SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS CARL OTTO LENZ
vom 12. September 1995 *

A — Einführung

1. Im vorliegenden Vertragsverletzungsverfahren geht es um die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Vergabe eines Lieferauftrages für Autobusse für den öffentlichen Verkehr im Anwendungsbereich der Richtlinie 90/531/EWG [1].

2. Dem Rechtsstreit liegt folgender Sachverhalt zugrunde. Die „Société Régionale Wallone des Transports" (im folgenden: SRWT) leitete ein öffentliches Ausschreibungsverfahren zur Vergabe eines Lieferauftrages über insgesamt 307 Standardomnibusse durch die Veröffentlichung einer Ausschreibung im Supplement des Amtsblatts der EG vom 22. April 1993 ein [2]. Der Lieferauftrag sollte über einen Zeitraum von drei Jahren, unterteilt in acht Lose, abgewickelt werden und ein geschätztes Auftragsvolumen 2 022 918 000 BFR (ohne Mehrwertsteuer) umfassen.

3. Am 7. Juni 1993, dem Schlußtermin für den Angebotseingang und gleichzeitig Datum zur Angebotseröffnung, lagen die Gebote von fünf Gesellschaften vor: EMI (Aubange), Van Hool (Koningshooikt), Mercedes Belgien (Brüssel), Berkhof (Roeselaere) und Jonckheere (Roeselaere).

4. Im Laufe der Monate Juni und Juli analysierte die SRWT die Angebote. In einer Note vom 24. August 1993, erstellt für die Verwaltungsratssitzung vom 2. September 1993, wurde die Vergabe des Loses Nr. 1 an die Gesellschaft Jonckheere und der Lose Nrn. 2 bis 6 an die Gesellschaft Van Hool empfohlen.

5. Unter dem 3., 23. und 24. August 1993 hatte die Firma EMI drei Zusatznoten bei dem öffentlichen Auftraggeber eingereicht, in denen sie zu einigen Punkten ihres Angebotes Stellung nahm, insbesondere dem Kraftstoffverbrauch und der Häufigkeit des Austauschs von Motoren und Getrieben.

6. Nach Prüfung dieser drei Zusatznoten erstellte der Technische Dienst des öffentlichen Auftraggebers eine nicht unterzeichnete Note unter dem 31. August 1993, in der der Standpunkt vertreten wurde, die Zusatznoten seien Änderungen des ursprünglichen

* Originalsprache: Deutsch.

1 — Richtlinie des Rates vom 17. September 1990 betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasserenergie und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. L 297, S. 1).

2 — Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. S 78 vom 22. April 1993, S. 76.

Angebotes und könnten daher nicht berücksichtigt werden. Der Entscheidungsvorschlag für die Verwaltungsratssitzung vom 2. September 1993 werde daher aufrechterhalten.

7. In der Verwaltungsratssitzung vom 2. September 1993 war man der Ansicht, nicht über genügend Informationen zu verfügen, um eine endgültige Entscheidung treffen zu können. Insbesondere war unklar, inwieweit es rechtlich zulässig sei, den Inhalt der drei Zusatznoten zu berücksichtigen. Man entschloß sich daher, die Rechtsansicht des wallonischen Verkehrsministers einzuholen, von dem man wußte, daß in seinem Kabinett ein anerkannter Spezialist für das öffentliche Auftragswesen arbeitete.

8. Die erbetene Stellungnahme wurde mit Schreiben des wallonischen Verkehrsministers vom 14. September 1993 erteilt. Danach sei die Einbeziehung des Inhalts der Zusatznoten in die Bewertung in den meisten Punkten rechtlich unproblematisch. Der Verwaltungsrat wurde durch das Schreiben schließlich aufgefordert, eine erneute Prüfung unter Berücksichtigung der vom Verkehrsminister abgegebenen Stellungnahme vorzunehmen.

9. Die SRWT bat EMI unter dem 28. September 1993 ihre Angaben hinsichtlich des Kraftstoffverbrauchs in der Note vom 24. August zu bestätigen ebenso wie ihre Angaben zur Austauschhäufigkeit von Motor und Getriebe in der Note vom 23. August. EMI bestätigte diese Angaben mit Schreiben vom 29. September 1993.

10. In einer neuen, für die Verwaltungsratssitzung vom 6. Oktober 1993 erstellten Note zum Vergleich der Angebote wurden die zusätzlichen Angaben von EMI berücksichtigt. Der in der Note enthaltene Entscheidungsvorschlag zielte darauf hin, Los Nr. 1 der Gesellschaft Jonckheere zu übertragen und die Lose Nrn. 2 bis 6 an EMI.

11. Der Verwaltungsrat der SRWT entschied am 6. Oktober 1993 im vorgeschlagenen Sinne. Der Auftrag über das Los Nr. 1 (37 Fahrzeuge) sollte an Jonckheere vergeben werden, während die Lose Nrn. 2 bis 6 (278 Fahrzeuge) EMI übertragen werden sollten. Die Bestellung weiterer 30 Busse wurde auf das Jahr 1996 verschoben.

12. Am selben Tag leitete die Firma Van Hool ein Verfahren höchster Eilbedürftigkeit zur Aussetzung der Entscheidung beim Conseil d'Etat Belgien ein. Der Antrag wurde durch Urteil vom 17. November 1993 zurückgewiesen.

13. Van Hool legte auch eine Beschwerde bei der Kommission der Europäischen Gemeinschaften ein, die am 30. November 1993 ein Aufforderungsschreiben im Sinne des Artikels 169 des Vertrages an die belgische Regierung richtete. In ihrem Anwortschreiben vom 15. Dezember 1993 vertrat die

belgische Regierung den Standpunkt, eine Vertragsverletzung liege nicht vor. Am 8. Februar 1994 richtete die Kommission daraufhin eine begründete Stellungnahme an die belgische Regierung mit der Aufforderung bei den zuständigen Behörden zu intervenieren, um die Rechtswirkungen des Vertrages zwischen der SRWT und EMI auszusetzen. Die Antwort der belgischen Regierung war nach Ansicht der Kommission nicht geeignet, die behauptete Vertragsverletzung aus der Welt zu schaffen. Deshalb erhob sie am 11. März 1994 Klage beim Gerichtshof. Am selben Tag reichte die Kommission einen Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung ein, mit dem Begehren, die Zuschlagsentscheidung der SRWT vom 6. Oktober 1993 einerseits sowie die Vertragsbeziehungen zwischen der SRWT und der Zuschlagsempfängerin andererseits bis zum Erlaß einer endgültigen Entscheidung auszusetzen. Mit Beschluß vom 22. April 1994 wurde der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung zurückgewiesen.

14. Im vorliegenden Verfahren vor dem Gerichtshof fand am 17. Mai 1995 eine informelle Sitzung mit dem Berichterstatter, dem Generalanwalt und den Parteien statt, mit dem Ziel, die Tragweite des Rechtsstreits in tatsächlicher Hinsicht und gegebenenfalls das Bedürfnis zur Anordnung von Aufklärungsmaßnahmen zu erörtern.

15. Die Kommission beantragt in ihrer Klageschrift,

1) festzustellen, daß das Königreich Belgien dadurch gegen seine Verpflichtungen aus 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 und gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, der jeder Regelung des öffentlichen Auftragswesens zugrunde liegt, verstoßen hat, daß es

   — im Rahmen eines von der „Société Régionale Wallonne du Transport" ausgeschriebenen öffentlichen Auftrags Änderungen eines Angebots, die nach Eröffnung der Gebote vorgenommen wurden, berücksichtigte,

   — einen Bieter, der die Auswahlkriterien der Auftragsunterlagen nicht erfüllte, zum Vergabeverfahren zuließ,

   — ein Angebot, das die Zuschlagskriterien der Auftragsunterlagen nicht erfüllte, annahm,

2) dem Königreich Belgien die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

16. Das Königreich Belgien beantragt,

1) die Klage abzuweisen,

2) der Kommission die Kosten aufzuerlegen, inklusive der Kosten des Verfahrens zum Erlaß einer einstweiligen Anordnung.

17. Veranlaßt durch die Erörterungen der informellen Sitzung vom 17. Mai 1995 verzichtete die Kommission auf ihren ersten Klagegrund, der öffentliche Auftraggeber habe einen Bieter zugelassen, der die Auswahlkriterien der Auftragsunterlagen nicht erfüllte. Die Kommission hat diesen Verzicht mit Schriftsatz vom 9. Juni 1995 mitgeteilt und in der mündlichen Verhandlung noch einmal bekräftigt. Streitig sind daher nach wie vor zwei Klagegründe, zum einen, der öffentliche Auftraggeber habe Änderungen des Angebots, die nach der Eröffnung der Angebote vorgenommen wurden, berücksichtigt, und zum anderen, er habe ein Angebot unter Berücksichtigung anderer Kriterien als der im Lastenheft genannten Zuschlagskriterien angenommen. Jeder Klagegrund läßt sich in zwei Unterpunkte gliedern, die auch der folgenden Begutachtung zugrunde gelegt werden.

