SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS PHILIPPE LÉGER
vom 15. Juni 2000 *

1. Mehrere österreichische Verwaltungsbehörden führten gemäß dem nationalen Recht über die Wasserqualität ein Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge durch, um die Entnahme und Analyse von Wasserproben aus österreichischen Seen und Flüssen durchführen zu lassen.

2. Die Teilnahme subventionierter Einrichtungen neben rein privaten Bietern an dem Vergabeverfahren ist Ausgangspunkt eines Rechtsstreits, der das vorlegende Gericht veranlasst hat, Ihnen mehrere Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen.

Diese beziehen sich im Wesentlichen auf die Vereinbarkeit eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, zu dem subventionierte Einrichtungen zugelassen wurden, die überdies ausnahmslos die Staatsangehörigkeit des Mitgliedstaats des öffentlichen Auftraggebers aufweisen und ihren Sitz in diesem Mitgliedstaat haben, mit dem Gemeinschaftsrecht.

3. Die durch die streitige Ausschreibung aufgeworfenen Fragen betreffen den Gleichheitssatz in zweifacher Hinsicht.

Es geht um die Frage, ob die Zulassung subventionierter Einrichtungen zur Abgabe von Geboten gegen das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit verstößt oder zumindest ein Hindernis für den freien Dienstleistungsverkehr darstellt, sofern es sich bei diesen Einrichtungen ausnahmslos um österreichische Einrichtungen handelt.

Auch wenn man davon ausgeht, dass keine Beschränkung des Dienstleistungsverkehrs festgestellt werden kann, ist zu fragen, ob der Vorteil, den diese Einrichtungen gegenüber anderen Bietern aus den Zuwendungen der öffentlichen Hand ziehen können, mit dem Ziel der Richtlinie 92/50/EWG [1], einen wirksamen Wettbewerb zu schützen, vereinbar ist.

* Originalsprache: Französisch.

1 — Richtlinie des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1, im Folgenden: Richtlinie).

I — Die Richtlinie

4. Ziel der Richtlinie ist die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge. Dadurch wirkt sie bei der schrittweisen Verwirklichung des Binnenmarkts mit, der als ein Raum ohne Binnengrenzen definiert wird, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist [2].

5. Die Richtlinie dient insbesondere dem Bemühen, Hemmnisse für den freien Dienstleistungsverkehr zu vermeiden [3]. Sie ist dadurch gerechtfertigt, dass bei den Vergabeverfahren ein besserer Zugang für Dienstleistende gewährleistet werden muss, um Praktiken zu unterbinden, die allgemein zu einer Einschränkung des Wettbewerbs führen und insbesondere der Auftragsvergabe an Angehörige anderer Mitgliedstaaten entgegenstehen [4].

6. Artikel 3 Absätze 1 und 2 lautet:

„(1) Die Auftraggeber wenden bei der Vergabe ihrer öffentlichen Dienstleistungsaufträge und bei der Durchführung von Wettbewerben Verfahren an, die den Bestimmungen dieser Richtlinie angepasst sind.

(2) Die Auftraggeber sorgen dafür, dass keine Diskriminierung von Dienstleistungserbringern stattfindet."

7. Artikel 6 enthält eine Ausnahme von der Geltung der Richtlinie. Er bestimmt:

„Diese Richtlinie gilt nicht für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen, die an eine Stelle vergeben werden, die ihrerseits ein Auftraggeber im Sinne des Artikels 1 Buchstabe b) ist, aufgrund eines ausschließlichen Rechts derselben, das diese gemäß veröffentlichter, mit dem Vertrag übereinstimmender Rechts- oder Verwaltungsvorschriften innehat."

8. Artikel 37 der Richtlinie enthält bestimmte Verpflichtungen, denen sich der öffentliche Auftraggeber unterwerfen muss, wenn er ungewöhnlich niedrige Angebote ablehnen will. Artikel 37 Satz 1 lautet:

„Scheinen im Fall eines bestimmten Auftrags Angebote im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig zu sein, so muss der Auftraggeber vor der Ablehnung dieser Angebote schriftlich Aufklärung über die Einzelposten des Angebots verlangen, wo er dies für angezeigt hält; die anschließende Prüfung erfolgt unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen."

2 — Erste und zweite Begründungserwägung.
3 — Sechste Begründungserwägung.
4 — Zwanzigste Begründungserwägung.

II — Sachverhalt und Ausgangsverfahren

9. Im Rahmen der mittelbaren Bundesverwaltung führten die Ämter der Salzburger, der Niederösterreichischen, der Oberösterreichischen, der Steiermärkischen, der Kärntner, der Tiroler und der Burgenländischen Landesregierung sowie das Landeswasserbauamt Vorarlberg ein offenes Vergabeverfahren durch, um Probenahmen und Analysen für die Beobachtungsjahre 1998/1999 und 1999/2000 nach der Wassergüte-Erhebungsverordnung [5] vornehmen zu lassen.

10. Die ARGE Gewässerschutz [6], eine Arbeitsgemeinschaft von Ziviltechnikern, und andere Unternehmen, u. a. das Österreichische Forschungszentrum Seibersdorf GmbH [7] und das Österreichische Forschungs- und Prüfungszentrum Arsenal GmbH [8], gaben Angebote im Rahmen dieses Verfahrens ab.

11. Da die ARGE der Auffassung war, dass die letzteren Bieter aufgrund von Zuwendungen Wettbewerbsvorteile hätten und ein Hemmnis für den Handel zwischen den Mitgliedstaaten geschaffen werde, erwirkte sie nach dem Bundesvergabegesetz die Eröffnung eines Schlichtungsverfahrens vor der Bundes-Vergabekontrollkommission.

12. Nach Ansicht der Bundes-Vergabekontrollkommission steht das Bundesgesetz der gleichzeitigen Teilnahme von privaten Bietern und Einrichtungen, die mit öffentlichen Mitteln gefördert werden, oder öffentlich-rechtlichen Einrichtungen, wie Forschungsanstalten und Universitätsinstituten, an einem Auftragsverfahren nicht entgegen.

13. Daraufhin begehrte die ARGE die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens vor dem Bundesvergabeamt.

III — Vorlagefragen

14. Da das Bundesvergabeamt der Auffassung ist, dass die Lösung des Rechtsstreits von der Auslegung des Gemeinschaftsrechts abhänge, hat es beschlossen, dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Verstößt die Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers, in einem Vergabeverfahren Einrichtungen zuzulassen, die entweder von ihm selbst oder von anderen öffentlichen Auf-

5 — BGBl 1991, 338.

6 — Im Folgenden: ARGE.

7 — Forschungszentrum Seibersdorf, im Folgenden: Bieter Seibersdorf.

8 — Forschungszentrum Arsenal, im Folgenden: Bieter Arsenal.

traggebern Zuwendungen gleich welcher Art erhalten, die es diesen Einrichtungen ermöglichen, in einem Vergabeverfahren zu Preisen anzubieten, die erheblich unter denen ihrer gewerblich tätigen Mitbewerber liegen, gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber in einem Vergabeverfahren?

2. Stellt die Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers, in einem Vergabeverfahren derartige Einrichtungen zuzulassen, eine verdeckte Diskriminierung dar, wenn die Einrichtungen, die solche Zuwendungen erhalten, ausnahmslos die Staatsangehörigkeit des Mitgliedstaats aufweisen oder in jenem Mitgliedstaat ihren Sitz haben, in dem auch der öffentliche Auftraggeber seinen Sitz hat?

3. Stellt die Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers, in einem Vergabeverfahren derartige Einrichtungen zuzulassen, selbst unter der Annahme, dass sie die übrigen Bieter und Bewerber nicht diskriminiere, eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar, die nicht mit den Bestimmungen des EG-Vertrags — insbesondere dessen Artikel 59 ff. — vereinbar ist?

4. Darf der öffentliche Auftraggeber Leistungsverträge mit Einrichtungen abschließen, die sich ausschließlich oder zumindest überwiegend im Eigentum der öffentlichen Hand befinden und die ihre Leistungen ausschließlich oder zumindest überwiegend an den öffentlichen Auftraggeber oder an andere Einrichtungen des Staates erbringen, vergeben, ohne die Leistung einem Vergabeverfahren gemäß der Richtlinie 92/50/EWG im Wettbewerb mit gewerblich tätigen Bietern zu unterziehen?

IV — Vorbemerkungen

15. Die drei ersten Fragen betreffen, wie gesagt, den Gleichheitssatz sowohl unter dem Gesichtspunkt der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit (zweite und dritte Frage) als auch unter dem Gesichtspunkt der diskriminierenden Ungleichbehandlung subventionierter und anderer Bieter (erste Frage).

16. Die vierte Frage betrifft den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie. Es geht um die Frage, ob die Richtlinie auf Dienstleistungsverträge zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem von einer Behörde abhängigen Dienstleistenden in Anbetracht der Tatsache anwendbar ist, dass diese Behörde sowohl dessen Haupteigentümer als auch der Hauptempfänger der von ihm erbrachten Leistungen ist.

17. Es ist angebracht, zunächst die zweite und die dritte Frage zusammen zu prüfen, da sie sich beide auf Bestimmungen des EG-Vertrags beziehen, und zwar auf die Arti-

kel 59 ff. EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 49 ff. EG) über den Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs.

18. Sodann werde ich mich zur vierten Vorlagefrage über den Anwendungsbereich der Richtlinie äußern, anschließend zur ersten Frage, die den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, so wie er in der Richtlinie aufgestellt ist, betrifft.

V — Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs (zweite und dritte Vorlagefrage)

19. Mit diesen Fragen möchte das Bundesvergabeamt wissen, ob die Artikel 59 ff. EG-Vertrag der Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers entgegenstehen, Einrichtungen, die öffentliche Zuwendungen erhalten, die es ihnen ermöglichen, zu Preisen anzubieten, die erheblich unter denen ihrer Mitbewerber liegen, zu einem Verfahren der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge zuzulassen, wenn diese Einrichtungen ausnahmslos die Staatsangehörigkeit des Mitgliedstaats aufweisen, in dem der öffentliche Auftraggeber seinen Sitz hat, und ihren Sitz in diesem Mitgliedstaat haben [9].

20. Nach Artikel 59 Absatz 1 EG-Vertrag werden „[die] Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, ... während der Übergangszeit ... schrittweise aufgehoben".

21. Die Regelung des Artikels 59 über den freien Dienstleistungsverkehr umfasst die Abschaffung jeder Diskriminierung des Dienstleistenden aufgrund seiner Staatsangehörigkeit [10] oder des Umstandes, dass er in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen ansässig ist, in dem die Dienstleistung erbracht werden soll [11].

22. Diese Regelung wird durch Artikel 60 Absatz 3 EG-Vertrag (jetzt Artikel 50 Absatz 3 EG) bekräftigt. Nach dieser Vorschrift, die den Grundsatz der Inländerbehandlung auf den freien Dienstleistungsverkehr anwendet, „kann der Leistende zwecks Erbringung seiner Leistungen seine Tätigkeit vorübergehend in dem Staat ausüben, in dem die Leistung erbracht wird,

9 — Obwohl sich die zweite Frage auf Einrichtungen bezieht, die die Staatsangehörigkeit des Mitgliedstaats aufweisen *oder* ihren Sitz in dem Mitgliedstaat haben, in dem der Auftraggeber selbst seinen Sitz hat, ergibt sich aus der Begründung des Vorabentscheidungsersuchens, dass diese Eigenschaften im vorliegenden Fall kumulativ und nicht alternativ vorliegen (Seite 11 des Vorabentscheidungsersuchens).

10 — Dass juristische Personen eine „Staatsangehörigkeit" haben, die ihre Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ermöglicht, ergibt sich aus dem EG-Vertrag. Nach Artikel 58 Absatz 1 EG-Vertrag (jetzt Artikel 48 Absatz 1 EG), der nach Artikel 66 EG-Vertrag (jetzt Artikel 55 EG) auf Dienstleistungen anwendbar ist, „[stehen] [für die Anwendung dieses Kapitels ... die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben, den natürlichen Personen gleich, die Angehörige der Mitgliedstaaten sind". Ihr satzungsmäßiger Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung dient, ebenso wie die Staatsangehörigkeit bei natürlichen Personen, dazu, ihre Zugehörigkeit zur Rechtsordnung eines Mitgliedstaats zu bestimmen (vgl. insbesondere Urteil vom 9. März 1999, in der Rechtssache C-212/97, Centros, Slg. 1999, I-1459, Randnr. 20).

11 — Urteil vom 18. Januar 1979 in den verbundenen Rechtssachen 110/78 und 111/78 (Van Wesemael u. a., Slg. 1979, 35, Randnr. 27).

und zwar unter den Voraussetzungen, welche dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt".

23. Die angefochtene Maßnahme besteht darin, dass Einrichtungen wie die Bieter Seibersdorf und Arsenal, denen vorgeworfen wird, aufgrund von Zuwendungen einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil zu genießen, zu dem Vergabeverfahren zugelassen worden sind. Beide Bieter sind mit dem Mitgliedstaat des öffentlichen Auftraggebers eng verbunden, da beide ihren Sitz auf österreichischem Gebiet haben und österreichischem Recht unterliegen [12].

24. Um alle Unklarheiten hinsichtlich der Auslegung der Vorlagefragen auszuschließen, möchte ich klarstellen, dass das in der zweiten Vorlagefrage aufgeführte Unterscheidungsmerkmal sich nicht auf die Tatsache bezieht, dass subventionierte Einrichtungen zu dem Vergabeverfahren zugelassen worden sind. Dies ist vielmehr Gegenstand der ersten Frage, die ich anschließend behandeln werde. Die Schwierigkeit rührt, wie gesagt, daher, dass es sich bei den Einrichtungen, die eine Zuwendung erhalten, ausnahmslos um österreichische Einrichtungen handelt; man könnte daher annehmen, dass subventionierte Wirtschaftsteilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten nicht als Bieter zugelassen wurden.

25. Das Bundesvergabeamt sieht hierin die Möglichkeit einer versteckten Diskriminierung.

12 — Seite 11 des Vorabentscheidungsersuchens.

26. Der Grundsatz der Gleichbehandlung, der besonders in Artikel 59 zum Ausdruck kommt, verbietet bekanntermaßen nicht nur offensichtliche Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern auch alle versteckten Formen der Diskriminierung, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zu dem gleichen Ergebnis führen [13].

27. Aus diesem Hinweis des vorlegenden Gerichts auf die Möglichkeit einer versteckten Diskriminierung schließe ich, dass dieses offensichtlich keine Zweifel daran hat, dass die streitige Maßnahme keine offene Diskriminierung in dem Sinne enthält, dass sie eine Bedingung an die Staatsangehörigkeit oder den Ort der Niederlassung der Einrichtungen stellt, ob diese nun Zuwendungen erhalten oder nicht.

Obwohl keine Bedingung an die Staatsangehörigkeit oder die Niederlassung gestellt wird, von der das Recht, ein Gebot abzugeben, abhinge, blieben die österreichischen oder die auf österreichischem Gebiet niedergelassenen Einrichtungen begünstigt, wenn die streitige Maßnahme die Bieter dadurch unterschiedlich behandelte, dass sie eine Bedingung anwendet, nach der *nur die von den österreichischen Stellen subventionierten Einrichtungen* zum Verfahren der Auftragsvergabe zugelassen sind.

13 — Vgl. z. B. Urteil vom 3. Juni 1992 in der Rechtssache C-360/89 (Kommission/Italien, Slg. 1992, I-3401, Randnr. 11).

28. Wie die österreichische Regierung zu Recht festgestellt hat [14], könnte eine Beschränkung der Teilnahme an einem öffentlichen Vergabeverfahren auf Einrichtungen, die von österreichischen Stellen unterstützt werden, leicht eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellen. In diesem Fall verschleierte dieses Merkmal eine unterschiedliche Behandlung der Einrichtungen, die zumindest ihre Zweigniederlassung auf österreichischem Gebiet haben und die allein einen Anspruch auf staatliche Unterstützung haben könnten, und den anderen. Ausländische subventionierte Wirtschaftsteilnehmer könnten sich diesen Vorteil nicht zunutze machen, um den österreichischen subventionierten Wirtschaftsteilnehmern Konkurrenz zu machen und ihre Chancen, Aufträge von dem österreichischen öffentlichen Auftraggeber zu erhalten, zu verbessern.

29. Ob die streitige Maßnahme unter dem Blickwinkel einer unmittelbaren Diskriminierung oder nur einer versteckten Diskriminierung geprüft wird, ändert jedenfalls nichts an der Antwort.

30. Es scheint mir nicht gerechtfertigt, allein daraus, dass alle subventionierten Einrichtungen, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, dieselbe Staatsangehörigkeit wie der öffentliche Auftraggeber aufweisen, auf die Anwendung diskriminierender Bedingungen zu schließen.

14 — Seite 9 ihrer schriftlichen Erklärungen.

31. Das Diskriminierungsverbot schreibt nicht vor, dass unbedingt eine Vielzahl von Wirtschaftsteilnehmern unterschiedlicher Staatsangehörigkeit vertreten sein muss. Es verlangt lediglich, dass diese Wirtschaftsteilnehmer nicht bei Ausübung ihrer Dienstleistungsfreiheit innerhalb der Gemeinschaft wegen ihrer Herkunft beeinträchtigt werden.

32. Die Entscheidung, die Teilnahme österreichischer subventionierter Einrichtungen zuzulassen, reicht somit nicht aus, um eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Ortes der Niederlassung der Bieter oder der Herkunft ihrer Zuwendungen aufzudecken.

33. Dazu wäre nachzuweisen, dass das Vergabeverfahren rechtlich oder tatsächlich eine Regelung enthält, nach der das Recht des Wirtschaftsteilnehmers, an diesem Verfahren teilzunehmen, von der Staatsangehörigkeit oder seinem Sitz auf österreichischem Gebiet abhängig gemacht würde.

34. Ebenso müsste festgestellt werden, dass die Zulassung als Bieter dadurch bedingt ist, dass die subventionierten Einrichtungen ihre Zuwendungen von österreichischen Stellen erhalten.

35. Selbst wenn nie davon die Rede war, dass ein ausländischer Bieter teilgenommen hat, der seinen Sitz auf dem Gebiet eines anderen Mitgliedstaats hat oder Beihilfen aus dem Ausland erhält, legt das streitige Verfahren offenbar keine Bedingungen fest, nach denen derartige Wirtschaftsteilnehmer ausgeschlossen werden können.

36. Insbesondere bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die streitige Maßnahme voraussetzt, dass die Beihilfen ausschließlich von österreichischen Stellen zugeteilt werden. Unter dem Vorbehalt, dass das Bundesvergabeamt diesen Punkt bestätigt [15], muss die ausschließliche Beteiligung österreichischer subventionierter Einrichtungen Umständen zugeschrieben werden, die nichts mit dem anwendbaren Recht und der geltenden Praxis zu tun haben.

