Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
PAOLO MENGOZZI
vom 10. März 2016*

Rechtssache C-6/15

TNS Dimarso NV
gegen
Vlaams Gewest

(Vorabentscheidungsersuchen des Raad van State van België [Staatsrat, Belgien])

„Vorlage zur Vorabentscheidung — Richtlinie 2004/18/EG — Art. 53 — Zuschlagskriterien — Bieter — Gleichbehandlung — Wirtschaftlich günstigstes Angebot — Bewertung der Angebote“

I – Einleitung

1. Mit diesem Vorabentscheidungsersuchen möchte der Raad van State van België (Staatsrat, Belgien) im Wesentlichen wissen, ob Art. 53 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge**, ausgelegt im Licht der Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz, verlangt, dass der öffentliche Auftraggeber stets oder jedenfalls unter bestimmten Umständen dazu verpflichtet ist, die Bewertungsmethode oder die Gewichtungsregeln für die Beurteilung der Angebote der Bieter im Voraus in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen bekannt zu geben.

2. Diese Frage wurde im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der TNS Dimarso NV (im Folgenden: Dimarso) und dem Vlaams Gewest (öffentliche flämische Agentur für das Wohnungswesen, im Folgenden: Agentur für das Wohnungswesen) betreffend die Ordnungsmäßigkeit der Bewertungsmethode für die Angebote der Bieter im Rahmen einer von letzterer Institution durchgeführten öffentlichen Ausschreibung vorgelegt.

3. Zusammenfassend geht aus der Vorlageentscheidung hervor, dass die Agentur für das Wohnungswesen eine im *Amtsblatt der Europäischen Union* vom 31. Januar 2012 veröffentlichte Ausschreibung für einen Dienstleistungsauftrag zur Durchführung einer groß angelegten Erhebung über das Wohnungswesen und den Wohnkonsumenten in Flandern vorgenommen hat. Der geschätzte Wert dieses Auftrags betrug 1 400 000 Euro, einschließlich Mehrwertsteuer.

4. In den Verdingungsunterlagen dieses Auftrags wurden die beiden folgenden Zuschlagskriterien angeführt:

„1 Qualität des Angebots (50/100)

* Originalsprache: Französisch.

** ABl. L 134, S. 114. Richtlinie in der durch die Verordnung (EU) Nr. 1251/2011 der Kommission vom 30. November 2011 zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG, 2004/18/EG und 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren geänderten Fassung (ABl. L 319, S. 43, im Folgenden: Richtlinie 2004/18).

Qualität der Vorbereitung, Organisation und Ausführung der Feldarbeit, der Kodierung und ersten Auswertung der Daten. Die angebotenen Leistungen müssen so detailliert wie möglich beschrieben werden. Aus dem Angebot muss eindeutig hervorgehen, dass der Bieter in der Lage ist, den gesamten Auftrag (mindestens 7 000 Stichprobeneinheiten/maximal 10 000 Stichprobeneinheiten) in der Vertragslaufzeit von 12 Monaten zu übernehmen.

2 Preis (50/100)

Kosten für die Ausführung des Auftrags in Bezug auf die Basisstichprobe (7 000 Stichprobeneinheiten) und Kosten je Tranche von 500 zusätzlich zur Verfügung gestellten Adressen (einschließlich MwSt.)“.

5. Vier Bieter reichten Angebote ein, die gemäß dem Bericht des Bewertungsausschusses über die qualitative Auswahl die Mindestanforderungen hinsichtlich der fachlichen Kompetenz erfüllten. Die Methode für die Bewertung der Angebote wurde im Bericht des Bewertungsausschusses vom 23. März 2012 wie folgt beschrieben:

„Sodann nahm der Bewertungsausschuss die Bewertung der Angebote vor.

Die vier Angebote wurden aufgrund der oben genannten Kriterien bewertet und miteinander verglichen. Die Angebote wurden zunächst auf Grundlage des Kriteriums ‚Qualität‘ geprüft und bewertet. Jedes Angebot erhielt hierbei einstimmig eine bestimmte Bewertung (hoch – ausreichend – niedrig). Sodann wurde das Kriterium ‚Preis‘ angewandt.

Auf Grundlage dieser Bewertungen wurde schließlich eine endgültige Rangordnung aufgestellt.“

6. Aus dem Vergabebericht geht hervor, dass Dimarso und zwei andere Bieter beim ersten Kriterium, der Qualität der Angebote, mit „hoch“ bewertet wurden und der vierte Bieter die Beurteilung „niedrig“ erhielt. Was das zweite Kriterium, den Preis, betrifft, legte Dimarso das höchste Angebot vor, während der vierte Bieter das niedrigste einreichte.

7. Am 11. April 2012 wurde der Auftrag schließlich an einen der mit „hoch“ bewerteten Bieter, dessen Angebotspreis niedriger war als der von Dimarso, vergeben.

8. Zur Untermauerung ihrer Klage auf Nichtigerklärung des Vergabebescheids macht Dimarso vor dem vorlegenden Gericht geltend, der Bewertungsausschuss habe die Angebote hinsichtlich des Kriteriums „Qualität“ offenbar auf Basis der in den Verdingungsunterlagen nicht enthaltenen Skala „hoch – ausreichend – niedrig“ bewertet, während aus den Verdingungsunterlagen hervorgehe, dass jedes Angebot mit 0 bis 50 Punkten hätte bewertet werden sollen. Auch was das Kriterium „Preis“ betreffe, habe der Bewertungsausschuss keinen angemessenen Vergleich, keine angemessene Prüfung und keine angemessene abschließende Bewertung der Angebote unter Berücksichtigung der in den Verdingungsunterlagen angegebenen Vergabekriterien, einschließlich der in der Ausschreibung angegebenen Gewichtung der beiden Vergabekriterien mit jeweils 50/100, vorgenommen.

9. Das vorlegende Gericht weist zunächst den ersten Teil der von Dimarso erhobenen Klage mit der Feststellung zurück, es sei nicht unangemessen, die Angabe „50/100“ für jedes Vergabekriterium in den Verdingungsunterlagen dahin auszulegen, dass jedes der beiden Kriterien als gleichwertig anzusehen sei und daher jeweils zur Hälfte in die Bewertung der Angebote einzufließen habe.

