Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
vom 24. Februar 2022 [1]

Rechtssache C-669/20

Veridos GmbH
gegen
Ministar na vatreshnite raboti na Republika Bulgaria,
Mühlbauer ID Services GmbH – S&T

(Vorabentscheidungsersuchen des Varhoven administrativen sad [Oberstes Verwaltungsgericht, Bulgarien])

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Verfahren zur Vergabe bestimmter öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge – Richtlinie 2014/24/EU – Richtlinie 2009/81/EG – Festlegung eines Kriteriums für die Bewertung eines ungewöhnlich niedrigen Angebots – Vorliegen von mindestens drei Angeboten“

1. Wenn bestimmte öffentliche Aufträge an das wirtschaftlich günstigste oder das preisgünstigste Angebot vergeben werden müssen, gestattet es das Unionsrecht dem öffentlichen Auftraggeber, „ungewöhnlich niedrige Angebote“, die einer zufriedenstellenden Rechtfertigung entbehren, abzulehnen.

2. Mit dem vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen werden mehrere Fragen gestellt, die einen öffentlichen Auftrag zur Planung, zum Aufbau und zur Verwaltung eines Systems für die Ausstellung bulgarischer Ausweisdokumente betreffen. Das vorlegende Gericht möchte zusammenfassend wissen,

– unter welchen Bedingungen und in welchem Umfang der öffentliche Auftraggeber verpflichtet ist, das Vorliegen ungewöhnlich niedriger Angebote im Sinne der Richtlinie 2009/81/EG [2] und der Richtlinie 2014/24/EU [3] zu ermitteln,

– zu welchem Zeitpunkt die gerichtliche Kontrolle der Bewertung des öffentlichen Auftraggebers, der das Vorliegen eines ungewöhnlich niedrigen Angebots ausschließt, erfolgen muss, und ob diese Bewertung zu begründen ist.

[1] Originalsprache: Spanisch.

[2] Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG (ABl. 2009, L 216, S. 76).

[3] Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. 2014, L 94, S. 65).

A. Unionsrecht

1. Richtlinie 2014/24

3. Im 90. Erwägungsgrund heißt es:

„Aufträge sollten auf der Grundlage objektiver Kriterien vergeben werden, die die Einhaltung der Grundsätze der Transparenz, der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung gewährleisten, um einen objektiven Vergleich des relativen Werts der Angebote sicherzustellen, damit unter den Bedingungen eines effektiven Wettbewerbs ermittelt werden kann, welches das wirtschaftlich günstigste Angebot ist. …

Um eine stärkere Ausrichtung der öffentlichen Auftragsvergabe auf die Qualität zu fördern, sollte es den Mitgliedstaaten gestattet sein, die Anwendung des alleinigen Preis- oder Kostenkriteriums zur Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots zu untersagen oder einzuschränken, sofern sie dies für zweckmäßig halten.

Damit die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bei der Vergabe von Aufträgen sichergestellt wird, sollten öffentliche Auftraggeber verpflichtet werden, für die nötige Transparenz zu sorgen, so dass sich jeder Bieter angemessen über die Kriterien und Regelungen, die der Zuschlagsentscheidung zugrunde gelegt werden, unterrichten kann. Öffentliche Auftraggeber sollten daher verpflichtet werden, die Zuschlagskriterien und deren jeweilige relative Gewichtung anzugeben.

…“

4. Im 92. Erwägungsgrund heißt es:

„Öffentliche Auftraggeber sollten bei der Bewertung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses die mit dem Gegenstand des Auftrags verbundenen wirtschaftlichen und qualitativen Kriterien festlegen, die sie zu diesem Zweck heranziehen werden. Diese Kriterien sollten damit eine vergleichende Beurteilung des Leistungsniveaus jedes einzelnen Angebots gemessen am Gegenstand des Auftrags, wie in den technischen Spezifikationen festgelegt, ermöglichen. Hinsichtlich des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses wird in dieser Richtlinie eine nicht abschließende Liste möglicher Zuschlagskriterien, die ökologische und soziale Aspekte mit einschließen, festgelegt. Öffentliche Auftraggeber sollten zur Wahl von Zuschlagskriterien ermutigt werden, mit denen sie qualitativ hochwertige Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen erhalten können, die ihren Bedürfnissen optimal entsprechen.

Die gewählten Zuschlagskriterien sollten dem öffentlichen Auftraggeber keine unbegrenzte Wahlfreiheit einräumen, einen wirksamen und fairen Wettbewerb ermöglichen und mit Regelungen verknüpft werden, die eine wirksame Überprüfung der von den Bietern beigebrachten Informationen erlauben.

…“

5. Art. 56 („Allgemeine Grundsätze“) bestimmt:

„(1) Die Aufträge werden auf der Grundlage von in Einklang mit den Artikeln 67 bis 69 festgelegten Kriterien vergeben, sofern der öffentliche Auftraggeber gemäß den Artikeln 59 bis 61 überprüft hat, dass sämtliche nachfolgenden Bedingungen erfüllt sind:

…“

6. Art. 69 („Ungewöhnlich niedrige Angebote“) bestimmt:

„(1) Die öffentlichen Auftraggeber schreiben den Wirtschaftsteilnehmern vor, die im Angebot vorgeschlagenen Preise oder Kosten zu erläutern, wenn diese im Verhältnis zu den angebotenen Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen ungewöhnlich niedrig erscheinen.

…

(3) Der öffentliche Auftraggeber bewertet die beigebrachten Informationen mittels einer Rücksprache mit dem Bieter. Er kann das Angebot nur dann ablehnen, wenn die beigebrachten Nachweise das niedrige Niveau des vorgeschlagenen Preises beziehungsweise der vorgeschlagenen Kosten … nicht zufriedenstellend erklären“.

2. Richtlinie 2009/81

7. Im 15. Erwägungsgrund heißt es:

„Die Vergabe von Aufträgen in den Mitgliedstaaten durch Auftraggeber im Sinne der Richtlinie 2004/17/EG … und durch öffentliche Auftraggeber im Sinne der Richtlinie 2004/18/EG … ist an die Einhaltung der im Vertrag niedergelegten Grundsätze gebunden, insbesondere des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit sowie der davon abgeleiteten Grundsätze wie z. B. des Grundsatzes der Gleichbehandlung, des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung, des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung, des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und des Grundsatzes der Transparenz.

…“

8. Im 69. Erwägungsgrund heißt es:

„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 transparent und objektiv und unter wirksamen Wettbewerbsbedingungen bewertet werden. Dementsprechend sind nur zwei Zuschlagskriterien zuzulassen: das des ‚niedrigsten Preises‘ und das des ‚wirtschaftlich günstigsten Angebots‘.“

9. Art. 38 („Überprüfung der Eignung und Auswahl der Teilnehmer und Vergabe des Auftrags“) bestimmt:

„(1) Die Auftragsvergabe erfolgt aufgrund der in den Artikeln 47 und 49 festgelegten Kriterien unter Berücksichtigung des Artikels 19, nachdem die Auftraggeber die Eignung der Wirtschaftsteilnehmer, die nicht aufgrund von Artikel 39 oder 40 ausgeschlossen wurden, geprüft

haben; diese Eignungsprüfung erfolgt nach den in den Artikeln 41 bis 46 genannten Kriterien der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit sowie der beruflichen und technischen Fachkunde und gegebenenfalls nach den in Absatz 3 des vorliegenden Artikels genannten nicht diskriminierenden Vorschriften und Kriterien.