37. Sollte das vorlegende Gericht feststellen, dass eine derartige Bestimmung vorliegt, so müsste es daraus zweifellos Folgerungen für die Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens ziehen und diese Vorschrift, die gegen das Gemeinschaftsrecht verstieße, beseitigen.

38. Mangels einer Diskriminierung, die die umstrittene Maßnahme betrifft, kann in der Entscheidung über die Zulassung kaum eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit gesehen werden, da Angehörige eines anderen Mitgliedstaats, die von diesem subventioniert werden, jedenfalls ein Gebot wie die anderen Wirtschaftsteilnehmer abgeben dürfen.

39. Die Artikel 59 ff. EG-Vertrag stehen somit einer Maßnahme wie der im vorliegenden Fall im Ausgangsverfahren streitigen Entscheidung, durch die ein öffentlicher Auftraggeber Einrichtungen zur Teilnahme an einem öffentlichen Vergabeverfahren zugelassen hat, die Zuwendungen der öffentlichen Hand erhalten und deshalb zu Preisen anbieten können, die erheblich unter denen ihrer Mitbewerber liegen, auch dann nicht entgegen, wenn diese Einrichtungen ausnahmslos die Staatsangehörigkeit des Mitgliedstaats aufweisen, in dem der öffentliche Auftraggeber seinen Sitz hat, und in diesem Mitgliedstaat ihre Niederlassung haben, vorausgesetzt, die Maßnahme enthält keine Bedingung an die Staatsangehörigkeit der Wirtschaftsteilnehmer, den Ort der Niederlassung dieser Wirtschaftsteilnehmer oder die Herkunft von Zuwendungen, die diese gegebenenfalls erhalten.

15 — Das Bundesvergabeamt hielt es für durchaus denkbar, dass es auch in anderen Mitgliedstaaten Einrichtungen gibt, die sich, mit vergleichbaren Zuwendungen durch ihren Mitgliedstaat versehen, am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligen können (Seite 14 des Vorabentscheidungsersuchens). Diese Möglichkeit, dass sich ausländische ebenfalls von den zuständigen Behörden ihres Heimatmitgliedstaats subventionierte Wirtschaftsteilnehmer beteiligen, genügt in den Augen des vorlegenden Gerichts jedoch nicht, um die Annahme einer Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Ortes der Niederlassung des Bieters oder der Herkunft der Subventionen, die er erhält, auszuschließen. So stellt es im selben Satz fest, dass die kommerziellen Dienstleistungserbringer aus anderen Mitgliedstaaten aber nicht damit rechnen konnten oder mußten, dass sie im Vergabeverfahren auf österreichische Bieter treffen würden, die ihnen gegenüber durch Zuwendungen österreichischer Gebietskörperschaften einen wesentlichen Kostenvorsprung haben. Damit schließt das Bundesvergabeamt offensichtlich ein Argument aus, mit dem das Fehlen der Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs festgestellt werden kann — die Möglichkeit für ausländische subventionierte Unternehmen, auf eine Ausschreibung ebenso wie die österreichischen subventionierten Unternehmen zu antworten, indem es Gründe geltend macht, die auf Überlegungen gestützt sind, die mit dieser Problematik nichts zu tun haben — die Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Wirtschaftsteilnehmern unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit, aufgrund der Teilnahme subventionierter Unternehmen. Ich werde dies in den Ausführungen zur ersten Vorlagefrage prüfen.

VI — Anwendungsbereich der Richtlinie: Dienstleistungsverträge zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Leistungserbringer, der von öffentlichen Auftraggebern abhängig ist (vierte Vorlagefrage)

40. Mit der vierten Vorlagefrage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob ein Dienstvertrag zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Dienstleistenden in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, wenn sich dieser Dienstleistende hauptsächlich im Eigentum eines öffentlichen Auftraggebers befindet und die Dienstleistungen, die er erbringt, hauptsächlich für öffentliche Auftraggeber, u. a. denjenigen bestimmt sind, in dessen Eigentum er sich befindet.

41. Das Bundesvergabeamt weist auf die Möglichkeit hin, die vertraglichen Beziehungen zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und Einrichtungen, die sich vollständig in dessen Eigentum befinden und die nur für diesen tätig sind, nicht den Erfordernissen der Richtlinie zu unterwerfen. Diese Bedingungen seien jedoch zu restriktiv; ein öffentlicher Auftraggeber und ein Dienstleistender könnten auch funktionell miteinander verbunden sein, ohne dass der Leistungserbringer sich ausschließlich im Eigentum des öffentlichen Auftraggebers befinde und nur für diesen tätig sei. Auch in diesem Fall rechtfertige es die Nähe zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dieser Einrichtung, dass ihre vertraglichen Beziehungen nicht unter die Bestimmungen der Richtlinie fielen.

A — *Zulässigkeit*

42. Wie die ARGE und die österreichische Regierung in ihren schriftlichen Stellungnahmen geltend gemacht haben, können Zweifel an der Zulässigkeit dieser Frage bestehen. Aus dem Vorabentscheidungsersuchen ergibt sich nämlich nicht, dass vor dem österreichischen Gericht die Anwendbarkeit der Richtlinie auf das Vergabeverfahren in Frage gestellt worden ist.

43. Es ist jedoch allein Sache des mit dem Rechtsstreit befassten nationalen Gerichts, das die Entscheidung treffen muss, in jedem Einzelfall sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung für den Erlass seiner Entscheidung als auch die Erheblichkeit der Fragen, die es dem Gerichtshof vorlegt, zu beurteilen. Der Gerichtshof kann ein Ersuchen eines nationalen Gerichts nur zurückweisen, wenn offensichtlich ist, dass die erbetene Auslegung des Gemeinschaftsrechts in keinem Zusammenhang mit dem Sachverhalt oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht, oder wenn der Gerichtshof nicht über die tatsächlichen und rechtlichen Angaben verfügt, die für eine sachdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erforderlich sind [16].

44. Man kann nicht behaupten, der Anwendungsbereich der Richtlinie stehe in keinem Zusammenhang zum Ausgangs-

16 — Urteil vom 18. November 1999 in der Rechtssache C-275/98 (Unitron Scandinavia und 3-S, Slg. 1999, I-8291, Randnr. 18).

rechtsstreit. Auch wenn Einrichtungen wie die beiden subventionierten Bieter aufgrund ihrer Eigenschaften offensichtlich nicht unter die Richtlinie fielen, ließe sich nicht von vornherein ausschließen, dass das vorlegende Gericht nach dem anwendbaren nationalen Verfahren und in dessen Grenzen aus der Richtlinie Folgerungen ableiten könnte, die zur Beilegung des Rechtsstreits beitragen könnten, z. B., indem an die Stelle der Vorschriften der Richtlinie von Amts wegen andere gesetzt würden.

45. Wie wir sehen werden, ist außerdem der Inhalt der Akten hinreichend genau, um die Grundsätze festlegen zu können, von denen das vorlegende Gericht sich bei Regelung des Ausgangsrechtsstreits wird leiten lassen können.

46. Auch wenn nach Aktenlage nichts gegen den rechtlichen Rahmen spricht, innerhalb dessen der öffentliche Auftraggeber über einen Dienstleistenden entscheiden wollte, halte ich es bei dieser Sachlage daher für erforderlich, auf die Vorlagefrage zu antworten.

47. Daher ist prüfen, ob die Richtlinie im vorliegenden Fall anwendbar ist.

B — *Beantwortung*

48. Nach der achten Begründungserwägung der Richtlinie „[fällt die] Erbringung von Dienstleistungen ... nur insoweit unter diese Richtlinie, wie sie aufgrund von Aufträgen erfolgt". Aus Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie folgt, dass als öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne der Richtlinie mit Ausnahme bestimmter Verträge die zwischen einem Dienstleistenden und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge gelten.

49. Dass das Rechtsverhältnis zwischen dem Dienstleistenden und dem Dienstleistungsempfänger vertraglicher Art ist, setzt voraus, dass zwei juristische Personen, die als solche die Fähigkeit besitzen, sich durch eine Willenserklärung zu verpflichten, einander gegenüberstehen. Der Dienstleistende muss daher bei der Ausübung seiner wirtschaftlichen Tätigkeit im Verhältnis zu der Behörde, die ihn beauftragt, hinreichend selbstständig handeln können.

Wie Generalanwalt Cosmas in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Teckal [17] klar ausgeführt hat, muss der Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers im Verhältnis zu diesem *tatsächlich die Eigenschaft eines Dritten besitzen*, d. h., es

17 — Urteil vom 18. November 1999 in der Rechtssache C-107/98 (Slg. 1999, I-8121, Randnrn. 53 ff.).

muss sich um eine von dem öffentlichen Auftraggeber verschiedene Person handeln. Das Gemeinschaftsrecht betreffend öffentliche Lieferaufträge [18] verpflichte zudem die öffentlichen Auftraggeber nicht zur Einhaltung eines Verfahrens, das einen tatsächlichen Wettbewerb zwischen den Beteiligten sicherstellt, wenn sich die Beteiligten selbst mit der Lieferung der von ihnen benötigten Produkte versorgen wollen.

50. Daher fallen die sogenannten „In-house-Dienste" d. h. die Leistungen, die eine Behörde durch ihre eigenen Dienststellen oder von ihr zwar organisatorisch unterschiedene, aber abhängige Dienststellen erbringt, nicht unter die Richtlinie [19].

51. Im Urteil Teckal wurde Ihnen die Frage vorgelegt, ob eine Gebietskörperschaft ein Ausschreibungsverfahren nach der Richtlinie 93/36 durchführen müsse, wenn ein Konsortium mit der Lieferung von Waren beauftragt wird, zu dem diese Gebietskörperschaft gehört.

