SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS SIEGBERT ALBER

vom 8. November 2001 [1]

I — Einführung

1. Der Vergabekontrollsenat Wien hat im Rahmen der Überprüfung eines nicht offenen Verfahrens zur Vergabe eines Bauauftrags vier Fragen nach der Auslegung der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (im Folgenden: Richtlinie 93/37) [2] gestellt. Dabei geht es um den Begriff des öffentlichen Auftraggebers, insbesondere im Hinblick auf eine spätere Erweiterung des Aufgabenbereichs der betreffenden Einrichtung, um den Begriff des öffentlichen Bauauftrags, um die Regelung von Ausschlussfristen für die Anfechtung sowie darum, ob in der Ausssschreibung auch Bewertungskriterien angegeben werden müssen.

1 — Originalsprache: Deutsch.
2 — ABl. L 199, S. 54.

II — Anwendbares Recht

1. *Richtlinie 93/37/EWG*

2. Artikel 1 der Richtlinie 93/37 definiert die Begriffe des öffentlichen Bauauftrags und des öffentlichen Auftraggebers folgendermaßen:

„*Artikel 1*

Im Sinne dieser Richtlinie

a) gelten als *öffentliche Bauaufträge*: die zwischen einem Unternehmer und einem unter Buchstabe b) näher bezeichneten öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge über entweder die Ausführung oder gleichzeitig die Ausführung und die Planung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang II genannten Tätigkeiten oder eines Bauwerks im Sinne des Buchstabens c) oder die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den

vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen;

b) gelten als *öffentliche Auftraggeber*: der Staat, Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen.

Als *Einrichtung des öffentlichen Rechts* gilt jede Einrichtung,

— die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und

— die Rechtspersönlichkeit besitzt und

— die überwiegend vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert wird oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, den Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind.

...“

2. *Richtlinie 89/665/EWG*

3. Die 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 (im Folgenden: Richtlinie 89/665) [3] sieht vor:

Artikel 1 Absatz 1:

„Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicher-

3 — ABl. L 395, S. 33.

zustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinien 71/305/EWG und 77/62/EWG fallenden Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge die Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der nachstehenden Artikel, insbesondere von Artikel 2 Absatz 7, auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können."

Artikel 2 Absätze 7 und 8:

„(7) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Entscheidungen der für Nachprüfungsverfahren zuständigen Instanzen wirksam durchgesetzt werden können.

(8) Eine für Nachprüfungsverfahren zuständige Instanz, die kein Gericht ist, muss ihre Entscheidung stets schriftlich begründen. Ferner ist in diesem Falle sicherzustellen, dass eine behauptete rechtswidrige Maßnahme der zuständigen Grundinstanz oder ein behaupteter Verstoß bei der Ausübung der ihr übertragenen Befugnisse zum Gegenstand einer Klage oder einer Nachprüfung bei einer anderen gegenüber den öffentlichen Auftraggebern und der Grundinstanz unabhängigen Instanz, die ein Gericht im Sinne des Artikels 177 des Vertrages ist, gemacht werden können.

Für Ernennung und Ende der Amtszeit der Mitglieder dieser unabhängigen Instanz gelten bezüglich der für ihre Ernennung zuständigen Behörde, der Dauer ihrer Amtszeit und ihrer Absetzbarkeit die gleichen Bedingungen wie für Richter. Zumindest der Vorsitzende dieser unabhängigen Instanz muss die juristischen und beruflichen Qualifikationen eines Richters besitzen. Die unabhängige Instanz erkennt in einem kontradiktorischen Verfahren; ihre Entscheidungen sind in der von den einzelnen Mitgliedstaaten jeweils zu bestimmenden Weise rechtsverbindlich."

3. *Wiener Landesvergabegesetz*

4. Das Wiener Landesvergabegesetz (im Folgenden: WLVergG)[4] enthält in der für das vorliegende Nachprüfungsverfahren maßgebenden Fassung folgende Regelungen, die insbesondere auch für die Prüfung der Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens unter dem Aspekt, ob der vorlegende Vergabekontrollsenat ein Gericht im Sinne des Artikels 234 EG ist, von Bedeutung sind.

4 — LGBl. Nr. 36/1995 in der im LGBl. Nr. 30/1999 veröffentlichten Fassung.

5. Nach § 94 Absatz 2 ist der Vergabekontrollsenat in erster und letzter Instanz zur Entscheidung über Nachprüfungsanträge zuständig. Seine Bescheide unterliegen nicht der Aufhebung oder Abänderung im Verwaltungsweg. Nach Absatz 3 gelten für das Nachprüfungsverfahren das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz und das Verwaltungsvollstreckungsgesetz, soweit das WLVergG keine besonderen Bestimmungen enthält.

6. § 95 des WLVergG lautet:

„§ 95.(1) Der Vergabekontrollsenat besteht aus sieben Mitgliedern. Diese sind von der Landesregierung für eine Amtsdauer von sechs Jahren zu bestellen. Neuerliche Bestellungen sind zulässig. Drei Mitglieder, die auch fachkundige Bedienstete des Magistrates der Stadt Wien sein können, sind nach Anhörung des Gemeinderates, je ein Mitglied nach Anhörung der Wirtschaftskammer Wien, der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien sowie der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Wien, Niederösterreich und Burgenland, zu bestellen. Der Vorsitzende hat dem Richterstand anzugehören und ist nach Anhörung des Präsidenten des Oberlandesgerichtes Wien zu bestellen. Für jedes Mitglied sind in gleicher Weise ein erstes, ein zweites und ein drittes Ersatzmitglied zu bestellen. Die Ersatzmitglieder vertreten in der Reihenfolge ihrer Bestellung die Mitglieder bei deren zeitweiliger Verhinderung oder nach ihrem Ausscheiden bis zur Bestellung eines neuen Mitgliedes. Scheidet ein Mitglied oder ein Ersatzmitglied aus, so hat unverzüglich eine Nachbestellung stattzufinden.

(2) Die Mitglieder und Ersatzmitglieder müssen besondere Kenntnisse des Vergabewesens — die nach Anhörung des Gemeinderates zu bestellenden Mitglieder und Ersatzmitglieder insbesondere in wirtschaftlicher oder technischer Hinsicht — besitzen.

(3) Die Mitgliedschaft im Vergabekontrollsenat erlischt:

1. bei Tod des Mitgliedes,

2. bei Verzicht,

3. bei Verlust der Wählbarkeit zum Nationalrat (§ 41 der Nationalrats-

Wahlordnung 1992, BGBl. Nr. 471 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 117/1996),

4. mit Ablauf der Amtsdauer,

5. beim Vorsitzenden und dessen Ersatzmitgliedern im Falle des Ausscheidens aus dem Richterstand,

6. durch Enthebung durch den Vergabekontrollsenat.

(3a) Ein Mitglied ist mit Bescheid des Vergabekontrollsenates seines Amtes zu entheben, wenn das Mitglied wegen körperlicher oder geistiger Gebrechen zu einer ordentlichen Funktionsausübung dauernd unfähig wird oder grobe Pflichtverletzungen begangen hat. Der Bescheid ist nach Anhörung des betroffenen Mitgliedes zu beschließen. Dem betroffenen Mitglied steht kein Stimmrecht zu.

(4) Mitglieder des Vergabekontrollsenates sind in Ausübung ihres Amtes unabhängig und an keine Weisungen gebunden.

(5) Die Mitglieder des Vergabekontrollsenates sind entsprechend Art. 20 Abs. 3 B-VG zur Verschwiegenheit verpflichtet.

(6) Die Sitzungen des Vergabekontrollsenates werden vom Vorsitzenden einberufen. Ist ein Mitglied befangen oder vorübergehend verhindert, so ist das Ersatzmitglied einzuberufen. Von einer Entscheidungstätigkeit sind Mitglieder des Vergabekontrollsenates hinsichtlich jener Vergabeverfahren ausgeschlossen, die eine Auftragsvergabe im Wirkungsbereich jener Institution (im Falle von Bediensteten des Magistrates der Stadt Wien jener Dienststelle, jener Teilunternehmung oder jenes Betriebes) betreffen, der sie angehören. Lassen wichtige Gründe die Unbefangenheit eines Mitgliedes bezweifeln, so hat es sich der Ausübung seiner Funktion zu enthalten und seine Vertretung zu veranlassen. Parteien können Mitglieder des Vergabekontrollsenates unter Angabe von Befangenheitsgründen ablehnen. Über die allfällige Befangenheit eines Mitgliedes und über Ablehnungsanträge entscheidet der Vergabekontrollsenat, wobei dem betroffenen Mitglied kein Stimmrecht zusteht. Die Verlautbarung der Namen der Mitglieder des Vergabekontrollsenates und der Institution (im Falle von Bediensteten der Stadt Wien der Dienststelle, der Teilunternehmung oder des Betriebes), der sie angehören, im Amtsblatt der Stadt Wien ist vom Vorsitzenden zu Beginn jedes Kalenderjahres zu veranlassen.

(7) Die Anträge sind in der vom Vorsitzenden zu bestimmenden Reihenfolge zur Abstimmung zu bringen. Die Beschlüsse werden in Anwesenheit von mindestens fünf Mitgliedern mit unbedingter Stim-

menmehrheit gefasst. Eine Stimmenthaltung ist nicht zulässig. Die Sitzungen sind nicht öffentlich. Über den Verlauf der Sitzung ist ein Beschlussprotokoll anzufertigen. Bescheide sind schriftlich zu erlassen. Darin sind die Namen der Mitglieder des Vergabekontrollsenates, die an der Abstimmung teilgenommen haben, anzuführen. Der Bescheid ist vom Vorsitzenden zu unterfertigen. Verfügungen im Rahmen der Verfahrensleitung können nach Maßgabe der Geschäftsordnung auch von einem Mitglied getroffen werden.

(8) Die Mitglieder des Vergabekontrollsenates üben diese Tätigkeit ehrenamtlich aus. Sie sind vom Landeshauptmann auf ihre Amtspflichten anzugeloben.

(9) Den Mitgliedern des Vergabekontrollsenates gebührt der Ersatz der notwendigen Fahrtauslagen und eine Entschädigung für Zeitversäumnis, deren Höhe von der Landesregierung tarifmäßig festzusetzen ist.

(10) Der Vergabekontrollsenat hat eine Geschäftsordnung zu erlassen.

(11) Das Amt der Wiener Landesregierung hat dem Vergabekontrollsenat auf dessen Vorschlag das notwendige Personal für die Geschäftsführung und nach Anhörung des Vorsitzenden des Vergabekontrollsenates die erforderlichen Räumlichkeiten zur Verfügung zu stellen. Bedienstete, die Funktionen der Geschäftsführung ausüben, sind im Rahmen ihrer Tätigkeit für den Vergabekontrollsenat nur an die Anordnungen des Vorsitzenden und des jeweiligen Berichterstatters gebunden. Sie dürfen von diesen Funktionen nur nach Anhörung des Vorsitzenden enthoben werden."

Vorverfahren

„§ 96.(1) Ist ein Unternehmer der Ansicht, dass eine vom Auftraggeber vor der Zuschlagserteilung getroffene Entscheidung gegen dieses Gesetz verstößt und ihm deshalb ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, hat er dies dem Auftraggeber unter Angabe von Gründen und der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens schriftlich nachweislich mitzuteilen.

(2) Der Auftraggeber hat nach Einlangen der Mitteilung nach Abs. 1 entweder die behauptete Rechtswidrigkeit unverzüglich zu beheben und die Unternehmer davon zu benachrichtigen oder dem beschwerdeführenden Unternehmer schriftlich mitzuteilen, warum die behauptete Rechtswidrigkeit nicht vorliegt."

Antrag auf Nachprüfung

„§ 97.(1) Ein Antrag auf Durchführung des Nachprüfungsverfahrens vor Zuschlagserteilung ist nur zulässig, wenn der Unternehmer den Auftraggeber von der behaupteten Rechtswidrigkeit und der beabsichtigten Antragstellung nachweislich unterrichtet hat (§ 96 Abs. 1) und der Auftraggeber ihm nicht innerhalb von zwei Wochen die Behebung der Rechtswidrigkeit mitgeteilt hat.

