URTEIL DES GERICHTSHOFES (Sechste Kammer)

12. Dezember 2002 *

In der Rechtssache C-470/99

betreffend ein dem Gerichtshof nach Artikel 234 EG vom Vergabekontrollsenat des Landes Wien (Österreich) in dem bei diesem anhängigen Rechtsstreit

Universale-Bau AG,

Bietergemeinschaft: **1. Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H Salzburg,**
2. ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH

gegen

Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH

vorgelegtes Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung von Artikel 1 Buchstaben a, b und c der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199,

* Verfahrenssprache: Deutsch.

S. 54) und der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABl. L 395, S. 33) in der Fassung der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1)

erlässt

DER GERICHTSHOF (Sechste Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten J.-P. Puissochet sowie der Richter R. Schintgen, C. Gulmann, V. Skouris (Berichterstatter) und der Richterin F. Macken,

Generalanwalt: S. Alber
Kanzler: H. A. Rühl, Hauptverwaltungsrat

unter Berücksichtigung der schriftlichen Erklärungen

— der Universale-Bau AG, vertreten durch M. Neidhart, Direktor des Rechtsabteilung, und J. Mauch, Vorstandsdirektor Ingenieur,

— der Bietergemeinschaft: 1. Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H Salzburg, 2. ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH, vertreten durch die Rechtsanwälte J. Olischar und M. Kratky,

— der Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt T. Wenger,

— der österreichischen Regierung, vertreten durch H. Dossi als Bevollmächtigten,

— der niederländischen Regierung, vertreten durch M. Fierstra als Bevollmächtigten,

— der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch M. Nolin als Bevollmächtigten im Beistand von Rechtsanwalt R. Roniger,

aufgrund des Sitzungsberichts,

nach Anhörung der mündlichen Ausführungen der Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt C. Casati, der österreichischen Regierung, vertreten durch M. Fruhmann als Bevollmächtigten, und der Kommission, vertreten durch H. van Lier als Bevollmächtigten im Beistand von Rechtsanwalt R. Roniger, in der Sitzung vom 12. September 2001,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 8. November 2001,

folgendes

Urteil

1 Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat mit Beschluss vom 12. November 1999, beim Gerichtshof eingegangen am 7. Dezember 1999, gemäß Artikel 234 EG vier Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt, die die Auslegung von Artikel 1 Buchstaben a, b und c der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 54) und der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABl. L 395, S. 33) in der Fassung der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1, im Folgenden: Richtlinie 89/665) betreffen.

2 Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit der Universale-Bau AG und der Bietergemeinschaft aus der Hinteregger & Söhne Baugesm.b.H Salzburg und der ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH gegen die Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH (im Folgenden: EBS), bei dem es um ein Verfahren der Ausschreibung eines öffentlichen Bauauftrags geht.

Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsregelung

3 Aus der ersten und der zweiten Begründungserwägung der Richtlinie 89/665 geht hervor, dass die zum Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie auf einzelstaatlicher Ebene und auf Gemeinschaftsebene vorhandenen Mechanismen zur Sicherung der tatsächlichen Anwendung der Gemeinschaftsrichtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens nicht immer ausreichend waren, um die Einhaltung der Gemeinschaftsvorschriften vor allem dann zu gewährleisten, wenn Verstöße noch beseitigt werden konnten.

4 Nach der dritten Begründungserwägung dieser Richtlinie setzt die „Öffnung des öffentlichen Auftragswesens für den gemeinschaftsweiten Wettbewerb... eine beträchtliche Verstärkung der Garantien im Bereich der Transparenz und der Nichtdiskriminierung voraus; damit diese Öffnung konkret werden kann, müssen für den Fall von Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die in Umsetzung dieses Rechts ergangen sind, Möglichkeiten einer wirksamen und raschen Nachprüfung bestehen".

5 Artikel 1 Absätze 1 und 3 der Richtlinie 89/665 bestimmt:

„(1) Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinien 71/305/EWG, 77/62/EWG und 92/50/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.

...

(3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass das Nachprüfungsverfahren entsprechend den gegebenenfalls von den Mitgliedstaaten festzulegenden Bedingungen zumindest jedem zur Verfügung steht, der ein Interesse an einem bestimmten öffentlichen Liefer- oder Bauauftrag hat oder hatte und dem durch einen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht. Die Mitgliedstaaten können insbesondere verlangen, dass derjenige, der ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten beabsichtigt, den öffentlichen Auftraggeber zuvor von dem behaupteten Rechtsverstoß und von der beabsichtigten Nachprüfung unterrichten muss."

6 Mit der Richtlinie 93/37 sollte nach deren erster Begründungserwägung aus Gründen der Klarheit und der Übersichtlichkeit 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) in ihrer später geänderten Fassung durchgeführt werden.

7 Nach der zweiten Begründungserwägung der Richtlinie 93/37 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".

8 Nach der zehnten Begründungserwägung der Richtlinie 93/37 ist es, „[d]amit auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens ein echter Wettbewerb entsteht,... erforderlich, dass die beabsichtigten Auftragsvergaben der öffentlichen Auftraggeber der Mitgliedstaaten in der gesamten Gemeinschaft bekannt gemacht werden. Die in diesen Bekanntmachungen enthaltenen Angaben sollten es den in der Gemeinschaft ansässigen Unternehmen ermöglichen zu beurteilen, ob die vorgesehenen Aufträge für sie von Interesse sind, und sie zu diesem Zweck über die zu erbringenden Bauleistungen und die damit verbundenen Bedingungen ausreichend informieren. Bei den nicht offenen Verfahren sollte die Bekanntmachung es den Unternehmen der Mitgliedstaaten insbesondere ermöglichen, ihr Interesse an den Aufträgen dadurch zu bekunden, dass sie sich bei den öffentlichen Auftraggebern um eine Aufforderung bewerben, unter den vorgeschriebenen Bedingungen ein Angebot einzureichen."

9 Außerdem ergibt sich aus der elften Begründungserwägung der Richtlinie 93/37, dass die „zusätzlichen Angaben über die Aufträge — wie in den Mitgliedstaaten üblich — in den Verdingungsunterlagen für jeden einzelnen Auftrag bzw. in allen gleichwertigen Unterlagen enthalten sein [müssen]".

10 Artikel 1 Buchstaben a, b und c der Richtlinie 93/37 bestimmt:

„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.