52. Sie haben neben bestimmten rechtlichen Voraussetzungen der Anwendbarkeit dieser Richtlinie, dass etwa die Gebietskörperschaft die Eigenschaft eines öffentlichen Auftraggebers besitzt oder ein entgeltlicher Vertrag vorliegt, auch die Beziehungen zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und seinem Vertragspartner untersucht.

53. Die Richtlinie 93/36 ist wie die vorliegende Richtlinie anwendbar, wenn ein öffentlicher Auftraggeber eine Vereinbarung mit einem Wirtschaftsteilnehmer schließen möchte. Bei Prüfung der Frage, ob eine Vereinbarung zwischen zwei wirklich verschiedenen Personen getroffen wurde, haben Sie aufgeführt, dass „[es] [d]azu ... grundsätzlich [genügt], dass der Vertrag zwischen einer Gebietskörperschaft und einer rechtlich von dieser verschiedenen Person geschlossen wurde" [20]. „Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die Gebietskörperschaft über die fragliche Person *eine Kontrolle* ausübt *wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben*" [21].

54. Diese grundlegenden Kriterien beruhen auf dem Gedanken, dass die Einrichtung, mit der der öffentliche Auftraggeber den Vertrag schließt, tatsächlich selbstständig ist. Nach dem Urteil Teckal setzt die Anwendbarkeit der Richtlinie voraus, dass sich die Einrichtung formell von dem öffentlichen Auftraggeber unterscheidet und ihm gegenüber selbstständig entscheiden kann [22].

18 — Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. L 199, S. 1).

19 — Siehe auch die Schlussanträge des Generalanwalts Alber in der Rechtssache RI.SAN. (Urteil vom 9. September 1999 in der Rechtssache C-108/98, Slg. 1999, I-5219), Nrn. 46 ff.

20 — Urteil Teckal, Randnr. 50.

21 — Ebenda, Hervorhebung von mir.

22 — Ebenda, Randnr. 51.

55. Man wird den Mangel an Genauigkeit bedauern können, an dem diese Kriterien leiden. Das Vorliegen einer von dem öffentlichen Auftraggeber verschiedenen Einheit lässt sich leicht vorstellen und identifizieren, da es ja genügt, festzustellen, dass der Wirtschaftsteilnehmer eine andere Rechtsform besitzt als der öffentliche Auftraggeber. Das Maß an Selbständigkeit, über das die Einrichtung verfügt, ist jedoch nicht einfach zu bestimmen. Insbesondere können die Art der Kontrolle, die eine Körperschaft über eine rechtlich selbstständige Einrichtung ausübt, oder der Umfang der Tätigkeit, den diese Einrichtung für die Behörde, von der sie abhängt, ausüben muss, damit sie als im Wesentlichen für diese Behörde tätig angesehen werden kann, ernste Zweifel hervorrufen.

56. Man muss allerdings bedenken, dass sich die tatsächliche Selbständigkeit einer Einrichtung anhand einer Vielzahl von Kriterien bestimmen lässt. Da allein das nationale Gericht sämtliche Kriterien kennt, die für die Entscheidung des Rechtsstreits nützlich sind, und es das Gemeinschaftsrecht auf diesen Rechtsstreit anzuwenden hat, ist es am besten in der Lage, die Handlungsfreiheit, über die dieser Wirtschaftsteilnehmer im Verhältnis zu dem öffentlichen Auftraggeber verfügt, mit der erforderlichen Genauigkeit zu beurteilen.

57. Jedenfalls müssen die engen Beziehungen zwischen den Bietern Seibersdorf und Arsenal und den österreichischen Behörden im Licht dieser Grundsätze untersucht werden. So wird man feststellen können, ob darin eine Abhängigkeit zum Ausdruck kommt, die es rechtfertigt, ihnen die Probeentnahme und die Qualitätsanalyse des Wassers ohne Beachtung der Vorschriften der Richtlinie zu übertragen.

1. Kontrolle des öffentlichen Auftraggebers

58. Voraussetzung dafür, dass ein Vertrag nicht der Regelung der Richtlinie unterfällt, ist, wie gesagt, dass die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausübt [23].

59. Wenn der öffentliche Auftraggeber gegenüber einem Wirtschaftsteilnehmer eine Kontrollbefugnis wie gegenüber seinen eigenen Dienststellen ausübt, werden Aufträge, die er diesem erteilt, nicht anders behandelt, als wenn er sie einfach innerhalb seiner eigenen Behörde delegiert hätte. Kann die Körperschaft auf die Tätigkeit des Dienstleistenden entscheidenden Einfluss nehmen und fehlt diesem daher jede Selbständigkeit, handelt es sich bei dem Vertrag zwischen der Körperschaft und dem Dienstleistenden um keinen echten Vertrag.

60. Nach Auffassung des Bundesvergabeamts handelt es sich bei den fraglichen Forschungseinrichtungen um Stellen, die mehrheitlich dem österreichischen Bund oder einem Land gehören. Ihre Leitungs-

23 — Ebenda, Randnr. 50.

organe werden von der jeweiligen Trägergebietskörperschaft bestellt oder unterliegen der Aufsicht einer dieser Gebietskörperschaften [24]. Die ARGE beruft sich nicht auf die Trägerschaft eines Landes. Nach ihrem Vorbringen verfügt die Republik Österreich über 50,5 % der Gesellschaftsanteile des Bieters Seibersdorf, während sich die verbleibenden 49,5 % im Eigentum privater Unternehmen befänden. Der Bieter Arsenal stehe zu 100 % im Eigentum der Republik Österreich [25].

Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, die ihm vorliegenden Beweise genau zu prüfen. Unter Einbeziehung der zusätzlichen Angaben der ARGE zum Sachverhalt gehe ich davon aus, dass der Staat zumindest Haupteigentümer ist.

61. Was den Bieter Arsenal anbelangt, übertrage ich die Untersuchung von Generalanwalt Alber in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache RI.SAN. auf den vorliegenden Fall. Danach lässt „[d]ie 100 %ige Beteiligung des italienischen Staates ... jedoch auch ohne die vollständige Kenntnis der inneren Organisation der [Gesellschaft] die Schlussfolgerung zu, dass [diese] insoweit einen Teil des italienischen Staates darstellt“ [26].

24 — Seite 11 des Vorabentscheidungsersuchens.

25 — Seite 8 der schriftlichen Stellungnahme.

26 — Nr. 53.

62. Die Situation des Bieters Seibersdorf ist weniger klar. Man muss beurteilen, inwieweit diese Einrichtung trotz einer ebenfalls mehrheitlichen Beteiligung der öffentlichen Hand gegenüber dem Staat selbstständig bleiben kann.

63. Dazu wird das vorlegende Gericht prüfen, ob die Erklärung der ARGE zutrifft, die Tätigkeit dieses Wirtschaftsteilnehmers werde trotz der mehrheitlichen Beteiligung der öffentlichen Hand von ihren privaten Eigentümern bestimmt [27]. Es hat festzustellen, wie viele Vertreter privater Wirtschaftsteilnehmer welche Positionen in den Leitungsorganen dieser Einrichtung innehaben, und zu entscheiden, inwieweit diese Kräfteverteilung nach dem anwendbaren nationalen Recht die wirtschaftlichen Zielsetzungen des Bieters beeinflussen.

64. Allerdings ist diese Überlegung nur erforderlich, wenn das vorlegende Gericht aufgrund seines nationalen Rechts der Auffassung ist, der Umstand, dass sich diese Einrichtungen nach seinen eigenen Worten „ausschließlich oder zumindest überwiegend im Eigentum der öffentlichen Hand befinden“ [28], reiche nicht aus, um sicherzustellen, dass diese die ihr gehörenden Einrichtungen tatsächlich kontrolliere.

27 — ARGE macht geltend, auch bei der Besetzung einer großen Zahl von Positionen im Bereich des Vorstandes des Aufsichtsrats und des Beirats dominierten die beteiligten privaten Unternehmen (Seite 8 ihrer schriftlichen Stellungnahme).

28 — Vierte Vorlagefrage.

65. Jedenfalls kann es nicht ausreichen, dass es sich um öffentliche Einrichtungen handelt. Um dem Bundesvergabeamt eine sachdienliche Antwort zu geben, kommt es vielmehr darauf an, sich zu vergewissern, dass die öffentliche Stelle, die die Forschungsstellen im Ausgangsrechtsstreit kontrolliert, und der öffentliche Auftraggeber ein und dieselbe Person sind.

66. Der Vorbehalt in dem Urteil Teckal beruht auf dem Grundsatz, dass es wegen der mangelnden Selbständigkeit einer wirtschaftlichen Einrichtung im Verhältnis zu der Körperschaft, in deren Eigentum sie steht, trotz der rechtlichen Selbständigkeit dieser beiden Personen unmöglich oder illusorisch ist, dass zwischen ihnen ein Vertrag vorliegt. Die Annahme eines Rechtsverhältnisses, das nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, setzt also voraus, dass der öffentliche Auftraggeber, der dem Wirtschaftsteilnehmer die Ausführung verschiedener Dienstleistungen überträgt, mit der Körperschaft, die diesen kontrolliert, identisch ist.

67. Hingegen fällt ein Vertragsverhältnis zwischen einer Behörde und einem Dienstleistenden, der dieser Behörde nicht untergeordnet ist, auch dann in den Anwendungsbereich der Richtlinie, wenn er im Eigentum einer anderen öffentlichen Körperschaft steht.

68. Mehrheitseigentümer der beiden Forschungseinrichtungen ist nach Aktenlage offensichtlich die Republik Österreich, während der öffentliche Auftraggeber aus den Ländern und einer besonderen örtlichen Verwaltung (Landeswasserbauamt Vorarlberg) besteht.

