SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS JEAN MISCHO

vom 25. Februar 2003 [1]

1. Das österreichische Bundesvergabeamt ersucht den Gerichtshof um Auslegung von Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge [2] in der Fassung der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge [3] (im Folgenden: Richtlinie 89/665).

2. Das Bundesvergabeamt, das mit dem Fall eines Wirtschaftsteilnehmers befasst ist, der nicht das im österreichischen Recht vorgesehene Schlichtungsverfahren in Anspruch genommen hat, fragt, ob Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie 89/665 so zu verstehen ist, dass ein Wirtschaftsteilnehmer nur dann ein Interesse an einem Auftrag hat, wenn er alle ihm nach den nationalen Rechtsvorschriften zur Verfügung stehenden Maßnahmen ergriffen hat, um die Zuschlagserteilung auf das Angebot eines anderen Bieters zu verhindern und dadurch die Zuschlagserteilung auf sein eigenes Angebot herbeizuführen.

I — Rechtlicher Rahmen

A — *Gemeinschaftsrecht*

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

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

...

1 — Originalsprache: Französisch.

2 — ABl. L 395, S. 33.

3 — ABl. L 209, S. 1.

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

4. Artikel 2 Absätze 1 und 6 der Richtlinie 89/665 bestimmt:

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

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

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

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

...

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

Abgesehen von dem Fall, in dem eine Entscheidung vor Zuerkennung von 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.

..."

B — *Nationales Recht*

5. Die Richtlinie 89/665 wurde durch das Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 1997 [BVergG], BGBl I 1997/56) in österreichisches Recht umgesetzt. Das Bundesvergabegesetz sieht die Schaffung einer Bundes-Vergabekontrollkommission und eines Bundesvergabeamts vor.

6. § 109 BVergG legt die Zuständigkeiten der Bundes-Vergabekontrollkommission fest und bestimmt u. a.:

„(1) Die Bundes-Vergabekontrollkommission ist zuständig:

1. bis zur Zuschlagserteilung zur Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten, die sich zwischen der vergebenden Stelle und einem oder mehreren Bewerbern oder Bietern bei der Vollziehung dieses Bundesgesetzes oder der hierzu ergangenen Verordnungen ergeben;

...

(6) Ein auf ein Tätigwerden gemäß Absatz 1 Ziffer 1 gerichtetes Ersuchen ist möglichst rasch nach Kenntnis der Meinungsverschiedenheiten bei der Geschäftsführung einzubringen.

(7) Wird die Bundes-Vergabekontrollkommission nicht auf Ersuchen der vergebenden Stelle tätig, so hat sie diese unverzüglich von der Aufnahme ihrer Tätigkeit zu verständigen.

(8) Die vergebende Stelle darf innerhalb von vier Wochen... ab der Verständigung gemäß Absatz 7 bei sonstiger Nichtigkeit den Zuschlag nicht erteilen ...“

7. § 113 BVergG, der die Zuständigkeiten des Bundesvergabeamts festlegt, sieht vor:

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

(2) Bis zur Zuschlagserteilung ist das Bundesvergabeamt zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bun-

desgesetz und die hiezu ergangenen Verordnungen zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie

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

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

8. § 115 Absatz 1 BVergG bestimmt:

„Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, kann die Nachprüfung einer Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.“

9. § 122 Absatz 1 BVergG lautet:

„Bei schuldhafter Verletzung dieses Bundesgesetzes oder der aufgrund dieses Bundesgesetzes ergangenen Verordnungen durch Organe einer vergebenden Stelle hat ein übergangener Bewerber oder Bieter gegen den Auftraggeber, dem das Verhalten der Organe der vergebenden Stelle zuzurechnen ist, Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotstellung und der durch die Teilnahme am Vergabeverfahren entstandenen sonstigen Kosten.“

10. Nach § 125 Absatz 2 Satz 1 BVergG ist eine — vor den Zivilgerichten zu erhebende — Schadenersatzklage nur zulässig, wenn zuvor eine Feststellung des Bundesvergabeamts gemäß § 113 Absatz 3 erfolgt ist.

