SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS JEAN MISCHO
vom 13. Dezember 2001 [1]

1. Der finnische Korkein hallinto-oikeus (im Folgenden: das vorlegende Gericht) stellt drei Fragen nach der Auslegung des Artikels 2 Absätze 1, 2 und 4 und des Artikels 34 Absatz 1 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 [2] sowie nach der Auslegung des Artikels 36 Absatz 1 der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge [3].

I — Der rechtliche Rahmen

Das Gemeinschaftsrecht

Die Richtlinie 92/50

2. Artikel 1 der Richtlinie 92/50 bestimmt:

„Im Sinne dieser Richtlinie

a) gelten als *‚öffentliche Dienstleistungsaufträge‘* die zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge, ausgenommen

...

ii) Aufträge in den Bereichen, die in den Artikeln 2, 7, 8 und 9 der Richtlinie 90/531/EWG genannt sind, und Aufträge, die den Bedingungen des Artikels 6 Absatz 2 derselben Richtlinie entsprechen;

...“

1 — Originalsprache: Französisch.
2 — ABl. L 199, S. 84.
3 — ABl. L 209, S. 1.

3. Artikel 36 — Zuschlagskriterien — der Richtlinie 92/50 lautet:

„1. Der Auftraggeber wendet unbeschadet der für die Vergütung von bestimmten Dienstleistungen geltenden einzelstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften bei der Erteilung des Zuschlags folgende Kriterien an:

a) entweder — wenn der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt — verschiedene auf den jeweiligen Auftrag bezogene Kriterien, z. B. Qualität, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit der Leistung, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt, Ausführungszeitraum oder -frist, Preis,

b) oder ausschließlich das Kriterium des niedrigsten Preises.

2. Bei Aufträgen, die auf das wirtschaftlich günstigste Angebot vergeben werden sollen, geben die Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen oder in der Vergabebekanntmachung alle Zuschlagskriterien an, deren Verwendung sie vorsehen, möglichst in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung."

Die Richtlinie 93/38

4. Artikel 2 der Richtlinie 93/38 bestimmt:

„1. Diese Richtlinie gilt für Auftraggeber, die

a) staatliche Behörden oder öffentliche Unternehmen sind und die eine Tätigkeit im Sinne des Absatzes 2 ausüben;

b) oder wenn sie nicht staatliche Behörden oder öffentliche Unternehmen sind, als eine ihrer Tätigkeiten eine Tätigkeit im Sinne des Absatzes 2 oder verschiedene dieser Tätigkeiten auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausüben, die von einer zuständigen Behörde eines Mitgliedstaats gewährt wurden.

2. Unter diese Richtlinie fallende Tätigkeiten sind

...

c) das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Verkehrs per Schiene, automatische Systeme, Straßenbahn, Trolleybus, Bus oder Kabel.

Im Verkehrsbereich ist ein Netz vorhanden, wenn die Verkehrsleistung gemäß von einer zuständigen Behörde eines Mitgliedstaats erteilten Auflagen erbracht wird; dazu gehören die Festlegung der Strecken, die Transportkapazitäten oder die Fahrpläne;

...

4. Der Betrieb eines öffentlichen Busverkehrs gilt nicht als Tätigkeit im Sinne des Absatzes 2 Buchstabe c), sofern andere Unternehmen entweder allgemein oder für ein besonderes, geografisch abgegrenztes Gebiet die Möglichkeit haben, die gleiche Aufgabe unter den gleichen Bedingungen wie der betreffende Auftraggeber zu übernehmen.

..."

5. Artikel 34 der Richtlinie 93/38 lautet:

„1. Unbeschadet nationaler Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Vergütung von bestimmten Dienstleistungen ist das für die Auftragsvergabe maßgebende Kriterium

a) entweder das wirtschaftlich günstigste Angebot unter Berücksichtigung mehrerer von Auftrag zu Auftrag unterschiedlicher Kriterien wie etwa: Lieferfrist, Ausführungsdauer, Betriebskosten, Rentabilität, Qualität, Ästhetik und Zweckmäßigkeit, technischer Wert, Kundendienst und technische Hilfe, Verpflichtungen hinsichtlich der Ersatzteile, Versorgungssicherheit, Preis

b) oder ausschließlich der niedrigste Preis.

2. Im Fall von Absatz 1 Buchstabe a) gibt der Auftraggeber in den Auftragsunterlagen oder in der Bekanntmachung alle Zu-

schlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, so weit wie möglich in der Reihenfolge ihrer Bedeutung an.

...“

6. Artikel 45 Absätze 3 und 4 der Richtlinie 93/38 bestimmt:

„3. Die Wirkung der Richtlinie 90/531/EWG endet unbeschadet der Verpflichtungen der Mitgliedstaaten in Bezug auf die in Artikel 37 jener Richtlinie genannten Fristen mit dem Beginn der Anwendung der vorliegenden Richtlinie durch die Mitgliedstaaten.

4. Die Bezugnahmen auf die Richtlinie 90/531/EWG gelten als Bezugnahmen auf die vorliegende Richtlinie.“

Das nationale Recht

7. Die Richtlinien 92/50 und 93/38 wurden durch die julkisista hankinnoista annettu laki 1505/1992 (Gesetz über öffentliche Aufträge), geändert durch die Gesetze 1523/1994 und 725/1995 (im Folgenden: Gesetz 1505/1992) sowie durch die Verordnung 243/1995 über die Vergabe von Waren-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen, die einen bestimmten Schwellenwert überschreiten, und die Verordnung 567/1994 über die Vergabe von einen bestimmten Schwellenwert überschreitenden Aufträgen von Einrichtungen im Bereich der Wasser- und Energieversorgung, des Verkehrs und der Telekommunikation, geändert durch die Verordnung 244/1995 (im Folgenden: Verordnung 567/1994), in finnisches Recht umgesetzt.

8. Gemäß § 4 Absatz 1 der Verordnung 243/1995 betrifft die Verordnung keine Aufträge, für die die Verordnung 567/1994 gilt. § 1 Absatz 10 der Verordnung 567/1994 sieht vor, dass die Verordnung keine Aufträge betrifft, für die die Verordnung 243/1995 gilt.

9. § 43 der Verordnung 243/1995 lautet:

„1. Der Auftraggeber nimmt das Angebot, das nach den Beurteilungskriterien des Gesamtauftrags gesamtwirtschaftlich am günstigsten ist, oder das niedrigste Angebot an. Grundlagen für die gesamtwirtschaftliche Beurteilung können insbesondere der Preis, die Lieferzeit, die Betriebskosten, die durch die Lebensdauer

bedingten Kosten, die Qualität, Umwelt- sowie ästhetische und funktionelle Eigenschaften, technische Vorzüge, Wartungsdienst und technische Hilfe sein.

..."

10. Entsprechend sieht § 21 Absatz 1 der Verordnung 567/1994 vor, dass der Auftraggeber entweder dem Angebot, das gesamtwirtschaftlich nach den Beurteilungskriterien für die Ware, die Dienstleistung oder das Bauwerk am günstigsten ist, oder dem niedrigsten Angebot den Zuschlag erteilt. Kriterien für die gesamtwirtschaftliche Beurteilung können beispielsweise der Preis, die Lieferzeit, die Betriebskosten, die durch die Lebensdauer bedingten Kosten, die Qualität, Umwelt- sowie ästhetische und funktionelle Eigenschaften, technische Vorzüge, ein Wartungsdienst oder technische Hilfe sein.

II — Das Ausgangsverfahren

Die Organisation des innerstädtischen Busverkehrs in der Stadt Helsinki

11. Aus dem Vorlagebeschluss geht hervor, dass der Stadtrat von Helsinki am 27. August 1997 beschloss, den gesamten innerstädtischen Busverkehr schrittweise zur Vergabe auszuschreiben, und dass der erste Linienverkehr mit dem Herbstfahrplan 1998 beginnen sollte.

12. Gemäß den geltenden Bestimmungen der Stadt Helsinki über den öffentlichen Verkehr sind für die Planung, Entwicklung, Durchführung, allgemeine Organisation sowie die Überwachung des Personenverkehrs, falls nicht anders bestimmt, die joukkoliikennelautakunta (Verkehrsausschuss) und die ihr unterstehende Helsingin kaupungin liikennelaitos (Verkehrsbetriebe der Stadt Helsinki, im Folgenden: Verkehrsbetriebe) zuständig.

13. Aufgrund der einschlägigen Bestimmungen entscheidet der Wirtschaftsausschuss der Stadt Helsinki über die Vergabe des Personennahverkehrs gemäß den vom Stadtrat und dem Verkehrsausschuss genehmigten Zielen. Im Übrigen ist das Beschaffungsamt der Stadt Helsinki für Aufgaben im Zusammenhang mit der Auftragsvergabe für den Personennahverkehr zuständig.

14. Die Verkehrsbetriebe der Stadt Helsinki sind ein kommunaler Wirtschaftsbetrieb,

der sich funktionell und wirtschaftlich entsprechend der jeweiligen Beförderungsart in Produktionseinheiten (Busverkehr, Schienenverkehr, Untergrundbahnverkehr sowie Gleisanlagen und Grundstücke) gliedert. Die Produktionseinheit für Autobusse ist HKL-Bussiliikenne (im Folgenden: HKL). Außerdem besteht eine Mutterein heit des Konzerns, die sich aus der Planungs,- Verwaltungs- und Wirtschaftsabteilung zusammensetzt. Die Planungsabteilung nimmt Bestellungen vor und erarbeitet Vorschläge für den Verkehrsausschuss hinsichtlich der auszuschreibenden Linienverbindungen und des festzulegenden Beförderungsniveaus. Die Produktionseinheiten sind wirtschaftlich von dem übrigen Teil der Verkehrsbetriebe getrennt und verfügen jeweils über eine eigene Buchführung und eine eigenständige Bilanzierung.

Das streitige Ausschreibungsverfahren

15. Mit Schreiben vom 1. September 1997 und einer im Amtsblatt im Teil „öffentliche Ausschreibungen" am 4. September 1997 veröffentlichten Bekanntmachung forderte das Beschaffungsamt zur Abgabe von Angeboten für sieben Lose auf, die den Betrieb des innerstädtischen Busverkehrs in Helsinki auf Routen und zu Zeiten betrafen, die in der Ausschreibung näher angegeben waren. Das Ausgangsverfahren betrifft das 6. Los des Ausschreibungsverfahrens, die Linie 62.

16. Wie aus den Akten hervorgeht, sollte das für die Stadt gesamtwirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhalten. Beurteilungskriterien sollten der Gesamtpreis des Linienbetriebs, die Qualität des Fuhrparks sowie das Qualitäts- und Umweltkonzept des Unternehmers sein.

17. Bezüglich des Gesamtpreises sollte das günstigste Angebot 86 Punkte erhalten, wobei sich die Punktzahl der anderen wie folgt errechnete: Punktzahl des Angebots = Betrag der jährlichen Vergütung des Linienbetriebs gemäß dem günstigsten Angebot, geteilt durch den Preis der Vergütung des Linienbetriebs des jeweiligen Bieters und multipliziert mit 86.

