SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS PAOLO MENGOZZI vom 29. Juni 2010[1]

1. Im vorliegenden Vertragsverletzungsverfahren wird der Gerichtshof um die Klärung der Frage ersucht, ob das Recht der Union auf einen öffentlichen Auftrag anwendbar ist, für den die einschlägigen Richtlinien nur die Anwendung von Mindestregeln vorsehen. Es handelt sich genauer um einen Auftrag für Übersetzungsleistungen, für die die Richtlinie 2004/18/EG[2] nur die Verpflichtung enthält, die technischen Spezifikationen der Dienstleistung anzugeben und eine Bekanntmachung über den erfolgten Zuschlag zu veröffentlichen. Die Kommission ist jedoch der Auffassung, dass die irische Verwaltung aufgrund der Rechtsprechung des Gerichtshofs weitere Verpflichtungen hätte erfüllen müssen, deren Nichtbeachtung zu dem vorliegenden Verfahren geführt hat.

I — Rechtlicher Rahmen

2. Die für diese Rechtssache grundlegenden Vorschriften der Union finden sich außer in den Verträgen in der genannten Richtlinie 2004/18/EG (im Folgenden: Richtlinie).

3. Unstreitig ist zwischen den Parteien, dass die fraglichen Dienstleistungen zu den in Anhang II Teil B der Richtlinie aufgeführten Dienstleistungen gehören. Übersetzungsleistungen fallen nämlich als „andere Dienstleistungen“ in die Kategorie 27 dieses Anhangs.

4. Art. 21 der Richtlinie mit der Überschrift „Aufträge über Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil B“ bestimmt:

„Aufträge über Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil B unterliegen nur Artikel 23 und Artikel 35 Absatz 4.“

5. Art. 23 der Richtlinie mit der Überschrift „Technische Spezifikationen“ ist nicht Gegenstand von Meinungsverschiedenheiten, und sein vollständiger Wortlaut braucht deshalb hier nicht wiedergegeben zu werden. Es handelt sich um eine sehr lange und detaillierte Bestimmung, wonach, wer öffentliche Aufträge vergibt, die Anforderungen hinsichtlich der geforderten Dienstleistung klar und genau angeben muss, um eine unterschiedliche Behandlung derer zu vermeiden, die am

1 — Originalsprache: Italienisch.

2 — Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134, S. 114).

Abschluss eines Vertrags mit der Verwaltung interessiert sind.

6. Art. 35 Abs. 4 der Richtlinie verpflichtet dagegen den öffentlichen Auftraggeber, der einen öffentlichen Auftrag vergeben hat, eine Bekanntmachung mit den Ergebnissen des Verfahrens vorzubereiten. Die Kommission wirft Irland keinen Verstoß gegen diese Bestimmung vor.

II — Sachverhalt und vorprozessuales Verfahren

7. Am 16. Mai 2006 wurde im Supplement zum *Amtsblatt der Europäischen Union* eine Bekanntmachung [3] über den von der irischen Regierung ausgeschriebenen Auftrag für Übersetzungsdienste und Dolmetscherdienste zugunsten der für Flüchtlingsfragen zuständigen Behörde veröffentlicht.

8. In der Bekanntmachung wurde die Kategorie der geforderten Dienstleistungen angegeben, und es wurde ein Schlusstermin für die Bekundung des Interesses an der Teilnahme an dem Vergabeverfahren gesetzt (9. Juni 2006). Hinsichtlich der Modalitäten des Zuschlags wurde ausgeführt, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot ausgewählt werde, und zwar auf der Grundlage folgender sieben Kriterien:

(1) Vollständigkeit der eingereichten Unterlagen;

(2) Erklärung über die Fähigkeit, den Anforderungen zu genügen;

(3) Anzahl der Lose [4], Dienstleistungen und Sprachen;

(4) Qualifikationen und einschlägige Berufserfahrung;

(5) Preis;

(6) Geeignetheit der vorgeschlagenen Modalitäten;

(7) Referenzorte.

9. In der Bekanntmachung hieß es weiter, dass die genannten Zuschlagskriterien nicht in absteigender Reihenfolge nach Maßgabe ihrer Bedeutung aufgeführt seien.

3 — ABl. 92 vom 16.5.2006. Die Bekanntmachung hat die Referenznummer 2006/S 92-098663.

4 — Die Bekanntmachung sah die Unterteilung des Auftrags in mehrere Lose vor.

10. Zwölf Gesellschaften bekundeten ihr Interesse an einer Teilnahme an dem Vergabeverfahren; drei davon hatten ihren Sitz außerhalb des irischen Hoheitsgebiets.

