URTEIL DES GERICHTSHOFES (Sechste Kammer)
4. Februar 1999 *

In der Rechtssache C-103/97

betreffend ein dem Gerichtshof nach Artikel 177 EG-Vertrag vom Tiroler Landesvergabeamt (Österreich) in dem bei diesem anhängigen Rechtsstreit

Josef Köllensperger GmbH & Co. KG und

Atzwanger AG

gegen

Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz

vorgelegtes Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung von Artikel 2 Absatz 8 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)

* Verfahrenssprache: Deutsch.

erläßt

DER GERICHTSHOF (Sechste Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten P. J. G. Kapteyn (Berichterstatter) sowie der Richter G. Hirsch, G. F. Mancini, H. Ragnemalm und R. Schintgen,

Generalanwalt: A. Saggio
Kanzler: H. A. Rühl, Hauptverwaltungsrat

unter Berücksichtigung der schriftlichen Erklärungen

— des Gemeindeverbands Bezirkskrankenhaus Schwaz, vertreten durch die Rechtsanwälte C. C. Schwaighofer und M. E. Sallinger, Innsbruck,

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

— der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch Rechtsberater H. van Lier und C. Schmidt, Juristischer Dienst, als Bevollmächtigte,

aufgrund des Sitzungsberichts,

nach Anhörung der mündlichen Ausführungen der österreichischen Regierung, vertreten durch M. Fruhmann, Bundeskanzleramt, als Bevollmächtigten, und der Kommission, vertreten durch H. van Lier und C. Schmidt, in der Sitzung vom 18. Juni 1998,

nach Anhörung der Schlußanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 24. September 1998,

folgendes

Urteil

1 Das Tiroler Landesvergabeamt hat mit Beschluß vom 7. November 1996, beim Gerichtshof eingegangen am 10. März 1997, gemäß Artikel 177 EG-Vertrag zwei Fragen nach der Auslegung des Artikels 2 Absatz 8 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) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2 Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit der Josef Köllensperger GmbH & Co. KG und der Atzwanger AG (im folgenden: Antragsteller) gegen den Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz über die Vergabe von Bauaufträgen bei der Erweiterung des Bezirkskrankenhauses Schwaz.

3 Durch die Richtlinie 89/665 soll eine wirksame und möglichst rasche Anwendung der Gemeinschaftsrichtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge gewährleistet werden. Da die im allgemeinen, auf nationaler und auf Gemeinschaftsebene in diesem Bereich bestehenden Nachprüfungsverfahren nicht hinreichend erschienen und die einzelnen Richtlinien keine besonderen Nachprüfungsverfahren vorsahen, wurde den Mitgliedstaaten durch diese Richtlinie aufgegeben, vor dem 21. Dezember 1991 angemessene Nachprüfungsverfahren für den Fall von Rechtsverstößen bei Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge einzuführen (Artikel 1 Absatz 1 und Artikel 5).

4 Artikel 2 Absatz 8 der Richtlinie 89/665 bestimmt:

„Eine für Nachprüfungsverfahren zuständige Instanz, die kein Gericht ist, muß ihre Entscheidung stets schriftlich begründen. Ferner ist in diesem Falle sicherzustellen,

daß eine behauptete rechtswidrige Maßnahme der zuständigen Grundinstanz oder ein behaupteter Verstoß bei der Ausübung der ihr übertragenen Befugnisse zum Gegenstand einer Klage oder einer Nachprüfung bei einer anderen gegenüber den öffentlichen Auftraggebern und der Grundinstanz unabhängigen Instanz, die ein Gericht im Sinne des Artikels 177 des Vertrages ist, gemacht werden können.

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

5 In Österreich wurde die Richtlinie 89/665 auf Bundesebene durch das Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) umgesetzt. Dieses sieht zwei Verfahren vor, nämlich ein Schlichtungsverfahren vor der Bundesvergabekontrollkommission und ein Verfahren vor dem Bundesvergabeamt.

6 Im Land Tirol erfolgte die Umsetzung durch das Tiroler Gesetz über die Vergabe von Aufträgen (TVergG). Dieses sieht die Zuständigkeit des Tiroler Landesvergabeamts für Nachprüfungen im Rahmen der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Liefer-, Bau- und Baukonzessionsaufträge vor.

