



## URTEIL DES GERICHTSHOFS

29. August 2014\*

*(Niederlassungsfreiheit – Dienstleistungsfreiheit – Transparenzgebot – Grundsätze der Äquivalenz und Effektivität)*

In der Rechtssache E-24/13,

ANTRAG des Staatsgerichtshofs des Fürstentums Liechtenstein an den Gerichtshof gemäss Artikel 34 des Abkommens der EFTA-Staaten über die Errichtung einer EFTA-Überwachungsbehörde und eines EFTA-Gerichtshofs in der vor ihm anhängigen Rechtssache

**Casino Admiral AG**

und

**Wolfgang Egger**

betreffend die Auslegung der Artikel 31 und 36 des EWR-Abkommens und des daraus abgeleiteten Transparenzgebots im Zusammenhang mit einem Verfahren zur Erteilung einer Spielbankenkonzession, erlässt

### DER GERICHTSHOF

bestehend aus Carl Baudenbacher, Präsident, Per Christiansen und Páll Hreinsson (Berichterstatter), Richter,

Kanzler: Gunnar Selvik,

unter Berücksichtigung der schriftlichen Erklärungen

- der Casino Admiral AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin), vertreten durch Stefan Hassler, Rechtsanwalt;

---

\* Sprache des Antrags: Deutsch.

- der Regierung Belgiens, vertreten durch Liesbet Van den Broeck und Marie Jacobs, Attachés der Generaldirektion Rechtsangelegenheiten des Föderalen öffentlichen Diensts für auswärtige Angelegenheiten, Aussenhandel und Entwicklungszusammenarbeit, als Bevollmächtigte, und Philippe Vlaemminck und Robbe Verbeke, Rechtsanwälte;
- der Regierung des Fürstentums Liechtenstein, vertreten durch Dr. Andrea Entner-Koch, Leiterin, und Frédérique Lambrecht, Leitender Juristischer Mitarbeiter, von der Stabstelle EWR, als Bevollmächtigte;
- der EFTA-Überwachungsbehörde, vertreten durch Xavier Lewis, Direktor, Markus Schneider, Stv. Direktor, und Catherine Howdle, Beamtin, Abteilung Rechts- und Verwaltungsangelegenheiten, als Bevollmächtigte, und
- der Europäischen Kommission (im Folgenden: Kommission), vertreten durch Adrián Tokár, Hélène Tserepa-Lacombe und Nicola Yerrell, Mitarbeiter des Juristischen Diensts der Kommission, als Bevollmächtigte;

unter Berücksichtigung des Sitzungsberichts,

nach Anhörung der mündlichen Ausführungen der Beschwerdeführerin, vertreten durch Stefan Hassler, Rechtsanwalt; Wolfgang Eggers (im Folgenden: Beschwerdegegner), vertreten durch Thomas Nigg, Rechtsanwalt; der Regierung Belgiens, vertreten durch Robbe Verbeke, Rechtsanwalt; der Regierung des Fürstentums Liechtenstein, vertreten durch Dr. Andrea Entner-Koch; der EFTA-Überwachungsbehörde, vertreten durch Catherine Howdle; und der Kommission, vertreten durch Nicola Yerrell, in der Sitzung vom 5. Juni 2014,

folgendes

## Urteil

### I Rechtlicher Hintergrund

#### *EWR-Recht*

1 Artikel 31 Absatz 1 des EWR-Abkommens lautet:

*Im Rahmen dieses Abkommens unterliegt die freie Niederlassung von Staatsangehörigen eines EG-Mitgliedstaats oder eines EFTA-Staates im Hoheitsgebiet eines dieser Staaten keinen Beschränkungen. Das gilt gleichermaßen für die Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften durch Angehörige eines EG-Mitgliedstaats oder eines EFTA-Staates, die im Hoheitsgebiet eines dieser Staaten ansässig sind.*

*Vorbehaltlich des Kapitels 4 umfasst die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesell-*

*schaften im Sinne des Artikels 34 Absatz 2, nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen.*

2 Artikel 36 Absatz 1 des EWR-Abkommens lautet:

*Im Rahmen dieses Abkommens unterliegt der freie Dienstleistungsverkehr im Gebiet der Vertragsparteien für Angehörige der EG-Mitgliedstaaten und der EFTA-Staaten, die in einem anderen EG-Mitgliedstaat beziehungsweise in einem anderen EFTA-Staat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, keinen Beschränkungen.*

3 Nach Artikel 65 Absatz 1 des EWR-Abkommens sind die „besonderen Bestimmungen und besonderen Regelungen über das öffentliche Auftragswesen [...] in Anhang XVI enthalten“. Punkt 1 dieses Anhangs enthält einen Verweis auf die Richtlinie 2004/18/EG vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. 2004 L 134, S. 114) (im Folgenden: Richtlinie).

4 Erwägungsgrund 2 der Präambel der Richtlinie lautet:

*Die Vergabe von Aufträgen in den Mitgliedstaaten auf Rechnung des Staates, der Gebietskörperschaften und anderer Einrichtungen des öffentlichen Rechts ist an die Einhaltung der im Vertrag niedergelegten Grundsätze gebunden, insbesondere des Grundsatzes des freien Warenverkehrs, des Grundsatzes der Niederlassungsfreiheit und des Grundsatzes der Dienstleistungsfreiheit sowie der davon abgeleiteten Grundsätze wie z. B. des Grundsatzes der Gleichbehandlung, des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung, des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung, des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und des Grundsatzes der Transparenz. [...]*

5 Artikel 17 der Richtlinie bestimmt ausdrücklich: „Unbeschadet der Bestimmungen des Artikels 3 gilt diese Richtlinie nicht für Dienstleistungskonzessionen gemäß Artikel 1 Absatz 4“.

6 Gemäss Artikel 1 Absatz 4 der Richtlinie sind Dienstleistungskonzessionen definiert als „Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht“.

#### *Nationales Recht*

7 Artikel 2 des Geldspielgesetzes vom 30. Juni 2010, LGBl. 2010 Nr. 235, lautet:

#### *Art. 2 – Zweck*

*1) Dieses Gesetz bezweckt:*

- a) *einen sicheren, ordnungsgemässen und transparenten Spielbetrieb zu gewährleisten;*
  - b) *Geldwäscherei, organisierte Kriminalität und Terrorismusfinanzierung durch Anbieter von Geldspielen, ihre Kunden oder Drittpersonen im Umfeld des Spielbetriebs zu verhindern;*
  - c) *sozial schädlichen Auswirkungen des Spielbetriebs vorzubeugen.*
- 2) *Im Rahmen der Zwecke nach Abs. 1 soll dieses Gesetz dem Staat Einnahmen verschaffen sowie gemeinnützige und wohltätige Projekte und Tätigkeiten fördern.*

- 8 Wer eine Spielbank betreiben will, braucht gemäss Artikel 8 Absatz 1 des Geldspielgesetzes eine Konzession der Regierung.
- 9 Nach dem ersten Satz von Artikel 8 Absatz 2 des Geldspielgesetzes besteht kein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Konzession.
- 10 Nach Artikel 9 des Geldspielgesetzes kann eine Spielbanken Konzession nur erteilt werden, wenn die in diesem Artikel festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind.
- 11 Wird nur eine Konzession vergeben, so ist dem zweiten Satz von Artikel 13 Absatz 1 des Geldspielgesetzes zufolge vorgängig ein Ausschreibungsverfahren durchzuführen. Artikel 13 Absatz 2 des Geldspielgesetzes sieht vor, dass das Amt für Volkswirtschaft das Gesuch prüft und gegebenenfalls beim Gesuchsteller unter Fristansetzung eine Nachbesserung oder weitere Unterlagen verlangt.
- 12 Artikel 14 Absatz 1 und 2 des Geldspielgesetzes lauten:

