



Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
vom 13. Dezember 2017¹

Rechtssache C-9/17

Maria Tirkkonen,
Beteiligte:
Maaseutuvirasto

(Vorabentscheidungsersuchen des Korkein hallinto-oikeus [Oberstes Verwaltungsgericht, Finnland])

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Richtlinie 2004/18/EG – Ausschreibung öffentlicher Aufträge über landwirtschaftliche Beratungsdienstleistungen – Vorliegen eines öffentlichen Auftrags – System zum Erwerb von Dienstleistungen durch Aufträge, die unter einen Rahmenvertrag fallen, das jedem Wirtschaftsteilnehmer offensteht, der zuvor festgelegte Anforderungen erfüllt – System, das nachfolgend anderen Wirtschaftsteilnehmern nicht offensteht“

1. Zu den Beihilfen für die Entwicklung des ländlichen Raums, die durch den Europäischen Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums (ELER) finanziert werden, zählen solche, die auf die Erbringung von Beratungsdienstleistungen für Landwirte gerichtet sind. Die nationalen Behörden wählen die Berater, die die Landwirte in beruflicher Hinsicht beraten sollen, in Verfahren aus, die grundsätzlich jedem offenstehen, der die nötigen Voraussetzungen für die Wahrnehmung dieser Aufgabe erfüllt.
2. Im Rahmen eines dieser Auswahlverfahren reichte Frau Tirkkonen ihren Antrag auf Aufnahme in die Liste der landwirtschaftlichen Berater ein und füllte hierzu das entsprechende Formular aus. Allerdings unterließ sie es, den Punkt auszufüllen, in dem sie anzugeben hatte, ob sie die im „Rahmenvertragsentwurf enthaltenen Bedingungen“ akzeptierte, was dazu führte, dass ihre Bewerbung von der ausschreibenden Behörde abgelehnt wurde.
3. Wie sich aus der Vorlageentscheidung ergibt, könnte diese Unterlassung geheilt werden, wenn das nationale Gesetz zur Anwendung käme, das die Beziehungen zwischen der öffentlichen Verwaltung und den Bürgern regelt. Da die Unterlassung jedoch durch das nationale Gesetz über die öffentliche Auftragsvergabe geregelt werde, ist dieser Mangel wohl nicht wiedergutzumachen. Das haben zumindest sowohl die finnische Verwaltung als auch das erstinstanzliche Gericht angegeben, das ihre Entscheidung bestätigte.
4. Vor diesem Hintergrund möchte der Korkein hallinto-oikeus (Oberstes Verwaltungsgericht, Finnland) letztlich wissen, ob der Mechanismus für die Auswahl der landwirtschaftlichen Berater, der den Streitgegenstand bildet, einen „öffentlichen Auftrag“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18/EG darstellt².

¹ Originalsprache: Spanisch.

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

5. Bei der Antwort auf seine Zweifel wird die zu diesem Begriff ergangene Rechtsprechung des Gerichtshofs in der Rechtssache Falk Pharma³ zu berücksichtigen sein, die meines Erachtens ausreichende Hinweise enthält, um den Rechtsstreit zu entscheiden.

I. Rechtlicher Rahmen

A. Unionsrecht

1. Richtlinie 2004/18

6. In Art. 1 („Definitionen“) heißt es:

„...“

(2)

- a) ‚Öffentliche Aufträge‘ sind zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossene schriftliche entgeltliche Verträge über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne dieser Richtlinie.

...

- (5) Eine ‚Rahmenvereinbarung‘ ist eine Vereinbarung zwischen einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern und einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern, die zum Ziel hat, die Bedingungen für die Aufträge, die im Laufe eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den Preis und gegebenenfalls die in Aussicht genommene Menge.

...“

7. Art. 32 („Rahmenvereinbarungen“) bestimmt:

„...“

- (2) Für den Abschluss einer Rahmenvereinbarung befolgen die öffentlichen Auftraggeber die Verfahrensvorschriften dieser Richtlinie in allen Phasen bis zur Zuschlagserteilung der Aufträge, die auf diese Rahmenvereinbarung gestützt sind. Für die Auswahl der Parteien einer Rahmenvereinbarung gelten die Zuschlagskriterien gemäß Artikel 53.

Aufträge, die auf einer Rahmenvereinbarung beruhen, werden nach den in den Absätzen 3 und 4 beschriebenen Verfahren vergeben. Diese Verfahren sind nur zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den Wirtschaftsteilnehmern anzuwenden, die von Anbeginn an an der Rahmenvereinbarung beteiligt sind.

Bei der Vergabe der auf einer Rahmenvereinbarung beruhenden Aufträge dürfen die Parteien keinesfalls substantielle Änderungen an den Bedingungen dieser Rahmenvereinbarung vornehmen; dies ist insbesondere in dem in Absatz 3 genannten Fall zu beachten....

³ Urteil vom 2. Juni 2016 (C-410/14, EU:C:2016:399) (im Folgenden: Urteil Falk Pharma).

