

<b>Anmerkung zu:</b>	EuGH 8. Kammer, Urteil vom 28.02.2018 - C-523/16 und C-536/16
<b>Autoren:</b>	Dr. Pascal Friton, RA, Dr. Florian Wolf, RA
<b>Erscheinungsdatum:</b>	14.08.2018
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	§ 56 VgV 2016, § 97 GWB, EGRL 17/2004, EGEEntsch 17/2004, EGEEntsch 18/2004 ... mehr
<b>Fundstelle:</b>	jurisPR-VergR 8/2018 Anm. 1
<b>Herausgeber:</b>	Dr. Lutz Horn, RA
<b>Zitiervorschlag:</b>	Friton/Wolf, jurisPR-VergR 8/2018 Anm. 1

### **Finanzielle Sanktionen bei Nachforderung von Unterlagen im Vergabeverfahren**

#### **Leitsätze**

**1. Das Unionsrecht, insbesondere Art. 51 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, die Grundsätze der Vergabeverfahren, zu denen die in Art. 10 der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und Art. 2 der Richtlinie 2004/18 aufgeführten Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz gehören, und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung grundsätzlich nicht entgegenstehen, die einen Mechanismus zur Unterstützung bei Erstellung der Unterlagen einführt, bei dem der öffentliche Auftraggeber im Rahmen eines Vergabeverfahrens die Bieter, deren Gebot mit einem wesentlichen Mangel im Sinne dieser Regelung behaftet ist, vorbehaltlich der Zahlung einer finanziellen Sanktion zur Berichtigung ihres Angebots auffordern kann, sofern die Höhe dieser Sanktion mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar bleibt; dies festzustellen ist Sache des vorlegenden Gerichts.**

**2. Diese Vorschriften und Grundsätze sind jedoch dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, die einen Mechanismus zur Unterstützung bei Erstellung der Unterlagen einführt, bei dem der öffentliche Auftraggeber von einem Bieter gegen eine von diesem zu erbringende Zahlung einer finanziellen Sanktion verlangen kann, dass das Fehlen eines Dokuments behoben wird, das nach den Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich zum Ausschluss des betreffenden Bieters führen muss, oder dass er Mängel beseitigt, die sich in einer Weise auf sein Angebot auswirken, dass die vorgenommenen Berichtigungen oder Änderungen der Vorlage eines neuen Angebots gleichkämen.**

#### **A. Problemstellung**

Der EuGH hatte darüber zu befinden, ob eine italienische Vorschrift des Vergaberechts mit den Vergaberichtlinien 2004/17/EG (SKR) und 2004/18/EG (VKR) vereinbar ist, die den öffentlichen

Auftraggebern die Möglichkeit gibt, bei einer Nachforderung von Unterlagen im Vergabeverfahren die betroffenen Unternehmen mit einer finanziellen Sanktion zu belegen.

## **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

I. Der Entscheidung des EuGH lagen zwei Vorabentscheidungsersuchen des Verwaltungsgerichts für die Region Latium zugrunde. In beiden Fällen hatten italienische öffentliche Auftraggeber bei der Durchführung von Vergabeverfahren in den Vergabeunterlagen vorgesehen, dass Bieter in dem Fall, dass fehlende oder unvollständige Unterlagen sowie Unterlagen, die „andere wesentliche Mängel“ aufweisen, nachgefordert werden, für diese Nachforderung eine finanzielle Strafe in Höhe von 35.000 Euro bzw. 50.000 Euro zu zahlen hatten. Dem lag zugrunde, dass Art. 38 Abs. 2bis des italienischen Gesetzesdekrets Nr. 163 zur Annahme des Gesetzbuches über öffentliche Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge zur Umsetzung der Richtlinie 2004/17/EG und 2004/18/EG (CCP) eine solche Sanktionierung bei der Nachforderung von Unterlagen vorsieht.

