

Rechtssache C-927/19

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

Eingangsdatum:

18. Dezember 2019

Vorlegendes Gericht:

Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauen)

Datum der Vorlageentscheidung:

17. Dezember 2019

Klägerin und Revisionsbeklagte:

„Ecoservice Klaipėda“ UAB

Beklagte und Revisionsklägerin:

„Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras“ UAB

Gegenstand des Ausgangsverfahrens

Das Ausgangsverfahren betrifft die Auslegung und Anwendung der materiellrechtlichen Vorschriften über den Schutz vertraulicher Informationen, die öffentlichen Auftraggebern von Unternehmen in Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge und in Nachprüfungsverfahren vorgelegt werden, sowie die Einstufung von Unternehmen erteilter Auskünfte als falsch.

Gegenstand und Rechtsgrundlage der Vorlage

Auslegung der Bestimmungen der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge in der durch die Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 89/665), der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (im Folgenden: Richtlinie 2014/24) und der Richtlinie (EU) 2016/943 des

Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung (im Folgenden: Richtlinie 2016/943), die Ausschreibungsbedingungen und verschiedene Aspekte des Schutzes vertraulicher Informationen im öffentlichen Auftragswesen betreffen, sowie die Urteile des Gerichtshofs vom 4. Mai 2017, Esaprojekt (C-387/14), und vom 3. Oktober 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18); Art. 267 Abs. 1 Buchst. b und Abs. 3 AEUV.

Vorlagefragen

1. Fällt eine Ausschreibungsbedingung, wonach Unternehmen durchschnittliche betriebliche Jahreserträge in bestimmter Höhe nachweisen müssen, die sie ausschließlich aus der Durchführung bestimmte Dienstleistungen (Bewirtschaftung gemischter Siedlungsabfälle) betreffender Tätigkeiten erzielt haben, in den Anwendungsbereich von Art. 58 Abs. 3 oder 4 der Richtlinie 2014/24?
2. Kommt es für die vom Gerichtshof in seinem Urteil vom 4. Mai 2017, Esaprojekt (C-387/14), dargelegte Methode zur Bewertung der Leistungsfähigkeit des Unternehmens auf die Antwort auf die erste Frage an?
3. Fällt eine Ausschreibungsbedingung, wonach die Unternehmen nachweisen müssen, dass die für die Erbringung der [Abfallbewirtschaftungs]dienstleistungen erforderlichen Fahrzeuge den spezifischen technischen Anforderungen, insbesondere zu Schadstoffemissionen (EURO 5), dem Einbau eines GPS-Senders, einer angemessenen Kapazität usw., entsprechen, in den Anwendungsbereich von (a) Art. 58 Abs. 4, (b) Art. 42 in Verbindung mit den Bestimmungen des Anhangs VII oder (c) Art. 70 der Richtlinie 2014/24?
4. Sind Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 3 der Richtlinie 89/665, der den Grundsatz der Wirksamkeit von Nachprüfungsverfahren festlegt, Art. 1 Abs. 3 und 5 dieser Richtlinie, Art. 21 der Richtlinie 2014/24 und die Richtlinie 2016/943, insbesondere ihr 18. Erwägungsgrund und ihr Art. 9 Abs. 2 Unterabs. 3 (in Verbindung miteinander oder einzeln, aber ohne die Frage insoweit zu beschränken), dahin auszulegen, dass dann, wenn im nationalen Vergaberecht ein verbindliches vorprozessuales Streitbeilegungsverfahren vorgesehen ist,
 - a) der öffentliche Auftraggeber dem Unternehmen, das das Nachprüfungsverfahren eingeleitet hat, alle Einzelheiten des Angebots eines anderen Unternehmens zur Verfügung zu stellen hat (unabhängig von ihrer Vertraulichkeit), wenn Gegenstand dieses Verfahrens gerade die Rechtmäßigkeit der Bewertung des Angebots des anderen

Unternehmens ist und das Unternehmen, das das Nachprüfungsverfahren eingeleitet hat, den öffentlichen Auftraggeber vorher ausdrücklich zu ihrer Vorlage aufgefordert hat;

- b) ungeachtet der Antwort auf die vorstehende Frage der öffentliche Auftraggeber, wenn er den Rechtsbehelf des Unternehmens, mit dem die Rechtmäßigkeit der Bewertung des Angebots seines Wettbewerbers angefochten wird, zurückweist, unabhängig davon, ob die Gefahr besteht, dass vertrauliche Informationen über die ihm vorgelegten Angebote verbreitet werden, jedenfalls eine eindeutige, vollständige und konkrete Antwort geben muss?
5. Sind Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 3, Art. 1 Abs. 3 und 5 und Art. 2 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 89/665, Art. 21 der Richtlinie 2014/24 und die Richtlinie 2016/943, insbesondere ihr 18. Erwägungsgrund (in Verbindung miteinander oder einzeln, aber ohne die Frage insoweit zu beschränken), dahin auszulegen, dass die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers, einem Unternehmen keinen Zugang zu vertraulichen Einzelheiten des Angebots eines anderen Teilnehmers zu gewähren, gesondert gerichtlich angefochten werden kann?
 6. Falls die vorstehende Frage bejaht wird: Ist Art. 1 Abs. 5 der Richtlinie 89/665 dahin auszulegen, dass das Unternehmen gegen eine solche Entscheidung einen Rechtsbehelf beim öffentlichen Auftraggeber einlegen und erforderlichenfalls eine gerichtliche Klage erheben muss?
 7. Falls die vorstehende Frage bejaht wird: Sind Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 3 und Art. 2 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 89/665 dahin auszulegen, dass das Unternehmen je nach dem Umfang der verfügbaren Informationen über den Inhalt des Angebots des anderen Unternehmens eine gerichtliche Klage ausschließlich gegen die Weigerung erheben kann, ihm die Informationen zu übermitteln, ohne die Rechtmäßigkeit anderer Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers gesondert in Frage zu stellen?
 8. Ist unabhängig von den Antworten auf die vorstehenden Fragen Art. 9 Abs. 2 Unterabs. 3 der Richtlinie 2016/943 dahin auszulegen, dass das Gericht dem Antrag des Klägers, der anderen Partei des Rechtsstreits aufzugeben, Beweise vorzulegen, und diese dem Kläger zur Verfügung zu stellen, unabhängig vom Verhalten des öffentlichen Auftraggebers im Vergabe- oder Nachprüfungsverfahren stattzugeben hat?
 9. Ist Art. 9 Abs. 2 Unterabs. 3 der Richtlinie 2016/943 dahin auszulegen, dass das Gericht, sofern es den Antrag des Klägers auf Offenlegung vertraulicher Informationen der anderen Partei des Rechtsstreits zurückgewiesen hat, von Amts wegen die Bedeutung der Angaben, für die die Aufhebung der Vertraulichkeit beantragt wird, und deren Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens zu prüfen hat?