…“

10. Art. 49 („Ungewöhnlich niedrige Angebote“) bestimmt:

„(1) Erwecken im Fall eines bestimmten Auftrags Angebote den Eindruck, im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig zu sein, so muss der Auftraggeber vor Ablehnung dieser Angebote schriftlich Aufklärung über die Einzelposten des Angebots verlangen, wo er dies für angezeigt hält.

…

(2) Der Auftraggeber prüft – in Rücksprache mit dem Bieter – die betreffende Zusammensetzung und berücksichtigt dabei die gelieferten Nachweise.

…“

11. Art. 55 („Anwendungsbereich und Zugang zu Nachprüfungsverfahren“) Abs. 2 bestimmt:

„Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass Entscheidungen von Auftraggebern wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der Artikel 56 bis 62 auf Verstöße gegen das [Unionsrecht] im Bereich des Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können.“

B. Bulgarisches Recht

12. Art. 72 („Ungewöhnlich günstige Angebote“) des Zakon za obshtestvenite porachki (Vergabegesetz) sieht vor:

„(1) Ist das zu bewertende Angebot eines Teilnehmers in Bezug auf Preis oder Kosten hinsichtlich desselben Bewertungsfaktors um mehr als 20 % günstiger als der Mittelwert der Angebote der übrigen Teilnehmer, verlangt der öffentliche Auftraggeber eine ausführliche schriftliche Rechtfertigung, wie das Angebot erstellt wurde; diese Rechtfertigung ist innerhalb von fünf Tagen nach Erhalt der Aufforderung vorzulegen.“

II. Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

13. Das Ministerium für innere Angelegenheiten der Republik Bulgarien als öffentlicher Auftraggeber leitete ein Vergabeverfahren ein, das die „Planung, den Ausbau und die Verwaltung eines Systems für die Ausstellung bulgarischer Ausweisdokumente der Generation 2019“ zum Gegenstand hatte [4].

[4] Bekanntmachung durch die Entscheidung Nr. 5785 MPR-58 vom 15. August 2018.

14. Im Anschluss an die entsprechende Vorauswahl wurden die Veridos GmbH (im Folgenden: Veridos) und das Konsortium Mühlbauer ID Services GmbH – S&T (im Folgenden: Mühlbauer) zur Angebotsabgabe aufgefordert.

15. Den Zuschlag erhielt schließlich Mühlbauer [5].

16. Veridos focht die Vergabe bei der Komisia za zashtita na konkurentsiata (Wettbewerbsbehörde, Bulgarien) mit der Begründung an, das erfolgreiche Angebot sei ungewöhnlich niedrig gewesen [6].

17. Mit Entscheidung vom 25. Juni 2020 wies die Wettbewerbsbehörde die Beschwerde von Veridos mit der Begründung zurück, dass Art. 72 des Vergabegesetzes nicht anwendbar sei. Es seien nur zwei Angebote eingereicht worden, und der in dieser Bestimmung vorgesehene Mittelwert für die Prüfung, ob eines von ihnen ungewöhnlich günstig sei, könne nicht berechnet werden.

18. Veridos focht die Entscheidung vom 25. Juni 2020 beim Varhoven administrativen sad (Oberstes Verwaltungsgericht, Bulgarien) an, der dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorlegt:

1. Ist Art. 56 der Richtlinie 2014/24 in Verbindung mit deren Art. 69 bzw. Art. 38 der Richtlinie 2009/81 in Verbindung mit deren Art. 49 dahin auszulegen, dass der öffentliche Auftraggeber bei objektiver Nichtanwendbarkeit eines im nationalen Gesetz festgelegten Kriteriums für die Bewertung eines ungewöhnlich niedrigen Angebots und mangels eines anderen vom öffentlichen Auftraggeber gewählten und im Vorhinein bekannt gemachten Kriteriums nicht verpflichtet ist, eine Prüfung durchzuführen, ob ein ungewöhnlich niedriges Angebot vorliegt?

2. Ist Art. 56 der Richtlinie 2014/24 in Verbindung mit deren Art. 69 bzw. Art. 38 der Richtlinie 2009/81 in Verbindung mit deren Art. 49 dahin auszulegen, dass der öffentliche Auftraggeber nur dann verpflichtet ist, eine Prüfung vorzunehmen, ob ungewöhnlich niedrige Angebote vorliegen, wenn hinsichtlich eines Angebots ein Verdacht besteht, oder ist der öffentliche Auftraggeber vielmehr verpflichtet, sich stets der Seriosität der eingegangenen Angebote zu vergewissern und dies entsprechend zu begründen?

3. Gilt ein solches Erfordernis für den öffentlichen Auftraggeber, wenn nur zwei Angebote im Rahmen des Vergabeverfahrens eingegangen sind?

4. Ist Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: Charta) dahin auszulegen, dass die Beurteilung des öffentlichen Auftraggebers, ob kein Verdacht in Bezug auf das Vorliegen eines ungewöhnlich niedrigen Angebots besteht, bzw. dessen Überzeugung, dass hinsichtlich des erstgereihten Ausschreibungsteilnehmers ein seriöses Angebot vorliegt, der gerichtlichen Nachprüfung unterliegt?

5. Falls die vorstehende Frage bejaht wird: Ist Art. 47 der Charta dahin auszulegen, dass ein öffentlicher Auftraggeber, der in einem Vergabeverfahren nicht geprüft hat, ob ein ungewöhnlich niedriges Angebot vorliegt, zur Rechtfertigung und Begründung verpflichtet ist, warum in Bezug auf das Vorliegen eines ungewöhnlich niedrigen Angebots, d. h. in Bezug auf die Seriosität des erstgereihten Angebots, kein Verdacht besteht?

[5] Entscheidung Nr. 5785 MPR-35 vom 29. April 2020.

[6] Vorlageentscheidung, Rn. 41 a. E.

III. Verfahren vor dem Gerichtshof

19. Das Vorabentscheidungsersuchen ist am 8. Dezember 2020 beim Gerichtshof eingegangen.

20. Am 1. Februar 2021 hat der Präsident des Gerichtshofs beschlossen, dem Antrag auf Durchführung eines Verfahrens nicht stattzugeben.

21. Veridos, Mühlbauer, die österreichische, die bulgarische, die tschechische und die französische Regierung sowie die Europäische Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht.

22. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung ist nicht für erforderlich erachtet worden.

