

Rechtssache C-578/23**Zusammenfassung des Vorabentscheidungsersuchens gemäß Art. 98 Abs. 1
der Verfahrensordnung des Gerichtshofs****Eingangsdatum:**

19. September 2023

Vorlegendes Gericht:Nejvyšší správní soud (Česká republika) (Oberstes
Verwaltungsgericht, Tschechische Republik)**Datum der Vorlageentscheidung:**

12. September 2023

Klägerin:Tschechische Republik – Generální finanční ředitelství
(Generalfinanzdirektion)**Beklagter:**Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Amt für
Wettbewerbsschutz)**Gegenstand des Ausgangsverfahrens**

Streitgegenstand ist die Frage, ob die Voraussetzungen für die Vergabe eines öffentlichen Auftrags im Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung erfüllt waren und ob u. a. die Rechtsvorgängerin der Klägerin¹ bei Abschluss des Vertrags über die Systemintegration für das Informationssystem ADIS (im Folgenden: ursprünglicher Vertrag) den künftigen Bedarf an Basisdienstleistungen für das Informationssystem ADIS (im Folgenden: IS ADIS) kannte und vernünftigerweise erwarten musste bzw. ob sie den Bedarf der Vergabe von Folgeaufträgen vorausgesehen hat.

¹ Česká republika – Ministerstvo financí (Tschechische Republik, Finanzministerium). Die Klägerin wurde 2013 als eigenständige Organisationseinheit des Staates gegründet und trat in Fragen der Steuerverwaltung in die Position des Finanzministeriums ein, dem sie jedoch weiterhin unterstellt ist.

Gegenstand des Vorabentscheidungsersuchens

Das vorliegende Gericht befasst sich mit der Frage, ob bei der Beurteilung der materiellen Voraussetzung für das Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung die Tatsachen und die Rechtslage zum Zeitpunkt des Abschlusses des ursprünglichen Vertrags berücksichtigt werden müssen.

Vorabentscheidungsfrage

Ist bei der Beurteilung, ob die materielle Voraussetzung für die Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne Veröffentlichung erfüllt ist, d. h., ob der öffentliche Auftraggeber durch sein Verhalten keinen Ausschließlichkeitszustand nach Art. 31 Abs. 1 Buchst. b [der Richtlinie 2004/18] herbeigeführt hat, zu berücksichtigen, unter welchen rechtlichen und tatsächlichen Umständen der Vertrag über die ursprüngliche Leistung geschlossen wurde, auf dem die folgenden öffentlichen Aufträge beruhen?²

Angeführte Bestimmungen des Unionsrechts

Art. 28 der Richtlinie 2004/18 (Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge).

Art. 31 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 (Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung).

Angeführte Bestimmungen des nationalen Rechts

Gemäß § 21 Abs. 2 des Gesetzes Nr. 137/2006 Slg. über das öffentliche Auftragswesen (Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, im Folgenden: Gesetz über das öffentliche Auftragswesen) konnte der öffentliche Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag in einem offenen oder nichtoffenen Verfahren und unter bestimmten Voraussetzungen in einem Verhandlungsverfahren mit Veröffentlichung oder in einem Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung vergeben.

Gemäß § 23 Abs. 4 Buchst. a des Gesetzes über das öffentliche Auftragswesen konnte der öffentliche Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag in einem Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung auch dann vergeben, wenn der öffentliche Auftrag aus technischen oder künstlerischen Gründen, zum Schutz von Ausschließlichkeitsrechten oder aus Gründen, die sich aus einer besonderen Rechtsvorschrift ergeben, nur von einem bestimmten Anbieter ausgeführt werden kann.

² Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (im Folgenden: Richtlinie 2004/18).