18. Bezüglich des Fuhrparks sollten zusätzliche Punkte für die Verwendung von Bussen mit Stickoxidemissionen unterhalb von 4 g/kWh (+ 2,5 Punkte), unterhalb von 2 g/kWh (+ 3,5 Punkte) und Lärmemissionen unterhalb von 77 dB (+ 1 Punkt) vergeben werden.

19. Für das Qualitäts- und Umweltkonzept des Unternehmers wurden Punkte für die zertifizierte Erfüllung bestimmter Qualitätsmerkmale sowie für die zertifizierte Einhaltung bestimmter Umweltstandards vergeben.

20. Das Beschaffungsamt erhielt acht Angebote für das 6. Los, darunter die der HKL und der Swebus Finland Oy Ab, die zunächst zur Stagecoach Finland Oy Ab und schließlich zur Concordia Bus Finland Oy Ab (im Folgenden: Klägerin) wurde. Das Angebot der Klägerin enthielt die zwei Varianten A und B.

21. Der Wirtschaftsausschuss der Stadt Helsinki beschloss am 12. Februar 1998, den Linienbetrieb des Loses 6 an HKL zu vergeben, da deren Angebot wirtschaftlich insgesamt am günstigsten sei. Wie aus dem Vorlagebeschluss hervorgeht, hatte die Klägerin das preisgünstigste Angebot mit 81,44 Punkten für die Variante A und 86 Punkten für die Variante B abgegeben. HKL erhielt 85,75 Punkte. Bezüglich des Fuhrparks erhielt HKL mit 2,94 die meisten Punkte, während die Klägerin 0,77 Punkte für Variante A und 1,44 Punkte für Variante B erhielt. Die 2,94 Punkte, die HKL zuerkannt wurden, beruhten auf einem Stickoxidausstoß von weniger als 2 g/kWh und einer Lärmemission unterhalb von 77 dB. Die Klägerin erhielt weder im Bereich Stickoxide noch im Bereich Lärmemissionen Zusatzpunkte. Hinsichtlich ihrer Qualitäts- und Umweltzertifikate erhielten HKL und die Klägerin die gleiche Punktzahl. Demgemäß erhielt HKL insgesamt die höchste Punktzahl, nämlich 92,69 Punkte, während die Klägerin mit 86,21 Punkten für die Variante A und 88,56 Punkten für die Variante B den zweiten Platz belegte.

Das Verfahren vor den nationalen Stellen

22. Die Klägerin hat gegen die Entscheidung des Verkehrsausschusses Nichtigkeitsklage vor dem Kilpailuneuvosto (Wettbewerbsrat) erhoben und geltend gemacht, dass die Vergabe von Zusatzpunkten für Fahrzeuge, die gewisse Stickstoffemissionsmengen und gewisse Lärmpegel unterschreiten, unangemessen und diskriminierend sei. Es seien Zusatzpunkte für den Einsatz einer Art von Autobussen gewährt worden, die tatsächlich nur ein Bieter anzubieten in der Lage gewesen sei.

23. Der Kilpailuneuvosto hat die Klage abgewiesen. Der Auftraggeber habe das Recht, zu bestimmen, welchen Fuhrpark er verlange. Aufstellung und Gewichtung der Auswahlkriterien müssten sich jedoch objektiv an den Bedürfnissen des Auftraggebers und der Art des Auftrags orientieren. Der Auftraggegeber müsse erforderlichenfalls begründen können, dass Auswahl und Anwendung der Bewertungskriterien sachgerecht erfolgt seien.

24. Die Entscheidung der Stadt Helsinki, Busse mit geringen Emissionen zu begünstigen, stelle eine umweltpolitische Entscheidung zur Verringerung der Umweltbeeinträchtigungen durch den Busverkehr dar, so dass kein Verfahrensfehler vorliege.

Beinhalte das Kriterium eine unangemessene Benachteiligung eines Bieters, so könne das Verfahren aufgehoben werden. Vorliegend habe es indessen allen Bietern freigestanden, erdgasbetriebene Busfahrzeuge zu erwerben. Es sei daher nicht nachgewiesen, dass die Klägerin durch das fragliche Kriterium diskriminiert worden sei.

25. Die Klägerin hat gegen die Entscheidung des Wettbewerbsrates vor dem vorlegenden Gericht Rechtsmittel eingelegt. Sie hat geltend gemacht, dass die Vergabe von Zusatzpunkten für die jeweils geringsten Schadstoff- und Lärmemissionen HKL begünstige, da tatsächlich nur sie in der Lage gewesen sei, einen entsprechenden Fuhrpark einzusetzen. Darüber hinaus seien die genannten Umweltkriterien im Rahmen der Gesamtbewertung nicht berücksichtigungsfähig, da sie in keinem unmittelbaren Zusammenhang zum Gegenstand der Ausschreibung stünden.

26. In seinem Vorlagebeschluss führt das vorlegende Gericht zunächst aus, dass es für die Entscheidung, ob auf den zu entscheidenden Sachverhalt die Verordnung 243/1995 oder die Verordnung 567/1994 Anwendung finde, notwendig sei festzustellen, ob der streitige Auftrag in den Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 oder der Richtlinie 93/38 falle. Hierzu stellt das vorlegende Gericht fest, dass in Anhang VII der Richtlinie 93/38 für die Republik Finnland sowohl öffentliche und private Auftraggeber, die im Geltungsbereich der laki luvanvaraisesta henkilöliikentestä tiellä (Gesetz über den genehmigungspflichtigen Straßenpersonenverkehr) Omnibusverkehr betrieben, als auch die Verkehrsbetriebe der Stadt Helsinki genannt würden, die die U-Bahn und den Straßenbahnverkehr betreiben.

27. Das vorlegende Gericht erklärt sodann, dass für die Entscheidung des Ausgangsverfahrens die Auslegung gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften erforderlich sei, um festzustellen, ob eine Stadt bei der Vergabe eines Auftrags wie im Falle des Ausgangsverfahrens berechtigt sei, Umweltgesichtspunkte bei der Prüfung der Fuhrparkangebote zu berücksichtigen. Erwiesen sich die Argumente der Klägerin hinsichtlich der Umweltgesichtspunkte und einiger anderer Punkte als stichhaltig, so erreiche ihr Angebot Variante B eine höhere Punktzahl als das von HKL.

28. Das vorlegende Gericht stellt fest, dass Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50 und Artikel 34 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 93/38 unter den Kriterien, nach denen sich das wirtschaftlich günstigste Angebot ermittele, Umweltgesichtspunkte nicht erwähnten. Demgegenüber habe der Gerichtshof in seinen Urteilen in den Rechtssachen Beentjes sowie Evans Medical und Macfarlan Smith [4] entschieden, dass den öffentlichen Auftraggebern im Hinblick auf die Wahl

4 — Urteile vom 20. September 1988 in der Rechtssache 31/87 (Slg. 1988, 4635) und vom 28. März 1995 in der Rechtssache C-324/93 (Slg. 1995, I-563).

des wirtschaftlich günstigsten Angebots die Auswahl der Zuschlagskriterien überlassen bleibe. Diese Auswahl könne sich andererseits nur auf Kriterien erstrecken, die der Wahl des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienten.

29. Schließlich nimmt das vorlegende Gericht auf die Mitteilung der Kommission vom 11. März 1998 „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union" (KOM[1998] 143 endg.) Bezug, in der die Kommission die Auffassung vertreten hat, dass Umweltelemente zur Auswahl des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen könnten, wenn sich aus dem Bezug auf diese Faktoren ein wirtschaftlicher Vorteil zum unmittelbaren wirtschaftlichen Nutzen des öffentlichen Auftraggebers nachweisen lasse.

III — Die Vorlagefragen

30. Das vorlegende Gericht hat daher das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Sind die Bestimmungen über den Anwendungsbereich der Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. L 199, S. 84) und insbesondere Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a, Absatz 2 Buchstabe c und Absatz 4 dahin auszulegen, dass diese Richtlinie auf ein Verfahren Anwendung findet, das eine Stadt als Auftraggeber für die Vergabe eines Betriebes des innerstädtischen Busverkehrs durchgeführt hat, wenn

   — die Stadt für die Planung, Entwicklung, Produktion und die übrigen Organisationsmaßnahmen sowie für die Überwachung des Personennahverkehrs im Stadtgebiet zuständig ist,

   — die Stadt zur Erledigung der vorgenannten Aufgaben einen Verkehrsausschuss und die diesem Ausschuss unterstehenden Verkehrsbetriebe unterhält,

   — die städtischen Verkehrsbetriebe über eine Planungsabteilung verfügen, die Bestellungen vornimmt und Vorschläge für den Verkehrsausschuss hinsichtlich der auszuschreibenden Linienverbindungen und des festzulegenden Beförderungsniveaus erarbeitet,

— die städtischen Verkehrsbetriebe über wirtschaftlich von dem übrigen Teil der Verkehrsbetriebe getrennte Produktionseinheiten, unter anderem auch eine für den Autobusverkehr, verfügen und Letztere an Ausschreibungen für den Autobusverkehr teilnimmt?

2. Sind die gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen über öffentliche Aufträge, insbesondere Artikel 36 Absatz 1 der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1), bzw. die entsprechende Bestimmung in Artikel 34 Absatz 1 der Richtlinie 93/38/EWG dahin auszulegen, dass eine Stadt, die einen Auftrag für den Betrieb des innerstädtischen Busverkehrs ausschreibt, bei den Kriterien für den auf der Grundlage des günstigsten Angebots zu vergebenden Auftrag neben dem Angebotspreis, dem Qualitäts- und Umweltkonzept des Verkehrsunternehmers und mehrerer anderer Eigenschaften des Fuhrparks auch die Verringerung der Stickoxid- und Lärmemissionen in der in der Ausschreibung angegebenen Weise so berücksichtigen kann, dass für Fahrzeuge, deren Stickoxidausstoß oder Lärmpegel unterhalb gewisser Grenzen bleibt, Zusatzpunkte vergeben werden, die in die Gesamtbewertung der Angebote einfließen?

3. Wenn diese Frage bejaht wird: Sind die gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen über öffentliche Aufträge dahin auszulegen, dass die Vergabe von Zusatzpunkten für die vorgenannten Eigenschaften des Fuhrparks hinsichtlich Stickoxid- und Lärmemissionen dennoch unzulässig ist, wenn von vornherein feststeht, dass der eigene Busbetrieb der Stadt, die die Ausschreibung veranstaltet, einen Fuhrpark anbieten kann, der diesen Anforderungen genügt, während aufgrund der tatsächlichen Umstände nur wenige andere Unternehmen dieses Sektors hierzu in der Lage sind?

IV — Erörterung

Zur ersten Vorabentscheidungsfrage

31. Mit seiner ersten Frage möchte das Gericht wissen, ob die Richtlinie 93/38 dahin auszulegen ist, dass sie auf den im Vorlagebeschluss mitgeteilten Sachverhalt Anwendung findet. Es geht also um die Frage, welche der beiden Richtlinien 93/38 und 92/50 auf den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens anzuwenden ist.

