

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Dritte Kammer)

30. September 2010*

In der Rechtssache C-314/09

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 234 EG, eingereicht vom Obersten Gerichtshof (Österreich) mit Entscheidung vom 2. Juli 2009, beim Gerichtshof eingegangen am 7. August 2009, in dem Verfahren

Stadt Graz

gegen

Strabag AG,

Teerag-Asdag AG,

* Verfahrenssprache: Deutsch.

Bauunternehmung Granit GesmbH,

Beteiligter:

Land Steiermark,

erlässt

DER GERICHTSHOF (Dritte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten K. Lenaerts (Berichterstatter) sowie der Richter E. Juhász, G. Arestis, T. von Danwitz und D. Šváby,

Generalanwältin: V. Trstenjak,
Kanzler: K. Malacek, Verwaltungsrat,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 24. Juni 2010,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

— der Stadt Graz, vertreten durch Rechtsanwalt K. Kocher,

- der Strabag AG, der Teerag-Asdag AG und der Bauunternehmung Granit GesmbH, vertreten durch Rechtsanwalt W. Mecenovic,

- des Landes Steiermark, vertreten durch Rechtsanwalt A.R. Lerchbaumer,

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

- der Europäischen Kommission, vertreten durch B. Schima und C. Zadra 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 von Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 Buchst. c und 7 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 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 (ABl. L 209, S. 1) geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 89/665).

- 2 Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Stadt Graz (Österreich) einerseits und der Strabag AG, der Teerag-Asdag AG und der Bauunternehmung Granit GesmbH (im Folgenden zusammen: Strabag u. a.) andererseits wegen der rechtswidrigen Vergabe eines öffentlichen Auftrags durch die Stadt Graz.

Rechtlicher Rahmen

Unionsrecht

- 3 Der dritte und der sechste Erwägungsgrund der Richtlinie 89/665 lauten:

„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 Rechtes ergangen sind, Möglichkeiten einer wirksamen und raschen Nachprüfung bestehen.

...

In allen Mitgliedstaaten müssen geeignete Verfahren geschaffen werden, um die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen und die Entschädigung der durch einen Verstoß Geschädigten zu ermöglichen.“

4 Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/665 bestimmt:

„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.“

5 Art. 2 Abs. 1 und 5 bis 7 der Richtlinie 89/665 sieht vor:

„(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.

...

(5) Die Mitgliedstaaten können vorschreiben, dass bei Schadenersatzansprüchen, die auf die Rechtswidrigkeit einer Entscheidung gestützt werden, diese zunächst von einer mit den dafür erforderlichen Befugnissen ausgestatteten Instanz aufgehoben worden sein muss.

(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.

(7) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Entscheidungen der für Nachprüfungsverfahren zuständigen Instanzen wirksam durchgesetzt werden können.“

Nationales Recht

6 Das Unionsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens wurde im Land Steiermark durch das Steiermärkische Vergabegesetz 1998 (im Folgenden: StVergG) umgesetzt.

7 § 115 Abs. 1 StVergG bestimmt:

„Bei schuldhafter Verletzung dieses Gesetzes oder der hiezu ergangenen Verordnungen durch Organe der 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 Angebotsstellung und der durch die Teilnahme am Vergabeverfahren entstandenen Kosten. Schadenersatzansprüche einschließlich des Ersatzes eines allenfalls entgangenen Gewinnes sind durch Klage vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen.“

8 § 1298 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs (im Folgenden: ABGB) sieht vor:

„Wer vorgibt, dass er an der Erfüllung seiner vertragsmäßigen oder gesetzlichen Verbindlichkeit ohne sein Verschulden verhindert worden sei, dem liegt der Beweis ob. Soweit er aufgrund vertraglicher Vereinbarung nur für grobe Fahrlässigkeit haftet, muss er auch beweisen, dass es an dieser Voraussetzung fehlt.“

9 § 1299 ABGB lautet:

