

UNREVIDIERTE FREELANCE-ÜBERSETZUNG!!!

EUROPÄISCHE KOMMISSION

**DAS
ÖFFENTLICHE VERGABEWESSEN
IN DER
EUROPÄISCHEN UNION**

**PRAKTISCHER
LEITFADEN ZU DEN**

RECHTSMITTELN

Dieser Leitfaden ist nicht rechtsverbindlich
und gibt nicht unbedingt den offiziellen Standpunkt der Kommission wieder

INHALT

1.	<i>ZIEL DIESES LEITFADENS</i>	5
2. Die materiell-rechtlichen Vergabevorschriften.....		5
3.	Schwellenwerte	6
4.	Verpflichtungen und potentielle Verstöße	6
5.	Die Rechtsmittelrichtlinien	7
6.	Rechtsmittel vor den nationalen Gerichten	8
6.1	<i>Vorläufige Maßnahmen</i>	8
6.2	<i>Aufhebung und Änderung</i>	8
6.3	<i>Schadensersatz</i>	8
6.4	<i>Geldstrafen</i>	10
7.	Beschwerde bei der Europäischen Kommission	10
8.	Außergerichtliche Beilegung	11

RECHTSMITTEL

<i>ÖSTERREICH</i>	<i>13</i>
<i>BELGIEN</i>	<i>35</i>
<i>DÄNEMARK</i>	<i>53</i>
<i>FINNLAND</i>	<i>69</i>
<i>FRANKREICH</i>	<i>85</i>
<i>DEUTSCHLAND</i>	<i>101</i>
<i>GRIECHENLAND</i>	<i>125</i>
<i>IRLAND</i>	<i>139</i>
<i>ITALIEN</i>	<i>155</i>
<i>LUXEMBURG</i>	<i>173</i>
<i>NIEDERLANDE</i>	<i>187</i>
<i>PORTUGAL</i>	<i>201</i>
<i>SPANIEN</i>	<i>215</i>
<i>SCHWEDEN</i>	<i>229</i>
<i>VEREINIGTES KÖNIGREICH</i>	<i>245</i>

EINFÜHRUNG

1. ZIEL DIESES LEITFADENS

Dieser Leitfaden zeigt auf, wie die Rechtsmittel bei Verstößen gegen die Vergabevorschriften der Europäischen Union (EU) in den 15 Mitgliedstaaten in einzelstaatliches Recht umgesetzt wurden. Dabei wird jedem Mitgliedstaat ein eigenes Kapitel gewidmet. Dieser Leitfaden soll die Bieter für Aufträge im klassischen sowie im Sektorenbereich für das Thema sensibilisieren. Jedes Kapitel enthält praktische Erläuterungen zu den rechtlichen Schritten, die Bietern offen stehen, wenn sie infolge eines Verstoßes gegen die Vergabevorschriften Schadensersatz geltend machen wollen.

Der vorliegende Leitfaden stellt jedoch keine detaillierte juristische Analyse sämtlicher verfügbarer Optionen dar, da diese natürlich von der jeweiligen spezifischen Situation abhängen. Aus diesem Grunde werden potentielle Kläger für ihren spezifischen Fall Rechtsberatung in Anspruch nehmen müssen.

2. DIE MATERIELL-RECHTLICHEN VERGABEVORSCHRIFTEN

Die EU hat in der Form von Richtlinien eine Reihe von Rechtsvorschriften erlassen, die sicherstellen sollen, dass bei der öffentlichen Auftragsvergabe ein europaweiter Wettbewerb gewährleistet ist und dass Anbieter und Dienstleistungserbringer in allen Mitgliedstaaten der Union gleichberechtigt Angebote abgeben und an den Auswahlverfahren teilnehmen können. Diese Bestimmungen stellen ein wichtiges Element des Binnenmarktprogramms dar.

Eine Reihe von Richtlinien (die so genannten "klassischen Richtlinien") deckt die Auftragsvergabe durch zentralstaatliche oder örtliche bzw. sonstige Behörden ab. Die

materiell-rechtlichen Vorschriften für diese öffentlichen Organe (die "öffentlichen Auftraggeber") sind in den folgenden drei Richtlinien festgelegt:

i Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der

Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge ("Lieferrichtlinie")¹;

ii Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge ("Baurichtlinie")²; sowie

iii Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge ("Dienstleistungsrichtlinie")³.

Für den Versorgungsbereich wurde mit 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 ("Sektorenrichtlinie")⁴ ein entsprechendes Regelwerk geschaffen. Diese Richtlinie gilt für die Auftragsvergabe durch Versorgungsunternehmen, die dem öffentlichen Sektor angehören, oder durch private Versorgungsunternehmen, die die spezifizierte Tätigkeit auf der Grundlage "besonderer oder ausschließlicher Rechte" durchführen.

3. SCHWELLENWERTE

Die Vergabevorschriften sind anzuwenden, wenn eine Behörde einen Auftrag vergeben will, der einen bestimmten Wert übersteigt. Es gelten die folgenden Schwellenwerte:

- i 5 000 000 ECU für Bauaufträge;
- ii der Gegenwert von 130 000 Sonderziehungsrechten für Liefer- und Dienstleistungsaufträge für zentrale Regierungsbehörden, die unter das internationale Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen fallen;
- iii 200 000 ECU für Liefer- und Dienstleistungsaufträge für andere öffentliche Auftraggeber (z. B. lokale Behörden);
- iv 400 000 ECU für Liefer- und Dienstleistungsaufträge für Auftraggeber, die nicht dem Telekommunikationssektor angehören;
- v 600 000 ECU für Liefer- und Dienstleistungsaufträge für Auftraggeber im Telekommunikationssektor.

¹ Amtsblatt [1993] L 199/1

² Amtsblatt [1993] L 199/54

³ Amtsblatt [1992] L 209/1

⁴ Amtsblatt [1993] L 199/84

Die entsprechenden in der Landeswährung ausgedrückten Beträge werden regelmäßig für einen Zeitraum von zwei Jahren festgesetzt und im Amtsblatt veröffentlicht.

4. VERPFLICHTUNGEN UND POTENTIELLE VERSTÖSSE

Ehe eine Behörde einen – den jeweiligen Schwellenwert überschreitenden - Auftrag erteilt, muss sie ihn normalerweise zunächst in Form einer Bekanntmachung im Supplement zum *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* veröffentlichen und sodann zur Auswahl des erfolgreichen Bieters ein faires Wettbewerbsverfahren durchführen. Potentielle Verletzungen der Vergabevorschriften können entstehen, wenn:

- i der Auftraggeber es versäumt, die Vergabe im *Amtsblatt* bekannt zu geben;
- ii der Auftraggeber bei der Auswahl des Bieters – sei es in der Prüfungsphase oder in der Phase der Auftragsvergabe - nach nicht-objektiven Kriterien verfährt, die zur Diskriminierung von Bieter führen;
- iii der Auftraggeber die Prüfungs- und Zuschlagskriterien nicht zu Beginn des Verfahrens bekannt gibt oder sie während des Verfahrens auf unfaire Weise ändert oder anwendet;
 - iv der Auftraggeber technische Spezifikationen oder Normen zugrunde legt, die zur Diskriminierung bestimmter Bieter führen, z. B. durch Anwendung einzelstaatlicher Normen;
- v der Auftraggeber auf sonstige Weise die Verpflichtung zur Gleichbehandlung aller Bieter verletzt.

Diese Auflistung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit und soll nur summarisch aufzeigen, auf welche Weise gegen die Vergabevorschriften verstoßen werden kann. Im Folgenden werden die Rechtsmittel vorgestellt, die Bieter offen stehen, wenn sie der Meinung sind, infolge eines solchen Verfahrensverstößes einen Schaden erlitten zu haben.

5. DIE RECHTSMITTELRICHTLINIEN

Die materiell-rechtlichen Vergabevorschriften werden durch zwei Richtlinien gestützt, die eigens den Rechtsmitteln gewidmet sind (und gemeinsam als "Rechtsmittelrichtlinien" bezeichnet werden):

- i Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung des Nachprüfungsverfahrens im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge⁵;
- ii 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 Telekommunikationssektor⁶.

Richtlinie 89/665 gilt für Vergabeverfahren gemäß den klassischen Richtlinien (Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge), die Rechtsmittelrichtlinie 92/13 für Vergabeverfahren gemäß der Sektorenrichtlinie.

Die Rechtsmittelrichtlinien verpflichten jeden Mitgliedstaat, dafür zu sorgen, dass Bieter, Vertragspartnern und Dienstleistern, die sich durch einen Verstoß gegen die materiell-rechtlichen Vergabevorschriften geschädigt fühlen, wirksame Nachprüfungsverfahren und Durchsetzungsmechanismen offen stehen. Die Umsetzung dieser Bestimmung in die einzelstaatliche Gesetzgebung erfolgte üblicherweise durch die Verankerung von Rechtsschutz und Rechtsmitteln gemäß den Vergabevorschriften im nationalen Recht. Die spezifischen Vorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten werden in den Kapiteln 2 bis 16 dieses Leitfadens behandelt.

6. RECHTSMITTEL VOR DEN NATIONALEN GERICHTEN

6.1. Vorläufige Maßnahmen

Nach den Rechtsmittelrichtlinien hat jeder Mitgliedsstaat sicherzustellen, dass vorläufige Maßnahmen zur Verfügung stehen. Insbesondere muss es dem sich geschädigt fühlenden Bieter möglich sein, im Wege einer einstweiligen Verfügung die vorläufige Aussetzung des streitigen Verfahrens zu erwirken. Dies ist insofern von Bedeutung, als in so gut wie keinem Mitgliedstaat ein erteilter Zuschlag aufgehoben werden kann, wenn bereits der

⁵ Amtsblatt [1989] L 395/33

⁶ Amtsblatt [1992] L 76/14

Abschluss eines Vertrages erfolgt ist. Ohne die Möglichkeit der einstweiligen Verfügung könnte ein sich geschädigt fühlender Bieter nichts tun, um den Abschluss eines entsprechenden Vertrages zu verhindern, sondern nur noch Schadensersatz geltend machen.

Im Allgemeinen wird keine einstweilige Verfügung mehr erlassen, sobald es zum Abschluss des in Rede stehenden Vertrags gekommen ist. Deshalb sollten sich geschädigt fühlende Bieter unverzüglich eine solche Verfügung erwirken, sobald sie Kenntnis von dem behaupteten Verstoß gegen die Vergabevorschriften erhalten.

Um eine einstweilige Verfügung zu erwirken, muss der sich geschädigt fühlende Bieter möglicherweise zunächst glaubhaft machen, dass zumindest der erste Anschein für seine Argumentation spricht. Hierbei ist besonders zu beachten, dass in den meisten Mitgliedstaaten die Gerichte eine "Interessensabwägung" vornehmen. Das heißt, die klagende Partei muss gegebenenfalls nachweisen, dass sie mit hoher Wahrscheinlichkeit ernsthaften und möglicherweise irreparablen Schaden erleidet, wenn keine einstweilige Verfügung erlassen wird. Darüber hinaus muss der geltend gemachte Schaden die Nachteile überwiegen, die dem öffentlichen Auftraggeber und dem Interesse der Allgemeinheit durch eine einstweilige Verfügung entstehen würden. Weiter muss die klagende Partei eventuell nachweisen, dass der ihr im Falle der Verweigerung einer einstweiligen Verfügung mit hoher Wahrscheinlichkeit entstehende Schaden durch finanzielle Kompensation nicht angemessen wiedergutzumachen wäre.

6.2 Aufhebung und Änderung

Gemäß den Rechtsmittelrichtlinien müssen die einzelstaatlichen Gerichte desweiteren mit einer entsprechenden Verfügung die Aufhebung des Verfahrens und die Änderung von Unterlagen anordnen können. Genau wie bei den vorläufigen Maßnahmen kann in der nationalen Gesetzgebung vorgesehen sein, dass eine Aufhebung bzw. Änderung nur vor dem in Rede stehenden Vertragsabschluss beantragt werden kann. Analog zur Entscheidung über eine einstweilige Verfügung nehmen die nationalen Gerichte auch in diesen Fällen eine Interessensabwägung vor.

6.3 Schadensersatz

Gemäß den Rechtsmittelrichtlinien hat der erfolgreiche Kläger auch dann Anspruch auf Schadensersatz, wenn der in Rede stehende Vertrag bereits abgeschlossen wurde. In allen Mitgliedstaaten können Schadensersatzforderungen nur vor allgemeinen Zivilgerichten

geltend gemacht werden, auch wenn die einstweilige Verfügung bzw. die Aufhebung des Verfahrens üblicherweise vor einem Verwaltungsgericht erwirkt werden muss. In den Rechtsmittelrichtlinien werden die Grundsätze der Anwendung und Bemessung des geltend gemachten Schadens nicht näher ausgeführt. Diese Angelegenheiten unterliegen jedoch dem umfassenderen Grundsatz, dass bei Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht wirksame Rechtsmittel zur Verfügung stehen müssen. Dieser umfassendere Grundsatz wurde vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) in den verbundenen Rechtssachen C-46/93, *Brasserie de Pêcheur* und C-48/93, *Factortame* unterstrichen. In seinem Urteil vom 5. März 1996 heißt es, dass:

"der Ersatz der Schäden, die dem Bürger durch Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, angemessen sein muss, so dass ein effektiver Schutz der Rechte des Bürgers gewährleistet ist."

Auf der Grundlage dieses allgemeinen Grundsatzes erfolgt die Bemessung des Schadens durch nationale Gesetze und Praktiken.

Üblicherweise muss ein geschädigter Kläger nachweisen, dass:

- i **der öffentliche Auftraggeber gegen die Vergabevorschriften verstoßen hat;**
- ii der Kläger einen Schaden oder Verlust erlitten hat; und
- iii dass zwischen dem Verstoß und dem erlittenen Schaden ein direkter ursächlicher Zusammenhang besteht.

In einigen Mitgliedstaaten braucht die klagende Partei das Vorliegen eines Verfahrensverstößes dann nicht nachzuweisen, wenn die strittige Entscheidung bereits von einem Verwaltungsgericht für rechtswidrig erklärt und aufgehoben wurde und die klagende Partei nun Schadensersatzklage vor einem Zivilgericht erhebt.

In den meisten Mitgliedstaaten scheint einem geschädigten Bieter grundsätzlich (vollständiger oder teilweiser) Ersatz zuzustehen für:

- i die ihm im Zusammenhang mit der Erstellung des Angebots und der Teilnahme an der Ausschreibung entstandenen Kosten ("Angebotskosten");

- ii den entgangenen Gewinn, den er im Falle der Zuschlagserteilung realisiert hätte.

Dabei taucht immer wieder die Frage auf, ob ein Kläger, der Anspruch auf Schadensersatz (bzw. zumindest auf Ersatz für entgangenen Gewinn) geltend macht, auch nachweisen muss, dass er den in Rede stehenden Zuschlag erhalten hätte, wenn der behauptete Verstoß nicht begangen worden wäre. Oder reicht es aus, wenn der Kläger nachweist, dass er eine echte Chance hatte, den Zuschlag zu erhalten?

In Richtlinie 89/665 wird auf diese Frage nicht eingegangen, Richtlinie 92/13 hingegen enthält klärende Hinweise, was den Ersatz der Angebotskosten im Versorgungsbereich anbelangt: weist der geschädigte Bieter nach, dass er eine "echte Chance" gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten, so steht ihm (mindestens) Schadensersatz für die Kosten der Vorbereitung des Angebots zu. In vielen Mitgliedstaaten legen die allgemeinen Rechtsgrundlagen und die einschlägige Rechtsprechung nahe, dass der Nachweis einer "echten Chance" generell auf Schadensersatzforderungen nach beiden Rechtsmittelrichtlinien anzuwenden sei.

6.4. Geldstrafen

Artikel 2 Absatz 1 der Rechtsmittelrichtlinie 92/13 gibt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, alternativ zu der üblichen Kombination aus vorläufigen Maßnahmen und Aufhebungsverfügungen, die zumindest vor Vertragsabschluss zur Verfügung stehen muss, einer andere Form des Rechtsbehelfs anzuwenden. Wenn ein Verstoß nicht korrigiert oder verhindert wird, kann statt der beiden oben genannten Mittel auch die Verhängung einer Geldstrafe vorgesehen werden. Dies haben bislang nur drei Mitgliedstaaten in ihrer Rechtsprechung vorgesehen: Frankreich, Dänemark (ausschließlich für Offshore-Öl und Gasversorgung) und Luxemburg.

7. BESCHWERDE BEI DER EUROPÄISCHEN KOMMISSION

Zusätzlich zu (bzw. anstatt) einer Klage vor einem einzelstaatlichen Gericht können Bieter auch bei der Europäischen Kommission in Brüssel Beschwerde einlegen (Adresse: 200 rue de la Loi, 1049 Brüssel). Die Kommission muss für die Einhaltung der Vergaberichtlinien sorgen und hat Erfahrung mit der Bearbeitung von Beschwerden von Einzelpersonen und Unternehmen.

Gemäß den Rechtsmittelrichtlinien kann die Kommission ein "Korrektur"verfahren anwenden, wenn sie vor Abschluss eines Vertrages zu der Auffassung gelangt, dass ein klarer und eindeutiger Verstoß gegen die Gemeinschaftsvorschriften für die Auftragsvergabe vorliegt. In einem solchen Fall wird die Kommission dem öffentlichen Auftraggeber und der Regierung des entsprechenden Mitgliedstaates die Umstände des

behaupteten Verstoßes mitteilen. Sie wird eine Frist von mindestens 21 ("klassischer Bereich ") bzw. 30 Tagen (Sektorenbereich) setzen, innerhalb derer die Regierung Stellung zu nehmen hat. In der Praxis wird damit der öffentliche Auftraggeber - über die Regierung – aufgefordert, sein Verhalten zu rechtfertigen, den Verstoß zu korrigieren oder das Vergabeverfahren auszusetzen.

Falls die Kommission durch die Erklärungen oder Handlungen des öffentlichen Auftraggebers bzw. der Regierung des Mitgliedstaates nicht zufrieden gestellt wird, kann sie gemäß Artikel 169 EG-Vertrag ein förmliches Verfahren gegen die Regierung eröffnen. Dies kann in letzter Konsequenz dazu führen, dass der Europäische Gerichtshof die Regierung wegen Nichterfüllung ihrer Verpflichtungen nach dem Gemeinschaftsrecht verurteilt. In besonders schwerwiegenden Fällen kann die Kommission den Europäischen Gerichtshof auch ersuchen, vorläufige Maßnahmen zuzulassen.

8. AUSSERGERICHTLICHE BEILEGUNG

Kommt es in Bezug auf das Vergabeverfahren zu Meinungsverschiedenheiten, so sind üblicherweise beide Parteien (Auftraggeber und Bieter) daran interessiert, die Angelegenheit ohne Hinzuziehung der Gerichte zu regeln. Das heißt, der Bieter sollte zunächst einmal in Erwägung ziehen, im Interesse einer gütlichen Beilegung mit dem in Rede stehenden Auftraggeber Kontakt aufzunehmen. So könnte zum Beispiel der öffentliche Auftraggeber zur Beseitigung einer diskriminierenden technischen Norm oder eines sonstigen Zuschlagskriteriums bewogen werden.