11. Unmittelbar nach Ablauf der Frist für die Einreichung der Angebote erhielten die Mitglieder der Vergabekommission eine Aufstellung, die eine Gewichtung der Zuschlagskriterien enthielt. Diese schwankte zwischen 0 % (für das erste Kriterium betreffend die Vollständigkeit der Unterlagen) und 30 % (für das vierte Kriterium). Was die übrigen Kriterien betrifft, ergab sich aus der Aufstellung ein Gewicht von 7 % für das zweite Kriterium, von 25 % für das dritte Kriterium, von 20 % für das fünfte Kriterium, von 10 % für das sechste Kriterium und von 8 % für das siebte Kriterium.

12. In den folgenden Tagen unterzogen die einzelnen Mitglieder der Vergabekommission die abgegebenen Angebote individuell einer ersten Prüfung.

13. Am 22. Juni 2006 trat die Vergabekommission zum ersten Mal zusammen. Sie beschloss vor der Prüfung der verschiedenen Angebote, die Gewichtung der Kriterien zu ändern, und setzte das Gewicht des vierten Kriteriums (von zuvor 30 %) auf 25 % herab und erhöhte das Gewicht des sechsten Kriteriums (von zuvor 10 %) auf 15 %. Die Gewichtung der übrigen Kriterien blieb unverändert. Die Vergabekommission ging sodann zur Bewertung der Angebote und zur Vergabe des Auftrags über, wobei sie die neue, gerade beschlossene Gewichtung anwandte.

14. Die Kommission erhielt eine Anzeige eines im Ergebnis nicht erfolgreichen Wettbewerbsteilnehmers. Nach einem Informationsaustausch mit Irland übersandte die Kommission am 23. Oktober 2007 ein Mahnschreiben und am 23. September 2008 aufgrund der Antworten der irischen Regierung, die sie als nicht zufriedenstellend ansah, eine mit Gründen versehene Stellungnahme.

III — Verfahren vor dem Gerichtshof und Vorbringen der Parteien

15. Die Kommission hat am 19. Juni 2009 die vorliegende Vertragsverletzungsklage erhoben, da sie die Antwort der irischen Behörden auf die mit Gründen versehene Stellungnahme für nicht zufriedenstellend hielt.

16. Die Kommission beantragt,

— festzustellen, dass Irland gegen seine sich aus den Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Transparenz in der Auslegung des Gerichtshofs ergebenden Verpflichtungen verstoßen hat, indem es nach Ablauf der Frist für die Abgabe der Angebote eine Gewichtung der Zuschlagskriterien für den Auftrag vorgenommen und diese Gewichtung nach

einer ersten Prüfung der eingereichten Angebote geändert hat;

— Irland die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

17. Irland beantragt,

— die Klage abzuweisen,

— der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

IV — Zur Vertragsverletzung

A — *Die Rechtsnatur des in Rede stehenden Auftrags*

18. Vor einer Untersuchung der streitigen Vertragsverletzung muss die Natur des von den irischen Behörden ausgeschriebenen Auftrags geklärt werden, damit festgestellt werden kann, welche Vorschriften auf ihn anwendbar sind.

19. Zwischen den Parteien ist wie gesagt unstreitig, dass die von der irischen Verwaltung ausgeschriebenen Dienste, die den Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits bilden, unter Anhang II Teil B der Richtlinie fallen. Folglich sah die Richtlinie ausdrücklich nur die Verpflichtungen vor, die sich auf die technischen Spezifikationen (Art. 23 der Richtlinie) und auf die Bekanntmachung der erfolgten Vergabe (Art. 35 Abs. 4) bezogen. Insoweit hat die Kommission jedoch keinen Vorwurf gegen Irland erhoben.

20. Bekanntlich findet sich das auf öffentliche Aufträge anwendbare Recht der Europäischen Union nicht nur in den besonderen Bestimmungen der einschlägigen Richtlinien. Der Gerichtshof hat vielmehr in seiner Rechtsprechung stets auf die Notwendigkeit hingewiesen, in diesem Bereich nicht die Bedeutung des primären Gemeinschaftsrechts aus dem Auge zu verlieren.

21. In der Tat ist daran zu erinnern, dass nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs 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. [5]

5 — Vgl. z. B. Urteile vom 18. Juni 2002, HI (C-92/00, Slg. 2002, I-5553, Randnr. 43), und vom 13. November 2007, Kommission/Irland (C-507/03, Slg. 2007, I-9777, Randnr. 27).

