# SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS SIEGBERT ALBER

vom 10. April 2003 [1]

## I — Einleitung

1. Das Vorabentscheidungsersuchen des österreichischen Bundesvergabeamts betrifft die Behandlung von Änderungsvorschlägen im Verfahren über die Vergabe öffentlicher Bauaufträge. Ein beim Straßenbau nicht zum Zuge gekommener Bieter hatte statt der ausgeschriebenen Betondecken eine (preiswertere, aber seines Erachtens gleichwertige) Asphaltkonstruktion angeboten. Einerseits geht es nun um die Bedingungen, unter denen Änderungsvorschläge eingereicht werden durften und nach denen sie zu beurteilen waren (Fragen 1 bis 3). Andererseits geht es um die möglichen Auswirkungen, die von einer gegebenenfalls rechtsfehlerhaften Behandlung von Änderungsvorschlägen auf ein Vergabeverfahren ausgehen.

## II — Rechtlicher Rahmen

### A — *Gemeinschaftsrecht: Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge* [2] *(im Folgenden: Richtlinie 93/37)*

2. Artikel 19

„Bei Aufträgen, die nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots vergeben werden sollen, können die Auftraggeber von Bietern vorgelegte Änderungsvorschläge berücksichtigen, wenn diese den vom Auftraggeber festgelegten Mindestanforderungen entsprechen.

Die öffentlichen Auftraggeber erläutern in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen, die Änderungsvorschläge erfüllen müssen, und bezeichnen, in welcher Art und Weise sie eingereicht werden können. Sie geben in der Bekanntmachung

1 — Originalsprache: Deutsch.

2 — ABl. L 199, S. 54.

an, ob Änderungsvorschläge nicht zugelassen werden.

..."

3. Artikel 30

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

a) entweder ausschließlich das Kriterium des niedrigsten Preises

b) oder — wenn der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt — verschiedene auf den jeweiligen Auftrag bezogene Kriterien, wie z. B. Preis, Ausführungsfrist, Betriebskosten, Rentabilität oder technischer Wert.

(2) In dem in Absatz 1 Buchstabe b) genannten Fall gibt der öffentliche Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen oder in der Bekanntmachung alle Zuschlagskriterien an, deren Verwendung er vorsieht, möglichst in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung.

..."

B — *Nationales Recht: Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 1997) (im Folgenden: BVergG)* [3]

4. § 42

„(1) Der Bieter hat sich, sofern nicht das Verhandlungsverfahren zur Anwendung kommt, bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibung zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden.

...

3 — BGBl. I Nr. 56/1997.

(4) Ein Alternativangebot [in der Terminologie der Richtlinie 93/37 müsste es heißen ‚Änderungsvorschlag'[4]] ist nur dann zulässig, wenn dabei die Erbringung einer qualitativ gleichwertigen Leistung sichergestellt ist. Den Nachweis der Gleichwertigkeit hat der Bieter zu führen. Ein Alternativangebot kann sich auf die Gesamtleistung, auf Teile der Leistung oder auf die rechtlichen Bedingungen der Leistungserbringung beziehen. Alternativangebote sind als solche zu kennzeichnen und in einer eigenen Ausarbeitung einzureichen.

...“

5. § 117

„(1) Das Bundesvergabeamt hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers unter Bedachtnahme auf die in derselben Sache ergangene Empfehlung des Schlichtungssenates mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn sie

1. im Widerspruch zu Bestimmungen dieses Bundesgesetzes oder der hiezu erlassenen Verordnungen steht und

2. für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

...

(3) Nach erfolgtem Zuschlag hat das Bundesvergabeamt unter den Voraussetzungen des Abs. 1 bloß festzustellen, ob der behauptete Rechtsverstoß vorliegt oder nicht.“

## III — Sachverhalt

6. Die niederösterreichische Landesregierung hat im Namen und im Auftrag der Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (im Folgenden: ASFINAG) am 27. November 1997 einen Bauauftrag zur Erneuerung des Straßenabschnittes „Neumarkt Richtung Fahrbahn Wien, km 100,2 bis 108,6“ im Wege des offenen Verfahrens gemeinschaftsweit ausgeschrieben. Auftragsgegenstand waren Brücken- sowie Straßenbauarbeiten.

7. Unter der Überschrift „Amtsentwurf“ bestimmte die Ausschreibung, dass die Straßendecke im Bereich außerhalb der

4 — Nach den Ausführungen des vorlegenden Gerichts ist nach § 15 Z 14 BVergG ein „Alternativangebot“ ein Angebot auf Grund eines alternativen Angebotsvorschlags des Bieters und damit als „Änderungsvorschlag“ im Sinne der Richtlinie 93/37 anzusehen.

Autobahnbrücken als zweischichtige Betondecke mit Oberbetonqualität herzustellen war, ohne dass dies als Mindestanforderung bezeichnet wurde. Die Ausschreibung enthielt auch keine ausdrücklichen Bestimmungen über technische Mindestanforderungen, denen gegebenenfalls eingereichte Änderungsvorschläge genügen mussten. Änderungsvorschläge waren nach der Ausschreibung zulässig. Allerdings musste in diesen Fällen zusätzlich auch ein ausschreibungsgemäßes Leistungsverzeichnis (Hauptangebot) vollständig ausgefüllt werden. Es wurden keine Zuschlagskriterien zur Beurteilung der wirtschaftlichen und technischen Qualität der Angebote (weder für ausschreibungskonforme Angebote noch für Änderungsvorschläge) festgelegt. Ebenso wenig ordnete die Ausschreibung an, dass Änderungsvorschläge eine mit dem Amtsentwurf gleichwertige Leistungserbringung sicherstellen mussten (es wurde auch nicht auf die diese anordnende Bestimmung des § 42 BVergG hingewiesen), noch wurde erläutert, was unter „gleichwertiger Leistungserbringung" zu verstehen ist.

8. Die Antragstellerin des Ausgangsverfahrens, Traunfellner, reichte einen Änderungsvorschlag und ein ausschreibungskonformes Angebot ein. Ihr Änderungsvorschlag war das billigste aller Angebote, ihr ausschreibungskonformes Angebot lag unter den ausschreibungskonformen Angeboten an zweiter Stelle hinter dem Angebot der Bietergemeinschaft Ilbau - LSH Fischer - Heilit & Woerner, die den Zuschlag erhielt.

9. In ihrem Änderungsvorschlag bot Traunfellner an, die Betondecke durch eine aus Bitumenmaterial gefertigte Asphaltkonstruktion zu ersetzen. Zur technischen Erläuterung wurde eine gutachterliche Stellungnahme vorgelegt, nach der bei den im Baubereich vorauszusetzenden Gegebenheiten die Asphaltkonstruktion eine ausreichende Verformungsfestigkeit für die Dauer von 20 Jahren aufweisen würde.

10. Der von der Landesregierung in Auftrag gegebene fachtechnische Prüfbericht führte aus, dass zwar 1989 eine Studie über die Ersetzbarkeit von Asphaltkonstruktionen erstellt worden sei. Die Erfahrungen mit früheren Aufträgen hätten jedoch gezeigt, dass trotz sorgfältiger, vertragskonformer Ausführung einer solchen Asphaltkonstruktion bereits nach kurzer Zeit Spurrinnen in erheblicher Tiefe aufgetreten und zusätzliche Sanierungsarbeiten notwendig geworden seien. Ferner wurde angemerkt, dass zur Sicherstellung der amtskonformen Leistungserbringung im Falle der Annahme des Änderungsvorschlags Traunfellners noch zusätzliche Leistungen im Ausmaß von rund 2,5 Millionen ATS erforderlich seien, sodass sich der Preisvorteil auf 6,9 Millionen ATS verringere. Darüber hinaus hieß es, dass bei einer Betondeckenkonstruktion aufgrund der neuen Technologien für mindestens 30 Jahre von der Verformungsfestigkeit der Straßendecke ausgegangen werden könne. Somit stünde im Falle einer Betondeckenkonstruktion, wie im Amtsentwurf vorgesehen, eine 50%ig längere Lebensdauer lediglich Mehrkosten von 8,5% gegenüber. Außerdem würde dem Ziel, zur Gewinnung eines hochwertigen Zuschlagsstoffes für die neue Betondecke vorhandenen Altbeton zu verwenden (Recyclinggedanke), im Änderungsvorschlag insofern nicht Rechnung getragen, als der

vorhandene Betonaufbruch nur teilweise für untergeordnete Schüttungszwecke im Baulos verwendet werden würde. Der Großteil der vorhandenen Betondecke würde einer nicht näher erläuterten Verwendung außerhalb des Bauloses zugeführt werden. Der Ausführung der Generalerneuerung der Straße in Beton entsprechend der Amtsausschreibung sei daher jedenfalls im Hinblick auf die Lebensdauer und den Verformungswiderstand dieser Bauweise der Vorzug zu geben. Diese würden nämlich einen geringeren, späteren Erhaltungsaufwand bedeuten, was wiederum weniger Verkehrsbeeinträchtigungen zur Folge habe und daher im Sinne einer Minimierung der negativen Einflüsse auf die Leichtigkeit, Sicherheit und Flüssigkeit des Verkehrs sei. Dementsprechend sei der Änderungsvorschlag als nicht gleichwertig mit den Anforderungen des Amtsentwurfes zu beurteilen und deshalb auszuscheiden. Auf der Grundlage dieses Prüfberichtes beschloss die Vergabekommission am 17. März 1998, die Vergabe des Auftrages an die Bietergemeinschaft Ilbau — LSH Fischer — Heillit & Woerner vorzuschlagen.

