URTEIL DES GERICHTSHOFES (Sechste Kammer)

27. November 2001 *

In den verbundenen Rechtssachen C-285/99 und C-286/99

betreffend dem Gerichtshof nach Artikel 234 EG vom Consiglio di Stato (Italien) in den bei diesem anhängigen Rechtsstreitigkeiten

Impresa Lombardini SpA — Impresa Generale di Costruzioni

gegen

ANAS — Ente nazionale per le strade,
Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA (C-285/99),

und

Impresa Ing. Mantovani SpA

gegen

ANAS — Ente nazionale per le strade,
Ditta Paolo Bregoli (C-286/99),

Beteiligte:

Coopsette Soc. coop. arl (C-286/99),

* Verfahrenssprache: Italienisch.

vorgelegte Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung von Artikel 30 Absatz 4 der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 54)

erlässt

DER GERICHTSHOF (Sechste Kammer)

unter Mitwirkung der Präsidentin der Zweiten Kammer N. Colneric in Wahrnehmung der Aufgaben der Präsidentin der Sechsten Kammer sowie der Richter C. Gulmann, J.-P. Puissochet, R. Schintgen (Berichterstatter) und V. Skouris,

Generalanwalt: D. Ruiz-Jarabo Colomer
Kanzler: L. Hewlett, Verwaltungsrätin

unter Berücksichtigung der schriftlichen Erklärungen

— der Impresa Lombardini SpA — Impresa Generale di Costruzioni, vertreten durch A. Cinti, R. Ferola und L. Manzi, avvocati,

— der Impresa Ing. Mantovani SpA, vertreten durch A. Cancrini, avvocato,

— der Coopsette Soc. coop. arl, vertreten durch S. Panunzio, avvocato,

— der italienischen Regierung, vertreten durch U. Leanza als Bevollmächtigten im Beistand von P. G. Ferri, avvocato dello Stato,

— der österreichischen Regierung, vertreten durch W. Okresek als Bevollmächtigten,

— der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch M. Nolin als Bevollmächtigten im Beistand von M. Moretto, avvocato,

aufgrund des Sitzungsberichts,

nach Anhörung der mündlichen Ausführungen der Impresa Lombardini SpA — Impresa Generale di Costruzioni, vertreten durch R. Ferola, der Impresa Ing. Mantovani SpA, vertreten durch C. De Portu, avvocato, der Coopsette Soc. coop. arl, vertreten durch S. Panunzio, der italienischen Regierung, vertreten durch D. del Gaizo, avvocato dello Stato, und der Kommission, vertreten durch M. Nolin im Beistand von M. Moretto in der Sitzung vom 3. Mai 2001,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 5. Juni 2001,

folgendes

Urteil

1 Der Consiglio di Stato hat mit zwei Beschlüssen vom 26. Mai 1999, bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen am 30. Juli 1999, gemäß Artikel 234 EG fünf Fragen nach der Auslegung von Artikel 30 Absatz 4 der Richtlinie 93/37/

EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 54, im Folgenden: Richtlinie) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2 Diese Fragen stellen sich in zwei Rechtsstreitigkeiten zwischen den Firmen italienischen Rechts Impresa Lombardini SpA — Impresa Generale di Costruzioni (im Folgenden: Lombardini) (C-285/99) und Impresa Ing. Mantovani SpA (im Folgenden: Mantovani) (C-286/99) und der italienischen öffentlich-rechtlichen Vergabestelle ANAS — Ente nazionale per le strade wegen Ablehnung der Angebote von Lombardini und Mantovani in zwei nicht offenen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge mit der Begründung, diese Angebote seien ungewöhnlich niedrig.

Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsregelung

3 Die Richtlinie wurde auf der Grundlage der Artikel 57 Absatz 2 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 47 Absatz 2 EG), 66 EG-Vertrag (jetzt Artikel 55 EG) und 100a EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 95 EG) erlassen.

4 Laut ihrer zweiten Begründungserwägung erfordert die „gleichzeitige Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge, die in den Mitgliedstaaten für Rechnung des Staates, der Gebietskörperschaften sowie sonstiger juristischer Personen des öffentlichen Rechts vergeben werden,... neben der Aufhebung der Beschränkungen eine Koordinierung der einzelstaatlichen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge".

5 Artikel 30 der Richtlinie, der zum Kapitel 3 („Zuschlagskriterien") des Abschnitts IV („Gemeinsame Teilnahmebestimmungen") gehört, sieht vor:

„(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.

...

(4) Scheinen bei einem Auftrag Angebote im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig, so muss der öffentliche Auftraggeber vor der Ablehnung dieser Angebote schriftlich Aufklärung über die Einzelposten der Angebote verlangen, wo er dies für angezeigt hält; die anschließende Prüfung dieser Einzelposten erfolgt unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen.

Der öffentliche Auftraggeber kann Erläuterungen bezüglich der Wirtschaftlichkeit des Bauverfahrens, der gewählten technischen Lösungen, außergewöhnlich günstiger Bedingungen, über die der Bieter bei der Durchführung der Arbeiten verfügt, oder der Originalität des Projekts des Bieters anerkennen.

Wenn die Auftragsunterlagen den Zuschlag auf das niedrigste Angebot vorsehen, muss der öffentliche Auftraggeber der Kommission die Ablehnung von als zu niedrig erachteten Angeboten mitteilen.

Bis Ende 1992 kann der öffentliche Auftraggeber jedoch unter der Voraussetzung, dass die geltenden einzelstaatlichen Rechtsvorschriften dies gestatten, ausnahmsweise und unter Vermeidung von Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit Angebote, die im Verhältnis zur Leistung anomal niedrig sind, ablehnen, ohne das Verfahren nach Unterabsatz 1 einhalten zu müssen, sofern die Zahl dieser Angebote für einen bestimmten Auftrag so hoch ist, dass die Anwendung dieses Verfahrens eine erhebliche Verzögerung bewirken und das öffentliche Interesse an der Ausführung des betreffenden Auftrags beeinträchtigen würde. ...“

Nationales Recht

6 Artikel 30 Absatz 4 der Richtlinie wurde durch Artikel 21 Absatz 1a des Gesetzes Nr. 109 vom 11. Februar 1994 (GURI Nr. 41 vom 19. Februar 1994, S. 5) des Rahmengesetzes über öffentliche Arbeiten ins italienische Recht umgesetzt.

7 Diese Vorschrift lautet in ihrer Fassung gemäß Artikel 7 des Decreto-legge Nr. 101 vom 3. April 1995 (GURI Nr. 78 vom 3. April 1995, S. 8), das in das Gesetz Nr. 216 vom 2. Juni 1995 (GURI Nr. 127 vom 2. Juni 1995, S. 3) umgewandelt wurde, wie folgt:

„Werden Aufträge über 5 Millionen ECU oder mehr nach dem Kriterium des niedrigsten Preises gemäß Absatz 1 vergeben, so bewertet die zuständige Ver-

waltung die Ungewöhnlichkeit der Angebote im Sinne des Artikels 30 der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 in Bezug auf alle Angebote, die einen Preisnachlass aufweisen, der über dem Prozentsatz liegt, der alljährlich nach Anhörung des Osservatorio (Beobachtungsstelle) für öffentliche Bauaufträge bis zum 1. Januar nach Maßgabe der Entwicklung der Angebote, die im Vorjahr zu den durchgeführten Ausschreibungen abgegeben wurden, durch ein Dekret des Ministers für öffentliche Arbeiten festgelegt wird.