10. Kann der Ausschlussgrund für den Ausschluss von Unternehmen nach Art. 57 Abs. 4 Buchst. h der Richtlinie 2014/24 unter Berücksichtigung des Urteils des Gerichtshofs vom 3. Oktober 2019, *Delta Antrepriză de Construcție Montaj 93*, in dem Sinne angewendet werden, dass das Gericht im Rahmen seiner Prüfung eines Rechtsstreits zwischen einem Unternehmen und dem öffentlichen Auftraggeber von Amts wegen unabhängig von der Beurteilung durch den öffentlichen Auftraggeber entscheiden kann, ob der betreffende Bieter dem öffentlichen Auftraggeber vorsätzlich oder fahrlässig irreführende, in tatsächlicher Hinsicht unrichtige Angaben gemacht hat und daher von Vergabeverfahren auszuschließen war?
11. Ist Art. 57 Abs. 4 Buchst. h der Richtlinie 2014/24 in Verbindung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach Art. 18 Abs. 1 dieser Richtlinie dahin auszulegen und anzuwenden, dass dann, wenn das nationale Recht für die Erteilung falscher Auskünfte zusätzliche Sanktionen (neben dem Ausschluss von Vergabeverfahren) vorsieht, diese Sanktionen nur aufgrund persönlicher Verantwortlichkeit verhängt werden dürfen, insbesondere wenn die in tatsächlicher Hinsicht unrichtigen Angaben nur von einem Teil des Kooperationsverbunds von Teilnehmern am Vergabeverfahren (beispielsweise von einem von mehreren Partnern) gemacht werden?

Angeführte unionsrechtliche Vorschriften

Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 3, Art. 1 Abs. 3 und 5 sowie Art. 2 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 89/665

Art. 18 Abs. 1, Art. 21, Art. 42 in Verbindung mit Anhang VII, Art. 57 Abs. 4 Buchst. h, Art. 58 Abs. 3 und 4 und Art. 70 der Richtlinie 2014/24

18. Erwägungsgrund und Art. 9 Abs. 2 Unterabs. 3 der Richtlinie 2016/943

Angeführte nationale Vorschriften

Art. 1.116 (Geschäfts- und Berufsgeheimnis) des Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas (Zivilgesetzbuch der Republik Litauen; im Folgenden: Zivilgesetzbuch)

Art. 10 Abs. 1 bis 4 (Zugang der Öffentlichkeit zur Akte) und Art. 10 Abs. 1 bis 5¹ (Besonderheiten des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen) des Lietuvos Respublikos Civilinio proceso kodeksas (Zivilprozessordnung der Republik Litauen; im Folgenden: Zivilprozessordnung)

Art. 2 Abs. 34 (Wesentliche in diesem Gesetz verwendete Begriffe), Art. 17 Abs. 1 (Wesentliche Grundsätze der öffentlichen Auftragsvergabe), Art. 20 Abs. 1 bis 5 (Vertraulichkeit), Art. 37 Abs. 1, 3 und 4 (Technische Spezifikation), Art. 45 Abs. 1 und 3 (Allgemeine Grundsätze der Bewertung eines Unternehmens, seines Antrags auf Teilnahme und des von ihm vorgelegten Angebots), Art. 46 Abs. 4

Unterabs. 4 und 5, Abs. 5, 7 und 8 (Gründe für den Ausschluss eines Unternehmens), Art. 47 Abs. 1 Unterabs. 1 bis 3 und Abs. 6 (Überprüfung der Qualifikationen eines Unternehmens), Art. 52 Abs. 1 Unterabs. 1 und 2, Abs. 2 und 3 (Nichterteilung von Angaben oder Erteilung falscher Angaben oder Nichtvorlage von Unterlagen), Art. 55 Abs. 9 (Bewertung und Vergleich von Angeboten) und Art. 58 Abs. 3 und 5 (Bekanntgabe der Ergebnisse des Vergabeverfahrens) des Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (Gesetz der Republik Litauen über das öffentliche Auftragswesen; im Folgenden: Vergabegesetz)

Kurze Darstellung des Sachverhalts und des Verfahrens

- 1 Die Beklagte (im Folgenden auch: öffentlicher Auftraggeber) gab am 27. September 2018 ein internationales offenes Vergabeverfahren für Dienstleistungen im Bereich der Sammlung von Siedlungsabfällen der Gemeinde Neringa und deren Beförderung zu den Entsorgungsanlagen der örtlichen Deponie Klaipėda (im Folgenden: Ausschreibungsverfahren) bekannt.
- 2 Drei Unternehmen reichten Angebote ein: die Klägerin „Ecoservice Klaipėda“ UAB (im Folgenden auch: Klägerin; Bieter A), „Ekonomus“ UAB und die Gruppe der Wirtschaftsteilnehmer „Klaipėdos autobusų parkas“ UAB, „Parsekas“ UAB und „Klaipėdos transportas“ UAB, die im Rahmen eines Kooperationsvertrags tätig sind (im Folgenden auch: Bieter B).
- 3 Der öffentliche Auftraggeber unterrichtete die Teilnehmer am 29. November 2018 über die Bewertung ihrer Angebote und die endgültigen Ergebnisse des Ausschreibungsverfahrens: Bieter B erhielt den Zuschlag; die Klägerin wurde auf die zweite Rangstelle gesetzt.
- 4 Die Klägerin legte am 10. Dezember 2018 Rechtsmittel beim öffentlichen Auftraggeber ein, mit dem sie die Ergebnisse des Ausschreibungsverfahrens mit der Begründung anfocht, dass die Qualifikationen des Bieters B nicht den Anforderungen entsprächen. Nach den der Klägerin vorliegenden Informationen hätte „Parsekas“ UAB in den letzten drei Jahren nicht (wie in dem als „finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit“ bezeichneten Teil der Ausschreibungsbedingungen gefordert) Aufträge über die Sammlung und Beförderung gemischter Siedlungsabfälle im Gesamtwert von 200 000 EUR (ohne Mehrwertsteuer) ausführen können, da dieses Unternehmen im Rahmen anderer Vergabeverfahren häufig als federführender Partner an Kooperationsleistungen beteiligt sei, an den zwar die Zahlungen für die Erbringung der Dienstleistungen geleistet würden, der jedoch *de facto* keine Tätigkeiten der Bewirtschaftung gemischter Siedlungsabfälle durchführe. Außerdem erfülle Bieter B auch nicht die Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit, da das Fahrzeug, das in den von der „Parsekas“ UAB im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens vorgelegten Unterlagen genannt werde, verschiedenen in den Ausschreibungsbedingungen

genannten zwingenden technischen Parametern (technische Spezifikationen) nicht entspreche.

