Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
MICHAL BOBEK
vom 28. Mai 2020[1]

Rechtssache C-367/19

Tax-Fin-Lex d.o.o.
gegen
Ministrstvo za notranje zadeve,
Beteiligte:
LEXPERA d.o.o.

(Vorabentscheidungsersuchen der Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil [Staatliche Kommission für die Überprüfung von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge, Slowenien])

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Öffentliche Dienstleistungsaufträge – Richtlinie 2014/24/EU – Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 – Einstufung als ‚öffentlicher Auftrag' – Begriff ‚entgeltlicher Vertrag' – Angebot eines Bieters in Höhe von null Euro – Beurteilung der Entgeltlichkeit des Vorgangs – Fehlen einer vom öffentlichen Auftraggeber zu erbringenden Gegenleistung – Ablehnung des Angebots – Rechtsgrundlage – Art. 69 – Ungewöhnlich niedriges Angebot"

I. Einleitung

1. Ist die Null (eine) ungewöhnlich niedrig(e Zahl)?

2. Abgesehen von den anregenden Debatten, die das Wesen der Zahl Null im Bereich der Mathematik auslösen konnte[2], ist es wahrscheinlich, dass ein Laie, dem eine solche Frage aus juristischer Sicht gestellt wird, den Juristen die fassungslosen Blicke zuwirft, an die sie gewöhnt sind, wenn sie versuchen, ihr Metier zu erklären. Der Laie wird ihnen dann womöglich sogar sarkastisch vorhalten, dass nur Juristen fähig seien, sich seitenlang über (buchstäblich) nichts zu verbreiten.

3. Gleichwohl scheint die Null sowohl im Bereich öffentlicher Aufträge als auch in der Mathematik eine einzigartige Zahl zu sein, die sich nur schwer in die bestehenden Analyseraster einfügen lässt. Macht ein Bieter, der Waren oder Dienstleistungen zum Nominalpreis von null Euro anbietet, ein ungewöhnlich niedriges Angebot? Oder schließt sich dieser Bieter automatisch vom Anwendungsbereich des Vergaberechts aus, indem er statt eines anderen weit unter den tatsächlichen Kosten des Auftrags liegenden nominalen Betrags (wie beispielsweise 1,5 oder 101 Euro) die magische Zahl „0" in sein Angebot schreibt, weil „0" im Unterschied zu allen anderen natürlichen Zahlen nicht in einem Vertrag über einen öffentlichen Auftrag erscheinen darf?

1 Originalsprache: Französisch.

2 Eine leicht verständliche Einführung (wenige Berechnungen und viel Kulturgeschichte) liefert beispielsweise Kaplan, R., *The Nothing that Is: A Natural History of Zero*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

4. Das ist, kurz gesagt, das Problem, das sich in der vorliegenden Rechtssache stellt. Im Rahmen eines vom Ministrstvo za notranje zadeve (Innenministerium, Slowenien) eingeleiteten Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsvertrags unterbreitete die Tax-Fin-Lex d.o.o. ein Angebot in Höhe von null Euro für die Erbringung einer der betreffenden Dienstleistungen. Das Innenministerium lehnte dieses Angebot mit der Begründung ab, auf seiner Grundlage könne kein „entgeltlicher Vertrag" im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24/EU[3] abgeschlossen werden, so dass es nicht unter die Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge fallen könne. Demgegenüber macht die Tax-Fin-Lex d.o.o. geltend, wenn sie sich verpflichte, die Dienstleistung für null Euro zu erbringen, werde sie „entgeltlich" im Sinne dieser Vorschrift tätig. Die Ausführung des Auftrags könne ihr nämlich aufgrund der Referenzen, auf die sie sich in der Folge bei der Vergabe neuer öffentlicher Aufträge stützen könne, einen wirtschaftlichen Vorteil verschaffen.

II. Rechtlicher Rahmen

5. Die Richtlinie 2014/24 legt Regeln für die Koordinierung der einen bestimmten Betrag überschreitenden nationalen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge fest, damit sie im Einklang mit den Grundsätzen des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs sowie daraus hergeleiteten Grundsätzen wie der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz stehen. Sie soll zudem einen wirksamen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge gewährleisten.

6. Insbesondere heißt es in den Erwägungsgründen 4 und 103 der Richtlinie 2014/24:

„(4) Die zunehmende Vielfalt öffentlicher Tätigkeiten macht es erforderlich, den Begriff der Auftragsvergabe selbst klarer zu definieren. Diese Präzisierung als solche sollte jedoch den Anwendungsbereich dieser Richtlinie im Vergleich zu dem der Richtlinie 2004/18/EG[4] nicht erweitern. Die Vorschriften der Union für die öffentliche Auftragsvergabe sollen nicht alle Formen öffentlicher Ausgaben abdecken, sondern nur diejenigen, die für den Erwerb von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen im Wege eines öffentlichen Auftrags getätigt werden. Es sollte klargestellt werden, dass ein solcher Erwerb von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen – ob durch Kauf, Leasing oder andere vertragliche Formen – dieser Richtlinie unterliegen sollte.

Der Begriff ‚Erwerb' sollte in einem weiteren Sinne verstanden werden als Erlangung des Nutzens der jeweiligen Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen …

…

(103) Angebote, deren Preis im Verhältnis zu den angebotenen Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen ungewöhnlich niedrig erscheint, können auf technisch, wirtschaftlich oder rechtlich fragwürdigen Annahmen oder Praktiken basieren. Kann der Bieter keine hinreichende Begründung geben, so sollte der öffentliche Auftraggeber berechtigt sein, das Angebot abzulehnen. Eine Ablehnung sollte obligatorisch sein in Fällen, in denen der öffentliche Auftraggeber festgestellt hat, dass die vorgeschlagenen ungewöhnlich niedrigen Preise oder Kosten daraus resultieren, dass verbindliche sozial-, arbeits- oder umweltrechtliche Unionsvorschriften oder mit dem Unionsrecht in Einklang stehende nationale Rechtsvorschriften oder internationale arbeitsrechtliche Vorschriften nicht eingehalten werden."

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) in der durch die Delegierte Verordnung (EU) 2017/2365 der Kommission vom 18. Dezember 2017 (ABl. 2017, L 337, S. 19) geänderten Fassung.

4 Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. 2004, L 134, S. 114, berichtigt im ABl. 2004, L 351, S. 44).

7. Im Rahmen von Titel I („Anwendungsbereich, Begriffsbestimmungen und allgemeine Grundsätze“) der Richtlinie 2014/24 bestimmt Art. 1 Abs. 1 und 2:

„(1) Mit dieser Richtlinie werden Regeln für die Verfahren öffentlicher Auftraggeber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und der Durchführung von Wettbewerben festgelegt, deren geschätzter Wert nicht unter den in Artikel 4 genannten Schwellenwerten liegt.

(2) Auftragsvergabe im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet den im Wege eines öffentlichen Auftrags erfolgenden Erwerb von … Dienstleistungen durch einen oder mehrere öffentliche Auftraggeber von Wirtschaftsteilnehmern, die von diesen öffentlichen Auftraggebern ausgewählt werden, unabhängig davon, ob diese … Dienstleistungen für einen öffentlichen Zweck bestimmt sind oder nicht.“

8. Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24 definiert „öffentliche Aufträge“ als „zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern schriftlich geschlossene entgeltliche Verträge über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen“.

9. Art. 18 der Richtlinie legt die „Grundsätze der Auftragsvergabe“ fest. Er bestimmt:

„(1) Die öffentlichen Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer in gleicher und nichtdiskriminierender Weise und handeln transparent und verhältnismäßig.

Das Vergabeverfahren darf nicht mit der Absicht konzipiert werden, es vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie auszunehmen oder den Wettbewerb künstlich einzuschränken. Eine künstliche Einschränkung des Wettbewerbs gilt als gegeben, wenn das Vergabeverfahren mit der Absicht konzipiert wurde, bestimmte Wirtschaftsteilnehmer auf unzulässige Weise zu bevorzugen oder zu benachteiligen.

