SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS M. POIARES MADURO vom 17. Dezember 2008 [1]

1. Die vorliegende Klage der Europäischen Kommission gegen Griechenland betrifft einen öffentlichen Auftrag in Bezug auf ein Kraftwerk auf der Insel Kreta. Die Kommission trägt vor, dass der öffentliche Auftraggeber dadurch gegen seine Verpflichtungen aus 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] verstoßen habe, dass er erstens keine Ausschreibung veröffentlicht und zweitens die Ablehnung eines der Angebote nicht rechtzeitig begründet habe.

Sachverhalt

2. Im Juli 2003 veröffentlichte die Dimosia Epicheirisi Ilektrismou (Öffentliche Elektrizitätsgesellschaft Griechenlands, im Folgenden: DEI) eine Ausschreibung für den Erwerb und die Errichtung von zwei thermoelektrischen Einheiten für das Kraftwerk in Atherinolakkos auf der Insel Kreta. Die DEI war der Ansicht, dass die eingereichten Angebote nicht vollständig den Ausschreibungsbedingungen entsprachen, so dass das Projekt abgebrochen wurde. Im Mai 2004 wurde für dasselbe Projekt ein neuer Aufruf zum Wettbewerb veröffentlicht, der vom ersten leicht abwich. Alle fünf auf den zweiten Aufruf eingereichten Angebote wurden als „ungeeignet" abgelehnt, da sie bestimmten technischen Anforderungen nicht vollständig entsprachen, und das Verfahren wurde erneut abgebrochen.

3. Mit Schreiben vom 14. Dezember 2004 bat die DEI — ohne Veröffentlichung einer neuen Ausschreibung — die fünf Bieter, die an der zweiten Runde teilgenommen hatten, innerhalb von 15 Tagen ihre „endgültigen finanziellen Angebote" unter Berichtigung aller Abweichungen, insbesondere technischer Art, zwischen ihren früheren Angeboten und den Projektanforderungen einzureichen. In diesem Schreiben erklärte die DEI, dass sie u. a. wegen „der gesamten Vorgeschichte des Falls", „der für die Errichtung der beiden neuen Einheiten notwendigen Zeit von 29 bzw. 31 Monaten", „der Notwendigkeit, den seit 2007 dringenden Strombedarf der Insel Kreta rechtzeitig zu decken", und „der dem nicht zufrieden stellenden Ergebnis der vorherigen Aufrufe zum Wettbewerb geschuldeten unvorhergesehenen Verzögerung in der Auftragsvergabe" entschieden habe, auf einen Aufruf zum Wettbewerb zu verzichten. Alle fünf Bieter, die an der zweiten Runde teilgenommen hatten, reichten neue Angebote ein.

1 — Originalsprache: Englisch.
2 — ABl. L 199, S. 84.

4. Mit Schreiben vom 7. Februar 2005 an einen der Bieter lehnte die DEI dessen Angebot ohne Begründung ab. Dieser Bieter schickte am 10. und am 11. Februar 2005 sowie am 10. März 2005 drei Schreiben an die DEI und am 17. sowie am 31. März 2005 zwei Schreiben an das Ministerium für Entwicklung mit der Bitte um Information über die Gründe der Ablehnung des Angebots. Am 4. April 2005 gab die DEI schließlich Antwort. Der Bieter beantragte dann beim Monomeles Protodikeio Athinon (Gericht erster Instanz Athen) den Erlass einer einstweiligen Verfügung; sein Antrag wurde jedoch am 7. Juli 2005 zurückgewiesen. Am 15. September 2005 vergab die DEI den Auftrag an einen anderen Bieter.

5. Der unterlegene Bieter reichte bei der Europäischen Kommission Beschwerde ein, die — da ihrer Auffassung nach die Durchführung des Verfahrens durch die DEI nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar war und unter Berücksichtigung des sehr hohen Auftragswerts — ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Griechenland einleitete. Da die Antwort der griechischen Regierung auf ihr Mahnschreiben und die mit Gründen versehene Stellungnahme die Kommission nicht zufriedenstellte, hat sie Klage auf Feststellung erhoben, dass Griechenland gegen seine Verpflichtungen aus Art. 20 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 93/38 über Vergabeverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb und Art. 41 Abs. 4 der Richtlinie 93/38 über die Verpflichtung, unterlegenen Bietern Gründe anzugeben, verstoßen hat.

I — Der fehlende Aufruf zum Wettbewerb

6. Die hier anwendbare Vorschrift, Art. 20 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 93/38, bestimmt: „Die Auftraggeber können in den folgenden Fällen auf ein Verfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb zurückgreifen: … wenn im Rahmen eines Verfahrens mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb keine oder keine geeigneten Angebote abgegeben worden sind, sofern die ursprünglichen Bedingungen des Auftrags nicht wesentlich geändert werden.“ Wie die griechische Regierung richtig bemerkt, gestattet diese Vorschrift öffentlichen Auftraggebern, vom Erfordernis des Aufrufs zum Wettbewerb abzusehen, wenn jede der drei folgenden Voraussetzungen erfüllt ist: 1. Es gab bereits einen solchen Aufruf, 2. keine oder keine geeigneten Angebote wurden abgegeben, und 3. die ursprünglichen Bedingungen des Auftrags wurden nicht wesentlich geändert.