Kurze Darstellung des Sachverhalts und des Ausgangsverfahrens

- 1 Die Rechtsvorgängerin der Klägerin schloss den ursprünglichen Vertrag mit der IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation am 29. Juni 1992. Auf dessen Grundlage wurde das IS ADIS geschaffen, das nach wie vor das wichtigste Informationssystem für die Steuerverwaltung in der Tschechischen Republik ist.
- 2 Am 1. März 2016 leitete die Klägerin ein Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung gemäß § 23 Abs. 4 Buchst. a des Gesetzes über das öffentliche Auftragswesen ein und vergab am 20. Mai 2016 den Auftrag „ADIS Basis-Kundendienst 2016“. Sie tat dies auf der Grundlage eines Sachverständigengutachtens und eines Rechtsgutachtens, und zwar aus technischen Gründen³ und zum Schutz des Urheberrechts von IBM Česká republika, spol. s r. o. (im Folgenden: Anbieter)⁴ am Quellcode von IS ADIS. Gegenstand des Vertrags war die grundlegende Wartung des IS ADIS nach Ablauf der Garantiezeit. Am 20. Mai 2016 schloss die Klägerin mit dem Anbieter einen Werkvertrag über einen öffentlichen Auftrag. Der Preis für den öffentlichen Auftrag belief sich auf 33 294 389 CZK ohne Mehrwertsteuer.
- 3 Am 9. Oktober 2017 entschied der Beklagte, dass die Klägerin eine Ordnungswidrigkeit begangen habe, weil die Voraussetzungen für die Möglichkeit der Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne Veröffentlichung nach § 23 Abs. 4 Buchst. a des Gesetzes über das öffentliche Auftragswesen nicht erfüllt gewesen seien. Sie habe nämlich nicht nachgewiesen, dass der Auftrag aus technischen Gründen nur von dem angesprochenen Anbieter ausgeführt werden könne. Gleichzeitig sei die Notwendigkeit des Schutzes von ausschließlichen Rechten der Klägerin durch das frühere Vorgehen der Rechtsvorgängerin der Klägerin schuldhaft geschaffen worden.
- 4 Die Klägerin legte gegen diese Entscheidung Widerspruch ein, der vom Vorsitzenden des Beklagten abgewiesen wurde. Er schloss sich den Schlussfolgerungen des Beklagten an und fügte hinzu, es handele sich nicht um eine technische Unmöglichkeit hinsichtlich der Erfüllung des Auftragsgegenstands durch einen anderen Anbieter, sondern um eine tatsächliche Folge der Ausschließlichkeit⁵ der Urheberrechte des Anbieters, was den Rückgriff auf ein Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung nicht zulasse.

³ Ohne eine Verbindung zum Kern und zu anderen Modulen ist das unabhängige Funktionieren der Module, ihre Verwaltung und Entwicklung nicht möglich; die Module können nicht voneinander getrennt werden; der Gegenstand des öffentlichen Auftrags greift in bestehende Module ein; IS ADIS wird von einem Anbieter entwickelt und weiterentwickelt, der Inhaber der Lizenzrechte ist und IS ADIS kennt; es bedarf technischer Kontinuität, Stetigkeit und Weiterentwicklung von IS ADIS.

⁴ Deren einziger Gesellschafter war im Jahr 1992 die IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation.

⁵ Der Ausschließlichkeitszustand wird in der Vorlageentscheidung als „die Notwendigkeit der Ausführung des Auftrags durch nur einen bestimmten Anbieter“ definiert.

- 5 Die Klägerin erhob gegen die Entscheidung des Vorsitzenden des Beklagten beim Krajský soud v Brně (Regionalgericht Brno [Brünn], im Folgenden: Regionalgericht) eine Klage, die abgewiesen wurde. Das Regionalgericht vertrat die Auffassung, dass die Vergabe eines öffentlichen Auftrags im Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung ausnahmsweise möglich sei, wenn hierfür Gründe nach § 23 Abs. 4 Buchst. a des Gesetzes über das öffentliche Auftragswesen vorlägen (formelle Voraussetzung), die der öffentliche Auftraggeber aber nicht habe vorhersehen können und die ihm nicht zuzurechnen seien (materielle Voraussetzung).
- 6 Das Regionalgericht hielt es für wesentlich, dass die Rechtsvorgängerin der Klägerin durch ihr Verhalten beim Abschluss des ursprünglichen Vertrags den Zustand der Ausschließlichkeit der Urheberrechte des Anbieters herbeigeführt habe. Gleichzeitig stellte es fest, dass es sich bei IS ADIS nicht um ein Informationssystem handle, bei dem eine kurze Lebensdauer zu erwarten sei. Zudem betreffe es den Bereich der Besteuerung, der objektiv einem ständigen Wandel unterworfen ist. Der Bedarf an späterer technischer Unterstützung sei daher offensichtlich gewesen.
- 7 Nach Ansicht des Regionalgerichts hat die Klägerin nicht nachgewiesen, dass es zum Zeitpunkt des Abschlusses des ursprünglichen Vertrags einen einzig möglichen Anbieter gab, und es führte weiter aus, dass die Bedingungen für die Anschlussvergabe anhand der zum Zeitpunkt der Anschlussvergabe geltenden gesetzlichen Bestimmungen zu beurteilen seien.
- 8 Die Klägerin hat beim vorlegenden Gericht Kassationsbeschwerde gegen das Urteil des Regionalgerichts eingelegt.