„Wer sich zu einem Amte, zu einer Kunst, zu einem Gewerbe oder Handwerke öffentlich bekennt; oder wer ohne Not freiwillig ein Geschäft übernimmt, dessen Ausführung eigene Kunstkenntnisse, oder einen nicht gewöhnlichen Fleiß erfordert, gibt dadurch zu erkennen, dass er sich den notwendigen Fleiß und die erforderlichen, nicht gewöhnlichen, Kenntnisse zutraue; er muss daher den Mangel derselben vertreten. Hat aber derjenige, welcher ihm das Geschäft überließ, die Unerfahrenheit desselben gewusst; oder bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit wissen können, so fällt zugleich dem Letzteren ein Versehen zur Last.“

Sachverhalt des Ausgangsverfahrens und Vorlagefragen

- 10 Die Stadt Graz schrieb 1998 die Herstellung und Lieferung von bituminösem Heißmischgut im offenen Verfahren nach den Bestimmungen des StVergG auf Ebene der Europäischen Union aus. Die im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* und in der *Grazer Zeitung* veröffentlichte Ausschreibungsbekanntmachung nannte als Ort der Leistungserbringung „Graz, Österreich“ und in der Rubrik „kurze Beschreibung (Art der Leistungen, allgemeine Merkmale, Zweck des Bauwerkes oder Bauleistung)“ die Lieferung von bituminösem Heißmischgut für das Jahr 1999. In der Rubrik „Fristen für die Leistungserbringung“ wurde „Beginn: 1. März 1999, Ende: 20.12.1999“ angegeben.

- 11 Es wurden vierzehn Angebote abgegeben. Bestbieterin war das Bauunternehmen Held & Franck Bau GmbH (im Folgenden: HFB). Wäre dieses Unternehmen ausgeschieden worden, hätte nach den Angaben im Vorabentscheidungsersuchen der Zuschlag für das gemeinsame Angebot von Strabag u. a. erteilt werden müssen.

- 12 HFB hatte ihrem Angebot ein Begleitschreiben beigelegt, in dem sie „ergänzend“ mitteilte, dass ihre neue Asphaltmischanlage, die in den nächsten Wochen im Gemeindegebiet von Großwilfersdorf errichtet werden würde, ab 17. Mai 1999 betriebsbereit sein werde. Von diesem Schreiben wussten Strabag u. a. nichts.

- 13 Am 5. Mai 1999 leiteten Strabag u. a. ein Nachprüfungsverfahren beim Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark ein, in dem sie ausführten, dass HFB in der Steiermark über keine Heißmischanlage verfüge und ihr die Durchführung des ausgeschriebenen Auftrags damit technisch unmöglich sei. Deshalb müsse ihr Angebot ausgeschieden werden.

- 14 Strabag u. a. stellten gleichzeitig einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, dem der Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark mit Beschluss vom 10. Mai 1999 stattgab und der Stadt Graz die Vergabe des Auftrags bis zur Entscheidung in der Hauptsache untersagte.
- 15 Mit Bescheid vom 10. Juni 1999 wies der Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark sämtliche Anträge von Strabag u. a., darunter die Anträge auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Ausscheidung von HFB, mit der Begründung ab, HFB verfüge über eine Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Asphaltierer und die Forderung, dass die Heißmischanlage zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung bereits bestehe, stünde in keinem Verhältnis zum Gegenstand des Auftrags und liefe auch den Usancen im Wirtschaftsleben zuwider.
- 16 Am 14. Juni 1999 erteilte die Stadt Graz HFB den Zuschlag.
- 17 Auf eine Beschwerde von Strabag u. a. hob der Verwaltungsgerichtshof den Bescheid des Vergabekontrollsenats des Landes Steiermark mit Erkenntnis vom 9. Oktober 2002 mit der Begründung auf, das Angebot von HFB weiche von der Ausschreibung ab, weil die Frist für die Erbringung der Leistung vom 1. März bis 20. Dezember 1999 gelaufen wäre, die neue Asphaltmischanlage diesem Unternehmen jedoch erst ab 17. Mai 1999 zur Verfügung gestanden habe.
- 18 Der Unabhängige Verwaltungssenat für die Steiermark, der 2002 die Aufgaben des Vergabekontrollsenats des Landes Steiermark übernommen hatte, entschied mit Bescheid vom 23. April 2003, dass die Stadt Graz infolge eines Verstoßes gegen das StVergG den Zuschlag nicht rechtmäßig erteilt habe.

