

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS  
NIAL FENNELLY  
vom 2. April 1998 \*

**I — Einführung**

1. In dieser Rechtssache geht es um die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags für die Beförderung von Personen mit oder ohne medizinische Betreuung zu und von Krankenhäusern und medizinischen Zentren. Insbesondere stellt sich die Frage, welche Instanzen für die Nachprüfung solcher Verträge zuständig sind und welche Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen, wenn die einschlägigen Gemeinschaftsrichtlinien nicht rechtzeitig umgesetzt worden sind, wie die fraglichen Dienstleistungen einzuordnen sind und welches Auftragsvergabeverfahren demgemäß befolgt werden sollte, ob den Rechtsvorschriften für diese Verfahren unmittelbare Wirkung zukommt und welche Auswirkung die Umsetzung der anwendbaren Richtlinie auf bereits geschlossene Verträge hat.

**II — Rechtlicher und tatsächlicher Kontext**

**A — Gemeinschaftsrecht**

2. Artikel 1 der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordi-

nierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge<sup>1</sup> (im folgenden: Nachprüfungsrichtlinie) in der geänderten Fassung 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.“<sup>2</sup>

1 — ABl. L 395, S. 33.

2 — Diese geänderte Fassung wurde durch Artikel 41 der nachstehend zitierten Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge eingefügt. Die ursprüngliche Fassung bezog sich nur auf Auftragsvergabeverfahren, die unter die nachstehend zitierten Richtlinien 71/305/EWG und 77/62/EWG des Rates fallen.

\* Originalsprache: Englisch.

(2) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, daß die in dieser Richtlinie getroffene Unterscheidung zwischen einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung des Gemeinschaftsrechts und den übrigen innerstaatlichen Bestimmungen nicht zu Diskriminierungen zwischen Unternehmen führt, die im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags einen Schaden geltend machen könnten.“

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, Schadensersatz zuerkannt werden kann.

Artikel 2 der Nachprüfungsrichtlinie sieht, soweit relevant, folgendes vor:

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

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

...

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;

(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.

b) damit die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen, einschließlich der Streichung diskriminierender technischer,

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.

von den einzelnen Mitgliedstaaten jeweils zu bestimmenden Weise rechtsverbindlich.“

(7) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, daß die Entscheidungen der für Nachprüfungsverfahren zuständigen Instanzen wirksam durchgesetzt werden können.

(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 177 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

3. Die Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge<sup>3</sup> (im folgenden: Dienstleistungsrichtlinie) führt für bestimmte Arten öffentlicher Dienstleistungsaufträge Vergabeverfahren ein. Die siebte Begründungserwägung der Dienstleistungsrichtlinie sieht vor:

„Der Dienstleistungsbereich läßt sich für die Anwendung von Vergabevorschriften und zur Beobachtung am besten durch eine Unterteilung in Kategorien in Anlehnung an bestimmte Positionen einer gemeinsamen Nomenklatur beschreiben. Die Anhänge IA und IB dieser Richtlinie enthalten Bezugnahmen auf die CPC-Nomenklatur der Vereinten Nationen. Diese Nomenklatur könnte in der Zukunft durch eine Nomenklatur der Gemeinschaft ersetzt werden. Es ist deshalb die Möglichkeit vorzusehen, die in den Anhängen IA und IB genannte CPC-Nomenklatur entsprechend anzupassen.“

3 — ABl. L 209, S. 1.

4. In der 21. Begründungserwägung der Dienstleistungsrichtlinie heißt es, soweit vorliegend von Bedeutung:

vergeben werden. Artikel 3 Absatz 1 sieht insbesondere vor:

„Die volle Anwendung dieser Richtlinie muß für eine Übergangszeit auf die Vergabe von Aufträgen für solche Dienstleistungen beschränkt werden, bezüglich deren ihre Vorschriften dazu beitragen, das Potential für mehr grenzüberschreitende Geschäfte voll auszunutzen. Aufträge für andere Dienstleistungen müssen für eine gewisse Zeit beobachtet werden, bevor die volle Anwendung dieser Richtlinie beschlossen werden kann.“

„Die Auftraggeber wenden bei der Vergabe ihrer öffentlichen Dienstleistungsaufträge und bei der Durchführung von Wettbewerben Verfahren an, die den Bestimmungen dieser Richtlinie angepaßt sind.“

5. Artikel 1 der Dienstleistungsrichtlinie definiert eine Reihe von Begriffen, die in der Richtlinie verwendet werden. Artikel 2 regelt den Anwendungsbereich der Richtlinie gegenüber dem der Richtlinie 77/62/EWG des Rates vom 21. Dezember 1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge<sup>4</sup>. Artikel 3 der Dienstleistungsrichtlinie regelt die diskriminierungsfreie Anwendung der Richtlinienbestimmungen bei der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, bei Wettbewerben und bei zu mehr als 50 v. H. öffentlich subventionierten Dienstleistungsaufträgen, die in Verbindung mit Bauaufträgen im Sinne von Artikel 1a Absatz 2 der Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge<sup>5</sup>

In den Artikel 4 bis 6 der Dienstleistungsrichtlinie ist geregelt, daß die Richtlinie in ganz bestimmten Ausnahmefällen nicht gilt. Artikel 7 bestimmt, daß die Dienstleistungsrichtlinie für öffentliche Dienstleistungsaufträge gilt, deren geschätzter Wert ohne Mehrwertsteuer 200 000 ECU oder mehr beträgt, und nennt die Methoden, mit denen der Auftragswert zu ermitteln ist.

6. Nach Artikel 8 der Dienstleistungsrichtlinie sind bei Aufträgen, deren Gegenstand Dienstleistungen des Anhangs IA dieser Richtlinie sind, die in den Abschnitten III bis VI im einzelnen geregelten Vergabeverfahren einzuhalten. Artikel 9 bestimmt, daß Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen des Anhangs IB sind, gemäß den Artikeln 14 und 16 der Dienstleistungsrichtlinie vergeben werden, die sich nur auf technische Spezifikationen und die Bekanntmachung der Ergebnisse von Vergabeverfahren beziehen. Das Verfahren für Aufträge, deren Gegenstand unter beide Anhänge fällt, wird in

4 — ABl. 1977, L 13, S. 1.

5 — ABl. L 185, S. 5.

Artikel 10 dieser Richtlinie wie folgt geregelt:

„Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen des Anhangs IA und des Anhangs IB sind, werden nach den Vorschriften der Abschnitte III bis VI vergeben, wenn der Wert der Dienstleistungen des Anhangs IA größer ist als derjenige der Dienstleistungen des Anhangs IB. Ist dies nicht der Fall, so werden sie gemäß den Artikeln 14 und 16 vergeben.“

7. Abschnitt III der Dienstleistungsrichtlinie regelt die Wahl der Vergabeverfahren und die Durchführung von Wettbewerben. Abschnitt IV betrifft technische Spezifikationen für öffentliche Dienstleistungsaufträge. Abschnitt V enthält gemeinsame Bekanntmachungsvorschriften. Abschnitt VI ist unterteilt in drei Kapitel mit gemeinsamen Bestimmungen über die Teilnahme von Dienstleistungserbringern an Auftragsvergabeverfahren, Eignungskriterien und Zuschlagskriterien.

8. Anhang IA der Dienstleistungsrichtlinie verzeichnet Dienstleistungen im Sinne von Artikel 8. Er enthält in Kategorie 2 „Landverkehr einschl. Geldtransport und Kurierdienste, ohne Postverkehr“, mit den CPC-Referenz-Nummern 712 (außer 71235), 7512, 87304. Anhang IB führt Dienstleistungen im Sinne von Artikel 9 der Richtlinie auf und

enthält die Kategorie 25 „Gesundheits-, Veterinär- und Sozialwesen“. Deren CPC-Referenz-Nummer 93 ist aus der dritten Spalte des Anhangs ersichtlich.

9. Die CPC-Referenz-Nummer 712 ist ein Unterkapitel des Kapitels 71 („Land transport services“) und trägt den Titel „Other land transport services“<sup>6</sup>. Unterkapitel 712 enthält die „Non-scheduled passenger transportation“ (7122), die weiter unterteilt ist in „Taxi services“ (71221), „Rental services of passenger cars with operator“ (71222), „Rental services of buses and coaches with operator“ (71223), „Passenger transportation by man-or animal-drawn vehicles“ (71224) und „Other non-scheduled passenger transportation n. e. c.“<sup>7</sup> (71229). In Kapitel 93 der CPC („Health and Social Services“) enthält Unterkapitel 931 („Human health services“) „Other human health services“ (9319), darunter „Ambulance services“ (93192), die sodann wie folgt näher beschrieben werden: „[g]eneral and specialized medical services delivered in the ambulance“.

10. Die fünfte Begründungserwägung der Verordnung (EWG) Nr. 3696/93 des Rates vom 29. Oktober 1993 betreffend die statistische Güterklassifikation in Verbindung mit den Wirtschaftszweigen in der Europäischen

6 — Die CPC-Referenz-Nummern 7512 und 87304 beziehen sich auf Geldtransporte und Kurierdienste.

7 — Aus den vom Statistischen Amt der Vereinten Nationen herausgegebenen „explanatory notes“ zur CPC ergibt sich, daß die Abkürzung „n. e. c.“ für „not elsewhere classified“ steht.

Wirtschaftsgemeinschaft<sup>8</sup> (im folgenden: CPA-Verordnung) lautet wie folgt:

„Im Hinblick auf die internationale Vergleichbarkeit der Wirtschaftsstatistiken müssen die Mitgliedstaaten und die Gemeinschaftsorgane wirtschaftszweigbezogene Güterklassifikationen verwenden, die unmittelbar mit der Zentralen Gütersystematik (CPC) der Vereinten Nationen verbunden sind.“

Artikel 1 Absatz 1 der CPA-Verordnung bestimmt: „Ziel dieser Verordnung ist es, eine Güterklassifikation in Verbindung mit den Wirtschaftszweigen in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft einzuführen, um die Vergleichbarkeit zwischen den nationalen und den gemeinschaftlichen Klassifikationen und damit zwischen den nationalen und den gemeinschaftlichen Statistiken zu gewährleisten.“<sup>9</sup> Artikel 1 Absatz 3 sieht vor: „Diese Verordnung gilt ausschließlich für die Verwendung der genannten Klassifikation zu statistischen Zwecken.“ In Artikel 3 Absatz 1 der CPA-Verordnung heißt es, soweit hier relevant, daß „[d]ie Dienststellen der Kommission und die Mitgliedstaaten ... die CPA als Güterklassifikation [einsetzen]“.

11. Die CPA enthält eine Abteilung 60, „Dienstleistungen des Landverkehrs ...“, und eine Abteilung 85, „Dienstleistungen des

Gesundheits-, Veterinär- und Sozialwesens“. Auch wenn die einzelnen Gruppen, Klassen und Kategorien nicht in genau der gleichen Weise unterteilt sind wie in der CPC<sup>10</sup>, haben sie doch im wesentlichen die gleiche Ordnung und den gleichen Inhalt. Für die CPA-Unterkategorien 60.23.14, „Dienstleistungen im Rahmen sonstiger Personenbeförderung im Gelegenheitsverkehr, a. n. g.“, und 85.14.14, „Dienstleistungen beim Krankentransport und Rettungsdienst“, sind als Entsprechung die CPC-Referenz-Nummern 71229 und 93192 angegeben.

