SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS JEAN MISCHO

vom 10. Juni 1999 *

1. Das österreichische Bundesvergabeamt ist mit einer Streitigkeit über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags befaßt, die seiner Ansicht nach Fragen nach der Auslegung 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 [1] (im folgenden: Nachprüfungsrichtlinie) aufwirft.

2. Das österreichische Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr, der Auftraggeber, hatte im Mai 1996 einen öffentlichen Auftrag für die Installation eines elektronischen Systems zur automatischen Übermittlung bestimmter Daten auf den österreichischen Autobahnen ausgeschrieben.

3. Der Zuschlag für diesen Auftrag wurde am 5. September 1996 erteilt, und am selben Tag wurde der Vertrag mit dem ausgewählten Bieter geschlossen. Nach den Angaben des vorlegenden Gerichts erfuhren die übrigen Bieter hiervon durch die Presse.

4. Das Bundesvergabeamt wies am 18. September 1996 Anträge auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung, mit der die Durchführung des bereits geschlossenen Vertrages verboten werden sollte, zurück und stellte sodann in seinem Bescheid zur Hauptsache vom 4. April 1997 verschiedene Verstöße gegen das Bundesvergabegesetz fest.

5. Der Bescheid vom 18. September 1996 wurde vom Verfassungsgerichtshof aufgehoben, worauf das Bundesvergabeamt seinen Bescheid vom 4. April 1997 aufhob und im Wege der einstweiligen Verfügung die Abwicklung des Vertrages verbot. Dieses Verbot wurde durch Beschluß des Verfassungsgerichtshofs vom 10. Oktober 1997 vorläufig aufgehoben.

6. Am 3. März 1998 hat das Bundesvergabeamt dem Gerichtshof Fragen zur Nachprüfungsrichtlinie zur Vorabentscheidung vorgelegt.

7. Artikel 1 dieser Richtlinie bestimmt:

„(1) Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, daß hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinien 71/305/EWG

* Originalsprache: Französisch.

1 — ABl. L 395, S. 33.

und 77/62/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 ...“

8. Artikel 2 Absatz 1 der Nachprüfungsrichtlinie lautet:

„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.“

9. Artikel 2 Absatz 6 der Nachprüfungsrichtlinie bestimmt:

„Die Wirkungen der Ausübung der in Absatz 1 genannten Befugnisse auf den nach Zuschlagserteilung des Auftrags geschlossenen Vertrag richten sich nach dem einzelstaatlichen Recht.

Abgesehen von dem Fall, in dem eine Entscheidung vor Zuerkennung von Schaden-

ersatz aufgehoben werden muß, kann ein Mitgliedstaat ferner vorsehen, daß nach dem Vertragsschluß im Anschluß an die Zuschlagserteilung die Befugnisse der Nachprüfungsinstanz darauf beschränkt werden, einer durch einen Rechtsverstoß geschädigten Person Schadenersatz zuzuerkennen."

10. Die auf das Ausgangsverfahren anwendbaren nationalen Bestimmungen sind die des Bundesvergabegesetzes (BGBl 1993/462) in dessen vor seiner Novellierung im Jahr 1997 geltenden Fassung (im folgenden: BVergG).

11. § 9 Ziffer 14 BVergG definiert den Begriff „Zuschlag" wie folgt:

„Zuschlag ist die an den Bieter abgegebene Erklärung, sein Angebot anzunehmen."

12. § 41 Absatz 1 BVergG lautet:

„Während der Zuschlagsfrist kommt das Vertragsverhältnis zu dem Zeitpunkt zustande, zu dem der Bieter die Verständigung von der Annahme seines Angebots erhält. Wird die Zuschlagsfrist überschritten oder weicht der Auftrag vom Angebot ab, so entsteht das Vertragsverhältnis erst mit der schriftlichen Erklärung des Bieters, daß er den Auftrag annimmt. Zur Abgabe dieser Erklärung ist dem Bieter eine angemessene Frist zu setzen."

13. § 91 BVergG legt die Zuständigkeit des vorlegenden Gerichts, des Bundesvergabeamts, wie folgt fest:

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

(2) Bis zum Zeitpunkt des erfolgten Zuschlags ist das Bundesvergabeamt zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie

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

(3) Nach erfolgtem Zuschlag ist das Bundesvergabeamt zuständig, festzustellen, ob

wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hierzu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde. In einem solchen Verfahren ist das Bundesvergabeamt ferner zuständig, auf Antrag des Auftraggebers festzustellen, ob einem übergangenen Bewerber oder Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes und der hierzu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht erteilt worden wäre."

14. § 94 BVergG bestimmt schließlich u. a.:

„(1) Das Bundesvergabeamt hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers unter Bedachtnahme auf die in derselben Sache ergangene Empfehlung des Schlichtungssenates mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn sie

1. im Widerspruch zu Bestimmungen dieses Bundesgesetzes oder der hierzu erlassenen Verordnungen steht und

2. für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluß ist.

...

(3) Nach erfolgtem Zuschlag hat das Bundesvergabeamt unter den Voraussetzungen des Abs. 1 bloß festzustellen, ob der behauptete Rechtsverstoß vorliegt oder nicht."

15. Mit Beschluß vom 3. März 1998 hat das Bundesvergabeamt (Senat 4) gemäß Artikel 234 EG (früher Artikel 177) folgende Fragen vorgelegt:

1. Sind die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinie 89/665/EWG nach deren Artikel 2 Absatz 6 verpflichtet, die dem Vertragsabschluß vorangehende Entscheidung des Auftraggebers darüber, mit welchem Bieter eines Vergabeverfahrens er aufgrund der Ergebnisse dieses Verfahrens den Vertrag abschließt (also die Zuschlagsentscheidung), trotz der Möglichkeit, die Rechtswirkungen des Nachprüfungsverfahrens nach Vertragsabschluß auf die Zuerkennung von Schadensersatz zu beschränken, in jedem Fall einem Verfahren zugänglich zu machen, in dem der Antragsteller bei Zutreffen der Voraussetzungen deren Nichtigerklärung erwirken kann?