- 5 Der öffentliche Auftraggeber wies den Rechtsbehelf der Klägerin am 17. Dezember 2018 nach Prüfung mit der Begründung zurück, dass Bieter B die Anforderung bezüglich der durchgeführten Aufträge nach den Ausschreibungsbedingungen dadurch erfüllt habe, dass er einen Nachweis für angenommene Aufträge über die Bewirtschaftung gemischter Siedlungsabfälle, deren Wert der geforderten Höhe entspreche, sowie technische Informationen über das angegebene Fahrzeug vorgelegt habe.
- 6 Die Klägerin erhob am 27. Dezember 2018 Klage beim Klaipėdos apygardos teismas (Regionalgericht Klaipėda, Litauen).
- 7 Mit Urteil vom 15. März 2019, mit dem die Klage der Klägerin abgewiesen wurde, stellte dieses Gericht des ersten Rechtszugs fest, dass Bieter B die Anforderungen an die Qualifikation der Unternehmen erfüllt habe.
- 8 Auf die Berufung der Klägerin hob das Lietuvos apeliacinis teismas (Berufungsgericht Litauens) mit Urteil vom 30. Mai 2019 das Urteil des Gerichts des ersten Rechtszugs auf, gab der Klage der Klägerin statt, hob die Entscheidung der Beklagten über die Einstufung der Angebote auf und gab dem öffentlichen Auftraggeber auf, die Bewertung der Angebote zu wiederholen. Es entschied, dass Bieter B die Anforderung bezüglich der durchgeführten Aufträge erfüllt, seine technische Leistungsfähigkeit aber nicht nachgewiesen habe, da nicht alle später angegebenen Fahrzeuge von vornherein in das Angebot aufgenommen worden seien.
- 9 Die Beklagte legte Revision ein, zu der die Klägerin Stellung nahm.
- 10 Die Klägerin und die Beklagte sind weiterhin im Ausgangsverfahren uneinig darüber, welche Einzelheiten des erfolgreichen Angebots veröffentlicht werden dürfen und welche vertrauliche Informationen darstellen, zu denen der Klägerin kein Zugang gewährt werden kann.
- 11 Die Klägerin beantragte am 4. Dezember 2018 beim öffentlichen Auftraggeber, ihr Zugang zum Angebot von Bieter B zu gewähren, und nahm am 6. Dezember 2018 Einsicht in die nicht vertraulichen Einzelheiten dieses Angebots.
- 12 Im Laufe des Verfahrens vor dem Gericht des ersten Rechtszugs beantragte die Klägerin, der Beklagten aufzugeben, zusätzliche Unterlagen vorzulegen und Zugang zu allen im Angebot des Bieters B enthaltenen Informationen zu gewähren (lediglich mit Ausnahme geschäftlich sensibler Informationen), sowie „Parsekas“ UAB aufzugeben, Angaben zu den als vertraulich eingestuft, von ihr geschlossenen Abfallbewirtschaftungsverträgen vorzulegen.
- 13 Nachdem sie dem Gericht weitere Unterlagen vorgelegt hatte, beantragte die Beklagte ihrerseits, der Klägerin keinen Zugang zu den vorgelegten vertraulichen

Einzelheiten des Angebots von Bieter B zu gewähren und sie als nicht öffentliche Teile der Akte einzustufen.

- 14 Mit Beschluss vom 30. Januar 2019 gab das Gericht des ersten Rechtszugs diesem Antrag der Beklagten statt; am 14. Februar und 21. Februar 2019 wies es die vorgenannten Anträge der Klägerin zurück.
- 15 Die Klägerin beantragte am 26. Juli 2019, vor Einreichung ihrer Rechtsmittelbeantwortung, beim Revisionsgericht, dem Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Oberster Gerichtshof, Litauen), unter Schwärzung wirklich geschäftlich sensibler Informationen Zugang zu den dem Gericht des ersten Rechtszugs von der Beklagten vorgelegten vertraulichen Unterlagen zu gewähren.

Kurze Darstellung der Begründung der Vorlage

- 16 In der vorliegenden Rechtssache ist Gegenstand des Rechtsstreits zwischen den Parteien, ob die Qualifikationen der Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern, die den Zuschlag erhalten hat, den vom öffentlichen Auftraggeber festgelegten Anforderungen entsprechen.
- 17 Das Revisionsgericht hat grundsätzlich nur über die Fragen zu entscheiden, die die Beklagte mit ihrer Revision aufwirft, nämlich ob die technische Leistungsfähigkeit von Bieter B den Anforderungen entspricht. In der vorliegenden Rechtssache erwägt das Revisionsgericht jedoch, von Amts wegen über den Gegenstand der Revision hinauszugehen und auch über andere Aspekte des Rechtsstreits zwischen den Parteien zu entscheiden, und zwar nicht nur unter Berufung auf den Grund des Schutzes des Allgemeininteresses, sondern auch unter Berücksichtigung der besonderen Situation, die in der vorliegenden Rechtssache entstanden ist, in der der Klägerin im Vorverfahren und im Verfahren im Wesentlichen sämtliche Informationen vorenthalten wurden, zu denen sie Zugang begehrte.
- 18 Ungeachtet dessen, dass die Notwendigkeit der Auslegung des Unionsrechts vom nationalen Gericht von Amts wegen, über den Gegenstand des Rechtsstreits zwischen den Parteien hinausgehend, herbeigeführt wurde, hat der Gerichtshof die Zuständigkeit, die vom Gericht erbetene Auslegung vorzunehmen (vgl. z. B. Urteile vom 5. April 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, und vom 25. Oktober 2018, Roche Lietuva, C-413/17, EU:C:2018:865).
- 19 Im vorliegenden Verfahren legt die Kammer dem Gerichtshof Fragen nach (a) der Rechtmäßigkeit bestimmter Ausschreibungsbedingungen, (b) verschiedenen Aspekten des Schutzes vertraulicher Informationen im Rahmen öffentlicher Vergabeverfahren und (c) der Beurteilung etwaiger falscher Angaben des erfolgreichen Bieters und den sich aus diesem Handeln ergebenden Folgen vor.

Rechtmäßigkeit des Verhaltens des öffentlichen Auftraggebers bei der Beurteilung der Erfüllung der Anforderungen an die Qualifikation durch Bieter B

20 Nach der Rechtsprechung des Revisionsgerichts kommt es für die Entscheidung über Rechtsstreitigkeiten zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen im Wesentlichen auf den Inhalt einer Bedingung und nicht auf ihre Bezeichnung durch den öffentlichen Auftraggeber an. Die zutreffende Einstufung der Bedingungen der Auftragsunterlagen führt zu einer zutreffenden Anwendung der Bestimmungen des Gesetzes über das öffentliche Auftragswesen, die für verschiedene Vergabeverfahren gelten, und somit zu einer sachgerechten Beilegung von Rechtsstreitigkeiten.