12. Die Kommission erließ 1996 ein Gemeinsames Vokabular für öffentliche Aufträge (Common Procurement Vocabulary — CPV)<sup>11</sup>. Dem Vorwort zufolge handelt es sich beim Hauptteil des CPV „um eine erweiterte Fassung der CPA-Nomenklatur für öffentliche Aufträge ... Das CPV soll ... letztlich eine harmonisierte Nomenklatur werden, die an die Stelle der verschiedenen Nomenklaturen tritt, die in den Richtlinien über öffentliche Aufträge genannt werden.“ In Abteilung 60 des CPV bezieht sich die Referenz-Nummer 60231400-0 auf „Sonstige Personenbeförderung im Gelegenheitsverkehr, a. n. g.“, während in Abteilung 85 die Referenz-Nummer 85141400-3 „Einsätze von Krankenwagen“ betrifft.

13. In der fünften und der sechsten Begründungserwägung der Empfehlung 96/527/EG der Kommission vom 30. Juli 1996 über die Verwendung des Gemeinsamen Vokabulars

10 — Beispielsweise entsprechen die CPA-Klassen 85.12 „Dienstleistungen von Arztpraxen (ohne Zahnarztpraxen)“ und 85.13 „Dienstleistungen von Zahnarztpraxen“ offenbar der CPC-Referenz-Nummer 9312 „Medical and dental services“, die weiter unterteilt ist in „General medical services“ (93121), „Specialized medical services“ (93122) und „Dental services“ (93123).

11 — ABl. 1996, S 169, S. 2.

8 — ABl. L 342, S. 1.

9 — Artikel 1 Absatz 1 der CPA-Verordnung.

für öffentliche Aufträge (CPV) zur Beschreibung des Auftragsgegenstands<sup>12</sup> (im folgenden: CPV-Empfehlung) heißt es, daß es sich beim CPV um eine Anpassung der CPA-Nomenklatur handelt und daß die CPA-Nomenklatur ihrerseits „... eine enge Verbindung zur Zentralen Gütersystematik der Vereinten Nationen (CPC) [gewährleistet]“<sup>13</sup>. Den öffentlichen Auftraggebern im Sinne der verschiedenen Richtlinien über öffentliche Aufträge<sup>14</sup> wird empfohlen, das CPV bei den Bekanntmachungen öffentlicher Aufträge zu verwenden, die sie dem Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften übermitteln; den Lieferanten, Bauunternehmern und Dienstleistungserbringern sowie ihren Vertretern wird seine Verwendung bei der Beschreibung der Aufträge empfohlen, die für sie von Interesse sind.

## B — Umsetzung in nationales Recht

14. Die Republik Österreich war nach Artikel 65 und Anhang XVI des am 2. Mai 1992 in Porto unterzeichneten Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum verpflichtet, spätestens bis 1. Januar 1994<sup>14</sup> eine Reihe von Gemeinschaftsrechtsakten im Bereich des öffentlichen Auftragswesens einschließlich der Nachprüfungsrichtlinie in der

ursprünglichen Fassung in nationales Recht umzusetzen. Die Nachprüfungsrichtlinie wurde auf Bundesebene durch das Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz — BVergG)<sup>15</sup> umgesetzt, das am 1. Januar 1994 in Kraft trat. Das BVergG führte ein Schlichtungsverfahren vor der Bundes-Vergabekontrollkommission und ein Nachprüfungsverfahren vor dem Bundesvergabeamt ein. Die Nachprüfungsbefugnis des Bundesvergabeamts wurde durch das BVergG nur in bezug auf die Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge begründet.

15. Gemäß Artikel 168 der Akte vom 24. Juni 1994 über die Bedingungen des Beitritts des Königreichs Norwegen, der Republik Österreich, der Republik Finnland und des Königreichs Schweden und die Anpassungen der die Europäische Union begründenden Verträge<sup>16</sup> mußte die Dienstleistungsrichtlinie einschließlich Artikel 41 zur Änderung der Nachprüfungsrichtlinie bis zum Beitrittsdatum, dem 1. Januar 1995, in österreichisches Recht umgesetzt werden<sup>17</sup>. Die Umsetzung erfolgte auf Bundesebene durch eine am 1. Januar 1997 in Kraft getretene Änderung des BVergG<sup>18</sup>, die die Nachprü-

12 — ABl. L 222, S. 10. Die CPV-Empfehlung und das CPV selbst wurden am 3. September 1996 veröffentlicht.

13 — Dienstleistungsrichtlinie; Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. L 199, S. 1); Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 54); Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. L 199, S. 84).

14 — Datum des Inkrafttretens des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum. Dies war ein Jahr nach dem in Artikel 129 Absatz 3 des Abkommens ursprünglich vorgesehenen Zeitpunkt.

15 — *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* (BGBl.) Nr. 462/1993.

16 — ABl. 1994, C 241, S. 21.

17 — Österreich war bereits nach den Artikeln 1 und 3 sowie nach Anhang 14 Buchstabe b Nummer 5b des Beschlusses Nr. 7/94 des Gemeinsamen EWR-Ausschusses vom 21. März 1994 zur Änderung des Protokolls 47 und bestimmter Anhänge des EWR-Abkommens (ABl. L 160, S. 1) verpflichtet, die Dienstleistungsrichtlinie bis zum 1. Juli 1994 in das nationale Recht umzusetzen. Es wird nicht vorgetragen, daß sich die vorliegende Rechtssache auf die Zeit vom 1. Juli 1994 bis 1. Januar 1995 bezieht.

18 — BGBl. Nr. 776/1996.

fungsbefugnis des Bundesvergabebeamts auf die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge erstreckte.

16. Die österreichischen Sozialversicherungsträger sind gesetzlich verpflichtet, im Fall notwendiger Inanspruchnahmen ärztlicher Hilfe von Versicherten oder von deren Angehörigen diesen die Transportkosten zu ersetzen. Dieser Ersatz umfaßt die Transportkosten von Beförderungen im Inland einerseits zur Anstaltspflege in die nächstgelegene geeignete Krankenanstalt bzw. aus dieser Krankenanstalt in die Wohnung des Erkrankten und andererseits zur ambulanten Behandlung zum nächstgelegenen geeigneten Vertragsarzt oder zur nächstgelegenen geeigneten Vertragseinrichtung in Höhe der vertraglich festgelegten Tarife. In der Praxis wird zwischen Krankentransporten mit dem Notarztwagen (unter Begleitung eines Notarztes und eines Sanitäters), Rettungs- und Krankentransporten (unter Begleitung eines Sanitäters) und Ambulanzfahrten (ohne medizinische Betreuung) unterschieden. Die Beziehungen der Träger der Sozialversicherung zu den Transportbetreibern sind durch privatrechtliche Verträge geregelt. Der Arzt wird bei Transporten mit dem Notarztwagen offenbar gesondert zur Verfügung gestellt und bezahlt, so daß seine Anwesenheit und Tätigkeit im Krankenwagen nicht Gegenstand dieser Verträge sind.
17. Die Niederösterreichische Gebietskrankenkasse (im folgenden: Antragsgegnerin) schloß im Jahr 1984 mit dem Österreichischen Roten Kreuz, Landesverband für Niederösterreich, und dem Arbeiter-Samariter-Bund Österreichs Rahmenverträge für die Erbringung von Krankentransporten in allen drei Transportbereichen. Der Rahmenvertrag sieht vor, daß die Tarife durch eine Zusatzvereinbarung festgelegt werden und daß über sie jährlich Verhandlungen stattfinden, die innerhalb von zwei Monaten abzuschließen sind. Der Rahmenvertrag kann von beiden Seiten unter Einhaltung einer Frist von drei Monaten schriftlich zum Ende eines jeden Kalenderjahrs gekündigt werden.
18. Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Wien Umgebung vom 1. Dezember 1992 erhielt Walter Tögel (im folgenden: Antragsteller) die Konzession zur Ausübung des Mietwagengewerbes, eingeschränkt auf Rettungstransporte und Krankentransporte. Die Antragsgegnerin lehnte jedoch sein mehrmaliges Ersuchen um Abschluß eines Direktverrechnungsvertrags für Kranken- und Rettungstransporte mit der Begründung ab, daß durch die beiden bestehenden Verträge die Versorgung ausreichend erfüllt sei. Der Antragsteller stellte am 22. August 1996, also vor der Änderung des BVergG, mit der die Dienstleistungsrichtlinie umgesetzt wurde, beim Bundesvergabeamt einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß § 91 Absatz 2 BVergG. Er beantragte den in Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b der Nachprüfungsrichtlinie vorgesehenen Rechtsschutz mit der Begründung, daß die Streitigkeit eine Dienstleistung im Sinne von Anhang IA der Dienstleistungs-



richtlinie betreffe und daß somit ein offenes Vergabeverfahren durchzuführen sei.

in Verbindung mit der Richtlinie 89/665/EWG beruhenden Rechtsanspruchs eines einzelnen auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens Bestimmungen des nationalen Rechts wie § 91 Absätze 2 und 3 BVergG, welche dem Bundesvergabeamt lediglich eine Nachprüfungskompetenz bei Verstößen gegen das Bundesvergabegesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen zuerkennen, außer acht lassen, da diese die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens nach dem Bundesvergabegesetz für Vergaben von Dienstleistungsaufträgen verhindern, und ein Nachprüfungsverfahren nach dem vierten Teil des Bundesvergabegesetzes durchführen?

19. Das Bundesvergabeamt hat das Verfahren ausgesetzt und folgende Fragen zur Vorabentscheidung nach Artikel 177 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vorgelegt:

1. Läßt sich aus Artikel 1 Absätze 1 und 2 sowie aus Artikel 2 Absatz 1 oder aus anderen Bestimmungen der Richtlinie 89/665/EWG des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge ein individueller Anspruch auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens vor Behörden oder Gerichten, die den Bestimmungen des Artikels 2 Absatz 8 der Richtlinie 89/665/EWG entsprechen, ableiten, der so hinreichend bestimmt und konkret ist, daß ein einzelner im Falle der Nichtumsetzung der gegenständlichen Richtlinie durch den Mitgliedstaat dem Mitgliedstaat diesen Rechtsanspruch in einem Verfahren mit Erfolg entgegenhalten kann?

2. Muß ein innerstaatliches Gericht mit den Qualifikationen des Bundesvergabeamtes bei der Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens unter Annahme eines auf Artikel 41 der Richtlinie 92/50/EWG

3 a) Sind die im Sachverhalt genannten Leistungen (unter Bedachtnahme auf Artikel 10 der Richtlinie 92/50/EWG) als Dienstleistungen des Anhangs IA der Richtlinie 92/50/EWG, Kategorie 2 (Landverkehr), einzustufen und Aufträge, deren Gegenstand solche Leistungen sind, somit nach den Vorschriften der Abschnitte III und IV der Richtlinie zu vergeben, oder sind sie als Dienstleistungen des Anhangs IB der Richtlinie 92/50/EWG (Gesundheitswesen) einzustufen und Aufträge, deren Gegenstand solche Leistungen sind, somit gemäß den Artikeln 13 und 14 zu vergeben beziehungsweise unterliegen die genannten Leistungen überhaupt nicht dem Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50/EWG?

3 b) Erfüllen die Bestimmungen der Artikel 1 bis 7 der Richtlinie 92/50/EWG die in der Rechtssache 41/74, Van Duyn, Randnummer 12, normierten Voraussetzungen zur unmittelbaren Anwendung einer gemeinschaftsrechtlichen Richtlinie, sodaß Dienstleistungen des Anhangs IB der Richtlinie im Rahmen des darin genannten Verfahrens zu vergeben sind, bzw. sind die für die im Anhang IA genannten Dienstleistungen relevanten Bestimmungen der Richtlinie geeignet, die in der oben angeführten Rechtssache normierten Voraussetzungen zu erfüllen?

4. Ergibt sich aus Artikel 5 oder anderen Bestimmungen des EG-Vertrags bzw. aus der Richtlinie 92/50/EWG eine Verpflichtung des Staates, in bestehende, auf unbestimmte Zeit oder für mehrere Jahre und nicht entsprechend der genannten Richtlinie abgeschlossene Rechtsverhältnisse einzugreifen?