11. Traunfellner beantragte beim vorlegenden Bundesvergabeamt die Nichtigerklärung des Ausschlusses ihres Änderungsvorschlags. Am 21. April 1998 wurde dieser Antrag mit der Begründung abgewiesen, die technische Gleichwertigkeit des Änderungsvorschlags sei unerheblich. Er weiche in einem solch beträchtlichen Ausmaß von den Vorgaben der Ausschreibung ab, dass es sich nicht mehr um einen zulässigen Änderungsvorschlag handle. Hilfsweise führte das vorlegende Gericht aus, der Änderungsvorschlag wäre technisch nicht gleichwertig, denn der Auftraggeber habe das Recht, zwischen verschiedenen technischen Systemen zu unterscheiden.

12. Nach dieser Entscheidung wurde der Auftrag an das billigste ausschreibungskonforme Angebot vergeben. Die Arbeiten wurden inzwischen ausgeführt.

13. Aufgrund einer Beschwerde Traunfellners hob der Verfassungsgerichtshof die Entscheidung des Bundesvergabeamts vom 21. April 1998 wegen Verstoßes gegen die Begründungspflicht auf. Nach österreichischem Recht tritt nach Aufhebung des Verwaltungsakts durch den Verfassungsgerichtshof (hier nach der Aufhebung der Entscheidung des vorlegenden Gerichts vom 21. April 1998) die Rechtssache in jene Lage zurück, in der sie sich vor Erlass des angefochtenen Bescheids befunden hatte. Das vorlegende Bundesvergabeamt hat nun erneut über den Antrag Traunfellners vom 17. April 1998 betreffend die Nichtigerklärung des Ausschlusses des Änderungsvorschlags zu entscheiden. Wegen der inzwischen erfolgten Vergabe gemäß § 117 Absatz 3 BVergG ist jedoch lediglich noch zu entscheiden, ob der Ausschluss rechtmäßig war.

## IV — Vorlagefragen

14. Das Bundesvergabeamt möchte wissen, wann ein „Änderungsvorschlag" im Sinne

des Artikels 19 der Richtlinie 93/37 vorliegt, ob das Kriterium der „Gleichwertigkeit", anhand dessen Änderungsvorschläge beurteilt werden, in den Ausschreibungsunterlagen angegeben werden muss und wie sich ein öffentlicher Auftraggeber verhalten muss, wenn sich nachträglich herausstellt, dass seine Ausschreibung mit einem Fehler behaftet ist. Es hat daher dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

„Frage 1: Ist ein alternativer Angebotsvorschlag eines Bieters, der darin besteht, statt der ausgeschriebenen Herstellung der Oberdecke der Straßenfahrbahn durch Beton eine Asphaltoberdecke vorzuschlagen, ein ‚Änderungsvorschlag' im Sinne von Art 19 Abs 1 der RL 93/37/EWG?

Frage 2: Kann das für die Zulässigkeit der Annahme eines ‚Änderungsvorschlags' im Sinne von Art 19 Abs 1 der RL 93/37/EWG in nationalen Rechtsvorschriften aufgestellte Kriterium, dass mit dem Alternativvorschlag ‚die Erbringung einer qualitativ gleichwertigen Leistung sichergestellt ist', rechtmäßigerweise als gemäß Art 19 Abs 1 und 2 der RL 93/37/EWG vom Auftraggeber festgelegte und erläuterte ‚Mindestanforderung' angesehen werden, wenn die Ausschreibungsunterlage nur auf die nationale Rechtsvorschrift verweist und nicht näher definiert, anhand welcher konkreten Vergleichsparameter die ‚Gleichwertigkeit' zu überprüfen ist?

Frage 3: Verbietet Art 30 Abs 1 und 2 der RL 93/37/EWG im Zusammenhang mit den Grundsätzen der Transparenz und der Gleichbehandlung dem öffentlichen Auftraggeber die Annahme eines alternativen Angebotsvorschlags, der sich durch eine andere technische Qualität von einem der Ausschreibung entsprechenden Angebot unterscheidet, von der positiven Beurteilung anhand eines in nationalen Rechtsvorschriften aufgestellten Kriteriums, dass mit dem Alternativvorschlag ‚die Erbringung einer qualitativ gleichwertigen Leistung sichergestellt ist', abhängig zu machen, wenn die Ausschreibungsunterlage diesbezüglich nur auf die nationale Rechtsvorschrift verweist und nicht näher definiert, anhand welcher konkreten Vergleichsparameter die ‚Gleichwertigkeit' zu überprüfen ist?

Frage 4a: Falls Frage 3 bejaht wird: Darf ein öffentlicher Auftraggeber ein Vergabeverfahren wie das unter Frage 3 beschriebene durch Vergabe des Auftrags zu Ende führen?

Frage 4b: Falls Frage 3 und Frage 4a bejaht wird: Muss ein öffentlicher Auftraggeber, der ein Vergabeverfahren im Sinne von Frage 3 führt, Änderungsvorschläge von Bietern ohne inhaltliche Prüfung jedenfalls ablehnen, wenn er keine Zuschlagskriterien zur Beurteilung der technischen Abweichungen des Änderungsvorschlags von der Ausschreibung festgelegt hat?

Frage 5: Falls Frage 3 und 4a bejaht und 4b verneint wird: Muss ein öffentlicher Auftraggeber, der ein Vergabeverfahren im Sinne von Frage 3 führt, einen Änderungsvorschlag dessen technische Abweichungen von der Ausschreibung er mangels entsprechender Festlegungen in der Ausschreibung nicht durch Zuschlagskriterien beurteilen kann, annehmen, wenn dieser Änderungsvorschlag das billigste Angebot ist und sonst keine Zuschlagskriterien festgesetzt wurden?"

15. Zur Begründung führt das Bundesvergabeamt aus, mit der ersten Frage solle geklärt werden, ob das Anbieten einer Asphaltoberstraßendecke anstelle der ausgeschriebenen Betondecke ein Änderungsvorschlag im Sinne von Artikel 19 Absatz 1 der Richtlinie 93/37 ist und daher die für Änderungsvorschläge geltenden Bestimmungen der Richtlinie auf dieses Angebot anwendbar sind.

16. Zur zweiten Frage erläutert es, die Zulässigkeit der Annahme eines Änderungsvorschlages hänge nach § 42 Absatz 4 BVergG davon ab, ob die Erbringung einer qualitativ gleichwertigen Leistung sichergestellt sei. In der Vergabepraxis spiele die Prüfung der „Gleichwertigkeit" eine wichtige Rolle. Auch im vorliegenden Fall habe der öffentliche Auftraggeber die Gleichwertigkeit des Änderungsvorschlags geprüft und verneint. Die dabei vom Auftraggeber angewendeten Maßstäbe wurden jedoch entsprechend einer ständigen Praxis der österreichischen öffentlichen Auftraggeber nicht in der Ausschreibungsunterlage oder in der Bekanntmachung festgesetzt.