(a) Inhalt und Anwendung der Anforderung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit

21 Die in den Ausschreibungsbedingungen vorgesehene Bedingung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in Bezug auf die durchschnittlichen jährlichen Erträge der Unternehmen aus der Durchführung von Tätigkeiten im Bereich der Bewirtschaftung gemischter Siedlungsabfälle entspricht im Wesentlichen Art. 58 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24, der die Möglichkeit vorsieht, von den Wirtschaftsteilnehmern einen Mindestjahresumsatz einschließlich eines bestimmten Mindestumsatzes in dem vom Auftrag abgedeckten Bereich zu verlangen. Nach Ansicht der Kammer könnte sie jedoch auch den Anforderungen an die berufliche Leistungsfähigkeit nach Art. 58 Abs. 4 dieser Richtlinie entsprechen.

22 Hinzuweisen ist darauf, dass sich aus dem Wortlaut von Art. 58 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24 (nämlich aus dem Wort „einschließlich“) ergibt, dass der in dem vom Auftrag abgedeckten Bereich geforderte Jahresumsatz nicht vollständig alternativ anwendbar ist, d. h. dass, wenn ein Umsatzerfordernis aufgestellt wird, erstens der Gesamtumsatz beurteilt werden muss und zweitens der Umsatz in einem bestimmten vom öffentlichen Auftraggeber bestimmten Bereich ermittelt wird. Mit anderen Worten führt eine solche Auslegung des Wortlauts von Art. 58 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24 zu dem Schluss, dass der in einem bestimmten Bereich erzielte Umsatz nicht eigenständig ermittelt werden kann, ohne dass zugleich die Voraussetzung des Gesamtumsatzes aufgestellt würde.

23 Außerdem ist der Geltungsbereich des Begriffs „vom Auftrag abgedeckter Bereich“ nicht ganz eindeutig. Nach der in Rede stehenden Ausschreibungsbedingung mussten Unternehmen nämlich ihre Leistungsfähigkeit konkret hinsichtlich der Sammel- und Beförderungsleistungen für gemischte Siedlungsabfälle nachweisen, für die das Ausschreibungsverfahren bekannt gemacht worden war, und nicht für den Bereich der Abfallbewirtschaftung im Allgemeinen. Die Kammer neigt dazu, diesen Begriff allgemeiner (abstrakter) auszulegen: In dem bei ihr anhängigen Rechtsstreit bedeute der Begriff, dass die Beklagte, wenn sie konkret eine Anforderung der finanziellen Leistungsfähigkeit aufstellen wolle, nach Artikel 58 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24 erstens den gesamten Jahresumsatz und zweitens zugleich den anteiligen Umsatz im Bereich Dienstleistungen der Bewirtschaftung unbestimmter Abfälle festlegen müsse.

- 24 Die vorgenannten Fragen zur richtigen Einstufung der Ausschreibungsbedingung, die das Revisionsgericht von Amts wegen aufwirft, beziehen sich nicht nur auf die Frage der Rechtmäßigkeit dieser Ausschreibungsbedingung, sondern auch auf ihre richtige Anwendung. Hinzuweisen ist darauf, dass die Klägerin im gesamten Verfahren die Ansicht vertreten hat, dass „Parsekas“ UAB, ein Mitglied des Bieters B, dem öffentlichen Auftraggeber keine Aufträge zur Bewertung einreichen dürfe, die erstens in bestimmten Teilen nicht von ihr allein, sondern zusammen mit anderen Partnern, einschließlich der Klägerin selbst, durchgeführt worden seien, und die zweitens in ihrem Gegenstand sämtlich nicht auf die Bewirtschaftung gemischter Siedlungsabfälle beschränkt seien.
- 25 Entgegen der Auffassung der Gerichte bedeutet nach Ansicht der Kammer die bloße Tatsache, dass nach den Ausschreibungsbedingungen die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Unternehmen durch formlose Erklärungen der Teilnehmer habe nachgewiesen werden müssen, nicht, dass andere Unternehmen sie oder die Zuverlässigkeit der gemachten Angaben nicht in Frage stellen dürften.
- 26 Hinzuweisen ist darauf, dass die Beklagte, Bieter B und die Gerichte die in Rede stehende Anforderung der Qualifikation der Unternehmen dahin ausgelegt haben, dass nach den Ausschreibungsbedingungen ein Wirtschaftsteilnehmer die Qualifikationsanforderung nicht nur dann erfüllen könne, wenn er nachweise, dass er Erträge ausschließlich in eigenem Namen und/oder für eigene Rechnung (d. h. nicht als federführender Partner) und bei einem komplexen Auftrag (für verschiedene Abfälle) ausschließlich für gemischte Siedlungsabfälle erzielt habe. Dem Revisionsgericht ist nicht ganz klar, nach welcher Methode die in Rede stehende Qualifikation nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs nachzuweisen ist.
- 27 In seinem Urteil vom 4. Mai 2017, Esaprojekt (C-387/14, EU:C:2017:338), hat der Gerichtshof u. a. ausgeführt, dass die Erfahrung eines Wirtschaftsteilnehmers dann, wenn er sich auf die Erfahrung eines Konsortiums beruft, an dem er beteiligt war, anhand seiner konkreten Beteiligung und damit seines tatsächlichen Beitrags zur Ausführung einer von diesem Konsortium im Rahmen eines bestimmten öffentlichen Auftrags verlangten Tätigkeit zu beurteilen ist, und dass es einem Wirtschaftsteilnehmer somit verwehrt ist, sich für die von dem öffentlichen Auftraggeber verlangte Erfahrung auf die von anderen Mitgliedern eines Konsortiums gelieferten Waren oder erbrachten Leistungen zu berufen, an denen er sich tatsächlich und konkret nicht beteiligt hat.
- 28 Hinzuweisen ist darauf, dass in jenem Urteil die Frage und ihre Beantwortung im Zusammenhang mit Art. 48 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 standen, der die Methode der Bewertung der Anforderung hinsichtlich der beruflichen Leistungsfähigkeit konkret regelt.
- 29 Falls die vorgenannte Ausschreibungsbedingung weiterhin als Anforderung an die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einzustufen ist, für die die

vorgenannten Auslegungen durch den Gerichtshof zur Beurteilung der Erfüllung der Bedingungen der beruflichen Leistungsfähigkeit relevant sind, würde sich die Frage nach der Abgrenzung und richtigen Anwendung dieser Qualifikationsanforderungen stellen.

b) Inhalt und Anwendung der Anforderung an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit

- 30 Das Revisionsgericht bringt auch Zweifel im Hinblick auf die in den Ausschreibungsbedingungen geregelte Einstufung der Anforderung der technischen Leistungsfähigkeit von Unternehmen zum Ausdruck, wonach Unternehmen zu deren Erfüllung nachweisen mussten, dass sie über Fahrzeuge (Müllabfuhrfahrzeuge) mit geeigneten technischen Eigenschaften verfügten.
- 31 Nach der Rechtsprechung des Revisionsgerichts verfügen Bieter über viel größere Freiheit im Hinblick darauf, die Angaben zu Qualifikationen von Unternehmen anzupassen, als im Hinblick auf Informationen zum Auftragsgegenstand, seinen technischen Merkmalen, dem angebotenen Preis, vertraglichen Verpflichtungen usw. Diese Abgrenzung der Rechte der Unternehmen zur Anpassung von Angaben erklärt sich daraus, dass die Qualifikationen der Unternehmen nach Ansicht des Revisionsgerichts eine objektive Kategorie darstellen, die sich auf vergangene und aktuelle Umstände bezieht, und die Qualifikationen entweder gegeben sind oder nicht. Nach den derzeit im öffentlichen Auftragswesen geltenden nationalen Vorschriften ist das Recht der Unternehmen zur Anpassung von Angaben im Hinblick auf Qualifikationen und Einzelheiten eines Angebots in gewissem Maße variabel.
- 32 Eine ähnliche Rechtslage ergibt sich auch aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs. Nach Ansicht des Revisionsgerichts gilt von den im Urteil des Gerichtshofs vom 29. März 2012, SAG ELV Slovensko u. a. (C-599/10, EU:C:2012:191), aufgestellten eng auszulegenden strengen Regeln zur Anpassung von Einzelheiten eines Angebots eine gewisse Ausnahme für die Beurteilung von Angaben zu Qualifikationen. Der Gerichtshof hat in Rn. 39 seines Urteils vom 10. Oktober 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), festgestellt, dass ein öffentlicher Auftraggeber verlangen kann, dass in einer Bewerbung enthaltene Angaben in einzelnen Punkten berichtigt oder ergänzt werden, soweit sich eine solche Aufforderung auf Unterlagen oder Angaben – wie die veröffentlichte Bilanz – bezieht, bei denen objektiv nachprüfbar ist, dass sie vor Ablauf der Bewerbungsfrist vorlagen.
- 33 Das vorliegende Gericht hat ferner Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Anforderung an die technische Leistungsfähigkeit der Unternehmen. Auch wenn der Gerichtshof in seinem Urteil vom 10. Mai 2012, Kommission/Niederlande (C-368/10, EU:C:2012:284), entschieden hat, dass bestimmte Anforderungen sowohl als technische Spezifikation als auch als Zuschlagskriterium oder als Bedingung für die Auftragsausführung aufgestellt werden können, ist dem

Revisionsgericht nicht klar ersichtlich, ob dies auch in der vorliegenden Rechtssache der Fall ist.

- 34 Hinzuweisen ist darauf, dass der Gerichtshof lange der Ansicht war, dass für die Bewertung der Qualifikationen von Unternehmen und ihres Angebots unterschiedliche Anforderungen gelten (vgl. Urteil vom 24. Januar 2008, Lianakis, C-532/06, EU:C:2008:40). Nach dieser Rechtsprechung konnten die Qualifikationen von Unternehmen nicht als Zuschlagskriterium angesehen werden.
- 35 Diese Ansicht hat der Gerichtshof indes in seiner Auslegung der einschlägigen Bestimmungen der Richtlinie 2004/18 später etwas abgemildert, indem er feststellte, dass die Fähigkeiten und Erfahrung der Mitglieder des Teams, das mit der Durchführung des öffentlichen Auftrags beauftragt wird, als Zuschlagskriterien in der Ausschreibungsbekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen aufgeführt werden können, da die Qualität der Ausführung eines öffentlichen Auftrags maßgeblich von der beruflichen Qualifikation der mit der Ausführung beauftragten Personen abhängig sein kann, die sich aus ihrer beruflichen Erfahrung und ihrer Ausbildung zusammensetzt (Urteil vom 26. März 2015, Ambisig, C-601/13, EU:C:2015:204).
- 36 Die tragende Begründung in jener Rechtssache war, wie später vom Gerichtshof dargelegt, dass der öffentliche Auftraggeber in diesem Fall einen echten Vergleich der zulässigen Angebote vornahm, um das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln; die Erfahrung des vorgeschlagenen technischen Teams war ein wesentliches Merkmal des Angebots und nicht nur ein Kriterium für die Beurteilung der fachlichen Eignung der Bieter (Urteil vom 1. März 2018, Tirkkonen, C-9/17, EU:C:2018:142). Diese Auslegungsregel wurde schließlich auch in Art. 67 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2014/24 niedergelegt. Jedenfalls sieht nicht nur die in Rede stehende Ausnahmenvorschrift, sondern auch der regulatorische Rahmen nach wie vor ein Modell der Abgrenzung zwischen Qualifikation und Angebots(zuschlags-)kriterien vor.
- 37 Wenn die Qualifikationen der Unternehmen regelmäßig nicht zum Vergleich von Angeboten untereinander verwendet werden können, ist davon auszugehen, dass die technischen Vorschriften des Auftragsgegenstands nicht als Anforderungen an die Leistungsfähigkeit von Unternehmen festgelegt werden dürfen.
- 38 Nach den Ausschreibungsbedingungen verlangte der öffentliche Auftraggeber von den Unternehmen, dass ihre zur Erbringung der Dienstleistungen eingesetzten Fahrzeuge spezifische technische Parametern erfüllen. Diese Bestimmungen korrelieren u. a. mit der in den technischen Spezifikationen aufgestellten relevanten Bedingung. Richtigerweise ist davon auszugehen, dass diese Anforderungen über das hinausgehen, was zur Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit von Unternehmen zu verlangen ist.

- 39 Art. 58 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 sieht u. a. vor, dass die öffentlichen Auftraggeber Anforderungen stellen können, die sicherstellen, dass die Wirtschaftsteilnehmer über die erforderlichen personellen und technischen Ressourcen verfügen, um den Auftrag in angemessener Qualität ausführen zu können. In der vorliegenden Rechtssache legen die spezifischen und genauen technischen Anforderungen an Fahrzeuge nahe, dass es dem öffentlichen Auftraggeber nicht darauf ankam, allgemein zu prüfen, ob Unternehmen in der Lage waren, den Auftrag in Bezug auf Abfallbewirtschaftungsdienstleistungen ordnungsgemäß auszuführen, sondern eine konkrete Art und Weise der Ausführung des Auftrags festzulegen, die u. a. Umweltzielen (EURO 5-Norm) und der Rückverfolgbarkeit der Erfüllung vertraglicher Pflichten (GPS-Anlagen) usw. dient.
- 40 Die Rechtsprechung des Revisionsgerichts auf diesem Gebiet ist von Einzelfallentscheidungen geprägt; sie gibt keine eindeutigen rechtlichen Regeln dafür vor, wann eine Anforderung als Bedingung der technischen Leistungsfähigkeit anzusehen ist und wann es sich bereits um eine Bestimmung der technischen Spezifikationen handelt. Nach Ansicht der Kammer müssen das Maß an Vollständigkeit einer Ausschreibungsbedingung und die Einstufung ihres Inhalts grundsätzlich miteinander korrelieren, d. h. je spezifischer technische (formale) Kriterien nachzuweisen sind, je weiter bewegt sich der Inhalt einer solchen Anforderung weg von der technischen Leistungsfähigkeit und hin zu technischen Spezifikationen oder Bedingungen für die Auftragsausführung. Dies ergibt sich auch eindeutig aus dem Anwendungsbereich und der Vollständigkeit von Art. 58 Abs. 4 und Anhang VII der Richtlinie 2014/24.