*Art. 14 – Erteilung der Konzession*

- 1) *Die Regierung [des Fürstentums Liechtenstein] entscheidet über die Erteilung der Konzession.*
  - 2) *Ist die Anzahl der eingereichten Gesuche höher als die von der Regierung vorgesehene Anzahl Konzessionen, so entscheidet die Regierung aufgrund der Qualität der Gesuche im Hinblick auf eine optimale Umsetzung der Ziele dieses Gesetzes.*
- 13 Artikel 17 Absatz 4 der Spielbankenverordnung vom 21. Dezember 2010, LGBI. 2010 Nr. 439, lautet:
- 4) *Treten mehrere Gesuchsteller, die die Voraussetzungen für die Erteilung der Konzession erfüllen, gleichzeitig auf, so rangiert sie das Amt für Volkswirtschaft nach Massgabe der besten Erfüllung folgender Kriterien:*

- a) *Unabhängigkeit der Geschäftsführung gegen aussen;*
- b) *Transparenz und Überwachung des Spielbetriebs und der Geldflüsse;*
- c) *Fachkenntnisse;*
- d) *Qualität des Sicherheitskonzepts;*
- e) *Qualität des Sorgfaltspflichtkonzepts;*
- f) *Qualität des Sozialkonzepts;*
- g) *Qualität und Glaubwürdigkeit des Businessplans;*
- h) *Aussagekraft und Ergebnisse des Berichts über den volkswirtschaftlichen Nutzen der Spielbank;*
- i) *Funktionalität und Aussagekraft der internen Organisation und des Qualitätsmanagementsystems;*
- k) *volkswirtschaftlicher Nutzen der Annexbetriebe;*
- l) *planungs- und baurechtliche Eignung des Spielbankenstandorts.*

## **II Sachverhalt und Verfahren vor dem nationalen Gericht**

- 14 Am 1. Februar 2011 veröffentlichte die Regierung des Fürstentums Liechtenstein (im Folgenden: Regierung) im Internet eine Ausschreibung zur Vergabe einer Konzession zum Betrieb einer Spielbank im Fürstentum Liechtenstein (im Folgenden: Ausschreibung). Bis zum Ende der Frist am 31. März 2011 gingen zwei Konzessionsgesuche ein; eines von der Beschwerdeführerin, das andere vom Beschwerdegegner.
- 15 In Punkt 3.1 der Ausschreibungsunterlagen, die den Interessenten übermittelt wurden, wurde auf die Konzessionsvoraussetzungen nach Artikel 9 des Geldspielgesetzes und die Zuschlagskriterien nach Artikel 17 Absatz 4 Buchstaben a bis l der Spielbankenverordnung verwiesen. Überdies wurde festgehalten, dass die in der letztgenannten Fundstelle angeführten Kriterien unterschiedlich gewichtet werden, wobei dem volkswirtschaftlichen Nutzen, Unterabsätze h und k, und dem geplanten Spielbankenstandort, Unterabsatz l, besondere Bedeutung zukomme.
- 16 Im April 2011, nach Ablauf der Frist zur Einreichung der Gesuche, wurde ein Bewertungsbogen erstellt. Dieser wurde vom Amt für Volkswirtschaft ausgearbeitet und von der Regierung mit Beschluss vom 19. April 2011 zur Kenntnis genommen. Der Bewertungsbogen wurde nicht veröffentlicht. In diesem Bewertungsbogen wurde eine ausführliche Gewichtung der Kriterien nach Artikel 17 Absatz 4 Buchstaben a bis l der Spielbankenverordnung mit Hinweis auf die unterschiedliche Bedeutung jedes Kriteriums vorgenommen. Besondere Rechnung getragen wurde „[d]em Stellenwert des volkswirtschaftlichen Nutzens [...] und der baurechtlichen Eignung des Spielbankenstandorts“. Der Bewertungsbogen enthielt die nachstehende Tabelle, aus der die pro Kriterium maximale erreichbare Punktezahl hervorgeht. Zudem hiess es, das Amt für Volkswirtschaft werde bei der Regierung die Erteilung der Konzession an jenen Gesuchsteller beantragen, dessen Gesuch mit der insgesamt höchsten Punktezahl bewertet worden sei.

		Punktemaximum:
(a)	<i>Unabhängigkeit der Geschäftsführung gegen aussen;</i>	100
(b)	<i>Transparenz und Überwachung des Spielbetriebs und der Geldflüsse;</i>	180
(c)	<i>Fachkenntnisse;</i>	110
(d)	<i>Qualität des Sicherheitskonzepts;</i>	240
(e)	<i>Qualität des Sorgfaltspflichtkonzepts;</i>	225
(f)	<i>Qualität des Sozialkonzepts;</i>	230
(g)	<i>Qualität und Glaubwürdigkeit des Businessplans;</i>	370
(h + k)	<i>Aussagekraft und Ergebnisse des Berichts über den volkswirtschaftlichen Nutzen der Spielbank und der Annexbetriebe;</i>	430
(i)	<i>Funktionalität und Aussagekraft der internen Organisation und des Qualitätsmanagement-systems;</i>	150
(l)	<i>planungs- und baurechtliche Eignung des Spielbankenstandorts;</i>	370
	<i>Total</i>	2 405

- 17 Unter Beiziehung von Sachverständigen prüfte das Amt für Volkswirtschaft die Konzessionsvoraussetzungen nach Artikel 9 des Geldspielgesetzes und nahm anschliessend eine Reihung der zwei eingegangenen Gesuche nach den Kriterien gemäss Artikel 17 Absatz 4 der Spielbankenverordnung sowie nach deren Gewichtung entsprechend dem erwähnten Bewertungsbogen vor. Am 31. Januar 2012 lehnte die Regierung gemäss Antrag des Amts für Volkswirtschaft vom 16. November 2011 mittels Entscheidung RA 2011/2897-7117 (im Folgenden: Entscheidung der Regierung) das Gesuch der Beschwerdeführerin ab und erteilte die Konzession dem Beschwerdegegner.
- 18 Gegen diese Entscheidung der Regierung erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof des Fürstentums Liechtenstein. Sie brachte u. a. vor, die Bewertungskriterien und deren Gewichtung widersprüchen dem Geldspielgesetz und verstiessen gegen die Verfassung.
- 19 Der Verwaltungsgerichtshof gab der Beschwerde mit Urteil vom 31. Mai 2012 teilweise statt und hob die Entscheidung der Regierung auf. Er gelangte zu dem Ergebnis, dass die Gewichtung der Zuschlagskriterien rechtswidrig war und eine neuerliche Ausschreibung zu erfolgen hätte. Die Beschwerdeführerin war mit der Auslegung des Transparenzgebots durch den Verwaltungsgerichtshof nicht einverstanden und erhob am 20. Juli 2012 vor dem Staatsgerichtshof Individualbeschwerde gegen dieses Urteil. Mit Urteil vom 11. Dezember 2012 gab der Staatsgerichtshof der Individualbeschwerde wegen Verletzung der Begründungspflicht statt und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung zurück an den Verwaltungsgerichtshof.

