

URTEIL DES GERICHTSHOFES (Sechste Kammer)
4. Dezember 2003 *

In der Rechtssache C-448/01

betreffend ein dem Gerichtshof nach Artikel 234 EG vom österreichischen Bundesvergabeamt in dem bei diesem anhängigen Rechtsstreit

EVN AG,
Wienstrom GmbH

gegen

Republik Österreich,
Beteiligte:
Stadtwerke Klagenfurt AG
und
Kärntner Elektrizitäts-AG

vorgelegtes Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung von Artikel 26 der Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. L 199, S. 1) sowie der

* Verfahrenssprache: Deutsch.

Artikel 1 und 2 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABl. L 395, S. 33) in der durch die Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1) geänderten Fassung

erlässt

DER GERICHTSHOF (Sechste Kammer)

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

Generalanwalt: J. Mischo,
Kanzler: H. A. Rühl, Hauptverwaltungsrat,

unter Berücksichtigung der schriftlichen Erklärungen

— der EVN AG und der Wienstrom GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt M. Öhler,

— der Republik Österreich, vertreten durch Rechtsanwalt A. Gerscha,

- der österreichischen Regierung, vertreten durch M. Fruhmann als Bevollmächtigten,

- der niederländischen Regierung, vertreten durch S. Terstal als Bevollmächtigte,

- der schwedischen Regierung, vertreten durch K. Renman als Bevollmächtigte,

- der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch M. Nolin als Bevollmächtigten im Beistand von Rechtsanwalt T. Eilmansberger,

aufgrund des Sitzungsberichts,

nach Anhörung der mündlichen Ausführungen der EVN AG und Wienstrom GmbH, der Republik Österreich und der Kommission in der Sitzung vom 23. Januar 2003,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 27. Februar 2003

folgendes

Urteil

- 1 Das Bundesvergabeamt hat mit Beschluss vom 13. November 2001, beim Gerichtshof eingegangen am 20. November 2001, gemäß Artikel 234 EG vier Fragen nach der Auslegung von Artikel 26 der Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. L 199, S. 1) sowie der Artikel 1 und 2 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABl. L 395, S. 33) in der durch die Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1) geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 89/665) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

- 2 Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen der Bietergemeinschaft EVN AG und Wienstrom GmbH (Antragstellerinnen des Ausgangsverfahrens, im Folgenden: Antragstellerinnen) und der Republik Österreich als öffentlicher Auftraggeber (Auftraggeber des Ausgangsverfahrens, im Folgenden: Auftraggeber), in dem es um die Erteilung des Zuschlags für einen öffentlichen Leistungsauftrag geht, für den die Antragstellerinnen des Ausgangsverfahrens ein Angebot abgegeben hatten.

Rechtlicher Rahmen

Das Gemeinschaftsrecht

- 3 Artikel 26 Absatz 1 Buchstabe b und Absatz 2 in Abschnitt IV, Kapitel 3 („Zuschlagskriterien“) der Richtlinie 93/36 bestimmt:

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

...

- b) oder — wenn der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt — verschiedene Kriterien, die je nach Auftrag wechseln, z. B. den Preis, die Lieferfrist, die Betriebskosten, die Rentabilität, die Qualität, die Ästhetik, die Zweckmäßigkeit, den technischen Wert, den Kundendienst und die technische Hilfe.

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

- 4 Nach der sechsten Begründungserwägung der Richtlinie 89/665 müssen in allen Mitgliedstaaten geeignete Verfahren geschaffen werden, um die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen und die Entschädigung der durch einen Verstoß Geschädigten zu ermöglichen.

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

„(1) Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinien 71/305/EWG, 77/62/EWG und 92/50/EWG ... fallenden Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge die Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der nachstehenden Artikel, insbesondere von Artikel 2 Absatz 7, auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können.

...

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

6 Artikel 2 Absätze 1 Buchstabe b, 5 und 6 der Richtlinie 89/665 lautet:

„(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass für die in Artikel 1 genannten Nachprüfungsverfahren die erforderlichen Befugnisse vorgesehen werden,

...

b) damit die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen, einschließlich der Streichung diskriminierender technischer, wirtschaftlicher oder finanzieller Spezifikationen in den Ausschreibungsdokumenten, den Verdingungsunterlagen oder in jedem sonstigen sich auf das betreffende Vergabeverfahren beziehenden Dokument vorgenommen oder veranlasst werden kann;

...

(5) Die Mitgliedstaaten können vorschreiben, dass bei Schadenersatzansprüchen, die auf die Rechtswidrigkeit einer Entscheidung gestützt werden, diese zunächst von einer von den dafür erforderlichen Befugnissen ausgestatteten Instanz aufgehoben worden sein muss.

(6) Die Wirkungen der Ausübung der in Absatz 1 genannten Befugnisse auf den nach Zuschlagserteilung des Auftrags geschlossenen Vertrag richten sich nach dem einzelstaatlichen Recht. Abgesehen von dem Fall, in dem eine Entscheidung vor Zuerkennung von Schadenersatz aufgehoben werden muss, kann ein Mitgliedstaat ferner vorsehen, dass nach dem Vertragsschluss im Anschluss an die Zuschlagserteilung die Befugnisse der Nachprüfungsinstanz darauf beschränkt werden, einer durch einen Rechtsverstoß geschädigten Person Schadenersatz zuzuerkennen.“

- 7 In der zweiten Begründungserwägung der Richtlinie 2001/77/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. September 2001 zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt heißt es:

„Wie im Weißbuch über erneuerbare Energieträger... ausgeführt wurde, ist die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen aus Gründen der Sicherheit und Diversifizierung der Energieversorgung, des Umweltschutzes und des sozialen und wirtschaftlichen Zusammenhalts für die Gemeinschaft von hoher Priorität ...“

- 8 Die achtzehnte Begründungserwägung der Richtlinie 2001/77 lautet:

„Es ist wichtig, die Stärke der Marktkräfte und de[n] Binnenmarkt [...] zu nutzen und Strom aus erneuerbaren Energiequellen wettbewerbsfähig und für die Bürger Europas attraktiv zu machen.“

- 9 Nach Artikel 1 der Richtlinie 2001/77 wird mit dieser bezweckt, eine Steigerung des Anteils erneuerbarer Energiequellen an der Stromerzeugung im Elektrizitätsbinnenmarkt zu fördern und eine Grundlage für einen entsprechenden künftigen Gemeinschaftsrahmen zu schaffen. Nach Artikel 3 Absatz 1 dieser Richtlinie müssen die Mitgliedstaaten zu diesem Zweck geeignete Maßnahmen ergreifen, um die Steigerung des Verbrauchs von Strom aus erneuerbaren Energiequellen entsprechend den in Absatz 2 dieses Artikels genannten nationalen Richtzielen zu fördern.

Das nationale Recht

10 Die Richtlinien 89/665 und 93/36 wurden durch das Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 1997 — BVergG) (BGBl. I Nr. 56/1997) in das österreichische Recht umgesetzt.

11 § 16 Abs. 1 und 7 des BVergG bestimmt:

„(1) Aufträge über Leistungen sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterem Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an — spätestens zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung — befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben.

...

