URTEIL DES GERICHTSHOFES (Sechste Kammer)

19. Juni 2003 *

In der Rechtssache C-249/01

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

Werner Hackermüller

gegen

Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG),

Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED)

vorgelegtes Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung von Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABl. L 395, S. 33) in der durch die Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1) geänderten Fassung

* Verfahrenssprache: Deutsch.

erlässt

DER GERICHTSHOF (Sechste Kammer)

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

Generalanwalt: J. Mischo,
Kanzler: M.-F. Contet, Hauptverwaltungsrätin,

unter Berücksichtigung der schriftlichen Erklärungen

— von Herrn Hackermüller, vertreten durch Rechtsanwalt P. Schmautzer,

— der Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) und der Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED), vertreten durch die Rechtsanwälte J. Olischar und M. Kratky,

— der österreichischen Regierung, vertreten durch M. Fruhmann als Bevollmächtigten,

— der italienischen Regierung, vertreten durch U. Leanza als Bevollmächtigten im Beistand von M. Fiorilli, avvocato dello Stato,

— der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch M. Nolin als Bevollmächtigten im Beistand von Rechtsanwalt R. Roniger,

aufgrund des Sitzungsberichts,

nach Anhörung der mündlichen Ausführungen von Herrn Hackermüller, der österreichischen Regierung und der Kommission in der Sitzung vom 16. Januar 2003,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 25. Februar 2003

folgendes

Urteil

1 Das Bundesvergabeamt hat mit Beschluss vom 25. Juni 2001, beim Gerichtshof eingegangen am 28. Juni 2001, gemäß Artikel 234 EG zwei Fragen nach der Auslegung von Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABl. L 395, S. 33) in der durch die Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge geänderten Fassung (ABl. L 209, S. 1) (im Folgenden: Richtlinie 89/665) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2 Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit des Herrn Hackermüller, Architekt Dipl.-Ing., gegen die Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) und die Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED) (im Folgenden: Antragsgegnerinnen) wegen deren Entscheidung, das Angebot des Herrn Hackermüller im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags nicht zu berücksichtigen.

Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsregelung

3 Artikel 1 Absätze 1 und 3 der Richtlinie 89/665 bestimmt:

„(1) Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinien 71/305/EWG, 77/62/EWG und 92/50/EWG... fallenden Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge die Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der nachstehenden Artikel, insbesondere von Artikel 2 Absatz 7, auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können.

...

(3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass das Nachprüfungsverfahren entsprechend den gegebenenfalls von den Mitgliedstaaten festzulegenden Bedingungen zumindest jedem zur Verfügung steht, der ein Interesse an einem bestimmten öffentlichen Liefer- oder Bauauftrag hat oder hatte und dem durch einen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht. Die Mitgliedstaaten können insbesondere verlangen, dass derjenige, der ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten beabsichtigt, den öffentlichen Auftraggeber zuvor von dem behaupteten Rechtsverstoß und von der beabsichtigten Nachprüfung unterrichten muss."

4 Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 89/665 bestimmt:

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

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

b) damit die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen, einschließlich der Streichung diskriminierender technischer, wirtschaftlicher oder finanzieller Spezifikationen in den Ausschreibungsdokumenten, den Verdingungsunterlagen oder in jedem sonstigen sich auf das betreffende Vergabeverfahren beziehenden Dokument vorgenommen oder veranlasst werden kann;

c) damit denjenigen, die durch den Rechtsverstoß geschädigt worden sind, Schadensersatz zuerkannt werden kann."

Nationale Rechtsvorschriften

5 Die Richtlinie 89/665 wurde durch das Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) von 1997 (BGBl I 1997/56, im Folgenden: BVergG) in österreichisches Recht umgesetzt.

6 § 113 BVergG legt die Zuständigkeiten des Bundesvergabeamts fest. Er bestimmt:

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

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

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie

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

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

7 § 115 Absatz 1 BVergG lautet:

„Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, kann die Nachprüfung

einer Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht."