Abwägung zwischen dem Schutz vertraulicher Informationen des einen Unternehmens und der Wirksamkeit der Wahrung der Rechte des anderen Unternehmens

- 41 Die Klägerin hat sowohl im Vorverfahren als auch im Verfahren erfolglos Zugang zum Angebot von Bieter B begehrt. Hierbei handelt es sich um eine übliche Situation, die für die litauische Praxis des öffentlichen Auftragswesens charakteristisch ist; das Revisionsgericht ist stetig bemüht, sie durch die von ihm entwickelte Rechtsprechung einzugrenzen.
- 42 Im Rahmen der vorliegenden Rechtssache ist jedoch darauf hinzuweisen, dass der öffentliche Auftraggeber selbst in hohem Maße tätig geworden ist, um das Recht des Bieters B auf den Schutz vertraulicher Informationen zu verteidigen.
- 43 Nach Ansicht der Kammer hat diese in Litauen vorherrschende Praxis in erster Linie den Nachteil zur Folge, dass die Wahrung der Rechte der Kläger zum Teil nicht gewährleistet sei, weil sie, wie in der vorliegenden Rechtssache, über weniger Informationen verfügten als die anderen Parteien des Rechtsstreits. Weiterhin hängt die Wirksamkeit der Wahrung der Rechte der Kläger im Wesentlichen von der Entscheidung des Gerichts ab, die Vertraulichkeit der von ihnen verlangten relevanten Informationen anzuerkennen (nichtöffentliche Akten).

Stellt das Gericht dem Kläger die verlangten Informationen nicht zur Verfügung, reduzieren sich die Möglichkeiten, seine Ansprüche durchzusetzen, auf ein Minimum, da die Gerichte, wie dies auch in der vorliegenden Rechtssache der Fall war, regelmäßig von Amts wegen auf die Frage der Vereinbarkeit der Vertraulichkeit von Angaben mit den Anforderungen des Vergabeverfahrens oder mit rechtlichen Bestimmungen nicht näher eingehen, die Zuverlässigkeit dieser Angaben nicht näher beurteilen, usw.

- 44 Hierzu hat das Revisionsgericht u. a. ausgeführt, dass sich erstens das Recht des Unternehmens nach Art. 20 des Vergabegesetzes auf Schutz der Angaben, die in seinem Angebot gesondert als nicht offenzulegende Informationen gekennzeichnet sind, nur auf Angaben beziehe, die als Geschäfts- (Betriebs-) Geheimnis im Sinne von Art. 1.116 Abs. 1 des Zivilgesetzbuchs einzustufen seien; die bloße Tatsache, dass in anderen Fällen bestimmte Angaben im Zusammenhang mit dem Unternehmen und seinen Tätigkeiten anderen Wirtschaftsteilnehmern nicht frei zugänglich seien, bedeute nicht, dass sie in Vergabeverfahren zu schützen seien, wenn sie nicht als Geschäftsgeheimnis einzustufen seien. Hinzuweisen ist darauf, dass Art. 1.116 des Zivilgesetzbuchs im Wesentlichen den einschlägigen Bestimmungen der Richtlinie 2016/943 entspricht.
- 45 Zweitens ist das Recht eines Unternehmens auf Zugang zum Angebot eines anderen Unternehmens im Wesentlichen als integraler Bestandteil des Schutzes der verletzten Rechte anzusehen. Nach den nationalen Regelungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge stellt nämlich das Recht des Unternehmens auf Zugang zum Angebot eines anderen Unternehmens ein eigenständiges subjektives Recht dar, das mit gerichtlichen Rechtsbehelfen gesondert durchgesetzt wird; der Kläger muss also nicht förmlich und ohne alle erforderlichen Angaben einen Rechtsstreit über die Ergebnisse des Ausschreibungsverfahrens einleiten und in Verbindung damit einen verfahrensrechtlichen Antrag stellen, dem öffentlichen Auftraggeber die Vorlage von Beweisen aufzugeben, sie gegebenenfalls dem Kläger zur Verfügung zu stellen, um anschließend möglicherweise die Klageansprüche zu ergänzen oder klarzustellen.
- 46 Dem Revisionsgericht ist in diesem Bereich gleichwohl unklar, welchen genauen Inhalt die Pflichten der öffentlichen Auftraggeber zum Schutz der Vertraulichkeit der ihnen von Unternehmen überlassenen Angaben haben und in welchem Verhältnis diese Pflichten zur Pflicht der öffentlichen Auftraggeber zur Wahrung der Wirksamkeit der Verteidigung der Rechte der Wirtschaftsteilnehmer stehen, die das Nachprüfungsverfahren eingeleitet haben. Auch wenn der Gerichtshof in seinem Urteil vom 14. Februar 2008, Varec (C-450/06, EU:C:2008:91) – das fast das einzige Urteil zu dieser Frage darstellt – den Schwerpunkt auf die Natur der Treuhandverhältnisse (Vertrauensverhältnisse) zwischen Unternehmen und dem öffentlichen Auftraggeber gelegt hat, ergibt sich indes aus Art. 9 Abs. 2 Unterabs. 3 der Richtlinie 2016/943 (Art. 10¹ Abs. 3 der Zivilprozessordnung), der später erlassen wurde, dass die Parteien des Verfahrens jedenfalls nicht über ein unterschiedliches Maß an Informationen verfügen dürfen, da andernfalls die

Grundsätze eines wirksamen Rechtsbehelfs und des fairen Verfahrens verletzt wären.