7 § 6 TVergG bestimmt:

„(1) Beim Amt der Tiroler Landesregierung ist das Landesvergabeamt einzurichten. Es besteht aus:

a) einer mit den Angelegenheiten des Vergabewesens vertrauten Person als Vorsitzendem,

b) einem rechtskundigen Bediensteten des Amtes der Tiroler Landesregierung als Berichterstatter,

c) einem Mitglied aus dem Richterstand,

d) je einem von der Wirtschaftskammer Tirol, der Architekten- und Ingenieurkonsulentenkammer für Tirol und Vorarlberg, der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Tirol und dem Tiroler Gemeindeverband vorzuschlagenden Mitglied, das mit den Angelegenheiten des Vergabewesens vertraut ist.

...

(3) Die Mitglieder des Landesvergabeamts sind von der Landesregierung auf die Dauer von fünf Jahren zu bestellen. Sie müssen zum Landtag wählbar sein. Bei den Mitgliedern nach Abs. 1 lit. d und Abs. 2 hat die Landesregierung die vor

schlagsberechtigten Stellen aufzufordern, binnen einer angemessen festzusetzenden Frist einen Vorschlag zu erstatten. Wird ein Vorschlag nicht rechtzeitig erstattet, so ist die Bestellung ohne Vorschlag vorzunehmen. Vor der Bestellung des Mitgliedes nach Abs. 1 lit. c ist der Präsident des Oberlandesgerichtes Innsbruck zu hören. Für jedes Mitglied ist in gleicher Weise ein Ersatzmitglied zu bestellen. Jedes Mitglied wird im Falle seiner Verhinderung durch sein Ersatzmitglied vertreten.

(4) Ein Mitglied oder Ersatzmitglied des Landesvergabeamts scheidet vorzeitig aus dem Amt durch Verzicht oder Widerruf der Bestellung, ein Mitglied nach Abs. 1 lit. b und c auch durch Ausscheiden aus dem Dienst- oder Berufsstand. Der Verzicht ist gegenüber der Landesregierung schriftlich zu erklären. ... Die Bestellung ist zu widerrufen, wenn die Voraussetzungen für die Bestellung nicht mehr gegeben sind oder wenn Umstände eintreten, die der ordnungsgemäßen Ausübung des Amtes voraussichtlich auf Dauer entgegenstehen. Scheidet ein Mitglied oder Ersatzmitglied vorzeitig aus, so ist unverzüglich für die restliche Amtsdauer ein neues Mitglied oder Ersatzmitglied zu bestellen.

...

(6) Das Landesvergabeamt ist beschlußfähig, wenn alle Mitglieder ordnungsgemäß eingeladen wurden und der Vorsitzende, der Berichterstatter, das Mitglied aus dem Richterstand und mindestens ein weiteres Mitglied anwesend sind. Es faßt seine Beschlüsse mit einfacher Stimmenmehrheit. Bei Stimmengleichheit gibt die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag. Stimmenthaltung ist nicht zulässig.

(7) Die Mitglieder des Landesvergabeamts sind bei der Ausübung ihres Amtes an keine Weisungen gebunden. Ihre Bescheide unterliegen nicht der Aufhebung oder Abänderung im Verwaltungswege.

(8) Die Kanzleiarbeiten des Landesvergabeamts sind vom Amt der Tiroler Landesregierung zu besorgen."

8 Am 6. April 1995 stellten die Antragsteller einen Antrag auf Aufhebung der Vergabe von Bauaufträgen bei der Erweiterung des Bezirkskrankenhauses Schwaz wegen Verstoßes gegen das TVergG.

9 Mit Bescheid vom 27. Juni 1995 wies das Tiroler Landesvergabeamt den Antrag mit der Begründung zurück, der Zuschlag sei dem Bestbieter erteilt worden. Es schloß hieraus, daß den Antragstellern auch bei Einhaltung der Bestimmungen des Landesvergabegesetzes der Zuschlag nicht erteilt worden wäre.

10 Die Antragsteller fochten diesen Bescheid daraufhin vor dem Verfassungsgerichtshof an.

11 Der Verfassungsgerichtshof hob am 12. Juni 1996 den Bescheid des Tiroler Landesvergabeamts mit der Begründung auf, daß dessen Zusammensetzung im Zeitpunkt seiner Entscheidung, dem 27. Juni 1995, nicht den Erfordernissen des Artikels 2 Absatz 8 der Richtlinie 89/665 entsprochen habe.

12 Der Verfassungsgerichtshof stellte fest, der Vorsitzende des Tiroler Landesvergabeamts — ein Ingenieur — habe nicht die juristischen und beruflichen Qualifikationen zur Ausübung des Richteramts besessen, so daß die Antragsteller durch den Bescheid vom 27. Juni 1995 in ihrem verfassungsrechtlich gewährleisteten Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter verletzt worden seien.

