

GAT

URTEIL DES GERICHTSHOFES (Sechste Kammer)  
19. Juni 2003 \*

In der Rechtssache C-315/01

betreffend ein dem Gerichtshof nach Artikel 234 EG vom Bundesvergabeamt  
(Österreich) in dem bei diesem anhängigen Rechtsstreit

**Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT)**

gegen

**Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG)**

vorgelegtes Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung 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 sowie 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)

\* Verfahrenssprache: Deutsch.

erlässt

DER GERICHTSHOF (Sechste Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten J.-P. Puissechet sowie der Richter R. Schintgen (Berichterstatter) und V. Skouris, der Richterin F. Macken und des Richters J. N. Cunha Rodrigues,

Generalanwalt: L. A. Geelhoed,  
Kanzler: R. Grass,

unter Berücksichtigung der schriftlichen Erklärungen

- der Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT), vertreten durch S. Korn, Universitätsassistent,
- der österreichischen Regierung, vertreten durch M. Fruhmann als Bevollmächtigten,
- der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch M. Nolin als Bevollmächtigten im Beistand von Rechtsanwalt R. Roniger,

aufgrund des Berichts des Berichterstatters,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 10. Oktober 2002,

folgendes

## Urteil

- 1 Das Bundesvergabeamt hat mit Beschluss vom 11. Juli 2001, beim Gerichtshof eingegangen am 13. August 2001, gemäß Artikel 234 EG fünf Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt, die die Auslegung 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) sowie 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) betreffen.
  
- 2 Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen der Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) (im Folgenden: GAT) und der Österreichischen Autobahnen und Schnellstraßen AG (im Folgenden: ÖSAG) wegen der Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags, für den die GAT ein Angebot eingereicht hatte.

## Rechtlicher Rahmen

### *Gemeinschaftsregelung*

#### Richtlinie 89/665

- 3 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.“

4 Artikel 2 Absätze 1, 2, 6 und 8 der Richtlinie 89/665 lautet:

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

- a) damit so schnell wie möglich im Wege der einstweiligen Verfügung vorläufige Maßnahmen ergriffen werden können, um den behaupteten Rechtsverstoß zu beseitigen oder weitere Schädigungen der betroffenen Interessen zu verhindern; dazu gehören Maßnahmen, um das Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags auszusetzen oder die Aussetzung zu veranlassen oder Maßnahmen der Durchführung jeder sonstigen Entscheidung der öffentlichen Auftraggeber;
- 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;
- c) damit denjenigen, die durch den Rechtsverstoß geschädigt worden sind, Schadenersatz zuerkannt werden kann.

(2) Die in Absatz 1 genannten Befugnisse können getrennt mehreren Instanzen übertragen werden, die für das Nachprüfungsverfahren unter verschiedenen Gesichtspunkten zuständig sind.

...

(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.

...

(8) Eine für Nachprüfungsverfahren zuständige Instanz, die kein Gericht ist, muss ihre Entscheidung stets schriftlich begründen. Ferner ist in diesem Falle sicherzustellen, dass eine behauptete rechtswidrige Maßnahme der zuständigen Grundinstanz oder ein behaupteter Verstoß bei der Ausübung der ihr übertragenen Befugnisse zum Gegenstand einer Klage oder einer Nachprüfung bei einer anderen gegenüber den öffentlichen Auftraggebern und der Grundinstanz unabhängigen Instanz, die ein Gericht im Sinne des Artikels [234] des Vertrages ist, gemacht werden können.

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

## Richtlinie 93/36

- 5 Artikel 15 der Richtlinie 93/36, der zu Kapitel 1, „Gemeinsame Teilnahmebestimmungen“, des Abschnitts IV gehört, bestimmt in Absatz 1:

„Der Zuschlag des Auftrags erfolgt aufgrund der in Kapitel 3 dieses Abschnitts vorgesehenen Kriterien unter Berücksichtigung des Artikels 16, nachdem die öffentlichen Auftraggeber die fachliche Eignung der Lieferanten, die nicht aufgrund von Artikel 20 ausgeschlossen worden sind, nach den in den Artikeln 22, 23, und 24 genannten Kriterien der wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit geprüft haben.“

- 6 Artikel 23 der Richtlinie 93/36, der zu Kapitel 2, „Eignungskriterien“, des Abschnitts IV gehört, sieht in Absatz 1 Buchstaben a und d vor:

„Der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Lieferanten kann je nach Art, Menge und Verwendungszweck der zu liefernden Erzeugnisse wie folgt erbracht werden:

- a) durch eine Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Lieferungen mit Angabe des Rechnungswerts, des Lieferzeitpunkts sowie der öffentlichen oder privaten Auftraggeber:

— bei Lieferungen an öffentliche Auftraggeber durch eine von der zuständigen Behörde ausgestellte oder beglaubigte Bescheinigung;

- bei Lieferungen an private Auftraggeber durch eine vom Käufer aus-  
gestellte Bescheinigung; ist eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich,  
so ist eine einfache Erklärung des Lieferanten zulässig;

...

- d) durch Muster, Beschreibungen und/oder Fotografien der zu liefernden Er-  
zeugnisse, wobei die Echtheit auf Antrag des öffentlichen Auftraggebers  
nachweisbar sein muss ...“

- 7 Artikel 26 der Richtlinie 93/36, der zu Kapitel 3, „Zuschlagskriterien“, des Ab-  
schnitts IV gehört, bestimmt in Absatz 1:

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

- a) entweder ausschließlich das Kriterium des niedrigsten Preises
  
- b) oder — wenn der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot er-  
folgt — 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.“

*Nationale Rechtsvorschriften*

- 8 Die Richtlinien 89/665 und 93/36 wurden durch das Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) von 1997 (BGBl I 1997/56, im Folgenden: BVergG) in österreichisches Recht umgesetzt.
- 9 § 113 BVergG legt die Zuständigkeiten des Bundesvergabeamts fest. Er bestimmt:

„(1) Das Bundesvergabeamt ist auf Antrag zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens nach Maßgabe der Bestimmungen des folgenden Hauptstückes zuständig.