Vorbemerkung

32. Einige Beteiligte, darunter auch die Klägerin und die niederländische Regierung, machen, ohne ausdrücklich die Einrede der Unzulässigkeit zu erheben, geltend, die erste Frage sei für die Beantwortung der zweiten und dritten Frage ohne Belang. Die Bestimmungen, auf die sich die zweite und dritte Vorlagefrage bezögen, seien in beiden Richtlinien nahezu identisch. Es sei daher nicht notwendig, zunächst zu entscheiden, welche der beiden Richtlinien anzuwenden sei.

34. Derartige außergewöhnliche Umstände liegen hier nicht vor. Im Gegenteil weist das vorlegende Gericht eindeutig auf den Zusammenhang zwischen seiner ersten Frage und dem Rechtsstreit des Ausgangsverfahrens hin, wenn es erklärt: „Um zu entscheiden, ob in der vorliegenden Sache die Bestimmungen der Verordnung 243 oder der Verordnung 567 anzuwenden sind, ist an den Gerichtshof die Frage zu richten, ob ein Auftrag wie der vorliegende in den Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 oder der Richtlinie 93/38 fällt ..." Die erste Frage des vorlegenden Gerichts ist daher zu beantworten.

Die Stellungnahmen der Beteiligten

33. Es ist aber grundsätzlich allein Sache des nationalen Gerichts, sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung zum Erlass seines Urteils als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof vorgelegten Fragen zu beurteilen. Der Gerichtshof kann die Entscheidung über die Vorlagefrage eines nationalen Gerichts nur ablehnen, wenn die erbetene Auslegung des Gemeinschaftsrechts offensichtlich in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht, wenn das Problem hypothetischer Natur ist oder er nicht über die tatsächlichen oder rechtlichen Angaben verfügt, die für eine sachdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erforderlich sind [5].

35. Die *Stadt Helsinki*, die *finnische*, die *griechische* und die *österreichische Regierung* plädieren für die Anwendung der Richtlinie 93/38. Die Verkehrsbetriebe seien Bestandteil des „Systems" der Stadt Helsinki. Die Stadt Helsinki einschließlich ihrer Verkehrsbetriebe sei eine „staatliche Behörde" im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 93/38 und übe eine Tätigkeit gemäß Absatz 2 Buchstabe c aus, so dass diese Richtlinie Anwendung finde.

36. Dieser Annahme stehe auch Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie 93/38 nicht entgegen. Diese Bestimmung sei vorliegend nicht einschlägig, weil aus dem Vor-

5 — Urteil vom 13. März 2001 in der Rechtssache C-379/98 (PreussenElektra, Slg. 2001, I-2099, Randnrn. 38 und 39).

lagebeschluss nicht hervorgehe, dass andere Unternehmen die Möglichkeit hätten, den Betrieb eines öffentlichen Busverkehrs unter den gleichen Bedingungen wie der Auftraggeber im Ausgangsverfahren zu versehen.

37. Demgegenüber halten die *Klägerin* und die *Kommission* die Richtlinie 92/50 für anwendbar. Die Kommission weist darauf hin, dass nach dem Vorlagebeschluss nicht die Stadt Helsinki selbst, ihre Ausschüsse oder ihr Beschaffungsamt die Verkehrsversorgungsnetze betreibe, sondern die jeweilige Produktionseinheit der Verkehrsbetriebe. Diese Produktionseinheiten, die von dem übrigen Teil der Verkehrsbetriebe getrennt seien, fungierten nicht als Auftraggeber des im Ausgangsverfahren streitigen Vergabeverfahrens.

38. Die *niederländische* und die *schwedische Regierung* äußern sich zur ersten Frage nicht.

39. Die *britische Regierung* vertritt die Auffassung, es sei Aufgabe des vorlegenden Gerichts, auf der Grundlage von Artikel 2 der Richtlinie 93/38 darüber zu entscheiden, welche der beiden Richtlinien Anwendung finde.

Eigene Stellungnahme

40. Die erste Vorlagefrage betrifft den Anwendungsbereich der Richtlinie 93/38.

41. Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 93/38 bestimmt, dass die Richtlinie für Auftraggeber gilt, „die staatliche Behörden oder öffentliche Unternehmen sind und die eine Tätigkeit im Sinne des Absatzes 2 ausüben".

42. Wie aus dem Vorlagebeschluss hervorgeht, oblag es dem Wirtschaftsausschuss der Stadt Helsinki, über den Zuschlag für die Nahverkehrsbetriebe zu entscheiden. Bei dem Auftraggeber im Ausgangsverfahren handelt es sich damit zweifelsfrei um eine „staatliche Behörde" im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 93/38.

43. Für die Anwendbarkeit der Richtlinie 93/38 ist es darüber hinaus erforderlich, dass die staatliche Behörde „eine Tätigkeit im Sinne des Absatzes 2 ausübt". Vorliegend handelt es sich dabei um eine Tätigkeit gemäß Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe c, nämlich „das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit

im Bereich des Verkehrs per... Bus ...". Der Begriff des Netzes wird sodann im zweiten Unterabsatz des Absatzes 2 wie folgt definiert: „Im Verkehrsbereich ist ein Netz vorhanden, wenn die Verkehrsleistung gemäß von einer zuständigen Behörde eines Mitgliedstaats erteilten Auflagen erbracht wird; dazu gehören die Festlegung der Strecken, die Transportkapazitäten oder die Fahrpläne."

44. Hieraus ergibt sich meines Erachtens, dass die Richtlinie 93/38 anzuwenden ist, wenn eine staatliche Behörde selbst ein Netz betreibt und in diesem Zusammenhang eine Ausschreibung erfolgt. Umgekehrt ist die Richtlinie 93/38 nicht anwendbar, wenn die beabsichtigte Vergabe den Netzbetrieb selbst betrifft.

45. Die österreichische Regierung, die die Auffassung vertritt, dass „der Betrieb eines öffentlichen Busverkehrsnetzes unzweifelhaft eine Tätigkeit im Sinne von Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe c der Richtlinie [93/38] darstellt", und feststellt, dass „gemäß dem Vorlagebeschluss... der Betrieb eines derartigen Netzes Gegenstand der Ausschreibung war", geht offensichtlich davon aus, dass die Richtlinie 93/38 Anwendung findet, weil der Betrieb des Netzes Gegenstand der streitigen Ausschreibung war.

46. Ich hingegen meine, dass der Wortlaut der Richtlinie 93/38 für eine derartige Auslegung ihres Anwendungsbereichs keinen Anhaltspunkt bietet.

47. Wie nämlich aus Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 93/38 hervorgeht, ist sie nur anzuwenden, wenn der Auftraggeber *eine Tätigkeit ausübt*, in unserem Fall also „das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Verkehrs per... Bus ...". Dies entspricht vorliegend „de[m] Betrieb eines öffentlichen Busverkehrs" gemäß Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie.

48. Wie sich aus den Begriffen „Betreiben" und „Betrieb" ergibt, muss der Auftraggeber selbst den Busverkehr ausführen. Hingegen wäre es für den Betrieb eines Busverkehrsnetzes nicht ausreichend, wenn der Auftraggeber beispielsweise nur die Fahrstrecke oder den Fahrplan bestimmte. Wie sich nämlich aus Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe c Unterabsatz 2 ergibt, ist die Festlegung der Strecken u. Ä. nicht gleichzusetzen mit dem Betrieb des Netzes, sondern betrifft dessen Struktur und Organisation. Anders ausgedrückt beinhaltet der *Betrieb* eines Netzes die Sicherstellung seiner Funktion mit im Prinzip eigenem Personal und eigenen Fahrzeugen.

49. Hieraus folgt, dass die Richtlinie dann Anwendung findet, wenn der Auftraggeber

selbst ein Busverkehrsnetz betreibt und im Rahmen dieser Tätigkeit beispielsweise für den Erwerb von Busfahrzeugen eine Ausschreibung vornimmt [6]. Betrifft die Ausschreibung desselben Auftraggebers hingegen die *Übertragung des Netzbetriebs auf Dritte*, so handelt er nicht mehr im Rahmen einer Netzbetreibertätigkeit.

50. Diese Auslegung entspricht nicht nur der Regelung in Artikel 2 der Richtlinie 93/38, sondern auch der Liste der Dienstleistungen, die Gegenstand eines Ausschreibungsverfahrens im Anwendungsbereich der Richtlinie sein können. Artikel 15 und 16 der Richtlinie verweisen hierzu auf die Anhänge XVI A und XVI B. Die dort im Einzelnen aufgeführten Dienstleistungen sind eindeutig Unterbestandteile der vom Auftraggeber im Sinne von Artikel 2 Absatz 2 ausgeführten Tätigkeiten. Hingegen sucht man dort vergebens nach dem Betrieb eines Busverkehrsnetzes als solchem, wie er Gegenstand des streitigen Ausschreibungsverfahrens war.

51. Im Übrigen ist es meines Erachtens unzulässig, den Anwendungsbereich der Richtlinie durch eine weite Auslegung dahin auszudehnen, dass sie auch Ausschreibungsverfahren, die eine Tätigkeit im Sinne von Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe c der Richtlinie zum Gegenstand haben, erfasst.

52. Denn die Richtlinie 93/38 stellt gegenüber der Richtlinie 92/50, die allgemeine Regelungen für Dienstleistungsaufträge enthält, eine Ausnahmeregelung dar. Dies ergibt sich aus dem Urteil in der Rechtssache Telaustria und Telefonadress [7], in dem der Gerichtshof in Randnummer 33 ausführt: „Wird ein Auftrag von der Richtlinie 93/38 erfasst, die für einen spezifischen Dienstleistungssektor gilt, so ist folglich die Richtlinie 92/50, die bestimmungsgemäß für Dienstleistungen im Allgemeinen gilt, nicht anwendbar."

53. Nach ständiger Rechtsprechung [8] sind Ausnahmeregelungen eng auszulegen, so dass vorliegend eine weite Auslegung des Anwendungsbereichs der Richtlinie 93/38 nicht in Betracht kommt.

54. Ein Ausschreibungsverfahren zur Übertragung eines Busverkehrsnetzbetriebs fällt daher nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 93/38. Anwendung findet vielmehr die Richtlinie 92/50, soweit ihre Voraussetzungen im Übrigen erfüllt sind.

6 — Vgl. hierzu Urteil des Gerichtshofes vom 25. April 1996 in der Rechtssache C-87/94 (Kommission/Belgien, Slg. 1996, I-2043). In dieser Rechtssache hatte die Société régionale wallone du transport, die als öffentliches Unternehmen ein Autobusverkehrsnetz für die Öffentlichkeit betrieb, auf der Grundlage der Richtlinie 90/531, die später durch die Richtlinie 93/38 ersetzt wurde, einen Lieferauftrag über 307 Busfahrzeuge öffentlich ausgeschrieben.

7 — Urteil vom 7. Dezember 2000 in der Rechtssache C-324/98 (Slg. 2000, I-10745).

8 — Urteil in der Rechtssache Evans Medical und Macfarlan Smith, Randnr. 48.