17. Das Bundesvergabeamt hält ein derartiges Vorgehen für unvereinbar mit Artikel 30 der Richtlinie 93/37 sowie den Grundsätzen der Transparenz und der Gleichbehandlung. Die Unvereinbarkeit ließe sich nur vermeiden, wenn die für Änderungsvorschläge geltende Anforderung der Gleichwertigkeit der Leistungserbringung als „Mindestanforderung" im Sinne von Artikel 19 Absatz 2 der Richtlinie angesehen würde. Dann entfiele die Notwendigkeit der Angabe der konkreten Vergleichsparameter als Zuschlagskriterien. Eine solche Auslegung liefe seines Erachtens den Grundsätzen der Richtlinie zuwider. Artikel 19 Absatz 2 der Richtlinie fordere seinem klaren Wortlaut nach, dass die öffentlichen Auftraggeber die Mindestanforderungen in den Verdingungsunterlagen erläutern. Das bloße Anwenden einer nationalen Rechtsvorschrift, die das Kriterium der Gleichwertigkeit festlege, könne nicht als eine durch den Auftraggeber in der Verdingungsunterlage festgelegte Anforderung angesehen werden.

18. Ferner entspreche ein bloßer Hinweis auf eine nicht näher konkretisierte Gleichwertigkeit nicht den Anforderungen der

Transparenz und sei mit dem Wortsinn des Begriffs „Erläutern" nicht vereinbar. Unter „Erläutern" sei ein näheres Erklären und Beschreiben zu verstehen. Dies habe der öffentliche Auftraggeber aber nicht getan.

19. Zur dritten Frage führt das Bundesvergabeamt aus, die Richtlinie lasse den öffentlichen Auftraggebern nur die Wahl zwischen dem Kriterium des niedrigsten Preises und dem System des Zuschlages auf das wirtschaftlich günstigste Angebot. Im ersten Fall seien nach Artikel 19 Absatz 1 der Richtlinie Änderungsvorschläge von vorneherein nicht zugelassen. Im zweiten Fall hätten die öffentlichen Auftraggeber die zur Bewertung der Angebote vorgesehenen Kriterien gemäß Artikel 30 Absatz 2 der Richtlinie in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen anzugeben.

20. Diese Gegenüberstellung zeige, dass unterschiedliche Qualitäten, wenn sie angeboten werden dürfen, anhand der vom Auftraggeber festgesetzten Zuschlagskriterien zu überprüfen seien. Habe der Auftraggeber jedoch keine Zuschlagskriterien festgesetzt, scheint es dem Bundesvergabeamt zwingend zu sein, dass Änderungsvorschläge nicht bewertet und daher auch nicht angenommen werden dürfen. Die Praxis der öffentlichen Auftraggeber in Österreich sei insofern unvereinbar mit der Systematik der Richtlinie.

21. Zudem widerspreche eine solche Vorgehensweise dem Grundsatz der Transparenz. Wenn der öffentliche Auftraggeber zur Überprüfung der Änderungsvorschläge eine nicht durch vorherige Angabe konkreter Vergleichsparameter konkretisierte „Gleichwertigkeit der Leistungserbringung" heranziehe, berücksichtige er Kriterien, die er nicht vorab bekannt gemacht habe. Dies sei unvereinbar mit der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes [5] und nehme den Bietern die Möglichkeit, sich anhand bekannt gemachter Kriterien vorab ein Urteil darüber zu bilden, ob der vorgesehene Auftrag bzw. die Erstellung von Änderungsvorschlägen für sie von Interesse ist [6]. In der Praxis führe die Handhabung des unbestimmten Begriffs der „Gleichwertigkeit", der vom Auftraggeber erst nachträglich bei der Prüfung von Änderungsvorschlägen konkretisiert werde, zu großer Unsicherheit und zu ausgedehnten Rechtsstreitigkeiten. Der Auftraggeber streite entweder mit jenen Bietern, die Änderungsvorschläge gemacht haben, die er als nicht gleichwertig mit seinen eigenen Vorgaben ansieht, oder mit jenen Bietern, die keine Änderungsvorschläge gemacht haben, und die die Gleichwertigkeit von Änderungsvorschlägen bezweifeln, die der Auftraggeber annehmen möchte. Die Bieter könnten im Vorhinein nur mutmaßen, was vom Auftraggeber als gleichwertig angesehen

5 — Das Bundesvergabeamt verweist auf die Urteile vom 20. September 1988 in der Rechtssache 31/87 (Beentjes, Slg. 1988, 4635, Randnrn. 35 f.) und vom 25. April 1996 in der Rechtssache C-87/94 (Kommission/Belgien „Wallonische Autobusse", Slg. 1996, I-2043, Randnrn. 57 f.).

6 — Das Bundesvergabeamt verweist auf die Urteile in der Rechtssache Beentjes (zitiert in Fußnote 5, Randnrn. 21 f.) und vom 26. September 2000 in der Rechtssache C-225/98 (Kommission/Frankreich, Slg. 2000, I-7445, Randnrn. 34 f.).

werde. Dies führe zu großer Unsicherheit bei jenen Bietern, die gleichsam spekulativ Änderungsvorschläge vorbereiten würden, aber auch bei jenen Bietern, die keine Änderungsvorschläge machten, aber damit rechnen müssten, dass ihr Angebot von einem vom Auftraggeber nach Angebotsöffnung als gleichwertig gewerteten Änderungsvorschlag ausgestochen wird.

22. Im Ergebnis führe die Vorgehensweise dazu, ein drittes, unzulässigen „Mischsystem" zwischen den Kriterien des Zuschlages nach dem Preis allein und dem System des Zuschlages auf das wirtschaftlich beste Angebot einzuführen. Dies sei unvereinbar mit der Rechtsprechung des Gerichtshofes [7]. Zudem sei auch die Anwendung eines Kriteriums unzulässig, das durch bloßen Verweis auf nationale Rechtsvorschriften zur Anwendung gelange [8].

23. Mit den Fragen 4 und 5 möchte das Bundesvergabeamt schließlich klären lassen, wie sich ein Auftraggeber verhalten muss, wenn während eines laufenden Vergabeverfahrens festgestellt wird, dass die österreichische Vergabepraxis rechtswidrig ist. Einerseits wäre es möglich, auf die Vergabe des Auftrages zu verzichten und die Ausschreibung zu widerrufen. Hierfür spreche, dass das Vergabeverfahren unter Voraussetzungen begonnen worden sei, die sich als rechtswidrig erwiesen hätten und daher nicht mehr angewendet werden dürften. Andererseits sei es möglich, das Verfahren fortzusetzen. Dann sei allerdings zu bedenken, dass das Verfahren unter Einschränkungen zu Ende zu führen wäre, die den Bietern vorab nicht mitgeteilt worden seien. In der Annahme, dass die Abgabe von Änderungsvorschlägen zulässig sei, die vom öffentlichen Auftraggeber anhand einer nicht näher konkretisierten „Gleichwertigkeit" geprüft wurden, hätten die Bieter Änderungsvorschläge eingereicht. Dürfe es nun nicht zu der durch die nationale Rechtsordnung zugelassenen Anwendung des Gleichwertigkeitskriteriums kommen, würden wesentliche Voraussetzungen für die Erstellung der Angebote nachträglich geändert. Ein derartiges Abgehen von den Voraussetzungen, die der Ausschreibung zu Grunde lagen, könne als Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes angesehen werden [9].

24. Der Verzicht auf die Vergabe des Auftrages und eine Neuausschreibung seien deshalb möglicherweise die einzige rechtmäßige Vorgehensweise. In einem solchen Fall wäre die vom öffentlichen Auftraggeber tatsächlich getroffene Entscheidung, den Änderungsvorschlag der Antragsteller mangels Gleichwertigkeit abzulehnen und den Auftrag an einen anderen Bieter zu vergeben, jedenfalls rechtswidrig. Andererseits könnte der völlige Verzicht auf die Vergabe des Auftrages bzw. ein Zwang zur Neuausschreibung als zu weit gehende Konsequenz einer Verletzung einzelner Be-

7 — Das Bundesvergabeamt verweist auf die Urteile vom 28. März 1985 in der Rechtssache 274/83 (Kommission/Italien, Slg. 1985, 1077, Randnrn. 24 f.) und vom 26. April 1994 in der Rechtssache C-272/91 (Kommission/Italien, Slg. 1994, I-1409).

8 — Das Bundesvergabeamt verweist auf das Urteil in der Rechtssache Beentjes (zitiert in Fußnote 5, Randnrn. 35 f.).

9 — Das Bundesvergabeamt verweist mutatis mutandis auf das Urteil vom 22. Juni 1993 in der Rechtssache C-243/89 (Kommission/Dänemark, Slg. 1993, I-3353).

stimmungen des Gemeinschaftsrechts angesehen werden, zumal den diesbezüglichen gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen auch durch das bloße Unterlassen der gemeinschaftsrechtswidrigen Anwendung eines nicht näher konkretisierten Kriteriums der „Gleichwertigkeit" Rechnung getragen werden könne.