(2) Bis zur Zuschlagserteilung ist das Bundesvergabeamt zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hiezu ergangenen Verordnungen zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie

2. zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der vergebenden Stelle des Auftraggebers.

(3) Nach Zuschlagserteilung oder nach Abschluss des Vergabeverfahrens ist das Bundesvergabeamt zuständig, festzustellen, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde. ...“

10 § 115 Absätze 1 und 5 BVergG bestimmt:

„(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.

...

(5) Der Antrag hat zu enthalten

1. die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens sowie der angefochtenen Entscheidung,

...“

11 § 117 Absätze 1 und 3 BVergG lautet:

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

1. im Widerspruch zu Bestimmungen dieses Bundesgesetzes oder der hiezu 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.“

12 Nach § 122 Absatz 1 BVergG „[hat b]ei schuldhafter Verletzung dieses Bundesgesetzes oder der auf Grund dieses Bundesgesetzes ergangenen Verordnungen durch Organe einer vergebenden Stelle... ein übergangener Bewerber oder Bieter gegen den Auftraggeber, dem das Verhalten der Organe der vergebenden Stelle zuzurechnen ist, Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotstellung und der durch die Teilnahme am Vergabeverfahren entstandenen sonstigen Kosten“.

- 13 Nach § 125 Absatz 2 BVergG ist eine — vor den Zivilgerichten zu erhebende — Schadensersatzklage nur zulässig, wenn zuvor eine Feststellung des Bundesvergabeamts gemäß § 113 Absatz 3 erfolgt ist. Das Zivilgericht, das über eine derartige Schadensersatzklage zu entscheiden hat, und die Parteien des Verfahrens vor dem Bundesvergabeamt sind an diese Feststellung gebunden.
- 14 Nach Artikel II Absatz 2 lit. C Z 40a des Einführungsgesetzes zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1991 (BGBl 1991/50) ist das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (BGBl 1991/51, im Folgenden: AVG) auf das behördliche Verfahren des Bundesvergabeamts anzuwenden.
- 15 § 39 Absätze 1 und 2 AVG in der auf das Ausgangsverfahren anwendbaren Fassung bestimmt:

„(1) Für die Durchführung des Ermittlungsverfahrens sind die Verwaltungsvorschriften maßgebend.

(2) Soweit die Verwaltungsvorschriften hierüber keine Anordnungen enthalten, hat die Behörde von Amts wegen vorzugehen und unter Beobachtung der in diesem Teil enthaltenen Vorschriften den Gang des Ermittlungsverfahrens zu bestimmen; ...“

## Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

- 16 Die ÖSAG, vertreten durch die Autobahnmeisterei St. Michael/Lungau, schrieb am 2. März 2000 die Lieferung von einem „Sonderkraftfahrzeug: neue, betriebsbereite und behördlich genehmigte Straßenkehrmaschine für die A9 Phyrnautobahn, Bestimmungsort Autobahnmeisterei Kalwang“ im offenen Verfahren europaweit aus.
- 17 Die fünf abgegebenen Angebote wurden am 25. April 2000 geöffnet. Die GAT hatte ein Angebot zu einem Preis von 3 547 020 ATS ohne Mehrwertsteuer eingereicht. Das Angebot der ÖAF & Steyr Nutzfahrzeuge OHG betrug netto 4 174 290 ATS, das eines weiteren Bieters 4 168 690 ATS ohne Mehrwertsteuer.
- 18 Zur Angebotsbewertung hieß es unter Punkt B.1.13 der Ausschreibungsbedingungen:

„Die Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes wird nach dem Bestbieterprinzip vorgenommen. Als Grundvoraussetzung müssen die angebotenen Fahrzeuge den Bedingungen der Ausschreibung entsprechen.

Die Bewertung wird wie folgt vorgenommen:

Bei der Bewertung der Angebote ist jeweils vom Bestbieter auszugehen und berechnet sich die Punktezahl im Verhältnis zum Bestbieter.

...

2) Sonstige Kriterien:

Für sonstige Kriterien werden maximal 100 Punkte vergeben, welche in der Gesamtbewertung mit 20 % berücksichtigt werden.

2.1. Referenzliste von Kehrmaschinenkunden im Alpen-EU-Raum (Referenzen in deutscher Sprache) Gewichtung 20 Punkte

Bewertungsformel:

Höchste Anzahl Kunden dividiert durch die nächsthöchste Anzahl mal 20 Punkte“

- 19 Am 16. Mai 2000 schied die ÖSAG das Angebot der GAT mit der Begründung aus, dass es den Ausschreibungsbestimmungen nicht entspreche, weil das angebotene Gehsteigsreinigungsgerät nur bis zu Temperaturen von 0 °C einsetzbar sei, während in der Ausschreibung eine Funktionstemperatur von mindestens — 5 °C gefordert worden sei. Zudem habe die GAT trotz Aufforderung durch die ÖSAG nicht die in der Ausschreibung geforderte Besichtigung des Gerätes im Umkreis von 300 km von der vergebenden Stelle ermöglicht. Ferner bezweifelte die ÖSAG die preisliche Angemessenheit des Angebots der GAT. Weiter habe die GAT trotz Aufforderung durch die ÖSAG die technische Ausführung der Reflektorenreinigung ihrer angebotenen Maschine nicht ausreichend aufgeklärt.
- 20 Entsprechend dem Vergabevorschlag vom 31. Juli 2000 wurde der ÖAF & Steyr Nutzfahrzeuge OHG mit Schreiben vom 23. August 2000 der schriftliche Auftrag erteilt. Die übrigen Bieter wurden mit Schreiben vom 12. Juli 2000 über die Ermittlung des Zuschlagsempfängers informiert. Der GAT wurde mit Schreiben vom 17. Juli 2000 mitgeteilt, dass ihr Angebot ausgeschieden war, und mit Schreiben vom 5. Oktober 2000 wurde ihr der Zuschlagsempfänger samt Vergabesumme bekannt gegeben.
- 21 Am 17. November 2000 leitete die GAT ein Nachprüfungsverfahren beim Bundesvergabeamt ein, um feststellen zu lassen, dass der Zuschlag im Vergabeverfahren nicht dem Bestbieter erteilt worden sei, und führte aus, dass ihr Angebot rechtswidrig ausgeschieden worden sei. Die ihrem Angebot beigelegte technische Beschreibung der Reflektorenreinigung sei für einen Fachmann ausreichend gewesen. Zudem habe sie die ÖSAG eingeladen, das Werk ihres Lieferanten zu besichtigen. Auf jeden Fall widerspreche das Zuschlagskriterium „Besichtigungsmöglichkeit des Ausschreibungsgegenstands innerhalb eines Umkreises von 300 km von der ausschreibenden Stelle“ den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, weil es eine mittelbare Diskriminierung darstelle. Die ÖSAG hätte sämtliche in Europa befindlichen Referenzobjekte anerkennen müssen. Zudem habe dieses Kriterium nur als Zuschlagskriterium und nicht, wie es die ÖSAG fälschlicherweise nachträglich gemacht habe, als Eignungskriterium verwendet werden dürfen. Zwar weise die von ihr angebotene Grundversion der Straßenkehrmaschine lediglich eine Einsatztemperatur von 0 °C auf. Die ÖSAG habe sich jedoch die Anschaffung einer Zusatzoption vorbehalten. Diese Zusatzoption würde, wie in der Ausschreibung verlangt, eine Arbeitstemperatur von — 5 °C

