



SITZUNGSBERICHT
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 im Zusammenhang mit einem Verfahren zur Erteilung einer Spielbankenkonzession abgeleiteten Transparenzgebots.

I Einleitung

1. Mit Schreiben vom 6. November 2013, beim Gerichtshof eingegangen am 8. November 2013, stellte der Staatsgerichtshof des Fürstentums Liechtenstein (im Folgenden: vorlegendes Gericht) einen Antrag auf Vorabentscheidung in einer bei ihm anhängigen Rechtssache zwischen der Casino Admiral AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) und Wolfgang Egger (im Folgenden: Beschwerdegegner).

2. Im gegenständlichen Fall ist strittig, ob das Ausschreibungsverfahren zur Erteilung einer Spielbankenkonzession einen Verstoss gegen das EWR-Recht und insbesondere Artikel 31 und 36 des EWR-Abkommens, und das daraus abgeleitete Transparenzgebot darstellt und dementsprechend die Durchführung einer neuerlichen Ausschreibung gerechtfertigt ist.

II Relevantes Recht

EWR-Recht

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

4. 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.

5. Laut 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 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).

6. In Artikel 17 der Richtlinie heisst es ausdrücklich: „*Unbeschadet der Bestimmungen des Artikels 3 gilt diese Richtlinie nicht für Dienstleistungskonzessionen gemäß Artikel 1 Absatz 4*“.

7. 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*¹

8. Artikel 2 des Geldspielgesetzes vom 30. Juni 2010, LGBI. 2010 Nr. 235, lautet:

¹ [Betrifft nur die englische Sprachfassung.]

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.*

9. Wer eine Spielbank betreiben will, braucht gemäss Artikel 8 Absatz 1 des Geldspielgesetzes eine Konzession der Regierung.

10. Laut dem ersten Satz von Artikel 8 Absatz 2 des Geldspielgesetzes besteht kein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Konzession.

11. Nach Artikel 9 des Geldspielgesetzes kann eine Spielbanken Konzession nur erteilt werden, wenn die in diesem Artikel festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind.

12. 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.

13. Artikel 14 Absatz 1 und 2 des Geldspielgesetzes lautet:

Art. 14 – Erteilung der Konzession

- 1) *Die Regierung [des Fürstentums Liechtenstein (im Folgenden: Regierung)] 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.*

14. Artikel 17 Absatz 4 der Spielbankenverordnung vom 21. Dezember 2010, LGBl. 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.*

III Sachverhalt und Verfahren

15. Am 1. Februar 2011 veröffentlichte die Regierung im Internet eine Ausschreibung zur Vergabe einer Konzession zum Betrieb einer Spielbank im Fürstentum Liechtenstein (im Folgenden: Ausschreibung). Die Frist zur Einreichung der Gesuche wurde mit 31. März 2011, 16.30 Uhr, festgesetzt.

16. In der Ausschreibung wird auf die Ausschreibungsunterlagen verwiesen, die Interessenten gegen eine Gebühr von CHF 2 000 übermittelt wurden.

17. Im Punkt 3.1 „Entscheidungskriterien“ der Ausschreibungsunterlagen werden die Konzessionsvoraussetzungen nach Artikel 9 des Geldspielgesetzes und die Zuschlagskriterien nach Artikel 17 Absatz 4 Buchstaben a bis l der Spielbankenverordnung angeführt. Dort heisst es, dass die in den Unterabsätzen a bis l angeführten Kriterien nach ihrer Bedeutung unterschiedlich gewichtet werden. Dabei komme dem volkswirtschaftlichen Nutzen, Unterabsätze h und k, und dem geplanten Spielbankenstandort, Unterabsatz l, erhöhte Bedeutung zu.

18. Eine vollständige und genaue Gewichtung der einzelnen Kriterien nach Artikel 17 Absatz 4 Buchstaben a bis l der Spielbankenverordnung erfolgte erst nach Ablauf der Frist zur Einreichung der Gesuche im April 2011 in einem Bewertungsbogen. Dieser wurde vom Amt für Volkswirtschaft ausgearbeitet und von der Regierung mit Beschluss vom 19. April 2011 zur Kenntnis genommen. Eine Veröffentlichung dieses Bewertungsbogens erfolgte nicht.

19. Im Abschnitt „Zweck des Bewertungsbogens“ hiess es:

Der Bewertungsbogen fasst die Beurteilung des Konzessionsgesuchs durch das Amt für Volkswirtschaft zusammen. Er dient als Grundlage für:

- a) das allfällige Einverlangen von Nachbesserungen oder ergänzenden Unterlagen des Gesuchstellers;*
- b) den Antrag des Amtes für Volkswirtschaft an die Regierung auf Erteilung oder Ablehnung der Konzession.*

20. Der Unterabschnitt „Gewichtung der Kriterien nach Art. 17 Abs. 4 Bst. a – l Spielbankenverordnung“ lautet:

Die in Art. 17 Abs. 4 Bst. a – l Spielbankenverordnung genannten Kriterien sind im Hinblick auf die Erfüllung der gesetzlichen Ziele nach Art. 2 Geldspielgesetz von unterschiedlicher Bedeutung. Dem Stellenwert des volkswirtschaftlichen Nutzens (Förderung der touristischen Attraktivität, Zusatznutzen durch Annexbetriebe wie z. B. Restaurants und Hotel, Zahl der neu geschaffenen Arbeitsplätze, Aufträge an Bauunternehmen und lokale Zulieferer, Steueraufkommen) und der baurechtlichen Eignung des Spielbankenstandorts (frühestmögliche Ausübung der Konzession und Leistung der Geldspielabgabe) werden durch eine entsprechende Gewichtung ebenfalls Rechnung getragen. Die Gewichtung erfolgt, indem die pro Kriterium maximale erreichbare Punktezahl („Punktemaximum“) folgendermassen angesetzt wird:

		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 Qualitätsmanagementsystems;</i>	150
(l)	<i>planungs- und baurechtliche Eignung des Spielbankenstandorts;</i>	370
	<i>Total</i>	2 405

21. Die weiteren Unterabschnitte des Abschnittes „Beauty contest“ des Bewertungsbogens betreffen die Gewichtung der einzelnen Gesuchsunterlagen,

die Prüfkriterien, die Bewertungsskala für die einzelnen Gesuchsunterlagen und die Erfüllung der Kriterien. Im Absatz „Rangierung“ wird festgestellt, 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.

22. Bis zum 31. März 2011 gingen beim Amt für Volkswirtschaft zwei Konzessionsgesuche ein. Das eine stammte von der Beschwerdeführerin und das andere vom Beschwerdegegner.

23. Unter Beiziehung von Sachverständigen nahm das Amt für Volkswirtschaft eine Prüfung der Konzessionsvoraussetzungen nach Artikel 9 des Geldspielgesetzes und anschliessend eine Reihung der zwei Gesuche nach den Kriterien gemäss Artikel 17 Absatz 4 der Spielbankenverordnung sowie nach deren Gewichtung entsprechend dem erwähnten Bewertungsbogen vor.

24. Nach Abschluss des Prüfungsverfahrens stellte das Amt für Volkswirtschaft am 16. November 2011 bei der Regierung den Antrag, das Gesuch der Beschwerdeführerin abzulehnen und die Konzession dem Beschwerdegegner bzw. der Casino Vaduzerhof AG in Gründung zu erteilen. Am 31. Januar 2012 lehnte die Regierung mittels Entscheidung RA 2011/2897-7117 (im Folgenden: Entscheidung der Regierung) das Gesuch der Beschwerdeführerin ab und erteilte die Konzession zum Betrieb der Spielbank in Liechtenstein der Casino Vaduzerhof AG.

25. Gegen diese Entscheidung der Regierung erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof. Sie brachte in ihrer Beschwerde u. a. vor, die Bewertungskriterien und deren Gewichtung widersprüchen vielfältig dem Geldspielgesetz und verstiesse gegen die Verfassung. Zum einen fehle es an der gesetzlichen Grundlage dafür, dass der volkswirtschaftliche Nutzen der Annexbetriebe beurteilt hätte werden dürfen. Zum anderen würden die in Artikel 17 Absatz 4 der Spielbankenverordnung genannten Kriterien des volkswirtschaftlichen Nutzens des Casinos sowie des Casinostandorts im Gesetzeszweck gemäss Artikel 2 des Geldspielgesetzes nicht abgebildet.

26. 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.

27. Am 20. Juli 2012 erhob die Beschwerdeführerin vor dem Staatsgerichtshof Beschwerde gegen dieses Urteil, da es der Auslegung des Transparenzgebots durch den Verwaltungsgerichtshof widersprach.

28. Mit Urteil vom 11. Dezember 2012 gab der Staatsgerichtshof der Beschwerde wegen Verletzung der Begründungspflicht statt und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung an den Verwaltungsgerichtshof zurück.

29. Im zweiten Verfahrensgang entschied der Verwaltungsgerichtshof am 18. Februar 2013 erneut, die Entscheidung der Regierung aufzuheben, wies jedoch den zweiten Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der Spielbankenkonzession an sie ab.

30. 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. Dieses Dokument habe jedoch mangels jeglicher Veröffentlichung keine Rechtswirksamkeit erlangt. Dem gegenständlichen Ausschreibungsverfahren würde deshalb keine rechtsgültige Gewichtung der Kriterien zugrunde liegen.

31. Der Verwaltungsgerichtshof befasste sich zudem aus Sicht des EWR-Rechts mit der fehlenden Veröffentlichung des Bewertungsbogens und hielt fest, dass es sich bei einer Spielbankenkonzession um eine Dienstleistungskonzession handle. Mit Verweis auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (im Folgenden: EuGH)² stellte der Verwaltungsgerichtshof fest, dass Dienstleistungskonzessionen von keiner der das öffentliche Auftragswesen regelnden Richtlinien erfasst würden und gelangte zu der Schlussfolgerung, dass das gegenständliche Ausschreibungsverfahren den Anforderungen des EWR-Rechts in Bezug auf Transparenz und Gleichbehandlung nicht entsprach und somit rechtswidrig war.

32. Demensprechend hob der Verwaltungsgerichtshof die Entscheidung der Regierung auf und hielt fest, dass ein allfälliges neues Verfahren zur Konzessionserteilung mit einer neuerlichen Ausschreibung zu beginnen habe.