2. Nur für den Fall der Bejahung der unter 1. vorgelegten Frage wird dem Ge-

richtshof nachstehende weitere Frage vorgelegt:

Ist die unter 1. beschriebene Verpflichtung so weit konkretisiert und bestimmt, daß schon damit dem einzelnen das Recht auf Durchführung eines den Anforderungen des Artikels 1 der Richtlinie 89/665/EWG entsprechenden Nachprüfungsverfahrens gesichert ist, in welchem das nationale Gericht jedenfalls die Möglichkeit haben muß, einstweilige Verfügungen im Sinne des Artikels 2 Absatz 1 Buchstaben a und b der Richtlinie 89/665/EWG zu erlassen sowie die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers für nichtig zu erklären, und daß der einzelne diese Verpflichtung dem Mitgliedstaat in einem Verfahren mit Erfolg entgegenhalten kann?

3. Nur für den Fall der Bejahung der unter 2. vorgelegten Frage wird dem Gerichtshof schließlich noch folgende Frage vorgelegt:

Ist die unter 1. beschriebene Verpflichtung auch so weit konkretisiert und bestimmt, daß das nationale Gericht im Verfahren entgegenstehende Bestimmungen des nationalen Rechts außer acht zu lassen hat, deren Beachtung das Gericht an der Erfüllung dieser Verpflichtung hindern würde, und diese Verpflichtung als Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung unmittelbar zu erfüllen hat, auch wenn das nationale Recht einer Grundlage zum Tätigwerden entbehrt?

Vorbemerkung

16. Das österreichische Bundesministerium für Wirtschaft und Verkehr, der Auftraggeber im Ausgangsverfahren, und die österreichische Regierung machen geltend, der Ausgangsrechtsstreit sei tatsächlich nicht mehr „offen". Der Vertrag sei nämlich bereits vollständig abgewickelt worden. Daher habe die Beantwortung der Vorlagefragen für diesen Rechtsstreit keine Bedeutung mehr, da die Antragstellerinnen in diesem Stadium nur noch Schadensersatz erwirken könnten, dessen Zuerkennung jedenfalls im nationalen Gesetz vorgesehen sei.

17. Auch die Kommission hat Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der Vorlagefragen. Sie gründet diese darauf, daß die Vorlagefragen zwar Artikel 2 Absatz 6 der Richtlinie anführten, tatsächlich aber auf die Auslegung von Artikel 2 Absatz 1 gerichtet seien. Dieser betreffe jedoch die Zeit vor Abschluß des Vertrages über den vergebenen Auftrag, während dieser Vertrag im vorliegenden Fall bereits geschlossen gewesen sei.

18. Das vorlegende Gericht macht zunächst geltend, daß es nach dem nationalen Verfahrensrecht in letzter Instanz zu entscheiden habe, da die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ein außerordentlicher Rechtsbehelf sei, dem nicht der Charakter eines Rechtsmittels im Instanzenzug zukomme. Nach Artikel 234 (früher Artikel 177) Absatz 3 EG sei es daher verpflichtet, die sich im Verfahren stellenden

Fragen zum Gemeinschaftsrecht dem Gerichtshof vorzulegen.

19. Anzumerken ist jedoch, daß der Umstand, daß das vorlegende Gericht in letzter Instanz entscheidet, nicht die Möglichkeit ausschließt, daß die vorgelegten Fragen hypothetischen Charakter haben.

20. Das vorlegende Gericht fügt jedoch hinzu, nach nationalem Recht stelle sich weiter die Frage, ob es berechtigt oder gar nach Gemeinschaftsrecht verpflichtet gewesen sei, seinen Bescheid vom 4. April 1997 aufzuheben, mit dem es das erste nationale Ausgangsverfahren mit der Feststellung abgeschlossen habe, daß im Vergabeverfahren der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt worden sei. Für diese Frage des Ausgangsverfahrens, die unabhängig vom zugrundeliegenden Vergabeverfahren jedenfalls zu lösen sein werde, blieben die Vorlagefragen auch dann präjudiziell, wenn das fragliche Vergabeverfahren in der Zwischenzeit vollständig abgewickelt werden sollte.

21. Außerdem könne in diesem Stadium noch nicht davon ausgegangen werden, daß dies der Fall sei. Es sei nämlich zu berücksichtigen, daß die Gewährleistungsfrist für die fraglichen Leistungen noch nicht abgelaufen sei und daß der Auftraggeber möglicherweise noch die Wandlung des Vertrages verlangen könne, der somit noch nicht als endgültig abgewickelt anzusehen sei.

22. Auch die Kommission vertritt die Auffassung, die Entscheidung, um die der Gerichtshof ersucht worden sei, könne für die weitere Entwicklung der Rechtssache nach nationalem Recht von Bedeutung sein.

23. Zunächst sei ein Strafverfahren anhängig, in dessen Rahmen geklärt werden solle, ob bei der Vergabe des Auftrags keine strafbare Handlung begangen worden sei. Wenn dies zu bejahen sei, sei der Auftraggeber zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt, und, je nachdem, welche Erfordernisse des Gemeinschaftsrechts im vorliegenden Fall als gegeben angesehen würden, könne sogar eine Pflicht zum Rücktritt bestehen.

24. Außerdem könne der Umfang etwaiger Schadensersatzansprüche der Antragstellerinnen durch die Antwort auf die Vorlagefragen beeinflußt werden.

25. Schließlich könne die Antwort des Gerichtshofes auf die erste Frage zur Nichtigkeit des Vertrages oder der Zuschlagsentscheidung führen, so daß dann eine Beantwortung der zweiten und der dritten Frage erforderlich wäre.

26. Meines Erachtens sind die Erwägungen der Kommission geeignet, den Schluß zu rechtfertigen, daß die Antwort auf die Vorlagefragen Einfluß auf den weiteren Fortgang des Ausgangsverfahrens haben kann. Mithin ist nicht davon auszugehen,

daß das Ersuchen des vorlegenden Gerichts unzulässig ist, weil die vorgelegten Fragen hypothetisch seien.

