

Rechtssache C-669/20

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

Eingangsdatum:

8. Dezember 2020

Vorlegendes Gericht:

Varhoven administrativen sad (Bulgarien)

Datum der Vorlageentscheidung:

10. November 2020

Kassationsbeschwerdeführerin:

Veridos GmbH

Kassationsbeschwerdegegner:

Minister für innere Angelegenheiten der Republik Bulgarien

Mühlbauer ID Services GmbH – S&T

Gegenstand des Ausgangsverfahrens

Kassationsbeschwerde gegen eine Entscheidung über die Reihung der Ausschreibungsteilnehmer und über die Erteilung des Zuschlags für einen öffentlichen Auftrag zur Planung, zum Aufbau und zur Verwaltung eines Systems für die Ausstellung bulgarischer Ausweisdokumente.

Gegenstand und Rechtsgrundlage der Vorlage

Auslegung von Art. 56 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] (ABl. 2014, L 94, S. 65, im Folgenden: Richtlinie 2014/24) in Verbindung mit deren Art. 69 sowie von Art. 38 der Richtlinie 2009/81/EG [des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009] über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter [Bau-, Liefer- und Dienstleistungs-]Aufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit [und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und

2004/18/EG](ABl. 2009, L 216, S. 76, im Folgenden: Richtlinie 2009/81) in Verbindung mit deren Art. 49 sowie von Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: Charta) im Hinblick auf den Umfang der gerichtlichen Nachprüfung, ob es sich bei einem im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags eingereichten Angebot um ein ungewöhnlich niedriges Angebot handelt.

Vorlagefragen

Das vorliegende Gericht legt folgende Fragen zur Vorabentscheidung vor:

- „1. Ist Art. 56 der Richtlinie [2014/24] in Verbindung mit deren Art. 69 bzw. Art. 38 der Richtlinie [2009/81] in Verbindung mit deren Art. 49 dahin auszulegen, dass der öffentliche Auftraggeber bei objektiver Nichtanwendbarkeit eines im nationalen Gesetz festgelegten Kriteriums für die Bewertung eines ungewöhnlich niedrigen Angebots und mangels eines anderen vom öffentlichen Auftraggeber gewählten und im Vorhinein bekannt gemachten Kriteriums nicht verpflichtet ist, eine Prüfung durchzuführen, ob ein ungewöhnlich niedriges Angebot vorliegt?
2. Ist Art. 56 der Richtlinie 2014/24 in Verbindung mit deren Art. 69 bzw. Art. 38 der Richtlinie 2009/81 in Verbindung mit deren Art. 49 dahin auszulegen, dass der öffentliche Auftraggeber nur dann verpflichtet ist, eine Prüfung vorzunehmen, ob ungewöhnlich niedrige Angebote vorliegen, wenn hinsichtlich irgendeines Angebots ein Verdacht besteht, oder ist der öffentliche Auftraggeber vielmehr verpflichtet, sich stets der Seriosität der eingegangenen Angebote zu vergewissern, wobei er hierfür eine entsprechende Begründung anführt?
3. Gilt ein solches Erfordernis für den öffentlichen Auftraggeber, wenn nur zwei Angebote im Rahmen des Vergabeverfahrens eingegangen sind?
4. Ist Art. 47 der [Charta] dahin auszulegen, dass die Beurteilung des öffentlichen Auftraggebers, ob kein Verdacht in Bezug auf das Vorliegen eines ungewöhnlich niedrigen Angebots besteht, bzw. dessen Überzeugung, dass hinsichtlich des erstgereihten Ausschreibungsteilnehmers ein seriöses Angebot vorliegt, der gerichtlichen Nachprüfung unterliegt?
5. Falls die vorstehende Frage bejaht wird: Ist Art. 47 der [Charta] dahin auszulegen, dass ein öffentlicher Auftraggeber in einem Vergabeverfahren, der nicht geprüft hat, ob ein ungewöhnlich niedriges Angebot vorliegt, zur Rechtfertigung und Begründung verpflichtet ist, warum in Bezug auf das Vorliegen eines ungewöhnlich niedrigen Angebots, d. h. in Bezug auf die Seriosität des erstgereihten Angebots, kein Verdacht besteht?“