22. Folglich müssen die Vorschriften des Vertrags Anwendung finden, sobald ein öffentlicher Auftrag ein, sei es auch nur potenzielles, grenzüberschreitendes Interesse aufweist. [6] Diese Anwendung tritt natürlich zu der Beachtung eventueller Förmlichkeiten hinzu, die zwingend in den Vorschriften vorgesehen sind, wie etwa im vorliegenden Fall die Verpflichtungen, die sich aus den technischen Spezifikationen und aus der Bekanntmachung des erfolgten Zuschlags ergeben.

23. Aus dem primären Gemeinschaftsrecht, namentlich aus den Grundsätzen der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit, ergeben sich insbesondere zwei Verpflichtungen: Zum einen müssen die Behörden das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit und den Gleichbehandlungsgrundsatz respektieren, und zum anderen obliegt ihnen eine Verpflichtung zur Transparenz, damit festgestellt werden kann, ob sie diese Grundsätze beachtet haben. [7]

24. Das Bestehen der in den vorigen Absätzen aufgeführten Grundsätze ist offensichtlich zwischen den Parteien nicht wirklich streitig, ebenso wenig wie der Umstand, dass der in Rede stehende Auftrag ein grenzüberschreitendes Interesse aufwies, was durch die Entscheidung, eine Mitteilung darüber im Supplement des *Amtsblatts der Europäischen Union* zu veröffentlichen, und durch den Umstand belegt wird, dass einige der Wettbewerbsteilnehmer nicht in Irland ansässige Unternehmen waren. [8] Streitig ist vielmehr, ob das Verhalten der irischen Verwaltung unter den besonderen Umständen des Falles den genannten Grundsätzen entsprach.

B — *Vorbringen der Parteien*

25. Die Kommission macht in ihrer knapp gehaltenen Klageschrift geltend, dass die irische Verwaltung die ihr nach dem Recht der Union obliegenden Verpflichtungen unter zwei verschiedenen Gesichtspunkten verletzt habe, wobei sie in beiden Fällen gegen die in der Rechtsprechung des Gerichtshofs

6 — Die Notwendigkeit eines grenzüberschreitenden Interesses wird in der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht immer deutlich hervorgehoben, in der sich bisweilen Ausführungen finden, die eine unbedingte Anwendung der im Vertrag enthaltenen Grundsätze zu implizieren scheinen: vgl. z. B. Urteil vom 7. Dezember 2000, Telaustria und Telefonadress (C-324/98, Slg. 2000, I-10745, Randnr. 60), und Beschluss vom 3. Dezember 2001, Vestergaard (C-59/00, Slg. 2001, I-9505, Randnr. 20). In anderen Entscheidungen wird dieses Erfordernis dagegen ausdrücklich genannt: vgl. z. B. für Konzessionen Urteile vom 21. Juli 2005, Coname (C-231/03, Slg. 2005, I-7287, Randnr. 20), und vom 13. April 2010, Wall (C-91/08, Slg. 2010, I-2815, Randnr. 34). Speziell für nicht prioritäre Dienstleistungen (mit anderen Worten die, die im Anhang II Teil B der Richtlinie aufgeführt sind) vgl. Urteil Kommission/Irland, oben in Fn. 5 angeführt (Randnr. 29). Die Kommission selbst hat die Notwendigkeit eines grenzüberschreitenden Interesses anerkannt in ihrer Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen (ABl. vom 1.8.2006, C 179, S. 2, Punkt 1.3).

7 — Dies ergibt sich aus einer ständigen Rechtsprechung: vgl. u. a. Urteil vom 13. Oktober 2005, Parking Brixen (C-458/03, Slg. 2005, I-8585, Randnrn. 47 bis 49).

8 — Die Kommission hat jedoch eher extensiv argumentiert, um das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Interesses darzutun, natürlich um den sich für sie aus der Beweislast in diesem Punkt ergebenden Grundsatz zu beachten. Vgl. Urteil Kommission/Irland, oben in Fn. 5 angeführt (Randnr. 32).

aufgestellten Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz verstoßen habe.

26. Erstens sei das Verhalten der irischen Behörden rechtswidrig, weil die Gewichtung der Kriterien für die Vergabe des Auftrags erst nach Ablauf der Frist für die Abgabe der Angebote erfolgt sei.

27. Rechtswidrig sei zweitens die Änderung dieser Gewichtung nach der Vornahme einer ersten Prüfung der eingereichten Angebote.