Wesentliches Vorbringen der Parteien des Ausgangsverfahrens

- 9 Die Klägerin macht geltend, dass der Anbieter zum Zeitpunkt des Abschlusses des ursprünglichen Vertrags der einzig mögliche Anbieter gewesen sei, der in der Lage gewesen sei, die geforderte Leistung zu erbringen (Lieferung von Servern mit eigenem Betriebssystem und Gewährleistung des Dienstes und der Fernüberwachung). Die Rechtsvorgängerin der Klägerin habe zum Zeitpunkt des Abschlusses des ursprünglichen Vertrags vernünftigerweise nicht vorhersehen können, dass in Zukunft ein Bedarf an zusätzlichen, für den weiteren Betrieb des IS ADIS erforderlichen Tätigkeiten bestehen würde. Die Klägerin selbst habe den Zustand der Ausschließlichkeit nicht herbeigeführt. Der Zustand der Ausschließlichkeit sei auch nicht von ihrer Rechtsvorgängerin geschaffen worden.
- 10 Die Klägerin habe versucht, sich aus ihrer Abhängigkeit von dem Anbieter zu befreien – sie habe nämlich keinen Zugang zu allen Quellcodes des IS ADIS gehabt. Der Anbieter habe ihr jedoch im Jahr 2015 mitgeteilt, dass er nicht beabsichtige, die an IS ADIS bestehenden Urheberrechte zu übertragen. Zum Zeitpunkt des Abschlusses des ursprünglichen Vertrags sei es auch nicht möglich gewesen, eine vollständige Abtretung der an IS ADIS bestehenden Urheberrechte

zu erhalten, da einige der Komponenten vom Anbieter und seinen Partnern weltweit kommerziell genutzt würden.

- 11 Als der ursprüngliche Vertrag geschlossen worden sei, habe es keine Rechtsvorschriften zum Urheberrecht und zum öffentlichen Vergaberecht gegeben. Die Rechtslage zum Zeitpunkt des Abschlusses des ursprünglichen Vertrags sei für die Beurteilung des späteren Vorgehens der Klägerin von zentraler Bedeutung.
- 12 Wenn die Klägerin nun ein Vergabeverfahren für die Lieferung eines neuen Informationssystems durchführen würde, würde sie die in das IS ADIS investierten Mittel entwerten und riskieren, dass dieses Vorgehen als unwirtschaftlich und ineffizient eingestuft würde.
- 13 Der Beklagte macht geltend, die Klägerin habe aufgrund der Ausschließlichkeit des ursprünglichen Vertrags von 1992 das IS ADIS ausschließlich im Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung bis mindestens Ende 2019 fortgeführt; dabei beweise das Sachverständigengutachten nicht, dass der ausgewählte Bewerber aus technischen Gründen der einzig mögliche Anbieter des Systems gewesen sei.
- 14 Im Verwaltungsverfahren sei nicht sicher festgestellt worden, ob der Zustand der Ausschließlichkeit in Bezug auf den Grund des Schutzes der ausschließlichen Rechte überhaupt bestehe. Es reiche also aus zu prüfen, ob der mögliche Zustand der Ausschließlichkeit schuldhaft herbeigeführt worden sei.
- 15 Aus dem Wortlaut des ursprünglichen Vertrags ergebe sich, dass der Vertragsgegenstand die Einführung eines Steuerverwaltungssystems in drei Phasen sei. Nach dem ursprünglichen Vertrag hätte nur die erste Phase durchgeführt werden sollen. Für IS ADIS sei daher seine langfristige Funktionalität vorgesehen gewesen.