Rechtsvorschriften und Rechtsprechung der Europäischen Union

Das vorliegende Gericht führt folgende Vorschriften an: auszugsweise die Erwägungsgründe 90 und 92 sowie Art. 56 Abs. 1 und Art. 69 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24;

auszugsweise den 15. Erwägungsgrund, den 64. Erwägungsgrund, Art. 38 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 2009/81.

Das vorliegende Gericht stützt sich auf:

- das Urteil vom 29. März 2012, SAG ELV Slovensko a.s., C-599/10, EU:C:2012:191, Rn. 25 und 27—34;
- das Urteil vom 4. Juli 2017, European Dynamics Luxembourg SA, T-392/15, EU:T:2017:462, Rn. 72 bis 75, 80, 81, 83 bis 85 und 87 bis 90;
- das Urteil vom 28. Januar 2016, Agriconsulting Europe SA, T-570/13, EU:T:2016:40 (bestätigt durch Urteil vom 19. Oktober 2017, Agriconsulting Europe SA, C-198/16 P, EU:C:2017:784, Rn. 55 und 71);
- das Urteil vom 18. Dezember 2014, Data Medical Service, C-568/13, EU:C:2014:2466, Rn. 47 bis 50;
- das Urteil vom 4. Mai 2017, Esaprojekt sp. z o.o., C-387/14, EU:C:2017:338, Rn. 36;
- das Urteil vom 4. Juni 2013, ZZ, C-300/11, EU:C:2013:363, Rn. 53 und
- das Urteil vom 20. September 2011, Evropaïki Dynamiki, T-461/08, EU:T:2011:494, Rn. 100.

Das vorliegende Gericht führt auszugsweise S. 10 einer Mitteilung der Kommission mit dem Titel „Leitlinien zur Teilnahme von Bietern und Waren aus Drittländern am EU-Beschaffungsmarkt“ (ABl. 2019, C 271, S. 43) an, die ungewöhnlich niedrigen Angeboten gewidmet ist.

Nationale Vorschriften

Zakon za obshtestvenite porachki (Vergabegesetz)

„Artikel 72

Ungewöhnlich günstige Angebote

Art. 72. (1) Ist das zu bewertende Angebot eines Ausschreibungsteilnehmers in Bezug auf Preis oder Kosten hinsichtlich desselben Bewertungsfaktors um mehr als 20 % günstiger als der Mittelwert der Angebote der übrigen Teilnehmer,

verlangt der öffentliche Auftraggeber eine innerhalb von fünf Tagen nach Erhalt der Aufforderung einzureichende ausführliche schriftliche Rechtfertigung, wie das Angebot erstellt wurde.“