- 47 Wenn nach dieser rechtlichen Regel das Gericht dem Kläger das Recht auf Zugang zu dem Geschäftsgeheimnis einer Partei des Rechtsstreits gewährleisten muss, ist unklar, warum ihm dieses Recht nicht vor Beginn des gerichtlichen Verfahrens gewährt werden sollte, zumal ihm dies die Entscheidung erleichtern könnte, ob er ein Nachprüfungsverfahren einleitet.
- 48 Abgesehen von ihrem 18. Erwägungsgrund enthält die Richtlinie 2016/943 im Wesentlichen keinen besonderen Wortlaut, der sich konkret auf Vergabeverfahren bezieht. Andererseits ist zweifelhaft, ob der Schutz der das Geschäftsgeheimnis von Bietern darstellenden Angaben auf einem anderen (höheren) Niveau angesiedelt werden sollte als bei Wirtschaftssubjekten, die in anderen rechtlichen Verhältnissen tätig sind. Auch Art. 21 der Richtlinie 2014/24 und die einschlägigen Bestimmungen der Richtlinie 89/665 bringen hierzu keine weitere Klärung.
- 49 Nach ständiger Rechtsprechung des Revisionsgerichts sind öffentliche Auftraggeber zwar keine Nachprüfungsstellen, verfügen jedoch aufgrund eines verbindlichen vorprozessualen Streitbeilegungssystems über weitgehende Befugnisse, um mit Unternehmen (sowohl auf Antragsteller- als auch Antragsgegnerseite) zusammenzuarbeiten, und haben in bestimmten Fällen auch die – sich aus dem Ziel eines wirksamen Schutzes der Rechte von Unternehmen ergebende – Pflicht, im Einklang mit ihren Befugnissen und den ihnen zur Verfügung stehenden Maßnahmen die erforderlichen Schritte zu ergreifen, um Unternehmen die echte Möglichkeit eines Schutzes möglicherweise verletzter Interessen zu gewährleisten. Diese Rechtsprechung korreliert mit Art. 1 Abs. 5 der Richtlinie 89/665, wonach die Mitgliedstaaten verlangen können, dass die betreffende Person zunächst beim öffentlichen Auftraggeber eine Nachprüfung beantragt.
- 50 Da der litauische Gesetzgeber ein zwingendes Verfahren für die Stellung und Prüfung von Anträgen vorgesehen hat und das Recht des Unternehmens auf Zugang zu Angeboten anderer Bieter von den Gerichten als integraler Bestandteil der Wahrung ihrer Rechte angesehen wird, wäre eine Auslegung der vorgenannten Bestimmungen des Unionsrechts dahin, dass Unternehmen nur im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens Zugang zu solchen Informationen haben könnten, inkohärent.
- 51 Zum anderen ist dem Revisionsgericht unklar, wie die Unterrichtung der Parteien des Verfahrens nach Art. 9 Abs. 2 Unterabs. 3 der Richtlinie 2016/943 im gerichtlichen Verfahren umzusetzen ist, nämlich ob das Recht des Klägers auf Zugang zum erfolgreichen Angebot unbedingt gilt, ob der Kläger in Anbetracht der Ebene des Vorverfahrens diesen Antrag nicht zunächst beim öffentlichen Auftraggeber stellen muss, ob die Art des über die Ergebnisse des Ausschreibungsverfahrens geführten Rechtsstreits relevant dafür ist, ob diesem

Antrag stattzugeben ist, ob eine zwischen den Parteien bestehende Uneinigkeit über die Ergebnisse des Ausschreibungsverfahrens überhaupt erforderlich ist oder ob es ausreichen würde, wenn ein Unternehmen einfach sein Recht auf Zugang zu Informationen ausübt und im Fall einer Verletzung dieses Rechts gesondert das Gericht anrufen könnte, was der Rechtsprechung des Revisionsgerichts entspricht.

- 52 Hinzuweisen ist darauf, dass in der vorliegenden Rechtssache die Klägerin ursprünglich einen Antrag beim öffentlichen Auftraggeber auf Zugang zum Angebot von Bieter B gestellt hat. Nachdem sie nur einen geringen Teil der Unterlagen erhielt, hat sie dies nicht beanstandet und die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers nicht gesondert angefochten, sondern einen verfahrensrechtlichen Antrag bei Gericht gestellt, der Beklagten aufzugeben, Beweise vorzulegen, und diese der Klägerin zur Verfügung zu stellen. In Anbetracht des Ablaufs des Rechtsstreits im Vorverfahren ist nicht ganz klar, ob das Gericht des ersten Rechtszugs überhaupt über die Einstufung der Angaben von Bieter B als vertrauliche Informationen hätte entscheiden sollen. Andererseits haben das Gericht des ersten Rechtszugs ebenso wie das Rechtsmittelgericht, nachdem der Klägerin die verlangten Angaben nicht offengelegt worden waren, zu ihrem Inhalt und zu ihrer Bedeutung eindeutig selbst nicht Stellung genommen.

Erteilung etwaiger falscher Angaben und Befugnisse des Gerichts in dieser Hinsicht

- 53 In der vorliegenden Rechtssache wirft die Kammer u. a. von Amts wegen die Frage auf, wie das Verhalten von Bieter B nach Art. 57 Abs. 4 Buchst. h der Richtlinie 2014/24 zu beurteilen ist, d. h. ob Bieter B (bestimmte seiner Mitglieder) dem öffentlichen Auftraggeber nicht in der Tat falsche Angaben dazu gemacht hat, dass seine Kapazitäten den gestellten Anforderungen entsprechen. Weiterhin besteht Unklarheit darüber, welche Auswirkungen das möglicherweise rechtswidrige Verhalten bestimmter Partner für die sonstigen Teilnehmer an Kooperationsleistungen hat.
- 54 Im Urteil des Gerichtshofs Esaprojekt (C-387/14), in dem es um die Auslegung einer ähnlichen Bestimmung in Art. 45 Abs. 2 Buchst. g der Richtlinie 2004/18 ging, wurde darauf hingewiesen, dass *erstens* nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Feststellung eines vorsätzlichen Verhaltens des Wirtschaftsteilnehmers einen für seinen Ausschluss von der Teilnahme an einem öffentlichen Vergabeverfahren erforderlichen Gesichtspunkt darstellt, sondern dass es ausreicht, dass ihm eine Fahrlässigkeit einer gewissen Schwere vorgeworfen werden kann, d. h. eine Fahrlässigkeit, die geeignet ist, einen bestimmenden Einfluss auf die Entscheidungen über einen Ausschluss, die Auswahl oder die Vergabe eines öffentlichen Auftrags zu haben, und *zweitens* dass, wenn die Angaben des Wirtschaftsteilnehmers tatsächlich einen Einfluss auf das Ergebnis des Vergabeverfahrens hatten, der Wirtschaftsteilnehmer, der die relevanten Angaben fahrlässig gemacht hat, als in erheblichem Maße schuldig im Sinne von Art. 45 Abs. 2 Buchst. g der Richtlinie 2004/18 angesehen werden kann, so dass ein solches Verhalten seinerseits geeignet ist, die Entscheidung des

öffentlichen Auftraggebers zu rechtfertigen, diesen Wirtschaftsteilnehmer von dem betreffenden öffentlichen Auftrag auszuschließen.