Analyse der Vorlagefrage

- 16 Das vorliegende Gericht prüfte zunächst die materielle Voraussetzung des oben genannten Verhandlungsverfahrens ohne Veröffentlichung. Nach Ansicht des vorliegenden Gerichts ergibt sich aus der nationalen Rechtsprechung des Nejvyšší správní soud (Oberstes Verwaltungsgericht), dass *„das Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung angewandt werden kann, wenn die Gründe für seine Anwendung objektiv, d. h. unabhängig vom Willen des öffentlichen Auftraggebers, sind“*⁶, und dass *„sich aus den in Art. 31 der Richtlinie [2004/18] sowie in § 23 Abs. 4 des Gesetzes [über das öffentliche Auftragswesen] festgelegten Bedingungen eindeutig der Schluss ziehen lässt, dass vom öffentlichen*

⁶ Urteil des Nejvyšší správní soud vom 11. Januar 2013, AZ 5 Afs 43/2012-54, Nr. 2790/2013 Slg. NSS, Ministerstvo zemědělství (Landwirtschaftsministerium).

*Auftraggeber selbst kein, Zustand der Ausschließlichkeit ‘ (d. h. die unbedingte Notwendigkeit der Erfüllung des Auftrags durch nur einen bestimmten Anbieter) geschaffen werden kann“.*⁷

- 17 Gleichzeitig verwies das vorliegende Gericht auf den 50. Erwägungsgrund 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, wonach „... *Ausschließlichkeit auch aus anderen Gründen erwachsen [kann], doch nur Situationen einer objektiven Ausschließlichkeit den Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung rechtfertigen [können], sofern die Ausschließlichkeitssituation nicht durch den öffentlichen Auftraggeber selbst mit Blick auf das anstehende Vergabeverfahren herbeigeführt wurde.*“ Nach Art. 32 Abs. 2 Buchst. b dieser Richtlinie kann das Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung bei öffentlichen Aufträgen angewandt werden, unter anderem beim Schutz ausschließlicher Rechte, wenn es „*keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt*“ und wenn „*der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter ist*“. Obwohl die Frist für die Umsetzung der Richtlinie zum Zeitpunkt der Einleitung des Ausschreibungsverfahrens noch nicht abgelaufen war, geht das vorliegende Gericht davon aus, dass es sich dabei lediglich um die ausdrückliche Äußerung einer bereits bestehenden Regelung handelte.⁸
- 18 Auch wenn sich der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung noch nicht mit der Frage befasst hat, ob es für die Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne Veröffentlichung erforderlich ist, dass der Grund, aus dem der Auftrag gemäß Art. 31 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 nur an einen bestimmten Wirtschaftsteilnehmer vergeben werden kann, nicht dem öffentlichen Auftraggeber zuzurechnen ist, hält das vorliegende Gericht die Auslegung des Unionsrechts in dieser Hinsicht für einen *acte clair*.
- 19 Das vorliegende Gericht hat jedoch Zweifel daran, ob bei der Beurteilung dieser materiellen Voraussetzung die Tatsachen und die Rechtslage zu dem Zeitpunkt zu berücksichtigen sind, zu dem der öffentliche Auftraggeber den Zustand der Ausschließlichkeit herbeigeführt haben soll. In diesem Fall stellt sich nämlich die Frage, ob die Rechtsvorgängerin der Klägerin durch die Begründung von Eigentumsrechten im ursprünglichen Vertrag zu IS ADIS im Jahr 1992 schuldhaft einen Ausschließlichkeitszustand zugunsten des Anbieters geschaffen hat, der die Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne Veröffentlichung für den folgenden öffentlichen Auftrag im Jahr 2016 (d. h. 24 Jahre später) ausschließt.