(2) Die Mitgliedstaaten treffen geeignete Maßnahmen, um dafür zu sorgen, dass die Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten, die durch Rechtsvorschriften der Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, Tarifverträge oder die in Anhang X aufgeführten internationalen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften festgelegt sind.“

10. Art. 69 („Ungewöhnlich niedrige Angebote“) der Richtlinie 2014/24 gehört zu Abschnitt 3 („Auswahl der Teilnehmer und Auftragsvergabe“) von Kapitel III ihres Titels II. Dieser Artikel 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.

(2) Die Erläuterungen im Sinne des Absatzes 1 können sich insbesondere auf Folgendes beziehen:

a) die Wirtschaftlichkeit des Fertigungsverfahrens, der Erbringung der Dienstleistung oder des Bauverfahrens;

b) die gewählten technischen Lösungen oder alle außergewöhnlich günstigen Bedingungen, über die der Bieter bei der Lieferung der Waren oder der Erbringung der Dienstleistung sowie der Durchführung der Bauleistungen beziehungsweise der Waren verfügt;

c) die Originalität der Bauleistungen, der Lieferungen oder der Dienstleistungen wie vom Bieter angeboten;

d) die Einhaltung der in Artikel 18 Absatz 2 genannten Verpflichtungen;

e) die Einhaltung der in Artikel 71 genannten Verpflichtungen;

f) die Möglichkeit für den Bieter, staatliche Hilfe zu erhalten.

(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 unter Berücksichtigung der in Absatz 2 genannten Faktoren nicht zufriedenstellend erklären.

Die öffentlichen Auftraggeber lehnen das Angebot ab, wenn sie festgestellt haben, dass das Angebot ungewöhnlich niedrig ist, weil es den geltenden Anforderungen gemäß Artikel 18 Absatz 2 nicht genügt.

…“

III. Ausgangsrechtsstreit, Vorlagefragen und Verfahren vor dem Gerichtshof

11. Am 7. Juni 2018 leitete das Innenministerium (als der öffentliche Auftraggeber) ein Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags für den Zugang zu einem Rechtsinformationssystem für einen Zeitraum von 24 Monaten ein. Dieser Auftrag besteht aus zwei Losen. Das Innenministerium schätzte seinen Wert auf 39 959,01 Euro.

12. Für das erste, den Zugang zu einem Rechtsinformationssystem betreffende Los gaben nur zwei auf den Bereich der Rechtsinformation spezialisierte Wirtschaftsteilnehmer mit Sitz in Ljubljana (Slowenien) fristgerecht Angebote ab: die Tax-Fin-Lex d.o.o. (Rechtsbehelfsführerin) und die LEXPERA d.o.o. (Beteiligte).

13. Die Rechtsbehelfsführerin bot an, diese Dienstleistung für null Euro zu erbringen.

14. Mit Entscheidung vom 11. Januar 2019 vergab das Innenministerium den aus dem ersten Los bestehenden Auftrag an die Beteiligte und lehnte das Angebot der Rechtsbehelfsführerin mit der Begründung ab, dass es im Widerspruch zu den Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge stehe.

15. Die Rechtsbehelfsführerin stellte einen Antrag auf Überprüfung dieser Entscheidung. Im Vorprüfungsverfahren wies das Innenministerium den Überprüfungsantrag am 5. Februar 2019 zurück. Am 11. Februar 2019 rief es die Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Staatliche Kommission für die Überprüfung von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge, Slowenien), das vorlegende Gericht in dieser Rechtssache, an, damit sie über die Rechtmäßigkeit der Entscheidung befindet.

16. Die Rechtsbehelfsführerin macht geltend, ein Angebot wie das in Rede stehende sei zulässig. Der Bieter habe im Vergabeverfahren das Recht zur freien Gestaltung des Angebotspreises und daher auch das Recht, eine Dienstleistung unentgeltlich anzubieten. Dies bedeute jedoch nicht, dass sie keine Gegenleistung für die Ausführung des fraglichen öffentlichen Auftrags erhalte. Der Abschluss des Vertrags würde ihr nämlich einen Nutzen verschaffen, der darin bestünde, Zugang zu einem neuen Markt und zu neuen Nutzern zu erlangen.

17. Das Innenministerium trägt hingegen vor, ein Vertrag, in dessen Rahmen der Wirtschaftsteilnehmer angeboten habe, die Dienstleistung für den öffentlichen Auftraggeber unentgeltlich zu erbringen, könne nicht unter den in Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24 definierten Begriff „öffentlicher Auftrag“ fallen. Der für den Wirtschaftsteilnehmer mit der Erlangung des Auftrags verbundene Nutzen in Form des Zugangs zu einem neuen Markt und zu Referenzen stelle keine Gegenleistung für die Ausführung eines öffentlichen Auftrags dar. Ein solcher Nutzen stelle nämlich für jeden Wirtschaftsteilnehmer einen Mehrwert dar, der jedoch nicht in Geld ausgedrückt und dem öffentlichen Auftraggeber daher in Rechnung gestellt werden könne. Infolgedessen könne ein Vorgang, bei dem die Dienstleistung unentgeltlich erbracht werde, nicht zum Abschluss eines entgeltlichen Vertrags führen.

18. Das vorlegende Gericht führt in seinem Vorabentscheidungsersuchen aus, das Innenministerium habe dieses Angebot anhand der Bestimmungen über ungewöhnlich niedrige Angebote geprüft. Es habe das Angebot jedoch nicht deshalb abgelehnt, weil es ungewöhnlich niedrig gewesen sei oder im Widerspruch zu den Grundsätzen für die Vergabe öffentlicher Aufträge gestanden habe, sondern nur deshalb, weil es null Euro betragen habe.

19. Das vorlegende Gericht hegt Zweifel hinsichtlich der Auslegung des Begriffs „entgeltlicher Vertrag“, der im Rahmen der Begriffsbestimmung der „öffentlichen Aufträge“ in Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24 verwendet wird. Es weist zunächst darauf hin, dass einer der wesentlichen Bestandteile des Begriffs „öffentliche Aufträge“ im Sinne dieser Vorschrift die Entgeltlichkeit des Vertragsverhältnisses zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Wirtschaftsteilnehmer sei. Der Begriff „öffentliche Aufträge“ sei nicht nur vor dem Abschluss eines Vertrags relevant, da er dem öffentlichen Auftraggeber die Beachtung der im Rahmen der Richtlinie 2014/24 festgelegten Regeln vorschreibe, sondern auch nach dessen Abschluss, um zu beurteilen, ob der Vertrag tatsächlich unter Beachtung dieser Bestimmungen geschlossen worden sei.

20. Das vorlegende Gericht möchte sodann wissen, ob und gegebenenfalls inwiefern ein Vertrag, mit dem sich der Wirtschaftsteilnehmer verpflichte, für den öffentlichen Auftraggeber die in der Ausschreibung aufgeführte Dienstleistung unentgeltlich und ohne anderen Nutzen als der Erlangung des Zugangs zu einem neuen Markt und zu Referenzen zu erbringen, als „entgeltlicher Vertrag“ im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24 eingestuft werden könne. Es treffe zu, dass der Zuschlag für einen öffentlichen Auftrag und die Erlangung von Referenzen als solche einen Nutzen für den Wirtschaftsteilnehmer darstellen könnten. Selbst wenn dieser Nutzen zum Zeitpunkt der Vergabe des Auftrags aus wirtschaftlicher Sicht nicht quantifizierbar sei, könne er doch einen künftigen wirtschaftlichen Nutzen darstellen, der mit der Erfüllung des Vertrags in Zusammenhang stehe.

21. In einer Situation, in der der öffentliche Auftraggeber dem Wirtschaftsteilnehmer die Erbringung der Dienstleistung nicht vergüte, sei es aber auch möglich, dass der abgeschlossene Vertrag kein Vertrag über die Ausführung eines öffentlichen Auftrags sei, da es sich um einen unentgeltlichen Vertrag, etwa in Form einer Schenkung, handle. Schließlich sei fraglich, ob Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24 unter diesen Umständen die Rechtsgrundlage für eine Entscheidung sein könne, mit der das von dem Wirtschaftsteilnehmer unterbreitete Angebot abgelehnt werde.

