Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
vom 22. November 2017 [1]

Rechtssache C-531/16

Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras,
„Ecoservice projektai“ UAB, früher „Specializuotas transportas“ UAB,
Streithelfer:
„VSA Vilnius“ UAB,
„Švarinta“ UAB,
„Specialus autotransportas“ UAB,
„Ecoservice“ UAB

(Vorabentscheidungsersuchen des Lietuvos Aukščiausiasis Teismas [Oberster Gerichtshof, Litauen])

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Richtlinie 2004/18/EG – Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge – Gleichbehandlung – Transparenz – Effektiver Wettbewerb zwischen den Bietern – Verbindungen zwischen Bietern, die in demselben Verfahren eigenständige Angebote eingereicht haben – Offenlegungspflicht der miteinander verbundenen Bieter – Pflichten des öffentlichen Auftraggebers und des nationalen Gerichts“

1. Wenn zwei oder mehr Bieter, zwischen denen gewisse Verbindungen bestehen, in Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge ihre Angebote einreichen, kann der Verdacht entstehen, dass sie zulasten der Transparenz und anderer unionsrechtlicher Regeln oder Grundsätze dieser Verfahren koordiniert (oder sogar kollusiv) vorgehen.

2. Dies ist der Hintergrund der Vorlagefragen, die der Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Oberster Gerichtshof, Litauen) in Anbetracht dessen vorlegt, dass zwei Tochtergesellschaften einer dritten Gesellschaft u. a. die Erteilung des Zuschlags für die Sammlung und Beförderung von Abfällen in einer litauischen Gemeinde anstrebten.

3. Mit seinen Fragen möchte das vorlegende Gericht letztlich wissen, ob diese Bieter selbst bei Fehlen einer spezifischen Regelung verpflichtet sind, ihre Verbindungen gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber offenzulegen, und wie der öffentliche Auftraggeber handeln muss, wenn ihm das Bestehen dieser Verbindungen bekannt ist.

4. Die Vorlagefrage bietet dem Gerichtshof mithin die Möglichkeit, seine Rechtsprechung zu den Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Transparenz in den durch die Richtlinie 2004/18/EG [2] geregelten Verfahren zu vervollständigen, wenn die Teilnehmer an solchen Verfahren derselben Unternehmensgruppe angehören.

1 Originalsprache: Spanisch.

2 Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. 2004, L 134, S. 114).

I. Rechtlicher Rahmen

A. Unionsrecht

1. Richtlinie 2004/18

5. Der 46. Erwägungsgrund lautet:

„Die Zuschlagserteilung sollte auf der Grundlage objektiver Kriterien erfolgen, die die Einhaltung der Grundsätze der Transparenz, der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung gewährleisten und sicherstellen, dass die Angebote unter wirksamen Wettbewerbsbedingungen bewertet werden. …“

6. Art. 2 bestimmt:

„Die öffentlichen Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend und gehen in transparenter Weise vor.“

7. Art. 45 Abs. 2 sieht vor:

„Von der Teilnahme am Vergabeverfahren kann jeder Wirtschaftsteilnehmer ausgeschlossen werden,

a) der sich im Insolvenz-/Konkursverfahren oder einem gerichtlichen Ausgleichsverfahren oder in Liquidation befindet oder seine gewerbliche Tätigkeit eingestellt hat oder sich in einem Vergleichsverfahren oder Zwangsvergleich oder aufgrund eines in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehenen gleichartigen Verfahrens in einer entsprechenden Lage befindet;

b) gegen den ein Insolvenz-/Konkursverfahren oder ein gerichtliches Ausgleichsverfahren oder ein Vergleichsverfahren oder ein Zwangsvergleich eröffnet wurde oder gegen den andere in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehene gleichartige Verfahren eingeleitet worden sind;

c) die aufgrund eines nach den Rechtsvorschriften des betreffenden Landes rechtskräftigen Urteils wegen eines Deliktes bestraft worden sind, das ihre berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt;

d) die im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen haben, die vom öffentlichen Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde;

e) die ihre Verpflichtung zur Zahlung der Sozialbeiträge nach den Rechtsvorschriften des Landes, in dem sie niedergelassen sind, oder des Landes des öffentlichen Auftraggebers nicht erfüllt haben;

f) die ihre Verpflichtung zur Zahlung der Steuern und Abgaben nach den Rechtsvorschriften des Landes, in dem sie niedergelassen sind, oder des Landes des öffentlichen Auftraggebers nicht erfüllt haben;

g) die sich bei der Erteilung von Auskünften, die gemäß diesem Abschnitt eingeholt werden können, in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht oder diese Auskünfte nicht erteilt haben.“

2. Richtlinie 89/665/EWG[3]

8. Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 3 bestimmt:

„Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG fallenden Aufträge die Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der Artikel 2 bis 2f der vorliegenden Richtlinie auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können."

9. Art. 2 Abs. 1 Buchst. b sieht vor:

„(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass für die in Artikel 1 genannten Nachprüfungsverfahren die erforderlichen Befugnisse vorgesehen werden, damit

…

b) die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen, einschließlich der Streichung diskriminierender technischer, wirtschaftlicher oder finanzieller Spezifikationen in den Ausschreibungsdokumenten, den Verdingungsunterlagen oder in jedem sonstigen sich auf das betreffende Vergabeverfahren beziehenden Dokument vorgenommen oder veranlasst werden kann".

B. Nationales Recht

1. Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (Gesetz der Republik Litauen über die öffentliche Auftragsvergabe)[4]

10. Art. 3 Abs. 1 bestimmt:

„Der öffentliche Auftraggeber stellt sicher, dass in den Verfahren zur Auftragsvergabe und Zuschlagserteilung die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung, der gegenseitigen Anerkennung, der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz beachtet werden."

2. Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas (Gesetz der Republik Litauen über den Wettbewerb)[5]

11. Art. 3 Abs. 14 lautet:

„‚Gruppen miteinander verbundener Wirtschaftsteilnehmer' [sind] zwei oder mehr Wirtschaftsteilnehmer, die angesichts dessen, dass sie sich gegenseitig kontrollieren oder aneinander beteiligt sind und in der Lage sind, sich untereinander abzustimmen, für die Zwecke der Berechnung ihrer Bruttoeinnahmen und ihres Marktanteils als ein einziger Wirtschaftsteilnehmer angesehen werden. Vorbehaltlich des Gegenbeweises wird davon ausgegangen, dass eine Gruppe miteinander verbundener Wirtschaftsteilnehmer gebildet wird aus dem betreffenden Wirtschaftsteilnehmer und

3 Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABl. 1989, L 395, S. 33) in der durch die Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge (ABl. 2007, L 335, S. 31) geänderten Fassung.

4 Gesetz vom 13. August 1996 (Žin., 1996, Nr. 84-2000).

5 Gesetz vom 23. März 1999 (Žin., 1999, Nr. 30-856).

…

2. Wirtschaftsteilnehmern, die gemeinsam mit ihm verwaltet werden oder ihre Verwaltungsdienste mit ihm teilen und deren Aufsichtsrat, Vorstand oder sonstigen Verwaltungs- oder Aufsichtsorgane mindestens zur Hälfte aus denselben Mitgliedern bestehen wie die des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers;

3. Wirtschaftsteilnehmern, an denen der betreffende Wirtschaftsteilnehmer mindestens ein Drittel des Kapitals oder ein Drittel der Stimmrechte besitzt oder die verpflichtet sind, ihre wirtschaftlichen Entscheidungen mit ihm abzustimmen, ihm gegenüber für die Erfüllung ihrer Verpflichtungen gegenüber Dritten verantwortlich sind, ihren Gewinn ganz oder teilweise an ihn ausschütten müssen oder ihm gestattet haben, mindestens ein Drittel ihres Anlagevermögens zu nutzen;

…“

12. Art. 5 Abs. 1 bestimmt:

„Vereinbarungen, die eine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken oder bewirken können, sind verboten und nichtig, insbesondere

1. Vereinbarungen, durch die direkt oder indirekt der Preis bestimmter Waren oder andere Ankaufs- oder Verkaufsbedingungen festgelegt werden;

…“

II. Sachverhalt

13. Das Viešoji įstaiga Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras (Abfallbewirtschaftungszentrum der Region Šiauliai, Litauen, im Folgenden: Bewirtschaftungszentrum) veröffentlichte am 9. Juli 2015 eine offene Ausschreibung für die Erbringung von Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Sammlung kommunaler Abfälle der Gemeinde Šiauliai und ihrer Beförderung.

