URTEIL DES GERICHTSHOFES (Fünfte Kammer)

18. Oktober 2001 *

In der Rechtssache C-19/00

betreffend ein dem Gerichtshof nach Artikel 177 EG-Vertrag (jetzt Artikel 234 EG) vom irischen Supreme Court in dem bei diesem anhängigen Rechtsstreit

SIAC Construction Ltd

gegen

County Council of the County of Mayo

vorgelegtes Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung von Artikel 29 der Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 185, S. 5) in der durch die Richtlinie 89/440/EWG des Rates vom 18. Juli 1989 (ABl. L 210, S. 1) geänderten Fassung

* Verfahrenssprache: Englisch.

erlässt

DER GERICHTSHOF (Fünfte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten P. Jann (Berichterstatter) sowie der Richter A. La Pergola, L. Sevón, M. Wathelet und C. W. A. Timmermans,

Generalanwalt: F. G. Jacobs
Kanzler: H. A. Rühl, Hauptverwaltungsrat

unter Berücksichtigung der schriftlichen Erklärungen

— der SIAC Construction Ltd, vertreten durch B. Shipsey, SC, beauftragt durch McCann Fitzgerald und Philip Lee, Solicitors,

— des County Council of the County of Mayo, vertreten durch M. Finlay, SC, M. Boyce und N. Hyland, BL, beauftragt durch King & McEllin, Solicitors,

— der irischen Regierung, vertreten durch L. A. Farrell als Bevollmächtigten, im Beistand von A. O'Brolchain, SC, und A. M. Collins, BL,

— der österreichischen Regierung, vertreten durch C. Pesendorfer als Bevollmächtigte,

— der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch R. Wainwright als Bevollmächtigten,

aufgrund des Sitzungsberichts,

nach Anhörung der mündlichen Ausführungen der SIAC Construction Ltd, vertreten durch B. Shipsey, des County Council of the County of Mayo, vertreten durch M. Finlay und N. Hyland, der irischen Regierung, vertreten durch D. J. O'Hagan als Bevollmächtigten im Beistand von A. O'Brolchain, der französischen Regierung, vertreten durch S. Pailler als Bevollmächtigten, und der Kommission, vertreten durch R. Wainwright in der Sitzung vom 8. März 2001

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 10. Mai 2001,

folgendes

Urteil

1 Der Supreme Court hat mit Beschluss vom 30. Juli 1999, beim Gerichtshof eingegangen am 24. Januar 2000, gemäß Artikel 234 EG eine Frage nach der Auslegung von Artikel 29 der Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 185, S. 5) in der durch die Richtlinie 89/440/EWG des Rates vom 18. Juli 1989 (ABl. L 210, S. 1) geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 71/305) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2 Diese Frage stellt sich in einem Rechtsstreit der SIAC Construction Ltd (im Folgenden: SIAC Ltd) gegen den County Council of the County of Mayo (im Folgenden: County Council), bei dem es um ein Verfahren der Ausschreibung eines öffentlichen Bauauftrags geht.

Rechtlicher Rahmen

3 Artikel 29 Absätze 1 und 2 der Richtlinie 71/305 lautet:

„1. Bei der Erteilung des Zuschlags wendet der öffentliche Auftraggeber folgende Kriterien an:

— entweder ausschließlich das Kriterium des niedrigsten Preises;

— oder — wenn der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt — verschiedene Kriterien, die je nach Auftrag wechseln, z. B. den Preis, die Ausführungsfrist, die Betriebskosten, die Rentabilität, den technischen Wert.

2. Im letztgenannten Fall gibt der öffentliche Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen oder in der Bekanntmachung alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, so weit wie möglich in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung an."

Das Ausgangsverfahren und die Vorlagefrage

4 Am 20. Februar 1992 ließ der County Council im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* die Bekanntmachung einer öffentlichen Ausschreibung veröffentlichen, bei der der Auftrag im Offenen Verfahren auszuschreiben war;

dieser Auftrag bezog sich insbesondere auf Abwasserkanäle, Regenwasserauslässe, Belüftungsschächte, Regenwassersammler, Steigleitungsrohre und Wasserleitungsrohre.