22. Vor diesem Hintergrund hat die Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Staatliche Kommission für die Überprüfung von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge) beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Ist die „Entgeltlichkeit des Vertragsverhältnisses“ als Merkmal eines öffentlichen Auftrags im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24 gegeben, wenn der öffentliche Auftraggeber zwar zu keiner Gegenleistung verpflichtet ist, der Wirtschaftsteilnehmer jedoch mit der Auftragsausführung Zugang zu einem neuen Markt und zu Referenzen erlangt?

2. Ist es möglich bzw. erforderlich, Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24 dahin auszulegen, dass er die Grundlage für die Ablehnung eines Angebots zu einem Preis von null Euro darstellt?

23. Die Rechtsbehelfsführerin, das Innenministerium, die österreichische Regierung sowie die Europäische Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht.

IV. Würdigung

24. Die vorliegenden Schlussanträge sind wie folgt gegliedert. Ich werde mit der Zulässigkeit des vorliegenden Ersuchens beginnen (A). Sodann werde ich die Tragweite des Begriffs „entgeltlicher Vertrag“ im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24 und vor allem des damit in Zusammenhang stehenden Begriffs „Gegenleistung“ prüfen (B). Schließlich werde ich auf die Frage eingehen, ob ein Angebot in Höhe von null Euro stets als „ungewöhnlich niedriges Angebot“ aus dem Blickwinkel der Vorschriften von Art. 69 der Richtlinie geprüft und gegebenenfalls abgelehnt werden kann (C).

A. Zur Zulässigkeit

25. Die Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens wirft meines Erachtens keine Schwierigkeiten auf.

26. Erstens ist in Bezug auf die Befugnis der Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Staatliche Kommission für die Überprüfung von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge) für die Einreichung eines Vorabentscheidungsersuchens darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof im Urteil vom 8. Juni 2017, Medisanus [5], entschieden hat, dass sie die Kriterien erfüllt, um als „einzelstaatliches Gericht“ im Sinne von Art. 267 AEUV eingestuft zu werden [6].

27. Was zweitens den Wert des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Auftrags anbelangt, so liegt dieser zwar unter dem in Art. 4 Buchst. b der Richtlinie 2014/24 bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen, die von zentralen Regierungsbehörden vergeben werden, vorgesehenen Schwellenwert von 144 000 Euro.

28. Das vorlegende Gericht führt jedoch aus, der slowenische Gesetzgeber habe bei der Umsetzung der Vorschriften dieser Richtlinie in nationales Recht entschieden, dass der Begriff „öffentliche Aufträge“ im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 des Zakon o javnem naročanju (Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge) [7] vom 30. Mai 2015 unmittelbar und unbedingt auf Aufträge anwendbar sei, deren Wert unter dem in Art. 4 der Richtlinie 2014/24 festgesetzten Schwellenwert liege und die grundsätzlich von ihrem Anwendungsbereich ausgeschlossen seien.

29. Nach der ständigen, sogenannten Dzodzi-Rechtsprechung des Gerichtshofs ist eine Auslegung der Bestimmungen eines Unionsrechtsakts bei Sachverhalten, die nicht in seinen Anwendungsbereich fallen, gerechtfertigt, um zu gewährleisten, dass im nationalen Recht und im Unionsrecht geregelte Sachverhalte gleich behandelt werden, wenn die Bestimmung durch das nationale Recht unmittelbar und unbedingt für auf diese Sachverhalte anwendbar erklärt worden sind [8].

5 C-296/15, EU:C:2017:431.

6 Vgl. Rn. 38 dieses Urteils.

7 Uradni list RS, Nr. 91/15.

8 Vgl. Urteil vom 18. Oktober 1990, Dzodzi (C-297/88 und C-197/89, EU:C:1990:360, im Folgenden: Urteil Dzodzi, Rn. 36 bis 42), sowie in jüngerer Zeit Urteile vom 14. Februar 2019, CCC – Consorzio Cooperative Costruzioni (C-710/17, nicht veröffentlicht, EU:C:2019:116, Rn. 22 und die dort angeführte Rechtsprechung), und vom 24. Oktober 2019, Belgische Staat (C-469/18 und C-470/18, EU:C:2019:895, Rn. 22 und 23 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

30. Im vorliegenden Fall bestätigen die Angaben des vorlegenden Gerichts, die von keiner der Parteien, die Erklärungen abgegeben haben, in Abrede gestellt werden, dass der nationale Gesetzgeber den Anwendungsbereich der Unionsvorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens gerade deshalb auf öffentliche Aufträge geringen Werts ausdehnen wollte, um zu gewährleisten, dass im nationalen Recht und im Unionsrecht geregelte Sachverhalte den gleichen Vorschriften unterliegen. Daher dürfte der dem Urteil Dzodzi zugrunde liegende Gedankengang im vorliegenden Fall in vollem Umfang anwendbar sein.

31. Unter diesen Umständen kann der Gerichtshof die ihm zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen beantworten.

B. „Entgeltlicher" Vertrag?

32. Das vorlegende Gericht ersucht den Gerichtshof im Wesentlichen darum, den materiellen Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24 zu klären. Der Gerichtshof soll feststellen, ob und gegebenenfalls inwiefern ein Vorgang, bei dem sich ein Bieter verpflichtet, die Dienstleistung für null Euro zu erbringen, zum Abschluss eines „entgeltlichen" Vertrags im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie führen und somit als „öffentlicher Dienstleistungsauftrag" eingestuft werden kann. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs „nur ein entgeltlicher Vertrag … einen öffentlichen [Auftrag] im Sinne der Richtlinie 2004/18 darstellen [kann]" [9].

33. Um die erste Vorlagefrage beantworten zu können, ist zu prüfen, ob der Begriff „entgeltlicher Vertrag" nach wörtlicher, systematischer und teleologischer Auslegung einen Vorgang umfassen kann, bei dem ein Bieter ein Angebot in Höhe von null Euro abgibt. Ferner ist zu prüfen, ob es die Rechtsprechung des Gerichtshofs insoweit erlaubt, die Debatte durch eine Präzisierung der wesentlichen Merkmale eines solchen Vertrags zu erhellen.

1. „Entgeltlicher Vertrag" im Sinne der Vorschriften der Richtlinie 2014/24

34. Der Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24 ermöglicht keine klare Auslegung des Begriffs „entgeltlicher Vertrag". Er verdeutlicht vielmehr die Vielfalt der möglichen Lesarten und Bedeutungen von „entgeltlich".

35. Einerseits verweisen einige Sprachfassungen auf die Bedingung der „Onerosität" (Entgeltlichkeit) [10]. Die zugrunde liegende Überlegung wäre schlicht, dass im Austausch etwas gegeben werden muss. Andererseits erscheinen manche Sprachfassungen restriktiver: Das, was im Austausch vom öffentlichen Auftraggeber gegeben werden muss, scheint von spezifisch pekuniärer Natur [11], d. h. eine Geldleistung, zu sein. Andere Sprachfassungen scheinen eine Mittelstellung einzunehmen [12].

36. Möglicherweise sollte hier jedoch dem Wortlaut der Richtlinie 2014/24 nicht allzu viel Bedeutung beigemessen werden, da in einigen Sprachfassungen der Richtlinie der Begriff „contrat à titre onéreux" sogar in ihren Erwägungsgründen 4 und 70 und in Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 unterschiedlich wiedergegeben wird.

9 Vgl. Urteile vom 25. März 2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, Rn. 47), und vom 21. Dezember 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, Rn. 43). Wie bereits ausgeführt, wurde die Richtlinie 2004/18 durch die Richtlinie 2014/24 aufgehoben.

10 Insbesondere die spanische („oneroso"), die französische („à titre onéreux"), die italienische („a titolo oneroso"), die portugiesische („a título oneroso") und die rumänische („cu titlu oneros") Sprachfassung.

