SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS NIAL FENNELLY
vom 2. April 1998 *

I — Einleitung

1. In dieser Rechtssache geht es um die Ausschreibung der Lieferung von Omnibussen für einen Überland-Schnellbus-Linienverkehr in Österreich. Sie wirft u. a. Fragen danach auf, welche Stellen für die Nachprüfung solcher Aufträge zuständig sind, welche Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen und wie nationale Klagefristen anzuwenden sind, wenn die relevante Gemeinschaftsrichtlinie nicht rechtzeitig umgesetzt wurde.

II — Rechts- und Sachlage

A —*Gemeinschaftsrecht*

2. Artikel 1 der Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor [1] sieht in ihrer geltenden Fassung folgendes vor:

„(1) Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, daß Entscheidungen von Auftraggebern wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der nachstehenden Artikel, insbesondere des Artikels 2 Absatz 8, auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich der Auftragsvergabe oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, hinsichtlich

a) der in den Anwendungsbereich der Richtlinie 93/38/EWG [2] fallenden Auftragsvergabeverfahren und

* Originalsprache: Englisch.

1 — ABl. L 76, S. 14.

2 — Ursprünglich wurde auf die Richtlinie 90/531/EWG des Rates vom 17. September 1990 betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. L 297, S. 1) verwiesen. Nach Artikel 45 Absatz 3 und 4 der Richtlinie 93/38/EWG des Rates (weiter unten zitiert) endet die Wirkung der Richtlinie 90/531 mit dem Beginn der Anwendung der vorliegenden Richtlinie durch die Mitgliedstaaten; die Bezugnahmen auf die Richtlinie 90/531 gelten als Bezugnahmen auf die vorliegende Richtlinie.

b) der Beachtung von Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a) derselben Richtlinie im Falle der Auftraggeber, auf die die besagte Bestimmung Anwendung findet,

nachgeprüft werden können.

(2) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, daß die in dieser Richtlinie getroffene Unterscheidung zwischen einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung des Gemeinschaftsrechts und sonstigen innerstaatlichen Bestimmungen nicht zu Diskriminierungen zwischen Unternehmen führt, die im Rahmen eines Auftragsvergabeverfahrens einen Schaden geltend machen könnten.

(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 Auftrag 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 Auftraggeber zuvor von dem behaupteten Rechtsverstoß und von der beabsichtigten Nachprüfung unterrichten muß."

Artikel 2 der Richtlinie 92/13 bestimmt, soweit einschlägig, folgendes:

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

entweder

a) 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 Auftragsvergabeverfahren oder die Durchführung jeder Entscheidung der öffentlichen Auftraggeber auszusetzen oder die Aussetzung zu veranlassen;

b) die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen, einschließlich der Streichung diskriminierender technischer, wirtschaftlicher oder finanzieller Spezifikationen in der Vergabebekanntmachung, in der regelmäßigen Bekanntmachung, in der Bekanntmachung eines Qualifikationssystems, in der Aufforderung zur Angebotsabgabe, in den Verdingungsunterlagen oder in jedem sonstigen sich auf das betreffende Vergabeverfahren bezie-

henden Dokument vorgenommen oder veranlaßt werden kann;

oder

c) so schnell wie möglich — möglichst im Wege der einstweiligen Verfügung oder falls erforderlich im endgültigen Verfahren zur Sache — andere als die unter den Buchstaben a) und b) vorgesehenen Maßnahmen ergriffen werden können, um den festgestellten Rechtsverstoß zu beseitigen und Schädigungen der betroffenen Interessen zu verhindern, insbesondere damit eine Aufforderung zur Zahlung eines Geldbetrags in bestimmter Höhe für den Fall ergehen kann, daß der Rechtsverstoß nicht beseitigt oder verhindert wird.

Die Mitgliedstaaten können diese Wahl entweder für alle Auftraggeber oder anhand von objektiven Kriterien für bestimmte Kategorien von Auftraggebern treffen, wobei in jedem Fall die Wirksamkeit der Maßnahmen zur Verhinderung einer Schädigung der betreffenden Interessen gewahrt bleiben muß;

d) in beiden vorgenannten Fällen denjenigen, die durch den Rechtsverstoß geschädigt worden sind, Schadensersatz zuerkannt werden kann.

Die Mitgliedstaaten können vorschreiben, daß bei Schadensersatzansprüchen, die auf die Rechtswidrigkeit einer Entscheidung gestützt werden, diese Entscheidung zunächst aufgehoben oder für rechtswidrig erklärt worden sein muß, sofern ihr innerstaatliches Rechtssystem dies erforderlich macht und über die mit den dafür erforderlichen Befugnissen ausgestatteten Instanzen verfügt.

