

Rechtssache C-367/19

Vorabentscheidungsersuchen

Eingangsdatum:

8. Mai 2019

Vorlegendes Gericht:

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Slowenien)

Datum der Vorlageentscheidung:

30. April 2019

Öffentlicher Auftraggeber:

Ministrstvo za notranje zadeve

Rechtsbehelfsführerin:

Tax-Fin-Lex d. o. o.

Erfolgreiche Bieterin:

LEXPÉRA, d. o. o.

Republik Slowenien

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil

... [nicht übersetzt]

VORABENTSCHEIDUNGERSUCHEN

Status des vorlegenden Organs

- (1) Die Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil¹ (Staatliche Kommission für die Überprüfung von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge, im Folgenden: Državna revizijska komisija) als vorlegendes Organ ist in der Republik Slowenien gemäß dem Zakon o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (... [nicht übersetzt])² Gesetz über den Rechtsschutz

¹ ... [nicht übersetzt]

² ... [nicht übersetzt]

in Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge, im Folgenden: ZPVPJN) ein besonderes, unabhängiges und selbstständiges staatliches Organ, das auf allen Ebenen öffentlicher Vergabeverfahren über die Rechtmäßigkeit der Auftragsvergabe entscheidet (Art. 60 Abs. 1 ZPVPJN).

- (2) Gemäß Art. 2 ZPVPJN ist bei in der Republik Slowenien durchgeführten Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge Rechtsschutz wie folgt gewährleistet:
- in vom Auftraggeber durchgeführten und der Überprüfung vorgelagerten Verfahren der Vorprüfung,
 - in von der Državna revizijska komisija durchgeführten Verfahren der Überprüfung und
 - in Gerichtsverfahren, die erstinstanzlich vor dem Okrožno sodišče (Kreisgericht) stattfinden, das von dem das Gerichtswesen regelnden Gesetz als allein zuständig bestimmt wird.

Der Rechtsschutz, der bei dem Okrožno sodišče geltend gemacht werden kann, ist auf die Feststellung der vertraglichen und außervertraglichen Haftung für den entstandenen Schaden und die Geltendmachung der Nichtigkeit der Verträge beschränkt³; die Entscheidungen der Državna revizijska komisija können nicht auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft werden und sind endgültig⁴. [Or. 1]

- (3) Der Gerichtshof der Europäischen Union hat die Državna revizijska komisija bereits im Urteil vom 8. Juni 2017, Medisanus (C-296/15, EU:C:2017:431), als „*einzelstaatliches Gericht*“ im Sinne von Art. 267 AEUV eingestuft.
- (4) Die Umstände, die die Schlussfolgerung, dass die Državna revizijska komisija als „*einzelstaatliches Gericht*“ im Sinne von Art. 267 AEUV eingestuft werden kann, rechtfertigen, haben sich seit der genannten Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union nicht geändert. Ungeachtet dessen führt die Državna revizijska komisija in der Beilage Nr. 1 des gegenständlichen Vorabentscheidungsersuchens ausführlicher Umstände an, die die Schlussfolgerung, dass sie als „*einzelstaatliches Gericht*“ im Sinne von Art. 267 AEUV eingestuft werden kann, rechtfertigen.

Parteien des Ausgangsrechtsstreits

- (5) Die Državna revizijska komisija entscheidet als Senat ... [nicht übersetzt] über den Rechtsstreit zwischen dem Ministrstvo za notranje zadeve (Innenministerium), ... [nicht übersetzt] Ljubljana, Republik Slowenien (im Folgenden: öffentlicher Auftraggeber), und der Gesellschaft TAX-FIN-LEX,

³ ... [nicht übersetzt]

⁴ ... [nicht übersetzt]

d. o. o., ... [nicht übersetzt] Ljubljana, Slowenien (im Folgenden: Rechtsbehelfsführerin), hinsichtlich der Durchführung des Verfahrens zur Vergabe des öffentlichen Auftrags mit der Bezeichnung „*Vergabe eines öffentlichen Auftrags über Dienstleistungen für den Zugang zum Rechtsinformationssystem*“ im Los 1 („*Zugang zum Rechtsinformationssystem*“). Da sich das zwischen den Parteien strittige Handeln des öffentlichen Auftraggebers auch auf die Stellung der Gesellschaft LEXPERA, d. o. o., ... [nicht übersetzt] Ljubljana, Republik Slowenien (im Folgenden: erfolgreiche Bieterin), an die der öffentliche Auftraggeber den gegenständlichen Auftrag vergeben hat, auswirkt und da ein erfolgreicher Bieter dieselben Rechte und Pflichten hat wie eine Partei,⁵ handelt es sich auch bei der erfolgreichen Bieterin um eine Partei des Ausgangsverfahrens.

Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits und Sachverhalt

- (6) Der öffentliche Auftraggeber, eine Behörde der Republik Slowenien, verabschiedete am 7.6.2018 einen Beschluss über die Einleitung eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags für den Zugang zu einem Rechtsinformationssystem für einen Zeitraum von 24 Monaten. **[Or. 2]**
- (7) Der vom öffentlichen Auftraggeber festgesetzte geschätzte Wert des betreffenden öffentlichen Auftrags beträgt 39 959,01 Euro, was unter den in Art. 4 der Richtlinie 2014/24⁶ genannten Schwellenwerten liegt.
- (8) Der öffentliche Auftraggeber vergibt den in zwei Lose unterteilten öffentlichen Auftrag im Verfahren für Aufträge von geringem Wert. Das genannte Verfahren ist ein innerstaatlich geregeltes Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen⁷, das die öffentlichen Auftraggeber für die Vergabe öffentlicher Aufträge in Bezug auf Dienstleistungen, die unter den in Art. 4 der Richtlinie 2014/24 genannten Schwellenwerten liegen, anwenden können.
- (9) Ein rechtzeitiges Angebot zu Los 1 gaben lediglich die Rechtsbehelfsführerin und die erfolgreiche Bieterin ab. Nach Verhandlungen bot die Rechtsbehelfsführerin den Zugang zum Rechtsinformationssystem (für den Zeitraum von 24 Monaten) zum Preis von 0,00 Euro an.
- (10) Die Rechtsbehelfsführerin wurde mit der Entscheidung über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags vom 11.1.2019 davon in Kenntnis gesetzt, dass ihr Angebot im Los 1 abgelehnt wurde (da sie als endgültigen Angebotspreis 0,00 Euro angeboten hatte, was nach Meinung des öffentlichen Auftraggebers im

⁵ ... [nicht übersetzt]

⁶ 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 (ABl. 2014, L 94, S. 64).

⁷ ... [nicht übersetzt]

Widerspruch zu den Bestimmungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge steht) und dass der öffentliche Auftraggeber den öffentlichen Auftrag im Los 1 an die erfolgreiche Bieterin vergab.

- (11) Gegen diese Entscheidung stellte die Rechtsbehelfsführerin am 17.1.2019 einen Überprüfungsantrag, zu dem die erfolgreiche Bieterin nicht Stellung nahm. Im Vorprüfungsverfahren wies der öffentliche Auftraggeber den Überprüfungsantrag mit Entscheidung über den Überprüfungsantrag vom 5.2.2019 zurück. Der öffentliche Auftraggeber trat die Sache am 11.2.2019 der Državna revizijska komisija zur Entscheidung ab, wodurch das Überprüfungsverfahren vor der Državna revizijska komisija eingeleitet wurde.
- (12) Zwischen den Parteien strittig ist die Begründetheit der Ablehnung des Angebots der Rechtsbehelfsführerin. Der einzige Grund, den der öffentliche Auftraggeber als Grund für die Ablehnung des Angebots der Rechtsbehelfsführerin anführt, besteht darin, dass die Rechtsbehelfsführerin 0,00 Euro als endgültigen Angebotspreis angeboten hatte.
- (13) Zu betonen ist der wichtige rechtlich relevante Umstand, dass der öffentliche Auftraggeber der Rechtsbehelfsführerin nicht vorhält, dass ihr Angebot außergewöhnlich niedrig sei (der öffentliche Auftraggeber hat zwar eine Überprüfung des außergewöhnlich niedrigen Angebots eingeleitet, er hat jedoch das Angebot der Rechtsbehelfsführerin nicht aus dem Grund abgelehnt, dass sie den Angebotspreis nicht durch nähere Angaben erläutert habe [Or. 3]). Der öffentliche Auftraggeber hält der Rechtsbehelfsführerin auch nicht vor, dass das Angebot nicht den geltenden Verpflichtungen in den Bereichen des Umwelt-, des Sozial- und des Arbeitsrechts entspreche. Er behauptet auch nicht, dass das Angebot der Rechtsbehelfsführerin nicht im Einklang mit den in der Bekanntgabe des öffentlichen Auftrags und in der Dokumentation im Zusammenhang mit der Vergabe des öffentlichen Auftrags festgelegten Anforderungen, Bedingungen und Kriterien stehe, dass bei der Rechtsbehelfsführerin Ausschlussgründe bestünden oder dass die Rechtsbehelfsführerin die vom öffentlichen Auftraggeber bestimmten Auswahlbedingungen nicht erfülle.
- (14) Die Rechtsbehelfsführerin behauptet, dass die Abgabe eines Angebots im Gesamtwert von 0,00 Euro nicht unzulässig sei. Die Bestimmungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge kämen zwar tatsächlich für den Abschluss von entgeltlichen Verträgen zur Anwendung, dies bedeute jedoch nicht, dass der öffentliche Auftraggeber das Angebot eines Bieters, der die Dienstleistung unentgeltlich anbiete, ablehnen könne. Der Bieter habe das Recht zur freien Gestaltung des Angebotspreises, weshalb er auch das Recht habe, im Vergabeverfahren eine Dienstleistung unentgeltlich anzubieten. Darüber hinaus würde die Rechtsbehelfsführerin, wenn der Auftrag an sie vergeben worden wäre und sie den Zugang zum Rechtsinformationssystem unentgeltlich ermöglichen würde, daraus einen Nutzen im Sinne der Gewinnung eines neuen Marktes bzw. neuer Nutzer ziehen, was zwar nicht als Geldwert ausgedrückt, jedoch als

