Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Achte Kammer)

21. Dezember 2016*

„Vorlage zur Vorabentscheidung — Öffentliche Aufträge — Richtlinie 89/665/EWG — Nachprüfungsverfahren im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge — Art. 1 Abs. 3 — Rechtsschutzinteresse — Art. 2a Abs. 2 — Begriff „betroffener Bieter“ — Recht eines vom öffentlichen Auftraggeber rechtskräftig ausgeschlossenen Bieters, einen Antrag auf Nachprüfung der späteren Zuschlagsentscheidung für den Auftrag zu stellen“

In der Rechtssache C-355/15

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht vom Verwaltungsgerichtshof (Österreich) mit Entscheidung vom 20. Mai 2015, beim Gerichtshof eingegangen am 13. Juli 2015, in dem Verfahren

Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH

gegen

Universität für Bodenkultur Wien,

VAMED Management und Service GmbH & Co. KG in Wien

erlässt

DER GERICHTSHOF (Achte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten M. Vilaras sowie der Richter M. Safjan und D. Šváby (Berichterstatter),

Generalanwalt: M. Wathelet,

Kanzler: A. Calot Escobar,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

— der Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt J. Schramm,

— der Universität für Bodenkultur Wien, vertreten durch Rechtsanwalt O. Sturm,

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

* Verfahrenssprache: Deutsch.

— der italienischen Regierung, vertreten durch G. Palmieri als Bevollmächtigte im Beistand von S. Varone, avvocato dello Stato,

— der polnischen Regierung, vertreten durch B. Majczyna als Bevollmächtigten,

— der Europäischen Kommission, vertreten durch B.-R. Killmann und A. Tokár als Bevollmächtigte,

aufgrund des nach Anhörung des Generalanwalts ergangenen Beschlusses, ohne Schlussanträge über die Rechtssache zu entscheiden,

folgendes

Urteil

1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABl. 1989, L 395, S. 33) in der durch die Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 (ABl. 2007, L 335, S. 31) geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 89/665).

2 Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH (im Folgenden gemeinsam: Bietergemeinschaft) einerseits und der Universität für Bodenkultur Wien (Österreich, im Folgenden: BOKU Wien) andererseits wegen des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung über öffentliche Dienstleistungsaufträge zwischen der BOKU Wien und der VAMED Management und Service GmbH & Co. KG in Wien (im Folgenden: Vamed).

Rechtlicher Rahmen

Unionsrecht

Richtlinie 89/665

3 In den Erwägungsgründen 3, 4, 6, 8, 18, 25 und 27 der Richtlinie 2007/66, mit der die Richtlinie 89/665 geändert wurde, heißt es:

„(3) Die Anhörung der Beteiligten wie auch die Rechtsprechung des Gerichtshofs haben bei den gegenwärtigen Nachprüfungsverfahren in den Mitgliedstaaten einige Schwachstellen aufgedeckt. Aufgrund dieser Schwachstellen können die Verfahren [insbesondere der Richtlinie 89/665] die Beachtung der Gemeinschaftsvorschriften nicht immer gewährleisten und insbesondere nicht in einem Stadium, in dem Verstöße noch beseitigt werden könnten. …

(4) Zu den ermittelten Schwächen zählt insbesondere das Fehlen einer Frist, die eine wirksame Nachprüfung zwischen der Zuschlagsentscheidung und dem Abschluss des betreffenden Vertrags ermöglicht. Das führt zuweilen dazu, dass öffentliche Auftraggeber und Auftraggeber sehr rasch die Vertragsunterzeichnung vornehmen, um die Folgen einer strittigen Zuschlagsentscheidung unumkehrbar zu machen. Um diese Schwachstelle zu beseitigen, die einen wirksamen Rechtsschutz der betroffenen Bieter, nämlich derjenigen Bieter, die noch nicht endgültig ausgeschlossen wurden, ernstlich behindert, ist es erforderlich, eine Mindest-Stillhaltefrist vorzusehen, während der der Abschluss des betreffenden Vertrags ausgesetzt wird …