Die öffentliche Verwaltung kann dabei nur Erläuterungen bezüglich der Wirtschaftlichkeit des Bauverfahrens, der gewählten technischen Lösungen oder besonders günstiger Bedingungen, über die der Bieter verfügt, berücksichtigen, mit Ausnahme jedoch von Erläuterungen zu Elementen, für die ein Mindestwert in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften festgelegt ist oder amtlichen Angaben entnommen werden kann. Die Angebote sind mit Erläuterungen zu den wichtigsten in der Ausschreibung oder in der brieflichen Aufforderung zur Angebotsabgabe genannten Preisposten zu unterbreiten, die zusammen mindestens 75 % des als Richtwert festgelegten Auftragspreises entsprechen."

8 Der Minister für öffentliche Arbeiten, der sich der Unmöglichkeit bewusst war, für das gesamte Inland eine einzige Ungewöhnlichkeitsschwelle festzulegen, hat angesichts der Tatsache, dass das Osservatorio nicht eingerichtet worden war, mit zwei gemäß Artikel 21 Absatz 1a Unterabsatz 1 des geänderten Gesetzes Nr. 109/94 erlassenen Ministerialdekreten vom 28. April 1997 (GURI Nr. 105 vom 8. Mai 1997, S. 28) und vom 18. Dezember 1997 (GURI Nr. 1 vom 2. Januar 1998, S. 26) über die Festlegung der Ungewöhnlichkeitsschwelle in Ausschreibungen den prozentualen Preisnachlass, von dem an der öffentliche Auftraggeber verpflichtet ist, ein Angebot einer Überprüfung zu unterziehen, für 1997 und 1998 „in Höhe des arithmetischen Mittels der prozentualen Preisnachlässe bei allen zugelassenen Angeboten zuzüglich des arithmetischen Mittels der Abweichung der prozentualen Preisnachlässe, die das genannte Mittel übersteigen", festgelegt.

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

Rechtssache C-285/99

9 Im Jahr 1997 beteiligte sich Lombardini an einem von dem ANAS durchgeführten nicht offenen Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags für den dreispurigen Ausbau eines Autobahnabschnitts mit einem als Richtwert festgelegten Auftragspreis von 122 250 216 000 ITL.

10 Sowohl in der Ausschreibung als auch in der brieflichen Aufforderung zur Angebotsabgabe wurde darauf hingewiesen, dass dieser Auftrag gemäß Artikel 21 des Gesetzes Nr. 109/94 in der Fassung des Gesetzes Nr. 216/95 nach dem Kriterium des maximalen Preisnachlasses auf das Preisverzeichnis und den Betrag der Roharbeiten vergeben werde, die als Richtwerte für den Auftragspreis festgesetzt wurden, und dass der öffentliche Auftraggeber anhand des im Ministerialdekret vom 28. April 1997 festgelegten Kriteriums bestimmen werde, welche Angebote als ungewöhnlich niedrig angesehen würden.

11 Das Aufforderungsschreiben verpflichtete die Bieter gemäß dem genannten Artikel 21 Absatz 1a, ihr Angebot mit Erläuterungen zu den wichtigsten Preisposten zu unterbreiten, die zusammen 75 % des in der Ausschreibung als Richtwert genannten Auftragspreises entsprechen. Das Angebot und die Erklärungen zu den Einzelposten mussten, damit das Angebot nicht ausgeschlossen wurde, gemäß den dieser Aufforderung beigefügten Vorgaben verfasst und in den Umschlag mit den Verwaltungsunterlagen gesteckt werden. Außerdem wurde darauf hingewiesen, dass — wiederum um einen Ausschluss des Angebots zu vermeiden — die erforderlichen Unterlagen für die Überprüfung der Seriosität der für die wichtigsten Einzelposten des Auftrags angegebenen Preise in einen gesonderten versiegelten Umschlag zu stecken seien, der nur bei den Angeboten geöffnet und inhaltlich geprüft werden dürfe, deren Preisnachlass die arithmetische Ungewöhnlichkeitsschwelle überschreite. Für den Fall, dass der Auftrag an einen Bieter vergeben

wird, dessen Angebot einen solchen Preisnachlass enthält, war ferner vorgesehen, dass die zur Untermauerung des Angebots vorgelegten Preisanalysen und Erläuterungen Bestandteil des Angebots sind und dem Vertrag über den Auftrag mit vertraglich verbindlicher Wirkung beigefügt würden.

12 Die zuständige Behörde öffnete, nachdem sie gemäß den im Ministerialdekret vom 28. April 1997 vorgesehenen Modalitäten die Ungewöhnlichkeitsschwelle für den in Rede stehenden Auftrag auf 28,004 % festgesetzt hatte, nur die Umschläge mit den erläuternden Unterlagen, die die Angebote betrafen, die einen Preisnachlass enthielten, der sich als über dieser Schwelle liegend herausgestellt hatte; dazu gehörte auch das Angebot von Lombardini.

13 Nach Abschluss der Prüfung dieser Unterlagen erklärte sie alle Angebote, die einen diese Schwelle überschreitenden Preisnachlass enthielten, für unzulässig, ohne jedoch den betroffenen Unternehmen die Möglichkeit einzuräumen, im Anschluss an die Beurteilung ihrer Angebote als ungewöhnlich niedrig und vor endgültiger Auftragsvergabe weitere Erläuterungen beizubringen.

14 Das Angebot von Lombardini, das einen Preisnachlass von 29,88 % vorsah, wurde somit ausgeschlossen und der Auftrag an die Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA vergeben, deren Angebot mit einem Preisnachlass von 27,70 % das niedrigste der nicht als ungewöhnlich niedrig betrachteten Angebote war.

15 Lombardini erhob daraufhin Klage beim Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio (Italien), mit der sie geltend machte, die italienische Regelung entspreche nicht den Anforderungen der Richtlinie, da es für das Ausräumen des Verdachts einer Ungewöhnlichkeit nicht ausreiche, die bei Abgabe des Angebots eingereichten Erläuterungen zu prüfen, die im Übrigen nur 75 % des als Richtwert festgelegten Auftragspreises betreffen könnten. Vielmehr sei es nach der Richtlinie

unerlässlich, dass der öffentliche Auftraggeber von dem in Rede stehenden Unternehmen anschließend im Rahmen einer tatsächlich kontradiktorischen Erörterung Aufklärung und Klarstellungen verlange.

16 Da das Tribunale Amministrativo ihre Klage mit Urteil vom 1. Juli 1998 abgewiesen hatte, legte Lombardini ein Rechtsmittel zum Consiglio di Stato ein.

17 Der Consiglio di Stato legt dar, dass Unternehmer, die sich an einer Ausschreibung beteiligten, nach der italienischen Regelung und Verwaltungspraxis zur Vermeidung eines automatischen Ausschlusses ihres Angebots verpflichtet seien, bereits bei Abgabe ihres Angebots auf den dafür vorgesehenen Formularen Erläuterungen zu mindestens 75 % des als Richtwert festgelegten Auftragspreises einzureichen, obwohl sie bei der Einreichung ihrer Unterlagen und vor Durchsicht aller zum Vergabeverfahren zugelassenen Angebote die Höhe des Preisnachlasses, die der öffentliche Auftraggeber als ungewöhnlich erachten werde, nicht kennen könnten. Für die Entscheidung des Rechtsstreits sei es daher erforderlich, zu prüfen, ob diese Rechtslage mit der Richtlinie vereinbar sei oder ob die Richtlinie den öffentlichen Auftraggeber vielmehr verpflichte, nach Abgabe der Angebote ein kontradiktorisches Verfahren mit einer individuellen, in Erörterung zusammen mit dem betroffenen Unternehmen vorzunehmenden Überprüfung durchzuführen, und zwar ohne zeitliche Beschränkung für den Unternehmer, Angaben zu machen, die die Glaubwürdigkeit seines Angebots belegen könnten.