14. Nach den Angaben im Vorlagebeschluss war es den Bietern in der Ausschreibung untersagt, verschiedene Versionen ihrer Angebote vorzulegen [6].

15. Vier Bieter reichten Angebote ein:

A) die Specialus autotransportas UAB (im Folgenden: Bieter A),

B) die Specializuotas transportas UAB (im Folgenden: Bieter B),

C) die Ekonovus UAB und

D) die Unternehmensgruppe VSA Vilnius UAB (im Folgenden: VSA Vilnius) und Švarinta UAB.

16. Die Bieter A und B sind Tochtergesellschaften der Gesellschaft Ecoservice UAB (im Folgenden: Ecoservice) [7].

6 In den schriftlichen Erklärungen des Bieters B (Punkt 34) wird Klausel 39 der Verdingungsunterlagen, die dieses Verbot enthielt, wiedergegeben.

7 Nach dem Vorlagebeschluss (Nr. 10 der französischen Fassung) stehen die Bieter A und B zu 100 % bzw. 98,12 % im Eigentum der Muttergesellschaft, und ihre Vorstände sind mit denselben Personen besetzt.

17. Bieter B reichte zusammen mit seinem Angebot [8] unaufgefordert eine ehrenwörtliche Erklärung bei, wonach er an der Ausschreibung eigenständig und unabhängig von anderen möglicherweise mit ihm verbundenen Wirtschaftsteilnehmern teilnehme, und ersuchte das Bewirtschaftungszentrum, alle anderen Personen als Mitbewerber zu behandeln. Er verpflichtete sich ferner dazu – für den Fall, dass dies von ihm verlangt werden sollte –, eine Liste der mit ihm verbundenen Wirtschaftsteilnehmer vorzulegen.

18. Das Bewirtschaftungszentrum lehnte das Angebot von Bieter A ab, da eine der Ausschreibungsbedingungen [9] nicht erfüllt sei; A focht diese Entscheidung nicht an [10].

19. Den Zuschlag erhielt schließlich Bieter B.

20. VSA Vilnius reichte eine Beschwerde ein, mit der sie geltend machte, dass die von den Bietern A und B eingereichten Angebote nicht ausreichend geprüft und die Grundsätze der Transparenz und der Gleichheit vor dem Gesetz verletzt worden seien.

21. Nach Zurückweisung ihrer Beschwerde erhob VSA Vilnius eine Klage [11], der das Šiaulių apygardos teismas (Regionalgericht Šiauliai, Litauen) mit Urteil vom 18. Januar 2016 im Wesentlichen stattgab; dieses Urteil wurde vom Lietuvos apeliacinis teismas (Berufungsgericht, Litauen) mit Beschluss vom 5. April 2016 bestätigt.

22. Das Bewirtschaftungszentrum und Bieter B legten Kassationsbeschwerde beim Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Oberster Gerichtshof) ein, der das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen vorlegt.

III. Vorlagefragen

23. Sie haben folgenden Wortlaut:

1. Sind der freie Personen- und Dienstleistungsverkehr im Sinne der Art. 45 AEUV und 56 AEUV, die Grundsätze der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz im Sinne von Art. 2 der Richtlinie 2004/18 und der sich aus diesen Grundsätzen ergebende Grundsatz des freien und lauteren Wettbewerbs zwischen Wirtschaftsteilnehmern (zusammen oder gesondert, aber ohne Beschränkung auf diese Bestimmungen) dahin zu verstehen und auszulegen, dass dann,

   wenn miteinander verbundene Bieter, deren wirtschaftliche, organisatorische, finanzielle oder andere Verbindungen Anlass zu Zweifeln an ihrer Unabhängigkeit und am Schutz vertraulicher Informationen geben können und/oder ihnen die (potenziellen) Voraussetzungen für einen Vorteil gegenüber anderen Bietern bieten können, beschlossen haben, in demselben öffentlichen Vergabeverfahren gesonderte (unabhängige) Angebote einzureichen, diese Bieter in jedem Fall, auch wenn es der öffentlichen Auftraggeber nicht ausdrücklich von ihnen verlangt, verpflichtet sind, die zwischen ihnen bestehenden Verbindungen gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber offenzulegen, ohne dass es darauf ankommt, ob die nationalen Rechtsvorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe eine solche Pflicht tatsächlich vorsehen oder nicht?

8 Er bezog sich in ihm auf einen Subauftragnehmer, bei dem es sich ebenfalls um eine Tochtergesellschaft von Ecoservice handelt und dessen Vorstand mit denselben natürlichen Personen besetzt ist wie der Vorstand der Bieter A und B.

9 Und zwar die Voraussetzung, für die Erbringung der Dienstleistung spezielle Fahrzeuge zu verwenden, die mit Motoren ausgestattet sind, die zumindest der Euro-5-Norm genügen.

10 Bieter A hat jedoch später, nachdem das erstinstanzliche Gericht der Klage eines unabhängigen Bieters stattgegeben hatte, gegen diese richterliche Entscheidung ein Rechtsmittel eingebracht.

11 Sie machte geltend, Bieter A und B als Tochtergesellschaften von Ecoservice seien als miteinander verbundene Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 14 des Wettbewerbsgesetzes anzusehen und ihre Angebote seien als alternativ zu betrachten. Zudem hätten diese Unternehmen am Verfahren zur Auftragsvergabe nicht unter Bedingungen eines wirksamen Wettbewerbs teilgenommen und seien kollusiv vorgegangen. Da nach den Ausschreibungsbedingungen Varianten untersagt gewesen seien, hätten die Angebote von A und B abgelehnt werden müssen.

2. Wenn die erste Frage

   a) bejaht wird (d. h., Bieter in jedem Fall ihre Verbindungen gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber offenlegen müssen), ist dann der Umstand, dass diese Pflicht in einem solchen Fall nicht oder nicht ordnungsgemäß erfüllt wurde, ausreichend, um den öffentlichen Auftraggeber zu der Auffassung oder ein Überprüfungsorgan (Gericht) zu der Entscheidung gelangen zu lassen, dass miteinander verbundene Bieter, die in demselben öffentlichen Vergabeverfahren gesonderte Angebote eingereicht haben, an diesem teilnehmen, ohne effektiv miteinander in Wettbewerb zu stehen (sondern dies nur vortäuschen);

   b) verneint wird (d. h., Bieter keine – weder in Rechtsvorschriften noch in den Ausschreibungsbedingungen festgelegte – zusätzliche Pflicht zur Offenlegung ihrer Verbindungen trifft), sind dann das Risiko, das die Teilnahme miteinander verbundener Wirtschaftsteilnehmer birgt, und das Risiko der sich daraus ergebenden Folgen vom öffentlichen Auftraggeber zu tragen, wenn er in den Ausschreibungsunterlagen nicht darauf hingewiesen hat, dass Bieter eine solche Offenlegungspflicht haben?