(7) Im Vergabeverfahren ist auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung sowie auf die Beschäftigung von Personen im Ausbildungsverhältnis Bedacht zu nehmen.“

12 In § 53 BVergG heißt es:

„Von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, ist der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot gemäß den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erteilen (Bestbieterprinzip).“

13 § 115 Abs. 1 BVergG lautet:

„(1) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, kann die Nachprüfung einer Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.“

14 § 117 Abs. 1 und 3 BVergG lautet:

„(1) Das Bundesvergabeamt hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers unter Bedachtnahme auf die... Empfehlung des Schlichtungssenates mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn sie

1. im Widerspruch zu Bestimmungen dieses Bundesgesetzes oder der hierzu erlassenen Verordnungen steht und

2. für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

...

(3) Nach erfolgtem Zuschlag hat das Bundesvergabeamt unter den Voraussetzungen des Abs. 1 bloß festzustellen, ob der behauptete Rechtsverstoß vorliegt oder nicht.“

Das Ausgangsverfahren und die Vorlagefragen

- 15 Der Auftraggeber schrieb einen Auftrag für die Lieferung von Elektrizität im offenen Verfahren aus. Auftragsgegenstand war der Abschluss eines Rahmenvertrags und darauf aufbauender Einzelverträge zur Belieferung sämtlicher im Bundesland Kärnten gelegenen Verwaltungsdienststellen des Bundes mit elektrischem Strom. Als Vertragsdauer wurde der Zeitraum vom 1. Januar 2002 bis zum 31. Dezember 2003 festgelegt. In der Ausschreibung, die am 27. März 2001 im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* bekannt gegeben wurde, war unter der Rubrik Zuschlagskriterien angegeben:

„Wirtschaftlich günstigstes Angebot nach den folgenden Kriterien: Umweltgerechtigkeit der Leistungen gemäß Ausschreibungsunterlagen“.

- 16 Im Angebot war der Preis je Kilowattstunde (kWh) in ATS anzugeben. Dieser Preis sollte für die gesamte Laufzeit des Vertrages gelten und weder einer Preisgleitung noch einer Preisanpassung unterliegen. Der Energielieferant hatte sich zu

verpflichten, nach Maßgabe der technischen Möglichkeiten, Bundesdienststellen elektrische Energie zu liefern, die aus erneuerbaren Energieträgern erzeugt worden ist, zumindest aber nicht wesentlich elektrische Energie zu liefern, die durch Kernspaltung erzeugt wurde. Es wurde jedoch nicht verlangt, dass er sich zum Nachweis seiner Bezugsquellen zu verpflichten hätte. Für den Fall der Verletzung dieser Pflichten wurden ein Recht des Auftragsgebers zur Vertragsauflösung und eine Vertragsstrafe vorgesehen.

- 17 In den Ausschreibungsunterlagen hieß es, der öffentliche Auftraggeber sei sich bewusst, dass aus technischen Gründen kein Lieferant garantieren könne, dass die von ihm an einen bestimmten Abnehmer gelieferte elektrische Energie tatsächlich aus erneuerbaren Energieträgern gewonnen worden sei. Dennoch sei er entschlossen, mit Bietern zu kontrahieren, die über mindestens 22,5 Gigawattstunden (GWh) pro Jahr elektrische Energie verfügten, die auf diese Weise gewonnen worden sei. Der jährliche Gesamtbezug der Bundesdienststellen sei auf etwa 22,5 GWh geschätzt worden.
- 18 Ferner hieß es, dass Angebote ausgeschieden würden, die keinen Nachweis dafür enthielten, dass „der Bieter in den vergangenen zwei Jahren und/oder in den kommenden zwei Jahren zumindest 22,5 GWh pro Jahr elektrische Energie, die aus erneuerbaren Energieträgern stammt, erzeugt oder zugekauft hat und/oder erzeugen oder zukaufen wird und an Endverbraucher geliefert hat und/oder liefern wird“. Als Zuschlagskriterien wurden der Nettopreis pro Kilowattstunde mit 55 % sowie das Kriterium Energie aus erneuerbaren Energieträgern mit 45 % festgelegt. Hinsichtlich des letzten Zuschlagskriteriums wurde festgehalten, dass hier „nur die Menge der lieferbaren Energie aus erneuerbaren Energieträgern, die über 22,5 GWh pro Jahr hinausgeht, berücksichtigt“ werde.
- 19 Die Öffnung der vier eingegangenen Angebote fand am 10. Mai 2001 statt. Im Angebot der Bietergemeinschaft Kärntner Elektrizitäts-Aktiengesellschaft und Stadtwerke Klagenfurt (im Folgenden: KELAG) war ein Preis von 0,44 ATS/kWh und unter Hinweis auf eine übermittelte Tabelle über die Herkunft der von ihr erzeugten bzw. gelieferten Strommengen eine Gesamtmenge von lieferbarer er-

neuerbarer Energie von 3 406,2 GWh angegeben. Im Angebot der Energie Oberösterreich AG wurden ein Preis von 0,4191 ATS/kWh ab einem Jahresverbrauch von 1 Million GWh angeboten und anhand einer Tabelle über die Jahre 1999 bis 2002 unterschiedliche Werte von lieferbarer Energie aus erneuerbaren Energieträgern für jedes einzelne der in diesem Zeitraum gelegenen Jahre angegeben. Der höchste angegebene Wert betrug 5 280 GWh jährlich. Das Angebot der BEWAG enthielt einen Angebotspreis von 0,465 ATS/kWh. Eine beigefügte Tabelle betraf den Anteil erneuerbarer Energie an dem von der BEWAG erzeugten oder verkauften Strom, anhand deren der Auftraggeber zu dem Schluss kam, dass sie hierfür einen Wert von 449,2 GWh angegeben habe.

- 20 Im Angebot der Antragstellerinnen wurde ein Preis von 0,52 ATS/kWh angegeben. Sie nannten in ihrem Angebot keine konkreten Zahlen über die Menge lieferbarer Energie aus erneuerbaren Energieträgern, sondern führten hierzu lediglich aus, dass sie über eigene Erzeugungsanlagen verfügten, in denen elektrische Energie aus solchen Trägern erzeugt werde. Darüber hinaus verfügten sie über Bezugsrechte aus Wasserkraftanlagen der Österreichischen Elektrizitätswirtschafts-Aktiengesellschaft und anderer österreichischer Wasserkraftwerke, weitere zugekaufte Energie stamme überwiegend aus langfristigen Koordinationsverträgen mit dem größten Anbieter zertifizierter Energie aus erneuerbaren Energieträgern. 1999 bis 2000 sei ausschließlich Wasserkraft aus der Schweiz bezogen worden und werde weiterhin bezogen. Insgesamt werde ein Vielfaches der im konkreten Auftragsfall ausgeschriebenen Strommenge aus erneuerbarer Energie aufgebracht.
- 21 Der Auftraggeber bewertete von den vier eingereichten Angeboten das Angebot der KELAG, das die höchste Punktzahl gemäß den beiden Zuschlagskriterien erhielt, als das beste Angebot. Die Antragstellerinnen erzielten mit ihrem Angebot bei beiden Kriterien die jeweils geringste Punktzahl.