- 20 Im zweiten Urteil entschied der Verwaltungsgerichtshof am 18. Februar 2013 erneut, die Entscheidung der Regierung aufzuheben. Den Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der Spielbankenkonzession an sie wies er jedoch ab, da ein allfälliges neues Verfahren zur Konzessionserteilung mit einer neuerlichen Ausschreibung zu beginnen habe.
- 21 In seinem Urteil hielt der Verwaltungsgerichtshof fest, dass nur und erst der Bewertungsbogen eine inhaltlich ausreichende Erläuterung der Gewichtung der Zuschlagskriterien enthalte, nicht aber die ursprüngliche Ausschreibung. Mangels Veröffentlichung hatte dieses Dokument jedoch keine Rechtswirksamkeit erlangt. Dem Ausschreibungsverfahren lag daher keine rechtsgültige Gewichtung der Kriterien zugrunde. Der Verwaltungsgerichtshof stellte fest, dass es sich aus EWR-rechtlicher Sicht bei einer Spielbankenkonzession um eine Dienstleistungskonzession handelt und dass Dienstleistungskonzessionen von keiner der das öffentliche Auftragswesen regelnden Richtlinien erfasst werden. Dennoch gelangte der Verwaltungsgerichtshof zu dem Schluss, dass das gegenständliche Ausschreibungsverfahren den EWR-rechtlichen Anforderungen betreffend Transparenz und Gleichbehandlung nicht entsprach und somit rechtswidrig war.
- 22 Am 21. März 2013 erhob die Beschwerdeführerin mit der Begründung, der Verwaltungsgerichtshof habe in seinem Urteil vom 18. Februar 2013 fälschlicherweise nicht zwischen einer Dienstleistungskonzession und einer Auftragsvergabe differenziert, erneut Individualbeschwerde beim Staatsgerichtshof. Das Transparenzgebot sei daher nicht verletzt. Unter Bezugnahme auf die Rechtssache C-226/09 *Kommission ./. Irland*, Slg. 2010, I-11807, und die Schlussanträge des Generalanwalts Alber in der Rechtssache C-470/99 *Universale-Bau*, Slg. 2002, I-11617, argumentierte die Beschwerdeführerin, dass das Transparenzgebot nicht vorschreibe, dass die Gewichtung der Zuschlagskriterien im Voraus bekannt gegeben werden müsse. Dem Verwaltungsgerichtshof sei daher bei der Ablehnung ihres Antrags auf Erteilung der Spielbankenkonzession ein Rechtsfehler unterlaufen und er habe die verfassungsmässig gewährleisteten Rechte der Beschwerdeführerin verletzt. Dem von der Beschwerdeführerin darüber hinaus gestellten Antrag, der Individualbeschwerde aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, wurde vom Präsidenten des Staatsgerichtshofs mit Beschluss vom 28. März 2013 stattgegeben.
- 23 Der Staatsgerichtshof weist darauf hin, dass es keine Rechtsprechung der EWR-Gerichte gibt, welche eine eindeutige Antwort auf die Frage liefert, ob das Ausschreibungsverfahren zur Vergabe der Spielbankenkonzession einen Verstoß gegen EWR-Recht, insbesondere gegen die Artikel 31 und 36 des EWR-Abkommens und das daraus abgeleitete Transparenzgebot, darstellt, der die Durchführung eines neuerlichen Ausschreibungsverfahrens rechtfertigt.
- 24 In der Folge legte der Staatsgerichtshof dem Gerichtshof mit Antrag vom 8. November 2013 die folgenden Fragen vor:

1. *Welches sind die generellen Anforderungen des EWR- bzw. Europarechts (insbesondere Art. 43 und 49 EG und das daraus abgeleitete Transparenzgebot) an das Verfahren zur Vergabe von Spielbankenkonzessionen?*
  2. *Verlangt das EWR- bzw. Europarecht, dass eine Konzessionsbehörde bereits im Stadium der Ausschreibung bekannt gibt, wie sie die Vorgaben in Gesetz und Verordnung ergänzend bzw. weiterführend zu konkretisieren gedenkt?*
  3. *Besteht insbesondere eine generelle Pflicht im Rahmen des entsprechenden Ausschreibungsverfahrens zur vorgängigen Bekanntgabe der relativen Gewichtung der Zuschlagskriterien für die Zuschlagserteilung? Falls ja: welche Anforderungen stellt das EWR- bzw. Europarecht an den Informationsgehalt dieser vorgängigen Bekanntgabe?*
  4. *Wurden im konkreten Fall die Vorgaben des EWR- bzw. Europarechts beachtet?*
  5. *Falls der EFTA-Gerichtshof zur Auffassung gelangt, dass das Ausschreibungsverfahren nicht EWR- bzw. europarechtskonform gewesen ist:*
    - a) *Sehen das EWR- bzw. Europarecht bei solchen Verfahrensfehlern bestimmte Rechtsfolgen vor?*
    - b) *Ist eine Heilung derartiger Verfahrensfehler möglich? Falls ja, unter welchen Voraussetzungen?*
    - c) *Waren im konkreten Fall die Voraussetzungen gegeben, eine ersatzlose Aufhebung des ganzen Ausschreibungs- sowie Zuschlagsverfahrens anzuordnen?*
- 25 Für eine ausführliche Darstellung des rechtlichen Hintergrunds, des Sachverhalts, des Verfahrens und der beim Gerichtshof eingereichten schriftlichen Erklärungen wird auf den Sitzungsbericht verwiesen. Auf den Sitzungsbericht wird im Folgenden nur insoweit eingegangen, wie es für die Begründung des Gerichtshofs erforderlich ist.

### **III Zur ersten, zweiten und dritten Frage**

- 26 Vor dem Hintergrund der im Antrag des Staatsgerichtshofs übermittelten Informationen und der Zuständigkeit des Gerichtshofs gemäss Artikel 34 des Abkommens zwischen den EFTA-Staaten zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofs betrifft die erste Frage welche Anforderungen sich aus den Artikeln 31 und 36 des EWR-Abkommens bei der Vergabe einer Spielbankenkonzession wie jener, die Gegenstand des Ausgangsverfahrens ist, ergeben. Mit seiner zweiten Frage ersucht der Staatsgerichtshof um Klärung, ob



bereits im Stadium der Ausschreibung bekannt gegeben werden muss, wie die in der anwendbaren Gesetzgebung festgelegten Anforderungen konkretisiert werden. Die dritte Frage des Staatsgerichtshofs bezieht sich darauf, ob eine generelle Pflicht zur vorgängigen Bekanntgabe der relativen Gewichtung der Zuschlagskriterien besteht und wenn ja, welche Angaben bei einer solchen Bekanntgabe zu machen sind. Der Gerichtshof erachtet es als angemessen, diese drei Fragen gemeinsam zu beantworten.