20. Die Antragsgegnerin, die Republik Österreich und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften haben schriftliche und mündliche Erklärungen abgegeben. Mündliche Erklärungen sind außerdem vom Antragsteller und von der Französischen Republik abgegeben worden.

### III — Rechtliche Würdigung

#### A — *Zuständigkeit*

21. Als erstes möchte ich bemerken, daß das Bundesvergabeamt meiner Meinung nach ein „Gericht eines Mitgliedstaats“ im Sinne von Artikel 177 des Vertrages ist. Ich schließe mich insoweit in vollem Umfang den Ausführungen des Generalanwalts Léger in der Rechtssache Mannesmann Anlagenbau Austria u. a.<sup>19</sup> an. Außerdem hat der Gerichtshof diese Ausführungen offenbar stillschweigend gebilligt, da er in seinem Urteil die vom Bundesvergabeamt in jener Rechtssache vorgelegten Fragen geprüft hat, ohne zuvor deren Zulässigkeit zu prüfen<sup>20</sup>.

#### B — *Erste und zweite Frage*

22. Die Dienstleistungsrichtlinie enthält die materiellen Bestimmungen sowohl über die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge als auch über die Erstreckung der in der Nachprüfungsrichtlinie geregelten Nachprüfungsverfahren auf den Dienstleistungsbereich. Es ist unstrittig, daß die Dienstleistungsrichtlinie in Österreich an dem Tag, an

<sup>19</sup> — Rechtssache C-44/96 (Slg. 1998, I-73; Schlußanträge vom 16. September 1997, Nrn. 34 bis 45).

<sup>20</sup> — Urteil vom 15. Januar 1998.

dem der Antragsteller die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b der Nachprüfungsrichtlinie beantragt hat, also am 22. August 1996, hätte umgesetzt sein sollen, aber dies nicht war. Mit der ersten und der zweiten Frage möchte das vorliegende Gericht wissen, ob ein unmittelbar wirksamer Anspruch auf Durchführung eines behördlichen oder gerichtlichen Nachprüfungsverfahrens gemäß Artikel 2 Absatz 8 der Nachprüfungsrichtlinie besteht, den der einzelne geltend machen kann, um hinsichtlich der Vergabe eines Dienstleistungsauftrags ein solches Verfahren vor dem Bundesvergabeamt zu erwirken, obwohl diese Einrichtung nach dem BVergG nur für Bau- und Lieferverträge zuständig ist.

23. Unter im wesentlichen gleichen Umständen hatte der deutsche Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes in der Rechtsache Dorsch Consult<sup>21</sup> die Frage vorgelegt, ob Instanzen, die von den Mitgliedstaaten nach der Nachprüfungsrichtlinie nur zur Nachprüfung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bau- und Lieferaufträge eingerichtet worden sind, aufgrund von Artikel 41 der Dienstleistungsrichtlinie befugt seien, auch die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge nachzuprüfen. Der Gerichtshof hat geantwortet, daß sich dies aus Artikel 41 der Dienstleistungsrichtlinie nicht ergebe<sup>22</sup>. Es sei Sache der Rechtsordnung jedes Mitgliedstaats, zu bestimmen, welches Gericht für die Entscheidung von

Rechtsstreitigkeiten zuständig sei, in denen es um individuelle, auf dem Gemeinschaftsrecht beruhende Rechte gehe. Die Mitgliedstaaten seien für den wirksamen Schutz dieser Rechte in jedem Einzelfall verantwortlich. Im übrigen wirke der Gerichtshof nicht bei der Lösung von Zuständigkeitsfragen mit<sup>23</sup>. Artikel 41 der Dienstleistungsrichtlinie verpflichte die Mitgliedstaaten zwar zur Sicherung einer wirksamen Nachprüfung auf dem Gebiet der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, „er gibt jedoch nicht an, welche nationalen Instanzen zuständig sein müssen oder daß es sich dabei um dieselben Instanzen handeln muß, die die Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Vergabe öffentlicher Bau- und Lieferaufträge bestimmt haben“<sup>24</sup>.

24. Diese Schlußfolgerung schloß die Möglichkeit aus, daß sich aus Artikel 41 der Dienstleistungsrichtlinie ein unmittelbar wirksamer Anspruch auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens vor dem Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes ergibt, da es an einem wesentlichen Element fehlte, nämlich an einer bestimmbar Person oder Einrichtung, die zur Durchführung der fraglichen Nachprüfungsverfahren verpflichtet ist<sup>25</sup>. Damit wird implizit das von Österreich anfänglich vorgebrachte (im Licht des Urteils Dorsch Consult aber in der mündlichen Verhandlung nicht aufgegriffene) Argument widerlegt, daß im Fall einer teilweisen Umsetzung der Nachprüfungsrichtlinie durch Einrichtung einer Instanz zur Nachprüfung von Bau- und Lieferaufträgen, wie dies beim Bundesvergabeamt der Fall sei,

21 — Urteil vom 17. September 1997 in der Rechtssache C-54/96 (Slg. 1997, I-4961).

22 — Randnr. 46. Wie sich aus Fußnote 2 ergibt, wird durch Artikel 41 der Umfang der Verpflichtung der Mitgliedstaaten darauf ausgedehnt, auf dem Gebiet der Dienstleistungen Nachprüfungsmechanismen einzurichten.

23 — Randnr. 40. Der Gerichtshof hat das Urteil in der Rechtsache C-446/93 (SEIM, Slg. 1996, I-73, Randnr. 32) zitiert. Vgl. auch Urteile in der Rechtssache 13/68 (Salgoil, Slg. 1968, 679, 693) und in der Rechtssache 179/84 (Bozzetti, Slg. 1985, 2301, Randnr. 17).

24 — Randnr. 41.

25 — Vgl. Urteil in den verbundenen Rechtssachen C-6/90 und C-9/90 (Francovich u. a., Slg. 1991, I-5357, Randnrn. 12 und 23 bis 27).

diese Instanz eine hinreichend enge Beziehung zu dem nicht erfaßten Dienstleistungsbereich aufweise, so daß sich ihre Zuständigkeit nach dem Gemeinschaftsrecht auf diesen Bereich erstrecke. Auf die Behauptung Österreichs, daß die Zuständigkeit des Bundesvergabeamts eine bestimmte „Nähe“ zu der in der Richtlinie vorgesehenen Zuständigkeit aufweise, hat die Antragsgegnerin bestritten, daß es im österreichischen Recht einen solchen Begriff gebe, und meiner Meinung nach zutreffend bemerkt, daß der Klarheitsgrad einer Richtlinie für die Frage, ob sie bei Fehlen einer vollständigen Umsetzung unmittelbare Wirkung hat, nicht unter Verweisung auf den Inhalt nationaler Rechtsvorschriften beurteilt werden kann, der von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlich sein wird.

25. Die vorliegende Rechtssache unterscheidet sich meiner Ansicht nach völlig von einer Situation, wie sie in der Rechtssache *Factortame u. a.*<sup>26</sup> gegeben war, die das Bundesvergabeamt in seinem Vorlagebeschluss erwähnt hat. In jener Rechtssache hat der Gerichtshof vom vorlegenden Gericht verlangt, eine nationale Vorschrift unangewendet zu lassen, die unter bestimmten Umständen die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes ausschließt, der für die volle Wirksamkeit von aus dem Gemeinschaftsrecht hergeleiteten Rechten als unbedingt erforderlich angesehen wurde. Es war jedoch klar, daß das vorlegende Gericht, das House of Lords, für die Hauptsache zuständig und mit dieser ordnungsgemäß befaßt war<sup>27</sup>. Ich kann dem Vorbringen des Antragstellers nicht beipflichten, daß nach dem Gemeinschaftsrecht alle nationalen Gerichte zuständig seien, sämtliche unmittelbar geltenden Bestimmungen des Gemeinschafts-

rechts anzuwenden, sofern keine Vorschrift des nationalen Rechts eine solche Zuständigkeit ausdrücklich ausschließe<sup>28</sup>. Wie Generalanwalt Tesouro in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache *Dorsch Consult* ausgeführt hat, würde dies „einen Eingriff in den Zuständigkeitsbereich des nationalen Gesetzgebers darstellen“<sup>29</sup>.

26. Der Gerichtshof hat jedoch im Urteil *Dorsch Consult* auf die „allen Trägern öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten, und zwar *im Rahmen ihrer Zuständigkeiten* auch den Gerichten“ obliegende Pflicht hingewiesen, alle geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um das mit einer Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen; daraus folgt die Verpflichtung des Gerichts, seine Auslegung des nationalen Rechts soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten<sup>30</sup>. Das nationale Gericht hat daher zu „prüfen, ob dem einzelnen aufgrund der einschlägigen Vorschriften des *nationalen Rechts* ein Anspruch auf Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge zuerkannt werden kann ... [und] insbesondere ..., ob dieser Anspruch auf Nachprüfung vor denselben Instanzen geltend

28 — § 7 Absatz 2 BVergG scheint die Zuständigkeit des Bundesvergabeamts für Streitigkeiten im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, die den Nachprüfungsvorschriften der Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. L 76, S. 14) unterliegen, ausdrücklich auszuschließen, während Streitigkeiten aus dem Bereich der Dienstleistungsrichtlinie lediglich unerwähnt bleiben. Siehe insoweit meine Schlußanträge vom selben Tag in der Rechtssache C-111/97 (*EvoBus Austria GmbH/Niederösterreichische Verkehrsorganisationsgesellschaft mbH [NÖVOG]*).

29 — Schlußanträge vom 15. Mai 1997 (Nr. 48).

30 — Randnr. 43 (Hervorhebung hinzugefügt). Der Gerichtshof hat die Rechtssachen C-106/89 (*Marleasing*, Slg. 1990, I-4135, Randnr. 8), C-334/92 (*Wagner Miret*, Slg. 1993, I-6911, Randnr. 20) und C-91/92 (*Faccini Dori*, Slg. 1994, I-3325, Randnr. 26) zitiert.

26 — Rechtssache C-213/89 (Slg. 1990, I-2433).

27 — Siehe Randnr. 21.

gemacht werden kann, die auf dem Gebiet der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge vorgesehen sind“<sup>31</sup>.

27. Das Bundesvergabeamt verweist in seinem Vorlagebeschluß auf ein Erkenntnis des österreichischen Verfassungsgerichtshofs vom 11. Dezember 1995<sup>32</sup>. Der Verfassungsgerichtshof hatte aus ähnlichen wie den oben angeführten Gründen Zweifel, ob sich aus Artikel 1 Absatz 1 der Nachprüfungsrichtlinie in der durch Artikel 41 der Dienstleistungsrichtlinie geänderten Fassung für den einzelnen ein unmittelbar wirksamer Anspruch auf Einleitung eines Verfahrens zur Nachprüfung öffentlicher Dienstleistungsaufträge vor dem Bundesvergabeamt ergibt. Nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofs würde damit eine an sich dem nationalen Gesetzgeber vorbehaltene Entscheidung vorweggenommen, das Nachprüfungsverfahren im Bereich der Kontrolle von Dienstleistungsaufträgen in gleicher Weise auszugestalten wie im Bereich der Kontrolle von Bau- und Lieferaufträgen oder den Rechtsschutz in diesem Bereich im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben anders zu gestalten. Dies ist natürlich eine ausschließlich von der nationalen Rechtsordnung zu beantwortende Frage.

28. Sollte das Bundesvergabeamt letztlich nicht die behauptete Zuständigkeit besitzen, stünden dem einzelnen, der gegen einen angeblichen Verstoß gegen die Bestimmungen der Dienstleistungsrichtlinie rechtlich vorgehen will, im wesentlichen zwei Möglichkeiten offen.

31 — Randnr. 46 (Hervorhebung hinzugefügt).

32 — Erkenntnis B 3067/95-9.