7. Es ist offensichtlich, dass im vorliegenden Fall die erste Voraussetzung erfüllt ist. Die Regierung und die Kommission sind unterschiedlicher Meinung darüber, ob dies für die zweite und die dritte ebenfalls zutrifft.

Der Begriff der ungeeigneten Angebote

8. Die DEI lehnte die auf den zweiten Aufruf zum Wettbewerb eingereichten Angebote als „ungeeignet“ ab, da sie nicht vollständig

bestimmten technischen Anforderungen entsprachen. Hatte sie mit ihrer Einstufung der Angebote recht? Wie ist, mit anderen Worten, der Begriff „ungeeignet“ auszulegen? Das ist eine wichtige Frage, weil die Antwort darauf bestimmend dafür ist, ob der Auftraggeber ohne Veröffentlichung einer Ausschreibung einen Auftrag vergeben kann. Wenn die eingereichten Angebote richtigerweise als „ungeeignet“ beschrieben werden können, ist kein weiterer Aufruf zum Wettbewerb erforderlich; wenn die eingereichten Angebote dagegen nicht als „ungeeignet“ angesehen werden können, ist der Auftraggeber verpflichtet, das gesamte Verfahren zu wiederholen.

9. Die Kommission ist der Ansicht, dass nur ein Angebot, das offensichtlich nicht die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers erfüllen könne, „ungeeignet“ sei; andere Abweichungen weniger schwerer Art könnten zwar die Ablehnung eines Angebots rechtfertigen, es aber nicht „ungeeignet“ sein lassen und so den Weg für den öffentlichen Auftraggeber eröffnen, den Auftrag ohne das übliche Wettbewerbsverfahren zu vergeben. Dagegen plädiert die griechische Regierung für eine weitere Definition des Begriffs „ungeeignet“. Sie trägt unter starker Hervorhebung des 45. Erwägungsgrundes der Richtlinie, wonach „[d]ie von den beteiligten Auftraggebern anzuwendenden Vorschriften … einen Rahmen für eine loyale Geschäftspraxis bilden [sollen] und möglichst flexibel gehandhabt werden können“, vor, dass den öffentlichen Auftraggebern ein weiter Ermessensspielraum dafür eingeräumt werden sollte, alle die Angebote als „ungeeignet“ abzulehnen, die nicht vollständig den in der Ausschreibung genannten Merkmalen entsprechen, und dass sie dann ohne einen neuen Aufruf zum Wettbewerb fortfahren könnten.

10. Ich bin der Meinung, dass die von der griechischen Regierung vorgeschlagene Auslegung zu weit ist. Bei der Beurteilung der Frage, wie weit das Ermessen der Auftraggeber ist, ist von den Erfordernissen des EG-Vertrags auszugehen. Im seinem Urteil Teleaustria entschied der Gerichtshof, dass öffentliche Dienstleistungsaufträge nicht in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien fallen, die Auftraggeber, die solche Aufträge vergeben, jedoch die Grundregeln des Vertrags im Allgemeinen und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Besonderen zu beachten haben, was eine Verpflichtung zur Transparenz einschließe [3]. Zum Inhalt dieser Verpflichtung führte der Gerichtshof dann erläuternd aus: „Kraft dieser Verpflichtung zur Transparenz muss der Auftraggeber zugunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden.“ [4] Dementsprechend ist die Transparenz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom primären Gemeinschaftsrecht vorgeschrieben und erfordert zumindest ein gewisses Maß an Bekanntmachung. Die Bekanntmachung hat eine doppelte Bedeutung: Zum einen werden potenzielle Bieter auf die Geschäftsmöglichkeit aufmerksam gemacht, was wiederum zu einer Verstärkung des Wettbewerbs um den Auftrag führen kann, da wahrscheinlich mehr Angebote eingereicht werden; zum anderen schützt die Bekanntmachung vor Parteilichkeit und Korruption, da sie die Überprüfung der Auftragsvergabe

3 — Urteil des Gerichtshofs vom 7. Dezember 2000, Teleaustria (C-324/98, Slg. 2000, I-10745, Randnrn. 60 bis 61).

4 — Ebd., Randnr. 62.

erleichtert [5]. In der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist Transparenz mit der Nichtdiskriminierung verbunden und wird als ein Mittel dafür betrachtet, die Einhaltung dieser Grundregel des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten [6].

11. Ein weiterer bei der Auslegung des Begriffs „ungeeignet" zu beachtender Punkt ist, dass Zweck der Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe u. a. die Entwicklung eines tatsächlichen Wettbewerbs auf dem Markt ist. In seinem vor Kurzem ergangenen Urteil Kommission/Italien, in dem die Kommission vortrug, dass Italien gegen seine Verpflichtungen aus zahlreichen Richtlinien, inklusive der Richtlinie 93/38, verstoßen habe, führte der Gerichtshof aus, dass mit den Richtlinien „Praktiken, die zu einer Einschränkung des Wettbewerbs führen und der Auftragsvergabe an Angehörige anderer Mitgliedstaaten entgegenstehen, unterbunden werden [sollen], um insbesondere die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit zu verwirklichen, die in den Art. 43 EG und 49 EG verankert sind" [7]. Wie der Gerichtshof in einem früheren Urteil zur Richtlinie 93/37/EWG [8] erläuterte, ist „Hauptzweck der Richtlinie … öffentliche Bauaufträge dem Wettbewerb zugänglich zu machen. Es ist nämlich die Öffnung dieses Bereichs für den gemeinschaftlichen Wettbewerb mittels der in der Richtlinie vorgesehenen Verfahren, die die Gefahr von Bevorzugungen durch die öffentliche Verwaltung ausschließt." [9] Tatsächlicher Wettbewerb beseitigt also Hindernisse, die neue Teilnehmer vom Markteintritt abhalten, nutzt Auftraggebern, die zwischen mehreren Bietern wählen können und daher wahrscheinlicher das wirtschaftlich günstigste Angebot erhalten, und hilft überhaupt, die Lauterkeit von Vergabeverfahren aufrechtzuerhalten.

