

Rechtssache C-737/22
Vorabentscheidungsersuchen

Eingangsdatum:

1. Dezember 2022

Vorlegendes Gericht:

Østre Landsret (Dänemark)

Datum der Vorlageentscheidung:

11. November 2022

Klägerin:

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S

Beklagte:

BibMedia A/S

ØSTRE LANDSRET

BESCHLUSS

Erlassen am 11. November 2022

... [nicht übersetzt]

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S

... [nicht übersetzt]

gegen

BibMedia A/S

- 1 ... [nicht übersetzt] Der Rechtssache liegt ein von der Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (Vergabestelle des dänischen Staates und der Gemeinden, im Folgenden: SKI) gegen die Audio Visionary Music A/S (im Folgenden: AVM) betriebenes Verfahren zugrunde, das die Rechtmäßigkeit eines von SKI durchgeführten Vergabeverfahrens für eine Rahmenvereinbarung über die

Lieferung von Bibliotheksmaterialien und die damit verbundene Aufbereitung für die bibliotheksgerechte Nutzung betrifft.

- 2 Das Østre Landsret (Landgericht für Ostdänemark) hat beschlossen, sich mit einem Vorabentscheidungsersuchen gemäß Art. 267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union an den Gerichtshof der Europäischen Union (im Folgenden: Gerichtshof) zu wenden, da es um Klärung hinsichtlich der Auslegung des Verhandlungsverbots ersucht, das sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Transparenz im Sinne des Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe (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) ableiten lässt. Außerdem wird der Gerichtshof um Stellungnahme dazu ersucht, ob es für die Reichweite des Verhandlungsverbots eine Rolle spielt, dass es sich um ein offenes Verfahren mit Losen handelt (vgl. Art. 27 und Art. 46 der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe).

SACHVERHALT UND AUSGANGSVERFAHREN

- 3 Die Klägerin SKI ist eine zentrale Beschaffungsstelle, die im Eigentum des dänischen Staates und der Kommunernes Landsforening (Nationaler Verband der dänischen Gemeinden) steht; bei Letzterer handelt es sich um Interessenvertretung sämtlicher Gemeinden in Dänemark. SKI wurde gegründet, um die Vergabe öffentlicher Aufträge zu optimieren und zu professionalisieren, insbesondere um für ihre Kunden (staatliche und kommunale Auftraggeber) Rahmenvereinbarungen zu entwickeln, auszuschreiben und umzusetzen.
- 4 AVM war zum Zeitpunkt der Vergabe auf dem Markt der Aufbereitung von Bibliotheksmaterialien tätig. Mit Wirkung vom 1. März 2021 erwarb die BibMedia A/S alle Anteile der Gesellschaft. Später wurde AVM durch Zusammenschluss mit der Bibmedia A/S aufgelöst; diese ist daher Verfahrenspartei.
- 5 SKI schrieb am 4. Februar 2020 die Vergabe des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung über Bibliotheksmaterialien aus („Rameaftale 50.05 biblioteksmaterialer“), die die Lieferung und Aufbereitung von Bibliotheksmaterialien umfasste, aus. Die Rahmenvereinbarung war in acht Lose unterteilt, und ihr geschätzter Gesamtauftragswert lag zwischen 748 Mio. und 1,021 Mrd. DKK. Bei den für die Rechtssache einschlägigen Losen handelt es sich um die „Delaftale 1 Danske bøger og noder (Øst)“ (Los 1 Dänische Bücher und Notenblätter [Ost]) mit einem geschätzten Gesamtwert von 253 Mio. DKK und die „Delaftale 2 Danske bøger og noder (Vest)“ (Los 2 Dänische Bücher und Notenblätter [West]) mit einem geschätzten Gesamtwert von 475 Mio. DKK.
- 6 Bei allen Losen handelte es sich jeweils um eine Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Lieferanten, und das Zuschlagskriterium war der niedrigste Preis. Die

Angebote bestanden aus der Angabe weniger Grunddaten des Bieters, einem ausgefüllten Formular für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung ([European Single Procurement Document] ESPD) sowie einer ausgefüllten Angebotsliste mit Angabe der Preise für eine verhältnismäßig kleine Anzahl von Warenlinien pro Los.