- 22 Nachdem die Antragstellerinnen dem Auftraggeber bereits am 9. und 30. Mai 2001 mitgeteilt hatten, dass ihres Erachtens verschiedene Bestimmungen der Ausschreibung, darunter das Zuschlagskriterium „erneuerbare Energie“, rechtswidrig seien, beantragten sie am 12. Juni 2001 ein Schlichtungsverfahren vor der Bundes-Vergabekontrollkommission, die diesen Antrag mangels Erfolgsaussichten ablehnte.
- 23 Daraufhin stellten die Antragstellerinnen beim Bundesvergabeamt einen Nachprüfungsantrag, mit dem sie u. a. die Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung sowie die einer Reihe einzelner Ausschreibungsbedingungen und Entscheidungen des Auftraggebers beehrten. Dazu gehören insbesondere die Entscheidung, das Angebot wegen fehlenden Nachweises der Erzeugung und des Zukaufs von Energie aus solchen Trägern in einem bestimmten Zeitraum abzulehnen, die Entscheidung, den Nachweis der Erzeugung und des Zukaufs von Energie aus erneuerbaren Energieträgern in einem bestimmten Ausmaß und einem bestimmten Zeitraum als Eignungskriterium vorzusehen, und die Entscheidung, die Verfügbarkeit einer über 22,5 GWh pro Jahr hinausgehenden Menge an Energie aus erneuerbaren Energieträgern als Zuschlagskriterium vorzusehen. Ferner beantragten die Antragstellerinnen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der dem Auftraggeber die Vergabe des Zuschlags vorläufig untersagt werden sollte.
- 24 Das Bundesvergabeamt gab diesem Antrag mit Entscheidung vom 16. Juli 2001 statt und untersagte die Zuschlagserteilung zunächst bis 10. September 2001. Auf weiteren Antrag der Antragstellerinnen erließ das Bundesvergabeamt am 17. September 2001 eine einstweilige Verfügung, mit der es dem Auftraggeber die Zuschlagserteilung unter der Bedingung gestattete, dass der Zuschlag widerrufen und vom Vertrag zurückgetreten werde, wenn nur einem der von den Antragstellerinnen gestellten Anträge vor dem Bundesvergabeamt stattgegeben oder die Zuschlagsentscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren zugunsten eines Mitbieters der Antragstellerinnen durch sonstige Feststellungen des Bundesvergabeamts als rechtswidrig erkannt würde.

- 25 Am 24. Oktober 2001 wurde der Rahmenvertrag mit der im erwähnten Bescheid verfügbaren auflösenden Bedingung mit der KELAG geschlossen.
- 26 Das Bundesvergabeamt ist der Ansicht, dass es zur Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits der Auslegung mehrerer Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts bedürfe; es hat daher das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof die folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:
1. Verbieten die für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, insbesondere Artikel 26 der Richtlinie 93/36/EWG, dem öffentlichen Auftraggeber, bei der Beschaffung von Strom ein mit 45 % gewichtetes Zuschlagskriterium festzusetzen, bei dem der Bieter — ohne Bindung an einen bestimmten Liefertermin — anzugeben hat, wie viel Strom aus erneuerbaren Energieträgern er an einen nicht näher eingegrenzten Abnehmerkreis liefern kann, und jener Bieter die maximale Punkteanzahl erhält, der die höchste Menge angibt, wobei nur jene Liefermenge gewertet wird, die die Menge des im Rahmen des ausgeschriebenen Auftrags zu erwartenden Verbrauchs überschreitet?
 2. Verbieten die für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, insbesondere Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 89/665/EWG, die Aufhebung einer rechtswidrigen Entscheidung im Nachprüfungsverfahren nach Artikel 1 der Richtlinie 89/665/EWG davon abhängig zu machen, dass nachgewiesen wird, dass die rechtswidrige Entscheidung für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist?
 3. Verbieten die für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, insbesondere Artikel 26 der Richtlinie 93/36/EWG, die Aufhebung einer rechtswidrigen Entscheidung im Nachprüfungsverfahren nach Artikel 1 der Richtlinie 89/665/EWG davon abhängig zu machen, dass

nachgewiesen wird, dass die rechtswidrige Entscheidung für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist, wenn dieser Nachweis dadurch zu erfolgen hätte, dass die Nachprüfungsinstanz prüft, ob sich die Reihung der tatsächlich abgegebenen Angebote ändert, wenn diese einer nochmaligen Bewertung unter Außerachtlassung des rechtswidrigen Zuschlagskriteriums unterzogen werden?

4. Verpflichten die für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, insbesondere Artikel 26 der Richtlinie 93/36/EWG, den öffentlichen Auftraggeber, die Ausschreibung zu widerrufen, wenn sich eines der von ihm festgesetzten Zuschlagskriterien im Nachprüfungsverfahren nach Artikel 1 der Richtlinie 89/665/EWG als rechtswidrig erweist?

Zur ersten Frage

- 27 Wie das vorliegende Gericht erläutert, gliedert sich seine erste Frage in zwei Teile. Erstens möchte es wissen, ob die für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, insbesondere Artikel 26 der Richtlinie 93/36, es einem öffentlichen Auftraggeber verwehren, im Rahmen der Beurteilung des wirtschaftlich günstigsten Angebots bei der Vergabe eines Auftrags über die Lieferung von Strom ein Kriterium festzulegen, das die Lieferung von Strom aus erneuerbaren Energieträgern verlangt.
- 28 Zweitens ersucht das vorliegende Gericht für den Fall, dass der erste Teil der ersten Frage bejaht wird, um Erläuterungen zu den Anforderungen, die das Gemeinschaftsrecht an die konkrete Anwendung eines solchen Kriteriums unter Berücksichtigung der konkreten Formulierung des in dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit beanstandeten Kriteriums stellt, so dass sich der zweite Teil der Frage in mehrere Teilfragen aufgliedert.

29 Im Einzelnen begehrt das Gericht Auskunft über die Vereinbarkeit eines solchen Kriteriums mit dem Gemeinschaftsrecht unter Berücksichtigung der im Folgenden unter a bis d aufgeführten Umstände:

- a) Dieses Kriterium wird mit 45 % gewichtet;
- b) mit dem Kriterium sind keine Anforderungen verbunden, die eine effektive Kontrolle der Richtigkeit der in den Angeboten enthaltenden Angaben erlauben, und das gesetzte Ziel lässt sich möglicherweise mit ihm nicht erreichen;
- c) es ist kein bestimmter Liefertermin vorgeschrieben, und
- d) von den Bietern wird die Angabe verlangt, welche Menge Strom aus erneuerbaren Energieträgern sie an einen nicht näher eingegrenzten Abnehmerkreis liefern können, und der Bieter erhält die höchste Punktezahl, der die größte Menge angibt, wobei nur die Liefermenge gewertet wird, die die Menge des im Rahmen des ausgeschriebenen Auftrags zu erwartenden Verbrauchs überschreitet.

Zum ersten Teil der ersten Frage

30 Das Bundesvergabeamt erwähnt die Unbestimmtheit des Begriffes „wirtschaftlich günstigstes Angebot“ in Artikel 26 der Richtlinie 93/36 und wirft damit zunächst die grundsätzliche Frage auf, ob es das Gemeinschaftsrecht dem öffentlichen

Auftraggeber erlaubt, Kriterien festzusetzen, mit denen nicht unmittelbar finanziell bewertbare Vorteile angestrebt werden, wie Vorteile im Zusammenhang mit dem Umweltschutz.