- 19 Strabag u. a. erhoben bei den ordentlichen Gerichten Klage auf Verurteilung der Stadt Graz zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 300 000 Euro. Zur Begründung machten sie geltend, das Anbot von HFB hätte aufgrund eines unbeheblichen Mangels ausgeschieden werden müssen und folglich hätte ihr Angebot ausgewählt werden müssen. Die Stadt Graz habe schuldhaft gehandelt, weil sie nicht festgestellt habe, dass das Anbot von HFB von der Ausschreibung abgewichen sei. Der Bescheid des Vergabekontrollsenats des Landes Steiermark könne die Stadt Graz nicht entlasten; sie habe auf eigene Gefahr gehandelt.
- 20 Die Stadt Graz machte geltend, sie sei an den Bescheid des Vergabekontrollsenats des Landes Steiermark gebunden gewesen, dessen allfällige Rechtswidrigkeit dem Land Steiermark, zu dem der Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark gehöre, zuzurechnen sei. Ihre eigenen Organe hätten hingegen nicht schuldhaft gehandelt.
- 21 Das Erstgericht stellte mit Zwischenurteil fest, dass das Klagebegehren von Strabag u. a. dem Grunde nach zu Recht bestehe. Die Stadt Graz habe schuldhaft gehandelt, weil sie keine Anbotsprüfung durchgeführt und HFB den Zuschlag trotz eines erkennbaren Angebotsmangels während der Frist für die Einlegung von Rechtsmitteln gegen den Bescheid des Vergabekontrollsenats des Landes Steiermark erteilt habe.
- 22 Diese Entscheidung wurde in der Berufungsinstanz bestätigt. Das Berufungsgericht erklärte jedoch die ordentliche Revision gegen sein Urteil für zulässig, da Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage eines Verschuldens des öffentlichen Auftraggebers in einer Situation, die wie im vorliegenden Fall dadurch charakterisiert werde, dass zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung eine die Sichtweise des öffentlichen Auftraggebers bestätigende Entscheidung des Vergabekontrollsenats des Landes Steiermark vorgelegen habe, fehle.

- 23 Das Berufungsgericht vertrat die Auffassung, die ordentlichen Gerichte seien zwar an die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zuschlagserteilung im Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenats für die Steiermark vom 23. April 2003 gebunden und auch der Kausalzusammenhang zwischen dem rechtswidrigen Verhalten der Stadt Graz und dem von Strabag u. a. erlittenen Schaden sei festgestellt worden, doch sei fraglich, ob die Stadt Graz deshalb ein Verschulden treffe, weil sie bereits am 14. Juni 1999 HFB den Zuschlag erteilt habe, ohne auf den in dem Bescheid des Vergabekontrollsenats des Landes Steiermark vom 10. Juni 1999 nicht angesprochenen Umstand Bedacht zu nehmen, dass dieses Unternehmen nach den Angaben im Begleitschreiben zu seinem Anbot die Fristen für die Durchführung des betreffenden Auftrags nicht habe einhalten können.
- 24 Die Stadt Graz erhob gegen diese Entscheidung des Berufungsgerichts eine Revision beim Obersten Gerichtshof.
- 25 Das vorlegende Gericht hat erstens Zweifel bezüglich der Vereinbarkeit des § 115 Abs. 1 StVergG mit der Richtlinie 89/665. Unter Bezugnahme auf die Urteile vom 14. Oktober 2004, Kommission/Portugal (C-275/03), und vom 10. Januar 2008, Kommission/Portugal (C-70/06, Slg. 2008, I-1), wirft es die Frage auf, ob jede nationale Regelung, die Schadensersatzansprüche des Bieters in irgendeiner Form von einem Verschulden des öffentlichen Auftraggebers abhängig mache, oder lediglich eine solche, die dem Bieter die Beweislast für das Verschulden auferlege, als mit der Richtlinie unvereinbar anzusehen sei.
- 26 Das vorlegende Gericht unterstreicht in diesem Zusammenhang, dass § 1298 ABGB eine Beweislastumkehr vorsehe, aufgrund deren ein Organverschulden des öffentlichen Auftraggebers vermutet werde. Eine Berufung des öffentlichen Auftraggebers auf das Fehlen individueller Fähigkeiten sei ausgeschlossen, da dessen Haftung die eines Sachverständigen im Sinne des § 1299 ABGB sei. Der Stadt Graz könne dennoch der Entlastungsbeweis gelingen, wenn sie tatsächlich und umfänglich an den formell rechtskräftigen Bescheid des Vergabekontrollsenats des Landes Steiermark gebunden gewesen sein sollte.