- 7 Bei der Veröffentlichung der Angebotsunterlagen hieß es in Punkt 3.1 der Vergabebedingungen zum Modell der Vergabe der Lose 1 und 2:

„Die Lose 1 und 2 stehen miteinander in Zusammenhang (vgl. Punkt 3.1.1), und falls ein Bieter ein Angebot für eines der beiden Lose abgibt, wird damit automatisch ein Angebot für beide Lose abgegeben. Dies kann nicht eingeschränkt werden, und es kann somit nicht ausschließlich ein Angebot für eines der beiden Lose betreffend ‚Dänische Bücher und Notenblätter‘ abgegeben werden.

Hiervon abgesehen gibt es keine Beschränkungen hinsichtlich der Zahl der Lose, für die ein Angebot abgegeben werden kann/muss.

SKI geht davon aus, dass sie den Zuschlag pro Los jeweils nur einem Bieter erteilen wird. Ein Bieter kann den Zuschlag für mehrere Lose erhalten.

Der Markt für Bibliothekmaterialien ist dadurch gekennzeichnet, dass es wenige spezialisierte Lieferanten und potenzielle Bieter gibt. Dänische Bücher und Notenblätter stellen bezogen auf den Umsatz den größten Produktbereich dar und sind für potenzielle Bieter von wirtschaftlicher Bedeutung. Zur Sicherung des künftigen Wettbewerbs auf diesem Markt werden ‚Dänische Bücher und Notenblätter‘ geografisch in zwei Lose unterteilt. Die teilnehmenden Kunden sind hierdurch auf zwei Gebiete verteilt, Ost bzw. West. Aus den Unteranhängen A.1 und A.2 des Anhangs A geht hervor, welche Gemeinden jeweils dem ‚Los 1 Dänische Bücher und Notenblätter (Ost)‘ und dem ‚Los 2 Dänische Bücher und Notenblätter (West)‘ zugeordnet sind“.

- 8 Punkt 3.1.1 der Vergabebedingungen bestimmte des Weiteren:

„Dänische Bücher und Notenblätter werden als sogenanntes ‚Ost/West-Modell‘ ausgeschrieben, womit gemeint ist, dass beabsichtigt wird, einem Lieferanten Ostdänemark und einem Lieferanten Westdänemark zuzuordnen, dass aber für alle Kunden dieselben angebotenen Preise gelten, unabhängig davon, ob sie in Ost- oder Westdänemark ansässig sind.

Die Bieter unterbreiten Preisangebote [für die Lieferung und Aufbereitung], die sowohl für das Los für Ostdänemark wie für das Los für Westdänemark einheitlich sein müssen und gelten werden.

Der Bieter, der das wirtschaftlich günstigste Angebot abgibt, wird dem Los 2 Dänische Bücher und Notenblätter (West) als Lieferant zugeordnet.

Dem Bieter, der das Angebot abgibt, das wirtschaftlich am zweitgünstigsten ist, wird angeboten, Lieferant für das Los 2 Dänische Bücher und Notenblätter (Ost) zu werden. Dieser Bieter muss jedoch akzeptieren, dass der Zuschlag als Lieferant in Ostdänemark voraussetzt, dass er den Kunden in Ostdänemark die Erzeugnisse und Dienstleistungen der Rahmenvereinbarung zu exakt den gleichen Preisen bereitzustellen hat, die der Bieter mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot angeboten hat und zu denen dieser [die Kunden in] Westdänemark zu beliefern hat.

Falls der Bieter mit dem wirtschaftlich zweitgünstigsten Angebot nicht akzeptiert, Lieferant in Ostdänemark zu werden, erhält der Bieter mit dem wirtschaftlich drittgünstigsten Angebot diese Möglichkeit, und dieser Bieter muss ebenfalls akzeptieren, dass der Zuschlag als Lieferant in Ostdänemark voraussetzt, dass er den Kunden in Ostdänemark die Erzeugnisse und Dienstleistungen der Rahmenvereinbarung zu exakt den gleichen Preisen bereitzustellen hat, die der Bieter mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot angeboten hat und zu denen dieser [die Kunden in] Westdänemark zu beliefern hat.