12. Wie die oben genannten Rechtssachen verdeutlichen, ist das Erfordernis eines Aufrufs zum Wettbewerb im primären Gemeinschaftsrecht verankert und selbstverständlich zu erfüllen. Die Vergabe von Aufträgen ohne vorherige Ausschreibung kann nicht nur potenziellen Bietern, sondern auch der Öffentlichkeit, die für die Vergabeprojekte durch Steuern zahlt, Schaden zufügen und kann den Wettbewerbscharakter des öffentlichen Vergabemarkts verzerren und so die praktische Wirksamkeit der Vertragsvorschriften über die Grundfreiheiten der Gemeinschaft schwächen. Daher ist eine Vorschrift, die es einem öffentlichen Auftraggeber ermöglicht, von der Ausschreibung abzusehen, eng auszulegen. Art. 20 Abs. 2 der Richtlinie 93/38 ist eine solche Vorschrift. Sie

5 — Die neuen Vergaberichtlinien erlegen Auftraggebern ausdrücklich die Verpflichtung zur Transparenz auf. Art. 2 der neuen Richtlinie für den öffentlichen Sektor (Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge [ABl. L 134, S. 114]) und Art. 10 der neuen Sektorenrichtlinie (Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste [ABl. L 134, S. 1]) bestimmen, dass sie „in transparenter Weise" vorgehen.

6 — Vgl. u. a. Urteile des Gerichtshofs vom 18. November 1999, Unitron Scandinavia (C-275/98, Slg. 1999, I-8291, Randnr. 31), vom 18. Oktober 2001, SIAC (C-19/00, Slg. 2001, I-7725, Randnr. 41), und vom 19. Juni 2008, pressetext (C-454/06, Slg. 2008, I-4401, Randnr. 32).

7 — Urteil des Gerichtshofs vom 21. Februar 2008, Kommission/Italien (C-412/04, Slg. 2008, I-619, Randnr. 2).

8 — Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 54).

9 — Urteil des Gerichtshofs vom 12. Juli 2001, Ordine degli Architetti (C-399/98, Slg. 2001, I-5409, Randnr. 75). Vgl. in diesem Sinne Urteile des Gerichtshofs vom 27. November 2001, Impresa Lombardini (C-285/99 und C-286/99, Slg. 2001, I-9233, Randnr. 35), und vom 11. Januar 2005, Stadt Halle (C-26/03, Slg. 2005, I-1, Randnr. 44).

beginnt mit der Feststellung, dass die Auftraggeber einen Auftrag ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb vergeben können, und listet dann abschließend die Fälle auf, in denen das möglich ist. Der Gerichtshof hat über die richtige Auslegung dieser Vorschrift bereits in der Rechtssache Kommission/Griechenland entschieden; diese betraf Art. 20 Abs. 2 Buchst. c und d der Richtlinie 93/38 zu Aufträgen, die aus technischen oder künstlerischen Besonderheiten nur von bestimmten Unternehmen durchgeführt werden können, und Fälle von zwingender Dringlichkeit: „[Es] ist zunächst darauf hinzuweisen, dass Artikel 20 Absatz 2 Buchstaben c und d der Richtlinie 93/38 als Ausnahme von den Vorschriften über die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge eng auszulegen ist.“ [10] Der vorliegende Fall ist nach Art. 20 Abs. 2 Buchst. a (keine oder „ungeeignete“ Angebote) zu entscheiden, der ebenso wie die Buchst. c und d eng auszulegen ist, da weder in Geist und Wortlaut von Art. 20 Abs. 2 noch im Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache Kommission/Griechenland etwas enthalten ist, was eine andere Herangehensweise in der Auslegung rechtfertigen könnte.

