SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS SIEGBERT ALBER

vom 7. Februar 2002 [1]

I — Einführung

1. Im vorliegenden Vorabentscheidungsverfahren fragt das Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (im Folgenden: vorlegendes Gericht), ob es die Bestandskraft einer nicht innerhalb der vom nationalen Recht vorgeschriebenen Frist angefochtenen öffentlichen Ausschreibung eines Lieferauftrags außer Acht lassen kann, um in einem (späteren) Klageverfahren eines Bieters gegen seinen Ausschluss bei der Auftragsvergabe dennoch dem Verstoß einer Ausschreibungsbestimmung gegen das Gemeinschaftsrecht Rechnung tragen zu können. Konkret geht es dabei um den Nachweis der Leistungsfähigkeit eines Bieters gemäß Artikel 22 der Richtlinie 93/36/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge [2] (im Folgenden: Vergaberichtlinie). Das vorlegende Gericht will wissen, ob der nationale Grundsatz der Nichtanwendung von Verwaltungsakten, die nicht dem Gesetz entsprechen (Artikel 5 des Gesetzes Nr. 2248 vom 20. März 1865), auch im Hinblick auf Ausschreibungsbestimmungen gilt, die dem Gemeinschaftsrecht widersprechen. Es fragt weiterhin, ob sich dieser Grundsatz auch aus Artikel 6 EU-Vertrag in Verbindung mit dem Recht auf ein faires Verfahren und auf eine wirksame Beschwerde gemäß der Artikel 6 und 13 der Europäischen Menschenrechtskonvention ergibt. Die Prüfung des Vorabentscheidungsersuchens bedingt zudem die Auslegung der Richtlinie 89/665/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge [3] (im Folgenden: Nachprüfungsrichtlinie bzw. Rechtsmittelrichtlinie).

II — Sachverhalt und Verfahren

2. Im Ausgangsverfahren klagt die Santex SpA (im Folgenden: Klägerin) gegen die Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia (im Folgenden: Beklagte) wegen des Ausschlusses eines Vergabeverfahrens über einen Lieferauftrag. Zu diesem Zweck klagt sie gegen den Beschluss über die Zuschlagserteilung sowie die Ausschreibung, die nach ihrer Ansicht eine gemeinschaftsrechtswidrige Zulassungsbedingung enthält.

1 — Originalsprache: Deutsch.

2 — Richtlinie des Rates vom 14. Juni 1993 (ABl. L 199 vom 9.8.1993, S. 1).

3 — Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1989 (ABl. L 395 vom 30.12.1989, S. 33).

3. Die Beklagte veröffentlichte laut Vorabentscheidungsersuchen am 23. Oktober 1996 im EWG-Amtsblatt eine Ausschreibung für die „Hauslieferung absorbierender Erzeugnisse für Inkontinenz" für voraussichtlich 1 067 372 000 ITL jährlich. Die Ausschreibung enthielt danach eine Bestimmung, nach der nur Unternehmen zugelassen würden, die für den Zeitraum der letzten drei Jahre für gleiche Leistungen wie die ausgeschriebene mindestens einen dreimal so hohen Gesamtumsatz wie das voraussichtliche jährliche Auftragsvolumen nachweisen könnten.

4. Die Klägerin wies den zuständigen Ausschussvorsitzenden der Beklagten mit Schreiben vom 25. November 1996 darauf hin, dass die oben genannte Bestimmung eine ungerechtfertigte Wettbewerbsbeschränkung darstelle. Da die örtlichen Gesundheitseinrichtungen (aziende sanitarie locali) diese Art von Leistung erst kürzlich eingeführt hätten, schlösse diese Bestimmung zahlreiche Bewerber aus, darunter auch die Klägerin, obgleich sie im letzten Jahr einen Gesamtumsatz erreicht habe, der doppelt so hoch wie das voraussichtliche Jahresvolumen des Auftrags gewesen sei.

5. Daraufhin verschob der Ausschuss der Beklagten die Öffnung der Angebote und ersuchte die betroffenen Unternehmen um Übermittlung einer umfassenden Dokumentation mit dem Hinweis, die fragliche Bestimmung könnte dahin ausgelegt werden, dass sie sich auf den Gesamtumsatz der bietenden Unternehmen beziehe und dass deshalb die Lieferung identischer Erzeugnisse wie des ausgeschriebenen keine Zulassungsvoraussetzung für die Ausschreibung darstelle, sondern ausschließlich für die Qualitätsbewertung heranzuziehen sei [4].

6. Dieser Auslegung widersprach die Firma Sca Mölnlycke SpA, die den Auftrag für die Lieferung gleichartiger Produkte für den vorausgehenden Zeitraum inne hatte. Mit Schreiben an die Beklagte verlangte sie die genaue Beachtung der fraglichen Ausschreibungsbestimmung.

7. Daraufhin forderte die Beklagte die bietenden Unternehmen auf, zur bereits eingereichten Dokumentation zusätzlich mitzuteilen, welchen Umsatz sie für die Lieferung identischer Erzeugnisse erzielt hätten, und die belieferten Gesundheitseinrichtungen aufzulisten.

8. Das Vergabeverfahren endete mit dem Ausschluss der Klägerin und zwei weiterer Firmen und der Auftragsvergabe an die Firma Mölnlycke.

9. Die Klägerin hat mit der Begründung, bei ihrer Zulassung hätte sie den Zuschlag erhalten, sowohl gegen ihren Ausschluss von der Ausschreibung und die an-

4 — Protokoll Nr. 1 des Vergabeausschusses vom 12. Dezember 1996.

schließende Auftragsvergabe als auch gegen die Ausschreibung selbst Klage wegen Gesetzesverstoß und Ermessensmissbrauch erhoben.

10. Die Beklagte und die Firma Mölnlycke, die dem Verfahren beigetreten ist, machen geltend, die Anfechtung der Ausschreibung sei verspätet und die Klage sei deshalb als unbegründet abzuweisen.

11. Dem mit der Klage verbundenen Antrag, die Anwendung der angefochtenen Bestimmungen auszusetzen, hat das vorlegende Gericht stattgegeben mit der Begründung, dass eine Verletzung wettbewerbsrechtlicher Grundsätze der Gemeinschaft vorläge. Indem die Ausschreibung das Kriterium eines bestimmten Umsatzniveaus festlege, beschränke sie die Teilnahme der konkurrierenden Unternehmen rechtswidrig und unverhältnismäßig. Auch wenn die Anfechtung der Ausschreibung als verspätet anzusehen sei, so müsste dennoch die Bestimmung der Ausschreibung wegen Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht außer Anwendung bleiben.

12. Dieser Beschluss wurde durch einen Beschluss der fünften Kammer des italienischen Staatsrats (Consiglio di Stato) vom 29. August 1997, der weder Tatbestand noch Begründung enthielt, aufgehoben.

13. Nach Abschluss des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens schloss die Beklagte, die zwischenzeitlich die vorherige Leistungserbringung durch das Unternehmen Mölnlycke verlängert hatte, mit diesem endgültig den Vertrag für den folgenden Zeitraum ab.

14. Das vorlegende Gericht hat nun im Hauptsacheverfahren den Gerichtshof um Vorabentscheidung ersucht, ob Artikel 22 der Richtlinie 93/36 oder Artikel 6 Absatz 2 EU in Verbindung mit Artikel 6 und 13 EMRK dahin auszulegen seien, dass Bestimmungen einer Ausschreibung, die dem Gemeinschaftsrecht widersprechen, auch dann außer Anwendung bleiben können, wenn sie nach den nationalen Verfahrensvorschriften nicht rechtzeitig angefochten worden sind.

15. Am schriftlichen Verfahren vor dem Gerichtshof haben sich die italienische, die französische und die österreichische Regierung sowie die Kommission beteiligt.

III — Das Vorabentscheidungsersuchen

16. Im Rahmen der Begründung des Vorabentscheidungsersuchens führt das vorlegende Gericht aus, für seine Entscheidung sei wesentlich, dass die Ausschreibung eine nach dem Gemeinschaftrecht und der entsprechenden nationalen Durchführungs-

vorschrift rechtswidrige Bestimmung enthalte [5]. Insbesondere die Zulassungsvoraussetzung, nach der in den letzten drei Jahren für identische Leistungen wie in der Ausschreibung ein dreimal so hoher Betrag wie der dort festgelegte erzielt worden sein müsse, verstoße gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und gegen das Verbot der Diskriminierung unter den bietenden Unternehmen. Nach dem nationalen Verfahrensrecht habe es jedoch zunächst über die Einwendung der verspäteten Klageerhebung zu entscheiden.

17. Die Einwendung wird darauf gestützt, dass bereits die Ausschreibungsbestimmung die Klägerin an einer Teilnahme gehindert habe. Diese habe somit das Interesse der Klägerin, an der Ausschreibung teilzunehmen, unmittelbar und direkt beeinträchtigt und hätte deshalb, nach Kenntnisnahme durch die Klägerin, in der 60-tägigen Ausschlussfrist gemäß Artikel 36 der Verordnung Nr. 1054 vom 6. Juni 1924 [6] angefochten werden müssen.

18. Nach Ansicht des vorlegenden Gerichts sind jedoch die Rechte und Interessen der Wettbewerber in Ausschreibungsverfahren für öffentliche Aufträge sowohl im Bereich der Anwendung des Gemeinschaftsrechts als auch in der nationalen Rechtsordnung wirksam zu schützen. Deshalb sollten Ausschreibungsbestimmungen nicht angewandt werden, wenn sie das Kriterium der größtmöglichen Beteiligung an öffentlichen Ausschreibungen ungerechtfertigt beschränken.

19. Zu diesem Zweck seien regelmäßig zwei Rechtsgrundsätze herangezogen worden. Zum einen die automatische Inkorporierung zwingender Bestimmungen in die Ausschreibungsbestimmungen analog Artikel 1339 Zivilgesetzbuch [7] einerseits, die im vorliegenden Fall nicht praktikabel erscheine. Zum anderen der Grundsatz der Nichtanwendung gemäß dem fortgeltenden Artikel 5 des Gesetzes Nr. 2248 vom 20. März 1865, Anhang E [8].