(4) Wird eine Rahmenvereinbarung mit mehreren Wirtschaftsteilnehmern geschlossen, so müssen mindestens drei Parteien beteiligt sein, sofern eine ausreichend große Zahl von Wirtschaftsteilnehmern die Eignungskriterien und/oder eine ausreichend große Zahl von zulässigen Angeboten die Zuschlagskriterien erfüllt. Die Vergabe von Aufträgen, die auf einer mit mehreren Wirtschaftsteilnehmern geschlossenen Rahmenvereinbarung beruhen, erfolgt

- entweder nach den Bedingungen der Rahmenvereinbarung ohne erneuten Aufruf zum Wettbewerb
- oder, sofern nicht alle Bedingungen in der Rahmenvereinbarung festgelegt sind, nach erneutem Aufruf der Parteien zum Wettbewerb zu denselben Bedingungen, die erforderlichenfalls zu präzisieren sind, oder gegebenenfalls nach anderen, in den Verdingungsunterlagen der Rahmenvereinbarung genannten Bedingungen, und zwar nach folgendem Verfahren:
 - a) Vor Vergabe jedes Einzelauftrags konsultieren die öffentlichen Auftraggeber schriftlich die Wirtschaftsteilnehmer, die in der Lage sind, den Auftrag auszuführen.
 - b) Die öffentlichen Auftraggeber setzen eine hinreichende Frist für die Abgabe der Angebote für jeden Einzelauftrag; dabei berücksichtigen sie unter anderem die Komplexität des Auftragsgegenstands und die für die Übermittlung der Angebote erforderliche Zeit.
 - c) Die Angebote sind schriftlich einzureichen, ihr Inhalt ist bis zum Ablauf der Einreichungsfrist geheim zu halten.
 - d) Die öffentlichen Auftraggeber vergeben die einzelnen Aufträge an den Bieter, der auf der Grundlage der in den Verdingungsunterlagen der Rahmenvereinbarung aufgestellten Zuschlagskriterien das jeweils beste Angebot vorgelegt hat.“

8. Art. 53 („Zuschlagskriterien“) lautet:

„(1) Der öffentliche Auftraggeber wendet unbeschadet der für die Vergütung von bestimmten Dienstleistungen geltenden einzelstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften bei der Erteilung des Zuschlags folgende Kriterien an:

- a) entweder – wenn der Zuschlag auf das aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt – verschiedene mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien, z. B. Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- oder Ausführungsfrist
 - b) oder ausschließlich das Kriterium des niedrigsten Preises.
- (2) Unbeschadet des Unterabsatzes 3 gibt der öffentliche Auftraggeber im Fall von Absatz 1 Buchstabe a in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen oder – beim wettbewerblichen Dialog – in der Beschreibung an, wie er die einzelnen Kriterien gewichtet, um das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln.

Diese Gewichtung kann mittels einer Marge angegeben werden, deren größte Bandbreite angemessen sein muss.

Kann nach Ansicht des öffentlichen Auftraggebers die Gewichtung aus nachvollziehbaren Gründen nicht angegeben werden, so gibt der öffentliche Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen oder – beim wettbewerblichen Dialog – in der Beschreibung die Kriterien in der absteigenden Reihenfolge ihrer Bedeutung an.“

2. *Verordnung (EU) Nr. 1305/2013*⁴

9. Art. 15 Abs. 3 sieht vor:

„Die zur Beratung ausgewählten Behörden oder Stellen müssen über angemessene Ressourcen in Form von regelmäßig geschultem und qualifiziertem Personal, Erfahrung in der Beratungstätigkeit und Verlässlichkeit hinsichtlich der Bereiche, in denen sie Beratungen erteilen, verfügen. Die im Rahmen dieser Maßnahme Begünstigten werden anhand von Ausschreibungen ausgewählt. Das Auswahlverfahren muss dem für das öffentliche Beschaffungswesen geltenden Recht unterliegen und gleichermaßen öffentlichen wie privaten Einrichtungen offenstehen. Es muss objektiv sein und den Ausschluss von Bewerbern mit Interessenkonflikten vorsehen.

...“

3. *Durchführungsverordnung (EU) Nr. 808/2014*⁵

10. Art. 7 hat folgenden Wortlaut:

„Die Auswahlverfahren gemäß Artikel 15 Absatz 3 der Verordnung (EU) Nr. 1305/2013 unterliegen den geltenden Unions- und nationalen Vorschriften für öffentliches Beschaffungswesen. In ihrem Rahmen wird gebührend bewertet, inwieweit die Bewerber die in dem genannten Artikel vorgesehenen Qualifikationen erfüllen.“

B. Nationales Recht

11. Die Richtlinie 2004/18 wurde in Finnland durch das Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Gesetz 348/2007) umgesetzt.

12. Nach § 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Durchführung von Landwirtschaftsbeihilfen (Gesetz 192/2003, geändert durch das Gesetz 501/2014) werden die Berater unter Beachtung der Vorschriften des Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge und für einen Zeitraum ausgewählt, der mit dem Auslaufen des Entwicklungsprogramms für den ländlichen Raum Festland-Finnlands 2014 bis 2020 endet.