- 31 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass sich der Gerichtshof in einem nach dem Eingang des Vorlagebeschlusses ergangenen Urteil zur Auslegung von Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50, der im Wesentlichen gleich formuliert ist wie Artikel 26 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 93/36, zu der Frage geäußert hat, ob und unter welchen Voraussetzungen ein öffentlicher Auftraggeber im Rahmen der Beurteilung des wirtschaftlich günstigsten Angebots Umweltschutzkriterien berücksichtigen kann.
- 32 Im Einzelnen hat der Gerichtshof in Randnummer 55 des Urteils vom 17. September 2002 in der Rechtssache C-513/99 (Concordia Bus Finland, Slg. 2002, I-7213) festgestellt, dass Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50 nicht dahin ausgelegt werden darf, dass jedes Vergabekriterium, das der Auftraggeber festgelegt hat, um das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln, notwendigerweise rein wirtschaftlicher Art sein muss.
- 33 Der Gerichtshof hat daher zugelassen, dass der öffentliche Auftraggeber, wenn er beschließt, einen Auftrag an den Bieter zu vergeben, der das wirtschaftlich günstigste Angebot abgegeben hat, Umweltschutzkriterien berücksichtigen darf, sofern sie mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen, dem Auftraggeber keine unbeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen, ausdrücklich im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung des Auftrags genannt sind und bei ihnen alle wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere das Diskriminierungsverbot, beachtet werden (Urteil Concordia Bus Finland, Randnr. 69).

- 34 Daraus ergibt sich, dass es die für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts einem öffentlichen Auftraggeber nicht verwehren, im Rahmen der Beurteilung des wirtschaftlich günstigsten Angebots für die Vergabe eines Auftrags über die Lieferung von Strom ein Kriterium festzulegen, das die Lieferung von Strom aus erneuerbaren Energieträgern verlangt, sofern dieses Kriterium mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängt, dem Auftraggeber keine unbeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumt, ausdrücklich im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung des Auftrags genannt ist und alle wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere das Diskriminierungsverbot, beachtet.

Zum zweiten Teil der ersten Frage

Zum zweiten Teil, unter a)

- 35 Das nationale Gericht führt in seinem Vorlagebeschluss aus, selbst wenn ein Umweltschutzkriterium der im Ausgangsverfahren festgelegten Art als grundsätzlich mit den für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts vereinbar zu betrachten sein sollte, sei weiter die Gewichtung dieses Kriteriums mit 45 % problematisch, da es dem Auftraggeber möglicherweise verwehrt sei, finanziell nicht unmittelbar Bewertbares in dieser Höhe in die Vergabeentscheidung einfließen zu lassen.
- 36 Der Auftraggeber macht in diesem Zusammenhang geltend, angesichts des Ermessensspielraums, über den ein öffentlicher Auftraggeber bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots verfüge, sei lediglich eine Gewichtung unzulässig, die zu einer unsachlichen Verzerrung führen würde. Im Ausgangsverfahren stünden jedoch nicht nur die Kriterien „Preis“ und „Energie aus

erneuerbaren Energieträgern“ in einem sachlich nachvollziehbaren Verhältnis, sondern daneben stehe auch die rein numerische Wirtschaftlichkeit im Vordergrund, da der Preis um 10 % höher bewertet worden sei als die Fähigkeit, Energie aus solchen Trägern zu liefern.

- 37 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung die Wahl des wirtschaftlich günstigsten Angebots den öffentlichen Auftraggebern die Entscheidung über die Kriterien für die Zuschlagserteilung überlässt, sofern diese Kriterien der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen und dem öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe des Auftrags an einen Bieter keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen (vgl. Urteile vom 20. September 1988 in der Rechtssache 31/87, Beentjes, Slg. 1988, 4635, Randnrn. 19 und 26, vom 18. Oktober 2001 in der Rechtssache C-19/00, SIAC Construction, Slg. 2001, I-7725, Randnrn. 36 und 37, und Concordia Bus Finland, Randnrn. 59 und 61).
- 38 Ferner müssen bei diesen Kriterien sowohl alle Verfahrensvorschriften als auch alle wesentlichen Grundsätze, die sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergeben, beachtet werden (vgl. in diesem Sinne Urteile Beentjes, Randnrn. 29 und 31, und Concordia Bus Finland, Randnrn. 62 und 63).
- 39 Somit sind bei Beachtung der Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts die öffentlichen Auftraggeber nicht nur bei der Auswahl der Zuschlagskriterien frei, sondern auch bei deren Gewichtung, sofern diese eine Gesamtwürdigung der Kriterien ermöglicht, die der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen.
- 40 Was das im Ausgangsverfahren in Rede stehende Zuschlagskriterium angeht, so dient, wie der Gerichtshof bereits festgestellt hat, die Nutzung erneuerbarer Energiequellen dem Umweltschutz, da sie zur Verringerung der Emissionen von

Treibhausgasen beiträgt, die zu den Hauptursachen der Klimaänderungen zählen, zu deren Bekämpfung sich die Europäische Gemeinschaft und ihre Mitgliedstaaten verpflichtet haben (Urteil vom 13. März 2001 in der Rechtssache C-379/98, PreussenElektra, Slg. 2001, I-2099, Randnr. 73).

- 41 Gerade im Hinblick darauf soll im Übrigen die Richtlinie 2001/77, wie insbesondere aus ihrer achtzehnten Begründungserwägung und aus ihren Artikeln 1 und 2 hervorgeht, durch die Nutzung der Stärke der Marktkräfte eine Steigerung des Anteils erneuerbarer Energiequellen an der Stromerzeugung im Elektrizitätsbinnenmarkt fördern, und dieses Ziel ist, wie es in ihrer zweiten Begründungserwägung heißt, für die Gemeinschaft von hoher Priorität.
- 42 Somit erscheint in Anbetracht der Bedeutung des mit dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Kriterium verfolgten Zieles dessen Gewichtung mit 45 % nicht als Hindernis für eine Gesamtwürdigung der der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienenden Kriterien.
- 43 Unter diesen Umständen und angesichts des Fehlens von Anhaltspunkten für eine Verletzung der Vorschriften des Gemeinschaftsrechts ist festzustellen, dass die Gewichtung des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Zuschlagskriteriums mit 45 % nicht als solche mit den für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts unvereinbar ist.

Zum zweiten Teil, unter b)

- 44 Das nationale Gericht fragt des Weiteren nach der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Zuschlagskriteriums im Hinblick darauf, dass der Auftraggeber selbst eingestanden habe, nicht in der

Lage zu sein, technisch zu kontrollieren, ob der ihm gelieferte Strom tatsächlich aus erneuerbaren Energieträgern erzeugt worden sei, und davon abgesehen habe, Nachweise über die konkreten Lieferverpflichtungen der Bieter bzw. die von ihnen geschlossenen Stromlieferungsverträge zu verlangen.

- 45 Das vorliegende Gericht möchte somit wissen, ob die für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts es einem öffentlichen Auftraggeber verwehren, ein Zuschlagskriterium zu verwenden, das nicht mit Aufforderungen verbunden ist, die eine effektive Prüfung der Richtigkeit der in den Angeboten enthaltenen Angaben erlauben.
- 46 In diesem Zusammenhang möchte das vorliegende Gericht auch wissen, inwiefern ein solches Zuschlagskriterium geeignet ist, das mit ihm verfolgte Ziel zu erreichen. Denn da keine Prüfung vorgesehen sei, inwieweit der Auftragnehmer aufgrund seiner Erzeugungsstruktur tatsächlich zur Vermehrung der Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energieträgern beitrage, sei denkbar, dass die Gesamtmenge des auf diese Weise erzeugten Stroms durch die Anwendung dieses Kriteriums überhaupt nicht beeinflusst werde.
- 47 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, der, wie der Gerichtshof wiederholt entschieden hat, den Richtlinien über die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge zugrunde liegt (vgl. u. a. Urteile vom 12. Dezember 2002 in der Rechtssache C-470/99, *Universale-Bau u. a.*, Slg. 2002, I-11617, Randnr. 91, und vom 19. Juni 2003 in der Rechtssache C-315/01, *GAT*, Slg. 2003, I-6351, Randnr. 73), zum einen bedeutet, dass die Bieter sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese vom öffentlichen Auftraggeber beurteilt werden, gleichbehandelt werden müssen (Urteil *SIAC Construction*, Randnr. 34).