IV. Prüfung

A. Vorüberlegungen

23. In der vorliegenden Rechtssache findet die Richtlinie 2009/81 Anwendung, da es um einen öffentlichen Auftrag über die Ausstellung von Ausweisdokumenten geht, der den „Bereichen Verteidigung und Sicherheit“ unterfällt [7]. Wie sich aus der Vorlageentscheidung ergibt, hat der öffentliche Auftraggeber nach eben dieser Richtlinie die Ausschreibung des einzigen Auftrags bekannt gemacht [8].

24. Das vorlegende Gericht stellt jedoch seine Fragen zu den einschlägigen Artikeln der Richtlinie 2009/81 und der Richtlinie 2014/24. Es rechtfertigt sein Vorgehen unter Berufung auf den „identische[n] Inhalt und die analoge Funktion der einschlägigen Bestimmungen der beiden

[7] Die bulgarische Regierung führt aus (Rn. 9 ihrer schriftlichen Erklärungen), dass die Technologie und das Material, die für die Ausweisdokumente verwendet würden, verschlüsselte Informationen erforderten bzw. enthielten und daher unter die „sensible Ausrüstung“ im Sinne von Art. 2 Buchst. b und c der Richtlinie 2009/81 fielen.

[8] Nach den Angaben in der Vorlageentscheidung (Rn. 22) hat der öffentliche Auftraggeber „die Entscheidung getroffen und einen einzigen Auftrag gemäß der Richtlinie 2009/81 bekannt gemacht“ und sich dabei an ihrem 24. Erwägungsgrund orientiert, statt von der durch den 13. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24 eröffneten Möglichkeit Gebrauch zu machen. Nach Art. 16 Abs. 2 Buchst. b dieser Richtlinie gilt bei gemischten Aufträgen: „[U]nterliegt ein Teil eines bestimmten Auftrags der Richtlinie 2009/81/EG, so kann der Auftrag gemäß jener Richtlinie vergeben werden, sofern die Vergabe eines einzigen Auftrags aus objektiven Gründen gerechtfertigt ist“.

Richtlinien“ [9]. Gegen dieses Vorgehen ist nichts einzuwenden, denn die Bestimmungen der beiden Richtlinien, um deren Auslegung es ersucht, stimmen im Wesentlichen überein, so dass die Antwort des Gerichtshofs für alle gleichermaßen gilt [10].

25. In gleicher Weise kann die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs, wie ich sogleich erläutern werde, auch dann auf den vorliegenden Fall übertragen werden, wenn sie entsprechende Bestimmungen anderer als der beiden zuvor angeführten Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge betrifft.

26. Aufgrund ihres Inhalts können die Fragen des vorlegenden Gerichts in zwei Blöcke aufgeteilt werden:

– In den ersten drei geht es um die Feststellung, ob der öffentliche Auftraggeber verpflichtet ist, zu überprüfen, ob ungewöhnlich niedrige Angebote vorliegen, und gegebenenfalls unter welchen Bedingungen und in welchem Umfang.

– Die vierte und die fünfte Frage betreffen die Begründung, die der öffentliche Auftraggeber zum Fehlen des Vorliegens eines ungewöhnlich niedrigen Angebots angeben muss, und die gerichtliche Nachprüfung seiner Beurteilung.

B. Pflicht zur Prüfung, ob ungewöhnlich niedrige Angebote vorliegen (erste, zweite und dritte Vorlagefrage)

27. Der Rechtsstreit betrifft mit den Worten des vorlegenden Gerichts allein die Befugnis, die der nationale Gesetzgeber bei der Regelung des Kriteriums zur Beurteilung ungewöhnlich niedriger Angebote in Art. 72 Abs. 1 des Vergabegesetzes ausgeübt hat [11].

28. Wenn ich die Ausführungen des vorlegenden Gerichts richtig verstehe, scheint sich aus seiner Auslegung der nationalen Vorschrift zu ergeben, dass das *einzige* Kriterium zur Einstufung eines Angebots als „ungewöhnlich niedrig“ darin besteht, dass es „um mehr als 20 % günstiger als der

[9] Rn. 22 der Vorlageentscheidung.

[10] Die normativen Bezugnahmen auf ungewöhnlich niedrige Angebote waren und sind seit der Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. 1971, L 185, S. 1), Art. 29 Abs. 5, eine Konstante im Vergaberecht der Union. Sie fanden sich in der Richtlinie 77/62/EWG des Rates vom 21. Dezember 1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. 1977, L 13, S. 1), Art. 25 Abs. 5, in der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. 1992, L 209, S. 1), Art. 37, in der Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. 1993, L 199, S. 12), Art. 27, in der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. 1993, L 199, S. 54), Art. 30 Abs. 4, und in der Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. 1993, L 199, S. 84), Art. 34. Diese Formulierungen wiederholten sich in den nachfolgenden Generationen dieser Gesetzgebung, wie in 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), Art. 57, 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 (ABl. 2004, L 134, S. 114), Art. 55, und der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG (ABl. 2014, L 94, S. 243), Art. 84.

[11] Rn. 23 der Vorlageentscheidung. Nachdem es diese Bestimmung wiedergegeben hat, führt das vorlegende Gericht aus, dass das Kriterium, nach dem ein Angebot, das um 20 % günstiger ist als der Mittelwert der Angebote der übrigen Teilnehmer, ungewöhnlich ist, „implizit [voraussetzt], dass mindestens drei Angebote vorliegen, damit die Beurteilung eines Angebots anhand des Mittelwerts der übrigen beiden Angebote erfolgt“.

Mittelwert der Angebote der übrigen Teilnehmer“ ist. Sollte dieses Kriterium nicht anwendbar sein, weil nur zwei Angebote vorliegen, könne der öffentliche Auftraggeber nicht feststellen, ob eines von ihnen ungewöhnlich ist [12].

29. Bevor ich mich der Frage zuwende, ob die so ausgelegte [13] nationale Bestimmung den Richtlinien 2009/81 und 2014/24 (insbesondere Art. 49 der Richtlinie 2009/81 und Art. 69 der der Richtlinie 2014/24) entspricht, erinnere ich an Folgendes:

– Art. 49 der Richtlinie 2009/81 verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber, die Seriosität der Angebote zu überwachen und zu überprüfen. Erweckt ein Angebot den Eindruck, im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig zu sein, so muss er schriftlich Aufklärung über die Einzelposten des Angebots verlangen, wo er dies für angezeigt hält.

– Gemäß Art. 69 der Richtlinie 2014/24 „schreiben [die öffentlichen Auftraggeber] den Wirtschaftsteilnehmern vor, die im Angebot vorgeschlagenen Preise oder Kosten zu erläutern, wenn diese im Verhältnis zu den angebotenen Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen ungewöhnlich niedrig erscheinen“.