18 Ferner stellt sich der Consiglio di Stato die Frage, ob die italienische Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, soweit sie alle Erläuterungen zu Elementen ausschließt, für die Mindestwerte in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften festgelegt sind oder offiziellen Angaben entnommen werden können. Die in Rede stehende Vorschrift könnte sich nämlich als mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar erweisen, sofern sie gegen den freien Wettbewerb und den in der Gemeinschaftsrechtsordnung als fundamental zu betrachtenden Grundsatz verstoßen sollte, dass die Unternehmen zu ermitteln seien, die das beste Angebot abgegeben hätten.

19 Da nach Ansicht des Consiglio di Stato die Entscheidung des Rechtsstreits somit die Auslegung von Gemeinschaftsrecht erfordert, hat er das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Verstößt es gegen Artikel 30 Absatz 4 der Richtlinie 93/37/EWG des Rates zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, wenn in öffentlichen Ausschreibungen eine Klausel enthalten ist, die einer Teilnahme von Unternehmen entgegensteht, die die in ihren Angeboten genannten Preise nicht in Höhe von mindestens 75 % des als Richtwert festgelegten Auftragspreises mit Erläuterungen versehen haben?

2. Verstößt ein Verfahren gegen Artikel 30 Absatz 4 der Richtlinie 93/37, wonach sich die Schwelle der Ungewöhnlichkeit für auf ihre Angemessenheit zu überprüfende Angebote aufgrund eines fallbezogenen Maßstabs und eines arithmetischen Mittels automatisch bestimmt, so dass die Unternehmer diesen Schwellenwert nicht im Voraus kennen?

3. Verstößt ein vorweggenommenes kontradiktorisches Verfahren gegen Artikel 30 Absatz 4 der Richtlinie 93/37, wenn das Unternehmen, dessen vorgelegtes Angebot als ungewöhnlich angesehen wird, nicht die Möglichkeit hat, seine Gründe nach Öffnung der Umschläge vor Erlass der Ausschlussentscheidung geltend zu machen?

4. Verstößt es gegen Artikel 30 Absatz 4 der Richtlinie 93/37, wenn vorgesehen ist, dass der öffentliche Auftraggeber Erläuterungen ausschließlich bezüglich der Wirtschaftlichkeit des Bauverfahrens, der gewählten technischen Lösungen oder außergewöhnlich günstiger Bedingungen, über die der Bieter verfügt, berücksichtigen kann?

5. Verstößt es gegen Artikel 30 Absatz 4 der Richtlinie 93/37, wenn Erläuterungen zu Elementen ausgeschlossen werden, deren Mindestwert amtlichen Angaben entnommen werden kann?

Rechtssache C-286/99

20 Im Jahr 1997 beteiligte sich Mantovani an einer von dem ANAS durchgeführten nicht offenen Ausschreibung von Arbeiten für den Bau eines Abschnitts einer Landstraße. Aus dieser Ausschreibung ging hervor, dass der Auftrag an den Bieter vergeben wird, der im Verhältnis zu dem als Richtwert festgelegten Auftragspreis in Höhe von 15 720 000 000 ITL den größten Preisnachlass einräumt.

21 Da die Ungewöhnlichkeitsschwelle auf 40,865 % festgesetzt wurde, wurde das Angebot von Mantovani, das mit einem Preisnachlass von 41,460 % über dieser Schwelle lag, aus Gründen ausgeschlossen, die denen entsprechen, die in der Rechtssache C-285/99 zum Ausschluss des Angebots von Lombardini führten.

22 Mit den Arbeiten wurde der Unternehmer Paolo Bregoli beauftragt, dessen Angebot das niedrigste der nicht als ungewöhnlich niedrig betrachteten Angebote war.

23 Die von Mantovani beim Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio erhobene Klage wurde mit Urteil vom 26. Juni 1998 abgewiesen.

24 Der von Mantovani angerufene Consiglio di Stato setzte aufgrund von Erwägungen, die den in der Rechtssache C-285/99 angestellten entsprachen, das Verfahren aus und legte dem Gerichtshof fünf Fragen zur Vorabentscheidung vor, die ebenso lauten wie die in der Rechtssache C-285/99 vorgelegten Fragen.

25 Die Coopsette Soc. coop. arl wurde im Ausgangsverfahren als Streithelferin zur Unterstützung von Mantovani zugelassen.

26 Durch Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofes vom 14. September 1999 sind die Rechtssachen C-285/99 und C-286/99 zu gemeinsamem schriftlichem und mündlichem Verfahren und zu gemeinsamer Entscheidung verbunden worden.

Zu den Vorlagefragen

27 Vorab sei darauf hingewiesen, dass der Gerichtshof im Rahmen eines Verfahrens nach Artikel 234 EG zwar nicht über die Vereinbarkeit innerstaatlicher Rechtsnormen mit dem Gemeinschaftsrecht oder über die Auslegung nationaler Vorschriften entscheiden kann, dass er aber befugt ist, dem vorlegenden Gericht alle Kriterien für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts an die Hand zu geben, die es diesem ermöglichen, für die Entscheidung der bei ihm anhängigen Rechtssache über eine solche Vereinbarkeit zu befinden (vgl. u. a. Urteile vom 15. Dezember 1993 in der Rechtssache C-292/92, Hünermund u. a., Slg. 1993, I-6787, Randnr. 8, vom 3. Mai 2001 in der Rechtssache C-28/99, Verdonck u. a., Slg. 2001, I-3399, Randnr. 28, und vom 12. Juli 2001 in der Rechtssache C-399/98, Ordine degli Architetti u. a., Slg. 2001, I-5409, Randnr. 48).

28 Die gemeinsam zu prüfenden Vorlagefragen sind somit dahin gehend zu verstehen, dass mit ihnen danach gefragt wird, ob Artikel 30 Absatz 4 der Richtlinie einer Regelung und Verwaltungspraxis eines Mitgliedstaats entgegensteht, für die Folgendes gilt:

— Zum einen ist es danach dem öffentlichen Auftraggeber auch dann erlaubt, Angebote als ungewöhnlich niedrig abzulehnen, die einen Preisnachlass aufweisen, der die Ungewöhnlichkeitsschwelle — die anhand einer mathematischen Formel unter Berücksichtigung aller für die fragliche Vergabe erhaltenen Angebote berechnet wird, so dass die Bieter diesen Schwellenwert bei der Einreichung ihrer Unterlagen nicht kennen können — überschreitet, wenn er seine Entscheidung ausschließlich unter Berücksichtigung der zu den vorgeschlagenen Preisen gegebenen Erläuterungen trifft, die mindestens 75 % des in der Ausschreibung als Richtwert genannten Auftragspreises betreffen müssen und von den Bietern, um nicht von der Teilnahme nicht ausgeschlossen zu werden, ihrem Angebot beigefügt werden mussten, ohne dass diesen die Möglichkeit gegeben wird, nach Öffnung der Umschläge ihren Standpunkt zu denjenigen Bestandteilen der angebotenen Preise darzulegen, die Argwohn hervorgerufen haben.

— Zum anderen ist der öffentliche Auftraggeber danach verpflichtet, bei der Überprüfung der ungewöhnlich niedrigen Angebote nur Erläuterungen bezüglich der Wirtschaftlichkeit des Bauverfahrens, der gewählten technischen Lösungen oder besonders günstiger Bedingungen, über die der Bieter verfügt, mit Ausnahme der Erläuterungen zu Elementen zu berücksichtigen, für die ein Mindestwert in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften festgelegt ist oder amtlichen Angaben entnommen werden kann.