Gegenleistung für die Ausführung des gegenständlichen Auftrags qualifiziert werden könne.

- (15) Der öffentliche Auftraggeber behauptet, dass ein Angebot im Gesamtwert von 0,00 Euro im Widerspruch zum Begriff des öffentlichen Auftrags stehe. Ein öffentlicher Auftrag sei ein entgeltliches Verhältnis zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Wirtschaftsteilnehmer. Ein Angebot im Gesamtwert von 0,00 Euro wirke sich auf die entgeltliche Natur des (künftigen) Vertrags aus, da es aufgrund des unentgeltlich angebotenen Gegenstands zu einem unentgeltlichen Geschäft und nicht zu einem entgeltlichen Geschäft komme. Die unentgeltliche Erbringung von Dienstleistungen sei kein öffentlicher Dienstleistungsauftrag. Die Gewinnung eines neuen Marktes stelle keine Gegenleistung für die Ausführung des gegenständlichen Auftrags dar, da sie für einen (jeden) Wirtschaftsteilnehmer einen Mehrwert darstelle, der jedoch nicht als Geldwert ausgedrückt werden könne und dem öffentlichen Auftraggeber auch nicht in Rechnung gestellt werden könne.

Relevante Rechtsvorschriften

Unionsrecht

- (16) Art. 1 der Richtlinie 2001/14: **[Or. 4]**

„(1) Mit dieser Richtlinie werden Regeln für die Verfahren öffentlicher Auftraggeber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und der Durchführung von Wettbewerben festgelegt, deren geschätzter Wert nicht unter den in Artikel 4 genannten Schwellenwerten liegt.

(2) Auftragsvergabe im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet den im Wege eines öffentlichen Auftrags erfolgenden Erwerb von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen durch einen oder mehrere öffentliche Auftraggeber von Wirtschaftsteilnehmern, die von diesen öffentlichen Auftraggebern ausgewählt werden, unabhängig davon, ob diese Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen für einen öffentlichen Zweck bestimmt sind oder nicht.“

- (17) Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 bestimmt:

„Für die Zwecke dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

... **[Or. 5]**

5. ‚öffentliche Aufträge‘ zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern schriftlich geschlossene entgeltliche Verträge über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen“.

- (18) Art. 4 der Richtlinie 2014/24 bestimmt:

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

...

(b) 144 000 Euro bei öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, die von zentralen Regierungsbehörden vergeben werden ...