29. Der Gerichtshof hat im Urteil Dorsch Consult ausgeführt, daß sich der einzelne, wenn ein Mitgliedstaat nicht die erforderlichen Durchführungsmaßnahmen getroffen habe, gegenüber diesem Mitgliedstaat auf die materiellen Bestimmungen der Dienstleistungsrichtlinie berufen könne<sup>33</sup>. Die mögliche unmittelbare Wirkung einzelner Bestimmungen dieser Richtlinie wird unten, bei der Beantwortung der dritten Frage, geprüft. Sollte einer dieser materiellen Bestimmungen unmittelbare Wirkung zukommen, läge ein klarer Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht vor, wenn der einzelne keine konkrete Möglichkeit hätte, sich auf sie zu berufen, weil kein spezielles oder allgemeines Gericht für die Entscheidung des Rechtsstreits zuständig wäre<sup>34</sup>. Österreich hat in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, daß Streitigkeiten über die Vergabe öffentlicher Aufträge, für die das Bundesvergabeamt nicht zuständig sei, als vertragliche Streitigkeiten anzusehen seien, für die die ordentlichen Zivilgerichte zuständig seien<sup>35</sup>. Diese Frage kann nur von den nationalen Gerichten beantwortet werden.

30. Alternativ dazu können die Betroffenen im Rahmen der geeigneten Verfahren des nationalen Rechts den Ersatz des Schadens verlangen, der ihnen dadurch entstanden ist, daß die Dienstleistungsrichtlinie nicht inner-

33 — Randnr. 44. Die Verweisung auf das Urteil in der Rechtssache C-253/95 (Kommission/Deutschland, Slg. 1996, I-2423, Randnr. 13) zeigt, daß der Gerichtshof eher an den Grundsatz der unmittelbaren Wirkung als an den des Schadensersatzes gedacht hat, den er in der unmittelbar nachfolgenden Randnummer des Urteils Dorsch Consult erwähnt hat.

34 — Vgl. Nr. 48 der Schlußanträge von Generalanwalt Tesouro in der Rechtssache Dorsch Consult.

35 — Ich meine, daß für die in Artikel 2 Absatz 1 der Nachprüfungsrichtlinie verlangten Rechtsbehelfe — vorläufige Maßnahmen, Aufhebung rechtswidriger Vergabebestimmungen und Schadensersatz — von Gemeinschaftsrechts wegen eine Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gegeben sein müßte, wenn die materiellen Bestimmungen der Dienstleistungsrichtlinie unmittelbare Wirkung haben sollten; vgl. J. M. Fernández Martín, *The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis* (Clarendon, Oxford, 1996), S. 200-202, 227.

halb der vorgeschriebenen Frist umgesetzt worden ist<sup>36</sup>. Das Vorhandensein dieser möglichen Rechtsbehelfe berührt jedoch nicht meine Schlussfolgerung bezüglich des mit der ersten und der zweiten Vorlagefrage aufgeworfenen Problems, das ich mit den Worten des Tenors des Urteils Dorsch Consult lösen würde.

### C — Dritte Frage, Teil a

31. Mit dieser Frage möchte das Bundesvergabeamt für die Anwendung von Artikel 10 der Dienstleistungsrichtlinie auf „die im Sachverhalt genannten“ Leistungen wissen, wonach sich die Einstufung in Anhang IA oder IB richtet. Wie ich bereits erwähnt habe, wird in der Praxis beim Krankentransport zwischen Transporten mit dem Notarztwagen (unter Begleitung eines Notarztes, für dessen Anwesenheit nicht der Dienstleistungserbringer verantwortlich ist), Rettungs- und Krankentransporten (unter Begleitung eines Sanitäters) und Ambulanzfahrten (ohne medizinische Betreuung) unterschieden. Der Antragsteller besitzt offenbar nur die Konzession für die Erbringung von Dienstleistungen der zweitgenannten Art; über solche Rettungs- und Krankentransporte wollte er mit der Antragsgegnerin einen Vertrag schließen. Die Antragsgegnerin verweist darauf, daß bereits Rahmenverträge für die Erbringung von Krankentransporten in allen drei Bereichen bestünden. Im Licht der Praxis der Antragsgegnerin werde ich diese Frage prüfen, als

bezüge sie sich auf den Inhalt dieser Rahmenverträge; die von mir vorgeschlagene Antwort sollte aber auch für die Bestimmung des geeigneten Verfahrens für die Vergabe eines enger begrenzten Auftrags von Nutzen sein.

32. Bei der Beantwortung dieser Frage kann ich schon jetzt feststellen, daß ich die von Frankreich vertretene Auffassung teile, nach der die CPC-Nomenklatur die einzige verbindliche Richtschnur für die Auslegung der in Anhang IA und IB der Dienstleistungsrichtlinie aufgeführten Kategorien von Dienstleistungen darstellt. Die oben in Nummer 3 zitierte siebte Begründungserwägung der Dienstleistungsrichtlinie zeigt eindeutig, daß die Verweisungen auf die CPC in den Anhängen nicht nur Hinweiskarakter haben, sondern daß sich die verwendeten Kategorien „an bestimmte Positionen einer gemeinsamen Nomenklatur“, der CPC, „anlehnen“. Dieser Wille ergibt sich unzweideutig nicht nur aus dem Wortlaut der Begründungserwägung, sondern auch aus den Begriffen in den Anhängen. Behörden, betroffene Unternehmen und der einzelne haben, wenn sie es mit formalen Vorschriften zu tun haben, die das von ihnen verlangte Vorgehen regeln, Anspruch auf größtmögliche Klarheit.

33. Auch wenn die CPA-Nomenklatur durch einen bindenden Rechtsakt, die CPA-Verordnung, eingeführt worden ist, ist sie eindeutig zu anderen Zwecken als zur Auslegung der Dienstleistungsrichtlinie bestimmt, nämlich, wie es in Artikel 1 Absatz 3 heißt, „zu statistischen Zwecken“. Die allgemeinere Feststellung in Artikel 3

36 — Randnr. 45. Der Gerichtshof hat die verbundenen Rechtsachen C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 und C-190/94 (Dillenkofer u. a., Slg. 1996, I-4845) zitiert.

Absatz 1 der CPA-Verordnung, daß „[d]ie Dienststellen der Kommission und die Mitgliedstaaten ... die CPA als Güterklassifikation [einsetzen]“, kann meiner Ansicht nach nicht ohne einen weiteren Rechtssetzungsakt die vorangehende Beschreibung ihrer Ziele in Artikel 1 Absatz 3 aufheben. Die Tatsache, daß die CPA im Rahmen der Richtlinie 93/36 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge<sup>37</sup> für die Einstufung verwendet wird, ist kein Anhaltspunkt dafür, daß ihr normaler Anwendungsbereich auf andere als das von dieser Richtlinie geregelte Gebiet ausgedehnt werden sollte.

34. Das CPV dagegen ist, obwohl es ausdrücklich zur Verwendung im Bereich der Auftragsvergabe bestimmt ist, nur Gegenstand einer Empfehlung der Kommission, die nach Artikel 189 des Vertrages keine bindende Wirkung hat. Daher kann nicht davon ausgegangen werden, daß das CPV für die Anhänge IA und IB der in der siebten Begründungserwägung der Dienstleistungsrichtlinie in Aussicht gestellte eventuelle Ersatz für die CPC ist. Das Vorwort zum CPV spricht zwar dafür, daß dieses einmal diese Funktion haben soll, doch beschränkt sich die CPV-Empfehlung darauf, auf die Verwendung dieser Nomenklatur bei der Abfassung von Bekanntmachungen und anderen Mitteilungen im Bereich der Auftragsvergabe zu dringen. Da weder das CPV noch die CPV-Empfehlung auf die Verwendung der Anhänge der Dienstleistungsrichtlinie zur Bestimmung des geeigneten Auftragsvergabeverfahrens verweist, kann für die vorliegenden Zwecke nicht davon ausgegangen werden, daß ihnen für die Auslegung der Wert einer Empfehlung zukommt, die

„verbindliche gemeinschaftliche Vorschriften ergänzen [soll]“<sup>38</sup>

35. Dem Vorbringen der Kommission, daß die auf die CPC gestützten Listen in den Anhängen IA und IB mit Hilfe der CPA oder des CPV ausgelegt werden sollten, pflichte ich nicht bei. Aus der fünften Begründungserwägung der CPA-Verordnung ergibt sich, daß die CPA für die Zwecke der „internationalen Vergleichbarkeit der Wirtschaftsstatistiken“ mit der CPC „unmittelbar verbunden“ ist, während es in der sechsten Begründungserwägung der CPV-Empfehlung heißt, daß die CPA „eine enge Verbindung zur Zentralen Gütersystematik ... (CPC) [gewährleistet]“. In der fünften Begründungserwägung wird das CPV als „eine Anpassung der ... CPA-Nomenklatur“ beschrieben. Unter diesen Umständen erscheint es mir logischer, die CPA und das CPV anhand der ihnen vorausgegangenen CPC auszulegen als umgekehrt<sup>39</sup>. Der Vollständigkeit halber füge ich hinzu, daß ich in der CPA- und der CPV-Nomenklatur nichts entdecken kann, was meine Auslegung der auf die CPC gestützten Listen in den Anhängen der Dienstleistungsrichtlinie, für sich betrachtet, beeinträchtigen würde.

38 — Vgl. Urteil in der Rechtssache C-322/88 (Grimaldi, Slg. 1989, 4407, Randnr. 18).

39 — Außerdem wurde das CPV wahrscheinlich nach der beanstandeten Weigerung erlassen, an den Antragsteller einen Auftrag zu vergeben. Der Antragsteller beantragte am 22. August 1996 beim Bundesvergabeamt die Nachprüfung, während die CPV-Empfehlung erst am 30. Juli 1996 erlassen wurde. Das CPV selbst trägt kein Datum, doch legt der Umstand, daß sich die Empfehlung auf das CPV bezieht, nahe, daß sie gleichzeitig erlassen wurden. Hinzu kommt, daß das CPV und die CPV-Empfehlung am gleichen Tag, am 3. September 1996, veröffentlicht wurden. Die Tatsache, daß diese Veröffentlichung nach der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens vor dem Bundesvergabeamt lag, spricht zusätzlich gegen die Anwendung des CPV in der vorliegenden Rechtssache.

37 — Oben zitiert.

36. Auch wenn es allein angesichts des Titels „Ambulance services“ der CPC-Referenz-Nummer 93192 zunächst verlockend erscheinen könnte, die streitigen vertraglichen Dienstleistungen insgesamt oder zumindest jene, die mit einer medizinischen Betreuung verbunden sind, der Kategorie 25 „Gesundheits-, Veterinär- und Sozialwesen“ (CPC-Referenz-Nummer 93) in Anhang IB zuzuordnen, erweist sich bei näherer Betrachtung, daß dies nicht gerechtfertigt wäre. Erstens heißt es in der „explanatory note“ zu diesem Kapitel: „General and specialised medical services delivered in the ambulance“. Zweitens muß diese Referenznummer im Zusammenhang gesehen werden. „Human health services“ (931) enthält „Hospital services“ (9311), „Medical and dental services“ (9312) und „Other human health services“ (9319), die weiter unterteilt sind in „Deliveries and related services, nursing services, physiotherapeutic and paramedical services“ (93191), „Ambulance services“ (93192), „Residential health facilities services other than hospital services“ (93193) und „Other human health services n. e. c.“ (93199). Die bloßen Titel dieser Dienstleistungen zeigen zusammen mit den ihnen beigefügten näheren Beschreibungen, daß sich dieses Kapitel der CPC allein auf die medizinischen Aspekte des Gesundheitswesens konzentriert und andere als medizinische Aspekte ausschließt<sup>40</sup>.