55. Diese Feststellung beantwortet indes noch nicht die erste Vorlagefrage. Wie bereits ausgeführt, nehmen mehrere Beteiligte nicht den Gegenstand der Ausschreibung zum Ausgangspunkt, sondern die Tatsache, dass die Verkehrsbetriebe — darunter auch HKL — Bestandteil des „Systems" der Stadt Helsinki sind. Hieraus folgern sie, dass die Stadt Helsinki, sofern die HKL den Zuschlag für eine Buslinie erhielte, selbst ein Busverkehrsnetz betreiben und damit eine Tätigkeit im Sinne von Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe c der Richtlinie 93/38 ausüben würde, so dass diese Richtlinie Anwendung fände.

56. Auch diesem Vorbringen kann jedoch nicht gefolgt werden.

57. Zunächst betrifft die Frage des vorlegenden Gerichts die Anwendbarkeit einer Richtlinie hinsichtlich einer öffentlichen Ausschreibung für eine bestimmte Dienstleistung. Das vorlegende Gericht geht daher davon aus, dass es sich tatsächlich um eine öffentliche Ausschreibung handelt, eine Annahme, die hier nicht in Frage zu stellen ist.

58. Das Wesen einer öffentlichen Ausschreibung, gleichgültig ob im Rahmen der Richtlinie 92/50 oder der Richtlinie 93/38, besteht im Abschluss schriftlicher entgeltlicher Verträge zwischen Unternehmen oder Behörden als Auftraggebern einerseits und Dienstleistungserbringern andererseits [9].

59. Soll dieses grundlegende Merkmal einer öffentlichen Ausschreibung nicht verkannt werden, ist daher geboten, die HKL als gegenüber der Stadt Helsinki selbständige Einheit anzusehen. Wäre die Stadt Helsinki nämlich Auftraggeber und Dienstleistungserbringer in einer Person, so wäre das das Gegenteil einer öffentlichen Ausschreibung.

60. Handelt es sich also bei der Stadt Helsinki, vertreten durch das Beschaffungsamt, um den Auftraggeber, so gilt dies definitionsgemäß nicht für die HKL. Ebenso definitionsgemäß kann die Stadt Helsinki dadurch, dass die HKL Dienstleistungserbringer für den Betrieb des Busverkehrsnetzes ist, diesen Betrieb nicht selbst ausführen. Da die Stadt Helsinki selbst demnach keine Tätigkeit zum Betrieb eines Busverkehrsnetzes im Sinne von Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe c ausübt, ergibt sich, dass die Richtlinie 93/38 nicht anwendbar ist.

61. Als Antwort auf die erste Frage schlage ich daher vor, dass die Bestimmungen über den Anwendungsbereich der Richtlinie 93/38 und insbesondere Artikel 2 Absatz 1

9 — Siehe Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50 und Artikel 1 Absatz 4 der Richtlinie 93/38.

Buchstabe a, Absatz 2 Buchstabe c und Absatz 4 nicht dahin auszulegen sind, dass diese Richtlinie auf ein Verfahren Anwendung findet, das eine Stadt als Auftraggeber für die Vergabe eines Betriebs des innerstädtischen Busverkehrs durchgeführt hat, wenn

— die Stadt für die Planung, Entwicklung, Produktion und die übrigen Organisationsmaßnahmen sowie für die Überwachung des Personennahverkehrs im Stadtgebiet zuständig ist,

— die Stadt zur Erledigung der vorgenannten Aufgaben einen Verkehrsausschuss und die diesem Ausschuss unterstehenden Verkehrsbetriebe unterhält,

— die städtischen Verkehrsbetriebe über eine Planungsabteilung verfügen, die Bestellungen vornimmt und Vorschläge für den Verkehrsausschuss hinsichtlich der auszuschreibenden Linienverbindungen und des festzulegenden Beförderungsniveaus erarbeitet,

— die städtischen Verkehrsbetriebe über wirtschaftlich von dem übrigen Teil der Verkehrsbetriebe getrennte Produktionseinheiten, unter anderem auch eine für den Autobusverkehr, verfügen und Letztere an Ausschreibungen für den Autobusverkehr teilnimmt.

Die zweite Vorlagefrage

62. Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Artikel 36 Absatz 1 der Richtlinie 92/50 oder Artikel 34 Absatz 1 der Richtlinie 93/38 es gestatten, bei den Kriterien für den auf der Grundlage des günstigsten Angebots zu vergebenden Auftrag die Verringerung der Stickoxid- und Lärmemissionen so zu berücksichtigen, dass für Fahrzeuge, deren Stickoxidausstoß oder Lärmpegel unterhalb gewisser Grenzen bleibt, Zusatzpunkte vergeben werden, die in die Gesamtbewertung der Angebote einfließen.

Stellungnahmen der Beteiligten

63. Die *Klägerin* vertritt die Auffassung, dass die Beurteilungskriterien im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung nach dem Wortlaut der Richtlinie 92/50 stets wirtschaftlicher Natur sein müssen. Sofern der

Auftraggeber Umwelt- oder ähnlichen Gesichtspunkten Geltung verschaffen wolle, müsse er ein anderes Verfahren als die öffentliche Ausschreibung wählen.

64. Demgegenüber sind *alle anderen Beteiligten* der Auffassung, dass es zulässig sei, Umweltkriterien bei der Zuschlagserteilung zu berücksichtigen. Sie berufen sich hierfür insbesondere darauf, dass Artikel 36 Absatz 1 der Richtlinie 92/50 und Artikel 34 Absatz 1 der Richtlinie 93/38 nur eine beispielhafte Aufzählung der Merkmale enthielten, die der Auftraggeber bei der Vergabe berücksichtigen dürfe, dass Artikel 6 EG die Einbeziehung der Umweltpolitik in andere Gemeinschaftspolitiken verlange sowie darauf, dass es die Urteile in den Rechtssachen Beentjes sowie Evans Medical und Macfarlan Smith dem Auftraggeber erlaubten, diejenigen Vergabekriterien auszuwählen, auf die er für die Erteilung des Zuschlags abzustellen beabsichtige.

65. Im Übrigen enthalten die einzelnen Stellungnahmen unterschiedliche Gesichtspunkte.

66. Die *Stadt Helsinki*, unterstützt von der *finnischen Regierung*, hebt hervor, dass es in ihrem Interesse und dem ihrer Bürger liege, den Schadstoffausstoß so weit wie möglich zu reduzieren. Für die Stadt Helsinki als innerhalb ihres Stadtgebiets für die Umwelt Verantwortliche ergäben sich unmittelbare Spareffekte insbesondere im medizinisch-sozialen Bereich, der etwa 50 % ihres Gesamthaushalts ausmache. Sämtliche Faktoren, die, selbst in geringem Maße, zur Verbesserung der Gesundheit beitrügen, führten in erheblichem Umfang zu einer raschen Senkung dieser Kosten.

67. Die *griechische Regierung* erklärt, dass das den nationalen Behörden bei der Auswahl der Vergabekriterien eingeräumte Ermessen voraussetze, dass diese Auswahl nicht willkürlich erfolge und die ausgewählten Kriterien nicht gegen die Bestimmungen des EG-Vertrags, insbesondere die Grundsätze der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit sowie das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit verstießen.

68. Die *niederländische Regierung* vertritt die Auffassung, dass sämtliche angewandten Vergabekriterien einen wirtschaftlichen Bezug aufweisen müssten. Diese Voraussetzung sei indes vorliegend erfüllt, da die Stadt Helsinki als Auftraggeber fungiere und gleichzeitig finanziell für die Umweltpolitik verantwortlich sei.

69. Die *österreichische Regierung* vertritt die Auffassung, dass die Richtlinien über

die öffentliche Auftragsvergabe zwei wesentliche Einschränkungen für Vergabekriterien enthielten. Zum einen müssten die vom Auftraggeber festgelegten Kriterien einen Bezug zum Auftragsgegenstand aufweisen und es dem Auftraggeber ermöglichen, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln. Zum anderen müssten die ausgewählten Kriterien das dem Auftraggeber eingeräumte Ermessen auf eine objektive Überprüfungsgrundlage stellen und keinen Spielraum für willkürliche Auswahlentscheidungen lassen.

70. Darüber hinaus müssten die Vergabekriterien in unmittelbarem Zusammenhang zum Auftragsgegenstand stehen, ihr Inhalt objektiv feststellbar und ihr Beitrag zur Wirtschaftlichkeit des Angebots quantifizierbar sein.

71. Die *schwedische Regierung* erklärt im gleichen Sinne, dass das Auswahlermessen des Auftraggebers insoweit begrenzt sei, als die Vergabekriterien im Zusammenhang mit dem zu vergebenden Auftrag stehen und zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots geeignet sein müssten. Außerdem müssten die Vergabekriterien den Bestimmungen des Vertrages über den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr entsprechen.

72. Die *britische Regierung* ist der Ansicht, Artikel 36 Absatz 1 der Richtlinie 92/50 und Artikel 34 Absatz 1 der Richtlinie 93/38 seien dahin auszulegen, dass die Behörde oder das Unternehmen, das ein Ausschreibungsverfahren zum Betrieb einer Verkehrsdienstleistung mit Bussen veranstaltet, berechtigt sei, neben anderen Vergabekriterien auch Umweltkriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots vorzusehen, solange die Vergleichbarkeit aller Angebote gewährleistet sei, ein Zusammenhang mit der ausgeschriebenen Dienstleistung bestehe und die Kriterien zuvor veröffentlicht worden seien.

73. Die *Kommission* schließlich vertritt die Auffassung, dass die Vergabekriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots vier Voraussetzungen erfüllen müssten. Die Kriterien müssten

— objektiv und

— für alle Angebote gültig sein,

— in enger Verbindung zum Gegenstand des Auftrags stehen und

— einen wirtschaftlichen Vorteil zum unmittelbaren Nutzen des Auftraggebers enthalten.

Eigene Stellungnahme

74. Für die Beantwortung der zweiten Frage ist zunächst der Wortlaut der Richtlinie 92/50, von deren Anwendbarkeit ich vorliegend ausgehe, maßgeblich.

75. Gemäß Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50 „... wendet [der Auftraggeber] bei der Erteilung des Zuschlags... — wenn der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt — verschiedene auf den jeweiligen Auftrag bezogene Kriterien, *z[um] B[eispiel]* [10] Qualität, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit der Leistung, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt, Ausführungszeitraum oder -frist, Preis [an]".

76. Die Stadt Helsinki ist der Ansicht, dass die Kriterien über Stickoxid- und Lärmemissionen den in der zitierten Bestimmung ausdrücklich genannten Begriffen „Qualität" und „technischer Wert" zuzuordnen seien. Die Kommission bezieht sich im Wortlaut ihres Beantwortungsvorschlags für die zweite Frage auf „bestimmte Ausstattungsanforderungen".

10 — Hervorhebung nur hier.

77. Meiner Ansicht nach ist diese Vorgehensweise richtig. Die Frage der Emissionen ist untrennbar mit der Beschaffenheit des Fuhrparks verbunden, der nach dem Willen der Stadt Helsinki beim Betrieb des Busverkehrs zum Einsatz kommen soll. Es kann einem Auftraggeber nicht untersagt werden, eine Ausstattung vorzuschreiben, die dem Stand der Technik („state of the art") entspricht, auch wenn er einzelne Ausstattungsmerkmale, nämlich im Hinblick auf Stickoxidausstoß und Motorenlärm, herausgreift.

