunten Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/17 heißt es:

„(9) Um zu gewährleisten, dass die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste für den Wettbewerb geöffnet wird, ist es ratsam, Bestimmungen für eine Gemeinschaftskoordination von Aufträgen, die über einen bestimmten Wert hinausgehen, festzulegen. ...

Für Aufträge, deren Wert unter dem Schwellenwert für die Anwendung der Bestimmungen über die Gemeinschaftskoordination liegt, sei auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs verwiesen, der zufolge die genannten Vorschriften und Grundsätze der Verträge Anwendung finden.“
- 4 Art. 16 dieser Richtlinie bestimmt:

„Diese Richtlinie gilt für Aufträge, ... deren geschätzter Wert ohne Mehrwertsteuer (MwSt.) die folgenden Schwellenwerte nicht unterschreitet:

...

b) 5 186 000 [Euro] bei Bauaufträgen.“
- 5 Art. 37 dieser Richtlinie lautet:

„In den Auftragsunterlagen kann der Auftraggeber den Bieter auffordern oder 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.“
- 6 In Art. 38 der Richtlinie 2004/17 heißt es:

„Die Auftraggeber können zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorschreiben, sofern diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind und in der Bekanntmachung, die als Aufruf zum Wettbewerb dient, oder in den Verdingungsunterlagen angegeben werden. ...“

7 Art. 54 dieser Richtlinie sieht vor:

„(1) Auftraggeber, die die Eignungskriterien in einem offenen Verfahren festlegen, müssen dies entsprechend den objektiven Kriterien und Regeln tun, die den interessierten Wirtschaftsteilnehmern zugänglich sind.

...

(6) Umfassen die in Absatz [1] genannten Kriterien und Regeln Anforderungen an die technischen und/oder beruflichen Fähigkeiten des Wirtschaftsteilnehmers, kann er sich gegebenenfalls auf die Kapazitäten anderer Unternehmen stützen, unabhängig von dem Rechtsverhältnis, in dem er zu diesen Unternehmen steht. In diesem Fall muss er dem Auftraggeber nachweisen, dass er über die notwendigen Mittel verfügt, beispielsweise durch eine entsprechende Verpflichtungserklärung dieser Unternehmen.

Unter denselben Bedingungen kann sich auch eine in Artikel 11 genannte Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern auf die Kapazitäten der einzelnen Mitglieder der Gruppe oder anderer Unternehmen stützen.“

8 Anhang XVI („In die Bekanntmachungen über vergebene Aufträge aufzunehmende Informationen dieser Verordnung“) der Richtlinie 2004/17 bestimmt in seinem Teil I:

„I. Informationen zur Veröffentlichung im *Amtsblatt der Europäischen Union*

...

10. Gegebenenfalls Angabe, ob der Auftrag als Unterauftrag vergeben wurde bzw. vergeben werden könnte

...

13. Fakultative Angaben:

– Wert und Teil des Auftrags, der als Unterauftrag an Dritte vergeben wurde oder vergeben werden könnte,

...“

Litauisches Recht

Gesetz der Republik Litauen über die Vergabe öffentlicher Aufträge

9 Art. 24 Abs. 5 des Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (Gesetz der Republik Litauen über die Vergabe öffentlicher Aufträge, im Folgenden: Vergabegesetz) bestimmt:

„Die Auftragsunterlagen schreiben vor, dass der Bewerber oder Bieter in seinem Angebot von ihm vorgesehene Unterauftragnehmer ... und den Teil des Auftrags angibt, der diesen vertraglich zur Ausführung überlassen werden soll. Die vom öffentlichen Auftraggeber angegebene Hauptleistung muss, wenn Unterauftragnehmer zur Ausführung eines

öffentlichen Bauauftrags eingesetzt werden sollen, vom Auftragnehmer erbracht werden. ...“

10 Art. 27 Abs. 4 des Vergabegesetzes lautet:

„Der öffentliche Auftraggeber darf vor Ablauf der Frist zur Angebotseinreichung die Auftragsunterlagen genauer fassen.“

11 Art. 32 Abs. 3 des Vergabegesetzes sieht vor, dass sich ein Bieter im Rahmen eines bestimmten Vergabeverfahrens gegebenenfalls auf die Kapazitäten anderer Wirtschaftsteilnehmer stützen kann, unabhängig von dem Rechtsverhältnis, in dem er zu ihnen steht. In diesem Fall muss der Bieter dem öffentlichen Auftraggeber nachweisen, dass ihm die betreffenden Ressourcen für die Ausführung des Auftrags zur Verfügung stehen. Unter denselben Bedingungen kann sich auch eine Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern auf die Kapazitäten ihrer Mitglieder oder anderer Wirtschaftsteilnehmer stützen.

Im Ausgangsverfahren in Rede stehende Verdingungsunterlagen

12 In Ziff. 3.2.1 der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Verdingungsunterlagen, die die Anforderungen an die beruflichen Kapazitäten der Bieter festlegt, heißt es:

„Das durchschnittliche jährliche Arbeitsvolumen der Bieter im Zusammenhang mit den eigentlichen Bauarbeiten und den Installationsarbeiten (Bau oder Wiederaufbau von Hafenkais) soll innerhalb der letzten fünf Jahre oder in der Zeit seit dem Zeitpunkt der Registrierung des Bieters (in Fällen, in denen der Bieter noch keine fünf Jahre tätig war) einem Wert von mindestens 5 000 000 [litauischen Litas] (1 448 100,09 Euro) ohne Mehrwertsteuer entsprechen.“

13 Ziff. 4.2.3 der Verdingungsunterlagen, worin die Abgabe eines gemeinsamen Angebots durch mehrere Bieter im Rahmen eines Kooperationsvertrags geregelt ist, bestimmt:

„Es ist anzugeben, welche Beiträge die aufgrund eines Kooperationsvertrags tätigen Partner zur Durchführung des Auftrags leisten und wie hoch deren prozentualer Anteil ist ... [D]iese Aufteilung der zu erbringenden Leistungen [gilt] nur zwischen den Partnern und [begründet] keine Verpflichtungen für den Kunden ([Seehafenbehörde]).“

14 Nach mehrfachen Änderungen sieht Ziff. 4.3 der Verdingungsunterlagen vor:

„Wird das Angebot von Bietern eingereicht, die aufgrund eines Kooperationsvertrags tätig sind, müssen die Anforderungen [von Ziff.] 3.2.1 ... der Verdingungsunterlagen zumindest von einem an den Kooperationsleistungen beteiligten Partner oder von allen Partnern des Kooperationsvertrags gemeinsam erfüllt werden. Der Beitrag eines Partners (geleistetes Arbeitsvolumen) nach dem Kooperationsvertrag muss seinem Beitrag an der Erfüllung der Anforderungen [von Ziff.] 3.2.1 dieser Verdingungsunterlagen sowie dem Umfang der Arbeiten entsprechen, die von ihm im Falle der tatsächlichen Zuschlagserteilung ausgeführt werden (Auftragsausführung). ... Gemäß Art. 24 Abs. 5 des [Vergabegesetzes] legt [die Seehafenbehörde] fest, dass die Hauptleistung Gegenstand 1.2.8 im Abschnitt über Bauleistungen des Leistungsverzeichnisses betrifft und daher vom Auftragnehmer selbst erbracht werden muss.“

15 Nach Ziff. 4.4 der Verdingungsunterlagen hat der Bieter, wenn er Unterauftragnehmer einsetzt, den Umfang der Arbeiten – sofern diese nicht als Hauptleistung qualifiziert werden –, die diese ausführen, anzugeben und wird die Erfahrung der Unterauftragnehmer bei der Prüfung der Anforderungen nach Ziff. 3.2.1 nicht berücksichtigt.

