Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Achte Kammer)

11. Mai 2017*

„Vorlage zur Vorabentscheidung — Öffentliche Aufträge — Richtlinie 2004/17/EG — Grundsätze für die Vergabe von Aufträgen — Art. 10 — Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter — Verpflichtung der Auftraggeber, die Bieter zu ersuchen, ihr Angebot zu ändern oder zu ergänzen — Recht des Auftraggebers, die Kaution im Fall der Weigerung einzubehalten — Richtlinie 92/13/EWG — Art. 1 Abs. 3 — Nachprüfungsverfahren — Entscheidung über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags — Ausschluss eines Bieters — Antrag auf Nichtigerklärung — Rechtsschutzinteresse“

In der Rechtssache C-131/16

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht von der Krajowa Izba Odwoławcza (Nationale Beschwerdekammer, Polen) mit Entscheidung vom 19. Februar 2016, beim Gerichtshof eingegangen am 1. März 2016, in dem Verfahren

Archus sp. z o.o.,

Gama Jacek Lipik

gegen

Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A.,

Beteiligte:

Digital-Center sp. z o.o.,

erlässt

DER GERICHTSHOF (Achte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten M. Vilaras (Berichterstatter) sowie der Richter M. Safjan und D. Šváby,

Generalanwalt: M. Campos Sánchez-Bordona,

Kanzler: A. Calot Escobar,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

* Verfahrenssprache: Polnisch.

— der Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., vertreten durch A. Olszewska,

— der polnischen Regierung, vertreten durch B. Majczyna als Bevollmächtigten,

— der italienischen Regierung, vertreten durch G. Palmieri als Bevollmächtigte im Beistand von F. Di Matteo, avvocato dello Stato,

— der Europäischen Kommission, vertreten durch K. Herrmann und A. Tokár als Bevollmächtigte,

aufgrund des nach Anhörung des Generalanwalts ergangenen Beschlusses, ohne Schlussanträge über die Rechtssache zu entscheiden,

folgendes

Urteil

1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 10 der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABl. 2004, L 134, S. 1) und von Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. 1992, L 76, S. 14) in der durch die Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 (ABl. 2007, L 335, S. 31) geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 92/13).

2 Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Archus sp. z o.o. und Gama Jacek Lipik (im Folgenden gemeinsam: Archus und Gama) einerseits und der Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. (einer polnischen Gesellschaft für Erdöl- und Erdgasaktivitäten) andererseits über die Entscheidungen der zuletzt genannten Gesellschaft, das Angebot von Archus und Gama in einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags abzulehnen und das Angebot der Digital-Center sp. z o.o. anzunehmen.

Rechtlicher Rahmen

Unionsrecht

3 Art. 10 der Richtlinie 2004/17 sieht vor:

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

4 Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 92/13 bestimmt:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Nachprüfungsverfahren entsprechend den gegebenenfalls von den Mitgliedstaaten festzulegenden Bedingungen zumindest jeder Person zur Verfügung stehen, die ein Interesse an einem bestimmten Auftrag hat oder hatte und der durch einen behaupteten Verstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht.“

5 Art. 2a Abs. 2 Unterabs. 3 der Richtlinie 92/13 sieht vor:

„Bewerber gelten als betroffen, wenn der Auftraggeber ihnen keine Informationen über die Ablehnung ihrer Bewerbung zur Verfügung gestellt hat, bevor die Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter ergangen ist."

Polnisches Recht

6 Art. 25 der Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2015, Position 2164) (Gesetz vom 29. Januar 2004 über das öffentliche Vergaberecht, im Folgenden: Pzp) sieht vor:

„1. Im Vergabeverfahren darf der öffentliche Auftraggeber von den Anbietern ausschließlich die für die Durchführung des Verfahrens erforderlichen Erklärungen oder Unterlagen verlangen. Erklärungen oder Unterlagen, die die Erfüllung:

1) der Teilnahmebedingungen für das Vergabeverfahren,

2) der vom öffentlichen Auftraggeber definierten Anforderungen für die angebotenen Lieferungen, Dienstleistungen oder Bauleistungen bestätigen,

hat der öffentliche Auftraggeber in der Bekanntmachung über den öffentlichen Auftrag, in den Verdingungsunterlagen oder in der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu nennen.

2. Der Präsident des Ministerrates bestimmt im Wege einer Verordnung, welche Arten von Unterlagen der öffentliche Auftraggeber vom Anbieter verlangen kann und in welcher Form die Unterlagen eingereicht werden können …"

7 Art. 26 Abs. 3 Pzp bestimmt:

„Der öffentliche Auftraggeber fordert die Anbieter, die die in Art. 25 Abs. 1 genannten Erklärungen oder Unterlagen nicht in der bestimmten Frist vorgelegt haben oder keine Vollmachten vorgelegt haben oder die in Art. 25 Abs. 1 genannten Erklärungen oder Unterlagen mit Fehlern behaftet eingereicht oder auch mangelhafte Vollmachten vorgelegt haben, auf, die genannten Erklärungen oder Unterlagen innerhalb einer festgesetzten Frist vorzulegen, es sei denn, dass trotz ihrer Vorlage das Angebot des Anbieters abzulehnen wäre oder das Verfahren für nichtig erklärt werden müsste. Die nach Aufforderung des öffentlichen Auftraggebers vorgelegten Erklärungen und Unterlagen müssen belegen, dass der Anbieter die Voraussetzungen für die Teilnahme am Verfahren erfüllt und dass die angebotenen Lieferungen, Dienstleistungen oder Bauleistungen die vom öffentlichen Auftraggeber bestimmten Anforderungen erfüllen, und zwar spätestens am Tag des Ablaufs der Frist für die Einreichung der Anträge auf Zulassung zur Teilnahme am Verfahren oder der Frist für die Einreichung von Angeboten."