18. Der Klageantrag ist der veränderten Ausgangslage anzupassen. Er stellt sich demnach dar wie folgt:

Die Kommission beantragt,

festzustellen, daß das Königreich Belgien dadurch gegen seine Verpflichtungen aus der Richtlinie 90/531 ebenso wie gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, der jeder Regelung zur öffentlichen Auftragsvergabe zugrunde liegt, verstoßen hat, daß im Rahmen eines von der SRWT ausgeschriebenen öffentlichen Auftrags

— Änderungen eines Angebots, die nach Eröffnung der Angebote vorgenommen wurden, Berücksichtigung fanden,

— ein Angebot, welches den Zuschlagskriterien des Lastenheftes nicht entsprach, angenommen wurde.

B — Stellungnahme

I. Vorfragen

a) *Zum Anwendungsbereich der Richtlinie*

19. Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 90/531 beschreibt den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie wie folgt:

„Diese Richtlinie gilt für Auftraggeber, die

a) staatliche Behörden oder öffentliche Unternehmen sind und die eine Tätigkeit im Sinne des Absatzes 2 ausüben,

b) oder, wenn sie nicht staatliche Behörden oder öffentliche Unternehmen sind, als eine ihrer Tätigkeiten eine Tätigkeit im Sinne des Absatzes 2 oder verschiedene dieser Tätigkeiten auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausüben, die von einer zuständigen Behörde eines Mitgliedstaates gewährt wurden."

Im Verkehrsbereich ist ein Netz vorhanden, wenn die Verkehrsleistung gemäß von einer zuständigen Behörde eines Mitgliedstaates erteilten Auflagen erbracht wird; dazu gehören die Festlegung der Strecken, die Transportkapazitäten oder die Fahrpläne;

d) ..."

Der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie wird in Artikel 2 Absatz 2 definiert und lautet in der für den vorliegenden Rechtsstreit maßgeblichen Passage:

„Unter diese Richtlinie fallende Tätigkeiten sind:

a) ...

b) ...

c) das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Verkehrs per Schiene, automatische Systeme, Straßenbahn, Trolleybus, Bus oder Kabel.

20. Bei der SRWT handelt es sich unbestritten um ein öffentliches Unternehmen, das die Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Busverkehrs betreibt. Die SRWT als öffentlicher Auftraggeber fällt demnach in den Anwendungsbereich der Richtlinie. Zweifel an dieser Feststellung könnten nur daher rühren, daß die SRWT nicht in Anhang VII der Richtlinie aufgeführt wird, die eine Auflistung der „Auftraggeber im Bereich Stadtbahn-, Straßenbahn-, OBus- oder Omnibusverkehr" enthält.

21. Die Kommission hat überzeugend vorgetragen, die Liste sei nur deklaratorisch. Durch tatsächliche Veränderungen bestehe stets die Gefahr des Auseinanderklaffens zwischen dem Inhalt der Liste und der Realität. Maßgeblich sei daher letztlich nur Artikel 2 der Richtlinie.

22. Diese Einschätzung wird untermauert von den in der Richtlinie enthaltenen Vorschriften zur Erstellung der Anhänge I bis X. In Artikel 2 Absatz 6 heißt es beispielsweise:

„Die in den Anhängen I bis X bezeichneten Auftraggeber erfüllen die vorgenannten Kriterien. Um sicherzustellen, daß die Listen *möglichst vollständig* sind, teilen die Mitgliedstaaten der Kommission die Änderungen ihrer Listen mit. Die Kommission überprüft die Anhänge I bis X nach dem Verfahren des Artikels 32." [3]

In Artikel 32 heißt es sodann:

„Die Anhänge I bis X werden nach dem in den Absätzen 3 bis 7 vorgesehenen Verfahren überarbeitet, *damit sie die Kriterien nach Artikel 2 erfüllen.*" [4]

Es ist folglich davon auszugehen, daß der Anwendungsbereich der Richtlinie eröffnet ist.

3 — Hervorhebung durch den Verfasser.
4 — Hervorhebung durch den Verfasser.

b) *Interner Sachverhalt*

23. Die belgische Regierung hat im Laufe des Verfahrens den Einwand erhoben, es handele sich um einen rein internen Sachverhalt, auf den das Gemeinschaftsrecht keine Anwendung finde. Im Wettbewerb um die Erteilung eines Auftrages seitens eines belgischen öffentlichen Unternehmens stünden nur belgische Gesellschaften.

24. Diesem Einwand ist zunächst mit dem Hinweis zu begegnen, daß die gemeinschaftsrechtlichen Regelungen, nachdem sie einmal in Kraft getreten sind, allgemein gelten. Zum anderen können durch die Auftragsvergabe durchaus Unternehmen anderer Mitgliedstaaten als Zulieferer impliziert sein. Betrachtet man allein die in dem Rechtsstreit befangenen Unternehmen EMI und Van Hool, dann wird deutlich, daß die Auftragsvergabe konkrete grenzüberschreitende Wirkungen entfaltet. Hersteller und Lieferant der Motoren für die Fahrzeuge von EMI ist beispeilsweise Renault, ein französisches Unternehmen.

c) *Zur Wahl des Verfahrens zur Auftragsvergabe*

25. Die belgische Regierung hat im Laufe des Verfahrens geltend gemacht, der öffentliche Auftraggeber wäre nicht verpflichtet gewesen, den Lieferauftrag im Wege eines offenen Verfahrens zu vergeben. Er hätte sich auch richtlinienkonform verhalten, wenn er

ein Verhandlungsverfahren gewählt hätte. Mit diesem Argument soll die Rechtmäßigkeit etwaiger Verhandlungen mit einem Bieter bekräftigt werden.

c) im Falle von ‚Verhandlungsverfahren' der Auftraggeber ausgewählte Unternehmen anspricht und mit einem oder mehreren Unternehmen über die Auftragsbedingungen verhandelt."

26. In Artikel 15 der Richtlinie im Abschnitt „Vergabeverfahren" ..., heißt es in Absatz 1:

„Die Auftraggeber können jedes der in Artikel 1 Nummer 6 bezeichneten Verfahren wählen, vorausgesetzt, daß ... ein Aufruf zum Wettbewerb ... durchgeführt wird."

Artikel 1 Nr. 6 definiert, im Sinne dieser Richtlinie seien „‚offene', ‚nichtoffene' und ‚Verhandlungsverfahren', die von den Auftraggebern angewendeten Vergabeverfahren, bei denen

a) im Falle des ‚offenen Verfahrens' alle interessierten Unternehmen ein Angebot abgeben können,

b) im Falle des ‚nichtoffenen Verfahrens' nur die vom Auftraggeber aufgeforderten Bewerber ein Angebot abgeben können,

27. Der belgischen Regierung ist beizupflichten, daß der öffentliche Auftraggeber die Wahl hatte, welches der beschriebenen Verfahren er einschlagen wollte. Nachdem er sich aber für ein bestimmtes Verfahren entschieden hatte, mußte er die für diese Verfahrensart geltenden Regelungen bis zur endgültigen Vergabe des Auftrages beachten. Die gemeinschaftsrechtliche Regelung an sich bezweckt, im Hinblick auf jede der drei Verfahrensarten einen gemeinschaftsweiten Wettbewerb herzustellen. Dieses Ziel bedingt — worauf im folgenden noch zurückzukommen sein wird — die unbedingte Beachtung des Diskriminierungsverbotes. Mittel zur Verfolgung dieses Zwecks sind beispielsweise die Veröffentlichungsvorschriften, die für jede der Verfahrensarten gelten [5]. Ein Abweichen von den Vorschriften des einmal eingeschlagenen Verfahrens ist daher nicht zulässig.

II. Zum Klagegrund der Änderung des Angebots nach dem Termin zur Angebotseröffnung

28. Dieser Klagegrund umfaßt zwei Unterpunkte. Einmal handelt es sich um die Angaben zum Kraftstoffverbrauch und zum anderen um die angegebene Häufigkeit des

5 — Vgl. beispielsweise Artikel 16 und 17 der Richtlinie.

Austausches von Motor und Getriebe der angebotenen Fahrzeuge.

29. Zunächst ist davon auszugehen, daß Änderungen der Angebote nach dem Schlußtermin für den Angebotseingang bzw. zur Eröffnung der Angebote nicht zulässig sind. Es handelt sich bei dem Verbot um einen elementaren Grundsatz der Vergabeverfahren für öffentliche Aufträge. Er ist Ausdruck des Gleichbehandlungsgebots, das grundsätzlich für alle Verfahren öffentlicher Auftragsvergabe gilt [6] und im übrigen in der Richtlinie 90/531 ausdrücklich positiviert ist. Artikel 4 Absatz 2 lautet:

„Die Auftraggeber sorgen dafür, daß keine Diskriminierung von Lieferanten oder Unternehmen stattfindet."