13. Nach § 45 Abs. 2 dieses Gesetzes setzen die Auswahl und die Zulassung des Beraters voraus, dass dieser hinreichende Sachkenntnis über Art und Umfang der zu erbringenden Beratungsaufgabe besitzt. Darüber hinaus muss er die vorgeschriebenen Eignungsvoraussetzungen erfüllen.

II. Sachverhalt

14. Am 16. September 2014 veröffentlichte die Maaseutuvirasto (finnische Agentur für den ländlichen Raum, im Folgenden: Agentur) eine Ausschreibung über einen im Wege des offenen Verfahrens als Rahmenvereinbarung durchzuführenden Auftrag für Beratungsdienstleistungen für landwirtschaftliche Betriebe für den Zeitraum von 2015 bis 2020.

⁴ Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Dezember 2013 über die Förderung der ländlichen Entwicklung durch den Europäischen Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums (ELER) und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1698/2005 (ABl. 2013, L 347, S. 487).

⁵ Verordnung der Kommission vom 17. Juli 2014 mit Durchführungsvorschriften zur Verordnung (EU) Nr. 1305/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Förderung der ländlichen Entwicklung durch den Europäischen Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums (ELER) (ABl. 2014, L 227, S. 18).

15. In der Ausschreibung hieß es, dass das Verfahren öffentlichen und privaten Beratern offenstehe und dass es den Zweck habe, Dienstleister zu ermitteln, die die Anforderungen von Art. 15 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1305/2013 und Art. 13 Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 1306/2013⁶ erfüllten und darüber hinaus über Beratungserfahrung verfügten.

16. Das Auswahlsystem stützte sich auf eine Rahmenvereinbarung gemäß dem Gesetz über die öffentliche Auftragsvergabe, so dass die Dienstleistungsanbieter über das offene Verfahren nach § 65 dieses Gesetzes in die Rahmenvereinbarung aufgenommen werden.

17. In der Rahmenvereinbarung wurden die wesentlichen Bedingungen für die Erbringung der Dienstleistung festgehalten. Die einzelnen Aufträge wurden ohne gesondertes Ausschreibungsverfahren in der Weise vergeben, dass der Landwirt/Landbewirtschafter, der Anspruch auf eine Beratungsdienstleistung hat, diese Leistung bei dem Berater bezieht, von dem er annimmt, dass er seinem Bedarf am besten nachkommen werde. Grundsätzlich wurden Beratungsdienste im näheren Umkreis in Anspruch genommen, in begründeten Fällen konnten aber auch andere Berater in Anspruch genommen werden.

18. Die Vergütung der Berater erfolgte auf Stundenbasis und wurde von der Agentur übernommen (mit Ausnahme der Mehrwertsteuer, die der beratene Landwirt zu entrichten hatte).

19. Unter Berücksichtigung des für die Beratung bestehenden Dienstleistungsbedarfs wurden alle Berater zugelassen, die die in den Anlagen des Rahmenvertrags angegebenen Eignungsvoraussetzungen und Mindestanforderungen erfüllten. Darüber hinaus mussten die Bewerber als Teil des Auswahlverfahrens eine gesonderte Prüfung bestehen.

20. Mit Entscheidung vom 18. Dezember 2014 schloss die Agentur die Bewerbung von Frau Tirkkonen aus, da sie Nr. 7 des Formulars „Erfüllung der Formerfordernisse des Angebots und der Voraussetzungen der Ausschreibung“ (Anhang 2 der Ausschreibung) nicht ausgefüllt habe. In dieser Nummer hätte sie durch Ankreuzen von „ja“ oder „nein“ angeben sollen, ob sie „die Bedingungen des der Ausschreibung beigefügten Rahmenvertragsentwurfs akzeptiert“.

21. Frau Tirkkonen focht die Entscheidung der Agentur vor dem Markkinaoikeus (Gericht für Markt- und Wettbewerbsangelegenheiten) an und machte geltend, dass es sich nicht um die Vergabe eines öffentlichen Auftrags handele. Daher sei nicht das Gesetz über die öffentliche Auftragsvergabe anwendbar, sondern das Gesetz über die öffentliche Verwaltung, nach dem die Agentur sie hätte auffordern müssen, die Unterlagen ihrer Bewerbung zu vervollständigen.

22. Nachdem die Klage von Frau Tirkkonen am 7. September 2015 vom Markkinaoikeus (Gericht für Markt- und Wettbewerbsangelegenheiten) abgewiesen worden war, legte sie ein Rechtsmittel beim Korkein hallinto-oikeus (Oberstes Verwaltungsgericht, Finnland) ein, das um Vorabentscheidung ersucht.

⁶ Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Dezember 2013 über die Finanzierung, die Verwaltung und das Kontrollsystem der Gemeinsamen Agrarpolitik und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 352/78, (EG) Nr. 165/94, (EG) Nr. 2799/98, (EG) Nr. 814/2000, (EG) Nr. 1290/2005 und (EG) Nr. 485/2008 (ABl. 2013, L 347, S. 549).