(2) Die in Absatz 1 genannten Befugnisse können getrennt mehreren Instanzen übertragen werden, die für das Nachprüfungsverfahren unter verschiedenen Gesichtspunkten zuständig sind.

...

(8) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, daß die Entscheidungen der für Nachprüfungsverfahren zuständigen Instanzen wirksam durchgesetzt werden können.

(9) Eine für Nachprüfungsverfahren zuständige Instanz, die kein Gericht ist, muß ihre Entscheidung stets schriftlich begründen. Ferner ist in diesem Falle sicherzustellen, daß eine behauptete rechtswidrige Maßnahme der Nachprüfungsinstanz oder ein behaupteter Verstoß bei der Ausübung der ihr übertragenen Befugnisse zum Gegenstand einer gerichtlichen Nachprüfung oder einer Nachprüfung bei einer anderen gegenüber dem Auftraggeber und der Nachprüfungsinstanz unabhängigen Instanz, die ein Gericht im Sinne des Artikels 177 des Vertrages ist, gemacht werden kann.

Für Ernennung und Ende der Amtszeit der Mitglieder dieser unabhängigen Instanz gelten bezüglich der für ihre Ernennung zuständigen Behörde, der Dauer ihrer Amtszeit und ihrer Absetzbarkeit die gleichen Bedingungen wie für Richter. Zumindest der Vorsitzende dieser unabhängigen Instanz muß die juristischen und beruflichen Qualifikationen eines Richters besitzen. Die unabhängige Instanz trifft ihre Entscheidungen in einem Verfahren, in dem beide Seiten gehört werden; ihre Entscheidungen sind in der von den Mitgliedern jeweils zu bestimmenden Weise rechtsverbindlich."

3. Artikel 2 der Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor [3] sieht, soweit hier von Interesse, folgendes vor:

„(1) Diese Richtlinie gilt für Auftraggeber, die

a) staatliche Behörden oder öffentliche Unternehmen sind und die eine Tätigkeit im Sinne des Absatzes 2 ausüben;

b) oder wenn sie nicht staatliche Behörden oder öffentliche Unternehmen sind, als eine ihrer Tätigkeiten eine Tätigkeit im Sinne des Absatzes 2 oder verschiedene dieser Tätigkeiten auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausüben, die von einer zuständigen Behörde eines Mitgliedstaats gewährt wurden.

(2) Unter diese Richtlinie fallende Tätigkeiten sind

...

c) das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Verkehrs per Schiene, automatische Systeme, Straßenbahn, Trolleybus, Bus oder Kabel.

Im Verkehrsbereich ist ein Netz vorhanden, wenn die Verkehrsleistung gemäß von einer zuständigen Behörde eines Mitgliedstaats erteilten Auflagen erbracht wird; dazu gehören die Festlegung der Strecken, die Transportkapazitäten oder die Fahrpläne;

..."

3 — ABl. L 199, S. 84.

B — *Umsetzung in nationales Recht*

4. Nach Artikel 65 und Anhang XVI des am 2. Mai 1992 in Oporto unterzeichneten Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum war die Republik Österreich verpflichtet, bis zum 1. Januar 1994 [4] eine Reihe von Gemeinschaftshandlungen auf dem Gebiet der öffentlichen Auftragsvergabe in nationales Recht umzusetzen, u. a. die Richtlinie 90/351 [5] und 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 [6]. Diese Richtlinien wurden auf Bundesebene mit dem Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen [7] (Bundesvergabegesetz oder BVergG) umgesetzt, das am 1. Januar 1994 in Kraft trat. Der 4. Teil — Rechtsschutz — des Bundesvergabegesetzes sieht ein Nachprüfungsverfahren vor dem Bundesvergabeamt vor. Nach § 92 Absatz 3 kann das Verfahren gegen einen Zuschlag beim Bundesvergabeamt binnen zwei Wochen nach dem Zuschlag eingereicht werden. Nach § 7 Absatz 2 Satz 2 BVergG finden die Bestimmungen des 4. Teils auf Vergaben im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor keine Anwendung.

5. Nach Artikel 168 der Akte über die Bedingungen des Beitritts des Königreichs Norwegen, der Republik Österreich, der Republik Finnland und des Königreichs Schweden und die Anpassungen der die Europäische Union begründenden Verträge vom 24. Juni 1994 [8] waren die Richtlinien 92/13 und 93/38 bis zum Zeitpunkt des Beitritts, also bis zum 1. Januar 1995 in österreichisches Recht umzusetzen [9]. Die Umsetzung der Richtlinie 92/13 erfolgte durch Änderung des Bundesvergabegesetzes mit Gesetz vom 30. Dezember 1996 [10], mit dem die Nachprüfungskompetenz des Bundesvergabeamts auf öffentliche Versorgungsaufträge der fraglichen Art erweitert wurde; dieses Gesetz trat am 1. Januar 1997 in Kraft, ohne das Verfahrensrecht für Verfahren zu ändern, die bereits vor dem Bundesvergabeamt anhängig waren.