(2) Ein Nachprüfungsverfahren kann beantragt werden,

1. von einem Unternehmer, der ein geschäftliches Interesse am Abschluss eines Liefer-, Bau-, Baukonzessions- oder Dienstleistungsauftrages oder eines Auftrages im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor behauptet, hinsichtlich eines Nichtigkeitsgrundes nach § 101,

2. von einem Bieter, der behauptet, dass der Zuschlag trotz Nichtvorliegens von Ausscheidungsgründen im Sinne des § 47 entgegen § 48 Abs. 2 nicht an ihn erteilt wurde.

(3) Der Antrag gemäß Abs. 2 hat zu enthalten

1. die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens sowie der angefochtenen Entscheidung;

2. die genaue Bezeichnung des Auftraggebers;

3. eine genaue Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes;

4. Angaben über den behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden für den Antragsteller;

5. die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt;

6. ein bestimmtes Begehren auf Nichtigerklärung oder Abänderung;

7. in den Fällen des Abs. 1 den Nachweis, dass der Auftraggeber in einem Vorverfahren gemäß § 96 von der be-

haupteten Rechtswidrigkeit und der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens unterrichtet wurde sowie den Hinweis darauf, dass der Auftraggeber die Rechtswidrigkeit nicht fristgerecht behoben hat.

(4) Der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens kommt keine aufschiebende Wirkung für das betreffende Vergabeverfahren zu.

(5) Im Nachprüfungsverfahren beträgt die Höchstgrenze für Mutwillensstrafen (§ 35 AVG) 1 % des geschätzten Auftragswertes, höchstens jedoch S 800.000,-."

Fristen

„§ 98. Anträge auf Nachprüfung wegen folgender behaupteter Rechtsverstöße sind beim Vergabekontrollsenat innerhalb nachstehender Fristen einzubringen:

1. hinsichtlich abgelehnter Bewerbungen spätestens zwei Wochen, im Falle des § 52 spätestens drei Tage nach Zustellung der Ablehnung. [5]

2. hinsichtlich der Bestimmungen in der öffentlichen Bekanntmachung, in der Unternehmer aufgefordert werden, sich an einem nicht offenen Verfahren oder an einem Verhandlungsverfahren zu bewerben oder hinsichtlich der Ausschreibungsbestimmungen spätestens zwei Wochen, im Falle des § 52 spätestens eine Woche vor Ablauf der Bewerbungs- bzw. Angebotsfrist.

3. hinsichtlich der erfolgten Zuschlagserteilung spätestens zwei Wochen nach der öffentlichen Bekanntmachung des Zuschlages im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften bzw. im Falle des Unterbleibens der Veröffentlichung spätestens sechs Monate nach erfolgter Zuschlagserteilung."

III — Sachverhalt

1. *Ausgangsverfahren*

7. Die Entsorgungsbetriebe Simmering GesmbH (im Folgenden: EBS — in Plu-

5 — § 52 WLVergG betrifft Fälle der Verkürzung bestimmter Fristen aus Gründen der Dringlichkeit. Ein derartiger Fall lag hier nicht vor.

ralform —) haben im Amtsblatt der Stadt Wien ihre Absicht bekannt gegeben, einen Bauauftrag zur Erweiterung der Hauptkläranlage Wien im nicht offenen Verfahren [6] zu vergeben. Die fünf erstplatzierten Bewerber sollten zur Abgabe von Angeboten aufgefordert und der Auftrag an das wirtschaftlich günstigste Angebot nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien vergeben werden. In den Erläuterungen zum Teilnehmerantrag [7] wurde unter der Überschrift „Kriterien für die Reihung der Teilnahmeanträge" Folgendes ausgeführt:

„Für die Reihung der Teilnahmeanträge wird die technische Leistungsfähigkeit der Bewerber, eines jeden Mitglieds der Bietergemeinschaft und der angegebenen Subunternehmer in den letzten 5 Jahren herangezogen.

Zur Angebotsabgabe werden die 5 bestgereihten Bewerber aufgefordert.

Die Bewertung der vorgelegten Unterlagen erfolgt nach einem Scoring-Verfahren [8].

Folgende erbrachte Bauleistungen werden in folgender Rangordnung bewertet:

1. Abwasserreinigungsanlagen

2. Vorgespannte Bauteile

3. Großflächige Gründungen durch Kiestragsäulen

4. Rütteldruckverdichtungen

5. Hochdruckbodenvermörtelungen

Der Bewerber hat hinsichtlich der Aufgabenstellung vergleichbare Referenzprojekte zu nennen, die innerhalb der letzten 5 Jahre fertiggestellt wurden.

Es werden nur jene Referenzen gewertet, die ein Bewerber bzw. ein Subunternehmen selbst, als Konsortialführer einer Arbeitsgemeinschaft oder im Rahmen einer Ar-

6 — Nicht offene Verfahren sind gemäß Artikel 1 Buchstabe f der Richtlinie 93/37 solche, „bei denen nur die vom öffentlichen Auftraggeber aufgeforderten Unternehmer ein Angebot abgeben können".

7 — Anlage 3 zum Vorabentscheidungsersuchen, S. 7.

8 — Scoring-Verfahren bedeutet in der Regel entsprechend der erzielten Punktezahl.

beitsgemeinschaft als technisch Verantwortlicher und Ausführender erbracht hat (Formblätter liegen dem Teilnahmeantrag bei, Punkt 3)."

8. Die EBS hat die Einzelheiten des Scoring-Verfahrens am 9. April 1999 und damit noch vor Abgabe des ersten Angebots notariell hinterlegt. Die Antragsteller des Ausgangsverfahrens, die Universale Bau GmbH (im Folgenden: Universale), sowie die Bietergemeinschaft Hinteregger und ÖSTU-STETTIN (im Folgenden: Bietergemeinschaft) wurden von dieser notariellen Hinterlegung in den Erläuterungen zum Teilnahmeantrag unterrichtet. Jedoch wurden ihnen vor Ablauf der Bewerbungsfrist weder der Ablauf des Scoring-Verfahrens noch die Bewertungskriterien mitgeteilt.

9. Die Antragsteller des Ausgangsverfahrens hatten ihr Interesse an der Teilnahme an dem nicht offenen Verfahren bekundet. Nach Mitteilung seitens der EBS, dass sie nicht zu den fünf bestplatzierten Unternehmen gehörten und damit nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert würden, fochten sie das Vergabeverfahren beim vorlegenden Vergabekontrollsenat an.

2. *Rechtsnatur und Aufgabenstellung der EBS*

10. Die EBS wurden 1976 durch die Wiener Allgemeine Beteiligungs- und Verwaltungsgesellschaft mbH und die BIA Betriebsgesellschaft für Industrieabfall- und Altölbeseitigung GmbH gegründet. Das Stammkapital wurde von den beiden Gesellschaftern je zur Hälfte aufgebracht. Die Allgemeine Beteiligungs- und Verwaltungsgesellschaft mbH war nach den Feststellungen des vorlegenden Vergabekontrollsenats der Stadt Wien „zuzurechnen". Im Zeitpunkt der Ausschreibung bestanden folgende Eigentumsanteile an den EBS:

Wiener Holding AG	ATS 11 075 000
Stadt Wien	ATS 160 425 000
Wiener Stadtwerke	ATS 178 500 000

11. Nach den Feststellungen des Vergabekontrollsenats bestand der Gesellschaftszweck der EBS zunächst in der Planung, Errichtung und dem Betrieb einer Sonderabfallentsorgungs- und einer Schlammverbrennungsanlage. Alle Aufgaben wurden gewerblich und im Wettbewerb mit anderen Abfallentsorgern erfüllt, zum Beispiel privaten Deponiebetreibern. Die EBS trugen allein das Gewinn- und Verlustrisiko. Der

Gründungsvertrag enthält keinerlei Anhaltspunkte für die Annahme, dass die EBS im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art erfüllen sollten.

12. Nach § 10 Absatz 2 des nunmehr geltenden Gesellschaftsvertrages der EBS vom 12. September 1996 ist das Kontrollamt der Stadt Wien berechtigt, sowohl die laufende Rechnung auf ihre ziffernmäßige Richtigkeit, Ordnungsmäßigkeit, Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit, wie auch den Jahresabschluss und den Lagebericht einschließlich der Durchführung, der Belege und sonstiger Unterlagen zu prüfen, die Betriebsräume und -anlagen zu besichtigen und über das Ergebnis dieser Prüfung den zuständigen Organen sowie den Gesellschaftern und der Stadt Wien zu berichten.

3. *Verträge mit der Stadt Wien*

13. 1985 schlossen die EBS mit der Stadt Wien einen Pachtvertrag ab, aufgrund dessen sie ab 1. Januar 1986 den Betrieb der Hauptkläranlage der Stadt Wien übernahmen. Nach dieser Vereinbarung entrichtete die Stadt Wien ein „angemessenes und einheitliches Entgelt, das einen kostendeckenden Betrieb der Hauptkläranlage und der bestehenden Abfallbeseitigungsanlagen samt einer angemessenen Kapitalverzinsung gewährleistet". Nach den Feststellungen des Vergabekontrollsenats, die von den Parteien des Ausgangsverfahrens bestätigt werden, erfüllen die EBS die Aufgabe der Abwasserreinigung nicht in Erwerbsabsicht. Es handele sich vielmehr um eine auf die EBS ausgelagerte Tätigkeit der Daseinsvorsorge, die nach dem Kostendeckungsprinzip geführt werde. Dieser Tätigkeitsbereich der EBS werde somit nicht gewerblich geführt. Der Gesellschaftsvertrag wurde anlässlich der Übertragung dieser Aufgabe nicht geändert.

14. Mit Pachtvertrag vom 8. Juli 1996, der die Vereinbarung von 1985 ersetzt, wurde der Betrieb der Hauptkläranlage der Stadt Wien weiterhin den EBS übertragen. Die EBS verpflichteten sich darüber hinaus zum Ausbau der projektbezogenen Kanalbauten und zur sonstigen Erweiterung der Hauptkläranlage Wien und der EBS-Anlagen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung (Ziffer I.2 des Vertrages). Das für den Betrieb der Hauptkläranlage notwendige Personal sollte weiterhin von der Stadt Wien gestellt werden (Ziffer I.3). Die Stadt Wien verpflichtete sich zur Entrichtung eines „angemessenen und einheitlichen Entgelts, das einen kostendeckenden Betrieb gewährleisten soll. Alle aus dem Ausbau und Betrieb der Anlagen einschließlich der projektbezogenen Kanalbauten entstehenden Aufwendungen abzüglich der von der EBS vereinnahmten Erträge sollen... abgegolten werden ..." (Ziffer IV.1).

15. Es werden keine spezifischen Anforderungen an die Gestaltung der Anlage festgelegt. Jedoch ist die EBS nach den Ziffern II und III des Vertrages gehalten, eine bestimmte Funktionsweise der Haupt-

kläranlage sicherzustellen, ohne dass auf die konkrete Gestaltung des Bauwerks von der Stadt Wien Einfluss genommen wird.

16. Aus dem Baubescheid geht hervor, dass die EBS den Antrag auf Erteilung der Baugenehmigung gestellt haben. Grundeigentümer des zu bebauenden Grundstücks ist die Stadt Wien. Die EBS haben in einem als Anlage 8 zum Vorabentscheidungsersuchen beigefügten Schreiben vom 8. September 1999 erklärt: „Die... Kläranlagenerweiterung wird in unserem Eigentum stehen. Eine Übertragung der... Kläranlage ist für den Fall vorgesehen, dass die auf unbestimmte Zeit zwischen der Stadt Wien und uns abgeschlossenen Pacht- und Betriebsführungsverträge aufgekündigt werden. In diesem Fall hat die Stadt Wien unter anderem auch unsere Kläranlage entgeltlich zu übernehmen. Sie hat uns den Zeitwert der Kläranlage zu ersetzen." Eine derartige Regelung ist nach den Feststellungen des Vergabekontrollsenats mit dem österreichischem Recht vereinbar.