11 Insbesondere die englische („for pecuniary interest") und die kroatische („financijski interes") Sprachfassung.

12 Wie die tschechische und die slowakische Sprachfassung (wo der Begriff „úplatné smlouvy" bzw. der Ausdruck „odplatné zmluvy" vor allem jede Zahlung als Gegenleistung bezeichnet, aber auch so verstanden werden kann, dass nicht pekuniäre Gegenleistungen einbezogen sind) oder die schwedische Sprachfassung, in der der Ausdruck „kontrakt med ekonomiska villkor" verwendet wird, der auf den wirtschaftlichen Wert des Vertrags verweist.

37. Leider sind auch die *Argumente zur inneren Systematik* (der Richtlinie 2014/24) keine große Hilfe. In Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie spricht der Unionsgesetzgeber von einem „im Wege eines öffentlichen Auftrags erfolgenden *Erwerb* von … Dienstleistungen durch einen oder mehrere öffentliche Auftraggeber von Wirtschaftsteilnehmern, die von diesen öffentlichen Auftraggebern ausgewählt werden, unabhängig davon, ob diese … Dienstleistungen für einen öffentlichen Zweck bestimmt sind oder nicht“ [13].

38. Diese Vorschrift ist im Licht des vierten Erwägungsgrundes der Richtlinie 2014/24 zu sehen, in dem der Unionsgesetzgeber ausführt, dass „[d]ie Vorschriften der Union für die öffentliche Auftragsvergabe … nicht alle Formen öffentlicher Ausgaben abdecken [sollen], sondern nur diejenigen, die für den *Erwerb* von … Dienstleistungen im Wege eines öffentlichen Auftrags getätigt werden“ [14]. Er fügt hinzu, dass „ein solcher Erwerb von … Dienstleistungen – ob durch Kauf, Leasing oder andere vertragliche Formen – dieser Richtlinie unterliegen sollte“. Es ist wichtig, an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass der Begriff „Erwerb“ nach Auffassung des Unionsgesetzgebers „in einem weiteren Sinne verstanden werden [sollte,] als Erlangung des Nutzens der jeweiligen … Dienstleistungen“.

39. Auch wenn das wichtigste *Ziel* des Vergaberechts darin bestehen sollte, den Erwerb von Waren oder Dienstleistungen durch die öffentlichen Auftraggeber zu regeln, erlauben es die Systematik und der Zweck der Richtlinie 2014/24 daher nicht wirklich, die Merkmale der Bedingung der Entgeltlichkeit zu bestimmen, auf die ihr Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 Bezug nimmt. Der Begriff „Erwerb“ ist hinreichend weit, um hinsichtlich der Modalitäten des Erwerbs indifferent zu sein; entscheidend ist, dass die Waren oder Dienstleistungen letztlich von den öffentlichen Auftraggebern erworben werden. Dies kann auf verschiedene Arten rechtmäßig geschehen.

40. Somit reichen der Wortlaut und die Systematik nicht aus, um die Bedeutung von „entgeltlicher Vertrag“ und insbesondere des Schlüsselbegriffs der „Gegenleistung“ zu erfassen, die sich schon hinter dem Konzept des Vertrags verbirgt: Von welcher Art muss die Gegenleistung des öffentlichen Auftraggebers konkret sein, damit der öffentliche Auftrag als valid angesehen werden kann?

2. Auslegung des Begriffs „entgeltlicher Vertrag“ in der Rechtsprechung

41. Der Gerichtshof hat ausgeführt, dass der zur Definition der öffentlichen Aufträge verwendete Begriff „entgeltlicher Vertrag“ nach der gewöhnlichen rechtlichen Bedeutung einen Vertrag bezeichnet, mit dem sich jede Partei verpflichtet, eine Leistung im Gegenzug für eine andere zu erbringen [15]. Das Vorliegen einer vom öffentlichen Auftraggeber zu erbringenden „Gegenleistung“ oder eines „Gegenwerts“ und daher einer synallagmatischen Beziehung stellen für den Gerichtshof entscheidende Faktoren bei der Beurteilung des Vorliegens eines entgeltlichen Vertrags dar [16].

42. Diese Rechtsprechung fügt sich in die vom Gerichtshof in anderen Rechtsbereichen, vor allem im Bereich mehrwertsteuerpflichtiger Umsätze, vorgegebene Linie ein. So hat er im Urteil vom 18. Januar 2017, SAWP [17], darauf hingewiesen, dass eine Dienstleistung nur dann im Sinne der Richtlinie 2006/112/EG [18] gegen Entgelt erbracht wird, wenn zwischen dem Leistenden und dem Leistungsempfänger ein Rechtsverhältnis besteht, in dessen Rahmen gegenseitige Leistungen ausgetauscht werden, wobei die vom Leistenden empfangene Vergütung den tatsächlichen Gegenwert

13 Hervorhebung nur hier.

14 Hervorhebung nur hier.

15 Vgl. u. a. Urteile vom 18. Januar 2007, Auroux u. a. (C-220/05, EU:C:2007:31, Rn. 45), und vom 18. Oktober 2018, IBA Molecular Italy (C-606/17, EU:C:2018:843, Rn. 28).

16 Vgl. hierzu Urteil vom 21. Dezember 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, Rn. 43 und die dort angeführte Rechtsprechung), zur Auslegung des Begriffs „öffentlicher Auftrag“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18.

17 C-37/16, EU:C:2017:22.

18 Richtlinie des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem (ABl. 2006, L 347, S. 1).

für die dem Leistungsempfänger erbrachte Dienstleistung bildet [19]. Der Gerichtshof hat entschieden, dass „dies der Fall ist, wenn zwischen der erbrachten Dienstleistung und dem erhaltenen Gegenwert ein unmittelbarer Zusammenhang besteht, wobei die gezahlten Beträge die tatsächliche Gegenleistung für eine bestimmbare Leistung darstellen, die im Rahmen eines solchen Rechtsverhältnisses erbracht wurde“ [20].

43. Gleichwohl ist anzuerkennen, dass hinsichtlich der Natur der Gegenleistung, die erforderlich ist, damit die Voraussetzung der Entgeltlichkeit vorliegt, zwei Rechtsprechungslinien nebeneinander existieren. Diese beiden Linien spiegeln in gewissem Maß die Divergenzen im Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24 wider [21].

44. Nach der ersten Linie ist das Kriterium der Entgeltlichkeit des Vertrags eng auszulegen und erfordert die Zahlung einer Vergütung oder eines Geldbetrags durch den öffentlichen Auftraggeber.

45. So hat es der Gerichtshof im Urteil vom 13. Juli 2017, Malpensa Logistica Europa [22], abgelehnt, einen Vertrag, der für die von einem Dienstleister erbrachte Dienstleistung keine Vergütung der Betreiberin des Flughafens Mailand-Malpensa vorsah, als „Dienstleistungsauftrag“ im Sinne von Art. 1 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2004/17 einzustufen und die entsprechenden Vorschriften auf ihn anzuwenden [23]. In diesem Urteil hat der Gerichtshof ausdrücklich auf den Ansatz der Kommission Bezug genommen, wonach der entgeltliche Charakter der auf einem Dienstleistungsauftrag beruhenden vertraglichen Beziehung ein klarer Hinweis darauf ist, dass der Auftrag eine Vergütung umfassen muss, die unmittelbar vom öffentlichen Auftraggeber gezahlt wird, um eine Dienstleistung unmittelbar von einem Dienstleistungserbringer zu „erwerben“.

46. Die zweite Rechtsprechungslinie [24] läuft dagegen auf eine umfassendere Auslegung der Voraussetzung der Entgeltlichkeit im Sinne einer „Gegenleistung“ hinaus [25]. Es handelt sich um die herrschende Meinung, die auch von der Kommission in ihrem Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen vom 30. April 2004 [26] geteilt wird.

47. Nach dieser Rechtsprechungslinie impliziert der Begriff „Entgeltlichkeit“ nicht unbedingt die Zahlung eines Geldbetrags durch den öffentlichen Auftraggeber. Der Gerichtshof ist dabei der Auffassung, dass Verträge, bei denen die Leistung durch andere Formen von Gegenleistungen wie den Ersatz der durch die Erbringung der vereinbarten Dienstleistung entstandenen Kosten oder auch die Befreiung von Gebühren vergütet wird, entgeltlich sein und als „öffentlicher Auftrag“ eingestuft werden können. Dies ist selbst dann der Fall, wenn die Gegenleistungen die dem Bieter entstandenen Kosten nicht auszugleichen vermögen [27].