25. Sollte hingegen das Verfahren zu Ende zu führen sein, stelle sich die Frage, nach welchen Maßgaben der Auftrag zu vergeben sei. Nach Ansicht des vorlegenden Gerichts kommen hierfür zwei Möglichkeiten in Betracht: Der Auftraggeber lehnt den Änderungsvorschlag ab und vergibt den Auftrag entweder nach dem System des niedrigsten Preises oder nach dem System des wirtschaftlichsten Angebots, wobei nur die vom Auftraggeber festgesetzten Kriterien Verwendung finden dürfen. Diese Möglichkeit würde den Zielsetzungen der Richtlinie entsprechen, da nach dem System des Artikels 30 der Richtlinie die unterschiedlichen Qualitäten, die angeboten werden können, eben durch Zuschlagskriterien zu bewerten seien. Qualitätsunterschiede, die durch diese Kriterien nicht bewertet werden können, bewirkten, dass das Angebot mit den Angeboten der Konkurrenten nicht vergleichbar sei. Wenn ein Angebot aber nicht vergleichbar sei, sollte es nach den Grundsätzen der Gleichbehandlung ausgeschieden werden.

26. Es sei aber auch möglich, den Auftraggeber zu verpflichten, den Änderungsvorschlag anzunehmen und die qualitativen Abweichungen, die damit verbunden sind, außer Acht zu lassen. Dies sei aber eine wenig zweckmäßige Vorgehensweise, da der Auftraggeber dann ein Angebot annehmen müsse, das den von ihm selbst festgelegten qualitativen Anforderungen nicht entspreche, ohne dass er die Möglichkeit hätte, die qualitativen Abweichungen anhand irgendeines Maßstabes zu beurteilen. Dies widerspreche dem Zweck der Richtlinie, wie ihn der Gerichtshof formuliert habe, da der Auftraggeber in diesem Fall nicht in der Lage wäre, Angebote miteinander zu vergleichen und auf Grund objektiver Kriterien das für ihn günstigste Angebot zu wählen. [10]

## V — Vorbringen der Beteiligten und Würdigung

### A — *Zur Zulässigkeit*

27. Die Kommission bestreitet in ihrer schriftlichen Stellungnahme die Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens. Sie verweist auf ihre Ausführungen im Verfahren in der Rechtssache C-314/01, in dem sie die Eigenschaft des Bundesvergabeamts als Gericht im Sinne des Artikels 234 EG bestritten hat, weil seine Entscheidungen nicht verbindlich seien. In der mündlichen Verhandlung hat sie diesen Einwand in Anbetracht des zwischenzeitlich ver-

10 — Das Bundesvergabeamt verweist auf das Urteil vom 16. September 1999 in der Rechtssache C- 27/98 (Metalmeccanica, Slg. 1999, I-5697, Randnr. 31).

kündeten Urteils in der Rechtssache Swoboda [11] jedoch zurückgenommen. Das Vorabentscheidungsersuchen ist zulässig.

B — *Zur ersten Frage*

1. Vorbringen der Beteiligten

28. Traunfellner, die ASFINAG, die österreichische und die französische Regierung sind der Auffassung, dass das Angebot einer Asphaltdecke im Verhältnis zur ausgeschriebenen Betondecke ein Änderungsvorschlag im Sinne des Artikels 19 der Richtlinie 93/37 ist.

29. Traunfellner meint, ein Änderungsvorschlag liege vor, wenn ein neues Ausführungsverfahren, eine andere Konstruktion, anderes Material oder sonstige Alternativen vorgeschlagen würden, die eine praktischere oder billigere Erbringung der Leistung gewährleisteten. Asphalt sei eine technische Alternative zu Beton. Prüfgegenstand sei daher die technische Gleichwertigkeit des Angebots, die Tragfähigkeit, die Querebenheit und die Griffigkeit.

30. Die ASFINAG bleibt in ihren Ausführungen allgemeiner und vertritt die Ansicht, ein Änderungsvorschlag liege vor, wenn in einem Angebot Teile der ausgeschriebenen Leistungen ersetzt würden.

31. Die österreichische Regierung verweist auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift. In ihrem Entwurf zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge habe die Kommission ausgeführt, dass nur eine Änderung des Konstruktionsplans oder der vorgeschriebenen Arbeitsstoffe vorgeschlagen werden dürfe. [12]

32. Die französische Regierung ist der Meinung, der Begriff des Änderungsvorschlags sei weit auszulegen. In der Ausschreibung, die dem Ausgangsverfahren zugrunde liege, sei Beton nicht als eine unumgängliche technische Spezifikation festgelegt worden. Insofern sei Asphalt als ein Änderungsvorschlag anzusehen.

33. Die Kommission weist darauf hin, dass die vorgelegte Frage eine Tatsachenfrage ist, die grundsätzlich unzulässig sei. Sie dürfe nur nach einer Umformulierung beantwortet werden. Ihres Erachtens müsste die Frage dahin gehend lauten, dass nach

11 — Urteil vom 14. November 2002 in der Rechtssache C-411/00 (Felix Swoboda, Slg. 2002, I-10567, Randnrn. 27 f.). Im gleichen Sinn auch die Schlussanträge von Generalanwalt Mischo vom 25. Februar 2003 in der Rechtssache C-410/01 (Fritsch, Chiari & Partner u. a., Slg. 2003, I-6413, I-6415, Nrn. 20 bis 23). Vgl. auch die Schlussanträge von Generalanwalt Geelhoed vom 10. Oktober 2002 in der Rechtssache C-315/01 (GAT, Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH, Slg. 2003, I-6351, I-6354, Nrn. 22 f.).

12 — KOM (86) 679 endg. vom 23. Dezember 1986.

den Voraussetzungen gefragt wird, unter denen ein alternativer Angebotsvorschlag als Änderungsvorschlag angesehen werden kann. Die so umformulierte Frage beantwortet sie damit, dass es sich um ein Verfahren handeln müsse, in dem der Auftrag nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots vergeben werde, Änderungsvorschläge nicht ausgeschlossen sein dürften und der Vorschlag die erläuterten Mindestanforderungen erfüllen müsse.

2. Würdigung

34. Mit der ersten Frage möchte das Bundesvergabeamt wissen, ob das Angebot der Herstellung einer Asphaltoberdecke ein Änderungsvorschlag im Verhältnis zu der in der Ausschreibung geforderten Herstellung einer Betondecke darstellt.

35. Diese Frage betrifft die Subsumtion eines konkreten Sachverhalts unter den gemeinschaftsrechtlichen Begriff des „Änderungsvorschlags" im Sinn des Artikels 19 der Richtlinie 93/37. Im Rahmen der in Artikel 234 EG festgelegten Aufgabenverteilung ist es jedoch Sache des nationalen Gerichts, die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften auf einen konkreten Fall anzuwenden. Eine solche Anwendung kann nämlich nicht ohne eine Würdigung des gesamten Sachverhalts der Rechtssache erfolgen. [13] Folglich ist die erste Frage in der vorgelegten Formulierung unzulässig.

36. Der Gerichtshof kann jedoch dem vorlegenden Gericht Hinweise zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts geben, die es diesem ermöglichen, die ihm vorliegende Frage zu beantworten. [14] Hilfsweise, für den Fall, dass sich der Gerichtshof entschließen sollte, die erste Frage umzuformulieren, ist daher Folgendes auszuführen.

37. Vor dem Hintergrund der Aufhebung der ersten Entscheidung des vorlegenden Gerichts vom 21. April 1998 in dieser Sache durch den österreichischen Verfassungsgerichtshof ist die erste Frage dahin gehend zu verstehen, wo die Grenzen für die Annahme eines „Änderungsvorschlags" im Sinne des Artikels 19 der Richtlinie liegen. Wann kann man noch von einem „Änderungsvorschlag" sprechen, und ab wann weicht die vorgeschlagene Leistung derart von der ausgeschriebenen ab, dass der Änderungsvorschlag unzulässig wird?

38. So umformuliert wird die Frage 1 zwar zu einer Rechtsfrage, die der Gerichtshof grundsätzlich beantworten kann. Es ist jedoch zu beachten, dass sich das Verfahren vor dem Bundesvergabeamt auf das Stadi-

13 — Urteile vom 8. Februar 1990 in der Rechtssache C-320/88 (Shipping and Forwarding Enterprise Safe, Slg. 1990, I-285, Randnr. 11) und vom 18. November 1999 in der Rechtssache C-107/98 (Teckal, Slg. 1999, I-8121, Randnr. 31).