30. Die Koordinierung der Vergabeverfahren dient letztlich dem Zweck eines gemeinschaftsweiten Wettbewerbs und der vollständigen Verwirklichung des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs [7]. Dieses Ziel bedingt die Gleichbehandlung potentieller Bieter. Das Diskriminierungsverbot findet daher an mehreren Stellen seinen Niederschlag [8]. Zeugnis des Verbotes nachträglicher Änderungen von Angeboten im Interesse der Gleichbehandlung ist auch die gemeinsame Erklärung von Rat und Kommission zu Artikel 15. Sie lautet:

„*Der Rat und die Kommission* erklären, daß bei den offenen und den nichtoffenen Verfahren Verhandlungen mit den Bewerbern oder Bietern über Hauptbestandteile des Auftrages, deren Änderung den Wettbewerb verfälschen könnte, und insbesondere über die Preise ausgeschlossen sind; Erörterungen mit den Bewerbern oder Bietern dürfen nur stattfinden, wenn es darum geht, den Inhalt des Angebots oder die Forderungen der öffentlichen Auftraggeber zu präzisieren oder zu vervollständigen, und sofern sich dies nicht diskriminierend auswirkt."

31. Vor diesem Hintergrund gilt es zu prüfen, ob ein Bieter Änderungen seines Angebotes nachträglich vorgenommen hat, die der öffentliche Auftraggeber in unzulässiger Weise berücksichtigt hätte.

6 — Vgl. Urteil vom 22. Juni 1993 in der Rechtssache C-243/89 (Kommission/Dänemark, Slg. 1993, I-3353, Randnr. 39).

7 — Vgl. Erwägungsgründe der Richtlinie 90/531 Nrn. 3, 5, 6 und 11 bis 13.

8 — Vgl. Artikel 4 Absatz 2 der Richtlinie, Erwägungsgrund Nr. 25 der Richtlinie und gemeinsame Erklärung von Rat und Kommission zu Artikel 15 der Richtlinie.

a) *Zum Kraftstoffverbrauch der angebotenen Fahrzeuge*

32. Der Bieter EMI hatte in seinem ursprünglichen Angebot für die in Rede stehenden Lose Nrn. 2 bis 6 einen Kraftstoffverbrauch von 54 Litern pro 100 km angegeben. In diesem Angebot war den jeweiligen Angaben zu jedem Los eine Note beigefügt, in der das Unternehmen die Aufmerksamkeit auf eine mögliche Reduzierung des Kraftstoffverbrauchs lenkte. Der angegebene Verbrauch beruhe auf Testergebnissen eines unabhängigen Unternehmens. Die Tests seien mit einem Fahrzeug durchgeführt worden, das noch nicht eingefahren worden war. Mit einem eingefahrenen Fahrzeug und unter optimierten Bedingungen sei eine Kraftstoffeinsparung von 5 bis 8 % zu erwarten.

33. In der Note vom 3. August 1993, der ersten der drei umstrittenen Noten, weist das Unternehmen erneut darauf hin, daß unter den angegebenen Voraussetzungen der angegebene Kraftstoffverbrauch um 8 % zu reduzieren sei. [9] In der Note vom 24. August 1993, der dritten der umstrittenen Noten, die überschrieben ist als „Note explicative", verweist das Unternehmen auf durchgeführte Kontrollen, die ergeben hätten, daß nunmehr ein Kraftstoffverbrauch von 45 Litern pro 100 km im Stadtverkehr [10] angezeigt sei.

34. *Die Kommission* ist der Ansicht, dieser Sachverhalt stelle sich als eine nachträgliche Änderung des ursprünglichen Angebots dar. Diese Angaben hätten daher nicht berücksichtigt werden dürfen.

9 — Note EMI vom 3. August 1993, S. 5.

10 — Dieser Wert ist im Hinblick auf die Lose Nrn. 2 bis 6 von Relevanz.

35. *Die belgische Regierung* vertritt hingegen den Standpunkt, es handele sich bei den Angaben lediglich um eine Präzisierung der bereits im Angebot gemachten Angaben. Die mögliche Verringerung des Kraftstoffverbrauchs sei von Anfang an mitgeteilt worden, nur die konkreten Ergebnisse wären nachgereicht worden. Die Präzisierung bzw. Vervollständigung von im Angebot enthaltenen Daten stehe im Einklang mit der gemeinsamen Erklärung von Rat und Kommission zu Artikel 15 der Richtlinie.

36. Wolle man die nachträglichen Angaben nicht als Präzisierung gelten lassen, so wären sie auf jeden Fall als Korrektur eines materiellen Irrtums zulässig. Die Kommission habe im übrigen in einem anderen Zusammenhang die Berichtigung irrtümlich falscher Angaben zuungunsten des Bieters gebilligt. Wirke sich die Berichtigung zugunsten des Bieters aus, müßten die gleichen Maßstäbe gelten.

37. Der Streit spitzt sich sowohl terminologisch als auch sachlich auf die Frage zu, ob die streitigen Angaben *Präzisierungen* oder *Änderungen* des Angebots sind. Vom Wortsinn her ist der in der gemeinsamen Erklärung von Rat und Kommission verwendete Begriff „präzisieren" meines Erachtens zu verstehen als die Mitteilung von Einzelheiten, die das fragliche Objekt eindeutiger beschreiben bzw. genauer bestimmen. Den zweiten in der gemeinsamen Erklärung verwendeten Begriff „vervollständigen" verstehe ich als das Hinzufügen von Angaben, die vorher nicht vorhanden waren. Beiden Begriffen gemeinsam ist, daß sie nicht früher gemachte Angaben ersetzen sollen,

sondern in der einen oder anderen Weise konkretisieren.

38. Die Überlegung, daß weder präzisieren noch vervollständigen die Ersetzung früherer Angaben durch neue andere Fakten beinhaltet, wird meines Erachtens bestätigt durch die sachliche Überlegung, daß die Möglichkeit des Austauschens von Angaben andere Bieter potentiell benachteiligt.

39. Vor diesem Hintergrund verstehe ich den Begriff „präzisieren" dahin, daß beispielsweise bei einer Angabe möglicher Kraftstoffverminderung bis 8 % das Unternehmen sich auf einen in diesem Rahmen liegenden Wert festlegt und beispielsweise die daraus resultierende Literzahl mitteilt.

40. In der Note vom 3. August 1993 ist EMI gerade auf diese Weise vorgegangen, indem sich das Unternehmen auf eine Minderung des angegebenen Kraftstoffverbrauchs um 8 % festgelegt hat. Die Note vom 3. August stellt daher meines Erachtens im Hinblick auf den Kraftstoffverbrauch eine Präzisierung und keine Änderung des Angebots dar.

41. Demgegenüber bedeuten die in der Note vom 24. August 1993 mitgeteilten Verbrauchszahlen von 45 Litern pro 100 km eine Verringerung des angegebenen Kraftstoffverbrauchs um 17,5 %. Diese Verringerung ist mehr als das Doppelte der früher angegebenen Marge. Meines Erachtens ist darin rein terminologisch keine Präzisierung sondern eine Änderung zu erblicken.

42. Das eigentliche Korrektiv dafür, ob eine Präzisierung zulässig ist oder nicht, ist gemäß der gemeinsamen Erklärung von Rat und Kommission die Frage nach der diskriminierenden Wirkung der nachträglichen Angaben. Ich halte es daher für wichtig, die Wirkungen der Ende August mitgeteilten Werte im Verhältnis zu den anderen Bietern zu betrachten. Dabei ist zu berücksichtigen, daß im Rahmen der im Lastenheft aufgeführten Zuschlagskriterien eine Bewertung des Kraftstoffverbrauchs der angebotenen Fahrzeuge festgelegt wurde. Im Rahmen der Bewertung der technischen Beurteilungskriterien wird zur Berechnung der Betriebskosten unter Punkt 20.2.2.1 eine vergleichende Berechnung zugrunde gelegt. Danach gilt das im Rahmen der zugelassenen Gebote angebotene Fahrzeug mit dem höchsten Verbrauch als Maßstab. Für den von diesem Wert nach unten abweichenden Verbrauch wird den anderen Fahrzeugen ein in Geld („franc fictif") [11] ausgedrückter Betrag gutgeschrieben.