Kurze Darstellung des Sachverhalts und des Verfahrens

- 1 Mit der Entscheidung Nr. 5785МПР-58/15.08.2019 leitete der stellvertretende Minister für innere Angelegenheiten der Republik Bulgarien ein „nichtoffenes“ Vergabeverfahren ein, das die „Planung, den Ausbau und die Verwaltung eines Systems für die Ausstellung bulgarischer Ausweisdokumente der Generation 2019“ zum Gegenstand hatte. Die Bekanntmachung Nr. 158-363493 wurde im Amtsblatt der Europäischen Union (2018/S) veröffentlicht.
- 2 Mit Anordnung Nr. 5785МПЗ-106/16.10.2018 wurde ein Hilfsausschuss eingesetzt, um die Vorauswahl der Bewerber, die Prüfung, Bewertung und Reihung der Angebote vorzunehmen.
- 3 Mit der Entscheidung Nr. 5785МѠР-40/03.07.2019 wurden im Anschluss an diese Vorauswahl Bewerber veröffentlicht, die zur Angebotsabgabe aufgefordert wurden, nämlich die Veridos GmbH und das Konsortium Mühlbauer ID Services GmbH – S&T.
- 4 Nach einer Bewertung der eingereichten Angebote und mit Entscheidung Nr. 5785-МПР-35/29.04.2020 des stellvertretenden Ministers für innere Angelegenheiten der Republik Bulgarien wurde dem Konsortium Mühlbauer ID Services GmbH – S&T der Zuschlag für den öffentlichen Auftrag erteilt, an zweiter Stelle wurde die Veridos GmbH gereiht.
- 5 Die Veridos GmbH legte gegen die angeführte Entscheidung Nr. 5785-МПР-35/29.04.2020 des stellvertretenden Ministers für innere Angelegenheiten der Republik Bulgarien Beschwerde bei der Komisia za zashtita na konkurentsia (Wettbewerbsbehörde) ein, wodurch das Verfahren mit dem Aktenzeichen K3K-308/2020 in Gang gesetzt wurde.
- 6 Mit der Entscheidung Nr. 510 vom 25. Juni 2020 gab die Wettbewerbsbehörde der Beschwerde der Veridos GmbH unter dem Aktenzeichen K3K-308/2020 nicht statt.
- 7 Am 13. Juli 2020 legte die Gesellschaft Veridos GmbH gegen die angeführte Entscheidung der Wettbewerbsbehörde Kassationsbeschwerde ein, wodurch beim Varhoven administrativen sad unter Einhaltung der Erfordernisse des Schutzes von Verschlussachen beim Varhoven administrativen sad eine Rechtssache anhängig wurde.

Kurze Begründung der Vorlage

- 8 Die konkrete Erforderlichkeit eines Vorabentscheidungsersuchens ergibt sich im Rahmen der Beurteilung, ob der öffentliche Auftraggeber im Hinblick auf die Grundsätze des Unionsrechts (Transparenz, Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung) verpflichtet ist, eine Bewertung hinsichtlich des Vorliegens eines ungewöhnlich günstigen Angebots vorzunehmen, um einen objektiven Vergleich der Angebote sicherzustellen und unter echten Wettbewerbsbedingungen zu bestimmen, welches Angebot das wirtschaftlich günstigste ist, ohne dass es in einer den Wettbewerb verfälschenden Weise ungewöhnlich günstig ist.
- 9 Bei der Bestimmung des auf den Rechtsstreit anwendbaren rechtlichen Rahmens beachtet das vorlegende Gericht, dass der Auftrag Elemente enthält, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24 fallen; der öffentliche Auftraggeber hat aber die Entscheidung getroffen und einen einzigen Auftrag gemäß der Richtlinie 2009/81 bekannt gemacht. Der identische Inhalt und die analoge Funktion der einschlägigen Bestimmungen der beiden Richtlinien machen nach Ansicht des vorlegenden Gerichts eine analoge Auslegung erforderlich.
- 10 Der Rechtsstreit beschränkt sich auf die Befugnis des nationalen Gesetzgebers zur Regelung des Kriteriums für die Bewertung eines ungewöhnlich günstigen Angebots, die er durch den Erlass von Art. 72 Abs. 1 des Vergabegesetzes ausgeübt hat. Darin ist ein Kriterium für die Bewertung eines ungewöhnlich günstigen Angebots vorgesehen, nämlich das Erfordernis, dass es „hinsichtlich desselben Bewertungsfaktors um 20 % günstiger als der Mittelwert der Angebote der übrigen Teilnehmer“ ist. Auf diese Weise verlangt der Gesetzgeber implizit, dass mindestens drei Angebote vorliegen, wobei die Beurteilung eines Angebots anhand des Mittelwerts der übrigen beiden Angebote erfolgt.
- 11 Gerade in diesem Zusammenhang ist auch die in diesem Rechtsstreit in erster Instanz ergangene Entscheidung der Wettbewerbsbehörde, dass die Vorschrift des Art. 72 Abs. 1 des nationalen Vergabegesetzes keine Anwendung finde, zu sehen, da im vorliegenden Fall nur zwei Angebote eingereicht worden sind und der vom Gesetzgeber vorgesehene Mittelwert für die Prüfung, ob ungewöhnlich günstige Angebote vorliegen, nicht berechnet werden kann.
- 12 Der öffentliche Auftraggeber im Ausgangsverfahren - das Ministerium für innere Angelegenheiten - hatte keinen Algorithmus für die Beurteilung und die Durchführung einer Prüfung, ob ein ungewöhnlich günstiges Angebot vorliegt, ausgearbeitet und vorab bekannt gemacht, so dass dieser Algorithmus vom Varhoven administrativen sad im Licht des Unionsrechts zu beurteilen ist, wenn berechtigt davon auszugehen ist, dass die Art. 56 und 69 der Richtlinie 2014/14 bzw. die Art. 38 und 49 der Richtlinie 2009/81 eine hinreichend klare und bedingungslose Verhaltensnorm - eine Verpflichtung zur Bewertung - enthalten.