13. Im Licht der vorstehenden Analyse kann der von der griechischen Regierung befürworteten weiten Auslegung des Begriffs „ungeeignet“ nicht zugestimmt werden. Auftraggebern zu gestatten, sich selbst auf kleine Abweichungen in den eingereichten Angeboten zu berufen, um diese als „ungeeignet“ abzulehnen, bedeutet praktisch, ihnen weitreichendes Ermessen darüber einzuräumen, ob ein Aufruf zum Wettbewerb veröffentlicht wird oder nicht. Ein Auftraggeber, der — um die Sprache des Gerichtshofs in der Rechtssache Ordine degli Architetti zu gebrauchen — jemanden „bevorzugen“ möchte, kann leicht einen Punkt ausmachen, in dem ein eingereichtes Angebot nicht vollständig den Auftragsbedingungen entspricht, es als „ungeeignet“ ablehnen und dann die Auftragsvergabe ohne vorherigen Aufruf zum Einreichen neuer Angebote vornehmen. Dies gilt besonders für große Projekte, die Sachkenntnis auf einem höheren Niveau erfordern und bei denen die Auftragsbeschreibung verständlicherweise sehr komplex ist. Aber genau das ist die Gefahr, gegen die das gemeinschaftliche Vergaberecht, sei es primär- oder sekundärrechtlich vorgesehen, schützen soll. Im Gegensatz dazu lässt die von der Kommission aufgezeigte Auslegung, nämlich dass nur dann ein Angebot als „ungeeignet“ abgelehnt werden und der Auftraggeber somit ohne Aufruf zum Wettbewerb fortfahren kann, wenn das Angebot nicht den Bedürfnissen dieses Auftraggebers entspricht, dem öffentlichen Auftraggeber genügend Ermessen, die eingereichten Angebote unter Gewährleistung dessen zu prüfen, dass das gemeinschaftliche Vergaberecht nicht umgangen wird.

14. Für eine weite Auslegung des Art. 20 Abs. 2 Buchst. c der Richtlinie 93/38 hat sich die griechische Regierung stark auf den 45. Erwägungsgrund der Richtlinie bezogen, wonach es erforderlich ist, dass die Vergaberegeln für Versorgungsunternehmen „möglichst flexibel gehandhabt werden können“. Daraus schließt die Regierung, dass den öffentlichen Auftraggebern in diesem Sektor ein weites Ermessen bei der Anwendung der Vorschriften der Richtlinie, einschließlich derjenigen über „ungeeignete“ Angebote, und der Auftragsvergabe ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb eingeräumt ist. Dieser Argumentation stehen zwei Einwände entgegen.

10 — Urteil des Gerichtshofs vom 2. Juni 2005, Kommission/Griechenland (C-394/02, Slg. 2005, I-4713, Randnr. 33).

15. Erstens ist der 45. Erwägungsgrund keine eigenständige Rechtsvorschrift, die Rechte verleihen oder Pflichten auferlegen kann. Vielmehr kommt ihm — wie allen Erwägungsgründen zu Richtlinien — eine erläuternde Funktion zu, d. h., er dient denjenigen, die die Richtlinie auslegen, dazu, ihre Ziele und den ihr zugrunde liegenden Geist zu verstehen. Im vorliegenden Fall erläutert der 45. Erwägungsgrund, warum der Gemeinschaftsgesetzgeber für die Versorgungsunternehmen ein Bündel an Vergaberegeln erlassen hat, die weniger streng als diejenigen für andere Sektoren, wie etwa Dienstleistungen und Lieferungen, sind. Wichtiger ist aber, dass Art. 20 Abs. 2 selbst ein Ausdruck des flexibleren Ansatzes im Versorgungssektor ist, da er Auftraggebern in mehr Fällen als in den von anderen Richtlinien geregelten Sektoren erlaubt, ohne Aufruf zum Wettbewerb vorzugehen [11]. Mit anderen Worten war es der Gemeinschaftsgesetzgeber selbst, der mit dem Erlass der spezifischen Vorschriften der Richtlinie 93/38 entschied, in welcher Weise die Regeln über Versorgungsunternehmen flexibler sein sollten, und es wäre falsch, anzunehmen, dass der 45. Erwägungsgrund den öffentlichen Auftraggebern eine unabhängige Flexibilität — zusätzlich zu den bereits flexiblen Vorschriften der Richtlinie — einräumt.

16. Zweitens hat, wie bereits erwähnt, der Gerichtshof entschieden, dass die Bekanntmachung eine den Auftraggebern vom EG-Vertrag auferlegte Verpflichtung ist. Abweichungen von dieser Verpflichtung müssen ausdrücklich im Recht vorgesehen und eng ausgelegt werden. Selbst wenn es einen Grundsatz der Flexibilität in der Auslegung der Richtlinie 93/38 gäbe, könnte diese nicht die im Primärrecht der Gemeinschaft verankerten Verpflichtungen aufheben.

17. Abschließend noch eine Bemerkung zum Verhältnis zwischen den unterschiedlichen Vergaberichtlinien. Die griechische Regierung hat nachdrücklich die Auffassung der Kommission bestritten, dass eine parallele Lektüre der Richtlinie für den öffentlichen Sektor bei der Auslegung der Richtlinie 93/38 behilflich sein könne. Sie trägt vor, dass die letztgenannte Richtlinie spezifische Vorschriften für den Sektor der Versorgungsunternehmen einführe und es nicht richtig wäre, diese mit Vorschriften über Bau- oder Lieferaufträge zu vergleichen. Mit dieser Ansicht bin ich nicht einverstanden. Isolierte Rechtsvorschriften sind sehr selten. Vorschriften sind in einen Zusammenhang zu stellen, sie bekommen einen Sinn, wenn sie in dem breiteren rechtlichen Umfeld, in dem sie wirken sollen, gelesen werden. Hinsichtlich der Vergabe öffentlicher Aufträge hat sich der Gerichtshof häufig auf die Vergaberichtlinien als Regelungen bezogen, die gemeinsame Ziele verfolgen und auf gemeinsamen Grundsätzen beruhen. Ich habe bereits die Rechtssache Kommission/Italien erwähnt, in der der Gerichtshof feststellte, dass die Richtlinien 92/50 [12], 93/36 [13], 93/37 und 93/38 das ge-