8 Art. 46 Abs. 4a Pzp lautet:

„Der öffentliche Auftraggeber behält die Kaution und die Zinsen ein, wenn der Anbieter nach Aufforderung im Sinne von Art. 26 Abs. 3 Pzp aus von ihm zu vertretenden Gründen die in Art. 25 Abs. 1 genannten Unterlagen oder Erklärungen, die Vollmachten, die in Art. 24 Abs. 2 Nr. 5 angeführte Liste der Einrichtungen, die zur gleichen Gruppe gehören, oder die Angaben, dass er zu keiner Gruppe gehört, nicht vorlegt, oder falls er einer Berichtigung eines Fehlers im Sinne von Art. 87 Abs. 2 Nr. 3 nicht zugestimmt hat, so dass es nicht möglich war, sein Angebot als das vorteilhafteste auszuwählen."

9 Art. 87 Pzp bestimmt:

„1. Während der Prüfung und Bewertung der Angebote können die Anbieter vom öffentlichen Auftraggeber zu Klarstellungen des Inhalts der Angebote aufgefordert werden. Über das eingereichte Angebot darf zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem jeweiligen Anbieter nicht verhandelt werden; unbeschadet der Abs. 1a und 2 dieses Artikels darf der Inhalt des Angebots nicht geändert werden.

1a. In einem wettbewerblichen Dialog können die Anbieter vom öffentlichen Auftraggeber – während der Prüfung und Bewertung der Angebote – zu auf den Inhalt der Angebote bezogenen Präzisierungen und Feinabstimmungen des Inhaltes des Angebots sowie zur Vorlage zusätzlicher Informationen aufgefordert werden; dabei dürfen keine wesentlichen Änderungen des Inhalts der Angebote und keine Änderungen der in den Verdingungsunterlagen enthaltenen Anforderungen vorgenommen werden.

2. Der öffentliche Auftraggeber korrigiert in dem Angebot:

1) offensichtliche Schreibfehler,

2) offensichtliche Rechenfehler unter Berücksichtigung der rechnerischen Folgen der vorgenommenen Korrekturen,

3) andere Fehler, die in der Unstimmigkeit des Angebots mit den Verdingungsunterlagen bestehen, aber keine wesentlichen Änderungen des Inhalts des Angebots zur Folge haben; der Anbieter, dessen Angebot korrigiert wird, ist unverzüglich zu unterrichten."

10 Art. 179 Abs. 1 Pzp sieht vor:

„Die in diesem Abschnitt genannten Rechtsbehelfe stehen Anbietern, Wettbewerbsteilnehmern wie auch anderen Personen zu, sofern sie ein Interesse am Erhalt des Zuschlags für einen bestimmten Auftrag haben oder hatten und infolge von Verstößen des öffentlichen Auftraggebers gegen die Bestimmungen dieses Gesetzes einen Schaden erlitten haben oder erleiden können."

11 Art. 180 Abs. 1 Pzp bestimmt:

„Mit einem Nachprüfungsantrag kann ausschließlich eine im Zuge des Vergabeverfahrens durch den öffentlichen Auftraggeber vorgenommene gesetzeswidrige Handlung oder Unterlassung einer Handlung, zu deren Vornahme der öffentliche Auftraggeber nach dem Gesetz verpflichtet ist, gerügt werden."

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

12 Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo (Polnische Gesellschaft zur Förderung von Erdöl und Erdgas) veröffentlichte am 3. Juni 2015 im *Amtsblatt der Europäischen Union* unter der Nummer 2015/S 105-191838 eine Bekanntmachung über die beschränkte Ausschreibung der Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags zur Digitalisierung des Bestandes des Zentralen Geologischen Archivs des Unternehmens sowie zur Erstellung von Unterlagen in elektronischer Form zur Bereitstellung in seinem Netzwerk. Auftragsgegenstand war das Scannen der Papierdokumente dieser Archive, die digitale Verarbeitung der gescannten Dokumente und ihre Speicherung auf dauerhaften Datenträgern, die üblicherweise in bestimmten digitalen Formaten und in Form von Mikrofilm verwendet werden.

13 In Punkt 4.1 der Verdingungsunterlagen wurde darauf hingewiesen, dass die Bieter mit ihrem Angebot zwei Dokumente vorlegen mussten. Beim ersten handelte es sich um eine gescannte Kopie eines vom öffentlichen Auftraggeber erstellten Dokuments, die auf einem dauerhaften Datenträger zu speichern und nach einer ausführlichen Beschreibung in Punkt 4.1 Buchst. a der Verdingungsunterlagen zu editieren war. Beim zweiten handelte es sich um eine Probe eines 35-mm-Mikrofilms mit Lichtbildern des Druckerzeugnisses, bewertet anhand der Qualitätskriterien, im A4-Format sowie nach Vergrößerung (16-fach) im A0-Format, ergänzt durch die Beschreibung der Methode der Mikroverfilmung und der in Punkt 4.1 Buchst. b der Verdingungsunterlagen angegebenen technischen Merkmale (im Folgenden: Mikrofilmprobe).