...

c) ist ein Bauwerk das Ergebnis einer Gesamtheit von Tief- oder Hochbauarbeiten, das seinem Wesen nach eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll ...“

11 Artikel 7 Absatz 2 der Richtlinie 93/37 sieht vor:

„Die öffentlichen Auftraggeber können in den folgenden Fällen im Verhandlungsverfahren Bauaufträge vergeben, vorausgesetzt, dass sie eine Vergabebekanntmachung veröffentlicht und die Bewerber nach bekannten Eignungskriterien ausgewählt haben:

...“

12 Artikel 13 der Richtlinie 93/97, der für nicht offene Verfahren und Verhandlungsverfahren gilt, bestimmt in Absatz 2 Buchstabe e:

„Die öffentlichen Auftraggeber fordern die ausgewählten Bewerber gleichzeitig schriftlich auf, ihre Angebote einzureichen. Der Aufforderung zur Angebotsabgabe sind die Verdingungsunterlagen und die zusätzlichen Unterlagen beizufügen. Die Aufforderung umfasst mindestens folgende Angaben:

...

e) die Kriterien für die Auftragsvergabe, sofern sie nicht in der Bekanntmachung enthalten sind."

13 Artikel 30 Absätze 1 und 2 der Richtlinie 93/37 lautet:

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

a) entweder ausschließlich das Kriterium des niedrigsten Preises

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

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

Die nationale Regelung

14 § 48 Absatz 2 des Wiener Landesvergabegesetzes (LGBl für Wien Nr. 1995/36, im Folgenden: WLVergG) bestimmt:

„Die Erteilung des Zuschlags hat auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot gemäß den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erfolgen ..."

15 § 96 Absätze 1 und 2 WLVerG — „Vorverfahren" — bestimmt:

„(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."

16 § 97 WLVerG — „Antrag auf Nachprüfung" — lautet:

„(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 behaupteten 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.

..."

17 Außerdem legt § 98 WLVerG — „Fristen" — Folgendes fest:

„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.

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.

..."

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

18 Wie sich aus dem Vorlagebeschluss ergibt, führte die EBS eine Ausschreibung für die Ausführung von Bauleistungen (Erd-, Baumeister- und Professionistenarbeiten) zur Errichtung der zweiten biologischen Reinigungsstufe der Hauptkläranlage Wien im Rahmen eines nicht offenen Verfahrens durch.

19 In der Kundmachung, die im *Amtsblatt der Stadt Wien* vom 17. März 1999 veröffentlicht wurde, war unter der Rubrik „Zuschlagskriterien" ausgeführt, dass der Zuschlag an das wirtschaftlich günstigste Angebot nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien erfolge.

20 In den Erläuterungen zum Teilnehmerantrag gab die EBS die Kriterien für die Reihung der Teilnahmeanträge wie folgt an:

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

Zur Angebotsabgabe werden die fünf bestgereihten Bewerber aufgefordert.

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

Folgende erbrachte Bauleistungen werden in folgender Rangordnung bewertet:

1. Abwasserreinigungsanlagen,

2. vorgespannte Bauteile,

3. großflächige Gründungen durch Kiestragsäulen,

4. Rütteldruckverdichtung,

5. Hochdruckbodenvermörtelung."

21 Die EBS wies die Bewerber in den genannten Erläuterungen auch darauf hin, dass die verlangten Referenzen nach einem notariell hinterlegten „Scoring"-Verfahren bewertet würden; die Einzelheiten dieses Verfahrens wurden am 9. April 1999 und damit noch vor dem Eingang des ersten Teilnahmeantrags bei einem Notar hinterlegt.

22 Die Universale-Bau AG und die erwähnte Bietergemeinschaft (im Folgenden gemeinsam: die Antragstellerinnen des Ausgangsverfahrens) bekundeten ihr Interesse an der Teilnahme an dem nicht offenen Verfahren, ohne vorab ein Nachprüfungsverfahren hinsichtlich der Bedingungen oder der Ausgestaltung der Ausschreibung zu beantragen. Nachdem ihnen die EBS mit Schreiben vom 7. Juli 1999 mitgeteilt hatte, dass sie nicht zu den fünf bestplatzierten Unternehmen gehörten und damit nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert würden, fochten sie das Vergabeverfahren beim Vergabekontrollsenat an.

23 Die Universale-Bau AG beantragte in ihrer Antragsschrift vom 3. August 1999, festzustellen, dass die Entscheidung des Auftraggebers, den Auftrag in einem nicht offenen Verfahren zu vergeben, rechtswidrig und nichtig ist, hilfsweise, dass die Beschränkung der Anzahl der zur Angebotsabgabe aufzufordernden Unternehmer auf die fünf bestgereihten Bewerber rechtswidrig und nichtig ist, weiter hilfsweise, dass das angewendete „Scoring"-Verfahren nicht den Grundsätzen der Transparenz und Nachvollziehbarkeit entspricht und daher die Entscheidung des Auftraggebers über die Reihung der Teilnahmeanträge rechtswidrig und nichtig ist, äußerst hilfsweise, dass die Antragstellerinnen bei richtiger Anwendung des „Scoring"-Verfahrens unter die fünf besten Bewerber zu reihen sind und die Reihung des Auftraggebers rechtswidrig und nichtig ist.

24 Die Bietergemeinschaft beantragte in ihrer Antragsschrift vom 20. September 1999, die Entscheidung, sie nicht unter den fünf bestplatzierten Bewerbern aufzunehmen, für rechtswidrig zu erklären und, hilfsweise, das nicht offene Vergabeverfahren für rechtswidrig zu erklären.

25 Die Antragstellerinnen des Ausgangsverfahrens beantragten außerdem den Erlass einer einstweiligen Verfügung, mit der der EBS die Erteilung des Zuschlags untersagt werden sollte.

26 Der Vergabekontrollsenat weist in seinem Vorlagebeschluss darauf hin, dass er nach dem WLVerG für Nachprüfungen im Rahmen der Verfahren zur Vergabe

öffentlicher Liefer-, Bau- und Baukonzessions- sowie Dienstleistungsaufträge zuständig sei und dass er gemäß § 6 Absatz 1 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes (BGBl 1991/51) in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl I 1998/158 (im Folgenden: AVG) seine Zuständigkeit von Amts wegen zu prüfen habe. Gemäß § 6 Absatz 2 AVG könne die Zuständigkeit der Behörde durch Vereinbarung der Parteien weder begründet noch geändert werden; der Umstand, dass die EBS bei ihrer Erkundung des Bewerberkreises von der Anwendbarkeit des WLVergG ausgegangen sei, könne daher die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenats nicht begründen.

27 Um festzustellen, ob er zuständig sei, müsse der Vergabekontrollsenat daher zunächst prüfen, ob es sich bei der EBS um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne von Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie 93/37 handele.

28 Der Vergabekontrollsenat verweist auf das Urteil des Gerichtshofes vom 15. Januar 1998 in der Rechtssache C-44/96 (Mannesmann Anlagenbau Austria u. a., Slg. 1998, I-73, Randnr. 21), wonach eine Einrichtung die drei Tatbestandsmerkmale des Artikels 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 der Richtlinie 93/37 erfüllen müsse, um als öffentlicher Auftraggeber im Sinne dieser Bestimmung qualifiziert zu werden.