*Dem Gerichtshof vorgelegte Stellungnahmen*

- 27 Bezugnehmend auf die Rechtssache *Kommission ./.* *Irland*, oben erwähnt, argumentiert die Beschwerdeführerin, dass sich das Transparenzgebot im EWR-Recht – selbst wenn es im öffentlichen Auftragswesen eine zwingende Bekanntgabe der Gewichtung der Zuschlagskriterien mit der Ausschreibung vorsieht – nicht auf die Vergabe einer Dienstleistungskonzession erstreckt. Die Beschwerdeführerin weist darauf hin, dies sei logisch, nachdem das wirtschaftlich günstigste Angebot nicht von Interesse ist, da der öffentliche Auftraggeber für die Leistungserbringung keine Zahlungen leisten muss.
- 28 Die Beschwerdeführerin argumentiert, dass das Transparenzgebot – selbst wenn es eine Bekanntgabe der Gewichtung der Zuschlagskriterien verlangt – nicht verletzt wurde, da die Kriterien für die Gewichtung im Geldspielgesetz und den Teilen der Spielbankenverordnung, in denen die relevanten Zielsetzungen statuiert sind, enthalten sind. Wird nicht zwischen diesen Zwecken unterschieden, sollten sie als gleich wichtig und damit als gleichrangig betrachtet werden.
- 29 Im Einklang mit den Schlussfolgerungen des Verwaltungsgerichtshofs bringt die Beschwerdeführerin vor, der Bewertungsbogen sei unrechtmässig. Ihrer Ansicht nach sollte dies jedoch nicht dazu führen, dass das Ausschreibungsverfahren an sich unrechtmässig ist. Beim Bewertungsbogen handelt es sich um ein vom Amt für Volkswirtschaft ausgearbeitetes internes Arbeitspapier, über dessen Existenz keiner der Bieter Bescheid wusste. Man hätte es schlicht ausklammern und die Gesuche ohne Bewertungsbogen prüfen können.
- 30 Im Zusammenhang mit der Frage der Rechtmässigkeit des Ausschreibungsverfahrens weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ausschreibung weder europarechtliche Richtlinien noch die Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Union eine zwingende Bekanntgabe der Gewichtung der Zuschlagskriterien verlangten.
- 31 Bei der Anhörung der mündlichen Ausführungen äusserte die Beschwerdeführerin, das Transparenzgebot enthalte keine strenge Anforderung. Ein gewisser Grad an Öffentlichkeit reiche aus, wobei dieser ihrer Ansicht nach durch die elektronische Veröffentlichung der Ausschreibung und der Zuschlagskriterien mit Verweis auf das Geldspielgesetz und die Spielbankenverordnung gewährleistet wurde. Dem Transparenzgebot wurde darüber hinaus insofern Rechnung getragen, als die Bieter die Möglichkeit hatten, dem Amt für

Volkswirtschaft zu unklaren Aspekte in den Ausschreibungsunterlagen Fragen zu stellen. Mit 27 gestellten Fragen, deren Antworten allen Bietern zur Verfügung gestellt wurden, wurde von dieser Möglichkeit reger Gebrauch gemacht.

- 32 In seinen mündlichen Ausführungen brachte der Beschwerdegegner vor, die Vergabe der Spielbankenkonzession sei rechtmässig erfolgt und die Anforderungen des Geldspielgesetzes und der Spielbankenverordnung seien eingehalten worden.
- 33 Die Regierung Belgiens hält fest, dass Dienstleistungskonzessionen von keiner der das öffentliche Auftragswesen regelnden Richtlinien und von keinen sonstigen speziellen Vorschriften erfasst werden. Somit unterliegt die konzessionserteilende Behörde den grundlegenden Regeln des EWR-Rechts, insbesondere dem Grundsatz der Gleichbehandlung und dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sowie dem daraus folgenden Transparenzgebot. Die aus dem Transparenzgebot resultierende Hauptanforderung ist die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens vor der Erteilung einer Konzession für den Spielbetrieb. Die Ausschreibung selbst fällt jedoch nicht unter das Transparenzgebot. Es ist ausreichend, einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherzustellen, der eine Öffnung der Dienstleistungskonzession für den Wettbewerb und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind.
- 34 Die Regierung Belgiens hebt hervor, dass die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung und des daraus folgenden Transparenzgebots zwangsläufig damit einhergeht, dass objektive Kriterien – die es erlauben, der Ermessensausübung der zuständigen Behörden des betreffenden EWR-Staats Grenzen zu setzen – ausreichend öffentlich gemacht werden müssen. Bezugnehmend auf die Rechtssache *Kommission ./. Irland*, oben erwähnt, bringt die Regierung Belgiens vor, dass – wenn keine Richtlinien über das öffentliche Auftragswesen anwendbar sind – die Annahme nicht gerechtfertigt ist, dass die Tragweite des Gleichheitsgrundsatzes und des daraus resultierenden Transparenzgebots so weit reicht, dass die relative Gewichtung der vom öffentlichen Auftraggeber angewandten Kriterien vorab bestimmt werden muss und den potenziellen Bietern bei der Aufforderung, ihre Angebote einzureichen, mitzuteilen ist. In ihren mündlichen Ausführungen hob die Regierung Belgiens darüber hinaus hervor, dass die Festlegung einer Gewichtung in einem Ausschreibungsverfahren nach der Öffnung der Angebote nicht mehr zulässig ist.
- 35 Unter Verweis auf die Rechtssache C-331/04 *ATI EAC u. a.*, Slg. 2005, I-10109, argumentiert die Regierung Belgiens weiter, es verstosse nicht gegen das europäische Recht, zuvor festgelegte Zuschlagskriterien zu gewichten, sofern dies die Kriterien nicht ändert, die Vorbereitung der Angebote nicht beeinflusst, und dies nicht unter Berücksichtigung von Umständen erfolgt ist, die einen der Bieter diskriminieren konnten. Jegliche Ergänzung, weiterführende Konkretisierung oder Gewichtung bestehender Kriterien darf insofern nicht wesentlich sein, als dies die Zulassung anderer Bieter oder die Annahme anderer Angebote erlaubt hätte.

- 36 Der Regierung des Fürstentums Liechtenstein zufolge haben öffentliche Stellen bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen die grundlegenden Regeln des EWR-Rechts, wie den Gleichbehandlungsgrundsatz und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sowie das daraus folgende Transparenzgebot, zu beachten. Vor dem Hintergrund dieser Grundsätze müssen alle potenziellen Bieter bei der Formulierung der Bedingungen ihres Angebots die gleichen Chancen haben und denselben Bedingungen unterliegen. Es sollte ein angemessener Grad an Öffentlichkeit sichergestellt werden, der eine Öffnung des Marktes für den Wettbewerb und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind. Der Regierung des Fürstentums Liechtenstein zufolge ist diese Anforderung erfüllt, wenn die Ausschreibung im Internet veröffentlicht wurde und die Ausschreibungsunterlagen den Parteien ermöglichen, sich eine genaue Vorstellung von der Konzession zu machen.
- 37 Die Regierung des Fürstentums Liechtenstein bringt weiter vor, dass die Erteilung einer Dienstleistungskonzession nicht in den Geltungsbereich der Richtlinien über die unterschiedlichen Kategorien von öffentlichen Aufträgen fällt. Unter Bezugnahme auf die Rechtssache *Kommission ./. Irland*, oben erwähnt, hält die Regierung des Fürstentums Liechtenstein fest, dass weder eine Verpflichtung zur Bestimmung der relativen Gewichtung der Kriterien für die Erteilung einer Dienstleistungskonzession im Vorfeld besteht, noch eine Verpflichtung dazu, diese den potenziellen Bietern bei der Aufforderung, ihre Angebote einzureichen, mitzuteilen.
- 38 Der EFTA-Überwachungsbehörde zufolge lässt sich aus der Rechtssache C-91/08 *Wall*, Slg. 2010, I-2815, ableiten, dass nationale Behörden bei der Veröffentlichung und Vergabe einer Dienstleistungskonzession zwei Anforderungen zu erfüllen haben. Und zwar muss die Ausschreibung so veröffentlicht werden, dass erstens die Konzession für den Wettbewerb geöffnet und zweitens die Nachprüfung ermöglicht wird, ob das Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden ist. Zu diesem Zweck sollten die nationalen Behörden gewährleisten, dass die in einem Zuschlagsverfahren angewendeten Bewertungskriterien zu keiner Diskriminierung oder Parteilichkeit führen und nicht auf eine Art und Weise ermittelt werden, die es ausschliesst, dass ein nationales Gericht prüft, ob dies der Fall ist.
- 39 Nach Auffassung der EFTA-Überwachungsbehörde geht aus dem Urteil in der Rechtssache *Kommission ./. Irland*, oben erwähnt, hervor, dass das Transparenzgebot nicht erfordert, dass die genauen Verfahrensanforderungen der Richtlinien über das öffentliche Auftragswesen ausserhalb des Geltungsbereichs dieser Richtlinien Anwendung finden. Allerdings scheint der Standard, den die nationalen Behörden einhalten sollten, um das Transparenzgebot an sich zu erfüllen, in den verbundenen Rechtssachen C-72/10 und C-77/10 *Costa und Cifone*, Urteil vom 16. Februar 2012, in elektronischer Form veröffentlicht, aufgehoben worden zu sein.