3. Sind unabhängig von der Antwort auf die erste Frage und unter Berücksichtigung des Urteils des Gerichtshofs vom 12. März 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166), die in der ersten Frage genannten Rechtsvorschriften sowie Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 3 und Art. 2 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 89/665 (zusammen oder gesondert, aber ohne Beschränkung auf diese Bestimmungen) dahin zu verstehen und auszulegen, dass

   a) der öffentliche Auftraggeber, wenn er im Laufe des Vergabeverfahrens – gleich in welcher Weise – davon Kenntnis erlangt, dass zwischen bestimmten Bietern besondere Verbindungen (Beziehungen) bestehen, ungeachtet seiner eigenen Bewertung dieses Umstands und (oder) anderer Umstände (wie beispielsweise der formalen und inhaltlichen Verschiedenheit der von den Bietern eingereichten Angebote, der öffentlichen Selbstverpflichtung eines Bieters, mit den anderen Bietern in einen lauteren Wettbewerb einzutreten, usw.) sich gesondert an die miteinander verbundenen Bieter wenden und sie ersuchen muss, zu erklären, ob und in welcher Weise ihre persönliche Situation mit einem freien und lauteren Wettbewerb zwischen Bietern vereinbar ist;

   b) dann, wenn den öffentlichen Auftraggeber eine solche Pflicht trifft, er ihr jedoch nicht nachkommt, dies für das Gericht eine ausreichende Grundlage bildet, um die Handlungsweise des öffentlichen Auftraggebers für rechtswidrig zu erklären, weil er die Transparenz und Objektivität des Verfahrens nicht sichergestellt und nicht von sich aus vom Antragsteller Nachweise zu der Frage verlangt oder eine Entscheidung darüber getroffen hat, ob die persönliche Situation der miteinander verbundenen Personen den Ausgang des Vergabeverfahrens beeinflusst hat?

4. Sind die in der dritten Frage angeführten Rechtsvorschriften und Art. 101 Abs. 1 AEUV (zusammen oder gesondert, aber ohne Beschränkung auf diese Bestimmungen) im Licht der Urteile des Gerichtshofs vom 12. März 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166), vom 21. Januar 2016, Eturas u. a. (C-74/14, EU:C:2016:42), und vom 21. Juli 2016, VM Remonts u. a. (C-542/14, EU:C:2016:578), dahin zu verstehen und auszulegen, dass

   a) dann, wenn ein Bieter (die Klägerin) von der Zurückweisung des preisgünstigsten Angebots, das von einem der beiden miteinander verbundenen Bieter (Bieter A) in einem öffentlichen Vergabeverfahren eingereicht worden war, sowie davon Kenntnis erlangt hat, dass der andere Bieter (Bieter B) den Zuschlag erhalten hat, und unter Berücksichtigung auch der anderen Umstände, die mit diesen Bietern und ihrer Teilnahme am Vergabeverfahren zusammenhängen (der Tatsache, dass die Bieter A und B denselben Vorstand haben, der Tatsache, dass sie dieselbe Muttergesellschaft haben, die nicht an dem Vergabeverfahren teilgenommen hat, der

Tatsache, dass die Bieter A und B ihre Verbindungen gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber nicht offengelegt haben und nicht jeder für sich zusätzliche Erläuterungen zu diesen Verbindungen gegeben haben, u. a. weil sie nicht darum ersucht worden waren, der Tatsache, dass Bieter A in seinem Angebot unstimmige Angaben dazu gemacht hat, ob die von ihm vorgeschlagenen Transportmittel [Müllabfuhrfahrzeuge] die Euro-5-Norm der Ausschreibung erfüllen, der Tatsache, dass der Bieter, der das preisgünstigste Angebot eingereicht hatte, das wegen der darin festgestellten Mängel zurückgewiesen worden war, die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers zunächst nicht angefochten hat und sodann ein Rechtsmittel gegen das Urteil des erstinstanzlichen Gerichts eingebracht hat, in dem er u. a. die Rechtmäßigkeit der Zurückweisung seines Angebots [in Frage stellte], usw.), und wenn – unter Berücksichtigung all dieser Umstände – der öffentliche Auftraggeber untätig geblieben ist, diese Angaben allein ausreichen, um einen Antrag bei dem Überprüfungsorgan als begründet erscheinen zu lassen, die Handlungsweise des öffentlichen Auftraggebers für unrechtmäßig zu erklären, weil er nicht die Transparenz und Objektivität des Verfahrens sichergestellt und es überdies versäumt hat, die Klägerin dazu aufzufordern, konkrete Beweise für das unlautere Vorgehen der Bieter A und B beizubringen;

b) die Bieter A und B gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber nicht ihre effektive und lautere Teilnahme an dem öffentlichen Vergabeverfahren nachgewiesen haben, nur weil Bieter B freiwillig eine Erklärung über seine echte Teilnahme abgegeben hat, die Managementqualitätsstandards für die Teilnahme an öffentlichen Vergabeverfahren von Bieter B eingehalten worden sind und die von diesen Bietern eingereichten Angebote formal und inhaltlich nicht identisch waren?

5. Können die Handlungsweisen miteinander (als Tochtergesellschaften derselben Gesellschaft) verbundener Wirtschaftsteilnehmer, die gesondert an demselben öffentlichen Vergabeverfahren teilnehmen, dessen Wert den Wert für eine internationale Ausschreibung erreicht und in dem der Sitz des öffentlichen Auftraggebers, der das Vergabeverfahren durchführt, sowie der Ort, an dem die Dienstleistungen erbracht werden sollen, nicht sehr weit von einem anderen Mitgliedstaat (der Republik Lettland) entfernt sind, grundsätzlich – u. a. im Hinblick auf die freiwillige Erklärung eines dieser Wirtschaftsteilnehmer, in einen lauteren Wettbewerb eintreten zu wollen – anhand von Art. 101 AEUV und der diesen Artikel auslegenden Rechtsprechung des Gerichtshofs beurteilt werden?

IV. Verfahren vor dem Gerichtshof und Standpunkt der Parteien

24. Das Vorabentscheidungsersuchen ist am 18. Oktober 2016 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen.

25. Das Bewirtschaftungszentrum, VSA Vilnius, die Ecoservice projektai UAB (früher Bieter B), die litauische und die tschechische Regierung sowie die Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung ist nicht für erforderlich erachtet worden.

26. Das Bewirtschaftungszentrum hat nicht konkret zu jeder einzelnen der fünf Fragen des vorlegenden Gerichts Stellung genommen, sondern sich auf die Angabe beschränkt, es habe von den Verbindungen zwischen den Bietern gewusst, da sie allgemein bekannt seien, und sei zu keinem Zeitpunkt beim Erlass seiner Entscheidungen irregeführt worden.

27. Neben der Verbindung zwischen den Bietern, die für sich allein keinen Mangel an Wettbewerb impliziere, hätten im vorliegenden Fall darüber hinaus eine Reihe objektiver Faktoren vorgelegen, aus denen es habe schließen können, dass sie miteinander im Wettbewerb stünden.

28. Alle Parteien mit Ausnahme von VSA Vilnius schlagen vor, die erste Frage zu verneinen. Sie bringen zusammengefasst vor, dass weder der AEU-Vertrag noch die Richtlinie 2004/18 der Einreichung von Angeboten durch verbundene Unternehmen entgegenstünden oder ausschlössen, dass ein Bieter verschiedene Angebote einreichen könne. Auch das Unionsrecht sehe kein Verfahren zur Unterrichtung der Wirtschaftsteilnehmer über die Identität der anderen Bieter vor, was es ihnen ermöglichen würde, mögliche Verbindungen zwischen diesen festzustellen und den öffentlichen Auftraggeber auf diesen Umstand hinzuweisen. Die Grundsätze der Transparenz, der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung könnten nicht dahin ausgelegt werden, dass die Bieter verpflichtet seien, aus eigenem Antrieb die zwischen ihnen bestehenden Verbindungen offenzulegen, unbeschadet dessen, dass sie die Angaben machen müssten, die der öffentliche Auftraggeber von ihnen verlange.