29 Der Vergabekontrollsenat stellt zunächst fest, dass die EBS Rechtspersönlichkeit besitze und dass sie mehrheitlich von der Stadt Wien, d. h. einer Gebietskörperschaft, kontrolliert werde; er schließt daraus, dass die EBS die Tatbestandsmerkmale des zweiten und des dritten Gedankenstrichs von Artikel 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 der Richtlinie 93/37 erfülle.

30 In Bezug auf das Tatbestandsmerkmal des ersten Gedankenstrichs dieser Bestimmung führt der Vergabekontrollsenat aus, dass die EBS nach ihrem Gesellschaftsvertrag zum Zeitpunkt der Gründung auf gewerblicher Basis Anlagen zur Sonderabfallentsorgung betrieben habe. Diese Tätigkeiten seien nicht der öf-

fentlichen Hand vorbehalten oder ihr als Aufgabe zugeordnet gewesen, und der Gesellschaftsvertrag enthalte keinen Hinweis, dass die EBS zu dem besonderen Zweck gegründet worden sei, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art seien.

31 Nach den Feststellungen des Vergabekontrollsenats erfolgte eine wesentliche Änderung ab dem Zeitpunkt, als der EBS der Betrieb der Hauptkläranlage der Stadt Wien übertragen worden sei. Die EBS habe 1985 einen Pachtvertrag mit der Stadt Wien geschlossen, auf dessen Grundlage sie den Betrieb der genannten Kläranlage mit von der Stadt Wien bereitgestelltem Personal aufgenommen habe, dessen Kosten der Stadt Wien von der EBS ersetzt worden seien. In zwei Verträgen zwischen der Stadt Wien und der EBS vom 8. und 18. Juli 1996 habe sich die Stadt Wien außerdem zur Zahlung eines angemessenen und einheitlichen Entgelts verpflichtet, das einen kostendeckenden Betrieb gewährleisten solle. Dieser Betriebszweig werde von der EBS nicht in Ertragsabsicht geführt. Es handele sich vielmehr um eine auf die EBS ausgelagerte Tätigkeit der Daseinsvorsorge durch die Stadt Wien, die nach dem Kostendeckungsprinzip geführt werde. Der Vergabekontrollsenat ist daher der Auffassung, dass der Tätigkeitsbereich auf nicht gewerbliche Art besorgt werde.

32 Die Möglichkeit einer Umgehung könne ausgeschlossen werden, da die EBS bereits 1976 als Entsorgungsbetrieb gegründet worden sei, es aber erst zum 1. Januar 1986 zur Übertragung des Betriebes der Hauptkläranlage gekommen sei. Dieser große zeitliche Abstand spreche ebenso gegen eine Umgehungsabsicht wie die Tatsache, dass die Republik Österreich damals nicht Mitglied der Europäischen Union gewesen sei und die EBS jedenfalls auch von der noch geltenden Richtlinie 71/305, die den Begriff „juristische Personen des öffentlichen Rechts" verwendet habe, nicht erfasst worden wäre.

33 Da die EBS jedoch nicht bereits bei ihrer Gründung, sondern erst infolge einer späteren Änderung ihres Tätigkeitsbereichs mit der Erfüllung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nicht gewerblicher Art betraut worden sei, stellt sich der Vergabekontrollsenat die Frage, ob die EBS das Tatbestandsmerkmal des Artikels 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 erster Gedankenstrich der Richtlinie 93/37 erfüllt.

34 Der Vergabekontrollsenat weist weiter darauf hin, dass Punkt I der Vereinbarung zwischen der EBS und der Stadt Wien vom 8. Juli 1996 die Verpflichtung der EBS enthalte, eine Erweiterung der Hauptkläranlage vorzunehmen und die erforderlichen Aufträge in eigenem Namen und auf eigene Rechnung zu erteilen. Dabei seien keine spezifischen Anforderungen an die Gestaltung gestellt worden. In den Punkten II und III der Vereinbarung werde die EBS zwar zu einer näher spezifizierten Funktionsweise der Hauptkläranlage verpflichtet, dabei werde jedoch auf die konkrete Gestaltung des Bauwerks kein Einfluss genommen.

35 Außerdem ergebe sich aus einem Bescheid der Baubehörde vom 30. Dezember 1998, dass die EBS eine Baubewilligung für ein Grundstück erhalten habe, dessen Eigentümerin die Stadt Wien sei. Die EBS habe mit Schriftsatz vom 8. September 1999 erklärt, dass die fragliche Kläranlage in ihrem Namen und auf ihre Rechnung errichtet werde, wobei sie folgende Ausführungen gemacht habe: „Die gegenständliche Kläranlagenerweiterung wird in unserem Eigentum stehen. Eine Übertragung der gegenständlichen Kläranlage ist für den Fall vorgesehen, dass die auf unbestimmte Zeit zwischen der Stadt Wien und von uns abgeschlossenen Pacht- und Betriebsführungsverträge aufgekündigt werden. In diesem Fall hat die Stadt Wien unter anderem unsere Kläranlage entgeltlich zu übernehmen. Sie hat uns den Zeitwert der Kläranlage zu ersetzen."

36 Der Vergabekontrollsenat fragt sich daher, ob der dem Ausgangsverfahren zugrunde liegende Auftrag in Anbetracht der dargestellten vertraglichen Regelung zwischen der EBS und der Stadt Wien, die als Gebietskörperschaft in jedem Fall öffentlicher Auftraggeber sei, als öffentlicher Bauauftrag im Sinne von Artikel 1 Buchstaben a und c der Richtlinie 93/37 anzusehen sei.

37 Für den Fall, dass seine Zuständigkeit für das anhängige Nachprüfungsverfahren zu bejahen sei, stellt sich der Vergabekontrollsenat sodann die Frage, ob die §§ 96 bis 98 WLVerG mit der Richtlinie 89/665 insofern vereinbar seien, als nach diesen Vorschriften ein Nachprüfungsverfahren nur innerhalb einer bestimmten Frist zulässig sei. Werde hinsichtlich einer Ausschreibungsbestimmung das Nachprüfungsverfahren nicht oder nicht fristgerecht eingeleitet, so sei es nicht

mehr zulässig, die Entscheidung des Auftraggebers daraufhin zu überprüfen, ob die angewandte Ausschreibungsbestimmung gegen das WLVergG oder gegen die Richtlinie 89/665 verstoße; diese Frage sei in dem bei ihm anhängigen Nachprüfungsverfahren relevant, da sich die EBS ausdrücklich darauf berufe, dass der Nachprüfungsantrag verspätet eingebracht worden sei.