29 Aus den Vorlagebeschlüssen und den Akten geht hervor, dass einem Angebot nach der in den Ausgangsverfahren maßgeblichen Regelung und Verwaltungspraxis bei seiner Abgabe Erläuterungen zu den wichtigsten Preisposten beigefügt sein müssen, die mindestens 75 % des fraglichen als Richtwert festgelegten Auftragspreises entsprechen. Diese Informationen sind in einem gesonderten ver-

siegelten Umschlag einzureichen, dessen Inhalt erst dann geprüft wird, wenn das Angebot des betreffenden Unternehmens einen Preisnachlass aufweist, der die Ungewöhnlichkeitsschwelle übersteigt, die für jeden Auftrag auf der Grundlage sämtlicher von den Bietern abgegebenen Angebote festgesetzt wird, so dass die Bieter diesen Schwellenwert bei der Einreichung ihrer Unterlagen nicht kennen.

30 Nach dem Sachverhalt lehnt der öffentliche Auftraggeber diejenigen Angebote als ungewöhnlich niedrig ab, die einen Preisnachlass aufweisen, der die so berechnete Ungewöhnlichkeitsschwelle übersteigt, und vergibt den Auftrag regelmäßig an das Unternehmen, dessen Angebot das niedrigste unter den anderen Angeboten ist. Der Ausschluss der ungewöhnlich niedrigen Angebote und die Auftragsvergabe erfolgen ausschließlich aufgrund einer Prüfung der zeitgleich mit den Angeboten selbst eingereichten und nur 75 % des als Richtwert festgelegten Auftragspreises betreffenden Erläuterungen durch zuständige Behörde, ohne dass diese von den betroffenen Unternehmen weiter gehende Aufklärung verlangt und ohne dass diese Unternehmen die Möglichkeit haben, weitere Erläuterungen einzureichen, nachdem ihr Angebot als ungewöhnlich eingestuft worden ist.

31 Außerdem sieht die maßgebliche nationale Regelung zum einen vor, dass der öffentliche Auftraggeber nur Erläuterungen bezüglich der Wirtschaftlichkeit des Bauverfahrens, der gewählten technischen Lösungen oder besonders günstiger Bedingungen, über die der Bieter verfügt, berücksichtigen darf, zum anderen schließt sie es aus, dass sich der öffentliche Auftraggeber auf Erläuterungen zu Elementen stützen kann, für die ein Mindestwert in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften festgelegt ist oder amtlichen Angaben entnommen werden kann.

32 Vor diesem rechtlichen und tatsächlichen Hintergrund sind die in Randnummer 28 dieses Urteils umformulierten Vorlagefragen zu beantworten.

Zu den Modalitäten der Bestimmung, der Prüfung und des Ausschlusses der ungewöhnlich niedrigen Angebote

33 Hinsichtlich des ersten Aspekts dieser Fragen ergibt sich aus dem Titel und der zweiten Begründungserwägung der Richtlinie, dass diese lediglich die Koordinierung der einzelstaatlichen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge zum Gegenstand hat und somit keine umfassende Gemeinschaftsregelung in diesem Bereich vorsieht.

34 Wie aus ihrer Präambel sowie ihrer zweiten und ihrer zehnten Begründungserwägung hervorgeht, soll sie jedoch Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge beseitigen, um die betreffenden Märkte einem echten Wettbewerb zwischen den Unternehmern der Mitgliedstaaten zu öffnen (Urteil Ordine degli Architetti u. a., Randnr. 52).

35 Der Hauptzweck der Richtlinie besteht somit darin, öffentliche Bauaufträge dem Wettbewerb zugänglich zu machen. Es ist nämlich die Öffnung dieses Bereiches für den gemeinschaftlichen Wettbewerb mittels der in der Richtlinie vorgesehenen Verfahren, die die Gefahr von Bevorzugungen durch die öffentliche Verwaltung ausschließt (Urteil Ordine degli Architetti u. a., Randnr. 75).

36 Die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge auf Gemeinschaftsebene soll somit im Wesentlichen die Interessen der in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmer schützen, die den in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen öffentlichen Auftraggebern Waren oder Dienstleistungen anbieten möchten, und zu diesem Zweck die Gefahr einer Be-

vorzugung einheimischer Bieter bei einer Auftragsvergabe und zugleich die Möglichkeit ausschließen, dass ein öffentlicher Auftraggeber sich von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt (in diesem Sinn Urteile vom 3. Oktober 2000 in der Rechtssache C-380/98, University of Cambridge, Slg. 2000, I-8035, Randnrn. 16 und 17, und vom 1. Februar 2001 in der Rechtssache C-237/99, Kommission/Frankreich, Slg. 2001, I-939, Randnrn. 41 und 42).

37 Der öffentliche Auftraggeber ist somit verpflichtet, den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter zu beachten; dies ergibt sich im Übrigen ausdrücklich aus den Artikeln 22 Absatz 4, 30 Absatz 4 Unterabsatz 4 und 31 Absatz 1 der Richtlinie.

38 Außerdem schließt das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit insbesondere eine Verpflichtung zur Transparenz ein, damit der öffentliche Auftraggeber feststellen kann, ob es beachtet wird (vgl. entsprechend hinsichtlich der Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge [ABl. L 199, S.1] Urteil vom 18. November 1999 in der Rechtssache C-275/98, Unitron Scandinavia et 3-S, Slg. 1999, I-8291, Randnr. 31).

39 Vor diesem Hintergrund stellt die Richtlinie, wie sich aus ihrer zwölften Begründungserwägung ergibt, gemeinsame Vorschriften für die Beteiligung an öffentlichen Bauaufträgen auf, die sowohl Kriterien für die qualitative Auswahl als auch Kriterien für die Auftragsvergabe umfassen.

40 Die Zuschlagskriterien im Besonderen sind u. a. in Artikel 30 der Richtlinie festgelegt.

41 Nach ihrer ersten Begründungserwägung stellt die Richtlinie eine Kodifikation der Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 185, S. 5) und deren späterer Änderungen dar. Wie der Gerichtshof bereits im Urteil vom 16. Oktober 1997 in der Rechtssache C-304/96 (Hera, Slg. 1997, I-5685, Randnr. 13) festgestellt hat, entspricht Artikel 30 Absatz 4 der Richtlinie Artikel 29 Absatz 5 der Richtlinie 71/305 in ihrer Fassung gemäß der Richtlinie 89/404/EWG des Rates vom 18. Juli 1989 (ABl. L 210, S. 1).

42 In seiner ursprünglichen Fassung lautete Artikel 29 Absatz 5 der Richtlinie 71/305 wie folgt:

„Sind im Falle eines bestimmten Auftrags Angebote im Verhältnis zur Leistung offensichtlich ungewöhnlich niedrig, so überprüft der öffentliche Auftraggeber vor der Vergabe des Auftrags die Einzelposten des Angebots. Er berücksichtigt das Ergebnis dieser Überprüfung.

Zu diesem Zweck fordert er den Bieter auf, die erforderlichen Belege beizubringen, und teilt ihm gegebenenfalls mit, welche Belege als unannehmbar erachtet werden.

...“

43 Der Gerichtshof hat bereits entschieden, dass dann, wenn die Angebote eines Bieters nach Auffassung des öffentlichen Auftraggebers im Verhältnis zu den zu erbringenden Leistungen offensichtlich ungewöhnlich niedrig sind, der Auftrag-

geber nach Artikel 29 Absatz 5 der Richtlinie 71/305 verpflichtet ist, vor der Vergabe des Auftrags den Bieter aufzufordern, einen Beleg für seine Preisangebote beizubringen, oder dem Bieter mitzuteilen, welche seiner Angebote ungewöhnlich niedrig sind, und ihm eine angemessene Frist für zusätzliche Angaben einzuräumen (Urteil vom 10. Februar 1982 in der Rechtssache 76/81, Transporoute, Slg. 1982, 417, Randnr. 18).