- 48 Dies bedeutet konkret, dass die Zuschlagskriterien bei der Bewertung der Gebote objektiv und einheitlich auf alle Bieter anzuwenden sind (Urteil SIAC Construction, Randnr. 44).
- 49 Zum anderen schließt der Grundsatz der Gleichbehandlung eine Verpflichtung zur Transparenz ein, die es ermöglichen soll, seine Beachtung zu überprüfen, und durch die insbesondere gewährleistet werden soll, dass nachgeprüft werden kann, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden (in diesem Sinne u. a. Urteil Universale-Bau u. a., Randnrn. 91 und 92).
- 50 Die objektive und transparente Bewertung der verschiedenen Angebote setzt voraus, dass der öffentliche Auftraggeber in der Lage ist, anhand der von den Bietern gelieferten Angaben und Unterlagen effektiv zu überprüfen, ob ihre Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen.
- 51 Wenn daher ein öffentlicher Auftraggeber ein Zuschlagskriterium festlegt und dabei angibt, dass er weder bereit noch in der Lage ist, die Richtigkeit der Angaben der Bieter zu prüfen, so verstößt er gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung, denn ein solches Kriterium gewährleistet nicht die Transparenz und die Objektivität des Vergabeverfahrens.
- 52 Somit ist festzustellen, dass ein Zuschlagskriterium, das nicht mit Anforderungen verbunden ist, die eine effektive Kontrolle der Richtigkeit der Angaben der Bieter ermöglichen, gegen die für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Grundsätze des Gemeinschaftsrechts verstößt.
- 53 Zur Frage des vorlegenden Gerichts, ob das im Ausgangsverfahren in Rede stehende Zuschlagskriterium deshalb gegen das Gemeinschaftsrecht verstößt, weil es möglicherweise überhaupt nicht geeignet ist, zur Erhöhung der Mengen aus erneuerbaren Energieträgern erzeugten Stroms beizutragen, genügt die Feststellung,

dass, selbst unterstellt, dies wäre tatsächlich so, ein solches Kriterium nicht allein deshalb als mit den für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts unvereinbar angesehen werden könnte, weil sich möglicherweise das angestrebte Ziel mit ihm nicht erreichen lässt.

Zum zweiten Teil, unter c)

- 54 Das vorlegende Gericht ist der Ansicht, da der öffentliche Auftraggeber nicht festgelegt habe, für welchen bestimmten Liefertermin die lieferbare Menge anzugeben sei, verstoße das gewählte Kriterium gegen den aus dem Transparenzgebot abzuleitenden Grundsatz der Vergleichbarkeit der Angebote. Hinsichtlich der für die Prüfung der Eignung der Bieter geforderten Nachweise seien bezüglich der Strommenge, die für die konkrete Beschaffung zu erwarten sei, der Zeitraum der vergangenen zwei Jahre sowie der Zeitraum der folgenden zwei Jahre für relevant erklärt worden. Selbst wenn man diese Bestimmung jedoch auch im Zusammenhang mit dem Zuschlagskriterium anwenden würde, ergäbe sich kein bestimmter Liefertermin, der es erlauben würde, die tatsächlich zu bewertende Menge exakt zu berechnen. Vielmehr könnten in einem Zeitraum von vier Jahren unterschiedliche Mengen lieferbar sein. Denkbar sei sogar, dass der Bieter hier Mengenangaben mache, die auf Annahmen über den Bau von Kraftwerken oder sonst auf der bloß potenziellen Erzeugung aus erneuerbaren Energieträgern beruhten.
- 55 Der Auftraggeber führt hierzu aus, dass in Österreich die volle Liberalisierung des Strommarktes am 1. Oktober 2001 verwirklicht worden sei und dass es seit diesem Zeitpunkt zulässig sei, reine Stromhandelsunternehmen, die elektrische Energie zukaufen und verkaufen, zu gründen. Da die Ausschreibung rund sechs Monate vor diesem Zeitpunkt verlaublich worden sei, sei er verpflichtet gewesen, ein Zuschlagskriterium zu formulieren, das sowohl bereits am Markt befindlichen Unternehmen, die über eine eigene Stromerzeugung verfügten, als auch reinen Stromhandelsunternehmen, die zulässigerweise erst mit dem 1. Oktober 2001 ihre Tätigkeit hätten aufnehmen dürfen, eine Angebotslegung ermöglicht habe. Er habe den Unternehmen also freistellen wollen, anzugeben, wie viel

Energie aus erneuerbaren Energieträgern sie in den beiden der Ausschreibung vorausgehenden Kalenderjahren erzeugt oder zugekauft hätten, oder diese Angaben für die kommenden zwei Jahre zu machen. De facto hätten schließlich alle Unternehmen nur Aussagen über die vergangenen beiden Jahre gemacht, und sofern die Jahresmengen verschieden gewesen seien, sei zur Ermittlung des Bestbieters der Mittelwert herangezogen worden.

- 56 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes muss das Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags in jedem Stadium sowohl den Grundsatz der Gleichbehandlung der potenziellen Bieter als auch den Grundsatz der Transparenz wahren, damit alle Betroffenen bei der Abfassung ihrer Angebote über die gleichen Chancen verfügen (in diesem Sinne Urteil *Universale-Bau* u. a., Randnr. 93).
- 57 Dies bedeutet konkret, dass die Zuschlagskriterien in den Verdingungsunterlagen oder in der Bekanntmachung so gefasst werden müssen, dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter sie bei Anwendung der üblichen Sorgfalt in der gleichen Weise auslegen können (Urteil *SIAC Construction*, Randnr. 41).
- 58 Daher könnte im Ausgangsverfahren der Umstand, dass es der Auftraggeber unterlassen hat, in den Ausschreibungsbedingungen anzugeben, für welchen Zeitraum die Lieferanten in ihrem Angebot die von ihnen lieferbare Menge Energie aus erneuerbaren Energieträgern zu nennen hatten, einen Verstoß gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz darstellen, wenn sich erweise, dass es diese Unterlassung den Bietern erschwert oder sogar unmöglich gemacht hat, die genaue Bedeutung des in Rede stehenden Kriteriums zu erfassen und es demgemäß in der gleichen Weise auszulegen.

- 59 Da es sich hierbei jedoch um eine Tatsachenwürdigung handelt, obliegt es dem nationalen Gericht, unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des vorliegenden Falles zu prüfen, ob das im Ausgangsverfahren in Rede stehende Kriterium trotz dieser Unterlassung hinreichend klar gefasst ist, um den Erfordernissen der Gleichbehandlung und der Transparenz der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge zu genügen.

Zum zweiten Teil, unter d)

- 60 Das vorliegende Gericht führt aus, dass das im Ausgangsverfahren in Rede stehende Zuschlagskriterium darin bestehe, eine Anzahl von Punkten für die Menge Strom aus erneuerbaren Energieträgern zuzuteilen, die die Bieter an einen nicht näher eingegrenzten Abnehmerkreis liefern könnten, wobei nur die Menge gewertet werde, die die Menge des im Rahmen des ausgeschriebenen Auftrags zu erwartenden Verbrauchs übersteige. Da mit diesem Kriterium nur abgefragt werde, welche Menge überhaupt lieferbar sei, und nicht, welche Menge speziell dem Auftraggeber geliefert werden könne, wirft das vorliegende Gericht die Frage auf, ob mit diesem Kriterium unmittelbare wirtschaftliche Vorteile für den Auftraggeber verbunden seien.