20. Im Hinblick auf diesen Grundsatz habe der italienische Staatsrat allgemein festgestellt, dass auch der Verwaltungsrichter eine Verordnungsvorschrift, die einer höherrangigen Norm widerspreche und ein subjektives Recht beeinträchtige, — also wie im Zivilrecht die ordentliche Gerichtsbarkeit — außer Anwendung lassen könne. Dies habe der Staatsrat jedoch in Ermangelung eines subjektiven Rechts für die hier vorliegende Ausschreibung zur Vergabe öffentlicher Aufträge nicht gelten lassen. Folglich wäre die Ausschreibung innerhalb von sechzig Tagen anzufechten gewesen, so dass nach Fristablauf die Bestimmungen der Ausschreibung zwingend anzuwenden seien.

5 — Das vorlegende Gericht ist der Ansicht, es läge ein Verstoß sowohl gegen Artikel 22 der Richtlinie 93/36 als auch Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe c des Dekrets Nr. 358 vom 24. Juli 1992 vor.

6 — Verordnung Nr. 1054 vom 6. Juni 1924 zur Konsolidierung der Gesetze über den italienischen Consiglio di Stato, die gemäß Artikel 19 des Gesetzes Nr. 1034 vom 6. Dezember 1971 auch für die regionalen Verwaltungsgerichte gilt.

7 — „Gesetzlich vorgeschriebene Klauseln und Preise von Gütern oder Dienstleistungen sind von Rechts wegen Teil des Vertrags, auch wenn sie an die Stelle abweichender, von den Parteien vereinbarter Bestimmungen treten".

8 — „Die [Justiz]Behörden wenden Verwaltungsakte und allgemeine und örtliche Vorschriften an, soweit sie dem Gesetz entsprechen".

21. Das italienische Recht unterscheide zwischen berechtigten Interessen, die stets die rechtzeitige Anfechtung der beeinträchtigenden Maßnahme erforderten, und subjektiven Rechten, die durch das rechtliche Instrument der Nichtanwendung geschützt werden könnten. Diese innerstaatlich übliche Unterscheidung erscheine auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene nicht vertretbar.

22. Das vorlegende Gericht verweist auf das Urteil Simmenthal [9], in dem der Gerichtshof entschieden hat, dass ein zur Anwendung des Gemeinschaftsrechts berufenes Gericht die volle Wirksamkeit der Gemeinschaftsrechtsbestimmungen zu gewährleisten habe und gegebenenfalls jede widersprechende nationale Rechtsvorschrift außer Anwendung lassen müsse, ohne deren vorherige Aufhebung zu veranlassen oder abzuwarten.

23. Ferner ist nach der Auffassung des vorlegenden Gerichts unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Gerichtshofes in den Rechtssachen van Schijndel und van Veen [10] sowie Eco Swiss [11] zu prüfen, ob nicht angesichts des besonderen Ablaufs des Verwaltungsverfahrens vor der Vergabe des fraglichen Lieferauftrags die Anwendung des Gemeinschaftsrechts erheblich erschwert oder unmöglich gemacht worden sei und hierdurch die Wirksamkeit des Rechtsschutzes im Hinblick auf die europarechtlichen Bestimmungen beeinträchtigt worden sei.

24. Durch die zunächst zu erkennen gegebene Haltung, eine einschränkende Auslegung bzw. Änderung der fraglichen Bestimmung vorzunehmen, habe die Beklagte bei der Klägerin die Vorstellung hervorgerufen, dass eine Anfechtung der Ausschreibung nicht notwendig sei. Durch ihr Verhalten habe die Beklagte eine objektive Lage rechtlicher Unsicherheit für die Klägerin geschaffen. Daher müssten hier die gleichen Grundsätze gelten, wie sie der Gerichtshof in der Rechtssache Peterbroeck [12] entwickelt habe.

25. Es bestünde vorliegend ein öffentliches Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des angefochtenen Ausschlusses, und zwar im Hinblick auf die effektive Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts einerseits und wegen des Interesses der öffentlichen Verwaltung an der Eröffnung einer Ausschreibung mit größtmöglicher Beteiligung als Mittel zur Auswahl des qualitativ besten Erzeugnisses zum günstigsten Preis andererseits.

26. Ein Einschreiten des mitgliedstaatlichen Gerichts von Amts wegen sei gerechtfertigt. So habe der Gerichtshof in der Rechtssache Océano Grupo Editorial [13] für den Bereich von Verbraucherverträgen entschieden, dass das nationale Gericht bei der Prüfung der Zulässigkeit einer bei ihm eingereichten Klage von Amts wegen die Rechtswidrigkeit der in Frage stehenden Vertragsklauseln zu prüfen befugt sei.

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

10 — Urteil vom 14. Dezember 1995 in den verbundenen Rechtssachen C-430/93 und C-431/93 (van Schijndel und van Veen, Slg. 1995, I-4705).

11 — Urteil vom 1. Juni 1999 in der Rechtssache C-126/97 (Eco Swiss, Slg. 1999, I-3055).

12 — Urteil vom 14. Dezember 1995 in der Rechtssache C-312/93 (Peterbroeck, Slg. 1995, I-4599).

13 — Urteil vom 27. Juni 2000 in den verbundenen Rechtssachen C-240/98 bis C-244/98 (Océano Grupo Editorial, Slg. 2000, I-4941).

27. Die sich aus der Rechtssache Eco Swiss [14] ergebende Folgerung, wonach bei Nichteinhaltung bestimmter Regeln des nationalen Verfahrensrechts die Anwendung des Gemeinschaftsrechts von Amts wegen nicht geboten sei, gelte nach der Sach- und Rechtslage im vorliegenden Fall nicht.

28. Das vorlegende Gericht unterbreitet dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung:

1. Ist Artikel 22 der Richtlinie 93/36/EWG vom 14. Juni 1993 dahin auszulegen, dass die zuständigen nationalen Gerichte Unionsbürgern, die durch gemeinschaftsrechtswidrige Maßnahmen in ihren Rechten verletzt sind, insbesondere dadurch Schutz zu gewähren haben, dass sie das Rechtsinstitut der Nichtanwendung im Sinne von Artikel 5 des nationalen Gesetzes Nr. 2248 vom 20. März 1865 auch im Fall von Ausschreibungsbestimmungen, die dem Gemeinschaftsrecht widersprechen, aber nicht in den kurzen Ausschlussfristen des nationalen Verfahrensrechts angefochten wurden, heranziehen und von Amts wegen das Gemeinschaftsrecht anwenden, und zwar in allen Fällen, in denen zum einen die Anwendung des Gemeinschaftsrechts erheblich beeinträchtigt oder zumindest erschwert wurde und zum anderen ein öffentliches Interesse gemeinschaftlicher oder nationaler Art an seiner Anwendung besteht?

2. Ergibt sich dies auch aus Artikel 6 Absatz 2 des Vertrages [15], der sich mit der Aussage, dass die Union die in der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundrechte (EMRK) gewährleisteten Grundrechte achtet, den Grundsatz des wirksamen gerichtlichen Rechtsschutzes gemäß Artikel 6 und 13 EMRK zu eigen gemacht hat?

IV — Rechtlicher Rahmen

A — *Gemeinschaftsrecht*

29. Die Richtlinie 93/36/EWG (Vergabe-Richtlinie) bestimmt in Artikel 22:

„(1) Die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Lieferanten kann in der Regel durch eine oder mehrere der nachstehenden Nachweise nachgewiesen werden:

a) — b)...

14 — Urteil in der Rechtssache Eco Swiss (zitiert in Fußnote 11).

15 — Gemeint ist der Vertrag über die Europäische Union (Anmerkung des Verfassers).

c) Erklärungen über den Gesamtumsatz des Lieferanten und seinen Umsatz bei der Lieferung von Erzeugnissen, die Gegenstand der Ausschreibung sind, in den letzten drei Geschäftsjahren.

(2) Die öffentlichen Auftraggeber geben in der Bekanntmachung oder in der Aufforderung zur Angebotsabgabe an, für welchen oder welche der in Absatz 1 genannten Nachweise sie sich entschieden haben sowie welche anderen als die in Absatz 1 genannten Nachweise beizubringen sind.

(3) Kann der Lieferant aus stichhaltigen Gründen die vom öffentlichen Auftraggeber geforderten Nachweise nicht beibringen, so kann er den Nachweis seiner wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit durch Vorlage anderer, vom öffentlichen Auftraggeber für geeignet erachteter Belege erbringen."

30. Ferner sind vorliegend die Artikel 1 Absätze 1 und 3 sowie Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b und 6 der Richtlinie 89/665/EWG (Nachprüfungs- bzw. Rechtsmittel-Richtlinie) relevant; diese bestimmen:

„Artikel 1

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

(2)...

(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."

„Artikel 2

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass für die in Artikel 1 genannten Nach-

prüfungsverfahren 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 Verbindungsunterlagen 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.

(2) — (5)...

(6) Die Wirkungen der Ausübung der in Absatz 1 genannten Befugnisse auf den nach Zuschlageserteilung des Auftrags geschlossenen Vertrag richten sich nach dem einzelstaatlichen Recht.

Abgesehen von dem Fall, in dem eine Entscheidung vor Zuerkennung von Schadenersatz aufgehoben werden muss, kann ein Mitgliedstaat ferner vorsehen, dass nach dem Vertragsschluss im Anschluss an die Zuschlagserteilung die Befugnisse der Nachprüfungsinstanz darauf beschränkt werden, einer durch einen Rechtsverstoß geschädigten Person Schadenersatz zuzuerkennen.

(7) — (8)“

„*Artikel 3*

(1) Die Kommission kann das in diesem Artikel vorgesehene Verfahren anwenden, wenn sie vor Abschluss eines Vertrages zu der Auffassung gelangt, dass bei einem Vergabeverfahren im Sinne der Richtlinien 71/305/EWG und 77/62/EWG ein klarer und eindeutiger Verstoß gegen die Gemeinschaftsvorschriften für das öffentliche Auftragswesen vorliegt.