Zur ersten Frage

27. Das Bundesvergabeamt fragt im wesentlichen, ob die Nachprüfungsrichtlinie die Mitgliedstaaten verpflichtet, für jeden Fall vorzusehen, daß die Zuschlagsentscheidung einem Nachprüfungsverfahren zugänglich gemacht wird, in dem ein übergangener Bieter diese Entscheidung für nichtig erklären kann.

28. Artikel 2 Absatz 1 der Nachprüfungsrichtlinie zählt die Rechtsschutzmöglichkeiten auf, die die Mitgliedstaaten einzuführen haben. Sie müssen das Ergreifen „vorläufiger Maßnahmen" im Wege der „einstweiligen Verfügung" ermöglichen, um den behaupteten Rechtsverstoß zu beseitigen oder um weitere Schädigungen der betroffenen Interessen zu verhindern (Buchstabe a); weiter müssen sie die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen (Buchstabe b) und die Zuerkennung von Schadensersatz (Buchstabe c) ermöglichen.

29. Zwar definiert diese Bestimmung den Begriff „rechtswidrige Entscheidungen", deren Nichtigerklärung betrieben werden kann, nicht abschließend, sondern führt nur beispielhaft diskriminierende technische, wirtschaftliche oder finanzielle Spezifikationen in den Ausschreibungsdokumenten, den Verdingungsunterlagen oder in jedem sonstigen sich auf das betreffende Vergabeverfahren beziehenden Dokument an.

30. Diese Kategorie muß jedoch auch rechtswidrige Zuschlagsentscheidungen umfassen. Wie nämlich insbesondere aus ihrem Artikel 1 Absatz 1 sowie aus der dritten und der vierten Begründungserwägung hervorgeht, bezweckt die Nachprüfungsrichtlinie die Einführung möglichst wirksamer Nachprüfungsverfahren, damit die Einhaltung der Gemeinschaftsrichtlinien über öffentliche Aufträge sichergestellt wird, mit denen das öffentliche Auftragswesen dem Wettbewerb in der Gemeinschaft geöffnet werden soll.

31. Dieses Ziel wäre in Frage gestellt, wenn die wichtigste Entscheidung des Verfahrens, nämlich der Zuschlag selbst, paradoxerweise nicht als zu den Entscheidungen zählend angesehen würde, gegen die im Fall ihrer Rechtswidrigkeit eine Nichtigkeitsklage erhoben werden können muß, wie die Antragstellerinnen des Ausgangsverfahrens zu Recht hervorheben.

32. Der Gerichtshof[2] hat im Zusammenhang mit der Nachprüfungsrichtlinie bereits die Bedeutung dieses Wirksamkeitsziels herausgestellt, indem er ausgeführt hat, daß diese Richtlinie bezwecke, „die auf einzelstaatlicher Ebene und auf Gemeinschaftsebene vorhandenen Mechanismen zur Durchsetzung der Gemeinschaftsrichtlinien im Bereich des öffentlichen Auf-

2 — Vgl. Urteil vom 11. August 1995 in der Rechtssache C-433/93 (Kommission/Deutschland, Slg. 1995, I-2303, Randnr. 23).

tragswesens zu verstärken, *vor allem dann, wenn Verstöße noch beseitigt werden können*".

33. Das Ministerium für Wissenschaft und Verkehr weist jedoch darauf hin, daß die Mitgliedstaaten nach Artikel 2 Absatz 6 der Nachprüfungsrichtlinie vorsehen könnten, daß nach dem Vertragsschluß im Anschluß an die Zuschlagserteilung die Befugnisse der Nachprüfungsinstanz darauf beschränkt seien, einer durch einen Rechtsverstoß geschädigten Person Schadensersatz zuzuerkennen.

34. Der österreichische Gesetzgeber habe im vorliegenden Fall nichts anderes getan, als von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen, und somit im Einklang mit der Nachprüfungsrichtlinie gehandelt, auch wenn sich aus dem möglichen Zusammenfallen der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung und des Vertragsschlusses ergeben könne, daß eine Anfechtung der Zuschlagsentscheidung nicht mehr möglich sei.

35. Diese Auffassung verkennt die zeitliche Abfolge, in deren Rahmen sich die in Artikel 2 Absätze 1 und 6 vorgesehenen Rechtsbehelfe einfügen.

36. Die in Absatz 6 vorgesehene Beschränkung der Rechtsbehelfe betrifft nämlich den Vertrag, der auf den Zuschlag *folgt*. Diese Bestimmung impliziert also, daß nach Ansicht des Gemeinschaftsgesetzgebers der Abschluß des Vertrages und der Zuschlag für den Auftrag zeitlich nicht zusammenfallen können.

37. Wie die Kommission es beschrieben hat, hat die Nachprüfungsrichtlinie somit eindeutig eine Aufspaltung des Nachprüfungsverfahrens in zwei Phasen im Auge. Vor dem Vertragsschluß ist Artikel 2 Absatz 1 anwendbar und verpflichtet die Mitgliedstaaten, einen umfassenden Rechtsschutz vorzusehen. Nach dem Vertragsschluß greift die Beschränkung des Artikels 2 Absatz 6 ein, und die Rechtsbehelfe können auf die Zuerkennung von Schadensersatz beschränkt werden.

38. Wie sehr sich diese beiden Phasen voneinander abheben, darf nicht unterschätzt werden. Eine Nichtigerklärung der Entscheidung kann dazu führen, daß der Bieter, der den Rechtsbehelf eingelegt hat, die Möglichkeit behält, den Auftrag zu erhalten. Dagegen stellt bloßer Schadensersatz oft eine wenig befriedigende Form der Wiedergutmachung für ein bei der Auftragserteilung übergangenes Unternehmen dar, berücksichtigt man insbesondere die Schwierigkeiten, die dieses Unternehmen dabei haben kann, den Umfang des Schadens und den Kausalzusammenhang zum Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht nachzuweisen. Auf jeden Fall wird es dem Auftraggeber nämlich leichtfallen, die Erfolgsaussichten des Beschwerdeführers zu verringern. Auch wird sich dieser angesichts des Umstands, daß er durch die Erhebung einer Klage seine künftigen Beziehungen zum Auftraggeber in Frage stellen könnte, möglicherweise zurückhalten, da dieser ihn ohnehin nicht in eine Stellung

zurückversetzen könnte, in der er den Auftrag erhalten könnte [3].