44 In Randnummer 17 jenes Urteils hat der Gerichtshof nämlich die Ansicht vertreten, dass der öffentliche Auftraggeber keinesfalls ein ungewöhnlich niedriges Angebot ablehnen darf, ohne den Bieter überhaupt zur Beibringung von Belegen aufzufordern, da das Ziel des Artikels 29 Absatz 5 der Richtlinie 71/305, den Bieter vor der Willkür des öffentlichen Auftraggebers zu schützen, nicht erreicht werden könnte, wenn man diesem die Beurteilung der Frage überließe, ob die Anforderung von Belegen zweckmäßig ist.

45 Außerdem verbietet es Artikel 29 Absatz 5 der Richtlinie 71/305 den Mitgliedstaaten nach ständiger Rechtsprechung, Vorschriften zu erlassen, wonach bestimmte nach einem mathematischen Kriterium ermittelte Angebote von der Vergabe öffentlicher Bauaufträge ohne weiteres ausgeschlossen werden, statt den öffentlichen Auftraggeber zu verpflichten, das in der Richtlinie vorgesehene Verfahren der kontradiktorischen Überprüfung anzuwenden (Urteile vom 22. Juni 1989 in der Rechtssache 103/88, Fratelli Costanzo, Slg. 1989, 1839, Randnrn. 19 und 21, und vom 18. Juni 1991 in der Rechtssache C-295/89, Donà Alfonso, Slg. 1991, I-2967, abgekürzte Veröffentlichung, Nrn. 1 und 2 des Tenors).

46 Der Gerichtshof hat daher entschieden, dass Artikel 29 Absatz 5 der Richtlinie 71/305 dem öffentlichen Auftraggeber vorschreibt, die Einzelposten der ungewöhnlich niedrigen Angebote zu überprüfen, und ihn in diesem Zusammenhang dazu verpflichtet, den Bieter zur Vorlage der erforderlichen Belege aufzufordern (Urteil Fratelli Costanzo, Randnr. 16).

47 Nach Ansicht des Gerichtshofes nimmt ein mathematisches Kriterium, wonach Angebote, die den als Preis der Arbeiten festgesetzten Grundwert um mehr als 10 Prozentpunkte weniger übersteigen als der Durchschnitt aller zum Vergabeverfahren zugelassenen Angebote, als ungewöhnlich angesehen und daher vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, den Bietern, die besonders niedrige Angebote eingereicht haben, die Möglichkeit, nachzuweisen, dass diese Angebote seriös sind, so dass die Anwendung eines solchen Kriteriums im Widerspruch zu dem Zweck der Richtlinie 71/305 steht, die Entwicklung eines echten Wettbewerbs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge zu fördern (Urteil Fratelli Costanzo, Randnr. 18).

48 Ferner hat der Gerichtshof darauf hingewiesen, dass der Rat in Artikel 29 Absatz 5 der Richtlinie 71/305 ein genaues und detailliertes Verfahren zur Überprüfung der Angebote, die ungewöhnlich niedrig erscheinen, vorgeschrieben hat, um es den Bietern, die besonders niedrige Angebote gemacht haben, zu ermöglichen, nachzuweisen, dass diese Angebote seriös sind, und um auf diese Weise den Zugang zu öffentlichen Bauaufträgen sicherzustellen; die Erreichung dieses Zieles wäre in Frage gestellt, wenn die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung dieser Vorschrift davon wesentlich abweichen dürften (Urteil Fratelli Costanzo, Randnr. 20).

49 Schließlich hat er weiter ausgeführt, dass das Verfahren der Überprüfung nach Artikel 29 Absatz 5 der Richtlinie 71/305 immer dann anzuwenden ist, wenn der öffentliche Auftraggeber beabsichtigt, Angebote auszuschließen, weil sie im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig sind; auf diese Weise können die Bieter sicher sein, dass sie nicht von dem ausgeschriebenen Auftrag ausgeschlossen werden, ohne Gelegenheit gehabt zu haben, die Seriosität ihrer Angebote darzutun (Urteil Fratelli Costanzo, Randnr. 26).

50 Da die Anforderungen des Artikels 29 Absatz 5 der Richtlinie 71/305 sowohl in seiner ursprünglichen als auch in seiner geänderten Fassung im Wesentlichen mit denen des Artikels 30 Absatz 4 der Richtlinie identisch sind, gelten die vorstehenden Erwägungen auch für die Auslegung der zuletzt genannten Vorschrift.

51 Artikel 30 Absatz 4 der Richtlinie setzt somit zwingend die Durchführung eines Verfahrens der kontradiktorischen Überprüfung der vom öffentlichen Auftraggeber als ungewöhnlich niedrig angesehenen Angebote voraus, indem er diesen verpflichtet, nach Kenntnisnahme von sämtlichen Angeboten vor Erteilung des Auftrags zunächst schriftlich Aufklärung über die Elemente des als ungewöhnlich eingestuften Angebots zu verlangen, die seine Zweifel konkret hervorgerufen haben, und anschließend dieses Angebot unter Berücksichtigung der Erläuterungen zu beurteilen, die der betreffende Bieter auf dieses Verlangen hin eingereicht hat.

52 Abgesehen davon, dass die Bieter nach der in den Ausgangsverfahren anwendbaren Regelung und Verwaltungspraxis bei der Einreichung ihrer Unterlagen nur zu 75 % des als Richtwert festgelegten Auftragspreises Erläuterungen vorbringen müssen, obwohl es darauf ankommt, dass sie die Seriosität ihres Angebots hinsichtlich aller Einzelposten nachweisen können, entsprechen solche im Vorhinein eingereichten Erläuterungen keinesfalls dem Zweck des durch Artikel 30 Absatz 4 der Richtlinie eingeführten Verfahrens der kontradiktorischen Überprüfung.

53 Es ist nämlich von entscheidender Bedeutung, dass jeder Bieter, dessen Angebot als ungewöhnlich niedrig beanstandet wird, die Möglichkeit hat, seinen Standpunkt dazu zweckgerichtet darzulegen, indem ihm Gelegenheit gegeben wird, alle Erläuterungen zu den verschiedenen Bestandteilen seines Angebots zu einem — zwingend nach der Öffnung sämtlicher Umschläge liegenden — Zeitpunkt einzureichen, in dem er nicht nur von der bei dem fraglichen Auftrag anwendbaren Ungewöhnlichkeitsschwelle und der Tatsache, dass sein Angebot ungewöhnlich niedrig erschienen ist, Kenntnis hat, sondern auch von den konkreten Punkten, die den öffentlichen Auftraggeber zu Untersuchungen veranlasst haben.

54 Die vorstehende Auslegung ist im Übrigen die einzige, die sowohl dem Wortlaut als auch dem Zweck von Artikel 30 Absatz 4 der Richtlinie entspricht.

55 Zum einen ergibt sich schon aus dem zwingenden Wortlaut dieser Vorschrift, dass der öffentliche Auftraggeber verpflichtet ist, erstens die zweifelhaften Angebote zu ermitteln, zweitens es den betroffenen Unternehmen zu ermöglichen, deren Seriosität darzutun, indem er von ihnen Aufklärung verlangt, wo er dies für angezeigt hält, drittens die Stichhaltigkeit der von den Betroffenen eingereichten Erklärungen zu beurteilen und viertens über die Zulassung oder die Ablehnung dieser Angebote zu entscheiden. Den Anforderungen, die dem kontradiktorischen Charakter des Verfahrens der Überprüfung ungewöhnlich niedriger Angebote im Sinne des Artikels 30 Absatz 4 der Richtlinie innewohnen, ist daher nur dann entsprochen, wenn alle so beschriebenen Schritte nacheinander unternommen worden sind.

56 Im Übrigen erlaubt es die Richtlinie dem öffentlichen Auftraggeber nur unter den strengen Bedingungen des Artikels 30 Absatz 4 Unterabsatz 4, von diesem kontradiktorischen Verfahren der Überprüfung ungewöhnlich niedriger Angebote abzusehen. Es ist indessen unstreitig, dass diese Ausnahmevorschrift in den Ausgangsverfahren zeitlich nicht anwendbar ist.