- 27 Zweitens wird für den Fall, dass die Richtlinie 89/665 einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen nicht entgegenstehen sollte, vom vorliegenden Gericht, das wie der Verwaltungsgerichtshof und das Berufungsgericht in der vorliegenden Rechtssache eine Bindung des öffentlichen Auftraggebers an eine Entscheidung wie die des Vergabekontrollsenats des Landes Steiermark vom 10. Juni 1999 verneint, die Frage aufgeworfen, ob die Annahme, dass der öffentliche Auftraggeber an eine solche Entscheidung nicht gebunden sei und den Auftrag einem anderen Bieter hätte erteilen können, ja sogar müssen, nicht dem in Art. 2 Abs. 7 der Richtlinie 89/665 festgelegten Ziel der wirksamen Durchsetzbarkeit der Entscheidungen der für Nachprüfungsverfahren zuständigen Instanzen zuwiderlaufe.
- 28 Drittens weist das vorliegende Gericht für den Fall, dass die zweite Frage zu bejahen sein sollte, darauf hin, dass Strabag u. a. sowie das Berufungsgericht der Stadt Graz zum Vorwurf machten, sie habe HFB den Zuschlag erteilt, ohne den — vom Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark in seinem Bescheid vom 10. Juni 1999 nicht erörterten — Umstand zu bedenken, dass dieses Unternehmen nach seinen eigenen Angaben den Auftrag nicht innerhalb der in der Ausschreibungsbekanntmachung genannten Fristen habe erfüllen können. Unter diesen Umständen überlegt das vorliegende Gericht, ob der öffentliche Auftraggeber aufgrund von Art. 2 Abs. 7 der Richtlinie 89/665 trotz bestehender Bindung an die Entscheidung einer Behörde wie des Vergabekontrollsenats des Landes Steiermark die Richtigkeit einer solchen Entscheidung und/oder die Vollständigkeit der Beurteilung, auf der sie beruht habe, hätte prüfen können oder sogar müssen.
- 29 Unter diesen Umständen hat der Oberste Gerichtshof das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:
- „1. Stehen Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 89/665/EWG oder andere Bestimmungen dieser Richtlinie einer nationalen Regelung, wonach Schadenersatzansprüche aufgrund von Verstößen des Auftraggebers gegen Gemeinschaftsvergaberecht von der Voraussetzung des Verschuldens abhängig gemacht werden, auch dann entgegen, wenn diese Regelung dahin gehend angewendet wird, dass grundsätzlich Organverschulden des Auftraggebers zu vermuten und

seine Berufung auf das Fehlen individueller Fähigkeiten und damit auf insofern mangelnde subjektive Vorwerfbarkeit ausgeschlossen ist?

2. Wenn Frage 1 verneint wird:

Ist Art. 2 Abs. 7 der Richtlinie 89/665 so auszulegen, dass im Sinne des dort festgelegten Gebots der Gewährleistung der Effektivität der Durchsetzung von Entscheidungen im Nachprüfungsverfahren der Entscheidung einer Vergabekontrollbehörde Bindungswirkung für alle am Verfahren Beteiligten, somit auch für den Auftraggeber zukommt?