II — Das Ausgangsverfahren

11. Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierung-AG (Asfinag, im Folgenden: Auftraggeber) schrieb im Herbst 1999 die „Örtliche Bauüberwachung für die Errichtung und Elektro-, Haus- und Maschinentechnik der Haupt- und Nebenmautstellen sowie die Errichtung der Datenübertragungsanlage im Zuge des Projektes ‚LKW Maut Österreich‘“ öffentlich aus. Die Angebotsöffnung erfolgte am 18. November 1999.

12. Zusammen mit mehreren Partnern reichte die Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH als Bietergemeinschaft (im Folgenden: Antragstellerin) ein Angebot ein. Mit Schreiben vom 28. Januar 2000 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass ihr Angebot bei der Angebotsauswertung an die zweite Stelle gereiht und daher nicht berücksichtigt worden sei. Mit Schreiben vom 8. Februar 2001 wurde sie über die Zuschlagserteilung an einen Konkurrenten sowie die Vergabesumme unterrichtet.

13. Daraufhin beantragte die Antragstellerin beim Bundesvergabeamt nach § 113 Absatz 3 BVergG, im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens festzustellen, dass der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt worden sei, weil der Auftraggeber durch die von ihm aufgestellten Zuschlagskriterien die Verpflichtung zur nachvollziehbaren Ermittlung des Bestbieters gemäß § 53 BVergG verletzt habe.

14. Der Auftraggeber trug vor dem Bundesvergabeamt vor, nach § 115 Absatz 1 BVergG könne nur derjenige Unternehmer die Nachprüfung einer Entscheidung des Auftraggebers im Verfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen — sofern ihm durch den behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden sei oder zu entstehen drohe —, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabeamts unterliegenden Vertrages behaupte. Offensichtlich sei die Antragstellerin jedoch gar nicht daran interessiert gewesen, den Zuschlag zu erhalten, da von ihr kein Schlichtungsantrag bei der Bundes-Vergabekontrollkommission gestellt worden sei, wozu sie § 109 Absatz 1 BVergG berechtigt hätte.

15. Zur Stützung seiner Auffassung machte der Auftraggeber geltend, das Vergaberecht habe keinen Selbstzweck, sondern gestalte das vorvertragliche Schuldverhältnis aller am Vergabeverfahren Beteiligten, einschließlich der Bieter. Wenn ein Bieter festzustellen glaube, dass die Zuschlagskriterien nicht dem Gesetz entsprächen, sei er verpflichtet, dies insbesondere nach § 109 Absatz 6 BVergG der Bundes-Vergabekontrollkommission zum frühestmöglichen Zeitpunkt, gegebenenfalls also noch vor der Angebotseröffnung, mitzuteilen. Das Wettbewerbsprinzip verbiete es, einem Bieter, dem bekannt sei, dass die Zuschlagskriterien rechtswidrig seien, zu gestatten, zunächst ein Angebot einzureichen, um zu sehen, ob er der Bestbieter sei, und sodann seine Verhaltensweise je nach dem Ergebnis der Zuschlagserteilung in dem Sinne festzulegen, dass er einen Antrag stelle, falls er der Bestbieter sei, sich dagegen an die Vergabeinstanzen wende, falls er den Zuschlag nicht erhalte oder nicht der Bestbieter sei, um so durch den Widerruf der Ausschreibung eine „neue Chance" zu erhalten.

16. § 109 Absatz 6 BVergG führe somit zu einer Präklusionswirkung, so dass Ausschreibungsmängel, die dem Bieter bei der Ausarbeitung seines Angebots bei gehöriger Sorgfalt hätten bekannt sein müssen, präkludiert seien, wenn er dieses Angebot ohne

vorherige Antragstellung bei der Bundes-Vergabekontrollkommission einreiche. Wenn im vorliegenden Fall die Antragstellerin die Bundes-Vergabekontrollkommission vor der Ausarbeitung Ihres Angebots angerufen und den Auftraggeber auf die von ihr behaupteten Mängel aufmerksam gemacht hätte, wären keine Aufwendungen für die Angebotsausarbeitung entstanden.

17. Die Antragstellerin weist den Vorwurf eines mangelnden Interesses mit der Begründung zurück, nach ständiger Spruchpraxis der Vergabekontrollorgane werde mit der rechtzeitigen Abgabe eines Angebots das Interesse am Vertragsschluss hinreichend begründet.