17. Der Vergabekontrollsenat schließt eine Absicht der Stadt Wien aus, durch die Gründung der EBS und die Übertragung des Betriebs und der Erweiterung der Kläranlage auf die EBS, die Anwendung der Vorschriften über das öffentliche Auftragswesen umgehen zu wollen. Die EBS seien bereits 1976 gegründet worden. Ihnen sei aber erst ab 1986 der Betrieb der Hauptkläranlage übertragen worden.

IV — Vorlagefragen

18. Der Vergabekontrollsenat hat dem Gerichtshof im Wege des Vorabentscheidungsersuchens folgende Fragen vorgelegt:

1) Gilt als öffentlicher Auftraggeber nach Art. 1 lit. b der Richtlinie 93/37/EWG auch eine juristische Person, die nicht zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben, die nicht gewerblicher Art sind, zu erfüllen, jedoch nunmehr solche Aufgaben erfüllt?

2) Für den Fall, dass die Entsorgungsbetriebe Simmering GesmbH kein öffentlicher Auftraggeber sind: Handelt es sich bei der beabsichtigten Errichtung der 2. biologischen Reinigungsstufe der Hauptkläranlage Wien um die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen, somit um einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne des Art. 1 lit. a i.V.m. lit. c der Richtlinie 93/37/EWG?

3) Für den Fall der Bejahung der Frage 1 oder 2: Steht die Richtlinie 89/665/EWG einer innerstaatlichen Regelung entgegen, die für die Nachprüfung einer konkreten Entscheidung

des Auftraggebers eine Frist normiert, so dass bei Versäumnis dieser Frist diese Entscheidung im Zuge des weiteren Vergabeverfahrens nicht mehr angefochten werden kann? Muss jeder Mangel bei sonstigem Verlust von betroffenen Interessenten geltend gemacht werden?

4) Für den Fall der Bejahung der Frage 1 oder 2: Genügt die Festlegung der ausschreibenden Stelle, die Bewertung der Bewerbungen gemäß einem notariell hinterlegten Prüfungsmodus vorzunehmen oder müssen die Bewertungskriterien in der Kundmachung [9] bzw. den Ausschreibungsunterlagen bereits mitgeteilt werden?

V — Vorbringen der Parteien und Stellungnahme

1. *Zur Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens*

19. Zwar hat keine der am Verfahren Beteiligten die Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens bezweifelt. Jedoch hat der Vergabekontrollsenat ausführlich begründet, warum er vorlageberechtigt ist, und die österreichische Regierung hat dazu Stellung genommen. Unter Bezug auf eine Entscheidung des Gerichtshofes über den Tiroler Vergabesenat halten beide das Vorabentscheidungsersuchen für zulässig. In diesem Verfahren vertrat der Generalanwalt die Auffassung, das Vorabentscheidungsersuchen sei unzulässig [10], wohingegen der Gerichtshof die Vorlagefrage für zulässig hielt [11]. Hinsichtlich des vorlegenden Wiener Vergabekontrollsenats hat der Gerichtshof noch nicht entschieden, ob er vorlageberechtigt ist. Die Frage stellt sich auch im Verfahren in der Rechtssache C-92/00. Generalanwalt Tizzano ist in seinen Schlussanträgen vom 28. Juni 2001 in dieser Rechtssache implizit davon ausgegangen, dass der Wiener Vergabekontrollsenat vorlageberechtigt ist. Er hat jedoch nicht ausdrücklich zu der Frage Stellung genommen. Das Urteil in diesem Verfahren steht noch aus. Es ist daher angezeigt, zu dieser Frage im vorliegenden Verfahren Stellung zu nehmen.

20. In ständiger Rechtsprechung stellt der Gerichtshof zur Beurteilung der Frage, ob die vorlegende Einrichtung ein Gericht im Sinne des Artikels 177 EG-Vertrag (jetzt Artikel 234 EG) ist, darauf ab, ob sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, eine ständige Einrichtung ist, eine obligatorische Gerichtsbarkeit darstellt, ob sie ein streiti-

9 — In der Terminologie der Richtlinie 93/37 muss es heißen: Bekanntmachung.

10 — Schlussanträge des Generalanwalts Saggio vom 24. September 1998 in der Rechtssache C-103/97 (Köllensperger und Atzwanger, Slg. 1999, I-551, I-553, Nrn. 25 bis 30).

11 — Urteil vom 4. Februar 1999 in der Rechtssache C-103/97 (Köllensperger und Atzwanger, Slg. 1999, I-551, Randnrn. 22 bis 25).

ges Verfahren durchführt, ob sie Rechtsnormen anwendet und ob ihre Unabhängigkeit gewahrt ist. [12]

21. Der Vergabekontrollsenat ist gemäß § 94 Absatz 2 WLVergG in erster und letzter Instanz zuständig für die Überprüfung von Entscheidungen eines Auftraggebers im Vergabeverfahren. Somit beruht seine Tätigkeit auf einer gesetzlichen Grundlage und ist eine obligatorische Gerichtsbarkeit. Er ist auch eine ständige Einrichtung. Die Kontrolle der Entscheidungen der Auftraggeber erfolgt nach den Normen des WLVergG und soweit dies keine besonderen Bestimmungen enthält gemäß § 94 Absatz 3 WLVergG auf der Grundlage des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes und des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes. Die Unabhängigkeit des Vergabekontrollsenats von der Verwaltung wird durch § 94 Absatz 2 WLVergG gewährleistet, der bestimmt, dass seine Entscheidungen nicht im Verwaltungsweg abgeändert oder aufgehoben werden können. Im Übrigen garantiert § 95 Absatz 4 WLVergG den Mitgliedern eine unabhängige und von Weisungen freie Amtsausübung. Absatz 6 legt Regeln über die Befangenheit fest, ein Kriterium, auf das der Gerichtshof in der Rechtssache Köllensperger und Atzwanger besonders abgehoben hat [13]. Die Bescheide des Vergabekontrollsenats sind gemäß § 95 Absatz 7 schriftlich zu erlassen. Aufgrund dieser Feststellungen ist davon auszugehen, dass der Vergabekontrollsenat den Anforderungen der Rechtsprechung an ein Gericht im Sinne des Artikels 177 EG-Vertrag (jetzt Artikel 234 EG) genügt. Das Vorabentscheidungsersuchen ist daher zulässig.

12 — Vgl. Urteil in der Rechtssache Köllensperger und Atzwanger (zitiert in Fußnote 11, Randnr. 17, mit weiteren Nachweisen); Urteil vom 17. September 1997 in der Rechtssache C-54/96 (Dorsch Consult, Slg. 1997, I-4961, Randnr. 23).

13 — Urteil Köllensperger und Atzwanger (zitiert in Fußnote 11, Randnr. 22).

2. *Zur ersten Frage*

22. Mit der ersten Frage möchte der Vergabekontrollsenat wissen, ob eine Einrichtung, die zwar nicht zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgabe zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, derartige Aufgabe jedoch später übernommen hat und nunmehr tatsächlich ausübt, als Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne des Artikels 1 Buchstabe b der Richtlinie 93/37 anzusehen ist.

a) Vorbringen der Beteiligten

23. Die Universale, die Bietergemeinschaft und die österreichische Regierung sind der Auffassung, die EBS sei ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne der Richtlinie. Es komme auf die im Zeitpunkt der Ausschreibung und Auftragsvergabe tatsächlich von der Einrichtung wahrgenommenen Aufgaben an und nicht auf ihren Gründungsakt. Die Bietergemeinschaft beruft sich zur Stützung ihrer Ansicht auf die bisherige Rechtsprechung, aus der sich er-

gebe, dass dieser Begriff im funktionellen Sinne zu verstehen sei. Die Bietergemeinschaft und die österreichische Regierung beziehen das Kriterium „zu dem besonderen Zweck gegründet" nicht auf den Gründungszeitpunkt, sondern wollen nachfolgende tatsächlich erfolgte Änderungen berücksichtigt wissen. Dies könne auch durch die Änderung der bisherigen Zweckbestimmung oder durch Bestimmung zu einem zusätzlichen Zweck erfüllt werden. Anderenfalls könne die Richtlinie 93/37 leicht umgangen werden, indem im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht einer zu diesem Zweck neu gegründeten Einrichtung mit Rechtspersönlichkeit, sondern einer schon vorhandenen, vorher anderen Zwecken dienenden Einrichtung zugewiesen werden. Die Bietergemeinschaft schlägt vor, das Kriterium im Sinne von „von den Eigentümern zur Erfüllung des besonderen Zwecks bestimmt" zu verstehen.

24. Die EBS und die Kommission sind hingegen der Ansicht, die EBS seien kein öffentlicher Auftraggeber im Sinne der Richtlinie. Die EBS weisen zunächst darauf hin, dass sie 1976 gegründet wurden, um die Aufgabe der Sondermüllverbrennung gewerblich wahrzunehmen. Sie haben das wirtschaftliche Risiko ihrer Unternehmung tragen müssen. Erst 10 Jahre nach ihrer Gründung sei den EBS die im Allgemeininteresse liegende Aufgabe der Abwasserbeseitigung übertragen worden, die sie nach dem Kostendeckungsprinzip wahrnähmen. Zu diesem Zweck seien sie aber nicht gegründet worden. Für die Beurteilung der Frage, ob sie eine öffentliche Einrichtung im Sinne der Richtlinie 93/37 seien, komme es nach dem Wortlaut des Artikels 1 der Richtlinie und auch nach der bisherigen Rechtsprechung auf den Zeitpunkt der Gründung an. Die nachträgliche Aufnahme der Erfüllung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben ändere nichts an ihrem Status, da sie auch weiterhin noch Aufgaben gewerblich wahrnähmen. Einer Auslegung des Begriffs des öffentlichen Auftraggebers, wie er von den Antragstellern des Ausgangsverfahrens vorgeschlagen werde, stehe der Wortlaut der Richtlinie entgegen. Hiermit sei allenfalls noch eine Auslegung vereinbar, die die Einrichtung nur insoweit als öffentlichen Auftraggeber ansehe, als es um die im Allgemeininteresse wahrgenommenen Aufgaben gehe, nicht aber für die gewerblich wahrgenommenen Aufgaben. Die EBS schlagen insofern eine Trennung nach der jeweils von der Einrichtung wahrgenommenen Aufgabe vor. Die Kommission weist noch darauf hin, dass die Änderung des Zwecks der Gesellschaft weder durch eine Änderung des Unternehmensgegenstandes im Gesellschaftsvertrag noch durch eine gesetzliche Vorschrift festgelegt worden ist.

25. Die niederländische Regierung weist ebenso wie die Bietergemeinschaft auf die funktionelle Auslegung hin, die der Begriff des öffentlichen Auftraggebers ihres Erachtens in der Rechtsprechung erfahren hat. Sie gelangt aufgrund dieses Ansatzes zu dem Ergebnis, dass eine Einrichtung des Privatrechts, die zwar nicht zu diesem besonderen Zweck gegründet wurde, jedoch im Allgemeininteresse liegende Aufgaben erfüllt, als öffentlicher Auftraggeber im Sinne der Richtlinie 93/37 anzusehen ist. Ähnlich wie die Kommission fordert sie jedoch, dass dieser Umstand in objektiver Weise festgestellt werden kann. Sie weist darauf hin, dass sich der Wortlaut des Artikels 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 der Richtlinie 93/37 nicht auf die Rechtsgrundlage der Aufgaben der betreffenden Einrichtung beziehe. Im vorliegenden Fall könne nicht in objektiver Weise festgestellt

werden, dass die EBS eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe ausführten, die nicht gewerblicher Art sei. Vielmehr liege eine Vereinbarung mit der Stadt Wien (öffentlicher Auftraggeber) zur Durchführung eines öffentlichen Auftrags oder eine Konzessionsverleihung vor. Aufgrund dieser Analyse sei in jedem Fall zu prüfen, ob das Ausschreibungsverfahren die geeignete Verfahrensart gewesen sei.

b) Stellungnahme

26. In der ersten Frage geht es um die Bestimmung des Begriffs der Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne des Artikels 1 Buchstabe b der Richtlinie 93/37. Alle Verfahrensbeteiligten sind sich darüber einig, dass die EBS als GmbH eine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen und mehrheitlich von der Stadt Wien, also einer Gebietskörperschaft, kontrolliert werden.