33. 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 Beschwerde beim Staatsgerichtshof. Das Transparenzgebot sei daher nicht verletzt. Gleichzeitig brachte die Beschwerdeführerin vor, durch das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs insoweit in ihren verfassungsmässig gewährleisteten Rechten verletzt worden zu sein, als der Verwaltungsgerichtshof ihrem Antrag auf Erteilung der Spielbankenkonzession nicht entsprochen habe.

34. Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH³ argumentierte die Beschwerdeführerin, dass das Transparenzgebot nicht vorschreibe, dass die Gewichtung von Kriterien im Voraus bekannt gegeben werden müsse, und zog den Schluss, der Verwaltungsgerichtshof sei bei der Ablehnung ihres Antrags auf

² Es wird auf die verbundenen Rechtssachen C-72/10 und C-77/10 *Costa und Cifone*, Urteil vom 16. Februar 2012, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, und Rechtssache C-532/06 *Lianakis*, Slg. 2008, I-251, verwiesen.

³ Es wird 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, verwiesen.

Erteilung der Spielbankkonzession einem juristischen Irrtum erlegen. Die Beschwerdeführerin beantragte darüber hinaus die Aufhebung der Entscheidung der Regierung bis zum Ergehen eines rechtskräftigen Urteils. Der Präsident des Staatsgerichtshofs hat diesem Antrag mit Beschluss vom 28. März 2013 stattgegeben.

35. Zwischen dem Verwaltungsgerichtshof und den beiden Verfahrensparteien folgte ein weiterer Schriftwechsel. Der Staatsgerichtshof weist darauf hin, dass keine Rechtsprechung der EWR-Gerichte besteht, welche offenkundig eine eindeutige Antwort auf die Frage liefert, ob das Ausschreibungsverfahren zur Vergabe einer Spielbankkonzession einen Verstoß gegen die Anforderungen des EWR-Rechts, insbesondere der Artikel 31 und 36 des EWR-Abkommens, und das daraus abgeleitete Transparenzgebot darstellt und dementsprechend die Durchführung eines neuerlichen Ausschreibungsverfahrens gerechtfertigt ist.

36. Da im Mittelpunkt vieler der laufenden Auseinandersetzungen die ordnungsgemäße Anwendung und die Auswirkungen des EWR-Rechts sowie insbesondere der Geltungsbereich etwaiger aus den Grundsätzen der Dienstleistungsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit abgeleiteter Transparenzanforderungen standen, hat der Staatsgerichtshof des Fürstentums Liechtenstein entschieden, dem Gerichtshof die folgenden Fragen mit dem Ersuchen um Erstattung eines Gutachtens vorzulegen:

- 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 Spielbankkonzessionen?**
- 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?**

IV Schriftliche Erklärungen

37. Gemäss Artikel 20 der Satzung des Gerichtshofs und Artikel 97 der Verfahrensordnung haben schriftliche Erklärungen abgegeben:

- die Casino Admiral AG, vertreten durch Stefan Hassler, Rechtsanwalt;
- die Regierung des Königreichs Belgien, 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, mit Unterstützung von Philippe Vlaemminck und Robbe Verbeke, Rechtsanwälte;
- die Regierung des Fürstentums Liechtenstein, vertreten durch Dr. Andrea Entner-Koch, Leiterin, und Frédérique Lambrecht, Leitender Juristischer Mitarbeiter, von der Stabstelle EWR, als Bevollmächtigte;
- die EFTA-Überwachungsbehörde, vertreten durch Xavier Lewis, Direktor, Markus Schneider, Stv. Direktor, und Catherine Howdle, Beamtin (befristet), Abteilung Rechts- und Verwaltungsangelegenheiten, als Bevollmächtigte und
- die Europäische Kommission (im Folgenden: Kommission), vertreten durch Adrián Tokár, Hélène Tserepa-Lacombe und Nicola Yerrell, Mitarbeiter des Juristischen Diensts der Kommission, als Bevollmächtigte.

V Zusammenfassung der Ausführungen

Die Beschwerdeführerin

38. Einleitend betont die Beschwerdeführerin, sie habe beim Verwaltungsgerichtshof nicht beantragt, das Ausschreibungsverfahren aufzuheben, sondern ihr die Konzession zu erteilen, die ursprünglich dem Beschwerdegegner zugesprochen worden war. Der Beschwerdeführerin erscheint es wesentlich, dass im Gutachten

auf die aufgeworfenen EWR-rechtlichen Fragen nicht nur in allgemeiner Art eingegangen wird, sondern auch konkret auf den Anlassfall Bezug genommen wird.

39. Weil die Frage nach dem Schutz der Interessenten, die kein Gesuch eingereicht haben, eine der zentralen Fragen ist, ersucht die Beschwerdeführerin den Gerichtshof, sich mit der Frage zu befassen, ob aus EWR-rechtlicher Sicht zwingend eine neue Ausschreibung durchgeführt werden muss, sofern eine Konzession vergeben werden soll, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich Interessenten von der Einreichung eines Gesuchs aus dem Grunde abhalten liessen, dass die Gewichtung der Zuschlagskriterien nicht bekannt gewesen sein soll.

40. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin stellen sich aufgrund des Urteils des Verwaltungsgerichtshofs mehrere Fragen, wobei der Frage, ob die Gewichtung der Zuschlagskriterien mit der Ausschreibung bekannt gegeben werden muss, eine zentrale Stellung zukommt.

41. Die Beschwerdeführerin teilt die Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs, dass das EWR-rechtliche verankerte Transparenzgebot erfordert, dass die Gewichtung der Zuschlagskriterien zwingend mit der Ausschreibung bekannt gegeben werden muss, nicht. Der Beschwerdeführerin zufolge ist die Bekanntgabe der Gewichtung der Zuschlagskriterien nur im öffentlichen Beschaffungsrecht zwingend,⁴ während bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen keine derartige Verpflichtung besteht.

42. Bezugnehmend auf einen Artikel über das öffentliche Vergaberecht und Dienstleistungskonzessionen⁵ bringt die Beschwerdeführerin vor, es sei für die Zwecke der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen schlüssig, dass das Transparenzgebot keine Bekanntgabe der Gewichtung der Zuschlagskriterien im Voraus erfordert. Da der Auftraggeber für die Leistungserbringung keine Zahlungen leisten muss, ist das wirtschaftlich günstigste Angebot nicht von Interesse. Stattdessen refinanziert sich der Konzessionär bei Dritten. Somit ist nicht wichtig, dass ein bestimmtes Ziel wie zum Beispiel der niedrigste Preis erreicht wird, sondern es ist nur ausschlaggebend, welcher Bewerber die bestmögliche Erfüllung aller Kriterien, die die Ziele des Geldspielgesetzes umfassen, darlegen kann. Die Zuschlagskriterien müssen aber nicht zwingend unterschiedliche Wertungen aufweisen, es ist auch möglich, dass Zuschlagskriterien in ihrer Bedeutung gleich gewichtet werden.

43. Die Beschwerdeführerin argumentiert, dass keine Verletzung des Transparenzgebots – selbst wenn es eine Bekanntgabe der Gewichtung der

⁴ Es wird auf die Rechtssache *Kommission ./ Irland*, oben erwähnt, verwiesen.

⁵ Es wird auf das elektronische Fachblatt *Publicus, Der Online-Spiegel für das Öffentliche Recht, Vergaberecht, Dienstleistungskonzessionen*, Ausgabe 2012.5, <http://www.publicus-boorberg.de/sixcms/detail.php?template=pub_artikel&id=boorberg01.c.259150.de>, verwiesen.

Zuschlagskriterien verlangt – erfolgt ist, da diese Gewichtung im Geldspielgesetz enthalten ist.⁶ Das Geldspielgesetz setzt die „Leitplanken“ für die Ausübung des Ermessens durch die nationalen Behörden bei der Vergabe einer Konzession. Gemäss diesen Vorgaben ist auch Artikel 17 Absatz 4 der Spielbankenverordnung, die die Zwecke des Geldspielgesetzes abbildet, auszulegen. Wenn es drei gleichrangige Zwecke des Geldspielgesetzes gibt, so die Beschwerdeführerin weiter, ist diese Gleichrangigkeit eben auch eine Gewichtung.

44. Der Beschwerdeführerin zufolge zählen die in Artikel 17 Absatz 4 Unterabsätze k und l genannten Kriterien nicht zu den Zielen des Geldspielgesetzes, da sie nicht in Artikel 2 Absatz 1 des Gesetzes angeführt sind. Obwohl angezweifelt werden kann, ob das Geldspielgesetz in diesem Zusammenhang eine ausreichende gesetzliche Grundlage bot, hatten diese beiden Kriterien keine Auswirkung auf die Ausschreibung an sich, da sie nicht die Erstellung des Konzessionsgesuchs inhaltlich tangierten, sondern nur die Rangierung im Zuschlagsverfahren.

45. Hinsichtlich des Bewertungsbogens hebt die Beschwerdeführerin hervor, dass es sich dabei um ein vom Amt für Volkswirtschaft ausgearbeitetes internes Arbeitspapier handelt. Obschon die Beschwerdeführerin dem Verwaltungsgerichtshof beipflichtet, dass der Bewertungsbogen unrechtmässig ist, vertritt sie die Auffassung, dass dieses Dokument schlicht ausgeschieden und die Gesuche ohne Bewertungsbogen geprüft werden hätten können. Da den Gesuchstellern nicht bekannt war, dass ein solcher Bewertungsbogen erstellt worden war, ist dieses Dokument für die Frage der Rechtswidrigkeit des Ausschreibungsverfahrens nicht relevant.

46. Zur Klärung der Frage der Rechtmässigkeit des Ausschreibungsverfahrens ruft die Beschwerdeführerin den Gerichtshof auf zu prüfen, ob die EWR-rechtlichen Verfahrensgrundsätze die Bekanntgabe der genauen Gewichtung der Zuschlagskriterien zwingend vorsehen, in welchem Ausmass diese Gewichtung festgelegt sein muss und ob die im Geldspielgesetz und in der Spielbankenverordnung enthaltene Gewichtung, die eine gleichrangige Wertung der Zuschlagskriterien vorsieht, ausreichend ist.

47. Im Zusammenhang mit dieser Frage weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ausschreibung weder Normen einer europarechtlichen Richtlinie noch die Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Union eine zwingende Bekanntgabe der Gewichtung der Zuschlagskriterien vorsahen.