14 Die Qualität des ersten Dokuments sollte nach den Kriterien für die Bewertung der Angebote beurteilt werden, während die Qualität der Mikrofilmprobe nach dem Prinzip „erfüllt/erfüllt nicht“ beurteilt werden sollte, d. h., wenn das Angebot dem Erfordernis nicht entsprach, war es gemäß Art. 89 Abs. 1 Nr. 2 Pzp abzulehnen.

15 Die Bieter waren zwecks Absicherung ihrer Angebote zur Leistung einer Kaution in Höhe von 20 000 polnischen Zloty (PLN) verpflichtet.

16 Im Rahmen dieses Verfahrens wurden zwei Angebote abgegeben, eines von Archus zusammen mit Gama, das andere von Digital-Center.

17 Am 15. Oktober 2015 wandten sich Archus und Gama unter Berufung auf ein Versehen an den öffentlichen Auftraggeber und beantragten die Vornahme einer Korrektur ihres Angebots gemäß Art. 87 Abs. 2 Nr. 3 Pzp, und zwar durch Austausch der Mikrofilmprobe, die sie ihrem Angebot beigefügt hatten und die den Verdingungsunterlagen nicht entsprach, gegen eine neue Mikrofilmprobe.

18 Am 17. November 2015 ging der öffentliche Auftraggeber auf diesen Antrag ein und teilte mit, dass die neue Mikrofilmprobe als Vervollständigung der Unterlagen im Sinne von Art. 26 Abs. 3 Pzp gewertet worden sei. Er wies die Anbieter aber auch darauf hin, dass die nach Punkt 4.1 Buchst. b der Verdingungsunterlagen geforderten Informationen über die Methode der Mikroverfilmung der Probe und die technischen Merkmale fehlten, und forderte sie dementsprechend auf, diese Informationen nachzureichen.

19 Nach Prüfung der beiden von Archus und Gama abgegebenen Mikrofilmproben lehnte der öffentliche Auftraggeber schließlich ihr Angebot ab, da es Punkt 4.1 Buchst. b der Verdingungsunterlagen nicht entspreche. Er stellte fest, dass die von diesen Gesellschaften eingereichten Mikrofilmproben es nicht ermöglichten, eine mikroverfilmte Kopie eines Dokuments im A0-Format mit einer Mindestauflösung von 200 dpi zu lesen. Er sah ferner das von Digital-Center vorgelegte Angebot als das günstigste an.

20 Archus und Gama stellten daraufhin bei der Krajowa Izba Odwoławcza (Nationale Beschwerdekammer, Polen) einen Antrag auf Nachprüfung der Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers, mit denen ihr Angebot abgelehnt und das Angebot von Digital-Center angenommen worden war.

21 Das vorlegende Gericht erklärt im Wesentlichen, dass der öffentliche Auftraggeber nach den nationalen Rechtsvorschriften über öffentliche Aufträge von den Bietern die Vorlage von „Unterlagen oder Erklärungen“ sowie von Proben der im Rahmen dieser Ausschreibung zu liefernden Produkte verlangen kann. Er ist außerdem verpflichtet, sie gegebenenfalls zur Vervollständigung der fehlenden oder Fehler enthaltenden Unterlagen aufzufordern, damit diese den Anforderungen der Verdingungsunterlagen entsprechen, es sei denn, das Angebot wäre aus anderen Gründen abzulehnen oder das Verfahren müsste für nichtig erklärt werden.

22 Das vorlegende Gericht stellt sich zunächst die Frage, ob eine dem öffentlichen Auftraggeber wie im Ausgangsverfahren auferlegte Verpflichtung, den Bieter aufzufordern, nach den Verdingungsunterlagen geforderte Unterlagen zu vervollständigen oder eine diesen Unterlagen entsprechende neue Probe vorzulegen, rechtmäßig ist, da dies den Bieter dazu bringen könne, den Inhalt seines Angebots zu ändern, was der Transparenz des Ausschreibungsverfahrens schaden könnte. Es fragt sich weiter, ob es rechtmäßig ist, die vom Bieter entrichtete Kaution einzubehalten, wenn dieser der Aufforderung des öffentlichen Auftraggebers, solche Unterlagen zu vervollständigen, nicht nachkommt. Schließlich fragt es sich, welches rechtliche Interesse Archus und Gama an der Anfechtung des Angebots von Digital-Center haben.

23 Die Krajowa Izba Odwoławcza (Nationale Beschwerdekammer, Polen) hat daher beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Ist Art. 10 der Richtlinie 2004/17 dahin auszulegen, dass der öffentliche Auftraggeber verpflichtet sein kann, die Anbieter, die nicht innerhalb einer festgesetzten Frist (d. h. der Frist zur Einreichung von Angeboten) die vom öffentlichen Auftraggeber geforderten „Erklärungen oder Unterlagen“ vorgelegt haben, die bestätigen, dass die angebotenen Lieferungen, Dienstleistungen oder Bauleistungen die vom öffentlichen Auftraggeber definierten Anforderungen erfüllen (wobei der Begriff „Erklärungen oder Unterlagen“ auch Proben des Auftragsgegenstands umfasst), oder die die geforderten „Erklärungen oder Unterlagen“ mit Fehlern behaftet eingereicht haben, dazu aufzufordern, die fehlenden bzw. korrigierten „Erklärungen oder Unterlagen“ (Proben) innerhalb einer festgesetzten zusätzlichen Frist vorzulegen, ohne ein Verbot aufzustellen, wonach die vervollständigten „Erklärungen oder Unterlagen“ (Proben) den Inhalt des Angebots nicht verändern dürfen?