38 Schließlich sei in dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit auch darüber zu entscheiden, ob die Bewerbungen der Antragstellerinnen des Ausgangsverfahrens auf der Grundlage des von der Auftraggeberin gewählten „Scoring"-Verfahrens, dessen Modalitäten erst nach Ablauf der Bewerbungsfrist und nach Vergabe des Auftrags bekannt gegeben worden seien, mit Recht nicht berücksichtigt worden seien. Es sei nicht auszuschließen, dass die Ergebnisse dieses Verfahrens einen wesentlichen Einfluss auf die Entscheidung der Auftraggeberin gehabt hätten.

39 Aus all diesen Gründen hat der Vergabekontrollsenat des Landes Wien beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Gilt als öffentlicher Auftraggeber nach Artikel 1 Buchstabe 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 zweiten 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 Artikels 1 Buchstabe a in Verbindung mit Buchstabe c der Richtlinie 93/37?

3. Für den Fall der Bejahung der Frage 1 oder 2: Steht die Richtlinie 89/665 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 bzw. den Ausschreibungsunterlagen bereits mitgeteilt werden?

Zur ersten Frage

40 Mit der ersten Frage möchte der Vergabekontrollsenat im Wesentlichen wissen, ob eine Einrichtung, die zwar nicht zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, die jedoch später solche Aufgaben übernommen hat und diese seither tatsächlich wahrnimmt, das Tatbestandsmerkmal des Artikels 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 erster Gedankenstrich der Richtlinie 93/37 erfüllt, um als Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne dieser Bestimmung qualifiziert werden zu können.

Zur Zulässigkeit

41 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Vergabekontrollsenat dem Vorlagebeschluss zufolge in Erfahrung bringen möchte, ob eine Einrichtung wie die EBS ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie 93/37 ist, um feststellen zu können, ob er für die Nachprüfungsanträge zuständig ist, die die Antragstellerinnen des Ausgangsverfahrens gegen eine Entscheidung dieser Gesellschaft gestellt haben.

42 Dazu ist zu bemerken, dass es nach ständiger Rechtsprechung Sache der Rechtsordnung jedes Mitgliedstaats ist, zu bestimmen, welches Gericht für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten zuständig ist, in denen es um individuelle Rechte geht, die aus der Gemeinschaftsrechtsordnung hergeleitet werden, wobei die Mitgliedstaaten jedoch für den wirksamen Schutz dieser Rechte in jedem Einzelfall verantwortlich sind. Unter diesem Vorbehalt ist es nicht Aufgabe des Gerichtshofes, bei der Lösung von Zuständigkeitsfragen mitzuwirken, die die Qualifizierung einer bestimmten, auf dem Gemeinschaftsrecht beruhenden Rechtslage im Bereich der nationalen Gerichtsbarkeit aufwerfen kann (u. a. Urteile vom 18. Januar 1996 in der Rechtssache C-446/93, SEIM, Slg. 1996, I-73, Randnr. 32, und vom 17. Dezember 1997 in der Rechtssache C-54/96, Dorsch Consult, Slg. 1997, I-4961, Randnr. 40).

43 Der Gerichtshof ist jedoch befugt, dem nationalen Gericht die Kriterien des Gemeinschaftsrechts aufzuzeigen, die zur Lösung der Zuständigkeitsfrage, die sich diesem Gericht stellt, beitragen können (u. a. Urteile SEIM, Randnr. 33, und vom 22. Oktober 1998 in den Rechtssachen C-10/97 bis C-22/97, IN.CO.GE.'90 u. a., Slg. 1998, I-6307, Randnr. 15).

44 Außerdem hängt davon, ob die EBS die Eigenschaft eines öffentlichen Auftraggebers besitzt, die Beantwortung der dritten und der vierten Vorlagefrage ab, deren Zulässigkeit außer Frage steht.

45 Die Vorlagefrage ist also zu beantworten.

Zur Sache

46 Im Ausgangsverfahren ist unstreitig, dass die EBS seit der Übernahme des Betriebes der Hauptkläranlage aufgrund der 1985 geschlossenen Vereinbarung mit der Stadt Wien tatsächlich eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher Art erfüllt. Ihre Qualifizierung als Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne von Artikel 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 der Richtlinie 93/37 hängt folglich davon ab, ob durch das Tatbestandsmerkmal des ersten Gedankenstrichs dieser Bestimmung ausgeschlossen wird, dass eine Einrichtung als öffentlicher Auftraggeber qualifiziert wird, die zwar nicht zu dem Zweck gegründet wurde, eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher Art zu erfüllen, jedoch infolge einer späteren Änderung ihres Tätigkeitsbereichs tatsächlich eine solche Aufgabe erfüllt.

Beim Gerichtshof eingereichte Erklärungen

47 Die EBS macht geltend, sie könne nicht als Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne von Artikel 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 der Richtlinie 93/37 eingestuft werden, da nach dem Wortlaut des ersten Gedankenstrichs dieser Bestimmung allein die ihr im Zeitpunkt der Gründung übertragene Aufgabe maßgeblich sei. Dass sie später im Allgemeininteresse liegende Aufgaben übernommen habe, die nicht gewerblicher Art seien, ändere nichts an ihrer rechtlichen Stellung, da sie auch weiterhin gewerbliche Aufgaben wahrnehme.

48 Auch die Kommission trägt vor, die EBS könne nicht als öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie 93/37 angesehen werden, da die Änderung ihres Tätigkeitsbereichs weder auf einer entsprechenden Anpassung des Unternehmensgegenstands im Gesellschaftsvertrag noch auf einer gesetzlichen Verpflichtung beruhe.

49 Dagegen sind die Antragstellerinnen des Ausgangsverfahrens sowie die österreichische und die niederländische Regierung der Auffassung, dass auf die gegenwärtige Tätigkeit der EBS und nicht auf die zum Zeitpunkt ihrer Gründung verfolgten Ziele abzustellen sei; eine andere Auslegung hätte zur Folge, dass eine Einrichtung, die de facto der Definition des Begriffes des öffentlichen Auftraggebers im Sinne der Richtlinie 93/37 entspreche, bei der Vergabe von Aufträgen nicht an die Bestimmungen dieser Richtlinie gebunden wäre. Zudem könnten nur durch ein funktionales Verständnis des Begriffes des öffentlichen Auftraggebers ein mögliches betrügerisches Vorgehen unterbunden werden, da andernfalls die Richtlinie 93/37 leicht umgangen werden könnte, indem im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art nicht einer hierfür neu geschaffenen, sondern einer bereits bestehenden Einrichtung übertragen würden, die zuvor einen anderen Zweck verfolgt habe.

Antwort des Gerichtshofes

50 Der Gerichtshof hatte bereits Gelegenheit, sich zu der Bedeutung des in Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie 93/37 enthaltenen Begriffes der Einrichtung des öffentlichen Rechts insbesondere im Hinblick auf den Zweck dieser Richtlinie zu äußern.