48. Die Beschwerdeführerin ersucht den Gerichtshof um Prüfung, wie das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Kommission ./. Irland*⁷ im Hinblick auf das Konzessionsverfahren in Liechtenstein auszulegen ist, und wie die Mitteilung der

⁶ Es wird auf Artikel 14 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 2 des Geldspielgesetzes verwiesen.

⁷ Es wird auf die Rechtssache *Kommission ./. Irland*, oben erwähnt, verwiesen.

Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen⁸ zu verstehen ist, und ob daraus abgeleitet werden kann, dass die Bekanntgabe der Gewichtung der Zuschlagskriterien zwingend mit der Ausschreibung erfolgen muss.

49. Auch wenn der Gerichtshof zu dem Ergebnis käme, dass gemäss EWR-Recht die Gewichtung der Zuschlagskriterien zwingend mit der Ausschreibung bekannt gegeben werden müsste, und dass die im Geldspielgesetz und in der Spielbankenverordnung enthaltene Gewichtung nicht ausreicht, um dem Transparenzgebot zu entsprechen, wäre, so die Beschwerdeführerin, ein neues Konzessionszuschlagsverfahren mit einer neuen Ausschreibung nicht gerechtfertigt, da dieser Mangel nur den Gewichtungsvorgang beeinträchtigt.

50. Die Beschwerdeführerin geht davon aus, dass das Zuschlagsverfahren für die Konzession zweigeteilt ist. Der erste Teil widmet sich der Frage, ob die eingelangten Gesuche alle Konzessionsvoraussetzungen erfüllen. Nur wenn mehr als eines der eingelangten Gesuche diesen Kriterien entspricht, wird der zweite Teil des Verfahrens eingeleitet und eine Gewichtung der Zuschlagskriterien wird erforderlich.

51. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin beeinträchtigt der Mangel in Bezug auf die Gewichtung der Zuschlagskriterien nur den zweiten Teil des Zuschlagsverfahrens für die Konzession, während der erste Teil davon unberührt bleibt. Da das korrekte Ergebnis des ersten Verfahrensteils sein muss, dass nur das Gesuch der Beschwerdeführerin die erforderlichen Voraussetzungen erfüllt, entfällt die Gewichtung der Zuschlagskriterien. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass der Umstand, dass beide Teile der Prüfung in einem Verfahren vereint sind, nicht damit einhergeht, dass sich ein Mangel im zweiten Teil des Verfahrens auf den ersten Verfahrensteil auswirkt.

52. Vor diesem Hintergrund betont die Beschwerdeführerin, dass ein Mangel bei der Gewichtung der Zuschlagskriterien nur zu einer Wiederholung des zweiten Verfahrensteils führen kann, wobei dies nur unter der Bedingung erfolgen kann, dass mehr als ein Gesuch die Konzessionsvoraussetzungen erfüllt.

53. Die Beschwerdeführerin ersucht den Gerichtshof um Prüfung, ob das vermeintliche Versäumnis der Bekanntgabe der Gewichtung der Zuschlagskriterien dazu führen kann, dass das Ausschreibungsverfahren wiederholt werden muss, selbst wenn die Zuschlagskriterien gar nicht angewandt werden, da es nur einen geeigneten Gesuchsteller gibt. Zudem bezweifelt die Beschwerdeführerin, ob ein Verstoß gegen EWR-Recht eine Wiederholung des Zuschlagsverfahrens für die Konzession bedingen sollte. Der Beschwerdeführerin zufolge ist eine Neuausschreibung nur gerechtfertigt, wenn es sich um einen

⁸ Es wird auf die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht (ABl. 2000 C 121, S. 2), Abschnitt 3.1.2, vierter und fünfter Absatz, verwiesen.

schwerwiegenden Verstoss handelt und es nicht möglich ist, ohne Neuausschreibung eine rechtmässige Konzessionsvergabe herbeizuführen.

54. Im Vergaberecht, so die Beschwerdeführerin, gilt die Aufhebung einer Ausschreibung als Ultima-Ratio-Rechtsfolge; dementsprechend muss der Auftraggeber zuvor alle rechtlichen Möglichkeiten ausschöpfen, die ihm zur Verfügung stehen, um eine rechtmässige Entscheidung treffen zu können. Die Beschwerdeführerin ist an einer rechtmässigen, stichhaltigen Prüfung des von ihr vorgelegten Gesuchs interessiert. Sie geht davon aus, dass eine Neuausschreibung für sie dieselben Auswirkungen hätte wie eine Aufhebung der Ausschreibung. Deshalb müssen ihrer Ansicht nach die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, um eine Ausschreibung aufzuheben, auch im vorliegenden Fall gegeben sein.

55. Die Beschwerdeführerin weist darauf hin, dass nach nationalem Recht ein schwerer Mangel der Ausschreibung zu der Schlussfolgerung führen sollte, dass die Ausschreibung nichtig ist, und nicht zu der Schlussfolgerung, dass eine Aufhebung erfolgen muss.

56. Vor diesem Hintergrund ersucht die Beschwerdeführerin den Gerichtshof um Angabe, welche schwerwiegenden Fehler in der Ausschreibung zu einer zwingenden Wiederholung des Zuschlagsverfahrens für die Konzession führen sollten. Unter Berücksichtigung der aus einer Neuausschreibung resultierenden Nachteile hält die Beschwerdeführerin fest, dass es angemessen und verhältnismässig wäre, nur solche Gründe für die zwingende Wiederholung der Ausschreibung zuzulassen, die auch – in Analogie zum Vergaberecht⁹ – zur Aufhebung der Ausschreibung führen würden.

57. Die Beschwerdeführerin stellt in diesem Zusammenhang fest, dass im Vergaberecht eine Ausschreibung aufgehoben werden kann, wenn kein geeigneter Anbieter ein Angebot eingereicht hat. Der Beschwerdeführerin zufolge ist eine Wiederholung der Ausschreibung nicht die geeignete Massnahme, um allfällige Verfahrensmängel zu korrigieren. Sie vertritt die Ansicht, dass es andere Möglichkeiten gibt, einen rechtmässigen Konzessionsvergabeentscheid herbeizuführen. Beispielsweise könnte das Zuschlagsverfahren wiederholt werden, wenn mangelhafte Kriterien nur diesen Teil des Vorgangs betreffen. Unter Berufung auf diese Lösung erklärt die Beschwerdeführerin, dass nur ihr Gesuch die Konzessionsvoraussetzungen erfüllt.

Die Regierung des Königreichs Belgien

Einleitende Bemerkungen

58. Einleitend weist die belgische Regierung darauf hin, dass – da es sich bei der fraglichen Dienstleistungskonzession um eine Spielbankenkonzession handelt

⁹ Die Beschwerdeführerin verweist auf ein Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs (X ZR 150/99) zum Vergaberecht, das ihr analog anwendbar erscheint.

– die Rechtsprechung des EuGH zu Glücksspielaktivitäten berücksichtigt werden muss.

59. Die belgische Regierung nimmt Bezug auf die Rechtssache *Schindler*¹⁰, in der der EuGH festhielt, es handle sich – angesichts der mit dieser Art von Aktivität verbundenen gesellschaftlichen Risiken – bei der Veranstaltung von Glücksspielen um eine besondere Art der Geschäftstätigkeit. In *Stanleybet*¹¹ gelangte der EuGH zu der Schlussfolgerung, dass der Binnenmarkt und die Wettbewerbsvorschriften auf Glücksspiele keine Anwendung finden und auch keine Anwendung finden sollen. Der belgischen Regierung zufolge ist die besondere Natur des Glücksspiels auch der Grund, weshalb es aus dem Anwendungsbereich bestimmter abgeleiteter europäischer Rechtsvorschriften, wie der Dienstleistungsrichtlinie, ausgenommen ist.¹²

60. Laut der belgischen Regierung wurde den staatlichen Stellen in Bezug auf die Regulierung von Glücksspielaktivitäten ein Ermessensspielraum gewährt.¹³ Etwaige Einschränkungen der Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit sollten jedoch durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Solche Einschränkungen sind jedoch diskriminierungsfrei anzuwenden und müssen auch den Anforderungen an die Verhältnismässigkeit genügen.¹⁴

61. Der belgischen Regierung zufolge ist eine ausreichend strenge Auslegung der auf den fundamentalen Grundsätzen des EWR-Rechts basierenden anwendbaren Rechtsvorschriften entscheidend.

Erste, zweite und dritte Frage

62. Die belgische Regierung schlägt vor, die ersten drei Fragen gemeinsam zu beantworten, da sie sich alle mit der Frage der Anwendung des EWR-rechtlichen Transparenzgebots auf Ausschreibungsverfahren für Dienstleistungskonzessionen beschäftigen.

¹⁰ Es wird auf die Rechtssache C-275/92 *Her Majesty's Customs and Excise / J. Gerhart Schindler und Jörg Schindler*, Slg. 1994, I-1039, Randnr. 60, verwiesen.

¹¹ Es wird auf die verbundenen Rechtssachen C-186/11 und C-209/11 *Stanleybet International u. a.*, Urteil vom 24. Januar 2013, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 45, und C-203/08 *Sporting Exchange Ltd, Inhaberin der Firma „Betfair“*, Slg. 2010, I-4695, Randnr. 58, verwiesen.

¹² Es wird auf Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe h der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. 2006 L 376, S. 36, verwiesen.

¹³ Es wird auf die verbundenen Rechtssachen C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07 und C-410/07 *Markus Stoß*, Slg. 2010, I-8069, Randnr. 76, die verbundenen Rechtssachen C-338/04, C-359/04 und C-360/04 *Placanica*, Slg. 2007, I-1891, Randnr. 47, und die Rechtssache C-42/07 *Liga Portuguesa de Futebol Profissional and Bwin International*, Slg. 2009, I-7633, Randnr. 57, verwiesen.

¹⁴ Es wird auf die Rechtssache *Markus Stoß*, oben erwähnt, Randnr. 77, und die Rechtssache *Liga Portuguesa*, oben erwähnt, Randnr. 59, verwiesen.

63. Als erstes macht die belgische Regierung geltend, dass Verträge über Dienstleistungskonzessionen von keiner der das öffentliche Auftragswesen regelnden Richtlinie erfasst werden und daher das Urteil in der Rechtssache *Lianakis*¹⁵ nicht berücksichtigt werden sollte, weil die Rechtsvorschrift¹⁶, die für dieses Urteil wesentlich war, keine Anwendung auf Dienstleistungskonzessionen findet.

