

Europäischer Gerichtshof zum Ausschluss von Angeboten

# Wenn zwei Bieter miteinander verbunden sind

In dem Vorabentscheidungsersuchen des Bayerischen Obersten Landesgerichts an den Europäischen Gerichtshof (EuGH, C-416/21 vom 15. September 2022) geht es um den Ausschluss von Angeboten zweier miteinander verbundener Bieter. In dem zugrunde liegenden Verfahren beabsichtigte der öffentliche Auftraggeber, im offenen Verfahren Busverkehrsdienstleistungen zu vergeben. An dem Verfahren beteiligten sich unter anderem die beiden Antragsteller und die Beigeladene. Die Angebote der zwei Antragsteller wurden dabei jeweils von der gleichen Person – einmal als Inhaber des Antragstellers zu 1), einem eingetragenen Kaufmann, und einmal als Geschäftsführer der Antragstellerin zu 2) – unterschrieben. Der Auftraggeber schloss beide Angebote wegen Verstoßes gegen das Gebot des Geheimwettbewerbs und wegen Wettbewerbsverfälschung aus, da sie von der gleichen Person gefertigt worden seien. Nachdem der Auftraggeber die Rügen der Antragsteller zurückgewiesen hatte, beantragten diese die Nachprüfung.

## Angebote wieder in die Prüfung aufnehmen

Die Vergabekammer gab dem Auftraggeber auf, die Angebote der beiden Antragsteller wieder in die Prüfung aufzunehmen, weil diese zu Unrecht wegen Verstoßes gegen den Grundsatz des Geheimwettbewerbs vom Verfahren ausgeschlossen worden seien. Art. 101 AEUV sei nicht anwendbar, wenn die Absprache oder die Verhaltensweisen, die von Unternehmen angewandt würden, die eine wirtschaftliche Einheit bildeten, wie dies bei den Antragstellern der Fall sei. Die Angebote stellten auch keine unzulässigen Doppelangebote dar. Sie stammten von unterschiedlichen, wenn auch stark miteinander verflochtenen Unternehmen.

Gegen den Beschluss der Vergabekammer legte der Auftraggeber sofortige Beschwerde beim Bayerischen Obersten Landesgericht ein, der sich die Beigeladene anschloss. Er machte geltend, es verstoße gegen die Interessen der übrigen Bieter und verletze den Gleichbehandlungsgrundsatz sowie die Wettbewerbsregeln, wenn zwei Bieter, die eine wirtschaftliche Einheit bildeten, gestattet würde, an dem Vergabeverfahren teilzunehmen, weil diese Bieter ihre jeweiligen Angebote abstimmen könnten. Die Antragsteller sind hingegen der Auffassung, der Ausschluss eines Bieters mit der Begründung eines Verstoßes ge-



Um die Vergabe von Busverkehrsdienstleistungen (Symbolbild) gab es Streit.

FOTO: DPA/JENS SCHLÜTER

gen die Wettbewerbsregeln sei nur dann möglich, wenn die betreffende Situation unter Art. 101 AEUV falle. Zudem stehe die abschließende Regelung der Ausschlussgründe in der Richtlinie 2014/24/EU einem Rückgriff auf den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter entgegen.

Der Senat hat das Beschwerdeverfahren ausgesetzt und dem EuGH zur Vorabentscheidung folgende Fragen vorgelegt.

1. Muss der öffentliche Auftraggeber i.S.d. Art. 57 Abs. 4 d) Richtlinie 2014/24/EU über hinreichend plausible Anhaltspunkte für einen Verstoß der Wirtschaftsteilnehmer gegen Art. 101 AEUV verfügen?  
2. Stellt Art. 57 Abs. 4 Richtlinie 2014/24/EU insofern eine abschließende Regelung der fakultativen Ausschlussgründe dar, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung (Art. 18 Abs. 1 dieser Richtlinie) – bei Abgabe weder eigenständiger noch unabhängiger Angebote – einer Zuschlagserteilung nicht entgegenstehen kann?

3. Steht Art. 18 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU einer Erteilung des Zuschlags an Unternehmen entgegen, die eine wirtschaftliche Einheit bilden und jeweils ein Angebot abgegeben haben?

Auf die erste Frage antwortet der EuGH, dass der in Art. 57 Abs. 4 Unterabs. 1 d) Richtlinie 2014/24/EU genannte fakultative

Ausschlussgrund zwar Situationen erfasse, in denen hinreichend plausible Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass Wirtschaftsteilnehmer eine gegen Art. 101 AEUV verstoßende Vereinbarung geschlossen haben, aber nicht auf die in diesem Artikel angeführten Vereinbarungen beschränkt sei.

## Wettbewerbswidrige Vereinbarungen

Der EuGH stellt fest, dass eine Vereinbarung im Sinne von Art. 101 AEUV zwar unter den fakultativen Ausschlussgründen des Art. 57 Abs. 4 Unterabs. 1 d) Richtlinie 2014/24/EU fällt, der Anwendungsbereich dieser Vorschrift jedoch weiter ist und auch den Abschluss wettbewerbswidriger Vereinbarungen, die nicht unter Art. 101 AEUV fallen, durch Wirtschaftsteilnehmer umfasst. Dass eine Vereinbarung zwischen zwei Wirtschaftsteilnehmern nicht unter Art. 101 AEUV falle, schließe daher nicht schon an sich aus, dass sie von diesem fakultativen Ausschlussgrund erfasst werden könne.

Allerdings weist der EuGH darauf hin, dass sich Art. 57 Abs. 4 Unterabs. 1 d) Richtlinie 2014/24/EU auf den Fall beziehe, dass genügend Anhaltspunkte da-

für bestehen, dass zwischen zwei oder mehr Wirtschaftsteilnehmern eine Vereinbarung geschlossen worden sei, die auf eine Verzerrung des Wettbewerbs abziele. Dies setze zwingend eine Willensübereinstimmung zwischen mindestens zwei Wirtschaftsteilnehmern voraus.