3. Wenn Frage 2 bejaht wird:

Ist es gemäß Art. 2 Abs. 7 der Richtlinie 89/665 zulässig, dass sich der Auftraggeber über eine rechtskräftige Entscheidung einer Vergabekontrollbehörde hinwegsetzt, bzw. ist er dazu sogar verpflichtet; wenn ja, unter welchen Voraussetzungen?“

Zu den Vorlagefragen

Zur ersten Frage

- 30 Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Richtlinie 89/665 dahin auszulegen ist, dass sie einer nationalen Regelung, die den Schadensersatzanspruch wegen Verstoßes eines öffentlichen Auftraggebers gegen Vergaberecht von der Schuldhaftigkeit des Verstoßes abhängig macht, entgegensteht, wenn bei der Anwendung dieser Regelung ein Verschulden des öffentlichen Auftraggebers vermutet wird und er sich nicht auf das Fehlen individueller Fähigkeiten und damit auf mangelnde subjektive Vorwerfbarkeit des behaupteten Verstoßes berufen kann.
- 31 Hierzu ist zunächst festzustellen, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/665 verpflichtet sind, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass es Verfahren gibt, in denen die Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und vor allem möglichst rasch auf „Verstöße“ gegen das Unionsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können. Der dritte Erwägungsgrund der Richtlinie 89/665 betont seinerseits die Notwendigkeit, dass für den Fall von „Verstößen“ gegen dieses Recht oder diese Vorschriften Möglichkeiten einer wirksamen und raschen Nachprüfung bestehen.
- 32 Was insbesondere die Rechtsschutzmöglichkeiten zur Erlangung von Schadensersatz angeht, stellen die Mitgliedstaaten nach Art. 2 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 89/665 sicher, dass für die in Art. 1 dieser Richtlinie genannten Nachprüfungsverfahren die erforderlichen Befugnisse vorgesehen werden, damit denjenigen, die durch den Rechtsverstoß geschädigt worden sind, Schadensersatz zuerkannt werden kann.

- 33 Allerdings legt die Richtlinie 89/665 nur die Mindestvoraussetzungen fest, denen die in den nationalen Rechtsordnungen geschaffenen Nachprüfungsverfahren entsprechen müssen, um die Beachtung der unionsrechtlichen Bestimmungen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens zu gewährleisten (vgl. u. a. Urteile vom 27. Februar 2003, Santex, C-327/00, Slg. 2003, I-1877, Randnr. 47, und vom 19. Juni 2003, GAT, C-315/01, Slg. 2003, I-6351, Randnr. 45). In Ermangelung einer spezifischen Vorschrift in diesem Bereich ist es demnach Sache jedes Mitgliedstaats, in seiner internen Rechtsordnung die Maßnahmen zu bestimmen, die erforderlich sind, um sicherzustellen, dass denjenigen, die durch einen Verstoß gegen Vergaberecht geschädigt worden sind, in Nachprüfungsverfahren wirksam Schadensersatz zuerkannt werden kann (vgl. entsprechend Urteil GAT, Randnr. 46).
- 34 Damit fällt die Durchführung von Art. 2 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 89/665 zwar grundsätzlich in die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten, die durch die Grundsätze der Gleichwertigkeit und der Effektivität begrenzt wird, doch ist zu prüfen, ob diese Bestimmung in ihrer Auslegung unter Berücksichtigung des allgemeinen Regelungszusammenhangs und des allgemeinen Zwecks, in deren Rahmen die Rechtsschutzmöglichkeit zur Erlangung von Schadensersatz vorgesehen ist, einer nationalen Vorschrift entgegensteht, die wie die im Ausgangsverfahren fragliche die Zuerkennung von Schadensersatz unter den in Randnr. 30 des vorliegenden Urteils genannten Umständen davon abhängig macht, dass der Verstoß des öffentlichen Auftraggebers gegen das Vergaberecht schuldhaft war.
- 35 Hierzu ist zunächst festzustellen, dass der Wortlaut der Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1, 5 und 6 sowie des sechsten Erwägungsgrundes der Richtlinie 89/665 keinerlei Hinweis darauf enthält, dass der Verstoß gegen die Vergaberegulation, der einen Schadensersatzanspruch des Geschädigten begründen kann, besondere Merkmale aufweisen müsste, wie z. B., dass er mit einem erwiesenen oder vermuteten Verschulden des öffentlichen Auftraggebers verknüpft ist oder dass insoweit kein die Haftung ausschließender Grund vorliegt.