— Beim Gerichtshof eingereichte Erklärungen

- 61 Die Antragstellerinnen, die niederländische Regierung und die Kommission machen in diesem Zusammenhang geltend, da sich dieses Kriterium auf eine Strommenge beziehe, die die Menge des im Rahmen des ausgeschriebenen Auftrags zu erwartenden Verbrauchs überschreite, sei die Voraussetzung des Bezugs zum Gegenstand des Auftrags im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Maßgeblich sei nur die Menge Strom aus erneuerbaren Energieträgern, die dem Auftraggeber geliefert werden könne.

- 62 Nach Ansicht der Kommission hätte es genügt, wenn der Auftraggeber verlangt hätte, dass der Bieter über eine bestimmte Kapazität für Strom aus erneuerbaren Energieträgern verfüge oder einfach nachweisen könne, dass er eine bestimmte Menge über den jährlichen Verbrauch hinaus, beispielsweise eine Reserve von 10 %, liefern könne.
- 63 Nach Ansicht der Antragstellerinnen handelt es sich bei diesem Zuschlagskriterium in Wirklichkeit um ein verstecktes Eignungskriterium, da es die Fähigkeit der Bieter, eine möglichst hohe Menge Strom aus erneuerbaren Energieträgern liefern zu können, und damit letztlich die Bieter selbst bewerte.
- 64 Der Auftraggeber und die österreichische Regierung sind dagegen der Ansicht, dass der Auftraggeber dadurch, dass er die über die in jedem Fall sicherzustellende Menge von 22,5 GWh Strom aus erneuerbaren Energieträgern hinaus vom jeweiligen Bieter lieferbare Menge aus erneuerbaren Energieträgern bewertet habe, die Sicherheit der Belieferung mit Strom einer bestimmten Qualität als Zuschlagskriterium festgelegt habe, die von der gesamten Strommenge abhängig sei, über die ein Unternehmen verfüge. Da Strom nicht gelagert werden könne, sei dieses Kriterium keinesfalls vergabefremd, denn je leistungsfähiger ein Auftragnehmer sei, desto geringer sei das Risiko des Auftraggebers, dass seine Nachfrage nicht erfüllt werden könne und er gegebenenfalls kurzfristig auf teure Alternativen umsteigen müsse.
- 65 Im Einzelnen führt die österreichische Regierung aus, dass die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energieträgern wie Erdwärme oder Solarenergie jahreszeitabhängig sei, doch sei die Nachfrage im Winter am größten. Mit dem erwähnten Zuschlagskriterium solle daher gewährleistet werden, dass die Stromlieferung trotz des Umstands kontinuierlich erfolgen könne, dass Angebot und Nachfrage nicht gleichmäßig über das Jahr verteilt seien, was im Übrigen die erhebliche Gewichtung des Kriteriums mit 45 % rechtfertige.

— Würdigung durch den Gerichtshof

- 66 Wie in Randnummer 33 dieses Urteils ausgeführt worden ist, müssen die vom Auftraggeber als Zuschlagskriterien für die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots festgelegten Umweltschutzkriterien insbesondere mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen.
- 67 Im Ausgangsverfahren ist festzustellen, dass sich das festgelegte Zuschlagskriterium nicht auf die Leistung bezieht, die Gegenstand des Auftrags ist, nämlich die Lieferung der Menge Strom des im Rahmen des ausgeschriebenen Auftrags zu erwartenden jährlichen Verbrauchs, sondern auf die Mengen, die die Bieter anderen Abnehmern als dem Auftraggeber geliefert haben oder zu liefern beabsichtigen.
- 68 Ein Zuschlagskriterium, das sich ausschließlich auf die Menge Strom aus erneuerbaren Energieträgern bezieht, die den im Rahmen des ausgeschriebenen Auftrags zu erwartenden jährlichen Verbrauch übersteigt, kann jedoch nicht als mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängend angesehen werden.
- 69 Im Übrigen kann der Umstand, dass nach dem festgelegten Zuschlagskriterium die Menge, die den im Rahmen des ausgeschriebenen Auftrags zu erwartenden Verbrauch übersteigt, maßgeblich ist, den Bietern einen Vorteil verschaffen, die wegen ihrer größeren Erzeugungs- oder Lieferkapazitäten in der Lage sind, größere Mengen Strom zu liefern als andere. Dieses Kriterium kann somit zu einer ungerechtfertigten Diskriminierung von Bietern führen, deren Angebot die mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängenden Voraussetzungen mögli-

cherweise uneingeschränkt erfüllt. Eine solche Beschränkung des Kreises der Wirtschaftsteilnehmer, die in der Lage sind, ein Angebot abzugeben, würde das mit den Richtlinien über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge verfolgte Ziel einer Öffnung für den Wettbewerb vereiteln.

- 70 Selbst wenn dieses Kriterium von dem Bestreben geleitet sein sollte, die Versorgungssicherheit zu gewährleisten, was zu prüfen dem nationalen Gericht obliegt, ist schließlich zu beachten, dass zwar die Sicherheit der Versorgung grundsätzlich zu den Zuschlagskriterien gehören kann, die der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen, dass aber die Fähigkeit der Bieter, die über die in der Ausschreibung festgelegte Menge hinaus größtmögliche Menge Strom zu liefern, nicht zum Zuschlagskriterium erhoben werden kann.
- 71 Demnach ist das im vorliegenden Fall festgelegte Zuschlagskriterium, soweit danach die Bieter anzugeben haben, wie viel Strom aus erneuerbaren Energieträgern sie an einen nicht näher eingegrenzten Abnehmerkreis liefern können, und derjenige Bieter die höchste Punktezahl erhält, der die größte Menge angibt, wobei nur die Liefermenge gewertet wird, die die Menge des im Rahmen des ausgeschriebenen Auftrags zu erwartenden Verbrauchs überschreitet, nicht mit den für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts vereinbar.
- 72 Nach allem ist auf die erste Frage zu antworten, dass es die für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts einem öffentlichen Auftraggeber nicht verwehren, im Rahmen der Beurteilung des wirtschaftlich günstigsten Angebots für die Vergabe eines Auftrags für die Lieferung von Strom ein mit 45 % gewichtetes Zuschlagskriterium festzulegen, das die Lieferung von Strom aus erneuerbaren Energieträgern verlangt, wobei der Umstand unerheblich ist, dass sich mit diesem Kriterium das angestrebte Ziel möglicherweise nicht erreichen lässt.

Dagegen steht diese Regelung einem solchen Kriterium entgegen, soweit es

- nicht mit Anforderungen verbunden ist, die eine effektive Nachprüfung der Richtigkeit der in den Angeboten enthaltenen Angaben erlauben, und

- von den Bietern die Angaben verlangt, wie viel Strom aus erneuerbaren Energieträgern sie an einen nicht näher eingegrenzten Abnehmerkreis liefern können, und demjenigen Bieter die höchste Punktezahl zuerkennt, der die größte Menge angibt, wobei nur die Liefermenge gewertet wird, die die Menge des im Rahmen des ausgeschriebenen Auftrags zu erwartenden Verbrauchs übersteigt.

Es ist Sache des nationalen Gerichts, zu prüfen, ob das Zuschlagskriterium ungeachtet dessen, dass der öffentliche Auftraggeber keinen bestimmten Liefertermin festgelegt hat, hinreichend klar gefasst ist, um den Erfordernissen der Gleichbehandlung und der Transparenz der Verfahren zur Vergabe der öffentlichen Aufträge zu genügen.