27. Streitig ist lediglich, inwieweit die EBS auch das dritte Kriterium der Legaldefinition erfüllen, d. h., ob die EBS zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Die Verfahrensbeteiligten gehen übereinstimmend davon aus, dass die EBS tatsächlich mit dem Betrieb der Hauptkläranlage eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe wahrnehmen. Unter Hinweis auf das Urteil in der Rechtssache BFI Holding, in der das Abholen und Behandeln von Hausmüll als Aufgabe im Allgemeininteresse angesehen wurde [14], wird man dem zustimmen müssen. Da den EBS die in diesem Bereich entstehenden Kosten von der Stadt Wien erstattet werden und die EBS insofern kein Kostenrisiko tragen, handelt es sich auch um die Erfüllung einer nicht gewerblichen Aufgabe [15], wovon auch der vorlegende Vergabekontrollsenat ausgeht.

28. Umstritten ist jedoch, inwieweit die EBS als „zu dem besonderen Zweck gegründet" angesehen werden kann, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Nach den Feststellungen des vorlegenden Vergabekontrollsenats wurden die EBS 1976 gegründet, um gewerblich Sondermüll zu entsorgen. In seiner ursprünglichen Fassung enthielt der Gesellschaftsvertrag keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die EBS gegründet werden sollten, um Aufgaben im Allgemeininteresse zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Stützt man sich daher allein auf den Gesellschaftsvertrag in der Fassung, die er im Zeitpunkt der Gründung der EBS hatte, so erfüllen die EBS folglich nicht die Bedingungen, die die Richtlinie 93/37 an eine Einrichtung des öffentlichen Rechts stellt.

14 — Urteil vom 10. November 1998 in der Rechtssache C-360/96 (BFI Holding, Slg. 1998, I-6821).

15 — Vgl. zu diesem Kriterium meine Ausführungen in den Schlussanträgen vom 30. Januar 2001 in den verbundenen Rechtssachen C-223/99 und C-260/99 (Agorà und Excelsior, Slg. 2001, I-3605, 3607, Randnrn. 57 ff.).

29. Die Aufgabe des Betriebs der Kläranlage übernahmen die EBS erst 1986. Anlässlich dieser Ausweitung ihres Tätigkeitsbereichs wurde die Angabe des Gesellschaftszwecks im Gesellschaftsvertrag der EBS allerdings nicht geändert. Auch später, insbesondere 1996, als die EBS mit der Stadt Wien den Ausbau der Kläranlage vereinbarten, in dessen Rahmen es zum Ausgangsrechtsstreit gekommen ist, wurde die Angabe des Gesellschaftszwecks im Gesellschaftsvertrag nicht geändert. Stellte man daher nur auf den Gesellschaftsvertrag als maßgeblichen Anknüpfungspunkt für die Beurteilung der hier aufgeworfenen Frage ab, so könnte man die EBS nicht als öffentlichen Auftraggeber im Sinne der Richtlinie 93/37 ansehen.

30. Das aufgrund der Analyse des Gesellschaftsvertrags ermittelte Ergebnis scheint jedoch vor dem Hintergrund der Tatsache, dass die EBS tatsächlich seit 1986 im Allgemeininteresse liegende Aufgaben erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, zweifelhaft. Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens und die österreichische Regierung berufen sich daher auf eine „funktionale" Betrachtungsweise des Begriffs der öffentlichen Einrichtung und schlagen vor, diese spätere tatsächliche Änderung des Aufgabenbereichs der EBS zu berücksichtigen und die EBS unabhängig von den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags als öffentliche Einrichtung anzusehen.

31. Das Kriterium der Gründung zu dem besonderen Zweck, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, ist bislang insbesondere in zwei Verfahren vom Gerichtshof untersucht worden. In der Rechtssache C-44/96 „Mannesmann", in der es um die österreichische Staatsdruckerei ging, und in der Rechtssache C-360/96 „BFI Holding". In seinem Urteil in der Rechtssache C-44/96 hat sich der Gerichtshof auf den Gründungsakt der Staatsdruckerei, das Bundesgesetz über die Österreichische Staatsdruckerei, bezogen. Neben dieser Analyse der rechtlichen Grundlagen der Staatsdruckerei hat der Gerichtshof aber auch die tatsächlichen Umstände berücksichtigt, nämlich dass die Staatsdruckerei später auch andere Aufgaben gewerblicher Natur übernommen hat. Hierzu hat er festgestellt, dass eine Einrichtung, solange sie weiterhin die Aufgaben wahrnimmt, die sie als besondere Pflicht zu erfüllen hat, nicht dadurch ihre Eigenschaft als öffentlich-rechtliche Einrichtung verliert, dass sie auch andere Tätigkeiten ausführt. [16] In Fortentwicklung dieser Rechtsprechung hat der Gerichtshof in der Rechtssache C-360/96 dann entschieden, dass es auch nicht darauf ankommt, dass die im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nur einen geringen Teil der Tätigkeiten der Einrichtung ausmachen, solange sie nur weiterhin solche Aufgaben wahrnimmt. [17]

32. Diese Rechtsprechung erlaubt zunächst zwei Feststellungen. Zum einen ist nach dieser Rechtsprechung nicht nur auf den Gründungszeitpunkt abzustellen, sondern auch die spätere Entwicklung der Einrichtung zu berücksichtigen. Zum anderen sind nicht nur rechtliche, sondern auch tatsächliche Veränderungen in den wahrgenommenen Aufgaben zu berücksichtigen. In-

16 — Randnrn. 25 und 26.

17 — Urteil in der Rechtssache BFI Holding (zitiert in Fußnote 14, Randnr. 55).

folgedessen ist es ohne Belang, dass der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag von 1976 keine Angabe enthält, wonach die EBS zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, Aufgaben im Allgemeininteresse wahrzunehmen. Es kommt nicht entscheidend auf den Gründungszeitpunkt an, sondern spätere Entwicklungen sind zu berücksichtigen. Auch die Tatsache, dass der Gesellschaftsvertrag der EBS später nicht angepasst wurde, schließt es nicht aus, sie trotzdem als öffentliche Einrichtung zu qualifizieren. Die spätere tatsächliche Aufnahme des Betriebs und der Erweiterung der Kläranlage sind bei der Qualifizierung der EBS zu berücksichtigen.

33. Aufgrund der zitierten Urteile schließt auch die Tatsache, dass die EBS neben dem Betrieb der Kläranlage auch weiterhin noch gewerblich Sondermüll entsorgen, nicht aus, sie als öffentliche Einrichtung im Sinne der Richtlinie 93/37 zu qualifizieren. Die EBS können gleichzeitig gewerbliche und im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art wahrnehmen. Es kommt nicht einmal darauf an, dass die EBS überwiegend im Allgemeininteresse liegende Aufgaben erfüllen. Das Verhältnis der nicht gewerblich wahrgenommenen zur gewerblich wahrgenommenen Tätigkeit ist ohne Einfluss auf die Qualifizierung der Einrichtung. [18]

34. Der Gerichtshof hat zudem entschieden, dass sich die Einordnung als Einrichtung des öffentlichen Rechts auf alle von einer Einrichtung ausgeübten Tätigkeiten erstreckt. [19] Dieser Rechtsprechung ist zuzustimmen. Es muss Rechtssicherheit bei der Qualifizierung der betreffenden Einrichtung herrschen. Eine Qualifizierung nach der jeweils wahrgenommenen Aufgabe ist hiermit unvereinbar. Der Vorschlag, den die EBS hilfsweise vortragen, sie nur insofern als öffentlichen Auftraggeber anzusehen, als sie die Kläranlage betreiben, ist deshalb als mit der Rechtsprechung unvereinbar zurückzuweisen.

35. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass es in der Rechtssache C-44/96 im Gegensatz zum vorliegenden Fall um ein Unternehmen ging, das zunächst unstreitig zu dem besonderen Zweck gegründet worden war, Aufgaben im Allgemeininteresse wahrzunehmen, die nicht gewerblicher Art waren. Die gewerblich wahrgenommenen Tätigkeiten kamen erst später hinzu. Bei den EBS war es genau umgekehrt. Sie wurden zu gewerblichen Zwecken gegründet und haben erst später im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art übernommen. Daher ist zu prüfen, ob ein Unternehmen die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber auch später erwerben kann.

36. Der Wortlaut des Artikels 1 Buchstabe b der Richtlinie 93/37 spricht zunächst gegen eine solche Möglichkeit. Er verlangt ausdrücklich, dass die betreffende Einrich-

18 — Urteil in der Rechtssache BFI Holding (zitiert in Fußnote 14, Randnr. 56).

19 — Urteil vom 15. Januar 1998 in der Rechtssache C-44/96 (Mannesmann Anlagenbau Austria u. a., Slg. 1998, I-73, Randnr. 32).

tung zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen. Damit müsste es auf den Gründungszeitpunkt ankommen, zumindest aber auf den Gründungsakt. Die EBS sind jedoch unstreitig weder zu dem besonderen Zweck gegründet worden, die städtische Kläranlage zu betreiben, noch ist dieser Zweck in irgendeiner Weise später in das Statut der Gesellschaft aufgenommen worden, als die EBS diese Aufgabe tatsächlich übernommen haben.

37. In diesem Zusammenhang ist der niederländischen Regierung beizupflichten, dass der Wortlaut des Artikels 1 Buchstabe b der Richtlinie 93/37 die rechtliche Analyse nicht auf den Gründungsakt der Einrichtung beschränkt. Zu welchem Zweck eine Einrichtung gegründet worden ist, kann sich auch aus anderen Quellen ergeben. [20]

38. Mit der niederländischen Regierung und der Kommission ist lediglich zu fordern, dass sich in objektiver Weise feststellen lässt, dass die Einrichtung zu dem besonderen Zweck besteht — also nicht nur dazu gegründet wurde, denn spätere Entwicklungen sind ja zu berücksichtigen —, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen.

39. Den EBS sind die im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben im Wege des Abschlusses eines Vertrages mit der Stadt Wien übertragen worden. Ein Vertrag ist ein objektiver Umstand, der für einen objektiven Beobachter genauso gut erkennbar ist, wie ein Gesellschaftsvertrag oder ein Gesetz. Es ist daher kein Grund ersichtlich, warum dieser Vertrag, oder genauer gesagt die beiden Verträge, die zwischen den EBS und der Stadt Wien 1986 und 1996 geschlossen wurden, nicht zur Bestimmung des Zwecks der EBS herangezogen werden sollten. Denn der Wortlaut des Artikels 1 Buchstabe b der Richtlinie 93/37 beschränkt die Analyse wie gesagt nicht auf den Gründungsakt der Einrichtung. Mit dieser Auslegung des Wortlauts des Artikels 1 Buchstabe b der Richtlinie 93/37 könnte man davon ausgehen, dass die EBS eine öffentliche Einrichtung im Sinne dieser Vorschrift sind.