(2) — (5)...“

B — *Italienisches Recht*

31. Artikel 13 des Dekrets Nr. 358 vom 24. Juli 1992, überschrieben „Einheitlicher Text der Bestimmungen betreffend öffentlicher Lieferaufträge zur Umsetzung der Richtlinien 77/62/EWG, 80/767/EWG und 88/295/EWG" setzt den Artikel 22 der Richtlinie 93/36 um und bestimmt Folgendes:

„Artikel 13

(1) Die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der konkurrierenden Unternehmen kann durch das eine oder das andere der nachstehenden Dokumente nachgewiesen werden:

a) — b)...

c) Eine Erklärung über den Gesamtumsatz und den Umsatz bei der Lieferung von Erzeugnissen, die Gegenstand der Ausschreibung sind, die das Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren erreicht hat.

(2) Die öffentlichen Auftraggeber geben in der Bekanntmachung oder in der Aufforderung zur Angebotsabgabe an, welche der in Absatz 1 genannten Dokumente beigebracht werden müssen, sowie eventuelle Nachweise, die beizubringen sind (...)

(3) Kann der Lieferant aus stichhaltigen Gründen die geforderten Nachweise nicht beibringen, so kann er seine wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit durch Vorlage anderer, vom öffentlichen Auftraggeber für geeignet erachteter Belege nachweisen."

32. Ferner ist Artikel 36 Absatz 1 des königlichen Dekrets Nr. 1054 vom 26. Juni 1924, das die Gesetze betreffend den Consiglio di Stato konsolidiert, welche durch die Wirkung von Artikel 19 des Gesetzes Nr. 1034 vom 6. Dezember 1971 auf die Verwaltungsgerichte ausgedehnt wurden, für den vorliegenden Rechtsstreit von Bedeutung (im Folgenden: Artikel 36 des Gesetzes vom 26. Juni 1924); er bestimmt Folgendes:

„Artikel 36

(1) Außerhalb der Fälle, in denen die Fristen durch spezielle Gesetze betreffend des Rechtsschutzes geregelt sind, beträgt die Rechtsmittelfrist vor dem Consiglio di Stato in gerichtlichen Verfahren 60 Tage ab dem Datum, an dem die Verwaltungsentscheidung in den Formen und Arten, die durch Verordnung festgeschrieben sind, bekannt gemacht worden ist, oder ab dem Datum, an dem der Betroffene davon volle Kenntnis erlangt hat (...)."

33. Schließlich ist Artikel 5 des Gesetzes Nr. 2248 vom 20. März 1865 für den vorliegenden Rechtsstreit zu zitieren:

„Artikel 5

Die Gerichte wenden die Verwaltungsakte und allgemeine und örtliche Vorschriften an, soweit sie dem Gesetz entsprechen."

V — Stellungnahme der Beteiligten

34. Die *italienische Regierung* trägt vor, das vorlegende Gericht gehe davon aus, dass die gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen direkte Wirkung hätten und der Schutz der Gemeinschaftsrechtsordnung somit von dem mitgliedstaatlichen Richter verlange, die wirksame Anwendung dieser Bestimmungen unabhängig von der Beachtung der nationalen Verfahrensvorschriften zu gewährleisten.

35. Der italienische Staatsrat habe aber jüngst mit Urteil von 7. April 1998 seine Rechtsprechung im Hinblick auf eine Ausschreibung bestätigt und ausgeführt, dass ein Akt, der das Recht eines Bewerbers auf Teilnahme an einem Ausschreibungsverfahren beeinträchtige, innerhalb der üblichen Frist von 60 Tagen angefochten werden müsse. Sei diese Frist einmal verstrichen, könne der Verwaltungsakt nicht mehr unangewendet bleiben. Der Verwaltungsakt werde unanfechtbar und jede gegen diesen gerichtete Klage werde unzulässig ebenso wie alle Klagegründe, die auf dessen Rechtswidrigkeit gestützt würden, zurückgewiesen werden müssten.

36. Die Bestandskraft des Verwaltungsakts sanktioniere die Passivität der Person, die sich in ihren Rechten verletzt fühle, und stärke das Vertrauen in die Rechtmäßigkeit des Handelns der Behörde. Die Bestandskraft eines Verwaltungsakts sei ebenso wie die Rechtsinstitute der Verjährung und der Rechtskraft ein Erfordernis der Rechtssicherheit. Könnte die Ausschreibung weiterhin angegriffen werden, würden das berechtigte Vertrauen und die wirtschaftlichen Interessen der Konkurrenten verletzt.

37. Für den Ausgangsrechtsstreit komme es nicht so sehr auf die Rechtsnatur des Artikels 22 der Richtlinie 93/36 an, sondern darauf, ob die Anforderungen an die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in der Ausschreibung rechtmäßig seien. Davon ist nach Ansicht der italienischen Regierung zweifelsfrei auszugehen. Artikel 22 der Richtlinie sei im Übrigen auch nicht unmittelbar anwendbar.

38. Angesichts der allgemeinen mitgliedstaatlichen Mitwirkungspflicht bei der Durchführung des Gemeinschaftsrechts gemäß Artikel 10 EG, die auch die mitgliedstaatlichen Gerichte treffe, stelle sich die Frage, in welchem Verhältnis diese zu den Grundsätzen des nationalen Verfahrensrechts stehe.

39. Die italienische Regierung verweist auf die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofes, wonach in Ermangelung einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung auf diesem Gebiet die Ausgestaltung der Verfahren, zum Schutz der dem Bürger aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts erwachsenden Rechte Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung der Mitgliedstaaten sei. Danach dürften diese Verfahren nicht ungünstiger gestaltet werden, als bei entsprechenden Klagen, die nur innerstaatliches Recht betreffen, und sie dürften die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.

40. Das italienische Recht sehe vor, dass Verwaltungsakte innerhalb von sechzig Tagen anfechtbar seien. Jeder Verstoß sowohl gegen internes als auch gegen Gemeinschaftsrecht könne dazu führen, dass der Verwaltungsakt für rechtswidrig erklärt werde. Somit läge keine Diskriminierung vor und nichts stünde einer effektiven Anwendung des Gemeinschaftsrechts entgegen. Würde man dem Richter erlauben, im Falle eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht das nationale Verfahrensrecht außer Acht zu lassen, so würde dies zu einer ungerechtfertigten Diskriminierung der internen Vorschriften vergleichbaren Inhalts führen.

41. Der aus den Artikeln 6 und 13 EMRK fließende Grundsatz effektiven Rechtsschutzes gelte nur für Gemeinschaftsrechtsakte und solche nationalen Akte, die daraus abgeleitet würden; er könne nicht zum Nachteil der mitgliedstaatlichen Verfahrensregeln zur Anwendung kommen.

42. Die italienische Regierung schlägt daher vor, die Vorlagefragen wie folgt zu beantworten:

Soweit keine objektiven Gründe eine unterschiedliche verfahrensrechtliche Behandlung der Klagen rechtfertigen, die einerseits auf unmittelbar anwendbare Gemeinschaftsrechtsvorschriften und andererseits auf interne Regeln gleichen Inhalts gestützt werden, ist es nicht möglich, mitgliedstaatliche Verfahrensvorschriften außer Anwendung zu lassen, die dazu bestimmt sind, die Rechte, deren Verletzung behauptet wird, gerichtlich geltend zu machen.

43. Die *österreichische Regierung* ist der Ansicht, die erste Vorlagefrage ziele darauf ab, ob das geltende Gemeinschaftsrecht im Bereich der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge der Anwendung von Präklusionsregelungen, die sich aus dem nationalen Recht ergeben, entgegenstehe. Der Rechtsrahmen würde daher durch die Rechtsmittelrichtlinie im Bereich des öffentlichen Auftragswesens 89/665 determiniert.

44. Die Republik Österreich vertritt die Auffassung, dass es zulässig sei, die Einbringung von Anträgen an das in einem Vergabeverfahren zuständige Nachprüfungsorgan an Fristen zu binden, wenn damit nicht die Zielsetzungen der Rechtsmittelrichtlinie unterlaufen werden, sowie das aus dem EGV abzuleitende Effizienz- und Gleichbehandlungsgebot nicht verletzt werde. Die Richtlinie selbst enthalte keine abschließende Regelung in Bezug auf die Organisation der Nachprüfungsinstanzen und des vor diesen Instanzen zu beachtenden Verfahrens. Die Ausgestaltung der Verfahren sei daher Sache der Mitgliedstaaten.

45. Durch die im vorliegenden Verfahren in Rede stehende 60-tägige Ausschlussfrist für die Anfechtung von Verwaltungsentscheidungen würde auch der Rechtsschutz der Bewerber und Bieter nicht beeinträchtigt. Vielmehr würde im Interesse der Mitbewerber und Mitbieter, im öffentlichen Interesse an einer funktionierenden Verwaltung und nicht zuletzt im Interesse der Rechtsmittelwerber selbst sichergestellt, dass bei Kenntnis durch den Rechtsschutzsuchenden rechtswidrige Entscheidungen möglichst frühzeitig aufgezeigt und beseitigt werden.

46. Die Republik Österreich schlägt daher vor, wie folgt auf die Vorlagefrage zu antworten:

Die Richtlinie 89/665 steht einer innerstaatlichen Regelung nicht entgegen, die bei Kenntnis des Vergabeverstoßes für die Nachprüfung einer konkreten Entscheidung des Auftraggebers eine Frist für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens normiert, wobei bei Versäumnis dieser Frist diese Entscheidung des Auftraggebers im Zuge des weiteren Vergabeverfahrens nicht mehr angefochten werden kann. Die vorgesehene Frist darf nicht so ausgestaltet sein, dass die Einleitung oder die Durchführung von Nachprüfungsverfahren praktisch unmöglich oder übermäßig erschwert wird. Bei Kenntnis des Vergabeverstoßes kann vorgesehen werden, dass jeder Mangel binnen der dafür vorgesehenen Frist bei sonstigem Verlust von betroffenen Interessen geltend gemacht werden muss.