C — *Sachverhalt und Verfahren*

6. Die niederösterreichische Verkehrsorganisations Gesellschaft m. b. H (NÖVOG) ist eine privatrechtliche Gesellschaft. Sie

4 — An diesem Tag trat das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum in Kraft. Er lag ein Jahr nach dem ursprünglich in Artikel 129 Absatz 3 des Abkommens vorgesehenen Termin.

5 — Zitiert in Fußnote 2.

6 — ABl. L 395, S. 33.

7 — *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* Nr. 462/1993.

8 — ABl. 1994, C 241, S. 21.

9 — Österreich war bereits verpflichtet, die Richtlinie 93/38, die an die Stelle der Richtlinie 90/531 getreten war, bis frühestens 1. Juli 1994 und die Richtlinie 92/13 bis zum 1. Juli 1994 in nationales Recht umzusetzen. Diese Verpflichtung ergibt sich aus den Artikeln 1 und 3 sowie dem Anhang 14 Buchstabe b Nrn. 4 und 5a des Beschlusses Nr. 7/94 des gemeinsamen EWR-Ausschusses vom 21. März 1994 zur Änderung des Protokolls 47 und bestimmter Anhänge des EWR-Abkommens, ABl. 1994, L 160, S. 1. Die vorliegende Rechtssache bezieht sich jedoch nicht auf den Zeitraum vom 1. Juli 1994 bis zum 1. Januar 1995.

10 — *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* Nr. 776/1996.

betreibt aufgrund einer Konzession des Amtes der niederösterreichischen Landesregierung Kraftfahrlinien. Nach Ansicht des Bundesvergabeamts ist sie Träger von besonderen Rechten, so daß sie unter die Richtlinie 93/38 fällt [11]. Da die NÖVOG ein Netz zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Verkehrs mit Bussen betreibt, hält das Bundesvergabeamt sie für einen Auftraggeber [12].

7. Mit Schreiben vom 26. April 1995 an das Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften schrieb die NÖVOG im offenen Verfahren die Lieferung von 36 bis 46 Omnibussen für den Überland-Schnellbus-Linienverkehr im Bundesland Niederösterreich aus. Die Angebotsöffnung fand am 27. Juni 1995 statt. Die nicht zum Zug gekommenen Bieter wurden davon mittels eingeschriebenen Briefes mit Aufgabetag 16. November 1995 verständigt. Die Antragstellerin, die EvoBus Austria GmbH, brachte mit Schreiben, das beim Bundesvergabeamt am 19. Juli 1996 einlangte, einen Antrag auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens ein. Sie rügte die beim erfolgreichen Angebot erfolgte nachträgliche Änderung des Rückkaufpreises der gegenständlichen Busse von ursprünglich 34 % auf 55 % und erhob damit den Vorwurf einer nachträglichen Angebotsänderung.

8. Das Bundesvergabeamt legte gemäß Artikel 177 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft folgende Fragen zur Vorabentscheidung vor:

1. Läßt sich aus Artikel 1 Absätze 1 bis 3, Artikel 2 Absatz 1 und Absätze 7 bis 9 oder anderen Bestimmungen der Richtlinie 92/13/EWG ein individueller Anspruch auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens vor Behörden oder Gerichten oder Instanzen, die den Bestimmungen des Artikels 2 Absatz 9 der Richtlinie 92/13/EWG entsprechen, ableiten, der so hinreichend bestimmt und konkret ist, daß ein einzelner im Falle der Nichtumsetzung der Bestimmungen der gegenständlichen Richtlinie durch einen Mitgliedstaat sich auf diese Bestimmungen berufen kann?

Im Falle, daß Frage 1 bejaht wird:

2. Muß ein innerstaatliches Gericht mit den Qualifikationen des Bundesvergabeamts bei der Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens Bestimmungen des nationalen Rechts wie § 7 Absatz 2 BVergG i. V. m. § 67 Absatz 1 BVergG außer acht lassen, die ihm die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens verwehren, auch wenn dieses Nachprüfungsverfahren nach der Intention des nationalen Gesetzgebers ausschließlich der Umsetzung der Richtlinie 89/665/EWG dienen soll?

11 — Siehe Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 93/38.
12 — Siehe Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe c der Richtlinie 93/38.

Falls Frage 1 bejaht wird:

3. Hat das erkennende Gericht unter diesen Umständen diese oder vergleichbare Verfahrensvorschriften des nationalen Rechts außer acht zu lassen, wenn sie die effektive Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens be- oder verhindern?

9. Die Republik Österreich und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften haben schriftliche und mündliche Erklärungen eingereicht. Mündlich hat sich auch die NÖVOG geäußert.