23. Nach der Vorlageentscheidung geht es darum, zu ermitteln, ob „es sich bei dem einen Beratungsdienst betreffenden System der [Agentur] um einen öffentlichen Auftrag handelt, der in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinie 2004/18 und somit auch des einzelstaatlichen Vergabegesetzes fällt“⁷.

III. Vorlagefrage

24. Die Vorlagefrage lautet wie folgt:

Ist Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18/EG dahin auszulegen, dass der Begriff „öffentliche Aufträge“ im Sinne dieser Richtlinie ein Auftragssystem umfasst,

- mit dem eine öffentliche Einrichtung für eine im Voraus begrenzte Laufzeit Dienstleistungen am Markt einzuholen beabsichtigt, indem sie unter den Bedingungen eines der Ausschreibung beigefügten Rahmenvertragsentwurfs Verträge mit allen Wirtschaftsteilnehmern schließt, die die in den Verdingungsunterlagen festgelegten, einzeln bezeichneten Anforderungen an die Eignung des Anbieters und die angebotene Dienstleistung erfüllen und eine in der Ausschreibung näher beschriebene Prüfung bestehen, und
- dem während der Vertragslaufzeit nicht mehr beigetreten werden kann?

IV. Verfahren vor dem Gerichtshof und Standpunkte der Parteien

25. Das Vorabentscheidungsersuchen ist am 9. Januar 2017 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen. Frau Tirkkonen, die finnische Regierung und die Kommission haben schriftliche Erklärungen abgegeben. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung wurde nicht für notwendig erachtet.

26. Frau Tirkkonen bringt vor, dass von den drei Abschnitten, die zu jeder Ausschreibung gehörten (Prüfung der Eignung der Bieter; Beurteilung der Konformität der Angebote mit der Ausschreibung; Auswahl eines Angebots nach dem Kriterium des niedrigsten Preises oder nach dem Kosten/Nutzen-Verhältnis), in diesem Verfahren der dritte Abschnitt nicht durchgeführt worden sei, da die Angebote nicht miteinander verglichen worden seien und die Auswahl des Dienstleistungserbringers Sache des Landwirts sei. Insbesondere hätten die 140 anfänglich ausgewählten Berater an der Prüfung teilgenommen und 138 von ihnen die Prüfung bestanden, ohne dass sie aufgrund dieser Prüfung tatsächlich nach der Reihenfolge ihrer Eignung hätten eingestuft werden können. Die fehlende Auswahl unter den erhaltenen Angeboten schließe das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags aus.

⁷ Das vorliegende Gericht hält fest, dass die Frage, ob die Agentur „in der nach den vergaberechtlichen Vorschriften vorgesehenen Weise vorgegangen ist“ (Rn. 8 der Vorlageentscheidung), nicht Gegenstand des Vorabentscheidungsersuchens ist. In jedem Fall ist es nicht unzumutbar, klarzustellen, dass im Fall der Anwendbarkeit der Richtlinie 2004/18 hieraus hervorgehe, dass der öffentliche Auftraggeber im Rahmen von Ausschreibungen die Berichtigung formeller Fehler zulassen kann, die weder die Einreichung eines neuen Angebots noch eine wesentliche Änderung der Bedingungen des ersten bedeutet. Hierzu verweise ich auf meine Schlussanträge in der Rechtssache MA.T.I. SUD und Duemme SGR (C-523/16 und C-536/16, EU:C:2017:868).

27. Die finnische Regierung weist auf die Relevanz der Rechtsprechung in der Rechtssache Falk Pharma hin. Gleichwohl stellt sie klar, dass das System im vorliegenden Fall nicht durchgängig neuen Bietern offenstehe. Dass der öffentliche Auftraggeber „den Dienstleistern zahlreiche detaillierte Anforderungen auferlegt, die nicht auf gesetzlichen Regelungen beruhen“⁸, führe dazu, dass dieses System einem öffentlichen Auftrag nahekomme. Die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften über öffentliche Aufträge sei gerechtfertigt, weil sichergestellt werden müsse, dass die Auswahlkriterien nicht auf diskriminierende Weise festgelegt würden.

28. Zudem seien von den 163 erhaltenen Angeboten nur 140 unter Vorbehalt zugelassen worden. 138 davon seien schließlich angenommen worden. Dies bestätige den Auswahlcharakter des Verfahrens und den Willen des öffentlichen Auftraggebers, nur die besten Angebote anzunehmen, sowie den abschreckenden Charakter der von den Bietern verlangten Voraussetzungen.

29. Schließlich führe die sechsjährige Laufzeit der Gültigkeit des Systems dazu, dass während dieser Zeit keine neuen Berater zugelassen werden könnten, was das in Streit stehende Verfahren von einer bloßen Genehmigungsregelung unterscheide.

30. Die Kommission ist der Auffassung, dass die spezifischen Anforderungen der Ausschreibung in Bezug auf die Eignung des Bieters und die Dienstleistung, wie sie vom vorlegenden Gericht dargestellt würden, kein Zuschlagskriterium, sondern ein bloßes Auswahlkriterium darstellen.