- 16 Nach Ziff. 7.2 der Verdingungsunterlagen kann die Seehafenbehörde vor Ablauf der Frist für die Angebotseinreichung von sich aus die Ausschreibungsunterlagen ergänzen.

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

- 17 Am 2. April 2014 veröffentlichte die Seehafenbehörde eine offene Ausschreibung für Bauleistungen zur Erneuerung der Kaianlagen des staatlichen Seehafens von Klaipėda (Litauen). Diese Ausschreibung wurde am 5. April 2014 auch im *Amtsblatt der Europäischen Union* bekannt gemacht. Borta nahm an diesem Ausschreibungsverfahren teil.
- 18 Die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Verdingungsunterlagen übernahmen in ihrer ursprünglichen Fassung in Ziff. 4.3 die Bestimmungen von Art. 24 Abs. 5 des Vergabegesetzes über die Vergabe von Unteraufträgen und sahen darüber hinaus vor, dass in Fällen, in denen mehrere Bieter gemäß Ziff. 4.2.3 der Verdingungsunterlagen im Rahmen eines Kooperationsvertrags ein gemeinsames Angebot (im Folgenden: gemeinsames Angebot) einreichen, die Anforderungen von Ziff. 3.2.1 der Verdingungsunterlagen an die beruflichen Kapazitäten entweder von allen Bietern gemeinsam oder von einem unter ihnen erfüllt sein müssen.
- 19 Nach zwei aufeinanderfolgenden Änderungen – die eine auf Initiative der Seehafenbehörde, die andere infolge von Rügen seitens Borta – ist diesen Vorschriften durch Ziff. 4.3 hinzugefügt worden, dass im Fall der Einreichung eines gemeinsamen Angebots der Beitrag jedes Bieters zur Erfüllung der genannten Anforderungen seinem Anteil an den Arbeiten entsprechen muss, zu dessen Ausführung er nach dem Kooperationsvertrag verpflichtet ist und den er im Fall der Zuschlagserteilung tatsächlich ausführen wird.
- 20 Aufgrund dieser Änderungen, die im *Amtsblatt der Europäischen Union* bekannt gemacht wurden, verlängerte die Seehafenbehörde die Frist für die Angebotseinreichung.
- 21 Da die Seehafenbehörde die Rügen, die Borta erneut gegen die Änderungen erhoben hatte, zurückwies, erhob Borta beim Klaipėdos apygardos teismas (Landgericht Klaipėda, Litauen) Klage auf Nichtigerklärung der oben genannten Ziff. 4.3, wobei sie sowohl deren materielle Rechtmäßigkeit in Abrede stellte als auch bestritt, dass die Seehafenbehörde die Bestimmung überhaupt ändern könne. Da dieses Gericht die Klage mit Entscheidung vom 18. August 2014 abwies, die in der Berufungsinstanz mit Beschluss des Lietuvos apeliacinis teismas (Berufungsgericht von Litauen) vom 13. November 2014 bestätigt wurde, legte Borta Revision zum Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Oberster Gerichtshof von Litauen) ein.
- 22 Um über den bei ihm anhängigen Rechtsstreit entscheiden zu können, möchte der Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Oberster Gerichtshof von Litauen) wissen, ob Art. 24 Abs. 5 des Vergabegesetzes, auf den Ziff. 4.3 der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Verdingungsunterlagen verweist, insofern mit dem Unionsrecht, insbesondere mit der Richtlinie 2004/17, vereinbar ist, als es nach diesem Artikel untersagt ist, für vom öffentlichen Auftraggeber als „Hauptleistung“ qualifizierte Arbeiten Unterauftragnehmer einzusetzen. Er äußert zudem Zweifel an der Rechtmäßigkeit der geänderten Ziff. 4.3 im Hinblick auf diese Richtlinie, da diese Spezifikation verlangt, dass bei Einreichung eines gemeinsamen Angebots durch mehrere Bieter der Beitrag jedes Einzelnen unter ihnen zur Erfüllung der Anforderungen an die beruflichen Kapazitäten seinem Anteil an den Arbeiten entspricht, den er im Fall der Zuschlagserteilung tatsächlich ausführen wird. In diesem Zusammenhang möchte das vorliegende Gericht außerdem wissen, ob die Seehafenbehörde die erste Fassung der genannten Klausel nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung

ändern konnte, ohne gegen die Richtlinie, insbesondere den Gleichbehandlungsgrundsatz und das Transparenzgebot, die sich aus ihr ergeben, zu verstoßen.

- 23 Dem vorlegenden Gericht zufolge ist der Gerichtshof zuständig, diese Fragen im Wege der Vorabentscheidung zu beantworten. Der Wert des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Auftrags liege zwar unter dem in Art. 16 Buchst. b der Richtlinie 2004/17 vorgesehenen Schwellenwert von 5 186 000 Euro, unter dem die Richtlinie nicht anwendbar sei. Allerdings bestehe zum einen an diesem Auftrag ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse, was durch die Teilnahme zweier ausländischer Unternehmen am Vergabeverfahren – unter ihnen der erfolgreiche Bieter – und die Bekanntmachung der Ausschreibung im *Amtsblatt der Europäischen Union* belegt werde. Zum anderen habe es die Seehafenbehörde jedenfalls beabsichtigt, auf diese Ausschreibung die Vorschriften anzuwenden, die für von der Richtlinie 2004/17 erfasste öffentliche Aufträge gelten, und habe sich der litauische Gesetzgeber dafür entschieden, bestimmte in dieser Richtlinie normierte Vorschriften auf Aufträge mit einem Wert unter dem genannten Schwellenwert auszudehnen.
- 24 Unter diesen Umständen hat der Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Oberster Gerichtshof von Litauen) beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:
1. Sind die Bestimmungen der Art. 37, 38, 53 und 54 der Richtlinie 2004/17 zusammen genommen oder einzeln (jedoch ohne Beschränkung auf diese Bestimmungen) so zu verstehen und auszulegen, dass
 - a) sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, nach der in Fällen, in denen Unterauftragnehmer mit der Ausführung eines Bauauftrags beauftragt werden, die vom Auftraggeber bestimmte Hauptleistung vom Auftragnehmer selbst erbracht werden muss?
 - b) sie einer in den Auftragsunterlagen niedergelegten Regelung über die Kumulierung der beruflichen Kapazitäten von Lieferanten, so wie sie der Auftraggeber in den angefochtenen Verdingungsunterlagen festgelegt hat, entgegenstehen, nach der der Teil der beruflichen Kapazität des jeweiligen Wirtschaftsteilnehmers (Partner eines Kooperationsvertrags) dem Teil der konkreten Bauleistung entsprechen muss, die er im Rahmen des öffentlichen Auftrags tatsächlich erbringen wird?
 2. Sind die Bestimmungen der Art. 10, 46 und 47 der Richtlinie 2004/17 zusammen genommen oder einzeln (jedoch ohne Beschränkung auf diese Bestimmungen) so zu verstehen und auszulegen, dass
 - a) die Grundsätze der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz nicht verletzt werden, wenn der Auftraggeber:
 - vorab in den Auftragsunterlagen grundsätzlich die Möglichkeit gewährt, die beruflichen Kapazitäten von Lieferanten zu kumulieren, aber keine Regelungen für die Umsetzung dieser Möglichkeit vorsieht;
 - dann, im Laufe des öffentlichen Vergabeverfahrens die Anforderungen zur Beurteilung der Qualifikation der Lieferanten näher definiert, indem er bestimmte Beschränkungen bei der Kumulierung der beruflichen Kapazitäten von Lieferanten vorsieht;