78. Allgemein ist zu sagen, dass es sich, falls die Stadt Helsinki in ihrer Ausschreibung verlangt hätte, dass das Verkehrsnetz mit gasbetriebenen Bussen betrieben wird, um eine „technische Spezifikation", die sich auf die „Anforderungen an die betreffende Dienstleistung" bezieht, im Sinne des Grünbuchs der Kommission [11] aus dem Jahre 1996 gehandelt hätte.

79. Die Kommission zitiert darüber hinaus aus ihrer Mitteilung über „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union" [12], in der sie ausgeführt hat:

„Generell gesehen kann jede Verwaltung, die dies wünscht, bei der Beschreibung der

11 — Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union: Überlegungen für die Zukunft (KOM[96] 583 endg.) vom 27. November 1996, Ziffer 5.49.

12 — KOM(98) 143 endg. vom 11. März 1998.

Produkte oder Dienstleistungen, die sie anzuschaffen beabsichtigt, jene Produkte und Dienstleistungen wählen, die ihren Vorstellungen von Umweltschutz entsprechen. Die ergriffenen Maßnahmen müssen selbstverständlich mit den Vorschriften und Prinzipien des EG-Vertrags, insbesondere mit dem Diskriminierungsverbot, vereinbar sein."

80. Demgegenüber handelt es sich vorliegend um ein Weniger. Wenn dem Auftraggeber das Recht zusteht, zu bestimmen, dass die eingesetzten Busse mit Gas betrieben werden sollen, so ist er erst recht berechtigt, im Rahmen der Vergabe denjenigen Unternehmen Zusatzpunkte zu erteilen, die in der Lage sind, durch den Einsatz entsprechender Fahrzeuge besonders strenge Schadstoffnormen einzuhalten, auch wenn dies den Einsatz gasbetriebener Fahrzeuge voraussetzt.

81. Ich meine daher, dass schon aufgrund dieser Darlegungen eine Beantwortung der Vorlagefrage erfolgen könnte.

82. Sollte demgegenüber der Gerichtshof zu der Auffassung gelangen, dass die streitigen Kriterien unabhängig von der zugrunde liegenden Technik, also gewissermaßen auf abstrakter Ebene, zu untersuchen sind, so ergibt sich meines Erachtens aus Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50, insbesondere aus der beispielhaften Aufzählung der Auswahlkriterien, dass beide Richtlinien die Anwendung von Umweltkriterien der vorliegenden Art im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung nicht von vornherein ausschließen. Um aber festzustellen, inwieweit derartige Kriterien tatsächlich zulässig sind, ist es angebracht, die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu diesen oder ähnlichen Bestimmungen zu untersuchen.

83. Am häufigsten wurde von den Beteiligten auf die Urteile in den Rechtssachen Beentjes sowie Evans Medical und Macfarlan Smith Bezug genommen.

84. In seinem Urteil in der Rechtssache Beentjes hatte der Gerichtshof über den Ausschluss eines Bieters mit der Begründung, dass dieser nicht in der Lage sei, Langzeitarbeitslose zu beschäftigen, im Rahmen der Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge [13] zu entscheiden. Hierzu hat der Gerichtshof zunächst festgestellt, „dass eine solche Bedingung weder mit der Prüfung der fachlichen Eignung der Unternehmer im Hinblick auf deren wirtschaftliche, finanzielle und technische Leistungsfähigkeit noch mit den in Artikel 29 genannten Kriterien für die Erteilung des Zuschlags etwas zu tun hat" [14].

85. Dennoch hat der Gerichtshof die Bedingung nicht als unvereinbar mit der

13 — ABl. L 185, S. 5.

14 — Urteil in der Rechtssache Beentjes, zitiert in Fußnote 4, Randnr. 28.

Richtlinie 71/305 angesehen, sondern ausgeführt: „Wie sich aus dem... Urteil vom 9. Juli 1987 [in der Rechtssache CEI und Bellini [15]] ergibt, muss eine solche Bedingung, um mit der Richtlinie vereinbar zu sein, alle einschlägigen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts beachten, und zwar insbesondere die Verbote, die aus den für das Gebiet des Niederlassungsrechts und des freien Dienstleistungsverkehrs vom Vertrag aufgestellten Grundsätzen folgen." [16]

86. Schließlich stellt der Gerichtshof fest: „Auch wenn die vorstehend erörterten Kriterien als solche nicht mit der Richtlinie unvereinbar sind, müssen sie doch unter Beachtung aller Verfahrensvorschriften der Richtlinie, insbesondere der Publizitätsvorschriften, angewendet werden." [17]

87. Nachfolgend hat der Gerichtshof in der Rechtssache Evans Medical und Macfarlan Smith unter Bezugnahme auf die Rechtssache Beentjes entschieden, dass „bei der Wahl des wirtschaftlich günstigsten Angebots den öffentlichen Auftraggebern die Auswahl der Kriterien überlassen [bleibt], die sie für die Erteilung des Zuschlags anwenden wollen, wobei sich diese Auswahl jedoch nur auf Kriterien erstrecken kann, die der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen" [18]. Demzufolge „kann die Sicherheit der Versorgung zu den Kriterien gehören, die gemäß Artikel 25 der Richtlinie [77/62/EWG des Rates vom 21. Dezember 1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge [19] in der durch die Richtlinie 88/295/EWG des Rates vom 22. März 1988 [20] geänderten Fassung] bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots... zu berücksichtigen sind" [21].

88. Über diese beiden Urteile hinaus ist im Rahmen dieser Erörterung auch das neuere Urteil des Gerichtshofes vom 26. September 2000 in der Rechtssache Kommission/Frankreich [22] zu berücksichtigen. In diesem Urteil hat der Gerichtshof wie folgt entschieden:

„Nach Artikel 30 Absatz 1 der Richtlinie 93/37 dürfen sich die öffentlichen Auftraggeber bei Erteilung des Zuschlags ausschließlich auf den niedrigsten Preis oder, wenn der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt, verschiedene auf den jeweiligen Auftrag bezogene Kriterien, wie z. B. Preis, Ausführungsfrist, Betriebskosten, Rentabilität oder technischer Wert, stützen.

Gleichwohl ist der öffentliche Auftraggeber nach dieser Vorschrift nicht in jedem Fall daran gehindert, eine mit dem Kampf gegen die Arbeitslosigkeit zusammenhängende

15 — Verbundene Rechtssachen 27/86 bis 29/86 (Slg. 1987, 3347).

16 — Urteil in der Rechtssache Beentjes, zitiert in Fußnote 4, Randnr. 29.

17 — Urteil in der Rechtssache Beentjes, zitiert in Fußnote 4, Randnr. 31.

18 — Urteil in der Rechtssache Evans Medical und Macfarlan Smith, zitiert in Fußnote 4, Randnr. 42.

19 — ABl. 1977, L 13, S. 1.

20 — ABl. L 127, S. 1.

21 — Urteil in der Rechtssache Evans Medical und Macfarlan Smith, zitiert in Fußnote 4, Randnr. 44.

22 — Rechtssache C-225/98, Slg. 2000, I-7445.

Bedingung als Kriterium zu verwenden, wenn diese Bedingung die wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, vor allem das Diskriminierungsverbot, beachtet, das aus den Bestimmungen des Vertrages zum Niederlassungsrecht und zum Recht des freien Dienstleistungsverkehrs folgt (vgl. Urteil Beentjes, Randnr. 29).

Auch wenn ein derartiges Kriterium nicht als solches mit der Richtlinie 93/37 unvereinbar ist, muss es doch nach Maßgabe aller Verfahrensvorschriften dieser Richtlinie, insbesondere der Publizitätsvorschriften, angewendet werden (vgl. zur Richtlinie 71/305 Urteil Beentjes, Randnr. 31). Ein mit dem Kampf gegen die Arbeitslosigkeit zusammenhängendes Zuschlagskriterium muss daher in der Bekanntmachung des Auftrags ausdrücklich angegeben werden, damit die Unternehmer in der Lage sind, vom Bestehen einer solchen Bedingung Kenntnis zu nehmen (vgl. in diesem Sinne Urteil Beentjes, Randnr. 36)." [23]

89. Auch wenn die genannten Urteile Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Bauaufträge (Urteile in den Rechtssachen Beentjes und Kommission/Frankreich) und öffentlicher Lieferaufträge (Evans Medical und Macfarlan Smith) betreffen, so lassen sich doch die dortigen Erwägungen des Gerichtshofes zweifellos auch auf die Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge übertragen.

90. Wie der Gerichtshof nämlich bereits in der Rechtssache Evans Medical und Macfarlan Smith festgestellt hat, „[gilt] [d]iese Rechtsprechung [in der Rechtssache Beentjes], die sich auf öffentliche Bauaufträge bezieht,... auch für öffentliche Lieferaufträge, da in diesem Punkt zwischen den beiden Auftragsarten keine Unterschiede bestehen" [24]. Auch zu öffentlichen Dienstleistungsaufträgen bestehen derartige Unterschiede nicht.

91. Was die Anwendung dieser Rechtsprechung auf unseren Fall anbelangt, so folgt meines Erachtens aus den vorstehend zitierten Urteilen ohne weiteres, dass Umweltgesichtspunkte als Vergabekriterien eines Dienstleistungsauftrags zulässig sind. Tatsächlich besteht die Gemeinsamkeit der Urteile in den Rechtssachen Beentjes und Kommission/Frankreich meiner Auffassung nach darin, dass der Gerichtshof in beiden Fällen die Rechtmäßigkeit einer öffentlichen Auftragsvergabe, in der ein Kriterium angewandt wurde, das dem Allgemeininteresse diente, anerkannt hat. In der Rechtssache Beentjes handelte es sich um die Verpflichtung eines Bieters, Langzeitarbeitslose zu beschäftigen, während die Rechtssache Kommission/Frankreich eine Vergabebedingung im Zusammenhang mit einer lokalen Maßnahme zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit betraf.

92. Unbestreitbar stellt aber auch der Umweltschutz ein Merkmal dar, das dem Allgemeininteresse dient. Schließlich heißt es in Artikel 6 EG: „Die Erfordernisse des

23 — Urteil in der Rechtssache Kommission/Frankreich, zitiert in Fußnote 22, Randnrn. 49 bis 51.

24 — Urteil in der Rechtssache Evans Medical und Macfarlan Smith, zitiert in Fußnote 4, Randnr. 43.

Umweltschutzes müssen bei der Festlegung und Durchführung der in Artikel 3 genannten Gemeinschaftspolitiken und -maßnahmen insbesondere zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung einbezogen werden."

93. Der Gedanke, dass Kriterien, die dem Allgemeininteresse dienen, als Vergabekriterien eines öffentlichen Auftrags zulässig sind, erscheint im Übrigen folgerichtig. Wenn nämlich öffentliche Auftraggeber dazu berufen sind, das Allgemeininteresse zu wahren, so dürfen sie sich hiervon auch im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge leiten lassen.

94. Gleichwohl unterliegen auch Vergabekriterien, die wie Umweltgesichtspunkte im Allgemeininteresse stehen, gewissen Einschränkungen.

95. Aus den Urteilen in den Rechtssachen Beentjes und Kommission/Frankreich ergeben sich meines Erachtens derartige Einschränkungen in zweierlei Hinsicht.