43. Mit den angegebenen 54,5 Litern pro 100 km lag EMI bei allen in Rede stehendenen Losen an erster Stelle. Dadurch konnte den Fahrzeugen von EMI keine Bonifikation

11 — Vgl. Punkt 20.2.2 des besonderen Lastenheftes.

gutgeschrieben werden. Darüber hinaus galt dieser Wert auch als Maßstab für die Bonifikation der Fahrzeuge konkurrierender Bieter. Hervorzuheben ist, daß auch bei einer Verringerung des angegebenen Kraftstoffverbrauchs der EMI-Fahrzeuge um 8 % der dann errechnete Wert von 50,14 Litern immer noch der höchste Wert gewesen wäre. Auch dann hätten die Fahrzeuge keine Bonifikation zugeschrieben bekommen. Die Gutschrift für die anderen Fahrzeuge hätte sich nur verringert. Grundsätzlich anders stellt sich die Situation dar, wenn man den um 17,5 % verringerten Kraftstoffverbrauch, also 45 Liter pro 100 km veranschlagt. Mit diesem Wert sinkt der Wert hinter den von einem Konkurrenten angegebenen Verbrauchswert, wodurch den Fahrzeugen von EMI ein Vorteil in der Form einer Bonifikation erwächst.

44. Ein Vergleich der konkreten Zahlen [12] zeigt, daß die Bonifikation des unmittelbaren Konkurrenten Van Hool um das 2,5fache verringert wurde im bezug auf die Lose Nr. 2 und 3 und sogar um das 2,8fache hinsichtlich der Lose Nr. 4, 5 und 6. Während die Bonifikation der Lose Nrn. 2 und 3 ursprünglich minus 1 875 600 und für die Lose Nrn. 4 und 6 minus 1 750 560 betrug, schrumpfte sie auf minus 750 240 für die Lose Nrn. 2 und 3 und gar auf minus 625 200 für die Lose Nrn. 4 bis 6. EMI erwuchs unterdessen bei Zugrundelegung des veränderten Zahlenmaterials eine Bonifikation von plus 125 040 für alle in Rede stehenden Lose.

12 — Note für die Verwaltungsratssitzung vom 2. September 1993, Anhang 6, S. 2 bis 6 und Note für die Verwaltungsratssitzung vom 6. Oktober 1993, Anhang 2, S. 2 bis 6.

45. Meines Erachtens sind daher die neuen Werte auch im Hinblick auf ihre Auswirkungen auf die Angebote der Konkurrenten als eine Änderung der ursprünglichen Angaben zu betrachten, die vom öffentlichen Auftraggeber nicht hätten berücksichtigt werden dürfen.

46. Schließlich bleibt das von der belgischen Regierung vorgebrachte Argument zu prüfen, bei dem neuen Zahlenmaterial habe es sich nur um die Korrektur eines materiellen Fehlers gehandelt. Dagegen sprechen meines Erachtens bereits die Tatsachen, denn es ist unstreitig, daß die optimierten Ergebnisse erst aufgrund späterer Versuche erzielt werden konnten. Die Werte konnten also erst aufgrund von Tatsachen ermittelt werden, die sich nach dem Schlußtermin ereignet haben. Der Hinweis auf die Korrektur eines Irrtums geht daher meines Erachtens fehl.

b) *Zur Häufigkeit des Austausches von Motor und Getriebe der angebotenen Fahrzeuge*

47. Ausgangspunkt für die Angaben zum Austausch von einzelnen Maschinenteilen ist Anhang 23 zum besonderen Lastenheft [13]. Dieser Anhang 23 bildet die Grundlage für die Berechnung von Arbeitszeit und Materialkosten beim Austausch bestimmter

13 — Cahier spécial des charges, Marché 545.

Maschinenteile. Insgesamt werden 45 Posten aufgezählt, für die jeweils vom Bieter mitzuteilen ist: die Anzahl der Organe pro Autobus, die Zeit für den Ausbau des Teils, die Zeit für den Einbau des Teils und schließlich der Preis eines neuen Ersatzteils. All diese Angaben sind in eine Tabelle einzusetzen. In dieser Tabelle ist eine Rubrik vorgesehen „Anzahl des erforderlichen Austausches für ein Ersatzteil" [14]. Diese Rubrik ist bereits vom öffentlichen Auftraggeber für alle 45 Ersatzteile ausgefüllt. In Zeile 1 ist daher zu lesen „Motor" und in der Rubrik „Anzahl des vorhersehbaren Austausches" eine „2". In der zweiten Zeile heißt es dann „Getriebe", und in der vorgegebenen Rubrik steht eine „3".

48. Die Tabelle in Anhang 23 des besonderen Lastenheftes wurde unbestritten von EMI korrekt ausgefüllt. In der in Rede stehenden Note vom 23. August 1993 macht dieser Bieter darauf aufmerksam, daß die vom öffentlichen Auftraggeber vorgegebene Austauschhäufigkeit nicht der statistischen Realität der angebotenen Fahrzeuge entspricht. Unter a ist zum „zweimaligen Austausch des Motors" zu lesen, daß aufgrund der mit den beschriebenen Fahrzeugen gemachten Erfahrungen die Fahrzeuge bei einer angenommen Lebensdauer von 15 Jahren und einer Leistung von 50 000 km pro Jahr mit einem einzigen Motor auskommen. Unter b zum „dreimaligen Austausch des Getriebes" heißt es, die Erfahrung habe gezeigt, daß eine Austauschhäufigkeit von 1,25 vorzusehen sei.

49. Anschließend wird darauf aufmerksam gemacht, daß es sich bei den beiden Punkten nur um die wichtigsten Posten handele, wobei diese Vorgehensweise auch für andere in Anhang 23 des besonderen Lastenheftes aufgeführte Ersatzteile gelten müßte. Die Leistungsfähigkeit der angebotenen Fahrzeuge dürfe nicht dazu führen, sie wirtschaftlich zu benachteiligen.

50. Die Kommission ist der Ansicht, diese Note sei eine Änderung des ursprünglichen Angebots.

51. Demgegenüber vertritt die belgische Regierung den Standpunkt, mit der Note vom 23. August sei lediglich die Aufmerksamkeit des öffentlichen Auftraggebers dahin gelenkt worden, daß die vorgesehene Austauschhäufigkeit bei den angebotenen Fahrzeugen nicht der Realität entspreche. Sämtliche Angaben in dem Anhang 23 wie der Einzelpreis des Ersatzteils, die Zeit zum Ausbau sowie die Zeit zum Einbau des jeweiligen Teils seien unverändert geblieben.

52. Die Anmerkungen in der Note vom 23. August 1993 beziehen sich auf die Vorgaben, die der öffentliche Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen gemacht hat und die nicht zur Disposition der Bieter standen. Zu der in Rede stehenden Rubrik zur Austauschhäufigkeit waren von den Bietern keine Angaben verlangt. Insofern kann der Inhalt der Note vom 23. August nur als eine Anmerkung des Bieters zu von ihm grundsätzlich durch sein Gebot nicht zu beeinflussenden Prämissen des öffentlichen Auftraggebers verstanden werden. Der Bieter konnte

14 — Nombre de remplacement prévisible pour un organe.

nicht davon ausgehen, daß seine Hinweise zu einer Änderung der Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers führen würden.

53. Dennoch entspricht es dem berechtigten wirtschaftlichen Interesse des Bieters, den öffentlichen Auftraggeber darauf aufmerksam zu machen, daß die Vorgaben in bezug auf die angebotene Ware nicht den Tatsachen entsprechen und die Beurteilung des Angebots auf dieser Grundlage eine Fehleinschätzung des Angebots bedingen würde. Diese Anmerkung hätte genausogut in dem ursprünglichen Angebot ihren Platz gefunden, ohne dadurch die Bedingungen für den Bieter zu ändern. Die Reaktion des öffentlichen Auftraggebers auf derartige Hinweise ist unabhängig von dem Verhalten des Bieters zu beurteilen.

54. In Anbetracht der Tatsache, daß der Bieter in der Note vom 23. August kein neues Zahlenmaterial geliefert hat, keine seiner Angaben ersetzt hat und auch keine abweichende Berechnung angestellt hat, bin ich der Ansicht, daß die umstrittene Note keine Änderung der vom Bieter verlangten Angaben beinhaltet.

55. Die Feststellung, daß EMI durch die Note vom 23. August keine Änderung des Angebots vorgenommen hat — die zumindest teilweise darauf beruht, daß es sich um Anmerkungen zu Angaben handelt, die grundsätzlich nicht zur Disposition des Bieters stehen — hindert nicht, daß der Inhalt der Note für den öffentlichen Auftraggeber Anlaß war, in gegebenenfalls diskriminierender Weise zugunsten des Bieters von den eigenen Vorgaben abzurücken. Diese Betrachtung führt unmittelbar zu dem zweiten Klagegrund des Abweichens des öffentlichen Auftraggebers von den Zuschlagskriterien.