- 13 In diesem Sinne und im Licht der konkreten Umstände des Rechtsstreits ist die Beurteilung von vornherein unmöglich, und die oben genannten Vorschriften des Unionsrechts bleiben unangewandt.
- 14 Die dem vorlegenden Gericht bekannte Rechtsprechung des Gerichtshofs und des Gerichts der Europäischen Union, einschließlich der Verfahren zur Anfechtung von Rechtsakten der Unionsorgane als öffentlicher Auftraggeber, ist in den in der vorliegenden Zusammenfassung oben angeführten Urteilen dargestellt. Das vorlegende Gericht weist insbesondere auf die Fälle hin, die folgenden Urteilen zugrunde liegen:
- 15 Urteil vom 29. März 2012, SAG ELV Slovensko a.s., C-599/10:
- der Unionsgesetzgeber wollte vom öffentlichen Auftraggeber verlangen, dass er die Einzelposten der ungewöhnlich niedrigen Angebote überprüft, indem er ihn in diesem Zusammenhang dazu verpflichtet, die Bewerber zur Vorlage der erforderlichen Belege für die Seriosität dieser Angebote aufzufordern (Rn. 28);
 - Art. 55 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18 setzt die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers voraus, die an die betreffenden Bewerber gerichtete Aufforderung klar zu formulieren, so dass diese in zweckdienlicher Weise den vollen Beweis der Seriosität ihrer Angebote erbringen können (Rn. 31).
 - Art. 55 der Richtlinie 2004/18 steht einer nationalen Bestimmung, die im Wesentlichen vorsieht, dass, wenn ein Bewerber einen ungewöhnlich niedrigen Preis ansetzt, der öffentliche Auftraggeber ihn schriftlich auffordert, diesen zu erläutern, keineswegs entgegen; vielmehr gebietet er, dass die nationalen Rechtsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen eine solche Bestimmung enthalten (Rn. 33).
- 16 Urteil vom 4. Juli 2017, European Dynamics Luxembourg SA, T-392/15:
- Die Frage, ob die Begründungspflicht beachtet wurde, ist grundsätzlich unter Berücksichtigung der Informationen zu beurteilen, die die Klägerinnen spätestens bei der Klageerhebung besaßen. Die Begründung kann nicht zum ersten Mal und nachträglich vor dem Unionsrichter erfolgen. Nur außergewöhnliche Umstände können die Berücksichtigung von während des Verfahrens vorgebrachten Umständen rechtfertigen (Rn. 74).
 - Die Frage, ob ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist, ist im Verhältnis zu den Einzelposten des Angebots und zur betreffenden Leistung zu beurteilen (Rn. 83).
 - Eine Pflicht des öffentlichen Auftraggebers, die Seriosität des Bieters zu prüfen, ergibt sich dann, wenn bereits zuvor Zweifel an der Verlässlichkeit eines Angebots bestanden, da diese Bestimmung hauptsächlich verhindern soll, dass ein Bieter vom Verfahren ausgeschlossen wird, ohne dass er die Möglichkeit gehabt hätte, den Inhalt seines ungewöhnlich niedrig