- 40 Die EFTA-Überwachungsbehörde ist der Ansicht, dass die Artikel 31 und 36 des EWR-Abkommens einen solch ausreichenden Grad an Öffentlichkeit erfordern, dass die Konzession für den Wettbewerb geöffnet wird und nachgeprüft werden kann, ob das Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden ist. Überdies müssen die Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens klar, genau und eindeutig sein, so dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt die genaue Bedeutung dieser Informationen verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können.
- 41 Die EFTA-Überwachungsbehörde glaubt nicht, dass es das EWR-Recht ausdrücklich erfordert, dass eine Konzessionsbehörde bereits im Stadium der Ausschreibung bekannt gibt, wie sie die Vorgaben der anwendbaren Rechtsvorschriften ergänzend bzw. weiterführend zu konkretisieren gedenkt. Eine spezifische Gewichtung der in der Ausschreibung genannten Kriterien kann zu einem späteren Zeitpunkt festgelegt werden, sofern die Gebote noch nicht geöffnet wurden. Die nationale Behörde muss jedoch die allgemeinen Vorgaben hinsichtlich der Transparenz einhalten. Wenn eine relative Gewichtung in der Ausschreibung angeführt ist (oder aus einer einheitlichen Vorgehensweise abgeleitet werden kann), darf sich diese relative Gewichtung nicht ändern, wenn die ausschreibende Behörde die genaue Gewichtung festlegt.
- 42 Die Kommission merkt an, dass Dienstleistungskonzessionen nicht in den Geltungsbereich der Richtlinie fallen. Trotzdem unterliegen sie den fundamentalen Grundsätzen der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit und insbesondere dem zentralen Prinzip des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Das Transparenzgebot erlaubt die Überprüfung, ob dieses Prinzip eingehalten wird.
- 43 Unter Verweis auf die Rechtssachen C-324/98 *Telaustria und Telefonadress*, Slg. 2000, I-10745, und C-64/08 *Engelmann*, Slg. 2010, I-8219 macht die Kommission geltend, dass der öffentliche Auftraggeber zur Erfüllung des Transparenzgebots einen „angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen [muss], der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet“ und die Nachprüfung ermöglicht, ob das Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurde.
- 44 Zur Öffnung des Verfahrens unter Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung sollten, so die Kommission, von Anfang an ausreichende Informationen bereitgestellt werden, damit die interessierten Parteien beurteilen können, ob sie Interesse bekunden wollen oder nicht. Um dem Ermessen nationaler Behörden Grenzen zu setzen, müssen die Zuschlagskriterien auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen. So wird gewährleistet, dass die Parteien bei der Abfassung ihrer Gesuche in derselben Ausgangsposition sind und dass die Gesuche anschliessend auf der Grundlage derselben Vorgaben und unter denselben Bedingungen geprüft werden.

- 45 Die Kommission hält zudem fest, dass bei einer Dienstleistungskonzession, die nicht in den Geltungsbereich der Richtlinie fällt, keine spezifische Verpflichtung zur Bekanntgabe von Einzelheiten über die relative Gewichtung der Zuschlagskriterien besteht. Nichtsdestotrotz ist die relative Gewichtung der Zuschlagskriterien vor der Öffnung der Angebote festzulegen und darf weder Informationen beinhalten, die sich erheblich auf die Vorbereitung des Angebots selbst ausgewirkt hätten, noch solche, die zu einer tatsächlichen Änderung der ursprünglichen Kriterien führen.
- 46 Bei der Anhörung der mündlichen Ausführungen brachte die Kommission vor, sie teile die Einschätzung der EFTA-Überwachungsbehörde, der hinsichtlich des allgemeinen Transparenzgebots zu erfüllende Standard sei durch die Rechtssache *Costa und Cifone*, oben erwähnt, angehoben worden, nicht. In dieser Rechtssache verweist der Gerichtshof der Europäischen Union auf althergebrachte allgemeine Grundsätze, und angesichts der unterschiedlichen Sachverhalte kann nicht davon ausgegangen werden, dass damit die Rechtsprechung aus der oben zitierten Rechtssache *Kommission ./. Irland*, auf die im massgeblichen Teil des Urteils kein Bezug genommen wird, geändert wurde. Um diese Ansicht weiter zu untermauern, verweist die Kommission auf die Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (ABl. 2014 L 94, S. 1), die noch nicht ins EWR-Recht aufgenommen wurde. Die Artikel 33 und 41 sowie Anhang V erfordern die Einbeziehung der Zuschlagskriterien in die Konzessionsbekanntmachung, doch Artikel 41 Absatz 3 legt fest, dass die Kriterien nur in absteigender Reihenfolge ihrer Bedeutung angegeben werden müssen. Dementsprechend haben die europäischen Gesetzgebungsorgane keine Verpflichtung zur relativen Gewichtung vorgesehen, die Artikel 53 Absatz 2 der Richtlinie 2004/18/EG entgegengestellt werden kann. Es kann auch nicht argumentiert werden, dass trotzdem eine Verpflichtung zur relativen Gewichtung auf der Grundlage des allgemeinen Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und des Transparenzgebots bestünde.

#### *Entscheidung des Gerichtshofs*

- 47 Einleitend ist festzuhalten, dass die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen im Rahmen des Vertrags, der Gegenstand des Ausgangsverfahrens ist, ausschliesslich in dem Recht zum Betrieb einer Spielbank besteht. Dementsprechend handelt es sich bei dem Vertrag um eine Dienstleistungskonzession im Sinne von Artikel 1 Absatz 4 der Richtlinie. Demzufolge fällt er nach den Vorgaben aus Artikel 17 der Richtlinie nicht in deren Anwendungsbereich.
- 48 Der Gerichtshof erinnert daran, dass es sich bei allen gegen Entgelt angebotenen Glücksspielen (Spiele und Wetten) um Geschäftstätigkeiten handelt, die in den Geltungsbereich der Grundfreiheiten des EWR-Abkommens fallen (vgl. Rechtssache E-3/06 *Ladbroke's*, Slg. 2007, EFTA Court Report, S. 86, Randnr. 39, und die zitierte Rechtsprechung). Darüber hinaus stellt ein nationales Recht wie das des Ausgangsverfahrens, das die Ausübung einer

Geschäftstätigkeit von der Erteilung einer Konzession abhängig macht, ein Hindernis für die gemäss Artikel 31 und 36 des EWR-Abkommens garantierten Freiheiten dar.