47. Die *französische Regierung* versteht die erste Frage dahin gehend, ob ein nationales Gericht verpflichtet sei, von Amts wegen die Vereinbarkeit des nationalen Akts mit einer gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung zu prüfen, falls der Akt nicht innerhalb der von den nationalen Verfahrensvorschriften vorgesehenen Frist angefochten worden ist. Die französische Regierung schlägt vor, diese Frage zu verneinen.

48. Auch die französische Regierung verweist auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes in der Rechtssache Peterbroeck [16] und kommt zu dem Ergebnis, dass eine Klagefrist von sechzig Tagen, wie

16 — Urteil in der Rechtssache Peterbroeck (zitiert in Fußnote 12, Randnr. 12).

sie in Italien für die Anfechtung von Verwaltungsakten vorgesehen ist, die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschwert.

49. Präklusionsregeln würden dazu dienen, das Prinzip der Rechtssicherheit in Bezug auf jede Partei anzuwenden, indem sie der Anfechtungsmöglichkeit einen rechtlichen Rahmen gebe und sie zeitlich befriste. Die Rechtssicherheit gehöre zu den Grundprinzipien der Gemeinschaftsrechtsordnung. Diese seien Vorschriften der öffentlichen Ordnung, die von den Parteien und dem Richter beachtet werden müssten.

50. Insoweit wie das vorlegende Gericht der Auffassung sei, dass vorliegend das Verhalten der Vergabebehörde nach Veröffentlichung der Ausschreibung zur Unzulässigkeit des Rechtsmittels der Klägerin beigetragen habe, verweist die französische Regierung auf die Rechtssache Edis.[17] Zwar würde diese Rechtsprechung anerkennen, dass das Verhalten einer nationalen Behörde in Verbindung mit einer Frist dazu führen könnte, dass dem Kläger jede Möglichkeit genommen werde, seine Rechte vor den mitgliedstaatlichen Gerichten geltend zu machen. Allerdings könnte ein Unternehmen wie die Klägerin nicht die Notwendigkeit der vorsorglichen Einlegung eines Rechtsmittels innerhalb der Fristen verkennen, auch wenn sie gleichzeitig Verhandlungen mit der Vergabebehörde führe.

17 — Urteil vom 15. September 1998 in der Rechtssache C-231/96 (Edis, Slg. 1998, I-4951, Randnr. 48).

51. Die französische Regierung schlägt daher vor, auf die Vorabentscheidungsfragen wie folgt zu antworten:

Das Gemeinschaftsrecht verpflichtet ein im Rahmen seiner Zuständigkeit mit einer Sache befasstes Gericht nicht, die Vereinbarkeit eines internen Rechtsakts mit dem Gemeinschaftsrecht von Amts wegen zu prüfen, wenn dieser vom Betroffenen nicht innerhalb der Fristen des mitgliedstaatlichen Verfahrensrechts angegriffen wurde.

Artikel 6 Absatz 2 des Unionsvertrages begründet, sofern er auf die Artikel 6 und 13 EMRK verweist, keine darüber hinausgehenden Verpflichtungen.

52. Die *Kommission* merkt in ihrer Stellungnahme zunächst an, dass die in der Rechtsprechung des Gerichtshofes genannten Kriterien zur Bewertung mitgliedstaatlicher Rechtsschutzsysteme, wie das Diskriminierungsverbot und das Erfordernis, dass sie die Rechtsausübung nicht praktisch unmöglich machen oder unverhältnismäßig erschweren dürfen, nur dann zur Anwendung kommen können, wenn das Gemeinschaftsrecht nicht selbst entweder direkt oder durch harmonisierte Rechtsvorschriften die Regeln enthält, die im mitgliedstaatlichen Recht angewandt werden müssen. Auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens existiere die Richtlinie 89/665, in deren Licht das Vorabentscheidungsersuchen geprüft werden müsse.

53. Die Kommission regt daher die Umformulierung der Vorabentscheidungsfrage in folgendem Sinne an:

Ist die Richtlinie 89/665 dahin gehend auszulegen, dass die zuständigen mitgliedstaatlichen Gerichte gehalten sind, die Unionsbürger zu schützen, die durch einen unter Verletzung der Richtlinie 93/36 erlassenen Rechtsakt in ihren Rechten verletzt wurden, indem sie mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbare Klauseln einer Ausschreibung unangewendet lassen, die nicht innerhalb der mitgliedstaatlichen Verfahrensfristen angefochten wurden, um das Gemeinschaftsrecht in jedem Stadium des Vergabeverfahrens einschließlich der Zuschlagsentscheidung von Amts wegen anzuwenden.

54. Angesichts der Tatsache, dass die Rechtsmittelrichtlinie 89/665 die Pflicht der Mitgliedstaaten vorsehe, dafür Sorge zu tragen, dass gegen Entscheidungen der Vergabebehörde mit wirksamen und schnellen Rechtsmitteln vorgegangen werden könne, die es ermöglichten, rechtswidrige Entscheidungen unabhängig davon für nichtig zu erklären, ob eine vorhergehende Entscheidung in den vorgesehenen Fristen angefochten worden sei, sei zu prüfen, ob die Zuschlags- und die Ausschlussentscheidung "Entscheidungen" im Sinne der Richtlinie seien.

55. Die Liste der anfechtbaren rechtswidrigen Entscheidungen, die in Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b der Rechtsmittelrichtlinie genannt werden, sei nur beispielhaft und in keiner Weise abschließend. Bezüglich der Vergabeentscheidung verweist die Kommission auf die Rechtssache Alcatel [18], in der festgestellt worden sei, dass die Zuschlagsentscheidung eine Entscheidung im Sinne der Richtlinie 89/665 sei.

56. Im Hinblick auf die Ausschlussentscheidung stellt die Kommission fest, dass die Vergabebehörde mit diesem Akt auf den Antrag des Unternehmens antworte, am Vergabeverfahren teilzunehmen. Die Vergabebehörde beziehe sich in dieser Entscheidung auf die generellen und speziellen Ausschreibungsbestimmungen und nehme daher zu deren Auslegung Stellung. Dieser Schritt stelle also einen neuen und autonomen Entschluss dar. Falls die Ausschreibung gegen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts verstoße, sei die Vergabebehörde sogar verpflichtet, das Gemeinschaftsrecht unmittelbar anzuwenden und eine rechtmäßige Entscheidung zu treffen.

57. Folglich handele es sich bei der Ausschlussentscheidung um eine Entscheidung im Sinne der Richtlinie 89/665, die mit einem schnellen und wirksamen Rechtsmittel müsse angefochten werden können, ohne dass es notwendig sei, eine rechtswidrige Ausschreibung zu beachten, die dann also nicht angewandt werden dürfe.

58. Im vorliegenden Falle habe die Vergabebehörde außerdem zunächst zu er-

18 — Urteil vom 28. Oktober 1999 in der Rechtssache C-81/98 (Alcatel Austria u. a., Slg. 1999, I-7671).

kennen gegeben, dass die fragliche Ausschreibungsbestimmung als Vergabekriterium und nicht als Auswahlkriterium angesehen werden könnte und habe die Ausschreibung somit in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht ausgelegt beziehungsweise unmittelbar angewendet.

59. Die vorbereitenden Rechtsakte zur Richtlinie 89/665 bestätigten die im Vorigen vertretene Betrachtungsweise. Der ursprüngliche Vorschlag der Kommission habe Folgendes vorgesehen: „Die Mitgliedstaaten treffen geeignete Maßnahmen, um sicherzustellen, dass in jedem Stadium der Vergabe öffentlicher Aufträge die Möglichkeit eines wirksamen verwaltungsrechtlichen und/oder gerichtlichen Rechtsbehelfs besteht ...". [19] Während den Vorarbeiten des Rates sei die Wendung „in jedem Stadium der Vergabe öffentlicher Aufträge" ohne Erklärung gestrichen worden, wohingegen die italienische Delegation bat, den Ausdruck „die Entscheidungen" durch „jede Entscheidung" zu ersetzen. Diese Bitte sei später wieder anlässlich einer gemeinsamen Erklärung zu Artikel 1, die in das Protokoll aufgenommen worden ist, zurückgezogen worden. Diese gemeinsame Erklärung lautet sinngemäß: Der Rat und die Kommission erklären, dass im Sinne der vorliegenden Richtlinie jede von der Beteiligung an einem Verfahren der öffentlichen Auftragsvergabe wegen einer behaupteten Verletzung ausgeschlossene Person eine Person ist, die ein Interesse an der Vergabe eines öffentlichen Auftrags hat oder hatte und die in ihren Rechten verletzt worden ist oder verletzt werden könnte.

19 — ABl. C 230 vom 28.08.1987, S. 6.

60. Die Kommission schlägt vor, das Vorabentscheidungsersuchen wie folgt zu beantworten:

Die Richtlinie 89/665 gibt einem zuständigen mitgliedstaatlichen Gericht die Verpflichtung auf, den Schutz der Unionsbürger sicherzustellen, die durch unter Verstoß gegen die Richtlinie 93/36 ergangene Verwaltungsakte verletzt sind, indem es von der Möglichkeit Gebrauch macht, Klauseln einer Ausschreibung unangewendet zu lassen, die dem Gemeinschaftsrecht entgegenstehen, jedoch nicht innerhalb der dafür vorgesehenen Frist des mitgliedstaatlichen Verfahrensrechts angefochten wurden, um in jedem Stadium des Vergabeverfahrens, einschließlich der Zuschlagsentscheidung, das Gemeinschaftsrecht von Amts wegen anzuwenden.

VI — Würdigung

61. Liest man die Vorabentscheidungsfragen im Kontext des Vorabentscheidungsersuchens, so wird deutlich, dass das vorlegende Gericht entgegen der Formulierung der ersten Frage eigentlich keine Auslegung des Artikels 22 der Richtlinie 93/36 begehrt. Das vorlegende Gericht scheint von der Rechtswidrigkeit der streitigen Klausel in der Ausschreibung überzeugt zu sein. Es geht davon aus, dass die Klausel sowohl gegen Artikel 22 der

Richtlinie 93/36 als auch gegen Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe c des Dekrets Nr. 358 vom 24. Juli 1992, der zur Durchführung der Gemeinschaftsvorschrift in mitgliedstaatliches Recht erlassen wurde, verstößt.