III. Das Abweichen von den Zuschlagskriterien

a) *Zur Häufigkeit des Austausches bestimmter Ersatzteile*

56. Die tatsächlichen Ereignisse im Hinblick auf die Berücksichtigung der Austauschhäufigkeit der wesentlichen Antriebsteile, Motor und Getriebe, wurden von der Kommission unter zwei verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten beleuchtet. Zum einen hat sie den Standpunkt vertreten, die Note vom 23. August bewirke eine Änderung des ursprünglichen Angebots von EMI, eine Rechtsansicht, der ich mich aus den oben genannten Gründen nicht anschließe. Zum anderen hat sie die Auffassung vertreten, durch die Berücksichtigung der von EMI gemachten Hinweise bei der Berechnung der Unterhaltungskosten der zu bewertenden Fahrzeuge sei sie in rechtswidriger Weise von den im Lastenheft festgelegten Zuschlagskriterien abgewichen.

57. Es kommt daher auf Bedeutung und Ausgestaltung der Zuschlagskriterien an. Artikel 27 der Richtlinie 90/531 schreibt in den Absätzen 1 und 2 insofern vor:

„1) Für die Auftragsvergabe maßgebendes Kriterium ist

a) entweder das wirtschaftlich günstigste Angebot unter Berücksichtigung mehrerer von Auftrag zu Auftrag unterschiedlicher Kriterien wie etwa: Lieferfrist, Ausführungsdauer, Betriebskosten, Rentabilität, Qualität, Ästhetik und Zweckmäßigkeit, technischer Wert, Kundendienst und technische Hilfe, Verpflichtungen hinsichtlich der Ersatzteile, Versorgungssicherheit, Preise;

b) oder ausschließlich der niedrigste Preis.

2) Im Falle von Absatz 1 Buchstabe a) gibt der Auftraggeber in den Auftragsunterlagen oder in der Bekanntmachung alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, soweit wie möglich in der Reihenfolge ihrer Bedeutung an."

58. In dem Ausschreibungstext heißt es dann unter Punkt 14 „Zuschlagskriterien":

„Die Auswahl wird auf der Grundlage des wirtschaftlich vorteilhaftesten Angebots erfolgen. Die verschiedenen Kriterien sind: Preis, Betriebskosten (Verbrauch, Zeit für Montage/Demontage und Preis der Ersatzteile), Versorgungssicherheit, Qualität des technischen Materials (Plätze [15], Treppensteigung, Abgase, Geräusch, Höhe der Stufen und des Fußbodens, Erhöhungen)." [16]

59. Im besonderen Lastenheft findet sich unter 20.2 eine Aufzählung der Zuschlagskriterien nebst Erklärungen in der gleichen Reihenfolge wie im Ausschreibungstext. Die Untergliederung gestaltet sich folgendermaßen:

„20.2. Zuschlagskriterien. Der Auftrag wird auf der Grundlage des wirtschaftlich

15 — In der Ausschreibung in der Originalsprache (Französisch) heißt es: „plages"; das scheint ein Druckfehler zu sein, denn im Lastenheft heißt das erste der Kriterien zur Beurteilung der technischen Qualität des Materials „nombre des places".

16 — Diese vollständige Aufzählung findet sich nur in der Veröffentlichung der Ausschreibung in der Originalsprache (Französisch). Die Veröffentlichung in den anderen Gemeinschaftssprachen findet nur in abgekürzter Form statt. Im deutschen Text heißt es beispielsweise „Zuschlagskriterien: Wirtschaftlich vorteilhaftestes Angebot nach folgenden Kriterien: Preis, Betriebskosten, Qualität, sonstige Kriterien."

vorteilhaftesten Angebots vergeben, auf der Grundlage folgender Kriterien:

20.2.1. Einheitspreis des Autobusses und die finanziellen Varianten

...

20.2.2. Technische Beurteilungskriterien.

Die Kriterien sind Gegenstand einer absoluten Gewichtung, deren Maßeinheit der „franc fictif" sein wird.

BETRIEBSKOSTEN

20.2.2.1. Kraftstoffverbrauch

...

20.2.2.2. Zeit für Montage und Demontage, Preis der Teile

...

VERSORGUNGSSICHERHEIT

20.2.2.3. Lieferung der Ersatzteile

...

TECHNISCHE QUALITÄT DES ANGEBOTENEN MATERIALS

20.2.2.4. Anzahl der Plätze

...

20.2.2.5. Höhe der Stufen

...

20.2.2.6. Schädliche Abgase

...

20.2.2.7. Geräuschpegel

...

20.2.2.8. Höhe des Fußbodens

...

20.2.2.9 Anzahl der Stufen

...

20.2.2.10. Erhöhungen

...»

60. Das Gleichbehandlungsgebot und die damit einhergehende Berechenbarkeit des Bewertungsvorganges gebieten, daß sich der öffentliche Auftraggeber an die von ihm definierten Zuschlagskriterien hält. Der im vorigen bereits angesprochene Anhang 23 des besonderen Lastenheftes dient als Grundlage zur Bewertung eines der beiden Faktoren zur Bestimmung der Betriebskosten. Die in Rechnung zu stellenden Betriebskosten setzen sich gemäß den Zuschlagskriterien zusammen einmal aus dem Kraftstoffverbrauch und zum anderen aus der zu veranschlagenden Arbeitszeit und den Materialkosten, die beim Austausch von Ersatzteilen erforderlich werden.

61. Die Austauschhäufigkeit der Ersatzteile ist dabei — wie wir bereits gesehen haben — eine vom öffentlichen Auftraggeber für alle Bieter gleichermaßen vorgegebene Konstante. Dieser Faktor wirkt sich als Multiplikator der von den Bietern anzugebenden Kostenelemente aus. Das Abweichen von dieser Vorgabe kann daher weitreichende Folgen haben.

62. Im vorliegenden Verfahren ist zugestanden und ergibt sich im übrigen auch aus den vorgelegten Unterlagen [17], daß der öffentliche Auftraggeber die von EMI mitgeteilte geringere Austauschhäufigkeit für Motoren und Getriebe bei der Berechnung der Betriebskosten berücksichtigt hat. Bei einem Vergleich der Unterlagen zur Bewertung der verschiedenen Angebote zu den einzelnen Losen zeigt sich, daß der Faktor Betriebskosten für die Fahrzeuge von EMI bei den abschließenden Berechnungen wesentlich geringer veranschlagt wird, als bei den Berechnungen für den ersten Entscheidungsvorschlag für die Verwaltungsratssitzung am 2. September 1993. Während in der Bewertungstabelle zur Veranschlagung der Betriebskosten in der Rubrik „Unterhaltung" [18] ursprünglich ein Wert von 4 901 790 für die Lose Nrn. 2 und 3 bzw.

17 — Vgl. Note für die Verwaltungsratsitzung des öffentlichen Auftraggebers vom 6. Oktober 1993.

18 — „Entretien".

4 896 790 für die Lose Nrn. 4 bis 6 eingetragen wurde, ist in den neueren Berechnungen ein Wert von 3 744 140 für die Lose Nrn. 2 bis 6 veranschlagt [19]. Daß der betroffene Bieter durch die modifizierte Berechnungsweise im Vergleich zu den anderen Bietern besser abschneidet, ist offenkundig.

63. Das einseitige Abweichen von den als unveränderlich zu verstehenden Angaben des öffentlichen Auftraggebers in den Verdingungsunterlagen zugunsten eines Bieters, ohne den anderen Bietern Gelegenheit zu geben ihre Angaben gegebenenfalls unter der veränderten Prämisse zu revidieren, stellt sich meines Erachtens als ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz dar. Nachdem der öffentliche Auftraggeber Kenntnis erlangt hatte, daß das von einem Bieter angegebene Material dem vom Auftraggeber erwarteten wesentlich überlegen war, so daß er an der Richtigkeit der von ihm festgelegten Vorgaben Zweifel hatte, mußte er entweder dennoch in einer für alle Bieter gleichen Weise an seinen technischen Vorgaben festhalten oder aber die Gesamtheit aller Bieter darüber in Kenntnis setzen, daß es die Möglichkeit der Abweichung von den im Lastenheft festgelegten Daten gab. Der Zeitpunkt, wann der öffentliche Auftraggeber von den Tatsachen Kenntnis erlangt, ist dabei meines Erachtens unmaßgeblich; werden diese Angaben bereits im Angebot gemacht, gilt grundsätzlich nichts anderes.

19 — Vgl. Anhang 6 zur Note für die Verwaltungsratssitzung vom 2. September 1993, S. 2 bis 6, und Anhang 2 zur Note für die Verwaltungsratssitzung vom 6. Oktober 1993, S. 1 bis 6.

64. Die belgische Regierung hat die Ansicht vertreten, der öffentliche Auftraggeber dürfe nicht daran gehindert werden, dem ihm im Zuge des technischen Fortschritts angebotenen besseren Material den Vorzug zu geben.