- 49 Solche Einschränkungen können jedoch aufgrund der in Artikel 33 des EWR-Abkommens ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen zugelassen werden oder durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Sittliche, religiöse und kulturelle Besonderheiten und die sittlich und finanziell schädlichen Folgen für den Einzelnen wie für die Gesellschaft, die mit Spielen und Wetten einhergehen, können ein ausreichendes Ermessen der staatlichen Stellen rechtfertigen, festzulegen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung ergeben.
- 50 Den EWR-Staaten steht es frei, die Ziele ihrer Politik auf dem Gebiet der Glücksspiele festzulegen und gegebenenfalls das angestrebte Schutzniveau genau zu bestimmen, sofern sie dabei den Anforderungen der Rechtsprechung des Gerichtshofs hinsichtlich der Verhältnismässigkeit genügen (vgl. *Ladbroke's*, oben erwähnt, Randnr. 42, und die zitierte Rechtsprechung).
- 51 Obwohl Dienstleistungskonzessionen nach dem gegenwärtigen Stand des EWR-Rechts von keiner der das öffentliche Auftragswesen regelnden Richtlinien erfasst werden, haben die für die Vergabe verantwortlichen öffentlichen Stellen die grundlegenden Regeln des EWR-Rechts im Allgemeinen, einschliesslich der Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs, und insbesondere den Gleichbehandlungsgrundsatz und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sowie das daraus folgende Transparenzgebot zu beachten. Dieses Transparenzgebot gilt, wenn die betreffende Dienstleistungskonzession für ein Unternehmen von Interesse sein kann, das in einem anderen EWR-Staat als dem, in dem diese Konzession erteilt wird, ansässig ist (vgl. entsprechend Rechtssache C-203/08 *Sporting Exchange*, Slg. 2010, I-4695, Randnrn. 39 und 40 und die zitierte Rechtsprechung).
- 52 Auch wenn das Transparenzgebot nicht unbedingt eine öffentliche Ausschreibung vorschreibt, verpflichtet es doch die konzessionserteilende Stelle, zugunsten der potentiellen Bewerber einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherzustellen, der ein Bieterverfahren unter Wettbewerbsbedingungen und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind (vgl. diesbezüglich *Costa und Cifone*, oben erwähnt, Randnr. 55, und die zitierte Rechtsprechung).
- 53 Die Erteilung einer Dienstleistungskonzession muss daher auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen, damit der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden Grenzen gesetzt werden.
- 54 Bei mangelnder Transparenz hat ein Unternehmen, das in einem anderen EWR-Staat als dem, in dem die Konzession erteilt wird, ansässig ist, keine tatsächliche Möglichkeit, sein Interesse am Erhalt der erwähnten Konzession kundzutun. Die Transparenzerfordernisse müssen insbesondere geeignet sein, einem auf dem

Gebiet eines EWR-Staats, bei dem es sich nicht um Liechtenstein handelt, niedergelassenen Unternehmen vor der Vergabe Zugang zu angemessenen Informationen über diese Konzession zu ermöglichen, so dass dieses Unternehmen gegebenenfalls sein Interesse am Erhalt dieser Konzession hätte bekunden können (vgl. Rechtssache C-231/03 *Coname*, Slg. 2005, I-7287, Randnrn. 18 und 21).

- 55 Der Zweck des zugrundeliegenden Transparenzgrundsatzes besteht im Wesentlichen darin zu gewährleisten, dass alle interessierten Wirtschaftsteilnehmer auf der Basis sämtlicher relevanter Informationen an Ausschreibungen teilnehmen können, und die Gefahr von Günstlingswirtschaft oder von willkürlichen Entscheidungen der Vergabestelle auszuschliessen. Er verlangt, dass alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens klar, genau und eindeutig formuliert sind, so dass zum einen alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt die genaue Bedeutung dieser Informationen verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können, und zum anderen dem Ermessen der konzessionserteilenden Stelle Grenzen gesetzt werden und diese tatsächlich überprüfen kann, ob die Gebote der Bieter die für das Verfahren geltenden Kriterien erfüllen.
- 56 Der Grundsatz der Rechtssicherheit gebietet im Übrigen, dass Rechtsvorschriften vor allem dann, wenn sie nachteilige Folgen für Einzelne und Unternehmen haben können, klar, bestimmt und in ihren Auswirkungen voraussehbar sind.
- 57 Laut Akte enthielten die Ausschreibungsunterlagen, die den Interessenten übermittelt wurden, einen Verweis auf die Konzessionsvoraussetzungen nach Artikel 9 des Geldspielgesetzes und die Zuschlagskriterien nach Artikel 17 Absatz 4 Buchstaben a bis l der Spielbankenverordnung. Zudem wurde von Anfang an festgehalten, dass die in Artikel 17 Absatz 4 der Spielbankenverordnung angeführten Kriterien unterschiedlich gewichtet werden, wobei den Kriterien gemäss Unterabsatz h und k von Artikel 17 Absatz 4, die sich mit dem volkswirtschaftlichen Nutzen beschäftigen, und Unterabsatz l derselben Bestimmung, die den geplanten Spielbankenstandort betrifft, besondere Bedeutung zukomme. Die relative Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien wurde jedoch weder in der Ausschreibung noch in den Ausschreibungsunterlagen angegeben.
- 58 Auch wenn die Verpflichtung, die relative Gewichtung jedes einzelnen Zuschlagskriteriums im Stadium der Veröffentlichung der Bekanntmachung anzugeben, wie in Artikel 53 Absatz 2 der Richtlinie vorgesehen, das Transparenzgebot in Bezug auf öffentliche Dienstleistungsaufträge erweitert, ist es mangels dahingehender besonderer Vorschriften nicht zulässig, dies auch in Bezug auf Dienstleistungskonzessionen zu verlangen (vgl. entsprechend *Kommission ./. Irland*, oben erwähnt, Randnr. 43). Während Artikel 31 und 36 des EWR-Abkommens die Veröffentlichung der relativen Gewichtung der Kriterien oder die Mitteilung dieser Gewichtung an die interessierten Wirtschaftsteilnehmer vor der Einreichung der Gesuche nicht verbieten, folgt aus

den in den Randnrn. 55 und 56 angeführten Überlegungen nicht, dass diesbezüglich eine allgemeine Verpflichtung besteht.

- 59 Wenn der öffentliche Auftraggeber eine Gewichtung wie jene im Ausgangsverfahren vornimmt und die Voraussetzungen festlegt, unter denen die eingelangten Gesuche geprüft werden, hat er nichtsdestotrotz sicher zu stellen, dass der Vorgang unparteiisch durchgeführt wird und die Gesuchsteller, die an der Erteilung einer Dienstleistungskonzession interessiert sind, gleich behandelt werden. Der öffentliche Auftraggeber ist verpflichtet, die Zuschlagskriterien auf die gleiche Weise auszulegen, und die Gewichtung der Zuschlagskriterien sollte vor dem Öffnen der Umschläge mit den Gesuchen festgelegt werden. Darüber hinaus sollte die angewendete Gewichtung die in den Ausschreibungsunterlagen oder in der Bekanntmachung angegebenen Zuschlagskriterien weder verändern, noch sollte sie Elemente enthalten, die sich erheblich auf die Vorbereitung der Gesuche ausgewirkt hätten, wären sie zu diesem Zeitpunkt bekannt gewesen. Letztlich darf die Gewichtung nicht unter Berücksichtigung von Umständen erfolgen, die einen der Bieter diskriminieren können (vgl. *Kommission ./.* Irland, oben erwähnt, Randnrn. 46, 48 und 49).
- 60 Im Lichte der vorgängigen Feststellungen muss die Antwort auf die ersten drei Fragen lauten, dass nationale Behörden in Ermangelung einschlägiger Bestimmungen bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen den grundlegenden Regeln des EWR-Rechts unterliegen. Dies schliesst die Festlegung einer relativen Gewichtung der Zuschlagskriterien durch die nationale Behörde nicht aus; sie ist dabei jedoch zur Einhaltung des Transparenzgebots verpflichtet. Diese Verpflichtung zieht nach sich, dass die relative Gewichtung die ursprünglichen Zuschlagskriterien nicht verändern und nicht von einer Beschaffenheit sein darf, die die Vorbereitung der Angebote wesentlich hätte beeinflussen können oder die zu einer Diskriminierung eines der Bieter führen konnte.