11 — Wie die Kommission bemerkt, wird diese Herangehensweise an den Begriff der „Flexibilität" als Erklärung der Natur der Vergaberegeln der Richtlinie 93/38 durch eine Analogie zum 28. Erwägungsgrund der neuen Sektorenrichtlinie, die die Richtlinie 93/38 ersetzte, gestützt. In Bezug auf Postdienste heißt es dort, dass es sich „empfiehlt …, auf Aufträge, die von Auftraggebern vergeben werden, die selbst Postdienste anbieten, die Bestimmungen der vorliegenden Richtlinie, einschließlich Artikel 30, anzuwenden, die unter Wahrung der in Erwägungsgrund 9 genannten Grundsätze einen Rahmen für faire Handelspraktiken schaffen und eine größere Flexibilität als die Richtlinie 2004/18/EG … gestatten". Hier wird die neue Sektorenrichtlinie mit der neuen Richtlinie für den öffentlichen Sektor verglichen, um zu erläutern, in welchem Sinn die Vorschriften der erstgenannten Richtlinie flexibler als die der letztgenannten sind.

12 — Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1).

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

meinsame Ziel haben, wettbewerbswidrige Praktiken in der Auftragsvergabe zu unterbinden [14], und es gibt weitere Beispiele aus der neueren Zeit, in denen der Gerichtshof sich dahin gehend ausdrückte, dass sich den Vergaberichtlinien mit einem systematischen und zusammenhängenden Ansatz zu nähern ist [15]. Hat der Gerichtshof dann gar die Tatsache übersehen, dass jede einzelne Richtlinie einen anderen Bereich des öffentlichen Auftragswesens regelt und dass es Unterschiede in den mit ihnen erlassenen Vorschriften gibt? Sicher nicht. Der Gerichtshof wollte vielmehr sagen, dass die Richtlinien ungeachtet ihrer Unterschiede ein Netzwerk von Regeln bilden, deren gemeinsames Ziel die Gewährleistung fairer, offener und effizienter Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge ist.

18. Zusammenfassend bin ich der Auffassung, dass die DEI durch die Einstufung des abgelehnten Angebots als „ungeeignet" und die unterlassene Veröffentlichung eines Aufrufs zum Wettbewerb Art. 20 Abs. 2 der Richtlinie 93/38 verletzt hat.

14 — Rechtssache C-412/04, Kommission/Italien, Randnr. 2.

15 — Vgl. u. a. Urteile des Gerichtshofs vom 27. Februar 2003, Truley (C-373/00, Slg. 2003, I-1931, Randnr. 42) („Nach ständiger Rechtsprechung besteht der Zweck der Gemeinschaftsrichtlinien über die Koordinierung der Vergabeverfahren für öffentliche Aufträge ferner darin, die Gefahr einer Bevorzugung inländischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber zu vermeiden und zugleich zu verhindern, dass sich eine vom Staat, von Gebietskörperschaften oder sonstigen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanzierte oder kontrollierte Stelle von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt."), und vom 19. Juni 2008, pressetext, Randnr. 31 („Aus der Rechtsprechung ergibt sich, dass das Hauptziel der Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen die Gewährleistung des freien Dienstleistungsverkehrs und die Öffnung für einen unverfälschten Wettbewerb in allen Mitgliedstaaten ist."). Auch im Urteil des Gerichtshofs vom 17. September 2002, Concordia Bus Finland (C-513/99, Slg. 2002, I-7213, Randnr. 91), wird vom Gerichtshof festgestellt, dass „es keinen Grund [gibt], zwei Vorschriften, die in denselben Bereich des Gemeinschaftsrechts fallen und die im Wesentlichen übereinstimmend sind, unterschiedlich auszulegen". Das Kriterium, so der Gerichtshof hier, ist das Wesen der auszulegenden Vorschriften: Ist das Wesen dasselbe, ist auch die Auslegung dieselbe.

Die Auftragsbedingungen

19. Da die zweite der drei Voraussetzungen von Art. 20 Abs. 2 Buchst. a nicht erfüllt wurde, konnte die DEI nicht von dieser Vorschrift Gebrauch machen, unabhängig davon, ob die ursprünglichen Bedingungen des Auftrags dieselben waren oder nicht. Der Vollständigkeit halber möchte ich kurz erläutern, warum ich der Auffassung bin, dass die Kommission zu Recht geltend macht, dass es eine wesentliche Veränderung der ursprünglichen Bedingungen gegeben habe.

20. Im zweiten Aufruf zum Wettbewerb wurde festgestellt, dass Abweichungen zwischen den vom öffentlichen Auftraggeber geforderten technischen Anforderungen und den von den Bietern angebotenen nicht erlaubt gewesen seien. Jedoch konnten Angebote, die nicht vollständig diesen Anforderungen entsprachen, angenommen werden, wenn die Abweichungen sich auf die technischen Merkmale der von den Bietern zur Nutzung vorgeschlagenen Maschinen bezogen, separat in den Angebotsunterlagen aufgeführt wurden und nicht die Gesamtleistung des Kraftwerks beeinflussten. In einem solchen Fall war der Bieter nicht verpflichtet, die Abweichungen zu korrigieren und die zusätzliche finanzielle Belastung zu tragen. In der dritten Phase des Verfahrens waren die Bieter jedoch aufgefordert, jegliche Abweichungen ihrer früheren Angebote bei eigener Kostentragung zu korrigieren und eine entsprechende bindende Erklärung abzugeben.