14 — Urteil vom 4. Mai 1993 in der Rechtssache C-17/92 (Distribuidores Cinematográficos, Slg. 1993, I-2239, Randnr. 8); Urteil in der Rechtssache Teckal (zitiert in Fußnote 13, Randnr. 33).

um der Erteilung des Zuschlags bezieht und nicht auf das Stadium der Prüfung der Zulässigkeit von Änderungsvorschlägen. Nach der Darstellung im Vorlagebeschluss hat der Auftraggeber den Änderungsvorschlag nicht als unzulässig, sondern als nicht gleichwertig ausgeschieden. Streng genommen ist die Beantwortung der Frage 1 daher für den Ausgangsrechtsstreit nicht erforderlich und könnte daher als hypothetische Frage angesehen werden, die nach ständiger Rechtsprechung [15] unzulässig ist. Entsprechendes gilt für Frage 2.

39. Die ersten beiden Fragen machen nur Sinn, wenn man sich der Auffassung des Bundesvergabeamts anschließt, dass ein Rechtsmittel gegen Entscheidungen des Auftraggebers unzulässig ist, wenn das Vergabeverfahren bereits in einem früheren Stadium (hier die Angabe von Mindestanforderungen in der Ausschreibung und die Beurteilung der Zulässigkeit von Änderungsvorschlägen) mit einem Rechtsfehler behaftet ist, dieser Fehler aber nicht gerügt wurde (hier wurde der Rechtsbehelf erst im Stadium der Erteilung des Zuschlags eingelegt). Inwieweit diese Rechtsauffassung mit dem Gemeinschaftsrecht, insbesondere mit der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge [16], vereinbar ist, ist Gegenstand des Verfahrens in der Rechtssache C-315/01 (GAT Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH). Generalanwalt Geelhoed hat diese Praxis in seinen Schlussanträgen vom 10. Oktober 2002 für mit der Rechtsmittelrichtlinie unvereinbar gehalten. [17] Das Urteil ist in dieser Rechtssache noch nicht ergangen. Die Frage soll hier dahingestellt bleiben, da sie im Verfahren nicht erörtert worden ist.

40. Hilfsweise ist daher auszuführen, dass nach Artikel 19 Absatz 1 der Richtlinie 93/37 Änderungsvorschläge unzulässig sind, wenn sie nicht den vom Auftraggeber festgesetzten Mindestanforderungen entsprechen. Wann ein Änderungsvorschlag vorliegt, hängt also von den im Einzelfall vom Auftraggeber festgelegten Mindestanforderungen ab, die in der Ausschreibung anzugeben sind.

41. Die Ausführungen der Beteiligten zur ersten Frage bestätigen die Analyse, dass es auf den Einzelfall ankommt. Die Kommission hebt vor allem verfahrensrechtliche Gesichtspunkte hervor, wie die Vergabe nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots und das Fehlen eines Ausschlusses von Änderungsvorschlägen. Im Übrigen stellt aber auch sie auf die Einhaltung der erläuterten Mindestanforderungen ab. Die anderen Beteiligten führen Einzelaspekte der ausgeschriebenen

15 — Urteile vom 13. März 2001 in der Rechtssache C-379/98 (PreussenElektra, Slg. 2001, I-2099, Randnr. 39) und vom 22. Januar 2002 in der Rechtssache C-390/99 (Canal Satélite Digital, Slg. 2002, I-607, Randnr. 19).

16 — ABl. L 395, S. 33.

17 — Schlussanträge in der Rechtssache C-315/01 (GAT, zitiert in Fußnote 11, Nrn. 45 f.).

Leistung an, wie neue (Bau-) Ausführungsverfahren oder neue Materialien.

42. Artikel 19 der Richtlinie geht auf eine Initiative der Kommission zurück. Ihr Vorschlag zur Änderung der Richtlinie 71/305 sah vor, dass Änderungsvorschläge („Varianten" in der damaligen Terminologie) eine wesentliche Änderung des Konstruktionsplans oder der vorgeschriebenen Baustoffe bzw. eine Änderung der Arbeitsmethode oder der vorgesehenen Arbeitstechniken zum Gegenstand haben können. [18] Den Unternehmern sollte es ermöglicht werden, fortschrittlichere technische Lösungen vorzuschlagen. [19] Die Kommission hat diesen Vorschlag im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens später dahin gehend erweitert, dass eine „Variante" lediglich den vom Auftraggeber festgelegten Mindestanforderungen zu entsprechen hat. [20] Dies ist dann zu Artikel 20a der Richtlinie 89/440/EWG des Rates vom 18. Juli 1989 zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge geworden. [21] Er ist wortgleich mit Artikel 19 der Richtlinie 93/37. Aus dieser Entstehungsgeschichte geht hervor, dass Gegenstand eines Änderungsvorschlags grundsätzlich jeder Teil der Ausschreibung sein kann. Die Bestimmung bezweckt auch in ihrer heutigen Fassung die Förderung des technischen Fortschritts im Bauwesen. Sie ist bewusst offen gestaltet und überlässt es dem Auftraggeber, ob er Änderungsvorschläge zulässt oder nicht, und welche Art von Änderungsvorschlägen er berücksichtigen wird. [22] Die einzige Anforderung, die Artikel 19 aufstellt, ist die Zulässigkeitsschranke der Gleichwertigkeit der im Änderungsvorschlag angebotenen Leistung mit der ausgeschriebenen Leistung. Die Gleichwertigkeit ist anhand der Mindestanforderungen zu prüfen, die der Auftraggeber aufzustellen hat.

43. Aus diesen Ausführungen wird deutlich, dass die Beurteilung, ob noch ein Änderungsvorschlag vorliegt oder aber ein als unzulässig auszuscheidendes Angebot, letztlich nur vom Auftraggeber gefällt werden kann. Eine gerichtliche Nachprüfung wird sich auf die Kontrolle beschränken müssen, ob die in der Richtlinie 93/37 aufgestellten verfahrensrechtlichen Voraussetzungen und die vom Auftraggeber festgelegten Mindestanforderungen eingehalten worden sind sowie ob der Auftraggeber die Grenzen des ihm zustehenden Beurteilungsspielraums bei der Prüfung der Angebote nicht offensichtlich überschritten hat, also zum Beispiel unsachgemäße Erwägungen im Rahmen der Prüfung der Gleichmäßigkeit angestellt hat. Die sachliche Beurteilung, ob die angebotene Leistung der Ausschreibung entspricht, obliegt dem Auftraggeber, der aufgrund seiner Sachkompetenz allein im Stande ist, die Gleichwertigkeit der angebotenen mit der ausgeschriebenen Leistung zu beurteilen.

18 — KOM (86) 679 endg. (zitiert in Fußnote 12), S. 43, neuer Artikel 20a Absatz 2.

19 — KOM (86) 679 endg. (zitiert in Fußnote 12), S. 12.

20 — KOM (88) 354 endg. vom 21. Juni 1988, S. 13 und 22 unter Artikel 20a.

21 — ABl. L 210, S. 1.

22 — Vgl. den Leitfaden zu den Gemeinschaftsvorschriften für die Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen der Kommission, S. 53 unter Punkt 6.4.1, abrufbar auf der Internetseite der Generaldirektion Binnenmarkt der Kommission, www.europa/comm/internal_market.

44. Demgemäß wird hilfsweise vorgeschlagen, auf die erste Frage zu antworten, dass ein Änderungsvorschlag im Sinne des Artikels 19 der Richtlinie 93/37 vorliegt, wenn in einem offenen Vergabeverfahren, über das nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots entschieden wird, die Einreichung von Änderungsvorschlägen nicht ausgeschlossen ist, der Vorschlag einen Teil der ausgeschriebenen Leistung ersetzt und dabei die aufgestellten Mindestanforderungen erfüllt.

C — *Zur zweiten und dritten Frage*

45. Die ASFINAG, die österreichische und die französische Regierung behandeln die Fragen 2 und 3 gemeinsam. In beiden Fragen geht es im Wesentlichen um die Pflicht zur Veröffentlichung der vom Auftraggeber angewendeten Beurteilungskriterien. Insofern soll diesem Ansatz gefolgt werden.

