



## Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Zehnte Kammer)

4. Juli 2013 \*

„Öffentliche Aufträge — Richtlinie 89/665/EWG — Vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren —  
Klage eines Bieters, dessen Angebot abgelehnt worden ist, gegen eine Entscheidung über die Vergabe  
eines öffentlichen Auftrags — Klage, die darauf gestützt wird, dass das ausgewählte Angebot nicht den  
technischen Anforderungen der Ausschreibung entspreche — Widerklage des erfolgreichen Bieters, die  
darauf gestützt wird, dass im Angebot des klagenden Bieters bestimmte technische Anforderungen des  
Auftrags nicht beachtet worden seien — Zwei Angebote, die beide nicht den technischen  
Anforderungen der Ausschreibung entsprechen — Nationale Rechtsprechung, nach der zunächst die  
Widerklage zu prüfen und im Fall ihrer Begründetheit die Klage ohne Sachprüfung für unzulässig zu  
erklären ist — Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht“

In der Rechtssache C-100/12

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht vom Tribunale  
amministrativo regionale per il Piemonte (Italien) mit Entscheidung vom 25. Januar 2012, beim  
Gerichtshof eingegangen am 24. Februar 2012, in dem Verfahren

**Fastweb SpA**

gegen

**Azienda Sanitaria Locale di Alessandria**

Beteiligte:

**Telecom Italia SpA,**

**Path-Net SpA,**

erlässt

DER GERICHTSHOF (Zehnte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten A. Rosas sowie der Richter E. Juhász und D. Šváby  
(Berichterstatter),

Generalanwältin: J. Kokott,

Kanzler: A. Impellizzeri, Verwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 6. Dezember 2012,

\* Verfahrenssprache: Italienisch.

unter Berücksichtigung der Erklärungen

- der Telecom Italia SpA und der Path-Net SpA, vertreten durch A. Lirosi, M. Martinelli und L. Mastromatteo, avvocati,
- der italienischen Regierung, vertreten durch G. Palmieri als Bevollmächtigte im Beistand von S. Varone, avvocato dello Stato,
- der Europäischen Kommission, vertreten durch A. Tokár und D. Recchia als Bevollmächtigte,

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

folgendes

### Urteil

- 1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABl. L 395, S. 33) in der durch die Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 (ABl. L 335, S. 31) geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 89/665).
- 2 Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Fastweb SpA (im Folgenden: Fastweb) einerseits und der Azienda Sanitaria Locale di Alessandria (örtliches Gesundheitsamt Alessandria), der Telecom Italia SpA (im Folgenden: Telecom Italia) und einer Tochtergesellschaft dieses Unternehmens, der Path-Net SpA (im Folgenden: Path-Net), andererseits wegen der Vergabe eines öffentlichen Auftrags an diese Tochtergesellschaft.

### Rechtlicher Rahmen

- 3 In den Erwägungsgründen 2 und 3 der Richtlinie 89/665 heißt es:

„Die auf einzelstaatlicher Ebene und auf Gemeinschaftsebene derzeit vorhandenen Mechanismen zur [wirksamen] Durchsetzung ... [der vergaberechtlichen Richtlinien] sind nicht immer ausreichend, um die Einhaltung der Gemeinschaftsvorschriften zu gewährleisten, vor allem dann, wenn Verstöße noch beseitigt werden können.

Die Öffnung des öffentlichen Auftragswesens für den gemeinschaftsweiten Wettbewerb setzt eine beträchtliche Verstärkung der Garantien im Bereich der Transparenz und der Nichtdiskriminierung voraus; damit diese Öffnung konkret umgesetzt werden kann, müssen für den Fall von Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die in Umsetzung dieses Rechts ergangen sind, Möglichkeiten einer wirksamen und raschen Nachprüfung bestehen.“

- 4 Im dritten Erwägungsgrund der Richtlinie 2007/66 heißt es:

„... [D]ie mit diesen Richtlinien angestrebten Garantien im Hinblick auf Transparenz und Nichtdiskriminierung [sollten] verstärkt werden, um zu gewährleisten, dass die positiven Effekte der Modernisierung und Vereinfachung der Vorschriften über das öffentliche Auftragswesen im Rahmen [u. a.] der [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. L 134, S. 114)] für die Gemeinschaft insgesamt voll zum Tragen kommen. ...“

- 5 Art. 1 („Anwendungsbereich und Zugang zu Nachprüfungsverfahren“) der Richtlinie 89/665 sieht vor:

„(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.