Scheitert ein Versuch der gütlichen Beilegung, so könnten die Parteien versuchen, im Wege der Schlichtung zu einer Einigung zu gelangen, und sich auf die Bestellung eines anerkannten unabhängigen Schlichters einigen. Im Anschluss an die folgenden einzelstaatlichen Kapitel ist im Anhang "Nützliche Adressen" für jeden Mitgliedstaat die Adresse eines solchen unabhängigen akkreditierten Personenkreises angegeben.

Bei Streitigkeiten bei Vergabeverfahren im Sektorenbereich kann ein Bieter das in der Rechtsmittelrichtlinie 92/13 für den Versorgungsbereich festgelegte Schlichtungsverfahren in Anspruch nehmen. Dazu sind die folgenden Schritte erforderlich:

- i der Bieter richtet einen Antrag auf Eröffnung eines Schlichtungsverfahrens an die Europäische Kommission;
- ii die Kommission fordert den Auftraggeber auf anzugeben, ob er am Schlichtungsverfahren teilnehmen möchte. Das Verfahren kann nur durchgeführt werden, wenn der Auftraggeber sein Einverständnis erteilt;
- iii die Kommission schlägt einen Schlichter vor, der in einer Liste von unabhängigen, für diese Aufgaben akkreditierten Personen verzeichnet ist. Beide Parteien müssen erklären, ob sie den Schlichter akzeptieren, und benennen jeweils einen weiteren Schlichter;

- iv der Bieter, der das Schlichtungsverfahren beantragt hat, der Auftraggeber und alle anderen Bewerber oder Bieter erhalten die Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern;
- v die Schlichter bemühen sich, auf der Grundlage des Gemeinschaftsrechts eine Einigung zwischen den Parteien herbeizuführen.

Beide Parteien können das Verfahren jederzeit beenden. Sofern nichts anderes beschlossen wird, kommt jede Partei für ihre eigenen Kosten auf.

ÖSTERREICH

erstellt von Herbert Smith (Brüssel)

und Schönherr Barfuss Torggler & Partner (Wien), 1997

INHALT

Error! No table of contents entries found.	Anhang 1: Nützliche Adressen
.....	31

ÖSTERREICH

1. Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien

In den Gesetzen zur öffentlichen Auftragsvergabe spiegelt sich genau wie in anderen Rechtsbereichen die bundesstaatliche Struktur Österreichs wider. Auf Bundesebene wurden alle EU-Vergaberichtlinien, einschließlich der Rechtsmittelrichtlinien 89/665 und 92/13, durch das Bundesvergabegesetz umgesetzt. In den neun Bundesländern wird die Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber, soweit sie unter die EU-Richtlinien fällt, in entsprechenden Landesgesetzen geregelt. In diesem Kapitel wird vor allem die Situation auf Bundesebene behandelt, mit Verweisen auf die Situation in den Bundesländern, wo dies sinnvoll erscheint.

Mit der am 1. Januar 1997 in Kraft getretenen, gegenwärtig gültigen Fassung des Bundesvergabegesetzes wurde das seit 1994 gültige Bundesvergabegesetz geändert⁷. Die Veröffentlichung der konsolidierten Fassung des Gesetzes erfolgte am 27. März 1997⁸. Das neue Gesetz gilt für alle Verträge mit klassischen öffentlichen Auftraggebern und Sektorenauftraggebern, deren Wert den für die Anwendung der EU-Bestimmungen relevanten Schwellenwerten übersteigt. Unterhalb dieser Schwellenwerte findet bei allen Vergabeverfahren öffentlicher Auftraggeber mit Ausnahme der Sektorenauftraggeber die von einem privaten Verband erarbeitete und im Bundesgesetzblatt 17/1994 veröffentlichte ÖNORM A 2050 Anwendung.⁹

Die in dem Gesetz enthaltenen Vorschriften über die Rechtsmittel können mittels Verordnung der Bundesregierung auch auf Verträge mit öffentlichen Auftraggebern ausgedehnt werden, deren Wert unter den Schwellenwerten liegt. Bislang wurde nur eine solche Verordnung erlassen. In ihr ist festgelegt, dass das Bundesvergabegesetz auch auf bestimmte Bauaufträge anzuwenden ist, deren Wert 500 000 ECU übersteigt.

⁷ Bundesvergabegesetz vom 14. Juli 1993 (Bundesgesetzblatt 1993/462), geändert durch das *Bundesgesetz, mit dem das Bundesvergabegesetz geändert wird* (Bundesgesetzblatt 1996/776). Dieses Änderungsgesetz trat am 1. Januar 1997 in Kraft.

⁸ Bundesgesetzblatt I 1997/56. In dieser Fassung des Bundesvergabegesetzes sind zwar alle Abschnitte neu nummeriert und die Verweise auf andere Abschnitte geändert, die Rechtslage bleibt jedoch unverändert.

⁹ Davon ausgenommen sind Verträge über "nicht prioritäre" Dienstleistungen wie juristische Dienstleistungen und Hotel- und Gaststätdienstleistungen.

In den Landesvergabegesetzen der neun österreichischen Bundesländer wird die auf Bundesebene mit dem Gesetz von 1997 realisierte vollständige Umsetzung nicht erreicht. So finden die Bestimmungen zu Dienstleistungsverträgen und zu den Rechtsmitteln im Sektorenbereich in einigen Bundesländern noch immer keine Anwendung. Diese Regelungslücke soll durch die Einführung überarbeiteter Landesvergabegesetze in allen Bundesländern geschlossen werden.

2. Zuständige Gremien

2.1 Bundesebene

Auf Bundesebene wurden zur Überprüfung von Vergabeverfahren zwei Verwaltungsorgane eingerichtet: die *Bundesvergabekontrollkommission* (im Folgenden "Kontrollkommission") und das *Bundesvergabeamt*. Beide Gremien sind beim Bundesministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten in Wien angesiedelt und werden von diesem finanziert.¹⁰ Sie sind jedoch rechtlich vom Ministerium unabhängig und bei ihren Entscheidungen in Vergabeangelegenheiten weisungsfrei gestellt. Die Kontrollkommission nimmt eine Schlichtungsfunktion wahr, während das Bundesvergabeamt entscheidungsbefugt ist und ein Gericht im Sinne von Art. 177 EG-Vertrag darstellt.

Der Vorsitzende des Bundesvergabeamtes und seine Stellvertreter müssen Richter sein. Vom Vorsitzenden der Kontrollkommission und seinen Stellvertretern wird dies nicht verlangt, sie dürfen aber weder einer vergebenden Behörde noch einem bietenden Unternehmen angehören. Sie werden zusammen mit den anderen Mitgliedern der Kontrollkommission und des Bundesvergabeamtes von der Bundesregierung für eine Amtszeit von 5 Jahren ernannt.

2.1.1 Zuständigkeit der Kontrollkommission

Jeder Bieter, der sich geschädigt fühlt, muss sich zunächst an die Kontrollkommission wenden. Diese kann keine Entscheidung fällen; sie wird lediglich schlichtend tätig und gibt nicht bindende Empfehlungen und Gutachten ab. Die Kontrollkommission kann in den folgenden Fällen angerufen werden:

- (1) vor der Zuschlagserteilung zur Schlichtung zwischen den Bewerbern bzw. Bietern und dem öffentlichen Auftraggeber, wenn erstere geltend machen, der Auftraggeber habe gegen die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes verstoßen;
- (2) während der Zuschlagsfrist bei Aufträgen, deren Wert über 200 Mio. ATS liegt, vom Auftraggeber als Gutachter darüber, ob die beabsichtigte Vergabe mit den Normen in Einklang steht;

¹⁰ Die Bundesregierung kann die Einrichtung von Zweigstellen der Vergabekontrollkommission und des Bundesvergabeamtes außerhalb von Wien anordnen, was bislang aber nicht geschah.

- (3) nach der Zuschlagserteilung vom Auftraggeber als Gutachter über die Durchführung des Auftragsvertrages; und
- (4) von den Auftraggebern zur Erstellung von Gutachten über die Anwendbarkeit des Bundesvergabegesetzes auf ihre Vergabeverfahren, als Leitlinie für ihre zukünftige Vergabepaxis.

Die erste der oben angeführten Funktionen – die Schlichtung – ist in der Praxis bei weitem am wichtigsten. Die Kontrollkommission muss sich um eine gütliche Beilegung des Streites zwischen dem geschädigten Bieter und der vergebenden Stelle bemühen. Erweist sich das als unmöglich, so hat sie eine Empfehlung für eine Entscheidung zu geben. Diese Empfehlung ist nicht bindend.

Sobald die Kontrollkommission die Vergabestelle über ihr Tätigwerden in Kenntnis gesetzt hat, darf diese für einen Zeitraum von vier Wochen ab dem Datum der Mitteilung den Zuschlag nicht erteilen. Ein in diesem Zeitraum geschlossener Vertrag ist null und nichtig, es sei denn, das Ersuchen des Bieters wird wegen fehlender Zuständigkeit zurückgewiesen oder die Parteien haben sich zwischenzeitlich gütlich geeinigt. Somit kann ein geschädigter Bieter durch die Anrufung der Kontrollkommission für mindestens vier Wochen die Zuschlagserteilung durch den öffentlichen Auftraggeber verhindern (außer wenn die Kontrollkommission diesen nicht davon in Kenntnis setzt), und der Auftraggeber kann nach Einleitung des Schlichtungsverfahrens vor der Kontrollkommission nicht mehr vollendete Tatsachen schaffen, indem er einfach den Zuschlag erteilt.

2.1.2 Zuständigkeit des Bundesvergabeamts

Das Bundesvergabeamt hat die folgenden Zuständigkeiten:

- (1) es kann während des Vergabeverfahrens Entscheidungen der vergebenden Stelle für nichtig erklären und eine einstweilige Verfügung erlassen;
- (2) es kann nach Zuschlagserteilung auf Antrag eines geschädigten Bewerbers oder Bieters feststellen, ob die vergebende Stelle den Auftrag in rechtswidriger Weise nicht an den Bestbieter vergeben hat, sowie auf Antrag der vergebenden Stelle, ob der Geschädigte bei rechtmäßiger Auftragsvergabe eine echte Chance gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten.

Wenn ein Angebot abgelehnt wird und der sich geschädigt fühlende Bieter behauptet, die Ablehnung sei rechtswidrig, geht das Gesetz davon aus, dass das Vergabeverfahren nach wie vor in Kraft ist.

Vor der Zuschlagserteilung kann das Bundesvergabeamt dann angerufen werden, wenn bereits ein Schlichtungsverfahren vor der Kontrollkommission stattfand bzw. diese entweder nicht innerhalb von zwei Wochen tätig geworden ist oder sich selbst für unzuständig erklärt hat. Ehe sich ein geschädigter Bieter an das Bundesvergabeamt wendet, muss er sich also zunächst um die gütliche Beilegung des Streits vor der Kontrollkommission bemühen.

Ein Antrag auf Nachprüfung durch das Bundesvergabeamt ist innerhalb von zwei Wochen nach Vorliegen der Empfehlung der Kontrollkommission zu stellen. Nach

erfolgreicher Schlichtung durch die Kontrollkommission ist er nicht mehr zulässig. In einem solchen Fall kann das Bundesvergabeamt nur dann entscheiden, wenn der Antragsteller nachweist, dass der öffentliche Auftraggeber die Schlichtungsvereinbarung nicht eingehalten hat.

Für die Anrufung des Bundesvergabeamts *nach* der Zuschlagserteilung gilt eine Frist von sechs Wochen ab dem Tag, an dem der geschädigte Bieter von der Zuschlagserteilung erfahren hat.

2.2 Länderebene

Die österreichischen Bundesländer haben bei der Umsetzung der Richtlinie 89/665 ihren Ermessensspielraum genutzt und auf Länderebene ein breites Spektrum von Rechtsmitteln eingeführt. In den meisten von ihnen ist – anders als beim zweistufigen System auf Bundesebene - die Nachprüfung durch ein einziges Gremium vorgesehen. Lediglich Oberösterreich hat sich für ein vollständiges zweistufiges System entschieden (mit der Landesregierung als erster und dem Unabhängigen Verwaltungssenat des Landes als zweiter Instanz), in Niederösterreich ist ein Schlichtungsverfahren vor der Landesregierung Voraussetzung für die Klageerhebung vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat des Landes.

Die Bundesländer Kärnten, Burgenland, Ober- und Niederösterreich haben die Zuständigkeit für Fälle, in denen Rechtsmittel gegen die rechtswidrige Vergabe eines Auftrags durch einen öffentlichen Auftraggeber im jeweiligen Land eingelegt werden, bei den Verwaltungsgerichten (*Unabhängige Verwaltungssenate*) angesiedelt. Im Burgenland werden Vergabefälle vor einer speziellen Kammer des Unabhängigen Verwaltungssenats verhandelt. In Oberösterreich müssen Beschwerdeführer zunächst einen Nachprüfungsantrag bei der Landesregierung stellen. Erst gegen deren Entscheidung ist die Berufung an den Unabhängigen Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich zulässig.

Die übrigen Bundesländer haben für Streitigkeiten im Zusammenhang mit der öffentlichen Auftragsvergabe spezielle Verwaltungsgremien eingerichtet. In Vorarlberg, Tirol und Wien sind diese Gremien ähnlich aufgebaut: der Vorsitzende muss Richter sein (in Tirol nicht der Vorsitzende, sondern ein Mitglied), die übrigen Mitglieder werden zur einen Hälfte von der Wirtschaftskammer und der Architekten- und Ingenieurkonsulentenkammer und zur anderen von staatlichen Behörden ernannt, der Vorsitzende von der Landesregierung.¹¹ Das Gleiche gilt für Salzburg, nur dass der Vorsitzende Richter hier nicht wie in den anderen Ländern von einem Bundeszivilgericht kommt, sondern Mitglied des Unabhängigen Verwaltungssenats Salzburgs ist.

¹¹ Einer Entscheidung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs zufolge verstößt das Tiroler Landesvergabeamt gegen Artikel 2 Absatz 8 der Rechtsmittelrichtlinie 89/665. Diese Frage wurde nun von diesem Nachprüfungsgremium dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorgelegt (Rs. C-103/97, ABl. C 142/10).

Ganz anders sehen die Regelungen in der Steiermark aus: Das neu eingerichtete Nachprüfungsgremium für Vergabeverfahren ist beim Landesrechnungshof Steiermark angesiedelt, aus dem auch seine Mitglieder stammen. Obwohl das Gremium organisatorisch und haushaltstechnisch in den Landesrechnungshof integriert ist, haben weder dieser noch die steiermärkische Landesregierung Einfluss auf seine Entscheidungen in Vergabeangelegenheiten. Seine Mitglieder sind frei in ihrer Entscheidung und an keine Weisung der Landesregierung gebunden.

3. Zur Verfügung stehende Rechtsmittel

Die folgende Darstellung der Rechtsmittel bezieht sich auf das Bundesvergabegesetz. Auf Länderebene stehen im Wesentlichen die gleichen Rechtsmittel zur Verfügung. Ausnahmen gibt es lediglich im Dienstleistungs- und im Sektorenbereich, wo eine Reihe von Bundesländern die relevanten EU-Richtlinien noch immer nicht umgesetzt haben.

3.1 *Mediation/Schlichtung*

Auf Bundesebene kann der sich geschädigtühlende Bieter die Kontrollkommission um Erstellung eines nicht bindenden Gutachtens ersuchen; dies ist Voraussetzung für eine Entscheidung des Bundesvergabebeamten. Die Kontrollkommission kann keine vollstreckbaren Rechtstitel zuerkennen, sondern nur vermittelnd und schlichtend tätig werden.

Das Gesetz von 1997 sieht vor, dass alle Streitigkeiten, zu denen es im Verlauf eines Vergabeverfahrens zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und einem Bieter kommen kann, in einem Schlichtungsverfahren beigelegt werden können. Dieses wird gemäß den Bestimmungen der österreichischen Zivilprozessordnung durchgeführt.

3.2 *Vorläufige Maßnahmen*

Auf Bundesebene kann ein sich geschädigtühlender Bieter beim Bundesvergabebeamten eine einstweilige Verfügung beantragen, mit der das Vergabefahren ganz oder teilweise (z. B. die Auftragsvergabe) ausgesetzt oder eine andere Maßnahme angeordnet wird, um den Antragsteller vor Schaden zu bewahren. Dies ist allerdings nur dann möglich, wenn der sich geschädigtühlende Bieter zuvor ein Schlichtungsverfahren vor der Kontrollkommission beantragt hat, wenn keine gütliche Einigung erreicht wurde und wenn der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung innerhalb von zwei Wochen nach dem Datum gestellt wird, an dem der Antragsteller von der Empfehlung der Kontrollkommission Kenntnis erhalten hat. Eine gütliche Einigung schließt den Erlass vorläufiger Maßnahmen aus, es sei denn der Antragsteller macht glaubhaft, dass sich der Auftraggeber nicht an das Ergebnis der gütlichen Einigung hält oder gehalten hat.

Vorläufige Maßnahmen sind nur während des Vergabeverfahrens möglich und nicht mehr nach Abschluss des in Rede stehenden Vertrages. Gemäß dem

Bundesvergabegesetz gilt der Vertrag dann als förmlich geschlossen, wenn die vergebende Stelle den erfolgreichen Bieter schriftlich über die Zuschlagserteilung in Kenntnis gesetzt hat.

Das Gesetz von 1997 stellt sicher, dass ein geschädigter Bieter die Möglichkeit hat, eine rechtswidrige Zuschlagserteilung durch den öffentlichen Auftraggeber zu verhindern, da:

- (i) der Auftraggeber innerhalb von vier Wochen nach Erhalt der Mitteilung, dass bei der Kontrollkommission ein Ersuchen auf Einleitung eines Schlichtungsverfahrens gestellt wurde, den Zuschlag nicht erteilen darf;
- (ii) die Kontrollkommission innerhalb von zwei Wochen eine Entscheidung treffen muss; und
- (iii) das Bundesvergabeamt innerhalb von fünf Tagen über eventuelle vorläufige Maßnahmen entscheiden muss.

Mit einer einstweiligen Verfügung können das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen der Vergabestelle vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden, um den geschädigten Bieter vor Schaden zu bewahren bzw. ihn dafür zu entschädigen. Gemäß § 116 Absatz 5 des Gesetzes von 1997 ist eine einstweilige Verfügung maximal für zwei Monate in Kraft. Da die Frist für die Nichtigklärung einer Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers durch das Bundesvergabeamt ebenfalls zwei Monate beträgt, ist die einstweilige Verfügung also in jedem Fall so lange in Kraft, bis das Amt darüber entschieden hat.

Wenn die Vergabestelle innerhalb von vier Wochen nach Erhalt der Mitteilung über das Tätigwerden der Kontrollkommission den Zuschlag erteilt, ist der mit dem erfolgreichen Bieter geschlossene Vertrag gemäß § 109 Absatz 8 des Gesetzes null und nichtig. Diese Bestimmung gilt jedoch nur für die ersten vier Wochen nach dem Eingang einer entsprechenden Mitteilung beim Auftraggeber. Es wird nicht ausdrücklich festgelegt, dass der entsprechende Vertrag auch dann als nichtig zu betrachten ist, wenn der Zuschlag rechtswidrig und unter Verstoß gegen die angeordnete einstweilige Verfügung *nach* Ablauf dieses Vier-Wochen-Zeitraums erteilt wird. Wenn der vertragschließende erfolgreiche Bieter nicht von der einstweiligen Verfügung in Kenntnis gesetzt wurde, kann der abgeschlossene Vertrag ungeachtet des Verstoßes gegen diese einstweilige Verfügung nicht aufgehoben werden.