- aufgrund dieser näheren Definition des Inhalts der Anforderungen an die Qualifikation die Frist für die Abgabe von Angeboten verlängert und diese Verlängerung im *Amtsblatt der Europäischen Union* bekannt macht?
- b) eine Beschränkung bei der Kumulierung der Kapazitäten von Lieferanten nicht im Vorhinein klar angegeben werden muss, wenn die besonderen Merkmale der Betätigungsfelder des öffentlichen Auftraggebers und die Besonderheiten der öffentlichen Auftragsvergabe eine solche Beschränkung vorhersehbar machen und rechtfertigen?

Zu den Vorlagefragen

Vorbemerkungen

- 25 In ihren schriftlichen Erklärungen und in der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof hat die litauische Regierung vorgebracht, dass für die Beantwortung der Vorlagefragen nicht nur die Richtlinie 2004/17 zu berücksichtigen sei, sondern auch die Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG (ABl. 2014, L 94, S. 243), da der litauische Gesetzgeber sich dafür entschieden habe, bereits vor dem Erlass der Richtlinie 2014/25 einige ihrer Bestimmungen, insbesondere ihren Art. 79 Abs. 3 über die Vergabe von Unteraufträgen, ins nationale Recht aufzunehmen.
- 26 Dagegen hat die Europäische Kommission geltend gemacht, dass weder die Richtlinie 2004/17 noch die Richtlinie 2014/25 auszulegen seien, sondern die Vorlagefragen im Hinblick auf die Grundrechte und die allgemeinen Grundsätze des AEU-Vertrags zu beantworten seien.
- 27 Was als Erstes die Richtlinie 2014/25 anbelangt, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich diejenige Richtlinie anwendbar ist, die zu dem Zeitpunkt gilt, zu dem der Auftraggeber die Art des Verfahrens auswählt und endgültig entscheidet, ob die Verpflichtung zu einem vorherigen Aufruf zum Wettbewerb für die Vergabe eines öffentlichen Auftrags besteht. Unanwendbar sind hingegen die Bestimmungen einer Richtlinie, deren Umsetzungsfrist nach diesem Zeitpunkt abgelaufen ist (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 7. April 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, Rn. 83 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 28 Im vorliegenden Fall wurde die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Ausschreibung aber am 2. April 2014 bekannt gemacht, während die Richtlinie 2014/25 am 17. April 2014 in Kraft trat und die Richtlinie 2004/17 – mit Ablauf der Umsetzungsfrist für die Richtlinie 2014/25 – zum 18. April 2016 aufhob. Auch wenn die litauische Regierung im Übrigen behauptet, dass einige Bestimmungen der Richtlinie 2014/25 bereits vor deren Erlass ins nationale Recht übernommen worden seien, hat sie in ihren schriftlichen Erklärungen zugleich eingeräumt, dass diese Richtlinie zu dem für den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens maßgeblichen Zeitpunkt noch nicht umgesetzt war.
- 29 Unter diesen Umständen kann die Richtlinie 2014/25 nicht für die Beantwortung der Vorlagefragen berücksichtigt werden.
- 30 Was als Zweites die Richtlinie 2004/17 betrifft, geht aus der Vorlageentscheidung hervor, dass der Wert des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Auftrags unter dem in Art. 16 Buchst. b der Richtlinie 2004/17 vorgesehenen Schwellenwert von 5 186 000 Euro liegt.

Daher ist diese Richtlinie auf diesen Auftrag nicht anwendbar (vgl. entsprechend Urteil vom 16. April 2015, *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, Rn. 15 und die dort angeführte Rechtsprechung).

- 31 Das vorlegende Gericht vertritt dennoch die Auffassung, dass der Gerichtshof für die Beantwortung der Vorlagefragen zuständig sei und die Auslegung der Bestimmungen der Richtlinie 2004/17 aus den oben in Rn. 23 genannten Gründen geboten sei.
- 32 In der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof hat die litauische Regierung in Übereinstimmung mit der Ansicht des vorlegenden Gerichts ausgeführt, dass der Auftraggeber nach den litauischen Rechtsvorschriften die Wahl habe, auf das Verfahren zur Vergabe eines Auftrags mit einem Wert unter dem erwähnten Schwellenwert entweder die Vorschriften der Richtlinie 2004/17 oder das im nationalen Recht für diese Auftragsart vorgesehene vereinfachte Verfahren anzuwenden. Entscheidet sich der öffentliche Auftraggeber wie im vorliegenden Fall für die erste Möglichkeit, ist er nach Auffassung der litauischen Regierung dazu verpflichtet, sämtliche Bestimmungen dieser Richtlinie anzuwenden.
- 33 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass dann, wenn sich nationale Rechtsvorschriften zur Regelung von Sachverhalten, die nicht in den Anwendungsbereich des betreffenden Unionsrechtsakts fallen, nach den in diesem Rechtsakt getroffenen Regelungen richten, ein klares Interesse der Union daran besteht, dass die aus diesem Unionsrechtsakt übernommenen Bestimmungen einheitlich ausgelegt werden, um künftige Auslegungsunterschiede zu verhindern (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 18. Oktober 2012, *Nolan*, C-583/10, EU:C:2012:638, Rn. 46, und vom 7. November 2013, *Romeo*, C-313/12, EU:C:2013:718, Rn. 22).
- 34 Somit ist die Auslegung der Vorschriften eines Rechtsakts der Union in Sachverhalten, die nicht in den Anwendungsbereich dieses Rechtsakts fallen, gerechtfertigt, wenn diese Vorschriften vom nationalen Recht unmittelbar und unbedingt für auf diese Sachverhalte anwendbar erklärt worden sind, um zu gewährleisten, dass diese Sachverhalte und die durch den betreffenden Rechtsakt geregelten Sachverhalte gleich behandelt werden (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 18. Oktober 2012, *Nolan*, C-583/10, EU:C:2012:638, Rn. 47, vom 7. November 2013, *Romeo*, C-313/12, EU:C:2013:718, Rn. 22 und 23, und vom 14. Januar 2016, *Ostas celtnieks*, C-234/14, EU:C:2016:6, Rn. 20).
- 35 Nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung kann der Gerichtshof dann, wenn die in den beiden vorstehenden Randnummern dargestellten Voraussetzungen nicht erfüllt sind, gleichwohl – um dem Gericht, das ihm eine Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt hat, eine sachdienliche Antwort zu geben – auf unionsrechtliche Vorschriften eingehen, die das vorlegende Gericht in seinem Vorabentscheidungsersuchen nicht angeführt hat (Urteil vom 16. April 2015, *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, Rn. 17 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 36 Was insbesondere die Vergabe eines Auftrags, der in Anbetracht seines Wertes nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/17 fällt, anbelangt, kann der Gerichtshof die Grundregeln und die allgemeinen Grundsätze des AEU-Vertrags, insbesondere dessen Art. 49 und 56 und die daraus folgenden Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz, berücksichtigen, sofern an diesen Aufträgen ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht. Wenngleich die Richtlinie 2004/17 auf solche Aufträge nicht anwendbar ist, unterliegen diese jedoch diesen Regeln und Grundsätzen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 23. Dezember 2009, *Serrantoni und Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, Rn. 22 bis 24, vom 18. Dezember 2014,

Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, Rn. 27, und vom 6. Oktober 2016, Tecnoedi Costruzioni, C-318/15, EU:C:2016:747, Rn. 19).