37. „General and specialised medical services delivered in the ambulance“ (93192) erfaßt die Betreuung durch eine Krankenschwester oder einen Sanitäter. Davon nicht erfaßt werden dürften jedoch die reinen Transportko-

sten für Treibstoff, Fahrer und Erwerb eines Fahrzeugs der erforderlichen Größe und Leistung, ebenso wie z. B. Dienstleistungen im Rahmen der allgemeinen Krankenhausverpflegung meiner Ansicht nach nicht unter die CPC-Referenz-Nummer 93110 „Hospital services“ fallen sollten. Das insoweit ausgeschlossene Transportelement sollte statt dessen in die Kategorie 2 des Anhangs IA der Dienstleistungsrichtlinie, „Landverkehr ...“, eingestuft werden, die der CPC-Referenznummer 71229 „Other non-scheduled passenger transportation n. e. c.“ entspricht.

38. Das Vorbringen des Antragstellers, daß diese Schlußfolgerung durch den Umstand beeinträchtigt werde, daß die Dienstleistungsrichtlinie die in ihren sachlichen Anwendungsbereich fallenden Dienstleistungen in zwei Klassen aufteile, für die unterschiedliche Vergabeverfahren gälten, greift meiner Ansicht nach nicht durch. Aus der 21. Begründungserwägung der Dienstleistungsrichtlinie ergibt sich, daß die Anwendung des vollständigen Vergabeverfahrens nach den Abschnitten III bis VI für eine Übergangszeit „auf die Vergabe von Aufträgen für solche Dienstleistungen beschränkt [wird], bezüglich deren [die] Vorschriften [der Richtlinie] dazu beitragen, das Potential für mehr grenzüberschreitende Geschäfte voll auszunutzen“. Die Antragsgegnerin trägt vor, die betreffenden vertraglichen Dienstleistungen sollten daher in Anhang IB eingestuft werden, da sich kein nichtösterreichischer Dienstleistungserbringer um einen Auftrag bemüht habe und die fraglichen Dienstleistungen nicht von außerhalb Österreichs aus erbracht werden könnten. Die Nationalität oder der Ort der Niederlassung des tatsächlichen oder potentiellen Bieters in einem konkreten Fall erscheint mir nicht relevant. Außerdem sollte der Begriff „Dienstleistungen“ in der Dienstleistungs-

40 — Die einzig mögliche Ausnahme sind „Residential health facilities services other than hospital services“ (93193), die der Beschreibung nach „[c]ombined lodging and medical services“ betreffen. Vermutlich wurde es für erforderlich gehalten, auf die Kombination von Unterkunfts- und medizinischen Dienstleistungen ausdrücklich hinzuweisen, um zu verhindern, daß die Erstgenannten ausgeschlossen werden.



richtlinie nicht so verstanden werden, daß er sich nur auf wirtschaftliche Betätigungen im Rahmen von Titel III Kapitel 3 (Dienstleistungen) des Vertrages bezieht. Grundlage für den Erlaß der Dienstleistungsrichtlinie war nicht nur Artikel 66, sondern auch Artikel 57 Absatz 2 des Vertrages, der sich auf die Niederlassung bezieht. Daher erfüllen in Österreich niedergelassene Dienstleistungserbringer aus anderen Mitgliedstaaten das in der 21. Begründungserwägung genannte Kriterium.

39. Der streitige öffentliche Dienstleistungsauftrag betrifft daher drei Arten vertraglicher Dienstleistungen, deren gemeinsames Element — Personenbeförderung im Gelegenheitsverkehr — für sich genommen unter Anhang IA der Dienstleistungsrichtlinie fallen würde und deren variables Element — allgemeine und besondere medizinische Dienstleistungen im Krankenwagen — unter den gleichen Umständen unter Anhang IB fallen würde. Das Bundesvergabeamt und einige der Verfahrensbeteiligten, die Erklärungen abgegeben haben, haben vorgeschlagen, das geeignete Auftragsvergabeverfahren müsse dementsprechend gemäß Artikel 10 der Dienstleistungsrichtlinie bestimmt werden. Nach den Artikeln 8, 9 und 10 sind je nach dem Inhalt der zu vergebenden „Aufträge“ die Vorschriften der Abschnitte III bis VI oder die Artikel 14 und 16 anzuwenden. Hat ein Auftrag ausschließlich „Dienstleistungen des [Anhangs IA oder IB]“ zum Gegenstand, gilt Artikel 8 oder 9. Umfaßt der Auftrag „Dienstleistungen des Anhangs IA und des Anhangs IB“, hängt das anzuwendende Vergabeverfahren gemäß Artikel 10 vom relativen Wert dieser Dienstleistungen ab.

40. Ich möchte zunächst feststellen, daß meiner Meinung nach der spezielle Artikel 10 der Dienstleistungsrichtlinie in Konfliktfällen gegenüber den Auslegungsregeln der CPC den Vorrang hat, da die CPC lediglich als Referenz verwendet wird und nicht die Regeln vorschreibt, anhand deren das geeignete Vergabeverfahren ausgewählt wird. Ich denke insbesondere an die CPC-Auslegungsregel B, die, soweit vorliegend von Bedeutung, bestimmt:

„1. Können Dienstleistungen auf den ersten Blick in zwei oder mehr Kategorien eingestuft werden, ist die Einstufung wie folgt vorzunehmen, wobei nur Kategorien der gleichen Stufe (Abschnitte, Kapitel, Gruppen, Klassen oder Unterklassen) vergleichbar sind:

- a) Die Kategorie mit der präzisesten Beschreibung hat Vorrang vor Kategorien mit einer allgemeineren Beschreibung.
- b) Aus verschiedenen Dienstleistungen bestehende Mischdienstleistungen, die nicht nach 1 Buchstabe a eingestuft werden können, sind so einzustufen, als würden sie aus der Dienstleistung bestehen, die ihnen ihren wesentlichen Charakter verleiht, sofern dieses Kriterium anwendbar ist.“

Vor diesem Hintergrund beschreibt „ambulance services“ die fraglichen Dienstleistungen nicht präziser als „non-scheduled passenger transportation“. Außerdem enthält Artikel 10 eindeutig eine Regel für Aufträge über mehrere oder Mischdienstleistungen, die sich von der Regel B Absatz 1 Buchstabe b der CPC unterscheidet. Indes sind für die Anwendung von Artikel 10 verschiedene Wege vorgeschlagen worden.

41. Frankreich hat vorgetragen, eine Dienstleistung könne nicht gleichzeitig unter Anhang IA und Anhang IB der Dienstleistungsrichtlinie fallen; die drei verschiedenen Arten vertraglicher Dienstleistungen sollten eher unter Berücksichtigung der allgemeinen Natur jeder einzelnen Dienstleistung — je nachdem, ob medizinisch geschultes Personal anwesend sei — beurteilt werden, als daß versucht werde, die relativen Kosten der Beförderungs- und der medizinischen Elemente der drei vertraglichen Dienstleistungen insgesamt zu bestimmen. Daher fielen Ambulanzfahrten ohne medizinische Betreuung in gewöhnlichen Fahrzeugen unter Anhang IA der Dienstleistungsrichtlinie, während Krankentransporte in Begleitung eines Arztes oder Sanitäters in einem speziell ausgerüsteten Fahrzeug unter Anhang IB fallen sollten. Sodann sei zu bestimmen, ob für die Dienstleistungen der Beförderung mit medizinischer Betreuung oder für die Dienstleistung der einfachen Ambulanzbeförderung ein höherer Wert anzusetzen sei, um gemäß Artikel 10 zu bestimmen, welches der in den Artikeln 8 und 9 der Dienstleistungsrichtlinie genannten Vergabeverfahren für den Auftrag insgesamt gelte. Diese Ansicht bevorzugt bei der Bestimmung des anwendbaren Auftragsvergabeverfahrens a priori das medizinische Element gegenüber dem Beförderungselement der vertraglichen Dienstleistungen.

42. Die Kommission, unterstützt durch den Antragsteller, hat dagegen den Krankentransport im weitesten Sinne untersucht, also ohne zwischen den drei verschiedenen vertraglichen Dienstleistungsarten zu unterscheiden. Sie hat vorgetragen, der Krankentransport umfasse bestimmte Dienstleistungen, die unter Artikel 8 der Dienstleistungsrichtlinie fielen, und andere, die unter Artikel 9 fielen. Artikel 10 könne daher unter Berücksichtigung des relativen Wertes dieser beiden Elemente des Gesamtauftrags angewandt werden. Der Antragsteller hat vorgetragen, daß das Beförderungselement der erbrachten Dienstleistungen überwiege.

43. Ungeachtet der mehrdeutigen Bezugnahme in Artikel 10 der Dienstleistungsrichtlinie auf „Dienstleistungen des Anhangs IA und des Anhangs IB“, die so verstanden werden könnte, daß bestimmte Dienstleistungen gleichzeitig Kategorien beider Listen zugeordnet werden können, vertritt Frankreich meines Erachtens zutreffend die Ansicht, daß dies nicht möglich sei. Im Licht der durch die Artikel 8 und 9 eingeführten zweistufigen Regelung für Vergabeverfahren, die durch Bezugnahme auf die Zuordnung einer bestimmten Dienstleistung zu der einen oder der anderen Liste im Anhang angewandt wird, muß davon ausgegangen werden, daß sich die Anhänge gegenseitig ausschließen.

44. Ich meine aber auch, daß die Ansicht der Kommission die bessere Auslegung von Artikel 10 der Dienstleistungsrichtlinie darstellt. Frankreichs Eintreten für eine Gesamtbetrachtung, wobei jede Dienstleistung insgesamt entweder Anhang IA oder Anhang IB zugeordnet wird, je nachdem, ob medizi-

nische Betreuung gewährt wird, spiegelt nicht die klare Unterscheidung wider, die in den Anhängen zwischen Beförderungen und „medizinischen Dienstleistungen im Krankenwagen“ getroffen wird. Der Begriff „Dienstleistungen des [Anhangs IA oder IB]“ in Artikel 10 ist ein gemeinschaftsrechtlicher. Demgemäß sollten gemeinschaftsrechtliche Kriterien — diejenigen, mit denen die Listen im Anhang unter Bezugnahme insbesondere auf die CPC in eine Reihe von Kategorien unterteilt werden — verwendet werden, um die verschiedenen Dienstleistungen, die Gegenstand eines einzigen öffentlichen Dienstleistungsauftrags sind, zu bestimmen und zu unterscheiden. Dieser Vorgang würde verzerrt, wenn er einer früheren vertraglich vereinbarten Unterteilung der betreffenden Dienstleistungen in Gruppen entsprechen müßte, die sich von den in den Anhängen der Dienstleistungsrichtlinie angegebenen Kategorien unterscheiden. Die drei Arten vertraglicher Dienstleistungen, die in dem streitigen Auftrag vorgesehen sind, halten sich nicht an die in den Anhängen verwendeten Dienstleistungskategorien, so daß es unmöglich wäre, den relativen Wert der in den Anhängen IA und IB aufgeführten Dienstleistungen, die Gegenstand des Auftrags sind, genau wiederzugeben, wenn der Auftrag und nicht die Anhänge als Prüfungsrahmen verwendet würde.

45. Artikel 10 verlangt statt dessen, daß der Wert jeder einzelnen der Dienstleistungen, die Gegenstand des Auftrags sind, kategorisiert nach dem in der Dienstleistungsrichtlinie festgelegten Schema, gesondert berechnet und dann verglichen wird. Im vorliegenden Fall wäre somit der Gesamtwert des Personenbeförderungselements der drei vertraglichen Dienstleistungsarten zu ermitteln und mit dem Wert des Elements der medizinischen Dienstleistungen zu vergleichen, der bei diesen drei vertraglichen Dienstleistungsarten natürlich erhebliche Unterschiede aufweist.