65. Dem ist zu entgegnen, daß ein öffentlicher Auftraggeber keineswegs daran gehindert wird, durch den technischen Fortschritt bedingte Verbesserungen des zu beschaffenden Materials im Rahmen der Auftragsvergabe zu berücksichtigen. Dafür spricht die bereits in der Richtlinie verankerte Möglichkeit, Varianten zuzulassen. [20] Der Wunsch zur technischen Verbesserung der im Rahmen des öffentlichen Beschaffungswesens zu erwerbenden Produkte berechtigt einen öffentlichen Auftraggeber jedoch nicht, den Gleichbehandlungsgrundsatz zu mißachten.

66. Indem der öffentliche Auftraggeber von seinen eigenen Vorgaben zur Evaluierung der Zuschlagskriterien einseitig zugunsten eines Bieters abgewichen ist, hat er gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen.

67. Die diskriminierenden Wirkungen des Verhaltens werden augenfällig bei einer Betrachtung der Rangfolge der konkurrierenden Fahrzeuge im Hinblick auf die Berechnung der Betriebskosten. Nach den ursprünglichen Angaben zum Kraftstoffverbrauch und der vorgegebenen Austauschhäufigkeit der Ersatzteile lagen die Fahrzeuge von Van Hool im Hinblick auf die Lose

20 — Vgl. Artikel 27 Absatz 3 der Richtlinie 90/351.

Nrn. 2 und 3 an erster Stelle und die Fahrzeuge von EMI an dritter Stelle. Hinsichtlich der Lose Nrn. 4, 5 und 6 waren die Fahrzeuge Van Hool an erster Stelle plaziert und die von EMI auf dem fünften Platz. Unter Berücksichtigung des neuen Zahlenmaterials sollten sich die Fahrzeuge von Van Hool hinsichtlich der Lose Nrn. 2, 3 und 5 an erster Stelle wiederfinden, während die von EMI an zweiter Stelle plaziert waren. Für die Lose Nrn. 4 und 6 nahmen die Fahrzeuge von EMI nach den neueren Berechnungen sogar den ersten Platz ein.

68. Die Verschiebung der Plazierung im Rahmen der Berechnungen für das zweitwichtigste Zuschlagskriterium, die Betriebskosten, vom fünften auf den ersten Platz, spricht meines Erachtens für sich. Eine Diskriminierung der Konkurrenten erscheint mir unter diesen Umständen unzweifelhaft.

b) *Zur Berücksichtigung einer besonderen Ausstattung*

69. Im Rahmen des Vorwurfs, der öffentliche Auftraggeber habe den Zuschlag unter Mißachtung der im Lastenheft definierten Zuschlagskriterien erteilt, macht die Kommission geltend, die SRWT habe einige von EMI vorgeschlagene Ausstattungselemente zugunsten dieses Bieters in die Gesamtwertung miteinfließen lassen, die im Lastenheft nicht vorgesehen waren. Im einzelnen handelt es sich um die Berücksichtigung besonderer Sitze, namens *Cantilever*, um ein Gebläse für alle Seitenscheiben und ein besonderes System des Zusammenfügens von Modulen beim Bau der Busse.

70. Die Vorteile der an den Seiten der Busse befestigten *Sitze Cantilever* gegenüber herkömmlichen Sitzen bestünden in mehrfacher Hinsicht. Zum einen müßten die Seitenwände der Busse verstärkt werden, an denen die Sitze zu befestigen seien, was insgesamt eine Erhöhung der Fahrgastsicherheit mit sich bringe. Dadurch, daß die Sitze nicht mehr am Boden befestigt seien, sei eine deutliche Zeiteinsparung bei der Reinigung der Busse zu erzielen. Schließlich würden die Sitze den Fahrgastkomfort durch größere Beinfreiheit und mehr Stauraum für etwaige Gepäckstücke erhöhen.

71. Die Vorteile des *Scheibengebläses* seien sowohl ästhetischer als auch wirtschaftlicher Natur. Sie verhinderten das Beschlagen der Scheiben, was im Ergebnis auch den Reinigungsaufwand der Scheiben erheblich senken würde.

72. Das *Modulsystem* beim Bau der Busse könnte bei einer erforderlichen Reparatur der Karosserie eine beträchtliche Zeiteinsparung bewirken bedingt durch die Art und Weise der Befestigung der Bauteile. Außerdem würde dieses System eine maßgebliche Verringerung der auf Lager zu haltenden Bauteile ermöglichen, da einige Bauteile zu verschiedenen Modellen von Bussen gleichermaßen paßten.

73. Alle drei genannten Ausstattungselemente, die Sitze, das Gebläse und das Modulsystem, waren bereits im ursprünglichen Angebot von EMI enthalten. Der Zuschlagsentscheidung ist zu entnehmen, daß diese Elemente in die abschließende Bewertung eingeflossen sind, ohne jedoch konkret beziffert worden zu sein.

74. Zwar hat EMI in der Note vom 3. August den Versuch unternommen, die wirtschaftlichen Vorteile der genannten Ausstattungselemente zu beziffern. Diese Berechnungsweise wurde jedoch vom öffentlichen Auftraggeber nicht übernommen.

75. Fraglich ist, ob es sich bei den in Rede stehenden Elementen um Varianten im Sinne der Richtlinie handelt, die bejahendenfalls auch in korrekter Art und Weise bewertet worden sind.

76. Artikel 27 Absatz 3 der Richtlinie sieht vor:

„Bei Aufträgen, die nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots vergeben werden, können die Auftraggeber von Bietern vorgelegte Varianten berücksichtigen, wenn sie den vom Auftraggeber festgelegten Mindestanforderungen entsprechen. Die Auftraggeber erläutern in den Auftragsunterlagen die Mindestanforderungen für die Varianten und geben an, auf welche Weise sie eingereicht werden können ...“

In den Erwägungsgründen 32 und 33 der Richtlinie werden folgende Anwendungsgrundsätze der Richtlinie erwähnt:

„Die von den beteiligten Auftraggebern anzuwendenden Vorschriften sollen einen Rahmen für eine loyale Geschäftspraxis bilden und möglichst flexibel gehandhabt werden können.

Im Gegenzug zu der so geschaffenen Flexibilität sind im Interesse des gegenseitigen Vertrauens ein Mindestmaß an Transparenz und eine angemessene Überwachung der Anwendung dieser Richtlinie sicherzustellen.“

77. Im Ausschreibungstext heißt es unter Punkt 3 Buchstabe d:

„Varianten: Varianten sind zugelassen.“ [21]

21 — Im Original der Ausschreibung heißt es „Variantes: les suggestions sont autorisées.“

78. Im Lastenheft ist in unterschiedlichem Zusammenhang von Varianten die Rede. Einmal werden „finanzielle Varianten" genannt [22], an anderen Stellen tauchen die Begriffe „Pflichtvarianten" [23] oder „freiwillige Varianten" [24] auf. Im Rahmen der Zuschlagskriterien heißt es unter Punkt 20.2.1 „Einheitspreis der Autobusse und finanziellen Varianten": „Der Einheitspreis wird erhöht um den Preis der Varianten, die andere als finanzielle sind und der eventuellen Vorschläge, die berücksichtigt werden."

79. Die Kommission ist der Ansicht, die Merkmale hätten bei der Bewertung des Angebots von EMI nicht berücksichtigt werden dürfen. Unbezifferte technische Merkmale könnten nicht berücksichtigt werden, sofern sie nicht zur Bestimmung des wirtschaftlich vorteilhaftesten Angebots im Lastenheft angekündigt worden seien. Die Kommission gesteht zu, daß das Lastenheft Varianten zulasse. Vom Lastenheft geforderte Merkmale könnten aber nicht als „freie Vorschläge" [25] betrachtet werden und seien daher nur entsprechend dem Lastenheft zu bewerten.

80. In der Klageerwiderung vertritt die Kommission den Standpunkt, auch wenn nach dem Lastenheft Varianten möglich seien, dürften diese nur insoweit berücksichtigt werden, als sie den Einheitspreis der Autobusse erhöhen.

81. Gegenüber diesem letztgenannten Argument erhebt die belgische Regierung den Einwand, er sei verspätet vorgebracht worden und daher als unzulässig zurückzuweisen. Im übrigen macht die belgische Regierung folgendes Verteidigungsvorbringen geltend:

Zunächst sei davon auszugehen, daß Vorschläge bzw. Anregungen [26] nach den Verdingungsunterlagen zugelassen worden seien. Die von der SRWT als Vorschläge berücksichtigten technischen Merkmale seien nicht Gegenstand einer Bonifikation gewesen, die den Einheitspreis der von EMI angebotenen Fahrzeuge beeinflußt hätte. Sie seien nur als unbezifferte Kriterien für Komfort und Qualität berücksichtigt worden, die den Schluß erlaubt hätten, von allen Angeboten sei das von EMI das wirtschaftlich vorteilhafteste.