…

(6) Die Stillhaltefrist sollte den betroffenen Bietern genügend Zeit geben, um die Zuschlagsentscheidung zu prüfen und zu beurteilen, ob ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet werden sollte. Gleichzeitig mit der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung sollten den betroffenen Bietern die relevanten Informationen übermittelt werden, die für sie unerlässlich sind, um eine wirksame Nachprüfung zu beantragen. …

…

(8) … [E]ine Stillhaltefrist [ist] nicht erforderlich, wenn dem einzigen betroffenen Bieter auch der Zuschlag erteilt wird und wenn es keine betroffenen Bewerber gibt. In diesem Fall gibt es in dem Vergabeverfahren keine weitere Person mit einem Interesse daran, unterrichtet zu werden und eine Stillhaltefrist zu nutzen, die eine wirksame Nachprüfung ermöglicht.

…

(18) Um schwere Verstöße gegen die obligatorische Stillhaltefrist und den automatischen Suspensiveffekt, die Voraussetzungen für eine wirksame Nachprüfung sind, zu vermeiden, sollten wirksame Sanktionen gelten. Verträge, deren Abschluss gegen die Stillhaltefrist oder den automatischen Suspensiveffekt verstößt, sollten daher grundsätzlich als unwirksam gelten, wenn sie mit Verstößen [insbesondere gegen die Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. 2004, L 134, S. 114, berichtigt im ABl. 2004, L 351, S. 44)] einhergehen, soweit diese Verstöße die Aussichten des Bieters, der eine Nachprüfung beantragt, auf die Zuschlagserteilung beeinträchtigt haben.

…

(25) Die Notwendigkeit, für Rechtssicherheit hinsichtlich der Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber und der Auftraggeber zu sorgen, erfordert … die Festlegung einer angemessenen Mindest-Verjährungsfrist für Nachprüfungen, in denen die Unwirksamkeit eines Vertrags festgestellt werden kann.

…

(27) … Aus Gründen der Rechtssicherheit ist die Geltendmachung der Unwirksamkeit eines Vertrags auf einen bestimmten Zeitraum beschränkt. Die Effektivität dieser Fristen sollte respektiert werden.“

4 Art. 1 der Richtlinie 89/665 bestimmt:

„(1) Diese Richtlinie gilt für Aufträge im Sinne der Richtlinie [2004/18], sofern diese Aufträge nicht gemäß den Artikeln 10 bis 18 der genannten Richtlinie ausgeschlossen sind.

…

Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinie [2004/18] fallenden Aufträge die Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der Artikel 2 bis 2f der vorliegenden Richtlinie 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 Nachprüfungsverfahren entsprechend den gegebenenfalls von den Mitgliedstaaten festzulegenden Bedingungen zumindest jeder Person zur Verfügung stehen, die ein Interesse an einem bestimmten Auftrag hat oder hatte und der durch einen behaupteten Verstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht.

…“

5 Nach der Richtlinie 89/665 ist es dem öffentlichen Auftraggeber im Anschluss an den Erlass der Zuschlagsentscheidung für den Auftrag in mehreren Fällen vorläufig untersagt, einen Vertrag mit dem Zuschlagsempfänger abzuschließen. Ein solches Verbot ergibt sich insbesondere aus dem Suspensiveffekt, der nach Art. 1 Abs. 5 der Richtlinie mit etwaigen vorherigen beim öffentlichen Auftraggeber gestellten Nachprüfungsanträgen sowie nach Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie mit den bei einer erstinstanzlichen Nachprüfungsstelle gestellten Nachprüfungsanträgen automatisch verbunden ist. Diese Verbote ergänzen die dem öffentlichen Auftraggeber durch Art. 2a der Richtlinie auferlegte Pflicht, eine Stillhaltefrist zwischen dem Erlass der Zuschlagsentscheidung und dem Vertragsschluss mit dem Zuschlagsempfänger einzuhalten. Art. 2a bestimmt:

„(1) Die Mitgliedstaaten legen nach Maßgabe der Mindestbedingungen in Absatz 2 und in Artikel 2c Fristen fest, die sicherstellen, dass die in Artikel 1 Absatz 3 genannten Personen gegen Zuschlagsentscheidungen der öffentlichen Auftraggeber wirksame Nachprüfungsverfahren anstrengen können.