39. Die praktische Wirksamkeit der Nachprüfungsrichtlinie und insbesondere das in Artikel 1 in Erinnerung gerufene Ziel, schnelle und wirksame Nachprüfungsverfahren einzuführen, wäre in Frage gestellt, wenn es den Mitgliedstaaten freistünde, der Beschränkung des Artikels 2 Absatz 6 einen solchen Umfang beizumessen, daß die wichtigste Entscheidung des Auftraggebers, nämlich die Erteilung des Zuschlags, systematisch unter diese Beschränkung fiele, wodurch sie sich dem umfassenden Schutz nach Artikel 2 Absatz 1 entzöge.

40. Das mit der Nachprüfungsrichtlinie verfolgte Ziel, die Rechtsbehelfe zu verstärken, setzt nämlich voraus, daß die den Mitgliedstaaten eingeräumte Möglichkeit, diese Rechtsbehelfe zu beschränken, als Ausnahme anzusehen und daher eng auszulegen ist.

41. Mit dieser Möglichkeit sollen nur die Konsequenzen aus der Notwendigkeit gezogen werden, die Rechtssicherheit durch den Schutz des Vertrages zu gewährleisten, dessen besonderer Status im Rahmen des Vergabeverfahrens, das er grundsätzlich abschließt, damit anerkannt wird.

42. Daraus läßt sich jedoch nicht ableiten, daß die Rechtsbehelfe gegen die Verwaltungsentscheidungen beschränkt werden könnten, die dem Abschluß des Vertrages *vorausgehen.*

43. Daher können nationale Rechtsvorschriften, die eine Klage auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ausschließen sollen, nicht auf Artikel 2 Absatz 6 gestützt werden.

44. Diese Lösung steht übrigens in vollem Umfang mit der Auffassung in Einklang, daß die Nachprüfungsrichtlinie nicht in die Privatrechtsordnung der Mitgliedstaaten eingreifen darf. Nur nach dieser bestimmen sich nämlich die Wirkungen der in ihnen vorgesehenen Rechtsbehelfe für den Vertrag, der dem Zuschlag *nachfolgt.*

45. Ich möchte schließlich hinzufügen, daß es zu einer Reihe widersprüchlicher Konsequenzen führen würde, wenn man hinnähme, daß nationale Rechtsvorschriften den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, von dem an der Rechtsschutz der übergangenen Bieter beschränkt ist, so festlegen könnten, daß auch die Zuschlagsentscheidung von dieser Beschränkung erfaßt würde.

46. So wäre, wie ich bereits gesagt habe, die wichtigste Entscheidung im Gegensatz zu anderen, weniger wichtigen Entschei-

3 — Vgl. hierzu Begründung des Vorschlags der Kommission (KOM[87] 134 endg.) sowie des geänderten Vorschlags (KOM[88] 733 endg.).

dungen nur deshalb nicht anfechtbar, weil letztere ihr vorausgegangen sind.

47. Außerdem würden Unregelmäßigkeiten, mit denen diese Entscheidung behaftet wäre, höchstwahrscheinlich ohne jede Auswirkung auf die Erteilung des Zuschlags bleiben. Diese könnte dann nämlich nur dadurch in Frage gestellt werden, daß die Anfechtung des Vertrages betrieben wird, während das Problem seinem Wesen nach nicht auf den Vertrag zurückgeht, sondern auf die Nichtbeachtung der Voraussetzungen für die Gültigkeit eines Verwaltungsakts, der mit diesem nicht identisch ist. Somit gebieten es die Wirksamkeit und der Sinn und Zweck des Verfahrens, daß ein besonderes Verfahren eingeführt wird, das eine rechtzeitige Prüfung der Frage zuläßt, ob die Zuschlagsentscheidung gültig ist.

48. Prüfen wir, wie sich diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall auswirken.

49. Wie uns das vorlegende Gericht erläutert, gilt der Vertrag nach österreichischem Recht als geschlossen, wenn die Zuschlagsentscheidung dem ausgewählten Bieter mitgeteilt worden ist. Diese Mitteilung wird nach bürgerlichem Recht als Annahme des Angebots des Bieters angesehen.

50. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Vertrag nach Ablauf der Zuschlagsfrist geschlossen wird oder wenn der Auftrag vom Angebot abweicht. In diesem Fall erfolgt der Vertragsschluß mit der schriftlichen Beantwortung der Mitteilung des Auftraggebers durch den ausgewählten Bieter.

51. Das Bundesvergabeamt vertritt die Auffassung, zwar gehe die Zuschlagsentscheidung dem Abschluß des Vertrages formal voraus. Sie werde jedoch im inneren Bereich des Auftraggebers getroffen und den Beteiligten nicht mitgeteilt, bevor sie nicht dem ausgewählten Bieter zugesandt worden sei; durch diese Zusendung, in der die Zuschlagsentscheidung erstmals Außenwirkung zeige, werde der Vertrag besiegelt und somit die Erhebung einer Anfechtungsklage gegen die Entscheidung unmöglich gemacht.

52. Daraus folgt nach Ansicht des vorlegenden Gerichts, daß die Zuschlagsentscheidung als solche, mit der der Auftraggeber den Bieter, mit dem er kontrahieren wolle, auswähle, unanfechtbar sei. Die übergangenen Bieter erhielten normalerweise auch keine Kenntnis von ihr und könnten diese auch nicht erhalten.

53. Damit drängt sich die Schlußfolgerung auf, daß nach den anwendbaren nationalen Rechtsvorschriften die Möglichkeit einer Anfechtung einer Zuschlagsentscheidung generell ausgeschlossen ist.

54. Nach meinen obigen Ausführungen kann dies mit den Erfordernissen der

Nachprüfungsrichtlinie nicht in Einklang stehen.

55. Der Auftraggeber im Ausgangsverfahren bezweifelt jedoch die Richtigkeit der Darstellung des anwendbaren nationalen Rechts durch das vorlegende Gericht.