29. VSA Vilnius schlägt hingegen vor, die erste Frage zu bejahen, und geht daher auf die erste Hypothese der zweiten Frage ein. Sie hält es für unverhältnismäßig, dass die Bieter die Vermutung einer Abstimmung, die auf dem Umstand beruhe, dass sie ihre Verbindungen nicht offengelegt hätten, nicht widerlegen könnten. Allerdings könnten ihre Passivität bzw. das Fehlen entsprechender Angaben zusammen mit anderen Indizien oder anderen ergänzenden Nachweisen als Beleg für ein wettbewerbswidriges Verhalten ausgelegt werden.

30. Ecoservice projektai und die litauische Regierung neigen dazu, die zweite Hypothese der zweiten Frage zu bejahen, und heben die Pflicht des öffentlichen Auftraggebers hervor, die materielle und nicht strikt formelle Beachtung der in Art. 2 der Richtlinie 2004/18 niedergelegten Grundsätze sicherzustellen.

31. VSA Vilnius vertritt die Ansicht, der öffentliche Auftraggeber müsse das Risiko der Teilnahme miteinander verbundener Bieter tragen, wenn er keine Maßnahmen zur Überprüfung der Umstände der Teilnahme dieser Bieter treffe, obwohl er vom Bestehen dieser Verbindung auf andere Weise Kenntnis erlangt habe.

32. Die Kommission meint, der öffentliche Auftraggeber könne einen Bieter nicht daran hindern, am Verfahren teilzunehmen, wenn er ihm nicht nachweisen könne, dass er eine schwere berufliche Verfehlung begangen habe.

33. Die Parteien haben die dritte, die vierte und die fünfte Frage gemeinsam geprüft.

34. Ecoservice projektai führt aus, der öffentliche Auftraggeber müsse bei den Bietern nur dann Auskünfte anfordern, wenn er begründete Zweifel habe, dass sie unter Wettbewerbsbedingungen am Verfahren teilnähmen, und die in der vierten Frage genannten Umstände reichten nicht aus, um ein rechtswidriges Verhalten des öffentlichen Auftraggebers festzustellen. Art. 101 AEUV könne die Überprüfung der Handlungen miteinander verbundener Bieter, die voneinander getrennt am Verfahren teilnähmen, nicht rechtfertigen.

35. VSA Vilnius vertritt die gegenteilige Auffassung. Die öffentlichen Auftraggeber müssten dem Gerichtshof zufolge bei der Anwendung der Grundsätze über öffentliche Aufträge eine aktive Rolle spielen. Diese Pflicht beinhalte die Verpflichtung, verbundene Bieter zu den Umständen ihrer Teilnahme am Verfahren zu befragen, denn andernfalls träfe die Beweislast für deren unlauteres Verhalten zu Unrecht die übrigen Bieter. Die Pflicht, einen effektiven Wettbewerb nachzuweisen, obliege den miteinander verbundenen Bietern, unbeschadet der Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers, von ihnen zu verlangen, mögliche Zweifel hinsichtlich des Charakters ihrer Teilnahme am Verfahren auszuräumen.

36. Die litauische Regierung ist der Auffassung, dass der öffentliche Auftraggeber verpflichtet sei, aktiv zu überprüfen, ob das Verfahren transparent durchgeführt werde. Handle es sich um miteinander verbundene Bieter, müsse er prüfen, ob sich diese Verbindungen auf den Inhalt ihrer jeweiligen Angebote auswirkten. Lägen objektive Anhaltspunkte vor, die die Transparenz des Verfahrens in Frage stellen könnten, müsse der öffentliche Auftraggeber alle einschlägigen Umstände untersuchen und zu gegebener Zeit von den Parteien Auskunft verlangen.

37. Wenn der öffentliche Auftraggeber keine Maßnahmen zur Gewährleistung der Transparenz treffe, handle er in zwei Fällen rechtswidrig: wenn er wisse oder wissen könne, dass zwei miteinander verbundene Bieter teilnähmen, und keine Maßnahmen treffe, um den eigenständigen Charakter ihrer jeweiligen Angebote zu gewährleisten, und wenn er, obwohl er diese Maßnahmen getroffen habe, später feststelle, dass er nicht genug getan habe.

38. Aus den Umständen des streitigen Sachverhalts schließlich ergebe sich, dass die verbundenen Bieter eine „wirtschaftliche Einheit“ darstellten, so dass Art. 101 AEUV nicht anwendbar sei.

39. Nach Ansicht der tschechischen Regierung reicht die bloße Existenz von Verbindungen zwischen Bietern nicht aus, um ihren Ausschluss vom Verfahren zu rechtfertigen. Maßgeblich sei, ob die Verbindungen Auswirkungen auf den Ausgang des Verfahrens haben könnten, was den öffentlichen Auftraggeber verpflichte, die spezifische Situation der Bieter zu prüfen. Sei der Schutz des Wettbewerbs im Rahmen des öffentlichen Auftragswesens durch das abgeleitete Recht gewährleistet, sei ein Rückgriff auf Art. 101 AEUV nicht notwendig.

40. Die Kommission meint, dass die Erklärung über Verbindungen zu anderen Bietern nicht zu den Angaben gehörten, um die der öffentliche Auftraggeber die Bieter nach der Richtlinie 2004/18 ersuchen könne; dieser sei allerdings verpflichtet, zu kontrollieren, dass keine Ausschlussgründe vorlägen. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs, die das vorlegende Gericht in der dritten und der vierten Frage anführt, hält die Kommission für die Beantwortung der Fragen nicht für erheblich.

41. Zu Art. 101 AEUV führt die Kommission aus, er sei weder auf Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen einer Muttergesellschaft und ihrer Tochtergesellschaft oder zwischen Tochtergesellschaften desselben Konzerns noch auf eine Muttergesellschaft, die einen bestimmenden Einfluss auf ihre Tochtergesellschaften ausübe, anwendbar. Unter den Umständen dieser Rechtssache und vorbehaltlich der Entscheidung des vorlegenden Gerichts bildeten die Bieter A und B eine wirtschaftliche Einheit, so dass die Anwendung dieser Bestimmung ausgeschlossen sei.

V. Würdigung

42. Die Fragen des Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Oberster Gerichtshof) lassen sich so ordnen, wie am Anfang dieser Schlussanträge dargestellt:

– Zum einen (erste und zweite Frage) wird zu entscheiden sein, ob miteinander verbundene Bieter, die getrennte Angebote einreichen, in jedem Fall verpflichtet sind, diesen Umstand dem öffentlichen Auftraggeber mitzuteilen, und, wenn ja, welche Folgen sich ergeben würden, wenn sie es nicht täten.

– Zum anderen (dritte, vierte und fünfte Frage) wäre zu präzisieren, wie sich der öffentliche Auftraggeber – und gegebenenfalls das Gericht, das seine Handlungen überprüft – zu verhalten hat, wenn er vom Bestehen signifikanter Verbindungen zwischen bestimmten Bietern Kenntnis hat.

A. Zur Pflicht der Bieter, ihre Verbindung mit anderen Bietern gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber offenzulegen (erste und zweite Frage)

43. Das vorlegende Gericht möchte an erster Stelle wissen, ob miteinander verbundene Bieter, die an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags teilnehmen, verpflichtet sind, diesen Umstand offenzulegen, „auch wenn es der öffentliche Auftraggeber nicht ausdrücklich von ihnen verlangt, … ohne dass es darauf ankommt, ob die nationalen Rechtsvorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe eine solche Pflicht tatsächlich vorsehen oder nicht“ [12].