Wer eine vorläufige Maßnahme beantragt, muss nachweisen, dass die angefochtene Handlung der vergebenden Stelle seine Interessen beeinträchtigt. Gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes hat das Bundesvergabeamt bei der Entscheidung über die Erlassung einer vorläufigen Maßnahme alle möglichen negativen Auswirkungen zu berücksichtigen. Das Amt muss die Interessen des öffentlichen Auftraggebers, des Antragstellers und der sonstigen Bewerber oder Bieter gegeneinander abwägen. Darüber hinaus hat es einem wie auch immer gearteten öffentlichen Interesse an der unverzüglichen Fortführung des Vergabeverfahrens in besonderem Maße Rechnung zu tragen. Die Beweislast für den Nachweis eines solchen öffentlichen Interesses liegt bei der vergebenden Stelle.

3.3 Aufhebung bzw. Nichtigerklärung

Ein Bieter, der sich geschädigt fühlt, kann beim Bundesvergabeamt die Aufhebung aller im Verlauf eines Vergabeverfahrens von der Vergabestelle getroffenen Entscheidungen beantragen.

Um die Nichtigerklärung einer Entscheidung zu erreichen, muss der Antragsteller darlegen, dass

- i seine verfahrensrechtlichen oder materiellen Rechte verletzt wurden;
- ii die angefochtene Entscheidung für den Ausgang des Vergabeverfahrens von entscheidender Bedeutung ist;
- iii zuvor ein Schlichtungsverfahren vor der Kontrollkommission durchgeführt wurde, aber nicht zu einer gütlichen Einigung führte. Das Bundesvergabeamt ist allerdings nicht an die von der Kontrollkommission im Schlichtungsverfahren gegebene Empfehlung gebunden.

Auf Bundesebene kann sich die Nichtigerklärung auf jede im Verlauf des Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung beziehen. Dies trifft im Wesentlichen auch in sieben der neun österreichischen Bundesländer zu, nur in Kärnten und Wien gelten enger gefasste Bestimmungen. In Kärnten kann nicht jede Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers angefochten werden. Gegenstand einer Nichtigerklärung können hier nur diskriminierende Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit, die Nicht-Zulassung zu einem nicht offenen Verfahren oder einem Verhandlungsverfahren und der nicht gerechtfertigte Ausschluss eines Bieters sein. In Wien gelten noch restriktivere Bestimmungen: Gegenstand einer Anfechtung können hier nur zwei Punkte sein: diskriminierende Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit und der Ausschluss eines Bieters in einem Verhandlungsverfahren oder einem nicht offenen Verfahren, obwohl er die in der Aufforderung zur Angebotsabgabe enthaltenen Anforderungen erfüllt.

Anders als bei Entscheidungen, die während des Vergabeverfahrens getroffen wurden, ist die Aufhebung bzw. Aussetzung eines einmal abgeschlossenen Vertrags nicht mehr möglich, da der Grundsatz der Unveränderbarkeit von Verträgen auch dann gilt, wenn der Vertragsabschluss in rechtswidriger Weise erfolgte. Das Bundesvergabeamt kann keine Verträge aufheben. Dazu sind nur die Zivilgerichte befugt.

Nach dem Vertragsrecht kann jede Partei eines Vertrags, nicht aber ein übergangener Bieter, die Aufhebung des Vertrags oder bestimmter Vertragsklauseln beantragen, wenn der Vertrag bzw. die Klauseln gegen ein Gesetz verstoßen und dieses zumindest zum Teil auf ein Verbot solcher Verträge abzielt. So sind insbesondere Klauseln in den Ausschreibungsunterlagen oder in der Aufforderung zur Angebotsabgabe, die gegen wesentliche Grundsätze des Gesetzes von 1997 verstoßen, z.B. gegen den Grundsatz der Nichtdiskriminierung, hinsichtlich des vergebenen Auftrags null und nichtig. Der erfolgreiche Bieter ist nicht zur Einhaltung eines solchen Vertrags verpflichtet, und er braucht kein Gericht anzurufen, um eine Nichtigerklärung zu erwirken. Die vergebende

Stelle kann ihrerseits vom Vertrag zurücktreten, wenn der erfolgreiche Bieter eine Straftat (z. B. Bestechung) begangen hat, um den Zuschlag zu erhalten.

3.4 Schadensersatz

Gemäß § 122 Bundesvergabegesetz kann ein Bewerber oder Bieter in einem Vergabeverfahren vor einem Zivilgericht Schadensersatz fordern, wenn der öffentliche Auftraggeber die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes verletzt hat.

Ein geschädigter Bieter, der Schadensersatzforderungen geltend machen will, muss zunächst beim Bundesvergabeamt einen Antrag auf Nachprüfung stellen. Eine Schadensersatzklage ist erst dann zulässig, wenn das Amt festgestellt hat, ob ein Verstoß gegen eine Bestimmung zur öffentlichen Auftragsvergabe vorliegt. Wenn dies der Fall ist, muss das Amt ermitteln, inwieweit der Verstoß die Chancen des übergangenen Bieters auf Erteilung des Zuschlags beeinflusst hat. Ein Anspruch auf Schadensersatz besteht nicht, wenn das Bundesvergabeamt zu dem Schluss gelangt, dass der Bieter keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte (§ 122 Absatz 2).

Befindet das Bundesvergabeamt, dass ein Gesetzesverstoß vorliegt und der Antragsteller ohne diesen Verstoß eine Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte, so kann der Antragsteller ohne nennenswertes Risiko gerichtlich gegen den öffentlichen Auftraggeber vorgehen, da über die wichtigste strittige Frage bereits entschieden wurde. Im Gerichtsverfahren geht es dann nur um die Höhe des Schadens und um die Frage, ob die Vergabestelle in fahrlässiger Weise gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen hat. Überdies liegt die Beweislast nicht mehr beim Kläger, sondern der Auftraggeber muss beweisen, dass er keinen fahrlässigen Gesetzesverstoß begangen hat (Umkehr der Beweislast). Da der Auftraggeber die Gesetze kennen und beachten muss, ist kaum ein Verstoß gegen gesetzliche Bestimmungen ohne schuldhaftes Verhalten vorstellbar.

Sowohl im Bundesvergabegesetz in der geänderten Fassung von 1997, in dem der Ausschluss von Schadensersatzleistungen für entgangenen Gewinn abgeschafft wurde, als auch im allgemeinen Zivilrecht¹² ist vorgesehen, dass ein abgelehnter Bieter vor den Zivilgerichten Schadensersatz für den entgangenen Gewinn und für die Kosten der Angebotstellung einklagen kann. Dazu muss er nachweisen, dass er bei Einhaltung der Verfahrensvorschriften den Zuschlag erhalten hätte. In allen Landesvergabegesetzen (außer in denen der Bundesländer Oberösterreich und Kärnten) sind Schadensersatzleistungen für entgangenen Gewinn nach wie vor ausgeschlossen, doch bereits in naher Zukunft ist hier mit einer Angleichung an das Bundesrecht zu rechnen.

Wie bereits erwähnt, hat das Bundesvergabeamt zu entscheiden, ob ein Antragsteller das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot unterbreitet hat und deshalb bei Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen den Zuschlag hätte erhalten müssen. Der sich geschädigt fühlende Bieter wird nur dann vor den Zivilgerichten Schadenersatz für entgangenen

¹² § 1311 ABGB

Gewinn einklagen können, wenn das Bundesvergabeamt befindet, dass er tatsächlich das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot unterbreitet hat. Ansonsten wird Schadensersatz wohl (im besten Fall) nur für die Kosten der Angebotstellung und der durch die Teilnahme am Vergabeverfahren entstandenen sonstigen Kosten zuerkannt.

Bislang wurden keine Entscheidungen veröffentlicht, in denen Zivilgerichte bei Klagen auf der Grundlage des Bundesvergabegesetzes Schadensersatz zuerkannt hätten.¹³ Die Grundsätze der Zuerkennung und Berechnung von Schadensersatz nach dem Bundesvergabegesetz müssen somit erst noch in der Praxis entwickelt werden.

4. Zugang zu den Verfahren

4.1 Bundesebene

Gemäß dem Bundesvergabegesetz kann sich sowohl ein *Bieter* (eine Firma oder Person, die ein Angebot einreicht) als auch ein *Bewerber* (eine Firma oder Person, die sich um die Teilnahme an einem nicht offenen Verfahren oder einem Vergabeverfahren bemüht) an die Kontrollkommission wenden. Auch Wirtschaftskammern und andere Interessenvertretungen können für ein bestimmtes Unternehmen ein Schlichtungsverfahren vor der Kontrollkommission einleiten. Sie sind hingegen nicht dazu berechtigt, zu einer Entscheidung in einem Vergabeverfahren ein Nachprüfungsverfahren vor dem Bundesvergabeamt zu beantragen. Die Vergabestelle selbst kann die Kontrollkommission um Erstellung eines Rechtsgutachtens ersuchen.

Jeder Bewerber oder Bieter, der sich in seinen Rechten verletzt glaubt, kann seinen Fall vor das Bundesvergabeamt bringen, wenn er sich vorher vor der Kontrollkommission um eine gütliche Einigung bemüht hat. Wenn in einem Schlichtungsverfahren eine gütliche Einigung erzielt wurde, kann kein Antrag auf ein Nachprüfungsverfahren vor dem Bundesvergabeamt mehr gestellt werden. Ebenso wenig kann das betroffene Unternehmen das Bundesvergabeamt um eine Entscheidung ersuchen, wenn die behauptete Rechtsverletzung keine Auswirkung auf die Zuschlagserteilung hatte.

Wie bereits dargelegt, ist eine Schadensersatzklage vor einem Zivilgericht nur zulässig, wenn zuvor eine Feststellung des Bundesvergabeamtes zugunsten des übergangenen Bieters erfolgt ist.

4.2 Länderebene

¹³

Der Österreichische Oberste Gerichtshof hat vor Inkrafttreten des Bundesvergabegesetzes nach dem allgemeinen Zivilrecht im Zusammenhang mit einer Verletzung der (damals nicht bindenden) Bestimmungen zur öffentlichen Auftragsvergabe Schadensersatz zuerkannt (Fall 7 Ob 568/94). Dabei stützte es sich auf den allgemeinen Grundsatz der *culpa in contrahendo*, der besagt, dass für die voraussichtlichen Vertragspartner bereits vor Vertragsschluss bestimmte Verpflichtungen zur Fairness bestehen.

In den einzelnen Bundesländern können sich Bieter und Bewerber im Allgemeinen an das zuständige Nachprüfungsgremium wenden. In Wien kann ein abgelehnter Bewerber allerdings nur dann Klage erheben, wenn er in der Lage ist nachzuweisen, dass ihn die vergebende Stelle bei rechtmäßigem Vorgehen zu dem Vergabeverfahren hätte zulassen müssen. Außerdem wird dort vom Bieter der Nachweis verlangt, dass er bei rechtmäßigem Vorgehen des öffentlichen Auftraggebers den Zuschlag erhalten hätte. In Salzburg muss er beweisen, dass die angefochtene Entscheidung für die Vergabe ausschlaggebend war.

In den meisten Bundesländern (Burgenland, Salzburg, Tirol, Vorarlberg und Oberösterreich) ist die Anrufung der Verwaltungsgerichte erst dann möglich, wenn die Vergabestelle von der behaupteten Rechtsverletzung in Kenntnis gesetzt wurde. In Niederösterreich muss ein sich geschädigt fühlender Bewerber oder Bieter vor der Anrufung eines Verwaltungsgerichts an einem Schlichtungsverfahren teilgenommen haben, das nicht zu einer gütlichen Einigung geführt hat. In Oberösterreich muss er sich zunächst an die Landesregierung wenden, die eine bindende Entscheidung fällt. Gegen diese Entscheidung ist die Berufung an den Unabhängigen Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich zulässig.

In Kärnten braucht sich ein geschädigter Bieter nach Zuschlagserteilung nicht zunächst an den Unabhängigen Verwaltungssenat des Landes zu wenden, sondern kann sofort eine Schadenersatzklage beim zuständigen Zivilgericht erheben, das nicht an eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung gebunden ist. Das Zivilgericht hat selbst zu entscheiden, ob der öffentliche Auftraggeber gegen die Bestimmungen zur öffentlichen Auftragsvergabe verstoßen hat.

5. Fristen

5.1 Bundesebene

Es sind keine exakten Fristen festgelegt, innerhalb derer die Kontrollkommission ersucht werden muss, tätig zu werden. Nach dem Bundesvergabegesetz hat der Geschädigte ein entsprechendes Ersuchen bei der Kontrollkommission möglichst rasch einzubringen, nachdem er Kenntnis von der behaupteten Verletzung der Bestimmungen zur öffentlichen Auftragsvergabe erhalten hat. Da die vergebende Stelle aber den Zuschlag erteilen kann, solange sie nicht über das der Kontrollkommission vorliegende Ersuchen informiert wurde, liegt es im Interesse der geschädigten Partei, ein Schlichtungsverfahren möglichst rasch einzuleiten.

Bis zur Zuschlagserteilung muss der geschädigte Bieter beim Bundesvergabeamt einen Antrag auf Nachprüfung innerhalb von zwei Wochen stellen, nachdem er Kenntnis von der Entscheidung der Kontrollkommission erhalten hat (§ 115 Absatz 2 des Gesetzes von 1997). Nach der Zuschlagserteilung beträgt die entsprechende Frist sechs Wochen ab dem Zeitpunkt der Kenntnis des Zuschlages (§ 115 Absatz 4).

5.2 Länderebene

In Wien wird nach den verschiedenen Beschwerdegründen unterschieden: wenn das Angebot eines Bieters abgelehnt oder ein Bewerber von einem nicht offenen Verfahren oder einem Verhandlungsverfahren ausgeschlossen wurde, ist innerhalb von zwei Wochen bzw. – beim beschleunigten Verfahren – innerhalb von drei Tagen nach Erhalt des ablehnenden Bescheids ein Antrag auf Nachprüfung zu stellen. Wenn die Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen bzw. in der Aufforderung zur Angebotsabgabe nicht mit dem Wiener Landesvergabegesetz im Einklang stehen, ist der Antrag spätestens zwei Wochen, beim beschleunigten Verfahren spätestens eine Woche vor Ablauf der für das Vergabeverfahren festgelegten Frist zu stellen. Nach erfolgter Zuschlagserteilung ist der Antrag spätestens sechs Wochen nach der öffentlichen Bekanntmachung des Zuschlags im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* zu stellen, bei Unterbleiben der Veröffentlichung spätestens sechs Monate nach erfolgter Zuschlagserteilung.

In Niederösterreich, wo der Unabhängige Verwaltungssenat auf Antrag die Rechtmäßigkeit des Vorgehens der Vergabestelle zu überprüfen hat, muss ein geschädigter Bieter innerhalb von vier Wochen nach Kenntnisnahme der Zuschlagserteilung einen entsprechenden Antrag stellen. Wird er nicht in Kenntnis gesetzt, so verlängert sich diese Frist auf sechs Monate. Die Beantragung vorläufiger Maßnahmen mittels einer einstweiligen Verfügung hat innerhalb eines Monats nach Kenntnis von dem behaupteten Rechtsverstoß zu erfolgen.

In Oberösterreich muss der geschädigte Bieter sowohl die Nichtigerklärung als auch vorläufige Maßnahmen innerhalb von zwei Wochen nach Erhalt der Stellungnahme des Auftraggebers zur behaupteten Rechtswidrigkeit beantragen. Geht eine solche Stellungnahme nicht ein, so sind die entsprechenden Anträge innerhalb von zwei Wochen nach dem Datum zu stellen, an dem die Stellungnahme des Auftraggebers hätte vorliegen müssen (zwei Wochen nach dessen Unterrichtung durch den geschädigten Bieter). Von dem Zeitpunkt, an dem der Bieter den öffentlichen Auftraggeber über die behauptete Rechtswidrigkeit unterrichtet, bis zum Ablauf der o.g. Frist ist die Zuschlagserteilung nicht möglich. Nach erfolgter Zuschlagserteilung hat der geschädigte Bieter einen Antrag auf Nachprüfung innerhalb von sechs Wochen, nachdem er Kenntnis von der Zuschlagserteilung erhalten hat, einzubringen.

In den Bundesländern Salzburg, Kärnten, Burgenland und Vorarlberg ist ein Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens (ggf. einschließlich eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung) innerhalb von zwei Wochen nach Eingang der Stellungnahme des Auftraggebers zu der behaupteten Rechtswidrigkeit beim geschädigten Bieter zu stellen. Nach erfolgter Zuschlagserteilung ist der Antrag innerhalb von zwei Wochen, nachdem der geschädigte Bieter Kenntnis von der Zuschlagserteilung erhielt, zu stellen (im Burgenland und in Vorarlberg verlängert sich diese Frist auf sechs Monate, wenn er nicht in Kenntnis gesetzt wird). In Kärnten darf die Vergabestelle innerhalb von vier Wochen nach Eingang der Mitteilung über die Antragstellung den Zuschlag nicht erteilen. Ein vor Ablauf dieser Frist vergebener Auftrag wäre null und nichtig.

In Tirol sind gegen die Ablehnung eines Angebots innerhalb von 20 Tagen nach Erhalt des ablehnenden Bescheids Rechtsmittel einzulegen. Im Falle eines nicht offenen Verfahrens oder eines Verhandlungsverfahrens muss der geschädigte Bieter innerhalb der halben Antragsfrist tätig werden. Für nach erfolgter Zuschlagserteilung gestellte Anträge gilt eine Frist von zwei Wochen nach Veröffentlichung des Zuschlags.

6 Verfahren und Verfahrensdauer

6.1 Ersuchen an die Kontrollkommission

Bei dem Verfahren vor der Kontrollkommission, einem Schlichtungsverfahren, mit dem eine gütliche Einigung zwischen Bieter und vergebender Stelle erreicht werden soll, sind die formalen Anforderungen sehr gering. Ein Antrag auf Einleitung eines Schlichtungsverfahrens kann bei der Kontrollkommission schriftlich gestellt oder mündlich zu Protokoll gegeben werden. Der öffentliche Auftraggeber ist verpflichtet, der Kontrollkommission alle relevanten Unterlagen vorzulegen und alle darüber hinaus erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Kommt er dieser Verpflichtung zur Vorlage bestimmter Unterlagen nicht nach, kann die Kontrollkommission auf Grund der Sachdarstellung des nicht säumigen Beteiligten entscheiden (§ 106 des Gesetzes von 1997).

Wenn die Beschwerde zulässig ist, findet eine Anhörung statt. Die Verfahrensregeln, die auf eine gütliche Einigung hinwirken sollen, werden vom zuständigen Gremium der Kontrollkommission festgelegt. Kommt innerhalb von zwei Wochen keine gütliche Einigung zustande, so gibt die Kontrollkommission eine nicht bindende Empfehlung ab.