28. Die Kommission weist ferner darauf hin, dass in der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten, die den Unternehmen nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung im Amtsblatt übersandt worden sei, der Hinweis darauf, dass die Zuschlagskriterien nicht in absteigender Reihenfolge nach Maßgabe ihrer Bedeutung aufgeführt seien, nicht mehr enthalten gewesen sei, so dass die Wettbewerbsteilnehmer vernünftigerweise davon hätten ausgehen können, dass genau diese Reihenfolge der angegebenen Kriterien maßgebend sei. Vielmehr hätten die irischen Behörden die Wettbewerbsteilnehmer irregeführt, da bei der Gewichtung den Kriterien nicht das ihrer Position in der Liste entsprechende Gewicht beigemessen worden sei. In ihrer Erwiderung hat die Kommission allerdings klargestellt, dass die Frage der genauen Reihenfolge der angegebenen Kriterien nicht die Grundlage ihrer Klage bilde, die sich vielmehr allein auf die beiden angegebenen Gesichtspunkte stütze: die Gewichtung der Kriterien nach Ablauf der Frist für die Abgabe der Angebote und die Änderung dieser Gewichtung nach Vornahme einer ersten Prüfung der Angebote durch die einzelnen Mitglieder der Vergabekommission.

29. Irland räumt im Wesentlichen die von der Kommission wiedergegebenen Tatsachen ein [9], bestreitet jedoch, dass diese einen Verstoß gegen das Recht der Union darstellen.

30. Die irische Regierung betont namentlich, dass die Änderung der Kriterien am 22. Juni 2006 unbedeutend gewesen sei (eine Herabsetzung des Gewichts des vierten Kriteriums um 5 % und eine entsprechende Erhöhung des Gewichts des sechsten Kriteriums um 5 %) und völlig ungeeignet sei, um irgendeinen Wettbewerbsteilnehmer gegenüber einem anderen zu begünstigen oder zu benachteiligen. Eine nachträgliche Prüfung würde nämlich ergeben, dass der Zuschlagsempfänger den Zuschlag auch bei Anwendung der Kriterien in ihrer ursprünglichen Gewichtung erhalten hätte.

31. Da somit keine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Wettbewerbsteilnehmer vorliege, sei die Prüfung der Beachtung des Grundsatzes der Transparenz

9 — Durch den ausdrücklichen Hinweis der irischen Regierung darauf, dass die Gewichtung der Kriterien *vor* Beginn der Prüfung der Angebote durch die Vergabekommission erfolgte, wird jedoch nicht in Zweifel gezogen, dass die einzelnen Mitglieder dieser Kommission in der Zwischenzeit bereits *individuell* eine erste Prüfung dieser Angebote vorgenommen hatten, wie klar aus den der Klageschrift der Kommission beigefügten Unterlagen hervorgeht.

nicht erforderlich, denn dieser zweite Grundsatz habe nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs im Verhältnis zum ersten nur akzessorischen Charakter.

mehr geprüft zu werden, wenn diese beiden Grundsätze nicht verletzt seien.

34. Dem ist nicht zu folgen.

C — *Beurteilung*

35. Zwar hat der Grundsatz der Transparenz nach dem der ständigen Rechtsprechung in diesem Bereich zugrunde liegenden Gedanken akzessorischen Charakter gegenüber dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Diskriminierungsverbot. Dieser akzessorische Charakter bedeutet jedoch keine Unterordnung mit der von der irischen Regierung dargelegten Konsequenz. Das Transparenzgebot ist vielmehr akzessorisch in dem Sinne, dass *seine Beachtung es ermöglicht, festzustellen, ob die beiden anderen „hauptsächlichen" Verpflichtungen erfüllt worden sind.* Wenn die Verwaltung nicht transparent arbeitet, ist es schwierig, wenn nicht unmöglich, festzustellen, ob sie ihre Verpflichtung zur Gleichbehandlung und zur Nichtdiskriminierung beachtet hat.

32. Aus logischen Gründen und aus Gründen der Klarheit der Argumentation werde ich meine Prüfung des Sachverhalts unter rechtlichen Aspekten mit einigen Bemerkungen zum Grundsatz der Transparenz bei öffentlichen Aufträgen einleiten. Ich werde sodann die beiden Rügen der Kommission prüfen, um abschließend auf einen Gesichtspunkt einzugehen, den die Parteien, wie mir scheint, zu Unrecht außer Acht gelassen haben.

36. Außerdem ist die Beachtung des Transparenzgebots eine unverzichtbare Voraussetzung dafür, dass mit Sicherheit alle potenziellen Anbieter in geeigneter Weise über den öffentlichen Auftrag informiert werden, so dass ihre Gleichbehandlung gewährleistet ist. [10]

1. Zum Grundsatz der Transparenz

33. Irland macht, wie wir gesehen haben, geltend, dass der Grundsatz der Transparenz bei öffentlichen Aufträgen gegenüber dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Diskriminierungsverbot subsidiären Charakter habe. Deshalb brauche seine Beachtung nicht

37. Folglich muss die Wahrung des Grundsatzes der Transparenz immer geprüft werden, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind,

10 — Vgl. Urteil Coname, oben in Fn. 6 angeführt, Randnr. 17.

die von der Rechtsprechung für die Anwendung der sich aus dem primären Recht der Union ergebenden Grundsätze auf einen öffentlichen Auftrag festgelegt worden sind. Im Gegenteil könnte von einem logischen Standpunkt aus gesehen allenfalls davon ausgegangen werden, dass die Prüfung dieses Grundsatzes derjenigen der Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Diskriminierungsverbots *vorangehen* muss.