56. Diese Frage fällt jedoch in die Zuständigkeit des vorlegenden Gerichts, das die vom Gerichtshof aufgestellten Grundsätze konkret auf den vorliegenden Fall anzuwenden hat. Der Gerichtshof kann die Darstellung des anwendbaren nationalen Rechts durch das vorlegende Gericht nicht durch seine eigene Einschätzung dieses Rechts ersetzen.

57. Nach Ansicht des Ministeriums für Wissenschaft und Verkehr trifft es insbesondere nicht zu, daß die übergangenen Bieter vor Abschluß des Vertrages keine Kenntnis von der Zuschlagsentscheidung haben könnten. Sie könnten sich vielmehr auf die Rechtsvorschriften über die Einsichtnahme von Verwaltungsdokumenten stützen, um von der Verwaltung eine Unterrichtung über deren Entscheidung zu verlangen.

58. Es ist jedoch davon auszugehen, daß diese Möglichkeit das Fehlen einer Verpflichtung der Verwaltung, die übergangenen Bieter vor Abschluß des Vertrages über die Zuschlagsentscheidung zu unterrichten, damit sie eine echte Möglichkeit zur Einlegung eines Rechtsbehelfs haben, nicht angemessen ausgleichen kann.

59. Dies ist um so mehr im Bereich des Vergabewesens der Fall, in dem, wie die Nachprüfungsrichtlinie betont, die Verfahren der Auftragsvergabe durch ihre Kürze gekennzeichnet sind, während die nationalen Rechtsvorschriften über die Einsichtnahme von Verwaltungsdokumenten nach den Darlegungen in der mündlichen Verhandlung der Verwaltung eine Beantwortungsfrist von zwei Monaten einräumen.

60. Die österreichische Regierung macht geltend, wenn die Nachprüfungsrichtlinie schon dahin auszulegen sei, daß sie eine Trennung zwischen der Zuschlagsentscheidung und dem Abschluß des Vertrages vorschreibe, so lege sie doch nirgendwo fest, welcher Zeitraum zwischen den beiden Handlungen liegen müsse. Dieser könne demnach auf eine „gedankliche Sekunde" reduziert werden.

61. Im vorliegenden Fall sind jedoch die Anforderungen an die praktische Wirksamkeit der Nachprüfungsrichtlinie zu berücksichtigen. Wie wir gesehen haben, muß nach dieser ein Rechtsbehelf gegeben sein, mit dem die Zuschlagsentscheidung angefochten werden kann. Daraus folgt notwendig, daß zwischen deren Mitteilung an die übergangenen Bieter und dem Vertragsschluß, von dem an Artikel 2 Absatz 6 anwendbar ist, eine angemessene Zeitspanne, die allerdings der Kürze der Vergabeverfahren Rechnung tragen muß, liegen muß, so daß die Bieter die Zuschlagsentscheidung anfechten können.

62. Die Regierung des Vereinigten Königreichs weist darauf hin, daß es verschiedene

Arten von Vergabeverfahren gebe. Daher könne nicht eine einzige Zeitspanne festgelegt werden. Folglich sei es Sache des Gesetzgebers, in diesem Bereich die Initiative zu ergreifen.

63. Daß die Nachprüfungsrichtlinie keine genauen Zeiträume nennt, hindert meines Erachtens jedoch den Gerichtshof nicht daran, sie in einer den Anforderungen an die praktische Wirksamkeit genügenden Weise auszulegen. Wie wir nun aber gesehen haben, ist die praktische Wirksamkeit nur dann gewahrt, wenn die Zuschlagsentscheidung anfechtbar ist. Für diese Anfechtung muß daher eine angemessene Frist bestehen. Diese Frist kann natürlich je nach den Umständen, insbesondere nach der Art des betreffenden Vergabeverfahrens, unterschiedlich lang sein.

64. Die österreichische Regierung, unterstützt durch die deutsche Regierung, erinnert daran, daß die Nachprüfungsrichtlinie eine Koordinierungs- und keine Harmonisierungsrichtlinie sei. Daher sei anzunehmen, daß der Rat die Mitgliedstaaten wie die Republik Österreich, die Bundesrepublik Deutschland und in gewissem Umfang das Vereinigte Königreich, in denen ein Zusammenfallen der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung und des Vertragsschlusses möglich sei, nicht habe zwingen wollen, ihre Verfahren zur Auftragsvergabe zu ändern.

65. Es ist jedoch festzustellen, daß diese Auffassung keinen Niederschlag in den vorbereitenden Arbeiten zur Nachprüfungsrichtlinie findet.

66. Im Gegenteil hat die Kommission in der Begründung des geänderten Vorschlags für eine Richtlinie ausdrücklich erwähnt, daß zu den Unzulänglichkeiten der nationalen Rechtsschutzregelungen auch der Umstand zähle, daß die Möglichkeit, auf administrativem oder gerichtlichem Wege die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zu erwirken, nicht in allen Mitgliedstaaten bestehe [4].

67. Es ist also klar, daß die Nachprüfungsrichtlinie zumindest nach der Vorstellung der Kommission eine solche Möglichkeit vorsehen sollte.

68. Entscheidend ist jedenfalls der Wortlaut der Nachprüfungsrichtlinie in der vom Gesetzgeber erlassenen Form selbst. Auch wenn dieser nämlich nicht so eindeutig ist, daß er keiner Auslegungsanstrengung bedürfte, haben wir doch gerade gesehen, daß er nicht so unverständlich ist, daß es zur Ermittlung des vom Gesetzgeber zum Ausdruck gebrachten Willens eines Rückgriffs auf außerhalb des Wortlauts liegende Elemente bedürfte.

4 — Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsregeln im Rahmen der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (vorgelegt von der Kommission gemäß Artikel 149 Absatz 3 EWG-Vertrag; Dok. KOM[88] 733 endg.).

69. Die Regierung des Vereinigten Königreichs macht darüber hinaus geltend, die von der Kommission und den Antragstellerinnen vorgeschlagene Auslegung der Nachprüfungsrichtlinie stehe dem vom Gemeinschaftsgesetzgeber mit der Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge [5] eingeführten System unmittelbar entgegen. Wie nämlich insbesondere ihre Artikel 7, 9 und 10 zeigten, sei diese Richtlinie detailliert und erschöpfend. Gleichwohl sehe sie keine Zeitspanne zwischen der Zuschlagsentscheidung und dem Abschluß des Vertrages vor.