10. Sodann führt es aus, dass sowohl im 46. Erwägungsgrund als auch in Art. 53 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 nur von „Kriterien“ und deren „Gewichtung“ die Rede sei und die Bewertungsmethode und die Gewichtungsregeln an keiner Stelle ausdrücklich erwähnt würden. Das vorlegende Gericht betont, die Bewertungsmethode sei nicht neutral, sondern könne vielmehr für das Ergebnis der Bewertung anhand der Bewertungskriterien entscheidend sein. Es führt als Beispiel das Vergabekriterium „Preis“ an, in dessen Rahmen der öffentliche Auftraggeber insbesondere für die Anwendung der

Verhältnismäßigkeitsregel, für die Vergabe der Höchstpunktzahl an das niedrigste Angebot oder der Punktzahl Null für das höchste Angebot und die Anwendung der linearen Interpolation für die dazwischen liegenden Angebote oder für die Meistbegünstigung des Angebots mit dem Medianpreis optieren könne.

11. Das vorlegende Gericht betont schließlich, weder das Urteil Lianakis u. a. (C-532/06, EU:C:2008:40, Rn. 38, 44 und 45), in dem es um die Auslegung von Art. 36 Abs. 2 der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge *** gegangen sei, der im Wesentlichen den gleichen Inhalt habe wie Art. 53 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18, noch das Urteil Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512) lieferten eine Antwort bzw. blieben zumindest eine endgültige Antwort auf die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Frage schuldig, ob die Bewertungsmethode, und zwar die konkrete Methode, die der öffentliche Auftraggeber bei der Quotierung der Angebote anwenden werde, den Bietern im Voraus zur Kenntnis gebracht werden müsse, wie die Vergabe- oder Untervergabekriterien und die „Gewichtungskoeffizienten“.

12. In Anbetracht dessen hat der Raad van State van België (Staatsrat, Belgien) das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof die folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Ist Art. 53 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 für sich genommen und in Verbindung mit der Tragweite der europarechtlichen Grundsätze der Gleichheit und Transparenz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge dahin auszulegen, dass die ausschreibende Behörde (im Folgenden: öffentlicher Auftraggeber), wenn an den Bieter mit dem aus ihrer Sicht wirtschaftlich günstigsten Angebot vergeben wird, stets dazu verpflichtet ist, die Bewertungsmethode oder die Gewichtungsregeln – wie vorhersehbar, gängig oder von welcher Tragweite sie auch sein mag bzw. mögen –, anhand deren die Angebote nach den Vergabe- oder Untervergabekriterien bewertet werden sollen, stets im Voraus festzulegen und in die Bekanntmachung oder die Verdingungsunterlagen aufzunehmen,

oder

dass, wenn eine solche allgemeine Verpflichtung nicht besteht, Umstände wie u. a. die Tragweite, die mangelnde Vorhersehbarkeit oder die mangelnde Gängigkeit dieser Gewichtungsregeln, unter denen diese Verpflichtung gilt, gegeben sind?

13. Zu dieser Frage haben Dimarso, die belgische und die italienische Regierung sowie die Europäische Kommission schriftliche Erklärungen eingereicht. Mit Ausnahme der dort nicht vertretenen italienischen Regierung haben diese Beteiligten auch in der Sitzung vom 13. Januar 2016 mündlich verhandelt.

II – Würdigung

14. Mit der in dieser Rechtssache vorgelegten Frage wird der Gerichtshof ersucht, die Tragweite von Art. 53 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 zu präzisieren. Genauer gesagt wird der Gerichtshof mit der Frage befasst, ob diese Bestimmung im Licht der Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz verlangt, dass der öffentliche Auftraggeber im Rahmen der Vergabe eines Dienstleistungsauftrags auf Basis des wirtschaftlich günstigsten Angebots den Bietern in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen die für die Bewertung der Angebote der Bieter verwendete Bewertungsmethode mitteilt.

*** ABl. L 209, S. 1.

15. Vorab ist festzustellen, dass unstreitig der im Ausgangsverfahren in Frage stehende Dienstleistungsauftrag durchaus in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18 fällt und insbesondere deren Art. 53 uneingeschränkt anwendbar ist.

16. Zum einen werden aufgrund von Art. 20 der Richtlinie 2004/18 Aufträge über Dienstleistungen gemäß deren Anhang II A, wie die in Kategorie 10 enthaltenen Aufträge über „Markt- und Meinungsforschung“, nach den Art. 23 bis 55 dieser Richtlinie vergeben. Zum anderen überstieg der öffentliche Dienstleistungsauftrag im Ausgangsverfahren beträchtlich den Schwellenwert von 200 000 Euro, der in dem zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ausschreibung durch die Agentur für das Wohnungswesen anwendbaren Art. 7 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 angegeben war.

17. Gemäß Art. 53 der Richtlinie 2004/18 („Zuschlagskriterien“) wird der Zuschlag entweder dem Angebot mit dem „niedrigsten Preis“ oder dem „aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers wirtschaftlich günstigsten Angebot“, d. h., wie in Abs. 3 des 46. Erwägungsgrundes dieser Richtlinie angeführt und wie der Gerichtshof festgestellt hat, dem Angebot „mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis“ aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers **** erteilt.

18. Für den letzteren Fall, der dem des Ausgangsverfahrens entspricht, enthält Art. 53 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 eine nicht abschließende Auflistung verschiedener, mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängender Kriterien, die der öffentliche Auftraggeber befugt ist, zu berücksichtigen *****. Diese Kriterien umfassen die Qualität und den Preis, die, wie aus der Leistungsbeschreibung im Ausgangsverfahren hervorgeht, die einzigen Kriterien sind, die von der Agentur für das Wohnungswesen bei der streitigen Auftragsvergabe im Ausgangsverfahren angewendet wurden.

19. Ebenfalls für den Fall der Zuschlagserteilung für das wirtschaftlich günstigste Angebot sieht Art. 53 Abs. 2 Unterabs. 1 der Richtlinie 2004/18 vor, dass der öffentliche Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angibt, „wie er die einzelnen Kriterien gewichtet, um [dieses] Angebot zu ermitteln“. Gemäß Unterabs. 2 dieser Bestimmung kann diese Gewichtung mittels einer Marge angegeben werden, deren größte Bandbreite angemessen sein muss. Kann nach Ansicht des öffentlichen Auftraggebers die Gewichtung aus nachvollziehbaren Gründen nicht angegeben werden, so gibt dieser gemäß Unterabs. 3 dieser Bestimmung in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen die Kriterien in der absteigenden Reihenfolge ihrer Bedeutung an.