48. Zwei Urteile sind insoweit besonders aufschlussreich.

19 Vgl. Urteil vom 18. Januar 2017, SAWP (C-37/16, EU:C:2017:22, Rn. 25 und die dort angeführte Rechtsprechung).

20 Urteil vom 18. Januar 2017, SAWP (C-37/16, EU:C:2017:22, Rn. 26 und die dort angeführte Rechtsprechung).

21 Siehe Nr. 35 der vorliegenden Schlussanträge.

22 C-701/15, EU:C:2017:545. Dieses Urteil betrifft die Auslegung von Art. 1 Abs. 1 Buchst. a 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). Nach diesem Artikel sind „Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge … entgeltliche schriftliche Verträge“.

23 Vgl. Rn. 29 dieses Urteils.

24 Vgl. insoweit Urteile vom 25. März 2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, Rn. 47 bis 52), sowie vom 21. Dezember 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, Rn. 43).

25 Urteil vom 12. Juli 2001, Ordine degli Architetti u. a. (C-399/98, EU:C:2001:401, Rn. 77 bis 86).

26 KOM(2004) 327 endg. In Rn. 10 dieses Grünbuchs führt die Kommission aus, dass „der Entgeltcharakter des in Rede stehenden Vertrags nicht unbedingt die direkte Zahlung eines Preises durch den öffentlichen Partner [erfordert]; das Entgelt kann auch in wirtschaftlichen Gegenleistungen zugunsten des privaten Partners bestehen“.

27 Vgl. die Erwägungen des Gerichtshofs im Urteil vom 25. März 2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168), wonach ein Kaufvertrag für ein Grundstück ein öffentlicher Bauauftrag sein kann, auch wenn der öffentliche Auftraggeber abgesehen von der Übertragung des Grundstücks keine Gegenleistung für den Vertragspartner erbringt.

49. Im Urteil vom 12. Juli 2001, Ordine degli Architetti u. a.[28], hat der Gerichtshof entschieden, dass die Tatbestandsmerkmale der Definition des Begriffs „öffentliche Bauaufträge“ im Sinne der Richtlinie 93/37/EWG[29] so zu beurteilen sind, dass die praktische Wirksamkeit dieser Richtlinie nicht beeinträchtigt und insbesondere ein echter Wettbewerb durch die Bekanntmachung beabsichtigter Auftragsvergaben gefördert wird[30]. Er hat dabei den entgeltlichen Charakter des Vertrags und die Einstufung als „öffentlicher Bauvertrag“ in einer Situation bejaht, in der der Wirtschaftsteilnehmer, der Inhaber der Baugenehmigung ist, bei den Arbeiten *von der Entrichtung des Erschließungsbeitrags befreit ist*, der ihm durch die nationalen Rechtsvorschriften auferlegt wird. In diesem Fall hat der Gerichtshof entschieden, dass das Tatbestandsmerkmal eines entgeltlichen Vertrags als erfüllt anzusehen war, da der Wirtschaftsteilnehmer durch die Ausführung der in Rede stehenden Arbeiten eine in gleicher Höhe gegenüber der Gemeinde bestehende Schuld beglich[31].

50. Im Urteil vom 18. Oktober 2018, IBA Molecular Italy[32], hat der Gerichtshof ferner entschieden, dass „ein Vertrag, der einen Leistungsaustausch vorsieht, auch dann unter den Begriff ‚öffentlicher Auftrag‘ [fällt], wenn sich die vorgesehene Vergütung auf den *teilweisen Ersatz der Kosten* beschränkt, *die durch die Erbringung der vereinbarten Dienstleistung entstehen*“[33]. In diesem Urteil hat der Gerichtshof betont, dass ein Vertrag, mit dem sich ein Wirtschaftsteilnehmer verpflichtet, ein Erzeugnis herzustellen und an verschiedene Verwaltungsstellen zu liefern, im Gegenzug für eine vollständig zur Erreichung dieses Zieles bestimmte Finanzierung, unter den Begriff „entgeltlicher Vertrag“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 fällt, und zwar „*selbst wenn die Subvention oder die Lieferkosten*, die den Verwaltungsstellen in Rechnung gestellt werden können, *die Kosten der Herstellung und Lieferung des Erzeugnisses nicht vollständig ausgleichen*“[34].

51. Es ist darauf hinzuweisen, dass Generalanwalt Campos Sánchez-Bordona in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung[35] den gleichen Ansatz verfolgt hat. In dieser Rechtssache stellte sich vor allem die Frage, ob die zwischen zwei öffentlichen Auftraggebern schriftlich vereinbarte Überlassung von Software Entgeltcharakter im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24 hat, wenn die Stelle, der die Software überlassen wird, weder einen Preis zahlen noch einen Ausgleich für ihre Kosten leisten muss, sondern grundsätzlich verpflichtet ist, der anderen Partei künftige Weiterentwicklungen und Anpassungen der Software unentgeltlich zur Verfügung zu stellen.

52. In seinen Schlussanträgen hat der Generalanwalt die Ansicht vertreten, dass die Bedingung der Entgeltlichkeit erfüllt sei. Zum einen habe die Gegenleistung in Form der künftigen Anpassungen und Weiterentwicklungen der Software einen wirtschaftlichen Wert. Zum anderen stelle diese Gegenleistung eine einforderbare Verpflichtung dar, weil sie für die öffentliche Dienstleistung, die den fraglichen Einrichtungen obliege, unerlässlich sei[36].

28 C-399/98, EU:C:2001:401.

29 Richtlinie des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. 1993, L 199, S. 54).

30 Rn. 52 dieses Urteils.

31 Der Gerichtshof ist dem von Generalanwalt Léger in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Ordine degli Architetti u. a. (C-399/98, EU:C:2000:671), der das Kriterium der Entgeltlichkeit als nicht erfüllt ansah, vertretenen Ansatz nicht gefolgt.

32 C-606/17, EU:C:2018:843.

33 Rn. 29 dieses Urteils und die dort angeführte Rechtsprechung. Hervorhebung nur hier. Vgl. auch Urteile vom 19. Dezember 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce u. a. (C-159/11, EU:C:2012:817, Rn. 29), vom 13. Juni 2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385, Rn. 31), und vom 11. Dezember 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino“ u. a. (C-113/13, EU:C:2014:2440, Rn. 37).

34 Rn. 31 des Urteils. Hervorhebung nur hier.

35 C-796/18, EU:C:2020:47.

36 Vgl. hierzu die Ausführungen in den Nrn. 52 bis 63 dieser Schlussanträge.

3. Der weite Begriff „Gegenleistung" und seine Grenzen

53. Was ich als vorherrschende Strömung in der Rechtsprechung (der ich voll und ganz zustimme) ansehe, kann wie folgt zusammengefasst werden.

54. Erstens kann die der Voraussetzung der Entgeltlichkeit inhärente Natur der Gegenleistung, die vom öffentlichen Auftraggeber gewährt wird, andere Formen annehmen als eine Geldzahlung. Es bedarf daher nicht unbedingt des Transfers eines Geldbetrags. Andere Arten der Bezahlung, auch solche nicht finanzieller Art, sind denkbar.

55. Zweitens muss die Gegenleistung einen bestimmten wirtschaftlichen Wert haben, ohne jedoch dem Wert der gelieferten Waren oder erbrachten Dienstleistungen genau entsprechen zu müssen. Daher können der öffentliche Auftraggeber und der Bieter vereinbaren, dass die Bezahlung verschiedene Formen annehmen kann, sofern diese einen eindeutigen wirtschaftlichen Wert haben.

56. Drittens müssen Natur und Inhalt der vom öffentlichen Auftraggeber zu erbringenden Gegenleistung als unmittelbare und durchsetzbare rechtliche Verpflichtung aus dem Vertrag hervorgehen. In diesen Rahmen fügt sich meines Erachtens die Bezugnahme des Gerichtshofs sowie von Generalanwalt Mengozzi auf die *synallagmatische Natur* des öffentlichen Auftrags ein, die in der *Begründung rechtlich zwingender Verpflichtungen* für beide Vertragsparteien zum Ausdruck kommt [37].