2. Ist Art. 10 der Richtlinie 2004/17 dahin auszulegen, dass der öffentliche Auftraggeber die Kaution des Anbieters behalten darf, wenn dieser bei Aufforderung durch den öffentlichen Auftraggeber zur Vervollständigung keine „Erklärungen oder Unterlagen“ (Proben) vorgelegt hat, die bestätigen, dass die angebotenen Lieferungen, Dienstleistungen oder Bauleistungen die vom öffentlichen Auftraggeber definierten Anforderungen erfüllen, falls eine solche Vervollständigung zur Veränderung des Inhalts des Angebots führen würde oder der Anbieter mit der Korrektur des Angebots durch den öffentlichen Auftraggeber nicht einverstanden war, was zur Folge hatte, dass das Angebot des Anbieters nicht als günstigstes Angebot ausgewählt werden konnte?

3. Ist Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 92/13 dahin auszulegen, dass unter einem „bestimmten Auftrag“, von dem in dieser Bestimmung in der Passage „Interesse an einem bestimmten Auftrag“ die Rede ist, ein „bestimmtes zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags durchgeführtes Verfahren“ (hier: veröffentlicht durch Bekanntmachung vom 3. Juni 2015) zu verstehen ist, oder dahin, dass damit ein „bestimmter Auftragsgegenstand“ (hier: Dienstleistung der Digitalisierung von Unterlagen aus dem Archiv des öffentlichen Auftraggebers) gemeint ist, unabhängig davon, ob infolge der Berücksichtigung des Nachprüfungsantrags der öffentliche Auftraggeber verpflichtet sein wird, das laufende Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags für nichtig zu erklären und eventuell ein weiteres Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags einzuleiten?

Zur ersten Frage

24 Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob der in Art. 10 der Richtlinie 2004/17 zum Ausdruck gebrachte Grundsatz der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer dahin auszulegen ist, dass er im Rahmen einer Ausschreibung der Aufforderung eines öffentlichen Auftraggebers an die Bieter entgegensteht, die erforderlichen Erklärungen oder Unterlagen vorzulegen, die von diesen Bietern nicht innerhalb der Frist zur Einreichung der Angebote vorgelegt worden sind,

oder diese Erklärungen oder Unterlagen im Fall von Fehlern zu korrigieren, ohne dass der öffentliche Auftraggeber diesen Bietern zudem erläutern muss, dass sie den Inhalt der abgegebenen Angebote nicht verändern dürfen.

25 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Pflicht des öffentlichen Auftraggebers zur Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter, der die Entwicklung eines gesunden und effektiven Wettbewerbs zwischen den sich um einen öffentlichen Auftrag bewerbenden Unternehmen fördern soll (vgl. u. a. Urteile vom 29. April 2004, Kommission/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, Rn. 110, und vom 12. März 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, Rn. 33) und dem Wesen der Unionsvorschriften über die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge entspricht (vgl. u. a. Urteile vom 22. Juni 1993, Kommission/Dänemark, C-243/89, EU:C:1993:257, Rn. 33, vom 25. April 1996, Kommission/Belgien, C-87/94, EU:C:1996:161, Rn. 51, und vom 18. Oktober 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, Rn. 33), u. a. bedeutet, dass die Bieter sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese vom öffentlichen Auftraggeber beurteilt werden, gleich behandelt werden müssen (vgl. Urteile vom 16. Dezember 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, Rn. 45, sowie vom 24. Mai 2016, MT Højgaard und Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, Rn. 37).

26 Dieser Grundsatz gebietet insbesondere, dass alle Bieter bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen haben, was voraussetzt, dass die Angebote aller Wettbewerber den gleichen Bedingungen unterworfen sein müssen (Urteile vom 25. April 1996, Kommission/Belgien, C-87/94, EU:C:1996:161, Rn. 54, vom 12. Dezember 2002, Universale-Bau u. a., C-470/99, EU:C:2002:746, Rn. 93, sowie vom 12. März 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, Rn. 33).

27 Im Rahmen eines Vergabeverfahrens stehen der Grundsatz der Gleichbehandlung und das Transparenzgebot auch jeglicher Verhandlung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und einem Bewerber entgegen, was bedeutet, dass ein eingereichtes Angebot grundsätzlich nicht mehr geändert werden kann, weder auf Betreiben des öffentlichen Auftraggebers noch auf Betreiben des Bewerbers (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 29. März 2012, SAG ELV Slovensko u. a., C-599/10, EU:C:2012:191, Rn. 36, sowie vom 10. Oktober 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, Rn. 31).