96. Erstens muss das Auswahlkriterium alle einschlägigen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts beachten, und zwar insbesondere die Verbote, die aus den für das Gebiet des Niederlassungsrechts und des freien Dienstleistungsverkehrs vom EG-Vertrag aufgestellten Grundsätzen folgen [25].

97. Zweitens müssen bei der Anwendung der Kriterien alle Verfahrensvorschriften der Richtlinie, insbesondere die Publizitätsvorschriften, beachtet werden [26]. Hieraus folgt, wie der Gerichtshof in den Rechtssachen Beentjes [27] und Frankreich/Kommission [28] entschieden hat, dass das Auswahlkriterium in der Ausschreibungsbekanntmachung ausdrücklich erwähnt werden muss, damit die Unternehmer in der Lage sind, von ihrem Bestehen Kenntnis zu nehmen.

98. Meines Erachtens gelten beide genannten Einschränkungen auch für Umweltgesichtspunkte als Vergabekriterien. Beide Einschränkungen sind unbestreitbar erforderlich, weil durch die erste ein Unterlaufen der Grundsätze des Gemeinschaftsrechts im Namen des Allgemeininteresses verhindert und durch die zweite die Gleichbehandlung der Bieter gewährleistet wird, ein Grundsatz, der dem Wesen der Regelungen über die öffentliche Auftragsvergabe entspricht [29]. Vorbehaltlich dieser beiden Einschränkungen spricht

25 — Urteile in der Rechtssache Beentjes, zitiert in Fußnote 4, Randnr. 29, und in der Rechtssache Kommission/Frankreich, zitiert in Fußnote 22, Randnr. 50.

26 — Urteile in der Rechtssache Beentjes, zitiert in Fußnote 4, Randnr. 31, und in der Rechtssache Kommission/Frankreich, zitiert in Fußnote 22, Randnr. 51.

27 — Randnr. 36.

28 — Randnr. 51.

29 — Urteile vom 22. Juni 1993 in der Rechtssache C-243/89 „Storebaelt" (Kommission/Danemark, Slg. 1993, I-3353, Randnr. 33) und in der Rechtssache Kommission/Belgien, zitiert in Fußnote 6, Randnr. 51.

meines Erachtens nichts gegen die Anwendung eines Kriteriums, das wie der Umweltschutz dem Allgemeininteresse dient.

99. Mehrere Beteiligte machen die Zulässigkeit von Umweltkriterien im Rahmen einer öffentlichen Auftragsvergabe hingegen noch von weiteren Voraussetzungen abhängig.

100. So betonen einige Beteiligte, das Umweltkriterium müsse wirtschaftlich relevant sein. Nach Auffassung der niederländischen Regierung muss das Kriterium einen wirtschaftlichen Bezug aufweisen. Nach Auffassung der österreichischen Regierung muss das Umweltkriterium einen objektiv messbaren Beitrag zur Wirtschaftlichkeit leisten. Die Kommission schließlich verlangt einen unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil für den Auftraggeber.

101. Obwohl ich mich der von mehreren Beteiligten vertretenen Auffassung anschließen kann, dass vorliegend das Umweltkriterium einen wirtschaftlichen Vorteil für die Stadt Helsinki darstellt, sind Umweltkriterien als Vergabekriterien meines Erachtens auch dann zulässig, wenn weder ein wirtschaftlicher Bezug noch ein wirtschaftlicher Vorteil für den Auftraggeber mittelbar oder unmittelbar feststellbar ist.

102. Zuzugeben ist, dass der Gerichtshof in seinem Urteil in der Rechtssache Evans Medical und Macfarlan Smith entschieden hat, dass „bei der Wahl des wirtschaftlich günstigsten Angebots den öffentlichen Auftraggebern die Auswahl der Kriterien überlassen [bleibt], die sie für die Erteilung des Zuschlags anwenden wollen, wobei sich diese Auswahl aber nur auf Kriterien erstrecken kann, die der Ermittlung des *wirtschaftlich* [30] günstigsten Angebots dienen“ [31].

103. Meines Erachtens leitet sich aber daraus, dass der Auftraggeber das *wirtschaftlich* günstigste Angebot ermitteln muss, nicht ab, dass jedes Auswahlkriterium notwendigerweise wirtschaftlicher Art sein oder einen wirtschaftlichen Bezug aufweisen muss.

104. Wie schon ein Blick auf den Wortlaut von Artikel 36 Absatz 1 der Richtlinie 92/50 zeigt, darf der Auftraggeber beispielsweise die „Ästhetik“ eines Produkts zum Auswahlkriterium machen. Meines Erachtens kann ein ästhetisches Auswahlkriterium schwerlich als wirtschaftlich relevant angesehen werden, es sei denn, man legt den Begriff „wirtschaftlich“ überaus weit aus. Erst recht ist nicht ersichtlich, welchen wirtschaftlichen Vorteil, ob mittelbar oder unmittelbar, der Auftraggeber daraus ziehen sollte.

105. Im Übrigen ist uns allen spätestens seit dem Protokoll von Kyoto die große welt-

30 — Hervorhebung nur hier.
31 — Randnr. 42.

weite Bedeutung des Umweltschutzes bewusst. Es erscheint mir daher nicht gerechtfertigt, ein Umweltkriterium nur dann zuzulassen, wenn es dem wirtschaftlichen Vorteil des jeweiligen Auftraggebers dient. Ein Umweltkriterium ist auch dann gerechtfertigt, wenn es für andere Personen als den Auftraggeber oder für die Umwelt im Allgemeinen vorteilhaft ist.

106. Die Unangemessenheit dieser vor allen Dingen von der Kommission befürworteten Voraussetzung ergibt sich meines Erachtens auch aus einer Antwort der Kommission in der mündlichen Verhandlung. Auf die Frage, worin der unmittelbare wirtschaftliche Vorteil der Stadt Helsinki für das Verteilen von Zusatzpunkten an diejenigen Bieter bestehe, die in der Lage seien, Niederflurbusse anzubieten, hat die Kommission geantwortet, dass dies zu einer Erhöhung der Einnahmen des Auftraggebers führe, da hierdurch Behinderte und ältere Menschen in die Lage versetzt würden, verstärkt Busse zu nutzen.

107. Ganz davon abgesehen, dass es sich hierbei wohl eher um einen mittelbaren als um einen unmittelbaren Vorteil handelt, erscheint es meines Erachtens angemessener, den Einsatz von Niederflurbussen als Dienstleistung gegenüber gewissen Teilen der Bevölkerung und nicht als Mittel zur Erhöhung der Einnahmen des Auftraggebers anzusehen.

108. Die Regierungen Österreichs und Schwedens sowie die Kommission vertreten darüber hinaus die Auffassung, dass das Auswahlkriterium einen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand aufweisen müsse. Die österreichische Regierung verlangt hierfür, dass das Kriterium die zu erbringende Dienstleistung oder die Art ihrer Ausführung betreffen müsse. Die Kommission verlangt sogar einen unmittelbaren Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand.

109. Im vorliegenden Fall ist diese Voraussetzung ohne weiteres erfüllt.

110. Dennoch kann man sich die Frage stellen, ob das Aufstellen einer solchen Voraussetzung gerechtfertigt ist. Wie der Gerichtshof in der Rechtssache Kommission/Frankreich entschieden hat, ist eine Vergabebedingung im Zusammenhang mit einer lokalen Maßnahme zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit vorbehaltlich der beiden bereits von mir dargelegten Einschränkungen nicht zu beanstanden. Das Gleiche gilt in der Rechtssache Beentjes, in der der Gerichtshof eine Bedingung, die die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen betraf, gutgeheißen hat.

111. In beiden Fällen handelte es sich um Bauaufträge. Die Bauarbeiten hätten ebenso gut durch nichtarbeitslose Personen ausgeführt werden können. Die Bedingung stand also nicht im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand, nämlich den im Einzelfall auszuführenden Arbeiten.

112. Hieraus leite ich ab, dass ein Umweltkriterium, nicht anders als ein Kriterium im Zusammenhang mit der Arbeitslosigkeit, nicht, und schon gar nicht unmittelbar, im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen muss.

113. Schließlich muss das Kriterium nach Auffassung der Kommission objektiv und für alle Angebote gültig sein.

114. Auch wenn die Frage erlaubt ist, wie ein ästhetisches Kriterium, das nach Artikel 36 der Richtlinie 92/50 zulässig ist, objektiv bewertet werden kann, genügt vorliegend die Feststellung, dass die Kriterien des Stickoxidausstoßes und der Lärmemission diese Voraussetzung erfüllen.

115. Sie sind quantifizierbar oder messbar und lassen dem Auftraggeber keinen Spielraum für subjektive Ermessensentscheidungen.

116. Was die Voraussetzung der gleichmäßigen Geltung für alle Angebote anbelangt, so entspricht sie der ersten Einschränkung des Gerichtshofes, dass das Vergabekriterium die wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, vor allem das *Diskriminierungsverbot*, das aus den Bestimmungen des EG-Vertrags über das Niederlassungsrecht und das Recht des freien Dienstleistungsverkehrs folgt, beachten muss [32].

117. Aus alledem folgt, dass ein Umweltschutzkriterium als Vergabekriterium zulässig ist, wenn es die Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere das Diskriminierungsverbot und die vier Grundfreiheiten beachtet und nach Maßgabe aller Verfahrensvorschriften der Richtlinie, insbesondere der Publizitätsvorschriften, angewandt wird.

118. Bevor die Vorlagefrage abschließend beantwortet werden kann, soll noch kurz auf einen gemeinsamen Gesichtspunkt der Regierungen der Niederlande und Österreichs sowie der Kommission eingegangen werden, der die Frage betrifft, ob Kriterien mit Bezug auf „Qualitäts- und Umweltkonzepte" der Unternehmer bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots angewandt werden dürfen.

119. Meines Erachtens bewegt sich diese Frage außerhalb des vorliegenden Vorabentscheidungsverfahrens.

32 — Urteile in der Rechtssache Beentjes, zitiert in Fußnote 4, Randnr. 29 und in der Rechtssache Kommission/Frankreich, zitiert in Fußnote 22, Randnr. 50.

120. Das ergibt sich aus dem Wortlaut der Vorlagefrage. Dieser lautet, ob die Stadt Helsinki „bei den Kriterien für den auf der Grundlage des günstigsten Angebots zu vergebenden Auftrag *neben* [33] dem Angebotspreis, dem Qualitäts- und Umweltkonzept des Verkehrsunternehmers und mehrerer anderer Eigenschaften des Fuhrparks *auch* [34] die Verringerung der Stickoxid- und Lärmemissionen" berücksichtigen kann.

121. Das vorlegende Gericht fragt also eindeutig nicht, ob „der Angebotspreis, das Qualitäts- und Umweltkonzept des Verkehrsunternehmers und mehrere... andere... Eigenschaften des Fuhrparks" zulässige Kriterien sind, sondern nur, ob „die Verringerung der Stickoxid- und Lärmemissionen" ein zulässiges Kriterium darstellt.