III — Die Vorlagefragen

18. Das Bundesvergabeamt ist der Ansicht, dass die auf den bei ihm anhängigen Rechtsstreit anwendbaren österreichischen Rechtsvorschriften im Licht des Artikels 1 Absatz 3 der Richtlinie 89/665 auszulegen seien und dass demgemäß die Entscheidung des Rechtsstreits die Auslegung dieser Bestimmung erfordere; es hat daher das Verfahren mit Beschluss vom 11. Juli 2001 ausgesetzt, bis der Gerichtshof im Wege der Vorabentscheidung folgende Fragen beantwortet:

1. Ist Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie 89/665 in der Weise auszulegen, dass jedem Unternehmer das Nachprüfungsverfahren zur Verfügung stehen muss, der in einem Vergabeverfahren ein Angebot gelegt bzw. sich um die Teilnahme an einem Vergabeverfahren beworben hat?

2. Für den Fall der Verneinung dieser Frage:

   Ist die oben zitierte Richtlinienbestimmung so zu verstehen, dass ein Unternehmer nur dann ein Interesse an einem bestimmten öffentlichen Auftrag hat oder hatte, wenn er — zusätzlich zu seiner Teilnahme am Vergabeverfahren — alle ihm gemäß den nationalen Vorschriften zur Verfügung stehenden Maßnahmen ergreift oder ergriffen hat, um die Zuschlagserteilung auf das Angebot eines anderen Bieters zu verhindern und dadurch die Zuschlagserteilung auf sein eigenes Angebot herbeizuführen?

19. Das Bundesvergabeamt führt im Vorlagebeschluss aus, der österreichische Verfassungsgerichtshof habe in einem Erkenntnis vom 12. Juni 2001 (B 485/01-12, B 584/01-9, B 685/01-6) unter Hinweis auf sein Erkenntnis vom 8. März 2001 (B 707/00) die Auffassung vertreten, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes [4] die Legitimation zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach Artikel 1 der

4 — Siehe Urteil vom 28. Oktober 1999 in der Rechtssache C-81/98 (Alcatel Austria u. a., Slg. 1999, I-7671, Randnrn. 34 und 35).

Richtlinie 89/665 weit zu verstehen sei und deshalb jedem zustehe, der einen bestimmten zur Vergabe anstehenden öffentlichen Auftrag erhalten wolle. Es sei daher fraglich, ob dies unabhängig davon zu gelten habe, ob der Betreffende die ihm vom Auftraggeber gebotene Möglichkeit, das vergaberechtliche innerstaatliche Rechtsschutzsystem auszuschöpfen, wahrgenommen habe (erste Frage), oder ob dieses Interesse dadurch wegfalle, dass nicht alle innerstaatlichen Rechtsschutzmöglichkeiten ausgeschöpft worden seien (zweite Frage).

IV — Beurteilung

A — *Zur Zuständigkeit des Gerichtshofes für die Beantwortung der Vorlagefragen*

20. Die Kommission äußert in ihren schriftlichen Erklärungen Bedenken hinsichtlich der Zuständigkeit des Gerichtshofes für die Beantwortung der Vorlagefragen, da die Entscheidungen des Bundesvergabeamts ihrer Ansicht nach keinen Rechtsprechungscharakter haben.

21. Dieser Punkt ist jedoch inzwischen vom Gerichtshof im Urteil Felix Swoboda vom 14. November 2002 [5] zumindest in Bezug auf diejenigen Fragen geklärt worden, die das Bundesvergabeamt in Ausübung seiner Befugnisse gestellt hat, die ihm nach der Vergabe von Aufträgen zukommen. Insoweit hat der Gerichtshof das Bundesvergabeamt nämlich als Gericht im Sinne von Artikel 234 EG angesehen [6].

22. Aus dem Vorlagebeschluss geht hervor, dass das Bundesvergabeamt im Ausgangsverfahren seine Befugnisse ebenfalls in der Zeit nach der Vergabe des Auftrages ausübt. Die Rechtssache ist nämlich auf der Grundlage des Artikels 113 Absatz 3 BVergG [7] anhängig gemacht worden, der bestimmt, dass „*[n]ach Zuschlagserteilung* oder nach Abschluss des Vergabeverfahrens... das Bundesvergabeamt zuständig [ist], festzustellen, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde“ [8].