(2) Der Vertragsabschluss im Anschluss an die Zuschlagsentscheidung für einen Auftrag, der in den Anwendungsbereich der Richtlinie [2004/18] fällt, darf nicht vor Ablauf einer Frist von mindestens zehn Kalendertagen erfolgen, gerechnet ab dem Tag, der auf den Tag folgt, an dem die Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter und Bewerber abgesendet wurde, falls sie per Fax oder auf elektronischem Weg abgesendet wird, oder, falls andere Kommunikationsmittel verwendet werden, nicht vor Ablauf einer Frist von entweder mindestens 15 Kalendertagen, gerechnet ab dem Tag, der auf den Tag folgt, an dem die Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter und Bewerber abgesendet wurde, oder mindestens zehn Kalendertagen, gerechnet ab dem Tag nach dem Eingang der Zuschlagsentscheidung.

Bieter gelten als betroffen, wenn sie noch nicht endgültig ausgeschlossen wurden. Ein Ausschluss ist endgültig, wenn er den betroffenen Bietern mitgeteilt wurde und entweder von einer unabhängigen Nachprüfungsstelle als rechtmäßig anerkannt wurde oder keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann.

…

Der Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung an jeden betroffenen Bieter und Bewerber wird Folgendes beigefügt:

— … eine Zusammenfassung der einschlägigen Gründe … und

— eine genaue Angabe der konkreten Stillhaltefrist, die gemäß den einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung dieses Absatzes anzuwenden ist.“

6 In Art. 2b Abs. 1 der Richtlinie 89/665 heißt es:

„Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass die in Artikel 2a Absatz 2 genannten Fristen in folgenden Fällen nicht angewendet werden:

…

b) wenn der einzige betroffene Bieter im Sinne des Artikels 2a Absatz 2 der Bieter ist, dem der Zuschlag erteilt wird, und wenn es keine betroffenen Bewerber gibt;

…“

7 Art. 2d Abs. 1 der Richtlinie bestimmt:

„Die Mitgliedstaaten tragen in folgenden Fällen dafür Sorge, dass ein Vertrag durch eine von dem öffentlichen Auftraggeber unabhängige Nachprüfungsstelle für unwirksam erklärt wird oder dass sich seine Unwirksamkeit aus der Entscheidung einer solchen Stelle ergibt,

…

b) bei einem Verstoß gegen Artikel 1 Absatz 5, Artikel 2 Absatz 3 oder Artikel 2a Absatz 2 der vorliegenden Richtlinie, falls dieser Verstoß dazu führt, dass der Bieter, der eine Nachprüfung beantragt, nicht mehr die Möglichkeit hat, vor Abschluss des Vertrags Rechtsschutz zu erlangen, und dieser Verstoß verbunden ist mit einem Verstoß gegen die Richtlinie [2004/18], falls der letztgenannte Verstoß die Aussichten des Bieters, der eine Nachprüfung beantragt, auf die Erteilung des Zuschlags beeinträchtigt hat,

…“

Richtlinie 2004/18

8 Die Richtlinie 2004/18 in der durch die Verordnung (EU) Nr. 1251/2011 der Kommission vom 30. November 2011 (ABl. 2011, L 319, S. 17) geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 2004/18) gilt nach ihrem Art. 7 Buchst. b für öffentliche Dienstleistungsaufträge, die von anderen öffentlichen Auftraggebern als zentralen Regierungsbehörden vergeben werden und deren geschätzter Wert netto ohne Mehrwertsteuer 200 000 Euro erreicht oder überschreitet.