Aufträge im Sinne der vorliegenden Richtlinie umfassen Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge, Rahmenvereinbarungen und dynamische Beschaffungssysteme.

Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinien [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.

...“

- 6 Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie bestimmt:

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

...

b) die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen ... vorgenommen oder veranlasst werden kann;

...“

- 7 Der zweite Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/18 lautet:

„Die Vergabe von Aufträgen in den Mitgliedstaaten auf Rechnung des Staates, der Gebietskörperschaften und anderer Einrichtungen des öffentlichen Rechts ist an die Einhaltung der im [AEU-]Vertrag niedergelegten Grundsätze gebunden, insbesondere des Grundsatzes des freien Warenverkehrs, des Grundsatzes der Niederlassungsfreiheit und des Grundsatzes der Dienstleistungsfreiheit sowie der davon abgeleiteten Grundsätze wie z. B. des Grundsatzes der Gleichbehandlung, des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung, des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung, des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und des Grundsatzes der Transparenz. Für öffentliche Aufträge, die einen bestimmten Wert überschreiten, empfiehlt sich indessen die Ausarbeitung von auf diesen Grundsätzen beruhenden Bestimmungen zur gemeinschaftlichen Koordinierung der nationalen Verfahren für die Vergabe solcher Aufträge, um die Wirksamkeit dieser Grundsätze und die Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens für den Wettbewerb zu garantieren. Folglich sollten diese Koordinierungsbestimmungen nach Maßgabe der genannten Regeln und Grundsätze sowie gemäß den anderen Bestimmungen des Vertrags ausgelegt werden.“

8 Art. 2 dieser Richtlinie lautet:

„Die öffentlichen Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend und gehen in transparenter Weise vor.“

9 Art. 32 der Richtlinie bestimmt:

„...“

(2) Für den Abschluss einer Rahmenvereinbarung befolgen die öffentlichen Auftraggeber die Verfahrensvorschriften dieser Richtlinie in allen Phasen bis zur Zuschlagserteilung der Aufträge, die auf diese Rahmenvereinbarung gestützt sind. ...

Aufträge, die auf einer Rahmenvereinbarung beruhen, werden nach den in den Absätzen 3 und 4 beschriebenen Verfahren vergeben. ...

...

(4) ...

Die Vergabe von Aufträgen, die auf einer mit mehreren Wirtschaftsteilnehmern geschlossenen Rahmenvereinbarung beruhen, erfolgt ...

...

— ... sofern nicht alle Bedingungen in der Rahmenvereinbarung festgelegt sind, nach erneutem Aufruf der Parteien zum Wettbewerb zu denselben Bedingungen, die erforderlichenfalls zu präzisieren sind, oder gegebenenfalls nach anderen, in den Verdingungsunterlagen der Rahmenvereinbarung genannten Bedingungen, und zwar nach folgendem Verfahren:

a) Vor Vergabe jedes Einzelauftrags konsultieren die öffentlichen Auftraggeber schriftlich die Wirtschaftsteilnehmer, die in der Lage sind, den Auftrag auszuführen.

...

d) Die öffentlichen Auftraggeber vergeben die einzelnen Aufträge an den Bieter, der auf der Grundlage der in den Verdingungsunterlagen der Rahmenvereinbarung aufgestellten Zuschlagskriterien das jeweils beste Angebot vorgelegt hat.“

### **Ausgangsverfahren und Vorlagefrage**

10 Gemäß dem Decreto legislativo Nr. 82 vom 7. März 2005 betreffend das Gesetzbuch für digitale Verwaltung (decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, „Codice dell’amministrazione digitale“, Supplemento ordinario zum GURI Nr. 112 vom 16. Mai 2005) ist das Centro Nazionale per l’Informatica nella Pubblica Amministrazione (CNIPA) (nationales Zentrum für die Datenverarbeitung in der öffentlichen Verwaltung) befugt, Rahmenvereinbarungen mit von ihm ausgewählten Wirtschaftsteilnehmern abzuschließen. Die nicht staatlichen Verwaltungen sind befugt, auf der Grundlage dieser Rahmenvereinbarungen und unter Berücksichtigung des eigenen Bedarfs Aufträge zu vergeben.