51 Dabei hat der Gerichtshof festgestellt, dass die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge auf Gemeinschaftsebene die Hemmnisse für den freien Dienstleistungs- und Warenverkehr beseitigen und somit die Interessen der

in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmer schützen soll, die den in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen öffentlichen Auftraggebern Waren oder Dienstleistungen anbieten möchten (u. a. Urteile vom 3. Oktober 2000 in der Rechtssache C-380/98, University of Cambridge, Slg. 2000, I-8035, Randnr. 16, und vom 1. Februar 2001 in der Rechtssache C-237/99, Kommission/Frankreich, Slg. 2001, I-939, Randnr. 41).

52 Er hat daraus gefolgert, dass der Zweck der Richtlinie 93/37 darin besteht, die Gefahr einer Bevorzugung inländischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber zu verhindern und zugleich die Möglichkeit auszuschließen, dass sich eine vom Staat, von Gebietskörperschaften oder sonstigen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanzierte oder kontrollierte Stelle von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt (u. a. Urteile University of Cambridge, Randnr. 17, und Kommission/Frankreich, Randnr. 42).

53 Der Gerichtshof hat daher entschieden, dass im Licht dieser Ziele der in Artikel 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 der Richtlinie 93/37 enthaltene Begriff der Einrichtung des öffentlichen Rechts funktional zu verstehen ist (u. a. Urteil Kommission/Frankreich, Randnr. 43).

54 So hat der Gerichtshof auch in Randnummer 26 des Urteils Mannesmann Anlagenbau Austria u. a. in Bezug auf die Qualifizierung einer Einrichtung, die zu dem besonderen Zweck gegründet worden war, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, wobei sie jedoch auch gewerblichen Tätigkeiten nachging, festgestellt, dass die Voraussetzung des Artikels 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 erster Gedankenstrich der Richtlinie 93/37 nicht bedeutet, dass die betreffende Einrichtung einzig und allein im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen hätte.

55 Insbesondere hat der Gerichtshof, wie aus Randnummer 25 des Urteils Mannesmann Anlagenbau Austria u. a. hervorgeht, entschieden, dass es nicht darauf ankommt, dass die betreffende Einrichtung außer der Erfüllung der im All-

gemeininteresse liegenden Aufgabe noch andere Tätigkeiten ausüben darf; entscheidende Bedeutung hat dagegen der Umstand, dass die Einrichtung weiterhin die Aufgaben wahrnimmt, die sie als besondere Pflicht zu erfüllen hat.

56 Daraus ergibt sich, dass bei der Prüfung der Frage, ob eine Einrichtung den Tatbestand des Artikels 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 erster Gedankenstrich der Richtlinie 93/37 erfüllt, auf die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit abzustellen ist.

57 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die praktische Wirksamkeit der Richtlinie 93/37 nicht vollständig gewährleistet wäre, wenn die Anwendung der Richtlinienregelung auf eine Einrichtung, die den Tatbestand des Artikels 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 der Richtlinie erfüllt, allein deshalb ausgeschlossen sein könnte, weil die im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art, die die Einrichtung erfüllt, ihr nicht zum Zeitpunkt ihrer Gründung übertragen wurden.

58 Das gleiche Bestreben, die praktische Wirksamkeit des Artikels 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 der Richtlinie 93/37 zu gewährleisten, steht auch einer Unterscheidung danach entgegen, ob die Satzung einer solchen Einrichtung an die tatsächlichen Änderungen ihres Tätigkeitsbereichs angepasst wurden oder nicht.

59 Im Übrigen enthält der Wortlaut von Artikel 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 der Richtlinie 93/37 keine Bezugnahme auf die Rechtsgrundlage für die Tätigkeiten der betreffenden Einrichtung.

60 Was die Definition des in Artikel 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 der Richtlinie 92/50 enthaltenen Begriffes der Einrichtung des öffentlichen Rechts angeht, die mit der des Artikels 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 der Richtlinie 93/37 wörtlich übereinstimmt, so hat der Gerichtshof außerdem bereits entschieden, dass die

Frage, ob im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art vorliegen, objektiv zu beurteilen ist und die Rechtsform der Bestimmungen, in denen diese Aufgaben genannt sind, insoweit keine Bedeutung hat (Urteil vom 10. November 1998 in der Rechtssache C-360/96, BFI Holding, Slg. 1998, I-6821, Randnr. 63).

61 Die Tatsache, dass im Ausgangsverfahren die Erweiterung des Tätigkeitsbereichs der EBS nicht zu einer Änderung der Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags über den Unternehmensgegenstand geführt hat, ist daher irrelevant.

62 Denn auch wenn die Übernahme von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art durch die EBS nicht ausdrücklich Eingang in den Gesellschaftsvertrag gefunden hat, so ist sie doch in den Vereinbarungen zwischen der EBS und der Stadt Wien vorgesehen und kann damit objektiv festgestellt werden.

63 Auf die erste Frage ist demnach zu antworten, dass eine Einrichtung, die zwar nicht zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, die jedoch später solche Aufgaben übernommen hat und diese seither tatsächlich wahrnimmt, das Tatbestandsmerkmal des Artikels 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 erster Gedankenstrich der Richtlinie 93/37 erfüllt, um als Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne dieser Bestimmung qualifiziert werden zu können, sofern die Übernahme dieser Aufgaben objektiv festgestellt werden kann.

Zur zweiten Frage

64 In Anbetracht der Antwort auf die erste Frage braucht die zweite Frage, die nur für den Fall der Verneinung der ersten Frage gestellt worden ist, nicht beantwortet zu werden.

Zur dritten Frage

65 Mit der dritten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob die Richtlinie 89/665 einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der die Nachprüfung einer Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers binnen einer bestimmten Frist beantragt werden muss, wobei sämtliche Mängel des Vergabeverfahrens, auf die der Antrag gestützt wird, innerhalb dieser Ausschlussfrist gerügt werden müssen, so dass bei Versäumnis der Frist im weiteren Verlauf des Verfahrens weder die betreffende Entscheidung angefochten noch ein solcher Mangel geltend gemacht werden kann.

Beim Gerichtshof eingereichte Erklärungen

66 Die Antragstellerinnen des Ausgangsverfahrens machen geltend, dass die in den §§ 97 und 98 WLVerG für den Antrag auf Nachprüfung vorgesehenen kurzen Fristen den Betroffenen nicht die Möglichkeit gäben, die Gründe für eine negative Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers zu überprüfen und gegebenenfalls Scheinbegründungen als solche zu entlarven. Auch sei die Einreichung eines begründeten Nachprüfungsantrags, der im Verfahren Aussicht auf Erfolg habe, innerhalb dieser Fristen praktisch ausgeschlossen.