31. Das Verfahren enthalte keine Zuschlagskriterien und die Agentur könne einen von einem Landwirt ausgewählten befähigten Berater nicht ausschließen oder ablehnen. Letztlich seien in dem Verfahren nur Auswahlkriterien verwendet worden.

32. Deshalb sei die Rechtssache derjenigen ähnlich, in der das Urteil Falk Pharma ergangen sei, dessen Rechtsprechung durch die Richtlinie 2014/24/EU⁹ bestätigt worden sei. Es sei nicht von Belang, dass das System Interessenten nicht durchgängig offenstehe, da das Fehlen einer Auswahl einen hinreichenden Grund dafür darstelle, es nicht als öffentlichen Auftrag zu qualifizieren.

V. Würdigung

33. Nach den Angaben des vorlegenden Gerichts führte die finnische Verwaltung ein Programm auf der Grundlage der Verordnung Nr. 1305/2013 durch. Dessen Art. 15 Abs. 3 zufolge unterliegt das Auswahlverfahren für die Erbringer von Beratungsdienstleistungen dem für das öffentliche Beschaffungswesen geltenden Recht. Folglich ist die Vorlagefrage auf der Grundlage der gesetzlichen Vorschriften über öffentliche Aufträge zu beantworten.

34. Ich denke, dass dieser Verweis auf das für das öffentliche Beschaffungswesen geltende Recht so zu verstehen ist, dass das Auswahlverfahren für landwirtschaftliche Berater die Grundsätze (der Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung und Transparenz) zu beachten hat, die für diesen Bereich der Rechtsordnung gelten. Es handelt sich meines Erachtens nicht um ein Erfordernis dahin, jede einzelne der Bestimmungen der Unionsrichtlinien über die öffentliche Auftragsvergabe erfüllen zu müssen.

35. Das vorliegende Gericht möchte insbesondere wissen, ob ein System wie das vorliegende „in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinie 2004/18/EG“ fällt. Ich weise darauf hin, dass dieses System darauf abzielt, eine unbestimmte Anzahl von Personen zu ermitteln, denen die Erbringung landwirtschaftlicher Beratungsleistungen an die Landwirte obliegt, indem sie mittels eines Verfahrens

⁸ Rn. 22 der Erklärungen.

⁹ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. 2014, L 94, S. 65).

ausgewählt werden, das den Bedingungen des Rahmenvertrags unterliegt, an dem teilnehmen kann, wer die in den Verdingungsunterlagen angeführten Anforderungen erfüllt und eine Prüfung besteht. Das System hat eine begrenzte zeitliche Gültigkeit, während der ihm neue Berater nicht beitreten können.

36. Aus den vom vorlegenden Gericht gemachten Angaben ergibt sich, wie die Kommission ausführt¹⁰, dass die für öffentliche Aufträge im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 charakteristischen Merkmale auf den ersten Blick gegeben zu sein scheinen. Es handelt sich in der Tat um einen einem Rahmenvertrag unterliegenden entgeltlichen Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen, der schriftlich zwischen einem Wirtschaftsteilnehmer (dem Berater) und einem öffentlichen Auftraggeber (der Agentur) geschlossen wurde. Dies ist nach Ansicht des vorlegenden Gerichts¹¹ insbesondere deshalb der Fall, da die Beratungsdienstleistungen zwar dem Landwirt zugutekommen, der sie erhält, aber auch der Agentur, die diese bezahlt und in deren Namen sie im Rahmen ihrer Verwaltungszuständigkeiten erbracht werden.

37. Es darf jedoch nicht vergessen werden, dass für den Gerichtshof „[d]ie Auswahl eines Angebots und somit eines Auftragnehmers ... ein Element [darstellt], das mit dem durch diese Richtlinie geschaffenen Rahmen für öffentliche Aufträge und folglich mit dem Begriff ‚öffentlicher‘ Auftrag im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie untrennbar verbunden ist“¹².

38. Dieser im Urteil Falk verfolgte Ansatz scheint mir nicht übermäßig restriktiv zu sein. Damit soll aufgezeigt werden, dass es in den der Richtlinie 2004/18 unterliegenden öffentlichen Aufträgen letztlich einen endgültigen Zuschlagsempfänger geben muss, dem gegenüber den restlichen Bietern aufgrund der Qualitäten seines Angebots der Vorzug gegeben wird. Dieses Schlüsselement gilt für „jeden ... Auftrag, jede Rahmenvereinbarung und jede Einrichtung eines dynamischen Beschaffungssystems“, über den bzw. die „die öffentlichen Auftraggeber ... einen Vergabevermerk anfertigen, der *den Namen des erfolgreichen Bieters und die Gründe für die Auswahl seines Angebots umfasst*“ (Art. 43 Abs. 1 Buchst. e der Richtlinie 2004/18, Hervorhebung nur hier)¹³.