6.2 Antrag auf Nachprüfung durch das Bundesvergabeamt

Das Verfahren vor dem Bundesvergabeamt wird im Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen geregelt¹⁴. Ein Antrag auf Nachprüfung durch das Bundesvergabeamt kann schriftlich oder mündlich eingereicht werden. Er muss die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens, die genaue Bezeichnung des

¹⁴ Art II § 2(c) *Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen.*

Auftraggebers, eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes einschließlich des Interesses am Vertragsabschluss, Angaben über den behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden für den Antragsteller, die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt und ein konkretes Begehren enthalten. Bei Antragstellung vor Zuschlagserteilung ist darüber hinaus die Empfehlung der Kontrollkommission bzw. eine Bescheinigung darüber vorzulegen, dass sich die Kontrollkommission für unzuständig erklärt hat oder nicht innerhalb von zwei Wochen tätig geworden ist.

Wenn ein Antrag auf Nachprüfung gestellt wurde, hat das Bundesvergabeamt die relevanten Fakten zu ermitteln und die Beweise zu erheben. Die vergebende Stelle ist verpflichtet, dem Amt alle relevanten Unterlagen vorzulegen und alle darüber hinaus erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Wenn sie dieser Verpflichtung nicht nachkommt, kann das Bundesvergabeamt seine Schlussfolgerungen auf Grund der Sachdarstellung der gegnerischen Partei ziehen. Dass die öffentlichen Auftraggeber ihrer Verpflichtung zur Lieferung der angeforderten Informationen nachkommen, wird durch spezielle Verordnungen der Regierung und durch Disziplinarmaßnahmen sichergestellt, die gegen Behörden verhängt werden können. Private Auftraggeber im Sektorenbereich, die ihrer Informationspflicht nicht nachkommen, können darüber hinaus – nach einem separaten Verwaltungsverfahren - mit Geldstrafen von bis zu 50 000 ATS belegt werden. Die Parteien haben im Nachprüfungsverfahren das Recht, angehört zu werden und Anträge zu stellen, aber sie können das Bundesvergabeamt nicht daran hindern, zusätzliches Beweismaterial zu erheben.

Wenn das Bundesvergabeamt eine Entscheidung in der Sache trifft, findet eine Anhörung statt. Bei seinem Vorgehen ist das Amt zur Beachtung der Grundsätze eines ordnungsgemäßen, unparteilichen und gerechten Verfahrens und der Gleichheit vor dem Gesetz verpflichtet, doch die formalen Anforderungen an das Verfahren sind im Vergleich zu Verfahren vor den Zivilgerichten relativ gering.

Diese Verfahrensbestimmungen gelten ebenso für Anträge auf den Erlass vorläufiger Maßnahmen, der im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens erfolgen kann. Eine entsprechende einstweilige Verfügung ist innerhalb von fünf Tagen zu erlassen.

6.3 Schadensersatzklage vor dem Zivilgericht

Für das Verfahren vor den Zivilgerichten gelten höhere formale Anforderungen. Die Klage ist schriftlich beim zuständigen Gericht einzureichen. Entscheidend für den Gerichtsstand ist der Sitz der Vergabestelle. Für Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Aufträge, bei denen die vorgesehenen Schwellenwerte erreicht werden, ist – unabhängig von der Höhe des geforderten Schadensersatzes - das *Landesgericht* zuständig, in dessen Bezirk die Vergabestelle ihren Sitz hat. Die Höhe des geforderten Schadensersatzes ist nur in Fällen von Belang, in denen die Schwellenwerte nicht erreicht werden sowie in Fällen, die durch das Kärntner Auftragsvergabegesetz geregelt werden.¹⁵

¹⁵ Gemäß den Landesvergabegesetzen aller anderen acht Bundesländer wie nach dem Bundesvergabegesetz ist das *Landesgericht* zuständig, in dessen Gerichtsbezirk die vergebende Stelle ihren Sitz hat.

In der Klageschrift sind das zuständige Gericht, die Parteien des Zivilprozesses, der Streitgegenstand (hier: die geforderte Schadensersatzhöhe), der Sachverhalt, die für die Zuständigkeit des Gerichts relevanten Fakten, die Klagegründe, das spezifische Klagebegehren und der Name des Klägers anzugeben bzw. darzustellen.

Zivilverfahren werden zum Teil vom Richter und zum Teil von den Parteien geführt. Aufgabe des Richters ist die Überwachung des Gesamtverfahrens und die Zurückweisung aller Maßnahmen, die gravierende Verstöße gegen österreichisches Recht darstellen. Die Parteien haben das Recht, Anträge auf Klärung bestimmter Sachverhalte zu stellen, Beweise darzulegen und den Zweck des Verfahrens festzulegen. Hauptbestandteil des Verfahrens sind mündliche Verhandlungen, der Verfahrensablauf wird durch stark formalisierte Verfahrensregeln bestimmt.

6.4 Verfahrensdauer

Wie oben erwähnt muss die Kontrollkommission innerhalb von zwei Wochen nach Eingang eines Ersuchens eine Entscheidung treffen. Vor der Erteilung des Zuschlags hat das Bundesvergabeamt zwei Monate Zeit, um über einen Antrag auf Nichtigklärung zu entscheiden. Die Entscheidung über einen Antrag auf eine einstweilige Verfügung muss es innerhalb von fünf Tagen treffen. Nach erfolgter Zuschlagserteilung beträgt die Frist, innerhalb derer das Bundesvergabeamt zu entscheiden hat, sechs Monate. Der Richter ist bei seiner Entscheidung an diese Anträge und Entscheidungen gebunden.

Der zeitliche Rahmen für die Behandlung von Schadensersatzklagen vor den Zivilgerichten ist weniger eng. Bis zur Entscheidung eines Zivilgerichts in einem Schadensersatzverfahren vergehen durchschnittlich ein bis zwei Jahre.

6.5 Anwaltszwang

In den Verfahren vor der Bundesvergabekontrollkommission und dem Bundesvergabeamt besteht kein Anwaltszwang, üblicherweise wird aber ein Anwalt zugezogen (insbesondere vor dem Bundesvergabeamt). Vor den Zivilgerichten müssen sich normalerweise beide Parteien von einem Anwalt vertreten lassen. Bestimmte Auftraggeber, insbesondere die Bundesrepublik Österreich, können durch eine spezielle Behörde, die *Finanzprokuratur*, vertreten werden.

7. Verfahrenskosten

Für Anträge an die Kontrollkommission sind keine Gerichtskosten oder Gebühren zu entrichten. Es können auch keine zusätzlichen Kosten für die Erhebung von Beweismaterial (z. B. für Sachverständige, Übersetzer oder Vor-Ort-Inspektionen) anfallen, da die Kontrollkommission lediglich Schlichtungsfunktionen wahrnimmt und keine Entscheidungsbefugnis hat. Alle Kosten, die dem Antragsteller im Zusammenhang mit der Erstellung des Antrags und dem Schlichtungsverfahren entstehen, z. B. Anwaltskosten, hat er selbst zu tragen. Sie werden ihm auch dann, wenn seinem Antrag entsprochen wird, nicht von der vergebenden Stelle erstattet.

Anträge an das Bundesvergabeamt sind gebührenpflichtig. Gegenwärtig sind für jeden gestellten Antrag Gebühren in Höhe von 180 ATS zu entrichten (für einen Antrag auf einstweilige Verfügung und einen Antrag auf Nichtigerklärung somit 360 ATS) zuzüglich 45 ATS für jede Anlage (bis zu maximal 270 ATS für alle Anlagen). Darüber hinaus hat der Antragsteller alle dem Bundesvergabeamt entstehenden Kosten für Sachverständige, Übersetzer, Vor-Ort-Inspektionen usw. zu tragen, außer wenn diese Kosten infolge eines Antrags der Vergabestelle entstehen (dann sind sie auch von dieser zu tragen).

Für die Anrufung des Bundesvergabeamts gilt grundsätzlich, dass der Antragsteller alle ihm entstehenden Kosten zu tragen hat. Auch wenn der öffentliche Auftraggeber in dem Rechtsstreit unterliegt, ist er nicht zur Kostenerstattung an die obsiegende Partei verpflichtet. Jede Partei trägt die ihr für die Antragstellung und das Verfahren vor dem Bundesvergabeamt entstehenden Kosten (z. B. Anwaltskosten, Gebühren, Kosten für Sachverständige usw.) selbst.

Bei Schadensersatzklagen vor einem Zivilgericht fallen je nach geforderter Schadensersatzhöhe unterschiedliche Gerichtskosten an, die erheblich über den Gebühren des Bundesvergabeamts liegen. Alle in solchen Verfahren anfallenden Kosten für Sachverständige, Übersetzer usw. sind zunächst einmal von der Partei zu tragen, auf deren Antrag hin sie entstanden sind. Anders als in den Verfahren vor der Kontrollkommission und vor dem Bundesvergabeamt hat vor dem Zivilgericht die unterliegende Partei der obsiegenden Partei alle Kosten zu erstatten, d.h. nicht nur die Gerichtskosten und die Kosten für die Erhebung des Beweismaterials, sondern auch die für die Erstellung der Klageschrift, die Klageerhebung und die Vertretung vor Gericht entstehenden Anwaltskosten. Die obsiegende Partei kann möglicherweise auch die Erstattung der Kosten fordern, die ihr im Zusammenhang mit dem vorhergehenden Verfahren vor dem Bundesvergabeamt entstanden sind.¹⁶

8. Berufung

8.1 Bundesebene

Gemäß § 99 Absatz 2 Bundesvergabegesetz ist gegen Entscheidungen des Bundesvergabeamts keine Berufung zulässig, da das Amt in erster und letzter Instanz entscheidet. Da es sich beim Bundesvergabeamt um eine Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag handelt, sind gemäß den Grundsätzen des Verfassungsrechts Beschwerden gegen seine Entscheidungen vor den Verwaltungsgerichten nicht zulässig. Möglich wäre eine Beschwerde vor dem Verfassungsgerichtshof, allerdings nur dann, wenn das Bundesvergabeamt – z. B. durch Verletzung des Grundsatzes eines ordnungsgemäßen unparteilichen Verfahrens - gegen die österreichische Verfassung verstoßen hat.

Jede geschädigte Partei, die ein Zivilverfahren anstrengt, kann gegen eine Entscheidung des Zivilgerichts Berufung einlegen. Diese ist beschränkt auf die in erster Instanz vorgetragenen Tatsachen. Wenn die Schadensersatzforderung 15 000 ATS übersteigt,

¹⁶ Ob das Zivilgericht die im Verfahren vor dem Bundesvergabeamt entstandenen Kosten als notwendig für den Erfolg der Schadensersatzklage betrachtet, bleibt abzuwarten.

kann im Berufungsverfahren jeder Verstoß gegen Grundprinzipien oder andere wesentliche Bestimmungen des Zivilprozessrechts, jede unzutreffende Bewertung von Tatsachen oder rechtliche Würdigung behandelt werden.

Gegen die Entscheidung des zweitinstanzlichen Gerichts ist wiederum Berufung vor dem höchsten österreichischen Zivilgericht, dem Obersten Gerichtshof zulässig. Diese Berufungsmöglichkeit ist jedoch durch verschiedene formale Anforderungen eingeschränkt: insbesondere kann vor dem Obersten Gerichtshof nur dann Berufung eingelegt werden, wenn es um eine Rechtsfrage geht, die nicht bereits von den österreichischen Gerichten eindeutig entschieden wurde.

8.2 Länderebene

Die Berufungsmöglichkeiten variieren von Bundesland zu Bundesland. Die Bestimmungen in Tirol, Vorarlberg und Wien sind insofern mit denen auf Bundesebene vergleichbar, als dort auch die Landeskontrollkommissionen Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag sind, gegen deren Entscheidungen keine Berufung vor den Verwaltungsgerichten möglich ist. Auch hier kann wiederum – bei einem Verstoß gegen die österreichische Verfassung - Beschwerde vor dem Verfassungsgerichtshof erhoben werden. In allen anderen Bundesländern hingegen kann gegen Entscheidungen der Nachprüfungsgremien Berufung vor einem Verwaltungsgericht eingelegt werden.

9. Urteilstvollstreckung

Die Vollstreckung der Entscheidungen des Bundesvergabebeamten, einschließlich der Anordnung vorläufiger Maßnahmen, erfolgt gemäß dem österreichischen Verwaltungsvollstreckungsgesetz. Verstößt ein öffentlicher Auftraggeber gegen eine solche Entscheidung, so kann diese sofort mit Hilfe von Strafgeldern bzw. strafrechtlichen Sanktionen vollstreckt werden.

In dem – äußerst unwahrscheinlichen – Fall, dass ein öffentlicher Auftraggeber der bindenden Entscheidung eines Zivilgerichts, mit der er zur Zahlung eines bestimmten Geldbetrags verpflichtet wird, nicht nachkommt, kann der Kläger beim zuständigen Zivilgericht die gerichtliche Anordnung der Vollstreckung der Geldstrafe beantragen. In dem Antrag sind die bindende Gerichtsentscheidung, die erhobene Forderung und die Mittel, mit denen die Vollstreckung erfolgen soll, zu nennen (z. B. Pfändung und Veräußerung von Immobilien oder anderen Vermögenswerten der vergebenden Stelle).

ANHANG 1

Nützliche Adressen

(a) Nachprüfungsgremien auf Bundesebene

Bundes-Vergabekontrollkommission	Bundesvergabeamt
Dampfschiffstraße 4	Dampfschiffstraße 4
1030 Wien	1030 Wien

(b) Nachprüfungsgremien in den österreichischen Bundesländern

Vergabekontrollsenat	Tiroler Landesvergabeamt
Amt der Wiener Landesregierung	Amt der Tiroler Landesregierung
Rathaus	Wilhelm-Greil-Straße 17
Stiege 5	6020 Innsbruck
Halbstock	
Zimmer 200 F	
1010 Wien	

Vergabekontrollsenat Steiermark	Vergabekontrollsenat Vorarlberg
Landesrechnungshof Steiermark	Amt der Vorarlberger Landesregierung
Hofgasse 15	Landhaus
8011 Graz	Römerstraße 15
	6900 Bregenz
Vergabekontrollsenat Salzburg	Landesregierung Oberösterreich
Amt der Salzburger Landesregierung	Amt der Oberösterreichischen Landesregierung

Chiemseehof

Klosterstraße 7

5010 Salzburg

4020 Linz

Unabhängiger Verwaltungssenat
Oberösterreich

Niederösterreichische
Schlichtungsstelle für öffentliche
Aufträge

Fabrikstraße 32

Amt der Niederösterreichischen
Landesregierung

4020 Linz

Landhausplatz 1

3109 St. Pölten

Unabhängiger Verwaltungssenat
Niederösterreich

Bundesländerhaus

Neugebäudeplatz 1, 4.Stock

3100 St. Pölten

Unabhängiger Verwaltungssenat Burgenland

Neusiedlerstraße 35-37/8

7000 Eisenstadt

Unabhängiger Verwaltungssenat

Kärnten

Völkermarkter Ring 25

9021 Klagenfurt

(c) **Andere für Vergabestreitfälle zuständige österreichische Gerichte**

Verwaltungsgerichtshof

Judenplatz 11

1010 Wien

(d) **Ausgewählte Zivilgerichte**

Oberster Gerichtshof
Justizpalast
Schmerlingplatz 10-11
1016 Wien

Oberlandesgericht Graz

Marburger Kai 49

8010 Graz

Oberlandesgericht Wien

Schmerlingplatz 11

1016 Wien

Oberlandesgericht Innsbruck

Maximilianstraße 4

6020 Innsbruck

Oberlandesgericht Linz

Gruberstraße 20

4020 Linz

Landesgericht für ZRS Wien

Justizpalast

Museumstraße 12

1010 Wien

Handelsgericht Wien
Riemergasse 7

1010 Wien

Landesgericht Eisenstadt

Wiener Straße 9

7000 Eisenstadt

Landesgericht Klagenfurt

Dobernigstraße 2

9020 Klagenfurt

Landesgericht St. Pölten

Schießstattring 6

3100 St. Pölten

Landesgericht Korneuburg	Landesgericht Krems
Hauptplatz 8	Südtirolerplatz 3
2100 Korneuburg	3500 Krems

Landesgericht Wiener Neustadt	Landesgericht Linz
Maria-Theresien-Ring 5	Fadingerstraße 2
2700 Wr. Neustadt	4020 Linz

Landesgericht Ried im Innkreis	Landesgericht Steyr
Bahnhofstraße 56	Spitalsky Straße 1
4910 Ried im Innkreis	4400 Steyr

Landesgericht Wels	Landesgericht Salzburg
Maria-Theresia-Straße 12	Justizgebäude
4600 Wels	Rudolfsplatz 2
	5020 Salzburg

Landesgericht für ARS Graz	Landesgericht Leoben
Nelkengasse 2	Erzherzog-Johann-Straße 3
8010 Graz	8700 Leoben

Landesgericht Innsbruck	Landesgericht Feldkirch
Maximilian Straße 4	Schillerstraße 1
6020 Innsbruck	6800 Feldkirch

(e) **Für die Überwachung der öffentlichen Auftragsvergabe zuständige Bundesministerien**

Bundeskanzleramt

Ballhausplatz 2

PF 20

1014 Wien

Bundesministerium für
wirtschaftliche Angelegenheiten

Stubenring 2

1011 Wien

(f) **Für die Information der Europäischen Kommission über Verstöße gegen die Vergaberichtlinien zuständiges Bundesministerium**

Bundesministerium für auswärtige Angelegenheiten

Ballhausplatz 2

PF 426

1014 Wien

BELGIEN

**erstellt von Herbert Smith (Brüssel)
und De Backer & Associés (Brüssel), 1997**

INHALT

1. *UMSETZUNG DER RECHTSMITTELRICHTLINIEN*
2. *ZUSTÄNDIGE GREMIEN*
3. **Zur Verfügung stehende Rechtsmittel**
 - 3.1 Einstweilige Verfügung
 - 3.2 Aufhebung bzw. Nichtigklärung
 - 3.3 Schadensersatz
 - 3.3.1 *Zuerkennung von Schadensersatz*
 - 3.3.2 *Bemessung der Schadenshöhe*
4. **Zugang zu den Verfahren**
 - 4.1 Verfahren vor dem *Conseil d'Etat*
 - 4.2 Verfahren vor dem ordentlichen Gericht
5. **Fristen**
 - 5.1 Verfahren vor dem *Conseil d'Etat*
 - 5.2 Verfahren vor dem ordentlichen Gericht
6. **Verfahren und Verfahrensdauer**
 - 6.1 Antrag auf einstweilige Verfügung
 - 6.2 Antrag auf Nichtigklärung
 - 6.3 Schadensersatzklage
 - 6.4 Anwaltszwang
7. **Verfahrenskosten**
 - 7.1 Verfahren vor dem *Conseil d'Etat*
 - 7.2 Verfahren vor dem ordentlichen Gericht
8. **Berufung**
9. **Urteilsvollstreckung**
 - 9.1 Urteile des *Conseil d'Etat*
 - 9.2 Urteile des ordentlichen Gerichts

ANHANG 1: Nützliche Adressen

BELGIEN

1. Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien

Die belgischen Bestimmungen zum öffentlichen Vergabewesen sind in einem Gesetz vom 24. Dezember 1993 ("Gesetz von 1993") mit nachfolgenden Änderungen durch Königliche Erlasse festgeschrieben. Dieses Gesetz ist auf alle Vergabeverfahren im "klassischen" wie im Sektorenbereich anzuwenden. Das Gesetz trat nicht umgehend in Kraft, sondern erst zu einem durch nachfolgende Königliche Erlasse festgesetzten Datum. Bei den wichtigsten Bestimmungen des Gesetzes von 1993 einschließlich aller Regelungen zur öffentlichen Auftragsvergabe war dies der 1. Mai 1997.