40. Auch folgende Überlegung spricht dafür, nicht allein auf den Gründungsakt abzustellen. Die Anwendung der Vorschriften über das öffentliche Auftragswesen kann nicht von gesellschaftsrechtlichen Akten wie einem Gesellschaftsvertrag abhängen. Ob dieser gesellschaftsrechtlich korrekt den Zweck der Gesellschaft im Zeitpunkt der Gründung zutreffend widerspiegelt oder ob er gegebenenfalls den in tatsächlicher Hinsicht veränderten Umständen entsprechend angepasst worden ist, ist ein rein gesellschaftsrechtliches Problem. Hierauf darf es im Rahmen der Auslegung der Normen des öffentlichen Auftragswesens nicht ankommen. Sonst stellte man den Gesellschaftern die Anwendung dieser Vorschriften anheim. Es ist daher zu fordern, dass nicht nur der Gründungsakt beziehungsweise das Gesellschaftsstatut im Zeitpunkt der Gründung zur Qualifizierung der Einrichtung herangezogen werden, sondern alle objektiv erkennbaren Umstände, zu denen auch ein Vertrag, wie der zwischen den EBS und der Stadt Wien geschlossene, gehören kann.

20 — Urteil in der Rechtssache BFI Holding (zitiert in Fußnote 14, Randnr. 62).

41. Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten, dass die Analyse des Wortlauts des Artikels 1 Buchstabe b der Richtlinie 93/37 die aufgeworfene Frage nicht eindeutig beantwortet.

42. Auch die Systematik des Artikels 1 der Richtlinie 93/37 und der Richtlinie insgesamt führt bei der Suche nach einer Antwort auf die hier aufgeworfene Frage nicht weiter.

43. Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift spricht dafür, die EBS als öffentliche Einrichtung anzusehen. Die Legaldefinition des Artikels 1 Buchstabe b der Richtlinie 93/37 ist auf Betreiben des Europäischen Parlaments eingefügt worden. Die Kommission hatte in ihrem Vorschlag lediglich von „juristischen Personen" anstatt von Einrichtungen des öffentlichen Rechts gesprochen. [21] Um eine möglichst umfassende Anwendung der Richtlinie über Bauaufträge zu gewährleisten, hat das Parlament den Begriff des „Organs des öffentlichen Rechts" eingefügt [22], der später in „Einrichtung" geändert wurde. Die Aufnahme der Legaldefinition sollte die Verzeichnisse, die nach Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie 71/305/EWG zu erstellen waren und die den Kreis der öffentlichen Auftraggeber festlegten, ersetzen. Sie sollte eine lückenlose Anwendung der Richtlinie sicherstellen. [23] Es war beabsichtigt, den Anwendungsbereich der Richtlinie auch auf von Dritten ausgeführte Bauarbeiten zu erstrecken, die ganz oder teilweise, unmittelbar oder mittelbar aus öffentlichen Mitteln finanziert werden. [24]

44. Die Kosten der Erweiterung der Kläranlage werden den EBS gemäß Ziffer IV.2 des Vertrages vom 8. Juli 1996 mittelbar von der Stadt Wien ersetzt, wie die EBS selber einräumen. Unter Berücksichtigung des Zieles, das der Gesetzgeber mit der Formulierung der Legaldefinition verfolgt hat, nämlich alle von der öffentlichen Hand finanzierten Vorhaben dem öffentlichen Auftragswesen zu unterwerfen, ist es daher angezeigt, die EBS als öffentliche Einrichtung im Sinne des Artikels 1 der Richtlinie 93/37 anzusehen.

45. Dieses Ergebnis entspricht auch dem Sinn und Zweck der Richtlinie 93/37. Nach ihrem zweiten Erwägungsgrund verfolgt die Richtlinie 93/37 das Ziel der gleichzeitigen Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge. Die Richtlinie soll der Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe entgegenwirken und somit zur Schaffung eines Binnenmarktes für Bauleistungen beitragen. Ausschlaggebend bei der Prüfung der Voraussetzungen für das Bestehen einer Einrichtung des öffentlichen Rechts ist, ob die Gefahr besteht, dass sich die Einrichtung

21 — Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, KOM(86) 679 endg. vom 23. Dezember 1986, S. 6 und 22.

22 — Änderungsantrag Nr. 4, Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, Währung und Industriepolitik, Sitzungsdokumente des Europäischen Parlaments, 1988-89, Dokument A 2 - 37/88, S. 6, sowie die Begründung, S. 31.

23 — Vgl. den vorgenannten Bericht, Begründung, S. 31.

24 — Vgl. die Ausführungen des Berichterstatters Beumer in der Sitzung des Europäischen Parlaments am 17. Mai 1988, Verhandlungen des Europäischen Parlaments, 17.5.1988, Nr. 2-365, S. 83.

bei ihren Entscheidungen über die Auftragsvergabe von anderen als wirtschaftlichen Erwägungen leiten lässt.[25] Ist dies der Fall, so besteht eine Gefahr für die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs, die die Anwendung der Richtlinien über das öffentliche Auftragswesen rechtfertigt.[26] Letztlich wird damit die Frage aufgeworfen, ob die Einrichtung das wirtschaftliche Risiko ihrer Aktivität trägt.[27] Wenn ja, besteht keine Gefahr für die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs, wenn nein, dann besteht Anlass, die Richtlinien über das öffentliche Auftragswesen anzuwenden und hierüber die Grundfreiheiten zu schützen.

46. Die EBS tragen nach der Vereinbarung von 1996 mit der Stadt Wien weder das finanzielle Risiko des Betriebes der Kläranlage, noch des vereinbarten Ausbaus. Letzterer soll zwar im eigenen Namen und auf eigene Rechnung erfolgen (vgl. Ziffer I.2 des Vertrages vom 8. Juli 1996). Gemäß Ziffer IV.1 des Vertrages sollen aber durch das von der Stadt Wien zu entrichtende Entgelt „... alle aus dem Ausbau und Betrieb der Anlagen einschließlich der projektbezogenen Kanalbauten entstehenden Aufwendungen abzüglich der von der EBS vereinnahmten Erträge... abgegolten werden...". Wegen dieser Finanzierung der Erweiterungsbauten durch die Stadt Wien besteht die Gefahr, dass sich die EBS bei der Entscheidung über die Vergabe von Bauaufträgen durch andere als wirtschaftliche Faktoren lenken lassen. Insofern besteht ein Bedürfnis für den Schutz der Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr durch die Anwendung der Richtlinie 93/37.

47. Von dem genannten Sinn und Zweck der Richtlinie her kann der Fall der Gründung zu gewerblichen Zwecken und eine spätere Aufnahme von Tätigkeiten zu nicht gewerblichen Zwecken nicht anders zu behandeln sein, als die oben genannten, vom Gerichtshof bereits entschiedenen Fälle „Mannesmann" und „BFI Holding", in denen die Wahrnehmung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nicht gewerblicher Art am Anfang der Tätigkeit der jeweiligen Einrichtung standen und erst später gewerbliche Aufgaben hinzukamen. Denn der Zeitpunkt der Entstehung der Gefahr für die Grundfreiheiten ist nebensächlich. Es kommt allein auf das Bestehen einer Gefahr für diese Freiheiten an.

48. Für diesen Ansatz spricht vor allem aber die Überlegung, dass nur auf diese Weise generell der Gefahr einer Umgehung der Vorschriften über das öffentliche Auftragswesen entgegengewirkt werden kann. Wenn es darauf ankäme, welche Aufgaben zuerst wahrgenommen werden, dann ließe sich die Anwendung der Vorschriften über das öffentliche Auftragswesen leicht dadurch umgehen, dass man eine Einrichtung zunächst mit gewerblichen Aufgaben betraut und erst später mit nicht gewerblich wahrgenommen Aufgaben. Einer derartigen sonst möglichen Umgehung gilt es

25 — Urteil vom 1. Februar 2001 in der Rechtssache C-237/99 (Kommission/Frankreich, Slg. 2001, I-939, Randnr. 42); Urteil vom 3. Oktober 2000 in der Rechtssache C-380/98 (University of Cambridge, Slg. 2000, I-8035, Randnr. 17).

26 — Urteil in der Rechtssache C-237/99 (Kommission/Frankreich, zitiert in Fußnote 25, Randnr. 41); Urteil in der Rechtssache C-380/98 (University of Cambridge, zitiert in Fußnote 25, Randnr. 16).

27 — Vgl. Schlussanträge in den verbundenen Rechtssachen Agorà und Excelsior (zitiert in Fußnote 15, Randnr. 71).

entgegenzuwirken, wenn man bestrebt ist, den Vorschriften über das öffentliche Auftragswesen eine praktische Wirksamkeit (effet utile) beizumessen. Andernfalls würde die Richtlinie ihren Sinn verlieren.

49. Zwar hat das vorlegende Gericht im Vorlagebeschluss eine Umgehungsabsicht der Stadt Wien im vorliegenden Fall ausdrücklich ausgeschlossen. Jedoch kann es für die Auslegung des Artikels 1 der Richtlinie 93/37 nicht darauf ankommen, ob im Rahmen des Sachverhalts, der den Anlass zum Vorlagebeschluss gegeben hat, konkret eine Umgehungsgefahr besteht. Im Verfahren der Vorabentscheidung entscheidet der Gerichtshof über die Auslegung des Gemeinschaftsrechts, die über den Einzelfall hinaus Bedeutung hat.

50. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist festzustellen, dass eine tatsächliche Übernahme der Erfüllung von Aufgaben im Allgemeininteresse aufgrund objektiv erkennbarer Umstände, wie dem Abschluss einer vertraglichen Vereinbarung einer Gründung zu diesem besonderen Zweck, gleichzustellen ist. Es wird daher vorgeschlagen, auf die erste Frage folgendermaßen zu antworten:

Als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Artikels 1 Buchstabe b der Richtlinie 93/37 gilt auch eine juristische Person, die nicht zu dem besonderen Zweck gegründet worden ist, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die jedoch später solche Aufgaben tatsächlich erfüllt, soweit diese Übernahme auf objektiv erkennbaren Umständen beruht.

3. *Zur zweiten Frage*

51. Mit der zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die beabsichtigte Erweiterung der Kläranlage ein öffentlicher Bauauftrag ist. Es hat diese Frage nur für den Fall gestellt, dass die EBS nicht als öffentliche Einrichtung im Sinne der Richtlinie 93/37 zu qualifizieren sind. Da diese Frage aber oben bejaht wurde, erfolgen die Ausführungen zur zweiten Frage nur hilfsweise für den Fall, dass der Gerichtshof dem hier zur ersten Frage entwickelten Entscheidungsvorschlag nicht folgt und die EBS nicht als öffentliche Einrichtung im Sinne des Artikels 1 Buchstabe b der Richtlinie 93/37 ansieht.

a) Vorbringen der Parteien

52. Die Bietergemeinschaft und die österreichische Regierung sind der Auffassung, es handele sich um einen öffentlichen Bauauftrag. Dafür spräche zunächst einmal die

Tatsache, dass es um die Errichtung einer kommunalen Kläranlage auf einem Grundstück der Gemeinde gehe. Bei Kündigung des Pachtvertrages habe die Gemeinde außerdem die Anlage zu übernehmen. Die Errichtung erfolge insofern gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber (der Stadt Wien) genannten Erfordernissen, als die Erweiterung der Kläranlage der Erfüllung einer Aufgabe im Allgemeininteresse diene, an deren Erfüllung die Stadt Wien ein Interesse habe. Außerdem werde eine bestimmte Funktionsweise der Kläranlage vorgeschrieben, denn der Neubau müsse zu der vorhandenen Anlage passen.

53. Die EBS hingegen sind der Ansicht, dass es sich nicht um einen öffentlichen Bauauftrag handele. Die Erweiterungsarbeiten seien im eigenen Namen und auf eigene Rechnung der EBS in Auftrag zu geben. Die Stadt Wien habe auch keinen Einfluss auf die konkrete Ausgestaltung der Erweiterungsbauten und auf das Vergabeverfahren selbst. Die Entscheidung über die technische und bauliche Ausführung der Kläranlage sei allein von den EBS zu treffen. Schließlich weisen sie darauf hin, dass die Abgeltung der Erweiterungskosten nur mittelbar entsprechend den allgemein für die Betriebsführung der Kläranlage geltenden Vereinbarungen erfolge.