erscheinenden Angebots zu begründen. Daher ist der Bewertungsausschuss nur bei Vorliegen solcher Zweifel verpflichtet, gegebenenfalls vor dessen Ablehnung die angezeigten Aufklärungen über die Einzelposten des Angebots zu verlangen. Hingegen ist in dem Fall, in dem ein Angebot nicht ungewöhnlich niedrig nach Art. 158 Abs. 4 der Anwendungsverordnung erscheint, dieser Artikel nicht anwendbar (Rn. 85),

- in einem ersten Schritt muss der öffentliche Auftraggeber nur feststellen, ob die eingereichten Angebote einen Hinweis enthalten, der den Verdacht erwecken kann, dass sie ungewöhnlich niedrig sind. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der in einem eingereichten Angebot angeführte Preis erheblich niedriger ist als derjenige der anderen eingereichten Angebote oder als der übliche Marktpreis. Enthalten die eingereichten Angebote keinen solchen Hinweis und erscheinen sie daher nicht ungewöhnlich niedrig, kann der öffentliche Auftraggeber die Bewertung dieses Angebots und das Vergabeverfahren fortsetzen (Rn. 88).
- Liegen hingegen Hinweise vor, die den Verdacht erwecken können, dass ein Angebot ungewöhnlich niedrig sein könnte, hat der öffentliche Auftraggeber in einem zweiten Schritt die Einzelpositionen des Angebots zu prüfen, um sich zu vergewissern, dass dieses nicht ungewöhnlich niedrig ist. Wenn er diese Prüfung vornimmt, ist der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, dem Bieter, von dem dieses Angebot stammt, die Möglichkeit zu geben, darzulegen, aus welchen Gründen er der Ansicht ist, dass sein Angebot nicht ungewöhnlich niedrig ist (Rn. 89).

17 Urteil vom 28. Januar 2016, Agriconsulting Europe SA, T-570/13:

- Der öffentliche Auftraggeber kann im Rahmen seiner Prüfung, ob ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist, alle im Hinblick auf die fragliche Leistung maßgeblichen Umstände berücksichtigen (Rn. 55),
- es stellt daher ein grundlegendes Erfordernis bei der Vergabe öffentlicher Aufträge dar, dass eine effektive kontradiktorische Erörterung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Bieter zu einem zweckmäßigen Zeitpunkt im Verfahren der Prüfung von Angeboten stattfindet, damit der Bieter den Nachweis der Seriosität seines Angebots erbringen kann (Rn. 71).

18 Urteil vom 18. Dezember 2014, Data Medical Service, C-568/13:

- Es ist Sache der Mitgliedstaaten und insbesondere der öffentlichen Auftraggeber, festzulegen, wie die Ungewöhnlichkeitsschwelle für ein „ungewöhnlich niedriges Angebot“ zu errechnen ist (Rn. 49),
- ein ungewöhnlich niedriges Angebot ist „im Verhältnis zur Leistung“ zu beurteilen. Daher kann der öffentliche Auftraggeber alle im Hinblick auf die fragliche Leistung maßgeblichen Gesichtspunkte berücksichtigen (Rn. 50).