64. Da auf Dienstleistungskonzessionen keine speziellen Vorschriften anwendbar sind, unterliegt die konzessionserteilende Behörde den Grundregeln des EWR-Rechts, insbesondere dem Grundsatz der Gleichbehandlung und dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sowie dem daraus folgenden Transparenzgebot.

65. Hinsichtlich des zentralen Transparenzgebots führt die belgische Regierung allgemein aus, dass seine Hauptfolge darin besteht, dass eine Konzession für einen Spielbetrieb nicht ohne vorheriges Wettbewerbsverfahren erteilt werden kann. Die Ausschreibung selbst fällt jedoch nicht unter das Transparenzgebot. Gemäss der belgischen Regierung reicht es, einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherzustellen, der eine Öffnung der Dienstleistungskonzessionen für den Wettbewerb und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind.¹⁷

66. Die Einschränkungen, denen die Dienstleistungsfreiheit im Rahmen von Glücksspielaktivitäten unterzogen werden kann, können keine Ermessensausübung der nationalen Behörden rechtfertigen, die geeignet ist, den Bestimmungen des EWR-Rechts, insbesondere, wenn sie Grundfreiheiten betreffen, ihre praktische Wirksamkeit zu nehmen.¹⁸ Die belgische Regierung hebt hervor, dass die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung und des daraus folgenden Transparenzgebots zwangsläufig damit einhergeht, dass die objektiven Kriterien, die es erlauben, der Ermessensausübung der zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten Grenzen zu setzen, ausreichend öffentlich gemacht werden müssen.¹⁹

67. Hinsichtlich des Transparenzgebots in Bezug auf die ergänzende und weiterführende Konkretisierung und Gewichtung bestehender Kriterien argumentiert die belgische Regierung, dass die fundamentalen Grundsätze des EWR-Rechts einzuhalten sind, auch wenn die Richtlinie im gegenständlichen Fall nicht anwendbar ist.

¹⁵ Es wird auf die Rechtssache *Lianakis*, oben erwähnt, verwiesen.

¹⁶ Es wird auf Artikel 36 Absatz 2 der Richtlinie 92/50/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. 1992 L 209, S. 1, verwiesen.

¹⁷ Es wird auf die Rechtssache C-64/08 *Ernst Engelmann*, Slg. 2010, I-8219, Randnr. 50, verwiesen.

¹⁸ Ebenda, Randnr. 54, und die zitierte Rechtsprechung.

¹⁹ Es wird auf die Rechtssache *Sporting Exchange*, oben erwähnt, Randnr. 51, verwiesen.

68. Nach Auffassung der belgischen Regierung können die Überlegungen des EuGH zu öffentlichen Dienstleistungsaufträgen aufgrund der Ähnlichkeit analog auf Dienstleistungskonzessionen angewendet werden.

69. Bezugnehmend auf *Kommission ./. Irland*²⁰ bringt die belgische Regierung vor, dass – wenn keine Richtlinien über das öffentliche Auftragswesen anwendbar sind – die Annahme nicht gerechtfertigt ist, dass die Tragweite des Gleichheitsgrundsatzes und der daraus fließenden Transparenzpflicht so weit reicht, dass die relative Gewichtung der vom öffentlichen Auftraggeber angewandten Kriterien vorab zu bestimmen und den potenziellen Bietern bei der Aufforderung, ihre Angebote einzureichen, mitzuteilen ist.

70. Der EuGH hat festgestellt, so die belgische Regierung weiter, dass es nicht gegen das Recht der Europäischen Union verstößt, zuvor festgelegte Zuschlagskriterien zu gewichten, sofern dies diese Kriterien nicht ändert, die Vorbereitung der Angebote nicht beeinflusst und dies nicht unter Berücksichtigung von Umständen erfolgt ist, die einen der Bieter diskriminieren konnten.²¹

71. Nach Einschätzung der belgischen Regierung darf eine etwaige ergänzende und weiterführende Konkretisierung oder weitere Gewichtung bestehender Kriterien insofern nicht wesentlicher Natur²² sein, als dies die Zulassung anderer Bieter oder die Annahme anderer Angebote erlaubt hätte.

72. Die Regierung des Königreichs Belgien schlägt vor, dass der Gerichtshof die erste, zweite und dritte Frage folgendermassen beantwortet:

Das EU-Recht verlangt nicht, dass eine Konzessionsbehörde bereits im Stadium der Ausschreibung bekannt gibt, wie sie ihre Vorgaben ergänzend bzw. weiterführend zu konkretisieren gedenkt; es besteht keine generelle Pflicht zur vorgängigen Bekanntgabe der relativen Gewichtung der Zuschlagskriterien für die Zuschlagserteilung, vorausgesetzt, es erfolgt keine Auslegung der Gewichtungs- oder ergänzenden Kriterien nach der Prüfung der Gebote.

Die allgemeinen Vorgaben des Europarechts hinsichtlich des Transparenzgebots sind so zu deuten, dass die Mitgliedstaaten ein festgelegtes Grundregelwerk einführen müssen, das allen Interessenten im EWR gleichermassen zugänglich ist und ausreichend öffentlich gemacht wird, das dem innerstaatlichen Recht entspricht, in dem die allgemeinen Kriterien für die Erteilung der gegenständlichen Dienstleistungskonzession erläutert sind und das einen Rahmen für eine objektive, unparteiische Vergabeentscheidung durch die zuständigen Behörden bildet. Obschon

²⁰ Es wird auf die Rechtssache *Kommission ./. Irland*, oben erwähnt, Randnrn. 42 und 43, verwiesen.

²¹ Es wird auf die Rechtssache C-331/04 *ATI EAC u. a.*, Slg. 2005, I-10109, Randnr. 32, verwiesen.

²² Es wird auf die Rechtssache C-91/08 *Wall*, Slg. 2010, I-2815, verwiesen.

eine weitere Konkretisierung und/oder Gewichtung von Kriterien ohne vorherige Bekanntgabe erfolgen kann, dürfen keine wesentlichen Änderungen dieser Kriterien erfolgen und im Zuge des Vergabeverfahrens dürfen keine Regeln geschaffen oder Entscheidungen getroffen werden, die sich potenziell so auf die Vergabeentscheidung auswirken könnten, dass ein Kandidat einem anderen vorgezogen werden könnte.

Vierte Frage

73. Der belgischen Regierung zufolge obliegt es dem vorlegenden Gericht, eine Beurteilung des Sachverhalts unter Einbeziehung sämtlicher einschlägiger Fakten durchzuführen und dabei das EWR-Recht gemäss der Vorabentscheidung des Gerichtshofs zu berücksichtigen.

74. Laut der belgischen Regierung scheinen die Vorgaben des EWR-Rechts im konkreten Fall beachtet worden zu sein. Sollte das vorlegende Gericht zu einer gegensätzlichen Schlussfolgerung gelangen, ist es Aufgabe dieses Gerichts, auf der Grundlage des nationalen Rechts zu bestimmen, wie diesem Gesetzesverstoss abgeholfen werden kann; in diesem Zusammenhang muss die Einleitung eines neuen Ausschreibungsverfahrens nicht unbedingt die einzige angemessene Lösung sein.

75. Die Regierung des Königreichs Belgien schlägt vor, dass der Gerichtshof die vierte Frage folgendermassen beantwortet:

Die Beurteilung, ob die Vorgabe[n] des Europarechts, einschliesslich jener, die das Transparenzgebot betreffen, beachtet wurden, hat durch das nationale Gericht zu erfolgen.

Fünfte Frage

76. Die belgische Regierung betont einleitend, dass keine EWR-rechtliche Vorschrift anwendbar ist, die eine bestimmte Folge für einen Verstoss gegen das EWR-rechtliche Transparenzgebot festlegt. Es ist jedoch offensichtlich, dass alle erforderlichen Massnahmen zu treffen sind, um die Transparenz des Verfahrens wiederherzustellen.

77. Der belgischen Regierung zufolge muss ein Vertrag, bei dessen Abschluss das Transparenzgebot verletzt wurde, nicht unbedingt durch die nationalen Behörden gekündigt werden.²³ Ebenso sollte ein Bieter, dessen Angebot in einem Verfahren, das gegen das Transparenzgebot versties, nicht akzeptiert wurde, nicht zwangsläufig in der Lage sein, vom nationalen Gericht eine Entscheidung zur Einstellung dieses Verstosses zu erlangen.

²³ Es wird auf die Rechtssache *Wall*, oben erwähnt, Randnr. 65, verwiesen.

78. Gemäss der belgischen Regierung sollten die nationalen Behörden und zuständigen Gerichte das gemäss innerstaatlichem Recht korrekte Rechtsmittel wählen.²⁴ Dieses Rechtsmittel sollte den Grundsätzen der Äquivalenz und Effektivität entsprechen.

79. Die belgische Regierung hebt hervor, dass die korrekte Abhilfe nicht zwingend ein neues Ausschreibungsverfahren sein muss. Ein neues Verfahren bietet nur dann einen Mehrwert, wenn davon auszugehen ist, dass weitere Bieter daran teilnehmen würden. Als Lösung schlägt die belgische Regierung vor, die Kriterien unter Nichtberücksichtigung der unrechtmässig hinzugefügten Gewichtungen neu zu bewerten.

80. Abschliessend verweist die belgische Regierung darauf, dass die Feststellung einer Vertragsverletzung durch einen Mitgliedstaat nicht voraussetzt, dass diese einen Schaden verursacht hat.²⁵

81. Die Regierung des Königreichs Belgien schlägt vor, dass der Gerichtshof die fünfte Frage folgendermassen beantwortet:

Sollte das nationale Gericht zu dem Schluss gelangen, dass das Ausschreibungsverfahren tatsächlich gegen das Europarecht verstösst, müssten entsprechend der innerstaatlichen Rechtsordnung des betroffenen Mitgliedstaats alle erforderlichen Massnahmen ergriffen werden, um die Transparenz des Verfahrens wiederherzustellen. Dies kann ein neues Zuschlagsverfahren nach sich ziehen; ein solches ist jedoch nicht zwangsläufig die einzige mögliche Abhilfe.