Falls dieser Bieter ebenfalls ablehnt, Lieferant in Ostdänemark zu werden, erhält der nächstfolgende in der Reihe der Bieter die Möglichkeit usw. Wenn die Reihenfolge der Bieter mit konformen Angeboten bis zum Letztplatzierten geführt hat und sich unter den Bietern niemand als Lieferant für Ostdänemark finden lässt, wird dem Lieferanten, dem Westdänemark zugeteilt wurde, auch Ostdänemark zugeteilt. Dieser Lieferant muss dann Lieferant für ganz Dänemark, d. h. sowohl für Los 1 als auch für Los 2, sein und im ganzen Land zu gleichen Preisen liefern.

Für die Bieter bedeutet das Ost-West-Modell, dass sie sich, sofern die Bewertung zu dem Ergebnis führt, dass sie das wirtschaftlich günstigste Angebot abgegeben haben, damit einverstanden erklären, ihre Preise den übrigen Bietern vollständig offenzulegen [und zwar in] erster Linie dem Bieter mit dem wirtschaftlich zweitgünstigsten Angebot, und wenn dieser Bieter es ablehnt, Lieferant in Ostdänemark zu werden, folgt der Nächste in der Reihe usw.

Der Grund dafür, dass der Lieferant mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot Westdänemark zugeteilt erhält, besteht darin, dass sich in Westdänemark wahrscheinlich ein größerer Umsatz als in Ostdänemark erzielen lässt. Der Bieter, dem Ostdänemark zugeteilt wird, hat somit zu bedenken, dass er, wenn er die Bedingungen, um Lieferant in Ostdänemark zu werden, akzeptiert, sicherzustellen hat, dass er, obwohl in Ostdänemark ein geringerer Umsatz als in Westdänemark zu erwarten ist, im Rahmen der vorgegebenen Preise betriebswirtschaftlich rentabel in Bezug auf die eigenen Ausgaben agieren kann. Die Verteilung des zu erwartenden Umsatzes in Ost- bzw. Westdänemark ergibt sich aus A.I.“

- 9 Bis zum Ablauf der Frist für die Abgabe von Angeboten nahm SKI die Angebote von AVM und der BibMedia A/S (den beiden einzigen tatsächlichen Lieferanten auf dem Markt) entgegen. Beide Bieterinnen gaben Angebote für alle Lose ab.
- 10 Die Bewertung der Angebote ergab, dass die BibMedia A/S für alle Lose das wirtschaftlich günstigste Angebot (niedrigster Preis) abgegeben hatte, während AVM für alle Lose das wirtschaftlich zweitgünstigste Angebot abgegeben hatte.
- 11 Als Folge des in den Ausschreibungsbedingungen beschriebenen Modells der Zuteilung der Lose 1 und 2 teilte SKI AVM mit, dass ihr der Zuschlag für das Los 1 (Ost) unter der Bedingung erteilt werden könne, dass sie es akzeptiere, zu den Preisen zu liefern, die die BibMedia A/S als niedrigstbietende Bieterin angeboten hatte und über die AVM im Rahmen dieser Kontaktaufnahme informiert wurde.
- 12 AVM erklärte sich damit einverstanden, worauf SKI die Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung am 21. April 2020 versandte.
- 13 AVM legte daraufhin am 30. April 2021 beim Klagenævn for Udbud (Beschwerdeausschuss für Verfahren über die Vergabe öffentlicher Aufträge, Dänemark, im Folgenden: Beschwerdeausschuss) eine Beschwerde ein. Der Beschwerdeausschuss wurde eingerichtet, um Dänemarks Verpflichtungen aus den Rechtsmittelrichtlinien zu erfüllen, und soll u. a. Beschwerden gegen mögliche Verstöße öffentlicher Auftraggeber gegen das Udbudslov (Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge), die Vergaberichtlinien der Europäischen Union, den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union und die sich aus ihm ergebenden Grundsätze u. a. der Gleichbehandlung und der Transparenz sowie das Tilbudslov (Gesetz über die Einholung von Angeboten [für einige öffentliche oder öffentlich unterstützte Verträge, im Folgenden: Angebotsgesetz]) prüfen.
- 14 Der Beschwerdeausschuss erließ am 14. Januar 2021 in der Rechtssache 20/05105: Audio Visionary Music A/S gegen Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S einen Beschluss, in dem er zu dem folgenden Ergebnis gelangte:
„[SKI hat] dadurch gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung (vgl. § 2 Abs. 1 des Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge) sowie gegen § 56 des Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge verstoßen, dass sie ein Verfahren für den Zuschlag der Lose 1 und 2 angewandt hat, wonach der Bieter, der das zweitbeste Angebot abgegeben hat, sein Angebot nach Ablauf der Frist für die Abgabe von Angeboten ändern und dadurch das Los 1 zugeteilt bekommen kann.“
- 15 Der Beschwerdeausschuss begründete seinen Beschluss u. a. wie folgt:
„[Es] handelt sich um ein offenes Verfahren, und sobald der Bieter sein Angebot abgegeben hat, kann das Angebot grundsätzlich nicht mehr geändert werden, weder auf Betreiben des öffentlichen Auftraggebers noch auf Betreiben des Bieters.“