28 Dürfte nämlich der öffentliche Auftraggeber von einem Bewerber, dessen Angebot seiner Auffassung nach ungenau ist oder nicht den in den Verdingungsunterlagen enthaltenen technischen Spezifikationen entspricht, Erläuterungen verlangen, könnte nämlich, wenn letztlich das Angebot dieses Bewerbers ausgewählt würde, der Eindruck entstehen, dass der öffentliche Auftraggeber dieses Angebot insgeheim ausgehandelt hat – zum Nachteil der anderen Bewerber und unter Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung (Urteil vom 29. März 2012, SAG ELV Slovensko u. a., C-599/10, EU:C:2012:191, Rn. 37).

29 Der Gerichtshof hat aber auch schon entschieden, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung nicht untersagt, dass Angebote in einzelnen Punkten berichtigt oder ergänzt werden, wenn eine Erläuterung des Angebots offensichtlich geboten ist oder offensichtliche sachliche Fehler berichtigt werden, vorausgesetzt jedoch, dass eine Reihe von Erfordernissen beachtet wird (vgl. in diesem Sinne im Rahmen von nicht offenen Vergabeverfahren, die unter die Richtlinie [EG] 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 [ABl. 2004, L 134, S. 114] fallen, Urteile vom 29. März 2012, SAG ELV Slovensko u. a., C-599/10, EU:C:2012:191, Rn. 35 bis 45, in Bezug auf die Phase der Bewertung der Angebote, sowie vom 10. Oktober 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, Rn. 30 bis 39, in Bezug auf die Phase der Vorauswahl der Bieter).

30 Zunächst ist eine Aufforderung zur Erläuterung des Angebots, die erst nach Kenntnisnahme von sämtlichen Angeboten durch den öffentlichen Auftraggeber erfolgen darf, grundsätzlich in gleicher Weise an alle Bieter zu richten, die sich in derselben Situation befinden, und hat sich auf alle Punkte

des Angebots zu erstrecken, die einer Erläuterung bedürfen (vgl. Urteile vom 29. März 2012, SAG ELV Slovensko u. a., C-599/10, EU:C:2012:191, Rn. 42 bis 44, und vom 10. Oktober 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, Rn. 34 und 35).

31 Zudem darf diese Aufforderung nicht darauf hinauslaufen, dass einer der betroffenen Bieter in Wirklichkeit ein neues Angebot einreicht (vgl. Urteile vom 29. März 2012, SAG ELV Slovensko u. a., C-599/10, EU:C:2012:191, Rn. 40, und vom 10. Oktober 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, Rn. 36).

32 Schließlich hat der öffentliche Auftraggeber bei der Ausübung des Ermessens, über das er in Bezug auf die Möglichkeit verfügt, die Bewerber zur Erläuterung ihres Angebots aufzufordern, diese allgemein gleich und fair zu behandeln, so dass am Ende des Verfahrens zur Auswahl der Angebote und im Hinblick auf das Ergebnis dieses Verfahrens nicht der Eindruck entstehen kann, dass die Aufforderung zur Erläuterung den oder die Bewerber, an den bzw. die sie gerichtet war, ungerechtfertigt begünstigt oder benachteiligt hätte (vgl. Urteile vom 29. März 2012, SAG ELV Slovensko u. a., C-599/10, EU:C:2012:191, Rn. 41, sowie vom 10. Oktober 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, Rn. 37).

33 Eine Aufforderung zur Erläuterung kann jedoch das Fehlen eines Dokuments oder einer Information, deren Übermittlung durch die Auftragsunterlagen gefordert war, nicht beheben, da der öffentliche Auftraggeber die von ihm selbst festgelegten Kriterien strikt einzuhalten hat (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. Oktober 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, Rn. 40).

34 Im vorliegenden Fall hat das vorlegende Gericht in seinem Vorlagebeschluss ausgeführt, dass die Bieter ihrem Angebot Proben von digitalisierten Archivdokumenten beilegen mussten, die nach den in Punkt 4.1 der Verdingungsunterlagen festgelegten Vorgaben zu erstellen waren, und dass sie die Methode und die Qualität der Digitalisierung angeben mussten.

35 Im Ausgangsverfahren haben Archus und Gama in ihrer Eigenschaft als Bieter beim öffentlichen Auftraggeber unter Berufung auf Art. 87 Abs. 2 Nr. 3 Pzp eine Berichtigung ihres Angebots beantragt, um die Mikrofilmprobe, die sie ihrem Angebot beigefügt hatten und die den Verdingungsunterlagen nicht entsprochen hatte, gegen eine neue Mikrofilmprobe auszutauschen.

36 Nach der in Rn. 29 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung kann aber eine Aufforderung des öffentlichen Auftraggebers an einen Bieter, die geforderten Erklärungen und Unterlagen vorzulegen, grundsätzlich keinen anderen Zweck als die Erläuterung des Angebots des Bieters oder die Berichtigung eines offensichtlichen Fehlers in diesem Angebot haben. Sie kann demnach einem Bieter nicht allgemein erlauben, Erklärungen und Unterlagen vorzulegen, deren Übermittlung nach den Verdingungsunterlagen gefordert war und die nicht innerhalb der Frist zur Einreichung der Angebote vorgelegt worden sind. Nach der in Rn. 31 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung kann sie auch nicht zur Vorlage von Dokumenten durch einen Bieter führen, die derartige Änderungen enthalten, dass sie in Wirklichkeit ein neues Angebot darstellen.