82. Die belgische Regierung hebt hervor, daß die Vorschläge nur eine untergeordnete Rolle bei der Vergabe des Auftrags gespielt hätten. Die Angebote von EMI und Van Hool seien sich so nahe gewesen, daß die SRWT es zur Unterscheidung der Kandidaten für erforderlich gehalten hätte, die besonderen Vorteile der Fahrzeuge von EMI in Rechnung zu stellen. Diese Vorgehensweise sei vereinbar mit Artikel 27 Absatz 3 der Richtlinie, wonach bei Aufträgen, die nach

22 — „Variantes financières", Punkt 20.2 des besonderen Lastenheftes — Zuschlagskriterien.

23 — „Variantes obligatoires" — liste des variantes.

24 — „Variantes facultatives" — liste des variantes.

25 — „Suggestions libres".

26 — „Suggestions".

dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots vergeben werden, die Auftraggeber von Bietern vorgelegte Varianten berücksichtigen könnten, wenn sie den vom Auftraggeber festgelegten Mindestanforderungen entsprächen.

83. Das Ziel von Varianten oder Vorschlägen sei es, die Aufmerksamkeit der Verwaltung auf Neuigkeiten zu lenken, von denen sie keine Kenntnis habe. Es sei gerade das Wesen der Vorschläge, über die vorgeschriebenen technischen Mindestanforderungen des Lastenheftes hinauszugehen. Was schließlich den Vorwurf der Ungleichbehandlung von Bietern anbelange, so sei dieser zurückzuweisen, denn der Vergleich von Vorschlägen sei praktisch unmöglich, da durch die Vorschläge jedes Angebot einmalig und unverwechselbar werde. Die Kommission hätte auch nicht vortragen können, daß vergleichbare Vorschläge anderer Konkurrenten gemacht worden seien.

84. Zunächst möchte ich mich dem von der belgischen Regierung erhobenen Unzulässigkeitseinwand gegenüber dem von der Kommission in der Klageerwiderung geltend gemachten Argument zur Erhöhung des Einheitspreises bei Varianten zuwenden. Dieser Einwand findet eine rechtliche Stütze in Artikel 42 § 2 Satz 1 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes. Dort heißt es:

„Im übrigen können neue Angriffs- und Verteidigungsmittel im Laufe des Verfahrens nicht mehr vorgebracht werden, es sei denn, daß sie auf rechtliche oder tatsächliche Gründe gestützt werden, die erst während des Verfahrens zutage getreten sind."

Da es sich bei dem zu beurteilenden Argument um eines der klägerischen Partei handelt, ist es als Angriffsmittel einzustufen. Bei der Frage der Präklusion von Angriffsmitteln ist eine grundsätzliche Unterscheidung zwischen Klagegründen und Argumenten zu machen. Die Klagegründe müssen sämtliche in der Klageschrift aufgeführt werden. Neue Klagegründe können folglich nicht ohne eine Rechtfertigung im Sinne des Artikels 42 § 2 der Verfahrensordnung im späteren Verfahren eingeführt werden. Anders verhält es sich bei Argumenten, die bereits eingeführte Klagegründe untermauern und ergänzen sollen. Diese können jederzeit auch in einem späteren Verfahrensstadium vorgetragen werden.

85. Der Klagegrund der Mißachtung der Zuschlagskriterien bei der Vergabe des Auftrags in der Form der Berücksichtigung der von EMI vorgeschlagenen Sitze, des Gebläses und des Modulsystems wurde bereits in der Klageschrift — sowie im Vorverfahren — vorgebracht. Im Hinblick auf diesen Klagegrund ist der Hinweis auf die Beeinflussung des Einheitspreises durch gegebenenfalls zugelassene Varianten nur ein zusätzliches Argument. Der Einwand der Unzulässigkeit des Arguments geht daher ins Leere.

86. Die belgische Regierung macht im Hinblick auf das umstrittene Argument geltend, der Vorwurf sei auch in materieller Hinsicht unbegründet. Das Lastenheft sehe in der Tat vor, daß berücksichtigte Vorschläge dem Einheitspreis zugeschlagen werden, um einen Vergleich anzustellen. Wenn aber der Einheitspreis bereits die Kosten dieser Besonderheiten umfaßte — wie es sich im vorliegenden Fall verhalte — könne man sie nicht ein zweites Mal dem Preis hinzuschlagen. Selbst wenn die angenommenen Vorschläge nicht die Wirkung hätten, den Einheitspreis zu erhöhen, sei es dem öffentlichen Auftraggeber dennoch nicht verwehrt, die Verdienste des vorgeschlagenen Materials zu berücksichtigen.

87. Bei der Begutachtung des Verhaltens des öffentlichen Auftraggebers in bezug auf die Ausstattungskriterien ist davon auszugehen, daß Varianten grundsätzlich nach der Richtlinie zulässig sind. Dies ergibt sich ausdrücklich aus Artikel 27 Absatz 3. Der Ausschreibungstext beweist, daß für den konkreten Auftrag von dieser Möglichkeit auch Gebrauch gemacht wurde.

88. Zur abstrakten Bestimmung zulässiger Varianten stellt sich die Frage nach deren Sinn und Zweck. Dabei gibt es einen grundsätzlichen Unterschied zwischen den Verfahren, deren maßgebendes Zuschlagskriterium der niedrigste Preis ist und denen, für die das wirtschaftlichste Angebot ausschlaggebend sein soll. [27] Nur für das letztere gibt es die Möglichkeit des Bieters, Varianten einzureichen. Wie die belgische Regierung zu Recht geltend gemacht hat, erlaubt diese Verfahrensweise, Vorschläge und Neuerungen bei der Auftragsvergabe zu berücksichtigen, auf die der Auftragsgeber erst von einem Bieter aufmerksam gemacht wird. Die Erwägungsgründe 32 und 33 der Richtlinie legen Zeugnis ab, daß eine gewisse Flexibilität bei der Geschäftspraxis eines Auftraggebers auch im Rahmen der Anwendung der Richtlinie möglich sein soll.

89. Wenn im Rahmen eines Vergabeverfahrens über einen öffentlichen Lieferauftrag für die Bieter Raum bleiben soll, Vorschläge und Anregungen einzubringen, dann kann es sich dabei gerade nicht um prädefinierte Kriterien des Lastenheftes handeln. Es erscheint mir dabei nur konsequent, wenn sich die von EMI gemachten Vorschläge für die besonderen Ausstattungsmerkmale keiner der im Lastenheft aufgezählten Varianten zuordnen lassen. Soweit es sich um den Begriff der finanziellen Varianten handelt, ist das offenkundig. Bei den Pflichtvarianten handelt es sich um vom Auftraggeber geforderte und definierte Alternativvorschläge zu Einzelheiten des Lastenheftes. Aufschluß über deren Inhalt geben die an der jeweils einschlägigen Stelle des Lastenheftes definierten Alternativlösungen. Einen Überblick über die Pflichtvarianten gibt die Liste der Varianten [28]. Die in dieser Liste ebenfalls aufgezählten vier freiwilligen Varianten beziehen sich in drei Fällen auf die Finanzierung. Nur eine einzige sogenannte „freiwillige Variante“ [29] hat ein technisches Merkmal zum Gegenstand. Dieses ist seinerseits auch prädefiniert.

27 — Vgl. Artikel 27 Absatz 1.

28 — „Liste des variantes“ im Anhang des besonderen Lastenheftes.

29 — „Variante facultative“.

Der Unterschied zwischen Pflichtvarianten und freiwilligen Varianten scheint mir der zu sein, daß der Bieter die Pflichtvarianten einreichen muß, um den Anforderungen des Lastenheftes überhaupt zu genügen, wohingegen er die Freiheit hat, die erbetene freiwillige Variante auszuarbeiten und er jedenfalls nicht ausgeschlossen werden kann, wenn er dies unterläßt.

90. Das Zulassen von Vorschlägen und Anregungen, die in dem Lastenheft gerade nicht vorgeschrieben sind, bringt die Schwierigkeit mit sich, wie möglicherweise berücksichtigte Vorschläge in Anrechnung zu bringen sind. Bei einer Vergabe eines Auftrages nach dem wirtschaftlich günstigsten Angebot müssen auch Vorschläge wirtschaftlich bewertet werden.

91. Bei Vergabeverfahren nach dem wirtschaftlich günstigsten Angebot steht dem öffentlichen Auftraggeber meines Erachtens ein gewisses Ermessen zu, welcher technischen Lösung er im Ergebnis den Vorzug gibt. Dieses Ermessen ist freilich nicht grenzenlos und muß auf Ermessensfehler kontrollierbar sein. Die Maßstäbe für die Ermessensausübung lassen sich meines Erachtens der Richtlinie entnehmen. In Artikel 27 Absatz 3 heißt es beispielsweise:

„Die Auftraggeber erläutern in den Auftragsunterlagen die *Mindestanforderungen für die Varianten.*"

Im Erwägungsgrund Nr. 33 der Richtlinie ist von einem „*Mindestmaß an Transparenz*" im Gegenzug zu der geschaffenen Flexibilität die Rede. Dem möchte ich das in Artikel 4 der Richtlinie verankerte *Diskriminierungsverbot* hinzufügen.