Die Regierung des Fürstentums Liechtenstein

Einleitende Bemerkungen

82. Einleitend hält die Regierung des Fürstentums Liechtenstein fest, dass die Parteien des Ausgangsverfahrens und das vorliegende Gericht darin übereinstimmen, dass das Ausgangsverfahren die Vergabe einer Dienstleistungskonzession betrifft, die für ein in einem anderen EWR-Staat als Liechtenstein angesiedeltes Unternehmen von Interesse sein kann.

83. Es ist auch nicht strittig, so die Regierung des Fürstentums Liechtenstein weiter, dass die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen keinen klaren abgeleiteten Rechtsvorschriften unterliegt. Auf solche Vergaben finden nur die allgemeinen Grundsätze der Gleichbehandlung und Nicht-Diskriminierung sowie das Transparenzgebot Anwendung.

²⁴ Es wird auf die Rechtssache *Wall*, oben erwähnt, Randnr. 63, verwiesen.

²⁵ Es wird auf die Rechtssache *Kommission ./. Irland*, oben erwähnt, Randnr. 64, und die Rechtssache *C-263/96 Kommission ./. Belgien*, Slg. 1997, I-7453, Randnr. 30, verwiesen.

84. Ausgehend von der Auffassung, dass die gegenständliche Vergabe, bei der es sich um die Erteilung einer Dienstleistungskonzession handelt, und die darauf anwendbaren Vorschriften nicht strittig sind, besteht die entscheidende Fragestellung der Regierung des Fürstentums Liechtenstein zufolge im genauen Inhalt des im EWR-Abkommen verankerten Transparenzgebots und Diskriminierungsverbots.

Erste Frage

85. Gemäss der Regierung des Fürstentums Liechtenstein hat der EuGH festgestellt,²⁶ dass öffentliche Stellen bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen die Grundregeln der Verträge und insbesondere die Artikel 43 und 49 EG-Vertrag (nunmehr Artikel 49 und 56 AEUV), den Gleichbehandlungsgrundsatz und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sowie das daraus folgende Transparenzgebot zu beachten haben.

86. EWR- und Europarecht sehen also vor, dass das Verfahren für die Vergabe von Spielbankkonzessionen dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter und dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit unterliegt. Aus diesen Grundsätzen ergibt sich das ebenso anwendbare Transparenzgebot.

87. Dementsprechend schlussfolgert die Regierung des Fürstentums Liechtenstein, dass die beiden obgenannten Grundsätze nahelegen, dass alle potenziellen Bieter bei der Formulierung der Bedingungen ihres Angebots die gleichen Chancen haben müssen und dass sie denselben Bedingungen unterliegen.²⁷

88. Gemäss der Regierung des Fürstentums Liechtenstein wurden der Grundsatz der Gleichbehandlung und das Diskriminierungsverbot eingehalten, da die Interessenten eine reelle Möglichkeit zur Darlegung ihres Interesses an der Erteilung der Konzession hatten und während des Verfahrens gleichgestellt waren.

89. Das Transparenzgebot bedingt, dass ein angemessener Grad an Öffentlichkeit sichergestellt werden sollte, der eine Öffnung des Marktes für den Wettbewerb und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind.²⁸ Laut der Regierung des Fürstentums Liechtenstein wurde dieses Gebot eingehalten, da die Ausschreibung klar und präzise formuliert war, im Internet veröffentlicht wurde und es die

²⁶ Es wird auf die Rechtssache *Sporting Exchange*, oben erwähnt, Randnr. 39, die Rechtssache *Ernst Engemann*, oben erwähnt, Randnr. 49, und die zitierte Rechtsprechung verwiesen.

²⁷ Es wird auf die Rechtssache *Costa und Cifone*, oben erwähnt, Randnr. 57, verwiesen.

²⁸ Es wird auf die Rechtssache *Sporting Exchange*, oben erwähnt, Randnrn. 40 und 41, sowie die Rechtssache *Engemann*, oben erwähnt, Randnr. 50, verwiesen.

Ausschreibungsunterlagen den Parteien ermöglichten, sich eine genaue Vorstellung von der Konzession zu machen.

90. Die Regierung des Fürstentums Liechtenstein schlägt vor, dass der Gerichtshof die erste Frage folgendermassen beantwortet:

Die generellen Anforderung des EWR- bzw. Europarechts an das Verfahren zur Vergabe von Spielbankenkonzessionen sind zum einen, dass alle potenziellen Bieter die gleichen Chancen haben und dementsprechend denselben Bedingungen unterliegen müssen, und zum anderen, dass die konzessionserteilende Stelle zugunsten der potenziellen Bewerber einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherstellen muss, der eine Öffnung des Marktes für den Wettbewerb und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind. Es ist Aufgabe des vorlegenden Gerichts, über die Frage zu entscheiden, ob diese Grundsätze und das aus ihnen resultierende Transparenzgebot im Falle des Ausgangsverfahrens eingehalten wurden.

Zweite Frage

91. Die Regierung des Fürstentums Liechtenstein weist darauf hin, dass es in den Ausschreibungsunterlagen, die den Parteien auf Anfrage zur Verfügung gestellt wurden, hiess: „Die Kriterien nach a) bis l) werden nach ihrer Bedeutung unterschiedlich gewichtet. Dabei kommen dem volkswirtschaftlichen Nutzen (Bst. h und k) und dem geplanten Spielbankenstandort (Bst. l) erhöhte Bedeutung zu.“

92. Die Regierung des Fürstentums Liechtenstein trägt vor, der später erstellte, nicht veröffentlichte Bewertungsbogen habe hinsichtlich der Kriterien keine neuen Informationen enthalten, sondern nur der vollständigen und genauen Gewichtung der einzelnen Kriterien gedient. Auf der Grundlage der den Parteien vorliegenden Informationen konnten die Gesuchsteller vernünftigerweise von dieser Gewichtung ausgehen.

93. Die Regierung des Fürstentums Liechtenstein merkt an, dass potenzielle Gesuchsteller vor Ablauf der Abgabefrist für die Gesuche Zugang zu den entsprechenden Informationen hatten, sodass der Grundsatz der Gleichbehandlung und das Diskriminierungsverbot sowie das daraus resultierende Transparenzgebot erfüllt waren.

94. Die Regierung des Fürstentums Liechtenstein schlägt vor, dass der Gerichtshof die zweite Frage folgendermassen beantwortet:

Das EWR- bzw. das Europarecht verlangt, dass eine konzessionserteilende Behörde im Stadium der Ausschreibung und Veröffentlichung der Ausschreibungsunterlagen vor Ablauf der Abgabefrist für die Gesuche potenziellen Gesuchstellern Zugang zu einschlägigen Informationen über die gegenständliche Konzession gewährt, sodass diese eine reelle

Möglichkeit zur Darlegung ihres Interesses an der Erteilung der Konzession haben und der Ermessensausübung durch die Vergabebehörde Grenzen gesetzt werden. Die Prüfung der Angemessenheit der Einzelheiten der Ausschreibung und der Ausschreibungsunterlagen im Hinblick auf die Besonderheiten der gegenständlichen Dienstleistungskonzession ist Sache des vorlegenden Gerichts.

Dritte Frage

95. Nach Ansicht der Regierung des Fürstentums Liechtenstein wurden durch den Umstand, dass die genaue Gewichtung der Zuschlagskriterien nicht bekannt gemacht wurde, weder der Grundsatz der Gleichbehandlung und das Diskriminierungsverbot noch das Transparenzgebot verletzt. Es besteht keine Pflicht zur vorgängigen Bekanntgabe der relativen Gewichtung, da die Erteilung der Konzession im Ausgangsverfahren nicht in den Geltungsbereich der Richtlinien über die unterschiedlichen Kategorien von öffentlichen Aufträgen fällt.

96. Die Regierung des Fürstentums Liechtenstein geht davon aus, dass dies aus dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Kommission ./. Irland* abgeleitet werden kann.²⁹ Dieses Urteil, so die Regierung des Fürstentums Liechtenstein, legt nahe, dass die Annahme, dass die konzessionserteilende Behörde verpflichtet ist, die relative Gewichtung der Kriterien vorab zu bestimmen und diese den potenziellen Bietern bei der Aufforderung, ihre Angebote einzureichen, mitzuteilen ist, nicht gerechtfertigt ist.

97. Da keine Verpflichtung zur Bestimmung und Bekanntmachung der relativen Gewichtung der Kriterien vorab besteht, erläutert die Regierung des Fürstentums Liechtenstein, ist es im Grunde nicht erforderlich, dass sich der Gerichtshof zu den Anforderungen äussert, die das EWR-Recht an den Informationsgehalt der vorgängig bekannt zu gebenden relativen Gewichtung stellt.

98. Die Regierung des Fürstentums Liechtenstein schlägt vor, dass der Gerichtshof die dritte Frage folgendermassen beantwortet:

Es besteht keine generelle Pflicht im Rahmen des EWR-Rechts zur vorgängigen Bekanntgabe der relativen Gewichtung der Zuschlagskriterien bei der Erteilung einer Konzession wie jener, die Gegenstand des Ausgangsverfahrens ist.

Vierte Frage

99. Unter Berücksichtigung von Artikel 34 des Abkommens zwischen den EFTA-Staaten zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofs (im Folgenden: ÜGA) vertritt die Regierung des Fürstentums Liechtenstein die

²⁹ Es wird auf die Rechtssache *Kommission ./. Irland*, oben erwähnt, Randnr. 43, verwiesen.

Auffassung, dass es einzig dem vorlegenden Gericht, vor dem die Rechtssache anhängig ist, obliegt, die Verantwortung für die anschliessende Gerichtsentscheidung zu übernehmen und dementsprechend zu beurteilen, ob die Vorgaben des EWR-Rechts im gegenständlichen Fall beachtet wurden.

100. Die Regierung des Fürstentums Liechtenstein legt dar, dass sich die Aufgabe des Gerichtshofs darauf beschränkt, im Rahmen einer Vorabentscheidung eine Auslegung des EWR-Rechts für das vorlegende Gericht vorzunehmen, die für die Entscheidung des vorlegenden Gerichts in der vor ihm anhängigen Rechtssache zweckdienlich ist.³⁰

101. Die Regierung des Fürstentums Liechtenstein schlägt vor, dass der Gerichtshof die vierte Frage folgendermassen beantwortet:

Es obliegt einzig dem vorlegenden Gericht, vor dem die Rechtssache anhängig ist, zu beurteilen, ob die Vorgaben des EWR- bzw. Europarechts im gegenständlichen Fall beachtet wurden.