37 Jedenfalls kann die Verpflichtung, der öffentliche Auftraggeber nach nationalem Recht möglicherweise unterliegen, die Bieter dazu aufzufordern, die geforderten Erklärungen und Unterlagen vorzulegen, die sie innerhalb der Frist zur Einreichung der Angebote nicht übermittelt haben, oder diese Erklärungen und Unterlagen im Fall von Fehlern zu berichtigen, nur dann zulässig sein, wenn die vorgenommenen Ergänzungen oder Berichtigungen des ursprünglichen Angebots nicht auf eine wesentliche Änderung dieses Angebots hinauslaufen. Aus Rn. 40 des Urteils vom 29. März 2012, SAG ELV Slovensko u. a. (C-599/10, EU:C:2012:191), geht nämlich hervor, dass das ursprüngliche Angebot nur ausnahmsweise korrigiert werden kann, um offensichtliche sachliche Fehler zu berichtigen, und wenn diese Änderung nicht darauf hinausläuft, in Wirklichkeit ein neues Angebot abzugeben.

38 Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, festzustellen, ob unter den Umständen des Ausgangsverfahrens der von Archus und Gama vorgenommene Austausch innerhalb der Grenzen der Berichtigung eines offensichtlichen Fehlers ihres Angebots geblieben ist.

39 Folglich ist auf die erste Frage zu antworten, dass der in Art. 10 der Richtlinie 2004/17 zum Ausdruck gebrachte Grundsatz der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer dahin auszulegen ist, dass er im Rahmen einer Ausschreibung der Aufforderung eines öffentlichen Auftraggebers an einen Bieter entgegensteht, die Erklärungen oder Unterlagen vorzulegen, deren Übermittlung nach den Verdingungsunterlagen gefordert war und die nicht innerhalb der Frist zur Einreichung der Angebote vorgelegt worden sind. Dieser Artikel steht hingegen der Aufforderung eines öffentlichen Auftraggebers an einen Bieter, ein Angebot zu erläutern oder einen offensichtlichen sachlichen Fehler, den dieses enthalten hat, zu berichtigen, unter der Voraussetzung nicht entgegen, dass eine solche Aufforderung an alle Bieter gerichtet wird, die sich in derselben Situation befinden, dass alle Bieter gleich und fair behandelt werden und dass diese Erläuterung oder diese Berichtigung nicht der Einreichung eines neuen Angebots gleichgestellt werden kann, was das vorlegende Gericht zu überprüfen hat.

Zur zweiten Frage

40 Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 10 der Richtlinie 2004/17 dahin auszulegen ist, dass er unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens dem öffentlichen Auftraggeber nicht untersagt, die Kaution eines Bieters im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags einzubehalten, wenn dieser entweder keine Dokumente vorgelegt hat, die bestätigen, dass sein Angebot die vom öffentlichen Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen definierten Anforderungen erfüllt, weil dadurch der Inhalt seines Angebots geändert worden wäre, oder mit der Korrektur des Angebots durch den öffentlichen Auftraggeber nicht einverstanden war, was zur Folge hatte, dass sein Angebot nicht ausgewählt werden konnte.

41 Nach ständiger Rechtsprechung ist das mit Art. 267 AEUV eingerichtete Verfahren ein Instrument der Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten, mit dem der Gerichtshof diesen Gerichten Hinweise zur Auslegung des Unionsrechts gibt, die sie zur Entscheidung des bei ihnen anhängigen Rechtsstreits benötigen (vgl. u. a. Urteile vom 12. Juni 2003, Schmidberger, C-112/00, EU:C:2003:333, Rn. 30, vom 15. September 2011, Unió de Pagesos de Catalunya, C-197/10, EU:C:2011:590, Rn. 16, sowie vom 19. Juni 2012, Chartered Institute of Patent Attorneys, C-307/10, EU:C:2012:361, Rn. 31).

42 Im Rahmen dieser Zusammenarbeit spricht eine Vermutung für die Entscheidungserheblichkeit der Fragen zum Unionsrecht. Der Gerichtshof kann das Ersuchen eines nationalen Gerichts nur dann zurückweisen, wenn die erbetene Auslegung des Unionsrechts offensichtlich in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht, wenn das Problem hypothetischer Natur ist oder wenn der Gerichtshof nicht über die tatsächlichen und rechtlichen Angaben verfügt, die für eine zweckdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erforderlich sind (vgl. u. a. Urteile vom 21. Januar 2003, Bacardi-Martini und Cellier des Dauphins, C-318/00, EU:C:2003:41, Rn. 43, vom 15. September 2011, Unió de Pagesos de Catalunya, C-197/10, EU:C:2011:590, Rn. 17, sowie vom 19. Juni 2012, Chartered Institute of Patent Attorneys, C-307/10, EU:C:2012:361, Rn. 32).

43 Die dem Gerichtshof übertragene Aufgabe bei Vorabentscheidungsersuchen besteht nämlich darin, zur Rechtspflege in den Mitgliedstaaten beizutragen, nicht aber darin, Gutachten zu allgemeinen oder hypothetischen Fragen abzugeben (vgl. u. a. Urteile vom 12. Juni 2003, Schmidberger, C-112/00, EU:C:2003:333, Rn. 32, sowie vom 15. September 2011, Unió de Pagesos de Catalunya, C-197/10, EU:C:2011:590, Rn. 18).