13 Am 16. Juli 1996 erklärte der Vorsitzende des Tiroler Landesvergabeamts, der beim Erlaß der streitigen Entscheidung den Vorsitz geführt hatte, den Verzicht auf dieses Amt mit Wirkung vom 12. Juli 1996, und die Tiroler Landesregierung ernannte einen neuen Vorsitzenden.

14 Im fortgesetzten Verfahren vor dem Tiroler Landesvergabeamt machte der Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz geltend, das Landesvergabeamt sei noch immer nicht in Übereinstimmung mit der Richtlinie 89/665 besetzt.

15 Das Tiroler Landesvergabeamt hegt Zweifel bezüglich der in § 6 Absatz 1 Buchstabe d des TVergG genannten Mitglieder und hat daher dem Gerichtshof folgende zwei Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist Artikel 2 der Richtlinie 89/665/EWG vom 21. Dezember 1989 dahin gehend auszulegen, daß das (Tiroler) Landesvergabeamt, welches mit (Tiroler) Landesgesetz vom 6. Juli 1994 über die Vergabe von Aufträgen (Tiroler Vergabegesetz; LGBl. Nr. 87/1994) eingerichtet wurde, eine Nachprüfungsinstanz im Sinne des Artikels 2 Absatz 8 der Richtlinie darstellt?

2. Ist durch das Gesetz vom 6. Juli 1994 über die Vergabe von Aufträgen (Tiroler Vergabegesetz; LGBl. Nr. 87/1994) sichergestellt, daß die Richtlinie 89/665 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge für die in Artikel 1 genannten Nachprüfungsverfahren in innerstaatliches Recht umgesetzt ist?

Zur Zulässigkeit der Vorlage

16 Einleitend stellt sich die Frage, ob das Tiroler Landesvergabeamt ein Gericht im Sinne des Artikels 177 EG-Vertrag ist und seine Fragen somit zulässig sind.

17 Hierzu ist daran zu erinnern, daß der Gerichtshof nach ständiger Rechtsprechung zur Beurteilung der rein gemeinschaftsrechtlichen Frage, ob die vorlegende Einrichtung Gerichtscharakter im Sinne von Artikel 177 EG-Vertrag besitzt, auf eine Reihe von Gesichtspunkten abstellt, wie gesetzliche Grundlage der Einrichtung, ständiger Charakter, obligatorische Gerichtsbarkeit, streitiges Verfahren, Anwendung von Rechtsnormen durch die Einrichtung sowie deren Unabhängigkeit (vgl. zuletzt Urteil vom 17. September 1997 in der Rechtssache C-54/96, Dorsch Consult, Slg. 1997, I-4961, Randnr. 23, und Urteile vom 30. Juni 1966 in der Rechtssache 61/65, Vaassen-Göbbels, Slg. 1966, 584, vom 11. Juni 1987 in der Rechtssache 14/86, Pretore di Salò/X, Slg. 1987, 2545, Randnr. 7, vom 17. Oktober 1989 in der Rechtssache 109/88, Danfoss, Slg. 1989, 3199, Randnrn. 7 und 8, vom 27. April 1994 in der Rechtssache C-393/92, Almelo, Slg. 1994, I-1477, und vom 19. Oktober 1995 in der Rechtssache C-111/94, Job Centre, Slg. 1995, I-3361, Randnr. 9).

18 Die ersten fünf Kriterien werfen keine Zweifel auf. Aus § 6 TVergG, in dem die Zusammensetzung und die Funktionsweise des Tiroler Landesvergabeamts geregelt sind, ergibt sich nämlich, daß dieses sie erfüllt.

19 Hingegen steht nicht offensichtlich fest, ob die Voraussetzung der Unabhängigkeit erfüllt ist.

20 Wie nämlich der Generalanwalt in Nummer 25 seiner Schlußanträge festgestellt hat, enthält das TVergG keine besonderen Vorschriften über die Ablehnung und Stimmenthaltung der Mitglieder des Tiroler Landesvergabeamts.

21 Außerdem erscheint die in § 6 Absatz 4 TVergG hinsichtlich der Abberufung der Mitglieder enthaltene Formulierung „wenn Umstände eintreten, die der ordnungsgemäßen Ausübung des Amtes voraussichtlich auf Dauer entgegenstehen" auf den ersten Blick zu vage, um einen Schutz gegen unzulässige Eingriffe oder unzulässigen Druck der Exekutive zu gewährleisten.