Zur zweiten und zur dritten Frage

- 73 Mit diesen beiden Fragen, die gemeinsam zu prüfen sind, möchte das vorliegende Gericht wissen, ob Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 89/665 einer Bestimmung des nationalen Rechts wie § 117 Abs. 1 Z. 2 BVergG entgegensteht, die die Nichtigerklärung einer rechtswidrigen Entscheidung des Auftraggebers im Rahmen eines Vergabeverfahrens davon abhängig macht, dass nachgewiesen wird, dass die rechtswidrige Entscheidung für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war, und ob insbesondere im Hinblick auf

Artikel 26 der Richtlinie 93/36 diese Frage anders zu beantworten ist, wenn dieser Nachweis dadurch zu erfolgen hat, dass die Nachprüfungsinstanz prüft, ob sich die Reihung der tatsächlich abgegebenen Angebote ändert, wenn diese einer nochmaligen Bewertung unter Außerachtlassung des rechtswidrigen Zuschlagskriteriums unterzogen werden.

- 74 Nach ständiger Rechtsprechung ist es allein Sache des nationalen Gerichts, das mit dem Rechtsstreit befasst ist und ihn zu entscheiden hat, im Hinblick auf den konkreten Fall sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung für den Erlass seines Urteils als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof vorzulegenden Fragen zu beurteilen. Betreffen daher die vorgelegten Fragen die Auslegung des Gemeinschaftsrechts, so ist der Gerichtshof grundsätzlich gehalten, darüber zu befinden (vgl. u. a. Urteile vom 15. Dezember 1995 in der Rechtssache C-415/93, *Bosman*, Slg. 1995, I-4921, Randnr. 59, *PreussenElektra*, Randnr. 38, vom 22. Januar 2002 in der Rechtssache C-390/99, *Canal Satélite Digital*, Slg. 2002, I-607, Randnr. 18, vom 10. Dezember 2002 in der Rechtssache C-153/00, *Der Weduwe*, Slg. 2002, I-11319, Randnr. 31, und vom 21. Januar 2003 in der Rechtssache C-318/00, *Bacardi-Martini und Cellier des Dauphins*, Slg. 2003, I-905, Randnr. 40).
- 75 Der Gerichtshof hat jedoch auch entschieden, dass es ihm unter außergewöhnlichen Umständen obliegt, zur Prüfung seiner eigenen Zuständigkeit die Umstände zu untersuchen, unter denen er vom nationalen Gericht angerufen wird (Urteile *PreussenElektra*, Randnr. 39, und *Canal Satélite Digital*, Randnr. 19). Denn der Geist der Zusammenarbeit, in dem das Vorabentscheidungsverfahren durchzuführen ist, verlangt, dass das vorlegende Gericht seinerseits die Aufgabe des Gerichtshofes beachtet, zur Rechtspflege in den Mitgliedstaaten beizutragen, nicht aber Gutachten zu allgemeinen oder hypothetischen Fragen abzugeben (Urteile *Der Weduwe*, Randnr. 32, und *Bacardi-Martini und Cellier des Dauphins*, Randnr. 41).
- 76 So befindet der Gerichtshof nicht über eine von einem nationalen Gericht zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage, wenn die Auslegung oder die Beurteilung

der Gültigkeit einer Gemeinschaftsvorschrift, um die das vorliegende Gericht ersucht, offensichtlich in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht, wenn das Problem hypothetischer Natur ist oder wenn der Gerichtshof nicht über die tatsächlichen und rechtlichen Informationen verfügt, die für eine zweckdienliche Beantwortung der vorgelegten Fragen erforderlich sind (vgl. Urteile *Bosman*, Randnr. 61, vom 9. März 2000 in der Rechtssache C-437/97, *EKW und Wein & Co.*, Slg. 2000, I-1157, Randnr. 52, und vom 13. Juli 2000 in der Rechtssache C-36/99, *Idéal Tourisme*, Slg. 2000, I-6049, Randnr. 20, und *Bacardi-Martini und Cellier des Dauphins*, Randnr. 42).

- 77 Das Verfahren nach Artikel 234 EG ist ein Instrument der gerichtlichen Zusammenarbeit, mittels dessen der Gerichtshof den nationalen Gerichten die Hinweise zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts geben kann, die ihnen bei der Beurteilung der Wirkungen einer nationalen Rechtsvorschrift in dem von ihnen zu entscheidenden Rechtsstreit nützlich sein können (vgl. u. a. Urteil vom 15. Mai 2003 in der Rechtssache C-300/01, *Salzmann*, Slg. 2003, I-4899, Randnr. 28).
- 78 Damit der Gerichtshof seine Aufgabe nach dem EG-Vertrag erfüllen kann, ist es folglich unerlässlich, dass die nationalen Gerichte die Gründe darlegen, aus denen sie eine Beantwortung ihrer Fragen für entscheidungserheblich halten, falls sich diese Gründe nicht eindeutig aus den Akten ergeben (vgl. u. a. *Bacardi-Martini und Cellier des Dauphins*, Randnr. 43).
- 79 Im vorliegenden Fall verfügt der Gerichtshof jedoch über keine dahin gehenden Anhaltspunkte.
- 80 Zum einen hat nämlich, wie in Randnummer 23 dieses Urteils ausgeführt worden ist, der im Ausgangsverfahren gestellte Antrag u. a. die Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung sowie die einer Reihe einzelner Ausschreibungsbedingungen und Entscheidungen des Auftraggebers in Bezug auf die durch die festgelegten Zuschlags- und Eignungskriterien gestellten Anforderungen zum Gegenstand.

- 81 Daher erscheinen nach den Angaben im Vorlagebeschluss sämtliche Entscheidungen, deren Nichtigerklärung im Ausgangsverfahren beantragt ist, für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss.
- 82 Zum anderen erläutert das vorlegende Gericht nicht, welche Gründe es zu der Erwägung veranlasst haben, dass eine Antwort auf die Frage der Vereinbarkeit der von § 117 Abs. 1 Z. 2 BVergG aufgestellten Voraussetzung mit den für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts notwendig ist, um ihm die Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits zu ermöglichen.
- 83 Daher sind diese Fragen in Ermangelung von Anhaltspunkten, aus denen sich ergäbe, dass eine Antwort auf die zweite und die dritte Frage für die Entscheidung des Rechtsstreits des Ausgangsverfahrens notwendig ist, als hypothetisch und somit unzulässig anzusehen.

Zur vierten Frage

- 84 Mit seiner vierten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, insbesondere Artikel 26 der Richtlinie 93/36, den öffentlichen Auftraggeber verpflichten, die Ausschreibung zu widerrufen, wenn sich eine Entscheidung bezüglich eines der von ihm festgelegten Zuschlagskriterien im Nachprüfungsverfahren nach Artikel 1 der Richtlinie 89/665 als rechtswidrig erweist.
- 85 Das vorlegende Gericht sieht, die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Prüfung der Relevanz rechtswidriger Entscheidungen bezüglich der Zuschlagskriterien unterstellt, bei Rechtswidrigkeit einer solchen Entscheidung die einzige Alternative

im Widerruf der Ausschreibung, da sonst die Ausschreibung nach einer Gewichtung von Kriterien zu Ende geführt würde, die weder vom Auftraggeber festgelegt noch den Bietern mitgeteilt worden sei.