Die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz stehen somit bei der Vergabe im Rahmen eines offenen Verfahrens jeglichen Verhandlungen zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und einem Bieter entgegen. Wenn ein Bieter nach der Mitteilung des Auftraggebers die Gelegenheit erhält, den Angebotspreis in einen bestimmten niedrigeren Preis zu ändern (zu senken), kann dies dazu führen, dass der Bieter eine wesentliche Bedingung in seinem Angebot – nämlich die exakte Angebotssumme, die das ursprüngliche Angebot enthielt – in einer Weise ändert, die für den Auftraggeber günstig ist, und es damit dem Bieter ermöglicht, seinen Preis und seine Aussichten, den Zuschlag zu erhalten, zu verbessern. Ein solches Verfahren stellt nach üblicher Praxis einen Verstoß gegen das Verhandlungsverbot dar.

Es stellt sich die Frage, ob aus dem Umstand, dass ein solches Verfahren in der vorliegenden Ausschreibung in den Vergabebedingungen beschrieben wird, folgt, dass in diesem Fall davon ausgegangen werden kann, dass das Verfahren mit den Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Transparenz in Einklang steht und somit rechtmäßig ist. Der Beschwerdeausschuss ist der Ansicht, dass das Verhandlungsverbot in einem offenen Verfahren nicht allein dadurch außer Kraft gesetzt werden kann, dass SKI das Ost-West-Modell in den Vergabebedingungen, wie geschehen, beschrieben hat.“

- 16 SKI leitete am 9. Juli 2021 u. a. gegen diesen Teil des Beschlusses des Beschwerdeausschusses ein Verfahren vor dem Ret i Glostrup (Gericht Glostrup) ein. Die Rechtssache wurde am 7. Dezember 2021 an das Østre Landsret (Landgericht für Ostdänemark) verwiesen, das in erster Instanz entscheidet.

DIE DÄNISCHEN BESTIMMUNGEN ÜBER DIE [ÖFFENTLICHE] AUFTRAGSVERGABE

- 17 Die Richtlinie 2014/24/EU wurde mit dem Lov nr. 1564 af 15. december 2015 mit seinen späteren Änderungen (Udbudsloven [Gesetz Nr. 1564 vom 15. Dezember 2015, Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge]) in dänisches Recht umgesetzt.
- 18 § 2 des Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge setzt Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe um und regelt die allgemeinen Grundsätze des Gesetzes. Die Bestimmung lautet wie folgt:

§ 2. Ein Auftraggeber hat bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Transparenz und der Verhältnismäßigkeit gemäß den Abschnitte II bis IV zu beachten.

Abs. 2. Ein offenes Verfahren darf nicht mit der Absicht konzipiert werden, es vom Anwendungsbereich dieses Gesetzes auszunehmen oder den Wettbewerb künstlich zu beschränken. Eine künstliche Beschränkung des Wettbewerbs gilt als gegeben, wenn die Ausschreibung mit der Absicht konzipiert wurde, bestimmte

Wirtschaftsteilnehmer auf unzulässige Weise zu bevorzugen oder zu benachteiligen.

- 19 § 49 des Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge setzt Art. 46 Abs. 1 bis 3 der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe um. [§ 49] Abs. 3 der Bestimmung betrifft die Anforderungen bei Unterteilung von Aufträgen in Lose und bestimmt:

§49.

...