III — Erörterung

A — *Zuständigkeit*

10. Aus den Gründen, die ich in meinen Schlußanträgen in der Rechtssache Walter Tögel [13] angeführt habe, in denen ich mich auf die Schlußanträge von Generalanwalt Léger und das Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Mannesmann Anlagenbau Austria AG u. a. [14] stütze, halte ich das Bundesvergabeamt für „ein Gericht eines Mitgliedstaats" im Sinne des Artikels 177 EG-Vertrag.

B —*Die erste und die zweite Frage*

11. Unstreitig hätte die Richtlinie 92/13 im Zeitpunkt der Auftragsvergabe und in dem Zeitpunkt in Österreich umgesetzt sein müssen, in dem die Antragstellerin das Nachprüfungsverfahren nach dieser Richtlinie einleiten wollte, also am 19. Juli 1996; sie war es jedoch nicht. Die erste und die zweite Frage gehen dahin, ob ein einzelner einen unmittelbar wirksamen Anspruch auf die Einleitung eines Verfahrens zur Nachprüfung einer Auftragsvergabe im Verkehrsbereich hat, wie sie in Artikel 2 der Richtlinie 92/13 vorgesehen und dem 4. Teil des Bundesvergabegesetzes ähnlich ist. In der Rechtssache Tögel [15] wurde der Gerichtshof um Beantwortung einer beinahe wortgleichen Frage des Bundesvergabeamts zu Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 89/665 (dieser entspricht Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 92/13) insoweit gefragt, als er durch Artikel 41 der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge [16] auf öffentliche Dienstleistungsaufträge erstreckt wurde. Die beiden Rechtssachen unterscheiden sich insoweit, als das

13 — Rechtssache C-76/97, Schlußanträge von heute.

14 — Urteil vom 15. Januar 1998 in der Rechtssache C-44/96 (Slg. 1998, I-73), Schlußanträge zu diesem Urteil vom 16. September 1997, Nrn. 34 bis 45.

15 — Zitiert in Fußnote 13.

16 — ABl. L 209, S. 1.

Bundesvergabegesetz sich zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamts für Dienstleistungen nicht äußert, während die Anwendung des 4. Teils des Bundesvergabegesetzes auf Versorgungsleistungen ausdrücklich ausgeschlossen ist. Wie sich ergeben wird, ist die zweite Frage betreffend die Verpflichtungen und Beschränkungen, die das Gemeinschaftsrecht für die Auslegung nationalen Rechts vorsieht, das im Bereich einer nicht umgesetzten Richtlinie liegt, deshalb im vorliegenden Fall eingehender zu beantworten.

12. In der Rechtssache Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH [17], deren Sachverhalt dem in der Rechtssache Tögel im wesentlichen gleicht, hatte der deutsche Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes die Frage vorgelegt, ob Instanzen, die die Mitgliedstaaten nach der Richtlinie 89/665 zur Nachprüfung von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bau- und Lieferungsaufträge eingerichtet hatten, nach Artikel 41 der Richtlinie 92/50 auch Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge nachprüfen könnten. Der Gerichtshof antwortete, daß sich das aus Artikel 41 nicht ergebe [18]. Es sei Sache der Rechtsordnung jedes Mitgliedstaats, zu bestimmen, welches Gericht für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten zuständig sei, in denen es um individuelle, auf dem Gemeinschaftsrecht beruhende Rechte gehe. Die Mitgliedstaaten seien für den wirksamen Schutz dieser Rechte in jedem Einzelfall verantwortlich. Unter diesem Vorbehalt sei es nicht Aufgabe des Gerichtshofes, bei der Lösung nationaler Zuständigkeitsfragen mitzuwirken [19]. Obwohl Artikel 41 der Richtlinie 92/50 die Mitgliedstaaten verpflichte, eine wirksame Nachprüfung auf dem Gebiet der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge sicherzustellen, gebe er „nicht an, welche nationalen Instanzen zuständig sein müssen oder daß es sich dabei um dieselben Instanzen handeln muß, die die Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Vergabe öffentlicher Bau- und Lieferaufträge bestimmt haben" [20]. Damit war die Möglichkeit ausgeschlossen, daß Artikel 41 der Richtlinie 92/50 ein unmittelbar wirksames Recht auf ein Nachprüfungsverfahren vor dem Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes begründete, weil eine wesentliche Voraussetzung fehlte, nämlich die zur Durchführung des fraglichen Nachprüfungsverfahrens verpflichtete Stelle nicht festzustellen war [21].

13. In seinem Urteil in der Rechtssache Dorsch Consult verwies der Gerichtshof auf die Pflicht „aller Träger öffentlicher Gewalt ..., und zwar *im Rahmen ihrer Zuständigkeiten* auch der Gerichte", alle zur Erfüllung der in der Richtlinie vorgesehenen Verpflichtung geeigneten Maßnahmen zu treffen, aus der sich die Verpflichtung der Gerichte

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

18 — Randnr. 46.