— Beim Gerichtshof eingereichte Erklärungen

- 86 Die österreichische Regierung macht geltend, dass das Gemeinschaftsrecht keine ausdrückliche Verpflichtung zum Widerruf kenne, wie auch in den Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge kein Zwang zum Zuschlag vorgesehen sei, so dass es Sache der Mitgliedstaaten sei, unter Beachtung der Grundsätze des Gemeinschaftsrechts zu regeln, ob im Fall einer für rechtswidrig befundenen Entscheidung über ein Zuschlagskriterium der Auftraggeber verpflichtet sei, das Vergabeverfahren zu widerrufen.
- 87 Der Auftraggeber macht geltend, nach Artikel 2 Absatz 6 der Richtlinie 89/665 seien die Folgen eines Verstoßes gegen die Bestimmungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge, der nach der Erteilung des Zuschlags festgestellt werde, nach innerstaatlichem Recht zu beurteilen. Gemäß § 117 Abs. 3 BVergG habe das befasste Gericht nach Erteilung des Zuschlags nur noch festzustellen, ob der behauptete Rechtsverstoß vorliege oder nicht. Daher sei diese Frage zu verneinen.
- 88 Die Antragstellerinnen und die Kommission sind dagegen der Ansicht, wenn eine Entscheidung über ein Zuschlagskriterium von der Nachprüfungsbehörde nach Abgabe der Angebote oder ihrer Öffnung für rechtswidrig erklärt werde, dürfe in diesem Vergabeverfahren kein Zuschlag erteilt werden, und es bleibe nur die Möglichkeit, das Vergabeverfahren zu widerrufen. Denn jede Änderung bei den Zuschlagskriterien sei von Einfluss auf die Beurteilung der Angebote, die von den Bietern nicht mehr angepasst werden könnten, nachdem sie sie in einem anderen zeitlichen und tatsächlichen Zusammenhang und auf der Grundlage anderer Kriterien vorbereitet hätten. Die einzige Möglichkeit sei daher, das Vergabeverfahren neu beginnen zu lassen.

— Würdigung durch den Gerichtshof

- 89 Die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Entscheidung bezüglich eines Zuschlagskriteriums führt nicht unter allen Umständen zu ihrer Nichtigkeitserklärung.
- 90 Die den Mitgliedstaaten durch Artikel 2 Absatz 6 der Richtlinie 89/665 eingeräumte Möglichkeit, die Befugnisse der Nachprüfungsinstanz nach dem Vertragsschluss im Anschluss an die Zuschlagserteilung darauf zu beschränken, einer durch einen Rechtsverstoß geschädigten Person Schadensersatz zuzuerkennen, bedeutet, dass, wenn der Nachprüfungsantrag nach Vertragsabschluss gestellt wird und der betreffende Mitgliedstaat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, die befassende Instanz, wenn sie feststellt, dass eine Entscheidung bezüglich eines Zuschlagskriteriums rechtswidrig ist, diese Entscheidung nicht aufheben, sondern nur Schadensersatz gewähren kann.
- 91 Aus den Erläuterungen des vorlegenden Gerichts geht hervor, dass die vierte Frage den Fall betrifft, dass die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Entscheidung bezüglich eines Zuschlagskriteriums zu deren Nichtigkeitserklärung führt. Die Frage ist daher so zu verstehen, dass mit ihr Auskunft darüber begehrt wird, ob die für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts den öffentlichen Auftraggeber verpflichten, die Ausschreibung zu widerrufen, wenn sich eine Entscheidung bezüglich eines der von ihm festgelegten Zuschlagskriterien im Nachprüfungsverfahren nach Artikel 1 der Richtlinie 89/665 als rechtswidrig erweist und deshalb von der Nachprüfungsinstanz für nichtig erklärt wird.
- 92 Zur Beantwortung der so umformulierten Frage ist darauf hinzuweisen, dass, wie der Gerichtshof bereits entschieden hat, die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz der Vergabeverfahren für die öffentlichen Auftraggeber

bedeuten, dass sie sich während des gesamten Verfahrens an dieselbe Auslegung der Zuschlagskriterien halten müssen (in diesem Sinne u. a. Urteil SIAC Construction, Randnr. 43).

- 93 Für die Zuschlagskriterien selbst gilt erst recht, dass sie während des Vergabeverfahrens nicht geändert werden dürfen.
- 94 Somit kann im Fall der Nichtigerklärung einer Entscheidung bezüglich eines Zuschlagskriteriums durch die Nachprüfungsinstanz der öffentliche Auftraggeber das Vergabeverfahren nicht unter Außerachtlassung dieses Kriteriums fortsetzen, da dies auf eine Änderung der in dem fraglichen Verfahren anwendbaren Kriterien hinausläufe.
- 95 Daher ist auf die vierte Frage zu antworten, dass die für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts den öffentlichen Auftraggeber verpflichten, die Ausschreibung zu widerrufen, wenn sich eine Entscheidung bezüglich eines der von ihm festgelegten Zuschlagskriterien im Nachprüfungsverfahren nach Artikel 1 der Richtlinie 89/665 als rechtswidrig erweist und deshalb von der Nachprüfungsinstanz für nichtig erklärt wird.

Kosten

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

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF (Sechste Kammer)

auf die ihm vom Bundesvergabeamt mit Beschluss vom 13. November 2001 vorgelegten Fragen für Recht erkannt:

- 1. Die für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts verwehren es einem öffentlichen Auftraggeber nicht, im Rahmen der Beurteilung des wirtschaftlich günstigsten Angebots für die Vergabe eines Auftrags für die Lieferung von Strom ein mit 45 % gewichtetes Zuschlagskriterium festzulegen, das die Lieferung von Strom aus erneuerbaren Energieträgern verlangt, wobei der Umstand unerheblich ist, dass sich mit diesem Kriterium das angestrebte Ziel möglicherweise nicht erreichen lässt.**

Dagegen steht diese Regelung einem solchen Kriterium entgegen, soweit es

— nicht mit Anforderungen verbunden ist, die eine effektive Nachprüfung der Richtigkeit der in den Angeboten enthaltenen Angaben erlauben, und

— von den Bietern die Angaben verlangt, wie viel Strom aus erneuerbaren Energieträgern sie an einen nicht näher eingegrenzten Abnehmerkreis lie-

fern können, und demjenigen Bieter die höchste Punktezahl zuerkennt, der die größte Menge angibt, wobei nur die Liefermenge gewertet wird, die die Menge des im Rahmen des ausgeschriebenen Auftrags zu erwartenden Verbrauchs übersteigt.

Es ist Sache des nationalen Gerichts, zu prüfen, ob das Zuschlagskriterium ungeachtet dessen, dass der öffentliche Auftraggeber keinen bestimmten Liefertermin festgelegt hat, hinreichend klar gefasst ist, um den Erfordernissen der Gleichbehandlung und der Transparenz der Verfahren zur Vergabe der öffentlichen Aufträge zu genügen.

2. Die für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts verpflichten den öffentlichen Auftraggeber, die Ausschreibung zu widerrufen, wenn sich eine Entscheidung bezüglich eines der von ihm festgelegten Zuschlagskriterien im Nachprüfungsverfahren nach Artikel 1 der Richtlinie 89/665/EWG als rechtswidrig erweist und deshalb von der Nachprüfungsinstanz für nichtig erklärt wird.

Skouris

Gulmann

Puissochet

Schintgen

Colneric

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 4. Dezember 2003.

Der Kanzler

Der Präsident

R. Grass

V. Skouris