- 37 Im Licht der vorstehenden Ausführungen ist in Bezug auf jede der Vorlagefragen zu prüfen, ob die Auslegung der Bestimmungen der Richtlinie 2004/17 im vorliegenden Fall angesichts der Erwägungen in den Rn. 33 und 34 des vorliegenden Urteils gerechtfertigt ist oder ob diese Fragen unter Berücksichtigung der Erwägungen in den Rn. 35 und 36 des vorliegenden Urteils im Licht der oben genannten Grundregeln und allgemeinen Grundsätze des AEU-Vertrags zu beantworten sind.

Zu Frage 1 Buchst. a

- 38 Mit Frage 1 Buchst. a möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Richtlinie 2004/17 dahin auszulegen ist, dass sie einer nationalen Rechtsvorschrift wie Art. 24 Abs. 5 des Vergabegesetzes entgegensteht, die vorsieht, dass dann, wenn für die Ausführung eines Auftrags Unterauftragnehmer eingesetzt werden, der Auftragnehmer die vom Auftraggeber angegebene Hauptleistung selbst erbringen muss.
- 39 Vorab ist zu betonen, dass die Richtlinie 2004/17 für den Fall des Einsatzes von Unterauftragnehmern lediglich in ihrem Art. 37 und ihrem Anhang XVI gewisse Pflichten im Bereich der Information und der Haftung des Bieters vorsieht. Nach Art. 38 dieser Richtlinie können die Auftraggeber zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorschreiben, sofern diese insbesondere mit dem Unionsrecht vereinbar sind.
- 40 Wie das vorlegende Gericht festgestellt hat, gibt es in der Richtlinie hingegen keine Bestimmung, die inhaltlich Art. 24 Abs. 5 des Vergabegesetzes entspräche. Außerdem hat das vorlegende Gericht mitgeteilt, es sei vom litauischen Gesetzgeber beim Erlass der genannten Bestimmung nicht angegeben worden, dass er die genannte Richtlinie berücksichtigt habe.
- 41 Unter diesen Umständen kann nicht davon ausgegangen werden, dass Art. 24 Abs. 5 des Vergabegesetzes, soweit er auf Aufträge anwendbar ist, die nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/17 fallen, im Sinne der oben in Rn. 34 wiedergegebenen Rechtsprechung unmittelbar und unbedingt auf diese Richtlinie verweist (vgl. entsprechend Urteil vom 7. Juli 2011, Agafitei u. a., C-310/10, EU:C:2011:467, Rn. 45).
- 42 Folglich ist zur Beantwortung von Frage 1 Buchst. a eine Auslegung dieser Richtlinie nicht angezeigt.
- 43 Wie in den Rn. 35 und 36 des vorliegenden Urteils ausgeführt, kann der Gerichtshof im Hinblick auf eine sachdienliche Beantwortung der Vorlagefrage gleichwohl verpflichtet sein, die Grundregeln und die allgemeinen Grundsätze des AEU-Vertrags, insbesondere dessen Art. 49 und 56 sowie die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung und das sich aus Letzteren ergebende Transparenzgebot, zu berücksichtigen, sofern an diesen Aufträgen ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht.
- 44 Ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse kann u. a. angesichts eines gewissen Volumens des Auftrags in Verbindung mit dessen technischen Merkmalen oder dem Leistungsort vorliegen. Es kann auch das Interesse von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Wirtschaftsteilnehmern an der Teilnahme am Verfahren zur Vergabe dieses Auftrags berücksichtigt werden, sofern sich erweist, dass dieses Interesse real und nicht fiktiv ist (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 16. April 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, Rn. 20 und die dort angeführte Rechtsprechung).

- 45 Im vorliegenden Fall hat das vorlegende Gericht festgestellt, dass ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse an dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Auftrag besteht. Wie die Generalanwältin in Nr. 37 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, ist der Wert dieses Auftrags relativ hoch, wenngleich er unter dem in Art. 16 Buchst. b der Richtlinie 2004/17 festgelegten Schwellenwert liegt. Wie die litauische Regierung betont hat, betrifft der genannte Auftrag zudem den Bau der Kaianlagen eines Seehafens, der für die nationale Sicherheit strategische Bedeutung hat. Im Übrigen geht aus der Vorlageentscheidung hervor, dass am Ausschreibungsverfahren zwei ausländische Unternehmen – darunter der ausgewählte Bieter – teilnahmen.
- 46 Folglich ist Frage 1 Buchst. a im Licht der Grundregeln und der allgemeinen Grundsätze des AEU-Vertrags, insbesondere seiner Art. 49 und 56, zu beantworten. So ist für die sachdienliche Beantwortung der Vorlagefrage zu prüfen, ob eine nationale Regelung wie Art. 24 Abs. 5 des Vergabegesetzes nicht ein ungerechtfertigtes Hindernis für die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit darstellen kann.
- 47 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die Art. 49 und 56 AEUV jeder nationalen Regelung entgegenstehen, die zwar ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit anwendbar ist, die aber geeignet ist, die Ausübung der Freiheiten der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen (Urteile vom 27. Oktober 2005, *Contse u. a.*, C-234/03, EU:C:2005:644, Rn. 25, vom 23. Dezember 2009, *Serrantoni und Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, Rn. 41, und vom 8. September 2016, *Politanò*, C-225/15, EU:C:2016:645, Rn. 37).
- 48 Was öffentliche Aufträge anbelangt, liegt es im Interesse der Union, dass Ausschreibungen – einschließlich Ausschreibungen für Aufträge, die nicht unter die Richtlinie 2004/17 fallen – einem möglichst umfassenden Wettbewerb offenstehen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 10. Juli 2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, EU:C:2014:2063, Rn. 29, und vom 28. Januar 2016, *CASTA u. a.*, C-50/14, EU:C:2016:56, Rn. 55). Der Einsatz von Unterauftragnehmern, der den Zugang kleinerer und mittlerer Unternehmen zu öffentlichen Aufträgen fördern kann, trägt zur Erreichung dieses Ziels bei.
- 49 Eine nationale Bestimmung wie Art. 24 Abs. 5 des Vergabegesetzes ist indessen geeignet, die Teilnahme von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Wirtschaftsteilnehmern am Verfahren zur Vergabe oder an der Ausführung eines öffentlichen Auftrags wie des im Ausgangsverfahren fraglichen zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen, da sie diese Wirtschaftsteilnehmer daran hindert, die vom Auftraggeber als „Hauptleistung“ eingestuftten Arbeiten zur Gänze oder zum Teil an Unterauftragnehmer zu vergeben oder für diesen Teil der Arbeiten ihre Dienstleistungen als Unterauftragnehmer anzubieten.
- 50 Diese Bestimmung stellt daher eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs dar.
- 51 Eine solche Beschränkung kann jedoch gerechtfertigt sein, wenn sie ein legitimes Ziel des Allgemeininteresses verfolgt und soweit sie den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahrt, d. h. geeignet ist, die Erreichung dieses Ziels zu gewährleisten, und nicht über das hinausgeht, was hierzu erforderlich ist (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 27. Oktober 2005, *Contse u. a.*, C-234/03, EU:C:2005:644, Rn. 25, und vom 23. Dezember 2009, *Serrantoni und Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, Rn. 44).
- 52 Im Ausgangsverfahren geht aus den dem Gerichtshof vorliegenden Akten zum einen hervor, dass Art. 24 Abs. 5 des Vergabegesetzes die ordnungsgemäße Ausführung der