44. Logisch wird in der Frage – und allgemein in den Erklärungen der Parteien – implizit vorausgesetzt, dass miteinander verbundenen Bietern nicht ohne Weiteres untersagt werden kann, in einem solchen Verfahren ihre eigenen Angebote einzureichen. Der Gerichtshof hat dies im Urteil Assitur [13] festgestellt, und diese Vorgabe ist unstreitig.

45. Aufgrund dessen ist die Pflicht zur Offenlegung dieser Verbindungen in der Richtlinie 2004/18 (und auch im litauischen Gesetz über die öffentliche Auftragsvergabe) nicht geregelt. Darüber sind sich auch alle Beteiligten einig.

46. Nur VSA Vilnius vertritt die Ansicht, diese Pflicht sei indirekt oder implizit durch die Notwendigkeit begründet, die Vermutung zu widerlegen, dass die Verbindungen zwischen Bietern aufgrund des dadurch bedingten Fehlens an Autonomie die Transparenz der Vergabeverfahren bedrohten und den Wettbewerb verfälschten.

47. Der Auffassung von VSA Vilnius steht unmittelbar ein ernsthaftes Hindernis entgegen, denn der Gerichtshof hat ausgeführt, dass gerade „die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung, die für alle Verfahren der Vergabe öffentlicher Aufträge gelten, gebieten, dass die materiell- und die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen einer Teilnahme an einem Vergabeverfahren, insbesondere die Pflichten der Bieter, im Voraus eindeutig festgelegt und öffentlich bekannt gegeben werden, damit diese genau erkennen können, welche Bedingungen sie in dem Verfahren zu beachten haben, und damit sie die Gewissheit haben können, dass für alle Wettbewerber die gleichen Bedingungen gelten“ [14].

48. Ein *Gebot* (die vermeintliche Pflicht zur Offenlegung der gesellschaftsrechtlichen Verbindungen), das nicht in den Verdingungsunterlagen aufgeführt und weder im nationalen Recht vorgesehen noch in der Richtlinie 2004/18 geregelt ist, würde der Transparenzprüfung, auf die sich der Gerichtshof bezieht, nicht standhalten. Die erste Vorlagefrage wäre daher dahin zu beantworten, dass in Ermangelung einer ausdrücklichen (unionsrechtlichen oder nationalen) Rechtsvorschrift verbundene Bieter nicht verpflichtet sind, die zwischen ihnen bestehenden Verbindungen gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber offenzulegen.

49. Lässt sich auf der von VSA Vilnius vertretenen Linie [15] die Auffassung vertreten, dass sich diese Pflicht, auch wenn sie nicht ausdrücklich niedergelegt ist, aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs zum öffentlichen Auftragswesen ergibt?

12 Erste Frage, zweiter Absatz a. E.

13 Urteil vom 19. Mai 2009 (C-538/07, EU:C:2009:317, Rn. 28): „Es würde jedoch einer wirksamen Anwendung des Gemeinschaftsrechts zuwiderlaufen, miteinander verbundene Unternehmen systematisch von der Teilnahme an ein und demselben Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags auszuschließen. Eine solche Lösung würde nämlich den Wettbewerb auf Gemeinschaftsebene erheblich verringern.“

14 Urteil vom 2. Juni 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, Rn. 37).

15 Nr. 18 ihrer schriftlichen Erklärungen.

50. Ich denke nicht, denn diese Rechtsprechung hat anerkannt, dass Unternehmen, die Unternehmensgruppen angehören, „insbesondere auf dem Gebiet der Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen … über eine gewisse Eigenständigkeit verfügen“ und „besonderen Regelungen etwa vertraglicher Art unterliegen [können], die geeignet sind, bei der Ausarbeitung von Angeboten, die [sie] im Rahmen ein und derselben Ausschreibung gleichzeitig abgeben, sowohl die Unabhängigkeit als auch die Vertraulichkeit zu gewährleisten“ [16].

51. Aus diesen Ausführungen ergibt sich meines Erachtens, dass miteinander verbundene Unternehmen, die ihre Angebote als eigenständig beurteilen, in Anbetracht des Fehlens einer ausdrücklichen Vorschrift, die sie hierzu verpflichtet, ihre gesellschaftsrechtlichen Verbindungen nicht in jedem Fall gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber offenlegen müssen.

52. Folgte man der Ansicht von VSA Vilnius, würde sich die Pflicht auch nicht daraus ergeben, dass die Verdingungsunterlagen eine „*klar* definierte Voraussetzung“ enthalten, wie sie der Gerichtshof verlangt. Es würde sich in diesem Fall um eine Pflicht handeln, die sich mehr oder weniger aus der Auslegung des Unionsrechts ableiten ließe und deren Unkenntnis bei gewöhnlichen Wirtschaftsteilnehmern entschuldbar wäre [17].

53. Das Problem könnte sich vielleicht deshalb anders darstellen, weil es nach den Verdingungsunterlagen in dieser Rechtssache spezifisch [18] verboten war, dass ein und derselbe Bieter alternative Angebote oder „Varianten“ vorlegt [19].

54. Könnte sich aus diesem Verbot ergeben, dass die Bieter A und B die zwischen ihnen bestehenden Verbindungen gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber offenlegen mussten? Müssten sie darüber hinaus nachweisen, dass beide Angebote trotz ihrer Verbindung eigenständig waren und nicht als Alternativen angesehen werden konnten [20]?

55. Tatsächlich entspricht diese Klausel in den Ausschreibungsbedingungen Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18, der auf öffentliche Dienstleistungsverträge anwendbar ist, und nach dem „[d]ie öffentlichen Auftraggeber … in der Bekanntmachung [angeben], ob Varianten zulässig sind; fehlt eine entsprechende Angabe, so sind keine Varianten zugelassen“ [21]. Man kann daher davon ausgehen, dass alternative Angebote oder Varianten grundsätzlich ausgeschlossen sind [22], es sei denn, der öffentliche Auftraggeber lässt sie für bestimmte Aufträge zu.

56. Meines Erachtens lässt sich jedoch aus dem Verbot der Vorlage von Varianten unabhängig davon, ob es (wie im vorliegenden Fall) in den Verdingungsunterlagen geregelt ist oder nicht, kaum eine implizite Pflicht der miteinander verbundenen Bieter ableiten, zwingend ihre gesellschaftsrechtlichen Bande gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber offenzulegen.

16 Urteil vom 19. Mai 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, Rn. 31).

17 Auf den Begriff des durchschnittlich fachkundigen Bieters, der die übliche Sorgfalt anwendet, hat sich der Gerichtshof beispielsweise im Urteil vom 4. Dezember 2003, EVN und Wienstrom (C-448/01, EU:C:2003:651, Rn. 57), bezogen.

18 Siehe Nr. 14 der vorliegenden Schlussanträge. Das vorlegende Gericht nimmt in Nr. 18 des Vorlagebeschlusses (der französischen Fassung dieses Dokuments) auf dieses Verbot Bezug.

19 Zu alternativen Angeboten oder Varianten vgl. statt aller Arrowsmith, S., *The Law of Public Utilities Procurement*, Bd. 1, Sweet & Maxwell, London, 3. Aufl., 2014, 7-246 bis 7-251.

20 Nach Sánchez Graells, A., *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart, Oxford, 2. Aufl., 2015, S. 341, stellt das Verbot mehrfacher Angebote desselben Unternehmens die Grundregel in diesem Bereich dar. Eine Folge dieser Regel wäre, dass sich dieses Verbot auf Unternehmen erstreckt, die derselben Gruppe angehören.