39. Meines Erachtens können in dem in Rede stehenden Verfahren keine *Zuschlags- oder Vergabekriterien* für Verträge über Beratungsdienstleistungen identifiziert werden, sondern lediglich *Auswahlkriterien* für Wirtschaftsteilnehmer, die für das Anbieten dieser Dienstleistungen geeignet sind.

40. Wie Generalanwalt Wathelet in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Ambisig¹⁴ ausführte, muss der Gerichtshof zwei Arten von Kriterien unterscheiden. Die „Prüfung der fachlichen Eignung der Bieter zur Ausführung der zu vergebenden Aufträge“ auf der einen und der „Zuschlag für den Auftrag“ als solcher auf der anderen Seite sind verschiedene Vorgänge. „Während die Auswahl eines Bieters dessen persönliche Lage und seine jeweilige Eignung zur Ausübung der fraglichen Berufstätigkeit betrifft, wird der Zuschlag dem Bieter erteilt, der das aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers wirtschaftlich günstigste Angebot abgegeben hat (Art. 53 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2004/18) oder der den niedrigsten Preis bietet (Art. 53 Abs. 1 Buchst. b) dieser Richtlinie.“

¹⁰ Rn. 27 und 28 der schriftlichen Erklärungen der Kommission.

¹¹ Rn. 56 der Vorlageentscheidung: „kann davon ausgegangen werden, dass die Leistung, die sich auf die Erbringung der fraglichen Dienstleistungen bezieht, der [Agentur] unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt“.

¹² Urteil Falk Pharma, Rn. 38.

¹³ Ebd. (Rn. 39).

¹⁴ C-601/13, EU:C:2014:2474, Nrn. 17 und 19.

41. Mit anderen Worten, während mit den *Auswahlkriterien* die *Bieter* je nach ihrer Eignung bewertet werden sollen, zielen die *Zuschlagskriterien* darauf ab, das unter den von verschiedenen Bietern abgegebenen Angeboten günstigste *Angebot* zu ermitteln und zu wählen. Da die „Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens für den Wettbewerb“¹⁵ erreicht werden soll, müssen die Wirtschaftsteilnehmer als Rivalen zueinander in Wettbewerb treten, um den Auftrag über die Dienstleistungserbringung zu erhalten.

42. Aus dieser Perspektive ist meines Erachtens die Aussage des vorlegenden Gerichts entscheidend, wonach „[i]n der Ausschreibung ... keine Vergabekriterien festgelegt sind, auf deren Grundlage die Angebote untereinander verglichen worden wären, und die [Agentur] ... die Angebote nicht nach Punkten bewertet oder verglichen hat“, sondern „[a]lle Anbieter, die die Anforderungen der Ausschreibung u. a. in Bezug auf Ausbildung und Berufserfahrung erfüllen, ... in die Rahmenvereinbarung zugelassen [wurden], sofern sie die in der Ausschreibung näher beschriebene Prüfung bestanden haben“¹⁶.

43. Die finnische Regierung macht geltend, dass die Zulassungskriterien dem Verfahren einen echten Auswahlcharakter verliehen. Zum einen habe der Umstand, dass sie im Voraus veröffentlicht worden seien, interessierte Personen, die gedacht hätten, dass sie diese nicht erfüllten, davon abgehalten, ein Angebot einzureichen. Zum anderen seien die Bedingungen so streng gewesen, dass nicht alle sie hätten erfüllen können, so dass das Verfahren in Wirklichkeit auf eine „ausgewählte Gruppe“ beschränkt gewesen sei¹⁷. Der Auswahlcharakter des Verfahrens erfordere, dass die Festlegung der Kriterien, die diese Eigenschaft verliehen, nicht auf diskriminierende Weise erfolge, was zur Anwendung der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen führte.

44. Ohne Zweifel impliziert der Umstand, dass einige Bedingungen im Hinblick auf Qualifikation und fachliche Leistung existieren, um zu dem beanstandeten System Zutritt zu erlangen, einen gewissen Auswahlmechanismus. Allerdings ist der im Hinblick auf die der Richtlinie 2004/18 unterliegenden Aufträge wesentliche Gesichtspunkt nicht die Feststellung der Eignung der Bieter, die Beratungsdienstleistung zu erbringen (Auswahlkriterium). Entscheidend sind vielmehr die Unterschiede zwischen den Angeboten der Bieter, sobald ihre Eignung einmal festgestellt worden ist, wenn es darum geht, am Ende den- oder diejenigen zu wählen, an den oder die diese Leistung vergeben wird (Zuschlagskriterium).

45. Die auf der sachlichen Eignung beruhenden Anforderungen für den Zugang zum System der landwirtschaftlichen Beratung (zu denen das erfolgreiche Ablegen einer Prüfung zählt) ermöglichen es in der Tat, die Bewerber unter Bezugnahme auf einen zuvor festgelegten Mindestwert auszuwählen. Aber die für den Begriff des öffentlichen Auftrags der Richtlinie 2004/18 maßgebliche Auswahl ist diejenige, die sich aus den Unterschieden zwischen den jeweiligen Befähigungen und fachlichen Leistungen der Angebote der verschiedenen Bewerber ergibt. Mit anderen Worten, der entscheidende Gesichtspunkt ist der endgültige *Zuschlag*, vergleichend oder aufgrund von Unterschieden, für das beste Angebot, nicht die anfängliche *Auswahl* im Hinblick auf einen Mindestwert, dessen Überschreiten keinen Wettbewerb zwischen den Bewerbern impliziert.