20. Bereits jetzt ist festzustellen, dass die in Art. 53 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 enthaltene Verpflichtung, sowohl die Zuschlagskriterien als auch, seit Annahme dieser Richtlinie, außer im Fall hinreichend begründeter Unmöglichkeit, die relative Gewichtung jedes einzelnen Zuschlagskriteriums im Stadium der Veröffentlichung der Bekanntmachung oder der Verdingungsunterlagen anzugeben, dem Erfordernis entspricht, die Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des daraus fließenden Transparenzgebots sicherzustellen ******.

**** Vgl. Urteil Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, Rn. 29).

***** Der nicht abschließende Charakter dieser Kriterien ist vom Gerichtshof regelmäßig betont worden. Vgl. zuletzt die neueren eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, Rn. 61) und Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, Rn. 30).

****** Vgl. in diesem Sinne Urteil Kommission/Irland (C-226/09, EU:C:2010:697, Rn. 43). Ich weise für alle Fälle darauf hin, dass nach ständiger Rechtsprechung der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, der die Entwicklung eines gesunden und effektiven Wettbewerbs zwischen den sich um einen öffentlichen Auftrag bewerbenden Unternehmen fördern soll, gebietet, dass alle Bieter bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen haben, was voraussetzt, dass die Angebote aller Wettbewerber den gleichen Bedingungen unterworfen sein müssen (vgl. in diesem Sinne insbesondere Urteile Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, Rn. 44, und eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, Rn. 33). Der Gerichtshof hat auch festgestellt, dass die Verpflichtung zur Transparenz, die daraus folgt, im Wesentlichen die Gefahr einer Günstlingswirtschaft oder willkürlicher Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers gegenüber bestimmten Bietern oder bestimmten Angeboten ausschließen soll (vgl. in diesem Sinne insbesondere Urteile Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, Rn. 44, und eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, Rn. 34).

21. Was die Veröffentlichung der Gewichtung der Zuschlagskriterien betrifft, so ist darauf hinzuweisen, dass Art. 53 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 eine beträchtliche Weiterentwicklung gegenüber den früheren auf die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge anwendbaren Rechtsvorschriften darstellt.

22. Im Rahmen der vor Inkrafttreten dieses Rechtsakts anwendbaren Rechtsvorschriften verlangte Art. 36 Abs. 2 der Richtlinie 92/50 nämlich nur, dass die öffentlichen Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen oder in der Vergabebekanntmachung die Zuschlagskriterien, deren Verwendung sie vorsehen, „möglichst in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung“ angeben.

23. Nunmehr sind die öffentlichen Auftraggeber hingegen verpflichtet, die Gewichtung der Zuschlagskriterien in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen anzugeben. Nur wenn sich dies aus nachvollziehbaren Gründen als unmöglich erweist, können sich diese Behörden für die Aufstellung einer Rangfolge der Kriterien entscheiden, die jedenfalls in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen in angemessener Weise veröffentlich werden muss.

24. Wie ich im Folgenden erläutern werde, hat diese Weiterentwicklung eine gewisse Bedeutung für die Entscheidung des Ausgangsverfahrens.

25. In diesem Stadium ist anzumerken, dass es im Ausgangsverfahren unstreitig ist, dass in den Verdingungsunterlagen bei jedem der beiden vom öffentlichen Auftraggeber angewendeten Kriterien der Hinweis „50/100“ angeführt war. Insoweit hat das vorlegende Gericht entschieden, dies könne berechtigterweise dahin ausgelegt werden, dass jedes der beiden Kriterien als gleichwertig anzusehen sei und daher jeweils zur Hälfte in die Bewertung der Angebote einzufließen habe.

26. Es ist festzustellen, dass diese Bewertung endgültig ist. Es geht nämlich unzweifelhaft aus dem Vorabentscheidungsersuchen hervor und ist von Dimarso in der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof bestätigt worden, dass das vorlegende Gericht den ersten Teil der von Dimarso bei ihm erhobenen Klage zurückgewiesen hat, wonach im Kern die Angabe „50/100“ dahin auszulegen sei, dass jedes Angebot hinsichtlich des Kriteriums „Qualität“ mit 0 bis 50 Punkten zu bewerten sei. Das vorlegende Gericht hat somit letztlich festgestellt, dass der gewichtete Wert jedes der beiden Zuschlagskriterien laut Verdingungsunterlagen identisch war, nämlich 50 % betrug, was durchschnittlich fachkundige Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auslegen konnten*******.

27. Es steht also fest, dass die betreffenden Zuschlagskriterien ebenso wie deren relative Gewichtung den Bietern in den Verdingungsunterlagen, somit vor Zuschlagserteilung, mitgeteilt wurden, dies auf den ersten Blick im Einklang mit Art. 53 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18.

28. Das vorlegende Gericht möchte jedoch wissen, ob diese Bestimmung im Licht des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Transparenzgebots verlangt, dass der öffentliche Auftraggeber den Bietern im Voraus, sei es systematisch, sei es zumindest unter bestimmten Umständen, die Methode für die Bewertung der Angebote hinsichtlich der Zuschlagskriterien mitteilt, und zwar, was das Ausgangsverfahren betrifft, insbesondere die Methode zur Beurteilung des Grades der Erfüllung des von der Agentur für das Wohnungswesen veröffentlichten Kriteriums „Qualität“, d. h. einer Ordnungsskala mit drei Angaben bzw. Bewertungen („niedrig – ausreichend – hoch“).

29. Diese Frage ist im Zusammenhang mit der Argumentation von Dimarso zu verstehen, wonach im Wesentlichen die angewendete Bewertungsmethode („niedrig – ausreichend – hoch“) so vage gewesen sei, dass dies den öffentlichen Auftraggeber dazu veranlasst habe, der Bewertung des Kriteriums „Qualität“ im Vergleich zu jener des Kriteriums „Preis“ weniger Bedeutung einzuräumen, da dieses

******* Der Standard des durchschnittlich fachkundigen Bieters, der die übliche Sorgfalt walten lässt, ergibt sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs. Vgl. Urteile SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553, Rn. 42) und eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, Rn. 54).

zweite Kriterium allein in der Lage gewesen sei, drei von vier vorgelegten Angeboten auszuscheiden. Das Kriterium „Preis“ habe demnach tatsächlich mehr relatives Gewicht gehabt als die zuvor in den Verdingungsunterlagen angekündigten 50 %. Anders ausgedrückt hätte es nach Ansicht Dimarsos unweigerlich einen Einfluss auf die Vorbereitung der Angebote gehabt, wenn die Bewertungsmethode den Bietern im Stadium der Verdingungsunterlagen bekannt gegeben worden wäre.