23. Daraus ist zu schließen, dass der Gerichtshof für die Beantwortung der Vorlagefragen des Bundesvergabeamts zuständig ist.

5 — Rechtssache C-411/00, Slg. 2002, I-10567.

6 — Siehe Urteil Felix Swoboda (Randnrn. 26 bis 28).

7 — Siehe oben, Nr. 13.

8 — Hervorhebung vom Verfasser.

B — *Zu den Vorlagefragen*

24. Ich schlage mit der französische Regierung vor, beide Fragen zusammen zu behandeln.

25. Die Vorlagefragen entsprechen nämlich jeweils den von den beiden Parteien des Ausgangsverfahrens vertretenen Auffassungen zum Streitpunkt in dieser Rechtssache, und zwar zum Begriff „Interesse an einem... Auftrag": Die erste Frage spiegelt den Standpunkt der Antragstellerin wider, dass die Abgabe eines Angebots im Vergabeverfahren oder die Bewerbung um die Teilnahme an einem Vergabeverfahren für die Annahme genüge, dass ein Bieter ein für allemal ein Interesse am Auftrag habe; die zweite Frage nimmt auf die Ansicht des Auftraggebers Bezug, dass anzunehmen sei, dass ein Bieter das Interesse am Auftrag verloren habe, wenn er nicht alle ihm gemäß den nationalen Vorschriften zur Verfügung stehenden Maßnahmen ergreife oder ergriffen habe, um die Zuschlagserteilung auf das Angebot eines anderen Bieters zu verhindern, d. h. im vorliegenden Fall, wenn er nicht die Bundes-Vergabekontrollkommission angerufen habe.

26. Die Antragstellerin und die österreichische Regierung haben in der Sitzung bestätigt, dass zu dem für das Ausgangsverfahren maßgeblichen Zeitpunkt keine rechtliche Verpflichtung der Antragstellerin zur Anrufung der Bundes-Vergabekontrollkommission bestanden habe, nachdem diese mit Schreiben vom 28. Januar 2000 darüber unterrichtet worden sei, dass ihr Angebot bei der Angebotsauswertung an die zweite Stelle gereiht und daher nicht berücksichtigt worden sei.

27. Der Vorlagebeschluss enthält keine Hinweise, die mich zu der Schlussfolgerung veranlassen könnten, dass diese Auffassung unzutreffend wäre.

28. Mit den Vorlagefragen soll demnach im Wesentlichen geklärt werden, ob die Richtlinie 89/665 so zu verstehen ist, dass ein Bieter nur dann ein Interesse an einem öffentlichen Auftrag hat oder hatte, wenn er zunächst einen beratenden Ausschuss angerufen hat, dessen Anrufung fakultativ war.

29. Diese Frage ist meines Erachtens zu verneinen.

30. Zum einen ist von vornherein völlig klar, dass die Richtlinie 89/665 keineswegs die Voraussetzungen festgelegt, unter denen ein Bieter möglicherweise das Interesse am Auftrag verliert.

31. Zum anderen würde eine Bejahung der Frage bedeuten, dass aus der Richtlinie eine Verpflichtung des Bieters zur Anrufung ei-

nes beratenden Ausschusses hergeleitet würde, dessen Anrufung nach nationalem Recht aber lediglich freigestellt ist, und dass eine Zuwiderhandlung gegen diese Verpflichtung zum Verlust des Interesses am öffentlichen Auftrag führen würde. Diese Auslegung wäre zurückzuweisen.

32. Zwar ist es nach der Richtlinie nicht unzulässig, dass den Wirtschaftsteilnehmern durch das nationale Recht bestimmte Verpflichtungen auferlegt werden.

33. Das zeigt z. B. Artikel 1 Absatz 3 Satz 2 der Richtlinie 89/665, wonach „[d]ie Mitgliedstaaten... verlangen [können], dass derjenige, der ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten beabsichtigt, den öffentlichen Auftraggeber zuvor von dem behaupteten Rechtsverstoß und von der beabsichtigten Nachprüfung unterrichten muss".