19 Urteil vom 4. Mai 2017, Esaprojekt sp. z o.o., C-387/14, EU:C:2017:338:

- Die Angebote aller Bieter müssen den gleichen Bedingungen unterworfen sein; alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens sind in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen klar, genau und eindeutig zu formulieren, damit alle Bieter die genaue Bedeutung verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können und auch der Auftraggeber imstande ist, zu überprüfen, ob die Angebote der Bieter die für den Auftrag geltenden Kriterien erfüllen (Rn. 36).
- 20 Das vorliegende Gericht führt aus, die Kommission habe in den Leitlinien zur Teilnahme von Bietern und Waren aus Drittländern am EU-Beschaffungsmarkt ausgeführt, dass es den Mitgliedstaaten freistehe, nationale Regeln oder Methoden zur Ermittlung von Ausschreibungsangeboten zu erlassen, bei denen der Verdacht bestehe, dass sie ungewöhnlich niedrig seien, sofern diese Vorschriften objektiv und nichtdiskriminierend seien. Ebenso können die öffentlichen Auftraggeber bei Fehlen einer im nationalen Recht vorgesehenen Methode selbst transparente und nichtdiskriminierende Methoden einführen. Die Kommission wies auch darauf hin, dass die Angebote im Verhältnis zu den relevanten Parametern und Zuschlagskriterien ungewöhnlich niedrig sein könnten. Dies kann z. B. der Fall sein, wenn der Zusammenhang zwischen der angebotenen Qualität und dem angebotenen Preis Zweifel aufwirft. Aus dieser Mitteilung geht hervor, dass der öffentliche Auftraggeber rechtlich verpflichtet ist, eine Erläuterung des angebotenen Preises zu verlangen.
 - 21 In welche Richtungen die Erwägungen des vorliegenden Gerichts in Bezug auf die Entscheidung des Rechtsstreits und die möglichen Antworten auf die gestellten Vorlagefragen gehen, wird im Folgenden dargelegt.
 - 22 Nach dem im bulgarischen Administrativno-protsesualen kodeks (Verwaltungsverfahrensgesetzbuch) aufgestellten Grundsatz stellt der Begründungsmangel hinsichtlich der entscheidenden Tätigkeit der Verwaltungsbehörde einen Verfahrensfehler des Verwaltungsakts dar, der der Möglichkeit, die Rechte und Interessen der betroffenen Personen zu verteidigen, und einer wirksamen gerichtlichen Nachprüfung entgegensteht. Entsprechend haben der Gerichtshof und das Gericht im Zusammenhang mit der Tätigkeit der Unionsorgane auf das Vorliegen vergleichbarer Grundsätze hingewiesen (Urteile vom 4. Juni 2013, ZZ, C-300/11, EU:C:2013:363, Rn. 53, und vom 20. September 2011, Evropaïki Dynamiki, T-461/08, EU:T:2011:494, Rn. 100).
 - 23 Im Licht des Sachverhalts des vorliegenden Falles ist festzustellen, dass der nationale Auftraggeber über kein anderes Beurteilungskriterium als jenes in Art. 72 des nationalen Vergabegesetzes (ZOP) verfügt.
 - 24 Der Begriff „Mittelwert“ im Sinne von Art. 72 Abs. 1 des nationalen Vergabegesetzes ist ein Begriff, den das Unionsrecht nicht als Kriterium verwendet. Er wurde selbständig vom nationalen Gesetzgeber eingeführt und soll als Unterkriterium den Unionsrechtsbegriff „ungewöhnlich niedriges Angebot“

erläutern. Auf diese Weise führt der nationale Gesetzgeber insbesondere implizit das Erfordernis des Vorliegens von drei Angeboten ein.