2. Zur ersten Rüge der Kommission

38. Mit ihrer ersten Rüge wirft die Kommission Irland wie gesagt vor, die Gewichtung der verschiedenen Zuschlagskriterien erst nach Ablauf der Frist für die Abgabe der Angebote vorgenommen zu haben. Durch diese verspätete Identifizierung seien die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz verletzt worden.

39. Dieser ersten Rüge kann meines Erachtens aus folgenden Gründen nicht stattgegeben werden.

40. Erstens schrieb die Richtlinie unstreitig nicht vor, die Gewichtung der Zuschlagskriterien im Voraus anzugeben. Wie nämlich die Kommission selbst in ihrer Klageschrift ausführt, war Art. 40 der Richtlinie, dessen Abs. 5 Buchst. e eine derartige Verpflichtung enthält, auf den Auftrag, um den es hier geht, nicht anwendbar. Genauer gesagt verlangte die Richtlinie im vorliegenden Fall nicht einmal, die Zuschlagskriterien vorab bekannt zu geben, was die irischen Behörden jedoch getan haben.

41. Zweitens ergibt sich eine solche Verpflichtung auch nicht aus der Rechtsprechung. Insbesondere kann entsprechend auf eine Entscheidung des Gerichtshofs verwiesen werden, in der dieser für einen Sachverhalt, der ganz unter die Richtlinien über öffentliche Aufträge fiel, das Vorgehen einer Verwaltung als rechtmäßig angesehen hat, die die Unterkriterien eines Zuschlagskriteriums *nach* der Vorlage der Angebote, aber *vor* der Öffnung der diese enthaltenen Umschläge gewichtet hatte. [11]

42. Man muss sich natürlich fragen, ob die Verpflichtung, die Gewichtung der verschiedenen Zuschlagskriterien schon in der Bekanntmachung bekannt zu geben, als natürliche Konsequenz der Pflicht zur Beachtung der Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz anzusehen ist. Dies ist jedoch meiner Meinung nach namentlich unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht der Fall.

43. In der Rechtsprechung zu den öffentlichen Aufträgen, die der Gesamtregelung

11 — Urteil vom 24. November 2005, ATI EAC u. a. (C-331/04, Slg. 2005, I-10109, Randnr. 32).

der verschiedenen einschlägigen Richtlinien unterliegen, wird nämlich die Verpflichtung, die Wettbewerbsteilnehmer vorab über die Zuschlagskriterien zu informieren (eine Verpflichtung, die — daran sei erinnert — in den auf diese Fälle anwendbaren Bestimmungen ausdrücklich vorgesehen war), als Ausdruck der Gleichbehandlung und der Transparenz angesehen. [12] Aus diesen Grundsätzen ergeben sich nach dieser Rechtsprechung außerdem die Verpflichtung, die Zuschlagskriterien während des gesamten Verfahrens gleich auszulegen [13], sowie das Verbot, sie während des Vergabeverfahrens zu ändern. [14]

44. Auch in der Richtlinie 2004/18 entspricht die Verpflichtung, bei Aufträgen, die vollständig der Richtlinie unterliegen, die Gewichtung der Zuschlagskriterien zuvor anzugeben, eindeutig dem Erfordernis, die Beachtung der Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz sicherzustellen. Man darf jedoch nicht automatisch meinen, dass diese Grundsätze bei Aufträgen, die der Richtlinie unterliegen, und solchen, die ihr nicht (oder wie hier nur teilweise) unterliegen, dieselbe Tragweite haben. Würde man nämlich davon ausgehen, dass die Transparenz, die für nicht von der Richtlinie erfasste Aufträge vorgeschrieben ist, notwendigerweise identisch ist mit der, die für der Richtlinie unterliegende Aufträge gilt, so würde dies Tür und Tor öffnen für eine unzulässige Anwendung der Richtlinie auf eine ganze Reihe von Sachverhalten, die der Gesetzgeber *ausdrücklich* nicht der Richtlinie unterwerfen wollte. Denn die gesamte Richtlinie dient gewissermaßen der Verwirklichung der wesentlichen Grundsätze des Vertrags. [15] Könnten diese Grundsätze bei öffentlichen Aufträgen nur auf die in der Richtlinie vorgesehene Weise verwirklicht werden, so brauchte man diese ja nur in allen Fällen anzuwenden, in denen ein grenzüberschreitendes Interesse gegeben ist.