57 Zum anderen stellt das Stattfinden einer effektiven kontradiktorischen Erörterung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Bieter zu einem zweckmäßigen Zeitpunkt im Verfahren der Prüfung von Angeboten eine fundamentale Anforderung der Richtlinie dafür dar, dass Willkür des öffentlichen Auftraggebers verhindert und ein gesunder Wettbewerb zwischen den Unternehmen gewährleistet wird.

58 Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist festzustellen, dass Artikel 30 Absatz 4 der Richtlinie einer Regelung und Verwaltungspraxis entgegensteht, wonach es dem öffentlichen Auftraggeber wie nach der in den Ausgangsverfahren anwendbaren Regelung und Verwaltungspraxis erlaubt ist, ein Angebot ausschließlich auf der Grundlage der zeitgleich mit dem Angebot selbst eingereichten Erläuterungen zu den wichtigsten Einzelposten des Preises als ungewöhnlich niedrig auszuschließen, ohne irgendeine kontradiktorische Prüfung der zweifelhaften Angebote vorzunehmen, indem er Aufklärung hinsichtlich der Punkte verlangt, die bei einer ersten Überprüfung zweifelhaft erschienen sind, und den betroffenen Unternehmen die Möglichkeit gibt, ihre Argumente dazu vor Erlass der endgültigen Entscheidung darzulegen.

59 In den in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vergabeverfahren hatte der Bieter nämlich zum Zeitpunkt der Abgabe seines Angebots, dem er Erläuterungen zu 75 % des in der Ausschreibung als Richtwert angegebenen Auftragspreises beifügen musste, keine Kenntnis von den konkreten Punkten seines Angebots, die für ungewöhnlich gehalten wurden, und war in diesem Stadium des Verfahrens somit nicht in der Lage, sachdienliche und vollständige Erklärungen zur Begründung der verschiedenen Einzelposten seines Angebots abzugeben.

60 Das vorlegende Gericht möchte ferner wissen, ob Artikel 30 Absatz 4 der Richtlinie auch einer Regelung und Verwaltungspraxis eines Mitgliedstaats entgegensteht, wonach zum einen die Bieter wie nach der in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Regelung und Verwaltungspraxis, um nicht von der Teilnahme an dem Vergabeverfahren ausgeschlossen zu werden, ihrem Angebot unter Verwendung der dafür vorgesehenen Formulare Erläuterungen zum Preis beifügen müssen, die mindestens 75 % des als Richtwert festgelegten Auftragspreises betreffen, und zum anderen die Ungewöhnlichkeitsschwelle der Angebote für jeden Auftrag anhand einer mathematischen Formel berechnet wird, die auf sämtliche im Rahmen der betreffenden Ausschreibung tatsächlich abgegebenen Angebote abstellt.

61 Hierzu ist festzustellen, dass die Richtlinie insoweit keine besonderen Anforderungen enthält.

62 Bei der ersten der in Randnummer 60 dieses Urteils genannten Modalitäten handelt es sich offenbar um eine Anforderung, die unterschiedslos für alle Bieter gilt und wohl eine gewisse Einheitlichkeit bei der Gestaltung der Angebote gewährleisten soll, um eine erste Prüfung durch den öffentlichen Auftraggeber zu erleichtern und die Seriosität des Angebots dem ersten Anschein nach beurteilen zu können. Es ist in der Tat möglich, dass der öffentliche Auftraggeber allein auf der Grundlage dieser Erläuterungen zu der Überzeugung gelangt, dass das Angebot, obwohl es ungewöhnlich niedrig erscheint, seriös ist, und es deshalb zulässt. Auf diese Weise trägt diese Modalität dazu bei, das Verfahren der Überprüfung der Angebote zu beschleunigen.

63 Zwar entspräche, wie die Kommission zutreffend ausführt, ein nationales Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge nicht den Anforderungen des Artikels 30 Absatz 4 der Richtlinie, wenn es nicht die durch diese Bestimmung vorgeschriebene kontradiktorische Prüfung ungewöhnlich niedriger Angebote gewährleisten würde.

64 Dies wäre u. a. dann der Fall, wenn der öffentliche Auftraggeber, wie in den Randnummern 58 und 59 dieses Urteils bereits festgestellt, ein Angebot allein auf der Grundlage der bei der Angebotsabgabe eingereichten Erläuterungen als ungewöhnlich niedrig ablehnen würde, ohne nach Öffnung der Umschläge vor der endgültigen Entscheidung die in der Richtlinie vorgesehene kontradiktorische Überprüfung vorzunehmen.

65 Ein solcher Mangel hätte seinen Ursprung jedoch nicht in der Verpflichtung selbst, zusammen mit der Abgabe des Angebots bestimmte Erläuterungen einzureichen, sondern vielmehr in der Verkennung der Anforderungen der Richtlinie in einem späteren Abschnitt des Verfahrens der Prüfung der ungewöhnlich niedrigen Angebote.

66 Artikel 30 Absatz 4 der Richtlinie steht daher einer Verpflichtung als solcher zur Erläuterung im Vorhinein, wie sie in den Ausgangsverfahren vorliegt, nicht entgegen, sofern im Übrigen alle Anforderungen dieser Vorschrift von den öffentlichen Auftraggebern beachtet werden.

67 Hinsichtlich der zweiten in Randnummer 60 dieses Urteils genannten Modalität ist unstreitig, dass die Richtlinie nicht den Begriff des ungewöhnlich niedrigen Angebots definiert und erst recht nicht festlegt, wie die Ungewöhnlichkeitsschwelle zu errechnen ist. Dies ist somit Aufgabe der einzelnen Mitgliedstaaten.

68 Die in den Ausgangsverfahren angewandte Ungewöhnlichkeitsschwelle wurde für jede Ausschreibung gesondert berechnet und stützt sich im Wesentlichen auf das Mittel der im Rahmen dieser Ausschreibung abgegebenen Angebote.

69 Eine solche Berechnungsmethode erscheint auf den ersten Blick sachlich und nicht diskriminierend.

70 Der von einigen in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Bietern angeführte Umstand allein, dass die Unternehmen die Ungewöhnlichkeitsschwelle bei Abgabe ihres Angebots nicht kennen — da sie erst nach Einreichung sämtlicher Angebote festgelegt wird — ist keinesfalls geeignet, die Vereinbarkeit dieser Berechnungsmethode mit der Richtlinie in Frage zu stellen. In diesem Verfahrensstadium ist dieser Schwellenwert nämlich sämtlichen Bietern ebenso wie dem öffentlichen Auftraggeber selbst unbekannt.

71 Einige der in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Bieter machen jedoch geltend, dass ein Verfahren zur Berechnung der Ungewöhnlichkeitsschwelle, das auf das Mittel der Angebote für einen bestimmten Auftrag abstelle, durch An-

gebote verfälscht zu werden drohe, denen kein wirklicher Willen zum Vertragsabschluss zugrunde liege, sondern die nur darauf abzielten, das Ergebnis dieser Berechnung zu beeinflussen. Daher könne der Wettbewerb verfälscht werden, da es vorkomme, dass Bieter versuchten, nicht das bestmögliche Angebot zu unterbreiten, sondern ein Angebot, das u. a. auf der Grundlage statistischer Kriterien aller Wahrscheinlichkeit nach die größten Chancen habe, das erste unter den nicht zweifelhaften Angeboten zu sein, das automatisch den Zuschlag erhalte.