aufweisen. Schließlich handele es sich bei ihrem Angebot auch nicht um ein preislich unangemessenes Angebot. Vielmehr habe sie ihren günstigen Preis gegenüber der ÖSAG ausreichend erklären können.

- 22 Da das Bundesvergabeamt der Ansicht war, dass für die Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits eine Auslegung mehrerer Vorschriften des Gemeinschaftsrechts erforderlich sei, hat es das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

- 1a) Ist aus Artikel 2 Absatz 8 der Richtlinie 89/665, aus einer anderen Vorschrift dieser Richtlinie oder einer sonstigen Bestimmung des Gemeinschaftsrechts abzuleiten, dass es der zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren im Sinne von Artikel 1 Absatz 1 dieser Richtlinie einschließlich der zur Wahrnehmung der Befugnisse nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie zuständigen Behörde verboten ist, von sich aus und unabhängig vom Vorbringen der Parteien des Nachprüfungsverfahrens jene vergabeverfahrensrechtlich relevanten Umstände aufzugreifen, die nach Ansicht der zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren zuständigen Behörde für die Entscheidung im Nachprüfungsverfahren von Bedeutung sind?
- 1b) Steht Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 89/665 allenfalls in Verbindung mit sonstigen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts einer Entscheidung der zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren im Sinne von Artikel 1 Absatz 1 dieser Richtlinie einschließlich der zur Wahrnehmung der Befugnisse nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c der Rechtsmittelrichtlinie zuständigen Behörde entgegen, die einen mittelbar auf die Erlangung von Schadenersatz gerichteten Antrag eines Bieters abweist, wenn das Vergabeverfahren bereits durch eine andere als die von diesem Bieter angefochtene Auftraggeberentscheidung mit einer wesentlichen Rechtswidrigkeit belastet wurde, weil ein allfälliger Schaden des Bieters dann auch unabhängig von der angefochtenen Entscheidung aus anderen Gründen eingetreten wäre?

2. Für den Fall der Verneinung von Frage 1a: Verboten es die Vorschriften der Richtlinie 93/36, insbesondere die Bestimmungen der Artikel 15 bis 26 dieser Richtlinie, dass der öffentliche Auftraggeber bei der Durchführung von Vergabeverfahren Referenzen über die von Bietern angebotenen Produkte nicht im Rahmen der Prüfung der Eignung der Bieter berücksichtigt, sondern als Zuschlagskriterium vorsieht, so dass die negative Bewertung dieser Referenzen nicht den Ausschluss des Bieters vom Vergabeverfahren zur Folge hätte, sondern lediglich dazu führen würde, dass ein Angebot etwa im Rahmen eines Punktesystems, bei dem beispielsweise eine schlechte Bewertung der Referenzen durch einen niedrigeren Preis kompensiert werden könnte, schlechter bewertet würde?
  
3. Für den Fall der Verneinung der Fragen 1a und 2: Ist ein Zuschlagskriterium, wonach Produktreferenzen dahin gehend bewertet werden, dass nur auf die Anzahl der Referenzen abgestellt wird und nicht inhaltlich geprüft wird, ob die von Auftraggebern mit dem Produkt gemachten Erfahrungen gut oder schlecht waren und außerdem nur Referenzen aus dem Alpen/EU-Raum in Betracht gezogen werden, mit den einschlägigen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts einschließlich Artikel 26 der Richtlinie 93/36, dem Grundsatz der Gleichbehandlung sowie den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Gemeinschaften vereinbar?
  
4. Ist ein Zuschlagskriterium, wonach nur eine innerhalb eines Umkreises von 300 km der ausschreibenden Stelle gelegene Besichtigungsmöglichkeit des Ausschreibungsgegenstands positiv bewertet werden kann, mit den Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, insbesondere dem Grundsatz der Gleichbehandlung, vereinbar?
  
5. Für den Fall der Bejahung von Frage 2 oder der Verneinung von Frage 3 oder 4: Ist Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 89/665 allenfalls in Verbindung mit sonstigen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts so auszulegen, dass, wenn der Rechtsverstoß des Auftraggebers in der Aufstellung

eines rechtswidrigen Zuschlagskriteriums liegt, der Bieter nur dann Anspruch auf Schadenersatz hat, wenn konkret nachgewiesen werden kann, dass der Bieter ohne das rechtswidrige Zuschlagskriterium das beste Angebot gelegt hätte?