#### **IV Zur vierten und fünften Frage**

- 61 Mit der vierten und fünften Frage soll geklärt werden, ob die Vorgaben des EWR-Rechts im Zusammenhang mit dem Ausschreibungsverfahren beachtet wurden und welche Folgen eine Nichterfüllung dieser Vorgaben nach sich zieht. Insbesondere wünscht das nationale Gericht zu wissen, ob Verfahrensfehler dieser Art geheilt werden können und ob die Voraussetzungen zur ersatzlosen Aufhebung des ganzen Ausschreibungs- sowie Zuschlagsverfahrens gegeben waren. Der Gerichtshof erachtet es als angemessen, diese Fragen gemeinsam zu beantworten.

#### *Dem Gerichtshof vorgelegte Stellungnahmen*

- 62 Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Gewichtung der Zuschlagskriterien habe einen Mangel aufgewiesen. Allerdings konnte dieser Mangel, da er nicht das gesamte Ausschreibungsverfahren betraf, nur zu einer Wiederholung des betroffenen Verfahrensteils führen, und das nur unter der Bedingung, dass mehr



als ein Gesuch die Konzessionsvoraussetzungen erfüllt. Die Beschwerdeführerin weist darauf hin, dass nur ihr Gesuch die erforderlichen Voraussetzungen erfüllte, und dass infolgedessen die Bedingungen für eine Neuausschreibung nicht gegeben sind.

- 63 Die Regierungen Belgiens und des Fürstentums Liechtenstein, die EFTA-Überwachungsbehörde und die Kommission stimmen darin überein, dass es Sache des vorliegenden Gerichts ist, den Sachverhalt in der bei ihm anhängigen Rechtssache zu prüfen und zu beurteilen, ob die Vorgaben des EWR-Rechts beachtet wurden. Der Regierung Belgiens zufolge müssen, wenn sich herausstellt, dass ein Ausschreibungsverfahren nicht dem EWR-Recht entspricht, alle erforderlichen Massnahmen im Rahmen des innerstaatlichen Rechts ergriffen werden, um die Transparenz wiederherzustellen. Die Regierung des Fürstentums Liechtenstein, die EFTA-Überwachungsbehörde und die Kommission verweisen auf die Rolle der innerstaatlichen Rechtsordnung bei der Gewährleistung, dass der Schutz der aus dem EWR-Recht erwachsenden Rechte mittels Rechtsbehelfen sichergestellt wird und dass solche Rechtsbehelfe den Grundsätzen der Äquivalenz und Effektivität entsprechen.
- 64 Die EFTA-Überwachungsbehörde bringt weiter vor, dass der Bewertungsbogen, der die voll gewichteten Kriterien enthielt, unverbindlich war und nicht veröffentlicht wurde. Zudem geht aus dem Antrag des Staatsgerichtshofs auf Vorabentscheidung nicht hervor, ob die Annahme des Bewertungsbogens vor oder nach der Öffnung der eingegangenen Gesuche erfolgte. Nach Auffassung der EFTA-Überwachungsbehörde steht das Transparenzgebot der Annahme des Bewertungsbogens nach der Öffnung der Gesuche entgegen.
- 65 Wurde ein Verstoss festgestellt, so die EFTA-Überwachungsbehörde, kann es mehr als eine geeignete Lösung geben um sicherzustellen, dass die nachteiligen Auswirkungen nicht während der Vertragserfüllung fort dauern.
- 66 Nach Auffassung der EFTA-Überwachungsbehörde soll mit dem Transparenzgebot das im öffentlichen Interesse liegende Ziel erfüllt werden, bei der Erteilung von Konzessionen eine ordnungsgemässe Verwaltung sicher zu stellen, damit Zuschläge frei von Willkür und Diskriminierung erfolgen können. Mangelnde Transparenz könnte potenzielle Bieter, inklusive solcher, die sich grenzüberschreitend beteiligen, von der Einreichung von Gesuchen abhalten. Die vom nationalen Gericht in Betracht gezogenen Rechtsbehelfe sollten die im öffentlichen Interesse liegende Zielsetzung reflektieren.
- 67 In diesem Zusammenhang gelangt die EFTA-Überwachungsbehörde zu der Schlussfolgerung, dass der Austausch des einen Gesuchstellers gegen den anderen, wie von der Beschwerdeführerin im gegenständlichen Fall gefordert, nicht als geeignetste Lösung erscheint. Nach Ansicht der EFTA-Überwachungsbehörde bietet sich eine Neuausschreibung eher bei Verstössen gegen das Transparenzgebot an, die (i) mit der Gewichtung der Zuschlagskriterien und (ii) mit dem Zeitpunkt, zu dem die Zuschlagskriterien im Einzelnen festgelegt wurden, in Zusammenhang stehen. Sollte das nationale

Gericht einen anderen Rechtsbehelf festlegen, wird es zu gewährleisten haben, dass die Grundsätze der Äquivalenz und Effektivität erfüllt sind.

- 68 Die EFTA-Überwachungsbehörde räumt jedoch ein, dass die Neuausschreibung gewisse Schwierigkeiten mit sich bringen kann, wenn die Gesuche beispielsweise öffentlich gemacht wurden oder wenn eine erhöhte Marktteilnahme zu verzeichnen ist. Werden keine Massnahmen zum Schutz der Parteien getroffen, die an der ursprünglichen Ausschreibung teilgenommen haben, kann sich die Frage einer staatlichen Haftung stellen.