67 Die Universale-Bau AG trägt zudem vor, Bewerber aus anderen Mitgliedstaaten könnten die Frist von zwei Wochen nach § 98 WLVerG in der Regel nicht einhalten, was den Hauptzielen der Gemeinschaftspolitik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens zuwiderlaufe, nämlich denen der Vergabe öffentlicher Aufträge ohne Diskriminierung und des Zugangs der Unternehmen zu einem gemeinsamen Markt mit großen Absatzmärkten unter Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Unternehmen.

68 Die EBS macht dagegen geltend, in der Richtlinie 89/665 selbst sei ein rascher und effektiver Verfahrensablauf mit kurzen Fristen vorgesehen, nach deren Ablauf die

öffentlichen Auftraggeber Sicherheit darüber haben müssten, dass sie mit dem Vergabeverfahren fortfahren könnten. Die Notwendigkeit kurzer Fristen sei gerade im Ausgangsverfahren deutlich geworden.

69 Die EBS hebt insbesondere hervor, dass nichts die Antragstellerinnen des Ausgangsverfahrens daran gehindert habe, rechtzeitig ihre Bedenken gegen die Ausschreibung zu äußern, da sie ihnen mitgeteilt habe, dass sie ein „Scoring"-Verfahren anwenden werde, um die Bewerber auszuwählen, die zur Abgabe eines Angebots eingeladen würden, und dass das genaue Entscheidungsverfahren nicht offen gelegt werde. Die Nachprüfung ihrer Entscheidung, welche Bewerber zur Angebotsabgabe eingeladen würden, habe in kürzester Zeit erfolgen müssen, da sie andernfalls das Vergabeverfahren nicht hätte fortsetzen können. Die EBS macht schließlich geltend, dass eine zweiwöchige Frist für die Anfechtung von Verwaltungsakten allgemein üblich sei, wobei sie beispielhaft § 63 Absatz 5 AVG anführt, wonach jede Entscheidung einer Behörde binnen zwei Wochen zu bekämpfen sei.

70 Die österreichische und die niederländische Regierung sowie die Kommission tragen im Wesentlichen vor, die Richtlinie 89/665 überlasse es den Mitgliedstaaten, besondere Verfahrensregeln für die Nachprüfung von Vergabeverfahren aufzustellen. Die Mitgliedstaaten verfügten bei der Festsetzung von Nachprüfungsfristen über ein Ermessen, das unter der doppelten Voraussetzung stehe, dass die Ziele dieser Richtlinie nicht unterlaufen werden dürften und die tragenden Grundsätze des Gemeinschaftsrechts gewahrt würden. Die österreichische Regierung macht außerdem geltend, dass die im Ausgangsverfahren streitigen Nachprüfungsfristen eine übermäßige Verzögerung des Vergabeverfahrens verhinderten und das Risiko der missbräuchlichen Inanspruchnahme des Rechtsschutzverfahrens vermindere, was mit den Zielen dieser Richtlinie in Einklang stehe.

Antwort des Gerichtshofes

71 Vorab ist zu bemerken, dass die Richtlinie 89/665 zwar sicherstellen soll, dass in allen Mitgliedstaaten bei Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des

öffentlichen Auftragswesens oder gegen die nationalen Vorschriften, die in Umsetzung dieses Rechts ergangen sind, Möglichkeiten einer wirksamen und raschen Nachprüfung bestehen, um die tatsächliche Anwendung der Richtlinien über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge gewährleisten, dass sie jedoch keine Bestimmungen enthält, die sich speziell auf die Fristregelung für die in der Richtlinie vorgesehenen Nachprüfungsverfahren beziehen. Die Regelung dieser Fristen ist daher Sache der internen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten.

72 Soweit es jedoch um die Modalitäten gerichtlicher Verfahren zum Schutz der Rechte geht, die das Gemeinschaftsrecht den durch Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber geschädigten Bewerbern und Bietern einräumt, darf die praktische Wirksamkeit der Richtlinie 89/665 nicht beeinträchtigt werden.

73 Es ist daher zu prüfen, ob eine nationale Regelung wie die dem Ausgangsverfahren zugrunde liegende im Hinblick auf die Zielsetzung dieser Richtlinie nicht die dem Einzelnen durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte beeinträchtigt.

74 Insoweit ist daran zu erinnern, dass die Richtlinie 89/665, wie aus der ersten und der zweiten Begründungserwägung hervorgeht, die auf einzelstaatlicher Ebene und auf Gemeinschaftsebene vorhandenen Mechanismen zur Sicherung der tatsächlichen Anwendung der Gemeinschaftsrichtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens vor allem dann verstärken soll, wenn Verstöße noch beseitigt werden können. Zu diesem Zweck werden die Mitgliedstaaten in Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie verpflichtet, sicherzustellen, dass rechtswidrige Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und möglichst rasch überprüft werden können.

75 Die vollständige Verwirklichung der mit der Richtlinie 89/665 verfolgten Ziele wäre jedoch gefährdet, wenn Bewerber und Bieter in jedem Stadium des Vergabeverfahrens Verstöße gegen die Regeln über die Auftragsvergabe rügen und dadurch den öffentlichen Auftraggeber zwingen könnten, das gesamte Verfahren erneut durchzuführen, um den Verstoß zu beheben.

76 Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die Festsetzung angemessener Ausschlussfristen für die Einlegung von Rechtsbehelfen grundsätzlich dem sich aus der Richtlinie 89/665 ergebenden Effektivitätsgebot genügt, da sie ein Anwendungsfall des grundlegenden Prinzips der Rechtssicherheit ist (vgl. entsprechend zum Grundsatz der Effektivität des Gemeinschaftsrechts Urteile vom 10. Juli 1997 in der Rechtssache C-261/95, Palmisani, Slg. 1997, I-4025, Randnr. 28, und vom 16. Mai 2000 in der Rechtssache C-78/98, Preston u. a., Slg. 2000, I-3201, Randnr. 33).

77 Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist festzustellen, dass Fristregelungen wie die dem Ausgangsverfahren zugrunde liegende sowohl im Hinblick auf die Ziele der Richtlinie 89/665, wie sie in Randnummer 74 des vorliegenden Urteils beschrieben sind, als auch im Hinblick auf den Grundsatz der Rechtssicherheit angemessen erscheinen.

78 Zudem steht außer Zweifel, dass durch Sanktionen wie die Präklusion gewährleistet werden kann, dass rechtswidrige Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber nach ihrer Bekanntgabe an die Betroffenen so rasch wie möglich angefochten und berichtigt werden, was ebenfalls mit den Zielen der Richtlinie 89/665 und mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit in Einklang steht.