30. Ich bin keineswegs unempfänglich für diese Argumentation. Man muss sich ihr gedanklich jedoch schrittweise nähern.

31. Zunächst verlangt Art. 53 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 vom öffentlichen Auftraggeber, dass er den Bietern, sei es in der Bekanntmachung, sei es in den Verdingungsunterlagen, die Zuschlagskriterien bekannt gibt, die er berücksichtigen möchte, und auch deren relative Gewichtung.

32. Allerdings wird man im Wortlaut von Art. 53 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 vergeblich nach einer allgemeinen Pflicht des öffentlichen Auftraggebers suchen, in der Ausschreibung oder in den Verdingungsunterlagen die Methode für die Bewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien und ihrer relativen Gewichtung, also alle Regeln und Modalitäten, nach denen ein öffentlicher Auftraggeber oder dessen Hilfsorgan, wie beispielsweise ein Bewertungsausschuss, den verschiedenen Angeboten je nach Grad der Erfüllung eines der Vergabekriterien (und/oder Untervergabekriterien) eine Punktzahl oder eine bestimmte Bewertung zuweist, bekannt zu geben.

33. Art. 53 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 verlangt daher nicht, dass eine solche vom Bewertungsausschuss zur Analyse der Angebote anhand der Vergabekriterien für einen öffentlichen Auftrag verwendete Methode und ihre relative Gewichtung den Bietern in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen grundsätzlich im Voraus mitgeteilt wird.

34. Dieser Grundsatz wird auch von der Rechtsprechung des Gerichtshofs bestätigt.

35. Zum einen ist festzustellen, dass der Gerichtshof wiederholt die Rechtmäßigkeit des Verhaltens eines öffentlichen Auftraggebers anerkannt hat, der die Unterkriterien eines Zuschlagskriteriums *nach* Einreichung der Angebote, aber *vor* deren Öffnung gewichtet hatte, was zwangsläufig bedeutet, dass der öffentliche Auftraggeber nicht systematisch verpflichtet ist, die vorherige Veröffentlichung dieser Gewichtung der Unterkriterien eines Zuschlagskriteriums in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen sicherzustellen*******.

36. Diese Beurteilung kann erst recht auf die Annahme einer Methode für die Bewertung von Angeboten anhand der Zuschlagskriterien und ihrer relativen Gewichtung ausgedehnt werden.

37. Zum anderen hat der Gerichtshof im Urteil Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512, Rn. 35) im Kontext der Anwendung der Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge durch die Organe der Europäischen Union********, im Wesentlichen ähnlich wie im Kontext der Anwendung der Richtlinie 2004/18, und in Erwägung der Frage, welche Informationen den Bietern vom öffentlichen Auftraggeber nicht im Voraus zu übermitteln sind, eingeräumt, dass ein Bewertungsausschuss bei der Durchführung seiner Aufgabe über eine gewisse Freiheit verfügen können und seine Prüf- und Analysetätigkeit hinsichtlich der eingereichten Angebote strukturieren können muss*********.

******* Vgl. Urteile ATI EAC e Viaggi di Maio u. a. (C-331/04, EU:C:2005:718, Rn. 32), Lianakis u. a. (C-532/06, EU:C:2008:40, Rn. 43) und Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512, Rn. 32 und 33).

******** In diesem Fall ging es um die Auslegung von Art. 97 der Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1605/2002 des Rates vom 25. Juni 2002 über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Europäischen Gemeinschaften (ABl. L 248, S. 1) und von Art. 138 des Verordnung (EG, Euratom) Nr. 2342/2002 der Kommission vom 23. Dezember 2002 mit Durchführungsbestimmungen zur Verordnung Nr. 1605/2002 (ABl. L 357, S. 1).

********* Vgl. auch im gleichen juristischen Kontext Urteil bpost/Kommission (T-514/09, EU:T:2011:689, Rn. 86).

38. In all diesen Rechtssachen hat der Gerichtshof allerdings festgestellt, dass die Freiheit, die der öffentliche Auftraggeber genießt, von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängig ist.

39. Diese Voraussetzungen scheinen jedoch nicht ganz einheitlich zu sein.

40. So hat der Gerichtshof zum einen, wie das vorlegende Gericht richtig angemerkt hat, hinsichtlich der Festlegung von Gewichtungskoeffizienten für die Untervergabekriterien durch einen öffentlichen Auftraggeber nach Einreichung der Angebote festgestellt, dass diese Festlegung im Nachhinein unter drei Voraussetzungen rechtmäßig ist, nämlich,

— sofern sie die in den Verdingungsunterlagen oder in der Bekanntmachung des Auftrags bestimmten Zuschlagskriterien für den Auftrag nicht ändert,

— sofern sie nichts enthält, was, wenn es bei der Vorbereitung der Angebote bekannt gewesen wäre, diese Vorbereitung hätte beeinflussen können, und

— sofern sie nicht unter Berücksichtigung von Umständen erlassen wurde, die einen der Bieter diskriminieren konnten**********.

41. Wenn eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllt ist, kann man aus dieser Rechtsprechung ableiten, dass die Festlegung der Gewichtung der Unterkriterien nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung oder der Verdingungsunterlagen die Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens zur Folge hat. Mit anderen Worten hätte der öffentliche Auftraggeber die Gewichtung der Unterkriterien für die Zuschlagskriterien im Voraus festlegen und sicherstellen müssen, dass diese Gewichtung den Bietern in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen mitgeteilt wird.

42. Zum anderen hat der Gerichtshof hinsichtlich der Freiheit eines Bewertungsausschusses, seine eigene Prüf- und Analysetätigkeit zu strukturieren, in Rn. 35 des Urteils Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512) festgestellt, dass diese Freiheit nicht dazu führen darf, dass der öffentliche Auftraggeber „die in den Verdingungsunterlagen oder der Bekanntmachung festgelegten Zuschlagskriterien für den Auftrag ändert“.

43. Indem er sich auf die Erwähnung der Erfüllung nur einer der drei (der ersten) in Nr. 40 der vorliegenden Schlussanträge angeführten Voraussetzungen beschränkt hat, gesteht der Gerichtshof dem öffentlichen Auftraggeber offensichtlich einen weiteren Ermessensspielraum bei der nachträglichen Festlegung der Analyse- oder Bewertungsmethode für die Angebote zu, wenn dieser beschließt, Gewichtungskoeffizienten für die den Bietern zuvor zur Kenntnis gebrachten Zuschlagskriterien entsprechenden Unterkriterien festzulegen.