44 Wie aus dem Vorlagebeschluss hervorgeht, entsprechen die Umstände des Ausgangsverfahrens offensichtlich keinem der beiden Fälle, die das vorlegende Gericht im Rahmen seiner zweiten Frage dargelegt hat.

45 Der Ausgangsrechtsstreit betrifft nämlich im Wesentlichen, wie sich aus der Prüfung der ersten Frage ergibt, die Frage, ob der öffentliche Auftraggeber, ohne den Grundsatz der Gleichbehandlung in Art. 10 der Richtlinie 2004/17 zu missachten, zulassen kann, dass ein Bieter nach dem Einreichen seines Angebots ein Dokument, dessen Übermittlung nach den Verdingungsunterlagen gefordert war, im vorliegenden Fall eine Mikrofilmprobe, austauschen kann, weil die vorgelegte Probe angeblich irrtümlich übermittelt worden war. Aus dem Vorlagebeschluss geht keineswegs hervor, dass Archus und Gama die nach den Verdingungsunterlagen geforderten Dokumente nicht vorgelegt oder einer Korrektur ihres Angebots durch den öffentlichen Auftraggeber nicht zugestimmt haben. Es ist also festzustellen, dass das vom vorlegenden Gericht im Rahmen der zweiten Frage aufgeworfene Problem hypothetischer Natur ist.

46 Unter diesen Umständen ist die zweite Frage des vorlegenden Gerichts für offensichtlich unzulässig zu erklären.

Zur dritten Frage

47 Mit seiner dritten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 92/13 dahin auszulegen ist, dass mit dem Begriff „bestimmter Auftrag“ im Sinne dieser Bestimmung ein bestimmtes zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags durchgeführtes Verfahren oder der Gegenstand des Auftrags, für den am Ende eines Vergabeverfahrens der Zuschlag erteilt werden soll, gemeint ist, wenn nur zwei Angebote vorgelegt worden sind und der Bieter, dessen Angebot abgelehnt worden ist, ein Interesse daran haben könnte, dass das Angebot des anderen Bieters abgelehnt wird und folglich ein neues Verfahren zur Vergabe des öffentlichen Auftrags eingeleitet wird.

48 Das vorlegende Gericht hat dazu ausgeführt, dass der Wirtschaftsteilnehmer, der ein Angebot im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags eingereicht habe, kein Interesse daran habe, gegen die Entscheidung über die Vergabe des öffentlichen Auftrags vorzugehen, wenn sein Angebot abgelehnt worden sei. Folglich habe ein Bieter wie Archus und Gama zwar mit Sicherheit ein Interesse daran, eine Entscheidung, mit der sein Angebot abgelehnt werde, anzufechten, da er in diesem Fall weiterhin die Chance habe, dass ihm der Auftrag zugeteilt werde, verfüge aber im weiteren Vergabeverfahren nicht mehr über ein solches Interesse, sobald sein Angebot endgültig abgelehnt worden sei, zumindest wenn mehrere Angebote abgegeben und ausgewählt worden seien.

49 Vor diesem Hintergrund stellt sich das vorlegende Gericht die Frage, ob mit dem Begriff „bestimmter Auftrag“ im Sinne von Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 92/13 die eventuelle Einleitung eines neuen Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags gemeint ist.

50 Dazu ist darauf hinzuweisen, dass gemäß Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 92/13 die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass Nachprüfungsverfahren entsprechend den gegebenenfalls von den Mitgliedstaaten festzulegenden Bedingungen zumindest jeder Person zur Verfügung stehen, die ein Interesse an einem bestimmten Auftrag hat oder hatte und der durch einen behaupteten Verstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht.

51 Im Rahmen der Auslegung der entsprechenden Bestimmungen von Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665/EWG 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) hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass die Bieter im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags ein äquivalentes berechtigtes Interesse am Ausschluss des Angebots der jeweils anderen haben, um den Auftrag zu

erhalten (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 4. Juli 2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, Rn. 33, vom 5. April 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, Rn. 27, sowie vom 21. Dezember 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, C-355/15, EU:C:2016:988, Rn. 29), unabhängig von der Zahl der Teilnehmer am Verfahren und der Zahl der Teilnehmer, die eine Nachprüfung beantragt haben (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 5. April 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, Rn. 29).

52 Zum einen kann nämlich der Ausschluss eines Bieters dazu führen, dass ein anderer den Auftrag unmittelbar im Rahmen desselben Verfahrens erhält. Zum anderen könnte im Fall eines Ausschlusses aller Bieter und der Einleitung eines neuen Vergabeverfahrens jeder von ihnen daran teilnehmen und auf diese Weise mittelbar den Auftrag erhalten (vgl. Urteil vom 5. April 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, Rn. 27).

53 Der somit in den Urteilen vom 4. Juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), und vom 5. April 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), aufgestellte Rechtsprechungsgrundsatz ist auf den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens anwendbar.

54 Das vorlegende Gericht ist nämlich im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags, in dem zwei Angebote eingereicht worden sind und vom öffentlichen Auftraggeber zeitgleich zwei Entscheidungen erlassen worden sind, mit denen das Angebot eines Bieters abgelehnt bzw. der Auftrag dem anderen Bieter zugeteilt worden ist, vom ausgeschlossenen Bieter mit einem gegen beide Entscheidungen gerichteten Nachprüfungsantrag befasst worden. Im Rahmen dieser Klage macht der ausgeschlossene Bieter den Ausschluss des Angebots des Zuschlagsempfängers wegen fehlender Konformität dieses Angebots mit den Verdingungsunterlagen geltend.