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

8 Die Antragsgegnerinnen schrieben ein Verfahren für die Erlangung von baukünstlerischen Entwürfen sowie von Entscheidungsparametern für die Beauftragung von Generalplanerleistungen für den Neubau TU-Wien/Maschinenbaufakultät aus. In der ersten Stufe des Verfahrens fand eine „offene Interessentensuche mit Ideenfindung" mittels eines Wettbewerbs statt.

9 Mehrere Interessenten, darunter Herr Hackermüller und die Dipl.-Ing. Hans Lechner-ZT GmbH (im Folgenden: Lechner GmbH) meldeten sich auf die Ausschreibung und gaben Projekte ab. Im Zuge der zweiten Verfahrensstufe — des Verhandlungsverfahrens — empfahl das Beratungsgremium die kurzfristige Fortsetzung des Verfahrens mit der Lechner GmbH. Mit Schreiben vom 10. Februar 1999 wurde den übrigen vier zum Verhandlungsverfahren zugelassenen Bietern, darunter Herrn Hackermüller, mitgeteilt, dass ihr Projekt vom Beratungsgremium nicht zur Ausführung empfohlen worden sei.

10 Herr Hackermüller leitete am 29. März 1999 ein Nachprüfungsverfahren im Sinne von § 113 Absatz 2 BVergG beim Bundesvergabeamt ein und beantragte u. a. die Nichtigerklärung der Entscheidung des Beratungsgremiums bzw. der Antragsgegnerinnen vom 8. Februar 1999, das Projekt eines Mitbieters durch die Empfehlung, mit diesem das Verhandlungsverfahren kurzfristig fortzusetzen, als bestes Angebot zu bewerten, sowie des Beschlusses, wonach die Auswahl der Angebote nicht nach den in der Ausschreibung festgesetzten Kriterien vorgenommen wurde.

11 Mit Bescheid vom 31. März 1999 wies das Bundesvergabeamt sämtliche Anträge von Herrn Hackermüller nach § 115 Absatz 1 BVergG mangels Antragslegitimation zurück, da sein Angebot nach § 52 Absatz 1 Ziffer 8 BVergG bereits auf der ersten Verfahrensstufe auszuscheiden gewesen wäre.

12 Zur Begründung seines Bescheids führte das Bundesvergabeamt aus, dass nach § 115 Absatz 1 BVergG ein Unternehmer nur insoweit antragslegitimiert sei, als ihm überhaupt ein Schaden oder sonstiger Nachteil erwachsen könne. Nach § 52 Absatz 1 Ziffer 8 BVergG habe die vergebende Stelle vor der Wahl des Angebots für den Zuschlag aufgrund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote unverzüglich auszuscheiden, wenn die Mängel nicht behoben worden seien oder nicht behebbar seien.

13 Unter Punkt 1.6.7 der vorliegenden Ausschreibung werde ausdrücklich auf § 36 Absatz 4 der Wettbewerbsordnung der Architekten (WOA) verwiesen, wonach bei Vorliegen eines Ausschließungsgrundes gemäß § 8 WOA das betroffene Projekt auszuscheiden sei. Nach diesem § 8 Absatz 1 lit. d seien von der Teilnahme an einem bestimmten Architektenwettbewerb u. a. die Personen ausgeschlossen, die eine Angabe in den eingereichten Unterlagen machten, die auf die Urheberschaft schließen lasse.

14 Nach der Feststellung, dass Herr Hackermüller seinen Namen unter der Rubrik „vorgesehene Organisation der Generalplanung" angegeben habe, so dass sein Projekt nach § 52 Absatz 1 Ziffer 8 BVergG in Verbindung mit § 36 Absatz 4 WOA hätte ausgeschieden werden müssen, führte das Bundesvergabeamt aus, dass dieses Projekt für die Vergabe des Auftrags nicht mehr in Betracht gezogen werden könne, und dass es Herrn Hackermüller folglich an der Legitimation zur Geltendmachung der in seinem Antrag angeführten Rechtswidrigkeiten fehle, weil er nicht durch etwaige Verstöße gegen das Bestbieterprinzip und gegen die Grundsätze des Verhandlungsverfahrens in seinen Rechten verletzt werden könne.