46. Das vorlegende Gericht nimmt Bezug auf die Rechtssache *Ambisig*¹⁸, in der ausgeführt wurde, dass die Befähigung und die Erfahrung der Mitglieder eines Teams, das die Durchführung eines Auftrags über die Erbringung von Fortbildungs- und Beratungsdienstleistungen anstrebt, „für die Bewertung der beruflichen Qualität dieses Teams ausschlaggebend“ ist und dass „[d]iese Qualität ... ein

15 Zweiter Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/18.

16 Vorlageentscheidung, Rn. 59.

17 Rn. 38 der schriftlichen Erklärungen der finnischen Regierung. Darin hebt sie hervor, dass von insgesamt 163 Angeboten 140 vorläufig und 138 endgültig zugelassen worden seien, was 85 % der Bewerbungen entspreche.

18 Urteil vom 26. März 2015 (C-601/13, EU:C:2015:204).

wesentliches Merkmal des Angebots sein und mit dem Auftragsgegenstand im Sinne von Art. 53 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 zusammenhängen [kann]¹⁹, so dass „diese Qualität als Zuschlagskriterium in der betreffenden Ausschreibungsbekanntmachung oder in den betreffenden Verdingungsunterlagen aufgeführt werden [kann]²⁰.

47. Gleichwohl führte der Gerichtshof dies in einem Kontext aus, in dem der öffentliche Auftraggeber einen der konkurrierenden Bieter wählte und einen anderen ausschloss und dabei gerade die Qualität der jeweiligen Teams als Kriterium heranzog.

48. Im vorliegenden Fall hingegen versichert das vorlegende Gericht, dass die Agentur weder die Anzahl der möglichen Dienstleistungserbringer von Anfang an begrenzte²¹ noch die Angebote miteinander verglich oder eines oder mehrere Angebote unter Ausschluss der übrigen endgültig auswählte und sich dabei auf eine vergleichende Bewertung ihrer jeweiligen Inhalte stützte²².

49. Wir sehen uns folglich einem Fall gegenüber, in dem die Rechtsprechung der Rechtssache Falk Pharma Anwendung findet, wonach in dem Fall, dass „eine öffentliche Einrichtung [anstrebt], mit allen Wirtschaftsteilnehmern, die die betreffenden Waren zu den von ihr vorgegebenen Bedingungen anbieten wollen, Lieferverträge zu schließen, ... die fehlende Auswahl eines Wirtschaftsteilnehmers, an den ein Auftrag mit Ausschließlichkeit vergeben wird, zur Folge [hat], dass das Tätigwerden dieses öffentlichen Auftraggebers nicht den präzisen Regeln der Richtlinie 2004/18 unterworfen werden muss, um zu verhindern, dass er bei der Auftragsvergabe inländische Wirtschaftsteilnehmer bevorzugt“²³.

50. Zwischen der finnischen Regierung²⁴ und dem vorlegenden Gericht besteht Einigkeit darüber, dass die eben von mir angeführte Rechtsprechung für die vorliegende Rechtssache relevant ist. Ihr einziger Zweifel, der im Fall des Korkein hallinto-oikeus (Oberstes Verwaltungsgericht) offenbar den Anlass für das Vorabentscheidungsersuchen bildet²⁵, gründet darauf, dass anders als in der Rechtssache, in der das Urteil Falk Pharma erging, das von der Agentur eingerichtete System nicht während seiner ganzen Laufzeit durchgängig allen interessierten Wirtschaftsteilnehmern offensteht.

51. Es trifft zu, dass gerade durch die Beschränkung des Vergabesystems während seiner Laufzeit auf die anfänglich von der Agentur zugelassenen Wirtschaftsteilnehmer (was den späteren Zugang neuer Berater verhindert) eine gewisse zahlenmäßige Begrenzung vorgenommen wird. Dies betrifft jedoch nur die bloße und enge zeitliche Begrenzung des Systems von Beihilfen für die Beratung, die parallel zu derjenigen des Entwicklungsprogramms für den ländlichen Raum Festland-Finnlands 2014 bis 2020 verläuft.

19 Ebd. (Rn. 33).

20 Ebd. (Rn. 34).

21 Nach Angaben des vorlegenden Gerichts erklärte die Agentur, dass, „eine möglichst große Gruppe von Dienstleistungsanbietern benötigt [werde], um sicherzustellen, dass die Dienstleistungsempfänger die von ihnen benötigte Dienstleistung erhielten“ (Rn. 50 der Vorlageentscheidung).