*Entscheidung des Gerichtshofs*

- 69 In Ermangelung einer EWR-Regelung zu Rechtsbehelfen betreffend Verträge über Dienstleistungskonzessionen ist es Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen EWR-Staaten, die zuständigen Gerichte und die Ausgestaltung von Verfahren, die den Schutz der den Bürgern und Wirtschaftsteilnehmern aus dem EWR-Recht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, zu bestimmen. Solche Regelungen sollten jedoch erstens nicht weniger günstig gestaltet sein als solche, wie sie für ähnliche einzelstaatliche Verfahren gelten (Grundsatz der Äquivalenz). Zweitens dürfen sie die Ausübung der durch das EWR-Recht verliehenen Rechte in der Praxis nicht praktisch unmöglich machen oder übermässig erschweren (Grundsatz der Effektivität) (vgl. entsprechend Rechtssache E-11/12 *Koch u. a.*, EFTA Court Report 2013, S. 272, Randnr. 121 und die zitierte Rechtsprechung).
- 70 Dementsprechend erfordern der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit gemäss den Artikeln 31 und 36 des EWR-Abkommens und das daraus folgende Transparenzgebot im Falle eines Verstosses gegen dieses Gebot im Zusammenhang mit der Erteilung einer Dienstleistungskonzession nicht zwingend von den nationalen Behörden die Kündigung des Vertrags bzw. von den nationalen Gerichten die Aufhebung der Zuschlagsentscheidung.
- 71 Allerdings muss das nationale Gericht, wenn es im gegenständlichen Fall prüft, welche Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen, mit denen sichergestellt wird, dass keine den Artikeln 31 und 36 des EWR-Abkommens zuwiderlaufenden Auswirkungen fortdauern, dafür Sorge tragen, dass das im öffentlichen Interesse liegende Ziel der ordnungsgemässen Verwaltung bei der Erteilung von Konzessionen in angemessener Weise erfüllt wird, damit die Zuschläge frei von Willkür und Diskriminierung erfolgen können.
- 72 Es ist Sache des innerstaatlichen Rechts, die Rechtsschutzmöglichkeiten, die den Schutz der dem Bürger aus dem Transparenzgebot erwachsenden Rechte gewährleisten, so zu regeln, dass sie nicht weniger günstig gestaltet sind als vergleichbare innerstaatliche Verfahren, und die Ausübung dieser Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermässig erschweren.

- 73 Um festzustellen, ob der Grundsatz der Äquivalenz im Ausgangsverfahren beachtet wurde, ist es Aufgabe des nationalen Gerichts – das als einziges über unmittelbare Kenntnis der Verfahrensvorschriften für Klagen auf dem entsprechenden Gebiet des nationalen Rechts verfügt – den Gegenstand, Rechtsgrund und die wesentlichen Merkmale vermeintlich ähnlicher Verfahren im einzelstaatlichen Rahmen zu beurteilen. Zudem ist jeder Fall, in dem sich die Frage stellt, ob eine nationale Verfahrensvorschrift weniger günstig ist als die für vergleichbare Klagen des innerstaatlichen Rechts geltende, unter Berücksichtigung der Stellung dieser Vorschrift im gesamten Verfahren, des Verfahrensablaufs und der Besonderheiten des Verfahrens vor den verschiedenen nationalen Stellen zu prüfen (vgl. entsprechend *Koch u. a.*, oben erwähnt, Randnrn. 124 und 125).
- 74 Falls der Staatsgerichtshof einen ausreichend schweren Verstoss gegen das Transparenzgebot im Hinblick auf die Gewichtung der Zuschlagskriterien feststellt, scheint eine Neuausschreibung die geeignetere Massnahme zu sein als der Austausch des einen Gesuchstellers gegen den anderen. Die Phase, ab der das Verfahren wiederholt werden müsste – also ob eine völlige Neuausschreibung durchgeführt würde oder ob das Verfahren an dem Punkt, an dem die Gesuche eingingen, wiederaufgenommen würde – ist abhängig von der Art des Verfahrensmangels. Diese Frage ist durch den Staatsgerichtshof zu klären.
- 75 Unter Berücksichtigung der obigen Überlegungen muss die Antwort auf die vierte und fünfte Frage lauten, dass das Transparenzgebot von den nationalen Behörden nicht zwingend in jedem Fall, in dem ein Verstoss gegen das Transparenzgebot im Zusammenhang mit der Erteilung einer Dienstleistungskonzession vorliegt, die Kündigung eines Vertrags bzw. von den nationalen Gerichten die Aufhebung der Zuschlagsentscheidung fordert. Allerdings muss das nationale Gericht, wenn es unter den im gegenständlichen Fall gegebenen Umständen prüft, welche Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen, mit denen sichergestellt wird, dass den Artikeln 31 und 36 des EWR-Abkommens zuwiderlaufende Auswirkungen nicht fortbestehen, berücksichtigen, dass das im öffentlichen Interesse liegende Ziel der ordnungsgemässen Verwaltung bei der Erteilung von Konzessionen angemessen berücksichtigt ist, so dass die Zuschläge frei von Willkür und Diskriminierung erfolgen können. In Ermangelung einer EWR-Regelung zu Rechtsbehelfen ist es Sache des innerstaatlichen Rechts, die Rechtsschutzmöglichkeiten, die den Schutz der dem Bürger aus dem Transparenzgebot erwachsenden Rechte gewährleisten, so zu regeln, dass sie nicht weniger günstig gestaltet sind als vergleichbare innerstaatliche Verfahren, und die Ausübung dieser Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermässig erschweren.

## **V Kosten**

- 76 Die Auslagen der Beschwerdeführerin, des Beschwerdegegners, der Regierungen Belgiens und des Fürstentums Liechtenstein, der EFTA-Überwachungsbehörde und der Europäischen Kommission, die vor dem Gerichtshof Erklärungen abgegeben haben, sind nicht erstattungsfähig. Da es sich bei diesem Verfahren

um einen Zwischenstreit in einem beim Staatsgerichtshof des Fürstentums Liechtenstein anhängigen Rechtsstreit handelt, ist die Kostenentscheidung betreffend die Parteien dieses Verfahrens Sache dieses Gerichts.

Aus diesen Gründen erstellt

## DER GERICHTSHOF

in Beantwortung der ihm vom Staatsgerichtshof des Fürstentums Liechtenstein vorgelegten Fragen folgendes Gutachten:

**1. Nationale Behörden unterliegen in Ermangelung einschlägiger Bestimmungen bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen den grundlegenden Regeln des EWR-Rechts. Dies schliesst die Festlegung einer relativen Gewichtung der Zuschlagskriterien durch die nationale Behörde nicht aus; sie ist dabei jedoch zur Einhaltung des Transparenzgebots verpflichtet. Diese Verpflichtung zieht nach sich, dass die relative Gewichtung die ursprünglichen Zuschlagskriterien nicht verändern und nicht von einer Beschaffenheit sein darf, die die Vorbereitung der Angebote wesentlich hätte beeinflussen können oder die zu einer Diskriminierung eines der Bieter führen konnte.**

**2. Das Transparenzgebot fordert von den nationalen Behörden nicht zwingend in jedem Fall, in dem ein Verstoß gegen das Transparenzgebot im Zusammenhang mit der Erteilung einer Dienstleistungskonzession vorliegt, die Kündigung eines Vertrags bzw. von den nationalen Gerichten die Aufhebung der Zuschlagsentscheidung. Allerdings muss das nationale Gericht, wenn es unter den im gegenständlichen Fall gegebenen Umständen prüft, welche Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen, mit denen sichergestellt wird, dass den Artikeln 31 und 36 des EWR-Abkommens zuwiderlaufende Auswirkungen nicht fortbestehen, berücksichtigen, dass das im öffentlichen Interesse liegende Ziel der ordnungsgemässen Verwaltung bei der Erteilung von Konzessionen angemessen berücksichtigt ist, so dass die Zuschläge frei von Willkür und Diskriminierung erfolgen können. In Ermangelung einer EWR-Regelung zu Rechtsbehelfen ist es Sache des innerstaatlichen Rechts, die Rechtsschutzmöglichkeiten, die den Schutz der dem Bürger aus dem Transparenzgebot erwachsenden Rechte gewährleisten, so zu regeln, dass sie nicht weniger günstig gestaltet sind als vergleichbare innerstaatliche Verfahren, und die Ausübung dieser Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermässig erschweren.**

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 29. August 2014.

Philipp Speitler  
Geschäftsführender Kanzler

Carl Baudenbacher  
Präsident