44. Wenngleich im Ausgangsverfahren die in Rn. 35 des Urteils Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512) enthaltene Klarstellung streng anzuwenden war, hat das vorlegende Gericht in diesem Stadium keine Anhaltspunkte dafür geliefert, dass die vom Bewertungsausschuss bei der Bewertung des Kriteriums „Qualität“ angewendete Bewertungsmethode dieses Kriterium, bzw. *a fortiori* das zweite Zuschlagskriterium, verändern konnte, wobei beide den Bietern im Voraus in den Verdingungsunterlagen zur Kenntnis gebracht worden waren.

45. Ich bezweifle jedoch, dass die vom Gerichtshof in Rn. 35 des Urteils Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512) getroffene Klarstellung, die zudem in Form eines „*obiter dictum*“ erfolgt ist, zum Ziel hatte, der Freiheit des öffentlichen Auftraggebers bei der Festlegung einer Bewertungsmethode für die vorgelegten Angebote diese einzige Schranke aufzuerlegen. Schließlich

********** Vgl. Urteile ATI EAC e Viaggi di Maio u. a. (C-331/04, EU:C:2005:718, Rn. 32), Lianakis u. a. (C-532/06, EU:C:2008:40, Rn. 43) und Evropaïki Dynamiki/EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512, Rn. 33).

kann man sich, gegebenenfalls abgesehen von besonders schweren Fehlern, schwer vorstellen, wie eine solche Bewertungsmethode die Zuschlagskriterien für einen öffentlichen Auftrag an sich ändern könnte und wie es einem abgelehnten Bieter möglich sein sollte, Beweise bzw. auch nur ein Bündel von Indizien für eine solche Auswirkung auf die Zuschlagskriterien vorzulegen.

46. Deshalb neige ich eher dazu, mich der Ansicht der interessierten Parteien anzuschließen, die insbesondere in der mündlichen Verhandlung vorgetragen haben, es sei nicht ausgeschlossen, dass eine Bewertungsmethode Auswirkungen nicht so sehr auf die Zuschlagskriterien selbst, sondern vielmehr auf die Gewichtung dieser Kriterien haben könne, und dass sie Elemente enthalten könne, die sich auf die Angebotserstellung ausgewirkt hätten, wenn diese Methode den Bietern im Voraus zur Kenntnis gebracht worden wäre, dies im Sinne der in Nr. 40 der vorliegenden Schlussanträge dargelegten, zweiten von der Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzung. In einem solchen Fall wäre die nachträgliche Festlegung einer solchen Methode für die Bewertung der Angebote durch den öffentlichen Auftraggeber rechtswidrig und hätte diese im Voraus in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen veröffentlicht werden müssen.

47. Ich stimme daher im Wesentlichen mit der Argumentationslinie überein, die insbesondere von der Kommission entwickelt worden ist, wonach die Rechtmäßigkeit einer im Nachhinein vom öffentlichen Auftraggeber festgelegten Methode für die Bewertung der Angebote davon abhängt, ob die oben in Nr. 40 angeführten drei Voraussetzungen erfüllt sind, die von der Rechtsprechung des Gerichtshofs aufgestellt worden sind. Es wäre dann Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob diese Voraussetzungen im Ausgangsverfahren erfüllt sind.

48. Mir scheint jedoch, dass diese Rechtssache dem Gerichtshof auch eine Gelegenheit bietet, diese Rechtsprechung weiter auszuarbeiten, insbesondere hinsichtlich der Tragweite der ersten Voraussetzung.

49. Wie ich nämlich zuvor unterstrichen habe, müssen seit dem Inkrafttreten von Art. 53 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 sowohl die Zuschlagskriterien als auch ihre relative Gewichtung (bzw., falls dies nicht möglich ist, ihre Rangfolge) in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen in angemessener Weise veröffentlicht werden.

50. Die nachträgliche Änderung Ersterer oder Letzterer muss daher meiner Meinung nach in gleicher Weise geahndet werden, egal auf welche Weise es zu dieser Änderung gekommen ist.

51. Ebenso wenig wie es gerechtfertigt ist, zuzulassen, dass eine Methode für die Bewertung der Angebote im Nachhinein die zuvor den Bietern mitgeteilten Zuschlagskriterien ändern kann, ist zu tolerieren, dass eine solche Methode die Gewichtung dieser Kriterien ändert. Wenn dies die Folge der nachträglichen Festlegung einer Methode für die Bewertung der Angebote ist, hätte diese den Bietern im Voraus zur Kenntnis gebracht werden müssen, und das streitige Vergabeverfahren ist rechtswidrig.

52. Daher rege ich an, die erste in Nr. 40 der vorliegenden Schlussanträge aufgelistete Voraussetzung, die aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den Rechtsvorschriften für das öffentliche Vergabewesen vor Annahme der Richtlinie 2004/18 hervorgeht, so zu formulieren, dass sie auch die Gewichtung der Zuschlagskriterien beinhaltet, damit der Weiterentwicklung dieser Regelung nach Inkrafttreten von Art. 53 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 Rechnung getragen wird.

53. Es ist nun Sache des vorlegenden Gerichts, im Ausgangsverfahren zu prüfen, ob die Methode für die Bewertung der Angebote hinsichtlich des Kriteriums „Qualität“, das in den Verdingungsunterlagen des streitigen Auftrags angeführt ist, die Gewichtung der Zuschlagskriterien für diesen Auftrag im Nachhinein geändert hat, in welchem Fall diese den potenziellen Bietern im Voraus in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen hätte zur Kenntnis gebracht werden müssen.

54. Ich vermute jedoch angesichts der vom vorlegenden Gericht mitgeteilten Umstände und Informationen, dass dies der Fall gewesen sein könnte.

55. Da drei der vier Angebote, darunter das von Dimarso, hinsichtlich der Erfüllung des Kriteriums „Qualität“ mit „hoch“ bewertet wurden, ohne dass eine Punktezahl angegeben wurde, die es erlaubt hätte, zu differenzieren und die Angebote aufgrund ihrer spezifischen Eigenschaften zu reihen, gab schließlich das Kriterium „Preis“ bei der streitigen Zuschlagserteilung den Ausschlag, was alle interessierten Parteien in der mündlichen Verhandlung eingeräumt haben. In dem Maße, wie die vom Bewertungsausschuss gewählte Methode dazu geführt hat, dass der Bewertung des Kriteriums „Qualität“ im Vergleich zu jener des Kriteriums „Preis“ weniger Bedeutung eingeräumt wurde, hat Letzteres somit bei der vom Auftraggeber getroffenen Auswahl offensichtlich ein relativ höheres Gewicht bekommen als die Gewichtung von 50 %, von der man aufgrund der Angabe in den Verdingungsunterlagen vernünftigerweise ausgehen konnte. Es ist daher einleuchtend, dass die Bieter, wenn sie im Voraus darüber informiert worden wären, dass diese Methode für die Bewertung ihrer Angebote hinsichtlich der Erfüllung des Kriteriums „Qualität“ herangezogen wird, in ihren Angeboten auf den Preis ein größeres Augenmerk gelegt hätten.

