EuGH: Strafzahlung für fehlende Unterlagen ist unverhältnismäßig

Der nationale Gesetzgeber darf Sanktionen für unvollständig eingereichte Angebote vorsehen, muss dabei allerdings auf die Verhältnismäßigkeit achten. Wenn ein Bieter hohe Strafen für fehlende Unterlagen zahlen muss, ist dies nicht mehr zulässig.

Der EuGH (28.02.2018, C-523/16 und C-536/16) hatte über eine italienische Regelung zu entscheiden, wonach für fehlende Angebotsunterlagen eine Strafzahlung von maximal 50.000 Euro fällig wurde. Ein italienisches Verwaltungsgericht war der Ansicht, dass dies bei öffentlichen Auftraggebern den Anreiz für eine „Jagd auf Fehler“ schaffe und Bieter von einer Teilnahme am Vergabeverfahren abschrecke.

Der EuGH folgte dem im Ergebnis. Er erinnerte zunächst daran, dass öffentliche Auftraggeber die von ihnen selbst festgelegten Kriterien strikt einhalten müssen. Deshalb

Dr. Daniel Soudry, LL.M. ist Fachanwalt für Vergabrecht und Partner der Sozietät Soudry & Soudry Rechtsanwälte (Berlin). Er berät Unternehmen und öffentliche Auftraggeber bei Ausschreibungen und in vergabrechtlichen Nachprüfungsverfahren. Dr. Soudry tritt regelmäßig als Referent auf und publiziert laufend zu vergaberechtlichen Themen. Soudry & Soudry Rechtsanwälte werden von Who´s Who Legal und Juve als renommierte Kanzlei für Vergabrecht empfohlen.

dürfen im Wege der Aufklärung zwar kleinere Unklarheiten beseitigt werden. Es dürfen aber keine gänzlich fehlenden Informationen nachgefordert werden, wenn deren Fehlen nach den Vergabeunterlagen zwingend zum Ausschluss führen sollte. Andernfalls könnte der betroffene Bieter faktisch ein neues Angebot abgeben. Finanzielle Sanktionen für fehlende Unterlagen hält der EuGH zwar grundsätzlich für zulässig. Denn sie können die Bieter zu mehr Verantwortung bei der Vorlage ihrer Angebote anhalten und öffentliche Auftraggeber für ihren finanziellen Mehraufwand entschädigen.

Sehr hohe finanzielle Strafen seien allerdings unverhältnismäßig. Dies gelte auch, wenn die Sanktionen automatisch und unabhängig von Art und Umfang der fehlenden Unterlagen greifen. Der Sachverhalt betraf noch die alte Richtlinie 2004/18/EG, ist aber auf die aktuelle Rechtslage übertragbar. Denn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt auch unter der neuen Richtlinie 2014/24/EU und ist zudem in der neuen Fassung des § 97 Abs. 1 S. 2 GWB erstmals normiert.

„Durchklicken“ nötig – Vergabeunterlagen nicht vollständig und direkt abrufbar

Nach § 41 Abs. 1 VgV müssen öffentliche Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung eine elektronische Adresse angeben, unter der die Vergabeunterlagen „vollständig und direkt“ abgerufen werden können. Der Verweis auf zwei Internetseiten und die Notwendigkeit dort selbst nach den Vergabeunterlagen zu suchen, genügen nach der Vergabekammer des Bundes diesen Anforderungen nicht (VK Bund, 12.07.2018, VK 2 - 58/18). Sich auf einer Internetseite „erst einmal mehrfach ‚durchklicken‘ zu müssen,“ widerspreche den Vorgaben von § 41 Abs. 1 VgV. Öffentliche Auftraggeber sollten daher die Verlinkungen in ihren Angebotsbekanntmachungen stets darauf prüfen, ob dort sämtliche Vergabeunterlagen direkt abrufbar sind.

Bieter müssen Verbindung zu anderen Bietern nicht offenlegen

Beteiligen sich miteinander verbundene Unternehmen an einem Vergabeverfahren, besteht stets die Gefahr, dass ihre Angebote gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB wegen Wettbewerbsverstößen ausgeschlossen werden. Denn in diesen Fällen liegt es nahe, dass die Unternehmen ihre Angebote abgestimmt haben.

Der EuGH stellte jetzt klar: Verlangen weder Gesetz noch öffentliche Auftraggeber Angaben zu Verbindungen mit anderen Bietern, müssen diese nicht eigeninitiativ offengelegt werden. Andernfalls wären die Pflichten der Bieter nicht mehr transparent und eindeutig festgelegt (17.05.2018, C-531/16).

Die öffentlichen Auftraggeber müssen Interessenskonflikte eigenverantwortlich aufklären. Als Nachweis reichen objektive Indizien aus, die die verbundenen Bieter dann widerlegen können. Der Wettbewerbsverstoß muss nicht bewiesen werden, sondern aus den personellen und rechtlichen Verflechtungen ergibt sich eine widerlegbare Vermutung (vgl. OLG Düsseldorf: Prüfungspflicht bei Verdacht auf Bieterabsprachen). Bloße gesellschaftsrechtliche Beteiligungen reichen für einen Ausschluss nicht aus. Gegenseitiger Einfluss auf die Angebote aber schon. Die Entscheidung erging noch zur alten Vergaberichtlinie, lässt sich aber auf die aktuelle Rechtslage übertragen.