1. Vorbringen der Beteiligten

46. Traunfellner ist der Ansicht, dass — soweit keine Mindestanforderungen in der Ausschreibung angegeben werden — die in § 42 Absatz 4 des BVergG aufgestellte Bedingung der Gleichwertigkeit als Mindestanforderung im Sinne des Artikels 19 der Richtlinie anzusehen ist. Der in der Ausschreibung angegebene und somit allen Bietern bekannte Leistungszweck stelle den zentralen Anknüpfungspunkt für die Prüfung der Gleichwertigkeit dar.

47. Auch wenn keine Kriterien in der Ausschreibung angegeben würden, müssten Änderungsvorschläge bewertet werden. In diesen Fällen wolle der Auftraggeber lediglich die Erbringung einer qualitativ gleichwertigen Leistung sicherstellen.

48. Die ASFINAG und die österreichische Regierung heben hervor, dass es in der Praxis schwierig sei, Mindestanforderungen aufzustellen. ASFINAG führt aus, dass insbesondere Bauaufträge aus einer Vielzahl von Positionen bestünden. Der Auftraggeber könne nicht im Vorhinein wissen, wofür Alternativen angeboten würden. Es sei aber auch nicht erforderlich, für alle Positionen konkrete Kriterien anzugeben, da das allgemeine Kriterium der Gleichwertigkeit der Leistung ausreiche. Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Transparenz liege so lange nicht vor, wie sichergestellt sei, dass alle Angebote nach denselben Zuschlagskriterien beurteilt würden. Artikel 30 der Richtlinie verbiete nicht, die Annahme eines Änderungsvorschlags davon abhängig zu machen, dass die Erbringung einer qualitativ gleichwertigen Leistung sichergestellt ist.

49. Die österreichische Regierung stellt zunächst heraus, dass ihres Erachtens das vorlegende Gericht die beiden Aspekte der Mindestanforderungen im Sinne des Artikels 19 der Richtlinie und der Zuschlagskriterien im Sinne des Artikels 30 der Richtlinie vermische. Erstere beträfe die Zulässigkeit eines Änderungsvorschlags, letztere die Bewertung zulässiger Angebote. Die Kommission schließt sich dieser Darstellung an.

50. Die Pflicht zur Festlegung von Mindestanforderungen bestehe unabhängig von der Frage, ob Änderungsvorschläge zugelassen würden. Die Mindestanforderungen seien zu erläutern, das bedeute, der Auftraggeber müsse deutlich machen, welche Anforderungen für ihn unabdingbar sind und die er zur Überprüfung der Gleichwertigkeit eines Angebots als Bewertungsmaßstab heranziehen wird.

51. Die österreichische Regierung ist des Weiteren der Meinung, dass für den Fall, dass Mindestanforderungen festgelegt seien, ein Verweis in der Ausschreibung auf öffentlich zugängliche allgemein geltende Normen zulässig sei. § 35 Absatz 2 BVergG ordne ausdrücklich an, in den Ausschreibungen anzugeben, dass das BVergG auf sie anwendbar ist. Interessierte Bieter könnten sich über diese Normen kundig machen. Der Verweis auf anwendbare Vorschriften reduziere den Umfang der zu veröffentlichenden Ausschreibungstexte. Außerdem könne nach Artikel 23 der Richtlinie auch eine Behörde angegeben werden, bei der Auskünfte über einzuhaltende arbeitsrechtliche Bedingungen eingeholt werden können. Hiermit sei der Verweis auf eine veröffentlichte, allgemeine Vorschrift vergleichbar.

52. Die französische Regierung und die Kommission sind hingegen der Ansicht, ein Verweis auf anwendbare Vorschriften genüge nach der Rechtsprechung nicht den Anforderungen an die Transparenz. [23]

53. Die französische Regierung meint, im Ausgangsverfahren habe die Vorgehensweise dazu geführt, dass nicht in Österreich ansässige Bieter diskriminiert worden seien. Des Weiteren seien Bieter benachteiligt worden, die Änderungsvorschläge einreichen wollten, da sie nicht die Kriterien kannten, anhand deren ihre Vorschläge beurteilt wurden.

54. Die Kommission fügt hinzu, dass der Hinweis auf die Gleichwertigkeit der Leistung nicht ausreiche, wenn der Gebrauch spezifischer Materialien gefordert werde. Vielmehr seien Kriterien wie die Langlebigkeit oder die Resistenz gegen Verformung anzugeben.

23 — Sie verweisen auf die Urteile in den Rechtssachen Beentjes (zitiert in Fußnote 5) und Kommission/Frankreich (zitiert in Fußnote 6).

55. Ihres Erachtens dürfen Änderungsvorschläge nicht angenommen werden, wenn keine Mindestanforderungen erläutert worden sind. In diesen Fällen verstoße die Ausschreibung gegen Gemeinschaftsrecht, da weder die Einreichung von Änderungsvorschlägen untersagt worden sei, noch einzuhaltende Mindestanforderungen erläutert worden seien. In diesen Fällen dürfe das Vergabeverfahren daher nicht fortgeführt werden.

## 2. Würdigung

56. Die zweite Frage geht dahin, ob die Regelung des § 42 BVergG durch einen Verweis in den Ausschreibungsunterlagen als Festlegung von Mindestanforderungen im Sinne des Artikels 19 der Richtlinie angesehen werden kann, wenn nicht angegeben wird, anhand welcher Vergleichsparameter die Gleichwertigkeit der Leistung geprüft wird. Diese Frage beinhaltet zwei Teilaspekte: zum einen, ob der Verweis auf eine nationale Vorschrift dem Transparenzgebot genügt, zum anderen, ob die Regelung in § 42 Absatz 4 BVergG als Mindestanforderung im Sinne des Artikels 19 der Richtlinie 93/37 angesehen werden kann.

57. Die dritte Frage geht dahin, ob Artikel 30 der Richtlinie einer nationalen Regelung entgegensteht, die die Annahme eines Änderungsvorschlags von dem Kriterium abhängig macht, dass eine gleichwertige Leistung angeboten wird, wenn dieses Kriterium nicht in der Ausschreibung genannt wird, sondern sich nur aus einer Vorschrift ergibt, auf die die Ausschreibung verweist. Auch hier stellt sich das Problem der Vereinbarkeit einer solchen Vorgehensweise mit dem Transparenzgebot. Insofern überschneidet sie sich mit der zweiten Frage. Zunächst sollen daher die das Transparenzgebot berührenden Aspekte erörtert werden.

58. In den Urteilen Beentjes und Kommission/Frankreich hat der Gerichtshof entschieden, dass öffentliche Auftraggeber, die sich bei Erteilung des Zuschlags auf verschiedene Kriterien stützen, um dem wirtschaftlich günstigsten Angebot den Zuschlag zu erteilen, gehalten sind, diese Kriterien entweder in der Bekanntmachung des öffentlichen Auftrags oder in den Verdingungsunterlagen anzugeben. Eine allgemeine Verweisung auf eine staatliche Rechtsvorschrift vermag diesem Publizitätserfordernis nicht zu genügen. [24]

59. Diese zu Artikel 30 der Richtlinie 93/37 ergangenen Entscheidungen stützen sich auf die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung. Beide sind tragende Prinzipien des öffentlichen Auftragswesens, die auch der Richtlinie 93/37 zugrunde liegen, wie sich aus deren zehntem und elftem Erwägungsgrund ergibt. Beide Grundsätze sind daher auch im Rahmen der Auslegung des Artikels 19 der Richtlinie zu beachten. Auch für die Angabe von Mindestbedingungen genügt folglich ein allgemeiner Verweis auf eine nationale Vorschrift nicht.

24 — Urteile in den Rechtssachen Beentjes (zitiert in Fußnote 5, Randnr. 35) und Kommission/Frankreich (zitiert in Fußnote 6, Randnr. 73).

60. Es wird daher vorgeschlagen, die zweite und die dritte Frage folgendermaßen zu beantworten: Der Verweis auf eine nationale Rechtsvorschrift genügt weder zur Festlegung von Mindestanforderungen im Sinne des Artikels 19 noch zur Festlegung von Zuschlagskriterien im Sinne des Artikels 30 der Richtlinie 93/37.

61. Damit erübrigt sich streng genommen eine Antwort auf den zweiten Teil der zweiten Frage, inwiefern die Regelung in § 42 Absatz 4 BVergG als Mindestanforderung angesehen werden kann. Nur hilfsweise, falls der Gerichtshof zum Publizitätserfordernis eine andere Auffassung vertritt, soll zu dieser Frage Stellung genommen werden.