11 Das CNIPA schloss eine solche Rahmenvereinbarung u. a. mit Fastweb und Telecom Italia ab. Am 18. Juni 2010 richtete die Azienda Sanitaria Locale di Alessandria auf der Grundlage von Verdingungsunterlagen eine Angebotsanfrage betreffend „Leitungen zur Datenübertragung und für

Telefondienstleistungen“ an diese Gesellschaften. Mit Entscheidung vom 15. September 2010 wählte sie das von Telecom Italia eingereichte Angebot aus und schloss am 27. September 2010 mit einer Tochtergesellschaft derselben, Path-Net, einen Vertrag.

- 12 Fastweb erhob beim Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Verwaltungsgericht der Region Piemont) Klage gegen die Entscheidung über die Vergabe dieses Auftrags. Telecom Italia und Path-Net traten diesem Verfahren bei und erhoben Widerklage. Die Ordnungsmäßigkeit des Angebots eines jeden dieser Wirtschaftsteilnehmer wird jeweils von dem einzigen Mitbewerber wegen Nichtbeachtung bestimmter in den Verdingungsunterlagen angegebener technischer Anforderungen in Frage gestellt.
- 13 Die vom vorlegenden Gericht angeordnete Überprüfung der Frage, ob die von diesen beiden Unternehmen eingereichten Angebote den Anforderungen der Leistungsbeschreibung entsprechen, führte zu der Feststellung, dass keines der Angebote alle darin vorgeschriebenen technischen Anforderungen erfülle. Nach Auffassung des vorlegenden Gerichts müsste diese Feststellung logischerweise dazu führen, dass beiden Klagen stattgegeben und folglich das im Ausgangsverfahren fragliche Vergabeverfahren für nichtig erklärt werde, da kein Bieter ein zuschlagsfähiges Angebot eingereicht habe. Diese Lösung läge im Interesse der Klägerin des Ausgangsverfahrens, weil ihr die Wiedereröffnung des Ausschreibungsverfahrens eine neue Chance verschaffen würde, den Zuschlag zu erhalten.
- 14 Das vorlegende Gericht führt jedoch aus, dass das Plenum des Consiglio di Stato (Staatsrat) mit Entscheidung vom 7. April 2011 einen Rechtsgrundsatz zu vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren formuliert habe, wonach die Prüfung einer Widerklage, die darauf gerichtet sei, dem Kläger die Klagebefugnis abzusprechen, weil er zu Unrecht zum fraglichen Ausschreibungsverfahren zugelassen worden sei, der Prüfung der Klage vorausgehen müsse, und zwar auch dann, wenn der Kläger ein instrumentales Interesse an der Wiederholung des gesamten Ausschreibungsverfahrens habe, und unabhängig von der Zahl der teilnehmenden Mitbewerber, der Art der mit der Widerklage erhobenen Rügen und der Ansprüche der betroffenen Verwaltung.
- 15 Nach Auffassung des Consiglio di Stato ist nur derjenige befugt, gegen die Entscheidung über die Vergabe des betreffenden öffentlichen Auftrags zu klagen, der rechtmäßig am Ausschreibungsverfahren teilgenommen hat. Die Feststellung, dass die Zulassung der gegen diese Entscheidung klagenden Partei zu diesem Verfahren rechtswidrig gewesen sei, habe *Ex-tunc*-Wirkung, und der endgültige Ausschluss dieser Partei vom Vergabeverfahren führe dazu, dass sie sich in einer Lage befinde, die es ihr nicht erlaube, das Ergebnis dieses Verfahrens anzufechten.
- 16 Nach dieser Rechtsprechung des Consiglio di Stato verschafft das von der gegen die Entscheidung über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags klagenden Partei geltend gemachte praktische Interesse an der Wiedereröffnung des Ausschreibungsverfahrens dieser keine Rechtsstellung, die sie zur Erhebung der Klage befugt. Ein solches Interesse unterscheide sich nicht von dem jedes anderen Wirtschaftsteilnehmers dieses Sektors, der an einem neuen Ausschreibungsverfahren teilnehmen wolle. Folglich müsse die Widerklage, mit der dem Kläger die Klagebefugnis abgesprochen werde, stets vorrangig geprüft werden, selbst wenn es nur zwei Bieter gegeben habe, nämlich den Kläger, dessen Angebot abgelehnt worden sei, und den erfolgreichen Bieter als Widerkläger.
- 17 Das vorlegende Gericht möchte wissen, ob diese Rechtsprechung, insbesondere, soweit sie den unbedingten Vorrang der Widerklage vor der Klage bestätigt, im Hinblick auf Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 89/665 mit den Grundsätzen der Gleichheit, der Nichtdiskriminierung, des freien Wettbewerbs und des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes vereinbar ist. Die vorherige – und möglicherweise ausschließliche – Prüfung der Widerklage ist nach Auffassung des vorlegenden Gerichts geeignet, dem erfolgreichen Bieter gegenüber den anderen Wirtschaftsteilnehmern, die am Ausschreibungsverfahren teilgenommen haben, einen ungerechtfertigten Vorteil zu verschaffen, wenn sich herausstellt, dass er den Zuschlag rechtswidrig erhalten hat.