19 — Randnr. 40. Der Gerichtshof zitierte das Urteil vom 18. Januar 1996 in der Rechtssache C-446/93 (SEIM, Slg. 1996, I-73, Randnr. 32). Vgl. weiter Urteil vom 19. Dezember 1968 in der Rechtssache 13/68 (Salgoil, Slg. 1968, 680) und Urteil vom 9. Juli 1985 in der Rechtssache 179/84 (Bozzetti, Slg. 1985, 2301, Randnr. 17).

20 — Randnr. 41.

21 — Siehe Urteil vom 19. November 1991 in den verbundenen Rechtssachen C-6/90 und C-9/90 (Francovich u. a., Slg. 1991, I-5357, Randnrn. 12 und 23 bis 27); siehe auch Schlußanträge des Generalanwalts Tesauro vom 15. Mai 1997 in der Rechtssache Dorsch Consult.

ergebe, die Auslegung nationalen Rechts „soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie [auszurichten], um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen“ [22]. Daher sei es dem nationalen Gericht geboten, „zu prüfen, ob dem einzelnen aufgrund der einschlägigen Vorschriften *des nationalen Rechts* ein Anspruch auf Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge zuerkannt werden kann ..., insbesondere ..., ob dieser Anspruch auf Nachprüfung vor denselben Instanzen geltend gemacht werden kann, die auf dem Gebiet der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge vorgesehen sind“ [23].

14. Ich verweise auf meine heutigen Schlußanträge in der Rechtssache Tögel [24], in der ich auf einige weitere Argumente hinsichtlich der möglichen Direktwirkung des Artikels 41 der Richtlinie 92/50 und die Wirksamkeit des Rechtsschutzes eingehe und dem Gerichtshof vorschlage, die ersten beiden Fragen des Bundesvergabeamts in jener Rechtssache wortgleich mit dem Tenor des Urteils in der Rechtssache Dorsch Consult zu beantworten.

15. Dasselbe gilt grundsätzlich für Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 92/13, obwohl ihre Anwendung durch ein nationales Gericht durch den Umstand erschwert sein mag, daß Artikel 2 Absatz 1 alternative Rechtsbehelfsmöglichkeiten vorsieht, die Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 89/665 nicht enthält. Mein Antrag in der Rechtssache Tögel muß jedoch angesichts der vom Bundesvergabeamt in seiner zweiten Frage ausdrücklich aufgeworfenen Frage angepaßt werden, ob es *nach Gemeinschaftsrecht* erlaubt ist, nationale Rechtsvorschriften wie § 7 Absatz 2 BVergG außer Anwendung zu lassen, der das Bundesvergabeamt ausdrücklich von der Nachprüfung von Vergaben in Bereichen ausschließt, die der Richtlinie 92/13 unterliegen [25].

16. Die Auslegungspflicht nationaler Gerichte, auf die der Gerichtshof in der Rechtssache Dorsch Consult Bezug nimmt, hatte er erstmals in der Rechtssache Von Colson und Kamann [26] entwickelt, in der er auch ausführte, es sei allein Sache des nationalen Gerichts, über die Auslegung seines nationalen Rechts zu entscheiden [27], und das nationale Recht „unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräumt“, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen [28].

22 — Randnr. 43; Hervorhebung nur hier. Der Gerichtshof zitierte die Urteile vom 13. November 1990 in der Rechtssache C-106/89 (Marleasing, Slg. 1990, I-4135, Randnr. 8), vom 16. Dezember 1993 in der Rechtssache C-334/92 (Wagner Miret, Slg. 1993, I-6911, Randnr. 20) und vom 24. Juli 1994 in der Rechtssache C-91/92 (Faccini Dori, Slg. 1994, I-3325, Randnr. 26).

23 — Randnr. 26; Hervorhebung nur hier.

24 — Zitiert in Fußnote 13.

25 — Diese Lage kann mit dem Sachverhalt im Urteil Dorsch Consult, Randnrn. 18 und 42, verglichen werden, in der die einschlägige deutsche Verordnung dem Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes Befugnisse nur für Liefer- und Bauaufträge einräumte; der Gerichtshof hielt dort als unstreitig fest, daß die Bundesregierung seine Zuständigkeit auf Dienstleistungsaufträge erstrecken wollte.

26 — Urteil vom 10. April 1984 in der Rechtssache 14/83 (Slg. 1994, 1891, Randnr. 26).

27 — Randnr. 25.

28 — Randnr. 28.