15 Am 7. Juli 1999 erhob Herr Hackermüller beim österreichischen Verfassungsgerichtshof Beschwerde gegen den Bescheid des Bundesvergabeamts vom 31. Mai 1999. Der Verfassungsgerichtshof führte in seinem Erkenntnis vom 14. März 2001 (B 1137/99-9) aus, da der Begriff der Legitimation zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens im Sinne von Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie 89/665 nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes weit zu verstehen sei, erscheine es ihm fragwürdig, die Antragsvoraussetzungen nach § 115 Absatz 1 BVergG in Verbindung mit § 52 Absätze 1 und 2 BVergG so zu deuten, dass ein faktisch vom Auftraggeber nicht ausgeschiedener Bieter von der Nachprüfungsbehörde durch Zurückweisung seines Rechtsschutzantrags vom Nachprüfungsverfahren ausgeschlossen werden könne, wenn diese Behörde das Vorliegen eines Ausscheidungsgrundes vorfrageweise annehme. Der Verfassungsgerichtshof hob daher den Bescheid des Bundesvergabeamts vom 31. Mai 1999 wegen Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter auf.

16 Vor diesem Hintergrund hat das Bundesvergabeamt das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie 89/665... in der Weise auszulegen, dass die Legitimation zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens jedem zusteht, der einen bestimmten zur Vergabe anstehenden öffentlichen Auftrag erhalten will?

2. Für den Fall der Verneinung der Frage 1:

   Ist die oben zitierte Richtlinienbestimmung so zu verstehen, dass einem Bieter auch dann, wenn sein Angebot zwar vom Auftraggeber nicht ausgeschieden

wurde, die Nachprüfungsbehörde im Zuge ihres Nachprüfungsverfahrens jedoch feststellt, dass das Angebot vom Auftraggeber zwingend auszuscheiden gewesen wäre, durch den von ihm behaupteten Rechtsverstoß — im gegenständlichen Fall die Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot eines Mitbieters als bestes Angebot zu bewerten — ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht und ihm daher das Nachprüfungsverfahren zur Verfügung stehen muss?

Zur ersten Frage

17 Insoweit braucht nur daran erinnert zu werden, dass die Mitgliedstaaten nach Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie 89/665 sicherstellen müssen, dass die nach dieser Richtlinie vorgesehenen Nachprüfungsverfahren „zumindest" jedem zur Verfügung stehen, der ein Interesse an einem bestimmten öffentlichen Auftrag hat oder hatte und dem durch einen behaupteten Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die nationalen Vorschriften zur Umsetzung dieses Rechts ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht.

18 Daraus ergibt sich, dass diese Vorschrift die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, die Nachprüfungsverfahren jedem zur Verfügung zu stellen, der einen bestimmten öffentlichen Auftrag erhalten will, sondern dass sie danach zusätzlich verlangen können, dass der betreffenden Person durch den behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht.

19 Auf die erste Frage ist demnach zu antworten, dass es nicht gegen Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie 89/665 verstößt, wenn die nach dieser Richtlinie vorgesehenen Nachprüfungsverfahren denjenigen, die einen bestimmten öffentlichen Auftrag erhalten wollen, nur zur Verfügung stehen, wenn ihnen durch den von ihnen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht.

Zur zweiten Frage

20 Da die zweite Frage für den Fall gestellt worden ist, dass Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie 89/665 so auszulegen ist, dass danach der Zugang zu den nach dieser Richtlinie vorgesehenen Nachprüfungsverfahren von der Voraussetzung abhängig gemacht werden kann, dass dem Antragsteller durch den behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht, ist sie zu beantworten.

21 Angesichts der Ereignisse des Ausgangsverfahrens ist diese Frage so zu verstehen, dass mit ihr geklärt werden soll, ob einem Bieter, der die Rechtmäßigkeit der Entscheidung des Auftraggebers, sein Angebot nicht als bestes Angebot zu bewerten, bestreiten will, der Zugang zu den nach der Richtlinie 89/665 vorgesehenen Nachprüfungsverfahren mit der Begründung verwehrt werden kann, dass sein Angebot bereits aus anderen Gründen vom Auftraggeber auszuscheiden gewesen wäre, und ihm daher durch die von ihm behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden entstanden sei bzw. zu entstehen drohe.