30. Diese Bestimmungen müssen, wie ich bereits vorausgeschickt habe, im Licht der Rechtsprechung des Gerichtshofs gelesen werden, denn der Unionsgesetzgeber hat in ihnen weder den Begriff des ungewöhnlich niedrigen Angebots definiert noch eine spezifische Methode zur Berechnung der *Ungewöhnlichkeitsschwelle* geregelt [14]. Daher ist, wie gesagt, die Auslegung durch die Rechtsprechung so relevant, die auf diesem Gebiet über die Jahre hinweg bemerkenswert beständig gewesen ist [15].

31. Der Gerichtshof hat ausgeführt:

– Zur Richtlinie 92/50, dass „[e]s … Sache der Mitgliedstaaten und insbesondere der öffentlichen Auftraggeber [ist], festzulegen, wie die Ungewöhnlichkeitsschwelle für ein ‚ungewöhnlich niedriges Angebot‘ zu errechnen ist …“ [16].

– Zur Richtlinie 93/37, dass sich der öffentliche Auftraggeber nicht der Verpflichtung entziehen kann, „die zweifelhaften Angebote zu ermitteln“, und in diesem Fall das entsprechende (kontradiktorische) Verfahren der Überprüfung durchzuführen [17].

[12] Die bulgarische Regierung (Rn. 34 ihrer schriftlichen Erklärungen) vertritt die gleiche Auffassung: Wenn nur zwei Angebote eingegangen seien, fehle es am objektiven Erkennungsmerkmal für ihre Einstufung als ungewöhnlich niedrig, und beim öffentlichen Auftraggeber könne daher unmöglich der Verdacht entstehen, dass eines von ihnen ungewöhnlich niedrig sei.

[13] Die Auslegung des nationalen Rechts ist zwar logischerweise Sache des vorlegenden Gerichts, aber man könnte sich fragen, ob die bulgarische Regelung den Vergleich zwischen dem Preis eines Angebots mit dem Mittelwert der übrigen Angebote in Wirklichkeit nur als nicht ausschließliches Indiz für eine Ungewöhnlichkeit regelt. Unter diesem Blickwinkel könnte der öffentliche Auftraggeber andere subsidiäre Kriterien, die es ihm ermöglichen, die Ungewöhnlichkeit eines Angebots als solche zu erkennen, auch dann anwenden, wenn sie in dieser Regelung nicht ausdrücklich genannt sind.

[14] Die Kommission hebt dies in ihren *Leitlinien zur Teilnahme von Bietern und Waren aus Drittländern am EU-Beschaffungsmarkt*, Mitteilung vom 24. Juli 2019, C(2019) 5494 final, Abschnitt 2.1, hervor.

[15] Diese Kontinuität lässt sich insbesondere in den Urteilen vom 22. Juni 1989, Fratelli Costanzo (103/88, EU:C:1989:256, im Folgenden: Urteil Fratelli Costanzo), vom 27. November 2001, Lombardini und Mantovani (C-285/99 und C-286/99, EU:C:2001:640, im Folgenden: Urteil Lombardini und Mantovani), vom 29. März 2012, SAG ELV Slovensko u. a. (C-599/10, EU:C:2012:191), vom 18. Dezember 2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466), vom 19. Oktober 2017, Agriconsulting Europe/Kommission (C-198/16 P, EU:C:2017:784), und vom 10. September 2020, Tax-Fin-Lex (C-367/19, EU:C:2020:685, im Folgenden: Urteil Tax-Fin-Lex), beobachten.

[16] Urteil vom 18. Dezember 2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466, Rn. 49).

[17] Urteil Lombardini und Mantovani, Rn. 55.

– Zur Richtlinie 2004/18 [18], dass „der Unionsgesetzgeber … *vom öffentlichen Auftraggeber verlangen* [wollte], dass er die Einzelposten der ungewöhnlich niedrigen Angebote überprüft, indem er ihn in diesem Zusammenhang dazu verpflichtet, die Bewerber zur Vorlage der erforderlichen Belege für die Seriosität dieser Angebote aufzufordern“ [19].

32. Zu Art. 69 der Richtlinie 2014/24 hat der Gerichtshof ausgeführt:

– Wenn ein Angebot ungewöhnlich niedrig erscheint, *schreiben* die öffentlichen Auftraggeber dem Bieter *vor*, die im Angebot vorgeschlagenen Preise oder Kosten zu erläutern, wobei sich diese Erläuterungen insbesondere auf die in Abs. 2 dieses Artikels genannten Punkte beziehen können [20].

– Der öffentliche Auftraggeber muss die beigebrachten Informationen mittels einer Rücksprache mit dem Bieter bewerten, und er kann ein solches Angebot nur ablehnen, wenn die beigebrachten Nachweise das niedrige Niveau des vorgeschlagenen Preises bzw. der vorgeschlagenen Kosten nicht zufriedenstellend erklären [21].

33. Zusammenfassend schreibt das Unionsrecht den öffentlichen Auftraggebern in jedem Fall vor, zu prüfen, ob eines der eingereichten Gebote *prima facie* ungewöhnlich niedrig zu sein scheint.

34. Insoweit ist die objektive Nichtanwendbarkeit „eines im nationalen Gesetz festgelegten Kriteriums für die Bewertung eines ungewöhnlich niedrigen Angebots“ ebenso unerheblich wie der Umstand, dass kein anderes vom öffentlichen Auftraggeber gewähltes Kriterium im Vorhinein bekannt gemacht worden ist. Letzterer darf, wie bereits ausgeführt, nicht davon absehen, zu prüfen, ob das Angebot (sämtliche Angebote) der Leichtfertigkeit verdächtig ist.

35. Auch ist es unerheblich, dass am Vergabeverfahren nur zwei Bewerber teilgenommen haben: Jedes dieser beiden Angebote muss vom öffentlichen Auftraggeber geprüft und auf Verdachtsmomente hin untersucht werden.

36. Wie ich bereits ausgeführt habe, ist es grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten und der öffentlichen Auftraggeber, festzulegen, wie die Ungewöhnlichkeitsschwelle für ein „ungewöhnlich niedriges Angebot“ zu berechnen ist. Das Unionsrecht stellt in jedem Fall Regeln zur Spezifizierung des Gegenstands der Erläuterungen zur Verfügung, die von demjenigen, der ein zweifelhaftes Angebot einreicht, zu verlangen sind [22].

[18] Deren Art. 55 Abs. 1 dem Art. 49 Abs. 1 der Richtlinie 2009/81 entspricht.

[19] Urteil vom 29. März 2012, SAG ELV Slovensko u. a. (C-599/10, EU:C:2012:191, Rn. 28). Hervorhebung nur hier.

[20] Urteil Tax-Fin-Lex, Rn. 32.

[21] Ebd., Rn. 33.