62. Der Begriff der Mindestanforderungen im Sinne des Artikels 19 wird in der Richtlinie nicht definiert. Wie im Rahmen der ersten Frage bereits ausgeführt, verfügt der Auftraggeber bei der Festlegung der Mindestanforderungen über einen Ermessensspielraum. Sie betreffen Eigenschaften oder Ergebnisse, die die ausgeschriebene Leistung kennzeichnen und denen die angebotene Leistung zu genügen hat.

63. Wie ebenfalls bereits im Rahmen der ersten Frage erörtert, steht es dem Auftraggeber grundsätzlich frei, ob er Änderungsvorschläge zulässt oder nicht. Lässt er keine zu, ist dies gemäß Artikel 19 Absatz 2 Satz 2 der Richtlinie 93/37 ausdrücklich in der Bekanntmachung anzugeben. Wenn Änderungsvorschläge zugelassen sind, erübrigt sich ein entsprechender Hinweis in der Ausschreibung. [25]

64. Wie sich aus Artikel 19 Absatz 2 Satz 1 der Richtlinie ergibt, muss der Auftraggeber aber für den Fall, dass Änderungsvorschläge zugelassen werden, in der Bekanntmachung die Mindestvoraussetzungen erläutern, denen sie genügen müssen. [26] Diese Pflicht folgt aus der Verwendung des Indikativ („erläutern ... die Mindestanforderungen"). Stünde es dem Auftraggeber frei, in diesem Fall Mindestanforderungen festzulegen oder nicht, so hätte es nahe gelegen, die Formulierung „können ... Mindestanforderungen erläutern" zu verwenden.

65. Diese am Wortlaut orientierte Auslegung entspricht auch dem Sinn der Regelung. Wenn Änderungsvorschläge zugelassen sind, müssen die Bieter wissen, nach welchen Kriterien ihre Vorschläge vom Auftraggeber bewertet werden. Die

25 — Vgl. die Ausführungen im Leitfaden öffentliche Bauaufträge (zitiert in Fußnote 22, S. 53 unter Punkt 6.4.1).

26 — Vgl. die Ausführungen im Leitfaden öffentliche Bauaufträge (zitiert in Fußnote 22, S. 53 unter Punkt 6.4.1).

Bewertung erfolgt anhand der Mindestanforderungen, mit denen die Erwartungen des Auftraggebers an die von ihm ausgeschriebene Leistung konkretisiert werden. Nur wenn die Änderungsvorschläge diesen im Vorhinein festgelegten — Grundsatz der Gleichbehandlung — und in der Ausschreibung bekannt gegebenen — Grundsatz der Transparenz — Anforderungen entsprechen, sind die als Änderungsvorschläge eingereichten Gebote zulässig.[27] Eine Ausschreibung, die mangels ausdrücklichen Ausschlusses Änderungsvorschläge zulässt, aber keine Mindestanforderungen aufstellt, entspricht daher nicht den Anforderungen der Richtlinie 93/37.

66. Der Einwand, es sei in der Praxis unmöglich, im Vorhinein alle Kriterien anzugeben, da man nicht wisse, in welchen Punkten Alternativen angeboten würden, ist deshalb zurückzuweisen. Der Auftraggeber wird in der Lage sein, seine Erwartungen an die ausgeschriebene Leistung und die in den einzelnen Unterpunkten enthaltenen Leistungsbeschreibungen zu formulieren, also z. B. die Tragfähigkeit einer Brücke oder die Belastbarkeit und Lebensdauer eines Straßenbelags. In der Ausschreibung einer Bauleistung dürfte vor allem das vom Auftraggeber erwartete Ergebnis zu formulieren sein. Ob ein Angebot dieses Ergebnis gewährleistet, ist bei ausschreibungskonformen Vorschlägen ebenso wie bei Änderungsvorschlägen anhand objektiver Kriterien zu ermitteln, die den Bietern in der Ausschreibung bekannt zu geben sind. Ob es sich hierbei um Zulässigkeitskriterien handelt, wie im Rahmen des Artikels 19 der Richtlinie 93/37 oder um Zuschlagskriterien im Sinne des Artikels 30 der Richtlinie 93/37 ist ohne Bedeutung. Die Grundsätze der Gleichberechtigung der Bieter und der Transparenz gelten für beide Bestimmungen.

67. Die Regelung des § 42 Absatz 4 BVergG verlangt, dass die mit dem Änderungsvorschlag angebotene Leistung gleichwertig mit der ausgeschriebenen Leistung sein muss. Dieses Kriterium bezieht sich nicht auf die Eigenschaften oder das Ergebnis, die die ausgeschriebene Leistung kennzeichnen. Vielmehr geht es um die Bewertung der angebotenen Leistung im Verhältnis zur ausgeschriebenen Leistung.

68. Das Kriterium der Gleichwertigkeit findet sich in Artikel 19 Absatz 1 am Ende wieder, wo es heißt, dass Änderungsvorschläge berücksichtigt werden können, „... wenn diese den vom Auftraggeber festgelegten Mindestanforderungen entsprechen". Im Kommissionsvorschlag von 1986 hieß es: „Sie [i.e. die Änderungsvorschläge] müssen in Betracht gezogen werden, wenn sie qualitätsmäßig mindestens den vorgeschriebenen Anforderungen entsprechen."[28] Dieser Formulierung, die bereits im Verfahren zur Verabschiedung der Richtlinie 89/440 zugunsten der heutigen Fassung abgeändert wurde, entspricht weitgehend der Formulierung des § 42 Absatz 4 BVergG. Dort heißt es, dass ein Änderungsvorschlag nur zulässig ist, „... wenn dabei die Erbringung einer qualitativ gleichwertigen Leistung sichergestellt ist".

27 — Urteil in der Rechtssache Kommission/Dänemark (zitiert in Fußnote 9, Randnrn. 37 bis 40); Urteil vom 18. Oktober 2001 in der Rechtssache C-19/00 (SIAC, Slg. 2001, I-7725, Randnrn. 40 f.).

28 — KOM (86) 679 endg. (zitiert in Fußnote 12), S. 43, Artikel 20a Absatz 3.

69. Aus diesen verschiedenen Formulierungen geht hervor, dass das Kriterium der Gleichwertigkeit keine „Mindestanforderung" im Sinne des Artikels 19 der Richtlinie 93/37 sein kann. Sie ist vielmehr das Ergebnis, das ein Änderungsvorschlag erreichen muss. Ob dieses Ergebnis erreicht wird, ist anhand der Mindestanforderungen zu ermitteln, mit denen der Auftraggeber seine Erwartungen an die ausgeschriebene Leistung gekennzeichnet hat. Die Gleichwertigkeit stellt für sich allein keinen Prüfmaßstab dar, sondern beschreibt nur das vom Änderungsvorschlag zu erreichende Niveau.

70. Soweit es der Gerichtshof noch für erforderlich hält, wird daher vorgeschlagen, auf diesen Teilaspekt der zweiten Frage folgendermaßen zu antworten: Das für die Beurteilung der Zulässigkeit eines Änderungsvorschlags aufgestellte Kriterium der Gleichwertigkeit ist keine vom Auftraggeber festgesetzte Mindestanforderung im Sinne des Artikels 19 der Richtlinie 93/37.

D — *Zur vierten und fünften Frage*

1. Vortrag der Beteiligten

71. ASFINAG und die österreichische Regierung sind der Ansicht, die Fragen 4 und 5 seien unzulässig, da hypothetisch. Der dem Ausgangsverfahren zugrunde liegende Auftrag sei inzwischen vergeben und die Arbeiten ausgeführt worden. Das vorlegende Gericht habe nur noch darüber zu entscheiden, ob der Ausschluss des Änderungsvorschlags rechtmäßig gewesen ist.

72. Hilfsweise sind sie zur Frage 4a der Ansicht, das Verfahren könne zu Ende geführt werden. ASFINAG stützt sich hierfür auf Artikel 2 der Richtlinie 89/665 [29]. Die österreichische Regierung verweist darauf, dass es keinen Zwang zur Vergabe gebe [30], und leitet daraus e contrario ab, dass der Auftraggeber aber das Verfahren zu Ende führen dürfe.

73. Traunfellner und die Kommission vertreten hingegen zu Frage 4a die Ansicht, dass der Auftraggeber das Verfahren nicht zu Ende führen dürfe, sondern neu auszuschreiben habe, wenn die Ausschreibung nicht gemeinschaftsrechtskonform erfolgt ist. Änderungsvorschläge dürften nur unter ganz engen Voraussetzungen nicht zugelassen werden.