34. Hiervon zeugt außerdem das Urteil Universale-Bau u. a. vom 12. Dezember 2002 [9], in dem der Gerichtshof nationale Ausschlussfristen für mit der Richtlinie 89/665 vereinbar erklärt hat, soweit diese Fristen angemessen seien.

35. Dagegen erlegt die Richtlinie nicht selbst den Wirtschaftsteilnehmern solche Verpflichtungen auf, was sie mangels einer unmittelbaren Wirkung gegenüber dem Einzelnen [10] auch nie könnte.

36. Ich schlage daher vor, auf die Vorlagefragen zu antworten, dass aus Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie 89/665, für sich genommen, *nicht folgt*, dass ein Unternehmer nur dann ein Interesse an einem bestimmten öffentlichen Auftrag hat oder hatte, wenn er — zusätzlich zu seiner Teilnahme am Vergabeverfahren — alle ihm gemäß den nationalen Vorschriften zur Verfügung stehenden Maßnahmen ergreift oder ergriffen hat, um die Zuschlagserteilung auf das Angebot eines anderen Bieters zu verhindern und dadurch die Zuschlagserteilung auf sein eigenes Angebot herbeizuführen.

37. Hilfsweise möchte ich die Vorlagefragen jedoch noch unter einem anderen Blickwinkel prüfen.

38. Die Fragen könnten auch so verstanden werden, dass das Bundesvergabeamt wissen möchte, ob die Richtlinie 89/665 einer nationalen Vorschrift *entgegensteht*, wonach ein Bieter sein Interesse am Auftrag verliert, wenn er nicht alle genannten ihm zur Verfügung stehenden Maßnahmen ergreift, um zu verhindern, dass der Zuschlag auf das Angebot eines anderen Bieters erteilt wird.

9 — Rechtssache C-470/99 (Slg. 2002, I-11617).

10 — Urteile vom 26. Februar 1986 in der Rechtssache 152/84 (Marshall, Slg. 1986, 723, Randnr. 48), vom 14. Juli 1994 in der Rechtssache C-91/92 (Faccini Dori, Slg. 1994, I-3325, Randnrn. 22 bis 25), vom 13. Juli 2000 in der Rechtssache C-456/98 (Centrosteel, Slg. 2000, I-6007, Randnr. 15) und vom 26. September 2000 in der Rechtssache C-443/98 (Unilever, Slg. 2000, I-7535, Randnrn. 50 und 51).

39. Ich möchte hervorheben, dass ich im Vorlagebeschluss keinen ausdrücklichen Hinweis auf eine österreichische Vorschrift gefunden habe, nach der der Bieter das Interesse am Auftrag dadurch verlöre, dass er die Bundes-Vergabekontrollkommission nicht angerufen hat, obwohl deren Anrufung doch fakultativ ist. Da allerdings allein das vorlegende Gericht für die Auslegung seines nationalen Rechts zuständig ist, kann die Existenz einer solchen Vorschrift nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Im Bestreben, dem Bundesvergabeamt eine möglichst zweckdienliche Antwort zu geben, schlage ich daher vor, die Vorlagefragen auch in der von mir hilfsweise umformulierten Form zu beantworten.

40. In der Sitzung haben die französische und die österreichische Regierung sowie die Kommission zutreffend hervorgehoben, dass der Antwort auf die so formulierten Fragen das nach Abgabe ihrer schriftlichen Erklärungen ergangene Urteil Universale-Bau u. a. zugrunde gelegt werden sollte.

41. In diesem Urteil hat der Gerichtshof, der ebenfalls vom Bundesvergabeamt angerufen worden war, für Recht erkannt:

„[D]ie Richtlinie 89/665 [steht] einer nationalen Regelung nicht entgegen ..., nach der die Nachprüfung einer Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers binnen einer bestimmten Frist beantragt werden muss, wobei sämtliche Mängel des Vergabeverfahrens, auf die der Antrag gestützt wird, innerhalb dieser Ausschlussfrist gerügt werden müssen, so dass bei Versäumnis der Frist im weiteren Verlauf des Verfahrens weder die betreffende Entscheidung angefochten noch ein solcher Mangel geltend gemacht werden kann, sofern die fragliche Frist angemessen ist." [11]

42. Genau wie die genannten Beteiligten meine auch ich, dass sich dieses Urteil auf den vorliegenden Fall übertragen lässt.