17. In der Rechtssache Kolpinghuis Nijmegen [29] schränkte der Gerichtshof die zunächst in der Rechtssache Von Colson und Kamann entwickelte Auslegungspflicht der nationalen Gerichte erheblich ein:

„Diese Verpflichtung des innerstaatlichen Gerichts, bei der Auslegung der einschlägigen Bestimmungen seines Rechts auf den Inhalt der Richtlinie abzustellen, findet jedoch ihre Grenzen in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die Teil des Gemeinschaftsrechts sind, und insbesondere in dem Grundsatz der Rechtssicherheit und im Rückwirkungsverbot" [30].

Der Gerichtshof stellte fest, seine Entscheidung betreffe die „Grenzen ..., die sich aus dem Gemeinschaftsrecht für die Verpflichtung oder *die Möglichkeit* des innerstaatlichen Gerichts ergeben könnten, die innerstaatlichen Rechtsvorschriften im Lichte der Richtlinie auszulegen" [31]. Obwohl es in der damaligen Rechtssache um die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Personen ging, die gegen Vorschriften einer Richtlinie verstoßen hatten, gelten diese Grundsätze auch, wenn das Gemeinschaftsrecht rein zivilrechtliche Folgen hat.

18. Die Grenzen der Auslegungspflicht des nationalen Gerichts im Hinblick auf dessen Spielraum nach nationalem Recht und auf die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts werden in der entscheidenden Einschränkung dieser Verpflichtung in der Rechtssache Marleasing und in späteren Fällen dahingehend zusammengefaßt, das nationale Gericht habe „seine Auslegung *soweit wie möglich* am Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten" [32]. Sowohl in der Rechtssache Wagner Miret [33] als auch in der Rechtssache Faccini Dori [34] erkannte der Gerichtshof an, daß nationale Gerichte gelegentlich nationales Recht nicht in Übereinstimmung mit einer Richtlinie auslegen könnten; in solchen Fällen könne der Mitgliedstaat im Anschluß an das Urteil in der Rechtssache Francovich u. a. [35] verpflichtet sein, den aus der unterlassenen Umsetzung der Richtlinie erwachsenen Schaden zu ersetzen.

19. Die Grenzen, die der Gerichtshof der Auslegungspflicht der nationalen Gerichte in den Rechtssachen Von Colson und Kamann einerseits und Kolpinghuis Nijmegen andererseits gesetzt hat, sind unterschiedlicher Art. Das Urteil in der Rechtssache Von Colson und Kamann bezieht sich auf den Umfang des Auslegungsspielraums des nationalen Gerichts als eine Frage des nationalen Rechts. In der Rechtssache Kolpinghuis Nijmegen hingegen entwickelte der Gerichtshof aus dem Gemeinschaftsrecht selbst eine Beschränkung der Verpflichtung und der Befugnis des nationalen Gerichts, die demgemäß unabhängig von dem Spielraum anwendbar ist, die die nationalen Auslegungsregeln vorsehen. Generalanwalt

29 — Urteil vom 8. Oktober 1987 in der Rechtssache 80/86 (Slg. 1987, 3969, Randnr. 12).

30 — Randnr. 13.

31 — Randnr. 15; Hervorhebung nur hier.

32 — Urteil Marleasing, Randnr. 8; Hervorhebung nur hier. Siehe auch Urteile Wagner Miret, Randnr. 20, und Faccini Dori, Randnr. 26.

33 — Siehe Fußnote 22, Randnr. 22.

34 — Siehe Fußnote 22, Randnr. 27.

35 — Urteil Francovich u. a. (zitiert in Fußnote 21).

Van Gerven wies in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache Marleasing darauf hin, daß die Auslegungspflicht „durch das Gemeinschaftsrecht selbst" beschränkt sei [36]. Das läßt sich durch den Umstand erklären, daß die nationalen Behörden einschließlich der nationalen Gerichte bei der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht oder bei der Auslegung nationaler Bestimmungen, die solches Recht umsetzen, den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts unterliegen [37].

20. Österreich hat in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, das Prinzip der Einzelermächtigung, das das österreichische Recht beherrsche, mache eine Auslegung des Bundesvergabegesetzes dahin, daß die Zuständigkeit des Bundesvergabeamts auf Vergaben erstreckt werden könnte, die in den einschlägigen Bestimmungen nicht ausdrücklich genannt seien, unwahrscheinlich; dies gelte erst recht für ausdrücklich ausgeschlossene Bereiche [38]. Nur zu dem Zweck, die zweite Frage aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht möglichst vollständig zur beantworten, ergänze ich deshalb, daß es ganz unabhängig vom nationalen Auslegungsspielraum dem gemeinschaftlichen Rechtsgrundsatz der Rechtssicherheit widerspräche, von der Umsetzung einer Richtlinie in nationales Recht durch einen Rechtsakt auszugehen, der — wie § 7 Absatz 2 BVergG — seinem Wortlaut nach die Anwendung des einschlägigen Rechts auf den der Richtlinie unterliegenden Bereich ausdrücklich ausschließt. Eine solche Auslegung ließe die Bürger in Ungewißheit über ihre Rechte. Sie widerspräche nicht nur den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, sondern würde auch die Erreichung der von der Richtlinie angestrebten Ziele beeinträchtigen. Eine solche Auslegung könnte daher den Bürgern den Anspruch auf Entschädigung für den Schaden nicht nehmen, der ihnen wegen der unterbliebenen Umsetzung der Richtlinie gemäß dem Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Francovich u. a. [39] zusteht.