122. Im Übrigen teilt das vorlegende Gericht mit, dass die HKL und die Klägerin für das Kriterium des „Qualitäts- und Umweltkonzepts des Unternehmers" die gleiche Punktzahl erhalten haben. Die Zulässigkeit dieses Kriteriums spielt daher für die Entscheidung des Ausgangsverfahrens keine Rolle, so dass ich vorschlage, diesen Punkt nicht zu behandeln.

33 — Hervorhebung nur hier.

34 — Hervorhebung nur hier.

123. Aufgrund dieser Erwägungen schlage ich vor, auf die Frage des vorlegenden Gerichts zu antworten, dass die gemeinschaftsrechtliche Regelung für öffentliche Aufträge, insbesondere Artikel 36 Absatz 1 der Richtlinie 92/50, dahin auszulegen ist, dass eine Stadt, die einen Auftrag für den Betrieb des innerstädtischen Busverkehrs ausschreibt, bei den Kriterien für den auf der Grundlage des günstigsten Angebots zu vergebenden Auftrag die Verringerung der Stickoxid- und Lärmemissionen in der in der Ausschreibung angegebenen Weise berücksichtigen kann, sofern das Kriterium die Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere das Diskriminierungsverbot und die vier Grundfreiheiten, beachtet und nach Maßgabe aller Verfahrensvorschriften der Richtlinie, insbesondere der Publizitätsvorschriften, angewendet wird.

Die dritte Vorlagefrage

124. Mit seiner dritten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob das Umweltschutzkriterium dennoch unzulässig ist, wenn von vornherein feststeht, dass der eigene Busbetrieb der Stadt, die die Ausschreibung veranstaltet, einen Fuhrpark anbieten kann, der diesen Anforderungen genügt, während aufgrund der tatsächlichen Umstände nur wenige andere Unternehmen dieses Sektors hierzu in der Lage sind.

Stellungnahme der Beteiligten

125. Die *Klägerin* erklärt, dass die Möglichkeit zum Einsatz gasbetriebener Busse, die praktisch die einzigen Fahrzeuge gewesen seien, mit denen das Zusatzkriterium der verringerten Stickoxid- und Lärmemissionen habe erfüllt werden können, sehr eingeschränkt gewesen sei. Zur fraglichen Zeit habe in ganz Finnland eine einzige Tankanlage für Erdgas bestanden. Die Kapazität dieser provisorischen Anlage habe zur Versorgung von etwa fünfzehn gasbetriebenen Bussen ausgereicht. Unmittelbar vor Beginn der streitigen Ausschreibung habe die HKL elf neue gasbetriebene Busse bestellt, was die Kapazität der Tankanlage erschöpft habe, so dass es unmöglich geworden sei, dort weitere Fahrzeuge zu betanken. Im Übrigen sei die einzige bestehende Tankanlage provisorischer Art gewesen. Die Klägerin hält es für abwegig, zu erwarten, dass Unternehmer Millionen in den Erwerb neuer Fahrzeuge investierten, die sie nicht benutzen könnten bzw. deren Nutzung sehr unsicher sei.

126. Die Klägerin meint deshalb, dass die HKL der einzige Bieter gewesen sei, der tatsächlich im Stande gewesen sei, gasbetriebene Busse anzubieten. Hieraus folge, dass das streitige Ausschreibungsverfahren mit der Festlegung einer strengeren Norm als Euro 2 kein anderes Ziel verfolgt habe, als die dem Auftraggeber zugehörige Produktionseinheit zu bevorzugen. Sie schlägt daher vor, die dritte Frage so zu beantworten, dass die Verteilung von Punkten in Abhängigkeit vom Stickoxidausstoß und der Verringerung der Lärmemissionen zumindest in dem Fall unzulässig sei, in dem die Unternehmer des betroffenen Wirtschaftsbereichs nicht einmal theoretisch über die Möglichkeit verfügten, die Leistung, die zum Erhalt dieser Punkte berechtige, anzubieten.

127. Die *Stadt Helsinki* führt zunächst aus, dass sie weder nach Gemeinschaftsrecht noch nach finnischem Recht verpflichtet gewesen sei, ihren Busverkehr auszuschreiben. Da mit einer Ausschreibung immer zusätzliche Arbeit und Kosten verbunden seien, hätte für sie kein vernünftiger Grund bestanden, eine Ausschreibung zu veranstalten, wenn sie genau gewusst hätte, dass nur ihr eigenes Unternehmen einen den festgelegten Kriterien entsprechenden Fuhrpark hätte anbieten können, oder wenn sie den Busbetrieb für sich habe behalten wollen.

128. Zudem sei die HKL bislang der proportional größte Verlierer der Ausschreibungsverfahren, die Klägerin habe in Helsinki die größten Marktanteilgewinne erzielt. Im Übrigen habe die Klägerin im Frühjahr 1999 die Ausschreibung für die Linie 15 gewonnen, in der der Einsatz

gasbetriebener Busse verlangt worden sei. Die Klägerin hat dies in der mündlichen Verhandlung bestätigt. Die Klägerin liefere mithin selbst den Beleg, dass alle Teilnehmer, sofern sie es wünschten, die Möglichkeit gehabt hätten, erdgasbetriebene Busse zu erwerben.

129. Die *finnische Regierung* vertritt die Auffassung, dass es Aufgabe der nationalen Rechtsprechungsorgane sei, die Objektivität der im Ausschreibungsverfahren festgelegten Kriterien zu überprüfen.

130. Die *griechische Regierung* ist der Auffassung, dass die dritte Vorlagefrage zu bejahen sei.

131. Die *niederländische Regierung* betont, dass die Vergabekriterien nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes [35] objektiv sein müssten und keine Bieter benachteiligt werden dürften.

132. Allerdings habe der Gerichtshof in den Randnummern 32 und 33 seines Urteils in der Rechtssache Fracasso und Leitschutz entschieden, dass, falls nach Abschluss eines Vergabeverfahrens nur ein einziges Angebot übrig bliebe, der Auftraggeber nicht verpflichtet sei, den Auftrag dem einzigen Bieter zu erteilen, der für geeignet gehalten wurde, an der Ausschreibung teilzunehmen. Ausschreibungskriterien seien also nicht alleine deshalb unzulässig, weil sie dazu führten, dass nur noch ein einziger Bieter übrigbleibe.

133. Es sei Aufgabe des vorlegenden Gerichts, festzustellen, ob im Ausgangsverfahren ein echter Wettbewerb gewährleistet gewesen sei.

134. Die *österreichische Regierung* ist der Auffassung, dass die Anwendung der Vergabekriterien des Ausgangsverfahrens im Grundsatz unproblematisch sei, selbst wenn wie vorliegend nur eine begrenzte Anzahl von Bietern in der Lage sei, sie zu erfüllen.

135. Nach der zehnten Begründungserwägung der Richtlinie 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinien 92/50/EWG, 93/36/EWG und 93/37/EWG über die Koordinierung der

35 — Urteile vom 16. September 1999 in der Rechtssache C-27/98 (Fracasso und Leitschutz, Slg. 1999, I-5697, Randnrn. 30 und 31) und in der Rechtssache Kommission/Danemark, zitiert in Fußnote 29.

Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungs-, Liefer- und Bauaufträge[36] könnten Auftraggeber indessen einen Rat einholen bzw. entgegennehmen, der bei der Erstellung der Spezifikation für einen bestimmten Auftrag verwendet werden könne, vorausgesetzt, dass dieser Rat nicht den Wettbewerb ausschalte.

136. Aus dieser Begründungserwägung sowie aus den Grundsätzen, die den Richtlinien über die öffentliche Auftragsvergabe zugrunde lägen, lasse sich folgern, dass die Unternehmen, die mittelbar oder unmittelbar an der Vorbereitung eines Ausschreibungsverfahrens beteiligt seien, ebenso wie ihre verbundenen Unternehmen, sofern zwischen ihnen ein Beherrschungsverhältnis bestehe, vom Wettbewerb insoweit auszuschließen seien, wie ihre Teilnahme den Wettbewerb ausschalte.

137. Der Grundsatz des freien und fairen Wettbewerbs sowie die Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter im Sinne der Richtlinien über die öffentliche Auftragsvergabe könnten durch die mittelbare oder unmittelbare Teilnahme eines der Konkurrenten an der Vorbereitung der Ausschreibung beeinträchtigt werden.

138. Die österreichische Regierung meint deshalb, soweit die organisatorischen Beziehungen zwischen der Stadt Helsinki und der HKL dazu geführt hätten, dass Letztere, in welcher Form auch immer, das der Ausschreibung zugrunde liegende Konzept beeinflusst haben könnte und soweit durch die Beteiligung der HKL an der Vorbereitung der Ausschreibung der Wettbewerb ausgeschaltet worden wäre, müsse ein Ausschluss der HKL aus dem Verfahren erfolgen.

139. Die *schwedische Regierung* vertritt die Auffassung, dass das Emissionskriterium, wie es im Ausgangsverfahren angewandt worden sei, einen Vorteil zugunsten des Bieters, der über gas- oder alkoholbetriebene Fahrzeuge verfüge, darstelle. Indessen seien die anderen Bieter nicht daran gehindert gewesen, selbst derartige Fahrzeuge zu erwerben. Diese seien schon seit vielen Jahren auf dem Markt.

140. Die Vergabe von Zusatzpunkten für geringe Stickstoffemissionen und einen geringen Lärmpegel stelle keine unmittelbare Diskriminierung dar, da die Regelung unterschiedslos für alle gelte. Darüber hinaus stelle das Zusatzpunktsystem wohl auch keine mittelbare Diskriminierung in dem Sinne dar, dass es notwendigerweise die HKL bevorzuge. Daher widerspreche das Zusatzpunktsystem weder dem freien Waren- und Dienstleistungsverkehr noch der Niederlassungsfreiheit.

36 — ABl. L 328, S. 1.

141. Der *britischen Regierung* zufolge steht die Richtlinie der Vergabe von Zusatzpunkten im Rahmen der Wertung der Angebote auch dann nicht entgegen, wenn von vornherein feststeht, dass voraussichtlich nur wenige Unternehmen diese Zusatzpunkte erhalten können, sofern der Auftraggeber die Möglichkeit, Zusatzpunkte zu vergeben, im Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ausschreibung bekannt gemacht hat.

142. Die *Kommission* erinnert an die Rechtsprechung des Gerichtshofes [37], dass der Gleichbehandlungsgrundsatz dem Wesen der Richtlinien auf dem Gebiet der öffentlichen Auftragsvergabe entspreche, so dass die Wettbewerbsbedingungen zwischen den Bietern nicht verfälscht werden dürften.

143. Angesichts der unterschiedlichen Standpunkte der Parteien des Ausgangsverfahrens sieht sich die Kommission allerdings nicht in der Lage zu entscheiden, ob die vorliegend festgelegten Kriterien den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzen oder nicht. Es sei daher Aufgabe des vorlegenden Gerichts, anhand objektiv vorliegender und übereinstimmender Anhaltspunkte festzustellen, ob die genannten Kriterien ausschließlich mit dem Ziel festgelegt wurden, der HKL den Zuschlag zu erteilen.