- 36 Diese Feststellung wird durch den allgemeinen Regelungszusammenhang und Zweck der in der Richtlinie 89/665 vorgesehenen Rechtsschutzmöglichkeit zur Erlangung von Schadensersatz bestätigt.
- 37 Nach ständiger Rechtsprechung müssen die Mitgliedstaaten nämlich zwar Rechtsschutzmöglichkeiten vorsehen, mit deren Hilfe die Aufhebung einer vergaberechtswidrigen Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers herbeigeführt werden kann, doch sind sie in Anbetracht des mit der Richtlinie 89/665 verfolgten Ziels einer zügigen Behandlung befugt, für diese Art von Rechtsschutzmöglichkeiten angemessene Ausschlussfristen vorzusehen, um zu verhindern, dass die Bewerber und Bieter jederzeit Verstöße gegen Vergabevorschriften rügen und dadurch den öffentlichen Auftraggeber zwingen können, das gesamte Verfahren erneut durchzuführen, um den Verstoß zu beheben (vgl. in diesem Sinne u. a. Urteile vom 12. Dezember 2002, *Universale-Bau u. a.*, C-470/99, Slg. 2002, I-11617, Randnrn. 74 bis 78, *Santex*, Randnrn. 51 und 52, vom 11. Oktober 2007, *Lämmerzahl*, C-241/06, Slg. 2007, I-8415, Randnrn. 50 und 51, und vom 28. Januar 2010, *Uniplex (UK)*, C-406/08, Slg. 2010, I-817, Randnr. 38).
- 38 Außerdem haben die Mitgliedstaaten nach Art. 2 Abs. 6 Unterabs. 2 der Richtlinie 89/665 die Möglichkeit, nach dem Vertragsschluss im Anschluss an die Zuschlagerteilung die Befugnisse der Nachprüfungsinstanz auf die Zuerkennung von Schadensersatz zu beschränken.
- 39 Vor diesem Hintergrund kann die in Art. 2 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 89/665 vorgesehene Rechtsschutzmöglichkeit zur Erlangung von Schadensersatz nur dann gegebenenfalls eine verfahrensmäßige Alternative darstellen, die mit dem Effektivitätsgrundsatz, der dem mit der Richtlinie verfolgten Ziel der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren zugrunde liegt (vgl. in diesem Sinne insbesondere Urteil *Uniplex [UK]*, Randnr. 40), vereinbar ist, wenn die Möglichkeit der Zuerkennung von Schadensersatz im Fall eines Verstoßes gegen Vergabevorschriften genauso wenig wie die anderen in Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie vorgesehenen Rechtsschutzmöglichkeiten davon abhängig ist, dass ein Verschulden des öffentlichen Auftraggebers festgestellt wird.