62. Die italienische Regierung hat zwar zu erkennen gegeben, dass sie die streitige Klausel als mit den einschlägigen Vorschriften in Einklang stehend betrachtet. Wäre die streitige Klausel jedoch nicht als gemeinschaftsrechtswidrig zu betrachten, wäre die darüber hinaus gehende Frage des Gerichts, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die Klausel außer Acht gelassen werden kann, gegenstandslos. Es soll daher für die Zwecke der weiteren Prüfung der Vorabentscheidungsfragen mit dem vorlegenden Gericht davon ausgegangen werden, dass die streitige Klausel als rechtswidrig sowohl im Sinne des Gemeinschaftsrechts als auch der mitgliedstaatlichen Durchführungsvorschriften zu betrachten ist.

63. Das vorlegende Gericht sieht sich nun bei der Entscheidung des vor ihm anhängigen Verfahrens mit dem Problem konfrontiert, dass es die Klausel, die für den Ausschluss der Klägerin von dem Ausschreibungsverfahren ursächlich war, für rechtswidrig hält, diese jedoch nach mitgliedstaatlichem Verfahrensrecht [20] bestandskräftig geworden ist. Dem Vortrag der italienischen Regierung lässt sich entnehmen, dass nicht nur eine verspätete Klage gegen den Verwaltungsakt unzulässig ist, sondern dass auch alle auf die behauptete Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts gestützten Klagegründe in einem anderen Verfahren als unzulässig zurückzuweisen sind. Das bedeutet, dass auch eine Inzidentprüfung des fraglichen Verwaltungsakts regelmäßig in einem späteren Verwaltungsstreitverfahren nicht mehr möglich ist.

64. In der mündlichen Verhandlung hat sich, durch Fragen des Berichterstatters veranlasst, eine Diskussion entfacht, die zu folgenden Erkenntnissen geführt hat: Die Inzidentprüfung eines angeblich rechtswidrigen Verwaltungsakts ist dem italienischen Recht grundsätzlich nicht fremd. In einem Zivilrechtsstreit, in dem es beispielsweise um einen Schadensersatzanspruch aufgrund des rechtswidrigen Verwaltungsakts geht, ist die Inzidentprüfung durchaus möglich. Nur im Verwaltungsstreitverfahren, in dem von einem öffentlichen Interesse am Bestand des Verwaltungsakts ausgegangen werden muss, kann dessen Rechtswidrigkeit nicht als Klagegrund eingeführt werden.

65. Das vorlegende Gericht hat nun in dem Vorabentscheidungsersuchen seinerseits darauf hingewiesen, dass zur Gewährleistung subjektiver Rechte — entsprechend der Rechtsprechung des italienischen Staatsrats — auch der Verwaltungsrichter eine Verordnungsvorschrift, die einer höherrangigen Norm widerspricht, wie sonst die ordentlichen Gerichte außer Anwendung lassen könne. Das vorlegende Gericht hat keinen Zweifel daran, dass dies auch im Hinblick auf die Verwaltungsakte gilt, die dem Gemeinschaftsrecht widersprechen.

20 — Vgl. Artikel 36 der Verordnung Nr. 1054 vom 6 Juni 1924, nach dem Verwaltungsakte binnen 60 Tagen nach Kenntnisnahme angefochten werden müssen, ansonsten wird der Verwaltungsakt bestandskräftig.

66. Es scheint also auf die Qualifizierung der Rechtsposition des potentiellen Klägers anzukommen, — ob er subjektive Rechte oder „nur" berechtigte Interessen geltend machen kann —, um nach mitgliedstaatlichem Recht eine Inzidentprüfung eines als rechtswidrig zu betrachtenden Verwaltungsakts zu ermöglichen.

67. Da die aus der Verletzung des Artikels 22 der Richtlinie 93/36 und der damit einhergehenden Verletzung der Durchführungsvorschrift resultierende Rechtsposition des Klägers offenbar keine Verletzung „subjektiver Rechte" im Sinne des italienischen Rechts darstellt, ist es dem vorlegenden Gericht nicht möglich, der nach seiner Überzeugung vorliegenden Rechtswidrigkeit der Ausschreibung, im Rahmen des Anfechtungsverfahrens gegen die Ausschlussentscheidung Rechnung zu tragen.

68. Vor diesem Hintergrund ließe sich die erste Frage des vorlegenden Gerichts — anders als sie von den Beteiligten in dem Verfahren vor dem Gerichtshof aufgefasst wurde — dahin gehend verstehen, ob Artikel 22 der Richtlinie 93/36 einem Bieter subjektive Rechte verleiht. Es ginge insofern um die Definition der durch Artikel 22 der Richtlinie 93/36 umschriebenen Rechtsposition der an dem Ausschreibungsverfahren Beteiligten.

69. Aus dieser Perspektive wäre auch der Vortrag der italienischen Regierung zur Rechtsnatur des Artikels 22 der Richtlinie 93/36 und gegebenenfalls dessen unmittelbare Anwendbarkeit relevant, fußt doch die Doktrin des Gerichtshofes zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen auf der Prämisse schützenswerter, dem Einzelnen durch die Richtlinie verliehener Rechtspositionen. Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung kann sich der Einzelne gegenüber dem Staat auf inhaltlich als unbedingt und hinreichend genau erscheinende Bestimmungen einer Richtlinie berufen, soweit diese Rechte festlegen. [21]

70. Artikel 22 steht in Abschnitt IV der Richtlinie 93/36 unter Kapitel 2 „Eignungskriterien". Die Vorschrift regelt, welche Nachweise der öffentliche Auftraggeber verlangen kann, mit denen die potentiellen Lieferanten ihre finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nachweisen können. Die Richtlinie sieht hierfür 3 Alternativen vor:

„a) entsprechende Bankerklärungen;

b) Vorlage von Bilanzen oder Bilanzauszügen des Lieferanten, falls deren Veröffentlichung nach dem Recht des Landes, in dem der Lieferant ansässig ist, vorgeschrieben ist;

21 — Vgl. dazu grundsätzlich das Urteil vom 19. Januar 1982 in der Rechtssache 8/81 (Becker/Finanzamt Münster-Innenstadt, Slg. 1982, 53, Randnr. 25).

c) Erklärung über den Gesamtumsatz des Lieferanten und seinen Umsatz bei der Lieferung von Erzeugnissen, die Gegenstand der Ausschreibung sind, in den letzten drei Geschäftsjahren."

71. Aus Absatz 2 der Vorschrift ergibt sich, dass die verschiedenen Nachweise sowohl alternativ als auch kumulativ verlangt werden können, und dass die Aufzählung der Nachweise nicht abschließend ist. Danach muss der öffentliche Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in der Aufforderung zur Angebotsabgabe auch angeben, welche *anderen* als in Absatz 1 genannten Nachweise beizubringen sind. Darüber hinaus räumt Absatz 3 dem potentiellen Lieferanten die Freiheit ein, den Nachweis seiner wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit durch Vorlage anderer, vom öffentlichen Auftraggeber für geeignet erachteter Belege zu erbringen, wenn er „aus stichhaltigen Gründen" die vom öffentlichen Auftraggeber geforderten Nachweise nicht beibringen kann.

72. Die Vorschrift enthält also durchaus Garantien für den potentiellen Lieferanten im Hinblick auf die Möglichkeiten seiner Beteiligung am Vergabeverfahren.

73. Dennoch handelt es sich vorliegend nicht um eine Frage der unmittelbaren Anwendung von Richtlinienbestimmungen, da die einschlägige Richtlinienbestimmung fraglos korrekt[22] in mitgliedstaatliches Recht umgesetzt wurde. Die Probleme, die sich im Ausgangsrechtsstreit aus der Verletzung dieser Vorschriften ergeben, beziehen sich auf die Rechtsschutzebene.

74. Der Rechtsschutz gegen eine als rechtswidrig eingestufte Ausschreibungsklausel kann auf verschiedenen Ebenen relevant werden. Zum einen kann es sich um die unmittelbare Anfechtung der Ausschreibung handeln, die — wie bereits dargestellt — im italienischen Recht binnen 60 Tagen erfolgen muss. Zum anderen kann sich aber auch die Rechtswidrigkeit in späteren Verfahrensabschnitten fortsetzen, möglicherweise verstärken oder gar erst zu Tage treten, wobei dann Anfechtungsgegenstand nicht mehr die Ausschreibung als solche, sondern die den jeweiligen Verfahrensabschnitt regelnde oder beendende Entscheidung ist. Im Ausgangsrechtsstreit ist es die Ausschlussentscheidung, die den Kläger unmittelbar betroffen hat und Gegenstand seiner Anfechtungsklage ist.

75. Die Frage in dieser Konstellation ist, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die anfängliche Rechtswidrigkeit einer Ausschreibungsbestimmung zur Aufhebung der späteren Entscheidung führen kann.

76. Grundsätzlich ist die Regelung der Anfechtbarkeit von Verwaltungsakten Sache der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung.

22 — Zumindest wurde ein etwaiger Mangel bei der Umsetzung der Richtlinienbestimmung weder problematisiert noch wäre ein solcher ohne Weiteres erkennbar.

Wenn es um die Durchsetzung der Wirkungen des Gemeinschaftsrechts geht, sind jedoch die von dem Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zu beachten. Es handelt sich dabei um den Äquivalenzgrundsatz und den Effektivitätsgrundsatz. Diese erst in der jüngeren Rechtsprechung des Gerichtshofes als solche bezeichneten Grundsätze [23] besagen, dass die Verfahren zum Schutz der dem Bürger aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte nicht ungünstiger gestaltet werden dürfen als bei entsprechenden Klagen, die nur das innerstaatliche Recht betreffen, und sie dürfen die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren [24].