5 Dieser Auftrag gehörte zu den Aufträgen nach Aufmaß, bei denen die geschätzten Mengen für jedes Gewerk in einer Massenermittlung angegeben sind. Bei dieser Art von Aufträgen vervollständigt der Bieter die Massenermittlung unter Angabe eines Vergütungssatzes für jedes Gewerk und eines Gesamtpreises für die geschätzte Menge. Der zu zahlende Preis bestimmt sich durch Aufmaß der tatsächlichen Mengen nach der Durchführung der Arbeiten und ihrer Bewertung zu dem im Angebot angegebenen Vergütungssatz.

6 In der Bekanntmachung der Ausschreibung hieß es unter dem Titel „Kriterien für die Auftragsvergabe (abgesehen vom Preis)":

„Der Zuschlag wird dem leistungsfähigen Bieter erteilt, dessen Angebot für das für den Council wirtschaftlich günstigste im Hinblick auf Kosten und technischen Wert befunden wird, sofern der Minister für Umweltfragen seine Zustimmung erteilt."

7 Die an die Bieter versandten Ausschreibungsunterlagen umfassten namentlich die Weisungen an die Bieter, die Massenermittlung und die Tabelle der Grundpreise, das Leistungsverzeichnis und die Auftragsbedingungen.

8 24 Unternehmer gaben Angebote ab. Die drei niedrigsten Angebote wurden von der SIAC Ltd, der Firma Mulcair und der Pierce Contracting Ltd abgegeben. Nach rechnerischen Überprüfungen und Berichtigungen beliefen sich die Gesamtpreise der Angebote auf 5 378 528 IEP bei der SIAC Ltd, 5 508 919 IEP bei der Firma Mulcair und 5 623 966 IEP bei der Pierce Contracting Ltd.

9 Der beratende Ingenieur, den der County Council mit der Auswertung der Angebote beauftragt hatte, gab in seinem Gutachten u. a. an, dass die drei niedrigsten Angebote von ihrem technischen Wert her gleich seien.

10 Er führte jedoch aus, er hege erhebliche Vorbehalte in Bezug auf das von der SIAC Ltd unterbreitete Angebot; das von diesem Unternehmen verwendete Preissystem beeinträchtige sicherlich erheblich die Freiheit des beratenden Ingenieurs, den Auftrag angemessen und vollständig in der Weise zu behandeln, die seines Erachtens die für den Mayo County Council wirtschaftlich Vorteilhafteste sei.

11 In der Rubrik „Materialien" sei ein vorläufiger Betrag von 90 000 IEP vorgesehen gewesen, und die Bieter seien aufgefordert worden, diesem Betrag einen Prozentsatz für allgemeine Kosten, Gewinnspanne usw. anzufügen. Die SIAC Ltd habe jedoch diesen vorläufigen Betrag in vollem Umfang abgezogen. Sie sei zu diesem Abzug nicht berechtigt gewesen.

12 Weiter wird im Gutachten des beratenden Ingenieurs festgestellt, dass die von der SIAC Ltd angewandte Methode die Kontrolle über sämtliche Posten der Massenermittlung, die nach dem endgültigen Aufmaß nach beiden Richtungen hin abweichen könnten, erheblich verringere. Im Einzelnen habe die SIAC Ltd bei 27,5 % der Posten einen Vergütungssatz von Null angegeben, während beispielsweise die Firma Mulcair nur bei 18 % der Posten einen Vergütungssatz von Null angegeben und den Preis für sämtliche Hauptgewerke festgesetzt habe.

13 Das Gutachten des beratenden Ingenieurs schloss mit dem Ergebnis, dass die Firma Mulcair im Vergleich zur SIAC Ltd ein „ausgewogeneres" Angebot abgegeben habe, dessen Preis-Leistungs-Verhältnis besser sei und das sich sogar als weniger kostspielig erweisen könne.

14 In seinen Empfehlungen vertrat der beratende Ingenieur die Ansicht, dass das Angebot der Pierce Contracting Ltd allein deshalb abzulehnen sei, weil dessen berichtigter Preis denjenigen des Angebots der Firma Mulcair um 115 047,33 IEP überstiegen habe. Er empfahl, das Angebot der SIAC Ltd insbesondere aus den folgenden Gründen nicht anzunehmen:

— die SIAC Ltd habe zum Zeitpunkt des Angebots keinen „Fertigstellungstermin" vorgeschlagen;

— die SIAC Ltd habe einen vorläufigen Betrag von 90 000 IEP in vollem Umfang aus dem Angebot gestrichen, obwohl sie nur berechtigt gewesen sei, einen Prozentsatz für allgemeine Kosten, Gewinnspanne usw. hinzuzufügen;

— die SIAC Ltd habe für bedeutende Gewerke, die in den Massenermittlungen angesetzt gewesen seien, keine Preise festgesetzt, was ihre Massenermittlung verfälsche und die Behandlung und Überwachung außerordentlich erschwere oder sogar unmöglich mache.