57. Um festzustellen, ob der Vertrag eine Gegenleistung vorsieht (und sodann, ob die Bedingung der Entgeltlichkeit in Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24 erfüllt ist), muss daher meiner Ansicht nach der Schwerpunkt der Analyse nicht auf dem genauen Geldbetrag liegen, der im Vertrag genannt ist. Es geht vielmehr darum, ob die beiden Vertragsparteien auf der Grundlage dieses Vertrags in einem Verhältnis gegenseitiger rechtlicher Verpflichtungen zueinander stehen, die jede Partei gegen die andere durchsetzen kann und in deren Rahmen der öffentliche Auftraggeber zumindest eine klare und präzise Gegenleistung wirtschaftlicher Art erbringt.

58. Ein solcher Ansatz verlagert bewusst den Gegenstand der Debatte über die genaue Natur der erforderlichen „Gegenleistung" zu der allgemeineren Frage der Festlegung des genauen Inhalts der gegenseitigen Verpflichtungen, die jede Partei erfüllen muss. Während der Begriff „Gegenleistung" in Europa von Land zu Land sehr stark differieren mag [38], scheint es einen breiten Konsens darüber zu geben, dass das Zustandekommen des Vertrags eine hinreichend genaue Einigung der Parteien über die Vertragsbedingungen erfordert, was die Klarheit der wechselseitigen Rechte und Pflichten jeder Partei voraussetzt, damit der Vertrag erfüllt werden kann [39]. In gewisser Hinsicht führt uns diese Diskussion zurück zum römischen Ursprungsrecht und zu der in den Zivilrechtsordnungen nach wie vor geltenden grundlegenden Unterscheidung zwischen synallagmatischen Rechtsverhältnissen (wie Verträgen) und einseitigen Rechtsverhältnissen (wie Schenkungen und freiwilligen Zuwendungen).

37 Vgl. Urteil vom 21. Dezember 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, Rn. 43), worin den Schlussanträgen von Generalanwalt Mengozzi in der Rechtssache Remondis (C-51/15, EU:C:2016:504, Nr. 36), gefolgt wurde. Siehe Fn. 16.

38 Dass das Recht der Verträge durch eine beträchtliche Diversität gekennzeichnet ist, zeigen u. a. Kötz, H., „Comparative Contract Law", in Reimann, M., und Zimmermann, R., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2. Aufl., Oxford University Press, Oxford, 2019, S. 902 bis 932, insbesondere S. 910 bis 912, oder Chloros, A. G., „The Doctrine of Consideration and the Reform of the Law of Contract: A Comparative Analysis", *International and Comparative Law Quarterly*, British Institute of International and Comparative Law, London, 1968, Band 17, Nr. 1, S. 137 bis 166.

39 Vgl. u. a. die Art. 2:101 (Conditions for the Conclusion of a Contract) und 2:103 (Sufficient Agreement) der „Principles of European Contract Law" (Grundsätze des europäischen Vertragsrechts) (vgl. Lando, O., und Beale, H., *Principles of European contract law, Parts I and II*, Kluwer Law International, Den Haag, 2000); oder die Art. II.-I:101(I) (Definition des Vertrags) und III.-I:102(4) (Gegenseitigkeit der Verpflichtungen) des *Draft Common Frame of Reference* (Entwurf eines gemeinsamen Referenzrahmens) (vgl. von Bar, C., u. a., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, draft Common Frame of Reference: outline edition*, Sellier European Law Publishers, München, 2009). Vgl. in diesem Sinne auch *Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune*, Société de législation comparée, Sammlung „Droit comparé et européen", Paris, 2008, Band 6, S. 25, erstellt von der Association Henry Capitant des amis de la culture juridique française und der Société de législation comparée.

59. Ein entgeltlicher Vertrag ist daher vor allem ein synallagmatischer Vertrag, der impliziert, dass sich die Parteien untereinander verpflichten, präzise und gegenseitige Leistungen zu erbringen. Die Art dieser Leistungen muss schon bei Vertragsabschluss festgelegt werden. Die Leistungen müssen auf der Grundlage dieses Vertrags durchsetzbar sein. Die zu erbringende Gegenleistung ist hingegen flexibler. Sie muss nicht unbedingt in einem Ausgleich in Form von Geld bestehen. Entscheidend ist, dass sie klar, präzise und auf der Grundlage des geschlossenen Vertrags durchsetzbar ist.

4. Anwendung auf den vorliegenden Fall

60. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass es im vorliegenden Fall, anders als in den Rechtssachen, die Gegenstand der in den vorliegenden Schlussanträgen angeführten Rechtsprechung waren, keinen zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Bieter geschlossenen Vertrag gibt, weil das nationale Gericht mit der Rechtssache in einem Stadium befasst wurde, in dem das Angebot der Bieterin abgelehnt wurde. In diesem Stadium des Verfahrens gibt es daher keine Vertragsbestimmung, aus der sich eine wie auch immer geartete Gegenleistung des öffentlichen Auftraggebers ergeben könnte.

61. Die vom Gerichtshof zu beantwortende Frage lautet daher, ob in einer Situation, in der das Angebot des Bieters das Fehlen jeder unmittelbaren Vergütung der Dienstleistung durch den öffentlichen Auftraggeber impliziert, der Nutzen, mit dem der Bieter aufgrund der Zuschlagserteilung rechnen kann, eine „Gegenleistung" darzustellen vermag, die den Abschluss eines entgeltlichen Vertrags im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24 erlaubt.

62. In Anbetracht der vom vorlegenden Gericht geschilderten tatsächlichen Umstände der vorliegenden Rechtssache kann ich nicht erkennen, worin eine solche Gegenleistung bestehen könnte, selbst unter Heranziehung der sehr offenen Auslegung dieses Begriffs, wie sie im vorigen Abschnitt dargelegt wurde. Im Kontext der vorliegenden Rechtssache könnten drei mögliche Vorteile in Betracht kommen: zunächst das Sammeln einschlägiger Erfahrungen, sodann die Erlangung von Referenzen für künftige Aufträge und schließlich der Erwerb eines guten Rufs für mögliche künftige Ausschreibungen desselben öffentlichen Auftraggebers für andere Lose.

63. Erstens ist das Sammeln einschlägiger Erfahrungen für neue Marktteilnehmer oder kleine und mittlere Unternehmen, die sich weiterentwickeln wollen, sicher wichtig. Es ist jedoch eindeutig keine Gegenleistung, die der öffentliche Auftraggeber im Gegenzug erbringt. Es handelt sich um eine einfache rechtliche Tatsache, die sich aus der Vergabe des Auftrags ergibt.

64. Zweitens ist es auch unbestreitbar, dass die Erlangung von Referenzen einen Nutzen darstellen kann. Sie können bei der künftigen Vergabe öffentlicher Aufträge eine strategische Rolle spielen. Die Gewährung von Referenzen reicht jedoch nicht aus, um den synallagmatischen Charakter des ins Auge gefassten Vertrags zu begründen. Sie stellt nämlich keine den öffentlichen Auftraggeber treffende Verpflichtung dar, so dass sie keine von ihm zu erbringende Gegenleistung ist. Dieser Nutzen ist eine Bedingung, deren Eintritt zufällig und ungewiss ist, weil die Referenzen, auf die sich ein Unternehmen in der Zukunft berufen kann, in Wirklichkeit von tatsächlichen Umständen abhängen, die mit der ordnungsgemäßen Ausführung des Auftrags in Zusammenhang stehen. Es gibt daher keine Garantie hinsichtlich der Referenzen, auf die sich der Bieter wird berufen können. Es handelt sich um eine bloße Spekulation über den Vertrag.