21. Die griechische Regierung trägt vor, dass Art. 20 Abs. 2 nicht alle Änderungen der ursprünglichen Auftragsbedingungen verbiete, sondern nur die „wesentlichen". Auf Nachfrage des Berichterstatters in der mündlichen Verhandlung, wie die Regierung ihren Vortrag, dass alle fünf in der zweiten Runde eingereichten Angebote ungeeignet und in der dritten Runde keine wesentlichen Änderungen erlaubt gewesen seien, mit der Tatsache in Einklang bringen könne, dass der Auftrag schließlich einem der fünf Bieter erteilt wurde, deren Angebot ursprünglich abgelehnt worden war, trug der Vertreter der Regierung vor, dass die einzigen Änderungen, die die DEI in der dritten Runde verlangt habe, die in der zweiten Runde festgestellten Abweichungen in den technischen Anforderungen betroffen hätten, die zur Ablehnung des Angebots geführt hätten, während die anderen Auftragsbedingungen dieselben geblieben seien.

22. Ich stimme mit der griechischen Regierung darin überein, dass das relevante Merkmal die *Wesentlichkeit* der Änderung der Auftragsbedingungen ist, aber ich bin nicht davon überzeugt, dass die fragliche Änderung unwesentlich oder nicht wesentlich genug im Sinne des Art. 20 Abs. 2 Buchst. a war. In der dritten Phase wurde eine wichtige neue Bedingung eingeführt: Die Bieter hatten alle Abweichungen auf eigene Kosten zu korrigieren, während nach den Bedingungen der Ausschreibungsbekanntmachung in der zweiten Phase solche Abweichungen hätten akzeptiert werden können. Offensichtlich betrachtete auch der öffentliche Auftraggeber selbst diese neue Verpflichtung als wichtig, denn sonst hätte er die teilnehmenden Bieter nicht aufgefordert, dazu bindende Erklärungen abzugeben. Auch aus der Sicht der Bieter ist eine derartige Änderung der Auftragsbedingungen tatsächlich wesentlich, da sie von Anfang an diejenigen ausschließt, die nicht fähig oder willig sind, die in ihren ursprünglichen Angeboten enthaltenen Abweichungen zu korrigieren und die entsprechenden Kosten zu übernehmen. Solche Änderungen der ursprünglichen Bedingungen des Auftrags sind immer als „wesentlich" zu betrachten. Darüber hinaus ist, wie bereits ausgeführt, eine Vorschrift, die einem Auftraggeber, wie z. B. Art. 20 Abs. 2 Buchst. a, eine Auftragsvergabe ohne Aufruf zum Wettbewerb erlaubt, eng auszulegen, da sie eine Ausnahmeregelung zur auf den EG-Vertrag gestützten Transparenzvorschrift ist. Daher können Auftraggeber von einer Ausschreibung nur dann absehen, wenn die fraglichen Änderungen das Wettbewerbsverfahren offensichtlich nicht, tatsächlich oder potenziell, beeinflussen können. Im vorliegenden Fall können die Änderungen nicht als unwesentlich oder nicht wesentlich genug im Sinne des Art. 20 Abs. 2 Buchst. a bezeichnet werden.

23. In Anbetracht dessen, dass die DEI die fünf in der zweiten Runde eingereichten Angebote abgelehnt hatte, da sie nicht vollständig den geforderten technischen Anforderungen entsprachen, war es praktisch unmöglich, den Auftrag in der dritten Runde an einen dieser fünf Bieter zu vergeben, ohne dass ihr Angebot erst einmal geändert worden wäre. Daher änderte die DEI die Auftragsbedingungen in der dritten Runde, um sicherzustellen, dass Bieter der Verpflichtung zur Korrektur aller Abweichungen nachkommen, und forderte von ihnen ein neues finanzielles Angebot, das die entsprechenden Kosten

beinhalten sollte. Hätte die DEI einen neuen Aufruf zum Wettbewerb veröffentlicht, wäre dies ein vollkommen angemessenes Verfahren gewesen. Stattdessen forderte sie, obwohl die ursprünglichen Auftragsbedingungen wesentlich geändert wurden, nur bestimmte Bieter zur Einreichung von Angeboten auf. Damit verletzte sie Art. 20 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 93/38.