Abs. 3. Die öffentlichen Auftraggeber haben in der Auftragsbekanntmachung anzugeben,

- 1. ob der Bieter Angebote für ein, mehrere oder alle Los(e) einreichen kann,*
- 2. ob der Bieter den Zuschlag für ein, mehrere oder alle Los(e) erhalten kann und wie die Lose oder Losgruppen gegebenenfalls kombiniert werden können und*
- 3. welche objektiven und nichtdiskriminierenden Kriterien oder Regeln für den Zuschlag von Losen entscheidend sein sollen, insbesondere wie der Zuschlag für die Lose erteilt werden soll, wenn die Kriterien oder Regeln dazu führen würden, dass ein einzelner Bieter den Zuschlag für eine größere Zahl von Losen als die einem einzelnen Bieter mögliche Höchstzahl erhält.*

- 20 § 56 des Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge enthält die Verfahrensvorschriften für öffentliche Aufträge und setzt Inhalte des Art. 27 der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe um. Die Bestimmung lautet:

§ 56. Bei einem offenen Verfahren kann jeder interessierte Wirtschaftsteilnehmer auf eine Auftragsbekanntmachung hin ein Angebot abgeben. Die Auftragsbekanntmachung muss alle in Anhang V Teil B 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) geforderten Informationen enthalten. Der Auftraggeber hat das Standardformular zu verwenden (vgl. § 128 Abs. 3).

UNIONSRECHTLICHE GRUNDLAGE

- 21 Bei den Bestimmungen des Unionsrechts, um die es in dieser Rechtssache geht, handelt es sich vor allem um die in Art. 18 der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe festgelegten allgemeinen Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz sowie um den Umfang des Verhandlungsverbots im Hinblick auf Lose (vgl. Art. 46 der Richtlinie) und das als „offenes Verfahren“ bezeichnete Vergabeverfahren gemäß Art. 27 der Richtlinie.

VORBRINGEN DER KLÄGERIN

- 22 SKI bestreitet, dass sie durch die Anwendung des Ost-West-Modells gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz im Sinne des Art. 18 der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe verstoßen habe. Die gewählte Konzeption der Ausschreibung sei ungeachtet der Durchführung des Vergabeverfahrens in Form des „offenen Verfahrens“ rechtmäßig und stehe in Einklang mit den vergaberechtlichen Regelungen, insbesondere mit den Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Transparenz sowie mit dem sich daraus ableitenden Verhandlungsverbot und der Vergabepaxis.
- 23 Die hauptsächliche Erwägung, die dem Ost-West-Modells zugrunde gelegen habe, sei der Wunsch gewesen, die Voraussetzungen für den Wettbewerb der von den Losen 1 und 2 erfassten Dienstleistungen sicherzustellen, da das letztgenannte Los bezogen auf den Umsatz der größte Produktbereich im Rahmen der Ausschreibung gewesen sei. Hierbei sei es von wesentlicher Bedeutung, zu beachten, dass kein privater Markt mit vergleichbaren Dienstleistungen existiere und dass es keine anderen Auftraggeber gebe, die vergleichbare Verträge ausschrieben. Die Rahmenvereinbarung von SKI decke somit faktisch den ganzen Markt ab. Marktteilnehmer, die keinen Zuschlag für ein Los erhielten, seien daher dem Risiko ausgesetzt, marginalisiert zu werden oder sogar Insolvenz anmelden zu müssen. Der Markt für diesen Produktbereich habe somit viele Jahre darunter gelitten, dass es zeitweise wenig – oder sogar überhaupt keinen – Wettbewerb gegeben habe, was für die Kunden von SKI und letztlich für die Steuerzahler sehr nachteilig sein könne. SKI habe daher bei der Vergabe der Rahmenvereinbarung sehr darauf geachtet, den Wettbewerb bestmöglich zu sichern, insbesondere durch die Unterteilung dieses Teilbereichs der Ausschreibung in zwei Lose (Ost und West) und durch die Anwendung eines Modells, das grundsätzlich zwei unterschiedliche Lieferanten ermögliche, was der Zielsetzung von Art. 46 der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe entspreche (vgl. in diesem Zusammenhang den 79. Erwägungsgrund [der Richtlinie]: „*Werden Aufträge in Lose unterteilt, so sollten die öffentlichen Auftraggeber beispielsweise zur Wahrung des Wettbewerbs oder zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit die Zahl der Lose, für die ein Wirtschaftsteilnehmer ein Angebot unterbreiten kann, begrenzen dürfen; ebenso sollten sie die Zahl der Lose begrenzen dürfen, die an einen einzigen Bieter vergeben werden können.*“). Dadurch, dass gleichzeitig festgelegt worden sei, dass für beide Lose eine Lieferung zu Preisen zu erfolgen habe, die der Bieter angeboten habe, der das wirtschaftlich günstigste Angebot abgegeben habe, habe SKI versucht, sich dagegen abzusichern, dass in spekulativer Absicht zum Nachteil der Kunden von SKI und letztlich der Steuerzahler für eines der Lose Angebote mit hohen Preisen abgegeben würden. Hätte ein Bieter somit mindestens eine Rahmenvereinbarung sicher, könnte er spekulativ Angebote mit hohen Preisen für beide Lose abgeben. Dem sei durch das Erfordernis, zum gleichen Preis wie der erfolgreiche Bieter für das Los 1 liefern zu müssen, entgegengewirkt worden.