15 Daher schlug der beratende Ingenieur vor, das berichtigte Angebot der Firma Mulcair anzunehmen.

16 Der County Council vergab den Auftrag an die Firma Mulcair; dieser Auftrag wurde ausgeführt.

17 Auf Anforderung der SIAC Ltd gab der County Council dieser mit Schreiben vom 30. August 1993 die Gründe bekannt, aus denen er ihr Angebot nicht angenommen hatte.

18 Daraufhin focht die SIAC Ltd die Entscheidung des County Council, den betreffenden Auftrag an die Firma Mulcair zu vergeben, in zwei Verfahren vor dem irischen High Court an.

19 Der High Court wies die beiden Klagen der SIAC Ltd mit Urteil und Beschluss vom 17. Juni 1997 ab.

20 Der High Court führte aus, der County Council habe bei der Auswahl der Kriterien, die in der Bekanntmachung angegeben und in weiteren Unterlagen ausgeführt worden seien, mit vollem Recht von einem Auswahlermessen Gebrauch gemacht, das weitgehend auf einem Sachverständigengutachten beruhe.

21 Der High Court vertrat die Ansicht, er habe sich auf die Prüfung zu beschränken, ob die Entscheidung des County Council unvertretbar gewesen sei. Er gelangte zu dem Ergebnis, dass dies nicht der Fall gewesen sei.

22 Die SIAC Ltd legte gegen dieses Urteil und diesen Beschluss des High Court Rechtsmittel beim Supreme Court ein.

23 Mit ihrem Rechtsmittel macht die SIAC Ltd geltend, dass der County Council verpflichtet gewesen sei, das niedrigste Angebot, also das von ihr abgegebene, anzunehmen. Da anerkannt worden sei, dass sämtliche Bieter den erforderlichen technischen Wert geboten hätten, habe das einzige maßgebende Kriterium in den Kosten bestanden, was als Synonym für den Angebotspreis zu verstehen sei. Das Kriterium der Kosten oder des Preises habe sich nicht auf die Endkosten für den County Council beziehen dürfen.

24 Durch die Zugrundelegung des Endpreises sei der County Council von den Kriterien abgewichen, die er als Kriterien für die Zuschlagserteilung angegeben habe. Er habe damit die Grundsätze der Transparenz und der Vorhersehbarkeit des Ausschreibungsverfahrens und den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verletzt.

25 Der County Council macht demgegenüber geltend, er sei berechtigt gewesen, sein Ermessen auszuüben und den Auftrag auf der Grundlage einer Empfehlung seines beratenden Ingenieurs dem Angebot zu erteilen, das er als unter dem Gesichtspunkt der Kosten und des technischen Wertes günstigstes erachtet habe. Ferner hätte im Rahmen eines Auftrags nach Aufmaß das Kriterium der Kosten als auf den Kosten des Auftrags für den County Council, also den Auftragspreis, beruhend aufgefasst werden müssen.

26 Im Übrigen ergebe sich insbesondere aus den Verdingungsunterlagen, dass der beratende Ingenieur bei der Prüfung der Massenermittlungen zum Vergleich der angegebenen Preise mit seinen eigenen Kostenschätzungen berechtigt gewesen sei. Die SIAC Ltd sei zudem von Anfang an davon ausgegangen, dass das Kriterium der Kosten auf den voraussichtlichen Kosten des Auftrags für den County Council beruht habe.

27 Der Supreme Court hat das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof die folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Wenn ein öffentlicher Auftraggeber einen Auftrag nach den in nationales Recht umgesetzten Bestimmungen von Artikel 29 Absatz 1 zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 vergibt und angegeben hat, dass das „Kriterium für die Auftragsvergabe (abgesehen vom Preis)" darin besteht, dass der Zuschlag „dem leistungsfähigen Bieter erteilt [wird], dessen Angebot für das für den [Auftraggeber] wirtschaftlich günstigste im Hinblick auf Kosten und technischen Wert befunden wird", wenn die drei niedrigsten Bieter Unternehmer mit anerkannter Leistungsfähigkeit sind, die gültige Angebote mit anerkanntem technischen Wert vorgelegt haben, und wenn außerdem die Ange-