- 23 Das vorlegende Gericht hat den Gerichtshof ferner ersucht, das Vorabentscheidungsersuchen nach Artikel 104a der Verfahrensordnung einem beschleunigten Verfahren zu unterwerfen, da sich die erste Frage praktisch in jedem zweiten der bei ihm eingeleiteten Nachprüfungsverfahren stelle und darüber hinaus der Verfassungsgerichtshof bereits mehrere Entscheidungen des Bundesvergabeamts auch mit der Begründung aufgehoben habe, dass dieses von Amts wegen rechtswidrige Aspekte des Vergabeverfahrens aufgegriffen habe.
- 24 Dieser Antrag ist jedoch vom Präsidenten des Gerichtshofes mit Entscheidung vom 13. September 2001 auf Vorschlag des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts zurückgewiesen worden, weil die vom vorlegenden Gericht angeführten Umstände keine außerordentliche Dringlichkeit der Entscheidung über die zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen ergeben haben.

### Zur Zuständigkeit des Gerichtshofes

- 25 Die Kommission äußert unter Bezugnahme auf den Vorlagebeschluss des Bundesvergabeamts vom 11. Juli 2001 im Rahmen einer anderen beim Gerichtshof anhängigen Rechtssache über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags, die unter der Nummer C-314/01 in das Register der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen ist, Zweifel am Gerichtscharakter des Bundesvergabeamts, weil dieses darin ausgeführt habe, dass seine Entscheidungen „keinen vollstreckbaren Auftrag an den Auftraggeber“ enthielten. Die Zulässigkeit der vom Bundesvergabeamt in der vorliegenden Rechtssache vorgelegten Fragen sei daher nach der Rechtsprechung

des Gerichtshofes, insbesondere den Urteilen vom 12. November 1998 in der Rechtssache C-134/97 (Victoria Film, Slg. 1998, I-7023, Randnr. 14) und vom 14. Juni 2001 in der Rechtssache C-178/99 (Salzmann, Slg. 2001, I-4421, Randnr. 14), fraglich; nach dieser Rechtsprechung könnten die nationalen Gerichte den Gerichtshof nur anrufen, wenn bei ihnen ein Rechtsstreit anhängig sei und sie im Rahmen eines Verfahrens zu entscheiden hätten, das auf eine Entscheidung mit Rechtsprechungscharakter abziele.

- 26 Insoweit ist zu bemerken, dass das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung gemäß § 113 Absatz 3 BVergG für die Feststellung zuständig ist, dass der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen die einschlägige nationale Regelung nicht dem Bestbieter erteilt wurde.
- 27 Außerdem ergibt sich schon aus dem Wortlaut von § 125 Absatz 2 BVergG, dass eine Feststellung des Bundesvergabeamts gemäß § 113 Absatz 3 des Gesetzes nicht nur eine Zulässigkeitsvoraussetzung für jede wegen eines schuldhaften Verstoßes gegen die genannte Regelung bei den Zivilgerichten erhobene Schadensersatzklage darstellt, sondern dass sie auch die Parteien des Verfahrens vor dem Bundesvergabeamt und das angerufene Zivilgericht bindet.
- 28 Die Rechtsverbindlichkeit einer vom Bundesvergabeamt nach § 113 Absatz 3 BVergG erlassenen Entscheidung und damit auch der Gerichtscharakter dieses Amtes können also nicht ernsthaft in Frage gestellt werden.
- 29 Daraus folgt, dass der Gerichtshof für die Beantwortung der im vorliegenden Fall vom Bundesvergabeamt vorgelegten Fragen zuständig ist.

## Zur Zulässigkeit der Vorlagefragen

- 30 Die österreichische Regierung macht geltend, die Fragen 1a und 5 seien nicht zulässig, da sie in einem Verfahren nach § 113 Absatz 3 BVergG gestellt worden seien, bei dem es sich nicht um ein Nachprüfungsverfahren im Sinne der Richtlinie 89/665 handele, sondern um ein reines Feststellungsverfahren.
- 31 Der österreichische Gesetzgeber habe von der in Artikel 2 Absatz 6 Unterabsatz 2 der Richtlinie 89/665 genannten Möglichkeit Gebrauch gemacht und vorgesehen, dass nach dem Vertragsschluss im Anschluss an die Zuschlagserteilung die Befugnisse der Nachprüfungsinstanz darauf beschränkt seien, den durch einen Rechtsverstoß geschädigten Personen Schadensersatz zuzuerkennen. In der österreichischen Rechtsordnung sei die Befugnis zur Zuerkennung eines derartigen Schadensersatzes, die die Mitgliedstaaten nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 89/665 vorzusehen hätten, jedoch nicht dem Bundesvergabebeamten zugewiesen, sondern, wie sich aus den §§ 122 und 125 BVergG ergebe, den Zivilgerichten.
- 32 Demnach sei eine Beantwortung der Fragen 1a und 5 für die Entscheidung des Ausgangsverfahrens nicht erforderlich.
- 33 Insoweit ist festzustellen, dass eine Aufteilung der Befugnis nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 89/665 auf mehrere zuständige Instanzen nicht gegen die Vorschriften dieser Richtlinie verstößt, da Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie die Mitgliedstaaten ausdrücklich ermächtigt, die in Absatz 1 dieses Artikels genannten Befugnisse getrennt mehreren Instanzen zu übertragen, die für das Nachprüfungsverfahren unter verschiedenen Gesichtspunkten zuständig sind.