43. Wie nämlich die Richtlinie 89/665 nach den Feststellungen des Gerichtshofes im Urteil Universale-Bau u. a. keine Bestimmungen enthält, die sich speziell auf die Fristregelung für die in ihr vorgesehenen Nachprüfungsverfahren beziehen [12], enthält sie, wie ich bereits oben [13] festgestellt habe, auch keine Bestimmungen, die sich auf die Voraussetzungen beziehen, unter denen ein Bieter das Interesse am Auftrag verlieren kann.

44. Die Richtlinie 89/665 begründet zwar in Artikel 1 Absatz 3 die Verpflichtung, das Nachprüfungsverfahren „jedem zur Verfügung [zu stellen], 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", definiert aber den Begriff „Interesse" nicht weiter und legt auch nicht

11 — Urteil Universale-Bau u. a. (Randnr. 79).
12 — Urteil Universale-Bau u. a. (Randnr. 71).
13 — Siehe oben, Nr. 30.

weiter die etwaigen Voraussetzungen fest, unter denen ein Bieter bei fehlender Sorgfalt das Interesse an einem Auftrag dergestalt verlieren könnte, dass er so behandelt wird, als habe er ein solches Interesse nicht und habe es auch nie gehabt. Es ist also Sache der internen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten, diese Festlegungen gegebenenfalls vorzunehmen [14].

45. An dieser Stelle meiner Argumentation angelangt, erlaube ich mir, die Randnummern 72 bis 76 des Urteils Universale-Bau u. a., die auf die uns beschäftigende Frage meines Erachtens entsprechend anzuwenden sind, im vollen Wortlaut zu zitieren:

„72 Soweit es jedoch um die Modalitäten gerichtlicher Verfahren zum Schutz der Rechte geht, die das Gemeinschaftsrecht den durch Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber geschädigten Bewerbern und Bietern einräumt, *darf die praktische Wirksamkeit der Richtlinie 89/665 nicht beeinträchtigt werden.*

73 Es ist daher zu prüfen, ob eine nationale Regelung wie die dem Ausgangsverfahren zugrunde liegende im Hinblick auf die Zielsetzung dieser Richtlinie nicht die dem Einzelnen durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte beeinträchtigt.

74 Insoweit ist daran zu erinnern, dass die Richtlinie 89/665, wie aus der ersten und der zweiten Begründungserwägung hervorgeht, die auf einzelstaatlicher Ebene und auf Gemeinschaftsebene vorhandenen Mechanismen zur Sicherung der tatsächlichen Anwendung der Gemeinschaftsrichtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens vor allem dann verstärken soll, wenn Verstöße noch beseitigt werden können. Zu diesem Zweck werden die Mitgliedstaaten in Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie verpflichtet, sicherzustellen, dass rechtswidrige Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und möglichst rasch überprüft werden können.

75 Die vollständige Verwirklichung der mit der Richtlinie 89/665 verfolgten Ziele wäre jedoch gefährdet, wenn Bewerber und Bieter in jedem Stadium des Vergabeverfahrens Verstöße gegen die Regeln über die Auftragsvergabe rügen und dadurch den öffentlichen Auftraggeber zwingen könnten, das gesamte Verfahren erneut durchzuführen, um den Verstoß zu beheben.

76 Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die Festsetzung angemessener Ausschlussfristen für die Einlegung von

14 — Siehe entsprechend Urteil Universale-Bau u. a. (Randnr. 71 a. E.).