botspreise der niedrigsten Bieter nicht erheblich voneinander abweichen, ist dann der Auftraggeber verpflichtet, den Zuschlag dem Bieter zu erteilen, der den niedrigsten Preis angeboten hat, oder ist der Auftraggeber — gestützt auf ein Gutachten seines beratenden Ingenieurs, dem zufolge die endgültigen Kosten, die dem Auftraggeber durch den Auftrag entstehen, wahrscheinlich niedriger sind, wenn der Zuschlag dem Bieter erteilt wird, der den zweitniedrigsten Preis angeboten hat, als sie es wären, wenn der Zuschlag dem Bieter erteilt würde, der den niedrigsten Preis angeboten hat — berechtigt, den Zuschlag dem Bieter mit dem zweitniedrigsten Preis zu erteilen?

Zur Vorlagefrage

28 Mit seiner Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Artikel 29 Absätze 1 und 2 der Richtlinie 71/305 es einem öffentlichen Auftraggeber, der sich dafür entschieden hat, den Zuschlag für einen Auftrag dem wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen, erlaubt, den Auftrag dem Bieter zu erteilen, der das Angebot abgegeben hat, dessen Endkosten nach dem Gutachten eines Sachverständigen vermutlich die niedrigsten sind.

29 Die Parteien streiten über die Frage, ob sich die in den Verdingungsunterlagen verwendeten Begriffe „Preis" und „Kosten" auf den Gesamtpreis des Angebots oder die Endkosten des Auftrags beziehen. Der High Court hat sich in diesem Zusammenhang auf die Feststellung beschränkt, dass die Begriffe „Preis" und „Kosten" austauschbar gewesen seien.

30 Der Gerichtshof kann jedoch in einem Verfahren nach Artikel 234 EG nicht über die Auslegung von Begriffen entscheiden, die in Verdingungsunterlagen verwendet worden sind; diese Auslegung ist Sache des nationalen Gerichts.

31 Dagegen ist unstreitig, dass die Anforderungen des Artikels 29 Absätze 1 und 2 der Richtlinie 71/305 im Licht des Umstandes zu prüfen sind, dass der fragliche Auftrag an einen Bieter unter Berücksichtigung des Umstands vergeben wurde, dass sein Angebot nach Ansicht eines Sachverständigen vermutlich die niedrigsten Endkosten aufweisen wird.

32 Der Gerichtshof hat hierzu entschieden, dass die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge auf Gemeinschaftsebene die Hemmnisse für den freien Dienstleistungs- und Warenverkehr beseitigen und somit die Interessen der in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmer schützen soll, die den in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen öffentlichen Auftraggebern Waren oder Dienstleistungen anbieten möchten (vgl. insbes. Urteil vom 3. Oktober 2000 in der Rechtssache C-380/98, University of Cambridge, Slg. 2000, I-8035, Randnr. 16).

33 Im Einklang mit diesem Zweck folgt die Pflicht zur Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter aus dem Wesen der Richtlinie 71/305 (Urteil vom 22. Juni 1993 in der Rechtssache C-243/89, Kommission/Dänemark, Slg. 1993, I-3353, Randnr. 33).

34 Im Einzelnen müssen die Bieter sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese vom öffentlichen Auftraggeber beurteilt werden, gleichbehandelt werden (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 25. April 1996 in der Rechtssache C-87/94, Kommission/Belgien, Slg. 1996, I-2043, Randnr. 54).

35 Artikel 29 Absatz 1 zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 71/305 zählt nicht abschließend auf, welche Kriterien für die Erteilung des Zuschlags auf das wirtschaftlich günstigste Angebot festgelegt werden können.

36 Zwar überlässt die Bestimmung den öffentlichen Auftraggebern die Wahl der Kriterien für die Zuschlagserteilung, doch kommen nur Kriterien in Betracht, die der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen (Urteil vom 20. September 1988 in der Rechtssache 31/87, Beentjes, Slg. 1988, 4635, Randnr. 19).

37 Außerdem wäre ein Zuschlagskriterium mit Artikel 29 der Richtlinie 71/305 unvereinbar, das einem öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe des Auftrags an einen Bieter eine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen würde (Urteil Beentjes, Randnr. 26).

38 Dass sich ein Zuschlagskriterium auf eine Angabe bezieht, die genau erst zu einem Zeitpunkt nach der Vergabe eines Auftrags bekannt sein wird, räumt dem öffentlichen Auftraggeber jedoch für sich allein keine derartige uneingeschränkte Freiheit ein.