Fünfte Frage

102. Eingangs weist die Regierung des Fürstentums Liechtenstein darauf hin, dass die vorgelegte Frage so formuliert ist, dass eine Beantwortung durch den Gerichtshof nicht möglich ist. Angesichts der in Artikel 34 ÜGA verankerten Aufgabenteilung zwischen den nationalen Gerichten und dem Gerichtshof sollte der Gerichtshof nur die Fragen 5 a) und b) beantworten.

103. Hinsichtlich der bestimmten Rechtsfolgen bei Verfahrensfehlern und Voraussetzungen, unter denen Verfahrensfehler geheilt werden können, nimmt die Regierung des Fürstentums Liechtenstein Bezug auf die Äusserung der Europäischen Kommission in ihrem Arbeitsdokument³¹, dass „Dienstleistungskonzessionen [...] nicht von den Vorschriften über Rechtsmittel im öffentlichen Auftragswesen erfasst [sind]. Benachteiligte Bieter können den mit der Rechtsmittelrichtlinie geschaffenen wichtigen Rechtsschutz daher nicht in Anspruch nehmen.“ Daher ist es Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen EWR-Staaten, die Ausgestaltung von Verfahren, die den Schutz der dem Bürger aus dem EWR-Recht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, zu bestimmen. Diese innerstaatlichen Verfahren müssen jedoch den Grundsätzen der Äquivalenz und Effektivität entsprechen.

³⁰ Es wird auf die Rechtssachen E-2/95 *Eilert Eidesund ./. Stavanger Catering A/S*, EFTA Court Report 1995-96, S. 3, Randnr. 14, E-1/95 *Ulf Samuelsson ./. Svenska staten*, EFTA Court Report 1994-95, S. 145, Randnr. 13, und E-10/04 *Paolo Piazza ./. Paul Schurte AG*, EFTA Court Report 2005, S. 76, Randnr. 21, verwiesen.

³¹ Es wird auf das Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen, Zusammenfassung der Folgenabschätzung, SEK(2011) 1589 endgültig, verwiesen, bei dem es sich um ein Begleitdokument zum Vorschlag des Europäischen Parlaments und des Rates für eine Richtlinie über die Konzessionsvergabe, KOM(2011) 897 endgültig, S. 4, handelt.

104. Die Regierung des Fürstentums Liechtenstein fügt hinzu, dass die Entscheidung, ob ein Rechtsmittel den Grundsätzen der Äquivalenz und Effektivität entspricht, dem vorliegenden Gericht obliegt. Bei der Feststellung, ob diese beiden Grundsätze erfüllt sind, ist es Aufgabe des vorliegenden Gerichts, die Stellung des Rechtsmittels im gesamten Verfahren, den Verfahrensablauf und die Besonderheiten des Verfahrens vor den verschiedenen nationalen Stellen zu prüfen. Darüber hinaus berücksichtigt das vorliegende Gericht die Grundsätze, die dem nationalen Rechtssystem zugrunde liegen, wie z. B. die Verteidigungsrechte, den Grundsatz der Rechtssicherheit und den ordnungsgemässen Ablauf des Verfahrens.³²

105. Nach Ansicht der Regierung des Fürstentums Liechtenstein entsprechen die liechtensteinischen Verfahrensmodalitäten und Rechtsmittel den Grundsätzen der Äquivalenz und Effektivität. Gemäss Artikel 87 Absatz 2 des Geldspielgesetzes kann gegen Entscheidungen und Verfügungen der Regierung Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Dieses Beschwerdeverfahren wird durch das Gesetz vom 21. April 1922 über die allgemeine Landesverwaltungspflege geregelt, das dem Verwaltungsgerichtshof u. a. uneingeschränkte gerichtliche Zuständigkeit zugesteht. Gegen eine Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs kann anschliessend beim Staatsgerichtshof Beschwerde eingelegt werden. Die Regierung des Fürstentums Liechtenstein hält in diesem Zusammenhang fest, dass das Gesetz über die allgemeine Landesverwaltungspflege gleichermassen auf Rechte anwendbar ist, die aus innerstaatlichem Recht wie auch aus EWR-Recht abgeleitet werden.

106. Die Regierung des Fürstentums Liechtenstein schlägt vor, dass der Gerichtshof die fünfte Frage folgendermassen beantwortet:

Es obliegt dem vorliegenden Gericht festzustellen, ob im konkreten Fall die Voraussetzungen gegeben waren, eine ersatzlose Aufhebung des ganzen Ausschreibungs- sowie Zuschlagsverfahrens anzuordnen. Es ist zudem Sache des vorliegenden Gerichts zu prüfen, ob die innerstaatlichen Verfahrensmodalitäten und Rechtsmittel, die den Schutz der dem Bürger aus dem EWR-Recht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, nicht weniger günstig gestaltet sind als jene, nach der die nationale Rechtsordnung vergleichbare Rechte im Rahmen der rein einzelstaatlichen Gesetzgebung schützt, und ob diese Modalitäten die Ausübung der durch das EWR-Recht verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermässig erschweren.

Die EFTA-Überwachungsbehörde

³² Es wird auf die Rechtssache C-246/09 *Susanne Bulicke ./. Deutsche Büro Service GmbH*, Slg. 2010, I-7003, Randnrn. 29 und 35, die Rechtssache E-11/12 *Koch, Hummel und Müller ./. Swiss Life (Liechtenstein) AG*, EFTA Court Report 2013, S. 272, Randnrn. 124 und 125, und die zitierte Rechtsprechung verwiesen.

Einleitende Bemerkungen

107. Der EFTA-Überwachungsbehörde zufolge sollen durch die vorgelegten Fragen zwei zentrale Aspekte klargestellt werden. Zum einen ist zu klären, welches die genauen Anforderungen des Transparenzgebots im Zusammenhang mit einem Ausschreibungsverfahren für eine Konzession zum Betrieb einer Spielbank sind. Zum anderen stellt sich die Frage, welche Abhilfen bzw. Vorgehensweisen im Rahmen des Transparenzgebots für nationale Gerichte zulässig (oder unzulässig) sind.

Erste Frage

108. Hinsichtlich der ersten Frage bringt die EFTA-Überwachungsbehörde vor, dass der EuGH – anders als der Gerichtshof, von dem keine Urteile in identischen oder ähnlichen Rechtssachen vorliegen – bereits in drei Fällen entschieden hat, welche Vergabeverfahren betreffen, die nicht in den Geltungsbereich der Richtlinien der Europäischen Union über die öffentliche Auftragsvergabe fallen bzw. für die die vereinfachten Verfahrensvorschriften für die Vergabe im Sinne von Anhang II Teil B der Richtlinie gelten. Das Homogenitätsgebot verpflichtet den Gerichtshof, das Transparenzgebot genauso auszulegen wie der EuGH.

109. Der EFTA-Überwachungsbehörde zufolge lässt sich aus der Rechtssache *Wall*³³ ableiten, dass nationale Behörden bei der Veröffentlichung und Vergabe einer Konzession zwei Anforderungen zu erfüllen haben. Die nationalen Behörden müssen sicherstellen, dass erstens die Ausschreibung so veröffentlicht wird, dass die Konzession für den Wettbewerb geöffnet werden kann, und dass zweitens die Nachprüfung ermöglicht wird, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind.

110. Zur Ermöglichung der Überprüfung der unparteiischen Durchführung des Ausschreibungsverfahrens, so die EFTA-Überwachungsbehörde, 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 war.

111. Unter Bezugnahme auf die Rechtssache *Kommission ./. Irland*³⁴ äussert die EFTA-Überwachungsbehörde, dass hinsichtlich der substantiellen Bedeutung des Transparenzgebots Einschränkungen existieren. Ihrer Auffassung nach geht aus dem Urteil des EuGH hervor, dass das Transparenzgebot nicht erfordert, dass die genauen Verfahrensanforderungen der Richtlinien über das öffentliche Auftragswesen ausserhalb des Geltungsbereichs dieser Richtlinien Anwendung

³³ Es wird auf die Rechtssache *Wall*, oben erwähnt, Rdnr. 36 verwiesen.

³⁴ Es wird auf die Rechtssache *Kommission ./. Irland*, oben erwähnt, verwiesen.

finden.³⁵ Dadurch wird die Möglichkeit der analogen Anwendbarkeit der Rechtssache *Lianakis*³⁶ eingeschränkt.

112. Laut der EFTA-Überwachungsbehörde hat der EuGH in der Rechtssache *Costa und Cifone*³⁷ den Standard angehoben, den die nationalen Behörden einhalten sollten, um das Transparenzgebot zu erfüllen. Die EFTA-Überwachungsbehörde bezieht sich auf die Randnrn. 73 und 74 dieses Urteils:

73. Der Grundsatz der Transparenz, der mit dem Gleichheitssatz einhergeht, soll [...] im Wesentlichen gewährleisten, dass alle interessierten Wirtschaftsteilnehmer auf der Grundlage sämtlicher einschlägiger Informationen an Ausschreibungen teilnehmen können, und die Gefahr von Günstlingswirtschaft oder von willkürlichen Entscheidungen der Vergabestelle ausschließen. 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.

74. 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.

113. Zudem hebt die EFTA-Überwachungsbehörde hervor, dass in Fällen, in denen das Transparenzgebot nicht eingehalten wird, das Ausschreibungsverfahren auf den ersten Blick eine Diskriminierung und/oder eine Ungleichbehandlung darstellt, die zu einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit gemäss Artikel 31 und Artikel 36 des EWR-Abkommens führt.

114. Nach Auffassung der EFTA-Überwachungsbehörde ist es im EWR-Recht gestattet, dass nationale Behörden und Gerichte die Mindestanforderungen an die Transparenz anheben können. Je grösser die Transparenz im Verfahren ist, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit von diskriminierendem Verhalten oder von Voreingenommenheit. Ein grösseres Mass an Transparenz birgt zudem den Vorteil, dass die Rechtssicherheit verbessert und die Teilnahme und Wettbewerbsfähigkeit erhöht wird.

³⁵ Ebenda, Randnr. 43.

³⁶ Es wird auf die Rechtssache *Lianakis*, oben erwähnt, verwiesen.