70. Es ist jedoch festzustellen, daß den vom Vereinigten Königreich angeführten Bestimmungen gleichartige Bestimmungen in bereits früher erlassenen Richtlinien, insbesondere den Richtlinien 89/440/EWG [6] und 88/295/EWG [7], entsprechen.

71. Aus der Nachprüfungsrichtlinie geht aber klar hervor, daß diese bezweckt, die mit den beiden genannten Richtlinien eingeführte Regelung zu ergänzen. So erinnert die erste Begründungserwägung der Nachprüfungsrichtlinie daran, daß die früheren Richtlinien „keine spezifischen Vorschriften [enthalten], mit denen sich ihre tatsächliche Anwendung sicherstellen läßt".

72. Daher ist die Schlußfolgerung unumgänglich, daß die Richtlinie 93/36 nicht so erschöpfend ist, daß die Nachprüfungsrichtlinie ihren Bestimmungen nichts hinzuzufügen hätte.

73. So wird Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie 93/36 vom Vereinigten Königreich deshalb angeführt, weil er lediglich bestimme, daß „der öffentliche Auftraggeber... den nicht berücksichtigten Bewerbern oder Bietern, die dies beantragen, innerhalb einer Frist von fünfzehn Tagen nach Eingang ihres Antrags die Gründe für die Ablehnung ihrer Bewerbung oder ihres Angebots sowie im Fall eines Angebots den Namen des erfolgreichen Bieters mit[teilt]", ohne von einem Rechtsbehelf gegen die Zuschlagsentscheidung zu sprechen.

74. Diese Bestimmung hat jedoch den gleichen Wortlaut wie Artikel 5a Absatz 1 der Richtlinie 89/440, zu der der Rat, wie wir soeben gesehen haben, die Auffassung vertreten hat, daß sie keine besonderen Bestimmungen über Rechtsbehelfe enthalte.

75. Im übrigen ist die Frage berechtigt, warum der Rat der Verwaltung, an die sich der übergangene Bieter gewandt hat, eine so kurze Frist — von 15 Tagen — vorschreiben sollte, wenn er nicht gewollt hätte, daß dieser Bieter rechtzeitig unterrichtet wird, um noch die Aufhebung der

5 — ABl. L 199, S. 1.

6 — Richtlinie des Rates vom 18. Juli 1989 zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 210, S. 1).

7 — Richtlinie des Rates vom 22. März 1988 zur Änderung der Richtlinie 77/62/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge und zur Aufhebung einiger Bestimmungen der Richtlinie 80/767/EWG (ABl. L 127, S. 1).

Entscheidung zu erwirken, bevor es zu spät und der Auftrag vergeben ist.

76. Aus den vorstehenden Gründen schlage ich Ihnen folgende Antwort auf die erste Frage vor.

77. Artikel 2 Absatz 6 in Verbindung mit Absatz 1 Buchstaben a und b der Nachprüfungsrichtlinie ist dahin auszulegen, daß die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, die dem Vertragsabschluß vorangehende Entscheidung des Auftraggebers darüber, mit welchem Bieter eines Vergabeverfahrens er aufgrund der Ergebnisse dieses Verfahrens den Vertrag abschließt (also die Zuschlagsentscheidung), trotz der Möglichkeit, die Rechtswirkungen des Nachprüfungsverfahrens nach Vertragsabschluß auf die Zuerkennung von Schadenersatz zu beschränken, in jedem Fall einem Verfahren zugänglich zu machen, in dem der Antragsteller bei Vorliegen der Voraussetzungen deren Nichtigerklärung erwirken kann.

Zur zweiten Frage

78. Mit seiner zweiten Frage möchte das Bundesvergabeamt im wesentlichen wissen, ob die Bestimmungen des Artikels 2 Absatz 1 Buchstaben a und b der Nachprüfungsrichtlinie, wie sie vorstehend ausgelegt worden sind, unmittelbare Wirkung entfalten können.

79. Der Auftraggeber im Ausgangsverfahren und die österreichische Regierung vertreten die Ansicht, die Nachprüfungsrichtlinie belasse den Mitgliedstaaten ein Ermessen bei der Bestimmung der für die Entscheidung über die Rechtsbehelfe zuständigen Stellen, deren Schaffung die Nachprüfungsrichtlinie vorschreibe.

80. Diese Verpflichtung sei daher nicht so unbedingt und genau, wie es für die Bejahung einer unmittelbaren Wirkung erforderlich wäre.

81. Demgegenüber halten die Antragstellerinnen des Ausgangsverfahrens den Inhalt der Verpflichtung der Mitgliedstaaten für klar und genau. Diesen stehe in diesem Bereich kein Ermessen zu. Ihr Handlungsspielraum sei auf die Bestimmung der zuständigen Stellen beschränkt.

82. Die Kommission verweist zunächst auf die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofes zur unmittelbaren Wirkung. Daraus gehe hervor [8], daß

„sich der einzelne mangels fristgemäß erlassener Durchführungsmaßnahmen auf Bestimmungen einer Richtlinie, die inhaltlich als unbedingt und hinreichend genau erscheinen, gegenüber allen innerstaatlichen, nicht richtlinienkonformen Vorschriften berufen [kann]; der einzelne kann

8 — Urteil vom 19. November 1991 in den verbundenen Rechtssachen C-6/90 und C-9/90 (Francovich u. a., Slg. 1991, I-5357).

sich auf diese Bestimmungen auch berufen, soweit sie Rechte festlegen, die dem Staat gegenüber geltend gemacht werden können."

83. Insbesondere „schließt die Tatsache, daß der Staat zwischen mehreren möglichen Mitteln zur Erreichung des durch eine Richtlinie vorgeschriebenen Zieles wählen kann, nicht aus, daß der einzelne vor den nationalen Gerichten die Rechte geltend machen kann, deren Inhalt sich bereits aufgrund der Richtlinie mit hinreichender Genauigkeit bestimmen läßt".