Damit hat das Bundesvergabeamt zu entscheiden, ob die Bieter Seibersdorf und Arsenal nach nationalem Recht von den Körperschaften, aus dem der öffentliche Auftraggeber besteht, wie dessen eigene Dienststellen kontrolliert werden, obwohl sie von diesen öffentlichen Körperschaften verschieden sind.

69. Die Richtlinie ist anwendbar, wenn das vorlegende Gericht aufgrund seiner Feststellungen zu dem Ergebnis gelangt, dass dem öffentlichen Auftraggeber keine Kontrollbefugnis im Sinne des Urteils Teckal über die Forschungseinrichtungen zusteht.

70. Übt der öffentliche Auftraggeber hingegen eine wirkliche Kontrolle aus, so müssen weitere Feststellungen getroffen werden. Denn die Qualifizierung der Tätigkeit der fraglichen Einrichtungen als „Inhouse-Dienste" hängt nicht allein von diesem Kriterium ab. Die Feststellung einer strukturellen Abhängigkeit von der öffentlichen Körperschaft, die einen öffentlichen Auftrag vergibt, reicht allein nicht aus, um die erbrachten Leistungen als Dienstleistungen zu qualifizieren, die denjenigen vergleichbar sind, über die diese Behörden verfügten, wenn sie auf ihre eigenen internen Quellen zurückgriffen.

71. Daher ist nach dem Urteil Teckal auch der Empfänger der wirtschaftlichen Tätigkeit, die diese Einrichtungen erbringen, in die Überlegung einzubeziehen.

2. Dienstleistungsempfänger

72. Nach dem Urteil Teckal kann man nicht davon ausgehen, dass ein Vertrag zwischen zwei verschiedenen Personen geschlossen worden ist, wenn der Wirtschaftsteilnehmer seine Tätigkeit im Wesentlichen für die Körperschaft oder die Körperschaften verrichtet, die seine Anteile innehaben [29].

73. Der in diesem Urteil aufgestellte Grundsatz beruht, wie gesagt, auf dem Kriterium der Selbständigkeit des Wirtschaftsteilnehmers. Eine Einrichtung besitzt nicht notwendig allein deshalb keine Handlungsfreiheit, weil die sie betreffenden Entscheidungen von der Körperschaft getroffen werden, in deren Eigentum sie steht, wenn sie noch in erheblichem Umfang für andere Wirtschaftsteilnehmern tätig sein kann.

74. Ist hingegen das organisatorische Verhältnis zwischen einer Einrichtung und der sie kontrollierenden Behörde praktisch dergestalt, dass sie sämtliche Dienstleistungen zugunsten dieser Behörde erbringt, so ist die Abhängigkeit vollkommen. Diese Situation zeugt von einem Willen der Körperschaft, die Leistungen nicht nur zu öffentlichen Zwecken zu verwenden, sondern sie auch hauptsächlich zu ihren eigenen Gunsten zu bestimmen.

75. Nur unter dieser Voraussetzung lässt sich von einer Eigenverwaltung der öffentlichen Körperschaft reden, so dass diese davon befreit war, die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften der Richtlinie zu beachten, da sie die wirtschaftlichen Tätigkeiten, die sie benötigt, selbst ausübt.

76. Wenn eine Einrichtung im Wesentlichen für die Behörde tätig ist, die sie kontrolliert, rechtfertigt es dieses Verhältnis zwischen den beiden Einrichtungen, die Dienstleistung des einen für den anderen, wie die einer Dienststelle für ihre Einrichtung zu werten. Die zwingenden Vorschriften der Richtlinie, die dem Wettbewerb dienen sollen, sind nicht anwendbar, da ein solcher in diesem Fall keinen Platz hat.

77. Weniger verständlich ist hingegen, dass diese Einrichtung mit Hilfe einer Unterstützung der öffentlichen Hand anderen Wirtschaftsteilnehmern oder Körperschaften Dienste anbietet, ohne den Vorschriften über die Auftragsvergabe zu unterliegen, wenn sie unter Bedingungen wie jeder andere Wirtschaftsteilnehmers handelt. Sie kann nicht allein aufgrund ihrer Herkunft und ihres öffentlich-rechtlichen Charakters von anderen Dienstleistenden unterschieden werden, wenn sie dieselbe Art der Leistung in derselben kommerziellen Absicht anbietet.

29 — Randnr. 50.

78. Die unterschiedlichen Tätigkeiten eines solchen Wirtschaftsteilnehmers zeugen von seiner besonderen Stellung im Verhältnis zu den Dienststellen der Körperschaft, der er angehört, einer Stellung, die sich nicht als eine einfache organisatorische Verselbständigung beschreiben lässt.

79. Daher gelten die Gründe für den Schutz des Wettbewerbs, auf denen die Vorschriften der Gemeinschaft über die Vergabe öffentlicher Aufträge beruhen, ihr gegenüber wie gegenüber anderen Dienstleistenden.

80. Ebenso wenig unterscheidet sich ein Dienstleistender, der mit einer anderen Körperschaft als derjenigen, der er angehört, einen Vertrag schließen möchte, aus der Sicht seiner Konkurrenten oder aus der Sicht der öffentlichen Körperschaft, die die Aufträge vergibt, von einem anderen Wirtschaftsteilnehmer. Da diese Einrichtung nicht Teil des öffentlichen Auftraggebers wäre, sind die angebotenen Leistungen für diesen Leistungen eines Dritten.

81. Selbst wenn die Kontrolle der staatlichen Stelle, die einen Vertrag schließen möchte, über den Dienstleistenden eine notwendige Voraussetzung dafür ist, dass dessen Leistungen als „In-house-Dienste" angesehen werden, reicht sie, wie man sieht, bei weitem nicht aus. Die Tätigkeit des Dienstleistenden muss im Wesentlichen der Körperschaft, der er angehört, dienen. Ist er gewerblich tätig, so wird die Richtlinie daher wieder anwendbar, es sei denn, diese Tätigkeit nimmt im Verhältnis zu seiner gesamten Tätigkeit nur eine untergeordnete Stellung ein.

82. Im vorliegenden Fall üben nach dem Vorbringen der ARGE die Bieter Seibersdorf und Arsenal eine Vielzahl gewerblicher Tätigkeiten am Markt aus [30].

83. Um über die Frage der Anwendbarkeit der Richtlinie zu entscheiden, wird das vorlegende Gericht diesen Punkt überprüfen müssen, selbst wenn es, wie der Wortlaut der vierten Frage vermuten lässt, offensichtlich zu der Auffassung gelangt ist, die umstrittene Tätigkeit werde ausschließlich oder zumindest hauptsächlich für öffentliche Körperschaften erbracht. Es wird vor allem bestimmen müssen, ob die fraglichen Einrichtungen den größten Teil ihrer Tätigkeit für den öffentlichen Auftraggeber verrichten, dessen Kontrolle sie unter der Annahme, von der ich hier ausgehe [31], unterliegen.

84. Erklärt man die Richtlinie auf den Rechtsstreit im Ausgangsverfahren für anwendbar, wäre auch zu prüfen, ob der betreffende Vertrag nicht zu denjenigen gehörte, die nach Artikel 6 der Richtlinie davon abweichen können.

30 — Seite 8 ihrer Stellungnahme.

31 — Vgl. Nr. 70 dieser Schlussanträge.

3. Anwendbarkeit des Artikels 6 der Richtlinie

85. Die Richtlinie gilt nach ihrem Artikel 6 nicht für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen an eine Stelle, die aufgrund eines ausschließlichen Rechts derselben, das diese gemäß veröffentlichter, mit dem Vertrag übereinstimmender nationaler Vorschriften innehat, ihrerseits ein öffentlicher Auftraggeber ist.

86. In dieser Bestimmung spiegelt sich die achtzehnte Begründungserwägung der Richtlinie wieder, nach der „[d]ie Auftragsvergabe an bestimmte ausschließliche Anbieter von Dienstleistungen ... unter bestimmten Umständen ganz oder teilweise von dieser Richtlinie ausgeklammert werden [kann]".

87. Die Richtlinie berücksichtigt dadurch, dass sie diesen Vertragstypus ausnimmt, die Dienstleistungen, die in manchen Mitgliedstaaten nur bestimmte öffentliche Einrichtungen unter Ausschluss aller anderen Dienstleistenden an öffentliche Stellen erbringen können. Der Ausschluss anderer Einrichtungen erfolgt unabhängig von deren Staatsangehörigkeit [32].

32 — Vgl. P. und M.-A. Flamme, „Les marchés publics de services et la coordination de leurs procédures de passation", *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, Nr. 365, Februar 1993, S. 150, Absatz 9, Nr. 10).

88. Die Anwendbarkeit der Richtlinie hängt also zunächst von der Art der betreffenden Dienstleistungen ab. Im vorliegenden Fall lässt sich davon ausgehen, dass die subventionierten Bieter die drei Kriterien erfüllen, die die Richtlinie zur Definition der „Einrichtungen des öffentlichen Rechts" aufstellt, wobei dieser Begriff verwendet wird, um andere öffentliche Auftraggeber als den Staat, Gebietskörperschaften und aus einer oder mehrerer dieser Körperschaften bestehende Vereinigungen zu bezeichnen [33].

89. Fest steht, dass diese Einrichtungen anderen Bedürfnissen der Allgemeinheit dienen sollen als solchen industrieller oder gewerblicher Art, dass sie Rechtspersönlichkeit besitzen und der Leitung und Aufsicht eines anderen öffentlichen Auftraggebers unterliegen und überwiegend von diesem finanziert werden [34].