- 25 Art. 56 der Richtlinie 2014/24 bzw. Art. 38 der Richtlinie 2009/81 stellt seinerseits einen Rechtsgrundsatz dar, der eine zusätzliche Klarstellung erfordert, in welcher Art und Weise er zum Ausdruck kommt und welche Voraussetzungen für eine zulässige Abweichung von ihm oder für seine Nichtanwendung erfüllt sein müssen.
- 26 Art. 69 der Richtlinie 2014/24 verwendet den Begriff „ungewöhnlich niedriges Angebot“, im Wortlaut von Art. 49 der Richtlinie 2009/81 heißt es „ungewöhnlich niedrige Angebote“, was einen Ermessensspielraum bei der Wahl der Beurteilungskriterien impliziert, sei es auf gesetzgeberischer Ebene oder durch den betreffenden öffentlichen Auftraggeber, sofern das Kriterium objektiv ist und vorab bekannt gemacht wird. Das nationale Vergabegesetz schafft seinerseits eine gebundene Entscheidung, indem es den Begriff „ungewöhnlich günstiges Angebot“ an das Kriterium des „Mittelwerts der Angebote“ und damit implizit auch an das Erfordernis von drei Angeboten knüpft, wobei es auf diese Weise die Frage aufwirft, ob es die Möglichkeit, das Gebot und das Ziel der Richtlinie zu erreichen, nicht beschränkt oder erheblich einschränkt.
- 27 Auch wenn Art. 56 der Richtlinie 2014/24 bzw. Art. 38 der Richtlinie 2009/81 den Charakter eines Rechtsgrundsatzes haben, ergibt sich parallel dazu aus dem Wortlaut von Art. 69 der Richtlinie 2014/24 bzw. von Art. 49 der Richtlinie 2009/81, dass die Beurteilung, ob ein ungewöhnlich niedriges Angebot vorliegt, zwingend wird, wenn die Angebote ungewöhnlich niedrig erscheinen bzw. den Eindruck erwecken, ungewöhnlich niedrig zu sein. Der auf diese Weise verfasste Wortlaut macht eine Auslegung erforderlich, ob diese Beurteilung eine subjektive Möglichkeit ist oder ob sie stets objektiven Charakter hat und in ihrer Eigenschaft als Grundsatz in der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers über die Reihung der Teilnehmer begründet werden muss.
- 28 Sodann ist im Wege der Auslegung klarzustellen, ob dieses Erfordernis nur dann anwendbar ist, wenn der öffentliche Auftraggeber beabsichtigt, ein ungewöhnlich niedriges Angebot abzulehnen, oder die Vornahme einer Bewertung, ob ein ungewöhnlich niedriges Angebot vorliegt, für den rechtmäßigen Ablauf des Verfahrens von Bedeutung ist und als solche stets gilt. Dies umso mehr im Licht des in Rede stehenden Falles, wenn nur zwei Angebote eingegangen sind und der Haupteinwand des zweitgereihten Teilnehmers lautet, dass ein ungewöhnlich niedriges Angebot des Zuschlagsempfängers vorliege.
- 29 Hat der öffentliche Auftraggeber andernfalls, wenn er keine Bewertung vorgenommen hat, ob ein ungewöhnlich niedriges Angebot vorliegt, was die Vermutung voraussetzt, dass kein Verdacht besteht, in seiner Entscheidung über die Reihung der Bewerber zu begründen, warum hinsichtlich des erstgereihten Angebots kein Verdacht in Bezug auf das Vorliegen eines ungewöhnlich niedrigen Angebots besteht? D. h. warum er die eingereichten Angebote gemäß

Art. 69 der Richtlinie 2014/24 bzw. gemäß Art. 49 der Richtlinie 2009/81 als seriös ansieht, so dass die Vermutung, dass kein Verdacht besteht, gerichtlich nachgeprüft werden kann?