Die belgische Regierung hielt es nicht für erforderlich, spezielle gesetzliche Bestimmungen zur Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien in das belgische Recht einzuführen. Sie geht vielmehr davon aus, dass das existierende System des Zugangs zu den belgischen Gerichten die meisten Anforderungen der Rechtsmittelrichtlinien erfüllt. Die einzigen Elemente der Rechtsmittelrichtlinien, die Gegenstand von Umsetzungsbestimmungen durch Königliche Erlasse waren, sind die "Korrekturmechanismen", nach denen die Europäische Kommission gemäß den Richtlinien 89/665 und 92/13 (siehe Abschnitt 7 des Einleitungskapitels) einschreiten kann, sowie das Bescheinigungsverfahren und das Schlichtungsverfahren für Sektorenauftraggeber gemäß Richtlinie 92/13. Diese Umsetzungsbestimmungen betreffen nicht die Rechte eines Geschädigten auf Klageerhebung vor den belgischen Gerichten. Diese unterliegen vielmehr den allgemeinen Bestimmungen und Grundsätzen des belgischen Verwaltungs- und Zivilrechts.

2. Zuständige Gremien

Welches Gericht für eine Klage zuständig ist, hängt von der angefochtenen Entscheidung bzw. Handlung ab. Zwischen dem Verwaltungsgericht (*Conseil d'Etat*) und den ordentlichen Zivilgerichten besteht in Belgien ein grundlegender Unterschied, der aber oft nicht deutlich wahrgenommen wird. Nur das Verwaltungsgericht kann in einem Vergabeverfahren vor Erteilung des in Rede stehenden Zuschlags getroffene Verwaltungsentscheidungen - einschließlich der Zuschlagsentscheidung und anderer "*actes détachables*" - aufheben. Darüber hinaus kann es per einstweiliger Verfügung die Aussetzung des Verfahrens veranlassen und zu deren Sicherung bedingte Geldstrafen mit festen Tagessätzen verhängen. Der *Conseil d'Etat* hat jedoch keine Befugnis zur Zuerkennung von Schadensersatz. Und nach erfolgtem Vertragsabschluss ist er nicht mehr zuständig; dann gilt der Fall als privatrechtliche Angelegenheit, die nur vor dem ordentlichen Zivilgericht angefochten werden kann.

Schadensersatzklagen sind vor einem ordentlichen Zivilgericht erster Instanz zu stellen. Diese Gerichte können einem geschädigten Bieter nach den allgemeinen Grundsätzen des

belgischen Rechts Schadensersatz zuerkennen. Wenn die angefochtene Entscheidung bereits vom *Conseil d'Etat* für nichtig erklärt wurde, braucht der Geschädigte den Rechtsverstoß nicht mehr nachzuweisen. Grundsätzlich können die Zivilgerichte auch einstweilige Verfügungen und Aufhebungsanordnungen erlassen; dies werden sie jedoch bei öffentlichen Aufträgen in der Regel ablehnen, da die Zuschlagsentscheidung im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers liegt und der Kläger kein "subjektives Recht" auf Erteilung des Zuschlags geltend machen kann.

Die Bestimmungen, mit denen die Zuständigkeiten des *Conseil d'Etat* und der ordentlichen Gerichte geregelt werden, werfen oftmals komplexe Fragen auf, insbesondere wenn es um den Erlass einstweiliger Verfügungen geht. Manchmal wird derselbe Rechtsstreit parallel vor dem *Conseil d'Etat* und einem ordentlichen Gericht ausgetragen. So wurden in dem (weiter unten besprochenen) bekannten Rechtsstreit mit dem "Centre de Communication Nord ("der Fall CCN") gleichzeitig vor dem *Conseil d'Etat* und vor dem ordentlichen Gericht Anträge auf vorläufige Maßnahmen gestellt.

3. Zur Verfügung stehende Rechtsmittel

3.1 Einstweilige Verfügung

Ein sich geschädigt fühlender Bieter, der eine einstweilige Verfügung zur Aussetzung eines Vergabeverfahrens oder einer bestimmten, im Verlauf des Verfahrens getroffenen Entscheidung erwirken will, kann den *Conseil d'Etat* anrufen. Die Klage muss sich auf eine Entscheidung (*acte détachable*) beziehen, dessen rechtliche Auswirkungen die Interessen des Klägers schädigen (wie z. B. der Ausschluss des Klägers aus dem Vergabeverfahren).

In der Regel wird mit einer einstweiligen Verfügung die in Rede stehende Verwaltungsentscheidung ausgesetzt; allerdings hat der *Conseil d'Etat* auch schon andere vorläufige Maßnahmen erlassen, wie z.B.

- (i) eine einstweilige Verfügung, die den belgischen Staat dazu verpflichtete, dem Kläger (innerhalb von 2 Wochen) die Teilnahme an den weiteren Phasen des Vergabeverfahrens zu gestatten;
- (ii) die Anordnung, dem Kläger in dem Zeitraum zwischen der Entscheidung und dem Erlass einer einstweiligen Verfügung die gleiche Behandlung zukommen zu lassen wie den anderen Kandidaten, einschließlich einer gesonderten Fristverlängerung für den Kläger zum Studium der Vertragsunterlagen;
- (iii) eine einstweilige Verfügung, mit der der Vergabestelle die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung untersagt wurde, verbunden mit einer bedingten Geldstrafe mit festen Tagessätzen.

Wer einstweiligen Rechtsschutz beantragt, muss in der Regel nachweisen, dass:

- (i) ein "wohlbegründeter" prima facie-Fall vorliegt;

- (ii) ihm durch die umgehende Durchführung der angefochtenen Entscheidung ein schwerwiegender Schaden entstehen würde, der nur schwer wiedergutzumachen wäre; und
- (iii) eine Interessensabwägung für den Erlass einer einstweiligen Verfügung spricht, wobei alle wahrscheinlichen Folgen einer Aussetzung des Verfahrens für alle Interessen, die dadurch geschädigt werden könnten, Berücksichtigung finden müssen. Wenn bei dieser Abwägung die negativen Folgen die Vorteile überwiegen, wird der Erlass einer einstweiligen Verfügung abgelehnt.

Die zweite und die dritte Anforderung hängen eng miteinander zusammen und stellen in der Praxis die höchsten Hürden dar. Den französischen Kammern des *Conseil d'Etat* zufolge ist der Schaden, der einem Kläger infolge eines Verstoßes gegen die Vergabevorschriften entstanden ist oder zu entstehen droht, nur äußerst selten schwerwiegend und nicht mehr gutzumachen. Da es sich um eine finanzielle Schädigung handelt, kann der Geschädigte fast immer durch die Zuerkennung von Schadensersatz angemessen entschädigt werden.

Im Gegensatz dazu sind die flämischen Kammern des *Conseil d'Etat* wesentlich eher gewillt, den schwerwiegenden Schaden anzuerkennen, der infolge eines Verstoßes gegen die Vergabebestimmungen auftreten kann. Hier wurde in verschiedenen Urteilen auf Faktoren verwiesen wie das Risiko des Verlustes von hoch spezialisierten Mitarbeitern und wirtschaftlichem Ansehen sowie mögliche Nachteile bei der Auswahl für spätere Projekte. Angesichts der großen Schwierigkeiten, nach erfolgtem Vertragsabschluss weiter gehenden Rechtsschutz durchzusetzen, entscheiden sich die "flämische" Rechtsprechung tendenziell häufiger für präventiv wirkende vorläufige Maßnahmen.

Nach erfolgtem Vertragsabschluss stehen vor den belgischen Gerichten in der Regel keine vorläufigen Maßnahmen mehr zur Verfügung. Dann ist der durch eine Rechtsverletzung entstandene Schaden in keinem Fall mehr als so schwerwiegend und irreparabel einzustufen, dass eine Aussetzung gerechtfertigt erschiene; hier besteht also nur noch die Möglichkeit der Schadensersatzklage. Der Geschädigte kann somit in eine Situation gelangen, in der ihm keine vorläufigen Maßnahmen mehr zur Verfügung stehen, insbesondere da der Vertrag dann als geschlossen gilt, wenn die Zuschlagsentscheidung allen Bietern mitgeteilt wurde.

Zumindest theoretisch kann eine einstweilige Verfügung auch vor den ordentlichen Gerichten erwirkt werden, die in seinem solchen Fall eine ähnliche Prüfung wie der *Conseil d'Etat* vornehmen. In der Praxis sind die ordentlichen Gerichte jedoch sehr zögerlich mit der Aussetzung von Verwaltungsentscheidungen im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe (siehe Abschnitt 2).

Am bereits erwähnten "Fall CNN"¹⁷ lässt sich die komplexe Beziehung zwischen dem *Conseil d'Etat* und den ordentlichen Gerichten gut illustrieren, die oftmals dazu führt, dass der Geschädigte im selben Rechtsstreit vor beiden Gremien getrennte, einander ergänzende Klagen (einschließlich Anträge auf einstweilige Verfügung) erhebt. Die Rechtsprechung in diesem Fall legte erstmals nahe, dass der Geschädigte nach

¹⁷ Entscheidungen des *Conseil d'Etat* vom 13.10.92 (Aussetzung, Fall Nr. 40.734), 1.6.93 (Nichtigerklärung, Fall Nr. 43.019) und 22.2.94 (zweites Verfahren, Fall Nr. 46.174), alle veröffentlicht in den Berichten über die Entscheidungen des *Conseil d'Etat*.

Entscheidungen des *Cour d'Appel* Brüssel vom 25.3.93 (*Entreprise et droit*, 1993, Seite 232), 22.4.93 (*Entreprise et droit*, 1993, Seite 241) und 31.8.93 (noch nicht veröffentlicht).

Anordnung der Aussetzung einer Zuschlagsentscheidung durch den *Conseil d'Etat* vor dem ordentlichen Gericht die Aussetzung der Erfüllung des (bereits abgeschlossenen) Vertrags beantragen kann. Im "Fall CNN" haben sowohl die flämischen Kammern des *Conseil d'Etat* als auch der *Cour d'Appel* in Brüssel offenbar anerkannt, dass einem abgelehnten Bieter andernfalls möglicherweise kein wirksames Rechtsmittel zur Verfügung steht und dass Schadensersatz nicht in jedem Fall eine angemessene Entschädigung darstellt. Im Fall *Strukton*¹⁸ argumentierte der *Conseil d'Etat* (flämische Kammer) ähnlich. Andere Urteile hingegen waren für die geschädigten Bieter weniger hilfreich.

3.2 Aufhebung bzw. Nichtigklärung

Ein geschädigter Bieter kann den *Conseil d'Etat* um die Nichtigklärung jeder während des Vergabeverfahrens getroffenen Verwaltungsentscheidung (*acte détachable*) ersuchen. Die Einstufung einer Entscheidung als rechtswidrig kann aus einer Reihe von Gründen erfolgen, z.B. bei offensichtlicher Fehlbewertung der Angebote im Hinblick auf die Auswahlkriterien, bei ungerechtfertigter Durchführung der Ausschreibung als Verhandlungsverfahren, oder wenn der öffentliche Auftraggeber des so genannten Ermessensmissbrauchs (*détournement de pouvoir*) für schuldig befunden wurde, etwa durch absichtliche Benachteiligung eines bestimmten Lieferanten (beispielsweise aus politischen Gründen).

Im Allgemeinen ist der *Conseil d'Etat* bereit, eine rechtswidrige Entscheidung aufzuheben. Nach erfolgtem Vertragsabschluss beschränkt sich der Nutzen dieser Maßnahme allerdings auf die Tatsache, dass damit bei anschließenden Schadensersatzklagen vor einem ordentlichen Gericht der Nachweis des Verschuldens bereits vorliegt.

Wie bereits erwähnt, legt die Rechtsprechung im "Fall CCN" nahe, dass die Aufhebung einer rechtswidrigen Entscheidung durch den *Conseil d'Etat* dem Kläger die Möglichkeit geben könnte, ein Zivilgericht um Aufhebung des aufgrund dieser Entscheidung abgeschlossenen Vertrags zu ersuchen. Die meisten Urteile gehen allerdings in die entgegengesetzte Richtung, und bislang hat noch kein ordentliches Gericht einen abgeschlossenen Ertrag auf Ersuchen einer dritten Partei wie z.B. eines geschädigten Bieters aufgehoben.

3.3 Schadensersatz

3.3.1 Zuerkennung von Schadensersatz

Schadensersatzklagen fallen nicht in den Zuständigkeitsbereich des *Conseil d'Etat*, sondern in den der ordentlichen Gerichte. Hier muss der Geschädigte nachweisen, dass ein Rechtsverstoß bzw. ein "Verschulden" des öffentlichen Auftraggebers vorliegt, und dass diese Handlung die unmittelbare Ursache für den Verlust bzw. den Schaden des Klägers darstellt.

¹⁸ *NV Strukton de Meyer v Maatschappij voor het Intercommunal Vervoerte Brussel*, Entscheidung des *Cour d'Appel* Brüssel vom 18.12.96, Fall Nr. 63.634, noch nicht veröffentlicht.

Hat der *Conseil d'Etat* eine Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärt, so muss das ordentliche Gericht dessen Einschätzung der Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung folgen. Das heißt, der Kläger muss nur noch den ihm entstandenen Schaden und den ursächlichen Zusammenhang zwischen Rechtsverstoß und Schaden nachweisen. Wenn der Kläger nicht bereits vor dem *Conseil d'Etat* einen Antrag auf Aufhebung gestellt hat, prüft das ordentliche Zivilgericht selbst die Rechtmäßigkeit der Handlungen der Vergabestelle.

3.3.2 Bemessung der Schadenshöhe

Bei einem Vergabeverfahren, dessen ausschließliches Zuschlagskriterium der niedrigste Preis ist (*adjudication*), hat ein Bieter, der nachweislich das niedrigste Angebot eingereicht hat, automatisch Anspruch auf eine Entschädigung in Höhe von 10 % des Angebotspreises. Diese Höhe wurde in den Gesetzen von 1976 und von 1993 festgesetzt. Ein weiter gehender Anspruch auf Schadensersatz wird nicht anerkannt; der Bieter mit dem niedrigsten Angebot kann lediglich Zinsen (in Höhe von 8 % p.a.) für den Zeitraum zwischen der rechtswidrigen Entscheidung und der Schadensersatzleistung fordern.

Bei einem Verfahren, dessen Zuschlagskriterium das wirtschaftlich günstigste Angebot ist (*appel d'offres*), muss der Geschädigte den Umfang des erlittenen Verlustes nachweisen. Bei der Festsetzung der Höhe des Schadensersatzes wird das Gericht davon ausgehen, dass der Kläger so zu stellen ist, wie er ohne den Rechtsverstoß stünde.

Das wichtigste Kriterium des ordentlichen Gerichts bei der Ermittlung der Schadenshöhe ist der wirtschaftliche Wert des Vertrags. Dieser hängt im Wesentlichen vom erwarteten Gewinn ab. Nach der bisherigen Rechtsprechung wird grundsätzlich und nahezu ausschließlich der entgangene Gewinn ersetzt, nicht aber die dem Bieter entstandenen Angebotskosten (Vorbereitungsaufwand, Verwaltungskosten usw.).

Die Gerichte greifen in der Regel zu einer einfachen Lösung, indem sie den zu erwartenden Gewinn mit 10 Prozent des Nettobetrags des Angebots quantifizieren. Dies entspreche dem üblichen Gewinn bei öffentlichen Bauaufträgen. In mindestens einem Fall hat das Gericht jedoch diesen Prozentsatz erhöht, um der Geldentwertung bzw. entgangenen Zuschüssen Rechnung zu tragen. Wenn der Kläger nachweisen kann, dass seine Ausgaben und auch sein üblicher Nettogewinn höher liegen, wird ihm möglicherweise höherer Schadensersatz (im Allgemeinen zwischen 10 und 20 Prozent) zugesprochen.

In anderen Fällen hat das Gericht zur Ermittlung des entgangenen Gewinns einen Sachverständigen hinzugezogen. Dieser legt seinen Berechnungen den Gewinn des Klägers zugrunde, den dieser für andere Leistungen im gleichen Zeitraum erzielt hat. Auch andere Faktoren können in die Ermittlung der Höhe des Schadensersatzes einbezogen werden. Da sie in der Regel schwer zu quantifizieren sind, werden sie zumeist unter der Rubrik Schadensersatz für entgangenen Gewinn subsummiert.

Insbesondere der Verlust einer Referenz für zukünftige Aufträge ist schwer zu quantifizieren, er kann jedoch zur Steigerung des Schadensersatzes beitragen. Auch Rücklagen für Material- und Personalkosten können angerechnet werden, wenn sie im gleichen Zeitraum zur Erfüllung anderer Verträge hätten eingesetzt werden können.

4. Zugang zu den Verfahren

4.1 Verfahren vor dem Conseil d'Etat

Nach den Bestimmungen des *Conseil d'Etat* muss der Geschädigte "einen Schaden oder ein Interesse nachweisen". Er hat darzulegen, dass er durch die angefochtene Entscheidung (materiellen oder ideellen) Schaden erlitten hat und dass die Aussetzung bzw. Nichtigerklärung der Entscheidung diesen materiellen oder ideellen Schaden ausgleicht. Nach der gängigen Rechtsprechung wird die Nichtigerklärung eines *acte détachable* als zumindest ideeller Ausgleich gewertet.

Dem Nachweis des Interesses ist genüge getan, wenn der Geschädigte bei einem Vergabeverfahren ein Angebot abgegeben hat oder zumindest die Absicht bekundet hat, dies zu tun. Aber auch wer nicht am Vergabeverfahren teilgenommen hat, kann das zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung erforderliche Interesse haben, z. B. bei nicht ordnungsgemäß erfolgter Bekanntgabe, bei rechtswidriger Verwendung eines Verhandlungsverfahrens oder bei ungerechtfertigtem Ausschluss des Geschädigten aus dem Vergabeverfahren.

Im Allgemeinen wird anerkannt, dass ein abgelehnter Kandidat ein Interesse an der Nichtigerklärung einer endgültigen Zuschlagserteilung besitzt, auch wenn er nicht das niedrigste oder das wirtschaftlich günstigste Angebot abgegeben hat. Der Kläger braucht also nicht nachzuweisen, dass er ohne den Rechtsverstoß den Zuschlag auf jeden Fall erhalten hätte.

4.2 Verfahren vor dem ordentlichen Gericht

Eine Klage vor dem ordentlichen Gericht muss durch ein konkretes, persönliches und unmittelbares Interesse begründet sein (Artikel 17 der Verfahrensordnung). Ebenso wie vor dem *Conseil d'Etat* sind Gruppenklagen durch Zusammenschlüsse von Einzelpersonen nicht möglich.

5. Fristen

5.1 Verfahren vor dem Conseil d'Etat

Ein Antrag auf einstweilige Verfügung oder Aufhebung an den *Conseil d'Etat* ist schriftlich *innerhalb von 60 Tagen* nach Veröffentlichung bzw. Bekanntmachung der in Rede stehenden Entscheidung einzureichen. Wenn keine Verpflichtung zur

Veröffentlichung oder Bekanntmachung des Verwaltungsaktes besteht, beginnt diese Frist unmittelbar nach dem Zeitpunkt zu laufen, zu dem die betroffene Partei Kenntnis von der Verwaltungsentscheidung erhielt.