79 Somit ist auf die dritte Frage zu antworten, dass die Richtlinie 89/665 einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, nach der die Nachprüfung einer Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers binnen einer bestimmten Frist beantragt werden muss, wobei sämtliche Mängel des Vergabeverfahrens, auf die der Antrag gestützt wird, innerhalb dieser Ausschlussfrist gerügt werden müssen, so dass bei Versäumnis der Frist im weiteren Verlauf des Verfahrens weder die betreffende Entscheidung angefochten noch ein solcher Mangel geltend gemacht werden kann, sofern die fragliche Frist angemessen ist.

Zur vierten Frage

80 Mit der vierten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob es gegen die Richtlinie 93/37 verstößt, wenn der öffentliche Auftraggeber in einem nicht offenen Verfahren diejenigen Bewerber, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden, nach einem Prüfungsmodus auswählt, der in der Auftragsbekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen nicht offen gelegt wurde, auch wenn Unterlagen, aus denen diese Bewertungskriterien ersichtlich sind, bei einem Notar hinterlegt wurden.

Beim Gerichtshof eingereichte Erklärungen

81 Die Antragstellerinnen des Ausgangsverfahrens machen geltend, das von der EBS angewandte Verfahren, bei dem den Bewerbern weder die Modalitäten des „Scoring"-Verfahrens noch die Bedeutung der einzelnen Kriterien für die Reihung der Teilnahmeanträge bekannt gegeben worden seien, sei mit den Grundsätzen der Transparenz und Objektivität nicht vereinbar. Die Bedeutung der einzelnen Kriterien für die Reihung müsse jedenfalls in der Ausschreibung klar zum Ausdruck gebracht werden, damit eine willkürliche Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers ausgeschlossen werde und die Bewerber die Möglichkeit erhielten, die Entscheidung auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu prüfen und Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen.

82 Die EBS und die österreichische Regierung tragen demgegenüber vor, eine Vorgehensweise wie die notarielle Hinterlegung von Unterlagen, aus denen die Regeln für die Bewertung der Bewerbungen ersichtlich seien, biete hinreichend Gewähr dafür, dass den Geboten der Nichtdiskriminierung und der Objektivität entsprochen werde. Aus diesen Grundsätzen folge zwar, dass der öffentliche Auftraggeber die von ihm für die Bewerberauswahl gewählte Vorgehensweise im Voraus festzulegen habe und dieser Auswahlmodus im späteren Verfahren nicht mehr geändert werden dürfe, sie begründeten jedoch keine Verpflichtung für den Auftraggeber, die Modalitäten der Bewerberauswahl in ihren Einzelheiten bekannt zu machen.

83 Die EBS weist darauf hin, dass sie in dem dem Ausgangsrechtsstreit zugrunde liegenden Vergabeverfahren die Hauptkriterien für die Reihung der Teilnahmeanträge in der Reihenfolge ihrer Bedeutung angegeben habe und dass sie gerade zur Förderung eines fairen und gleichen Wettbewerbs davon abgesehen habe, den Bewerbern die genauen Modalitäten für die Prüfung der Bewerbungen im Voraus bekannt zu geben. Sie habe nämlich die fünf objektiv besten Bauunternehmer für den ausgeschriebenen Bauauftrag gesucht und nicht Bauunternehmer, die ihr Angebot an den Vorstellungen des öffentlichen Auftraggebers, die sich gewöhnlich aus der Wahl des Bewertungsverfahrens ablesen ließen, ausrichteten.

Antwort des Gerichtshofes

84 Im Ausgangsverfahren ist unstreitig, dass die EBS von Anfang an jedem der zur Anwendung vorgesehenen Auswahlkriterien ein bestimmtes Gewicht zugeordnet hatte, wobei sie jedoch in der Ausschreibung keine Angaben hierüber machte, sondern sich darauf beschränkte, Unterlagen über das „Scoring"-Verfahren bei einem Notar zu hinterlegen.

85 Das vorlegende Gericht möchte also in dieser Rechtssache nicht wissen, ob ein öffentlicher Auftraggeber nach dem Gemeinschaftsrecht verpflichtet ist, die Regeln für die Gewichtung der zur Anwendung vorgesehenen Auswahlkriterien bereits vor der Auftragsbekanntmachung festzulegen; seine Frage an den Gerichtshof geht vielmehr nur dahin, ob den Anforderungen der Richtlinie 93/37 an die Bekanntmachung in einem Fall genügt ist, in dem der Auftraggeber diese Regeln im Voraus festgelegt hat.

86 Die vierte Frage ist folglich so zu verstehen, dass das vorlegende Gericht wissen möchte, ob die Richtlinie 93/37 dahin auszulegen ist, dass ein öffentlicher Auf-

traggeber, der im Rahmen eines nicht offenen Verfahrens im Voraus Regeln für die Gewichtung der Kriterien für die Auswahl der Bewerber, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden, aufgestellt hat, verpflichtet ist, diese Regeln in der Auftragsbekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben.

87 Für die Beantwortung der so umformulierten Frage ist vorab darauf hinzuweisen, dass die Richtlinie 93/37 keine besondere Bestimmung über die Anforderungen hinsichtlich einer vorherigen Bekanntmachung der Kriterien für die Auswahl der Bewerber enthält, die im Rahmen eines nicht offenen Verfahrens zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden.

88 Aus ihrem Titel und ihrer zweiten Begründungserwägung ergibt sich, dass die Richtlinie 93/37 lediglich die Koordinierung der einzelstaatlichen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge bezweckt und somit keine umfassende Gemeinschaftsregelung in diesem Bereich vorsieht (u. a. Urteil vom 27. November 2001 in den Rechtssachen C-285/99 und C-286/99, Lombardini und Mantovani, Slg. 2001, I-9233, Randnr. 33).

89 Die Richtlinie 93/37 soll jedoch, wie aus ihrer zweiten und ihrer zehnten Begründungserwägung hervorgeht, 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 (u. a. Urteil Lombardini und Mantovani, Randnr. 34).

90 Wie der Gerichtshof bereits in Bezug auf die Richtlinie 71/305 festgestellt hat, die — wie in Randnummer 6 des vorliegenden Urteils erwähnt — durch die Richtlinie 93/37 kodifiziert wurde, müssen die öffentlichen Auftraggeber aber die für jede Ausschreibung geltenden Kriterien und Bedingungen in angemessener Weise bekannt machen, um dem genannten Ziel Rechnung zu tragen (Urteil vom 20. September 1988 in der Rechtssache 31/87, Beentjes, Slg. 1988, 4635, Randnr. 21).