Im Ausgangsverfahren der Rechtssache C-523/16 hatte der Auftraggeber eine Verpflichtungserklärung verlangt, nach der ein Bietergemeinschaftsmitglied zu erklären hatte, im Falle des Zuschlags dem namentlich zu benennenden „Führungsunternehmen“ der Bietergemeinschaft eine kollektive Spezialvollmacht zu erteilen. In der Rechtssache C-536/16 hatte der Auftraggeber indes verlangt, dass die Bieter unter Androhung des Ausschlusses eine eidesstattliche Versicherung abgeben, nach der keine zwingenden Ausschlussgründe vorliegen. In beiden Fällen forderten die öffentlichen Auftraggeber Bieter, bei denen diese Unterlagen mit dem Angebot nicht abgegeben wurden, zur Nachreichung dieser Unterlagen auf und drohten mit der Vollstreckung in die, wie von Art. 38 Abs. 2bis CCP vorgesehen, zuvor von den Bietern zu stellenden Sicherheiten.

Die Bieter in beiden Verfahren klagten gegen diese Androhung vor dem Verwaltungsgericht Latium. Das Gericht legte beide Fälle dem EuGH zur Vorabentscheidung vor. Es fragte den Gerichtshof, ob Art. 38 Abs. 2bis CCP im Widerspruch zum Unionsrecht steht, insbesondere weil in der Entgeltlichkeit der Aufforderung zur Behebung von Mängeln an sich ein Widerspruch zu den Grundsätzen der möglichst weiten Öffnung des Marktes für den Wettbewerb gesehen werden könne.

Das vorlegende Gericht führte in seiner Vorlageentscheidung in erfreulich detaillierter Weise auf, welche Argumente aus seiner Sicht für und wider die Zulässigkeit einer finanziellen Sanktionierung in Art. 38 Abs. 2bis CCP sprechen. Gegen die Vereinbarkeit finanzieller Sanktionen mit Unionsrechts spreche, dass nicht nur ein Anreiz für eine Art „Jagd auf Fehler“ seitens des öffentlichen Auftraggebers geschaffen werde, sondern dass auch Bieter von einer Teilnahme an Vergabeverfahren abgeschreckt würden, da sie sich der Gefahr aussetzten, dass allein wegen einer Nachforderung erhebliche finanzielle Sanktionen gegen sie verhängt würden. Zudem müsse die finanzielle Sanktion bereits in den Vergabeunterlagen festgelegt werden, so dass sie automatisch auf jede Nachforderung angewandt werde und nicht in Abhängigkeit von der Schwere des begangenen Fehlers angepasst werden könne. Zwar hätten öffentliche Auftraggeber ein Interesse daran, durch eine finanzielle Sanktionierung von Nachforderungen die Ernsthaftigkeit der Teilnahme und der vorgelegten Angebote zu gewährleisten und damit den Bietern ihre Verantwortung für die Vorlage der geforderten Unterlagen bewusst zu machen. Zudem würden öffentliche Auftraggeber auf diese Weise für ihren Kontrollaufwand entschädigt. Dennoch sei dieser Mechanismus angesichts der Ausgestaltung der dazugehörenden Sanktionen nicht mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar, da die zuvor festgelegte Sanktion in einem Missverhältnis zur tatsächlich beim Auftraggeber entstehenden Mehrarbeit stehen könne. Zudem sei eine Verzögerung des Vergabeverfahrens, mit der eine Sanktionierung begründet werden könne, nicht zu befürchten, wenn – wie in den Ausgangsverfahren – von den Auftraggebern kurze Fristen für die Nachreichung der

fehlenden oder unvollständigen Unterlagen gesetzt würden. Die italienische Vorschrift sei nach Auffassung des vorlegenden Gerichts ferner nicht mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz vereinbar, da sämtliche Bieter, unabhängig von der Schwere ihres Verstoßes, die gleiche Strafe zu zahlen hätten. Zuletzt verletzte dieser Mechanismus aufgrund seiner abschreckenden Wirkung auf die Teilnahme insbesondere kleinerer und mittlerer Unternehmen an öffentlichen Vergabeverfahren den Grundsatz des größtmöglichen Wettbewerbs.