84. Unbestreitbar ist im vorliegenden Fall der Inhalt der Verpflichtung der Mitgliedstaaten eindeutig bestimmt. Diese müssen für die übergangenen Bieter die Möglichkeit der Erhebung einer Anfechtungsklage gegen die Zuschlagsentscheidung vorsehen.

85. Ebenso steht fest, daß diese Verpflichtung notwendig zur Begründung von Rechten des einzelnen führt, da dieser es ist, der das Nachprüfungsverfahren betreiben können muß, dessen Einführung die Nachprüfungsrichtlinie vorschreibt [9].

86. Die einzige noch zu beantwortende Frage ist daher die, ob die fragliche Bestimmung dadurch, daß die Mitgliedstaaten geeignete Organe schaffen müssen und insoweit über ein Ermessen verfügen, an der Entfaltung unmittelbarer Wirkung gehindert ist.

87. Die Kommission erinnert in diesem Zusammenhang zu Recht daran, daß diese Frage bereits in den Rechtssachen Dorsch Consult [10] und HI [11] sowie in einer Reihe anderer Rechtssachen [12] aufgeworfen worden ist. Nach dieser Rechtsprechung lasse es der Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung des Nachprüfungssystems nicht zu, daß der Nachprüfungsrichtlinie unmittelbare Wirkung zuerkannt werde.

88. Nach Ansicht der Kommission unterscheidet sich jedoch der vorliegende Fall von den obengenannten grundlegend. Die österreichischen Behörden hätten nämlich bereits von ihrem Gestaltungsspielraum Gebrauch gemacht und die Organe und Verfahren, mit denen die Bestimmungen der Nachprüfungsrichtlinie umgesetzt werden sollten, abschließend festgelegt; demgegenüber enthielten in keinem der obengenannten Fälle die fraglichen nationalen Rechtsvorschriften eine Zuständigkeitsregelung, so daß es noch eines weiteren Tätigwerdens der nationalen Behörden bedurft habe.

89. Im vorliegenden Fall liege die Sache ganz anders. § 91 BVerG sehe ausdrücklich

9 — Vgl. Artikel 1 Absätze 1 und 3 Satz 1 der Nachprüfungsrichtlinie.

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

11 — Urteil vom 4. März 1999 in der Rechtssache C-258/97 (Slg. 1999, I-1405).

12 — Urteile vom 24. September 1998 in der Rechtssache C-76/97 (Tögel, Slg. 1998, I-5357) und in der Rechtssache C-111/97 (EvoBus Austria, Slg. 1997, I-5411).

vor, daß das Bundesvergabeamt zuständig sei, die Rechtmäßigkeit der Verfahren und Zuschlagsentscheidungen im Anwendungsbereich des BVerG nachzuprüfen. Wegen des Schadensersatzes werde auf die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte verwiesen.

90. Die Zuständigkeitsregelung erscheine daher als abschließend, zumal das Gesetz alle in Artikel 2 Absatz 1 der Nachprüfungsrichtlinie vorgesehenen Überprüfungsschritte vorsehe. Damit sei die Verpflichtung zur Einrichtung von Nachprüfungsinstanzen vom nationalen Gesetzgeber bereits konkretisiert worden, und der einzelne könne sich je nach der Art seines Rechtsschutzbegehrens an die jeweils zuständige Instanz wenden.

91. Ich teile diese Ansicht.

92. Das auf dem Bestehen eines Ermessens gestützte Argument kann nämlich seinem Wesen nach nur geltend gemacht werden, solange dieses Ermessen noch nicht ausgeübt wurde. Danach ist dieses Ermessen zwangsläufig erloschen und kann der Bejahung einer unmittelbaren Wirkung nicht mehr entgegenstehen.

93. Daß dieses Ermessen gegebenenfalls nicht im Einklang mit der Nachprüfungsrichtlinie ausgeübt worden ist, ist insoweit unerheblich.

94. Meines Erachtens darf man nämlich in diesem Zusammenhang den Fall, daß ein Mitgliedstaat das erforderliche Organ geschaffen und es nur unterlassen hat, es mit den nötigen Befugnissen auszustatten, und denjenigen, daß überhaupt keine Bestimmung erlassen worden ist, um die Verpflichtung zur Schaffung eines Nachprüfungsverfahrens umzusetzen, nicht gleich behandeln.

95. Im zweiten Fall liegt tatsächlich ein unüberwindbares Hindernis für eine Bejahung der unmittelbaren Wirkung vor. Im ersten Fall ist hingegen die unmittelbare Wirkung nicht auszuschließen, da das Organ, mit dem die Verpflichtung aus der Nachprüfungsrichtlinie umgesetzt werden soll, bereits existiert.

96. Ich schließe mich der Ansicht der Kommission auch insoweit an, als diese durchblicken läßt, daß im vorliegenden Fall nicht sicher sei, daß sich die Antragstellerinnen überhaupt auf die unmittelbare Wirkung berufen müßten. Die Schwierigkeit beruht nämlich, wie wir gesehen ha-

ben, nur darauf, daß die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung und der Vertragsschluß praktisch zeitlich zusammenfallen.

97. Dies folgt meines Erachtens jedoch nicht notwendig aus den nationalen Bestimmungen. Diese hindern nämlich einen Auftraggeber nicht daran, die Zuschlagsentscheidung einige Zeit vor Abschluß des Vertrages zu veröffentlichen; und sie hindern das Bundesvergabeamt nicht daran, daraufhin einer Anfechtungsklage gegen diese Entscheidung in der Weise stattzugeben, daß es gegebenenfalls die gebotenen vorläufigen Maßnahmen trifft.

98. Dies ist auch in der Sitzung bestätigt worden, in der die Antragstellerinnen, ohne daß ihnen insoweit widersprochen worden ist, hervorgehoben haben, daß einige österreichische öffentliche Einrichtungen in der Praxis eine Frist zwischen dem Zeitpunkt der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung an die übergangenen Bieter und dem des Vertragsschlusses einhielten.

99. Die fraglichen nationalen Bestimmungen scheinen daher einer Anwendung zugänglich zu sein, die den Anforderungen der Nachprüfungsrichtlinie standhält. Der Rückgriff auf den Begriff der unmittelbaren Wirkung wäre damit überflüssig.