54. Auch die Kommission geht nicht von einem öffentlichen Bauauftrag aus, der durch die EBS vergeben werde. Dieser könne im vorliegenden Fall allenfalls zwischen der Stadt Wien und EBS bestehen. Die Kommission ist aber der Meinung, dass die Abwasserreinigung, die die EBS übernommen haben und in deren Rahmen auch die Erweiterung der Kläranlage zu sehen sei, ein Dienstleistungsauftrag und kein Bauauftrag sei, und schlägt daher vor, die zweite Vorlagefrage zu verneinen.

55. Die niederländische Regierung äußert sich nur allgemein. Das entscheidende Kriterium zur Beantwortung der Frage, ob ein öffentlicher Bauauftrag vorliege, sei, ob der öffentliche Auftraggeber besondere Erfordernisse aufgestellt habe, und dass das Bauwerk Eigentum des öffentlichen Auftraggebers werden müsse. Im Übrigen sei ein öffentlicher Bauauftrag immer auf der Grundlage eines besonderen Auftrags des öffentlichen Auftraggebers durchzuführen.

b) Stellungnahme

56. Nach der Legaldefinition in Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 93/37 gelten als „öffentliche Bauaufträge", „die zwischen einem Unternehmer und einem unter Buchstabe b näher bezeichneten öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge über entweder die Ausführung oder gleichzeitig die Ausführung und die Planung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang II genannten Tätigkeiten oder eines Bauwerks im Sinne des Buchstabens c oder die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen". Für die Zwecke der Prüfung der Vorlagefrage soll nunmehr unterstellt werden, dass die EBS ein Unternehmer im Sinne dieser Vorschrift sind und — entgegen den Ausführungen zur

ersten Vorlagefrage — kein öffentlicher Auftraggeber. Die maßgebliche schriftliche vertragliche Vereinbarung ist der Vertrag mit der Stadt Wien, einer Gebietskörperschaft, und damit gemäß Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie 93/37 also einem öffentlichen Auftraggeber, in dem die EBS 1996 die Verpflichtung übernommen haben, die von ihnen gepachtete und betriebene Kläranlage auszubauen. Unter Punkt IV der Vereinbarung verpflichtet sich die Stadt Wien gegenüber den EBS zur Entrichtung eines angemessenen und einheitlichen Entgeltes für den Betrieb sowie zur Übernahme der durch den Ausbau entstehenden Aufwendungen, weshalb auch ein entgeltlicher Vertrag vorliegt.

57. Die Vorlagefrage zielt nun darauf ab, inwiefern dieser Vertrag „... die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen ...“ zum Gegenstand hat. Zwischen den Parteien des Ausgangsverfahrens ist sowohl streitig, ob der Vertrag die Erbringung einer Bauleistung zum Gegenstand hat, als auch, ob die Bauleistung gemäß den von der Stadt Wien genannten Erfordernisse erbracht wird.

58. Die Kommission bezweifelt, dass der Vertrag die Erbringung einer Bauleistung zum Gegenstand hat und meint, es handele sich vielmehr um einen Dienstleistungsvertrag. Hierzu ist festzustellen, dass die EBS gemäß Punkt I.2 des Vertrages die Pflicht übernehmen, die Anlagen der Hauptkläranlage der Stadt Wien zu erweitern. Nach Punkt II.1 verpflichten sie sich des Weiteren zur Reinigung sämtlicher Abwässer, zur Entsorgung des anfallenden Klärschlamms sowie zur Entsorgung des gesamten von der Stadt Wien angelieferten Sonderabfalls. Abfall- und Abwasserentsorgung sind gemäß Anhang I A, Kategorie 16, der Richtlinie 92/50/EWG [28] Dienstleistungen im Sinne des Artikels 8 der Richtlinie 92/50, für die ein besonderes Ausschreibungsverfahren gilt. In Bezug auf die unter Punkt II.1 eingegangenen Verpflichtungen der EBS handelt es sich bei der Vereinbarung von 1996 folglich nicht um einen Bauauftrag.

59. Fraglich ist daher, ob dagegen in der in Punkt I.2 verankerten Pflicht zum Ausbau der bestehenden Anlagen ein Bauauftrag im Sinne der Richtlinie 93/37 gesehen werden kann. Zwar betrifft diese Pflicht die Erbringung einer Bauleistung. Diese müsste jedoch gemäß den von der Stadt Wien genannten Erfordernissen erfolgen. Dafür spricht, dass der Ausbau zumindest seiner Funktion nach beschrieben wird. Die Anlage soll geeignet sein, alle anfallenden Abwässer bis zu 18 m^3/Sek. zu reinigen (Punkt II.1). Für die Vereinbarung der Erbringung einer Bauleistung nach den von der Stadt Wien genannten Erfordernissen kann des Weiteren angeführt werden, dass es um die Erweiterung einer kommunalen Hauptkläranlage geht, also um eine Einrichtung, für deren Funktionieren letztlich die Stadt Wien im Rahmen der Gewährleistung der Daseinsvorsorge verantwortlich ist. Diese Verantwortung kommt in der Kostenübernahme (Punkt IV), in der Be-

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

reitstellung des erforderlichen Personals (Punkt I.3) sowie in der Ankaufspflicht der Gemeinde bei Beendigung des Pachtverhältnisses zum Ausdruck (vgl. die im Vorlagebeschluss zitierte Erklärung der EBS vom 8. September 1996).

60. Allerdings schreibt die Vereinbarung von 1996 lediglich einen Punkt der Funktionsweise der zu erweiternden Anlage vor, indem eine Kapazität von 18 m^3/Sek. vorgegeben wird. Die Vereinbarung enthält aber keinerlei Angaben über die konkrete Gestaltung, insbesondere die technische und bauliche Ausführung. Ob dies schon ausreicht, um von der Erbringung einer Bauleistung gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen sprechen zu können, ist zumindest zweifelhaft. Hinzu kommt, dass die Aufträge für die erforderlichen Bauleistungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung der EBS erteilt werden (Punkt I.2 der Vereinbarung). Es ist nicht ersichtlich, dass die Stadt Wien im Rahmen der Formulierung der Lastenhefte oder der Vergabe der einzelnen Aufträge in irgendeiner Weise mitwirkt, d. h., sie kann die allgemeine Kapazitätsvorgabe nicht im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens präzisieren. In der Rechtssache C-331/92 hatten sowohl der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen als auch der Gerichtshof in seinem Urteil hervorgehoben, dass die zu erbringenden Bauleistungen im Einzelnen genannt sein müssen, um von einem Bauauftrag sprechen zu können. [29] Die Vereinbarung von 1996 enthält jedoch keinerlei Leistungsbeschreibung, sondern nur das zu erreichende Ergebnis. Nach alledem wird man nicht davon ausgehen können, dass die Vereinbarung ein öffentlicher Bauauftrag ist.

61. Nur der Vollständigkeit halber sei noch angemerkt, dass selbst wenn man die Vorgabe des Bauzieles als ausreichend ansehen wollte, noch ein weiterer Punkt zu prüfen wäre: Wie oben festgestellt, enthält die Vereinbarung von 1996 auch Elemente eines Dienstleistungsvertrags. Nach dem 16. Erwägungsgrund der Richtlinie 92/50 folgt aus der Richtlinie 71/305/EWG „... dass ein Vertrag, um als öffentlicher Bauauftrag eingeordnet zu werden, die hauptsächliche Errichtung eines Bauwerks im Sinne der Richtlinie zum Inhalt haben muss. Soweit Bauleistungen jedoch lediglich von untergeordneter Bedeutung sind und somit nicht den Inhalt des Vertrages ausmachen, führen sie nicht zu einer Einordnung des Vertrages als öffentlicher Bauauftrag". Nach der Rechtsprechung im Fall C-331/92 wäre daher vom vorlegenden Gericht zu prüfen, ob die eventuell bestehende Pflicht zur Erbringung einer Bauleistung im Verhältnis zur vereinbarten Dienstleistungspflicht überwiegt. [30]

62. Ohne dem Urteil des nationalen Gerichts vorzugreifen, wird man im Ergebnis ein Überwiegen der Bauleistung aufgrund der geschilderten Umstände des vorliegenden Falles kaum annehmen können. Die Vereinbarung ist vielmehr die Fortsetzung einer seit zehn Jahren bestehenden

29 — Urteil vom 19. April 1994 in der Rechtssache C-331/92 (Gestión Hotelera Internacional, Slg. 1994, I-1329, Randnr. 24) und die Schlussanträge in Nummer 41.

30 — Urteil in der Rechtssache Gestión Hotelera Internacional (zitiert in Fußnote 29, Randnr. 28).

Zusammenarbeit, und die vereinbarte Bauleistung, wenn es denn eine ist, betrifft die Anpassung der bestehenden Kapazitäten an die veränderten Umstände. In erster Linie dürfte es daher um die weitere Übernahme der Abfall- und Abwasserentsorgung gehen, die wie bereits dargestellt, eine Dienstleistung ist.

63. Nach alledem wird hilfsweise vorgeschlagen, die zweite Vorlagefrage folgendermaßen zu beantworten:

Eine vertragliche Regelung, bei der die Bauleistung nur der Funktion nach beschrieben wird, die sie erfüllen muss, und die gleichzeitig die Fortsetzung eines bestehenden Dienstleistungsauftrags zum Gegenstand hat, ist kein öffentlicher Bauauftrag im Sinne des Artikels 1 Buchstabe a der Richtlinie 93/37.

4. *Zur dritten Frage*

64. Mit der dritten Vorlagefrage möchte der Vergabekontrollsenat wissen, ob die in § 98 WLVergG vorgesehenen Ausschlussfristen von zwei Wochen mit der Richtlinie 89/665 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 [31] vereinbar sind.

31 — Zitiert in Fußnote 3.

a) Vorbringen der Parteien

65. Die Universale und die Bietergemeinschaft halten die im WLVergG vorgesehenen Anfechtungsfristen für zu kurz. Nach Ansicht der Universale können ausländische Anbieter diese Fristen in der Regel nicht einhalten. Dies widerspreche zum einen dem Ziel, die Vergabe öffentlicher Aufträge ohne Diskriminierung zu gewährleisten, und zum anderen dem Ziel, Unternehmen den Zugang zu einem gemeinsamen Markt mit großen Absatzmärkten unter Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Unternehmen zu gewähren. Als Beleg für die Richtigkeit ihrer Rechtsansicht weist sie darauf hin, dass die Frist inzwischen auf vier Wochen verlängert worden ist. In tatsächlicher Hinsicht hebt sie noch hervor, sie habe den Fehler in den Ausschreibungsbedingungen erst im Zuge der Einsichtnahme in die Bewertung der Bewerbungsunterlagen nach bereits erfolgter Absage durch die EBS und nach Ablauf der zweiwöchigen Frist bemerken können. Die Bietergemeinschaft führt noch an, dass es den Bewerbern in der kurzen Anfechtungsfrist nicht möglich sei, die Gründe für eine negative Entscheidung des Auftraggebers zu überprüfen und Scheinbegründungen aufzudecken. Des Weiteren führe die in den §§ 96 und 97 WLVergG normierte Pflicht zur vorherigen Unterrichtung des Auftraggebers von einer Anfechtung dazu, dass die zweiwöchige Anfechtungsfrist, die ab der Zustellung der Ablehnung laufe, bereits verstrichen sei, wenn der unterrichtete Auftraggeber dem Bewerber antworte.