Der entscheidende Zeitpunkt ist also der, zu dem der Kandidat von der Entscheidung selbst Kenntnis erhielt (und nicht der, zu dem er von den Faktoren erfuhr, die zu ihrer Ungültigkeit führten). Ein – innerhalb des Zeitraums von 60 Tagen nach Bekanntgabe der Ablehnung - an die Vergabestelle gerichtetes Ersuchen eines Kandidaten um Begründung der Entscheidung unterbricht den Fristablauf.

Wenn der beklagte öffentliche Auftraggeber geltend macht, der Kläger habe diese Frist nicht eingehalten, obliegt ihm die Beweislast. Der Kläger muss sich seinerseits mit gebührender Sorgfalt verhalten und Maßnahmen ergriffen haben, um Informationen über den genauen Inhalt der Entscheidung des Auftraggebers zu erhalten.

5.2 Verfahren vor dem ordentlichen Gericht

Für die Klageerhebung vor einem ordentlichen Gericht gelten außer der üblichen Verjährungsfrist von 30 Jahren keine besonderen Fristen. Eine Schadensersatzklage wegen unerlaubter Handlung ist innerhalb von 30 Jahren nach dem Zeitpunkt der entsprechenden Handlung zu erheben.

Bei Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz kann eine unangemessene Verzögerung der Klageerhebung zu Zweifeln an der Dringlichkeit des Verfahrens führen. Der Richter kann aus allzu langem Abwarten des Geschädigten mit der Klageerhebung den Schluss ziehen, dass die erforderliche Dringlichkeit nicht gegeben ist.

6. Verfahren und Verfahrensdauer

6.1 Antrag auf einstweilige Verfügung

6.1.1 Verfahren vor dem Conseil d'Etat

Die Gerichtsgeschäftsstelle stellt dem "Auditor" (der eine ähnliche Funktion wahrnimmt wie der Generalanwalt vor dem Europäischen Gerichtshof), der beklagten Partei und allen anderen Parteien mit wahrscheinlichem Interesse am Ausgang des Falls unverzüglich eine Kopie des Antrags auf Aussetzung bzw. aller sonstigen Anträge auf vorläufige Maßnahmen (die dann zu einer gemeinsamen Klage verbunden werden) zu.

Der beklagte Auftraggeber übersendet der Geschäftsstelle innerhalb von acht Tagen nach Notifizierung des Antrags seine Unterlagen (ggf. mit Anmerkungen). Auch hiervon werden dem Kläger, den dritten Parteien und dem Auditor Kopien zugestellt.

Der Auditor entwirft innerhalb von acht Tagen nach Zugang der Unterlagen einen Bericht zu den Tatsachendarstellungen und Einlassungen zum Fall und legt seine Meinung zum entscheidungserheblichen Sachverhalt dar. Auf der Grundlage dieses Berichts setzt der Vorsitzende Richter des *Conseil d'Etat* einen mündlichen Verhandlungstermin fest. Bei offensichtlicher Unzulässigkeit des Antrags findet die Verhandlung innerhalb von zehn Tagen nach Zustellung des Berichts statt. In allen anderen Fällen fällt der *Conseil d'Etat* sein Urteil innerhalb von 45 Tagen nach Antragstellung.

Keine dieser Fristen ist jedoch verbindlich. Angesichts der Zahl der vor dem *Conseil d'Etat* gestellten Anträge braucht das Gericht für eine Entscheidung über vorläufige Maßnahmen im Durchschnitt zwischen 4 und 6 Monate.

Bei außergewöhnlicher Dringlichkeit, über die der Vorsitzende Richter unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Falles nach freiem Ermessen entscheidet, kann er die Parteien "*à son hôtel*" bestellen. Die einstweilige Verfügung muss dann innerhalb von 45 Tagen durch eine zweite Entscheidung bestätigt werden.

Die Parteien haben grundsätzlich ein Recht auf Anhörung, außer in Fällen, die so dringlich sind, dass die Anhörung aller oder einiger Parteien vor der Entscheidung über eine vorläufige Maßnahme nicht möglich ist. In einem solchen Fall sind die Parteien innerhalb von drei Tagen nach der getroffenen Entscheidung einzuberufen, eine Überschreitung dieser Frist hat allerdings keine rechtlichen Sanktionen zur Folge.

6.1.2 Verfahren vor dem ordentlichen Gericht

Das Verfahren wird mit der Zustellung einer Prozessladung durch den Zustellungsbeamten eingeleitet. Die Ladungsfrist beträgt in der Regel mindestens zwei Tage.

Im Allgemeinen wird der Fall mittels kurzer mündlicher Parteivorbringen ("*débats succincts*") verhandelt, und zwar in der Verhandlung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes oder jedenfalls innerhalb einer sehr kurzen Zeitspanne. Der Austausch von Schlussanträgen ist nicht zwingend, erfolgt jedoch in den meisten Fällen. Verfahren im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes können recht schnell gehen, so dass die Entscheidung mitunter bereits sehr kurz nach Eröffnung des Verfahrens ergeht.

In außergewöhnlich dringlichen Fällen kann der Vorsitzende Richter seine Entscheidung ohne Anhörung der beklagten Partei treffen. Seine Entscheidungsbefugnis ist dabei strikt auf das angesichts der Dringlichkeit Erforderliche begrenzt. Anschließend erhalten beide Parteien die Möglichkeit zum Vorbringen, woraufhin eine neue Entscheidung ergehen muss.

6.2 Antrag auf Nichtigerklärung

6.2.1 Verfahren vor dem Conseil d'Etat

Beim Verfahren zur Erwirkung einer Nichtigerklärung werden die folgenden Schriftsätze ausgetauscht: der Antrag des Klägers, die Antwort des Beklagten, die Erwiderung der Klägers, der Bericht des Auditors sowie ein abschließendes "*mémoire*" jeder Partei. Der *Conseil d'Etat* kann Ermittlungen anordnen wie z.B. die Hinzuziehung eines Sachverständigen. Interessierte dritte Parteien können ebenfalls eingreifen.

Nach Anhörung der Parteien und der Stellungnahme des Auditors trifft der *Conseil d'Etat* seine Entscheidung. Von der Antragstellung bis zur Entscheidung vergehen gewöhnlich zwei bis drei Jahre.

Nach Artikel 94 der Verfahrensordnung des *Conseil d'Etat* hingegen erstellt der Auditor seinen Bericht sofort, wenn er (nach Prüfung der Akten) zu der Auffassung gelangt, dass der Antrag offensichtlich wohlbegründet ist. Kurz nach der Zustellung des Berichts (spätestens zehn Tage danach) werden die Parteien vom Vorsitzenden Richter zur Anhörung vorgeladen. Der Vorsitzende Richter fällt dann "unverzüglich" sein Urteil. Bei diesem beschleunigten Verfahren kann die Entscheidung ebenso rasch erfolgen wie bei einem Antrag auf vorläufige Maßnahmen, d.h. innerhalb von etwa vier bis sechs Monaten.

Immer mehr Kläger ersuchen das Gericht um ein beschleunigtes Verfahren gemäß Artikel 94. In der Regel wird der Auditor jedoch erst nach dem Austausch der ersten drei Schriftsätze im schriftlichen Verfahren (Antrag, Antwort und Erwiderung) , d.h. frühestens ein Jahr nach Antragstellung die Möglichkeit und die Zeit zur Prüfung der Unterlagen haben. Durch einen gleichzeitig gestellten Antrag auf Aussetzung kann der Auditor gezwungen werden, die Unterlagen rascher zu prüfen.

6.2.2 Verfahren vor dem ordentlichen Gericht

Das Verfahren wird mit der Zustellung einer Prozessladung durch den Zustellungsbeamten eingeleitet. In manchen Fällen kann der Kläger einen Parteiantrag stellen, in der Regel muss er jedoch der Gegenpartei vorab eine Kopie davon zukommen lassen, so dass beide Seiten gehört werden können.

Der Fall wird auf den Verhandlungskalender des Gerichts gesetzt. Sodann erfolgt ein Austausch von Schriftsätzen. Die beklagte Partei muss ihren Schriftsatz innerhalb eines Monats nach Erhalt der Unterlagen des Antragstellers einreichen. Dem Kläger steht nach Erhalt der Ausführungen der Beklagten ebenfalls ein Monat Zeit für eigene Vorbringen zu. Jede Partei kann dann innerhalb von 15 Tagen noch weitere Schriftsätze einreichen. Das Überschreiten dieser Fristen führt jedoch nicht zur Zurückweisung der Klage. Folglich kann der schriftliche Teil des Verfahrens Monate, bisweilen auch mehrere Jahre dauern.

Ein Antrag auf Festsetzung der mündlichen Verhandlung kann erst gestellt werden, wenn der Fall "*en état*" ist, d.h. wenn die Parteien mit ihren Schriftsätzen alle Ausführungen und Dokumente ausgetauscht haben und der Fall somit verhandlungsbereit ist. Aufgrund der Arbeitsüberlastung der Gerichte findet die Verhandlung allerdings manchmal erst mehrere Jahre nach dem entsprechenden Antrag statt.

Der Kläger hat mehrere Möglichkeiten, das Verfahren zu beschleunigen. So kann er einen festen Zeitrahmen beantragen, mit dem die Fristen für die Erstellung der ersten und weiteren Schriftsätze und auch der Verhandlungstermin festgesetzt werden. Ein solcher Zeitplan ist verbindlich, und zu spät eintreffende Schriftsätze bleiben unberücksichtigt. Alternativ kann der Kläger das Gericht ersuchen, der Gegenpartei einen Termin für den abschließenden Schriftsatz zu setzen. Bei Nichtbeachten dieser Frist würde dann ein Versäumnisurteil ergehen, dass nur noch vor dem *Cour d'Appel* angefochten werden kann.

6.3 Schadensersatzklage

Wie bereits erläutert, können Schadensersatzklagen nur vor den ordentlichen Zivilgerichten erhoben werden. Das Verfahren ist identisch mit der Klage auf Nichtigerklärung vor dem ordentlichen Gericht (siehe Abschnitt 6.2.2).

6.4 Anwaltszwang

Vor dem *Conseil d'Etat* ist es zwar nicht verbindlich vorgeschrieben, aber gängige Praxis und auch ratsam, sich durch einen Anwalt (*avocat*) vertreten zu lassen. Vor den ordentlichen Zivilgerichten besteht Anwaltszwang.

7. Verfahrenskosten

7.1 Verfahren vor dem Conseil d'Etat

Nach Artikel 66 der Verfahrensordnung des *Conseil d'Etat* umfassen die Verfahrenskosten die Standardgebühr von 4 000 BEF (zahlbar durch den Erwerb einer Gebührenmarke), die Gebühren für eventuell zugezogene Sachverständige und eine Sonderabgabe für die Erhebung des Zeugenbeweises. Für einen Antrag auf Aussetzung im Zuge eines Verfahrens im einstweiligen Rechtsschutz fällt hingegen die Gebühr von 4 000 BEF nicht an. Der Kläger hat die Prozesskosten im Voraus zu entrichten; die genaue Höhe seines Beitrags zu den Verfahrenskosten setzt der *Conseil d'Etat* in seiner endgültigen Entscheidung fest.

Den Löwenanteil der Kosten machen die Anwaltsgebühren aus. Im Gegensatz zur Praxis vor dem Europäischen Gerichtshof werden in Belgien die Anwaltsgebühren nicht zu den Verfahrenskosten gerechnet. Sie sind unabhängig vom Ausgang des Rechtsstreits von der jeweiligen Partei zu zahlen. Das bedeutet, dass die erfolgreiche Partei keinen Anspruch auf Erstattung ihrer Anwaltskosten hat, auch nicht bei Schadensersatzklagen vor dem ordentlichen Gericht.

Auf Antrag kann Prozesskostenhilfe ("*assistance judiciaire*") gewährt werden.

7.2 Verfahren vor dem ordentlichen Gericht

Die Verfahrenskosten umfassen gemäß Artikel 1018 der Verfahrensordnung (i) die Kosten für Gebührenmarken, die Kanzleigeühren und die Registergebühren, (ii) die Gebühren für Handlungen der Justizorgane (Tätigwerden des Zustellungsbeamten), (iii) die Kosten für die Beschleunigung des Verfahrens, (iv) die Kosten für Untersuchungsmaßnahmen, z.B. die Abgabe für die Erhebung des Zeugenbeweises, (v) Reisekosten und Spesen der Richter,

Gerichtsbediensteten und der vom Richter einberufenen Parteien, (vi) die Kosten für im Zusammenhang mit dem Fall ergriffene gerichtliche Maßnahmen, und (vii) die "verfahrensbedingten Aufwendungen" ("*indemnité de procédure*"), zu der auch die materiellen Aufwendungen des Anwalts gehören. Die verschiedenen Kostenelemente unterliegen bestimmten Sätzen, die durch Königliche Erlasse festgesetzt und überprüft werden.

Der Richter trifft die Kostenentscheidung erst bei der Verkündung des Endurteils. Bei Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz werden die Kosten bis zum Endurteil (über die Aufhebung des Vertrags oder die Zuerkennung von Schadensersatz) "ausgesetzt". Analog zum Verfahren vor dem *Conseil d'Etat* sind auch hier die Anwaltsgebühren nicht Bestandteil der Verfahrenskosten, und eine Partei kann nicht zur Übernahme der Kosten der Gegenpartei verpflichtet werden. Auch vor dem ordentlichen Gericht kann Prozesskostenhilfe ("*assistance judiciaire*") beantragt werden.

8. Berufung

Gegen Entscheidungen des *Conseil d'Etat*, des höchsten Verwaltungsgerichts in Belgien, ist keine Berufung oder Revision möglich.

Bei Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz vor einem ordentlichen Zivilgericht kann das Urteil des Vorsitzenden Richters vor dem *Cour d'Appel* angefochten werden. Die Anrufung des Berufungsgerichts führt jedoch nicht zur Aussetzung des ersten vorläufigen Urteils. Auch die endgültige Entscheidung eines ordentlichen Gerichts kann vor dem *Cour d'Appel* angefochten werden. Hier führt die Anrufung des *Cour d'Appel* in der Regel zur Aussetzung der Vollstreckung des ersten Urteils, mit Ausnahme derjenigen Fälle, in denen explizit die Vollstreckbarkeit des Urteils ungeachtet einer etwaigen Berufung festgelegt wird. Das höchste Gericht, vor dem Revision (aber nicht Berufung) eingelegt werden kann, ist der *Cour de Cassation*.

9. Urteilsvollstreckung

9.1 Urteile des *Conseil d'Etat*

Die Urteile des *Conseil d'Etat* haben materielle Rechtskraft (*res judicata*) und Wirkung *erga omnes*, also für die betroffenen Parteien, für Dritte und für andere Gerichte. Eine für nichtig erklärte Entscheidung gilt als nie getroffen. Die Verwaltungsbehörde muss dem Urteil mit allen Konsequenzen Folge leisten. Die Vollstreckung unterliegt der Kontrolle des *Conseil d'Etat*. Die Rechtskraft eines Urteils hat den Charakter eines *ordre public*. Das

bedeutet, dass jede Zuwiderhandlung als schwerwiegend gilt und außer den direkt Betroffenen auch jede dritte Partei Maßnahmen dagegen einleiten kann.

Bei einem Aussetzungsurteil kann der öffentliche Auftraggeber die ausgesetzte Entscheidung widerrufen und erneut entscheiden. Er kann aber auch bis zum Endurteil abwarten. Auch die Aussetzung hat Wirkung *erga omnes*, d.h. sie ist auch für Dritte wie z.B. den ausgewählten Bieter rechtsverbindlich, aber erst *ex nunc* (also ab dem Zeitpunkt des Urteils) rechtskräftig.

Die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers zur Durchführung des Urteils hängt von der Begründung der Nichtigerklärung, vom Charakter der für nichtig erklärten Entscheidung und von den feststehenden Rechten des Klägers und Dritter ab. In dem meisten Fällen wird in einem neuen oder in veränderter Form durchgeführten Vergabeverfahren eine neue Entscheidung gefällt.

In der Regel wird sich der öffentliche Auftraggeber bemühen, der Nichtigerklärung umfassend Folge zu leisten; bisweilen kann er sich aber auch weigern. Die Missachtung eines rechtskräftigen Urteils mit dem Charakter eines *ordre public* kann auf verschiedene Weise geahndet werden. Der Kläger kann nun erneut Berufung einlegen, und zwar entweder gegen die Handlung selbst, die gegen die Anordnung der Nichtigerklärung verstößt, oder gegen die in ihr zum Ausdruck kommende Entscheidung, die Anordnung zu ignorieren.

Wenn der Auftraggeber dem Urteil nicht innerhalb eines angemessenen Zeitraums Folge leistet, wird er dafür haftbar gemacht. Ein neuerlicher Antrag auf Nichtigerklärung kann durch einen Antrag auf Aussetzung, auf einstweilige Verfügung oder sogar auf eine Geldstrafe mit festen Tagessätzen ergänzt werden. Auch die Kontrollbehörde ("*autorité de tutelle*") kann den säumigen Auftraggeber zur Durchführung der Entscheidung verpflichten. Erforderlichenfalls kann der *Conseil d'Etat* eine Geldstrafe mit festen Tagessätzen anordnen.

9.2 Urteile des ordentlichen Gerichts

Vorläufige Maßnahmen und endgültige Urteile (wie die Zuerkennung von Schadensersatz) sind rechtskräftig. Allerdings finden sie nur auf die beteiligten Parteien Anwendung. Auch im Falle der Berufung vor dem *Cour d'Appel* bleibt das Urteil rechtskräftig, solange es von diesem nicht aufgehoben wird.

Leistet ein öffentlicher Auftraggeber einem Urteil nicht Folge, so kann die Vollstreckung in Form einer dinglichen Sicherung der Forderung ("*attachment*") und der Verhängung hoher Geldstrafen mit festen Tagessätzen erfolgen.

ANHANG 1

Nützliche Adressen

Kanzlei des *Conseil d'Etat* (französische und flämische Kammern): 33 rue de la Science, 1040 Brüssel.

Ordentliche Zivilgerichte in Brüssel: Tribunal de première instance (bzw. für einstweilige Verfügungen: Monsieur le President du Tribunal de première instance), Palais de Justice, Place Poelaert, 1000 Brüssel.

Unabhängiges Schlichtungsgremium: CEPANI (Centre pour l'Etude et la Pratique de l'Arbitrage National et International), 8 rue des Sols, 1000 Brüssel.

Für die öffentliche Auftragsvergabe zuständige Regierungsstelle: Chancellerie du Premier Ministre, 16 rue de la Loi, 1000 Brüssel (Tel. 501 02 11 oder 501 04 17).