Dringlichkeit

24. Art. 20 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie 93/38 regelt, dass auf ein Verfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb zurückgegriffen werden kann, „soweit dies unbedingt erforderlich ist, wenn dringliche zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, die der Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die in den offenen oder nicht offenen Verfahren vorgesehenen Fristen einzuhalten". Die Kommission trägt vor, dass die Art und Weise, in der das Schreiben der DEI an die fünf Bieter der zweiten Runde die Entscheidung, das Verfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb fortzusetzen, gerechtfertigt habe (z. B. mit dem „dringenden Strombedarf" der Insel Kreta, der „für die Errichtung der beiden neuen Einheiten notwendigen Zeit" und den „unvorhergesehenen Verzögerungen"), darauf hindeute, dass die DEI sich nicht nur auf Art. 20 Abs. 2 Buchst. a, sondern auch auf Art. 20 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie 93/38 gestützt habe. Die griechische Regierung ist nicht dieser Ansicht. Sie trägt vor, dass die DEI sich von Anfang an nur auf Art. 20 Abs. 2 Buchst. a gestützt und dargelegt habe, dass Grund für die Durchführung eines Verfahrens ohne Ausschreibung das nicht zufriedenstellende Ergebnis der ersten beiden Runden gewesen sei. Dies sei mit der Wendung „die gesamte Vorgeschichte des Falls" gemeint gewesen. Auf die Dringlichkeit sei nur zusätzlich verwiesen worden, um zu zeigen, dass einer der von der DEI zu berücksichtigenden Faktoren die Notwendigkeit schnellen Handelns ihrerseits gewesen sei.

25. Es ist richtig, dass die Art und Weise, in der das Schreiben vom 14. Dezember 2004 verfasst war, den Eindruck hinterlässt, dass die DEI die Dringlichkeit als einen der Gründe zur Rechtfertigung des Verfahrens ohne vorherige Ausschreibung anführt. Es ist jedoch nicht klar, ob dies als eine eigenständige, auf Art. 20 Abs. 2 Buchst. d gestützte Rechtfertigung benutzt wird. Jedenfalls braucht der Gerichtshof dies nicht weiter zu untersuchen, da die griechische Regierung sich nicht auf diesen Buchstaben beruft.

II — Verzögerung der Begründung

26. Art. 41 Abs. 4 der Richtlinie 93/38 lautet: „Auftraggeber, die eine Tätigkeit ausüben, auf die sich die Anhänge I, II, VII, VIII und IX beziehen, teilen innerhalb kürzester Frist nach Eingang eines entsprechenden schriftlichen Antrags den ausgeschlossenen Bewerbern oder Bietern die Gründe für die Ablehnung ihrer Bewerbung oder ihres Angebots und den Bietern, die ein ordnungsgemäßes Angebot eingereicht haben, die Merkmale und relativen Vorteile des erfolgreichen Angebots und den Namen des erfolgreichen Bieters mit." Die Kommission ist der Auffassung, dass die zwei Monate Verzögerung bis zur Information des unterlegenen Bieters über die Gründe der Ablehnung seines Angebots als nicht „innerhalb kürzester Frist" im Sinne dieser Vor-

schrift betrachtet werden könnten. Die griechische Regierung räumt ein, dass es eine gewisse Verzögerung gegeben habe, macht aber geltend, entscheidend für einen möglichen Verstoß gegen Art. 41 Abs. 4 der Richtlinie 93/38 sei, ob der Bieter in der Ausübung seiner Gemeinschaftsrechte einen Schaden erlitten habe. Der Vertreter der Regierung hat in der mündlichen Verhandlung darüber hinaus vorgetragen, dass die Entstehungsgeschichte des Art. 41 Abs. 4 — die Kommission hatte zunächst, wie in den Richtlinien für den öffentlichen Sektor, eine 15-Tage-Frist für die Begründung vorgeschlagen, und erst nach der Ablehnung des Vorschlags durch das Europäische Parlament wurde die Wendung „innerhalb kürzester Frist" angenommen — zeige, dass den öffentlichen Auftraggebern bei der Behandlung von Anträgen auf Begründung der Ablehnung von Angeboten ein bestimmter Spielraum gewährt werden sollte. Da der unterlegene Bieter ein Rechtsmittel zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Entscheidung des Auftraggebers habe in Anspruch nehmen können, könne im vorliegenden Fall nicht festgestellt werden, dass die DEI nicht ihren Verpflichtungen aus der Richtlinie nachgekommen sei, weil sie zwei Monate für die Beantwortung des Antrags gebraucht habe.

27. Ich stimme mit der Regierung überein, dass die Verwendung des Ausdrucks „innerhalb kürzester Frist" ohne Hinweis auf eine bestimmte Frist bedeutet, dass die Auslegung von Art. 41 Abs. 4 nicht zu eng sein sollte. Die Tatsache, dass die Richtlinien für den öffentlichen Sektor ausdrücklich eine 15-Tage-Frist vorsehen [16], während die Sektorenrichtlinie 93/38 keine entsprechende Bestimmung enthält, bedeutet, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber die Frage, wie schnell ein Auftraggeber antworten sollte, bewusst der Entscheidung von Fall zu Fall überließ.

28. Bei der Beurteilung dessen, was die Beantwortung „innerhalb kürzester Frist" in einem bestimmten Fall bedeutet, ist einer der zu berücksichtigenden Faktoren, ob der Bieter ein Rechtsmittel des Gemeinschaftsrechts oder des nationalen Rechts zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Entscheidung durch ein Gericht in Anspruch nehmen kann. Denn solange der Auftraggeber nicht erklärt, warum ein bestimmtes Angebot abgelehnt wurde, kann der unterlegene Bieter nicht wissen, ob es sinnvoll ist, die Entscheidung anzufechten, und aus welchen Gründen er dies tun sollte.