³⁷ Es wird auf die Rechtssache *Costa und Cifone*, oben erwähnt, verwiesen.

115. Hinsichtlich der ersten Frage gelangt die EFTA-Überwachungsbehörde zu der Schlussfolgerung, dass die Artikel 31 und 36 des EWR-Abkommens einen ausreichenden Grad an Öffentlichkeit erfordern, damit die Konzession für den Wettbewerb geöffnet wird und nachgeprüft werden kann, ob das Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden ist. Die EFTA-Überwachungsbehörde stellt überdies klar, dass die Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens klar, genau und eindeutig sein müssen, so dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt die genaue Bedeutung dieser Informationen verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können.

Zweite Frage

116. Die zweite Frage betrifft nach Ansicht der EFTA-Überwachungsbehörde die Transparenz des Verfahrens. Laut der EFTA-Überwachungsbehörde verlangt das EWR-Recht nicht ausdrücklich, dass eine Konzessionsbehörde bereits im Stadium der Ausschreibung bekannt geben muss, wie sie die Vorgaben in Gesetz und Verordnung ergänzend bzw. weiterführend zu konkretisieren gedenkt. Die nationale Behörde muss jedoch die allgemeinen Vorgaben hinsichtlich der Transparenz einhalten, und die EFTA-Überwachungsbehörde hebt hervor, dass ein höheres Mass an Transparenz als unbedingt erforderlich wünschenswert ist. Es obliegt den nationalen Gerichten zu prüfen, ob die Transparenzanforderungen erfüllt wurden.

Dritte Frage

117. Die dritte Frage, so die EFTA-Überwachungsbehörde, beschäftigt sich mit dem Grad der Ausführlichkeit, mit denen die Regeln der Ausschreibung allen tatsächlichen oder potenziellen Bietern im Voraus bekannt gegeben werden müssen.

118. Der EFTA-Überwachungsbehörde zufolge sind die Umstände in der Rechtssache *Kommission ./. Irland*³⁸ sehr ähnlich wie im gegenständlichen Fall, da in der Ausschreibungsbekanntmachung nur eine Liste ungewichteter Kriterien veröffentlicht wurde; die Gewichtungen wurden nach Ablauf der Frist für die Einreichung von Angeboten festgelegt, und die Kriterien wurden nach einer ersten Prüfung der eingereichten Angebote geändert.

119. Die EFTA-Überwachungsbehörde erläutert, dass in der Rechtssache *Kommission ./. Irland*³⁹ Artikel 53 der Richtlinie⁴⁰ nicht anwendbar war, da der gegenständliche Vertrag nicht in ihren Geltungsbereich fiel. Dementsprechend prüfte der EuGH die Rechtssache auf der Grundlage der durch das Transparenzgebot vorgegebenen Anforderungen.

³⁸ Es wird auf die Rechtssache *Kommission ./. Irland*, oben erwähnt, verwiesen.

³⁹ Es wird auf die Rechtssache *Kommission ./. Irland*, oben erwähnt, verwiesen.

⁴⁰ Artikel 53 der Richtlinie trägt die Überschrift „Zuschlagskriterien“.

120. Laut EFTA-Überwachungsbehörde kann aus der Rechtssache *Kommission ./ Irland*⁴¹ abgeleitet werden, dass die Einhaltung der spezifischen Verfahrensbedingungen gemäss Artikel 53 der Richtlinie den nationalen Behörden unter Umständen wie den im Ausgangsverfahren gegebenen nicht auferlegt werden kann.⁴² Die EFTA-Überwachungsbehörde streicht jedoch heraus, dass es wünschenswert wäre, wenn die angewendeten Verfahren die höheren Standards nach Artikel 53 der Richtlinie widerspiegeln würden.

121. Ebenso entnimmt die EFTA-Überwachungsbehörde aus der Rechtssache *Kommission ./ Irland*⁴³, dass das Transparenzgebot Umstände, unter denen Bieter erst nach Ablauf der Frist für die Einreichung von Angeboten über die genaue Gewichtung der Zuschlagskriterien für die Konzession informiert werden, auf den ersten Blick nicht ausschliesst.⁴⁴

122. Die EFTA-Überwachungsbehörde betont jedoch, dass das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Costa und Cifone*⁴⁵ nicht ausser Acht gelassen werden darf, da das Transparenzgebot in dieser Entscheidung näher beleuchtet wird. Dieses Urteil bietet, fährt die EFTA-Überwachungsbehörde fort, den nationalen Behörden kaum Spielraum hinsichtlich des Zeitpunkts, zu dem über die Gewichtung zu entscheiden ist. Dementsprechend, so die EFTA-Überwachungsbehörde weiter, wird das nationale Gericht zu prüfen haben, ob der Grad der Ausführlichkeit der in Artikel 17 Absatz 4 der Spielbankenverordnung festgelegten Kriterien ausreichend klar, genau und eindeutig war und sicherstellte, dass alle potenziellen Bieter gleich behandelt und vor Willkür und/oder Diskriminierung geschützt wurden.

123. Betreffend die dritte Frage vertritt die EFTA-Überwachungsbehörde die Auffassung, dass im Zusammenhang mit dem entsprechenden Ausschreibungsverfahren keine spezielle Pflicht zur vorgängigen Bekanntgabe der relativen Gewichtung der Zuschlagskriterien für die Zuschlagserteilung besteht. Es ist dem Anschein nach nicht ausgeschlossen, dass die Vergabebehörden die spezifische Gewichtung der in der Ausschreibung genannten Kriterien zu einem späteren Zeitpunkt – auch nach dem Ende des Wettbewerbs – festlegen, sofern die Gebote noch nicht geöffnet wurden.

124. Allerdings müssen die nationalen Behörden einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherstellen, der eine Öffnung der Konzession für den Wettbewerb und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind. Wenn die nationalen Behörden entscheiden, die relative

⁴¹ Es wird auf die Rechtssache *Kommission ./ Irland*, oben erwähnt, verwiesen.

⁴² Für diese Schlussfolgerung stützt sich die EFTA-Überwachungsbehörde auf die Rechtssache *Kommission ./ Irland*, oben erwähnt, Randnrn. 43 bis 48.

⁴³ Es wird auf die Rechtssache *Kommission ./ Irland*, oben erwähnt, verwiesen.

⁴⁴ Für diese Schlussfolgerung stützt sich die EFTA-Überwachungsbehörde auf die Rechtssache *Kommission ./ Irland*, oben erwähnt, Randnrn. 43 bis 48.

⁴⁵ Es wird auf die Rechtssache *Costa und Cifone*, oben erwähnt, verwiesen.

Gewichtung nicht im Voraus bekannt zu geben, müssen sie trotzdem gewährleisten, dass die Bedingungen und Modalitäten des Zuschlagsverfahrens klar, genau und eindeutig formuliert sind, so dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt die genaue Bedeutung dieser Informationen verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können. Die EFTA-Überwachungsbehörde führt aus, dass insbesondere, wenn eine relative Gewichtung in der Ausschreibung angeführt ist (oder aus einer einheitlichen Vorgehensweise abgeleitet werden kann), sich diese relative Gewichtung nicht ändern darf, wenn die ausschreibende Behörde die genaue Gewichtung festlegt.

125. Die EFTA-Überwachungsbehörde schlägt vor, dass der Gerichtshof die erste, zweite und dritte Frage folgendermassen beantwortet:

Aus den Artikeln 31 und 36 des EWR-Abkommens, dem Grundsatz der Gleichbehandlung, dem Transparenzgebot und dem Grundsatz der Rechtssicherheit folgt, dass die Bedingungen und Modalitäten eines Ausschreibungsverfahrens für eine Dienstleistungskonzession wie jene, die Gegenstand des Ausgangsverfahrens ist, klar, genau und eindeutig formuliert sein müssen.

Auch wenn keine spezielle Pflicht zur vorgängigen Bekanntgabe der relativen Gewichtung der Zuschlagskriterien für die Zuschlagserteilung besteht, muss es trotzdem möglich sein, dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt die genaue Bedeutung dieser Informationen verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können.

Vierte Frage

126. Die EFTA-Überwachungsbehörde stellt fest, dass es Sache des nationalen Gerichts ist, über im innerstaatlichen Kontext fragliche juristische Aspekte und Sachverhalte zu entscheiden. Allerdings äussert die EFTA-Überwachungsbehörde Vorbehalte, ob es die in den Ausschreibungsunterlagen angeführten allgemeinen Angaben über die Gewichtung den tatsächlichen oder potenziellen Bietern präzise genug waren und es ermöglichten, die „genaue Bedeutung“ jedes der Bewertungskriterien zu verstehen.

127. In diesem Zusammenhang weist die EFTA-Überwachungsbehörde darauf hin, dass aus der Ausschreibung hervorging, dass den Unterabsätzen (h), (k) und (l) besondere Bedeutung beigemessen werden würde, während bei der tatsächlichen Gewichtung die Unterabsätze (h) und (k) zusammengefasst und mit einem gemeinsamen Wert versehen wurden, der dem gemeinsamen Wert einiger anderer Unterabsätze entspricht, von deren besonderer Bedeutung nicht die Rede war. Darüber hinaus, so die EFTA-Überwachungsbehörde, entsprach der Wert von Unterabsatz (l) jenem von Unterabsatz (g); in der Ausschreibung wurde jedoch nicht erwähnt, dass Unterabsatz (g) von besonderer Bedeutung war.

128. 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 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.

129. Die EFTA-Überwachungsbehörde schlägt vor, dass der Gerichtshof die vierte Frage folgendermassen beantwortet:

Es ist Sache des vorlegenden Gerichts zu prüfen, ob das Zuschlagsverfahren, das Gegenstand des Ausgangsverfahrens ist, diese Bedingungen erfüllt hat.

Fünfte Frage

130. Die EFTA-Überwachungsbehörde führt aus, dass sich die fünfte Frage damit beschäftigt, ob eine ordnungsgemässe Auslegung des EWR-Rechts der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs, die Vergabeentscheidung für ungültig zu erklären und eine Neuausschreibung anzuordnen, entgegenstehe.