Rechtsbehelfen grundsätzlich dem sich aus der Richtlinie 89/665 ergebenden Effektivitätsgebot genügt, da sie ein Anwendungsfall des grundlegenden Prinzips der Rechtssicherheit ist (vgl. entsprechend zum Grundsatz der Effektivität des Gemeinschaftsrechts Urteile vom 10. Juli 1997 in der Rechtssache C-261/95, Palmisani, Slg. 1997, I-4025, Randnr. 28, und vom 16. Mai 2000 in der Rechtssache C-78/98, Preston u. a., Slg. 2000, I-3201, Randnr. 33)." [15]

46. Wie bei den Ausschlussfristen, um die es in der Rechtssache Universale-Bau u. a. ging, meine ich hier, dass eine nationale Vorschrift, nach der ein Bieter, wenn er nicht das Interesse am Auftrag verlieren soll, verpflichtet ist, alle ihm zur Verfügung stehenden zumutbaren Maßnahmen zu ergreifen, um zu verhindern, dass der Zuschlag auf ein Angebot eines anderen Bieters erteilt wird, an der Erreichung des Zieles der Richtlinie 89/665 mitwirkt, wirksame und möglichst rasche Nachprüfungsverfahren einzuführen [16]. Diese Vorschrift entspricht außerdem dem Effektivitätsgebot der Richtlinie 89/665, da sie dem Interesse der Rechtssicherheit dient.

47. Ich möchte allerdings betonen, dass dieser Verlust des Interesses am Auftrag meines Erachtens nur eintreten kann, wenn der Bieter nicht alle ihm zur Verfügung stehenden *zumutbaren* Maßnahmen ergriffen hat, wie ja auch die Ausschlussfristen angemessen sein müssen [17].

48. In der Sitzung hat die Antragstellerin nämlich geltend gemacht, ihr hätten Informationen gefehlt, um die Bundes-Vergabekontrollkommission in zweckdienlicher Weise anzurufen, nachdem ihr mit Schreiben vom 28. Januar 2000 mitgeteilt worden sei, dass ihr Angebot bei der Angebotsauswertung an die zweite Stelle gereiht und daher nicht berücksichtigt worden sei.

49. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob es angesichts dieser Umstände für die Antragstellerin *zumutbar* war, die ihr zur Verfügung stehende Maßnahme, die Bundes-Vergabekontrollkommission anzurufen, zu ergreifen.

50. Ich schlage daher vor, auf die Vorlagefragen hilfsweise zu antworten, dass Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie 89/665 einer nationalen Vorschrift nicht entgegensteht, nach der ein Unternehmer nur dann ein Interesse an einem bestimmten öffentlichen Auftrag hat oder hatte, wenn er — zusätzlich zu seiner Teilnahme am Vergabeverfahren — alle ihm gemäß den nationalen Vorschriften zur Verfügung stehenden zumutbaren Maßnahmen ergreift oder ergriffen hat, um die Zuschlagserteilung auf das Angebot eines anderen Bieters zu verhindern und dadurch die Zuschlagserteilung auf sein eigenes Angebot herbeizuführen.

15 — Hervorhebung vom Verfasser.

16 — Siehe auch Urteile Alcatel Austria u. a. (Randnr. 34) und vom 18. Juni 2002 in der Rechtssache C-92/00 (HI, Slg. 2002, I-5553, Randnr. 52).

17 — Urteil Universale-Bau u. a. (Randnr. 79).

V — Ergebnis

51. Nach alledem schlage ich vor, auf die Fragen des Bundesvergabeamts wie folgt zu antworten:

Aus Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge in der Fassung der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge folgt nicht, dass ein Unternehmer nur dann ein Interesse an einem bestimmten öffentlichen Auftrag hat oder hatte, wenn er — zusätzlich zu seiner Teilnahme am Vergabeverfahren — alle ihm gemäß den nationalen Vorschriften zur Verfügung stehenden Maßnahmen ergreift oder ergriffen hat, um die Zuschlagserteilung auf das Angebot eines anderen Bieters zu verhindern und dadurch die Zuschlagserteilung auf sein eigenes Angebot herbeizuführen.

Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie 89/665 steht jedoch einer nationalen Vorschrift nicht entgegen, nach der ein Unternehmer nur dann ein Interesse an einem bestimmten öffentlichen Auftrag hat oder hatte, wenn er — zusätzlich zu seiner Teilnahme am Vergabeverfahren — alle ihm gemäß den nationalen Vorschriften zur Verfügung stehenden zumutbaren Maßnahmen ergreift oder ergriffen hat, um die Zuschlagserteilung auf das Angebot eines anderen Bieters zu verhindern und dadurch die Zuschlagserteilung auf sein eigenes Angebot herbeizuführen.