100. Nebenbei sei bemerkt, daß diese Feststellung natürlich nicht etwa bedeutet, daß diese Bestimmungen eine ordnungsgemäße Umsetzung der Nachprüfungsrichtlinie darstellen; diese Frage stellt sich im Rahmen des vorliegenden Rechtsstreits nicht.

101. Aus den vorstehenden Gründen schlage ich Ihnen vor, auf die zweite Frage des Bundesvergabeamts zu antworten, daß Artikel 2 Absatz 6 in Verbindung mit Absatz 1 Buchstaben a und b der Nachprüfungsrichtlinie dahin auszulegen ist, daß die darin beschriebenen Verpflichtungen dann so weit konkretisiert und bestimmt sind, daß der einzelne diese Verpflichtungen dem Mitgliedstaat in einem Verfahren mit Erfolg entgegenhalten kann, wenn der fragliche Mitgliedstaat bereits eine abschließende Regelung über die Zuständigkeit der für die Durchführung der Nachprüfungsschritte berufenen Nachprüfungsinstanzen getroffen und Regeln für die einzelnen Nachprüfungsschritte vorgesehen hat.

Zur dritten Frage

102. Mit dieser Frage möchte das Bundesvergabeamt wissen, ob es verpflichtet ist, die in Artikel 2 Absatz 1 Buchstaben a und b der Nachprüfungsrichtlinie vorgesehenen Maßnahmen auch dann anzuwenden, wenn das BVerG keine entsprechenden Bestimmungen vorsieht oder wenn dem Bestimmungen dieses Gesetzes entgegenstehen.

103. Zu bemerken ist zunächst, daß diese Frage mit der vorigen eng zusammenhängt. Wie diese stellt sie sich nämlich nur dann, wenn wir es tatsächlich mit einem Problem der unmittelbaren Anwendung und nicht mit einer Frage der der Nachprüfungsrichtlinie konformen Auslegung oder Anwendung des nationalen Rechts zu tun haben.

104. Dies vorausgeschickt, meine ich, daß uns die Rechtsprechung des Gerichtshofes eine klare Antwort gibt: Wenn eine Vorschrift des Gemeinschaftsrechts dem einzelnen ein Recht gegenüber dem Mitgliedstaat zuerkennt, muß das mit dem Rechtsstreit befaßte nationale Gericht die gemeinschaftsrechtliche Norm in vollem Umfang anwenden und dabei nötigenfalls entgegenstehende nationale Bestimmungen unangewendet lassen.

105. Dieser Grundsatz ist bereits im Urteil Simmenthal[13] aufgestellt worden, in dem der Gerichtshof ausgeführt hat, daß

„das staatliche Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts anzuwenden hat, gehalten ist, für die volle Wirksamkeit dieser Normen Sorge zu tragen, indem es erforderlichenfalls jede — auch spätere — entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet läßt, ohne daß es die vorherige Beseitigung dieser Bestimmung auf gesetzgeberischem Wege oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren beantragen oder abwarten müßte ...

[D]as staatliche Gericht [ist] gehalten, den Schutz der durch die Bestimmungen der Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte zu gewährleisten, ohne daß es die effektive Beseitigung etwaiger nationaler Maßnahmen, welche die unmittelbare und sofortige Geltung der Gemeinschaftsnormen behindern, durch die hierzu ermächtigten nationalen Organe beantragen oder abwarten müßte."

106. Ich schlage daher vor, auf die dritte Frage des Bundesvergabeamts zu antworten, daß das nationale Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts anzuwenden hat, den Schutz der durch die Bestimmungen der Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte gewährleisten und für die volle Wirksamkeit dieser Normen Sorge tragen muß, indem es gegebenenfalls von Amts wegen jede entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet läßt, ohne daß es die Beseitigung etwaiger nationaler Maßnahmen, die die unmittelbare und sofortiger Geltung der Gemeinschaftsnormen behindern, durch die zuständigen nationalen Stellen abwarten oder beantragen müßte.

13 — Urteil vom 9. März 1978 in der Rechtssache 106/77 (Slg. 1978, 629).

Ergebnis

107. Aus den vorstehenden Gründen schlage ich vor, die Fragen des Bundesvergabeamts wie folgt zu beantworten:

1. Artikel 2 Absatz 6 in Verbindung mit Absatz 1 Buchstaben a und b 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 ist dahin auszulegen, daß die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, die dem Vertragsabschluß vorangehende Entscheidung des Auftraggebers darüber, mit welchem Bieter eines Vergabeverfahrens er aufgrund der Ergebnisse dieses Verfahrens den Vertrag abschließt (also die Zuschlagsentscheidung), trotz der Möglichkeit, die Rechtswirkungen des Nachprüfungsverfahrens nach Vertragsabschluß auf die Zuerkennung von Schadensersatz zu beschränken, in jedem Fall einem Verfahren zugänglich zu machen, in dem der Antragsteller bei Vorliegen der Voraussetzungen deren Nichtigerklärung erwirken kann.

2. Artikel 2 Absatz 6 in Verbindung mit Absatz 1 Buchstaben a und b der Richtlinie 89/665 ist dahin auszulegen, daß die darin beschriebenen Verpflichtungen dann so weit konkretisiert und bestimmt sind, daß der einzelne diese Verpflichtungen dem Mitgliedstaat in einem Verfahren mit Erfolg entgegenhalten kann, wenn der fragliche Mitgliedstaat bereits eine abschließende Regelung über die Zuständigkeit der für die Durchführung der Nachprüfungsschritte berufenen Nachprüfungsinstanzen getroffen und Regeln für die einzelnen Nachprüfungsschritte vorgesehen hat.

3. Das nationale Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts anzuwenden hat, muß den Schutz der durch

die Bestimmungen der Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte gewährleisten und für die volle Wirksamkeit dieser Normen Sorge tragen, indem es gegebenenfalls von Amts wegen jede entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet läßt, ohne daß es die Beseitigung etwaiger nationaler Maßnahmen, die die unmittelbare und sofortiger Geltung der Gemeinschaftsnormen behindern, durch die zuständigen nationalen Stellen abwarten oder beantragen müßte.