9 Art. 44 Abs. 1 dieser Richtlinie bestimmt:

„Die Auftragsvergabe erfolgt aufgrund der in den Artikeln 53 und 55 festgelegten Kriterien unter Berücksichtigung des Artikels 24, nachdem die öffentlichen Auftraggeber die Eignung der Wirtschaftsteilnehmer, die nicht aufgrund von Artikel 45 und 46 ausgeschlossen wurden, geprüft haben; diese Eignungsprüfung erfolgt nach den in den Artikeln 47 bis 52 genannten Kriterien der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit sowie der beruflichen und technischen Fachkunde und gegebenenfalls nach den in Absatz 3 genannten nichtdiskriminierenden Vorschriften und Kriterien.“

Österreichisches Recht

10 § 331 des Bundesvergabegesetzes 2006 (BGBl. I 17/2006) in seiner im Ausgangsverfahren anwendbaren Fassung befindet sich in dem die Feststellungsverfahren betreffenden Abschnitt dieses Gesetzes. In § 331 Abs. 1 heißt es:

„Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass …“

Ausgangsrechtsstreit und Vorlagefrage

11 Im Oktober 2012 eröffnete die BOKU Wien ein auf den Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Zuschlagsempfänger über die technische Betriebsführung, Instandhaltung, Instandsetzung und Wartung ihrer technischen Gebäudeausrüstung und Laborausstattung gerichtetes Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags in Form eines Verhandlungsverfahrens mit Veröffentlichung einer vorherigen Bekanntmachung.

12 Nur die Bietergemeinschaft und Vamed legten innerhalb der festgesetzten Frist ein Angebot.

13 Mit einer der Bietergemeinschaft mitgeteilten Entscheidung vom 20. Dezember 2013 wurde sie vom Vergabeverfahren ausgeschlossen, weil der Nachweis des Vadiums im Original nicht rechtzeitig vorgelegt worden sei.

14 Der von der Bietergemeinschaft gegen diese Entscheidung eingebrachte Antrag auf Nichtigerklärung wurde mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts (Österreich) vom 31. Jänner 2014 abgewiesen. Die gegen dieses Erkenntnis gerichtete außerordentliche Revision wurde mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs (Österreich) vom 25. Mai 2014 zurückgewiesen.

15 Mit einer Vamed mitgeteilten Zuschlagsentscheidung vom 14. März 2014 nahm die BOKU Wien deren Angebot an. In weiterer Folge wurde die Rahmenvereinbarung abgeschlossen, und Vamed begann mit der Ausführung der betreffenden Leistungen.

16 Die Bietergemeinschaft erhob gegen die Zuschlagsentscheidung einen Nachprüfungsantrag an das Bundesverwaltungsgericht. Dieser Antrag wurde mit Erkenntnis vom 8. August 2014 zurückgewiesen, weil ein Bieter, dessen Angebot zu Recht ausgeschieden worden sei, durch Rechtswidrigkeiten, die das Verfahren zur Wahl eines anderen Angebots für den Zuschlag beträfen, nicht in Rechten verletzt werden könne.

17 Im Rahmen der gegen das letztgenannte Erkenntnis beim vorlegenden Gericht erhobenen Revision macht die Bietergemeinschaft geltend, dass der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens dem Sachverhalt ähnele, zu dem das Urteil vom 4. Juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), ergangen sei. In beiden Fällen seien nämlich nur zwei Bieter beteiligt gewesen, und die Bietergemeinschaft sei zwar tatsächlich ausgeschlossen worden, bringe aber vor, dass das Angebot von Vamed ebenfalls hätte ausgeschlossen werden müssen, weil die Kalkulation in wesentlichen Positionen ihres Angebots betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbar sei. Somit gebe es wie im Rahmen des genannten Urteils zwei Bieter, von denen jeder ein wirtschaftliches Interesse am Ausschluss des Angebots des jeweils anderen habe, das er auch dann geltend machen könne, wenn sein eigenes Angebot auszuscheiden sei.

18 Das vorlegende Gericht führt aus, nach § 331 des Bundesvergabegesetzes 2006 hänge die Zulässigkeit eines Antrags auf Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Entscheidung im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe davon ab, dass der antragstellende Wirtschaftsteilnehmer ein Interesse am Abschluss des betreffenden Vertrags habe und dass ihm durch die Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden sei oder zu entstehen drohe.