72 Es ist richtig, dass das Ergebnis, zu dem ein auf das Mittel der Angebote abstellendes Verfahren zur Berechnung der Ungewöhnlichkeitsschwelle führt, durch Praktiken, wie sie in der vorstehenden Randnummer beschrieben werden, erheblich beeinflusst werden kann, was den in den Randnummern 34 und 36 dieses Urteils beschriebenen Zwecken der Richtlinie zuwiderliefe. Um die praktische Wirksamkeit der Richtlinie vollständig zu wahren, darf dieses Ergebnis daher nicht unantastbar sein und muss vom öffentlichen Auftraggeber noch einmal überprüft werden können, wenn sich dies u. a. angesichts der bei vergleichbaren Aufträgen angewandten Ungewöhnlichkeitsschwelle und aufgrund der sich aus der allgemeinen Erfahrung ergebenden Erkenntnisse als erforderlich erweist.

73 Wie in den Randnummern 45 und 47 dieses Urteils dargelegt worden ist, verstößt es somit zwar nach ständiger Rechtsprechung gegen das Gemeinschaftsrecht, wenn bestimmte nach einem mathematischen Kriterium ermittelte Angebote ohne weiteres von öffentlichen Bauaufträgen ausgeschlossen werden; dagegen verstößt es grundsätzlich nicht gegen das Gemeinschaftsrecht, wenn ein mathematisches Kriterium wie die in den Ausgangsverfahren angewandte Ungewöhnlichkeitsschwelle verwendet wird, um zu bestimmen, welche Angebote ungewöhnlich niedrig erscheinen, sofern das Ergebnis, zu dem die Anwendung dieses Kriteriums führt, nicht unantastbar ist und das in Artikel 30 Absatz 4 der Richtlinie niedergelegte Erfordernis einer kontradiktorischen Überprüfung dieser Angebote beachtet wird.

74 Einige der in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Bieter machen ferner geltend, ohne dass ihr Vorbringen von der italienischen Regierung plausibel wi-

derlegt wird, dass die beiden in Randnummer 60 dieses Urteils genannten Modalitäten des italienischen Vergabeverfahrens nicht isoliert betrachtet werden dürften, da die verschiedenen Aspekte dieses Verfahrens untrennbar miteinander verbunden seien.

75 Sie tragen u. a. vor, dass die Bedingung, zeitgleich mit dem Angebot Erläuterungen einzureichen, ihre Berechtigung nur darin finde, dass der öffentliche Auftraggeber seine Entscheidung über die Zulassung oder Ablehnung des Angebots allein auf der Grundlage dieser Erläuterungen treffe, ohne den Unternehmen Gelegenheit zu geben, anschließend ausführlichere Erklärungen vorzubringen. Außerdem gelte diese Bedingung für die Bieter nicht unterschiedslos, da nur die Umschläge der Unternehmen geöffnet würden, deren Angebote ungewöhnlich niedrig erschienen, so dass ein Unternehmer, bei dem keine Ungewöhnlichkeit angenommen werde, den Zuschlag erhalten könne, selbst wenn er einen leeren Umschlag für Erläuterungen eingereicht haben sollte. Schließlich könne sie zu einer Verzerrung des Wettbewerbs zwischen den Unternehmen führen, weil die Verpflichtung, dem Angebot umfangreiche erläuternde Unterlagen beizufügen, für die Bieter, die einen besonders günstigen Preis anböten, nicht nur einen höheren Verwaltungsaufwand bedeute, sondern auch den Nachteil, im Vorhinein gegebenenfalls vertrauliche Angaben machen zu müssen, und weil sie jedenfalls die Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten benachteilige.

76 Hierzu genügt es, festzustellen, dass zwar unbestreitbar alle Anforderungen des Gemeinschaftsrechts im Rahmen der verschiedenen Aspekte der nationalen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge zu beachten sind und so angewandt werden müssen, dass die Beachtung der Grundsätze des freien Wettbewerbs und der Gleichbehandlung der Bieter sowie der Transparenzpflicht gewährleistet ist, der Gerichtshof jedoch nicht in der Lage ist, über dieses Vorbringen zu entscheiden.

77 Die Prüfung, ob dieses Vorbringen begründet ist, setzt nämlich die Feststellung und Würdigung von Tatsachen und die Auslegung innerstaatlichen Rechts voraus, für die ausschließlich das vorlegende Gericht zuständig ist. Die in den Rand-

nummern 34 bis 40 dieses Urteils dargelegten Auslegungskriterien hinsichtlich der Tragweite von Artikel 30 Absatz 4 der Richtlinie und dessen Sinn und Zweckes geben dem vorlegenden Gericht alle Hinweise, deren es bedarf, um es ihm zu ermöglichen, für die Zwecke der Entscheidung der bei ihm anhängigen Rechtssachen über die Vereinbarkeit der fraglichen nationalen Vorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht zu befinden.

Zur Berücksichtigung der Erläuterung der ungewöhnlich niedrigen Angebote

78 Hinsichtlich des zweiten Aspekts der in Randnummer 28 umformulierten Vorlagefragen ist darauf hinzuweisen, dass der öffentliche Auftraggeber gemäß Artikel 30 Absatz 4 Unterabsatz 2 der Richtlinie bei der Beurteilung eines ungewöhnlich niedrigen Angebots „Erläuterungen" bezüglich der Wirtschaftlichkeit des Bauverfahrens, der gewählten technischen Lösungen, außergewöhnlich günstiger Bedingungen, über die der Bieter bei der Durchführung der Arbeiten verfügt, oder der Originalität des Projekts des Bieters anerkennen „kann".

79 Wie sich schon aus ihrem Wortlaut ergibt, räumt diese Vorschrift dem öffentlichen Auftraggeber die bloße Möglichkeit, und keine Verpflichtung, ein, sich auf bestimmte Arten sachlicher Erläuterungen des von einem bestimmten Bieter angebotenen Preises zu stützen.

80 In ihrem Kontext gesehen, soll die genannte Vorschrift lediglich die Regelung des Artikels 30 Absatz 4 Unterabsatz 1 der Richtlinie konkretisieren, wonach der öffentliche Auftraggeber von dem betreffenden Bieter Aufklärung über die Einzelposten des Angebots verlangen muss, wo er dies für angezeigt hält, und die anschließende Prüfung dieser Einzelposten unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen erfolgen muss.

81 In den Randnummern 51 bis 59 dieses Urteils hat der Gerichtshof bereits die Bedeutung des Grundsatzes hervorgehoben, dass der Bieter, bevor der öffentliche Auftraggeber ein Angebot als ungewöhnlich niedrig ablehnen kann, die Möglichkeit haben muss, zweckgerichtet und auf kontradiktorische Art und Weise seinen Standpunkt zu jedem der verschiedenen Bestandteile der vorgeschlagenen Preise darzulegen.

82 Da es für die Entwicklung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens entscheidend darauf ankommt, dass diese Möglichkeit so weit und vollständig wie möglich besteht, muss der Bieter zur Untermauerung seines Angebots ohne jede Einschränkung alle, insbesondere die in Artikel 30 Absatz 4 Unterabsatz 2 genannten, Erläuterungen vorbringen dürfen, die er aufgrund der Art und der Besonderheiten des in Rede stehenden Auftrags für angemessen hält. Der öffentliche Auftraggeber ist verpflichtet, sämtliche von dem Unternehmer vorgebrachten Erläuterungen zu berücksichtigen, bevor er über die Zulassung oder die Ablehnung des fraglichen Angebots entscheidet.

83 Artikel 30 Absatz 4 Unterabsatz 2 der Richtlinie stellt somit weder nach seinem Wortlaut noch nach seinem Zweck einen abschließenden Katalog der vorbringbaren Erläuterungen auf, sondern nennt lediglich Beispiele von Erläuterungen, die der Bieter einreichen kann, um die Seriosität der verschiedenen vorgeschlagenen Preisbestandteile zu belegen. Erst recht gestattet die in Rede stehende Vorschrift nicht den Ausschluss bestimmter Arten von Erläuterungen.