⁷ Urteil des Nejvyšší správní soud vom 12. Mai 2016, AZ 1 As 256/2015-95, Nr. 3436/2016 Slg. NSS, Dopravní podnik hl. m. Prahy (Verkehrsunternehmen der Hauptstadt Prag).

⁸ Das vorliegende Gericht verweist z. B. auf den 51. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe.

- 20 Was den Sachverhalt und die Rechtslage zum Zeitpunkt des ursprünglichen Vertragsschlusses betrifft, so war die Tschechische Republik (bzw. die Tschechische und Slowakische Föderative Republik) zu diesem Zeitpunkt nicht Mitglied der Europäischen Union (bzw. der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft). Gleichzeitig gab es keine einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften über das öffentliche Vergabewesen, sondern nur die knappen Grundsätze der Regierung zur Vergabe öffentlicher Aufträge, die ab dem 1. Juli 1992 in Kraft waren, d. h. relativ lange nach Beginn der Verhandlungen über den Abschluss des ursprünglichen Vertrags. Die erste umfassende Regelung wurde mit dem Gesetz Nr. 199/1994 Slg. über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Zákon č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek) mit Wirkung vom 1. Januar 1995 erlassen. Was die Regelung der Lizenzbedingungen für IS ADIS angeht, so war zum Zeitpunkt des ursprünglichen Vertragsabschlusses das Gesetz Nr. 35/1965 Slg. über Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst – Urheberrechtsgesetz (Zákon č. 35/1965 Sb., o dílech literárních, vědeckých a uměleckých – autorský zákon) in seiner bis zum 31. Dezember 1993 geltenden Fassung in Kraft. Insoweit trifft die Behauptung der Klägerin, es habe keine Rechtsvorschriften über das Urheberrecht gegeben, nicht zu, auch wenn nicht übersehen werden darf, dass die Erfahrungen mit dem Abschluss von Verträgen, die Urheberrechte in komplexen Systemen wie dem IS ADIS betrafen, seinerzeit ganz andere waren.
- 21 So konnte die Rechtsvorgängerin der Klägerin zum Zeitpunkt des Abschlusses des ursprünglichen Vertrags berechtigterweise davon ausgehen, dass auch der Folgeauftrag an denselben Anbieter vergeben werden kann, ohne dass sichergestellt werden muss, dass auch andere Anbieter ein Angebot für die Erbringung der geforderten Leistung abgeben können. Nach Ansicht der Klägerin war zum Zeitpunkt des Abschlusses des ursprünglichen Vertrags der Anbieter der einzig mögliche Anbieter, so dass sie nicht ohne weiteres davon ausgehen musste, dass die folgende Leistung auch von anderen Anbietern übernommen werden könnte.
- 22 Nach Ansicht des vorlegenden Gerichts besteht in Bezug auf die Vorlagefrage offensichtlich ein Widerspruch in der nationalen Rechtsprechung.
- 23 In seinem Urteil vom 30. November 2021, AZ 3 As 60/2020-64, Statutární město Brno (Statutarische Stadt Brünn), vertrat der Nejvyšší správní soud (Oberstes Verwaltungsgericht) die Auffassung, dass die Entstehung der Ausschließlichkeit im Licht des Zeitpunkts der Entstehung einer solchen Beziehung, der einschlägigen Rechtsvorschriften (einschließlich der Tatsache, dass die Tschechische Republik zu diesem Zeitpunkt nicht Mitglied der Europäischen Union war) und der damaligen Geschäftspraktiken zu beurteilen sei. In diesem Fall hätte der öffentliche Auftraggeber den Zustand der Ausschließlichkeit im Jahr 1998 geschaffen, indem er die Lizenzbedingungen im Werkvertrag zum Informationssystem festlegte. Für diese Lösung spricht, dass, wenn ein Verschulden des öffentlichen Auftraggebers bei der Vergabe des ursprünglichen Auftrags für die Erfüllung des materiellen Aspekts notwendig wäre, eine Anwendung der gegenwärtigen gesetzlichen Regelung der öffentlichen