19 In der Rechtssache, in der das Urteil vom 4. Juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), ergangen sei, sei die Rechtswidrigkeit des Angebots des klagenden Bieters nicht vom öffentlichen Auftraggeber im Rahmen des Verfahrens zur Vergabe des betreffenden Auftrags festgestellt worden, sondern im Rahmen des von diesem Bieter gegen die Entscheidung, den Auftrag an einen anderen Bieter zu vergeben, angestrengten gerichtlichen Verfahrens. In Rn. 33 dieses Urteils habe der Gerichtshof entschieden, dass sich, wenn die Ordnungsmäßigkeit des Angebots jedes der Bieter im Rahmen desselben Verfahrens aus gleichartigen Gründen in Frage gestellt werde, jeder von ihnen auf ein berechtigtes Interesse am Ausschluss des Angebots des jeweils anderen berufen könne. Daraus folge, dass der Bieter, dessen Angebot nicht angenommen worden sei, in einem solchen Fall gerichtlichen Rechtsschutz genieße, obwohl sein Angebot nicht den technischen Anforderungen des betreffenden Auftrags entspreche.

20 Es sei zweifelhaft, ob die im Urteil vom 4. Juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), angestellten Erwägungen auch zum Tragen kämen, wenn ursprünglich zwei Bieter ein Angebot gelegt hätten und der Ausschluss des Bieters, der die Zuschlagsentscheidung anfechten wolle, zuvor rechtskräftig vom Auftraggeber selbst festgestellt worden sei. Diese Zweifel beruhten auf verschiedenen aus der Richtlinie 89/665 abgeleiteten Umständen, zu denen insbesondere der Begriff „betroffener Bieter“ im Sinne von Art. 2a Abs. 2 dieser Richtlinie zähle.

21 Auch wenn die Richtlinie 89/665 rechtskräftig ausgeschiedene Bieter offenbar nicht vor etwaigen Rechtswidrigkeiten schütze, die der nach ihrem rechtskräftigen Ausschluss ergangenen Zuschlagsentscheidung für den Auftrag anhafteten, könnte der auf die Bieter anwendbare Grundsatz der Gleichbehandlung es jedoch rechtfertigen, einem solchen rechtskräftig ausgeschlossenen Bieter gleichwohl ein Nachprüfungsrecht gegen die Zuschlagsentscheidung zuzugestehen, wenn sie den einzigen im Verfahren verbliebenen anderen Bieter begünstige.

22 Darüber hinaus sei, falls dem rechtskräftig aus dem Vergabeverfahren ausgeschiedenen Bieter gleichwohl ein Recht auf Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung zustehen sollte, zum einen darauf hinzuweisen, dass das Bundesverwaltungsgericht auch erkannt habe, dass es die von der Bietergemeinschaft behaupteten Gründe für den Ausschluss des Angebots von Vamed nicht zu berücksichtigen brauche, weil sie sich nicht offenkundig aus den Verfahrensakten entnehmen ließen. Ein solcher Standpunkt könnte mit dem in Art. 1 Abs. 1 und 3 der Richtlinie 89/665 normierten Erfordernis der Einrichtung möglichst rascher Nachprüfungsverfahren gerechtfertigt werden. Zum anderen stelle sich die Frage, welche Bedeutung es im Rahmen des Anspruchs auf wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz habe, ob die Gründe, aus denen die beiden vorliegenden Angebote auszuschließen seien, gleich- oder verschiedenartig seien.

23 In diesem Zusammenhang hat der Verwaltungsgerichtshof beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Ist Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 vor dem Hintergrund des Urteils vom 4. Juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), dahin auszulegen, dass einem Bieter, dessen Angebot rechtskräftig vom Auftraggeber ausgeschieden wurde und der daher nicht betroffener Bieter nach Art. 2a der Richtlinie 89/665 ist, der Zugang zu einer Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung (Entscheidung über den Abschluss einer Rahmenvereinbarung) und des Vertragsschlusses (einschließlich der nach Art. 2 Abs. 7 der Richtlinie geforderten Zuerkennung von Schadenersatz) verwehrt werden

kann, auch wenn nur zwei Bieter Angebote abgegeben haben und das Angebot des erfolgreichen Bieters, dem der Auftrag erteilt wurde, nach dem Vorbringen des nicht betroffenen Bieters, der den Nachprüfungsantrag gestellt hat, ebenso auszuscheiden gewesen wäre?