II. Der EuGH stellt zunächst fest, dass auf beide Verfahren das alte Vergaberecht vor der Reform der Vergaberichtlinien im Jahr 2014 anwendbar ist. Zudem merkt der Gerichtshof an, dass auf das Vergabeverfahren in der Sache C-523/16 aller Wahrscheinlichkeit nach die SKR anwendbar sei. Daraus ergäben sich aber keine Konsequenzen für die Beantwortung der Vorlagefragen. Anders als die VKR (dort Art. 51) sah die SKR zwar keine Bestimmungen zur Nachforderung von fehlenden Unterlagen vor. Der Gerichtshof habe aber in seiner Rechtsprechung bereits anerkannt, dass auch im Anwendungsbereich der SKR eine Nachforderung von Unterlagen grundsätzlich zulässig sei, insbesondere wenn alle Bieter gleichbehandelt werden und mit der Nachforderung keine Einreichung eines neuen Angebots einhergeht (vgl. EuGH, Urte. v. 11.05.2017 - C-131/16 „Archus und Gama“ Rn. 29 bis 39 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Im Anschluss prüft der EuGH die Vereinbarkeit von Art. 38 Abs. 2bis CCP mit Unionsrecht anhand von Art. 51 VKR sowie der allgemeinen, unionsrechtlichen Vergaberechtsgrundsätze, insbesondere den Grundsätzen der Gleichbehandlung, der Transparenz und der Verhältnismäßigkeit. Der Gerichtshof bestätigt dabei zunächst seine bisherige Rechtsprechung zur Nachforderung von Unterlagen nach dem alten Vergaberecht. Art. 51 VKR sehe grundsätzlich die Möglichkeit vor, vorgelegte Bescheinigungen und Dokumente zu vervollständigen oder zu erweitern. Diese Regelung eröffne dem öffentlichen Auftraggeber allerdings lediglich die Möglichkeit, so zu verfahren. Weder diese Vorschrift noch eine andere Bestimmung der VKR enthalte nähere Angaben darüber, wie und unter welchen Voraussetzungen eine solche Nachforderung möglich sei. Die Nachforderung von Unterlagen stünde grundsätzlich im Ermessen der Auftraggeber. Dabei könne das nationale Recht nicht nur die Möglichkeit zur Nachforderung vorsehen, sondern diese auch reglementieren. Insofern stünde weder Art. 51 noch eine andere Bestimmung der VKR der in Art. 38 Abs. 2bis CCP vorgesehenen Regelung entgegen, eine Nachforderung von der Zahlung einer finanziellen Sanktion abhängig zu machen.

Diese grundsätzliche Möglichkeit schränkt der EuGH sodann aber unter Verweis auf seine bisherige Rechtsprechung zu dieser Thematik ein. Zum einen dürfe eine finanzielle Sanktion nicht dem Effektivitätsgrundsatz entgegenstehen und zum anderen nicht den Grundsätzen der Gleichbehandlung, der Transparenz und der Verhältnismäßigkeit (vgl. EuGH, Urte. v. 02.06.2016 - C-410/14 „Falk Pharma“ Rn. 34). Der EuGH verweist in diesem Zusammenhang auf seine bisherige Rechtsprechung, nach der eine Nachforderung von Unterlagen unzulässig sei, deren Fehlen nach den Ausschreibungsbedingungen ausdrücklich zum Ausschluss des Bieters führen müsse (EuGH, Urte. v. 06.11.2014 - C-42/13 „Cartiera dell'Adda“ Rn. 46; EuGH, Urte. v. 10.11.2016 - C-199/15 „Ciclat“ Rn. 30). Der Auftraggeber müsse bei der Nachforderung ferner die von ihm selbst festgelegten Kriterien strikt einhalten (EuGH, Urte. v. 10.10.2013 - C-336/12 „Manova“ Rn. 40). Insbesondere dürfe eine Nachforderung nicht darauf hinauslaufen, dass einer der betroffenen Bieter in Wirklichkeit ein neues Angebot einreicht (EuGH, Urte. v. 29.03.2012 - C-599/10 „SAG ELV Slovensko“ Rn. 40; EuGH, Urte. v. 11.05.2017 - C-131/16 „Archus und Gama“ Rn. 31). Zuletzt sei auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einzuhalten. Es sei Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob nach diesen Grundsätzen im Ausgangsverfahren überhaupt eine Nachforderung hätte vorgenommen werden dürfen. Das sei jedenfalls nicht der Fall, soweit Art. 38 Abs. 2bis CCP eine Nachforderung auch bei anderen „wesentlichen Mängeln“ erlaube. Dieser Begriff fände weder in Art. 51 VKR noch in der Rechtsprechung des EuGH einer Entsprechung. Sofern im Ausgangsverfahren al-

so Unterlagen nachgefordert wurden, die einen solchen „wesentlichen Mangel“ aufwiesen, sei eine Nachforderung unzulässig und damit auch das Aussprechen einer finanziellen Sanktion nicht erlaubt.