Arbeiten sicherstellen soll. So soll diese Bestimmung insbesondere mit dem Ziel erlassen worden sein, die bestehende Praktik von Bietern zu unterbinden, berufliche Kapazitäten mit dem alleinigen Ziel in Anspruch zu nehmen, den Zuschlag für den betreffenden Auftrag zu erhalten, wobei beabsichtigt werde, die Arbeiten nicht selbst auszuführen, sondern diese überwiegend oder fast vollständig Unterauftragnehmern zu übertragen. Diese Praktik beeinträchtigt die Qualität und die ordnungsgemäße Umsetzung der Arbeiten. Daneben soll Art. 24 Abs. 5 des Vergabegesetzes das Ziel zugrunde liegen, kleinere und mittlere Unternehmen dazu zu ermutigen, an Ausschreibungen als Mitbieter innerhalb einer Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern statt nur als Unterauftragnehmer teilzunehmen.

- 53 Was als Erstes das Ziel der korrekten Ausführung der Arbeiten betrifft, so ist es als legitim anzusehen.
- 54 Auch wenn jedoch nicht ausgeschlossen ist, dass ein solches Ziel gewisse Beschränkungen des Einsatzes von Unterauftragnehmern rechtfertigen kann (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 18. März 2004, Siemens und ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159, Rn. 45, und vom 14. Juli 2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, Rn. 34), ist dennoch zu konstatieren, dass eine Bestimmung einer nationalen Regelung wie Art. 24 Abs. 5 des Vergabegesetzes insoweit über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist, als sie diesen Einsatz ganz allgemein für Arbeiten untersagt, die der Auftraggeber als „Hauptleistung“ eingestuft hat.
- 55 Dieses Verbot gilt nämlich unabhängig davon, welchen Wirtschaftsbereich der Auftrag betrifft, um welche Art von Arbeiten es sich handelt und welche Qualifikationen die Unterauftragnehmer haben. Auch lässt ein solches allgemeines Verbot keinen Raum für eine Einzelfallprüfung durch den Auftraggeber.
- 56 Zwar steht es dem Auftraggeber frei, die als „Hauptleistung“ eingestuften Arbeiten festzulegen. Gleichwohl muss er für sämtliche Aufträge vorsehen, dass alle als „Hauptleistung“ eingestuften Arbeiten vom Bieter selbst auszuführen sind. So ist es nach Art. 24 Abs. 5 des Vergabegesetzes untersagt, für solche Arbeiten Unterauftragnehmer einzusetzen, und zwar auch dann, wenn der Auftraggeber die Kapazitäten der betreffenden Unterauftragnehmer überprüfen könnte und dabei zu dem Ergebnis käme, dass ein solches Verbot insbesondere angesichts der Art der Aufgaben, die der Bieter den Unterauftragnehmern übertragen möchte, nicht erforderlich ist, um die Arbeiten ordnungsgemäß auszuführen.
- 57 Wie von der Generalanwältin in Nr. 51 ihrer Schlussanträge ausgeführt, hätte als Alternative eine mildere Regelung, die die Erreichung des verfolgten Ziels gleichfalls gewährleistet, in der Verpflichtung der Bieter zu der Angabe bestehen können, welchen Anteil am Auftrag und welche Arbeiten sie an Unterauftragnehmer vergeben möchten, welche Unterauftragnehmer sie vorschlagen und welche Kapazitäten diese besitzen. In Betracht käme insbesondere auch eine dem Auftraggeber eingeräumte Option, den Austausch von Unterauftragnehmern zu untersagen, wenn er zuvor nicht die Identität und Kapazitäten der Unterauftragnehmer überprüfen könnte.
- 58 Im Übrigen ist zu den Ausführungen des vorlegenden Gerichts und der litauischen Regierung, wonach Art. 24 Abs. 5 des Vergabegesetzes mit dem Ziel erlassen worden sei, die bestehende Praktik von Bietern zu unterbinden, berufliche Kapazitäten mit dem alleinigen Ziel in Anspruch zu nehmen, den Zuschlag für den betreffenden Auftrag zu erhalten, wobei beabsichtigt werde, die Arbeiten überwiegend oder fast vollständig Unterauftragnehmern zu übertragen, festzustellen, dass sich die Bestimmung nicht speziell gegen diese Praktik richtet. Denn sie verbietet es dem Bieter, die Ausführung aller vom

Auftraggeber als „Hauptleistung“ bezeichneten Arbeiten, selbst wenn die übertragenen Aufgaben nur einen verhältnismäßig geringen Teil dieser Arbeiten ausmachen, an Dritte zu delegieren. Daher geht die Bestimmung über das hinaus, was erforderlich ist, um die oben genannte Praktik zu verhindern.

- 59 Was als Zweites die für die Bestimmung gegebene Rechtfertigung anbelangt, durch sie sollten kleinere und mittlere Unternehmen dazu ermutigt werden, an einer Ausschreibung als Mitbieter statt als Unterauftragnehmer teilzunehmen, ist es zwar nicht ausgeschlossen, dass ein solches Ziel in bestimmten Fällen und unter bestimmten Voraussetzungen ein legitimes Ziel darstellen kann (vgl. entsprechend Urteil vom 25. Oktober 2007, Geurts und Vogten, C-464/05, EU:C:2007:631, Rn. 26).
- 60 Zumindest aber geht aus den Akten nicht hervor, inwiefern eine nationale Rechtsvorschrift wie Art. 24 Abs. 5 des Vergabegesetzes zur Erreichung dieses Ziels erforderlich sein soll.
- 61 Angesichts der vorstehenden Erwägungen ist auf die Frage 1 Buchst. a zu antworten, dass in Bezug auf einen öffentlichen Auftrag, der nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/17 fällt, aber an dem ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht, die Art. 49 und 56 AEUV dahin auszulegen sind, dass sie einer nationalen Rechtsvorschrift wie Art. 24 Abs. 5 des Vergabegesetzes entgegenstehen, die vorsieht, dass dann, wenn für die Ausführung eines Auftrags Unterauftragnehmer eingesetzt werden, der Auftragnehmer die vom Auftraggeber angegebene Hauptleistung selbst erbringen muss.