22 Hierzu ist erstens festzustellen, daß § 5 Absatz 2 TVergG ausdrücklich vorsieht, daß auf das Nachprüfungsverfahren das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 anzuwenden ist, soweit im folgenden nichts anderes bestimmt ist. Dieses Gesetz enthält nun sehr genaue Vorschriften über die Umstände, unter denen sich die Mitglieder des betroffenen Organs zu enthalten haben. Darüber hinaus stellt nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs die Nichterfüllung dieser Verpflichtung einen Formfehler dar, auf den sich die Betroffenen vor Gericht berufen können.

23 Zweitens ist § 6 Absatz 7 TVergG zu beachten. Diese Bestimmung untersagt ausdrücklich jede Weisung gegenüber den Mitgliedern des Tiroler Landesvergabeamts bei der Ausübung ihres Amtes und entspricht damit Artikel 20 des österreichischen Bundesverfassungsgesetzes, der sich auf die Unabhängigkeit der Mitglieder der Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag bezieht, zu denen das Tiroler Landesvergabeamt gehört.

24 Diese Vorschriften in ihrem Zusammenhang gesehen, stehen somit der Schlußfolgerung entgegen, daß § 6 Absatz 4 TVergG nicht die Unabhängigkeit der Mitglieder des Landesvergabeamts gewährleiste. Es steht dem Gerichtshof nicht zu, anzunehmen, eine solche Bestimmung werde in einer der österreichischen Verfassung und den Grundsätzen eines Rechtsstaats zuwiderlaufenden Weise angewandt.

25 Das Tiroler Landesvergabeamt ist demgemäß als ein Gericht im Sinne des Artikels 177 EG-Vertrag anzusehen, und seine Fragen sind zulässig.

Zu den Vorlagefragen

26 Die Fragen des Tiroler Landesvergabeamts gehen im wesentlichen dahin, ob Bestimmungen wie die über seine Zusammensetzung und seine Funktionsweise den in Artikel 2 Absatz 8 der Richtlinie 89/665 aufgestellten Voraussetzungen entsprechen.

27 Diese Bestimmung bezieht sich auf die Instanzen, die für Verfahren zur Nachprüfung von Entscheidungen der zuständigen Grundinstanzen über die Vergabe von unter die Richtlinie 89/665 fallenden öffentlichen Aufträgen zuständig sind.

28 Gemäß Artikel 2 Absatz 8 Unterabsatz 1 können die Mitgliedstaaten bei der Organisation des Systems zur Überprüfung der öffentlichen Aufträge zwischen zwei Lösungen wählen.

29 Die erste Lösung besteht darin, die Zuständigkeit für Nachprüfungen Gerichten zu übertragen. Bei der zweiten Lösung wird diese Zuständigkeit zunächst Instanzen übertragen, die keine Gerichte sind. Im letzteren Fall müssen die von diesen Instanzen getroffenen Entscheidungen zum Gegenstand einer Klage oder einer Nachprüfung bei einer anderen Instanz gemacht werden können, die den besonderen in Artikel 2 Absatz 8 Unterabsatz 2 der Richtlinie 89/665 aufgestellten Erfordernissen entspricht, um eine angemessene Nachprüfung sicherzustellen.

30 Hieraus folgt, daß in einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens, in dem die zuständige Nachprüfungsinstanz ein Gericht ist, diese Garantievorschriften nicht anwendbar sind.

31 Auf die Fragen des nationalen Gerichts ist daher zu antworten, daß die in Artikel 2 Absatz 8 der Richtlinie 89/665 aufgestellten Voraussetzungen auf Bestimmungen wie diejenigen zur Regelung seiner Zusammensetzung und seiner Funktionsweise nicht anwendbar sind.

Kosten

32 Die Auslagen der österreichischen Regierung und der Kommission, die vor dem Gerichtshof Erklärungen 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 Tiroler Landesvergabeamt mit Beschluß vom 7. November 1996 vorgelegten Fragen für Recht erkannt:

Die in Artikel 2 Absatz 8 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 aufgestellten Voraussetzungen sind auf

Bestimmungen wie diejenigen zur Regelung der Zusammensetzung und der Funktionsweise des Tiroler Landesvergabeamts nicht anwendbar.

Kapteyn Hirsch Mancini

Ragnemalm Schintgen

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 4. Februar 1999.

Der Kanzler

R. Grass

Der Präsident der Sechsten Kammer

P. J. G. Kapteyn