- 18 Unter diesen Umständen hat das Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

Stehen die Grundsätze der Gleichbehandlung der Parteien, der Nichtdiskriminierung und der Wahrung des Wettbewerbs in öffentlichen Vergabeverfahren nach der Richtlinie 89/665 dem geltenden italienischen Recht, wie es durch die Entscheidung Nr. 4/2011 des Plenums des Consiglio di Stato festgeschrieben worden ist, entgegen, wonach die Prüfung der Widerklage, die darauf gerichtet ist, dem Kläger die Klagebefugnis durch Anfechtung seiner Zulassung zum Ausschreibungsverfahren abzuspochen, notwendig der Prüfung der Klage vorausgehen muss und für diese Prüfung präjudizierende Wirkung hat, auch wenn der Kläger ein instrumentales Interesse an der Wiederholung des gesamten Selektionsverfahrens hat und es auf die Zahl der Wettbewerber, die daran teilgenommen haben, nicht ankommt, wobei insbesondere auf den Fall Bezug genommen wird, dass nur zwei Wettbewerber im Ausschreibungsverfahren verblieben sind (die zugleich dem Kläger und dem Widerkläger, der den Zuschlag erhalten hat, entsprechen), von denen jeder den jeweils anderen mit der Begründung auszuschließen sucht, dass dieser mit seinem Angebot nicht die Mindestanforderungen an die Geeignetheit der Angebote erfülle?

### **Zur Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens**

- 19 Telecom Italia und Path-Net sowie die italienische Regierung halten das Vorabentscheidungsersuchen aus unterschiedlichen Gründen für unzulässig. Die vier geltend gemachten Einreden der Unzulässigkeit greifen jedoch alle nicht durch.
- 20 Erstens ergeht das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen in einer Situation, die der in Art. 267 AEUV beschriebenen genau entspricht. Gemäß den Abs. 1 und 2 dieser Bestimmung kann ein Gericht eines Mitgliedstaats dem Gerichtshof jede Frage zur Auslegung der Verträge und des Sekundärrechts zur Entscheidung vorlegen, wenn es diese zum Erlass seines Urteils in der bei ihm anhängigen Rechtssache für erforderlich hält. Im vorliegenden Fall geht aus der Vorlageentscheidung hervor, dass sich das Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte fragt, welche Auswirkungen die Richtlinie 89/665 in dem das Ausgangsverfahren charakterisierenden prozessualen und tatsächlichen Kontext hat, wobei es zwei Antworten für möglich hält, die zu zwei unterschiedlichen Lösungen des Rechtsstreits führen würden.
- 21 Zweitens enthält die Vorlageentscheidung eine hinreichende Darstellung des nationalen rechtlichen Rahmens, da sie die Rechtsprechung des Consiglio di Stato beschreibt und erläutert, die auf dessen Auslegung aller in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens einschlägigen Verfahrensregeln und -grundsätze des nationalen Rechts sowie der Folgen beruht, die sich gemäß diesem Gericht in Bezug auf die Zulässigkeit der Klage des Bieters ergeben, dessen Angebot abgelehnt wurde.
- 22 Drittens nimmt das vorlegende Gericht, obwohl es nicht angibt, welche unionsrechtliche Bestimmung ausgelegt werden soll, in seiner Frage ausdrücklich Bezug auf die Richtlinie 89/665, und die Vorlageentscheidung enthält insgesamt genügend Angaben, um es dem Gerichtshof zu ermöglichen, diejenigen Elemente des Unionsrechts zu ermitteln, die unter Berücksichtigung des Gegenstands des Rechtsstreits einer Auslegung bedürfen (vgl. entsprechend Urteil vom 9. November 2006, Chateignier, C-346/05, Slg. 2006, I-10951, Randnr. 19 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 23 Schließlich ist viertens nicht ersichtlich, dass dieser Rechtsstreit einen öffentlichen Auftrag betreffe, der einer der Ausnahmen des Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/665 entspricht. Sofern daher der Wert dieses Auftrags den in Art. 7 der Richtlinie 2004/18 festgelegten Schwellenwert für deren Anwendbarkeit erreicht, was zu prüfen Sache des vorlegenden Gerichts ist, wobei freilich in diesem Stadium kein Anlass besteht, daran zu zweifeln, sind die beiden genannten Richtlinien auf einen Auftrag wie den im Ausgangsverfahren fraglichen anwendbar. Insoweit ist daran zu erinnern, dass der Umstand, dass sich an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags nur nationale Unternehmen beteiligt