[22] Gemäß Art. 49 der Richtlinie 2009/81 können diese Erläuterungen insbesondere Folgendes betreffen: 1. die Wirtschaftlichkeit des Bauverfahrens, des Fertigungsverfahrens oder der Erbringung der Dienstleistung, 2. die gewählten technischen Lösungen und/oder alle außergewöhnlich günstigen Bedingungen, über die der Bieter bei der Durchführung der Bauleistungen bzw. der Lieferung der Waren oder der Erbringung der Dienstleistung verfügt, 3. die Originalität der Bauleistungen, der Lieferungen oder der Dienstleistungen wie vom Bieter angeboten, 4. die Einhaltung der Vorschriften über Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen, die am Ort der Leistungserbringung gelten, 5. die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an den Bieter. Der Wortlaut des Art. 69 der Richtlinie 2014/24 ist im Wesentlichen gleichlautend.

37. Die bulgarische Regierung ist der Auffassung, die Feststellung ungewöhnlich niedriger Angebote könne nur auf arithmetische Berechnungen, wie sie im nationalen Recht geregelt seien, gestützt werden. Sie meint, bei dieser Lösung sei eine Objektivität gewährleistet, die nicht sichergestellt werden könne, wenn die Identifizierung zweifelhafter Angebote auf der subjektiven Beurteilung des öffentlichen Auftraggebers beruhe [23].

38. Ich teile diese Ansicht nicht. Der öffentliche Auftraggeber muss anhand sämtlicher Merkmale des Ausschreibungsgegenstands die Angebote identifizieren, die zweifelhaft erscheinen (und deshalb dem kontradiktorischen Verfahren der Überprüfung unterliegen). So sehr ein Vergleich mit den übrigen konkurrierenden Angeboten in bestimmten Fällen zur Feststellung einer Anomalie auch hilfreich sein mag, kann er doch nicht zum *einzigen* Kriterium gemacht werden, das der öffentliche Auftraggeber anwendet. Die Prüfung aller für sich betrachteten Merkmale eines Angebots ermöglicht ihm die Feststellung, ob das zweifelhafte Angebot trotz des Anscheins und der Abweichung von den Preisen anderer Bewerber der Ausschreibung [24] hinreichend seriös ist.

39. Außerdem hat der Gerichtshof bereits festgestellt, dass die Verwendung eines rein mathematischen Kriteriums einen wirksamen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge beeinträchtigen kann. Dies war in den mit den Urteilen Fratelli Costanzo sowie Lombardini und Mantovani entschiedenen Rechtssachen der Fall:

– In der ersten Rechtssache wurden nach italienischem Recht „Angebote mit einem Prozentsatz des Preisnachlasses, der höher ist als der Durchschnitt der Prozentsätze der zugelassenen Angebote zuzüglich eines prozentualen Wertes, der in der Ausschreibung angegeben sein muss“, als ungewöhnlich angesehen und vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. Nach der Ausschreibung waren alle Angebote, die den Grundbetrag nicht mindestens um 9,48 % überstiegen, automatisch ausgeschlossen [25].

– In der zweiten Rechtssache wurde der Prozentsatz, der die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers begründete, das ungewöhnliche Angebot dem Verfahren der Überprüfung zu unterziehen, in „Höhe des arithmetischen Mittels der prozentualen Preisnachlässe aller zugelassenen Angebote zuzüglich des arithmetischen Mittels der Abweichung der prozentualen Preisnachlässe, die das genannte Mittel übersteigen“ [26], festgelegt.

40. Der Gerichtshof stellte fest, dass „ein mathematisches Kriterium, wonach Angebote, die den als Preis der Arbeiten festgesetzten Grundwert um mehr als 10 Prozentpunkte weniger übersteigen als der Durchschnitt aller zum Vergabeverfahren zugelassenen Angebote, als ungewöhnlich angesehen und daher vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, den Bietern, die besonders niedrige Angebote eingereicht haben, die Möglichkeit [nimmt], nachzuweisen, dass diese Angebote seriös sind, so dass die Anwendung eines solchen Kriteriums im Widerspruch zu dem Zweck der Richtlinie 71/305 steht, die Entwicklung eines echten Wettbewerbs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge zu fördern“ [27].

[23] Rn. 18 der schriftlichen Erklärungen der bulgarischen Regierung.

[24] Im Urteil Tax-Fin-Lex hat der Gerichtshof nicht ausgeschlossen, dass unter bestimmten Umständen ein Angebot in Höhe von Null zulässig (also nicht ungewöhnlich niedrig) sein kann, so sehr es auch von den übrigen Angeboten abweichen mag.

[25] Urteil Fratelli Costanzo, Rn. 6 bis 10.

[26] Urteil Lombardini und Mantovani, Rn. 8.

[27] Urteil Lombardini und Mantovani, Rn. 47, unter Anführung des Urteils Fratelli Costanzo, Rn. 18. In letztgenanntem wird ausgeführt, dass die Vergabevorschriften der Union wie die, mit denen wir hier befasst sind, wegen ihres Inhalts, ihrer Unbedingtheit und ihrer Genauigkeit unmittelbare Wirkung entfalten.

41. Ausgehend von diesen Prämissen lässt sich der Schluss ziehen, dass eine nationale Bestimmung, nach der das *einzige* Kriterium für die Bewertung eines ungewöhnlich günstigen [d. h. niedrigen] Angebots darin besteht, dass es um 20 % günstiger ist als der Mittelwert der Angebote der übrigen Teilnehmer, nicht mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

42. Ziel der Verpflichtung zur Überprüfung der Seriosität *aller* konkurrierenden Angebote ist die Einhaltung der Grundsätze der Transparenz, der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung, nach denen öffentliche Aufträge vergeben werden müssen [28].

43. Dieses Ziel wäre beeinträchtigt, wenn das nationale Recht die Fälle, in denen ein Angebot als „ungewöhnlich niedrig" eingestuft werden kann, in Bezug auf die übrigen Bieter auf rein prozentuale Parameter beschränken und dadurch Art. 49 der Richtlinie 2009/81 und Art. 69 der Richtlinie 2014/24 verdrängen könnte.

C. Begründung und gerichtliche Nachprüfung der Bewertung des öffentlichen Auftraggebers, dass möglicherweise ein ungewöhnlich niedriges Angebot vorliegt (vierte und fünfte Vorlagefrage)

44. Art. 55 Abs. 2 der Richtlinie 2009/81 regelt das Recht auf Nachprüfung der Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers [29]. Die Vorschrift entspricht der Regelung der Richtlinie 89/665/EWG [30] und stellt, wie die Kommission hervorhebt, sicher, dass die in Art. 47 der Charta verankerten Rechte gewahrt werden [31].

45. Die Mitgliedstaaten trifft nach Art. 55 Abs. 4 der Richtlinie 2009/81 die allgemeine Verpflichtung, sicherzustellen, „dass Nachprüfungsverfahren … 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".

46. In Bezug auf die ungewöhnlich niedrigen Angebote ist dieser zweite Fragenblock in zweierlei Hinsicht zu beantworten:

– Erstens dahin, ob der öffentliche Auftraggeber über die Seriosität eines der konkurrierenden Angebote ausdrücklich oder stillschweigend entscheidet.

– Zweitens im Hinblick auf die gerichtliche Nachprüfung der Bewertung durch den öffentlichen Auftraggeber.