29 — Zitiert in Fußnote 16.

30 — Sie verweist auf das Urteil in der Rechtssache Metalmeccanica (zitiert in Fußnote 10).

74. Zur Frage 4b vertritt Traunfellner die Auffassung, wenn der Auftraggeber Änderungsvorschläge zugelassen habe, müsse er auch eine Bewertung der Gleichwertigkeit zulassen. Wegen der weitreichenden Möglichkeit, Änderungsvorschläge einzureichen, wäre es unangemessen, wenn der Auftraggeber sie ohne Prüfung abzulehnen hätte. Auch ASFINAG vertritt hilfsweise dieses Ergebnis.

75. Zu den Fragen 4b und 5 ist die Kommission hingegen der Meinung, Änderungsvorschläge seien abzulehnen, wenn keine Zuschlagskriterien zur Beurteilung technischer Abweichungen festgelegt worden seien.

76. Traunfellner vertritt zur Frage 5 die Ansicht, ein Zwang zur Annahme des billigsten Angebots sei unvereinbar mit dem Sinn der Richtlinie. Im Ausgangsverfahren könnten wegen der Gleichwertigkeit des eingereichten Änderungsvorschlags die technischen Abweichungen auch bewertet werden. Im Übrigen sei der Straßenbau ein empirisch gut aufgearbeiteter Bereich, weshalb für die Überprüfung funktionsbezogener technischer Gleichwertigkeit die Angabe von Zuschlagskriterien nicht erforderlich sei.

## 2. Würdigung

77. Nach ständiger Rechtsprechung ist es grundsätzlich allein Sache des mit dem Rechtsstreit befassten nationalen Gerichts, das die Verantwortung für die zu erlassende gerichtliche Entscheidung übernehmen muss, im Hinblick auf die Besonderheiten der Rechtssache zu beurteilen, ob eine Vorabentscheidung zum Erlass seines Urteils erforderlich ist und ob die von ihm dem Gerichtshof vorgelegten Fragen erheblich sind. Betreffen daher die vorgelegten Fragen die Auslegung des Gemeinschaftsrechts, so ist der Gerichtshof grundsätzlich gehalten, darüber zu befinden. [31]

78. Der Gerichtshof hat jedoch auch entschieden, dass es ihm in Ausnahmefällen obliegt, zur Prüfung seiner eigenen Zuständigkeit die Umstände zu untersuchen unter denen er von dem nationalen Gericht angerufen wird. Er kann die Entscheidung über die Vorlagefrage eines nationalen Gerichts somit ablehnen, wenn die erbetene Auslegung des Gemeinschaftsrechts offensichtlich in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht, wenn das Problem hypothetischer Natur ist oder wenn er nicht über die tatsächlichen und rechtlichen Angaben verfügt, die für eine sachdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erforderlich sind. [32]

79. Wie die ASFINAG und die österreichische Regierung zutreffend hervorheben,

31 — Urteil vom 15. Dezember 1995 in der Rechtssache C-415/93 (Bosman, Slg. 1995, I-4921, Randnr. 59); Urteil in der Rechtssache PreussenElektra (zitiert in Fußnote 15, Randnr. 38); Urteil in der Rechtssache Canal Satélite Digital (zitiert in Fußnote 15, Randnr. 18).

32 — Vgl. die in Fußnote 15 zitierte Rechtsprechung.

stellen sich die Fragen 4a und b sowie 5 im Ausgangsverfahren nicht mehr. Nach den eigenen Ausführungen des vorlegenden Gerichts ist der Auftrag für die Brücken- und Straßenbauarbeiten vergeben, und die Arbeiten sind ausgeführt worden. Das Bundesvergabeamt hat daher nur noch über die Frage zu entscheiden, ob der im Vergabeverfahren ausgesprochene Ausschluss des Änderungsvorschlags Traunfellners rechtmäßig war oder nicht. Über die Frage, ob und wie gegebenenfalls das Vergabeverfahren weiterzuführen ist, braucht im Ausgangsverfahren nicht mehr entschieden zu werden. Die Fragen 4 und 5 stehen folglich offensichtlich in keinem Zusammenhang mit dem Gegenstand des Ausgangsverfahrens und sind hypothetischer Natur. In ständiger Rechtsprechung sind solche Fragen nicht zu beantworten. [33]

80. Hilfsweise, für den Fall, dass der Gerichtshof die Fragen für zulässig hält, wird vorgeschlagen, sie folgendermaßen zu beantworten.

81. Frage 4a: Ein Vergabeverfahren, das in der Ausschreibung nicht näher bestimmt, anhand welcher konkreten Vergleichsparameter die Gleichwertigkeit überprüft wird, darf nicht durch die Vergabe des Auftrags zu Ende geführt werden. Nach Artikel 30 Absatz 2 der Richtlinie 93/37 sind in der Bekanntmachung alle Zuschlagskriterien anzugeben, deren Verwendung der Auftraggeber vorsieht. Wie unter den Fragen 2 und 3 ausgeführt, liegen dieser Bestimmung die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz zugrunde. Die Verwendung nicht in der Ausschreibung bekannt gegebener Zuschlagskriterien bei der Fortführung des Vergabeverfahrens verstieße gegen diese Grundsätze. Zu diesem Ergebnis gelangt auch Generalanwalt Mischo in seinen Schlussanträgen vom 27. Februar 2003 in der Rechtssache EVN AG und Wienstrom GmbH. [34]

82. Frage 4b: Diese Frage ist nur für den Fall gestellt, dass das Vergabeverfahren zu Ende geführt werden darf. Ihre Beantwortung erübrigt sich im Lichte der vorstehenden Ausführungen. Nur ergänzend sei festgestellt, dass Änderungsvorschläge nicht beurteilt werden können, wenn keine Kriterien für die Beurteilung in der Ausschreibung bekannt gemacht wurden. Würden sie doch beurteilt, läge ein Verstoß gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz vor.

83. Frage 5: Wenn ein Auftraggeber sich entschieden hat, den Auftrag an das wirtschaftlich günstigste Angebot zu vergeben, kann er nicht während des Verfahrens auf eine Vergabe nach dem Kriterium des niedrigsten Preises umstellen. Ein Wechsel der Zuschlagskriterien während eines laufenden Vergabeverfahrens verstößt gegen das Transparenzgebot. [35] Folglich darf ein Änderungsvorschlag, dessen technische

33 — Urteil vom 16. Dezember 1981 in der Rechtssache 244/80 (Foglia, Slg. 1981, 3045, Randnrn. 18 bis 21); Urteil vom 16. Juli 1992 in der Rechtssache C-83/91 (Meilicke, Slg. 1992, I-4871, Randnr. 25); Urteil vom 21. Januar 2003 in der Rechtssache C-318/00 (Bacardi, Slg. 2003, I-905, Randnr. 43).

34 — Rechtssache C-448/01 (Urteil vom 4. Dezember 2003, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Nrn. 122 f.).

35 — Urteil in der Rechtssache SIAC (zitiert in Fußnote 27, Randnr. 43); Urteil in der Rechtssache Kommission/Belgien (zitiert in Fußnote 5, Randnrn. 88 f.).

Abweichungen von der Ausschreibung mangels entsprechender Festlegungen in der Ausschreibung nicht durch Zuschlagskriterien beurteilt werden können, nicht angenommen werden, wenn er das billigste Angebot ist und sonst keine Zuschlagskriterien festgesetzt wurden. Wird nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots vergeben, so sind gemäß Artikel 30 Absatz 2 der Richtlinie 93/37 die Zuschlagskriterien anzugeben, deren Verwendung vorgesehen ist. Eine Ausschreibung, die dem nicht genügt, ist rechtswidrig.

## VI — Ergebnis

84. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen wird vorgeschlagen,

1. die Fragen 1, 4 und 5 für unzulässig zu erklären und

2. auf die Fragen 2 und 3 folgendermaßen zu antworten:

Der Verweis auf eine nationale Rechtsvorschrift genügt weder zur Festlegung von Mindestanforderungen im Sinne des Artikels 19 noch zur Festlegung von Zuschlagskriterien im Sinne des Artikels 30 der Richtlinie 93/37.

Das für die Beurteilung der Zulässigkeit eines Änderungsvorschlags aufgestellte Kriterium der Gleichwertigkeit ist keine vom Auftraggeber festgesetzte Mindestanforderung im Sinne des Artikels 19 der Richtlinie 93/37.