- 34 Wenn außerdem das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung nicht befugt ist, den durch einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung dieses Rechts geschädigten Personen Schadensersatz zuzuerkennen, sondern nur feststellen kann, dass der Zuschlag wegen eines derartigen Verstoßes nicht dem Bestbieter erteilt wurde, stellt eine solche Feststellung, wie sich aus Randnummer 27 des vorliegenden Urteils ergibt, nicht nur eine Zulässigkeitsvoraussetzung für jede bei den Zivilgerichten erhobene Schadensersatzklage dar, sondern sie bindet auch die Parteien des Verfahrens vor dem Bundesvergabeamt und das angerufene Zivilgericht.
- 35 Daraus folgt, dass das Bundesvergabeamt, auch wenn es nach § 113 Absatz 3 BVergG angerufen wird, im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens im Sinne der Richtlinie 89/665 tätig wird und, wie sich bereits aus Randnummer 28 des vorliegenden Urteils ergibt, eine rechtsverbindliche Entscheidung zu erlassen hat.
- 36 Darüber hinaus ist das Bundesvergabeamt, wie § 117 Absatz 3 BVergG bestätigt, in einem nach § 113 Absatz 3 BVergG eingeleiteten Verfahren befugt, festzustellen, ob der behauptete Rechtsverstoß vorliegt. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Amt bei der Ausübung dieser Befugnis es für erforderlich hält, dem Gerichtshof Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen.
- 37 Wenn derartige Fragen, die das Bundesvergabeamt für erforderlich hält, um das Vorliegen eines Rechtsverstoßes feststellen zu können, die Auslegung des Gemeinschaftsrechts betreffen, können sie nicht für unzulässig erklärt werden (in diesem Sinne u. a. Urteile vom 13. März 2001 in der Rechtssache C-379/98, PreussenElektra, Slg. 2001, I-2099, Randnr. 38, und vom 10. Dezember 2002 in der Rechtssache C-153/00, Der Weduwe, Slg. 2002, I-11319, Randnr. 31).

- 38 Dagegen kann das Bundesvergabeamt, das nicht unmittelbar befugt ist, den durch einen Rechtsverstoß geschädigten Personen Schadensersatz zuzuerkennen, dem Gerichtshof keine Vorabentscheidungsfragen vorlegen, die sich auf die Gewährung von Schadensersatz oder die Voraussetzungen dafür beziehen.
- 39 Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass alle vom Bundesvergabeamt vorgelegten Vorabentscheidungsfragen zulässig sind, mit Ausnahme der fünften Frage, mit der geklärt werden soll, unter welchen Voraussetzungen ein Bieter, der angeblich durch Anwendung eines rechtswidrigen Zuschlagskriteriums geschädigt wurde, Anspruch auf Schadensersatz hat.

#### Zu den Fragen 1a und 1b

- 40 Das Bundesvergabeamt bemerkt in seinem Vorlagebeschluss, aus den §§ 113 Absatz 3 und 115 Absatz 1 BVergG ergebe sich, dass es in einem Nachprüfungsverfahren nach erfolgter Vergabe die angefochtene Auftraggeberentscheidung auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen habe, jedoch einem solchen Antrag nur dann stattzugeben habe, wenn gerade die angefochtene rechtswidrige Entscheidung dazu geführt habe, dass der Zuschlag nicht an den Bestbieter im Sinne des Gesetzes gegangen sei. Wenn daher das Vergabeverfahren bereits aufgrund einer anderen, möglicherweise früheren Auftraggeberentscheidung mit einer grundlegenden Rechtswidrigkeit belastet sei, die dazu führe, dass der Antragsteller niemals der Bestbieter im Sinne des Gesetzes sei, und diese andere Auftraggeberentscheidung eben vom Antragsteller im Nachprüfungsverfahren nicht angefochten worden sei, könne daher einem Nachprüfungsantrag nicht stattgegeben werden. In einem solchen Fall sei nämlich der Antragsteller nicht durch den angefochtenen Rechtsverstoß im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 89/665 „geschädigt“ worden, weil der Schaden, etwa in Form der vergeblich ausgelegten Angebotskosten, bereits durch einen anderen Rechtsverstoß des Auftraggebers verursacht worden sei.

- 41 Das Bundesvergabeamt habe außerdem nach § 39 Absatz 2 AVG von Amts wegen den entscheidungserheblichen Sachverhalt zu erheben und zu prüfen, ob im Ausgangsverfahren auch andere Zuschlagskriterien als das von der Antragstellerin angefochtene Kriterium der „Besichtigungsmöglichkeit“ rechtmäßig seien. Nach einem Erkenntnis des österreichischen Verfassungsgerichtshofs vom 8. März 2001 (B 707/00) könne die Frage der Anwendbarkeit vom Grundsatz der Amtswegigkeit geprägter Verfahrensregelungen — die unabhängig vom Parteivorbringen die Nachprüfungsbehörde ermächtigen, vergabeverfahrensrechtlich relevante Umstände aufzugreifen — im Hinblick auf den in Artikel 2 Absatz 8 Unterabsatz 2 der Richtlinie 89/665 statuierten Grundsatz eines kontradiktorischen Nachprüfungsverfahrens gemeinschaftsrechtliche Probleme aufwerfen, die eine Anrufung des Gerichtshofes nach Artikel 234 Absatz 3 EG erforderlich machten.
- 42 Diese Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs habe das Bundesvergabeamt dazu veranlasst, die Fragen 1a und 1b vorzulegen, obwohl es weder verkenne, dass das Erfordernis der Durchführung eines kontradiktorischen Verfahrens — das sich für das Bundesvergabeamt allerdings nicht aus dem nur für zweitinstanzliche „unabhängige Instanzen“ geltenden Artikel 2 Absatz 8 Unterabsatz 2 der Richtlinie 89/665, sondern aus den Anforderungen an ein Gericht im Sinne von Artikel 234 EG ergebe — nicht im Widerspruch zum Grundsatz der Amtswegigkeit des Verwaltungsverfahrens stehe, noch, dass der Gerichtshof bereits implizit bejaht habe, dass das Bundesvergabeamt ein kontradiktorisches Verfahren führe, als er ihm die Vorlageberechtigung zuerkannt habe.
- 43 Aus den vorstehenden Erwägungen und dem rechtlichen Rahmen, in den sie sich einfügen, ergibt sich, dass das vorlegende Gericht mit seinen Fragen 1a und 1b im Wesentlichen wissen möchte, ob es gegen die Richtlinie 89/665 verstößt, wenn im Rahmen eines von einem Bieter zwecks späterer Erlangung von Schadensersatz eingereichten Antrags auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Entscheidung über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags die für das Nachprüfungsverfahren zuständige Instanz von Amts wegen die rechtswidrigen Aspekte einer anderen Auftraggeberentscheidung als der vom Bieter angefochtenen aufgreift und diese

Instanz den Antrag des Bieters mit der Begründung abweist, dass das Vergabeverfahren wegen der von Amts wegen aufgegriffenen rechtswidrigen Aspekte auf jeden Fall rechtswidrig gewesen sei und ein eventueller Schaden für den Bieter somit auch ohne die von ihm behauptete Rechtswidrigkeit eingetreten wäre.