[28] In der Richtlinie 2009/81 kommt dies in ihrem 69. Erwägungsgrund zum Ausdruck.

[29] „Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass Entscheidungen von Auftraggebern wirksam und vor allem möglichst rasch … auf Verstöße gegen das [Unionsrecht] im Bereich des Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können".

[30] 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 Art. 55 Abs. 2 der Richtlinie 2009/81 wird der Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 4 der Richtlinie 89/665 wiedergegeben, so dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu dieser letztgenannten Richtlinie entsprechend angewandt werden kann.

[31] Die Kommission führt den 36. Erwägungsgrund der 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) an. Nach diesem Erwägungsgrund soll sie „die uneingeschränkte Achtung des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein faires Verfahren nach Artikel 47 Absätze 1 und 2 der Charta sicherstellen".

1. Charakter (und eventuelle Begründung) der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers

47. Art. 49 der Richtlinie 2009/81, der die ungewöhnlich niedrigen Angebote regelt, erlegt dem öffentlichen Auftraggeber keine unterschiedslos geltende Verpflichtung auf, zu dieser Eigenschaft des entsprechenden Angebots *ausdrücklich Stellung zu nehmen*.

48. Eine solche Verpflichtung besteht jedoch, wenn „im Fall eines bestimmten Auftrags" beim öffentlichen Auftraggeber „Angebote" den Eindruck erwecken, „im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig zu sein".

49. Wie ich bereits ausgeführt habe, ist „der öffentliche Auftraggeber verpflichtet …, erstens die zweifelhaften Angebote zu ermitteln" [32], und zwar im Licht sämtlicher Eigenschaften des Ausschreibungsgegenstands und gegebenenfalls jeweils gesondert im Verhältnis zu den übrigen.

50. Kommt der öffentliche Auftraggeber zu dem Ergebnis, dass keines der so bewerteten Angebote ungewöhnlich niedrig ist, ist er nicht verpflichtet, hierzu eine *Ad-hoc*-Erklärung abzugeben. Ich stimme in diesem Punkt mit Mühlbauer und der französischen Regierung überein: In der bloßen Annahme eines Angebots durch den öffentlichen Auftraggeber kommt stillschweigend seine Überzeugung zum Ausdruck, dass es nicht ungewöhnlich niedrig ist.

51. Eine *Ad-hoc*-Erklärung ist nur dann unerlässlich, wenn der öffentliche Auftraggeber, der erkannt hat, dass möglicherweise ein ungewöhnlich niedriges Angebot vorliegt, dem Bieter (gemäß Art. 49 Abs. 1 der Richtlinie 2009/81) die Möglichkeit gibt, seine Seriosität nachzuweisen und von ihm Aufklärung verlangt, wo er dies für angebracht hält.

52. Nach Abschluss dieses kontradiktorischen Verfahrensabschnitts muss der öffentliche Auftraggeber nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs „die Stichhaltigkeit der von den Betroffenen eingereichten Erklärungen" beurteilen, um „über die Zulassung oder die Ablehnung" der anfänglich zweifelhaften „Angebote zu entscheiden" [33]. Diese Entscheidung muss logischerweise hinreichend begründet sein.

53. Demnach muss der öffentliche Auftraggeber, wenn er den Verdacht hat, dass ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist, nach Durchführung des entsprechenden Verfahrens der kontradiktorischen Überprüfung *entscheiden*, ob er ein solches Angebot zulässt oder ablehnt. Zur Wahrung der Rechte des Betroffenen muss seine Entscheidung deshalb in einer begründeten Entscheidung niedergelegt sein [34].

54. Dies ergibt sich aus Art. 35 der Richtlinie 2009/81, nach dem der öffentliche Auftraggeber „den Bewerbern und Bietern schnellstmöglich seine Entscheidungen über die Zuschlagserteilung" mitteilen muss.

[32] Urteil Lombardini und Mantovani, Rn. 55.

[33] Urteil Lombardini und Mantovani, Rn. 55.

[34] Wie der Gerichtshof im Beschluss vom 14. Februar 2019, Cooperativa Animazione Valdocco (C-54/18, EU:C:2019:118, Rn. 33), festgestellt hat, ist es nach ständiger Rechtsprechung „für die Wirksamkeit der durch Art. 47 der Charta gewährleisteten gerichtlichen Kontrolle erforderlich, dass der Betroffene Kenntnis von den Gründen, auf denen die ihm gegenüber ergangene Entscheidung beruht, erlangen kann, entweder durch die Lektüre der Entscheidung selbst oder durch eine auf seinen Antrag hin erfolgte Mitteilung dieser Gründe, um es ihm zu ermöglichen, seine Rechte unter den bestmöglichen Bedingungen zu verteidigen und in Kenntnis aller Umstände zu entscheiden, ob es für ihn von Nutzen ist, das zuständige Gericht anzurufen, und um dieses vollständig in die Lage zu versetzen, die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der fraglichen nationalen Entscheidung auszuüben".

55. Hält der öffentliche Auftraggeber hingegen *prima facie* keines der Angebote für ungewöhnlich niedrig, wird weder das Verfahren der kontradiktorischen Überprüfung durchgeführt noch ausdrücklich darüber entschieden.

56. Vor diesen Hintergrund beinhaltet die Entscheidung, durch die das Vergabeverfahren abgeschlossen wird, stillschweigend die Entscheidung, dass keines der eingereichten Angebote für ungewöhnlich niedrig erachtet wird. Die Begründung der letztgenannten Entscheidung besteht in nichts anderem als dem Fehlen von Anhaltspunkten, die konkret die Prüfung eines ungewöhnlich niedrigen Angebots erforderlich gemacht hätten.

2. Gerichtliche Kontrolle der Entscheidung, dass ein Angebot ungewöhnlich niedrig ist

57. Für die Feststellung, wie die unverzichtbare gerichtliche Kontrolle der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers zu erfolgen hat, müssen die beiden zuvor genannten Fälle unterschieden werden: Entweder hat der öffentliche Auftraggeber ausdrücklich zum Verdacht Stellung genommen, den ein bestimmtes Angebot begründet hat, oder er hat dies stillschweigend im Rahmen der abschließenden Entscheidung des Vergabeverfahrens getan und dabei keinen Zweifel an der Seriosität dieses oder anderer Angebote zum Ausdruck gebracht.

58. Obgleich unmittelbar die Richtlinie 2009/81 anwendbar ist, nehme ich auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Richtlinie 89/665 [35] Bezug, denn wie ich bereits ausgeführt habe, enthält erstere eine ähnliche Regelung zur Anstrengung von Nachprüfungsverfahren wie letztere.

59. Die Kontrolle, auf die sich die Generalklausel in Art. 1 Abs. 1 letzter Unterabsatz der Richtlinie 89/665 bezieht, umfasst alle Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers, bei denen das einschlägige Unionsrecht angewandt wird [36].