66. Die EBS verweisen demgegenüber auf den Ermessensspielraum, der den Mitgliedstaaten von der Richtlinie 89/665 eingeräumt worden sei. Der Gemeinschafts-

gesetzgeber habe nur vorgegeben, dass die Entscheidungen der Vergabestellen möglichst schnell nachgeprüft werden können (Artikel 1 Absatz 1), dass jeder, der ein Interesse an einem Auftrag habe und durch den behaupteten Rechtsverstoß einen Schaden erleiden könne, Zugang zum Nachprüfungsverfahren haben müsse (Artikel 1 Absatz 3), dass die Mitgliedstaaten die vorherige Unterrichtung des Auftraggebers verlangen können (Artikel 1 Absatz 3), und schließlich, dass die Möglichkeit vorläufigen Rechtsschutzes gewährt werde, rechtswidrige Entscheidungen aufgehoben werden und den geschädigten Bietern Schadensersatz zuerkannt werden kann (Artikel 2 Absatz 1). Kurze Fristen entsprechen nach Auffassung der EBS dem im fünften Erwägungsgrund der Richtlinie genannten Ziel, die Realisierung öffentlicher Aufträge nicht unangemessen lang zu verzögern. Allerdings dürften die nationalen Verfahrensvorschriften die Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts nicht praktisch unmöglich machen. Abschließend weisen die EBS darauf hin, dass eine Anfechtungsfrist von zwei Wochen für staatliche Akte allgemein üblich sei und führen zum Beleg § 63 Absatz 5 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes an, nach dem jede Entscheidung einer Behörde binnen zwei Wochen anzufechten sei, sowie § 403 Absatz 3 EO [32], nach dem einstweilige Verfügungen von Zivilgerichten binnen zwei Wochen anzufechten seien.

67. Die österreichische und die niederländische Regierung sowie die Kommission verweisen zunächst darauf, dass die Richtlinie 89/665 selbst keine Fristen bestimme, sondern lediglich Minimalanforderungen festlege. In Bezug auf die Festsetzung von Anfechtungsfristen stehe den Mitgliedstaaten ein Ermessensspielraum zu. Alle drei heben jedoch hervor, dass die Richtlinie die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes verlange. Die österreichische Regierung merkt darüber hinaus noch an, dass Anfechtungsfristen eine Beschleunigung des Verfahrens bewirken und das Risiko missbräuchlicher Inanspruchnahme des Rechtsschutzverfahrens verminderten. Beides entspreche den Zielen der Richtlinie 89/665. Die Kommission fordert außerdem, dass der Rechtsschutz nicht ungünstiger sein dürfe als bei ähnlichen Klagen, die nur innerstaatliches Recht betreffen.

b) Stellungnahme

68. Hinsichtlich der vom WLVergG festgesetzten Frist, nach deren Ablauf die in einer öffentlichen Bekanntmachung enthaltenen Bestimmungen nicht mehr angefochten werden können, ist zunächst festzustellen, dass die Richtlinie 89/665 sich darauf beschränkt, bestimmte Mindestanforderungen an den zu gewährleistenden Rechtsschutz aufzustellen. Sie enthält weder Zeitvorgaben, binnen deren bestimmte Akte angefochten werden dürfen, noch eine Regelung darüber, ob die nationale Umsetzungsgesetzgebung Präklusionsvorschriften vorsehen darf oder nicht.

69. Im Zusammenhang mit der Verfolgung von Ansprüchen auf Erstattung rechtsgrundlos gezahlter Abgaben hat der Ge-

32 — „EO" bedeutet Exekutionsordnung. Allerdings enthält die angegebene Vorschrift keine Fristbestimmung.

richtshof entschieden, dass die Mitgliedstaaten bei Fehlen einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung zum Erlass der verfahrensrechtlichen Bestimmungen zuständig sind, nach denen die Unionsbürger ihre durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte ausüben können. Allerdings dürfen diese Verfahrensregeln nicht ungünstiger ausgestaltet sein, als für vergleichbare von nationalen Vorschriften gewährte Rechte (Gleichwertigkeitsprinzip), und die Ausübung der vom Gemeinschaftsrecht verbürgten Rechte darf nicht praktisch unmöglich gemacht werden (Effektivitätsprinzip).[33] In diesem Kontext hat der Gerichtshof auch entschieden, dass die Festsetzung angemessener Ausschlussfristen für die Rechtsverfolgung im Interesse der Rechtssicherheit mit dem Effektivitätsprinzip grundsätzlich vereinbar ist. Solche Fristen seien nicht geeignet, die Ausübung der vom Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte praktisch unmöglich zu machen oder übermäßig zu erschweren.[34] Mangels gemeinschaftsrechtlicher Regelung der Frage von Ausschlussfristen wird man in Anlehnung an die zitierte Rechtsprechung die Aufnahme von Anfechtungsfristen in das WLVergG grundsätzlich nicht beanstanden können. Der nationale Gesetzgeber verfügt insoweit über einen Ermessensspielraum.

70. Die Richtlinie benennt jedoch unter anderem folgende Ziele, die bei der Umsetzung zu erreichen sind und deren Verwirklichung die Aufnahme von Präklusionsvorschriften nicht vereiteln darf. Die Entscheidungen der Vergabebehörden müssen wirksam und möglichst rasch nachgeprüft werden können (Artikel 1 Absatz 1); die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass der Auftraggeber von der beabsichtigten Nachprüfung zuvor zu unterrichten ist (Artikel 1 Absatz 3); die nationale Gesetzgebung muss einen einstweiligen Rechtsschutz gewährleisten sowie die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen und die Zuerkennung von Schadensersatz ermöglichen (Artikel 2 Absatz 1).

71. Ein effektiver Rechtsschutz im Sinne der Richtlinie 89/665 ist jedoch nur gewährleistet, wenn die Fristen nicht die Wahrnehmung der eingeräumten Rechtsmittel unmöglich machen. Die Fristen dürfen daher nicht so kurz bemessen sein, dass die Bieter und Bewerber an der Ausübung ihrer Rechte gehindert sind. Unter Beachtung der Tatsache, dass die Richtlinie 89/665 ausweislich ihres Artikels 1 Absatz 1 eine möglichst rasche Nachprüfung der Entscheidungen der Vergabebehörde verlangt, erscheint jedoch eine Frist von zwei Wochen, wie sie das WLVergG vorsieht, nicht unangemessen. Sie dürfte insbesondere auch von ausländischen Bewerbern grundsätzlich eingehalten werden können und den betroffenen Bewerbern ausreichend Zeit lassen, sich über eine eventuelle Verletzung ihrer Rechte klar zu werden. Die Aufnahme von Ausschlussfristen in die Verfahrensvorschriften dient auch der Rechtssicherheit. Die Bewerber, zu deren Gunsten eine Entscheidung ergangen ist, sollen auf den Fortbestand ihrer Rechtsposition vertrauen dürfen.

72. Inwieweit dieser Rechtsschutz gleichwertig ist mit dem Rechtsschutz, der für die Durchsetzung aufgrund nationaler Be-

33 — Urteil vom 15. September 1998 in der Rechtssache C-231/96 (Edis, Slg. 1998, I-4951, Randnr. 34).

34 — Urteil in der Rechtssache Edis (zitiert in Fußnote 33, Randnr. 35).

stimmungen verliehener Rechtspositionen gewährt wird, und inwieweit folglich der Äquivalenzgrundsatz gewahrt ist, bleibt eine vom vorlegenden Gericht im Rahmen der Analyse des nationalen Rechts zu untersuchende Frage. Der Vorlagebeschluss enthält diesbezüglich keine Angaben. A priori bestehen aufgrund der Äußerungen der Verfahrensbeteiligten, insbesondere der von den EBS angeführten Anfechtungsfristen nach dem Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz, allerdings keine Bedenken. Bei seiner Prüfung hat das vorlegende Gericht auch zu berücksichtigen, ob die Anfechtung nur mit Empfangsbekenntnis oder z. B. auch per Fax oder E-Mail eingereicht werden kann. Die zu wahrende Form hat Rückwirkungen auf die Länge der eingeräumten Frist.

73. In Bezug auf die von der Bietergemeinschaft vorgebrachte Rüge, die in den §§ 96 und 97 des WLVerG normierte Pflicht zur vorherigen Unterrichtung des Auftraggebers führe dazu, dass die Anfechtungsfrist des § 98 WLVergG bereits verstrichen sei, wenn der Auftraggeber dem Bewerber antworte, ist darauf hinzuweisen, dass es kaum jemals zu einer Überschneidung der Fristen kommen kann. Die §§ 96 und 97 WLVergG betreffen eine Frist vor Erteilung des Zuschlags, wohingegen die Fristen in § 98 WLVergG Ziffern 1 und 3 Fristen nach Erteilung des Zuschlags betreffen. Auch in Bezug auf die in Ziffer 2 dieser Vorschrift normierte Frist sollte es kaum zu einem Konflikt kommen können. Denn zwar handelt es sich hier um eine Frist vor Ablauf der Bewerbungsfrist und damit auch vor Ablauf des Zuschlags. Jedoch betrifft die in § 98 normierte Frist eine Anfechtung der Bestimmungen in der öffentlichen Bekanntmachung. Die in § 96 WLVergG geregelte Frist betrifft hingegen „eine vom Auftraggeber vor der Zuschlagserteilung getroffene Entscheidung". Inwieweit eine solche „Entscheidung" auch in der Festlegung der Bestimmungen der öffentlichen Bekanntmachung liegen kann, ist eine vom vorlegenden Vergabekontrollsenat nach nationalem Recht zu entscheidende Frage. Nur für den Fall, dass man diese Frage bejaht, könnte es Überschneidungen geben und sich ein Problem hinsichtlich der Effektivität des gewährleisteten Rechtsschutzes ergeben. Dies ist allerdings vom Wortlaut der Vorschriften des WLVergG her nicht zwangsläufig.

74. Es wird daher vorgeschlagen, die dritte Frage wie folgt zu beantworten:

Die Richtlinie 89/665 steht einer innerstaatlichen Regelung nicht entgegen, die für die Nachprüfung einer konkreten Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers eine Frist normiert, so dass bei Versäumnis dieser Frist diese Entscheidung im Zuge des weiteren Vergabeverfahrens nicht mehr angefochten werden kann, soweit gewährleistet ist, dass der gewährte Rechtsschutz nicht ungünstiger ist als für vergleichbare von nationalen Rechten gewährte Rechte und die Ausübung der von der Richtlinie 89/665 gewährten Rechte nicht praktisch unmöglich gemacht wird. Insofern muss jeder Mangel des Verfahrens von betroffenen Interessenten bei sonstigem Verlust der Rügemöglichkeit geltend gemacht werden.

5. Zur vierten Frage

75. Die vierte Frage des Vergabekontrollsenats betrifft den Inhalt der vom öffentlichen Auftraggeber zu veröffentlichenden Bekanntmachung. Es geht darum, ob und inwiefern die Bewertungskriterien, aufgrund deren die Bewerber ausgewählt werden, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden, in der Bekanntmachung beziehungsweise in den Ausschreibungsunterlagen mitgeteilt werden müssen.

a) Vorbringen der Parteien

76. In Bezug auf das Scoring-Verfahren rügen die Universale und die Bietergemeinschaft einen Verstoß gegen die Prinzipien der Transparenz und der Nachvollziehbarkeit. Die Universale meint, die Gewichtung der einzelnen angeführten Auswahlkriterien müsse in der Ausschreibung klar zum Ausdruck kommen, damit eine willkürliche Entscheidung ausgeschlossen sei. Daher sei nicht nur die Reihenfolge der Kriterien, sondern auch ihre Gewichtung zueinander und somit ein objektiv nachvollziehbares Bewertungssystem in der Vorinformation oder in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben. Dies sei bei einer notariellen Hinterlegung des Bewertungssystems nicht gewährleistet.

77. Die niederländische Regierung schließt sich dem im Ergebnis an. Die Bewertung der Bewerbungen müsse in transparenter und objektiver Weise stattfinden. Daher sei vorab für die Bewerber kenntlich zu machen, in welcher Weise und aufgrund welcher Kriterien die Bewertung der Bewerber erfolge.

78. Demgegenüber verweisen die EBS auf Artikel 30 Absatz 2 der Richtlinie 93/37. Dieser sehe lediglich vor, dass die Zuschlagskriterien anzugeben seien, und zwar möglichst, also nicht zwingend, in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung. Ein Gebot zu umfassender Transparenz sei auch dem primären Gemeinschaftsrecht nicht zu entnehmen. Eine notarielle Hinterlegung des Bewertungsmaßstabs sei daher nicht zu beanstanden.