...“

Slowenisches Recht

- (12) Art. 2 Abs. 1 des Zakon o javnem naročanju (Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge ... [nicht übersetzt], im Folgenden: ZJN-3), der im Ausgangsverfahren anzuwenden ist, bestimmt:

„Die in diesem Gesetz angewendeten Ausdrücke haben folgende Bedeutung:
[Or. 5]

1. ‚öffentlicher Auftrag‘: ein zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem und mehreren öffentlichen Auftraggebern schriftlich geschlossener entgeltlicher Vertrag, der die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand hat;

...“

Begründung des Vorabentscheidungsersuchens

Anwendung des Unionsrechts

- (19) Der geschätzte Wert des gegenständlichen öffentlichen Auftrags liegt unter dem in Art. 4 der Richtlinie 2014/24 bestimmten Schwellenwert.
- (20) Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs ist dieser für die Entscheidung über Vorabentscheidungsersuchen zuständig, die Vorschriften des Unionsrechts in Fällen betreffen, in denen der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens zwar nicht unmittelbar in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt, aber die genannten Vorschriften durch das nationale Recht für anwendbar erklärt worden sind, indem es auf ihren Inhalt verweist, um die auf einen rein innerstaatlichen Sachverhalt anwendbaren Regeln zu bestimmen (vgl. u. a. Urteile vom 13. März 2019, E., C-635/17, ECLI:EU:C:2019:192, vom 17. Mai 2017, ERGO Poist'ovňa, C-48/16, ECLI:EU:C:2017:377, und vom 28. Oktober 2010, Volvo Car Germany, C-203/09, ECLI:EU:C:2010:647).
- (21) Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs besteht dann, wenn sich nationale Rechtsvorschriften zur Regelung rein innerstaatlicher Sachverhalte nach

den im Unionsrecht getroffenen Regelungen richten sollen, um u. a. zu verhindern, dass es zu Benachteiligungen der eigenen Staatsangehörigen oder zu Wettbewerbsverzerrungen kommt, oder um sicherzustellen, dass in vergleichbaren Fällen ein einheitliches Verfahren angewandt wird, ein klares Interesse daran, dass die aus dem Unionsrecht übernommenen Bestimmungen oder Begriffe unabhängig davon, unter welchen Voraussetzungen sie angewandt werden sollen, einheitlich ausgelegt werden, um künftige Auslegungsunterschiede zu verhindern (vgl. Urteil vom 3. Dezember 2015, Quenon K., C-338/14, EU:C:2015:795, Rn. 17. und die dort angeführte Rechtsprechung).

- (22) Um eine derartige Situation handelt es sich auch im Ausgangsverfahren. Obwohl die Richtlinie 2014/24 den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens nicht unmittelbar regelt, kann festgestellt werden, dass sich der slowenische Gesetzgeber bei der Umsetzung der Vorschriften der Richtlinie 2014/24 in innerstaatliches Recht entschieden hat, den Ausdruck [Or. 6] „*öffentlicher Auftrag*“ für Aufträge über dem in der Richtlinie 2014/24 festgelegten Schwellenwert und Aufträge unter diesem Schwellenwert gleich zu regeln.
- (23) Der ZJN-3, mit dem die Richtlinie 2014/24 in slowenisches Recht umgesetzt wurde, wird sowohl auf öffentliche Aufträge, die die in Art. 4 der Richtlinie 2014/24 bestimmten Schwellenwerte erreichen, als auch auf Aufträge, die diesen Schwellenwert nicht erreichen, angewendet.
- (24) Die Definition des Ausdrucks „*öffentlicher Auftrag*“ im ZJN-3 ist identisch mit der Definition dieses Ausdrucks in der Richtlinie 2014/24. Diese Definition ist für öffentliche Aufträge über dem in Art. 4 der Richtlinie 2014/24 bestimmten Schwellenwert und für öffentliche Aufträge unter diesem Schwellenwert gleich. Die Vorschrift des Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24, die den Ausdruck „*öffentlicher Auftrag*“ definiert, ist daher gemäß slowenischem Recht unmittelbar und vorbehaltlos auch auf Sachverhalte anzuwenden, auf die die Richtlinie 2014/24 an und für sich nicht anzuwenden ist.
- (25) Obwohl gemäß dem ZJN-3 für öffentliche Aufträge, die den in Art. 4 der Richtlinie 2014/24 bestimmten Schwellenwert nicht erreichen, ein gänzlich innerstaatlich geregeltes Vergabeverfahren zulässig ist (das in der Richtlinie 2014/24 nicht vorgesehen ist, d. h. ein Verfahren für Aufträge von geringerem Wert), unterscheidet der ZJN-3 bezüglich des Ausdrucks „*öffentlicher Auftrag*“ nicht zwischen Aufträgen über dem in Art. 4 der Richtlinie 2014/24 bestimmten Schwellenwert und Aufträgen unter diesem Schwellenwert.
- (26) Um eine Gleichbehandlung zu gewährleisten, ist es erforderlich, den dem Unionsrecht entnommenen Begriff „*öffentlicher Auftrag*“ bei Sachverhalten, auf die sich die Richtlinie 2014/24 bezieht (in Verfahren über dem Schwellenwert), und Sachverhalten, auf die sich die Richtlinie 2014/24 nicht bezieht (in Verfahren unter dem Schwellenwert), gleich auszulegen. Das bedeutet, dass es in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem der Wert des betreffenden öffentlichen Auftrags unter dem in Art. 4 der Richtlinie 2014/24 bestimmten Schwellenwert liegt,