91 Denn der Grundsatz der Gleichbehandlung, der den Vergaberichtlinien zugrunde liegt, schließt eine Verpflichtung zur Transparenz ein, die es ermöglichen soll, die Beachtung dieses Grundsatzes zu überprüfen (u. a. Urteile vom 7. Dezember 2000 in der Rechtssache C-324/98, Telaustria und Telefonadress, Slg. 2000, I-10745, Randnr. 61, und vom 18. Juni 2002 in der Rechtssache C-92/00, HI, Slg. 2002, I-5553, Randnr. 45).

92 Diese dem öffentlichen Auftraggeber obliegende Verpflichtung zur Transparenz besteht darin, jedem potenziellen Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit zu gewährleisten, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden (vgl. Urteil Telaustria und Telefonadress, Randnr. 62).

93 Das Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags muss somit in jedem Stadium und insbesondere auch in dem der Auswahl der Bewerber in einem nicht offenen Verfahren sowohl den Grundsatz der Gleichbehandlung der potenziellen Bieter als auch den Grundsatz der Transparenz wahren, damit alle Betroffenen bei der Abfassung ihrer Teilnahmeanträge oder Angebote über die gleichen Chancen verfügen (in diesem Sinne — in Bezug auf das Stadium des Vergleichs der Angebote — Urteil vom 25. April 1996 in der Rechtssache C-87/94, Kommission/Belgien, Slg. 1996, I-2043, Randnr. 54).

94 Vor diesem Hintergrund stellt die Richtlinie 93/37 gemäß ihrer zehnten und ihrer elften Begründungserwägung Anforderungen hinsichtlich der Bekanntmachung der Kriterien für die Auswahl der Bewerber und die Vergabe des Auftrags auf.

95 Was die Auswahlkriterien angeht, so verlangt Artikel 7 Absatz 2 der Richtlinie 93/37, der für das Verhandlungsverfahren gilt, dass die Bewerber nach bekannten Eignungskriterien ausgewählt werden.

96 Hinsichtlich der Kriterien für die Auftragsvergabe bestimmt Artikel 13 Absatz 2 Buchstabe e der Richtlinie, der sowohl für das Verhandlungsverfahren als auch für das nicht offene Verfahren gilt, dass diese Kriterien zu den Mindestangaben gehören, die in der Aufforderung zur Angebotsabgabe enthalten sein müssen, sofern sie nicht in die Bekanntmachung aufgenommen worden sind.

97 Erfolgt der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot, so hat der öffentliche Auftraggeber nach Artikel 30 Absatz 2 der Richtlinie, der sowohl für das offene Verfahren als auch für das nicht offene Verfahren und das Verhandlungsverfahren gilt, in den Verdingungsunterlagen oder in der Bekanntmachung alle Zuschlagskriterien anzugeben, deren Verwendung er vorsieht, möglichst in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung. Aus diesem Artikel geht somit hervor, dass sich der öffentliche Auftraggeber, wenn er eine Gewichtung der zur Anwendung vorgesehenen Zuschlagskriterien vorgenommen hat, nicht darauf beschränken kann, diese Kriterien lediglich in den Verdingungsunterlagen oder in der Bekanntmachung zu benennen, sondern dass er den Bietern außerdem die vorgesehene Gewichtung mitteilen muss.

98 Wie nämlich der Gerichtshof in Bezug auf Artikel 27 Absatz 2 der Richtlinie 90/531/EWG des Rates vom 17. September 1990 betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. L 297, S. 1) festgestellt hat, der mit Artikel 30 Absatz 2 der Richtlinie 93/37 im Wesentlichen übereinstimmt, bezweckt die dem öffentlichen Auftraggeber dadurch auferlegte Verpflichtung gerade, den potenziellen Bietern vor der Vorbereitung ihrer Angebote die Zuschlagskriterien, denen diese Angebote entsprechen müssen, und die relative Bedeutung dieser Kriterien bekannt zu machen, um so die Beachtung der Grundsätze der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz zu gewährleisten (vgl. Urteil Kommission/Belgien, Randnrn. 88 und 89).

99 Die Auslegung, wonach der öffentliche Auftraggeber, der im Rahmen eines nicht offenen Verfahrens bereits vor der Veröffentlichung der Auftragsbekannt-

machung Regeln für die Gewichtung der zur Anwendung vorgesehenen Auswahlkriterien aufgestellt hat, diese Kriterien den Bewerbern im Voraus bekannt geben muss, erweist sich damit als die einzige Auslegung, die mit den Zielen der Richtlinie 93/37, wie sie in den Randnummern 89 bis 92 des vorliegenden Urteils beschrieben sind, vereinbar ist, da nur sie geeignet ist, ein angemessenes Transparenzniveau und damit die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in den Vergabeverfahren zu gewährleisten, für die diese Richtlinie gilt.

100 Damit ist auf die vierte Vorlagefrage zu antworten, dass die Richtlinie 93/37 dahin auszulegen ist, dass ein öffentlicher Auftraggeber, der im Rahmen eines nicht offenen Verfahrens im Voraus Regeln für die Gewichtung der Kriterien für die Auswahl der Bewerber, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden, aufgestellt hat, verpflichtet ist, diese Regeln in der Auftragsbekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben.

Kosten

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

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF (Sechste Kammer)

auf die ihm vom Vergabekontrollsenat des Landes Wien mit Beschluss vom 12. November 1999 vorgelegten Fragen für Recht erkannt:

1. Eine Einrichtung, die zwar nicht zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, die jedoch später solche Aufgaben übernommen hat und diese seither tatsächlich wahrnimmt, erfüllt das Tatbestandsmerkmal des Artikels 1 Buchstabe b Unterabsatz 2 erster Gedankenstrich der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, um als Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinne dieser Bestimmung qualifiziert werden zu können, sofern die Übernahme dieser Aufgaben objektiv festgestellt werden kann.

2. 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 in der Fassung der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge steht einer nationalen Regelung nicht entgegen, nach der die Nachprüfung einer Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers

binnen einer bestimmten Frist beantragt werden muss, wobei sämtliche Mängel des Vergabeverfahrens, auf die der Antrag gestützt wird, innerhalb dieser Ausschlussfrist gerügt werden müssen, so dass bei Versäumnis der Frist im weiteren Verlauf des Verfahrens weder die betreffende Entscheidung angefochten noch ein solcher Mangel geltend gemacht werden kann, sofern die fragliche Frist angemessen ist.

3. Die Richtlinie 93/37 ist dahin auszulegen, dass ein öffentlicher Auftraggeber, der im Rahmen eines nicht offenen Verfahrens im Voraus Regeln für die Gewichtung der Kriterien für die Auswahl der Bewerber, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden, aufgestellt hat, verpflichtet ist, diese Regeln in der Auftragsbekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben.

Puissochet Schintgen Gulmann

Skouris Macken

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 12. Dezember 2002.

Der Kanzler

R. Grass

Der Präsident der Sechsten Kammer

J.-P. Puissochet