Auftragsvergabe im Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung rückwirkend nur schwierig möglich wäre. In diesem Zusammenhang sind auch das Rückwirkungsverbot und die Rechtssicherheit in Betracht zu ziehen. Ein weiterer Grund für die Berücksichtigung des Sachverhalts und der Rechtslage zum Zeitpunkt der Vergabe des ursprünglichen Auftrags besteht darin, dass der öffentliche Auftraggeber gleichzeitig verpflichtet gewesen wäre, eine der offeneren Formen des Ausschreibungsverfahrens anzuwenden, obwohl aus technischen Gründen oder aus Gründen des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten, die ihren Ursprung in einer Zeit haben, in der einschlägige Rechtsvorschriften fehlten, nur ein bestimmter Anbieter die Leistung erbringen konnte.

- 24 In seinem Urteil vom 12. März 2020, AZ 10 As 372/2019-56, Ministerstvo financí (Finanzministerium), kam der Nejvyšší správní soud (Oberstes Verwaltungsgericht) jedoch zu dem gegenteiligen Schluss, dass *„eine vernünftige Betrachtung des Umfelds der Auftragsvergabe dagegen spricht, einen Zustand der Ausschließlichkeit zu akzeptieren, der ‚ewig‘ (über mehrere Jahrzehnte) andauert, nur weil neu entstehende Verträge auf ‚vor langer Zeit‘ geschlossenen Verträgen aufbauen“*. Auch in diesem Fall hätte der öffentliche Auftraggeber mit dem Abschluss eines Vertrags über ein Informationssystem einen Zustand der Ausschließlichkeit geschaffen, und zwar im Jahr 1995. Für diese Lösung spricht, dass die Ausnahmen, die die Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne Veröffentlichung erlauben, nach Ansicht des Gerichtshofs restriktiv auszulegen sind. Die Klägerin hat den Folgeauftrag während der Geltung des Gesetzes über das öffentliche Auftragswesen und der Richtlinie 2004/18 vergeben. Sie unterlag daher der Anforderung, den Zustand der Ausschließlichkeit nicht durch eigenes Verhalten zu verschulden. Von 1992 bis 2016 hätte die Klägerin (bzw. ihre Rechtsvorgängerin) entweder neue vertragliche Regelungen für urheberrechtliche Schutzrechte aushandeln können, so dass sie die Aufträge in einer der offeneren Formen des Ausschreibungsverfahrens hätte vergeben können, oder sie hätte mit der Beschaffung eines neuen Informationssystems beginnen können, auch um den Preis vorübergehend erhöhter Kosten, was aber langfristig zu Einsparungen hätte führen können. Daher kann die Situation zum Zeitpunkt des Abschlusses des ursprünglichen Vertrags nicht geltend gemacht werden, wenn der Zustand der Ausschließlichkeit nach der Verabschiedung der einschlägigen Rechtsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen fortbesteht. Für die Beurteilung, ob das Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung anwendbar ist, ist daher grundsätzlich der Zeitpunkt zu berücksichtigen, zu dem die Entscheidung, den Auftrag in dieser Form zu vergeben, getroffen worden ist.⁹
- 25 Das vorliegende Gericht ist nicht davon überzeugt, dass eine der Auslegungsvarianten als klar, plausibel und offensichtlich überzeugender als die anderen angesehen werden kann. Darüber hinaus hält das Gericht die Frage, ob

⁹ Urteil des Gerichtshofs vom 5. Oktober 2000, Kommission/Frankreich (C-337/98, EU:C:2000:543, Rn. 37).

bei der Beurteilung der – in der Rechtsprechung des Gerichtshofs noch nicht behandelten – materiellen Voraussetzung die Tatsachen und die Rechtslage zu dem Zeitpunkt zu berücksichtigen sind, zu dem der öffentliche Auftraggeber den Zustand der Ausschließlichkeit herbeigeführt hat, nicht nur für den vorliegenden Fall, sondern auch für andere öffentliche Auftraggeber in ähnlichen Fällen für wesentlich.

ARBEITSDOKUMENT