21 Nach Abs. 1 dieses Artikels können Varianten nur vorgelegt werden, wenn der Auftrag nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots vergeben wird.

22 Vgl. Arrowsmith, S., *The Law of Public Utilities Procurement*, oben angeführt, 7-247.

57. Dieses Verbot würde die miteinander verbundenen Bieter allenfalls zu der Angabe verpflichten, dass es sich bei ihrem Angebot nicht um eine reine Variante oder Alternative zu einem Angebot eines anderen Wettbewerbers handelt. Es ginge also nicht darum, einer allgemeinen Pflicht zur Offenlegung ihrer Eigenschaft als miteinander verbundene Unternehmen nachzukommen, denn im Unionsrecht gibt es keine derartige Pflicht. Die Richtlinie 2004/18 steht einer gleichzeitigen Teilnahme verbundener Wirtschaftsteilnehmer an demselben Verfahren zur Auftragsvergabe grundsätzlich nicht entgegen, sondern nur dann, wenn eine „tatsächliche Gefahr besteht, dass es zu einer Praxis kommt, die geeignet ist, die Transparenz zu beeinträchtigen und den Wettbewerb zwischen den Bietern zu verfälschen“ [23].

58. Folgte man diesem Gedankengang, würde die in den Verdingungsunterlagen enthaltene Verbotsklausel bezüglich Varianten ausschließlich in diesen Extremfällen die Notwendigkeit begründen, dass die Bieter gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber die zwischen ihnen bestehenden Verbindungen offenlegen, um diese Gefahr zu beseitigen.

59. Aus einer solchen Auslegung der Richtlinie 2004/18 ließen sich aber aus zwei Gründen nur geringe praktische Folgen für die Entscheidung des Rechtsstreits ableiten.

60. Erstens hat Bieter B in seiner freiwilligen ehrenwörtlichen Erklärung versichert, dass er eigenständig und unabhängig von anderen möglicherweise mit ihm verbundenen Wirtschaftsteilnehmern teilnehme, und das Bewirtschaftungszentrum ersucht, alle anderen Bieter als Mitbewerber zu behandeln. Dass er in dieser Erklärung nicht ausdrücklich auf Bieter A Bezug genommen hat, ist unerheblich, denn nach den Angaben des Bewirtschaftungszentrums [24] war die Verbindung zwischen beiden Gesellschaften öffentlich (allgemein) bekannt. Wichtig ist meiner Meinung nach, dass davon ausgegangen werden kann, dass Bieter B, als er die Eigenständigkeit seines Vorschlags hervorhob, der Klausel in den Ausschreibungsbedingungen, die die Einreichung von alternativen Angeboten ausschloss, nachkommen wollte.

61. Zweitens wäre Zweck der Mitteilung an das Bewirtschaftungszentrum, dass dieses sich über die gesellschaftsrechtlichen Bindungen zwischen den Anbietern bewusst ist, damit es ihre Vorschläge aufmerksamer prüft und eventuelle abgestimmte Verhaltensweisen aufdeckt. Wenn, wie bereits ausgeführt wurde, das Bewirtschaftungszentrum selbst im vorliegenden Fall einräumt, von diesen Verbindungen wegen ihrer allgemeinen Bekanntheit gewusst zu haben, und problemlos festgestellt hat, dass beide Wirtschaftsteilnehmer mit ihren (inhaltlich unterschiedlichen) Angeboten tatsächlich miteinander im Wettbewerb standen [25], war die Offenlegung überflüssig.

62. Abgesehen von diesen konkreten Umständen, die sehr spezifisch für den Sachverhalt sind, glaube ich, dass, soweit es hier von Bedeutung ist, diese Auslegung der Richtlinie 2004/18 so gekünstelt wäre, dass sie mit der Eindeutigkeit, die der Gerichtshof bei der Festlegung der materiell- und verfahrensrechtlichen Voraussetzungen einer Teilnahme an einem Vergabeverfahren verlangt [26], nicht in Einklang zu bringen ist.

63. Daher schlage ich als Antwort auf die erste Vorlagefrage vor, dass die Art. 45 AEUV und 56 AEUV und Art. 2 der Richtlinie 2004/18 dahin auszulegen sind, dass in Ermangelung einer ausdrücklichen Rechtsvorschrift oder spezifischen Bestimmung in den Klauseln, die das Verfahren regeln, verbundene Bieter nicht verpflichtet sind, die zwischen ihnen bestehenden Verbindungen gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber offenzulegen.

23 Urteil vom 19. Mai 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, Rn. 30).

24 Nr. 2 seiner schriftlichen Erklärungen.

25 Nr. 4 seiner schriftlichen Erklärungen.

26 Ich verweise erneut auf das Urteil vom 2. Juni 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, Rn. 37).

64. Die Antwort auf die zweite Frage ergibt sich aus der Antwort auf die erste. Unter denselben Umständen (Fehlen einer ausdrücklichen Rechtsvorschrift oder einer spezifischen Bestimmung in den Klauseln, die das Verfahren zur Auftragsvergabe regeln) ist es der öffentliche Auftraggeber selbst, der, wie das vorlegende Gericht ausführt, „das Risiko, das die Teilnahme miteinander verbundener Wirtschaftsteilnehmer birgt, und das Risiko der sich daraus ergebenden Folgen“ zu tragen hat.

65. Ich würde jedoch nicht von einer *Risikotragung* durch den öffentlichen Auftraggeber sprechen, sondern von seiner Pflicht, die Gleichbehandlung der Bieter und die Transparenz des Verfahrens zu gewährleisten. Bei der Erfüllung dieser Pflicht muss er vermeiden, dass die Teilnahme verbundener Bieter den anderen schadet, indem sie den obligatorischen Wettbewerb zwischen allen verzerrt. Dies ist, wie er selbst ausführt, in diesem Fall geschehen.

B. Zu den Pflichten des öffentlichen Auftraggebers angesichts der Verbindung zwischen Bietern (dritte, vierte und fünfte Frage)

66. Ich stimme mit der Kommission darin überein, dass die dritte, die vierte und die fünfte Frage gemeinsam beantwortet werden können, obgleich die Umformulierung, die ich vorschlage, nicht genau mit der von der Kommission angeregten übereinstimmt [27].

67. Meines Erachtens möchte das vorlegende Gericht mit diesen Fragen wissen, ob der öffentliche Auftraggeber unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahren verpflichtet ist, von den verbundenen Bietern den Nachweis zu verlangen, dass ihre Situation nicht gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstößt. Der Zweifel erstreckt sich darauf, ob die Untätigkeit des öffentlichen Auftraggebers ausreicht, um seine Handlungsweise für rechtswidrig zu erklären.

68. Wie bereits dargelegt, ist nicht nur unstreitig, dass die Bieter A und B miteinander verbundene Wirtschaftsteilnehmer waren, sondern auch, dass diese Verbindung dem Bewirtschaftungszentrum zufolge öffentlich bekannt war (aus diesem Grund erschien es ihm nicht erforderlich, diese Bieter aufzufordern, zu diesem Punkt Stellung zu nehmen).

69. Zudem scheint alles darauf hinzudeuten, dass die beiden Bieter, A und B, aufgrund ihrer Eigenschaft als Tochtergesellschaften derselben Muttergesellschaft unter Umständen, die die Vermutung zulassen, dass Letztere einen bestimmenden Einfluss auf beide ausübt, eine wirtschaftliche Einheit bilden [28]. Sollte dies der Fall sein, reicht dies, wie die Mehrheit der Beteiligten ausgeführt hat, für die Feststellung aus, dass Art. 101 AEUV auf diese Rechtssache nicht anwendbar ist.