Zur zweiten Frage

- 62 Mit seiner zweiten Frage möchte das vorliegende Gericht wissen, ob die Richtlinie 2004/17 und insbesondere die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung sowie das Transparenzgebot, die sich aus dieser Richtlinie ergeben, dahin auszulegen sind, dass sie es dem Auftraggeber gestatten, nach der Bekanntmachung der Ausschreibung bestimmte Klauseln der Verdingungsunterlagen wie die im Ausgangsverfahren streitige Klausel 4.3 zu ändern, wenn er wegen der vorgenommenen Änderungen, die im *Amtsblatt der Europäischen Union* veröffentlicht worden sind, die Frist für die Abgabe von Angeboten verlängert hat.
- 63 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass eine solche Möglichkeit, die Verdingungsunterlagen zu ändern, in Art. 27 Abs. 4 des Vergabegesetzes vorgesehen ist.
- 64 Wie das vorliegende Gericht in seinem Vorabentscheidungsersuchen betont hat, enthält die Richtlinie 2004/17 jedoch hierzu keine Bestimmung.
- 65 Unter diesen Umständen kann nicht davon ausgegangen werden, dass Art. 27 Abs. 4 des Vergabegesetzes, soweit er auf Aufträge anwendbar ist, die nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/17 fallen, im Sinne der in Rn. 34 des vorliegenden Urteils wiedergegebenen Rechtsprechung unmittelbar und unbedingt auf diese Richtlinie verweist (vgl. entsprechend Urteil vom 7. Juli 2011, Agafitei u. a., C-310/10, EU:C:2011:467, Rn. 45).
- 66 Folglich ist für die Beantwortung von Frage 2 eine Auslegung dieser Richtlinie nicht geboten.
- 67 Vor diesem Hintergrund sind für eine sachdienliche Beantwortung der Vorlagefrage aus den oben in den Rn. 43 bis 45 dargestellten Gründen die Grundregeln und die allgemeinen Grundsätze des AEU-Vertrags heranzuziehen, zu denen die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung sowie das Transparenzgebot, die sich

insbesondere aus den Art. 49 und 56 AEUV ergeben, gehören und die im Besonderen Gegenstand des Vorabentscheidungsersuchens sind.

- 68 Hierzu ist festzustellen, dass nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs diese Grundsätze und dieses Gebot u. a. verlangen, dass die Bieter zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, gleich behandelt werden. Das Transparenzgebot soll insbesondere ausschließen, dass es zu einer Günstlingswirtschaft oder willkürlichen Entscheidungen des Auftraggebers kommt (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 6. November 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, Rn. 44, und vom 14. Juli 2016, *TNS Dimarso*, C-6/15, EU:C:2016:555, Rn. 22).
- 69 Die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung sowie das Transparenzgebot verlangen auch, dass der Gegenstand des betreffenden Auftrags sowie die Kriterien für seine Vergabe vom Beginn des Verfahrens über die Vergabe dieses Auftrags an klar bestimmt sind und dass alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen klar, genau und eindeutig formuliert sind, damit zum einen alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt deren genaue Bedeutung verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können und zum anderen der Auftraggeber imstande ist, tatsächlich zu überprüfen, ob die abgegebenen Angebote die für den betreffenden Auftrag geltenden Kriterien erfüllen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 10. Mai 2012, *Kommission/Niederlande*, C-368/10, EU:C:2012:284, Rn. 56, 88 und 109, vom 6. November 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, Rn. 44, und vom 14. Juli 2016, *TNS Dimarso*, C-6/15, EU:C:2016:555, Rn. 23). Das Transparenzgebot bedeutet ferner, dass der Auftraggeber den Gegenstand des Auftrags sowie die Kriterien für seine Vergabe in angemessener Weise bekannt machen muss (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 24. Januar 2008, *Lianakis u. a.*, C-532/06, EU:C:2008:40, Rn. 40).
- 70 Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich des Weiteren, dass der Auftraggeber während des Vergabeverfahrens den Umfang der wesentlichen Bedingungen des Auftrags grundsätzlich nicht verändern darf, zu denen die technischen Spezifikationen und die Vergabekriterien gehören und auf die die interessierten Wirtschaftsteilnehmer bei ihrer Entscheidung, ob sie die Einreichung eines Angebots vorbereiten oder nicht oder aber auf eine Teilnahme am Verfahren über die Vergabe des fraglichen Auftrags verzichten, vertraut haben (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 10. Mai 2012, *Kommission/Niederlande*, C-368/10, EU:C:2012:284, Rn. 55, und vom 16. April 2015, *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, Rn. 27 bis 29).
- 71 Gleichwohl folgt daraus nicht, dass jede Änderung der Verdingungsunterlagen nach Bekanntmachung der Ausschreibung grundsätzlich und unter allen Umständen unzulässig ist.
- 72 So hat der Auftraggeber ausnahmsweise die Möglichkeit, bestimmte Punkte der Verdingungsunterlagen zu berichtigen oder zu ergänzen, wenn sie einer bloßen Klarstellung bedürfen oder offensichtliche sachliche Fehler behoben werden sollen – vorausgesetzt, es werden alle Bieter darüber informiert (vgl. entsprechend Urteil vom 29. März 2012, *SAG ELV Slovensko u. a.*, C-599/10, EU:C:2012:191, Rn. 40).
- 73 Der öffentliche Auftraggeber muss zudem befugt sein, bestimmte Änderungen der Verdingungsunterlagen, insbesondere hinsichtlich der Bedingungen und Modalitäten der Kumulierung beruflicher Kapazitäten, vorzunehmen, sofern die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung sowie das Transparenzgebot eingehalten werden.

- 74 Dieses Erfordernis bedeutet erstens, dass die betreffenden Änderungen, wenngleich sie erheblich sein können, nicht so wesentlich sein dürfen, dass sie potenzielle Bieter angezogen hätten, die ohne diese Änderungen kein Angebot abgeben könnten. Dies könnte u. a. der Fall sein, wenn die Änderungen den Auftrag gegenüber seiner ursprünglichen Beschreibung seiner Art nach merklich verändern.
- 75 Zweitens bringt es das genannte Erfordernis mit sich, dass diese Änderungen in angemessener Weise bekannt gemacht werden, so dass alle durchschnittlich fachkundigen potenziellen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt unter den gleichen Bedingungen und zum gleichen Zeitpunkt davon Kenntnis nehmen können.
- 76 Drittens verlangt dieses Erfordernis zum einen, dass die Änderungen vorgenommen werden, bevor die Bieter Angebote abgegeben haben, und zum anderen, dass die Frist für die Abgabe dieser Angebote, wenn die Änderungen erheblich sind, verlängert wird, dass sich die Dauer der Verlängerung nach dem Umfang der Änderungen richtet und dass diese Dauer ausreichend ist, damit die interessierten Wirtschaftsteilnehmer ihr Angebot in der Folge anpassen können.
- 77 Angesichts der vorstehenden Erwägungen ist auf die zweite Frage zu antworten, dass in Bezug auf einen öffentlichen Auftrag, der nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/17 fällt, aber an dem ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht, die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung sowie das Transparenzgebot, die sich u. a. aus den Art. 49 und 56 AEUV ergeben, dahin auszulegen sind, dass ihnen Änderungen einer Klausel der Verdingungsunterlagen über die Bedingungen und Modalitäten der Kumulierung beruflicher Kapazitäten wie der im Ausgangsverfahren streitigen Klausel 4.3, die der Auftraggeber nach der Bekanntmachung der Ausschreibung vornimmt, nicht zuwiderlaufen, sofern erstens die vorgenommenen Änderungen nicht so wesentlich sind, dass sie potenzielle Bieter angezogen hätten, die ohne diese Änderungen kein Angebot abgeben könnten, zweitens diese Änderungen in angemessener Weise bekannt gemacht werden und drittens die Änderungen vorgenommen werden, bevor die Bieter Angebote abgegeben haben, die Frist für die Abgabe dieser Angebote, wenn die Änderungen erheblich sind, verlängert wird, die Dauer der Verlängerung sich nach dem Umfang der Änderungen richtet und diese Dauer ausreichend ist, damit die interessierten Wirtschaftsteilnehmer ihr Angebot in der Folge anpassen können. Ob es sich so verhält, ist durch das vorliegende Gericht zu überprüfen.