- 30 Das Vorliegen eines gesetzlich geregelten, aber praktisch nicht anwendbaren Kriteriums und das Fehlen eines anderen zuvor bekannt gemachten Kriteriums zur Ermittlung ungewöhnlich niedriger Angebote wirft die Frage auf, ob der öffentliche Auftraggeber von dem Erfordernis der Vornahme einer Bewertung, ob ein ungewöhnlich niedriges Angebot vorliegt, befreit ist, obwohl der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung ausdrücklich entschieden hat, dass sich der öffentliche Auftraggeber zu vergewissern hat, dass die abgegebenen Angebote seriös sind.
- 31 Ist der öffentliche Auftraggeber folglich stets verpflichtet, eine Begründung in Bezug auf das Vorliegen eines ungewöhnlich niedrigen Angebots anzuführen, oder kann er seine Entscheidung über die Reihung der Bewerber auch erst im Rahmen eines Verfahrens, in dem seine Entscheidung gerichtlich angefochten wird, durch inhaltliche Argumente, die das Gericht zu beurteilen hat, verteidigen? Diese Frage ist unter dem Blickwinkel der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu prüfen, in der ständig die Auffassung vertreten worden ist, dass die Begründung im Rahmen des Verfahrens über die Anfechtung des Rechtsakts nur in außergewöhnlichen Fällen dargelegt werden kann.
- 32 Sodann schafft das Fehlen einer Definition des Begriffs „ungewöhnlich niedriges Angebot“ in der Richtlinie in Verbindung mit dem normativ gebrauchten Begriff „erscheinen/den Eindruck erwecken“, der sich auf die Angebote der Teilnehmer bezieht, eine Voraussetzung für eine unterschiedliche Behandlung der Wirtschaftsteilnehmer durch die verschiedenen öffentlichen Auftraggeber innerhalb der Europäischen Union.
- 33 Da das Bestehen eines „Zweifels“ ein inneres, subjektives Element darstellt, das Teil der kognitiv-analytischen Tätigkeit des öffentlichen Auftraggebers oder des Hilfsorgans zur Ausschreibung des öffentlichen Auftrags ist, stellt sich für das vorliegende Gericht die Frage, ob das Nichtbestehen eines Zweifels an der Seriosität des Angebots vom öffentlichen Auftraggeber ordnungsgemäß zu rechtfertigen ist, so dass es einer gerichtlichen Nachprüfung unterzogen werden kann.
- 34 Wie sich aus seinem Inhalt ergibt, richtet sich Art. 69 der Richtlinie 2014/24 bzw. Art. 49 der Richtlinie 2009/81 an den öffentlichen Auftraggeber und erlegt ihm unter bestimmten Umständen konkrete Verpflichtungen auf. Dagegen handelt es sich aber bei Art. 56 der Richtlinie 2014/24 bzw. Art. 38 der Richtlinie 2009/81 um eine Bestimmung mit Schutzzweck, d. h. diese soll die Rechtmäßigkeit bei der Durchführung des Vergabeverfahrens gewährleisten. Grundsätzlich und in erster Linie hat nämlich der öffentliche Auftraggeber die Rolle, für die Rechtmäßigkeit im Sinne der Richtlinie zu sorgen.

- 35 Das Erfordernis einer wirksamen gerichtlichen Nachprüfung setzt seinerseits voraus, dass alle relevanten Aspekte des Verfahrens von den Parteien ordnungsgemäß angefochten und vom Gericht beurteilt und geprüft werden können.
- 36 Im Umkehrschluss müsste davon ausgegangen werden, dass das Nichtbestehen eines Zweifels an der Seriosität eines bestimmten Angebots eine unwiderlegbare Vermutung darstellt, die in der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers für einen Zuschlagsempfänger implizit enthalten ist, ohne dass eine Begründung und Rechtfertigung des Rechtsakts dahingehend erforderlich wäre, und ohne dass diese bei einer nachfolgenden gerichtlichen Nachprüfung widerlegt werden kann. Ein solches Ergebnis geht jedoch auch nicht kategorisch aus den Bestimmungen der Richtlinie und aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs hervor.
- 37 Die Antworten auf die oben zusammengefassten Fragen ergeben sich nicht eindeutig aus der anwendbaren Rechtsgrundlage des Unionsrechts. In Ermangelung einer Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu einem gleichartigen Fall legt das vorlegende Gericht dem Gerichtshof die oben angeführten Fragen zur Vorabentscheidung vor.

ARBEITSDOKUMENT