- 44 Wie aus ihrer ersten und zweiten Begründungserwägung hervorgeht, zielt die Richtlinie 89/665 darauf ab, die auf einzelstaatlicher Ebene und auf Gemeinschaftsebene vorhandenen Mechanismen zu verstärken, um die tatsächliche Anwendung der Gemeinschaftsrichtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens zu sichern, und zwar insbesondere in einem Stadium, in dem Verstöße noch beseitigt werden können. Zu diesem Zweck sind die Mitgliedstaaten nach Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie verpflichtet, sicherzustellen, dass rechtswidrige Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und möglichst rasch nachgeprüft werden können (u. a. Urteile vom 28. Oktober 1999 in der Rechtssache C-81/98, Alcatel Austria u. a., Slg. 1999, I-7671, Randnrn. 33 und 34, und vom 12. Dezember 2002 in der Rechtssache C-470/99, Universale-Bau u. a., Slg. 2002, 11617, Randnr. 74).
- 45 Die Richtlinie 89/665 legt jedoch nur die Mindestvoraussetzungen fest, denen die in den nationalen Rechtsordnungen geschaffenen Nachprüfungsverfahren entsprechen müssen, um die Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens zu gewährleisten (u. a. Urteil vom 27. Februar 2003 in der Rechtssache C-327/00, Santex, Slg. 2003, I-1877, Randnr. 47).
- 46 In Ermangelung einer spezifischen Vorschrift in diesem Bereich ist es demnach Sache jedes Mitgliedstaats, in seiner internen Rechtsordnung zu bestimmen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine für die genannten Nachprüfungsverfahren zuständige Instanz von Amts wegen Rechtsverstöße aufgreifen kann, die von den Parteien des bei ihr anhängigen Verfahrens nicht geltend gemacht worden sind.

- 47 Weder die Zielsetzung der Richtlinie 89/665 noch das Erfordernis, den in der Richtlinie vorgesehenen Nachprüfungsverfahren kontradiktorischen Charakter zu verleihen, verbieten es, dass die interne Rechtsordnung eines Mitgliedstaats eine solche Möglichkeit einführt.
- 48 Es kann nämlich nicht gegen den Zweck dieser Richtlinie verstoßen, der darin besteht, die Beachtung der Vorschriften des Gemeinschaftsrechts im Bereich des öffentlichen Auftragswesens durch wirksame und rasche Nachprüfungsverfahren zu gewährleisten, dass die für die Nachprüfungsverfahren zuständige Instanz von Amts wegen Rechtsverstöße in einem Vergabeverfahren aufgreift, ohne abzuwarten, bis eine der Parteien dies tut.
- 49 Außerdem schließt das Erfordernis, den Nachprüfungsverfahren kontradiktorischen Charakter zu verleihen, nicht aus, dass die für ein derartiges Verfahren zuständige Instanz möglicherweise einen Rechtsverstoß von Amts wegen aufgreift, den sie als Erste feststellt, sondern es impliziert nur, dass diese Instanz, bevor sie ihre Entscheidung erlässt, das Recht der Parteien beachten muss, zu den von Amts wegen aufgegriffenen rechtswidrigen Aspekten gehört zu werden.
- 50 Daraus folgt, dass es nicht gegen die Richtlinie 89/665 verstößt, wenn im Rahmen eines von einem Bieter zwecks späterer Erlangung von Schadensersatz eingereichten Antrags auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Entscheidung über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags die für das Nachprüfungsverfahren zuständige Instanz von Amts wegen die rechtswidrigen Aspekte einer anderen Auftraggeberentscheidung als der vom Bieter angefochtenen aufgreift.
- 51 Aus dem Vorstehenden ergibt sich jedoch nicht, dass diese Instanz den Antrag des Bieters mit der Begründung abweisen kann, dass das Vergabeverfahren wegen der von Amts wegen aufgegriffenen rechtswidrigen Aspekte auf jeden Fall rechtswidrig gewesen sei und ein eventueller Schaden für den Bieter somit auch ohne die von ihm behauptete Rechtswidrigkeit eingetreten wäre.

- 52 Wie sich nämlich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes ergibt, ist Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 89/665 auf alle Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber anwendbar, die den Vorschriften des Gemeinschaftsrechts im Bereich des öffentlichen Auftragswesens unterliegen (u. a. Urteile vom 18. Juni 2002 in der Rechtssache C-92/00, HI, Slg. 2002, I-5553, Randnr. 37, und vom 23. Januar 2003 in der Rechtssache C-57/01, Makedoniko Metro und Michaniki, Slg. 2003, I-1091, Randnr. 68), und enthält keine Beschränkung hinsichtlich der Natur und des Inhalts dieser Entscheidungen (u. a. Urteile Alcatel Austria u. a., Randnr. 35, und HI, Randnr. 49).
- 53 Außerdem zählt zu den Nachprüfungsverfahren, deren Einführung die Richtlinie 89/665 den Mitgliedstaaten vorschreibt, um zu gewährleisten, dass die rechtswidrigen Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber möglichst wirksam und rasch nachgeprüft werden können, nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c ausdrücklich auch dasjenige, in dessen Rahmen den durch einen Rechtsverstoß geschädigten Personen Schadensersatz zuerkannt werden kann.
- 54 Daraus folgt, dass einem Bieter, der durch eine Entscheidung über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags geschädigt wurde, deren Rechtmäßigkeit er bestreitet, nicht das Recht auf Ersatz des durch diese Entscheidung verursachten Schadens mit der Begründung abgesprochen werden kann, dass das Vergabeverfahren wegen der von Amts wegen aufgegriffenen rechtswidrigen Aspekte einer anderen, möglicherweise früheren Auftraggeberentscheidung auf jeden Fall rechtswidrig gewesen sei.
- 55 Dieser Schluss ist umso mehr geboten, wenn ein Mitgliedstaat von der ihm nach Artikel 2 Absatz 6 Unterabsatz 2 der Richtlinie 89/665 eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, vorzusehen, dass nach dem Vertragsschluss im Anschluss an die Zuschlagserteilung die Befugnisse der Nachprüfungsinstanz auf die Zuerkennung von Schadensersatz beschränkt werden. In einem solchen Fall kann auf die vom Bieter behauptete Rechtswidrigkeit nämlich mit keiner der in der Richtlinie 89/665 vorgesehenen Sanktionen reagiert werden.