2. Bei Verneinung der Frage 1: Ist Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 vor dem Hintergrund des Urteils vom 4. Juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), dahin auszulegen, dass dem nicht betroffenen Bieter (nach Art. 2a der Richtlinie) der Zugang zu einer Nachprüfung nur dann gewährt werden muss,

   a) wenn sich offenkundig aus den Akten des Nachprüfungsverfahrens entnehmen lässt, dass die Ordnungsmäßigkeit des Angebots des erfolgreichen Bieters nicht gegeben ist?

   b) wenn die Ordnungsmäßigkeit des Angebots des erfolgreichen Bieters aus gleichartigen Gründen nicht gegeben ist?

Zu den Vorlagefragen

24 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Richtlinie 89/665 nach ihrem Art. 1 Abs. 1 nur auf Nachprüfungsanträge in Bezug auf Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge im Sinne der Richtlinie 2004/18 Anwendung findet, die nicht gemäß den Art. 10 bis 18 der Richtlinie 2004/18 von deren Anwendungsbereich ausgenommen sind.

25 Zwar finden sich in der Vorlageentscheidung keine Angaben dazu, wie sich der Auftragswert der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Rahmenvereinbarung zur Schwelle für die Anwendung der Richtlinie 2004/18 verhält, die nach deren Art. 7 Buchst. b bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen, die von anderen öffentlichen Auftraggebern als zentralen Regierungsbehörden vergeben werden, bei 200 000 Euro liegt, doch geht aus mehreren Bestandteilen der Akten des innerstaatlichen Verfahrens hervor, dass die Rahmenvereinbarung diese Schwelle deutlich überschreitet; dies zu prüfen ist aber Sache des vorlegenden Gerichts.

26 Da die Rahmenvereinbarung ihrer Art nach auch nicht zu den gemäß den Art. 10 bis 18 der Richtlinie 2004/18 ausgeschlossenen Aufträgen gehört, steht der Beantwortung der vorgelegten Fragen durch den Gerichtshof nichts entgegen.

Zur ersten Frage

27 Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 vor dem Hintergrund des Urteils vom 4. Juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), dahin auszulegen ist, dass er dem entgegensteht, dass einem Bieter, der durch eine rechtskräftig gewordene Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags ausgeschlossen wurde und daher kein betroffener Bieter im Sinne von Art. 2a dieser Richtlinie ist, in einem Fall, in dem nur er und der Zuschlagsempfänger Angebote abgegeben haben und der ausgeschlossene Bieter vorbringt, dass auch das Angebot des Zuschlagsempfängers hätte ausgeschlossen werden müssen, der Zugang zu einer Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung für den betreffenden öffentlichen Auftrag und des Vertragsschlusses verwehrt wird.

28 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 3 und Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 Verfahren zur Nachprüfung der Entscheidungen eines öffentlichen Auftraggebers, um als wirksam angesehen werden zu können, zumindest jeder Person zur Verfügung stehen müssen, die ein Interesse an einem bestimmten Auftrag hat oder hatte und der durch einen behaupteten Verstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht (Urteil vom 5. April 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, Rn. 23).

29 In den Rn. 26 und 27 dieses Urteils hat der Gerichtshof hervorgehoben, dass das Urteil vom 4. Juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), eine Konkretisierung der Anforderungen der Bestimmungen von Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 3 und Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 unter Umständen darstellte, unter denen im Anschluss an ein Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags zwei Bieter Klagen erheben, mit denen der Ausschluss des jeweils anderen begehrt wird. In einer solchen Situation hat nämlich jeder der beiden Bieter ein Interesse daran, einen bestimmten Auftrag zu erhalten.

30 Der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens unterscheidet sich jedoch ganz erheblich von den Sachverhalten, die Gegenstand der Urteile vom 4. Juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), und vom 5. April 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), waren.