45. Allgemein gesprochen lassen sich die praktischen Modalitäten der Sicherstellung der Beachtung der Grundsätze des Vertrags bei Nichtanwendung oder nur teilweiser Anwendung der Richtlinie nicht ein für allemal festlegen, sondern müssen im Einzelfall beurteilt werden. [16]

46. Im vorliegenden Fall nun veröffentlichte die irische Verwaltung eine Bekanntmachung und nannte darin die Zuschlagskriterien, ohne jedoch ihre Gewichtung anzugeben. Ich bin deshalb der Auffassung, dass im Licht der in den vorigen Absätzen dargelegten

12 — Urteile vom 25. April 1996, Kommission/Belgien (C-87/94, Slg. 1996, I-2043, Randnr. 88), und vom 12. Dezember 2002, Universale-Bau u. a. (C-470/99, Slg. 2002, I-11617, Randnr. 98). Es ist interessant, dass in den in diesen Rechtssachen anwendbaren Richtlinien die Verwaltung nur ersucht wurde, vorab die Gewichtung der Zuschlagskriterien „möglichst in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung“ anzugeben (Art. 30 Abs. 2 der Richtlinie 93/37/EWG und Art. 27 Abs. 2 der Richtlinie 90/531/EWG).

13 — Urteil vom 18. Oktober 2001, SIAC Construction (C-19/00, Slg. 2001, I-7725, Randnr. 43).

14 — Urteil vom 4. Dezember 2003, EVN und Wienstrom (C-448/01, Slg. 2003, I-14527, Randnr. 93).

15 — Vgl. entsprechend Urteile vom 22. Juni 1993, Kommission/Dänemark (C-243/89, Slg. 1993, I-3353, Randnr. 33).

16 — Vgl. z. B. Urteile Telaustria und Telefonadress, oben in Fn. 6 angeführt, Randnr. 63, und Parking Brixen, oben in Fn. 7 angeführt, Randnr. 50.

Erwägungen kein Verstoß gegen die Grundsätze der Nichtdiskriminierung, der Gleichbehandlung und der Transparenz vorliegt. Der Auftraggeber hat mehr Auskünfte gegeben, als er nach der Richtlinie zu geben brauchte, und hat keinen Unterschied zwischen den potenziellen Wettbewerbsteilnehmern gemacht.

47. Denn wie sich aus der Rechtsprechung ergibt, bezweckt das Transparenzgebot grundsätzlich, zugunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen, der den Markt tatsächlich dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden. [17] Im vorliegenden Fall war die Entscheidung, das Supplement des *Amtsblatts der Europäischen Union* zu nutzen, zweifellos angemessen, um das Wettbewerbsverfahren für die Vergabe des Auftrags ausreichend bekannt zu machen.

48. Was des Weiteren das Diskriminierungsverbot und den Gleichbehandlungsgrundsatz betrifft, hat die Gewichtung der Kriterien erst nach Einreichung der Angebote als solcher nicht zu einer Ungleichbehandlung der Bieter geführt, die sich nach wie vor in der gleichen Situation befanden.

49. Die Beurteilung der ersten Rüge der Kommission würde allerdings anders ausfallen, wenn der Auftraggeber in der Bekanntmachung die Zuschlagskriterien in absteigender Reihenfolge nach Maßgabe ihrer Gewichtung angegeben hätte. In diesem Fall hätte die Verwaltung die Gewichtung der Kriterien im Lauf des Verfahrens geändert. Hier steht jedoch das den Kriterien beigemessene Gewicht, wie wir bereits gesehen haben, in keinem Zusammenhang mit der Reihenfolge ihrer Aufzählung in der Bekanntmachung, und die wichtigsten Zuschlagskriterien waren die, die an dritter und vierter Stelle genannt wurden.

50. Die Kommission hat in ihrer Klageschrift die Auffassung vertreten, der Aufzählung der Kriterien in der Bekanntmachung und in dem darauf folgenden Schreiben sei zu entnehmen, dass sie in absteigender Reihenfolge nach Maßgabe ihrer Bedeutung aufgeführt seien. Dem stehen jedoch verschiedene Umstände entgegen.

51. Erstens hieß es in der Bekanntmachung im Amtsblatt ausdrücklich, dass die Reihenfolge der Kriterien nicht ihre Gewichtung widerspiegele.