22 Darüber hinaus ist die *endgültige* Wahl des Dienstleisters in jedem Fall nicht einmal Sache der Agentur, sondern der Landwirte, die auf das Beratungssystem zurückgreifen. Letztere können den Berater wählen, der ihren Beratungsbedarf am besten erfüllt, auch wenn zunächst die Berater zur Wahl stehen, die ihre Dienste im näheren Umkreis anbieten. In begründeten Fällen können aber auch andere Berater in Anspruch genommen werden. Vgl. in diesem Sinne Rn. 14 der Vorlageentscheidung.

23 Wie der Gerichtshof in Rn. 35 desselben Urteils ausführte, „[besteht] der Zweck der Richtlinie 2004/18 darin ..., die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber auszuschließen“. Eine Gefahr, die, wie er weiter (Rn. 36) ausführte, „jedoch eng mit der Auswahl verbunden [ist], die der öffentliche Auftraggeber unter den zulässigen Angeboten vorzunehmen beabsichtigt, sowie mit der Ausschließlichkeit, die sich für den Wirtschaftsteilnehmer, dessen Angebot angenommen wurde, oder – im Fall einer Rahmenvereinbarung – für die Wirtschaftsteilnehmer, deren Angebote angenommen wurden, aus dem erteilten Zuschlag ergibt, was Sinn und Zweck eines öffentlichen Vergabeverfahrens ist“.

24 Nach Ansicht der finnischen Regierung unterscheidet dieser Gesichtspunkt das Verfahren von einer bloßen Genehmigungsregelung und rückt es in die Nähe des Status eines „öffentlichen Auftrags“ im Sinne der Richtlinie 2004/18.

25 Der Zweifel liegt für das vorlegende Gericht darin, „ob aus seiner ... Eigenschaft, dass es anderen Wirtschaftsteilnehmern nicht offensteht, folgt, dass es sich um einen „öffentlichen Auftrag“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Vergaberichtlinie handeln kann“ (Rn. 63 der Vorlageentscheidung).

52. Darüber hinaus war die Bezugnahme des Gerichtshofs im Urteil Falk Pharma darauf, dass das Vergabesystem durchgängig neuen Bietern offenstand, meines Erachtens nicht die tragende Begründung dieses Urteils, sondern eine ergänzende Erwägung. Entscheidend war damals, dass der öffentliche Auftraggeber den Auftrag nicht exklusiv an einen der Bieter vergeben hatte²⁶.

53. Im vorliegenden Fall gab es – ebenso wie in der Rechtssache Falk Pharma – kein wirkliches Wettbewerbselement zwischen den Bietern, um zu beurteilen, welches ihrer Angebote das beste Angebot darstellt, und gleichzeitig die übrigen abzulehnen.

54. Außerdem wird dieses wesentliche Element, wie der Gerichtshof in demselben Urteil ausführte²⁷, nunmehr ausdrücklich im Begriff der Auftragsvergabe der Richtlinie 2014/24 erwähnt, deren Unanwendbarkeit auf den vorliegenden Fall in zeitlicher Hinsicht ihrer Nennung nicht entgegensteht, und sei es nur, weil sie den gesetzgeberischen Willen widerspiegelt, ein Merkmal öffentlicher Aufträge ausdrücklich zu nennen, das ihnen nach der Auffassung des Gerichtshofs wesensimmanent ist²⁸.

55. Die positive und negative Relevanz dieses Gesichtspunkts wird im vierten Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24 verdeutlicht, wonach Fälle, in denen alle Wirtschaftsteilnehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, zur Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe – ohne irgendeine Selektivität – berechtigt sind, „nicht als Auftragsvergabe verstanden werden [sollten]“.

VI. Ergebnis

56. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, dem Korkein hallinto-oikeus (Oberstes Verwaltungsgericht, Finnland) wie folgt zu antworten:

Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge ist dahin auszulegen, dass ein System zur Auswahl von Erbringern von landwirtschaftlichen Beratungsdienstleistungen wie das im Ausgangsverfahren in Rede stehende, durch das eine öffentliche Einrichtung alle Wirtschaftsteilnehmer, die die Eignungsvoraussetzungen erfüllen und eine Prüfung bestehen, akzeptiert, ohne die Erbringung der Dienstleistung im Wettbewerb exklusiv an einen oder mehrere dieser Berater zu vergeben, keinen öffentlichen Auftrag im Sinne dieser Richtlinie darstellt. Dass das System eine begrenzte zeitliche Laufzeit hat, während der ihm keine neuen Wirtschaftsteilnehmer beitreten können, ist hierbei ohne Belang.

²⁶ Urteil Falk Pharma (Rn. 38).

²⁷ Ebd. (Rn. 40).

²⁸ Nach Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24 bezeichnet „Auftragsvergabe ... den im Wege eines öffentlichen Auftrags erfolgenden Erwerb von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen durch einen oder mehrere öffentliche Auftraggeber von Wirtschaftsteilnehmern, die von diesen öffentlichen Auftraggebern *ausgewählt* werden, unabhängig davon, ob diese Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen für einen öffentlichen Zweck bestimmt sind oder nicht“. Hervorhebung nur hier.