- 56 In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen ist auf die erste Frage zu antworten, dass es nicht gegen die Richtlinie 89/665 verstößt, wenn im Rahmen eines von einem Bieter zwecks späterer Erlangung von Schadensersatz eingereichten Antrags auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Entscheidung über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags die für das Nachprüfungsverfahren zuständige Instanz von Amts wegen die rechtswidrigen Aspekte einer anderen Auftraggeberentscheidung als der vom Bieter angefochtenen aufgreift. Es verstößt jedoch gegen diese Richtlinie, wenn die genannte Instanz den Antrag des Bieters mit der Begründung abweisen kann, dass das Vergabeverfahren wegen der von Amts wegen aufgegriffenen rechtswidrigen Aspekte auf jeden Fall rechtswidrig gewesen sei und ein eventueller Schaden für den Bieter somit auch ohne die von ihm behauptete Rechtswidrigkeit eingetreten wäre.

### Zur zweiten Frage

- 57 Aus Randnummer 18 des vorliegenden Urteils sowie aus dem Wortlaut der dritten Frage ergibt sich, dass die Ausschreibung im Ausgangsverfahren vorsah, dass der Auftraggeber bei der Bewertung der Angebote zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots die Zahl der Referenzen über die von den Bietern anderen Kunden angebotenen Produkte berücksichtigen sollte, ohne zu prüfen, ob die von diesen Kunden mit den erworbenen Produkten gemachten Erfahrungen gut oder schlecht waren.
- 58 Demnach ist die zweite Frage so zu verstehen, dass mit ihr geklärt werden soll, ob es gegen die Richtlinie 93/36 verstößt, wenn im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Lieferauftrags der Auftraggeber die Zahl der Referenzen über die von den Bietern anderen Kunden angebotenen Produkte nicht als Kriterium für die Prüfung der fachlichen Eignung der Bieter zur Durchführung des betreffenden Auftrags, sondern als Zuschlagskriterium berücksichtigt.

- 59 Dazu ist zu bemerken, dass nach der Systematik der Richtlinie 93/36, insbesondere des Abschnitts IV, die Prüfung der fachlichen Eignung der Bieter zur Lieferung der Erzeugnisse, die Gegenstand des zu vergebenden Auftrags sind, und der Zuschlag des Auftrags im Rahmen eines öffentlichen Vergabeverfahrens zwei verschiedene Vorgänge sind. In Artikel 15 Absatz 1 dieser Richtlinie heißt es nämlich, dass der Zuschlag des Auftrags erfolgt, nachdem die fachliche Eignung der Lieferanten geprüft worden ist (vgl. zu öffentlichen Bauaufträgen Urteil vom 20. September 1988 in der Rechtssache 31/87, Beentjes, Slg. 1988, 4635, Randnr. 15).
- 60 Auch wenn die Richtlinie 93/36, die nach ihrer fünften und sechsten Begründungserwägung die Koordinierung der staatlichen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge bei weitestmöglicher Berücksichtigung der in den einzelnen Mitgliedstaaten geltenden Verfahren und Verwaltungspraktiken anstrebt, es nicht ausschließt, dass die Prüfung der fachlichen Eignung der Bieter und der Zuschlag des Auftrags gleichzeitig erfolgen können, so unterliegen die beiden Vorgänge doch unterschiedlichen Regeln (in diesem Sinne Urteil Beentjes, Randnr. 16).
- 61 Gemäß Artikel 15 Absatz 1 der Richtlinie 93/36 prüft der öffentliche Auftraggeber die fachliche Eignung der Bieter nach den in den Artikeln 22, 23 und 24 dieser Richtlinie genannten Kriterien der wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit. Diese Artikel haben nicht den Zweck, die Mitgliedstaaten in ihrer Befugnis zu beschneiden, darüber zu befinden, welcher Standard der wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit für die Teilnahme an den verschiedenen öffentlichen Ausschreibungen erforderlich ist, sondern sie sollen bestimmen, mit welchen Nachweisen oder Beweismitteln die finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit der Bieter dargelegt werden kann (in diesem Sinne Urteil Beentjes, Randnr. 17).
- 62 Was die Kriterien angeht, die als Zuschlagskriterien für die Erteilung eines öffentlichen Lieferauftrags verwendet werden können, so stellen die öffentlichen Auftraggeber nach Artikel 26 Absatz 1 der Richtlinie 93/36 entweder ausschließlich auf den niedrigsten Preis ab, oder, wenn der Zuschlag auf das wirt-

schaftlich günstigste Angebot erfolgt, auf verschiedene, je nach Auftrag wechselnde Kriterien wie den Preis, die Lieferfrist, die Betriebskosten, die Rentabilität, die Qualität, die Ästhetik, die Zweckmäßigkeit, den technischen Wert, den Kundendienst und die technische Hilfe.