33 — Nach Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie „gelten als *öffentliche Auftraggeber* (im Folgenden ‚Auftraggeber' genannt) der Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen.
Als ‚Einrichtung des öffentlichen Rechts' gilt jede Einrichtung,
— die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und
— die Rechtspersönlichkeit besitzt und
— die überwiegend vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert wird oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind."
Im Urteil vom 15. Januar 1998 in der Rechtssache C-44/96 (Mannesmann Anlagenbau Austria u. a., Slg. 1998, I-73, Randnr. 21) hat der Gerichtshof diese Bedingungen, wie sie ebenfalls in Artikel 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. L 199, S. 54) enthalten sind, dahin ausgelegt, dass sie kumulativ vorliegen müssen. Diese Lösung kann auf den vorliegenden Artikel, der mit jenem wörtlich übereinstimmt, übertragen werden.

34 — Seite 11 des Vorabentscheidungsersuchens.

90. Da beide somit selbst öffentliche Auftraggeber sind, bleibt nachzuweisen, dass sie nach den nationalen Rechts- oder Verwaltungsvorschriften ein ausschließliches Recht im Sinne des Artikels 6 der Richtlinie innehaben.

91. Weder aus den Ausführungen des vorlegenden Gerichts noch dem Vorbringen der Beteiligten, die eine Stellungnahme abgegeben haben, lässt sich entnehmen, dass eine der beiden Forschungseinrichtungen zurzeit der Ausschreibung ein ausschließliches Recht innehatte, das ihr derartige Dienstleistungen, wie sie Gegenstand dieses Verfahrens sind, vorbehielte. Artikel 6 und der Gedanke der Ausschließlichkeit, der diesen begrenzt, werden auch nicht im Vorabentscheidungsersuchen erwähnt; dies bestätigt, dass die beiden in dem Rechtsstreit betroffenen Bieter über kein ausschließliches Recht verfügen.

92. Außerdem wäre andernfalls nicht ersichtlich, warum ein Vergabeverfahren nach der Richtlinie durchgeführt worden ist, deren Artikel 6 gerade vorsieht, dass ein solcher Vertrag nicht unter ihre Vorschriften fällt.

93. Ich schließe daher, dass die Richtlinie anwendbar ist, wenn ein öffentlicher Auftraggeber einen Vertrag mit einer von ihm formell verschiedenen Einrichtung schließen möchte und diese überwiegend im Eigentum anderer Körperschaften als denjenigen steht, aus denen sich der öffentliche Auftraggeber zusammensetzt.

Wenn die Einrichtung sich zwar formell von dem öffentlichen Auftraggeber unterscheidet, aber überwiegend in dessen Eigentum steht, ist die Richtlinie anwendbar, wenn diese Einrichtung im Wesentlichen für andere Wirtschaftsteilnehmer oder andere Körperschaften als diejenigen tätig wird, aus denen sich dieser öffentliche Auftraggeber zusammensetzt.

In beiden Fällen ist die Richtlinie nicht anwendbar, wenn der Vertrag unter Artikel 6 dieser Richtlinie fällt.

VII — Diskriminierungen im Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (erste Frage)

94. Das Bundesvergabeamt möchte mit seiner ersten Vorlagefrage wissen, ob Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie der Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers entgegensteht, in einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge Einrichtungen zuzulassen, die Zuwendungen von öffentlichen Auftraggebern erhalten, die es diesen ermöglichen, zu Preisen anzubieten, die er-

heblich unter denen der Mitbewerber liegen.

95. Der damit angesprochene Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter ist nicht nur dazu bestimmt, mögliche Diskriminierungen gegenüber Wirtschaftsteilnehmern aus anderen Mitgliedstaaten zu vermeiden. Wie andere Vorschriften dieser Richtlinie oder von Richtlinien über andere öffentliche Verträge [35] enthält er keine Bedingung hinsichtlich der Staatsangehörigkeit.

35 — Zum Beispiel sieht Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie vor, dass die Auftraggeber bei der Vergabe ihrer öffentlichen Dienstleistungsaufträge und bei der Durchführung von Wettbewerben Verfahren anwenden, die den Bestimmungen dieser Richtlinie angepasst sind. Der Gerichtshof hat zu einer vergleichbaren Vorschrift — der Wortlaut des Artikels 4 Absatz 1 der Richtlinie 90/351/EWG des Rates vom 17. September 1990 betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. L 297, S. 1), der verlangt, dass der Auftraggeber bei der Vergabe von Lieferaufträgen die Richtlinie 90/351 anwendet, ist identisch —, klar entschieden, dass es keine Bedingung hinsichtlich der Staatsangehörigkeit oder des Ortes der Niederlassung der Bieter gibt (Urteil vom 25. April 1996 in der Rechtssache C-87/94 (Kommission/Belgien, Slg. 1996, I-2043, Randnr. 32). Außerdem folgt aus der zwanzigsten Begründungserwägung der Richtlinie, dass nicht nur solche Praktiken, die zu einer Einschränkung des Wettbewerbs führen, unterbunden werden sollen, die der Auftragsvergabe an Angehörige anderer Mitgliedstaaten entgegenstehen. Ebenso hat der Gerichtshof in seinem Urteil vom 22. Juni 1993 in der Rechtssache C-243/89 (Kommission/Dänemark, Slg. 1993, I-3353, Randnr. 33) zu der Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 185, S. 5) ausgeführt, dass selbst wenn diese den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter nicht ausdrücklich erwähnt, die Pflicht zur Beachtung dieses Grundsatzes gleichwohl dem Wesen der betreffenden Richtlinie selbst entspricht, die nach einer ihrer Begründungserwägungen namentlich die Entwicklung eines echten Wettbewerbs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge bezweckt und Selektions- und Zuschlagskriterien aufstellt, die einen solchen Wettbewerb gewährleisten sollen. Der Gerichtshof hatte über eine Rüge hinsichtlich der Verletzung der Richtlinie 71/305 unabhängig von der Staatsangehörigkeit des Bieters, der den Zuschlag erhielt, zu entscheiden. Das Ziel der Richtlinien über die öffentlichen Aufträge, den Wettbewerb zu schützen, muss unter Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung erreicht werden, der nicht grundsätzlich auf Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit beschränkt ist. Bei dem Grundsatz des freien Wettbewerbs, auf dem die Richtlinie beruht, handelt es sich, auch wenn zwischen den beiden Grundsätzen eine enge Beziehung besteht, da der erste zur Wirksamkeit des zweiten beiträgt, um einen eigenständigen Grundsatz.

96. Der Verstoß gegen die Richtlinie setzt somit nicht unbedingt eine Verletzung der Gleichbehandlung der Bieter aus verschiedenen Mitgliedstaaten voraus.

97. Diese Überlegung liegt auch dem einschlägigen nationalen Recht zugrunde. So bestimmt § 16 Absatz 1 des Bundesvergabegesetzes, dass „Aufträge über Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren ... entsprechend den Grundsätzen des freien und lauteren Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an — spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung — befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben [sind]".

98. Dass es sich im vorliegenden Fall bei den subventionierten Bietern ausnahmslos um österreichische Einrichtungen handelt, ist also für die Beantwortung dieser Vorlagefrage unerheblich.

99. Zunächst ist zu entscheiden, ob es Wirtschaftsteilnehmern nur wegen Zuwendungen verboten ist, an öffentlichen Auftragsvergabeverfahren teilzunehmen; sodann wird auf den entscheidenden Punkt eingegangen werden, ob eine abschlägige Antwort auch gilt, wenn die betreffenden Zuwendungen rechtswidrig sind.

100. Nach Auffassung des Bundesvergabeamts stellen die Zuwendungen an die Bieter Beihilfen im Sinne des Artikels 92 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 87 EG) oder „besondere Kostenvorteile“ [36] dar. Ihr Wettbewerbsvorteil entstehe in Form geringerer Kosten durch beihilfenartige Zuwendungen, die entweder in der direkten Zuwendung von Geld oder auch in der Bereitstellung von Personal oder von Räumen oder technischem Gerät oder in beidem bestehen könnten. Die Zuwendung erfolge dabei von der jeweiligen Trägergebietskörperschaft, dem Bund oder einem Land [37].

101. Ich erinnere daran, dass „[d]er Begriff der Beihilfe ... nicht nur positive Leistungen wie Subventionen [umfasst], sondern auch Maßnahmen, die in verschiedener Form die Belastungen vermindern, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat, und die somit zwar keine Subventionen im strengen Sinne des Wortes darstellen, diesen aber nach Art und Wirkung gleichstehen“ [38]. Da die österreichischen öffentlichen Körperschaften die Dienstleistungen oder die Lieferung von Gegenständen ohne Gegenleistungen oder zu Vorzugsbedingungen erbringen [39], ist zu überlegen, ob die dadurch entstehenden Vorteile eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 92 EG-Vertrag darstellen.

102. Das grundsätzliche Verbot staatlicher Beihilfen gilt jedoch bekanntermaßen weder uneingeschränkt noch unbedingt, da nach Artikel 92 Absatz 2 EG-Vertrag nicht nur bestimmte Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind, sondern Artikel 92 Absatz 3 EG-Vertrag der Kommission einen weiten Ermessensspielraum bei der Zulassung von Beihilfen unter Abweichung von dem Verbot in Absatz 1 einräumt [40].