77. Der Gerichtshof wiederholt in ständiger Rechtsprechung [25], dass die nationalen Gerichte aufgrund ihrer Mitwirkungspflicht den Rechtsschutz zu gewährleisten haben, der sich für die Einzelnen aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts ergibt. „Deshalb sind die Bestimmung der zuständigen Gerichte und die Ausgestaltung von Verfahren, die den Schutz der dem Bürger aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, *mangels einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung auf diesem Gebiet* Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung ...“ [26]

78. Es ist daher zunächst zu prüfen, ob eine gemeinschaftsrechtliche Regelung des im vorliegenden Fall relevanten Sachverhalts existiert. Die Richtlinie 89/665 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge stellt Mindestanforderungen an den zu gewährleistenden Rechtsschutz auf. Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie schreibt vor, dass die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass die Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und vor allem möglichst rasch auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens nachgeprüft werden können. Gemäß Absatz 3 der Vorschrift stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass das Nachprüfungsverfahren 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 oder zu entstehen droht.

79. Ein ausgeschlossener Bieter zählt demnach fraglos zu dem Kreis der Rechtssubjekte, die das Nachprüfungsverfahren in

23 — Vgl. Urteil in der Rechtssache Edis (zitiert in Fußnote 17, Randnr. 34).

24 — Vgl. die Urteile zitiert in der Rechtssache Peterbroeck (zitiert in Fußnote 12, Randnr. 12) sowie im italienischen Schriftsatz S. 9.

25 — Vgl. u. a. Urteile 16. Dezember 1976 in der Rechtssache 33/76 (Rewe, Slg. 1976, 1989, Randnr. 5) und in der Rechtssache 45/76 (Comet, Slg. 1976, 2043, Randnrn. 12 bis 16), vom 27. Februar 1980 in der Rechtssache 68/79 (Just, Slg. 1980, 501, Randnr. 25), vom 9. November 1983 in der Rechtssache 199/82 (San Giorgio, Slg. 1983, 3595, Randnr. 14), vom 25. Februar 1988 in den Rechtssachen 331/85, 376/85 und 378/85 (Bianco und Girard, Slg. 1988, 1099, Randnr. 12), vom 24. März 1988 in der Rechtssache 104/86 (Kommission/Italien, Slg. 1988, 1799, Randnr. 7), vom 14. Juli 1988 in den Rechtssachen 123/87 und 330/87 (Jeunehomme und EGI, Slg. 1988, 4517, Randnr. 17), vom 9. Juni 1992 in der Rechtssache C-96/91 (Kommission/Spanien, Slg. 1992, I-3789, Randnr. 12), vom 19. November 1991 in den verbundenen Rechtssachen C-6/90 und C-9/90 (Francovich u. a., Slg. 1991, I-5357, Randnr. 43) und Rechtssache Peterbroek (zitiert in Fußnote 12, Randnr. 12).

26 — Vgl. Rechtssache Peterbroeck (zitiert in Fußnote 12, Randnr. 12), Hervorhebung durch den Verfasser.

Anspruch nehmen können. Geklärt ist danach jedoch noch nicht, welche Entscheidungen Gegenstand der Überprüfung sein können oder müssen. Die Richtlinie enthält keine abschließende Aufzählung der anfechtbaren Entscheidungen. In Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b heißt es lediglich: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass (...) die erforderlichen Befugnisse vorgesehen werden, 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".

80. Auch wenn es sich im Ausgangsverfahren möglicherweise um diskriminierende wirtschaftliche oder finanzielle Spezifikationen handelt, so ist doch damit nicht geklärt, in welchem Stadium des Ausschreibungsverfahrens diese geltend gemacht werden müssen. Es kommt also darauf an, ob die Ausschlussentscheidung als solche eine anfechtbare Entscheidung im Sinne der Richtlinie darstellt und ob gegebenenfalls im Rahmen dieses Verfahrens die diskriminierende Ausgestaltung wirtschaftlicher oder finanzieller Spezifikationen geltend gemacht werden kann.

81. Der Gerichtshof musste in der Rechtssache Alcatel [27] zu der Frage Stellung nehmen, ob die Zuschlagsentscheidung eine Entscheidung im Sinne der Richtlinie 89/665 darstellt. Dies hat der Gerichtshof bejaht. Bei der Prüfung dieser Frage hat der Gerichtshof auf die verschiedenen Stadien des Ausschreibungsverfahrens abgestellt, denen die Richtlinie 89/665 Rechnung trägt. „So unterscheidet die Richtlinie 89/665 zwischen dem dem Vertragsschluss vorausgehenden Stadium, auf das Artikel 2 Absatz 1 anwendbar ist, und dem ihm nachfolgenden Stadium, für das ein Mitgliedstaat nach Artikel 2 Absatz 6 Unterabsatz 2 vorsehen kann, dass die Befugnisse der Nachprüfungsinstanz darauf beschränkt sind, einer durch einen Rechtsverstoß geschädigten Person Schadensersatz zuzuerkennen". [28]

82. Die Ausschlussentscheidung liegt gedanklich notwendig — wenn auch in der Praxis zeitlich mitunter nur eine logische Sekunde — vor der Zuschlagsentscheidung. Insofern ist unter dem Blickwinkel des Verfahrensablaufs kein Grund erkennbar, warum eine Ausschlussentscheidung nicht der vollen Nachprüfung unterliegen sollte.

83. Nach dem in Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie 89/665 definierten Ziel der Richtlinie, wonach das Nachprüfungsverfahren zumindest jedem zur Verfügung

27 — Urteil in der Rechtssache C-81/98 (zitiert in Fußnote 18).
28 — Vgl. Randnr. 37 des Urteils.

steht, der ein Interesse an einem bestimmten Lieferauftrag hat oder hatte, muss die Entscheidung, die unmittelbar über die weitere Beteiligung oder den Ausschluss von dem Verfahren über die Vergabe des Auftrags befindet, der Nachprüfung fähig sein. Die Ausschlussentscheidung ist auch eine Entscheidung, in der der öffentliche Auftraggeber die Ausschreibungsbedingungen auslegt und autonom gegenüber einem Bewerber anwendet. In dieser individualisierten Anwendung vorher festgelegter Bedingungen liegt durchaus ein selbständig regelnder Inhalt, der eine Nachprüfung möglich machen muss. [29]

84. Diese Betrachtungsweise wird bestätigt durch die Entstehungsgeschichte der Richtlinie, auf die die Kommission ausdrücklich im Rahmen dieses Verfahrens hingewiesen hat. [30] Die gemeinsame Erklärung, die schließlich in das Protokoll aufgenommen wurde, lautet sinngemäß: Der Rat und die Kommission erklären, dass im Sinne der vorliegenden Richtlinie jede von der Beteiligung an einem Verfahren der öffentlichen Auftragsvergabe wegen einer behaupteten Verletzung ausgeschlossene Person eine Person ist, die ein Interesse an der Vergabe eines öffentlichen Auftrags hat oder hatte und die in ihren Rechten verletzt worden ist oder verletzt werden könnte.

85. Sowohl im Hinblick auf das zur Einleitung des Nachprüfungsverfahrens berechtigte Rechtssubjekt als auch auf die Natur der anfechtbaren Entscheidung spricht diese Erklärung dafür, den Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Vergabebehörde umfassend auszugestalten.

86. Die Ausschlussentscheidung ist daher als eine Entscheidung zu betrachten, gegen die ein Nachprüfungsverfahren möglich sein muss. Sofern das Nachprüfungsverfahren auf innerstaatlicher Ebene in Ausübung der mitgliedstaatlichen Befugnisse nach Artikel 1 der Richtlinie 89/665 die Form einer Anfechtungsklage vor den Verwaltungsgerichten annimmt, so muss eine solche gegen die Ausschlussentscheidung zulässig sein. Die unterlassene Anfechtung früherer Verfahrenshandlungen kann als solche der Zulässigkeit einer Anfechtungsklage gegen eine Ausschlussentscheidung nicht entgegen stehen.

87. Fraglich ist jedoch, welche Wirkungen die Bestandskraft eines in einem früheren Stadium des Vergabeverfahrens erlassenen Verwaltungsakts im Hinblick auf die Begründetheit der Klage gegen die Ausschlussentscheidung zeitigt. Die Bestandskraft der Ausschreibung wirkt sich nämlich inhaltlich wie eine Präklusionsvorschrift aus, da — wie im Vorigen bereits dargestellt [31] — auf deren Rechtswidrigkeit gestützte Klagegründe als unzulässig zurückgewiesen werden müssen.

29 — Für einen weitgehenden Rechtsschutz gegen alle Entscheidungen im Rahmen eines Vergabeverfahrens vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Tizzano vom 28. Juni 2001 in der Rechtssache C-92/00 (Slg. 2002, I-5553, I-5556, Nrn. 21 ff.); implizit für die Nachprüfung von Entscheidungen im Rahmen eines Vergabeverfahrens, die einer früheren Entscheidung nachfolgen, vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Mischo vom 10. Juni 1999 in der Rechtssache C-81/98 (Alcatel Austria u. a. Slg. 1999, I-7671, Nr. 46).

30 — Vgl. im Vorigen, Nr. 59.

31 — Vgl. im Vorigen, Nr. 63.

88. Der Gerichtshof hatte bereits mehrfach Gelegenheit, sich zu der Zulässigkeit von mitgliedstaatlichen Präklusionsvorschriften im Hinblick auf die Geltendmachung von Gemeinschaftsrecht zu äußern. [32] Der Gerichtshof hat dabei jeweils sehr genau die Voraussetzungen und Umstände für den jeweiligen Ausschluss der Geltendmachung des einschlägigen Gemeinschaftsrechts geprüft, um in Anbetracht dessen über die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit von Ausschlussvorschriften zu urteilen. Eine pauschale Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit einer Präklusionsvorschrift verbietet sich daher.