Unabhängig vom Ausgang dieser Prüfung durch das vorlegende Gericht gibt der EuGH dem Gericht noch einige Hinweise dahingehend, in welchen Fällen eine finanzielle Sanktionierung unzulässig sei: Zum einen weist der Gerichtshof das Gericht darauf hin, dass die erforderliche Festsetzung der Sanktion schon in den Vergabeunterlagen nicht ohne weiteres mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar sei. Zwar diene eine Vorabfestsetzung den Grundsätzen der Gleichbehandlung, der Transparenz und der Rechtssicherheit, da mit ihr objektiv jede diskriminierende oder willkürliche Behandlung der Bieter durch den öffentlichen Auftraggeber verhindert werden könne. Jedoch sei jede automatische Anwendung der festgelegten Sanktion ohne ein Inbetrachtziehen der Schwere des jeweiligen Verstoßes und ohne Begründung im Einzelfall offensichtlich nicht mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar.

Ferner sei eine finanzielle Sanktion auch dann unverhältnismäßig, wenn sie ihrer Höhe nach im Verhältnis zu der Bedeutung der fehlenden Unterlagen nicht begründet werden könne. Das nimmt der Gerichtshof jedenfalls für einen der beiden Fälle in den Ausgangsverfahren an, in dem der Bieter eine Strafe von 35.000 Euro zu zahlen hatte, weil er keine Verpflichtungserklärung abgegeben hatte, nach der er dem führenden Unternehmen einer Bietergemeinschaft im Falle des Zuschlags eine kollektive Spezialvollmacht erteilen werde.

### **C. Kontext der Entscheidung**

Die Entscheidung des EuGH reiht sich in die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Nachforderungen nach der alten Rechtslage ein. Wie schon zuvor mehrfach entschieden, ist eine Nachforderung immer dann zulässig, wenn der öffentliche Auftraggeber sich dabei strikt an die von ihm selbst bekannt gemachten Vorgaben hält (EuGH, Urt. v. 11.05.2017 - C-131/16 „Archus und Gama“ Rn. 33; EuGH, Urt. v. 10.10.2013 - C-336/12 „Manova“ Rn. 40), der Auftraggeber den Bieter nicht über einen in den Vergabeunterlagen vorgesehenen, zwingenden Ausschluss hinwegrettet (EuGH, Urt. v. 06.11.2014 - C-42/13 „Cartiera dell'Adda“ Rn. 46; EuGH, Urt. v. 10.11.2016 - C-199/15 „Ciclat“ Rn. 30) und dem Bieter nicht die Gelegenheit gegeben wird, ein anderes, also insbesondere ein verbessertes Angebot abzugeben (EuGH, Urt. v. 29.03.2012 - C-599/10 „SAG ELV Slovensko“ Rn. 40; EuGH, Urt. v. 10.10.2013 - C-336/12 „Manova“ Rn. 36; EuGH, Urt. v. 07.04.2016 - C-324/14 „Partner Apelski Dariusz“ Rn. 64; EuGH, Urt. v. 11.05.2017 - C-131/16 „Archus und Gama“ Rn. 31). Letzteres ist dann nicht gegeben, wenn sich eine Nachforderung auf Unterlagen oder Angaben bezieht, bei denen nicht objektiv nachprüfbar ist, dass sie vor Ablauf der Bewerbungsfrist vorlagen (EuGH, Urt. v. 10.10.2013 - C-336/12 „Manova“ Rn. 39).