46. Ich räume gleichwohl ein, daß das Vorbringen von Frankreich und Österreich zutrifft, daß es schwierig sei, eine Wertbestimmung anhand anderer als der vom öffentlichen Auftraggeber oder den Parteien selbst verwendeten Dienstleistungskategorien durchzuführen. Die Berechnung des relativen Wertes einer Reihe von Dienstleistungskategorien, die Gegenstand eines einzigen öffentlichen Dienstleistungsauftrags sind, wirft auch Schwierigkeiten allgemeinerer Art auf. Der Ausschreibung liegt die Prämisse zugrunde, daß verschiedene Dienstleistungserbringer unterschiedliche Kostenstrukturen haben, konkurrenzfähigere und weniger konkurrenzfähige. Dies könnte unter den Dienstleistungserbringern zu unterschiedlichen relativen Werten für die Dienstleistungskategorien führen, die bei den von ihnen genannten Gesamtpreisen für die Dienstleistungen berücksichtigt werden, für die ein Angebot eingereicht oder ein Auftrag übernommen wird. Außerdem kann nicht erwartet werden, daß ein öffentlicher Auftraggeber für jeden potentiellen Dienstleistungserbringer im voraus die genauen relativen Kosten der verschiedenen Dienstleistungskategorien kennt, die Gegenstand eines zu vergebenden Auftrags sind.

47. Ich möchte die Bedeutung dieser Probleme nicht übertreiben. In vielen, vielleicht den meisten Fällen wird das offensichtliche Überwiegen des relativen Wertes einer der aufgeführten Dienstleistungskategorien keine Diskussion aufkommen lassen. Auch wenn außerdem Artikel 7 Absätze 2 bis 7 der Dienstleistungsrichtlinie offenbar in erster Linie die Berechnung des geschätzten Gesamtwertes eines Auftrags betrifft — für die Frage, ob die in Artikel 7 Absatz 1 festgelegte Schwelle für die Anwendung der Richtlinie erreicht ist —, so liefert er doch eine Reihe von Hinweisen, wie öffentliche Auftraggeber den Wert der einzelnen

Dienstleistungskategorien, die ein Auftrag umfaßt, schätzen sollten.

48. In Fällen, in denen die vom öffentlichen Auftraggeber vorgenommene Schätzung des relativen Wertes der Dienstleistungskategorien, die Gegenstand eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags sind, in Zweifel gezogen wird, gebietet es die Anerkennung der Probleme, die mit einer solchen im voraus durchgeführten Schätzung verbunden sind, daß die Partei, die diese Schätzung beanstandet, den Gegenbeweis zu führen hat und daß dem Auftraggeber ein gewisser Ermessensspielraum zugestanden wird. Die Partei, die eine Nachprüfung verlangt, müßte aufgrund der Informationen, die vom öffentlichen Auftraggeber berücksichtigt wurden oder werden mußten, anhand früherer Aufträge, Geschäfts- und Buchführungspraktiken, des Umfangs der früheren Nachfrage usw. sowie unter Berücksichtigung des Ermessensspielraums des Auftraggebers dargetun, daß die für die Dienstleistungen angesetzten Werte eindeutig falsch sind. Im vorliegenden Fall ist es Sache des zuständigen nationalen Gerichts, die dafür erforderlichen Tatsachen festzustellen.

#### D — Dritte Frage, Teil b

49. In Teil b der dritten Frage möchte das Bundesvergabeamt wissen, ob die Artikel 1 bis 7 der Dienstleistungsrichtlinie, falls das beschränkte Vergabeverfahren für Dienstleistungen des Anhangs IB anwendbar ist, und die Bestimmungen der Abschnitte III bis VI, falls das für Dienstleistungen des Anhangs IA vorgeschriebene unbeschränkte Vergabe-

verfahren anwendbar ist, unmittelbare Wirkung haben können, wenn diese Richtlinie nicht fristgemäß in nationales Recht umgesetzt worden ist. Die Abschnitte IV und V enthalten die Artikel 14 und 16 der Dienstleistungsrichtlinie, die auch für die Vergabe von Aufträgen für Dienstleistungen des Anhangs IB gelten.

50. Der Gerichtshof hat in Randnummer 12 des Urteils Van Duyn<sup>41</sup> den Grundsatz aufgestellt, daß nicht umgesetzte Richtlinien unmittelbare Wirkung haben können. Nach seiner ständigen Rechtsprechung „kann sich der einzelne mangels fristgemäß erlassener Durchführungsmaßnahmen auf Bestimmungen einer Richtlinie, die inhaltlich als unbedingt und hinreichend genau erscheinen, gegenüber allen innerstaatlichen, nicht richtlinienkonformen Vorschriften berufen; der einzelne kann sich auf diese Bestimmungen auch berufen, soweit sie Rechte festlegen, die dem Staat gegenüber geltend gemacht werden können“<sup>42</sup>.

51. Im Urteil Francovich u. a. hat der Gerichtshof ausgeführt, daß zu prüfen sei, „ob die Bestimmungen der [fraglichen Richtlinie], die die Rechte der Arbeitnehmer festlegen, unbedingt und hinreichend genau sind. Diese Prüfung muß sich auf drei Gesichtspunkte erstrecken: die Bestimmung des Personenkreises, dem die vorgesehene Garantie zugute kommen soll, den Inhalt

41 — Rechtssache 41/74 (Slg. 1974, 1337).

42 — Vgl. Urteil in der Rechtssache 8/81 (Becker, Slg. 1982, 53, Randnr. 25) sowie vorgenanntes Urteil in den verbundenen Rechtssachen C-6/90 und C-9/90 (Francovich u. a., Randnr. 11).

dieser Garantie und schließlich die Person des Schuldners der Garantieansprüche.“<sup>43</sup> Dementsprechend ist im vorliegenden Fall festzustellen, ob die einschlägigen Bestimmungen der Dienstleistungsrichtlinie überhaupt im Hinblick auf die Begründung von Rechten einzelner unbedingt und hinreichend genau sind, welcher Personenkreis in den Genuß dieser Rechte kommt und welche öffentlichen Einrichtungen verpflichtet sind, diese Rechte zu beachten.

52. Für diese Untersuchung möchte ich erstens darauf hinweisen, daß die Anwendung der Nachprüfungsrichtlinie auf Dienstleistungen ein starkes Indiz dafür ist, daß die Dienstleistungsrichtlinie spezielle justitiable Rechte einzelner zur Folge haben sollte. Hinzu kommt zweitens, daß, auch wenn Vorschriften einer Richtlinie, die deren persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich festlegen, als solche keine Rechte für den einzelnen schaffen, sie für die Bestimmung der Inhaber von Rechten und Pflichten sowie des Umfangs von Rechten und Pflichten nach der Richtlinie unbedingt erforderlich sind und in Verbindung mit materiellen Vorschriften, die Rechte erzeugen, unmittelbare Wirkung haben können. Drittens können Richtlinienbestimmungen, deren Anwendung es mit sich bringt, daß mitgliedstaatliche Behörden nach vorgegebenen Kriterien ein Verwaltungsermessen — im Unterschied zum materiellen Ermessen bezüglich der Mittel zur Umsetzung dieser Bestimmungen in nationales Recht — ausüben, im Fall der Nichtumsetzung unmittelbare Wirkung haben. Dies wird bestätigt durch die Entscheidung in der Rechtssache Van Duyn in bezug auf die Kriterien, nach denen die Mitgliedstaaten aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit Vor-

schriften zu erlassen hatten und die in Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 64/221/EWG des Rates vom 25. Februar 1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind<sup>44</sup>, festgelegt waren.

53. Andererseits ist angesichts des weitgehend gleichen Inhalts der anderen Richtlinien über die öffentliche Vergabe<sup>45</sup> folgende Feststellung des Gerichtshofes bezüglich der Richtlinie 71/305 im Urteil CEI<sup>46</sup> zu beachten:

„Die Richtlinie schafft ... kein einheitliches und erschöpfendes Gemeinschaftsrecht. Im Rahmen der gemeinsamen Bestimmungen, die sie enthält, bleibt es den Mitgliedstaaten vorbehalten die Beachtung aller einschlägigen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts ... unbenommen, materiellrechtliche oder verfahrensrechtliche Bestimmungen auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge aufrechtzuerhalten oder zu erlassen.“

44 — ABl. 1964, S. 850.

45 — Nach der 22. Begründungserwägung der Dienstleistungsrichtlinie sollten „die Vergabevorschriften für öffentliche Dienstleistungsaufträge ... soweit wie möglich denen für öffentliche Lieferaufträge und öffentliche Bauaufträge angenähert werden“; der 23. Begründungserwägung zufolge können „die Vergabevorschriften der Richtlinien 71/305/EWG und 77/62/EWG ... mit den notwendigen Anpassungen zur Anwendung kommen ...“

46 — Urteil in den verbundenen Rechtssachen 27/86 bis 29/86 (Slg. 1987, 3347, Randnr. 15); vgl. auch Urteil in der Rechtssache 31/87 (Beentjes, Slg. 1988, 4635, Randnr. 20).

43 — A. a. O. (Randnr. 12).

54. Zu den Bereichen, die durch die Vergaberichtlinien nicht erschöpfend geregelt sind, gehören die Feststellung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eines Unternehmers, die Festsetzung eines Höchstwerts für Bauleistungen<sup>47</sup> und die Aufstellung von Bedingungen in bezug auf die Einstellung von Arbeitslosen<sup>48</sup>. Dagegen hat der Gerichtshof im Urteil *Transporoute*<sup>49</sup> ausgeführt, daß in den Artikeln 23 bis 26 der Richtlinie 71/305, die den Artikeln 29, 30 Absätze 2 und 3, 31 sowie 32 Absätze 2 und 3 der Dienstleistungsrichtlinie entsprechen, die Mittel, mit denen die Zuverlässigkeit und die berufliche Befähigung eines Bieters (im Unterschied zu seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit) nachgewiesen werden können, erschöpfend festgelegt seien.

55. Der nicht erschöpfende Charakter der gemeinsamen Vorschriften, die durch die Richtlinien über die öffentliche Vergabe hinsichtlich bestimmter Aspekte des Auftragsvergabeverfahrens eingeführt werden, schließt die unmittelbare Wirkung dieser Vorschriften, soweit sie die oben dargelegten Voraussetzungen erfüllen, nicht aus. Auch wenn der nicht erschöpfende Charakter der Vergaberichtlinien bedeutet, daß selbst die vollständige Umsetzung dieser Richtlinien einem beschwerten Dienstleistungserbringer keinen Rechtsschutz garantiert, wenn er nicht außerdem alle geltenden, richtlinienkonformen nationalen Erfordernisse erfüllt, so verlangen diese Richtlinien doch, wie Österreich vorträgt, bestimmte Mindestgarantien. Im Urteil *Beentjes*<sup>50</sup> hat der Gerichtshof festgestellt, daß für die Erfüllung der Anforderungen der Artikel 20, 26 und 29 der Richtlinie 71/305, die im wesentlichen den

Artikeln 23, 32 und 37 der Dienstleistungsrichtlinie entsprechen, keine besondere Ausführungsmaßnahme notwendig sei und daß sich daher der einzelne vor den nationalen Gerichten auf sie berufen könne<sup>51</sup>.