21. Abschließend beantrage ich, daß der Gerichtshof die erste und die zweite Frage des Bundesvergabeamts durch Wiederholung der ersten beiden Sätze des Tenors seines Urteils in der Rechtssache Dorsch Consult — angepaßt durch Bezugnahme auf Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 92/13 — beantwortet und folgendes hinzufügt:

Es widerspräche jedoch dem Grundsatz der Rechtssicherheit, Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 92/13 durch eine nationale Vorschrift über die Errichtung von Nachprüfungsstellen für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge als umgesetzt anzu-

36 — Nr. 8 der Schlußanträge. Der Generalanwalt wiederholte die Wendung in Randnr. 13 des Urteils Kolpinghuis Nijmegen und fügte hinzu, die Rechtssicherheit schließe es auch aus, daß eine nicht umgesetzte Richtlinie eine zivilrechtliche Sanktion wie die Nichtigkeit vorsehe.

37 — Urteil in der Rechtssache 5/88 (Wachauf, Slg. 1989, 2609, Randnrn. 17, 19 und 22).

38 — Vgl. auch Erkenntnis B 3067/95-9 des Verfassungsgerichtshofes vom 11. Dezember 1995, erörtert in Nr. 27 meiner Schlußanträge in der Rechtssache Tögel.

39 — Zitiert in Fußnote 21.

sehen, wenn diese die Anwendung der einschlägigen Bestimmungen auf die Bereiche dieser Richtlinie ausdrücklich ausschließt.

C — *Die dritte Frage*

22. Die dritte Frage bezieht sich im wesentlich auf § 92 Absatz 3 BVergG, der für die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens vor dem Bundesvergabeamt eine Antragsfrist vorsieht. Das Bundesvergabeamt stellt diese Frage nur für den Fall einer Bejahung der ersten Frage. Angesichts meiner Auffassung, daß das Gemeinschaftsrecht die Zuständigkeit des Bundesvergabeamts im vorliegenden Fall ausschließt, ist die Antragsfrist irrelevant. Daher brauche ich keine förmliche Antwort auf die dritte Frage zu beantragen. Aus Gründen der Vollständigkeit will ich jedoch kurz darauf eingehen, daß es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ausnahmsweise möglich ist, nationale Antrags- und Klagefristen bei der Durchsetzung von Rechten aus nicht umgesetzten Richtlinien außer Anwendung zu lassen.

23. Diese Möglichkeit wurde erstmals in dem Urteil in der Rechtssache Emmott [40] entwickelt. In dieser Rechtssache führte der Gerichtshof aus [41], daß die Festsetzung angemessener Fristen, nach deren Ablauf Klagen nicht mehr zulässig seien, grundsätzlich den in den Urteilen in den Rechtssachen Rewe [42] und San Giorgio [43] entwickelten Voraussetzungen für die Anwendung nationalen Verfahrensrechts — daß diese Modalitäten nicht ungünstiger sind als für gleichartige Klagen, die das innerstaatliche Recht betreffen, und nicht so ausgestaltet sind, daß sie die Ausübung der Rechte, die die Gemeinschaftsrechtsordnung einräumt, erheblich erschweren oder praktisch unmöglich machen — genügt. Der Gerichtshof entschied in der Rechtssache Emmott jedoch weiter, „daß sich der säumige Mitgliedstaat bis zum Zeitpunkt der ordnungsgemäßen Umsetzung der Richtlinie nicht auf die Verspätung einer Klage berufen kann, die ein einzelner zum Schutz der ihm durch die Bestimmungen dieser Richtlinie verliehenen Rechte gegen ihn erhoben hat, und daß eine Klagefrist des nationalen Rechts erst zu diesem Zeitpunkt beginnen kann" [44].

24. In einer Reihe späterer Entscheidungen — die jüngste ist das Urteil in der Rechtssache Fantask u. a. [45] — heißt es jedoch, „daß die Entscheidung in der Rechtssache Emmott durch die besonderen Umstände dieses Falls gerechtfertigt war, in dem der Klägerin des Ausgangsverfahrens durch den Ablauf der Klagefrist jegliche Möglichkeit genommen war, ihren auf die Richtlinie gestützten Anspruch auf Gleichbehandlung geltend zu machen".