29. Jedoch ist die Sicherung der Interessen der an einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge teilnehmenden Bieter nur eines der Ziele des Art. 41 Abs. 4. Diese Vorschrift dient auch der Sicherung der Integrität und der Effizienz des Vergabeverfahrens als solchem, wobei die Begünstigten die Auftraggeber selbst und letztendlich die Steuern zahlende Öffentlichkeit sind. Daher sollte bei der Auslegung des Ausdrucks „innerhalb kürzester Frist" berücksichtigt werden, dass die Verpflichtung der Auftraggeber, rechtzeitig eine Begründung zu geben, von Bevorzugungen abschreckt und die Einhaltung der Voraussetzungen des Gemeinschaftsrechts fördert. Art. 41 Abs. 4 stellt eine Verfahrensgarantie dar, die dazu beiträgt, dass die für die Ablehnung des Angebots angegebenen Gründe kein Vorwand für die willkür-

16 — Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 93/37, Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 93/36, Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie 92/50.

liche Vergabe von Aufträgen sind. Mit anderen Worten hat diese Vorschrift eine Abschreckungsfunktion: Ein öffentlicher Auftraggeber, der weiß, dass er unmittelbar nach der Auswahl eines Angebots seine Auswahl rechtfertigen und erklären muss, warum die anderen abgelehnt worden sind, wird wahrscheinlich weniger leicht vom gemeinschaftlichen Vergaberecht abweichen.

30. Darüber hinaus können erhebliche Verzögerungen der Beantwortung eines Antrags auf Begründung bedeutende Beeinträchtigungen der Effizienz zur Folge haben. Beispielsweise hatte im vorliegenden Fall die DEI selbst betont, dass die Insel Kreta *dringend* zusätzliche Stromversorgung benötigt habe. Jedoch verzögerte sie das Projekt dadurch um zwei Monate, dass sie nicht erklärte, warum sie einen bestimmten Bieter gewählt und die anderen abgelehnt hatte. Die griechische Regierung gab keine Gründe für die Saumseligkeit der DEI an, die kaum mit der Dringlichkeit des fraglichen Auftrags in Einklang gebracht werden kann. Da viele große Projekte in verschiedenen Mitgliedstaaten teilweise aus dem Haushalt der Gemeinschaft finanziert werden, ist es angemessen, zu verlangen, dass das gemeinschaftliche Vergaberecht in einer Weise angewendet wird, die die Notwendigkeit der Effizienz berücksichtigt.

31. Die neue Sektorenrichtlinie, die die Richtlinie 93/38 ersetzte, bestimmt in Art. 49 Abs. 2, dass Auftraggeber „unverzüglich" jeden nicht erfolgreichen Bewerber über die Gründe für die Ablehnung seiner Bewerbung unterrichten und dass der „Beantwortungszeitraum … eine Frist von 15 Tagen ab Eingang der schriftlichen Anfrage auf keinen Fall überschreiten [darf]". Die Autoren der Richtlinie haben den annehmbaren Zeitraum für die Begründung selbst festgesetzt und daher den öffentlichen Auftraggebern jedes Ermessen genommen. Allerdings ist der vorliegende Fall, *rationae temporis*, gemäß der Richtlinie 93/38 und nicht gemäß der Richtlinie 2004/17 zu entscheiden. Jedoch kann die Tatsache nicht ignoriert werden, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber entschieden hat, dass — welche Überlegungen auch immer in der Vergangenheit einen flexibleren Ansatz zu dieser Frage im Sektor der Versorgungsunternehmen gerechtfertigt haben sollten — diese nicht mehr bestehen. Dementsprechend sind Versorgungsunternehmen nunmehr ebenfalls der strengeren Vorschrift unterworfen, wie sie auf die Vergabe von Waren, Lieferungen und Dienstleistungen anzuwenden ist und wonach die 15-Tage-Frist unter keinen Umständen überschritten werden darf. Obwohl die Vorschrift im vorliegenden Fall nicht anwendbar ist, wäre es offensichtlich unnatürlich, wenn der Gerichtshof diese zu ignorieren hätte. Schließlich ist gemäß der Richtlinie 93/38 von Fall zu Fall, unter Berücksichtigung der allgemeinen Notwendigkeit der Zweckmäßigkeit der Vergabe öffentlicher Aufträge, die nicht auf die Verteidigung der Rechte der Bieter beschränkt ist, über die Angemessenheit einer Frist zu entscheiden. Ich denke daher, dass der Ausdruck „innerhalb kürzester Frist" unter Berücksichtigung der üblichen Fristen auf anderen Gebieten der Vergabe öffentlicher Aufträge eng auszulegen ist. Meiner Meinung nach verstößt das zweimonatige Versäumnis der DEI, dem unterlegenen Bieter eine Begründung zu geben, ohne dass eine spezifische Rechtfertigung für diese Verzögerung, die offensichtlich die bei der Vergabe öffentlicher Aufträge üblichen Fristen überschreitet, gegen Art. 41 Abs. 4 der Richtlinie 93/38.

III — Ergebnis

32. Ich schlage daher dem Gerichtshof vor, festzustellen, dass Griechenland, durch die DEI, dadurch gegen seine Verpflichtungen aus Art. 20 Abs. 2 und Art. 41 Abs. 4 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 verstoßen hat, dass sie es unterlassen hat, einen Aufruf zum Wettbewerb zu veröffentlichen und dem unterlegenen Bieter innerhalb kürzester Frist die Ablehnung seines Angebots zu begründen.