56. Um meinen Standpunkt zu verdeutlichen, stellen wir uns vor, dass unter den eingereichten Angeboten eines hinsichtlich der Qualität den drei anderen, einschließlich derer, die mit „hoch“ bewertet wurden, sehr überlegen war. Anders ausgedrückt hätte eines der Angebote hinsichtlich des Bewertungskriteriums „Qualität“ als „exzellent“ eingestuft werden können. Der von dem betreffenden Bieter angebotene Preis hätte nun die außerordentlich hohe Qualität der von diesem gebotenen Dienstleistungen widergespiegelt und wäre wahrscheinlich höher gewesen als die von den anderen Bietern angebotenen Preise. Da jedoch die Bewertung „exzellent“ in der vom Bewertungsausschuss gewählten Bewertungsskala („niedrig – ausreichend – hoch“) nicht aufschien, konnte dieses qualitativ exzellente Angebot notwendigerweise hinsichtlich des Kriteriums „Qualität“ höchstens mit „hoch“ bewertet werden. Da der vom Bieter dafür angebotene Preis höher war als die jeweils anderen, vielleicht sogar um einige Dutzend oder Hundert Euro, musste dieses Angebot abgelehnt werden.

57. Letztlich hätte sich der öffentliche Auftraggeber in diesem Fall, der nicht notwendigerweise der Lage von Dimarso entspricht, dies aber könnte, möglicherweise um das Angebot gebracht, welches das beste Preis-Leistungs-Verhältnis hatte, dies entgegen dem Geist, der für die Auswahl des Zuschlagsempfängers auf Basis des wirtschaftlich günstigsten Angebots kennzeichnend ist**********.

58. Die im Nachhinein vom öffentlichen Auftraggeber gewählte Bewertungsmethode war somit meiner Meinung nach geeignet, die Gewichtung der Zuschlagskriterien zu ändern, da dadurch einem Kriterium mehr Gewicht als dem anderen zukam, während aus den Informationen, über die die Bieter bei der Vorbereitung des Angebots verfügten, eindeutig hervorging, dass beiden Kriterien bei der Bewertung gleich viel relatives Gewicht zuzumessen war, nämlich 50 %.

59. Wenn daher eine nach Einreichung der Angebote angenommene Bewertungsmethode zu einem solchen Ergebnis führen kann, hätte diese Methode meiner Meinung nach den Bietern zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Bekanntmachung oder der Verdingungsunterlagen durch den öffentlichen Auftraggeber zur Kenntnis gebracht werden müssen.

********** Im Urteil Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, Rn. 29) stellt der Gerichtshof im Wesentlichen fest, dass die Zuschlagserteilung für das wirtschaftlich günstigste Angebot, die den öffentlichen Auftraggeber anhält, nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis Ausschau zu halten, das Gewicht der Qualität bei den Kriterien für den Zuschlag für öffentliche Aufträge verstärkt.

60. Jedenfalls ist es meiner Meinung nach, wenn der Gerichtshof entscheiden sollte, dass die in Nr. 40 der vorliegenden Schlussanträge angeführte, erste von der Rechtsprechung aufgestellte Voraussetzung nicht auf die Gewichtung der Zuschlagskriterien auszudehnen ist, wahrscheinlich, dass die vom öffentlichen Auftraggeber festgelegte Methode für die Bewertung der Angebote unter dem Gesichtspunkt des Kriteriums „Qualität“, wenn sie den potenziellen Bietern im Voraus bekannt gewesen wäre, die Vorbereitung ihrer Angebote im Sinne der zweiten in Nr. 40 der vorliegenden Schlussanträge angeführten Voraussetzung hätte beeinflussen können.

61. Wenn nämlich die Bieter, wie bereits gesagt, vor Einreichung ihrer Angebote gewusst hätten, dass das zweite Zuschlagskriterium, d. h. das Kriterium „Preis“, bei der Auswahl des wirtschaftlich günstigsten Angebots entscheidend sein könnte, was alle interessierten Parteien in der mündlichen Verhandlung eingeräumt haben, wären ihre Angebote sicherlich anders erstellt worden, um dieser Zielsetzung des öffentlichen Auftraggebers besser Rechnung zu tragen.

62. Im Allgemeinen stimmt es, dass eine solche Beschränkung der Freiheit des öffentlichen Auftraggebers, die Bewertungsmethode nach Einreichung der Angebote festzulegen, ihn letztlich dazu zu zwingen scheint, die Methode oder die Methoden für die Bewertung der Zuschlagskriterien, die er auswählen möchte, jedenfalls sehr früh zu bestimmen, um vorsorglich sicherzustellen, dass sie keine Auswirkung auf die Vorbereitung der Angebote der potenziellen Bieter haben, wobei diese Methoden andernfalls entweder in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen veröffentlicht werden müssten.

63. Somit bedeutet dieses Erfordernis für den öffentlichen Auftraggeber (der die größtmögliche Rechtssicherheit des Vergabeverfahrens sicherzustellen und sich vor Klagen auf Nichtigerklärung dieses Verfahrens zu schützen hat) offensichtlich, dass er die Methode oder die Methoden für die Bewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien ehestmöglich festzulegen hat. Man könnte daher annehmen, dass es, wenn dem so ist, wohl keinen zwingenden Grund dafür gibt, warum sich ein öffentlicher Auftraggeber weigern sollte, den potenziellen Bietern die betreffenden Methoden, die er jedenfalls bereits vor der Ausschreibung festlegen musste, zur Kenntnis zu bringen.

64. Ein solcher Hinweis scheint in der Praxis den „Ausnahme von der Regel“-Grundsatz umzukehren, der sich aus der Anwendung der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt, wonach der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich nicht verpflichtet ist, die Methode für die Bewertung der Angebote im Voraus bekannt zu geben, außer wenn diese Methode Elemente enthält, die, wenn sie im Voraus bekannt gewesen wären, die Vorbereitung der Angebote hätten beeinflussen können.