- 24 Der Ausschreibung sei ein Marktdialog vorausgegangen. Aus den Rückmeldungen des Marktes habe sich ergeben, dass dieser das Modell sowohl als sachgerecht als auch als geeignet angesehen habe, den Wettbewerb gleichzeitig unmittelbar und auf längere Sicht zu fördern. Aus der Stellungnahme der Bibmedia A/S, die im Rahmen einer späteren Ausschreibung ebenfalls ein Angebot abgegeben habe (siehe oben), sei daher Folgendes hervorgegangen:

„Der Vorschlag von SKI, das dänische Bücher und die Aufbereitung betreffende Los 1 in das beschriebene Ost-West-Modell aufzuteilen, betrachten wir als sinnvoll, da das skizzierte Modell die Bieter dauerhaft motiviert, das attraktivste Angebot abzugeben, um den größten Teil des Volumens zugeteilt zu bekommen. Dadurch, dass es mehrere Lieferanten für Los 1 gibt, ist gewährleistet, dass es in den Folgejahren einen starken Wettbewerb geben wird und dass weiterhin Lösungen und Dienstleistungen zugunsten der Bibliotheken entwickelt werden.“

- 25 SKI halte somit daran fest, dass das Modell voll und ganz sachgerechte Gesichtspunkte verfolge, die zudem vergaberechtlich von zentraler Bedeutung seien, nämlich die Gewährleistung eines effizienten Einsatzes öffentlicher Gelder (vgl. den zweiten Erwägungsgrund der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe) und einen effektiven Wettbewerb (vgl. Erwägungsgründe 90 und 69) sowohl im Hinblick auf die in Rede stehende Ausschreibung als auch für die Zukunft im angesichts der auf diesem Markt konkret bestehenden besonderen Wettbewerbssituation.
- 26 Für die Rechtmäßigkeit des Modells spreche,
- dass der Umstand, dass dem zweitgünstigsten Bieter die Möglichkeit eingeräumt werde, es zu akzeptieren, zu den gleichen Preisen wie der günstigste Bieter zu liefern und damit den Zuschlag für Los 1 zu erhalten, keine gegen das vergaberechtliche Verhandlungsverbot, insbesondere die dem Verbot zugrundeliegenden Grundsätze und Erwägungen sowie § 56 des Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge verstoßende „Verhandlung“ darstelle;
 - dass das Ost-West-Modell im Gegenteil Ausdruck eines objektiven, mechanischen Vergabeverfahrens sei, das Anwendung finde, nachdem die Rangfolge der Angebote feststehe und ohne dass zwischen SKI und dem Bieter mit dem zweitbesten Angebot eine Interaktion stattgefunden habe, mit Ausnahme des Einverständnisses dieses Bieters, zu den in den Ausschreibungsunterlagen vorab festgelegten Bedingungen und zu den gleichen Preisen, die vom Bieter mit dem besten Angebot abgegeben worden seien, zu liefern;
 - dass es sich zudem um ein Vergabeverfahren mit Losen handele, das in den Ausschreibungsunterlagen klar und transparent beschrieben worden sei. Dieses Verfahren lasse SKI bei der Vergabe in keiner Weise einen im Widerspruch zum Grundsatz der Transparenz im Sinne von Art. 18 der

Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe stehenden Spielraum, noch ermögliche es dem Bieter, der das zweitbeste Angebot abgegeben habe, sein Angebot nach Ablauf der Frist für die Abgabe von Angeboten willkürlich zu ändern und sich dadurch unter Verletzung der Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz selbst in eine bessere Position zu bringen, als es ihm nach den Vergabebedingungen erlaubt wäre. Die Vergabe erfolge vielmehr innerhalb eines vorher für die Vergabe von Losen festgelegten und in den Ausschreibungsunterlagen beschriebenen Rahmens sowie gemäß den Vorgaben des Art. 46 der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe in einem Verfahren, das sich sowohl dem Einfluss von SKI als auch dem des Bieters entziehe;

- dass der Zuschlag nach dem Ost-West-Modell somit einheitlich auf der Grundlage einer vorherigen, sich am Zuschlagskriterium des „niedrigsten Preises“ orientierenden Bewertung der abgegebenen Angebote und gemäß einem vorher festgelegten und eindeutig beschriebenen Verfahren zur Vergabe der Lose erfolge. Da das Modell außerdem zu einem Zeitpunkt zur Anwendung komme, in dem die Rangfolge feststehe – also nach Abschluss der Bewertung –, bestehe kein Risiko für eine Verzerrung des Wettbewerbs zwischen den Bietern in Form unfairer Ungleichbehandlung.

VORBRINGEN DER BEKLAGTEN

- 27 Die Beklagte macht geltend, dass der Beschluss und die Begründung des Beschwerdeausschusses korrekt und zu bestätigen seien.
- 28 Aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung im Sinne des Art. 18 der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe und des § 2 Abs. 1 des Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge sowie aus dem sich aus diesen Bestimmungen ableitenden Verhandlungsverbot folge, dass es einem Auftraggeber untersagt sei, in einem offenen Verfahren mit einem einzelnen Bieter zu verhandeln. Dies gelte unbeschadet des Umstands, dass der Auftraggeber die Möglichkeit der Verhandlung in den Ausschreibungsunterlagen beschrieben habe.
- 29 Die Beklagte macht geltend, dass es stelle eine Verhandlung darstelle, wenn dem Bieter die Gelegenheit gegeben werde, sein Angebot nach Ablauf der Frist für die Abgabe von Angeboten zu ändern, so dass es der Preis dem entspreche, den der Niedrigstbietende angeboten habe.
- 30 Eine Situation, in der es dem Bieter ermöglicht werde, den Preis seines Angebots zu senken, so dass der Preis dem entspreche, den der Niedrigstbietende angeboten habe, sei eine Änderung des Angebots, die nach Ablauf der Frist für die Abgabe von Angeboten nicht vorgenommen werden dürfe.
- 31 Daher stelle das von SKI angewendete Ost-West-Modell eine Verhandlung im Sinne der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe dar.

- 32 Die Beklagte trägt ferner vor, dass eine solche Vorgehensweise rechtlich nicht einer Ausschreibung in Form des „offenen Verfahrens“ gemäß Art. 27 der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe entspreche (vgl. § 56 des Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge). Diese Art der Vergabe biete nämlich keine Möglichkeit für Verhandlungen, etwa dadurch, dass es einem einzelnen Bieter ermöglicht werde, sein Angebot nach Ablauf der Frist für die Abgabe von Angeboten zu ändern.
- 33 SKI hätte die Vergabe stattdessen innerhalb des von der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe festgelegten Rahmens durchführen müssen, und es sei möglich, rechtmäßige Verfahren anzuwenden, die in großem Umfang die Zielsetzung berücksichtigten, die SKI durch das Ost-West-Modell habe verfolgen wollen. So könne ein Auftraggeber einen Auftrag in Lose unterteilen, und es sei zur Sicherung des künftigen Wettbewerbs rechtlich zulässig, die Möglichkeit, dass derselbe Bieter den Zuschlag für alle Lose erhält, einzuschränken. Es sei jedoch nicht möglich, auf Grundlage der von der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe festgelegten Verfahren gleichzeitig mehrere mögliche Lieferanten und einen für alle einheitlichen Preis zu erhalten. Der Auftraggeber müsse folglich eine Wahl zwischen der Option, dass ein einziger Bieter alle Lose zu einem einheitlichen Preis zugeteilt erhalte, und der Option, dass die Lose mehreren Bietern, jedoch mit unterschiedlichen Preisen, zugeteilt werden, treffen. Entscheide sich der Auftraggeber dafür, die Möglichkeit einzuschränken, dass derselbe Bieter den Zuschlag für alle Lose erhalten könne, müsse er den Preis des nächstniedrigen Bieters für das kleinere Los akzeptieren.