31 Zum einen waren die Angebote der betroffenen Bieter in den Rechtssachen, in denen diese beiden Urteile ergangen sind, im Gegensatz zu dem im Ausgangsverfahren von der Bietergemeinschaft abgegebenen Angebot nicht vom öffentlichen Auftraggeber ausgeschlossen worden.

32 Zum anderen hatte in diesen beiden Rechtssachen jeder Bieter die Ordnungsmäßigkeit des Angebots des jeweils anderen im Rahmen eines einzigen Verfahrens zur Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung in Frage gestellt, wobei jeder von ihnen ein äquivalentes berechtigtes Interesse am Ausschluss des Angebots des jeweils anderen hatte, was zu der Feststellung führen konnte, dass es dem öffentlichen Auftraggeber unmöglich war, ein ordnungsgemäßes Angebot auszuwählen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 4. Juli 2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, Rn. 33, und vom 5. April 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, Rn. 24). Im Ausgangsverfahren focht die Bietergemeinschaft hingegen zunächst die gegen sie ergangene Ausschlussentscheidung an und anschließend die Zuschlagsentscheidung für den Auftrag, wobei sie sich erst im zweiten Verfahren auf die Rechtswidrigkeit des Angebots der Zuschlagsempfängerin berief.

33 Daraus folgt, dass der den Urteilen vom 4. Juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), und vom 5. April 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), zu entnehmende Rechtsprechungsgrundsatz nicht auf die Verfahrens- und Sachlage des Ausgangsverfahrens anwendbar ist.

34 Überdies ist festzustellen, dass die Richtlinie 89/665, wie sich aus ihrem Art. 1 Abs. 3 und ihrem Art. 2a ergibt, die Existenz wirksamer Nachprüfungsverfahren gegen rechtswidrige Entscheidungen im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags gewährleistet, indem jedem ausgeschlossenen Bieter die Möglichkeit eröffnet wird, nicht nur die Ausschlussentscheidung anzufechten, sondern auch, solange über diese Anfechtung noch nicht entschieden wurde, spätere Entscheidungen, durch die ihm im Fall der Nichtigerklärung seines Ausschlusses ein Schaden entstehen würde.

35 Unter diesen Umständen kann Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 nicht dahin ausgelegt werden, dass er bei einem Bieter, der wie die Bietergemeinschaft als ein endgültig ausgeschlossener Bieter im Sinne von Art. 2a Abs. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie anzusehen ist, der Versagung des Zugangs zum Nachprüfungsverfahren gegen die Zuschlagsentscheidung entgegensteht.

36 Nach alledem ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 dahin auszulegen ist, dass er dem nicht entgegensteht, dass einem Bieter, der durch eine rechtskräftig gewordene Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags ausgeschlossen wurde, in einem Fall, in dem nur er und der Zuschlagsempfänger Angebote abgegeben haben und der ausgeschlossene Bieter vorbringt, dass auch das Angebot des Zuschlagsempfängers hätte ausgeschlossen werden müssen, der Zugang zu einer Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung für den betreffenden öffentlichen Auftrag und des Vertragsschlusses verwehrt wird.

Zur zweiten Frage

37 In Anbetracht der Antwort auf die erste Frage ist die zweite Frage nicht zu beantworten.

Kosten

38 Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem beim vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Achte Kammer) für Recht erkannt:

Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge in der durch die Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass er dem nicht entgegensteht, dass einem Bieter, der durch eine rechtskräftig gewordene Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags ausgeschlossen wurde, in einem Fall, in dem nur er und der Zuschlagsempfänger Angebote abgegeben haben und der ausgeschlossene Bieter vorbringt, dass auch das Angebot des Zuschlagsempfängers hätte ausgeschlossen werden müssen, der Zugang zu einer Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung für den betreffenden öffentlichen Auftrag und des Vertragsschlusses verwehrt wird.

Vilaras Safjan Šváby

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 21. Dezember 2016

Der Kanzler
A. Calot Escobar

Der Präsident der Achten Kammer
M. Vilaras