39 Wie der Gerichtshof bereits entschieden hat, kann nämlich die Sicherheit der Versorgung zu den Kriterien gehören, die der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen (Urteil vom 28. März 1995 in der Rechtssache C-324/93, Evans Medical und Macfarlan Smith, Slg. 1995, I-563, Randnr. 44).

40 Die Verwendung eines derartigen Kriteriums ist jedoch mit dem Gebot der Gleichbehandlung der Bieter nur dann vereinbar, wenn es zunächst — wie dies im Übrigen Artikel 29 Absatz 2 der Richtlinie 71/305 vorsieht — in den Verdingungsunterlagen oder in der Bekanntmachung erwähnt wird.

41 Sodann setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung zur Transparenz voraus; sonst könnte nicht geprüft werden, ob er beachtet ist (vgl. analog Urteil vom 18. November 1999 in der Rechtssache C-275/98, Unitron Scandinavia und 3-S, Slg. 1999, I-8291, Randnr. 31).

42 Dies bedeutet konkret, dass die Zuschlagskriterien in den Verdingungsunterlagen oder in der Bekanntmachung so gefasst werden müssen, dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter sie bei Anwendung der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auslegen können.

43 Die Verpflichtung zur Transparenz bedeutet auch, dass sich der Auftraggeber während des gesamten Verfahrens an diese Auslegung der Zuschlagskriterien halten muss (vgl. in diesem Sinne Urteil Kommission/Belgien, Randnrn. 88 und 89).

44 Schließlich sind die Zuschlagskriterien bei der Bewertung der Gebote objektiv und einheitlich auf alle Bieter anzuwenden. Greift ein öffentlicher Auftraggeber bei der Bewertung einer Angabe, die erst in Zukunft genau bekannt sein wird, auf das Gutachten eines Sachverständigen zurück, so ist dies grundsätzlich geeignet, die Beachtung dieser Voraussetzung zu gewährleisten.

45 Nach allem ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass Artikel 29 Absätze 1 und 2 der Richtlinie 71/305 es einem öffentlichen Auftraggeber, der sich dafür entschieden hat, den Zuschlag für einen Auftrag dem wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen, erlaubt, den Auftrag dem Bieter zu erteilen, der das Angebot abgegeben hat, dessen Endkosten nach dem Gutachten eines Sachverständigen vermutlich die niedrigsten sind, sofern die Gleichbehandlung der Bieter gewahrt ist, was voraussetzt, dass die Transparenz und die Objektivität des Verfahrens gewährleistet sind, und insbesondere, dass

— dieses Zuschlagskriterium in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen klar benannt ist und

— das Sachverständigengutachten in allen wesentlichen Punkten auf objektive Faktoren gestützt ist, die in der fachlichen Praxis als für die vorgenommene Beurteilung maßgeblich und geeignet betrachtet werden.

Kosten

46 Die Auslagen der irischen, der französischen und der österreichischen Regierung sowie der Kommission, die Erklärungen vor dem Gerichtshof abgegeben haben, sind nicht erstattungsfähig. Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF (Fünfte Kammer)

auf die ihm vom Supreme Court mit Beschluss vom 30. Juli 1999 vorgelegte Frage für Recht erkannt:

Artikel 29 Absätze 1 und 2 der Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge in der durch die Richtlinie 89/440/EWG des Rates vom 18. Juli 1989 geänderten

Fassung erlaubt es einem öffentlichen Auftraggeber, der sich dafür entschieden hat, den Zuschlag für einen Auftrag dem wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen, den Auftrag dem Bieter zu erteilen, der das Angebot abgegeben hat, dessen Endkosten nach dem Gutachten eines Sachverständigen vermutlich die niedrigsten sind, sofern die Gleichbehandlung der Bieter gewahrt ist, was voraussetzt, dass die Transparenz und die Objektivität des Verfahrens gewährleistet sind, und insbesondere, dass

— dieses Zuschlagskriterium in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen klar benannt ist und

— das Sachverständigengutachten in allen wesentlichen Punkten auf objektive Faktoren gestützt ist, die in der fachlichen Praxis als für die vorgenommene Beurteilung maßgeblich und geeignet betrachtet werden.

Jann La Pergola Sevón

Wathelet Timmermans

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 18. Oktober 2001.

Der Kanzler

R. Grass

Der Präsident der Fünften Kammer

P. Jann