haben, für die Anwendung der Richtlinie 2004/18 unbeachtlich ist (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 16. Dezember 2008, *Michaniki*, C-213/07, Slg. 2008, I-9999, Randnr. 29 und die dort angeführte Rechtsprechung).

### **Zur Vorlagefrage**

- 24 Mit seiner Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Bestimmungen der Richtlinie 89/665, insbesondere deren Art. 1 und 2, dahin auszulegen sind, dass Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie, wenn der erfolgreiche Bieter im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens eine auf die fehlende Klagebefugnis des klagenden Bieters gestützte Einrede der Unzulässigkeit geltend macht, weil dessen Angebot wegen seiner Nichtübereinstimmung mit den in den Verdingungsunterlagen festgelegten technischen Anforderungen vom öffentlichen Auftraggeber hätte zurückgewiesen werden müssen, dem entgegensteht, dass die Klage nach einer Vorabprüfung dieser Unzulässigkeitseinrede für unzulässig erklärt wird, wenn der Kläger seinerseits die Ordnungsmäßigkeit des Angebots des erfolgreichen Bieters aus demselben Grund beanstandet und nur diese beiden Wirtschaftsteilnehmer ein Angebot eingereicht haben.
- 25 Aus Art. 1 der Richtlinie 89/665 geht hervor, dass mit dieser wirksame Rechtsbehelfe gegen unionsrechtswidrige Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber eingeführt werden sollen. Gemäß Art. 1 Abs. 3 dieser Vorschrift stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass Nachprüfungsverfahren entsprechend den gegebenenfalls von den Mitgliedstaaten festzulegenden Bedingungen zumindest jedem zur Verfügung stehen, 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.
- 26 Insoweit stellt eine Entscheidung, mit der der öffentliche Auftraggeber das Angebot eines Bieters noch vor der Auswahl des besten Angebots ausscheidet, eine Entscheidung dar, deren Nachprüfung nach Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/665 möglich sein muss, da diese Vorschrift auf alle Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber anwendbar ist, die den Vorschriften des Unionsrechts im Bereich des öffentlichen Auftragswesens unterliegen, und keine Beschränkung hinsichtlich der Natur und des Inhalts dieser Entscheidungen vorsieht (vgl. u. a. Urteil vom 19. Juni 2003, *Hackermüller*, C-249/01, Slg. 2003, I-6319, Randnr. 24 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 27 So hat der Gerichtshof in Randnr. 26 des Urteils *Hackermüller* entschieden, dass, wenn eine für die Nachprüfungsverfahren zuständige Instanz einem Bieter, dessen Angebot abgelehnt wurde, wegen fehlender Klagebefugnis den Zugang zu diesen Verfahren verwehrt, noch bevor sie eine Auswahl vornimmt, dem Bieter damit nicht nur sein Recht auf Nachprüfung der Entscheidung, deren Rechtswidrigkeit er behauptet, sondern auch das Recht genommen würde, die Stichhaltigkeit des Ausschlussgrundes anzuzweifeln, den die genannte Instanz angeführt hat, um ihm die Eigenschaft einer Person, der durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht, abzusprechen.
- 28 Zwar wird dem Bieter, um dieser Situation abzuhelpen, das Recht zuerkannt, im Rahmen des von ihm eingeleiteten Nachprüfungsverfahrens, in dem er die Rechtmäßigkeit der Entscheidung des Auftraggebers, sein Angebot nicht als das beste Angebot zu bewerten, bestreiten will, die Stichhaltigkeit dieses Ausschlussgrundes anzuzweifeln; doch kann nicht ausgeschlossen werden, dass die angerufene Instanz am Ende dieses Verfahrens zu der Schlussfolgerung gelangt, dass das genannte Angebot tatsächlich vorher auszuschneiden gewesen wäre und dass der Nachprüfungsantrag des Bieters zurückzuweisen ist, da ihm aufgrund dieser Tatsache durch den von ihm behaupteten Rechtsverstoß kein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht (vgl. Urteil *Hackermüller*, Randnr. 27).