60. Zu den überprüfbaren Entscheidungen des Auftraggebers gehören logischerweise solche, mit denen durch die Auswahl eines Angebots über die Vergabe des Auftrags entschieden wird, aber auch Entscheidungen anderer Art, die sich auf die Rechtsstellung der Betroffenen auswirken [37].

61. In der Richtlinie 89/665 ist „der Zeitpunkt, ab dem die Möglichkeit einer Nachprüfung gemäß ihrem Art. 1 Abs. 1 besteht, nicht ausdrücklich festgelegt“ [38]. Nach Ansicht des Gerichtshofs muss sichergestellt sein, dass die Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber wirksam und schnellstmöglich angefochten werden können [39].

[35] Meine Überlegungen in den folgenden Nummern (Nrn. 59 bis 64) umfassen die, die ich in den Schlussanträgen in der Rechtssache Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:295) dargestellt habe.

[36] Urteil vom 5. April 2017, Marina del Mediterráneo u. a. (C-391/15, EU:C:2017:268, im Folgenden: Urteil Marina de Mediterráneo, Rn. 26): „[D]er Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 dieser Richtlinie [setzt] mit der Wendung ‚hinsichtlich [der …] Aufträge‘ [voraus], dass jede Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers, die unter die unionsrechtlichen Vorschriften über das öffentliche Auftragswesen fällt und gegen sie verstoßen kann, der in Art. 2 Abs. 1 Buchst. a und b der Richtlinie vorgesehenen gerichtlichen Kontrolle unterliegt.“

[37] Ebd., Rn. 27. Der Gerichtshof befürwortet somit eine „weite Bedeutung des Begriffs der ‚Entscheidung‘ eines öffentlichen Auftraggebers, [die] dadurch bestätigt [wird], dass Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/665 keine Beschränkung in Bezug auf Art und Inhalt der darin genannten Entscheidungen vorsieht“.

[38] Ebd., Rn. 31.

[39] Urteil vom 12. Dezember 2002, Universale-Bau u. a. (C-470/99, EU:C:2002:746, Rn. 74).

62. Der Unionsgesetzgeber hat den Mitgliedstaaten die Aufgabe übertragen, die „Bedingungen" für die Nachprüfungsverfahren gegen Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber zu normieren (Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665) [40].

63. Die Mitgliedstaaten können die Nachprüfung von Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber daher grundsätzlich in dem Sinne regeln, dass sie entweder eine (mit der Anfechtung in der Hauptsache) gebündelte oder (davon) gesonderte Ausübung vorsehen. Die Richtlinie 89/665 schreibt keinen der beiden Mechanismen vor noch schließt sie einen von ihnen aus.

64. Sollten sich die Mitgliedstaaten in Wahrnehmung ihrer Verfahrensautonomie für eine gebündelte Ausübung entscheiden, dürfen sie dabei, was ihre Wirksamkeit und schnelle Abwicklung betrifft, nicht gegen die Ziele der Richtlinie 89/665 verstoßen. Sie müssen außerdem berücksichtigen,

– dass die Richtlinie „es den Mitgliedstaaten … nicht [erlaubt], die Ausübung des Rechts auf Nachprüfung davon abhängig zu machen, dass das Vergabeverfahren formal ein bestimmtes Stadium erreicht hat" [41],

– dass eine nationale Regelung aufgrund ihrer Merkmale „gegen die Bestimmungen der Richtlinie 89/665 [verstößt, wenn sie] in jedem Fall verlangt, dass ein Bieter die Entscheidung über die Vergabe des betreffenden Auftrags abwarten muss, bevor er gegen die Zulassung eines anderen Bieters ein Nachprüfungsverfahren anstrengen kann" [42].

65. Es darf aber nicht außer Acht gelassen werden, dass die Wahrung des Grundsatzes der Rechtssicherheit „gefährdet [wäre], wenn Bewerber und Bieter in jedem Stadium des Vergabeverfahrens Verstöße gegen die Regeln über die Auftragsvergabe rügen und dadurch den öffentlichen Auftraggeber zwingen könnten, das gesamte Verfahren erneut durchzuführen, um den Verstoß zu beheben" [43].

66. Die Grundsätze aus diesem Urteil knüpfen an die Rechtsprechung des Gerichtshofs an, die im Rahmen der in Art. 263 AEUV vorgesehenen Nichtigkeitsklage ergangen ist.

67. Wie die französische Regierung ausgeführt hat, können nur Maßnahmen, die verbindliche Rechtswirkungen erzeugen, die die Interessen des Klägers durch eine qualifizierte Änderung seiner Rechtsstellung beeinträchtigen, Gegenstand einer Nichtigkeitsklage sein [44].

[40] Urteil Marina del Mediterráneo, Rn. 32: „Mangels einer Unionsregelung, die den Zeitpunkt festlegt, ab dem die Möglichkeit der Überprüfung eröffnet sein muss, obliegt es nach ständiger Rechtsprechung dem nationalen Recht, die Modalitäten für das Gerichtsverfahren zu regeln, das den Schutz der dem Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten soll", mit den Beschränkungen, die sich aus den Grundsätzen der Effektivität und der Äquivalenz ergeben.

[41] Ebd., Rn. 31.

[42] Ebd., Rn. 34.

[43] Vgl. Urteil vom 12. März 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, Rn. 51 und die dort angeführte Rechtsprechung). Der Grundsatz der Rechtssicherheit kann jedoch nicht vom Erfordernis der Effektivität der Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge losgelöst werden.

[44] So statt vieler Urteil vom 26. Januar 2010, Internationaler Hilfsfonds/Kommission (C-362/08 P, EU:C:2010:40, Rn. 51).

68. Handelt es sich um Maßnahmen, die in mehreren Abschnitten ausgearbeitet werden, sind sie anfechtbar, wenn sie den Standpunkt des entscheidenden Organs „beim Abschluss eines Verwaltungsverfahrens endgültig festlegen und verbindliche Rechtswirkungen erzeugen sollen, … was Zwischenmaßnahmen, die der Vorbereitung der endgültigen Entscheidung dienen und keine solche Wirkung haben, ausschließt …“ [45].

69. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist der Begriff „Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber“ für die Zwecke des Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 4 der Richtlinie 89/665 weit auszulegen, denn der Wortlaut dieser Bestimmung, der „sich also allgemein auf die Entscheidungen eines öffentlichen Auftraggebers [bezieht], ohne sie nach ihrem Inhalt oder dem Zeitpunkt ihres Erlasses zu unterscheiden und … keine Beschränkung in Bezug auf Art und Inhalt der betreffenden Entscheidungen [vorsieht]“, „impliziert …, dass jede Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers, die unter die unionsrechtlichen Vorschriften über das öffentliche Auftragswesen fällt und gegen sie verstoßen kann, der … gerichtlichen Kontrolle unterliegt“ [46].

70. Diese Auslegung der überprüfbaren Entscheidungen hat den Gerichtshof zu der Feststellung veranlasst, dass eine Entscheidung, mit der ein Wirtschaftsteilnehmer zur Teilnahme an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags zugelassen wird, eine solche Entscheidung darstellt [47].