BEGRÜNDUNG DER FRAGEN

- 34 Die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs in Bezug auf die in der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe festgelegten Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz und den Umfang des sich daraus ableitenden Verhandlungsverbots betrifft u. a. die Grenzen der Verwendung von Vorbehalten im Angebot sowie die Grenzen der nachträglichen Einholung und Bewertung von Informationen (vgl. u. a. Urteile des Gerichtshofs C-131/16, Archus und Gama [ECLI:EU:C:2017:358], und C-336/12, Manova [ECLI:EU:C:2013:647]) oder die Einholung von Informationen, die in einem eingereichten Angebot fehlen oder ungenau sind (vgl. Urteil C-599/10, SAG ELV Slovensko u. a. [ECLI:EU:C:2012:191]).
- 35 Ferner scheint sich der Gerichtshof mit der Reichweite des Verhandlungsverbots in Bezug auf die Ersetzung von Unternehmen, deren Kapazitäten ein Bieter in Anspruch zu nehmen beabsichtigt, befassen zu haben (vgl. insbesondere Urteil C-210/20, Rad Service u. a. [ECLI:EU:C:2021:445]).
- 36 Die Gemeinsamkeit der bisherigen Rechtsprechung scheint darin zu bestehen, dass die Reichweite des Verhandlungsverbots in Bezug auf die Möglichkeit des Auftraggebers ausgelegt wurde, Mängel des Angebots beheben zu lassen,

nachdem der Bewerber/Bieter die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Anforderungen nicht erfüllt hat, und sie betrifft daher Sachverhalte, in denen ein Bewerber/Bieter möglicherweise eine Rechtsstellung erlangt, zu der er nach den Ausschreibungsunterlagen nicht berechtigt war und die somit einen Verstoß gegen die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts darstellt (vgl. Urteile C-243/89, Kommission/Danmark [ECLI:EU:C:1993:257], C-87/94, Kommission/Belgien, [ECLI:EU:C:1996:161], sowie C-324/14, Partner Apelski Dariusz [ECLI:EU:C:2016:214]).

- 37 Der Gerichtshof hat jedoch bislang offensichtlich noch keine Gelegenheit gehabt, die Frage zu beantworten, in welchem Umfang es im Zusammenhang mit der Vergabe von Losen im Rahmen der Ausschreibungsform „offenes Verfahren“ durch das Verhandlungsverbot verwehrt ist, dass einem Bieter, der nicht das wirtschaftliche günstigste Angebot abgegeben hat, nach Ablauf der Frist für die Abgabe von Angeboten und in Übereinstimmung mit den in den Ausschreibungsunterlagen vorab festgelegten Bedingungen zu ermöglichen, es zu akzeptieren, die ein einzelnes Los betreffenden Dienstleistungen zum selben Preis zu erbringen wie der Bieter, der das wirtschaftlich günstigste Angebot abgegeben und daher den Zuschlag für ein anderes Los erhalten hat.

ES WIRD BESCHLOSSEN:

- 38 Der Gerichtshof wird darum ersucht, die folgende Frage zu beantworten:

Verwehren es die in Art. 18 der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe genannten Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung und das sich daraus ableitende Verhandlungsverbot, dass einem Bieter, der im Rahmen eines offenen Verfahrens der Vergabe von Losen (vgl. Art. 27 und Art. 46 der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe) das wirtschaftlich zweitgünstigste Angebot abgegeben hat, die Möglichkeit eingeräumt wird, die in einem Los ausgeschriebenen Dienstleistungen nach Ablauf der Frist für die Abgabe von Angeboten und in Übereinstimmung mit den in den Ausschreibungsunterlagen vorab festgelegten Bedingungen unter den gleichen Voraussetzungen zu erbringen wie der Bieter, der das wirtschaftlich günstigste Angebot abgegeben und daher den Zuschlag für ein gleichzeitig ausgeschriebenes anderes Los erhalten hat?

... [nicht übersetzt]