- 55 In seinem jüngsten, zu dieser Frage ergangenen Urteil (Urteil vom 3. Oktober 2019, *Delta Antrepriză de Constructii Montaj 93*, C-267/18, EU:C:2019:826), hat der Gerichtshof darauf hingewiesen, dass Art. 57 Abs. 4 Buchst. h der Richtlinie 2014/24 nämlich sowohl ein aktives Tun, wie z. B. ein Verfälschen, als auch ein Unterlassen erfasst, da die Mitteilung falscher Angaben ebenso wie das Verbergen zutreffender Informationen für die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers von Bedeutung sein kann.
- 56 Ausgehend von diesen Erläuterungen könnten die Angaben der „Parsekas“ UAB zu den Erträgen aus den Aufträgen – die entweder zusammen mit anderen Wirtschaftsteilnehmern übernommen und durchgeführt wurden, die konkret den nachzuweisenden Teil der gemischten Abfallbewirtschaftungsleistungen erbrachten, oder die ohne Partner übernommen und ausgeführt wurden, aber vorliegend neben gemischten Abfällen auch sonstige Abfälle umfassten (wobei in beiden Fällen gemischte Abfälle einen geringeren Anteil am bewirtschafteten Gesamtabfall ausmachten) – grundsätzlich auf der Grundlage des vom Gerichtshof im Urteil *Esaprojekt* beurteilten Sachverhalts dem Fall einer fahrlässiger Erteilung von Angaben entsprechen, die Einfluss auf das Ergebnis des Ausschreibungsverfahrens hatte.
- 57 Es ist nicht Sache des Revisionsgerichts, den Sachverhalt zu prüfen. Es ist jedoch befugt, von Amts wegen rechtliche Gesichtspunkte zu prüfen, wozu auch die Einstufung von Angaben als falsch sowie die Beweiswürdigung durch die Gerichte gehören.
- 58 Andererseits hat der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung zu den Bestimmungen von Art. 57 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 über Ausschlussgründe begonnen, das besondere Verhältnis hervorzuheben, das auf dem gegenseitigen Vertrauen zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem betreffenden Unternehmen beruht (vgl. Urteil vom 3. Oktober 2019, *Delta Antrepriză de Constructii -Montaj 93*, C-267/18, EU:C:2019:826, Rn. 25 bis 27 und 37). Das Revisionsgericht hat daher Zweifel, ob das Gericht in Fällen, in denen der öffentliche Auftraggeber eine andere Beurteilung vornimmt, darauf erkennen darf, dass ihm falsche und irreführende Angaben gemacht wurden. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerin sowohl in ihrem Rechtsbehelf als auch im Klageverfahren eindeutig die Ansicht vertreten hat, dass „Parsekas“ UAB der Beklagten gegenüber irreführende Angaben gemacht habe; die Beklagte war jedoch anderer Ansicht, nämlich dass die ihr erteilten Angaben belegten, dass Bieter B die Qualifikationsanforderungen erfülle.
- 59 Was die in Rede stehenden Fragen angeht, ist der Kammer u. a. unklar, welche Folgen das Verhalten von Wirtschaftsteilnehmern, die möglicherweise falsche Angaben gemacht haben, für ihre Partner, mit denen sie ein gemeinsames Angebot eingereicht haben, haben kann. Nach den nationalen Rechtsvorschriften

über das öffentliche Auftragswesen (Art. 46 Abs. 4 Unterabs. 4 und Art. 52 des Vergabegesetzes) sind Wirtschaftsteilnehmer, die falsche Angaben gemacht haben, in die Liste der Unternehmen, die falsche Auskünfte erteilt haben, aufzunehmen, was dazu führt, dass ihre Teilnahme an Ausschreibungen anderer öffentlicher Auftraggeber für einen bestimmten Zeitraum (ein Jahr) eingeschränkt wird. Die Zweifel des Revisionsgerichts an der Zuverlässigkeit der erteilten Angaben betreffen nicht alle Mitglieder (Partner) von Bieter B.

- 60 Nach Art. 52 Abs. 1 des Vergabegesetzes sind auf der Liste der Unternehmen, die falsche Auskünfte erteilt haben, Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 36 des Gesetzes über das öffentliche Auftragswesen zu führen (ein Unternehmen ist definiert als Wirtschaftsteilnehmer, der eine natürliche Person, eine juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts oder eine sonstige Organisation oder Teil derselben oder eine Gruppe solcher Personen, einschließlich eines vorübergehenden Verbunds wirtschaftlicher Rechtssubjekte, der die Ausführung von Arbeiten oder die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen am Markt anbietet, ist). Es ist jedoch davon auszugehen, dass die in Rede stehende nachteilige Maßnahme (Folge) wegen eines rechtswidrigen, gesetzlich verbotenen Verhaltens grundsätzlich die persönliche Verantwortlichkeit des Rechtssubjekts (Sanktion) nach sich zieht. Sie sollte daher ausnahmslos ausschließlich auf solche Rechtssubjekte angewendet werden, die in irgendeiner Weise an Vergabeverfahren teilnehmen und dem öffentlichen Auftraggeber im eigenen Namen Angaben über sich gemacht haben.
- 61 Vor diesem Hintergrund ist unklar, ob das rechtswidrige Verhalten seitens einiger Partner eines Unternehmensverbunds bei der Erteilung falscher Angaben über sich selbst nachteilige Folgen nur für diese oder für alle Partner gemeinsam haben soll. Für die letztere Ansicht könnte die Gemeinschaftlichkeit (Verbundenheit) der Interessen und Verantwortlichkeit aller Partner sprechen. Andererseits ist zweifelhaft, ob ein solches Modell einer Verbundverantwortlichkeit in Anbetracht dessen unverhältnismäßig ist, dass Wirtschaftsteilnehmer, die in die Liste der Unternehmen, die falsche Auskünfte erteilt haben, aufgenommen werden, für ein Jahr von der Teilnahme an späteren Vergabeverfahren ausgeschlossen sind.
- 62 Es besteht Einigkeit darüber, dass für Wirtschaftsteilnehmer, die gemeinsam an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags teilnehmen, zusätzliche Risiken entstehen, u. a. Risiken im Zusammenhang damit, dass bestimmte Partner ausgeschlossen werden müssen oder an Verfahren nicht mehr teilnehmen können (z. B. wegen Insolvenz) (vgl. Urteil vom 24. Mai 2016, MT Højgaard und Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347); dieses Risiko und seine etwaigen nachteiligen Folgen betreffen jedoch nur ein bestimmtes Vergabeverfahren, nicht aber ein Verbot der Teilnahme an anderen Vergabeverfahren auf bestimmte Dauer.