55 In einem solchen Fall ist dem Bieter, der den Nachprüfungsantrag eingereicht hat, ein berechtigtes Interesse am Ausschluss des Angebots des Zuschlagsempfängers zuzuerkennen, was gegebenenfalls zu der Feststellung führen kann, dass es dem öffentlichen Auftraggeber unmöglich ist, ein ordnungsgemäßes Angebot auszuwählen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 4. Juli 2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, Rn. 33, sowie vom 5. April 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, Rn. 24).

56 Diese Auslegung wird durch Art. 2a Abs. 1 und 2 der Richtlinie 92/13 bestätigt, wo ausdrücklich ein Recht auf Nachprüfung für nicht endgültig ausgeschlossene Bieter insbesondere gegen die Zuschlagsentscheidungen der Auftraggeber vorgesehen ist.

57 Der Gerichtshof hat zwar in der Rechtssache, in der das Urteil vom 21. Dezember 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15, EU:C:2016:988, Rn. 13 bis 16, 31 und 36), ergangen ist, entschieden, dass einem Bieter, dessen Angebot vom öffentlichen Auftraggeber in einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags ausgeschlossen worden ist, der Zugang zu einer Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung verwehrt werden darf. Die Entscheidung, diesen Bieter auszuschließen, war jedoch in dieser Rechtssache durch eine Entscheidung bestätigt worden, die rechtskräftig geworden war, bevor das Gericht, das mit der Klage gegen die Zuschlagsentscheidung befasst wurde, entschieden hat, so dass dieser Bieter als endgültig von dem in Rede stehenden Vergabeverfahren ausgeschlossen anzusehen gewesen ist.

58 Hingegen haben Archus und Gama im Ausgangsverfahren einen Nachprüfungsantrag gegen die Entscheidung, ihr Angebot auszuschließen, und gegen die Entscheidung über die Vergabe des Auftrags eingereicht, die gleichzeitig erlassen worden sind, und können demnach nicht als endgültig vom Vergabeverfahren ausgeschlossen angesehen werden. In einem solchen Fall kann mit dem Begriff „bestimmter Auftrag“ im Sinne von Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 92/13 gegebenenfalls die eventuelle Einleitung eines neuen Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags gemeint sein.

59 Aus diesen Erwägungen folgt, dass die Richtlinie 92/13 dahin auszulegen ist, dass in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens, in der in einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags zwei Angebote eingereicht worden sind und vom öffentlichen Auftraggeber zeitgleich zwei Entscheidungen erlassen worden sind, mit denen das Angebot eines Bieters abgelehnt bzw. der Auftrag dem anderen Bieter zugeteilt worden ist, der ausgeschlossene Bieter, der einen Nachprüfungsantrag gegen diese beiden Entscheidungen einreicht, den Ausschluss des Angebots des erfolgreichen Bieters beantragen können muss, so dass mit dem Begriff „bestimmter Auftrag" im Sinne von Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 92/13 gegebenenfalls die eventuelle Einleitung eines neuen Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags gemeint sein kann.

Kosten

60 Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Achte Kammer) für Recht erkannt:

1. **Der in Art. 10 der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste zum Ausdruck gebrachte Grundsatz der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer ist dahin auszulegen, dass er im Rahmen einer Ausschreibung der Aufforderung eines öffentlichen Auftraggebers an einen Bieter entgegensteht, die Erklärungen oder Unterlagen vorzulegen, deren Übermittlung nach den Verdingungsunterlagen gefordert war und die nicht innerhalb der Frist zur Einreichung der Angebote vorgelegt worden sind. Dieser Artikel steht hingegen der Aufforderung eines öffentlichen Auftraggebers an einen Bieter, ein Angebot zu erläutern oder einen offensichtlichen sachlichen Fehler, den dieses enthalten hat, zu berichtigen, unter der Voraussetzung nicht entgegen, dass eine solche Aufforderung an alle Bieter gerichtet wird, die sich in derselben Situation befinden, dass alle Bieter gleich und fair behandelt werden und dass diese Erläuterung oder diese Berichtigung nicht der Einreichung eines neuen Angebots gleichgestellt werden kann, was das vorlegende Gericht zu überprüfen hat.**

2. Die Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor in der durch die Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens, in der in einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags zwei Angebote eingereicht worden sind und vom öffentlichen Auftraggeber zeitgleich zwei Entscheidungen erlassen worden sind, mit denen das Angebot eines Bieters abgelehnt bzw. der Auftrag dem anderen Bieter zugeteilt worden ist, der ausgeschlossene Bieter, der einen Nachprüfungsantrag gegen diese beiden Entscheidungen einreicht, den Ausschluss des Angebots des erfolgreichen Bieters beantragen können muss, so dass mit dem Begriff „bestimmter Auftrag" im Sinne von Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 92/13 in der durch die Richtlinie 2007/66 geänderten Fassung gegebenenfalls die eventuelle Einleitung eines neuen Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags gemeint sein kann.

Unterschriften