70. Bekanntlich ist dieser Artikel nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht anwendbar, wenn für die von ihm verbotenen Vereinbarungen oder Verhaltensweisen Unternehmen verantwortlich sind, die eine wirtschaftliche Einheit bilden [29].

27 Die Kommission empfiehlt, die drei Fragen dahin gehend umzuformulieren, dass „das nationale Gericht wissen möchte, ob Art. 101 AEUV in dieser Rechtssache anwendbar ist und ob Art. 101 AEUV (im Falle seiner Anwendbarkeit) die Bestimmungen der Richtlinien 89/665/EG und 2004/18/EG sowie die Rechtsprechung, konkret die Urteile eVigilo, Eturas und VM Remonts, dahin auszulegen sind, dass der öffentliche Auftraggeber in dem vom nationalen Gericht geprüften Rechtsstreit weiterhin das Vorliegen von Verbindungen zwischen zwei Bietern untersuchen muss (Nr. 42 der schriftlichen Erklärungen der Kommission).

28 Vgl. statt aller Urteil vom 16. Juni 2016, Evonik Degussa und AlzChem/Kommission (C-155/14 P, EU:C:2016:446, Rn. 28).

29 Vgl. in diesem Sinne die Urteile vom 4. Mai 1989, Bodson (30/87, EU:C:1988:225, Rn. 19), und vom 11. April 1989, Saeed Flugreisen und Silver Line Reisebüro (66/86, EU:C:1989:140, Rn. 35).

71. Der Wettbewerb, der im Bereich der Verfahren zur Auftragsvergabe geschützt werden soll, ist weniger der (allgemeine) Wettbewerb auf dem Binnenmarkt zwischen unabhängigen Wirtschaftsteilnehmern als der (spezifischere), den es bei Ausschreibungen zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen geben muss [30]. Unter letztgenanntem Gesichtspunkt kommt es hier auf die *tatsächliche* Eigenständigkeit und Verschiedenheit der jeweiligen Angebote an (die dem öffentlichen Auftraggeber die Wahl des für die öffentlichen Interessen günstigsten Angebots ermöglicht), unabhängig davon, ob die beteiligten Wirtschaftsteilnehmer unabhängig oder miteinander verbunden sind. Deshalb ist, worauf die tschechische Regierung hinweist [31], der Schutz des Wettbewerbs im Rahmen von Verfahren zur Auftragsvergabe vor allem im abgeleiteten Recht zu suchen, in diesem Fall in der Richtlinie 2004/18 [32].

72. Dass Art. 101 AEUV auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar ist, bedeutet aber nicht, dass die Rechtsprechung, die das vorlegende Gericht in der dritten und der vierten Vorlagefrage anführt, unbeachtlich ist.

73. Obgleich es in der Rechtssache eVigilo [33] um einen Interessenkonflikt zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den Sachverständigen, die die eingereichten Angebote bewertet hatten, ging, traf der Gerichtshof damals eine grundsätzliche Feststellung, die auf die vorliegende Rechtssache übertragen werden kann. Er stellte fest, dass angesichts objektiver Anhaltspunkte, durch die die Unparteilichkeit eines Sachverständigen in Zweifel gezogen wird, „der öffentliche Auftraggeber … alle relevanten Umstände zu prüfen [hat], die zum Erlass der Entscheidung über die Zuschlagserteilung geführt haben, um Interessenkonflikte zu verhindern, aufzudecken und zu beheben, gegebenenfalls auch dadurch, dass die Parteien ersucht werden, bestimmte Informationen und Beweise vorzulegen“ [34].

74. Dem Gerichtshof zufolge erwächst diese Verpflichtung aus der „aktiven Rolle“, die dem öffentlichen Auftraggeber bei der Anwendung der Grundsätze für die Vergabe öffentlicher Aufträge gerade aufgrund der aus Art. 2 der Richtlinie 2004/18 folgenden Pflicht, alle Wirtschaftsteilnehmer gleich zu behandeln und in transparenter Weise vorzugehen, zukommt [35], eine Pflicht, die – wie der Gerichtshof ausführt – „den Kern der Richtlinien über die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge ausmacht (vgl. Urteil [vom 16. Dezember 2008,] Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, Rn. 45)“ [36].

75. Die Urteile Eturas u. a. [37] und VM Remonts u. a. [38] betrafen, wie die Kommission zutreffend hervorhebt [39], eine Preisabsprache zwischen unabhängigen Unternehmen und die Haftung eines Bieters für das Fehlverhalten eines unabhängigen Dienstleisters. Ungeachtet dessen können einige in diesen Urteilen getroffene Feststellungen zum Nachweis kollusiver Verhaltensweisen in der vorliegenden Rechtssache hilfreich sein.

30 Logischerweise kann es zu kollusiven, gerade auf die Verfälschung des Wettbewerbs in Verfahren zur öffentlichen Auftragsvergabe gerichteten Vorgehensweisen nicht miteinander verbundener Unternehmen kommen, die Absprachen treffen und ihre Nichtteilnahme oder ihre Teilnahme unter rechtswidrig zwischen ihnen verabredeten Bedingungen vereinbaren.

31 Nr. 10 ihrer schriftlichen Erklärungen.

32 Eine Richtlinie, die, worauf ich bereits hingewiesen habe, der Teilnahme miteinander verbundener Bieter grundsätzlich nicht entgegensteht.

33 Urteil vom 12. März 2015 (C-538/13, EU:C:2015:166).

34 Urteil vom 12. März 2015, eVigilio (C-538/13, EU:C:2015:166, Rn. 44).

35 Ebd. (Rn. 42).

36 Ebd. (Rn. 43).

37 Urteil vom 21. Januar 2016 (C-74/14, EU:C:2016:42).

38 Urteil vom 21. Juli 2016 (C-542/14, EU:C:2016:578).

39 Nrn. 46 und 47 ihrer schriftlichen Erklärungen.

76. Im Urteil Eturas u. a. wird beispielsweise ausgeführt, dass „der Effektivitätsgrundsatz [verlangt], dass der Beweis für einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht der Union nicht nur durch unmittelbare Beweise erbracht werden kann, sondern auch mittels Indizien, sofern diese objektiv und übereinstimmend sind“ [40], und im Urteil VM Remonts u. a., dass mangels einschlägiger Unionsregeln „die Regeln über die Beweiswürdigung und das erforderliche Beweismaß … in den Bereich der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten fallen“ [41].

77. Überträgt man diese Rechtsprechung auf den im Ausgangsverfahren streitigen Sachverhalt, muss die „aktive Rolle“, die vom öffentlichen Auftraggeber als dem Garanten eines effektiven Wettbewerbs zwischen Bietern erwartet wird, der feststellt, dass verbundene Wirtschaftsteilnehmer am Verfahren teilnehmen, diesen normalerweise dazu veranlassen, sich von der Eigenständigkeit ihrer Angebote zu vergewissern [42].

78. Diese Prävention wäre zusammengefasst nichts anderes als eine der Maßnahmen, „alle relevanten Umstände zu prüfen, … um Interessenkonflikte zu verhindern, aufzudecken und zu beheben, gegebenenfalls auch dadurch, dass die Parteien ersucht werden, bestimmte Informationen und Beweise vorzulegen“ [43].