79. Auch die österreichische Regierung und die Kommission verweisen darauf, dass die Richtline 93/37 keine detaillierten Vorschriften über die Bewertung von Teilnehmeranträgen im Rahmen der öffentlichen Erkundung des Bewerberkreises im nicht offenen Verfahren enthalte. Die österreichische Regierung zieht Artikel 22 der Richtlinie 93/37 heran, der keine Vorgaben für die bei der Auswahl der Bewerber einzuhaltende Vorgehensweise mache. Das gewählte Verfahren müsse aufgrund allgemeiner Grundsätze objektiv und nichtdiskriminierend gestaltet sein. Es bestehe jedoch keine Verpflichtung, das Bewertungsschema für die Auswahl der Bewerber, die zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden, vorab in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben. Die Kommission verweist darauf, dass nach Artikel 11 Absatz 6 der Richtlinie nur bestimmte Nachweise verlangt werden dürfen. Die Auswahlentscheidung müsse sich auf diese Unterlagen stützen.

b) Stellungnahme

80. Hinsichtlich der vierten Vorlagefrage kann zunächst festgestellt werden, dass die Richtlinie 93/37 keine ausdrückliche Bestimmung darüber trifft, inwieweit das vom öffentlichen Auftraggeber angewendete Bewertungsverfahren in der Bekanntmachung der Durchführung eines nicht offenen Vergabeverfahrens oder in den Ausschreibungsunterlagen im Einzelnen zu erläutern ist.

81. Die Richtlinie enthält jedoch an mehreren Stellen Aussagen über die Angabe von Auswahlkriterien. Nach Artikel 7 Absatz 2 darf ein Verhandlungsverfahren nur durchgeführt werden, wenn die Bewerber nach bekannten Eignungskriterien ausgewählt wurden. Hieraus folgt, dass die Eignungskriterien bekannt zu geben sind, nicht aber, dass auch der angewendete Bewertungsmechanismus für die einzelnen Kriterien bekannt zu geben ist.

82. Artikel 11 Absatz 6 regelt, welche Nachweise der öffentliche Auftraggeber von den Bewerbern verlangen kann. Hieraus lässt sich ersehen, wie die Kommission zutreffend herausgestellt hat, welche Kriterien zur Auswahl der Bewerber herangezogen werden dürfen. Dies besagt jedoch nicht, ob das zur Bewertung der einzelnen Informationen angewendete System den Bewerbern bekanntzugeben ist.

83. Artikel 13 Absatz 2 nennt die Angaben, die in einer Aufforderung zur Angebotsabgabe in einem nicht öffentlichen Verfahren mindestens enthalten sein müssen. Nach Absatz 2 Buchstabe e gehören dazu auch die Kriterien für die Auftragsvergabe. Aber auch diese Bestimmung verlangt nicht die Bekanntgabe des Bewertungssystems, das der öffentliche Auftraggeber seiner Wahl zugrunde legt.

84. Die Artikel 18 und 22 bestimmen, dass die Bewerber, die bei einem nicht offenen Verfahren zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, anhand der von den Bewerbern erteilten Auskünfte über die Lage des Unternehmers sowie anhand der Auskünfte und Formalitäten, die zur Beurteilung der vom Unternehmer zu erfüllenden wirtschaftlichen und technischen Mindestanforderungen ausgewählt werden. Auch diese Bestimmungen besagen jedoch nichts über die Bewertung der einzelnen Kriterien.

85. Artikel 30 der Richtlinie schließlich fordert in seinem Absatz 2, dass im Falle einer Vergabe an das wirtschaftlich günstigste Angebot in den Verdingungsunterlagen oder in der Bekanntmachung alle Zuschlagskriterien anzugeben sind, deren Verwendung vorgesehen ist. Sie sind „möglichst" in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben. Hieraus kann man zwar das Erfordernis der vollständigen Bekanntgabe aller der Auswahlentscheidung zugrunde gelegten Kriterien ableiten. Aber auch Artikel 30 verlangt lediglich, dass die Kriterien, aufgrund deren der Zuschlag erfolgt, angegeben werden. Und der Wortlaut dieser Regelung enthält bereits eine Einschränkung dahin

gehend, dass dies „möglichst" in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung erfolgen soll. Es sei hier einmal unterstellt, dass sich hieraus grundsätzlich eine Pflicht des Auftraggebers zur Angabe der Kriterien in der entsprechenden Reihenfolge ergibt. Diese Auslegung erfordert der Wortlaut der Vorschrift zwar nicht unbedingt. Sie entspricht aber dem Sinn und Zweck der Richtlinie 93/37, mehr Transparenz bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge zu schaffen (vgl. die Erwägungsgrunde 10 bis 12 der Richtlinie). Aber selbst diese Auslegung führt nicht zu dem von den Antragstellerinnen des Ausgangsverfahrens erstrebten Ziel. Denn so bald zwei Kriterien vom Auftraggeber gleichwertig bewertet werden, entspricht die Reihenfolge ihrer Darstellung schon nicht mehr der ihnen zuerkannten Wertigkeit. Außerdem ist die „Reihenfolge" nicht gleichzusetzen mit „Einzelheiten eines Scoring-Verfahrens". Selbst eine strikte Beachtung des Artikels 30 Absatz 2 erfordert daher nicht die Angabe der Einzelheiten des von den EBS angewendeten „Scoring-Verfahrens". Damit ist festzustellen, dass die zitierten Vorschriften der Richtlinie 93/37 die Rechtsauffassung der Klägerinnen des Ausgangsverfahrens nicht stützen.

86. Auch aus dem Sinn und Zweck der Richtlinie, die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge zu verwirklichen (vgl. den zweiten Erwägungsgrund), kann für die Rechtsauffassung der Universale und der Bietergemeinschaft nichts hergeleitet werden. Denn dieses Ziel soll mit der Bekanntmachung der einzelnen zu vergebenden Bauaufträge erreicht werden. In der vierten Vorlagefrage geht es aber nicht um die Bekanntgabe eines Bauauftrags, damit inländische wie ausländische Unternehmen gleichermaßen ihre Bewerbung einreichen können. Vielmehr geht es um einen darüber hinausreichenden Einblick in das Beurteilungssystem, das der öffentliche Auftraggeber bei der Auswahl der Bewerber zu verwenden beabsichtigt.

87. Das von den EBS angewendete Verfahren, nämlich die Angabe der Kriterien für die Reihung der Teilnehmeranträge in der Bekanntmachung (technische Leistungsfähigkeit und Zuschlag an das wirtschaftlich günstigste Angebot) sowie der Hinweis in den Ausschreibungsunterlagen, dass die von den Bewerbern vorgelegten Referenzen gemäß einem notariell hinterlegten Prüfungsmodus bewertet werden, schließt es aus, dass inländische Bewerber besser gestellt werden als Bewerber aus anderen Mitgliedstaaten. Allen Bewerbern sind nämlich die Zuschlagskriterien bekannt, aber die Einzelheiten des Scoring-Verfahrens unbekannt. Damit ist die Erreichung des Ziels des Transparenzgebots der Richtlinie 93/37 sichergestellt. Der geltende Text gibt keine Grundlage für weitergehende Anforderungen an die Offenlegung des Bewertungsverfahrens.

88. Die hier vorgeschlagene Begrenzung auf eine Pflicht zur Bekanntgabe der ver-

wendeten Zuschlagskriterien möglichst in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung ist nicht nur mit dem Wortlaut der Richtlinie 93/37 vereinbar. Sie entspricht auch dem Interesse, im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens den „besten" Anbieter zu ermitteln. Wird der Vergabemodus im Voraus bekannt gegeben, so ist damit zu rechnen, dass die Bewerber ihre Angebote hiernach ausrichten und besonders zu den Punkten ihre Eignung nachweisen, die hoch bewertet werden. Nur so können sie erreichen, in den Kreis derer aufgenommen zu werden, die später zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden. Durch diese Abstimmung der Bewerbung auf den Auswahlmodus entsteht aber die Gefahr einer Verzerrung des Bildes, das sich der Auftraggeber von den Bewerbern aufgrund der eingereichten Unterlagen macht. Ziel dieses Verfahrensabschnittes ist es jedoch, dass sich der öffentliche Auftraggeber ein umfassendes Bild von der Leistungsfähigkeit der Bewerber macht. Dies ist am besten möglich, wenn die Bewerber ein möglichst umfassendes Bild von sich zeichnen, zwar anhand vorgegebener Zuschlagskriterien, ohne aber den Auswahlmodus, also die Bewertung im Einzelnen, zu kennen.

89. Es ist wichtig hervorzuheben, dass der Auftraggeber gemäß Artikel 8 Absatz 3 der Richtlinie 93/37 verpflichtet ist, einen Vergabevermerk anzufertigen. Er enthält die Gründe für die Auswahl eines Bewerbers und die Gründe für die Ablehnung der anderen Bewerber. Dies gewährleistet die gerichtliche Überprüfbarkeit der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers und damit auch der zuvor nicht bekannt gegebenen Bewertungskriterien. Die hier entwickelte Lösung trägt den unterschiedlichen Interessen der am Auswahlverfahren Beteiligten Rechnung. Sie wirkt möglichen Diskriminierungen entgegen, stellt keine weder vom Wortlaut der Richtlinie noch von den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts her gerechtfertigte und somit keine übermäßigen Anforderungen an die Transparenz des Vergabeverfahrens und gewährleistet seine gerichtliche Nachprüfbarkeit.

90. Es wird daher folgende Antwort auf die vierte Frage vorgeschlagen: Die Festlegung der ausschreibenden Stelle, die Bewertung der Bewerbungen gemäß einem notariell hinterlegten Prüfungsmodus vorzunehmen, genügt den Anforderungen der Richtlinie 93/37. Die Einzelheiten der Gewichtung der Auswahlkriterien muss weder in der Bekanntmachung noch in den Ausschreibungsunterlagen mitgeteilt werden, sie muss jedoch gerichtlich überprüfbar sein.

VI — Ergebnis

91. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen wird vorgeschlagen, die vom Wiener Vergabekontrollsenat vorgelegten Fragen folgendermaßen zu beantworten:

1. Als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Artikels 1 Buchstabe b der Richtlinie 93/37/EWG gilt auch eine juristische Person, die nicht zu dem besonderen Zweck gegründet worden ist, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die jedoch später solche Aufgaben erfüllt, soweit diese Übernahme auf objektiv erkennbaren Umständen beruht.

2. Eine vertragliche Regelung, bei der die Bauleistung nur der Funktion nach beschrieben wird, die sie erfüllen muss, und die gleichzeitig die Fortsetzung eines bestehenden Dienstleistungsauftrags zum Gegenstand hat, ist kein öffentlicher Bauauftrag im Sinne des Artikels 1 Buchstabe a der Richtlinie 93/37.

3. Die Richtlinie 89/665/EWG steht einer innerstaatlichen Regelung nicht entgegen, die für die Nachprüfung einer konkreten Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers eine Frist normiert, so dass bei Versäumnis dieser Frist diese Entscheidung im Zuge des weiteren Vergabeverfahrens nicht mehr angefochten werden kann, soweit gewährleistet ist, dass der gewährte Rechts-

schutz nicht ungünstiger ist als für vergleichbare von nationalen Rechten gewährte Rechte und die Ausübung der von der Richtlinie 89/665 gewährten Rechte nicht praktisch unmöglich gemacht wird. Insofern muss jeder Mangel des Verfahrens von betroffenen Interessenten bei sonstigem Verlust der Rügemöglichkeit geltend gemacht werden.

4. Die Festlegung der ausschreibenden Stelle, die Bewertung der Bewerbungen gemäß einem notariell hinterlegten Prüfungsmodus vorzunehmen, genügt den Anforderungen der Richtlinie 93/37. Die Einzelheiten der Gewichtung der Auswahlkriterien muss weder in der Bekanntmachung noch in den Ausschreibungsunterlagen mitgeteilt werden, sie muss jedoch gerichtlich überprüfbar sein.