- 29 In einer solchen Situation muss der Bieter, der ein Nachprüfungsverfahren gegen die Entscheidung über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags eingeleitet hat, das Recht haben, im Rahmen dieses Verfahrens vor dieser Instanz die Stichhaltigkeit des Grundes anzuzweifeln, aus dem sein Angebot auszuschneiden gewesen sei (vgl. in diesem Sinne Urteil Hackermüller, Randnrn. 28 und 29).
- 30 Dies gilt grundsätzlich auch, wenn die Einrede der Unzulässigkeit nicht von Amts wegen von der mit der Nachprüfung befassten Instanz, sondern im Rahmen einer Widerklage einer am Nachprüfungsverfahren beteiligten Partei, etwa dem diesem Verfahren rechtmäßig beigetretenen erfolgreichen Bieter, geltend gemacht wird.
- 31 Im Ausgangsverfahren hat das vorlegende Gericht, nachdem es geprüft hatte, ob die Angebote der beiden betroffenen Gesellschaften den Verdingungsunterlagen entsprechen, festgestellt, dass das von Fastweb eingereichte Angebot nicht alle dort festgelegten technischen Anforderungen erfülle. Bezüglich des vom anderen Bieter, Telecom Italia, eingereichten Angebots ist es jedoch zum gleichen Ergebnis gelangt.
- 32 Eine solche Konstellation unterscheidet sich von der dem Urteil Hackermüller zugrunde liegenden insbesondere dadurch, dass festgestellt worden ist, dass das ausgewählte Angebot bei der Überprüfung der Angebote zu Unrecht nicht ausgeschlossen wurde, obwohl es nicht den technischen Anforderungen der Verdingungsunterlagen entsprach.
- 33 Wurde eine solche Feststellung getroffen, kann die Widerklage des erfolgreichen Bieters jedoch dann nicht zur Abweisung der Klage eines Bieters führen, wenn die Ordnungsmäßigkeit des Angebots jedes dieser Wirtschaftsteilnehmer im Rahmen desselben Verfahrens und aus gleichartigen Gründen in Frage gestellt wird. Denn in einem solchen Fall kann sich jeder Wettbewerber auf ein berechtigtes Interesse am Ausschluss des Angebots der jeweils anderen berufen, was zu der Feststellung führen kann, dass es dem öffentlichen Auftraggeber unmöglich ist, ein ordnungsgemäßes Angebot auszuwählen.
- 34 Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 dahin auszulegen ist, dass er, wenn im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens der erfolgreiche Bieter, dem der Auftrag erteilt wurde und der Widerklage erhoben hat, eine auf die fehlende Klagebefugnis des klagenden Bieters gestützte Einrede der Unzulässigkeit geltend macht, weil dessen Angebot wegen seiner Nichtübereinstimmung mit den in den Verdingungsunterlagen festgelegten technischen Anforderungen vom öffentlichen Auftraggeber hätte zurückgewiesen werden müssen, dem entgegensteht, dass die Klage nach der Vorabprüfung dieser Unzulässigkeitseinrede für unzulässig erklärt wird, ohne dass darüber entschieden wird, ob das Angebot des erfolgreichen Bieters, dem der Auftrag erteilt wurde, und dasjenige des Bieters, der Klage erhoben hat, den technischen Anforderungen entsprechen.

## Kosten

- 35 Für die Beteiligten des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem 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 (Zehnte 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 Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass er, wenn im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens der erfolgreiche Bieter, dem**



**der Auftrag erteilt wurde und der Widerklage erhoben hat, eine auf die fehlende Klagebefugnis des klagenden Bieters gestützte Einrede der Unzulässigkeit geltend macht, weil dessen Angebot wegen seiner Nichtübereinstimmung mit den in den Verdingungsunterlagen festgelegten technischen Anforderungen vom öffentlichen Auftraggeber hätte zurückgewiesen werden müssen, dem entgegensteht, dass die Klage nach der Vorabprüfung dieser Unzulässigkeitseinrede für unzulässig erklärt wird, ohne dass darüber entschieden wird, ob das Angebot des erfolgreichen Bieters, dem der Auftrag erteilt wurde, und dasjenige des Bieters, der Klage erhoben hat, den technischen Anforderungen entsprechen.**

Unterschriften