103. Wenn das Gemeinschaftsrecht bestimmte staatliche Beihilfen zulässt, billigt es den begünstigten Wirtschaftsteilnehmern meiner Meinung nach zu, ohne weiteres wie andere tätig zu sein. Wozu diente es, den Unternehmen rechtmäßigerweise zu helfen, wenn ihnen gleichzeitig verboten würde, eine normale wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben oder sogar einfach, bestimmte Verträge zu schließen, unter dem Vorwand, diese seien reglementiert? Eine solche Auslegung wäre zudem kaum mit dem Ausgleichsgedanken vereinbar, der bestimmte Beihilfen rechtfertigt, da die Beihilfe in Form einer Zuwendung oder Sachleistung schnell durch die andauernden Tätigkeitsbeschränkungen aufgewogen würde.

104. Die Zulässigkeit staatlicher Beihilfen steht somit der uneingeschränkten Teilnahme der rechtmäßigerweise unterstützten Einrichtungen am Marktgeschehen nicht entgegen. Da dieses sich nicht auf nicht reglementierte vertragliche Beziehungen beschränkt, sondern auch die öffentlichen

36 — Seite 7 des Vorabentscheidungsersuchens.

37 — Ebenda, S. 12.

38 — Urteil vom 11. Juli 1996 in der Rechtssache C-39/94 (SFEI u. a., Slg. 1996, I-3547, Randnr. 58).

39 — Ebenda, Randnr. 59.

40 — Ebenda, Randnr. 36.

Aufträge umfasst, besteht kein Grund, diese Wirtschaftsteilnehmer von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge auszuschließen.

105. Nach der zutreffenden Auffassung der Kommission kann eine Beihilfe, die dieser mitgeteilt und als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt worden ist, nicht die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers über die Zulassung eines Bieters und die Prüfung des vorgelegten Angebots beeinflussen.

106. Dass bestimmte, zwischen zwei öffentlichen Auftraggebern geschlossene Verträge vom Anwendungsbereich der Richtlinie gemäß deren Artikel 6 ausgeschlossen sind, wenn der öffentliche Dienstleistungsauftrag auf der Grundlage eines ausschließlichen Rechts vergeben wird, bestätigt, wie die österreichische und die französische Regierung festgestellt haben [41], die Überlegung, dass die Richtlinie für Einrichtungen gelten kann, die staatliche Beihilfen erhalten, wenn kein ausschließliches Recht vorliegt. Die Definition des öffentlichen Auftraggebers in der Richtlinie umfasst öffentlich-rechtliche Einrichtungen, die überwiegend von Körperschaften des öffentlichen Rechts finanziert werden [42]. Es genügt also, dass ein Dienstleistender die Definition des öffentlichen Auftraggebers erfüllt, was meist durch das Vorliegen einer Finanzierung durch die öffentliche Hand belegt wird, ohne dass er durch ein ausschließliches Recht mit dem öffentlichen Auftraggeber, dem er die Dienstleistungen erbringt, verbunden ist. Die Richtlinie schließt somit nicht grundsätzlich aus, dass eine subventionierte Einrichtung an einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge teilnimmt.

107. Unter diesen Umständen verbietet es die Richtlinie nicht, dass Einrichtungen wie die am Ausgangsrechtsstreit beteiligten an dem streitigen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge teilnehmen.

108. Die Antwort auf die Frage, wie sich ein öffentlicher Auftraggeber verhalten muss, der einem Bieter gegenübersteht, der rechtswidrige staatliche Beihilfen erhält, ist hingegen weniger klar [43].

109. Natürlich bestreiten die Wirtschaftsteilnehmer, die ausgeschlossen worden sind oder deren Chancen, einen Auftrag zu erhalten, wegen der Beteiligung von Einrichtungen, die über derartige Wettbewerbsvorteile verfügen, schlecht stehen, das Recht der öffentlichen Auftraggeber, diese Bieter zuzulassen, ohne die Rechtmäßigkeit der Beihilfen einer Mindestkontrolle unterwerfen zu müssen.

41 — Seite 7 der schriftlichen Erklärungen der österreichischen Regierung und Nrn. 16 bis 18 der schriftlichen Erklärungen der französischen Regierung.

42 — Vgl. Fußnote 33 dieser Schlussanträge.

43 — Obwohl die Frage des auf rechtswidrige staatliche Beihilfen anwendbaren Rechts in den schriftlichen Erklärungen der Beteiligten und in der mündlichen Verhandlung mehrfach angesprochen wurde, ist sie im vorliegenden Fall rein hypothetisch, da nicht behauptet wird, dass die Beihilfen, die die Forschungseinrichtungen erhalten, rechtswidrig sind.

110. Die Rechtswidrigkeit einer Beihilfe müsste dazu führen, die Teilnahme eines subventionierten Wirtschaftsteilnehmers an einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge gleich welcher Art zu untersagen. Auch wenn die einem Wirtschaftsteilnehmer rechtswidrig gewährte Beihilfe Faktoren wie den in einem Vergabeverfahren geforderten Preis, die sich maßgebend auf die endgültige Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers auswirken, nicht unmittelbar berührt, kann sie doch die Belastungen mindern, die seine wirtschaftliche Wettbewerbsfähigkeit beeinträchtigen.

111. Auch wenn diese Auffassung zutrifft, so kann sie nicht das im Wesentlichen materiell- und verfahrensrechtliche Problem lösen, das sich dem Gericht des Ausgangsverfahrens stellt. Es geht um die Frage, ob der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter nach Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie das Recht des öffentlichen Auftraggebers umfasst, die Teilnahme rechtswidrig subventionierter Bieter zu verbieten, ja sogar die Zuwendungen, die sie erhalten, auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen.

112. In Abschnitt VI der Richtlinie sind die Merkmale, die die Bieter aufweisen müssen, die Angebote, die sie vorlegen und die entsprechenden Nachweise, von denen die Teilnahme dieser Wirtschaftsteilnehmer an dem Verfahren und der endgültigen Zuteilung des Auftrags abhängen, festgelegt.

113. Dazu gehören Faktoren, aufgrund deren der öffentliche Auftraggeber bestimmte Dienstleistende von einem Vergabeverfahren ausschließen darf. Sie erlauben dem öffentlichen Auftraggeber, einen Bieter, der sich z. B. unter steuerlichem oder sozialem Gesichtspunkt in einer rechtswidrigen Lage befindet, zurückzuweisen [44].

Die Richtlinie besagt jedoch nichts über die Folgen, die aus der Feststellung gezogen werden könnten, dass nicht gemeldete Beihilfen erteilt wurden, die möglicherweise oder sogar offensichtlich rechtswidrig sind.

114. Die Kommission hat die Entstehungsgeschichte der Richtlinie unter diesem Gesichtspunkt zurückverfolgt. In ihrem ursprünglichen Vorschlag [45] sei eine ähnliche Bestimmung enthalten gewesen wie in Artikel 34 Absatz 5 Unterabsatz 3 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 [46]. Danach „[dürfen] Angebote, die aufgrund einer staatlichen Beihilfe ungewöhnlich niedrig sind, ... von den Auftraggebern nur zurückgewiesen werden, wenn diese den Bieter darauf hingewiesen haben und dieser nicht den Nachweis liefern konnte, dass die Beihilfe der Kommission gemäß Artikel 93 Absatz 3 des Vertrages gemeldet oder von ihr genehmigt wurde. Auftraggeber, die

44 — Ein Dienstleistender, der seine Verpflichtungen zur Zahlung seiner Abgaben und Steuern nach den Rechtsvorschriften des Landes des öffentlichen Auftraggebers nicht erfüllt hat, kann z. B. nach Artikel 29 Buchstabe f der Richtlinie von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

45 — ABl 1991, C 23, S. 1.

46 — ABl. L 199, S. 84.

unter diesen Umständen ein Angebot zurückweisen, müssen die Kommission darüber unterrichten."

115. Der Rat habe diese Bestimmung im Laufe des Rechtsetzungsverfahrens aus ihrem Vorschlag einer Richtlinie zurückgezogen[47]. Als Antwort darauf habe die Kommission in ihrer Mitteilung an das Europäische Parlament eine Erklärung abgegeben, nach der dadurch, dass der Rat den Vorschlag einer Richtlinie auf diese Weise geändert habe, eine Diskriminierung zwischen privaten und öffentlichen Bietern habe verhindert werden sollen. Die Kommission erinnert in dieser Erklärung außerdem daran, „dass sie aufgrund des Vertrages befugt ist, dem Missbrauch durch staatliche Beihilfen, die die Wettbewerbsbedingungen verzerren könnten, vorzubeugen. Aus diesem Grunde kann sie die Änderungen annehmen".

116. Diese Entwicklung der Vorschrift ist in zweierlei Hinsicht aufschlussreich.

117. Zunächst war dem Gesetzgeber bei Erlass der Richtlinie offensichtlich bekannt, dass es Wirtschaftsteilnehmer gibt, die in Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge durch den Erhalt staatlicher Beihilfen begünstigt sind. Die Beschränkungen der Regelung derartiger Sachverhalte durch die Kommission auf nicht gemeldete und nicht genehmigte Beihilfen bestätigt indessen, dass Einrichtungen, die rechtmäßig gewährte staatliche Beihilfen erhalten, grundsätzlich an Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungen teilnehmen können. Die obigen Ausführungen zu diesem Gesichtspunkt finden sich hier durch den Willen des Gesetzgebers der Gemeinschaft bestätigt[48].

118. Dann hat der Gesetzgeber auch zum Umfang der dem öffentlichen Auftraggeber bei Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge eingeräumten Handlungsbefugnis eindeutig Stellung genommen. Artikel 37 Absatz 1 der Richtlinie bezieht sich in seiner endgültigen Fassung auf das Recht des öffentlichen Auftraggebers, Angebote abzulehnen, die im Verhältnis zu der Dienstleistung ungewöhnlich niedrig sind. Nach dieser Vorschrift ist der Auftraggeber verpflichtet, zuvor Erläuterungen über die Einzelposten des Angebots zu verlangen und das Angebot anhand der zur Verfügung stehenden Nachweise zu überprüfen, ehe er es ablehnt.