Im Ausgangsverfahren könne nicht davon ausgegangen werden, dass zwei Wirtschaftsteilnehmer, deren Entscheidungsfindung im Wesentlichen über dieselbe natürliche Person laufe, untereinander „Vereinbarungen“ schließen könnten, da nicht ersichtlich sei, dass es zwei verschiedene Willensäußerungen gäbe, die übereinstimmen könnten. Es obliege allerdings dem vorlegenden Gericht, zu prüfen, ob in Anbetracht der zwischen den beiden Wirtschaftsteilnehmern bestehenden Verbindung eine Möglichkeit bestehe, dass sie derartige Vereinbarungen, die auf eine Verzerrung des Wettbewerbs abzielen, schließen würden. Sollte dies nicht der Fall sein, sei der in Art. 57 Abs. 4 Unterabs. 1 d) Richtlinie 2014/24/EU vorgesehene Ausschlussgrund auf ihre Situation nicht anwendbar.

Mit der zweiten und der dritten Frage möchte das vorliegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob Art. 57 Abs. 4 Richtlinie 2014/24/EU i.V.m. Art. 80 Abs. 1

Unterabs. 3 Richtlinie 2014/25/EU dahin auszulegen ist, dass Art. 57 Abs. 4 die fakultativen Ausschlussgründe abschließend regelt, sodass der in Art. 36 Abs. 1 Richtlinie 2014/25/EU vorgesehene Gleichbehandlungsgrundsatz der Vergabe des betreffenden Auftrags an Wirtschaftsteilnehmer, die eine wirtschaftliche Einheit bilden und deren Angebote trotz getrennter Abgabe weder eigenständig noch unabhängig sind, nicht entgegenstehen kann.

Beide Fragen prüft der EuGH zusammen. Er kommt zu dem Ergebnis, dass Art. 57 Abs. 4 Richtlinie 2014/24/EU die fakultativen Ausschlussgründe abschließend regelt, mit denen der Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren aus Gründen gerechtfertigt werden kann, die sich, gestützt auf objektive Anhaltspunkte, auf dessen berufliche Eignung sowie auf einen Interessenkonflikt oder eine aus dessen Einbeziehung in dieses Verfahren resultierende Wettbewerbsverzerrung beziehen. Aus Art. 57 Abs. 4 Richtlinie 2014/24/EU folge jedoch nicht, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 36 Abs. 1 Richtlinie 2014/25/EU der Vergabe eines Auftrags an Wirtschaftsteilnehmer, die eine wirtschaftliche Einheit bilden und deren An-

gebote trotz getrennter Abgabe weder eigenständig noch unabhängig seien, nicht entgegenstehen könne.

Denn eine solche abschließende Aufzählung schließe nicht die Befugnis der Mitgliedstaaten aus, materiell rechtliche Vorschriften aufrechtzuerhalten oder einzuführen, durch die unter anderem gewährleistet werden solle, dass bei öffentlichen Aufträgen der Grundsatz der Gleichbehandlung und der Grundsatz der Transparenz eingehalten würden, die von den Vergabestellen bei jedem Vergabeverfahren zu beachten seien. Dies gelte allerdings nur, wenn die Verhältnismäßigkeit gewahrt sei.

## Weder eigenständig noch unabhängig

Bei miteinander verbundenen Bietern wäre der Grundsatz der Gleichbehandlung in Art. 36 Abs. 1 Richtlinie 2014/25/EU verletzt, wenn man zuließe, dass diese Bieter abgesprochene oder abgestimmte, das heißt, weder eigenständige noch unabhängige, und ihnen deshalb gegenüber den anderen Bietern möglicherweise ungerechtfertigte Vorteile verschaffende Angebote einreichen könnten.

Zur Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit müsse die Vergabestelle die Tatsachen prüfen und würdigen, um zu bestimmen, ob das Verhältnis zwischen zwei Einheiten den Inhalt der einzelnen abgegebenen Angebote konkret beeinflusst habe, wobei die Feststellung eines solchen wie auch immer gearteten Einflusses genüge, um die betreffenden Einheiten von dem Verfahren ausschließen zu können. Die Feststellung, dass die Verbindungen zwischen den Bietern den Inhalt ihrer im Rahmen desselben Verfahrens eingereichten Angebote beeinflusst hätten, genüge nämlich dafür, dass diese Angebote von der Vergabestelle nicht berücksichtigt werden dürften, denn die Angebote müssten eigenständig und unabhängig abgegeben werden, wenn sie von miteinander verbundenen Bietern stammten.

Diese Erwägungen würden erst recht für Bieter gelten, die nicht lediglich miteinander verbunden seien, sondern eine wirtschaftliche Einheit bildeten.

Gelange das vorliegende Gericht bei seiner Prüfung und Würdigung zu dem Ergebnis, dass die Angebote nicht eigenständig und unabhängig abgegeben worden seien, stünde Art. 36 Abs. 1 Richtlinie 2014/25/EU somit der Vergabe des fraglichen Auftrags an die Bieter entgegen, die derartige Angebote abgegeben hätten. > FV

Ausschreibungen für Bayern

## Auftrag **online** finden: Einfach. Schnell. Effizient.

- ✓ Benachrichtigungen per E-Mail
- ✓ Vergabeunterlagen online
- ✓ Viele weitere Vorteile finden Sie unter [www.bsz.de/business](http://www.bsz.de/business)

Webbasiert inkl.  
GAEB online

Aktuelle  
Ausschreibungen  
warten auf Ihren Abruf