65. Drittens geht aus der Vorlageentscheidung hervor, dass der Auftrag im vorliegenden Fall aus zwei Losen bestand [40]. Die hier in Rede stehende Ausschreibung betraf nur das erste Los. Es wurden keine näheren Angaben zu einer etwaigen Beziehung zwischen dem ersten und dem zweiten Los gemacht. Es wäre jedoch kaum denkbar, dass eine solche Situation bei der Definition der Gegenleistung im

40 Siehe Nr. 11 der vorliegenden Schlussanträge.

Sinne der rechtlichen Verpflichtung eine Rolle spielt, die der öffentliche Auftraggeber gegenüber dem Bieter in Bezug auf beide Lose hätte. Es ist sicher nicht wünschenswert, ausdrücklich oder stillschweigend eine Politik zu akzeptieren oder zu fördern, bei der ein Unternehmen im Rahmen eines Loses ein weit unter den Kosten liegendes oder sogar null Euro betragendes Angebot abgibt, in der Hoffnung, diese Kosten später bei der Vergabe eines zweiten Loses, das Bestandteil des Auftrags ist, auszugleichen.

66. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass keines der drei Szenarien, die dem potenziellen „Nutzen" entsprechen, den ein Bieter, der die Erbringung bestimmter Dienstleistungen kostenfrei anbietet, als Gegenleistung anführen könnte, unter den Begriff „entgeltlicher Vertrag" im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24 fällt. Bei keiner dieser Fallgruppen gibt es eine Gegenleistung, deren Erbringung vom öffentlichen Auftraggeber im Rahmen des Vertrags von Rechts wegen verlangt werden kann. Der gemeinsame Nenner dieses Nutzens besteht darin, dass es sich stets um eine Wette auf die Zukunft handelt.

67. Abschließend könnte man hinzufügen, dass der letztgenannte tatsächliche Gesichtspunkt eine klare Unterscheidung zwischen der vorliegenden Rechtssache und dem noch flexibleren Ansatz für Gegenleistung und Entgeltlichkeit ermöglicht, den beispielsweise Generalanwalt Campos Sánchez-Bordona in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung[41] befürwortet hat. Insbesondere in einem eher dynamischen Bereich wie der Softwareentwicklung sind nämlich eine Reihe recht atypischer Gegenleistungen denkbar. So könnte die erste Software kostenlos zur Verfügung gestellt werden, anders als ihre Weiterentwicklungen; der öffentliche Auftraggeber kann eine Sachleistung erbringen, indem er im Gegenzug seine eigenen Daten übermittelt, damit sie der Programmierer bei späteren Anwendungen verwenden kann; der öffentliche Auftraggeber kann zusagen, in regelmäßigen Abständen ein Feedback zu geben, das es dem Entwickler erlaubt, sein Produkt zu verbessern und dessen Vermarktung zu steigern usw. Alle diese Situationen könnten zum Abschluss entgeltlicher Verträge führen, da sich diese Pflichten klar aus dem mit dem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen Vertrag ergeben und eine rechtlich durchsetzbare Gegenleistung definieren, wenngleich es nicht immer leicht ist, einen Preis für jede konkrete Gegenleistung anzugeben.

68. In der vorliegenden Rechtssache ergibt sich jedoch aus dem Vertrag, der geschlossen werden soll, keine auf einer klaren und durchsetzbaren Pflicht beruhende spezielle Gegenleistung des Auftraggebers. Der erste „Nutzen" ist nur eine automatische rechtliche Tatsache. Der zweite ist rein spekulativ und unsicher. Der dritte wäre, würde man ihn überhaupt in Betracht ziehen, höchst problematisch. Daher kann der künftige Vertrag mangels einer vom öffentlichen Auftraggeber zu erbringenden Gegenleistung nicht als „entgeltlicher Vertrag" im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24 eingestuft werden.

C. Ist ein Angebot in Höhe von null Euro ein ungewöhnlich niedriges Angebot?

69. Die zweite Vorlagefrage macht es erforderlich, die Rechtsgrundlage zu ermitteln, auf die die Ablehnung eines Angebots in Höhe von null Euro wie des in Rede stehenden zu stützen ist.

70. Das vorlegende Gericht konzentriert sich bei seiner Frage zwar auf die Vorschriften in Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24, doch hat nach seinen Angaben das Innenministerium das in Rede stehende Angebot anhand der Vorschriften über „ungewöhnlich niedrige Angebote" in Art. 69 der Richtlinie geprüft. Es habe das Angebot der Rechtsbehelfsführerin jedoch nicht deshalb abgelehnt, weil es ungewöhnlich niedrig gewesen sei oder weil es nicht den in der Bekanntgabe des öffentlichen Auftrags enthaltenen Anforderungen und Pflichten entsprochen habe, sondern weil es null Euro betragen habe.

41 C-796/18, EU:C:2020:47. Siehe Nrn. 51 und 52 der vorliegenden Schlussanträge.

71. Somit ist die zweite vom vorlegenden Gericht gestellte Frage verfahrensrechtlicher Natur: Wenn ein öffentlicher Auftraggeber ein Angebot erhält, das im Feld „Preis" die Angabe null Euro enthält, i) muss der öffentliche Auftraggeber das Angebot dann automatisch auf der Grundlage von Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24 ausschließen, da kein derartiges Angebot jemals zum Abschluss eines gültigen öffentlichen Auftrags führen kann, oder ii) muss ein solches Angebot auch anhand des in Art. 69 der Richtlinie 2014/24 vorgesehenen Verfahrens für ungewöhnlich niedrige Angebote geprüft werden?

72. In Anbetracht der auf die erste Frage des vorlegenden Gerichts vorgeschlagenen Antwort (die im Rahmen eines öffentlichen Auftrags zu erbringende Gegenleistung erfordert nicht notwendigerweise einen unmittelbaren Geldtransfer, sondern kann auch eine Sachleistung sein, wenn sie zumindest einen gewissen wirtschaftlichen Wert hat) ist die logische Antwort auf die zweite Vorlagefrage die unter ii genannte: ein Angebot zu einem Nominalpreis von null Euro muss auch als ein ungewöhnlich niedriges Angebot behandelt werden.

73. Erstens geht es bei dem Verfahren in Art. 69 der Richtlinie 2014/24 um die Angebots- und Verhandlungsschritte. In diesem Artikel verlangt der Unionsgesetzgeber nämlich, dass der öffentliche Auftraggeber dem Bieter die Möglichkeit gibt, die Höhe seines Angebots zu erläutern und dessen Seriosität nachzuweisen. Er bestimmt sodann, dass der öffentliche Auftraggeber nicht nur die angegebenen Gründe – vor allem soweit sie sich auf die Wirtschaftlichkeit der Leistung, die gewählten technischen Lösungen oder die außergewöhnlich günstigen Bedingungen, über die der Bieter bei der Erbringung der vereinbarten Dienstleistung verfügt, beziehen – berücksichtigen muss [42], sondern auch alle im Hinblick auf die fragliche Leistung und die mit ihrer Erbringung verbundenen Pflichten maßgeblichen Gesichtspunkte [43].

74. Sofern sich aus der Natur des Auftrags oder dem Angebot selbst nicht eindeutig ergibt, dass keine andere Gegenleistung in Betracht kommen kann, so dass es unnötig ist, dem Bieter die Erläuterung seines Angebots zu gestatten, kann somit nicht ausgeschlossen werden, dass der künftige Vertrag letztlich ein „entgeltlicher Vertrag" im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24 sein könnte.

75. All das erinnert an das Paradoxon von Schrödingers Katze. Solange der Behälter nicht geöffnet und sein Inhalt geprüft wird, kann man nicht ausschließen, dass die darin befindliche Katze noch lebt. In gleicher Weise kann, solange der öffentliche Auftraggeber dem Bieter nicht auf der Grundlage von Art. 69 der Richtlinie 2014/24 Gelegenheit gibt, die Logik und die Kostenstruktur seines Angebots zu erläutern, nicht ausgeschlossen werden, dass das fragliche Angebot zum Abschluss eines öffentlichen Auftrags führt, unbeschadet dessen, dass es letztlich vom öffentlichen Auftraggeber abgelehnt wird. Eine solche Ablehnung kann jedoch nicht schlicht und einfach darauf gestützt werden, dass ein nominales Angebot von null Euro nicht die Voraussetzung der Entgeltlichkeit in Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie erfülle.