erforderlich ist, den Ausdruck „*öffentlicher Auftrag*“ auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs auszulegen.

Begründung des Vorabentscheidungsersuchens

- (27) Die Državna revizijska komisija hegt Zweifel hinsichtlich der Auslegung und Anwendung des den Ausdruck „*öffentlicher Auftrag*“ definierenden Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24. **[Or. 7]**
- (28) Die Entgeltlichkeit des Vertragsverhältnisses zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Wirtschaftsteilnehmer ist eines der wesentlichen Elemente, die den öffentlichen Auftrag definieren. Die Entgeltlichkeit eines Vertragsverhältnisses ist zweifellos gegeben, wenn beide Vertragsparteien gleichzeitig Gläubiger und Schuldner der jeweils anderen Partei sind. Der Auftragnehmer liefert dem öffentlichen Auftraggeber Waren oder erbringt ihm Dienstleistungen und erhält von ihm eine Gegenleistung für die Warenlieferung bzw. Dienstleistung.
- (29) Die državna revizijska komisija fragt sich, ob die „*Entgeltlichkeit des Vertragsverhältnisses*“ im Sinne des Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24 gegeben ist, wenn zwar der öffentliche Auftraggeber zu keiner Gegenleistung verpflichtet ist, der Wirtschaftsteilnehmer aber im Fall des Vertragsschlusses für den Auftragsgegenstand den Zugang zu einem neuen Markt erlangen bzw. neue Nutzer gewinnen wird. Die Tatsache, dass der öffentliche Auftraggeber die Erbringung einer Dienstleistung zu einem Preis von 0 Euro erhalten wird bzw. dass er nicht zu einer Gegenleistung für die Erbringung dieser Dienstleistung verpflichtet sein wird, könnte zur Schlussfolgerung führen, dass bei einem Angebotspreis von 0 Euro die Entgeltlichkeit des Vertragsverhältnisses im Sinne des Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24 nicht gegeben ist. Allerdings kann, selbst wenn der öffentliche Auftraggeber für die Erbringung der Dienstleistung keine Zahlung leisten muss, für den Wirtschaftsteilnehmer bereits das Erlangen eines Auftrags einen (wirtschaftlichen) Wert haben, der aber im Zeitpunkt der Auftragsvergabe bzw. des Vertragsabschlusses nicht als Geldwert ausgedrückt werden kann. Der Wirtschaftsteilnehmer gewinnt nämlich mit der Vertragserfüllung einen neuen Markt und erlangt folglich Referenzen, was für ihn einen künftigen wirtschaftlichen Nutzen darstellen kann.
- (30) Wenn man aber der Argumentation, dass der Markteintritt bzw. die Gewinnung eines neuen Marktes und die Erlangung von Referenzen als „*Entgeltlichkeit des Vertragsverhältnisses*“ im Sinne des Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24 zu werten ist, nicht folgen kann, zweifelt die Državna revizijska komisija hinsichtlich der Anwendung des Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24. Dabei fragt sie sich, ob diese Vorschrift eine selbstständige Rechtsgrundlage für die Ablehnung des Angebots darstellt.
- (31) Die Državna revizijska komisija fragt sich, ob ein öffentlicher Auftraggeber, nachdem er das Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags eingeleitet hat,

das Angebot eines Bieters ablehnen kann, wenn sich im Laufe dieses Verfahrens herausstellt, dass er für den Erwerb der Dienstleistung keine Gegenleistung zu erbringen braucht, weil der Bieter die Auftragsausführung zu einem Preis von 0 Euro angeboten hat.