56. Was nun die allgemeinen Bestimmungen der Dienstleistungsrichtlinie betrifft, so bin ich der Ansicht, daß die Inhaber von Rechten und die öffentlichen Einrichtungen, für die nach der Richtlinie Verpflichtungen bestehen, durch Artikel 1 hinreichend klar bestimmt werden, ebenso wie die Arten öffentlicher Dienstleistungsaufträge, auf die die Richtlinie nach den Artikeln 2 bis 7 anwendbar ist<sup>52</sup>. Von besonderer Bedeutung ist Artikel 3 Absatz 1 der Dienstleistungsrichtlinie, der ein unbedingtes und genaues Recht auf Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge gemäß den an die Bestimmungen dieser Richtlinie angepaßten Verfahren begründet. Das gleiche gilt für die Artikel 8 bis 10 der Dienstleistungsrichtlinie, nach denen sich das anwendbare Auftragsvergabeverfahren richtet. Diese Bestimmungen begründen meiner Meinung nach zusammen den unmittelbar durchsetzbaren Anspruch von Dienstleistungserbringern auf Teilnahme an der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge gemäß den Bestimmungen der Dienstleistungsrichtlinie, sofern diese eingehenden Bestimmungen selbst Rechte einzelner schaffen und unbedingt sowie hinreichend klar und genau sind, um ohne nationale Umsetzungsmaßnahmen durchgesetzt werden zu können.

47 — Vgl. Urteil *CEI* (a. a. O., Randnrn. 10 und 18).

48 — Vgl. Urteil *Beentjes* (a. a. O., Randnrn. 30 und 31).

49 — Rechtssache 76/81 (Slg. 1982, 417, Randnr. 15).

50 — A. a. O. (Randnrn. 42 bis 44).

51 — Hinsichtlich der unmittelbaren Wirkung von Artikel 29 Absatz 5 der Richtlinie 71/305, der ungefähr Artikel 37 der Dienstleistungsrichtlinie entspricht, vgl. auch Urteil in der Rechtssache 103/88 (*Fratelli Costanzo*, Slg. 1989, 1839, Randnr. 32).

52 — Artikel 7 Absätze 2 und 8 der Dienstleistungsrichtlinie ist für die unmittelbare Wirkung der Richtlinie nicht von Belang, da er nicht die Rechte des einzelnen oder die Pflichten der Mitgliedstaaten betrifft.

57. Ich bin außerdem der Ansicht, daß die eingehenden Bestimmungen der Abschnitte III bis VI über die Wahl der Vergabeverfahren, die gemeinsamen technischen und Bekanntmachungsvorschriften, die Teilnahme und die Eignungs- und Zuschlagskriterien vorbehaltlich von Ausnahmen und Qualifizierungen, die sich aus ihrem Wortlaut ergeben, unbedingt und hinreichend genau sind und Rechte einzelner begründen sollen. Diese Bestimmungen legen in allen Einzelheiten die Verpflichtungen fest, die den öffentlichen Auftraggebern auferlegt werden, um den Zugang von Dienstleistungserbringern zu den Vergabeverfahren für öffentliche Dienstleistungsaufträge zu sichern, und entsprechen größtenteils den Artikeln 20, 26 und 29 der Richtlinie 71/305 insoweit, als keine besondere Umsetzungsmaßnahme notwendig ist, um ihnen nachzukommen<sup>53</sup>. Eine umfassende Untersuchung derjenigen Bestimmungen der Abschnitte III bis VI der Dienstleistungsrichtlinie, denen keine unmittelbare Wirkung zukommen kann, ist jedoch nach dem Sachverhalt der Rechtssache, wie er sich gegenwärtig darstellt, nicht gerechtfertigt. Überlegungen zur Qualität einer bestimmten Vorschrift sollten meiner Ansicht nach erst anhand einer konkreten tatsächlichen Situation erfolgen. Daher ist es angebracht, die Antwort auf die Frage 3b auf die Abschnitte I und II der Dienstleistungsrichtlinie zu beschränken.

#### E — Vierte Frage

58. Die vierte Vorlagefrage des Bundesvergabebeamten geht dahin, ob ein öffentlicher Auftraggeber verpflichtet ist, die Wirkungen eines auf unbestimmte Zeit geschlossenen Vertrages, der aber vor dem Termin für die Umsetzung der Bestimmungen der Dienstleistungsrichtlinie und nicht entsprechend diesen Bestimmungen vergeben wurde, zu

beenden oder in anderer Weise in sie einzugreifen<sup>54</sup>. Da die Dienstleistungsrichtlinie zum maßgebenden Zeitpunkt nicht umgesetzt war, ist diese Frage hypothetisch. Der Gerichtshof hat im Urteil *Faccini Dori*<sup>55</sup> ausgeführt, daß der Verbraucher, wenn die Maßnahmen zur Umsetzung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen<sup>56</sup> nicht erlassen worden seien, ein durchsetzbares Widerrufsrecht gegenüber dem Gewerbetreibenden, mit dem er einen Vertrag geschlossen habe, nicht auf die Richtlinie selbst stützen könne. Trotz des öffentlichen oder öffentlich-rechtlichen Charakters der Auftraggeber schließt dieser Grundsatz meines Erachtens das Bestehen eines gemeinschaftsrechtlichen Rechts des Dienstleistungserbringers aus der Dienstleistungsrichtlinie aus, die Auflösung eines bestehenden Vertrages zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einer anderen Privatperson zu verlangen. Der verwandte Grundsatz, daß sich der Staat nicht auf eine nicht umgesetzte Richtlinie berufen kann, um die Rechte einzelner zu beeinträchtigen, würde einen öffentlichen Auftraggeber ebenfalls daran hindern, die andernfalls widerrechtliche Auflösung eines solchen Vertrages unter Bezugnahme auf die Dienstleistungsrichtlinie zu rechtfertigen<sup>57</sup>.

54 — Auf der Grundlage des Urteils des Gerichtshofes vom 18. Dezember 1997 in der Rechtssache C-129/96 (*Inter-Environnement Wallonie*, Slg. 1997, I-7411) könnte argumentiert werden, daß die Mitgliedstaaten verpflichtet seien, die künftige Wirkung der Dienstleistungsrichtlinie in der Zeit zwischen ihrem Erlaß und dem Termin für ihre Umsetzung nicht zu behindern. Dieses Argument ist im vorliegenden Fall jedoch nicht erheblich, da die fraglichen Rahmenverträge vor dem Erlaß der Dienstleistungsrichtlinie geschlossen wurden. Im Rahmen der vorliegenden Erörterung ist es daher zweckdienlicher, auf den Termin für die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie abzustellen, an dem deren Bestimmungen volle Wirkung erlangt haben mußten.

55 — A. a. O. (Randnr. 25).

56 — ABl. 1985, L 372, S. 31.

57 — Vgl. Urteil in der Rechtssache 80/86 (*Kolpinghuis Nijmegen*, Slg. 1987, Randnr. 9). In Nummer 8 seiner Schlußanträge in der Rechtssache *Marleasing* (a. a. O.) hat Generalanwalt Van Gerven auf das Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache *Kolpinghuis Nijmegen* hingewiesen und hinzugefügt, daß die Rechtssicherheit es ausschließe, daß eine nicht umgesetzte Richtlinie eine zivilrechtliche Sanktion wie die Nichtigkeit einführe.

53 — Vgl. die im vorstehenden Absatz erörterte Feststellung der unmittelbaren Wirkung im Urteil *Beentjes* (a. a. O.).

59. Aus der Frage des Bundesvergabeamts ergibt sich dennoch die reale Möglichkeit, daß, wenn man davon ausginge, daß die Dienstleistungsrichtlinie von ihrer Umsetzung an bestehende Verträge beeinträchtigen könnte, der beschwerte Dienstleistungserbringer im Hinblick darauf gerichtlich vorgehen könnte, daß der öffentliche Auftraggeber die Bestimmungen der Abschnitte III bis VI dieser Richtlinie, insbesondere hinsichtlich der in Anhang IA aufgeführten Dienstleistungen, nicht beachtet oder der Staat sie nicht umgesetzt hat. Ob unter solchen Umständen Rechtsschutz gewährt werden kann, hängt davon ab, welche Erfordernisse sich aus der Dienstleistungsrichtlinie nach ihrer vollständigen Umsetzung ergeben.

60. Im Kontext der vorliegenden Rechts-sache wirft diese Frage drei damit zusammenhängende Probleme auf, die ich in folgender Reihenfolge behandeln werde: Gilt die Dienstleistungsrichtlinie erstens rückwirkend für bestehende Verträge, berührt die Richtlinie zweitens in irgendeiner Weise nationale Vorschriften über das Fortbestehen eines Vertrages und sind öffentliche Auftraggeber drittens verpflichtet, von irgendeiner in einem bestehenden Vertrag eingeräumten Befugnis zur Vertragsbeendigung Gebrauch zu machen <sup>58</sup>?

61. Der Grundsatz der Rechtssicherheit verbietet es zwar im allgemeinen, den Beginn der Geltungsdauer eines Rechtsakts der Gemeinschaft auf einen Zeitpunkt vor dessen Veröffentlichung zu legen; dies kann aber

ausnahmsweise dann anders sein, wenn das angestrebte Ziel es verlangt und das berechnete Vertrauen der Betroffenen gebührend beachtet ist <sup>59</sup>. Außerdem besteht nach dem Gemeinschaftsrecht die Vermutung, daß Rechtsvorschriften keine Rückwirkung beizumessen ist, soweit nicht eindeutig etwas anderes bestimmt ist <sup>60</sup>. Aus der Dienstleistungsrichtlinie ergibt sich nicht ausdrücklich, daß ihr Rückwirkung zukommt. Artikel 44 verlangt von den Mitgliedstaaten nur, die Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu erlassen, die erforderlich sind, um der Richtlinie vor einem bestimmten Zeitpunkt nach ihrem Erlaß nachzukommen. Außerdem enthält weder der Wortlaut noch die allgemeine Struktur und Zielsetzung der Dienstleistungsrichtlinie einen Anhaltspunkt dafür, daß sie generell Rückwirkung haben sollte. In ihrem Titel, in der dritten Begründungserwägung, in den Artikeln 3 Absatz 1, 8 bis 10 und 23 sowie in Abschnitt VI Kapitel 3 ist stets von Verfahren oder Kriterien für die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge die Rede, was bedeutet, daß in bestehende, bereits vergebene und abgeschlossene Aufträge grundsätzlich nicht eingegriffen wird.

62. Der Gerichtshof hat bereits darauf hingewiesen, daß die Vergaberichtlinien keine erschöpfenden gemeinsamen Regelungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge einführen. Die Richtlinien legen Vorschriften fest, die die Offenheit und die nichtdiskriminierende Natur öffentlicher Vergabeverfahren gewährleisten sollen; sie berühren aber nicht materielle nationale Vorschriften über Abschluß, Gültigkeit, Bedingungen und

58 — Da eine solche Verpflichtung, sollte sie tatsächlich bestehen, auf die Vertragsbedingungen selbst gestützt ist, wäre sie für den öffentlichen Auftraggeber auch bindend, wenn die Dienstleistungsrichtlinie nicht umgesetzt wäre.

59 — Vgl. Urteile in der Rechtssache 98/78 (Racke, Slg. 1979, 69, Randnr. 20) und in der Rechtssache C-368/89 (Crispoltoni, Slg. 1991, I-3695, Randnr. 17).

60 — Vgl. Rechtssachen 100/63 (Kalsbeek, Slg. 1964, 1215, 1233 f.) und 88/76 (Société pour l'Exportation des Sucres/Kommission, Slg. 1977, 709); vgl. auch Urteil Crispoltoni (a. a. O., Randnr. 20).