- 63 Wie sich klar aus dem Wortlaut dieser Vorschrift und insbesondere aus der Verwendung des Ausdrucks „z. B.“ ergibt, werden die Kriterien für die Erteilung des Zuschlags eines öffentlichen Auftrags auf das wirtschaftlich günstigste Angebot nicht abschließend aufgezählt (vgl. zu öffentlichen Bauaufträgen Urteil vom 18. Oktober 2001 in der Rechtssache C-19/00, SIAC Construction, Slg. 2001, I-7725, Randnr. 35, und zu öffentlichen Lieferaufträgen Urteil vom 17. September 2002 in der Rechtssache C-513/99, Concordia Bus Finland, Slg. 2002, I-7213, Randnr. 54).
- 64 Zwar überlässt Artikel 26 Absatz 1 der Richtlinie 93/36 dem öffentlichen Auftraggeber die Wahl der von ihm zu berücksichtigenden Zuschlagskriterien, doch kommen nur Kriterien in Betracht, die der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen (in diesem Sinne Urteile Beentjes, Randnr. 19, SIAC Construction, Randnr. 36, und Concordia Bus Finland, Randnr. 59).
- 65 Eine Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Lieferungen mit Angabe des Rechnungswerts, des Lieferzeitpunkts sowie der öffentlichen oder privaten Auftraggeber wird ausdrücklich auch zu den Nachweisen oder Beweismitteln gezählt, die nach Artikel 23 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 93/36 für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit der Lieferanten verlangt werden können.
- 66 Eine bloße Liste von Referenzen, wie sie in der Ausschreibung im Ausgangsverfahren verlangt wird, die nur den Namen und die Zahl der früheren Kunden der Bieter anführt, aber keine anderen Angaben zu den diesen Kunden erbrachten

Lieferungen enthält, liefert keinen Hinweis, der es ermöglichen würde, das wirtschaftlich günstigste Angebot im Sinne von Artikel 26 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 93/36 zu ermitteln, und kann daher keinesfalls ein Zuschlagskriterium im Sinne dieser Vorschrift darstellen.

- 67 In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen ist auf die zweite Frage zu antworten, dass es gegen die Richtlinie 93/36 verstößt, wenn im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Lieferauftrags der Auftraggeber die Zahl der Referenzen über die von den Bietern anderen Kunden angebotenen Produkte nicht als Kriterium für die Prüfung der fachlichen Eignung der Bieter zur Durchführung des betreffenden Auftrags, sondern als Zuschlagskriterium berücksichtigt.

#### Zur dritten Frage

- 68 Da die dritte Frage nur für den Fall vorgelegt worden ist, dass die zweite Frage verneint wird, braucht sie nicht beantwortet zu werden.

#### Zur vierten Frage

- 69 Mit seiner vierten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob ein Zuschlagskriterium für die Erteilung eines öffentlichen Lieferauftrags, wonach eine positive Bewertung der Angebote der Bieter nur möglich ist, wenn der Ausschreibungsgegenstand vom Auftraggeber innerhalb eines Umkreises von 300 km von seiner Betriebsstätte besichtigt werden kann, gegen das Gemeinschaftsrecht und insbesondere den Grundsatz der Gleichbehandlung verstößt.

- 70 Zur Beantwortung dieser Frage ist festzustellen, dass ein derartiges Kriterium kein Zuschlagskriterium sein kann.
- 71 Zum einen ergibt sich nämlich aus Artikel 23 Absatz 1 Buchstabe d der Richtlinie 93/36, dass im Rahmen eines öffentlichen Lieferauftrags die Auftraggeber die Vorlage von Mustern, Beschreibungen und/oder Fotografien der zu liefernden Erzeugnisse als Nachweise oder Beweismittel für die technische Leistungsfähigkeit der Lieferanten, die den fraglichen Auftrag durchführen sollen, verlangen können.
- 72 Zum anderen ermöglicht ein Kriterium wie das in der vierten Frage genannte nicht die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots im Sinne von Artikel 26 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 93/36 und kann daher keinesfalls ein Zuschlagskriterium im Sinne dieser Vorschrift darstellen.
- 73 Demnach braucht nicht geprüft zu werden, ob dieses Kriterium auch gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstößt, der, wie der Gerichtshof wiederholt entschieden hat, die Grundlage der Richtlinien über die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge darstellt (u. a. Urteile HI, Randnr. 45, und Universale-Bau u. a., Randnr. 91).
- 74 In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen ist auf die vierte Frage zu antworten, dass es gegen die Richtlinie 93/36 verstößt, wenn im Rahmen der Vergabe eines öffentlichen Lieferauftrags das Erfordernis, dass der Auftraggeber den Ausschreibungsgegenstand innerhalb eines Umkreises von 300 km von seiner Betriebsstätte besichtigen kann, als Zuschlagskriterium dient.

## Kosten

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

Aus diesen Gründen

hat

### DER GERICHTSHOF (Sechste Kammer)

auf die ihm vom Bundesvergabeamt mit Beschluss vom 11. Juli 2001 vorgelegten Fragen für Recht erkannt:

1. Es verstößt nicht gegen die Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge in der durch die Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge geänderten Fassung, wenn im Rahmen eines von einem Bieter zwecks späterer Erlangung von Schadensersatz eingereichten Antrags auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Entscheidung über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags die für das

Nachprüfungsverfahren zuständige Instanz von Amts wegen die rechtswidrigen Aspekte einer anderen Auftraggeberentscheidung als der vom Bieter angefochtenen aufgreift. Es verstößt jedoch gegen diese Richtlinie, wenn die genannte Instanz den Antrag des Bieters mit der Begründung abweisen kann, dass das Vergabeverfahren wegen der von Amts wegen aufgegriffenen rechtswidrigen Aspekte auf jeden Fall rechtswidrig gewesen sei und ein eventueller Schaden für den Bieter somit auch ohne die von ihm behauptete Rechtswidrigkeit eingetreten wäre.

2. Es verstößt gegen die Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, wenn im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Lieferauftrags der Auftraggeber die Zahl der Referenzen über die von den Bietern anderen Kunden angebotenen Produkte nicht als Kriterium für die Prüfung der fachlichen Eignung der Bieter zur Durchführung des betreffenden Auftrags, sondern als Zuschlagskriterium berücksichtigt.
  
3. Es verstößt gegen die Richtlinie 93/36, wenn im Rahmen der Vergabe eines öffentlichen Lieferauftrags das Erfordernis, dass der Auftraggeber den Ausschreibungsgegenstand innerhalb eines Umkreises von 300 km von seiner Betriebsstätte besichtigen kann, als Zuschlagskriterium dient.

Puissochet

Schintgen

Skouris

Macken

Cunha Rodrigues

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 19. Juni 2003.

Der Kanzler

Der Präsident der Sechsten Kammer

R. Grass

J.-P. Puissochet