Eigene Stellungnahme

144. Das vorlegende Gericht fragt, ob die Vergabe von Zusatzpunkten für bestimmte Eigenschaften des Fuhrparks hinsichtlich Stickoxid- und Lärmemissionen „unzulässig ist, wenn von vornherein feststeht, dass der eigene Busbetrieb der Stadt, die die Ausschreibung veranstaltet, einen Fuhrpark anbieten kann, der diesen Anforderungen genügt, während aufgrund der tatsächlichen Umstände nur wenige andere Unternehmen dieses Sektors hierzu in der Lage sind".

145. Diese Frage läuft auf die Frage hinaus, ob unter den genannten Umständen der Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt ist. Ich werde diese Frage gesondert untersuchen

— für den Fall, dass nur ein Unternehmen [38] in der Lage ist, das Kriterium zu erfüllen;

— für den Fall, dass es sich zusätzlich um ein Unternehmen des Auftraggebers handelt.

37 — Siehe hierzu die Urteile in der Rechtssache Kommission/Belgien, zitiert in Fußnote 6, und in der Rechtssache Kommission/Dänemark, zitiert in Fußnote 29.

38 — Was für ein Unternehmen gilt, gilt umso mehr für „wenige Unternehmen", die in der Lage sind, das Kriterium zu erfüllen.

146. Was den ersten Fall anbelangt, so teile ich die Auffassung der schwedischen Regierung, dass unter den Umständen des Ausgangsverfahrens weder ein Fall unmittelbarer noch mittelbarer Diskriminierung der potenziellen Bieter vorliegt.

147. Das streitige Kriterium galt gleichermaßen für alle Angebote und wurde offensichtlich in Übereinstimmung mit den Bestimmungen der Richtlinie veröffentlicht.

148. Um zu entscheiden, ob die Klägerin durch das streitige Kriterium mittelbar gegenüber der HKL benachteiligt wurde, genügt nicht die Feststellung, dass die Klägerin anders als die HKL behandelt wurde, indem sie anders als die HKL keine Zusatzpunkte erhalten hat.

149. Denn nach ständiger Rechtsprechung verlangt der Grundsatz der Gleichbehandlung, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich, und dass unterschiedliche Sachverhalte nicht gleichbehandelt werden, sofern dies nicht objektiv gerechtfertigt ist [39].

150. Vorbehaltlich der vom vorlegenden Gericht vorzunehmenden Beurteilung bin ich der Auffassung, dass im vorliegenden Fall die beiden Unternehmen nur deshalb unterschiedlich behandelt wurden, weil sie sich nicht in derselben Lage befanden: Das eine Unternehmen war in der Lage, den geforderten Fuhrpark anzubieten, das andere nicht.

151. Schließlich böte auch der Umstand, dass das Kriterium festgelegt wurde, das zu der unterschiedlichen Punktevergabe führte, nur dann einen Anhaltspunkt für ein diskriminierendes Verhalten, wenn festgestellt werden könnte, dass das Kriterium im Hinblick auf die Art des Auftrags und die Bedürfnisse des Auftraggebers objektiv nicht gerechtfertigt war.

152. Wie aber bereits oben dargelegt, kann einem Auftraggeber nicht das Recht abgesprochen werden, zu verlangen, dass die zu vergebende Dienstleistung mit einer möglichst guten technischen Ausrüstung durchgeführt wird.

153. Alles andere würde den Auftraggeber dazu zwingen, bei der Festlegung der Kriterien Rücksicht auf die potenziellen Bieter zu nehmen. Da aber jede Ausschreibung eine Vielzahl von Kriterien enthält [40], müsste der Auftraggeber feststellen, welche

39 — Vgl. z. B. Urteile vom 17. Juli 1963 in der Rechtssache 13/63 (Italien/Kommission, Slg. 1963, 335 Randnr. III, 4 a); vom 13. Dezember 1984 in der Rechtssache 106/83 (Sermide, Slg. 1984, 4209, Randnr. 28); vom 20. September 1988 in der Rechtssache 203/86 (Spanien/Rat, Slg. 1988, 4563, Randnr. 25) und vom 13. Dezember 1994 in der Rechtssache C-306/93 (SMW Winzersekt, Slg. 1994, I-5555, Randnr. 30).

40 — So wurden vorliegend Zusatzpunkte für Bieter vergeben, die Busse mit niedrigem Vordereinstieg oder Niederflurbusse anbieten konnten.

Kriterien nur von einem einzigen Bieter erfüllt werden könnten, und diese vorab streichen. Dabei wäre jedes Kriterium für jeden Bieter gesondert zu überprüfen.

154. Eine solche Vorgehensweise hätte aber nicht nur eine Angleichung der Auswahlkriterien „nach unten" unter Ausschluss wirklich selektiver Kriterien zur Folge. Sie ließe auch das vom Gerichtshof anerkannte Recht des Auftraggebers auf freie Wahl der Auftragsvergabekriterien [41] leer laufen. Genau betrachtet beinhaltet eine Festlegung der Vergabekriterien, die sich nach den Bietern richtet, sogar eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Streicht nämlich ein Auftraggeber ein Ausschreibungskriterium, weil einer oder mehrere Bieter nicht in der Lage sind, es zu erfüllen, so benachteiligt er hierdurch denjenigen Bieter, der in der Lage gewesen wäre, das Kriterium zu erfüllen, und nimmt ihm dadurch einen Wettbewerbsvorteil.

155. Ich gelange daher zu dem Schluss, dass diese erste Teilfrage so zu beantworten ist, dass eine Ausschreibung nicht allein deshalb gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstößt, weil sie ein Kriterium enthält, das nur von einem Bieter erfüllt werden kann.

156. Ändert sich an diesem Ergebnis etwas, wenn dieser Bieter ein eigenes Unternehmen des Auftraggebers ist?

157. In diesem Fall sind zwei Alternativen zu unterscheiden:

— Entweder verfügt die HKL gegenüber dem Auftraggeber nicht über eigenständige Entscheidungskompetenz sowie Wirtschafts- und Finanzbefugnisse; in diesem Fall wäre eine Konstellation gegeben, die nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fiele, da die Auftragsvergabe der Stadt Helsinki nicht an einen Dritten erfolgt wäre, sondern an die HKL;

— oder die HKL ist von der Stadt Helsinki der Sache nach unabhängig, wie ich es im Rahmen der Beantwortung der ersten Frage angenommen habe; in diesem Fall würde die Tatsache als solche, dass es sich bei der HKL um den „eigenen Busbetrieb der Stadt, die die Ausschreibung veranstaltet" handelt, den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht in Frage stellen, solange nicht feststeht, dass die Aufnahme des streitigen Kriteriums einzig und allein der Bevorzugung der HKL diente [42].

41 — Urteil in der Rechtssache Evans Medical und Macfarlan Smith, zitiert in Fußnote 4, Randnr. 42.

42 — Ich gehe selbstverständlich davon aus, dass der Auftraggeber die Zusatzpunkte objektiv und unparteiisch vergeben hat.

158. Hierbei handelt es sich um eine reine Tatsachenfrage, die vom vorlegenden Gericht zu beantworten ist.

159. In diesem Zusammenhang ist noch auf die Darlegungen der österreichischen Regierung zur Frage der Teilnahme eines Bieters an der Vorbereitung einer Ausschreibung einzugehen.

160. Ich teile voll und ganz die Auffassung der österreichischen Regierung, dass eine solche Teilnahme rechtswidrig wäre und den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter im Kern verletzen würde. In diesem Zusammenhang kann auf das Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Ismeri Europa/Rechnungshof[43] verwiesen werden, in dem der Gerichtshof es als „Interessenverquickung" angesehen hat, „wenn demjenigen ein öffentlicher Auftrag erteilt wird, der bei der Evaluierung und der Auswahl der Angebote für diesen Auftrag mitgewirkt hat", was dem Gerichtshof zufolge „gravierende Missstände bei dem betroffenen Organ oder der betroffenen Einrichtung [kennzeichnet]".

161. Vom Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter aus betrachtet erscheint nämlich die Teilnahme eines Bieters an der Vorbereitung der Ausschreibung als ein nahezu ebenso schwerer Verstoß wie eine Beteiligung an der Bewertung und Auswahl der Angebote.

162. Allerdings enthält der Vorlagebeschluss keinerlei Indiz dafür, dass die HKL tatsächlich an der Vorbereitung der Ausschreibung beteiligt war. Die Stadt Helsinki hat im Gegenteil in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass eine solche Teilnahme nicht stattgefunden habe. Auch beziehen sich die vorgelegten Fragen nicht auf diesen Sachverhalt. Ich halte es daher nicht für angebracht, zu dieser Frage eine förmliche Antwort zu geben.

163. Ich schlage daher vor, auf die dritte Frage zu antworten, dass das Recht eines Auftraggebers, als Kriterien bei der Vergabe eines innerstädtischen Busverkehrsbetriebs bestimmte Eigenschaften des Fuhrparks hinsichtlich des Stickoxidausstoßes und des Lärmpegels wie im Ausgangsverfahren vorzusehen, nicht dadurch in Frage gestellt wird, dass der eigene Busbetrieb des Auftraggebers einen Fuhrpark, der diesen Anforderungen genügt, anbieten kann, während nur wenige andere Unternehmen in diesem Sektor hierzu in der Lage sind, solange nicht feststeht, dass das Kriterium allein in der Absicht eingeführt wurde, dieses Unternehmen zu bevorzugen.

43 — Urteil vom 10. Juli 2001 in der Rechtssache C-315/99 P (Slg. 2001, I-5281, Randnr. 47).

V — Ergebnis

164. Nach alledem schlage ich vor, die vom vorlegenden Gericht gestellten Fragen wie folgt zu beantworten:

1. Die Bestimmungen über den Anwendungsbereich 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 und insbesondere Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a, Absatz 2 Buchstabe c und Absatz 4 sind dahin auszulegen, dass diese Richtlinie auf ein Verfahren der streitigen Art keine Anwendung findet.

2. Die gemeinschaftsrechtliche Regelung für öffentliche Aufträge, insbesondere Artikel 36 Absatz 1 der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ist dahin auszulegen, dass eine Stadt, die einen Auftrag für den Betrieb des innerstädtischen Busverkehrs ausschreibt, bei den Kriterien für den auf der Grundlage des günstigsten Angebots zu vergebenden Auftrag die Verringerung der Stickoxid- und Lärmemissionen in der in der Ausschreibung angegebenen Weise berücksichtigen kann, sofern das Kriterium die Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere das Diskriminierungsverbot und die vier Grundfreiheiten beachtet und nach Maßgabe aller Verfahrensvorschriften der Richtlinie, insbesondere der Publizitätsvorschriften, angewendet wird.

3. Das Recht eines Auftraggebers, als Kriterien bei der Vergabe eines innerstädtischen Busverkehrsbetriebs bestimmte Eigenschaften des Fuhrparks hinsichtlich des Stickoxidausstoßes und des Lärmpegels wie im Ausgangsverfahren vorzusehen, wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass der eigene Busbetrieb des Auftraggebers einen Fuhrpark, der diesen Anforderungen genügt, anbieten kann, während nur wenige andere Unternehmen dieses Sektors hierzu in der Lage sind, solange nicht feststeht, dass das Kriterium allein in der Absicht eingeführt wurde, dieses Unternehmen zu bevorzugen.