89. In der bereits mehrfach erwähnten Rechtssache Peterbroeck [33], einem Rechtsstreit zwischen dieser Gesellschaft und dem belgischen Staat, ging es um den für die Besteuerung von Gebietsfremden geltenden Steuersatz. Die Rüge der Verletzung von Gemeinschaftsrecht wurde im Ausgangsverfahren erstmals als neue Rüge vor der Cour d'Appel geltend gemacht. Nach den einschlägigen innerstaatlichen Rechtsvorschriften konnte der Einzelne eine neue auf Gemeinschaftsrecht gestützte Rüge vor der Cour d'Appel nicht mehr geltend machen, sobald eine Frist von 60 Tagen nach Einreichung der beglaubigten Ausfertigung der angefochtenen Entscheidung durch den Directeur abgelaufen war. [34]

90. Nach Ansicht des Gerichtshofes ist eine dem einzelnen auferlegte Frist von 60 Tagen als solche nicht zu beanstanden. [35] Allerdings führte der Gerichtshof aus, sei für die Anwendung der Grundsätze der Äquivalenz und Effektivität jeder Fall, in dem sich die Frage stelle, ob eine nationale Verfahrensvorschrift die Anwendung des Gemeinschaftsrechts unmöglich mache oder übermäßig erschwere, unter Berücksichtigung der Stellung dieser Vorschrift im gesamten Verfahren, des Verfahrensablaufs und der Besonderheiten des Verfahrens vor den verschiedenen nationalen Stellen zu prüfen. Dabei seien gegebenenfalls die Grundsätze zu berücksichtigen, die dem nationalen Rechtsschutzsystem zugrunde lägen wie z. B. der Schutz der Verteidigungsrechte, der Grundsatz der Rechtssicherheit und der ordnungsgemäße Ablauf des Verfahrens. [36]

91. Nach Prüfung der Besonderheiten des maßgeblichen Verfahrens, kam der Gerichtshof in dem damaligen Fall zu dem Ergebnis, dass das Gemeinschaftsrecht der Anwendung einer nationalen Verfahrensvorschrift entgegenstehe, die es einem im Rahmen seiner Zuständigkeit angerufenen nationalen Gericht verbiete, von Amts wegen die Vereinbarkeit eines innerstaatlichen Rechtsakts mit einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts zu prüfen, wenn sich kein Verfahrensbeteiligter innerhalb einer bestimmten Frist darauf berufen habe. [37]

92. In den verbundenen Rechtssachen van Schijndel und van Veen [38] ging es um die

32 — Vgl. z. B. Rechtssache C-312/93 (Peterbroeck, zitiert in Fußnote 12); Urteil in den verbundenen Rechtssachen van Schijndel und van Veen (zitiert in Fußnote 10); Urteil in der Rechtssache Edis (zitiert in Fußnote 17); Urteil in der Rechtssache Eco Swiss (zitiert in Fußnote 11).

33 — Rechtssache C-312/93 (zitiert in Fußnote 12).

34 — Vgl. Randnr. 15 des Urteils.

35 — Vgl. Randnr. 16 des Urteils.

36 — Vgl. Randnr. 14 des Urteils.

37 — Vgl. Randnr. 21 und Tenor des Urteils.

38 — Vgl. verbundene Rechtssachen C-430/93 und C-431/93 (zitiert in Fußnote 10).

Anwendbarkeit der gemeinschaftsrechtlichen vertraglichen Wettbewerbsregeln in einem Rechtsstreit um die Zwangsmitgliedschaft in einem Berufsrentensystem. Dort war die Rüge der Verletzung des Gemeinschaftsrechts erstmals im Rahmen der Kassationsbeschwerde vor dem Hoge Raad der Nederlanden geltend gemacht worden. Es liegt in der Natur der Kassationsbeschwerde, dass nur neues Vorbringen rechtlicher Art zulässig ist. Zur Stützung ihrer Rüge hatten sich die Kläger auf Tatsachen und Umstände berufen, die vor den Instanzgerichten nicht vorgebracht worden waren. [39] Für das vorlegende Gericht stellte sich die Frage, ob es das Gemeinschaftsrecht dennoch von Amts wegen berücksichtigen musste.

93. Der Gerichtshof führte dazu aus: „Soweit die Gerichte nach dem nationalen Recht die rechtlichen Gesichtspunkte, die sich aus einer von den Parteien nicht geltend gemachten innerstaatlichen Vorschrift zwingenden Charakters ergeben, von Amts wegen prüfen müssen, besteht eine solche Verpflichtung auch dann, wenn es sich um zwingende Gemeinschaftsvorschriften handelt (...). Das Gleiche gilt, wenn das Gericht nach dem nationalen Recht befugt ist, eine zwingende Rechtsvorschrift von Amts wegen anzuwenden ...“ [40] Vor dem Hintergrund der Prüfung der Grundsätze der Äquivalenz und Effektivität führte der Gerichtshof aus, es sei jeder Fall „unter Berücksichtigung der Stellung dieser Vorschriften im gesamten Verfahren, des Verfahrensablaufs und der Besonderheiten des Verfahrens vor den verschiedenen nationalen Stellen zu prüfen.“ [41]

94. Der Gerichtshof kam zu dem Ergebnis, dass das mitgliedstaatliche Gericht zwingende gemeinschaftsrechtliche Vorschriften in gleicher Weise wie zwingende innerstaatliche Vorschriften von Amts wegen berücksichtigen müsse. Dies gelte jedoch nur soweit, wie das Gericht die ihm „grundsätzlich gebotene Passivität nicht aufgeben“ und „die Grenzen des Rechtsstreits zwischen Parteien nicht überschreiten“ müsse. [42]

95. In der Rechtssache Edis [43] ging es um die Rückforderung rechtsgrundlos gezahlter Beträge im Hinblick auf eine gemeinschaftsrechtswidrige Konzessionsabgabe. Die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Abgabe war erst durch ein Urteil des Gerichtshofes zu Tage getreten. [44] Die Behörde hielt dem Rückforderungsbegehren der Konzessionsschuldner eine im Abgabenrecht gültige 3-jährige Ausschlussfrist entgegen. Der Gerichtshof stellte fest, dass das Gemeinschaftsrecht es einem Mitgliedstaat nicht verwehre, sich gegenüber Klagen auf Erstattung von Abgaben, die unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht erhoben worden waren, auf eine nationale Ausschlussfrist von drei Jahren zu berufen, wenn diese in gleicher Weise auf alle Klagen auf Erstattung von Abgaben unabhängig davon angewandt werde, ob sie auf das Gemeinschaftsrecht oder auf das innerstaatliche Recht gestützt werden.

96. In der Rechtssache Eco Swiss [45] ging es u. a. um die Frage, ob ein mitglied-

39 — Vgl. Randnr. 11 des Urteils.

40 — Vgl. Randnrn. 13 f. des Urteils.

41 — Vgl. Randnr. 19 des Urteils.

42 — Vgl. Tenor des Urteils.

43 — Vgl. Rechtssache C-231/96 (zitiert in Fußnote 17).

44 — Urteil vom 20. April 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-71/91 und C-178/91 (Ponente Carni und Cispadana Costruzioni, Slg. 1993, I-1915); vgl. Randnr. 5 des Urteils Edis.

45 — Vgl. Rechtssache C-126/97 (zitiert in Fußnote 11).

staatliches Gericht eine innerstaatliche Verfahrensvorschrift, nach der ein Schiedsspruch unter bestimmten Voraussetzungen Rechtskraft erlangt, außer Acht lassen müsse, um das einschlägige Gemeinschaftsrecht auf den relevanten Sachverhalt anwenden zu können.[46] Der Gerichtshof verneinte diese Frage. Die in der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung vorgesehene Frist für die Erhebung der Aufhebungsklage führte nach Ansicht des Gerichtshofes nicht dazu, dass die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte übermäßig erschwert oder praktisch unmöglich gemacht werde.[47]

97. Um aus der im Vorigen dargestellten Rechtsprechung die Konsequenzen für den vorliegend zu beurteilenden Fall zu ziehen, wird man davon ausgehen müssen, dass Ausschlussfristen an sich nicht zu beanstanden sind. Wie in der Rechtssache Peterbroeck ist eine Präklusionsfrist von 60 Tagen als solche nicht angreifbar. Auch die Anwendung von Ausschlussfristen im Rahmen von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge ist aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts an sich nicht zu bemängeln. In diesem Sinne habe ich mich auch in meinen Schlussanträgen vom 8. November 2001 in der Rechtssache C-470/99[48] geäußert.

98. Allerdings geht aus den dargestellten Urteilen[49] hervor, dass bei der Prüfung der gemeinschaftsrechtlichen Verträglichkeit von Präklusionsvorschriften die Grundsätze der Äquivalenz und Effektivität

zu beachten sowie die konkreten Umstände des jeweiligen Sach- und Regelungszusammenhangs zu berücksichtigen sind.[50]

99. Im Hinblick auf die Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität wurde im Vorigen bereits dargestellt[51], dass sie vor allem dann eingreifen, soweit keine gemeinschaftsrechtlichen Regelungen auf diesem Gebiet vorliegen. Für die Frage der Möglichkeit der Anfechtbarkeit einer Ausschlussentscheidung war insofern auf die Rechtsmittelrichtlinie 89/665 zurückzugreifen. Nunmehr geht es jedoch um die Frage der Zulässigkeit von Präklusionsvorschriften im Rahmen der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge. Die Richtlinie 89/665 enthält dazu keine ausdrückliche Regelung.[52] Insofern kommt es bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Präklusionsvorschriften auf die Beachtung des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes an.

100. Was den Äquivalenzgrundsatz anbelangt, so ist mangels entgegenstehender Informationen davon auszugehen, dass sich die Ausschlussfrist gleichermaßen auf die Geltendmachung mitgliedstaatlicher wie gemeinschaftsrechtlicher Rechtspositionen bezieht.

46 — Vgl. Randnr. 43 des Urteils.

47 — Vgl. Randnr. 45 des Urteils.

48 — Vgl. Rechtssache Universale-Bau AG (Slg. 2002, I-11617, I-11620, Nr. 68).

49 — Vgl. im Vorigen, Randnrn. 89 bis 96.

50 — Vgl. Rechtssache Peterbroeck (zitiert in Fußnote 12, Randnrn. 12 und 14); Rechtssache van Schijndel und van Veen (zitiert in Fußnote 10, Randnr. 17 und 19); Rechtssache Edis (zitiert in Fußnote 17, Randnr. 19).

51 — Vgl. Nrn. 77 f.

52 — Vgl. dazu meine Ausführungen in den Schlussanträgen in der Rechtssache Universale Bau AG (zitiert in Fußnote 48, Nr. 69).