84 Wie die österreichische Regierung und die Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen geltend gemacht haben und der Generalanwalt in den Nummern 50 und 51 seiner Schlussanträge hervorgehoben hat, stände nämlich jede Beschränkung in dieser Hinsicht in offensichtlichem Widerspruch zu dem Zweck der Richtlinie, den freien Wettbewerb zwischen sämtlichen Bietern zu erleichtern, da eine solche Beschränkung dazu führen würde, dass Angebote, die mit anderen als nach der anwendbaren nationalen Regelung zugelassenen Erwägungen begründet werden, ungeachtet eines etwa günstigeren Preises einfach ausgeschlossen würden.

85 Artikel 30 Absatz 4 der Richtlinie steht somit einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren anwendbaren entgegen, wonach zum einen der öffentliche Auftraggeber verpflichtet ist, bei der Überprüfung ungewöhnlich niedriger Angebote nur bestimmte, abschließend aufgelistete Erläuterungen zu berücksichtigen, wobei in dieser Auflistung darüber hinaus die in Artikel 30 Absatz 4 Unterabsatz 2 der Richtlinie ausdrücklich genannten Erläuterungen bezüglich der Originalität des Projekts des Bieters fehlen, und zum anderen bestimmte Arten von Erläuterungen ausdrücklich ausgeschlossen sind, so z. B. Erläuterungen zu Elementen, für die ein Mindestwert in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften festgelegt ist oder amtlichen Angaben entnommen werden kann.

86 Nach alledem ist auf die vorgelegten Fragen zu antworten, dass Artikel 30 Absatz 4 der Richtlinie wie folgt auszulegen ist:

— Er steht einer Regelung und Verwaltungspraxis eines Mitgliedstaats entgegen, wonach es dem öffentlichen Auftraggeber erlaubt ist, Angebote, die einen die Ungewöhnlichkeitsschwelle überschreitenden Preisnachlass aufweisen, ausschließlich unter Berücksichtigung der zu den vorgeschlagenen Preisen gegebenen Erläuterungen als ungewöhnlich niedrig abzulehnen, die mindestens 75 % des in der Ausschreibung als Richtwert genannten Auftragspreises betreffen müssen und von den Bietern ihrem Angebot beigefügt werden mussten, ohne dass diesen die Möglichkeit gegeben wird, nach Öffnung der Umschläge ihren Standpunkt zu denjenigen Bestandteilen der angebotenen Preise darzulegen, die Argwohn hervorgerufen haben.

— Er steht ferner einer Regelung und Verwaltungspraxis eines Mitgliedstaats entgegen, wonach der öffentliche Auftraggeber verpflichtet ist, bei der Überprüfung der ungewöhnlich niedrigen Angebote nur die Erläuterungen bezüglich der Wirtschaftlichkeit des Bauverfahrens, der gewählten techni-

schen Lösungen oder besonders günstiger Bedingungen, über die der Bieter verfügt, mit Ausnahme der Erläuterungen zu Elementen zu berücksichtigen, für die ein Mindestwert in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften festgelegt ist oder amtlichen Angaben entnommen werden kann.

— Er steht dagegen, sofern im Übrigen alle seine Anforderungen beachtet und die mit der Richtlinie verfolgten Ziele nicht berührt werden, einer Regelung und Verwaltungspraxis eines Mitgliedstaats grundsätzlich nicht entgegen, wonach im Zusammenhang mit der Bestimmung der ungewöhnlich niedrigen Angebote und der Überprüfung dieser Angebote zum einen alle Bieter, um nicht von der Teilnahme an dem Vergabeverfahren ausgeschlossen zu werden, ihrem Angebot Erläuterungen zu den vorgeschlagenen Preisen beifügen müssen, die mindestens 75 % des als Richtwert festgelegten Auftragspreises betreffen, und zum anderen zur Berechnung der Ungewöhnlichkeitsschwelle eine Methode angewandt wird, die sich auf das Mittel aller für die fragliche Vergabe erhaltenen Angebote stützt, so dass die Bieter diesen Schwellenwert bei der Einreichung ihrer Unterlagen nicht kennen können; das Ergebnis, zu dem die Anwendung dieser Berechnungsmethode führt, muss jedoch vom öffentlichen Auftraggeber noch einmal überprüft werden können.

Kosten

87 Die Auslagen der italienischen und der österreichischen Regierung sowie der Kommission, die vor dem Gerichtshof Erklärungen abgegeben haben, sind nicht erstattungsfähig. Für die Parteien der Ausgangsverfahren ist das Verfahren ein Zwischenstreit in den bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreitigkeiten; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF (Sechste Kammer)

auf die ihm vom Consiglio di Stato mit Beschlüssen vom 26. Mai 1999 vorgelegten Fragen für Recht erkannt:

Artikel 30 Absatz 4 der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge ist wie folgt auszulegen:

— **Er steht einer Regelung und Verwaltungspraxis eines Mitgliedstaats entgegen, wonach es dem öffentlichen Auftraggeber erlaubt ist, Angebote, die einen die Ungewöhnlichkeitsschwelle überschreitenden Preisnachlass aufweisen, ausschließlich unter Berücksichtigung der zu den vorgeschlagenen Preisen gegebenen Erläuterungen als ungewöhnlich niedrig abzulehnen, die mindestens 75 % des in der Ausschreibung als Richtwert genannten Auftragspreises betreffen müssen und von den Bietern ihrem Angebot beigefügt werden mussten, ohne dass diesen die Möglichkeit gegeben wird, nach Öffnung der Umschläge ihren Standpunkt zu denjenigen Bestandteilen der angebotenen Preise darzulegen, die Argwohn hervorgerufen haben.**

— **Er steht ferner einer Regelung und Verwaltungspraxis eines Mitgliedstaats entgegen, wonach der öffentliche Auftraggeber verpflichtet ist, bei der Überprüfung der ungewöhnlich niedrigen Angebote nur die Erläuterungen**

bezüglich der Wirtschaftlichkeit des Bauverfahrens, der gewählten technischen Lösungen oder besonders günstiger Bedingungen, über die der Bieter verfügt, mit Ausnahme der Erläuterungen zu Elementen zu berücksichtigen, für die ein Mindestwert in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften festgelegt ist oder amtlichen Angaben entnommen werden kann.

— Er steht dagegen, sofern im Übrigen alle seine Anforderungen beachtet und die mit der Richtlinie 93/37 verfolgten Ziele nicht berührt werden, einer Regelung und Verwaltungspraxis eines Mitgliedstaats grundsätzlich nicht entgegen, wonach im Zusammenhang mit der Bestimmung der ungewöhnlich niedrigen Angebote und der Überprüfung dieser Angebote zum einen alle Bieter, um nicht von der Teilnahme an dem Vergabeverfahren ausgeschlossen zu werden, ihrem Angebot Erläuterungen zu den vorgeschlagenen Preisen beifügen müssen, die mindestens 75 % des als Richtwert festgelegten Auftragspreises betreffen, und zum anderen zur Berechnung der Ungewöhnlichkeitsschwelle eine Methode angewandt wird, die sich auf das Mittel aller für die fragliche Vergabe erhaltenen Angebote stützt, so dass die Bieter diesen Schwellenwert bei der Einreichung ihrer Unterlagen nicht kennen können; das Ergebnis, zu dem die Anwendung dieser Berechnungsmethode führt, muss jedoch vom öffentlichen Auftraggeber noch einmal überprüft werden können.

Colneric Gulmann Puissochet

Schintgen Skouris

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 27. November 2001.

Der Kanzler

R. Grass

Die Präsidentin der Sechsten Kammer

F. Macken