Zu Frage 1 Buchst. b

- 78 Mit seiner Frage 1 Buchst. b möchte das vorliegende Gericht wissen, ob die Richtlinie 2004/17 dahin auszulegen ist, dass sie einer Klausel der Verdingungsunterlagen wie der im Ausgangsverfahren streitigen Klausel 4.3 entgegensteht, die verlangt, dass bei Einreichung eines gemeinsamen Angebots durch mehrere Bieter der Beitrag jedes Einzelnen unter ihnen zur Erfüllung der Anforderungen an die beruflichen Kapazitäten proportional seinem Anteil an den Arbeiten entspricht, den er im Fall der Zuschlagserteilung tatsächlich ausführen wird.
- 79 Dazu hat die Seehafenbehörde in der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof sinngemäß ausgeführt, dass Ziff. 4.3 der im Ausgangsverfahren fraglichen Verdingungsunterlagen in einer Zusammenschau mit Ziff. 4.2.3 der Verdingungsunterlagen zu sehen sei. Nach dieser Klausel 4.2.3 müssen die Bieter, die ein gemeinsames Angebot einreichen möchten, in einem Kooperationsvertrag den Teil der Arbeiten angeben, zu dessen Ausführung sich jeder von ihnen verpflichtet, wobei dieser Anteil von den Bietern frei bestimmt wird. Die Seehafenbehörde meint, nach Ziff. 4.3 dürfe sie bei der Sichtung der Angebote prüfen, ob jeder der betreffenden Bieter über berufliche Kapazitäten verfüge, die

proportional dem Anteil an den Arbeiten entsprechen, zu dessen Ausführung er nach dem Kooperationsvertrag verpflichtet sei und den er im Fall der Zuschlagserteilung tatsächlich ausführen werde.

- 80 Wie die Generalanwältin in Nr. 56 ihrer Schlussanträge festgestellt hat, betrifft diese Klausel 4.3 der Verdingungsunterlagen die Vergabe des öffentlichen Auftrags und insbesondere die für Bieter, die ein gemeinsames Angebot einreichen, bestehende Möglichkeit, zur Erfüllung der in den Verdingungsunterlagen festgelegten Anforderungen ihre beruflichen Kapazitäten zu kumulieren.
- 81 Diese Möglichkeit ist in Art. 32 Abs. 3 des Vergabegesetzes vorgesehen.
- 82 Aus der Vorlageentscheidung geht indessen hervor, dass diese Bestimmung, die auf alle Bauaufträge unabhängig von deren Wert anwendbar ist, den Inhalt von Art. 54 Abs. 6 der Richtlinie 2004/17 wortgetreu wiedergibt. Außerdem hat das vorliegende Gericht darauf hingewiesen, dass sich der litauische Gesetzgeber bei der Umsetzung dieser Richtlinie in das nationale Recht dafür entschieden hat, bestimmte Vorschriften der Richtlinie auf Aufträge mit einem Wert unter dem in Art. 16 Buchst. b dieser Richtlinie festgelegten Schwellenwert zu erstrecken. Zu diesem Zweck hat er insbesondere Bestimmungen erlassen, die dem Wortlaut der Richtlinie entsprechen.
- 83 Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass Art. 54 Abs. 6 der Richtlinie 2004/17 durch Art. 32 Abs. 3 des Vergabegesetzes unmittelbar und unbedingt für auf vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausgenommene Aufträge anwendbar erklärt worden ist.
- 84 Daher ist Frage 1 Buchst. b angesichts der in den Rn. 33 und 34 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung im Licht von Art. 54 Abs. 6 der Richtlinie 2004/17 zu prüfen.
- 85 Mit dieser Bestimmung wird jedem Wirtschaftsteilnehmer für den Fall, dass der Auftraggeber ein Eignungskriterium festlegt, das Anforderungen an die technischen oder beruflichen Fähigkeiten umfasst, das Recht zuerkannt, sich für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmen – ungeachtet der Rechtsnatur der zwischen ihm und diesen Unternehmen bestehenden Verbindungen – zu stützen, sofern gegenüber dem Auftraggeber nachgewiesen wird, dass dem Bieter die Mittel dieser Unternehmen, die für die Ausführung dieses Auftrags erforderlich sind, tatsächlich zur Verfügung stehen (vgl. entsprechend Urteil vom 7. April 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, Rn. 33 und die dort angeführte Rechtsprechung). Gemäß dieser Bestimmung erstreckt sich dieses Recht auf Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern, die ein gemeinsames Angebot einreichen und die sich unter denselben Bedingungen auf die Kapazitäten der einzelnen Mitglieder der Gruppe oder anderer Unternehmen stützen können.
- 86 Es läuft der Richtlinie 2004/17 aber nicht zuwider, dass die Ausübung des in ihrem Art. 54 Abs. 6 verankerten Rechts bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände eingeschränkt wird (vgl. entsprechend Urteil vom 7. April 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, Rn. 39).
- 87 Es lässt sich insbesondere nicht ausschließen, dass sich unter besonderen Umständen – in Anbetracht der Eigenart eines bestimmten Auftrags und der mit ihm verfolgten Ziele sowie der betreffenden Arbeiten – die Kapazitäten, über die ein Drittunternehmen verfügt und die für die Ausführung eines bestimmten Auftrags erforderlich sind, nicht für eine Übertragung auf den Bieter eignen, so dass er sich nur dann auf die betreffenden Kapazitäten stützen kann, wenn das Drittunternehmen unmittelbar und persönlich an der Ausführung des

Auftrags beteiligt ist (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 7. April 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, Rn. 41).