DÄNEMARK

**erstellt von Herbert Smith (Brüssel)
und Nielsen & Norager (Kopenhagen) 1997**

INHALT

1.	Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien	
2.	Zuständige Gremien	
3.	Verfügung stehende Rechtsmittel	Zur
	e Verfügung	3.1
	3.2 Aufhebung bzw. Nichtigklärung	Einstweilig
	3.3 Schadensersatz	
	3.4 Geldstrafen	
4.	Zugang zu den Verfahren.....	
5.	Fristen.....	
6.	Verfahren	
	6.1 Anrufung der Beschwerdestelle	
	6.2 Verfahren vor dem ordentlichen Gericht	
	6.3 Verfahrensdauer	
	6.4 Anwaltszwang	
7.	Verfahrenskosten	
8.	Berufung	
9.	Urteilsvollstreckung	

Anhang 1: Nützliche Adressen

DÄNEMARK

1. Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien

Die Richtlinie 89/665 wurde in Dänemark durch das Gesetz über Rechtsmittel im Vergabewesen Nr. 344 vom 6. Juni 1991 ("Rechtsmittelgesetz") umgesetzt, das am 1. Januar 1992 in Kraft trat. Die Umsetzung der Sektorenrichtlinie 92/13 erfolgte am 19. Dezember 1992 durch eine Änderung des Rechtsmittelgesetzes, die am 1. Januar 1993 in Kraft trat.

Im Jahr 1995¹⁹ erfolgte eine weitere Änderung des Rechtsmittelgesetzes, mit der unter anderem den Bedenken der Europäischen Kommission Rechnung getragen wurde, das Gesetz lasse im Hinblick auf bestimmte Verstöße gegen die Sektorenrichtlinie 93/38 noch Hintertüren offen. Die Konsolidierung des ursprünglichen Rechtsmittelgesetzes samt den nachfolgenden Änderungen erfolgte durch das Konsolidierungsgesetz Nr. 1166 vom 20. Dezember 1995.

In diesem Kapitel bezieht sich der Terminus "gesetzgeberische Vorarbeiten" auf die schriftlichen Anmerkungen der dänischen Regierung zu den oben genannten Durchführungsvorschriften, als diese dem dänischen Parlament vorgelegt wurden. Darüber hinaus bezieht sich dieser Begriff auf die parlamentarischen Debatten vor der endgültigen Verabschiedung der Durchführungsbestimmungen.

2. Zuständige Gremien

Auf der Grundlage des Rechtsmittelgesetzes wurde die "*Klagenævnet for Udbud*" ("Beschwerdestelle") eingerichtet; die detaillierten Verfahrensvorschriften sind in der Verordnung Nr. 26 vom 23. Januar 1996 festgelegt ("Verfahrensverordnung für die Beschwerdestelle").²⁰ Die Mitglieder der Beschwerdestelle werden vom Industrieminister bestellt.

Gemäß Artikel 1 Rechtsmittelgesetz ist die Beschwerdestelle grundsätzlich zuständig für alle Beschwerden wegen Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht zum öffentlichen Vergabewesen einschließlich der Richtlinien 92/50, 93/36, 93/37 und 93/38 sowie gegen die dänischen Durchführungsvorschriften.

Nicht zuständig ist dieses Gremium nach Artikel 5 Absatz 1 für so genannte "Offshore-Auftraggeber" (die ein geographisches Gebiet mit dem Ziel der Gewinnung natürlicher

¹⁹ Durch Gesetz Nr. 206 vom 25. März 1995, das am 31. März 1995 in Kraft trat.

²⁰ Mit dieser Verordnung wurden die Verordnungen Nr. 912 vom 18. Dezember 1991 und Nr. 72 vom 30. Januar 1992 konsolidiert.

Ressourcen nutzen); hier ist allein das See- und Handelsgericht für Beschwerden zuständig und hat diese vordringlich zu bearbeiten (Artikel 6 Absatz 4 Rechtsmittelgesetz).

Auch für Schadensersatzansprüche ist die Beschwerdestelle nicht zuständig (Artikel 5 Absatz 2 Rechtsmittelgesetz). Diese müssen vor dem ordentlichen Zivilgericht eingeklagt werden.

Verstöße gegen die Vergabevorschriften können mit Strafgeldern geahndet werden (Artikel 6 Absatz 1 Rechtsmittelgesetz). Deren Verhängung fällt jedoch nicht in den Zuständigkeitsbereich der Beschwerdestelle, sondern obliegt ausschließlich der Staatsanwaltschaft und den ordentlichen Gerichten.

Die Beschwerdestelle ist nicht das allein zuständige Organ für Verstöße gegen die Vergabevorschriften, ein Geschädigter kann sich auch ohne vorherige Anrufung dieser Stelle an ein ordentliches Gericht wenden. Für Klagen auf Erlass einer einstweiligen Verfügung und Anordnung von Vollstreckungsmaßnahmen ist das Vollstreckungsgericht zuständig (siehe Abschnitt 3.1.2). Im Übrigen fallen Zivilklagen (z. B. auf Schadensersatz) generell in den Zuständigkeit der Zivilgerichte erster Instanz. Gemäß der dänischen Prozessordnung (Artikel 226 und 227) können Rechtsachen, die bislang ungeklärte Rechtsfragen betreffen oder deren Streitwert 500 000 DK (ca. 67 000 ECU) übersteigt, direkt vor dem Obersten Zivilgericht verhandelt werden.

3. Zur Verfügung stehende Rechtsmittel

Nach Artikel 5 Absatz 1 Rechtsmittelgesetz kann die Beschwerdestelle rechtswidrige Entscheidungen für nichtig erklären, ein laufendes Vergabeverfahren aussetzen und den Auftraggeber zur Beseitigung von Rechtswidrigkeiten verpflichten (zusammenfassend "Rechtsmittel nach Artikel 5 Absatz 1") Auf die konkrete Anwendung dieser Rechtsmittel wird in den Abschnitten 3.1 und 3.2 ausführlicher eingegangen. Darüber hinaus können die ordentlichen Gerichte - nicht aber die Beschwerdestelle - Schadensersatz zuerkennen (siehe Abschnitt 3.3).

3.1 *Einstweilige Verfügung*

3.1.1 *Verfahren vor der Beschwerdestelle*

Die Beschwerdestelle kann ein laufendes Vergabeverfahren aussetzen, wenn sie zu der Ansicht gelangt, dass ein Rechtsverstoß vorliegt. Auch ohne einen solchen Befund kann sie die Aussetzung eines Verfahrens anordnen, wenn sie dies für erforderlich hält oder wenn eine solche Aussetzung eigens vom Gesetz vorgesehen ist.

Aus den gesetzgeberischen Vorarbeiten wird deutlich, dass die Aussetzung des Verfahrens wohl hauptsächlich für Fälle gedacht ist, in denen der Zuschlag ohne vorherige Bekanntmachung und ohne Wettbewerbsverfahren erteilt wurde. Darüber hinaus scheint die Beschwerdestelle diese Fälle vordringlich behandeln zu können.

Ansonsten enthält das Rechtsmittelgesetz keine Ausführungen dazu, nach welchen Grundsätzen der Erlass einer einstweiligen Verfügung zu erfolgen hat. Den

gesetzgeberischen Vorarbeiten lässt sich jedoch entnehmen, dass dabei der Schwere des Verstoßes und den Folgen der Aufhebung besonderes Gewicht zukommt, das heißt, die Beschwerdestelle wird eine Abwägung der Interessen aller Beteiligten vornehmen.

Weiter ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen der dänischen Gesetzgebung zum vorläufigen Rechtsschutz, dass der Geschädigte innerhalb der eng gesteckten Grenzen eines Vorabentscheidungsverfahrens nachweisen muss, dass sein Begehren zumindest berechnete Chancen auf Anerkennung im Hauptverfahren haben wird. Auch muss er möglicherweise darlegen, dass der Zweck seiner Beschwerde ohne eine einstweilige Verfügung wahrscheinlich nicht erreicht werden kann. Bislang hat die Beschwerdestelle nur sehr wenige einstweilige Verfügungen erlassen, was darauf hindeutet, dass die Bedingungen hierfür nur schwer zu erfüllen sind.

Im Rechtsmittelgesetz wird nicht explizit auf die Frage eingegangen, ob die Beschwerdestelle eine bereits erfolgte Zuschlagserteilung aussetzen kann. Die gesetzgeberischen Vorarbeiten legen den Schluss nahe, dass dem Geschädigten in diesem Fall Schadensersatz zuerkannt werden sollte. Aus der Rechtsprechung der Beschwerdestelle geht hervor, dass sie sich für die Nichtigerklärung bereits geschlossener Verträge nicht zuständig fühlt. Als Verwaltungsorgan, dessen Entscheidungen sich ausschließlich auf öffentliche Auftraggeber beziehen, scheint die Beschwerdestelle nicht in die (sich aus einem Vertragsabschluss ergebenden) Rechte Dritter eingreifen zu wollen.

3.1.2. Verfahren vor dem Vollstreckungsgericht

Wie bereits erwähnt, braucht sich ein in seinen Rechten verletzter Bieter nicht an die Beschwerdestelle zu wenden, sondern kann seinen Anspruch auch direkt vor dem ordentlichen Gericht geltend machen. Nach Artikel 642 der dänischen Prozessordnung (*Lov om Rettens Pleje*) kann das Vollstreckungsgericht eine Unterlassungsverfügung anordnen, wenn der Geschädigte nachweist, dass die beklagte Partei eine Handlung vornehmen wird oder wahrscheinlich vornehmen wird, die zu einer Verletzung seiner Rechte führt. Weiter verlangt die Prozessordnung vom Geschädigten den Nachweis, dass der Zweck seiner Beschwerde ohne eine solche Unterlassungsverfügung wahrscheinlich nicht erreicht werden kann. Die Anordnung einer Unterlassungsverfügung ist nicht möglich, wenn die normalen Vorschriften zu Strafgeldern und Entschädigung dem Geschädigten ausreichenden Schutz zu gewähren scheinen. Besteht eine offensichtliche Diskrepanz zwischen dem Interesse des Geschädigten an vorläufigen Maßnahmen und dem Schaden, der der beklagten Partei dadurch entsteht, so wird ein Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz wahrscheinlich abgelehnt.

Die Frage, ob die Durchführung eines bereits geschlossenen Vertrages ausgesetzt werden kann, ist noch nicht endgültig geklärt. Jedoch scheinen die gesetzgeberischen Vorarbeiten von der Annahme auszugehen, dass das Vollstreckungsgericht die Durchführung eines bereits abgeschlossenen Vertrags aussetzen kann, wenn die allgemeinen Voraussetzungen zur Erwirkung einer einstweiligen Verfügung erfüllt sind. Allerdings wäre eine Unterlassungsverfügung wahrscheinlich nicht mehr möglich, wenn der Vertrag bereits in wesentlichen Teilen erfüllt worden ist.

3.2. Aufhebung bzw. Nichtigkeitserklärung

3.2.1. Verfahren vor der Beschwerdestelle

Nach Artikel 5 Absatz 1 Rechtsmittelgesetz kann die Beschwerdestelle rechtswidrige Entscheidungen für nichtig erklären. Aus den gesetzgeberischen Vorarbeiten scheint hervorzugehen, dass in besonderen Fällen sogar ein komplettes Vergabeverfahren für nichtig erklärt werden kann. Diese Nichtigkeitserklärung kann auf jeden Fall vor der Zuschlagserteilung erfolgen, ob sie danach auch noch möglich ist, scheint umstritten.

Aus der Rechtsprechung der Beschwerdestelle ergibt sich, dass u.a. folgende Tatbestände zur Nichtigkeitserklärung führen können: Versäumnis der Bekanntmachung des Vertragsabschlusses, Bevorzugung eines bestimmten Bieters und Anwendung rechtswidriger bzw. nicht vorab spezifizierter Kriterien. Die Entscheidungen der Beschwerdestelle legen weiter nahe, dass die behauptete Verfahrensverletzung schwerwiegend sein und direkte Auswirkungen auf die Zuschlagsentscheidung haben muss. Darin spiegelt sich der allgemeine Grundsatz des dänischen Verwaltungsrechts wider, dass Verfahrensverstöße nur dann zur Nichtigkeitserklärung führen, wenn sie mit einiger Wahrscheinlichkeit eine direkte Auswirkung auf die endgültige Entscheidung hatten. Allerdings kann von der vergebenden Stelle der Beweis verlangt werden, dass die Verletzung keine solchen Auswirkungen hatte.

Wie bei der Entscheidung über vorläufige Maßnahmen wird die Beschwerdestelle auch bei der Nichtigkeitserklärung eine Abwägung der Interessen aller Beteiligten vornehmen. Sie scheint zu akzeptieren, dass der vergebenden Stelle ein gewisser administrativer Ermessensspielraum eingeräumt werden muss, und ist wohl generell zurückhaltend mit der Nichtigkeitserklärung von Entscheidungen, die in diesen Ermessensspielraum fallen.

Wie bereits erwähnt, hält sich die Beschwerdestelle nicht für zuständig, in vertraglich bedingte Rechte Dritter einzugreifen. Somit ist sie wohl auch nicht befugt, einen eingegangenen Vertrag für nichtig zu erklären. Dennoch kann sie eine rechtswidrige Zuschlagsentscheidung aufheben, auch wenn sie nicht zur Entscheidung über die Auswirkungen dieser Aufhebung auf den geschlossenen Vertrag befugt ist.

3.2.2. Verfahren vor dem ordentlichen Gericht

Die ordentlichen Gerichte sind grundsätzlich für die Nichtigkeitserklärung rechtswidriger Verwaltungsakte zuständig, sofern diese eine direkte Auswirkung auf die endgültige Entscheidung hatten oder wahrscheinlich haben werden. Den gesetzgeberischen Vorarbeiten ist zu entnehmen, dass die ordentlichen Gerichte unter besonderen Umständen auch einen bereits geschlossenen Vertrag für nichtig erklären können. Dies scheint dem allgemeinen Grundsatz des dänischen Rechts zu entsprechen, dass ein ordentliches Gericht solche Verträge für nichtig erklären kann, die in Zuwiderhandlung gegen zwingende Rechtsvorschriften geschlossen wurden. Es ist jedoch davon auszugehen, dass die ordentlichen Gerichte in der Praxis mit dieser Befugnis sehr zurückhaltend umgehen.

3.3. *Schadensersatz*

Wenn ein öffentlicher Auftraggeber oder ein Sektorenauftraggeber gegen die Vergabevorschriften verstößt, ist Schadensersatzklage vor einem ordentlichen Gericht möglich; die Beschwerdestelle ist dafür nicht zuständig. Wenn die Beschwerdestelle einem Antrag auf Nichtigerklärung stattgegeben hat, folgt also zwangsläufig ein Gerichtsverfahren mit Schadensersatzforderungen. Im Übrigen spricht keine Bestimmung des Rechtsmittelgesetzes dagegen, dass das Gericht Schadensersatz auch ohne vorherige Nichtigerklärung zuerkennen kann.

In Bezug auf die Zuerkennung und Bemessung von Schadensersatz gibt es im Rechtsmittelgesetz nur eine Bestimmung (Artikel 13 Buchstabe a), mit der Artikel 2 Absatz 7 der Rechtsmittelrichtlinie 92/13 im Hinblick auf Schadensersatzforderungen gegen Sektorenauftraggeber umgesetzt wird. Danach kann ein geschädigter Bieter Anspruch auf Erstattung der Angebotskosten erheben, wenn er nachweist, dass er eine angemessene Chance gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten, und dass diese Chance aufgrund des Rechtsverstößes durch den Sektorenauftraggeber beeinträchtigt wurde. Er braucht also nicht nachzuweisen, dass er ohne diesen Verstoß den Zuschlag tatsächlich erhalten hätte.

Abgesehen von dieser Bestimmung für den Sektorenbereich unterliegt die Zuerkennung von Schadensersatz den allgemeinen Grundsätzen der dänischen Rechtsprechung. Aus diesen ergibt sich, dass ein Geschädigter dann Anspruch auf Schadensersatz haben müsste, wenn er nachweisen kann, dass ein Verstoß gegen die Vergabevorschriften vorliegt und dass er als direkte und vorhersehbare Folge dieses Verstoßes einen wirtschaftlichen Verlust erlitten hat. Grundsätzlich sollte die Vermögenslage des Geschädigten so wiederhergestellt werden, wie sie sich darstellen würde, wenn keine Vertragsverletzung stattgefunden hätte. Die dänischen Gerichte sind traditionell bemüht, den Schaden des Klägers nicht überzukompensieren; im Übrigen ist der Kläger grundsätzlich dazu verpflichtet, den Schaden auf das Minimum zu begrenzen.

Was die Bemessung der Schadenshöhe angeht, so hat der Kläger in der Praxis die Wahl zwischen Entschädigung für die Angebotskosten und Entschädigung für den entgangenen Gewinn. Beim Ersatz der Angebotskosten kann davon ausgegangen werden, dass auch außerhalb des Sektorenbereichs der Geschädigte nur nachweisen muss, dass er eine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags hatte und dass diese Chance beeinträchtigt wurde. Diese Annahme wird gestützt durch das Urteil des Landgerichts Ost vom 30. Mai 1996, das der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes im Fall "Brücke über den Storebaelt", RS C-243/89 *Kommission gegen Dänemark* folgte. Hier hat das dänische Gericht mehreren Unternehmen, die ohne Erfolg an der Ausschreibung für den Vertrag zum Bau der Brücke über den Storebaelt teilgenommen hatten, Schadensersatz in Höhe von insgesamt ca. 23 Mio. DKK (3,1 Mio. ECU) zuerkannt. Diese Entschädigung bezog sich ausschließlich auf die Angebotskosten und wurde zuerkannt, obwohl das Gericht keine Anhaltspunkte dafür erkennen konnte, dass einem der Kläger (ohne den Verfahrensverstoß) der Zuschlag erteilt worden wäre.

Andererseits legt dieser Fall aber auch den Schluss nahe, dass der Kläger den Anspruch auf Entschädigung für den entgangenen Gewinn nur dann durchsetzen kann, wenn ihm der Nachweis gelingt, dass er ohne den Verstoß den Zuschlag erhalten hätte. Dieser Nachweis wäre eventuell möglich, wenn das Zuschlagskriterium "niedrigster Preis" lautet oder wenn bei einer geringen Zahl von Bietern (evt. sogar nur zwei) das Angebot des erfolgreichen Bieters offensichtlich von minderer Qualität war. In den allermeisten Fällen

wird sich dieser Nachweis jedoch kaum erbringen lassen. Somit dürften zur Bemessung des Schadensersatzes wohl eher die Angebotskosten und nicht der entgangene Gewinn herangezogen werden.

3.4. Geldstrafen

Nach Artikel 6 Absatz 1 Rechtsmittelgesetz können Verstöße gegen die Vergabevorschriften zur Verhängung von Geldstrafen führen. Ein etwaiger Anspruch auf Schadensersatz bleibt davon unberührt. Angaben zur Höhe dieser Geldstrafen enthält das Rechtsmittelgesetz nicht. Aus den gesetzgeberischen Vorarbeiten ergibt sich jedoch, dass deren Höhe so bemessen sein sollte, dass eine hinreichend abschreckende Wirkung erzielt wird (siehe auch Artikel 2 Absatz 5 der Richtlinie 92/13).

Aus den gesetzgeberischen Vorarbeiten ergibt sich, dass die Verhängung von Geldstrafen gegen andere als Offshore-Auftraggeber nur bei besonders schwerwiegenden Rechtsverstößen erfolgen sollte. Bei Offshore-Auftraggebern hingegen sollte das See- und Handelsgericht vorrangig Geldstrafen verhängen, da eine Aussetzung oder Nichtigerklärung für diese Auftraggeber besonders schwerwiegende Folgen hat.