52. Zweitens betraf das an erster Stelle genannte Kriterium die Vollständigkeit der eingereichten Unterlagen. Kein auch nur einigermaßen besonnener Wettbewerbsteilnehmer konnte dieses Kriterium als hauptsächliches

17 — Vgl. z. B. Urteil Telaustria und Telefonadress, oben in Fn. 6 angeführt, Randnr. 62; vgl. auch entsprechend für die Dienstleistungskonzessionen Urteile vom 13. November 2008, Coditel Brabant (C-324/07, Slg. 2008, I-8457, Randnr. 25), und vom 3. Juni 2010, Sporting Exchange Ltd (C-203/08, Slg. 2010, I-4695, Randnr. 41 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Zuschlagskriterium ansehen, denn ihrer Natur nach ist die Vollständigkeit eher eine Voraussetzung für die Teilnahme am Wettbewerb als ein Zuschlagskriterium, und diesem Kriterium wurde später nicht von ungefähr das Gewicht 0 % beigemessen. [18]

53. Drittens scheint die Kommission selbst in ihrer Erwiderung ihre Auffassung zu der absteigenden Reihenfolge der Zuschlagskriterien nach Maßgabe ihrer Bedeutung wenn schon nicht aufgegeben, so doch relativiert zu haben. Dieses Vorgehen der Kommission erscheint mir völlig korrekt; es nimmt jedoch zugleich der ersten Rüge ihre einzige mögliche ernsthafte Begründung.

54. Folglich bin ich der Meinung, dass die erste Rüge der Kommission zurückzuweisen ist.

3. Zur zweiten Rüge der Kommission

55. Die zweite Rüge der Kommission geht wie dargelegt dahin, dass Irland dadurch, dass es die Gewichtung der Zuschlagskriterien nach einer ersten summarischen Prüfung der eingereichten Angebote geändert hat, die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz verletzt habe.

56. Der Sachverhalt ist wie gesagt unstreitig. Die Änderung der Gewichtung der Kriterien erfolgte tatsächlich einige Tage, nachdem diese vorgenommen worden war. Zum Zeitpunkt der Änderung hatte die Vergabekommission ihre Arbeit noch nicht aufgenommen, ihre Mitglieder hatten jedoch individuell die eingegangenen Bewerbungen prüfen können.

57. Der zweiten Rüge ist anders als der ersten Rüge stattzugeben.

58. Ich habe bereits darauf hingewiesen, dass nach dem Gemeinschaftsrecht in der Auslegung des Gerichtshofs jede Änderung der Zuschlagskriterien im Lauf des Verfahrens mit den Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung unvereinbar ist. [19] Eben dies ist jedoch im vorliegenden Fall geschehen.

59. Dem steht nicht entgegen, dass die Vergabekommission ihre Arbeit als Kollegialorgan erst nach der endgültigen Änderung der Zuschlagskriterien aufgenommen hat. Die praktische Wirksamkeit des Grundsatzes,

18 — Siehe dazu auch unten, Nrn. 64 ff.

19 — Siehe oben, Nr. 43.

dass die Kriterien während des Verfahrens nicht geändert werden dürfen, würde nämlich restlos beseitigt, wollte man eine Phase, in der die Mitglieder der Vergabekommission vor deren Zusammentreten die von den Wettbewerbsteilnehmern eingereichten Unterlagen prüfen, nicht als Teil des Verfahrens mit allen sich daraus ergebenden Wirkungen ansehen.

60. Auch der Umstand, dass die erste Gewichtung der Kriterien keine amtliche Handlung war, sondern nur eine Art „vorab gemachter Vorschlag", ändert nichts an der Rechtswidrigkeit des Verhaltens der Verwaltung. Meines Erachtens ist es nämlich für die Gewährleistung der Gleichbehandlung der Wettbewerbsteilnehmer absolut notwendig, dass die Gewichtung der Zuschlagskriterien *vor der Prüfung der Angebote* vorgenommen wird, auch wenn diese nur individuell durch die Mitglieder der Vergabekommission erfolgt. Die Gewichtung der Kriterien und die Beurteilung der Angebote müssen streng voneinander getrennt werden. Eine eventuelle „gemeinsame Überlegung" der Mitglieder der Vergabekommission über die Gewichtung der verschiedenen Kriterien hätte, um rechtmäßig zu sein, vor jeder Prüfung der Angebote angestellt werden müssen.

61. Zurückzuweisen ist auch das Vorbringen der irischen Regierung, dass der erfolgreiche Wettbewerbsteilnehmer kein anderer gewesen wäre, wenn den verschiedenen Kriterien das ursprünglich statt das durch die spätere Änderung festgelegte Gewicht beigemessen worden wäre.