- 40 Wie die Europäische Kommission vorgetragen hat, ist in diesem Zusammenhang unerheblich, dass nach der im Ausgangsverfahren fraglichen nationalen Regelung im Gegensatz zu derjenigen, um die es im Urteil vom 14. Oktober 2004, *Kommission/Portugal*, ging, nicht der Geschädigte die Beweislast für ein Verschulden des öffentlichen Auftraggebers trägt, sondern der öffentliche Auftraggeber die zu seinen Lasten bestehende Verschuldensvermutung zu widerlegen hat und dabei die Gründe, auf die er sich dafür berufen kann, beschränkt sind.
- 41 Auch die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Regelung birgt nämlich die Gefahr, dass der Bieter, der durch die rechtswidrige Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers geschädigt wurde, den Anspruch auf Ersatz des durch diese Entscheidung entstandenen Schadens gleichwohl verliert, wenn es dem öffentlichen Auftraggeber gelingt, die zu seinen Lasten bestehende Verschuldensvermutung zu widerlegen. Wie das vorliegende Gericht im Vorabentscheidungsersuchen ausgeführt hat und die Erörterungen in der mündlichen Verhandlung bestätigt haben, ist dies im vorliegenden Fall nicht ausgeschlossen, da sich die Stadt Graz möglicherweise auf einen entschuldbaren Rechtsirrtum berufen kann, dem sie nach eigenen Angaben aufgrund des am 10. Juni 1999 ergangenen Bescheids des Vergabekontrollsenats des Landes Steiermark, mit dem der Antrag von Strabag u. a. abgewiesen wurde, erlegen ist.
- 42 Zumindest läuft der Bieter nach dieser Regelung Gefahr, den Schadensersatz wegen der unter Umständen langen Verfahrensdauer eines Zivilprozesses, in dem festgestellt wird, ob bei dem geltend gemachten Verstoß ein Verschulden vorlag, erst sehr spät zu erhalten.
- 43 Im einen wie im anderen Fall stünde die Situation aber nicht im Einklang mit dem in Art. 1 Abs. 1 und im dritten Erwägungsgrund festgelegten Ziel der Richtlinie 89/665, sicherzustellen, dass die unter Verstoß gegen das Vergaberecht ergangenen Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und möglichst rasch nachgeprüft werden können.

- 44 Außerdem, selbst wenn man unterstellte, dass in der vorliegenden Rechtssache die Stadt Graz im Juni 1999 davon hätte ausgehen dürfen, dass sie aufgrund des aus dem Wesen der Durchführung von Vergabeverfahren folgenden Ziels der Effektivität solcher Verfahren dazu verpflichtet war, den Bescheid des Vergabekontrollsenats des Landes Steiermark vom 10. Juni 1999 sofort umzusetzen, ohne den Ablauf der Frist für die Einlegung von Rechtsmitteln gegen diesen Bescheid abzuwarten, können, wie die Kommission in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, die Erfolgsaussichten eines Schadensersatzantrags, den der übergangene Bieter nach Aufhebung dieses Bescheids durch ein Verwaltungsgericht stellt, nicht entgegen dem Wortlaut, dem Regelungszusammenhang und dem Zweck der Bestimmungen der Richtlinie 89/665, die einen Anspruch auf einen solchen Schadensersatz vorsehen, vom Verschulden des betroffenen öffentlichen Auftraggebers abhängen.
- 45 Nach alledem ist auf die erste Vorlagefrage zu antworten, dass die Richtlinie 89/665 dahin auszulegen ist, dass sie einer nationalen Regelung, die den Schadensersatzanspruch wegen Verstoßes eines öffentlichen Auftraggebers gegen Vergaberecht von der Schuldhaftigkeit des Verstoßes abhängig macht, auch dann entgegensteht, wenn bei der Anwendung dieser Regelung ein Verschulden des öffentlichen Auftraggebers vermutet wird und er sich nicht auf das Fehlen individueller Fähigkeiten und damit auf mangelnde subjektive Vorwerfbarkeit des behaupteten Verstoßes berufen kann.

Zur zweiten und zur dritten Frage

- 46 In Anbetracht der Antwort auf die erste Frage sind die beiden weiteren Fragen nicht zu beantworten.

Kosten

- ⁴⁷ Für die Parteien 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 (Dritte Kammer) für Recht erkannt:

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 in der durch die Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung, die den Schadensersatzanspruch wegen Verstoßes eines öffentlichen Auftraggebers gegen Vergaberecht von der Schuldhaftigkeit des Verstoßes abhängig macht, auch dann entgegensteht, wenn bei der Anwendung dieser Regelung ein Verschulden des öffentlichen Auftraggebers vermutet wird und er sich nicht auf das Fehlen individueller Fähigkeiten und damit auf mangelnde subjektive Vorwerfbarkeit des behaupteten Verstoßes berufen kann.

Unterschriften