Diese Rechtsprechung des EuGH hat in den neuen Vergaberichtlinien in Art. 56 Abs. 3 Richtlinie 2014/24/EU und Art. 76 Abs. 4 Richtlinie 2014/25/EU teilweise ihren Niederschlag gefunden. Der Gerichtshof hatte in dieser Entscheidung aber auch die Gelegenheit, noch einmal darauf hinzuweisen, dass im Rahmen von Nachforderungen insbesondere die vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung, der Transparenz und der Verhältnismäßigkeit zu beachten sind. Der Gerichtshof greift insofern die Argumente des vorlegenden Gerichts für und wider eine finanzielle Sanktionierung auf und verdeutlicht, dass eine solche unverhältnismäßig ist, wenn sie gegenüber allen Bietern ohne Ansehung des konkreten Ausmaßes der Fehlerhaftigkeit der eingereichten Unterlagen ausgesprochen wird.

Die Entscheidung lässt sich insofern auch in Bezug auf die neue Rechtslage verallgemeinern. Fordern Auftraggeber Unterlagen gemäß § 56 Abs. 2 bis 5 VgV oder § 51 Abs. 2 bis 5 SektVO nach, so haben sie neben den Anforderungen, die diese Vergabeordnungen an sie stellen, immer auch zu prüfen, ob der konkrete Nachforderungsmechanismus mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

vereinbar ist. Sie haben den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz daher neben den in § 56 Abs. 2 VgV und § 51 Abs. 2 SektVO ausdrücklich genannten Grundsätzen der Transparenz und der Gleichbehandlung ebenfalls stets zu beachten. Das folgt indes bereits aus § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB.

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Die vorliegende Entscheidung des EuGH betraf eine spezielle Sachverhaltskonstellation des italienischen Vergaberechts. Die Möglichkeit einer finanziellen Sanktion bei Nachforderungen, wie sie Art. 38 Abs. 2bis CCP vorsieht, hat keine Entsprechung im deutschen Vergaberecht. Nichtsdestotrotz gilt auch im deutschen Recht die Aussage des Gerichtshofs, dass Art. 51 VKR, und ebenso Art. 56 der Richtlinie 2014/24/EU und Art. 76 der Richtlinie 2014/25/EU, der Möglichkeit einer finanziellen Sanktion bei Nachforderungen nicht entgegenstehen. Auch wenn von dieser grundsätzlichen Möglichkeit in Deutschland bisher nicht in erkennbarer Weise Gebrauch gemacht wird, wäre es denkbar, dass deutsche öffentliche Auftraggeber eine solche finanzielle Sanktion in den Vergabeunterlagen vorsehen. Aufgrund der Einschränkungen, die der Gerichtshof in seiner Entscheidung für die Festlegung von finanziellen Sanktionen gemacht hat, ist das aber nur von geringer praktischer Bedeutung. Denn zum einen müssten die öffentlichen Auftraggeber die Höhe der Sanktionen schon vorab festlegen, um eine Diskriminierung einzelner Bieter zu verhindern. Zum anderen müssten wegen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch unterschiedlich schwere Fehler, die eine Nachforderung erforderlich machen, unterschiedlich gehandhabt werden. Der Auftraggeber müsste daher für finanzielle Sanktionen vorab auch eine Spanne festlegen und im Fall einer Nachforderung eine verhältnismäßige Sanktion im Rahmen dieser Spanne aussprechen. Diese Sanktion wäre dann im Einzelfall im Hinblick auf ihre Verhältnismäßigkeit durch die Vergabenachprüfungsinstanzen auch vollumfänglich überprüfbar. Der durch diesen zusätzlichen Aufwand bei der Durchführung des Vergabeverfahrens entstehende Nachteil würde durch den Vorteil, den der Zufluss der finanziellen Sanktionen mit sich bringt, kaum ausgeglichen. Finanzielle Sanktionen würden vielmehr ein Einfallstor für Nachprüfungsverfahren durch die Bieter darstellen.

Ferner ist zu beachten, dass solche finanziellen Sanktionen auch weitere Nachteile mit sich bringen, die das vorlegende Gericht beschrieben hat. Insbesondere kleine und mittelständische Unternehmen würden durch drohende finanzielle Sanktionen oftmals davon abgehalten, in einem Vergabeverfahren ein Angebot abzugeben.

Es ist daher nicht davon auszugehen, dass finanzielle Sanktionen im Falle von Nachforderungen im deutschen Vergaberecht größere praktische Relevanz erhalten werden.