101. Der Effektivitätsgrundsatz verlangt inhaltlich [53], dass die innerstaatlichen Verfahren die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürfen. Tritt die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit eines vorausgehenden Verwaltungsakts im Rahmen einer Ausschreibung offen zu Tage, so ist davon auszugehen, dass die 60-tägige Anfechtungsfrist der effektiven Anwendung des Gemeinschaftsrechts nicht im Wege steht. Für diese Betrachtungsweise sprechen die Aspekte der Rechtssicherheit und des ordnungsgemäßen Verfahrensablaufs. Diese bedingen den Schutz des Vertrauens der Konkurrenten in den regelgerechten Ablauf bereits durchlaufener Verfahrensabschnitte.

102. Auch die Richtlinie 89/665, die „wirksame" und „rasche" Maßnahmen zur Nachprüfung der Entscheidungen der Vergabebehörde vorschreibt [54], bietet a priori keinen Anhaltspunkt zur Kritik an einer 60-tägigen Anfechtungsfrist. Andererseits wurde bereits bei der Betrachtung der Anfechtbarkeit einer Ausschlussentscheidung darauf hingewiesen, dass eine spätere Entscheidung im Verlauf eines Vergabeverfahrens eine Konkretisierung einer vorausgehenden Entscheidung mit selbständigem Regelungsgehalt sein kann.

103. Eine rein abstrakte Betrachtung der Ausschlussfrist wird deshalb der Problematik des vorliegendes Falles nicht gerecht. Vielmehr ist auch auf die konkreten Umstände und den Verfahrensablauf, die der Anfechtungsklage gegen die Ausschlussentscheidung vorausgingen, abzustellen. Die streitursächliche Klausel wurde zwar mit der Ausschreibung veröffentlicht. Sie wurde damit den an dem Auftrag Interessierten bekannt gegeben. Die Klägerin hatte bereits in diesem Stadium Bedenken hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Klausel und diese auch der Vergabebehörde mitgeteilt.

104. Die Vergabebehörde reagierte auf die von der Klägerin zum Ausdruck gebrachten Bedenken, indem sie die Eröffnung der Angebote verschob und die von der Frage betroffenen Unternehmen um Übermittlung einer umfassenden Dokumentation ersuchte, *„mit dem Hinweis, die fragliche Bestimmung könne dahin ausgelegt werden, dass sie sich auf den Gesamtumsatz der bietenden Unternehmen beziehe und dass deshalb die Lieferung identischer Erzeugnisse wie der ausgeschriebenen (...) keine Zulassungsvoraussetzung der Ausschreibung, sondern ausschließlich für die Qualitätsbewertung heranzuziehen sei"* [55].

105. Die Vergabebehörde gab damit zu erkennen, dass sie den Bedenken der Klägerin Rechnung tragen werde und ließ vermuten, dass sie die fragliche Klausel gemeinschaftsrechtskonform anwenden

53 — Vgl. die dazu ergangene ständige Rechtsprechung (zitiert in Fußnote 25).

54 — Vgl. Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie.

55 — So wörtlich das Vorabentscheidungsersuchen unter Bezugnahme auf das Protokoll Nr.1 des Vergabeausschusses vom 12. Dezember 1996.

würde. Erst in der Gestalt der Ausschlussentscheidung nahm sie definitiv zu der von ihr vorgenommenen Auslegung der Ausschreibungsbedingungen Stellung. Die Vergabebehörde nahm dabei eine Auslegung der Ausschreibungsbedingungen vor, die diese — jedenfalls nach der Einschätzung des mit der Entscheidung des Rechtsstreits befassten innerstaatliche Gerichts — (gemeinschafts)rechtswidrig erscheinen ließen.

106. Von großer Bedeutung ist der Umstand, dass eine andere Auslegung der Ausschreibungsbedingungen die Rechtswidrigkeit der Klausel hätte verhindern können *und* dass die Vergabebehörde zunächst den Anschein erweckt hatte, sie werde in dieser Weise vorgehen. Endgültige Klarheit über die nach ihrer Ansicht rechtswidrige Auslegung der Ausschreibungsbedingungen erlangte die Klägerin erst durch die Ausschlussentscheidung. Erst durch diese Entscheidung hat sich eine zwar schon in den Ausschreibungsbedingungen latent angelegte Rechtswidrigkeit konkretisiert.

107. Es lässt sich daher auch der Standpunkt vertreten, die Klägerin habe erst durch die Ausschlussentscheidung definitiv von der Rechtswidrigkeit der Ausschreibungsbedingung Kenntnis erlangt. Diese Erkenntnis könnte wiederum Konsequenzen für den Zeitpunkt des Fristbeginns der 60-Tage-Frist haben. Ob diese immer mit der Veröffentlichung der Ausschreibung beginnt oder unter den gegebenen Umständen eventuell erst bei Kenntnis der Rechtswidrigkeit einer bestimmten Klausel, ist letztlich eine Frage, die im Rahmen des mitgliedstaatlichen Verfahrensrechts zu beantworten ist.

108. In dieser Konstellation wird man jedenfalls davon ausgehen müssen, dass der Klägerin die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte übermäßig erschwert wurde. Es ist daher unbillig, wenn sie den zwar in den Ausschreibungsbedingungen angelegten, sie jedoch erst in der Form der Ausschlussentscheidung in ihren Rechten verletzenden Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht in einem Gerichtsverfahren gegen die Ausschlussentscheidung nicht mehr soll geltend machen können.

109. Die französische Regierung hat nun darauf hingewiesen, die Klägerin hätte vorsorglich Klage gegen die Ausschreibungsbedingungen erheben können, auch wenn sie mit der Vergabebehörde in Verhandlungen hinsichtlich der ihrer Meinung nach rechtswidrigen Ausschreibungsbedingung war. Das mag zutreffen, wenn die Vergabebehörde auf die geäußerten Bedenken der Klägerin nicht reagiert hätte. In der Art und Weise wie diese jedoch zunächst auf die Hinweise eingegangen ist, durfte die Klägerin vertrauen, dass ihrem Anliegen Gehör geschenkt und gegebenenfalls auch Folge geleistet würde. Dabei darf man auch nicht verkennen, dass sich die Klägerin in einem Zustand positiver Erwartung auf die Vergabe des Auftrags befand und es in dieser Situation möglicher-

weise nicht opportun war, ihre künftigen Beziehungen zum Auftraggeber durch die Klage zu belasten. [56]

110. Es scheint auch nicht im Sinne der Richtlinie 89/665 zu sein, rein vorsorglich Klage zu erheben. Heißt es doch in Artikel 1 Absatz 3 Satz 2 der Richtlinie: „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." Diese den Mitgliedstaaten eingeräumte Möglichkeit deutet auch darauf hin, dass durchaus der Weg für eine gütliche Einigung vor Klageerhebung frei gemacht werden soll. Es liegt auf jeden Fall nicht im Interesse der beteiligten Parteien, den öffentlichen Auftraggeber unverhofft mit einer Klage zu überziehen.

111. Im Hinblick auf die Konsequenzen dieser Konstellation fragt es sich, ob nicht bereits die 60-Tage-Frist zur Anfechtung der Ausschreibung gehemmt war. Es ist auch an eine Unterbrechung der Anfechtungsfrist durch das Verhalten der Vergabebehörde zu denken, da sie erkennbar zunächst auf die Bedenken der Klägerin einging und nicht nur von der Klägerin, sondern auch von anderen betroffenen Bietern weiterführende Informationen als zunächst verlangt, erbeten hat. Da der Klägerin in der konkreten Situation die Geltendmachung der ihr durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechtspositionen übermäßig erschwert wurde, ist das abstrakte Festhalten an der 60-Tage-Frist jedenfalls unangebracht.

112. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, alle Möglichkeiten der innerstaatlichen Rechtsordnung auszuschöpfen, um zu einer Anwendbarkeit der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften auf den konkreten Fall zu gelangen. Sind weniger einschneidende Wege nicht erkennbar, dann kann das vorlegende Gericht gehalten sein — wie von diesem bereits dargelegt — das Rechtsinstitut der Nichtanwendung im Sinne von Artikel 5 des nationalen Gesetzes Nr. 2248 vom 20. März 1865 heranzuziehen. Die weiteren rechtlichen Konsequenzen, die sich aus einer eventuellen Aufhebung der Ausschlussentscheidung ergeben, sind Sache der nationalen Rechtsordnung.

113. Bei der vorgeschlagenen Vorgehensweise braucht auf die zweite Frage des vorlegenden Gerichts nicht mehr eingegangen zu werden, da den Rechtsschutzinteressen des ausgeschlossenen Bieters im Interesse der korrekten Anwendung des Gemeinschaftsrechts unter Ausschöpfung der in der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung angelegten Möglichkeiten Rechnung getragen wird.

56 — Vgl. zu einer vergleichbaren Situation Schlussanträge des Generalanwalts Mischo vom 10. Juni 1999 in der Rechtssache Alcatel Austria u. a. (zitiert in Fußnote 29, Nr. 38).

VII — Ergebnis

Als Ergebnis vorstehender Überlegungen schlage ich folgende Beantwortung des Vorabentscheidungsersuchens vor:

Die 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 gehend auszulegen, dass die zuständigen Gerichte verpflichtet sind, ein wirkungsvolles und rasches Rechtsmittel gegen jede Entscheidung des Vergabeorgans einschließlich der Ausschlussentscheidung gegenüber einem Unternehmen zuzulassen, unabhängig davon, ob eine vorhergehende Entscheidung angefochten wurde, wenn und soweit es die Behörde durch ihr Verhalten einem Unionsbürger, der durch gemeinschaftsrechtswidrige Maßnahmen in seinen Rechten verletzt ist, unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert hat, seine sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden Rechte vor Gericht geltend zu machen. Es obliegt dem nationalen Richter, im Rahmen dieses Verfahrens zu entscheiden, ob es dabei erforderlich ist, das Rechtsinstitut der Nichtanwendung im Sinne von Artikel 5 des nationalen Gesetzes Nr. 2248 vom 20. März 1865 heranzuziehen.