65. Dieses Risiko kann jedoch meines Erachtens weitgehend vermieden werden, wenn die öffentlichen Auftraggeber sich dazu entschließen, nicht nur die Zuschlagskriterien und ihre relative Gewichtung zu veröffentlichen, wie dies die Richtlinie 2004/18 verlangt, sondern auch die Unterkriterien für diese Kriterien sowie die relative Gewichtung dieser Unterkriterien, wozu die Rechtsprechung des Gerichtshofs stark tendiert.

66. Anders ausgedrückt, je mehr klare, verständliche und detaillierte Informationen über alle diese Elemente den Bietern in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen zur Verfügung stehen, desto geringer ist meiner Meinung nach das Risiko, dass die vom Bewertungsausschuss gewählte Methode für die Analyse der Angebote womöglich die Kriterien oder die Unterkriterien für die Zuschlagserteilung und auch ihre Gewichtung ändert oder zu einer Ungleichbehandlung der Bieter führt. Die Vermeidung dieses Risikos ist meiner Meinung nach Teil der „aktiven Rolle“, die die Richtlinie 2004/18 nach der Auslegung des Gerichtshofs den öffentlichen Auftraggebern bei der Anwendung der wesentlichen Grundsätze für die Vergabe öffentlicher Aufträge, nämlich Einhaltung der Transparenz des Verfahrens und Gleichbehandlung der Bieter, zuschreibt**********.

********** Vgl. in diesem Sinne in einem anderen Zusammenhang Urteil eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, Rn. 42).

67. Auch werden in einem solchen Fall alle Bieter die Möglichkeit gehabt haben, im Voraus das relative Gewicht aller vom öffentlichen Auftraggeber in Betracht gezogenen Informationen kennenzulernen, wodurch im Allgemeinen ausgeschlossen werden kann, dass die vom öffentlichen Auftraggeber angewendete, genaue Methode für die Analyse der Angebote womöglich Elemente enthält, die, wenn sie bei der Vorbereitung der Angebote bekannt gewesen wären, diese Vorbereitung hätten beeinflussen können.

68. Wenn hingegen, wie im Ausgangsverfahren, die Zuschlagskriterien in den Verdingungsunterlagen gleich gewichtet sind, etwaige in diesem letzteren Dokument aufgelistete Unterkriterien nicht Gegenstand einer solchen Gewichtung sind und die Bewertungsmethode, die nach Einreichung der Angebote angenommen worden ist, um den Grad der Erfüllung eines der beiden Kriterien festzustellen, besonders allgemein ist, ohne eine hinreichend genaue Differenzierung der Qualität der eingereichten Angebote zu erlauben, ist das Risiko, dass die Bewertungsmethode Elemente enthält, die, wenn sie den Bietern in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen zur Kenntnis gebracht worden wären, möglicherweise die Vorbereitung ihrer Angebote beeinflusst hätten, beträchtlich höher.

69. Es stimmt, dass die zweite in Nr. 40 der vorliegenden Schlussanträge angeführte Voraussetzung besonders flexibel und leicht zu erfüllen zu sein scheint, da es stets vorstellbar erscheint, zu argumentieren, dass jedes vom öffentlichen Auftraggeber berücksichtigte Element *möglicherweise* einen Einfluss oder eine Auswirkung auf die Vorbereitung der Angebote gehabt hätte, wenn es den Bietern im Voraus mitgeteilt worden wäre.

70. Vielleicht war sich der Gerichtshof dieser Flexibilität bewusst, als er im Urteil Kommission/Irland (C-226/09, EU:C:2010:697, Rn. 48) einen solchen Einfluss auf die Vorbereitung der Angebote davon abhängig gemacht hat, dass er „signifikant“ ist, was ihm erlaubt hat, die Vertragsverletzungsklage der Kommission teilweise abzuweisen.

71. Obwohl sich Rn. 48 des Urteils Kommission/Irland (C-226/09, EU:C:2010:697) auf die frühere Rechtsprechung des Gerichtshofs beruft und ausdrücklich auf Rn. 32 des Urteils ATI EAC e Viaggi di Maio u. a. (C-331/04, EU:C:2005:718) Bezug nimmt, enthält dieses Urteil ebenso wenig wie die anderen bereits angeführten, späteren Urteile die Klarstellung, wonach der Einfluss auf die Vorbereitung der Angebote „signifikant“ sein muss. Wie dem auch sei, das vom Gerichtshof in Rn. 48 des Urteils Kommission/Irland (C-226/09, EU:C:2010:697) eingeführte Kriterium kann jedoch, wie mir scheint, darauf zurückzuführen sein, dass der betreffende öffentliche Dienstleistungsauftrag nicht zur Gänze durch die Bestimmungen der Richtlinie 2004/18, insbesondere deren Art. 53 Abs. 2, geregelt war.

72. Wenn das die Bedeutung ist, die Rn. 48 des Urteils Kommission/Irland (C-226/09, EU:C:2010:697) zuzumessen ist, gibt es meiner Meinung nach keinen besonderen Grund, im vorliegenden Fall das in Rn. 48 dieses Urteils enthaltene Kriterium des „signifikanten“ Charakters des Einflusses auf die Vorbereitung der Angebote anzuwenden und daher die Tragweite der in Nr. 40 der vorliegenden Schlussanträge angeführten zweiten Voraussetzung der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu ändern.

73. Jedenfalls meine ich, dass die Flexibilität, die ein Merkmal dieser zweiten Voraussetzung ist, stark abgeschwächt werden kann durch die Verpflichtung des abgelehnten Bieters, der die Beweislast trägt, in seinem Rechtsbehelf konkret nachzuweisen, dass sein Angebot substanziell und nicht nur formal anders gewesen wäre, wenn die Elemente der betreffenden Bewertungsmethode oder diese Methode selbst, die vom öffentlichen Auftraggeber nicht im Voraus mitgeteilt wurde, Gegenstand einer angemessenen Veröffentlichung vor der Vorbereitung der Angebote gewesen wäre.

74. Bevor ich zum Ende komme, möchte ich hinzufügen, dass alle vorstehenden Erwägungen auf dem Postulat, das implizit aus der Vorlagefrage hervorgeht, beruhen, wonach die Methode für die Bewertung der Angebote hinsichtlich des Kriteriums „Qualität“, die der Bewertungsausschuss im vorliegenden Fall angewendet hat, *nach* Ablauf der Abgabefrist für die Angebote, jedoch *vor* Öffnung Letzterer festgelegt wurde.