22 Wie aus ihrer ersten und zweiten Begründungserwägung hervorgeht, zielt die Richtlinie 89/665 darauf ab, die auf einzelstaatlicher Ebene und auf Gemeinschaftsebene vorhandenen Mechanismen zu verstärken, um die tatsächliche Anwendung der Gemeinschaftsrichtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens zu sichern, und zwar insbesondere in einem Stadium, in dem Verstöße noch beseitigt werden können. Zu diesem Zweck sind die Mitgliedstaaten nach Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie verpflichtet, sicherzustellen, dass rechtswidrige Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und möglichst rasch nachgeprüft werden können (u. a. Urteil Alcatel Austria u. a., Randnrn. 33 und 34, und Urteil vom 12. Dezember 2002 in der Rechtssache C-470/99, Universale-Bau u. a., Slg. 2002, I-11617, Randnr. 74).

23 Die vollständige Erreichung des mit der Richtlinie 89/655 verfolgten Zweckes wäre aber gefährdet, wenn es einer für die nach dieser Richtlinie vorgesehenen Nachprüfungsverfahren zuständigen Instanz freistünde, einem Bieter, der sich auf

die Rechtswidrigkeit der Entscheidung beruft, mit der der Auftraggeber sein Angebot nicht als das beste Angebot bewertet hat, den Zugang zu diesen Verfahren mit der Begründung zu verwehren, dass dieser Auftraggeber es zu Unrecht unterlassen habe, das genannte Angebot noch vor der Auswahl des besten Angebots auszuscheiden.

24 Es unterliegt nämlich keinem Zweifel, dass eine Entscheidung, mit der der Auftraggeber das Angebot eines Bieters noch vor der Auswahl des besten Angebots ausscheidet, eine Entscheidung darstellt, deren Nachprüfung nach Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 89/665 möglich sein muss, da diese Vorschrift auf alle Entscheidungen der Auftraggeber anwendbar ist, die den Vorschriften des Gemeinschaftsrechts im Bereich des öffentlichen Auftragswesens unterliegen (u. a. Urteile vom 18. Juni 2002 in der Rechtssache C-92/00, HI, Slg. 2002, I-5553, Randnr. 37, und vom 23. Januar 2003 in der Rechtssache C-57/01, Makedoniko Metro und Michaniki, Slg. 2003, I-1091, Randnr. 68), und keine Beschränkung hinsichtlich der Natur und des Inhalts dieser Entscheidungen vorsieht (u. a. Urteile Alcatel Austria u. a., Randnr. 35, und HI, Randnr. 49).

25 Wäre also das Angebot des Bieters vom Auftraggeber in einem Stadium vor dem der Auswahl des besten Angebots ausgeschieden worden, so hätte es dem Bieter als Person, der durch eine derartige Entscheidung über den Ausschluss seines Angebots ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht, ermöglicht werden müssen, die Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung im Wege der nach der Richtlinie 89/665 vorgesehenen Nachprüfungsverfahren zu bestreiten.

26 Würde demnach eine für die Nachprüfungsverfahren zuständige Instanz einem Bieter in einer Situation wie der des Herrn Hackermüller den Zugang zu diesen Verfahren verwehren, so hätte dies zur Folge, dass dem Bieter nicht nur sein Recht auf Nachprüfung der Entscheidung, deren Rechtswidrigkeit er behauptet, genommen würde, sondern auch das Recht, die Stichhaltigkeit des Ausschlussgrundes anzuzweifeln, den die genannte Instanz angeführt hat, um ihm die Eigenschaft einer Person, der durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht, abzusprechen.