71. Die *Weite* dieser Auslegung [48] hat sich aber jedenfalls auf positive Entscheidungen beschränkt, die der öffentliche Auftraggeber *tatsächlich erlassen* hat, also Entscheidungen, die einen Willensakt voraussetzen, mit denen sich der öffentliche Auftraggeber positioniert, wenn er aufgrund einer Rechtsvorschrift zu einer Entscheidung verpflichtet ist.

72. Wie ich bereits ausgeführt habe, muss unterschieden werden zwischen:

– Entscheidungen, mit denen der öffentliche Auftraggeber ausdrücklich zu einem Verdacht Stellung nimmt, den ein bestimmtes Angebot hervorgerufen hat, mit denen ein kontradiktorisches Verfahren der Überprüfung zur Feststellung, ob es ungewöhnlich niedrig ist oder nicht, abgeschlossen wird. Meines Erachtens werden durch beide Varianten einer solchen Entscheidung die Interessen der Bieter berührt, insbesondere desjenigen, dessen Angebot ausgeschlossen wird, weil es ungewöhnlich niedrig erscheint. Die Änderung seiner Wettbewerbssituation in Verbindung mit der Autonomie des Verfahrens, in dessen Rahmen der öffentliche Auftraggeber sich geäußert hat, sprechen für eine Einstufung dieser Äußerung als endgültige Entscheidung, die ab dem Zeitpunkt ihres Erlasses der gerichtlichen Kontrolle unterliegt.

45 Statt aller Urteil vom 17. Juli 2008, Athinaïki Techniki/Kommission (C-521/06 P, EU:C:2008:422, Rn. 42).

46 Urteil vom 7. September 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, Rn. 105).

47 Ebd., Rn. 106, unter Anführung des Urteils Marina del Mediterráneo, Rn. 28. Ebenfalls für anfechtbar erachtet wird „…die Entscheidung …, mit der ein öffentlicher Auftraggeber es ablehnt, einem Wirtschaftsteilnehmer als vertraulich geltende Informationen mitzuteilen, die von einem Bewerber oder einem Bieter übermittelt wurden“.

48 Auch wenn es dem ersten Anschein nach umgekehrt zu sein scheint, glaube ich nicht, dass diese so weite Auslegung mit der Rechtsprechung unvereinbar ist, die im Interesse der Rechtssicherheit ausschließt, dass Bieter in jedem Stadium des Vergabeverfahrens Verstöße gegen die Regeln über die Auftragsvergabe rügen können. Beide Rechtsprechungen fließen in einer Abwägung zwischen der Rechtssicherheit auf der einen und der gerichtlichen Rechtmäßigkeitskontrolle auf der anderen Seite zusammen. Es geht darum, ein Gleichgewicht zwischen den aufeinanderfolgenden Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers und dem Kriterium der relativen Autonomie bezüglich ihres Inhalts herzustellen. So wurde beispielsweise die Möglichkeit einer Nachprüfung von „Handlungen, die eine bloße Vorstudie des Marktes darstellen oder die rein vorbereitend sind und sich im Rahmen der internen Überlegungen des öffentlichen Auftraggebers im Hinblick auf die Vergabe eines öffentlichen Auftrags abspielen“, im Urteil vom 11. Januar 2005, Stadt Halle und RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, Rn. 35), verneint. Da sämtliche Verfahrenshandlungen der *Vorbereitung* des endgültigen Zuschlags dienen, weisen nicht alle dieselbe inhaltliche *Dichte* auf, und die Nachprüfbarkeit bleibt denjenigen vorbehalten, die einen hinreichenden Entscheidungsgrad aufweisen, der ihnen eine gewisse Eigenständigkeit verleiht.

– Stillschweigende Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers, die mangels Zweifeln an der Seriosität der Angebote integraler Bestandteil der Entscheidung sind, mit der ein öffentlicher Auftrag vergeben wird. Sie können nur im entsprechenden Nachprüfungsverfahren gegen die endgültige Entscheidung gerichtlich nachgeprüft werden.

73. Für den vorliegenden Rechtsstreit ergibt sich aus den verfügbaren Informationen, dass der öffentliche Auftraggeber keine Zweifel hegte, die bei ihm den Verdacht auslösten, dass ein ungewöhnlich niedriges Angebot vorliegen könnte. Deshalb sah er sich nicht gezwungen, das entsprechende Überprüfungsverfahren einzuleiten.

74. Bei dieser Vorgehensweise hat der öffentliche Auftraggeber keine *Entscheidung* getroffen, gegen die nach der Richtlinie 2009/81 zu diesem Zeitpunkt die Möglichkeit eines getrennten Nachprüfungsverfahrens eröffnet gewesen wäre. Wie gesagt, verpflichtet Art. 49 dieser Richtlinie den öffentlichen Auftraggeber nicht, ausdrücklich für alle Angebote zu entscheiden, ob sie ungewöhnlich niedrig sind, sondern nur dazu, ein bestimmtes Verfahren durchzuführen, bevor er ein Angebot ablehnt, das ihm ungewöhnlich niedrig „erscheint".

75. Dieser Artikel und parallel hierzu Art. 69 der Richtlinie 2014/24 in Verbindung mit Art. 47 der Charta bedeuten nur, wie die französische Regierung ausgeführt hat, dass der abgelehnte Bieter die Erteilung des Zuschlags im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens mit der Begründung anfechten kann, das ausgewählte Angebot sei ungewöhnlich niedrig [49].

V. Ergebnis

76. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, dem Varhoven administrativen sad (Oberstes Verwaltungsgericht, Bulgarien) wie folgt zu antworten:

1. Die Art. 38 und 49 der Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG sind dahin auszulegen, dass der öffentliche Auftraggeber in jedem Fall verpflichtet ist, eine Prüfung durchzuführen, ob ein ungewöhnlich niedriges Angebot vorliegt. Unerheblich ist insoweit die Zahl der eingereichten Angebote oder der Umstand, dass es nicht möglich ist, die hierzu im nationalen Recht aufgestellten Kriterien anzuwenden. In diesem Fall muss der öffentliche Auftraggeber Art. 49 der Richtlinie 2009/81/EG aufgrund seiner unmittelbaren Wirkung beachten.

2. Art. 55 Abs. 2 der Richtlinie 2009/81 in Verbindung mit Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ist dahin auszulegen, dass, wenn für den öffentlichen Auftraggeber kein Anlass besteht, ein Verfahren zur Prüfung der Seriosität eines Angebots einzuleiten, seine Bewertung Gegenstand einer gerichtlichen Nachprüfung im Rahmen der Beschwerde gegen die im Zuschlag liegende Endentscheidung sein kann.

[49] Nach der Vorlageentscheidung war dies vorliegend der Fall, denn Veridos konnte die Vergabe des Auftrags unter Berufung darauf anfechten, dass das Angebot von Mühlbauer ungewöhnlich niedrig sei.