131. Der EFTA-Überwachungsbehörde zufolge gelten – da die speziellen Bestimmungen der Richtlinien über das öffentliche Auftragswesen nicht anwendbar sind – die allgemeinen Normen des EWR-Rechts. Diese allgemeinen Normen sehen für einen Verstoss gegen das Transparenzgebot kein spezielles Rechtsmittel vor, sodass es Sache des innerstaatlichen Rechts der EWR-Staaten ist, unter Beachtung der Grundsätze der Äquivalenz und Effektivität die Rechtsschutzmöglichkeiten, die zur Wahrung der aus dem EWR-Recht erwachsenden Rechte erforderlich sind, zu regeln.

132. Wurde ein Verstoss festgestellt, so die EFTA-Überwachungsbehörde weiter, kann es mehr als eine geeignete Lösung geben um sicherzustellen, dass die nachteiligen Auswirkungen nicht während der Vertragserfüllung fort dauern.

133. Die EFTA-Überwachungsbehörde betont, dass mit dem Transparenzgebot die Zielsetzung im öffentlichen Interesse, nämlich die Gewährleistung einer ordnungsgemässen Verwaltung bei der Erteilung von Konzessionen, erfüllt werden soll, damit Zuschläge frei von Willkür und Diskriminierung erfolgen können. Ein Mangel an Transparenz kann mögliche Teilnehmer, inklusive derer, die sich grenzüberschreitend beteiligen möchten, davon abschrecken, ein Angebot abzugeben. Die vom nationalen Gericht in Betracht gezogenen Rechtsmittel sollten die Zielsetzung im öffentlichen Interesse reflektieren.

134. 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, auf den

ersten Blick nicht ausreicht, um das zugrunde liegende Problem der mangelnden Transparenz zu beheben. Nach Ansicht der EFTA-Überwachungsbehörde erscheint die Wiederholung des Ausschreibungsverfahrens auf den ersten Blick als geeignetste Lösung, wenn ein schwerer Verstoss gegen das Transparenzgebot vorliegt. Sollte das nationale Gericht ein anderes Rechtsmittel bestimmen, wird es zu prüfen haben, ob die Grundsätze der Äquivalenz und Effektivität erfüllt sind.

135. Die EFTA-Überwachungsbehörde räumt jedoch ein, dass die Wiederholung des Zuschlagsverfahrens gewisse Schwierigkeiten mit sich bringen kann, wenn die Gebote 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.

136. Die EFTA-Überwachungsbehörde schlägt vor, dass der Gerichtshof die fünfte Frage folgendermassen beantwortet:

Es ist Sache des innerstaatlichen Rechts, die Rechtsschutzmöglichkeiten, die den Schutz der dem Bürger aus dem Transparenzgebot und dem Grundsatz der Rechtssicherheit 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.

Die Europäische Kommission

Einleitende Bemerkungen

137. Die Kommission hält einleitend fest, dass die Richtlinie nicht anwendbar ist, da „Dienstleistungskonzessionen“, wie in Artikel 1 Absatz 4 definiert, nicht in ihren Geltungsbereich fallen. Der Kommission zufolge sind die entscheidenden Faktoren für die Bestimmung, ob es sich bei einer Konzession um eine Dienstleistungskonzession handelt, ob das Entgelt für die Erbringung der Dienstleistung im Recht zur Durchführung der fraglichen Tätigkeit besteht, und ob der Dienstleistungserbringer das mit der Dienstleistung verbundene Betriebsrisiko übernimmt. Die Kommission geht davon aus, dass diese Bedingungen erfüllt sind.

Erste, zweite und dritte Frage

138. Laut der Kommission soll anhand der ersten drei Fragen festgestellt werden, welche allgemeinen Grundsätze des EWR-Rechts auf das Verfahren zur Erteilung einer Spielbankkonzession angewendet werden sollten, wobei besonderes Gewicht auf das Transparenzgebot und dessen praktische Anwendung gelegt wird.

139. Ungeachtet der Tatsache, dass Dienstleistungskonzessionen nicht in den Geltungsbereich der Richtlinie fallen, unterliegen sie nach Auffassung der Kommission den fundamentalen Grundsätzen der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit und insbesondere dem zentralen Prinzip des Verbots der

Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Das Transparenzgebot erlaubt es den Vertragsparteien, die Einhaltung dieses Prinzips zu überprüfen.

140. Die Kommission macht geltend, dass der 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.⁴⁶

141. Hinsichtlich der Anwendung des Transparenzgebots in der Praxis, so die Kommission weiter, sollten von Anfang an angemessene Informationen bereitgestellt werden, damit interessierte Parteien beurteilen können, ob sie Interesse bekunden wollen oder nicht,⁴⁷ da dies die einzige Möglichkeit ist, das Verfahren im Sinne des Grundsatzes der Gleichbehandlung zu „öffnen“. Zweitens bringt die Kommission vor, dass die Zuschlagskriterien, um dem Ermessen der nationalen Behörden Grenzen zu setzen, auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen müssen.⁴⁸ Die Gebote sind während des gesamten Verfahrens auf der Grundlage derselben Vorgaben und unter denselben Bedingungen zu prüfen. Die Kommission erläutert drittens, dass bei Dienstleistungskonzessionen, die nicht in den Geltungsbereich der Richtlinie fallen, keine spezifische Verpflichtung zur Bekanntgabe von Einzelheiten über die relative Gewichtung der Zuschlagskriterien für Dienstleistungskonzessionen besteht.⁴⁹

142. Nach Einschätzung der Kommission verbleiben zwei wichtige Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen. Zum einen kann eine Entscheidung über die relative Gewichtung von Zuschlagskriterien 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. Zum anderen muss die Gewichtung der Zuschlagskriterien vor der Öffnung der Angebote festgelegt werden.⁵⁰

143. Die Europäische Kommission schlägt vor, dass der Gerichtshof die erste, zweite und dritte Frage folgendermassen beantwortet:

Ein Verfahren wie jenes, das Gegenstand der vorliegenden Rechtssache betreffend die Erteilung einer Spielbankenkonzession ist, muss den allgemeinen Vorgaben der Artikel 31 und 36 [des] EWR[-Abkommens] und

⁴⁶ Es wird auf die Rechtssache C-324/98 *Telaustria und Telefonadress*, Slg. 2000, I-10745, Randnr. 62, und die Rechtssache *Engelmann*, oben erwähnt, Randnr. 50, verwiesen.

⁴⁷ Es wird auf die Rechtssache C-231/03 *Coname*, Slg. 2005, I-7287, Randnr. 21, verwiesen.

⁴⁸ Es wird auf die Rechtssache *Costa und Cifone*, oben erwähnt, Randnr. 56, verwiesen.

⁴⁹ Es wird auf die Rechtssache *Kommission ./. Irland*, oben erwähnt, Randnr. 43, und die Rechtssache *ATI EAC u. a.*, oben erwähnt, Randnr. 24, verwiesen.

⁵⁰ Es wird auf die Rechtssache *Kommission ./. Irland*, oben erwähnt, Randnrn. 48 und 49, verwiesen.

dem Diskriminierungsverbot, sowie insbesondere dem daraus abgeleiteten Transparenzgebot, entsprechen.

Dieses Transparenzgebot ist so auszulegen, dass die Kriterien zur Erteilung der Konzession objektiv und nicht diskriminierend sowie im Voraus bekannt sein müssen. Das Transparenzgebot verpflichtet die Vergabebehörde jedoch nicht speziell zur vorgängigen Bekanntgabe der relativen Gewichtung, die sie auf diese Kriterien anzuwenden gedenkt. Werden trotzdem Einzelheiten über diese relative Gewichtung bekannt gegeben, legen das Diskriminierungsverbot und der Grundsatz der Transparenz nahe, dass diese Gewichtung nicht anschliessend auf eine Art geändert werden kann, die sich wesentlich auf die Vorbereitung der Angebote auswirken oder zu einer Änderung der ursprünglichen Kriterien führen hätte können.

Vierte Frage

144. Die Kommission vertritt die Auffassung, dass es dem nationalen Gericht obliegt, auf der Grundlage des Sachverhalts der vor ihm anhängigen Rechtssache zu beurteilen, ob die Vorgaben des EWR-Rechts im gegenständlichen Verfahren beachtet wurden. Der Kommission erscheint es unstrittig, dass alle relevanten Kriterien in Artikel 17 Absatz 4 Buchstaben a bis l der Spielbankenverordnung festgelegt waren und in der Ausschreibung vom 1. Februar 2011 wiedergegeben wurden. Einige Einzelheiten der relativen Gewichtung, die auf diese Kriterien angewendet werden sollte, wurden auch in der Ausschreibung bekannt gegeben, und es hat den Anschein, als würde sich dies in dem ausführlicheren Punktesystem des anschliessend erstellten Bewertungsbogens widerspiegeln. In diesem Zusammenhang betont die Kommission jedoch, dass auch die zwei wichtigen Voraussetzungen – nämlich dass eine Entscheidung über die relative Gewichtung von Zuschlagskriterien weder Informationen beinhalten kann, die sich erheblich auf die Vorbereitung des Angebots selbst ausgewirkt hätten, noch solche, die zu einer tatsächlichen Änderung der ursprünglich Kriterien führen, und dass die Gewichtung der Zuschlagskriterien vor der Öffnung der Angebote festgelegt werden muss – geprüft werden müssen.

145. Die Europäische Kommission schlägt vor, dass der Gerichtshof die vierte Frage folgendermassen beantwortet:

Es obliegt dem nationalen Gericht, auf der Grundlage des Sachverhalts der vor ihm anhängigen Rechtssache zu beurteilen, ob das Transparenzgebot beachtet wurde.

Fünfte Frage

146. Hinsichtlich der fünften Frage hält die Kommission fest, dass es Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung ist, die Ausgestaltung von Verfahren zu bestimmen, die den Schutz der Rechte von Wirtschaftsteilnehmern gemäss EWR-

Recht gewährleisten, vorausgesetzt, dass diese Verfahren nicht weniger günstig gestaltet sind als jene, die auf vergleichbare innerstaatliche Umstände anwendbar sind (Grundsatz der Äquivalenz), und dass sie die Ausübung der aus dem EWR-Recht erwachsenden Rechte nicht übermässig erschweren oder praktisch unmöglich machen (Grundsatz der Effektivität).

147. Die Europäische Kommission schlägt vor, dass der Gerichtshof die fünfte Frage folgendermassen beantwortet:

Rechtsmittel im nationalen Recht für Verstösse gegen die oben erläuterten Vorgaben müssen den Grundsätzen der Äquivalenz und Effektivität entsprechen.

Páll Hreinsson
Berichterstatter