Dauer von Verträgen, zu denen diese Verfahren führen<sup>61</sup>. Das ordnungsgemäße Funktionieren der Dienstleistungsrichtlinie setzt nämlich die fortdauernde Anwendung nationaler Vorschriften auf den Vertragsschluß voraus, der nach Zuschlagserteilung für den Auftrag gemäß dessen Bedingungen erfolgt. Dafür spricht das Gewicht, das in der Dienstleistungsrichtlinie auf Verfahren gelegt wird, die öffentliche Auftraggeber in bezug auf die Vergabe von Aufträgen und nicht beide Parteien in bezug auf den Abschluß von Aufträgen binden. Artikel 2 Absatz 6 der Nachprüfungsrichtlinie veranschaulicht die Wirkungen dieser Unterscheidung, die die Rolle des nationalen Vertragsrechts im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe aufrechterhält. Er bestimmt, daß sich die Wirkungen der in dieser Richtlinie vorgesehenen Rechtsbehelfe, die alle gegen öffentliche Auftraggeber gerichtet sind, auf den von einem solchen Auftraggeber nach Zuschlagserteilung für den Auftrag geschlossenen Vertrag nach dem nationalen Recht richten. Die Aussicht, daß ein solcher bereits geschlossener Vertrag im nationalen Recht weiterhin bindend sein würde, liegt offenbar der den Mitgliedstaaten vom Gemeinschaftsgesetzgeber eingeräumten Befugnis zugrunde, die zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe darauf zu beschränken, daß einer durch einen Rechtsverstoß des öffentlichen Auftraggebers geschädigten Person Schadensersatz zuerkannt wird. Letztlich ist es Sache des nationalen Rechts, zu entscheiden, ob die vollen Wirkungen eines Vertrages unter solchen Umständen aufrechtzuerhalten sind.

63. Daher gelten für Verträge, die vor dem Termin für die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie geschlossen wurden, grund-

61 — Außerdem sieht Artikel 7 Absätze 2 und 5 eindeutig die Möglichkeit vor, daß öffentliche Dienstleistungsverträge gemäß den Auftragsbedingungen mit unbestimmter Laufzeit geschlossen werden.

sätzlich die nationalen Vorschriften über die Vertragsdauer. Ist das zwischen den Vertragsparteien bestehende Rechtsverhältnis nach nationalem Recht feststehend und bindend, so daß selbst Veränderungen in preislicher und anderer Hinsicht vor dem Hintergrund eines einzigen, weiterhin bindenden Vertrages erfolgen, so wird dieses Verhältnis durch die Dienstleistungsrichtlinie nicht berührt. Läuft das Rechtsverhältnis dagegen nach nationalem Recht nur auf ein Dauerrechtsverhältnis hinaus, das den Rahmen für regelmäßig aufzunehmende Verhandlungen über die Bedingungen darstellt, so müssen die in der Dienstleistungsrichtlinie vorgesehenen Verfahren meiner Ansicht nach bei der ersten Gelegenheit eingehalten werden. Jedenfalls ist es Sache der nationalen Gerichte, anhand ihres eigenen Rechts zu bestimmen, in welche Kategorie ein Rechtsverhältnis fällt. Sieht ein vor dem Termin für die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie geschlossener Rahmenvertrag vor, daß einzelne Vertragsbestimmungen regelmäßig neu ausgehandelt werden, so haben also das nationale Vertragsrecht und die nationalen Gerichte zu entscheiden, ob das Rechtsverhältnis der Vertragsparteien stets und unter allen Umständen (selbst wenn z. B. die neuen Verhandlungen scheitern) einem bindenden Vertrag unterliegt. Ist nach dem nationalen Vertragsrecht davon auszugehen, daß die neuen Verhandlungen zu einem neuen Vertrag führen oder daß ihr Scheitern das Ende des Vertrages bedeutet, muß der neue öffentliche Dienstleistungsauftrag im Einklang mit den Bestimmungen der Dienstleistungsrichtlinie vergeben werden.

64. Es könnte argumentiert werden, daß die Ziele der Dienstleistungsrichtlinie es unabhängig davon, zu welchem Ergebnis die Anwendung nationaler Vorschriften führt, gebieten, daß für die Feststellung der Weitergeltung eines Vertrages gemeinschaftsweit

bestimmte Mindestkriterien gelten. Diese Ansicht ließe sich auf die erwartete nachteilige Auswirkung stützen, die es für die Erreichung der Ziele der Dienstleistungsrichtlinie bedeuten würde, wenn ein erheblicher Teil des öffentlichen Dienstleistungsmarktes, insbesondere des Marktes für Dienstleistungen des Anhangs IA, durch Verträge, die vor dem Termin für die Umsetzung geschlossen wurden und die nach nationalem Recht trotz der im Rahmen des Vertrages erfolgenden Neu-aushandlung bestimmter wichtiger Bedingungen wie des Preises<sup>62</sup> ohne Unterbrechung bestehen, dem tatsächlichen Anwendungsbereich der Richtlinie entzogen würde.

65. Auch wenn dieses Argument die generellen Ziele des Gemeinschaftshandelns auf dem Gebiet der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge zutreffend identifiziert, ist es meiner Ansicht nach mit den Bestimmungen und dem System der Dienstleistungsrichtlinie nicht vereinbar. Diese Richtlinie bestimmt nicht, unter welchen Voraussetzungen Verträge, die nach Zuschlagserteilung für einen Auftrag geschlossen werden, gültig sind; erst recht enthalten ihre Bestimmungen nichts, was nahelegen würde, daß nationale Vorschriften über die Gültigkeit oder den Fortbestand von Verträgen, die vor dem Termin für die Umsetzung der Richtlinie geschlossen wurden, für die Beurteilung der Frage, ob ein Vergabeverfahren erforderlich ist, unangewandt bleiben müßten. Außerdem verlangt der Grundsatz der Rechtssicherheit, daß die Rechte der Dienstleistungserbringer aus einem sonst gültigen, fortbestehenden Vertrag bei der Auslegung der Dienstleistungsrichtlinie berücksichtigt werden. Nach Artikel 2 Absatz 6 der Nachprüfungsrichtlinie können die Wirkungen widerrechtlich verbogener Verträge nach nationalem Recht aufrechterhalten werden, wobei der öffentli-

che Auftraggeber den durch den Rechtsverstöß geschädigten Personen schadensersatzpflichtig ist. Würde das oben angeführte Argument durchgreifen, hätte dies zur Folge, daß interessierten Dienstleistungserbringern die in der Nachprüfungsrichtlinie vorgesehenen Rechtsbehelfe gewährt würden, falls die Bestimmungen der Abschnitte III bis VI der Dienstleistungsrichtlinie nicht eingehalten wurden. Dies könnte einen öffentlichen Auftraggeber in die ärgerliche Lage bringen, nach nationalem Recht verpflichtet zu sein, die Bedingungen — einschließlich derjenigen bezüglich der Überprüfung von Preisen — eines Vertrages zu beachten, der als gültig fortbestehend angesehen wird, und gleichzeitig, ohne daß bei der Zuschlagserteilung für den Auftrag und dem Abschluß des Vertrages in irgendeiner Weise widerrechtlich gehandelt worden wäre, nach Gemeinschaftsrecht verpflichtet zu sein, Personen, die dadurch geschädigt worden sind, daß bei einer solchen Überprüfung der Preise kein neues Auftragsvergabeverfahren eingeleitet worden ist, Schadensersatz zu leisten. Ein solches willkürliches Ergebnis ist nach den Bestimmungen und dem System der Dienstleistungsrichtlinie nicht gerechtfertigt.

66. Schließlich kann offenbar zumindest einer der fraglichen Rahmenverträge unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten von beiden Seiten zum Ende eines jeden Kalenderjahres gekündigt werden. Liegt darin nach nationalem Recht eine bloße Befugnis zur Kündigung, ohne die ein bindendes Vertragsverhältnis weiterbesteht, so verlangt das Gemeinschaftsrecht im Licht meiner Schlussfolgerung, nach der die Dienstleistungsrichtlinie keine Rückwirkung auf solche Rechtsverhältnisse entfaltet, nicht, daß eine zuvor bestehende Befugnis in eine Verpflichtung umgewandelt wird. Daher zieht ein solches Kündigungsrecht als solches nach dem Gemeinschaftsrecht nicht die Anwendung der in dieser Richtlinie niedergelegten Vergabeverfahren nach sich.

62 — Siehe die Zuschlagskriterien in Artikel 36 Absatz 1 Buchstaben a und b der Dienstleistungsrichtlinie.

## IV — Ergebnis

67. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die vom Bundesvergabeamt vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

1. Aus Artikel 41 der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge ergibt sich nicht, daß mangels Umsetzung dieser Richtlinie innerhalb der hierzu vorgesehenen Frist die zur Nachprüfung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bau- und Lieferaufträge zuständigen Instanzen der Mitgliedstaaten auch zur Nachprüfung von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge befugt sind. Die Erfordernisse einer der Richtlinie 92/50 entsprechenden Auslegung des nationalen Rechts und eines effektiven Schutzes der Rechte des einzelnen gebieten es dem nationalen Gericht jedoch, zu prüfen, ob dem einzelnen aufgrund der einschlägigen Vorschriften des nationalen Rechts ein Anspruch auf Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge zuerkannt werden kann. Unter Umständen wie denen des vorliegenden Falles hat das nationale Gericht insbesondere zu prüfen, ob dieser Anspruch auf Nachprüfung vor denselben Instanzen geltend gemacht werden kann, wie sie auch auf dem Gebiet der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge vorgesehen sind.
2. Die in Rede stehenden vertraglichen Dienstleistungen umfassen Dienstleistungen, von denen einige als Dienstleistungen des Anhangs IB Kategorie 25 („Gesundheits-, Veterinär- und Sozialwesen“) und die anderen in Anhang IA Kategorie 2 („Landverkehr einschl. Geldtransport und Kurierdienste, ohne Postverkehr“) der Richtlinie 92/50 einstufen sind. Das Vergabeverfahren ist daher gemäß Artikel 10 der Richtlinie 92/50 anhand des relativen Wertes dieser beiden vom Vertrag insgesamt umfaßten Dienstleistungskategorien zu bestimmen. Wird in einem nach Artikel 10 der Richtlinie 92/50 zu beurteilenden Fall vorgetragen, daß ein Vertrag gemäß den Bestimmungen der Abschnitte III bis VI dieser Richtlinie hätte vergeben werden sollen, so muß dem nationalen Gericht auf der Grundlage der Informationen, die vom öffentlichen Auftraggeber berücksichtigt worden sind oder hätten berücksichtigt werden müssen, und unter Beachtung des Ermessensspielraums des Auftraggebers nachgewiesen werden, daß der Wert der in Anhang IA der Richtlinie verzeichneten Dienstleistung, die ein Teil der in dem streitigen Vertrag vereinbarten Dienstleistungen darstellt, vom öffentlichen Auftraggeber höher hätte veranschlagt werden müssen als der des in Anhang IB verzeichneten Teils der Dienstleistung.

3. Vorbehaltlich der in einem geeigneten konkreten Fall vorzunehmenden Prüfung der Frage, ob die einschlägigen Bestimmungen der Abschnitte III bis VI der Richtlinie 92/50 für den einzelnen Rechte schaffen, die unbedingt und hinreichend genau sind, um ohne nationale Umsetzungsmaßnahmen durchgesetzt werden zu können, kann das Recht der Dienstleistungserbringer aus den Artikeln 1 bis 10 der Richtlinie 92/50 auf Teilnahme an der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge gemäß den Bestimmungen dieser Richtlinie unmittelbare Wirkung haben.
  
4. Die Richtlinie 92/50 gilt nicht rückwirkend für bestehende öffentliche Dienstleistungsaufträge, die vor dem Termin für ihre Umsetzung abgeschlossen wurden. Ob eine neue Aushandlung von Bedingungen eines bestehenden öffentlichen Dienstleistungsauftrags einen Abbruch der Kontinuität dieses Auftrags zur Folge hat, der zur Anwendung der einschlägigen Bestimmungen der Richtlinie 92/50 auf die Vergabe des Anschlußauftrags führt, ist eine Frage des nationalen Rechts. Das Gemeinschaftsrecht verlangt von einem öffentlichen Auftraggeber nicht, daß er ein in einem bereits bestehenden öffentlichen Dienstleistungsauftrag vorgesehenes Kündigungsrecht nach dem Termin für die Umsetzung der Richtlinie 92/50 ausübt.