62. Nach ständiger Rechtsprechung wird bei Vertragsverletzungsklagen nämlich kein Klageinteresse vorausgesetzt.[20] Zweck des Verfahrens ist die Feststellung eines eventuellen Verstoßes gegen das Recht der Union, nicht dagegen die Prüfung der Konsequenzen, die sich aus einem solchen Verstoß ergeben. Deshalb spielt der Umstand, dass das Verfahren bei Beibehaltung der ursprünglichen Gewichtung der Zuschlagskriterien zu demselben Ergebnis geführt hätte, für die Beurteilung des Vorliegens der Vertragsverletzung keine Rolle.

63. Im Ergebnis ist die zweite Rüge der Kommission begründet und greift durch.

4. Zu der Frage, ob es rechtswidrig ist, einem Kriterium das Gewicht null beizumessen

64. Ein letzter Punkt, auf den einzugehen ist, auch wenn die Parteien ihm keine besondere Aufmerksamkeit geschenkt haben, betrifft die Frage, ob es gegen das Recht der Union verstößt, dass die irische Verwaltung bei der Gewichtung der verschiedenen Kriterien einem dieser Kriterien das Gewicht null (0 %)

20 — Vgl. u. a. Urteil vom 2. Juni 2005, Kommission/Griechenland (C-394/02, Slg. 2005, I-4713, Randnrn. 14 bis 16 und die dort angeführte Rechtsprechung).

beigemessen hat. Ich meine natürlich das Kriterium der „Vollständigkeit der eingereichten Unterlagen".

65. Meines Erachtens bedeutet die Nennung eines Zuschlagskriteriums in der Bekanntmachung und der Umstand, dass diesem Kriterium nach Ablauf der Frist für die Vorlage der Angebote das Gewicht null beigemessen wird, auf jeden Fall eine Änderung der Kriterien. Das praktische Ergebnis ist nämlich dasselbe, als wenn das Kriterium aus der Liste gestrichen würde: Ein in der Bekanntmachung genanntes Kriterium würde für die Vergabe des Auftrags nicht berücksichtigt. Anders ausgedrückt haben die irischen Behörden wahrscheinlich das Recht der Union verletzt, indem sie dem Kriterium der Vollständigkeit der Unterlagen das Gewicht null beigemessen haben.

66. Gleichwohl kann der Gerichtshof in diesem Fall keine Verurteilung wegen dieser Rechtsverletzung aussprechen.

67. Erstens könnte man sich, wie ich bereits dargelegt habe, fragen, ob das „Zuschlagskriterium" der Vollständigkeit der Unterlagen nicht in Wirklichkeit als eine bloße Voraussetzung für die Teilnahme am Wettbewerb anzusehen ist. Die Unterlagen sind *per definitionem* entweder vollständig und genügen den Anforderungen der Bekanntmachung, oder sie sind es nicht. Ein Zwischending ist schwer vorstellbar. Es bleibt jedoch der Umstand, dass, auch wenn davon auszugehen wäre, dass die Vollständigkeit der Unterlagen kein Zuschlagskriterium ist, sie doch in der Bekanntmachung als solches aufgeführt wurde, so dass man Zweifel an der Vereinbarkeit mit den Grundsätzen des Vertrags haben kann.

68. Zweitens wird diese Rechtsverletzung von der Kommission nicht gerügt. Sie wird nämlich nicht ausdrücklich angesprochen und kann auch nicht als im Klageantrag implizit enthalten angesehen werden, da mit diesem lediglich gerügt wird, dass die Gewichtung der Kriterien nach Ablauf der Frist für die Vorlage der Angebote erfolgte und dass die Änderung dieser Gewichtung nach der individuell von den Mitgliedern der Vergabekommission durchgeführten Prüfung der Angebote vorgenommen wurde. Auch hat die irische Regierung keine Gelegenheit gehabt, zu dieser Frage Stellung zu nehmen.

V — Ergebnis

69. Zum Abschluss meiner Untersuchung schlage ich dem Gerichtshof somit vor, der zweiten Rüge der Kommission stattzugeben. Hinsichtlich der Kosten schlage ich vor, Irland, das nur teilweise unterlegen ist, gemäß Art. 63 § 3 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs die Hälfte der Kosten der Kommission aufzuerlegen.

70. Aufgrund dieser Überlegungen schlage ich dem Gerichtshof vor, wie folgt zu entscheiden:

— Irland hat gegen seine sich aus den Grundsätzen der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz ergebenden Verpflichtungen verstoßen, indem es die Gewichtung der Zuschlagskriterien für einen Auftrag nach einer ersten Prüfung der eingereichten Angebote geändert hat;

— im Übrigen wird die Klage abgewiesen;

— Irland trägt die Hälfte der Kosten;

— die Kommission trägt die Hälfte ihrer eigenen Kosten.