92. Für die weitere Prüfung möchte ich davon ausgehen, daß der öffentliche Auftraggeber ein Ermessen bei der Berücksichtigung von Vorschlägen hat, wenn diese den im Lastenheft definierten Mindestanforderungen entsprechen und das Verfahren im übrigen transparent und nicht diskriminierend ausgestaltet ist. Diese Grundsätze müssen meines Erachtens auch für die wirtschaftliche Bewertung der Vorschläge und Anregungen gelten.

93. Die umstrittenen Ausstattungskriterien sind als Merkmale der technischen Qualität des angebotenen Materials zu betrachten.

Die „technische Qualität des angebotenen Materials“ [30] gehört zu den ausdrücklich erwähnten Zuschlagskriterien im Lastenheft und umfaßt sieben Merkmale. [31] Ein Charakteristikum dieser Kriterien ist, daß es sich *ausschließlich* um die Definition von fiktiven Gutschriften bzw. Strafpunkten für das im Lastenheft geforderte Material bzw. etwaigen Abweichungen davon handelt. Da sich diese Bewertungskriterien auf die Definitionen im Lastenheft beziehen, ist in diesem Rahmen kein Raum für die Bewertung von Vorschlägen, die im Lastenheft nicht erwähnt sind. Die wirtschaftliche Bewertung der Varianten ist ausdrücklich nur bei der Festlegung des Einheitspreises mit preiserhöhender Wirkung vorgesehen [32].

94. Hier begegnen wir dem von der belgischen Regierung aufgeworfenen Problem, daß sinnvolle technische Anregungen, die bereits beim Einheitspreis berücksichtigt worden sind, nicht noch einmal preiserhöhend in Anrechnung gebracht werden können. Im Ergebnis liefe das in der Tat auf eine wirtschaftliche Benachteiligung besserer Lösungen hinaus. Richtiger wäre es, vom Auftraggeber berücksichtigte Anregungen an dem Bonus-Malus-System für das technische Material teilhaben zu lassen. In dieser Hinsicht fehlt es aber — wie schon ausgeführt — an der Möglichkeit der Prädefinition der technischen Merkmale, die ja gerade unbekannt sind.

95. Angesichts der Schwierigkeiten bei der wirtschaftlichen Bewertung alternativer technischer Lösungen hat EMI in der Note vom 3. August einen Vorschlag unterbreitet, wie die vorgeschlagenen Lösungen beziffert werden könnten. [33] Diese Evaluierungsvorschläge hat der öffentliche Auftraggeber nicht übernommen aus dem besagten Grund, daß im Rahmen der vom Lastenheft festgelegten Zuschlagskriterien kein Maßstab für diese Alternativvorschläge festgelegt worden war.

96. Die Anregungen des Bieters dennoch wertsteigernd zu berücksichtigen, ist meines Erachtens dann im Rahmen des auftraggeberischen Ermessens zulässig, wenn die Vorschläge in technischer Hinsicht den Mindestanforderungen des Lastenheftes entsprechen und bei der Auftragserteilung transparent und nicht diskriminierend vorgegangen wird.

97. Die Anforderungen an die erforderlichen Sitze sind im Lastenheft an mehreren Stellen zu finden. Dabei handelt es sich sowohl um die Anzahl der Sitzplätze bei den verschiedenen Modellen als auch um geforderte Pflichtvarianten für besondere Ausführungen, wie z. B. „Antivandalismus-Sitze“ im hinteren Bereich der Busse. [34] Offenbar genügen die Sitze „Cantilever“ all diesen technischen Anforderungen, bieten aber darüber hinaus sowohl in wirtschaftlicher Hinsicht als auch in bezug auf die Bequemlichkeit Vorteile.

30 — „Les qualités techniques du matériel offert“, vgl. Zuschlagskriterien im Lastenheft vor 20.2.2.4 ff.

31 — Gliederungspunkte 20.2.2.4 bis 20.2.2.10 im Lastenheft, vgl. im vorigen Nr. 59.

32 — Vgl. Punkt 20.2.1 der Zuschlagskriterien.

33 — Sitze „Cantilever“ 480 000 BFR, Gebläse 240 000 BFR, Modulsystem 100 000 BFR.

34 — Vgl. Anhang 11 des allgemeinen Lastenheftes; Teil 2 Kapitel IV Punkt 13 Artikel 42 und Teil 3 Kapitel II Artikel 18 Nummer 18.6 des besonderen Lastenheftes.

98. Im Hinblick auf das angebotene Scheibengebläse lassen sich aus Teil 2, Kapitel IV Punkt 14, Artikel 43 Mindestanforderungen entnehmen. Dort ist von der Einfach- bzw. Doppeltverglasung der Fenster die Rede, wobei die Doppeltverglasung im Rahmen einer Pflichtvariante vom Heizungssystem abhängig ist. Auch zu diesem Punkt ist ein Abweichen von den Mindestanforderungen für mich nicht erkennbar.

99. Was schließlich das Modulsystem betrifft, kann ich insofern keine Mindestanforderungen im Lastenheft erkennen. Das überrascht nicht, da gerade dieses System als typisch und neuartig vorgeschlagen wurde und daher vom Lastenheft nicht vorgeschrieben werden konnte. Allerdings ist schon durch die vorausgehenden Ausführungen bekannt, daß es dem öffentlichen Auftraggeber im Rahmen der Bewertung der Betriebskosten (dem zweiten Zuschlagskriterium) wesentlich darauf ankam, wieviel Arbeitszeit bei der Reparatur der Fahrzeuge anfällt und welche Materialkosten entstehen. Das dritte der Zuschlagskriterien, die Versorgungssicherheit, gibt Aufschluß darüber, daß es für den öffentlichen Auftraggeber von grundsätzlicher Bedeutung ist, daß die Beschaffung von Ersatzteilen und das Management des Ersatzteillagers möglichst effizient ausgestaltet werden soll. Eine Mißachtung etwaiger Mindestanforderungen für Bauteile durch das vorgeschlagene Modulsystem kann ich nicht erkennen.

100. Die erforderliche Transparenz hat der öffentliche Auftraggeber meines Erachtens dadurch gewahrt, daß er in seiner Zuschlagsentscheidung ausdrücklich auf der Grundlage einer Voreinstufung nach den definierten Zuschlagskriterien die von ihm angenommenen Vorschläge ausdrücklich erwähnt und deren wirtschaftliche Vorteile in die Entscheidung nachvollziehbar einfließen läßt. In der Note für die Verwaltungsratssitzung vom 6. Oktober 1993 werden die Elemente dem Entscheidungsvorschlag zugrunde gelegt und ausdrücklich erörtert. [35]

101. Was schließlich die Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes anbelangt, so ist der öffentliche Auftraggeber im Hinblick auf die Ausstattungselemente von keiner der im Lastenheft getroffenen Vorgaben abgewichen. Es verhält sich insofern grundsätzlich anders als bei der angenommenen Austauschhäufigkeit von Motor und Getriebe. Ein unmittelbarer Vergleich der Vorschläge und Anregungen mit den Angeboten anderer Bieter wird insofern erschwert als diese keine vergleichbaren Vorschläge unterbreitet haben.

102. Im Ergebnis bin ich der Ansicht, daß sich der öffentliche Auftraggeber bei der Berücksichtigung der Ausstattungselemente, Sitze „Cantilever", Gebläse und Modulsystem, im Rahmen seines Ermessens bewegt hat und seine Zuschlagsentscheidung insofern nicht rechtswidrig ist.

35 — Vgl. S. 6 der Note für die Verwaltungsratssitzung vom 6. Oktober 1993.

Kosten

103. Gemäß Artikel 69 § 3 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes kann der Gerichtshof die Kosten teilen oder beschließen, daß jede Partei ihre eigenen Kosten trägt, wenn jede Partei teils obsiegt, teils unterliegt. Ich schlage vor, im vorliegenden Fall in dieser Weise zu verfahren.

C — Schlußantrag

104. Als Ergebnis vorstehender Überlegungen schlage ich vor:

1) Das Königreich Belgien hat dadurch gegen seine Verpflichtungen aus der Richtlinie 90/531/EWG verstoßen, daß im Rahmen eines von der SRWT ausgeschriebenen öffentlichen Auftrags Änderungen eines Gebots, die nach Eröffnung der Angebote vorgenommen wurden, Berücksichtigung fanden und ein Angebot unter Abweichung von dem Zuschlagskriterium angenommen wurde.

2) Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

3) Jede Partei trägt ihre eigenen Kosten.