79. Der öffentliche Auftraggeber kann jedoch in Fällen wie diesem davon absehen, sich an die verbundenen Bieter zu wenden, damit sie mit den Worten der Frage des vorlegenden Gerichts „erklären, ob und in welcher Weise ihre persönliche Situation mit einem freien und lauteren Wettbewerb zwischen Bietern vereinbar ist“. Dass „gegebenenfalls … die Parteien ersucht werden, bestimmte Informationen und Beweise vorzulegen“, kann offensichtlich sachdienlich sein, wenn die Informationen und Beweise, die dem öffentlichen Auftraggeber vorliegen, ihm nicht genügen, um sich ein Urteil bezüglich der Gefahr, dass es den Angeboten an Eigenständigkeit fehlt und sie den Wettbewerb verfälschen, bilden zu können.

80. Erheblich ist daher nicht so sehr, dass sich der öffentliche Auftraggeber an die miteinander verbundenen Bieter wendet und sie um Informationen über ihre Beziehungen ersucht und nach ihrer Meinung zur Wahrung des Grundsatzes des Wettbewerbs zwischen Bietern befragt. Entscheidend ist vielmehr, dass der öffentliche Auftraggeber ausschließen können muss, dass die gleichzeitige Anwesenheit dieser miteinander verbundenen Wirtschaftsteilnehmer eine Gefahr für den Wettbewerb in sich birgt. Zu dieser Feststellung kann er selbstverständlich gelangen, indem er sie um diese Informationen oder diese Stellungnahme ersucht, aber auch anhand der Daten, die im Verfahren bereits zur Verfügung stehen, so dass es nicht erforderlich ist, sich an die Bieter zu wenden.

81. Der Gerichtshof hat auch entschieden, dass „die Frage, ob der jeweilige Inhalt der von den betreffenden Unternehmen im Rahmen eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens abgegebenen Angebote durch das fragliche Abhängigkeitsverhältnis beeinflusst worden ist, einer Prüfung und tatsächlichen Würdigung [bedarf], deren Vornahme Sache der Vergabestellen ist“ [44].

40 Urteil vom 21. Januar 2016, Eturas u. a. (C-74/14, EU:C:2016:42, Rn. 37).

41 Urteil vom 21. Juli 2016, VM Remonts u. a. (C-542/14, EU:C:2016:578, Rn. 21).

42 Die Vielfalt der Angebote führt zur Erhöhung des Wettbewerbsdrucks zwischen den Bietern, so dass jeder von ihnen in einer tatsächlich „bestreitbaren“ Lage ist (um einen wettbewerbsrechtlichen Ausdruck zu verwenden) und der Auftrag an denjenigen vergeben wird, dem er aufgrund seiner eigenen Verdienste gebührt.

43 Urteil vom 12. März 2015, eVigilio (C-538/13, EU:C:2015:166, Rn. 44).

44 Urteil vom 19. Mai 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, Rn. 32).

82. Das Bewirtschaftungszentrum hat in seinen schriftlichen Erklärungen ausgeführt, es habe nach Prüfung und Würdigung des Sachverhalts die Feststellung getroffen, dass es, da es von der Verbindung zwischen den Bietern A und B wegen ihrer allgemeinen Bekanntheit gewusst habe, habe ausschließen können, dass ihre jeweiligen Angebote nicht miteinander im Wettbewerb gestanden hätten, und sich dabei auf eine Reihe objektiver Anhaltspunkte stützen können:

– Die Tatsache, dass einer der verbundenen Bieter freiwillig erklärt habe, dass sein Angebot unabhängig gewesen sei, stelle „ein lauteres Verhalten in Übereinstimmung mit den Bestimmungen“ des nationalen Rechts dar.

– Die Angebote der verbundenen Bieter hätten sich formell wie inhaltlich unterschieden.

– Die Ablehnung des Angebots von Bieter A sei „vollkommen unabhängig von seinem Willen, nämlich auf Veranlassung des öffentlichen Auftraggebers, erfolgt“ [45].

83. Anhand der ihm zur Verfügung stehenden Daten kam das Bewirtschaftungszentrum zu dem Ergebnis, dass keine Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung zwischen den Bietern A und B bestehe. Es fügt hinzu, hätte es festgestellt, dass diese „sich in einer Weise verhielten, die zeigte, dass sie den Zuschlag nicht erhalten wollten“, so könnte dieser Umstand „ein Indiz sein, das es zu einer Untersuchung ihrer Verbindungen und zu der Feststellung veranlassen würde, dass ihr Verhalten während des Verfahrens zur Auftragsvergabe möglicherweise eine abgestimmte Verhaltensweise darstellt“ [46].

84. Es ließe sich darüber diskutieren, ob die Informationen, über die das Bewirtschaftungszentrum verfügte, ausreichten, um die mögliche Gefahr für den Wettbewerb zwischen den Bietern auszuschließen. Diese Würdigung obliegt aber auf jeden Fall ihm und steht unter der nachträglichen Kontrolle durch das nationale Gericht, das seine Entscheidungen überprüfen muss, sofern es deshalb angerufen wird.

85. Ich bin der Ansicht, dass der Gerichtshof in den Streit darüber, welche Beweiskraft den Indizien beizumessen ist, die das vorlegenden Gericht unter den Buchstaben a und b seiner vierten Frage aufzählt, nicht eingreifen sollte. Es handelt sich dabei um eine Entscheidung über tatsächliche Umstände und über die Würdigung der Beweiselemente in einem Rechtsstreit, über den ausschließlich das vorlegende Gericht nach den Regeln gesunder Kritik und seinen nationalen Beweisregeln zu entscheiden hat [47].

86. Auf die Frage zurückkommend, ob der öffentliche Auftraggeber unbedingt verpflichtet ist, sich in der bereits dargestellten Weise an die verbundenen Wirtschaftsteilnehmer zu wenden, meine ich, dass sie sowohl allgemein als auch für diesen Einzelfall zu verneinen ist. Alles hängt davon ab, ob das verfügbare Beweismaterial ausreicht oder nicht, und damit von der objektiven Kohärenz der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers über die Zulassung der verbundenen Bieter zur Ausschreibung, über die letztendlich das Gericht zu entscheiden hat.

45 Nr. 4 der schriftlichen Erklärungen des Bewirtschaftungszentrums.

46 Nr. 6 der schriftlichen Erklärungen des öffentlichen Auftraggebers. Dort führt er aus, dass die konzertierten Praktiken nicht nur zwischen miteinander verbundenen Wirtschaftsteilnehmern möglich seien, sondern auch zwischen solchen, die formell im Wettbewerb miteinander stünden, aber wettbewerbsrechtlich verbotene Absprachen träfen.

47 Ich nehme Bezug auf das Urteil vom 21. Juli 2016, VM Remonts u. a. (C-542/14, EU:C:2016:578), wiedergegeben in Nr. 76.

VI. Ergebnis

87. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen schlage ich dem Gerichtshof vor, dem Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Oberster Gerichtshof, Litauen) wie folgt zu antworten:

Die Art. 45 AEUV und 56 AEUV sowie Art. 2 der 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 sind dahin auszulegen, dass unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens

1. in Ermangelung einer ausdrücklichen Rechtsvorschrift oder spezifischen Bestimmung in den Bedingungen, die das Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrags regeln, miteinander verbundene Bieter, die in demselben Verfahren getrennte Angebote eingereicht haben, nicht unbedingt verpflichtet sind, die zwischen ihnen bestehenden Verbindungen gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber offenzulegen;

2. der öffentliche Auftraggeber verpflichtet ist, diese Bieter um die Informationen zu ersuchen, die er für erforderlich hält, wenn er angesichts der Beurteilungselemente, die in dem genannten Verfahren vorliegen, Zweifel hinsichtlich der Gefahr hegt, dass ihre gleichzeitige Teilnahme die Transparenz beeinträchtigt und den Wettbewerb zwischen denjenigen verfälscht, die den Auftrag zur Erbringung der Dienstleistung anstreben.