76. Zweitens ist festzustellen, dass die Richtlinie 2014/24 weder den Begriff „ungewöhnlich niedriges Angebot" definiert noch nähere Angaben zu dem davon umfassten Betrag enthält [44]. Die vom Unionsgesetzgeber verwendeten Ausdrücke sind weit gefasst, wobei der Gerichtshof auch die Wortfolge „der in [dem] Angebot vorgeschlagene niedrige Preis" verwendet [45].

42 Diese Gründe werden in Art. 69 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24 dargelegt.

43 Vgl. Urteil vom 16. Mai 2019, Transtec/Kommission (T-228/18, EU:T:2019:336, Rn. 69 und die dort angeführte Rechtsprechung).

44 Im Urteil vom 18. Dezember 2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466), hat der Gerichtshof darauf hingewiesen, dass es Sache der Mitgliedstaaten und insbesondere der öffentlichen Auftraggeber ist, festzulegen, wie die Ungewöhnlichkeitsschwelle für ein „ungewöhnlich niedriges Angebot" zu errechnen ist (Rn. 49 und die dort angeführte Rechtsprechung).

45 Vgl. insoweit Urteil vom 18. Dezember 2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466, Rn. 46).

77. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs geht jedoch hervor, dass er sich gegen die Einführung eines mathematischen Ausschlusskriteriums ausspricht. Der Gerichtshof möchte einen echten Wettbewerb im Einklang mit den Zielen der Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge fördern. Im Urteil vom 22. Juni 1989, Costanzo[46], hat er entschieden, dass ein mathematisches Ausschlusskriterium den Bietern, die besonders niedrige Angebote eingereicht haben, die Möglichkeit nimmt, die Seriosität dieser Angebote nachzuweisen, und dass es daher im Widerspruch zu dem Ziel der Richtlinie 71/305/EWG[47] steht, die Entwicklung eines echten Wettbewerbs auf dem Gebiet der öffentlichen Aufträge zu fördern.

78. In Anbetracht dieser Gesichtspunkte scheint also nichts dagegen zu sprechen, dass der Begriff „ungewöhnlich niedriges Angebot" auch ein Angebot in Höhe von null Euro einschließen kann. Zwar kommt ein Betrag von „null Euro" einer Art psychologischer Barriere gleich. Es gibt allerdings aus wirtschaftlicher Sicht keinen Grund, es anders zu behandeln als ein Angebot in Höhe von 10 Euro oder von 100 Euro, solange alle diese Angebote unterhalb der Kosten des Auftrags liegen.

79. Drittens schließlich besteht kein Zweifel daran, dass eine Reihe zusätzlicher Argumente für eine Ablehnung der Prüfung von Angeboten in Höhe von null Euro sprechen könnten. Die Zulassung solcher Angebote könnte nämlich dem Ziel der *Transparenz* im Bereich öffentlicher Gelder und der Bekämpfung von Korruption zuwiderlaufen; die tatsächlichen Kosten und die späteren Zahlungen würden lediglich verlagert und in anderen Parallelgeschäften versteckt. Auch wenn ein solches Vorgehen auf den ersten Blick für die *öffentlichen Haushalte* von Vorteil zu sein scheint, könnte sich ein zu einem Nominalpreis von null Euro vergebener öffentlicher Auftrag letztlich für den öffentlichen Auftraggeber als ziemlich kostspielig und schwer durchführbar erweisen und somit dazu führen, dass die Kosten höher werden, als wenn schlicht von Anfang an der angemessene Preis gezahlt worden wäre. Zudem könnte eine von öffentlichen Auftraggebern geförderte Praxis von Verdrängungspreisen Anlass zu einigen *wettbewerbsrechtlichen* Bedenken geben.

80. Jedenfalls könnten die gleichen Argumente, wie berechtigt diese Bedenken auch sein mögen, umgekehrt zugunsten der Prüfung solcher Angebote angeführt werden[48]. Vor allem könnten alle diese Argumente gegen jede Prüfung ungewöhnlich niedriger Angebote ins Treffen geführt werden. Die in Nr. 79 der vorliegenden Schlussanträge angestellten Erwägungen würden gleichermaßen für alle ungewöhnlich niedrigen Angebote gelten, bei einem mit 150 000 Euro angesetzten Auftrag z. B. für ein Angebot in Höhe von 1 000 Euro, von 101 Euro oder von einem symbolischen Euro. Obwohl alle diese Angebote weit unter den tatsächlichen Kosten lägen, könnte sie der öffentliche Auftraggeber nicht automatisch ablehnen. Er muss sie anhand des speziell zu diesem Zweck in Art. 69 der Richtlinie 2014/24 vorgesehenen Verfahrens prüfen.

81. Wenn der Unionsgesetzgeber im Kontext des Vergaberechts nach Abwägung aller mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten einhergehenden Vor- und Nachteile eine solche gesetzgeberische Entscheidung getroffen hat, vermag ich kein logisches Argument zu erkennen, das es erlauben würde, Angebote in Höhe von null Euro von einem solchen Schema auszuschließen. Sie sind daher genauso zu behandeln. Sollte der Gerichtshof meinem Vorschlag in Bezug auf die erste Frage folgen (ein „entgeltlicher" Vertrag im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24 erfordert nicht notwendigerweise die Zahlung eines Geldbetrags, sondern kann mit einer Sachleistung des öffentlichen Auftraggebers verbunden sein), ist die Höhe des im Vertragsangebot angegebenen Nominalbetrags nicht entscheidend.

46 103/88, EU:C:1989:256, Rn. 18.

47 Richtlinie des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. 1971, L 185, S. 5).

48 So könnte in Bezug auf den Wettbewerb vorgebracht werden, dass diese Regeln ihn in Wirklichkeit fördern. Es liegt nahe, dass kleine und mittlere Unternehmen sowie Start-ups geringere Fixkosten haben und bei einem bestimmten Vertrag Nullmargen einkalkulieren können. Unter solchen Umständen können sich Angebote in Höhe von null Euro als wettbewerbskonform herausstellen, indem sie diesen kleinen Unternehmen den Marktzugang ermöglichen.

82. Infolgedessen bin ich der Ansicht, dass der öffentliche Auftraggeber ein Angebot in Höhe von null Euro anhand des Bündels der in Art. 69 der Richtlinie 2014/24 genannten Bedingungen prüfen muss, um es gegebenenfalls etwa mit der Begründung abzulehnen, dass es nicht zum Abschluss eines entgeltlichen Vertrags im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie führen könne, weil der öffentliche Auftraggeber im Rahmen einer Ausschreibung keine Gegenleistung wirtschaftlicher Art erbringe.

V. Ergebnis

83. Ich schlage dem Gerichtshof vor, die von der Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Staatliche Kommission für die Überprüfung von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge, Slowenien) zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

1. Der Begriff „entgeltlicher Vertrag“ im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG in der durch die Delegierte Verordnung (EU) 2017/2365 der Kommission vom 18. Dezember 2017 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass er es nicht erlaubt, einen Vorgang, in dessen Rahmen der Bieter dem öffentlichen Auftraggeber die Erbringung einer Dienstleistung für null Euro anbietet, als „öffentlichen Dienstleistungsauftrag“ einzustufen, da die Vertragsparteien keine vom öffentlichen Auftraggeber zu erbringende Gegenleistung von wirtschaftlichem Wert vereinbaren.

2. Ein Angebot zu einem Preis von null Euro muss anhand der Vorschriften über ungewöhnlich niedrige Angebote in Art. 69 der Richtlinie 2014/24 in der durch die Delegierte Verordnung 2017/2365 geänderten Fassung geprüft werden, gegebenenfalls nach Einholung zusätzlicher Informationen vom Bieter über die genaue Art der vom öffentlichen Auftraggeber zu erbringenden Gegenleistung von wirtschaftlichem Wert. Ein solches Angebot ist abzulehnen, wenn es im speziellen Rahmen einer Ausschreibung nicht zum Abschluss eines „entgeltlichen Vertrags“ im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie führen könnte.