Nach der Richtlinie ist der öffentliche Auftraggeber jedoch mangels einer Bestimmung wie Artikel 34 der Richtlinie 93/38 nicht befugt, das Angebot eines Bieters abzulehnen, der eine rechtswidrige oder der Kommission nicht gemeldete Beihilfe erhält. Man kann diese Entscheidung bedauern, umso mehr, als kein Grund für eine unterschiedliche Regelung in der Richtlinie 93/38 und der Richtlinie 92/50 ersichtlich ist.

47 — Nr. 22 der schriftlichen Stellungnahme der Kommission.

48 — Vgl. Nrn. 99 bis 106 dieser Schlussanträge.

119. Das Schweigen der Richtlinie zu diesem Punkt geht gleichwohl auf einen Umstand zurück, der bei Auslegung der Vorschrift berücksichtigt werden muss.

120. Die Änderungen, die der Rat an dem Vorschlag der Kommission vorgenommen hat, und die Einverständniserklärung der Kommission machen deutlich, welche Vorstellung sich der Gesetzgeber der Gemeinschaft von der Überprüfung rechtswidriger staatlicher Beihilfen macht, die hauptsächlich der Kommission zukommt.

121. Nach Auffassung der französischen Regierung und der Kommission bedeutet das Schweigen der Richtlinie dazu, ob der öffentliche Auftraggeber das Angebot eines rechtswidrig subventionierten Bieters ablehnen kann, nicht zwangsläufig, dass der öffentliche Auftraggeber aus solchen Beihilfen keine Folgerungen ziehen kann.

122. Die französische Regierung trägt vor, die Richtlinie gebiete dem öffentlichen Auftraggeber nicht ausdrücklich, das Angebot einer subventionierten Einrichtung auszuschlagen; sie verbiete es aber auch nicht. Mit der Vergabe eines Auftrags an einen Bieter, der eine rechtswidrige Beihilfe erhalte, seien jedoch Gefahren verbunden. Wenn ein öffentlicher Auftraggeber feststellen müsse, dass ein ungewöhnlich niedriges Angebot mit Hilfe einer rechtswidrigen Beihilfe finanziert werde, so dürfe er es ablehnen. Dem Bieter drohe nämlich die Gefahr, die zu Unrecht erhaltene Beihilfe zurückzahlen zu müssen; das stelle die vollständige Erfüllung des Vertrages in Frage.

123. Die Kommission vertritt die Auffassung, ein öffentlicher Auftraggeber könne bei der Auswahl der Unternehmen, d. h. bei Beurteilung der finanziellen und wirtschaftlichen Fähigkeiten des Dienstleistenden, berücksichtigen, dass ein Bieter eine rechtswidrige Beihilfe erhalten habe. Wie die französische Regierung beruft sich die Kommission darauf, dass die staatlichen Beihilfen, die nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar oder der Kommission nicht gemeldet worden seien, möglicherweise zurückgefordert würden. Einem öffentlichen Auftraggeber könne nicht vorgeworfen werden, sich dadurch gegen die Gefahr zu schützen, einen Vertrag mit einem Wirtschaftsteilnehmer zu schließen, der rechtlich zweifelhafte Beihilfen erhalte, dass er diesen nach einer Überprüfung seiner finanziellen und wirtschaftlichen Fähigkeiten ausschließe. Die Kommission schlägt daher vor, auf die Vorlagefrage zu antworten, das Gemeinschaftsrecht stehe dem nicht entgegen, dass ein öffentlicher Auftraggeber in Übereinstimmung mit seinem nationalen Recht im Auswahlverfahren bei der Beurteilung der finanziellen Leistungsfähigkeit des Bieters berücksichtige, dass ein Bieter eine rechtswidrige Beihilfe erhalten habe, die zu einer Rückzahlungsverpflichtung führen könne.

124. Unabhängig von ihrer Überzeugungskraft brauchen diese Argumente meiner Ansicht nach nur geprüft zu werden, soweit sie zur Lösung des Rechtsstreits im Ausgangsverfahren beitragen. Die erste Frage

bezieht sich, wie gesagt, nach ihrem Wortlaut und ihrer Auslegung im Licht des Vorabentscheidungsersuchens auf die Rechtmäßigkeit der Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers, mit der er in einem Vergabeverfahren subventionierte Einrichtungen *zugelassen hat*.

125. Es geht im vorliegenden Fall somit nicht darum, das vorlegende Gericht darüber aufzuklären, ob ein öffentlicher Auftraggeber einen Bieter ausschließen oder sein Angebot aus Gründen ablehnen darf, die auf der Rechtswidrigkeit der Beihilfe beruhen. Vielmehr geht es um die Frage, ob der öffentliche Auftraggeber in dieser Weise vorgehen muss, wenn die Beihilfe rechtswidrig ist.

Nach dem gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts hat ein öffentlicher Auftraggeber das Recht, aus dem Vorliegen nicht gemeldeter oder rechtswidriger Beihilfen keine Folgerungen für die Teilnahme einer subventionierten Einrichtung zu ziehen. Nicht anders wäre es, wenn der ursprüngliche Wortlaut des Artikels 37 nicht geändert worden wäre. Dieser räumte dem öffentlichen Auftraggeber lediglich die Befugnis ein, ein ungewöhnlich niedriges Angebot abzulehnen, weil der Bieter eine Beihilfe zu Unrecht erhalten oder nicht gemeldet hat.

126. Die österreichische Regierung beruft sich schließlich auf die zwingenden wettbewerbsrechtlichen Vorschriften des EG-Vertrages und die Anwendung des Artikels 37 der Richtlinie, wenn ein Angebot ungewöhnlich niedrig im Verhältnis zu der Leistung erscheint. Danach befürwortet sie eine vertiefte Prüfung der Kostenbestandteile des streitigen Angebots. Sie schlägt vor, dass ein Angebot zwingend abzulehnen sei, wenn die Zusammensetzung der Kosten ergebe, dass es aufgrund nicht genehmigter Zuwendungen wettbewerbswidrig sei.

127. Die österreichische Regierung stützt ihre Auffassung sowohl auf das in der Richtlinie vorgesehene Verfahren im Fall eines ungewöhnlich niedrigen Angebots als auch auf das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft. Es kann dahinstehen, ob dies richtig ist. Da die österreichische Regierung davon ausgeht, dass der öffentliche Auftraggeber nach der streitigen Entscheidung über die Zulassung feststellt, dass das Angebot ungewöhnlich niedrig ist, und deswegen das Angebot ablehnen will, geht sie über den Gegenstand der ersten Vorlagefrage hinaus, der auf das Zulassungsverfahren beschränkt ist.

128. Nach alledem steht der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter in Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie der Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers nicht entgegen, mit der dieser Einrichtungen zu einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge zulässt, die Beihilfen von öffentlichen Auftraggebern erhalten, mit deren Hilfe sie zu einem erheblich niedrigeren Preis als ihre Mitbieter anbieten können.

Antrag

129. Ich schlage dem Gerichtshof aus diesen Gründen vor, die Fragen des Bundesvergabeamts wie folgt zu beantworten:

1. Die Artikel 59 ff. EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 49 ff. EG) stehen einer Maßnahme wie der im Ausgangsverfahren streitigen Entscheidung, durch die ein öffentlicher Auftraggeber Einrichtungen zur Teilnahme an einem öffentlichen Vergabeverfahren zulässt, die Zuwendungen der öffentlichen Hand erhalten und deshalb zu Preisen anbieten können, die erheblich unter denen ihrer Mitbewerber liegen, auch dann nicht entgegen, wenn diese Einrichtungen ausnahmslos die Staatsangehörigkeit des Mitgliedstaats aufweisen, in dem der öffentliche Auftraggeber seinen Sitz hat, und in diesem Mitgliedstaat ihre Niederlassung haben, vorausgesetzt, die Maßnahme enthält keine Bedingung an die Staatsangehörigkeit der Wirtschaftsteilnehmer, den Ort der Niederlassung dieser Wirtschaftsteilnehmer oder die Herkunft der Zuwendungen, die sie gegebenenfalls erhalten.

2. Die Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge ist anwendbar, wenn ein öffentlicher Auftraggeber einen Vertrag mit einer von ihm selbst formell verschiedenen Einrichtung schließen möchte und diese überwiegend im Eigentum anderer Körperschaften als denjenigen steht, aus denen sich der öffentliche Auftraggeber zusammensetzt.

   Wenn sich die Einrichtung zwar formell von dem öffentlichen Auftraggeber unterscheidet, aber überwiegend in dessen Eigentum steht, ist die Richtlinie 92/50 anwendbar, wenn diese Einrichtung im Wesentlichen für andere Wirtschaftsteilnehmer oder andere Körperschaften, als diejenigen tätig wird, aus denen sich dieser öffentliche Auftraggeber zusammensetzt.

In beiden Fällen ist die Richtlinie 92/50 nicht anwendbar, wenn der Vertrag unter Artikel 6 dieser Richtlinie fällt.

3. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter in Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie 92/50 steht der Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers nicht entgegen, mit der dieser Einrichtungen zu einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge zulässt, die Beihilfen von öffentlichen Auftraggebern erhalten, mit deren Hilfe sie zu einem erheblich niedrigeren Preis als ihre Mitbieter anbieten können.