75. In der oben angeführten Rechtsprechung zur Festlegung der Gewichtung der Unterkriterien für die Zuschlagskriterien hat der Gerichtshof im Wesentlichen festgestellt, dass eine solche Festlegung *nach Öffnung der Angebote* bzw., je nachdem, der Interessensbekundungen, insbesondere gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und das Transparenzgebot verstößt**********. Ebenso hat der Gerichtshof die Änderung der Gewichtung der Zuschlagskriterien durch einen Bewertungsausschuss nach einer ersten Prüfung der Angebote in einem Fall, in dem Art. 53 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 nicht auf den fraglichen öffentlichen Dienstleistungsauftrag anwendbar war, verurteilt, ohne darüber hinaus zu fordern, dass die diskriminierende Wirkung dieser Vorgehensweise gegenüber einem der Bieter nachgewiesen wird, wobei der Gerichtshof hinzufügte, dass es insoweit genügt, dass zu dem Zeitpunkt, zu dem die Änderung vorgenommen wurde, nicht ausgeschlossen werden konnte, dass sie eine solche Wirkung haben kann**********.

76. Wenn nämlich der öffentliche Auftraggeber von der Identität des Bieters und dem Inhalt der Angebote Kenntnis erlangt hat, als er die Gewichtung der Zuschlagskriterien und/oder Unterkriterien änderte, besteht ein reales Risiko, dass der Eindruck entsteht, dass diese Änderung darauf abzielt, einen der Bieter zu begünstigen und sich über das Gebot der Gleichbehandlung hinwegzusetzen.

77. In einer solchen Situation ist die derart vorgenommene Änderung schlichtweg rechtswidrig, insbesondere wegen der Vermutung der Günstlingswirtschaft. Es liegt auf der Hand, dass die tatsächlich vorgenommene Gewichtung, die zur Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens geführt hat, den Bietern in den Ausschreibungsunterlagen hätte zur Kenntnis gebracht werden müssen. Eine solche Feststellung ist jedoch für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht notwendig.

78. In ihrer Stellungnahme hat die belgische Regierung erwähnt, es gebe Situationen, ohne jedoch deren Natur genauer zu definieren, in denen die Methode für die Bewertung der Angebote nur nach deren Öffnung festgelegt werden könne. Im Wesentlichen dürfe daher die Rechtsprechung des Gerichtshofs, wonach die Festlegung der Gewichtung der Zuschlagskriterien und der Unterkriterien für diese Zuschlagskriterien *nach* Öffnung der Angebote verurteilt werde, nicht auf den Fall ausgedehnt werden, in dem ein Bewertungsausschuss eine Bewertungsmethode nach dieser Öffnung festlege.

79. Die vom vorlegenden Gericht gestellte Frage zielt auf diesen Fall nicht *stricto sensu* ab.

80. Jedoch lässt sich aufgrund der Angaben des vorlegenden Gerichts nicht gänzlich ausschließen, dass die im Ausgangsverfahren streitige Bewertungsmethode nach Öffnung der Angebote festgelegt wurde.

81. In diesem Fall stellt sich meiner Meinung nach die zusätzliche Frage, ob das vorlegende Gericht stets prüfen muss, ob die drei von der Rechtsprechung aufgestellten, in Nr. 40 der vorliegenden Schlussanträge angeführten Voraussetzungen erfüllt sind, um feststellen zu können, dass der öffentliche Auftraggeber den Bietern diese Methode für die Bewertung der Angebote zur Kenntnis hätte bringen müssen, oder ob es sich darauf beschränken kann, festzustellen, dass eine solche Vorgehensweise gewissermaßen zu einer Vermutung der Günstlingswirtschaft zum Nutzen eines oder mehrerer Bieter führt, was die Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens nach sich zieht.

********** Vgl. insbesondere Urteil Lianakis u. a. (C-532/06, EU:C:2008:40, Rn. 44).

********** Urteil Kommission/Irland (C-226/09, EU:C:2010:697, Rn. 57 bis 63).

82. Ohne allgemein zu den von der belgischen Regierung angeführten, jedoch nicht genauer umschriebenen Situationen Stellung zu nehmen, bezweifle ich, dass im Ausgangsverfahren die Methode für die Bewertung des Kriteriums „Qualität“ aufgrund ihres sehr einfachen und besonders verallgemeinernden, um nicht zu sagen, ungenauen, Charakters, erst nach Öffnung der eingereichten Angebote festgelegt werden konnte.

83. Für mich gibt es nämlich keinen Grund, insbesondere technischer oder finanzieller Natur, warum ein öffentlicher Auftraggeber den Bietern nicht entweder eine Methode, die sich darauf beschränkt, die „Qualität“ der Angebote mittels der Ordnungsskala „niedrig – ausreichend – hoch“ zu bewerten, zur Kenntnis bringen oder diese Methode nicht spätestens vor Öffnung der Angebote festlegen sollte, vorausgesetzt, dass die von mir bereits geprüften Voraussetzungen erfüllt sind, d. h. insbesondere, ohne dass die Zuschlagskriterien oder ihre Gewichtung geändert werden.

84. Wenn nun die im Ausgangsverfahren streitige Bewertungsmethode nach Öffnung der Angebote angenommen wurde, was vom vorlegenden Gericht festgestellt werde, müsste meiner Meinung nach vermutet werden, dass sie unter Berücksichtigung von Elementen festgelegt wurde, die sich für einen oder mehrere abgelehnte Bieter diskriminierend auswirken können, und diese Vermutung müsste gegebenenfalls vom öffentlichen Auftraggeber widerlegt werden.

III – Ergebnis

85. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die Vorlagefrage des Raad van State van België (Staatsrat, Belgien) wie folgt zu antworten:

Art. 53 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge in der durch die Verordnung (EU) Nr. 1251/2011 der Kommission vom 30. November 2011 geänderten Fassung ist im Licht des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Transparenzgebots dahin auszulegen, dass der öffentliche Auftraggeber nicht verpflichtet ist, den potenziellen Bietern in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen die Methode für die Bewertung der Angebote zur Beurteilung des Grades der Erfüllung der zuvor in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen veröffentlichten Zuschlagskriterien zur Kenntnis zu bringen, wenn eine solche Methode, die nach Ablauf der Abgabefrist für die Angebote, jedoch vor Öffnung Letzterer angenommen wurde, a) die in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen bestimmten Zuschlagskriterien für den Auftrag und die relative Gewichtung dieser Kriterien nicht ändert, b) nichts enthält, was, wenn es bei der Vorbereitung der Angebote bekannt gewesen wäre, diese Vorbereitung hätte beeinflussen können, und c) nicht unter Berücksichtigung von Umständen erlassen wurde, die einen der Bieter diskriminieren konnten. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob diese Voraussetzungen im Ausgangsverfahren erfüllt sind.