27 Zwar wird dem Bieter, um dieser Situation abzuhelfen, das Recht zuerkannt, im Rahmen des von ihm eingeleiteten Nachprüfungsverfahrens, in dem er die Rechtmäßigkeit der Entscheidung des Auftraggebers, sein Angebot nicht als das beste Angebot zu bewerten, bestreiten will, die Stichhaltigkeit dieses Ausschlussgrundes anzuzweifeln; doch kann nicht ausgeschlossen werden, dass die angerufene Instanz am Ende dieses Verfahrens zu der Schlussfolgerung gelangt, dass das genannte Angebot tatsächlich vorher auszuscheiden gewesen wäre und dass der Nachprüfungsantrag des Bieters zurückzuweisen ist, da ihm aufgrund dieser Tatsache durch den von ihm behaupteten Rechtsverstoß kein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht.

28 Ist jedoch keine Entscheidung des Auftraggebers über den Ausschluss des Angebots des Bieters im geeigneten Stadium des Vergabeverfahrens ergangen, so ist die in vorstehender Randnummer beschriebene Vorgehensweise die einzige, die diesem Bieter das Recht sichert, die Stichhaltigkeit des Ausschlussgrundes anzuzweifeln, auf dessen Grundlage die für die Nachprüfungsverfahren zuständige Instanz zu beschließen beabsichtigt, dass ihm durch die Entscheidung, deren Rechtswidrikeit er behauptet, kein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht, und die daher die wirksame Anwendung der Gemeinschaftsrichtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens in allen Stadien des Vergabeverfahrens gewährleistet.

29 In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen ist auf die zweite Frage zu antworten, dass es gegen Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie 89/665 verstößt, wenn einem Bieter der Zugang zu den nach der Richtlinie 89/665 vorgesehenen Nachprüfungsverfahren, um die Rechtmäßigkeit der Entscheidung des Auftraggebers, sein Angebot nicht als das beste Angebot zu bewerten, zu bestreiten, mit der Begründung verwehrt wird, dass sein Angebot bereits aus anderen Gründen vom Auftraggeber auszuscheiden gewesen wäre und ihm daher durch die von ihm behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden entstanden sei bzw. zu entstehen drohe. Im Rahmen des dem Bieter damit zur Verfügung stehenden Nachprüfungsverfahrens muss es diesem ermöglicht werden, die Stichhaltigkeit des Ausschlussgrundes anzuzweifeln, auf dessen Grundlage die für die Nachprüfungsverfahren zuständige Instanz zu beschließen beabsichtigt, dass ihm durch die Entscheidung, deren Rechtswidrikeit er behauptet, kein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht.

Kosten

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

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF (Sechste Kammer)

auf die ihm vom Bundesvergabeamt mit Beschluss vom 25. Juni 2001 vorgelegten Fragen für Recht erkannt:

1. **Es verstößt nicht gegen Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge in der durch die Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung**

der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge geänderten Fassung, wenn die nach dieser Richtlinie vorgesehenen Nachprüfungsverfahren denjenigen, die einen bestimmten öffentlichen Auftrag erhalten wollen, nur zur Verfügung stehen, wenn ihnen durch den von ihnen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht.

2. Es verstößt gegen Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie 89/665 in der durch die Richtlinie 92/50 geänderten Fassung, wenn einem Bieter der Zugang zu den nach der Richtlinie 89/665 vorgesehenen Nachprüfungsverfahren, um die Rechtmäßigkeit der Entscheidung des Auftraggebers, sein Angebot nicht als das beste Angebot zu bewerten, zu bestreiten, mit der Begründung verwehrt wird, dass sein Angebot bereits aus anderen Gründen vom Auftraggeber auszuscheiden gewesen wäre und ihm daher durch die von ihm behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden entstanden sei bzw. zu entstehen drohe. Im Rahmen des dem Bieter damit zur Verfügung stehenden Nachprüfungsverfahrens muss es diesem ermöglicht werden, die Stichhaltigkeit des Ausschlussgrundes anzuzweifeln, auf dessen Grundlage die für die Nachprüfungsverfahren zuständige Instanz zu beschließen beabsichtigt, dass ihm durch die Entscheidung, deren Rechtswidrikeit er behauptet, kein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht.

Puissochet Schintgen Skouris

Macken Cunha Rodrigues

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

Der Kanzler

R. Grass

Der Präsident der Sechsten Kammer

J.-P. Puissochet