40 — Urteil vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-208/90 (Slg. 1991, I-4269).

41 — Randnr. 17.

42 — Urteil vom 16. Dezember 1976 in der Rechtssache 33/76 (Slg. 1976, 1989, Randnr. 5).

43 — Urteil vom 9. November 1983 in der Rechtssache 199/82 (Slg. 1983, 3595, Randnr. 12).

44 — Zitiert in Fußnote 40, Randnr. 23.

45 — Urteil vom 2. Dezember 1997 in der Rechtssache C-188/95 (Slg. 1997, I-5475, Randnr. 51). Vgl. auch Urteile vom 27. Oktober 1993 in der Rechtssache C-338/91 (Steenhorst-Neerings, Slg. 1993, I-5475, Randnr. 20), vom 6. Dezember 1994 in der Rechtssache C-410/92 (Johnson, Slg. 1994, I-5483, Randnr. 26), vom 17. Juli 1997 in der Rechtssache C-90/94 (Haahr Petroleum, Slg. 1997, I-4085, Randnr. 52) und vom 17. Juli 1997 in den verbundenen Rechtssachen C-114/95 und C-115/95 (Texaco und Olieskabet Danmark, Slg. 1997, I-4263, Randnr. 48).

25. Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens ist festzuhalten, daß das Recht der Auftragsvergabe auf dem Gebiet der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie dem Telekommunikationssektor, das sich in der Richtlinie 93/38 findet, zur maßgeblichen Zeit anscheinend durch das Bundesvergabegesetz in österreichisches Recht umgesetzt war. Österreich führte in der mündlichen Verhandlung aus, in Ermangelung einer ausdrücklichen Zuständigkeitszuweisung an das Bundesvergabeamt würden die ordentlichen Zivilgerichte über angebliche Verletzungen des Bundesvergabegesetzes entscheiden. Falls das zutrifft und falls diese Gerichte zufriedenstellende Abhilfemöglichkeiten haben, läßt sich ungeachtet der Feststellung in der zweiten Begründungserwägung der Richtlinie 92/13, „die auf einzelstaatlicher Ebene ... derzeit vorhandenen Mechanismen zur Durchsetzung der [Richtlinie 93/38 seien] nicht immer ausreichend", nicht sagen, daß der Antragstellerin jede Möglichkeit genommen worden sei, ihre Rechte aus der Richtlinie 93/38 auszuüben. Anders wäre es natürlich, wenn für die Durchsetzung der Bestimmungen der Richtlinie 93/38 — entweder aufgrund ihrer Umsetzung durch das Bundesvergabegesetz oder aufgrund des Grundsatzes der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien — bis zur Umsetzung der Richtlinie 92/13 kein nationales Gericht zuständig wäre, oder wenn ein zuständiges Gericht trotz einer entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung keine ausreichende Abhilfe gewährte, um den Schutz der Rechte unter der Richtlinie 93/38 sicherzustellen. In einem solchen Fall wäre es angebracht, gemäß dem Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Francovich u. a. [46] eine Staatshaftungsklage zu erheben.

26. Im vorliegenden Fall brauche ich auf die gesonderte Frage, ob die Antragsfrist des § 92 Absatz 3 BVergG angemessen ist, nicht einzugehen.

V — Antrag

27. Ich beantrage daher, die Fragen des Bundesvergabeamts wie folgt zu beantworten:

Aus Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im

46 — Siehe Fußnote 21. Vgl. Nr. 48 der Schlußanträge des Generalanwalts Tesauro vom 15. Mai 1997 in der Rechtssache Dorsch Consult.

Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor ergibt sich nicht, daß mangels Umsetzung dieser Richtlinie innerhalb der hierzu vorgesehenen Frist die zur Nachprüfung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bau- und Lieferaufträge zuständigen Instanzen der Mitgliedstaaten auch zur Nachprüfung von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge in diesen Bereichen zuständig sind. Die Erfordernisse einer der Richtlinie 92/13 entsprechenden Auslegung des nationalen Rechts und eines effektiven Schutzes der Rechte des einzelnen gebieten es dem nationalen Gericht jedoch, zu prüfen, ob dem einzelnen aufgrund der einschlägigen Vorschriften des nationalen Rechts ein Anspruch auf Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge in diesen Bereichen zuerkannt werden kann. Es widerspräche jedoch dem Grundsatz der Rechtssicherheit, Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 92/13 durch eine nationale Vorschrift über die Errichtung von Nachprüfungsstellen für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge als umgesetzt anzusehen, wenn diese Vorschrift die Anwendung der einschlägigen Bestimmungen auf die Bereiche dieser Richtlinie ausdrücklich ausschließt.