- (32) Auf der einen Seite würde im Fall der Annahme eines Angebots mit einem Angebotspreis von 0 Euro zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und Bieter kein entgeltliches, sondern ein unentgeltliches Vertragsverhältnis entstehen, da der öffentliche Auftraggeber in einem solchen Fall für den Erwerb der Dienstleistung nicht zu einer Gegenleistung verpflichtet wäre. Der abgeschlossene Vertrag könnte aufgrund seiner Unentgeltlichkeit nicht als **[Or. 8]** Vertrag über die Ausführung eines öffentlichen Auftrags gewertet werden. Dies würde bedeuten, dass der öffentliche Auftraggeber ein Vergabeverfahren eingeleitet hat, dessen Endergebnis nicht die Erlangung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags bzw. der Abschluss eines Vertrags über die Ausführung eines öffentlichen Auftrags, sondern z. B. ein Schenkungsvertrag wäre.
- (33) Auf der anderen Seite legt der den Ausdruck „öffentlicher Auftrag“ definierende Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24 kein Handeln im Rahmen des Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags fest, sondern bestimmt, in welchen Fällen diese Richtlinie anzuwenden ist. Die Definition des Ausdrucks „öffentlicher Auftrag“ kann bereits vor dem Vertragsabschluss oder nach Vertragsabschluss relevant sein. Vor dem Vertragsabschluss stellt der Ausdruck „öffentlicher Auftrag“ eine Orientierung dahin gehend dar, dass, wenn der öffentliche Auftraggeber den Erwerb von Waren oder Dienstleistungen aufgrund eines entgeltlichen Vertragsverhältnisses vorsieht, die Vorschriften der Richtlinie 2014/24 angewendet werden. Und umgekehrt ist der öffentliche Auftraggeber, wenn er den Erwerb von Waren und Dienstleistungen aufgrund eines unentgeltlichen Vertragsverhältnisses vorsieht, nicht verpflichtet, gemäß den Vorschriften der Richtlinie 2014/24 zu handeln. Nach Vertragsabschluss ist der Begriff „öffentlicher Auftrag“ relevant für die Beurteilung, ob der einzelne Vertrag unter Berücksichtigung der Bestimmungen für das Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge abgeschlossen wurde.
- (34) Die Einleitung des Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags spiegelt das Urteil des öffentlichen Auftraggebers wieder, dass er für den Erwerb des Gegenstands des öffentlichen Auftrags eine Gegenleistung zu erbringen muss. Ob seine Beurteilung korrekt ist, können erst die von den Bietern unter Berücksichtigung der Verhältnisse auf dem relevanten Markt vorgelegten Angebote zeigen. Das spätere Handeln der Bieter und der Inhalt ihrer Angebote können sich nicht auf diese (vorausgehende) Beurteilung des öffentlichen Auftraggebers auswirken. Nach Einleitung des Vergabeverfahrens und nach Erhalt der Angebote ist der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, die erhaltenen Angebote zu berücksichtigen und durchzusehen und lediglich unter Berücksichtigung der im Voraus bestimmten Anforderungen zu beurteilen. Darüber hinaus werden öffentliche Vergabeverfahren von den öffentlichen Auftraggebern nicht mit der Absicht, einen entgeltlichen Vertrag abzuschließen,

sondern mit dem Ziel, die (erforderlichen) Waren bzw. Dienstleistungen zu erwerben, durchgeführt. Auch im Ausgangsrechtsstreit würde der öffentliche Auftraggeber, würde er das Angebot zum Preis von 0 Euro annehmen, den seinen Anforderungen entsprechenden Auftragsgegenstand erwerben.

Resümee und Inhalt der Frage des Vorabentscheidungsersuchens

(35) Weil die Državna revizijska komisija der Meinung ist, dass es sich bei den dargestellten Zweifeln um Zweifel betreffend die Auslegung und Anwendung des Unionsrechts handelt, hat sie dem Gerichtshof nach Art. 267 Abs. 3 AEUV nachstehende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt, wobei die Antwort auf die zweite Frage lediglich im Fall einer verneinenden Antwort auf die erste Frage erforderlich ist: **[Or. 9]**

1. Ist die „Entgeltlichkeit des Vertragsverhältnisses“ als Merkmal eines öffentlichen Auftrags im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24 gegeben, wenn der öffentliche Auftraggeber zwar zu keiner Gegenleistung verpflichtet ist, der Wirtschaftsteilnehmer jedoch mit der Auftragsausführung den Zugang zu einem neuen Markt und Referenzen erlangt?

2. Ist es möglich bzw. erforderlich, Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24 dahin auszulegen, dass er die Grundlage für die Ablehnung eines Angebots mit einem Angebotspreis von 0,00 Euro darstellt?

... [nicht übersetzt]