- 88 Unter solchen Umständen darf der Auftraggeber im Interesse der ordnungsgemäßen Ausführung dieses Auftrags in den Auftragsunterlagen ausdrücklich genaue Regeln angeben, die es einem Wirtschaftsteilnehmer ermöglichen, sich auf die Kapazitäten anderer Unternehmen zu stützen, sofern diese Regeln mit dem Gegenstand und den Zielen des Auftrags zusammenhängen und diesen angemessen sind (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 7. April 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, Rn. 54 bis 56).
- 89 Ebenso wenig kann von vornherein ausgeschlossen werden, dass unter besonderen Umständen – in Anbetracht der Art der betreffenden Arbeiten sowie des Gegenstands und der Ziele des Auftrags – die für die ordnungsgemäße Ausführung des Auftrags erforderlichen Kapazitäten der einzelnen Mitglieder einer Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern, die ein gemeinsames Angebot einreichen, zwischen diesen Mitgliedern nicht übertragen werden können. In einem solchen Fall könnte der Auftraggeber somit verlangen, dass jeder einzelne Teilnehmer die Arbeiten ausführt, die seinen eigenen Kapazitäten entsprechen.
- 90 Im vorliegenden Fall bringen die Hafenbehörde und die litauische Regierung sinngemäß vor, dass mit Ziff. 4.3 der im Ausgangsverfahren fraglichen Verdingungsunterlagen vermieden werden solle, dass ein Bieter, um den Zuschlag für den Auftrag zu erhalten, sich auf Kapazitäten stütze, die er nicht zu nutzen beabsichtige, und dass umgekehrt ein Bieter Zugang zum Auftrag habe und einen Teil der Arbeiten ausführen könne, ohne jedoch über die Kapazitäten und Mittel zu verfügen, die für die ordnungsgemäße Ausführung dieser Arbeiten erforderlich seien.
- 91 Insoweit kann zwar nicht ausgeschlossen werden, dass die ordnungsgemäße Ausführung der im Ausgangsverfahren fraglichen Arbeiten mit Rücksicht auf deren technische Komplexität und Bedeutung verlangt, dass dann, wenn mehrere Bieter ein gemeinsames Angebot einreichen, jeder von ihnen die konkreten Aufgaben ausführt, die angesichts des Gegenstands oder der Art dieser Arbeiten oder Aufgaben seinen eigenen beruflichen Kapazitäten entsprechen.
- 92 Dies scheint jedoch nicht der Sinn der fraglichen Ziff. 4.3 der Verdingungsunterlagen zu sein. Wie die Generalanwältin in den Nrn. 63 und 64 ihrer Schlussanträge sinngemäß festgestellt hat, schreibt diese Regelung nämlich vor, dass zwischen dem Beitrag jedes dieser Bieter zur Erfüllung der Anforderungen an die beruflichen Kapazitäten und dem Teil der Arbeiten, zu dessen Ausführung der Bieter verpflichtet ist und den er im Fall der Zuschlagserteilung tatsächlich ausführen wird, eine rein rechnerische Entsprechung gegeben sein muss. Dagegen berücksichtigt diese Regelung weder die Art der Aufgaben, die jeder Bieter auszuführen hat, noch die technischen Fähigkeiten der einzelnen Bieter. Unter diesen Umständen verhindert Ziff. 4.3 nicht, dass einer der betreffenden Bieter konkrete Aufgaben ausführt, für die er in Wahrheit nicht die erforderliche Erfahrung oder die nötigen Kapazitäten besitzt.
- 93 Im Übrigen haben die Seehafenbehörde und die litauische Regierung darauf verwiesen, dass Ziff. 4.3 der im Ausgangsverfahren fraglichen Verdingungsunterlagen die betreffenden Bieter nicht daran gehindert habe, für die Ausführung nicht als „Hauptleistung“ eingestufte Arbeiten Unterauftragnehmer einzusetzen, und dass gemäß Ziff. 4.4 der Verdingungsunterlagen die beruflichen Kapazitäten der Unterauftragnehmer nicht überprüft worden seien. Wenn dies, was vom vorlegenden Gericht zu überprüfen ist, zutreffend ist, so ist daraus der Schluss zu ziehen, dass Ziff. 4.3 zum einen nicht gewährleistet, dass die Bieter

die Kapazitäten, die sie bei Auftragsvergabe angegeben haben und die die Hafenbehörde für die Prüfung der Angebote berücksichtigt hat, tatsächlich nutzen werden. Zum anderen schließt Ziff. 4.3 nicht aus, dass die Arbeiten von Unterauftragnehmern ausgeführt werden, die nicht über die verlangten beruflichen Kapazitäten verfügen.

- 94 Daraus folgt, dass Ziff. 4.3 der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Verdingungsunterlagen nicht geeignet ist, die Erreichung der verfolgten Ziele zu gewährleisten.
- 95 Daher ist festzustellen, dass die Beschränkung des in Art. 54 Abs. 6 der Richtlinie 2004/17 vorgesehenen Rechts durch die fragliche Klausel 4.3 nicht durch den Gegenstand und die Ziele des im Ausgangsverfahren fraglichen Auftrags gerechtfertigt wird.
- 96 Demnach ist auf die Frage 1 Buchst. b zu antworten, dass Art. 54 Abs. 6 der Richtlinie 2004/17 dahin auszulegen ist, dass er einer Klausel der Verdingungsunterlagen wie der im Ausgangsverfahren streitigen Klausel 4.3 entgegensteht, die verlangt, dass bei Einreichung eines gemeinsamen Angebots durch mehrere Bieter der Beitrag jedes Einzelnen unter ihnen zur Erfüllung der Anforderungen an die beruflichen Kapazitäten proportional seinem Anteil an den Arbeiten entspricht, den er im Fall der Zuschlagserteilung tatsächlich ausführen wird.

Kosten

- 97 Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem 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 (Fünfte Kammer) für Recht erkannt:

- 1. In Bezug auf einen öffentlichen Auftrag, der nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste in der durch die Verordnung (EU) Nr. 1336/2013 der Kommission vom 13. Dezember 2013 geänderten Fassung fällt, aber an dem ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht, sind die Art. 49 und 56 AEUV dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Rechtsvorschrift wie Art. 24 Abs. 5 des Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (Gesetz der Republik Litauen über die Vergabe öffentlicher Aufträge) entgegenstehen, die vorsieht, dass dann, wenn für die Ausführung eines Auftrags Unterauftragnehmer eingesetzt werden, der Auftragnehmer die vom Auftraggeber angegebene Hauptleistung selbst erbringen muss.**
- 2. In Bezug auf einen solchen öffentlichen Auftrag sind die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung sowie das Transparenzgebot, die sich u. a. aus den Art. 49 und 56 AEUV ergeben, dahin auszulegen, dass ihnen Änderungen einer Klausel der Verdingungsunterlagen über die Bedingungen und Modalitäten der Kumulierung beruflicher Kapazitäten wie der im Ausgangsverfahren streitigen Klausel 4.3, die der Auftraggeber nach der Bekanntmachung der Ausschreibung vornimmt, nicht zuwiderlaufen, sofern erstens die vorgenommenen Änderungen nicht so wesentlich sind, dass sie potenzielle Bieter angezogen hätten, die ohne diese Änderungen kein Angebot**

- abgeben könnten, zweitens diese Änderungen in angemessener Weise bekannt gemacht werden und drittens die Änderungen vorgenommen werden, bevor die Bieter Angebote abgegeben haben, die Frist für die Abgabe dieser Angebote, wenn die Änderungen erheblich sind, verlängert wird, die Dauer der Verlängerung sich nach dem Umfang der Änderungen richtet und diese Dauer ausreichend ist, damit die interessierten Wirtschaftsteilnehmer ihr Angebot in der Folge anpassen können. Ob es sich so verhält, ist durch das vorliegende Gericht zu überprüfen.
3. Art. 54 Abs. 6 der Richtlinie 2004/17 in der durch die Verordnung Nr. 1336/2013 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass er einer Klausel der Verdingungsunterlagen wie der im Ausgangsverfahren streitigen Klausel 4.3 entgegensteht, die verlangt, dass bei Einreichung eines gemeinsamen Angebots durch mehrere Bieter der Beitrag jedes Einzelnen unter ihnen zur Erfüllung der Anforderungen an die beruflichen Kapazitäten proportional seinem Anteil an den Arbeiten entspricht, den er im Fall der Zuschlagserteilung tatsächlich ausführen wird.

Unterschriften

* Verfahrenssprache: Litauisch.