Gemäß Artikel 6 Absatz 3 Rechtsmittelgesetz kann Rechtsverstößen durch Offshore-Auftraggeber unter besonderen Umständen auch durch Rechtsbehelf nach Artikel 5 Absatz 1 begegnet werden. Dazu muss jedoch ein Rechtsverstoß vorliegen, bei dem möglicherweise eine Gefängnisstrafe verhängt werden kann, und das Verfahren muss von der Staatsanwaltschaft eingeleitet worden sein. Darüber hinaus ergibt sich aus den gesetzgeberischen Vorarbeiten, dass die Gerichte bei Offshore-Auftraggebern keine kumulativen Geldstrafen verhängen und für die Anwendung von Rechtsbehelfen nach Artikel 5 Absatz 1 sorgen sollen.

4. Zugang zu den Verfahren

Die Beschwerdestelle kann von jeder Person mit einem so genannten "rechtlichen Interesse" angerufen werden. Das heißt, der Beschwerdeführer muss durch den behaupteten Rechtsverstoß einen persönlichen und materiellen Schaden erlitten haben.

Darüber hinaus wird der Industrieminister durch das Rechtsmittelgesetz autorisiert, Handelsorganisationen und öffentlich-rechtlichen Körperschaften ein allgemeines Klagerecht einzuräumen, ohne dass diese ein spezifisches rechtliches Interesse am betreffenden Fall nachweisen müssen. Derzeit besitzen 48 (im Anhang der Verfahrensordnung für die Beschwerdestelle aufgelistete) Handelsorganisationen und öffentlich-rechtliche Körperschaften diesen Status.

Vor der jüngsten Änderung der Verfahrensordnung für die Beschwerdestelle hatten nur 9 Handelsorganisationen und öffentlich-rechtliche Körperschaften diesen Status inne. Mit der Erweiterung dieser Liste soll eine größerer Personenkreis die Möglichkeit erhalten, über die jeweilige Handelsorganisation Beschwerde einzureichen und so die eigene Anonymität zu wahren. Hierbei sei angemerkt, dass auch der Wettbewerbsrat ein allgemeines Klagerecht besitzt.

Schließlich kann die Beschwerdestelle nach Artikel 4 Absatz 2 Rechtsmittelgesetz Dritten mit einem rechtlichem Interesse gestatten, zur Unterstützung einer Partei in ein anhängiges Verfahren einzugreifen.

5. Fristen

Das Rechtsmittelgesetz enthält keine Fristen, innerhalb derer die Beschwerdestelle angerufen werden muss. Nach den allgemeinen dänischen Verjährungsvorschriften verjähren Ansprüche nach Ablauf von fünf Jahren nach dem Zeitpunkt, zu dem der Geschädigte erstmals in der Lage war, seinen Anspruch vor Gericht geltend zu machen. Durch eine Anrufung der Beschwerdestelle wird diese Fünfjahresfrist für die Geltendmachung des Anspruchs vor einem ordentlichen Gericht ausgesetzt.

Hier sei angemerkt, dass der Geschädigte in der Praxis der allgemeinen Verpflichtung unterliegen kann, seinen Anspruch innerhalb angemessener Zeit geltend zu machen. In einem Fall hat die Beschwerdestelle einen Antrag auf Nichtigklärung wegen verspäteter Einreichung (nach vier Monaten) abgelehnt.

6. Verfahren

6.1. Anrufung der Beschwerdestelle

Im Großen und Ganzen gelten für das Verfahren vor der Beschwerdestelle die gleichen (in der dänischen Prozessordnung festgelegten) Grundsätze wie für ein Verfahren vor einem ordentlichen Gericht.

Die Einleitung des Verfahrens erfolgt durch eine schriftliche Beschwerde (analog zur Prozessladung mit Klageschrift), die den Beschwerdeantrag, eine kurze Darstellung der den Antrag unterstützenden Fakten sowie die Bezeichnung aller den Antrag unterstützenden Dokumente enthält. Die Erwiderung des öffentlichen Auftraggebers, gegen den sich die Beschwerde richtet, muss im Wesentlichen die gleichen Informationen enthalten wie der Beschwerdeantrag. In den meisten Fällen werden die Parteien jeweils mindestens einen weiteren Schriftsatz einreichen, ehe der Austausch der Schriftsätze abgeschlossen ist.

Vor dem ordentlichen Gericht haben die Parteien ihr Anliegen grundsätzlich mündlich vorzutragen. Vor der Beschwerdestelle hingegen wird nur dann mündlich verhandelt, wenn die Parteien dies wünschen und der Vorsitzende der Beschwerdestelle seine Zustimmung erteilt. Wenn nicht eine der Parteien ihre Zustimmung verweigert, wird dem Antrag auf mündliche Verhandlung normalerweise stattgegeben. Andernfalls entscheidet die Beschwerdestelle allein auf der Grundlage der von den Parteien eingereichten Schriftsätze.

6.2. Verfahren vor einem ordentlichen Gericht

Wie bereits in Abschnitt 6.1 erwähnt, beinhaltet das Verfahren vor dem ordentlichen Gericht den Austausch von Schriftsätzen beginnend mit der Klageschrift und der Klageerwiderung. Sodann erfolgt die mündliche Verhandlung, während derer die beiden Parteien ihre Beweise vortragen und sich gegenseitig ins Kreuzverhör nehmen können. Abschließend ergeht das Urteil des Richters.

6.3 Verfahrensdauer

Die derzeitige Praxis zeigt, dass die Beschwerdestelle ihre Entscheidung über einen Antrag auf einstweilige Verfügung innerhalb von ca. zwei Monaten fällt. Das Vollstreckungsgericht hingegen entscheidet über einen entsprechenden Antrag innerhalb weniger Wochen.

Bei Anträgen auf Nichtigerklärung dauert die Entscheidung der Beschwerdestelle etwa acht Monate, in dringlichen Fällen kann allerdings rascher entschieden werden. Unlängst hat die Beschwerdestelle Maßnahmen zur Beschleunigung der Verfahren ergriffen, die zu einer erheblichen Verkürzung der durchschnittlichen Dauer der Entscheidungsfindung führen dürften.

Die ordentlichen Gerichte brauchen für ihre Entscheidungen – außer bei Anträgen auf Erlass einer einstweiligen Verfügung – im Schnitt erheblich länger als die Beschwerdestelle. Üblicherweise dauert ein Verfahren mehrere Jahre, ehe ein endgültiges Urteil gefällt wird.

6.4 Anwaltszwang

Anwaltszwang besteht weder im Verfahren vor der Beschwerdestelle noch vor dem ordentlichen Gericht; allerdings ist die anwaltliche Vertretung gängige Praxis und dem Beschwerdeführer bzw. Kläger (insbesondere ausländischen Parteien) anzuraten. Auf die damit verbundenen Kosten wird in Abschnitt 7 eingegangen.

7. Verfahrenskosten

Laut Verfahrensverordnung für die Beschwerdestelle hat der Beschwerdeführer bei Einreichung einer Beschwerde eine Gebühr in Höhe von 4 000 DKK (ca. 550 ECU) zu entrichten. Diese Gebühr wird zurückerstattet, wenn die Beschwerde wegen Nichtzuständigkeit der Beschwerdestelle zurückgewiesen wird oder der Beschwerdeführer nicht das Recht hat, gehört zu werden. Die Rückerstattung der Gebühr erfolgt ebenfalls, wenn der Beschwerde teilweise oder ganz entsprochen wird oder wenn der Auftraggeber seine Entscheidung im Sinne des Beschwerdeführers revidiert.

Weitere Verfahrenskosten sind im Wesentlichen die Anwaltsgebühren. Diese unterscheiden sich nicht nennenswert von denen in einem Verfahren vor einem ordentlichen Gericht.

Nach Artikel 13 Buchstabe c) Rechtsmittelgesetz kann die Beschwerdestelle, wenn sie der Beschwerde teilweise oder ganz entspricht, den Auftraggeber dazu verpflichten, die

Verfahrenskosten des Klägers zu übernehmen. Diese Bestimmung wurde 1995 in das Rechtsmittelgesetz aufgenommen, weil die Erfahrung gezeigt hatte, dass kleine und mittlere Unternehmen wegen der Verfahrenskosten vor der Anrufung der Beschwerdestelle zurückschreckten.

Diese Bestimmung entspricht dem im dänischen Recht enthaltenen allgemeinen Verfahrensgrundsatz, dass der unterlegenen Partei die Verfahrenskosten der obsiegenden Partei auferlegt werden können. Die ordentlichen Gerichte werden bei teilweiser oder vollständiger Bestätigung einer Klage die Erstattung der Kosten des Klägers anordnen.

8. Berufung

Entscheidungen der Beschwerdestelle können vor keiner anderen Verwaltungsinstanz angefochten werden. Nach Artikel 5 Absatz 4 Rechtsmittelgesetz sind die Entscheidungen dieses Organs rechtskräftig, wenn der Kläger nicht innerhalb von acht Wochen nach Zustellung der Entscheidung vor einem ordentlichen Gericht Berufung einlegt.

Entscheidungen eines ordentlichen Vollstreckungsgerichts bzw. eines Amtsgerichts können vor dem Landgericht angefochten werden; die Anrufung des Obersten Gerichtshofes ist nur in Ausnahmefällen möglich. Gegen erstinstanzliche Urteile des Landgerichts hingegen ist in jedem Fall die Berufung zum Obersten Gerichtshof möglich.

9. Urteilsvollstreckung

Nach Artikel 13 Buchstabe b) Rechtsmittelgesetz ist die Verhängung von Geldstrafen möglich, wenn der öffentliche Auftraggeber die nach dem Rechtsmittelgesetz ergangenen Entscheidungen der Beschwerdestelle oder eines ordentlichen Gerichts absichtlich oder grob fahrlässig ignoriert.

Diese Bestimmung wurde 1995 als Reaktion auf Bedenken der Europäischen Kommission in das Rechtsmittelgesetz aufgenommen. Sie dient zur Sicherstellung der ordnungsgemäßen Durchführung von Artikel 2 Absatz 8 der Richtlinie 92/13, wo gefordert wird, dass die Entscheidungen der für Nachprüfungsverfahren zuständigen Instanzen wirksam durchgesetzt werden können.

Nach dänischem Recht können Entscheidungen der ordentlichen Gerichte auf Antrag der erfolgreichen Partei durch das Vollstreckungsgericht durchgesetzt werden. Dies gilt jedoch nicht für Entscheidungen der Beschwerdestelle.

Nützliche Adressen

Klagenævnet for Udbud
(Beschwerdestelle für die
öffentliche Auftragsvergabe)
Erhvervs - og Selskabsstyrelsen
Kampmannsgade 1
1780 København V

Tel: 00 45 33 30 76 21
Fax: 00 45 33 30 77 99

Østre Landsret
(Landgericht Ost)
Bredgade 59
1260 København K

Tel: 00 45 33 97 02 00
Fax: 00 45 33 14 58 22

Vestre Landsret
(Landgericht West)
Graabrødre Kirkestræde 3
8800 Viborg

Tel: 00 45 86 62 62 00

Fax: 00 45 86 62 63 65

Københavns Byret
(Amtsgericht København)
Domhuset
Nytorv
1450 København K

Tel: 00 45 33 93 32 33
Fax: 00 45 33 11 00 85

Retten i Aarhus
(Amtsgericht Aarhus)
Tinghuset
Vestre Alle 10
8000 Aarhus C

Erhvervsministeriet
(Industrieministerium)
Slotsholmsgade 12
1216 København K

Tel: 00 45 86 12 20 77
Fax: 00 45 86 19 71 91

Tel: 00 45 33 92 33 50
Fax: 00 45 33 12 37 78

Konkurrenceraadet
(Wettbewerbsrat)
Nørregade 49
1165 Kopenhagen K

Det Danske Voldgiftsinstitut
(Dänische Amtliche Schiedsstelle)
Frederiksborggade 1
1360 Kopenhagen K

Tel: 00 45 33 93 90 00
Fax: 00 45 33 32 61 44

Tel: 00 45 33 13 37 00
Fax: 00 45 33 13 04 03

FINNLAND

**erstellt von Herbert Smith (Brüssel)
und Castrén & Snellman (Helsinki), 1997**

INHALT

- 1. Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien**
- 2. Zuständige Gremien**
- 3. Zur Verfügung stehende Rechtsmittel**
 - 3.1 Einstweilige Verfügung
 - 3.2 Aufhebung
 - 3.3 Schadensersatz
- 4. Zugang zu den Verfahren**
- 5. Fristen**
- 6. Verfahren**
 - 6.1 Mitteilungspflicht
 - 6.2 Antrag an den Wettbewerbsrat
 - 6.3 Klage vor dem Bezirksverwaltungsgericht
 - 6.4 Schadensersatzklage vor dem ordentlichen Gericht
 - 6.5 Verfahrensdauer
 - 6.6 Anwaltszwang
- 7. Verfahrenskosten**
- 8. Berufung**
- 9. Urteilsvollstreckung**

ANHANG 1: Nützliche Adressen

FINNLAND

1. Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien

Die EU-Bestimmungen zum öffentlichen Vergabewesen wurden durch das am 1. Januar 1994 in Kraft getretene finnische Gesetz zum öffentlichen Vergabewesen ("Vergabegesetz") umgesetzt. Die in den Richtlinien 89/665 und 92/13 vorgesehenen Rechtsmittel sind in den Artikeln 8, 9, und 10 des Vergabegesetzes festgeschrieben. Dieses Gesetz gilt für alle öffentlichen Vergabeverfahren in Finnland, und zwar auch für Verfahren, deren Auftragsvolumen unterhalb der durch die EU-Richtlinien festgelegten Schwellenwerten liegt.

Im Mai 1997 wurde dem finnischen Parlament ein Entwurf zur Änderung des Vergabegesetzes vorgelegt, der am 26. November des gleichen Jahres verabschiedet wurde und seit 1. März 1998 in Kraft ist. Die wichtigsten Änderungen sind:

- i der Wettbewerbsrat ist nunmehr auch dann für Beschwerden gegen klassische Auftraggeber zuständig, wenn der Auftragswert unterhalb der in den EU-Richtlinien festgelegten Schwellenwerte liegt;
- ii in Zukunft kann auch nach Unterzeichnung des in Rede stehenden Vertrags Beschwerde vor dem Wettbewerbsrat erhoben werden, sofern dies innerhalb von 14 Tagen nach Kenntnisnahme des Geschädigten von der Entscheidung des Auftraggebers erfolgt (allerdings ist der Wettbewerbsrat nach wie vor nicht befugt, einen unterzeichneten Vertrag für nichtig zu erklären). Nach Vertragsabschluss kann der Geschädigte Anspruch auf eine "Kompensationszahlung" erheben, wenn er eine "echte Chance" auf Erteilung des Zuschlags nachweisen kann. Die Bemessung der Höhe dieser Zahlung erfolgt anhand des erlittenen Schadens und der Art der Vertragsverletzung (Sanktion);
- iii bei einem Rechtsstreit im Sektorenbereich können die Parteien ein Schlichtungsverfahren gemäß Sektorenrichtlinie 92/13 einleiten.

Diese Gesetzesänderung führt zu einer erheblichen Ausweitung der Kompetenzen des Wettbewerbsrats.

Gemäß dem Durchführungsgesetz für den Verwaltungsbezirk Åland vom 11. Mai 1994 und dem Verwaltungsbezirkserlass zum öffentlichen Vergabewesen vom 27. Februar 1996 sind die Bestimmungen des Vergabegesetzes auch für die Åland-Inseln gültig – dort gelten sie allerdings nur für Verträge, die die EU-Schwellenwerte erreichen.

2. Zuständige Gremien

Ein sich geschädigt fühlender Bieter, der gegen eine unter das Gesetz fallende Vergabeentscheidung vorgehen will, kann den Wettbewerbsrat (*Kilpailuneuvosto*) anrufen. Dieses Organ ist gleichzeitig die Berufungsinstanz bei wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten. Die Mehrheit der Ratsmitglieder kommen aus Wirtschaftsunternehmen, und das Gremium verfügt über besondere Fachkenntnisse im Bereich Vergabewesen. Das Verfahren vor dem Wettbewerbsrat ist mit dem vor einem Gericht vergleichbar.

Die finnischen Kommunal- und Verwaltungsgesetze sehen darüber hinaus auch die Möglichkeit der Klage gegen Entscheidungen kommunaler und staatlicher Behörden vor, wenn diese Behörden als Auftraggeber gemäß dem Vergabegesetz agieren. Für diese Fälle ist das Bezirksverwaltungsgericht zuständig. Vor ihm kann gegen eine endgültige Entscheidung des Stadtrats bzw. gegen eine Entscheidung der Gemeindeverwaltung oder eines Kommunalausschusses über eine Richtigstellungsforderung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde kann von einer der Parteien oder von einem Vertreter der Gemeindeverwaltung vorgebracht werden.

In der Praxis existieren also zwei Systeme parallel nebeneinander, auf die wahlweise zurückgegriffen werden kann. Diese Möglichkeit wird nach erfolgter Änderung des Vergabegesetzes in dieser Form nicht mehr bestehen. Ab März 1998 kann keine Beschwerde mehr vor dem Verwaltungsgericht erhoben werden, wenn der Fall gleichzeitig auch in die Zuständigkeit des Wettbewerbsrates fällt. Diese Änderung zielt auf die Vermeidung paralleler und voneinander abweichender Entscheidungen ab.

Da der Wettbewerbsrat und das Bezirksverwaltungsgericht nicht für die Zuerkennung von Schadensersatz zuständig sind, muss dieser Anspruch vor einem ordentlichen Gericht erster Instanz geltend gemacht werden. Mit Inkrafttreten des Gesetzes am 1. Mai 1998 wird bei der Bemessung des Schadensersatzes auch die Höhe einer gegebenenfalls angeordneten Kompensationszahlung berücksichtigt.

Ein sich geschädigt fühlender Bieter hat daneben auch die Möglichkeit, informelle Beschwerde beim finnischen Handels- und Industrieministerium zu erheben. Nach Artikel 13 des Gesetzes kann das Ministerium dann vom (klassischen oder Sektoren-) Auftraggeber Informationen zum in Rede stehenden Vergabeverfahren einholen und Empfehlungen und Anweisungen zum Verfahren und zur Auslegung des Gesetzes erteilen. So kann der sich geschädigt fühlende Bieter mit einer Beschwerde vor dem Ministerium zwar ein Gerichtsverfahren vermeiden, allerdings kann er damit keinen Rechtsschutz (etwa in Form von Schadensersatz) erwirken. Im Zeitraum 1996-1997 hat das Ministerium mehr als 60 solcher informeller Beschwerden bearbeitet.

3. Zur Verfügung stehende Rechtsmittel

3.1 Einstweilige Verfügung

Nach Artikel 10 Vergabegesetz kann der Wettbewerbsrat in Vergabefällen über Anträge auf einstweilige Verfügung und Aussetzung entscheiden. Nach Inkrafttreten der Änderungen des Vergabegesetzes sind diese Entscheidungen auch bei Verträgen möglich, die unterhalb der Schwellenwerte liegen.

Der Wettbewerbsrat kann anordnen, dass eine von der Vergabebehörde gefällte Entscheidung nicht umgesetzt und/oder das Vergabeverfahren für die Dauer des Verfahrens vor dem Wettbewerbsrat ausgesetzt wird. Bei Nichtbefolgung dieser Entscheidungen ist die Verhängung einer Geldstrafe möglich.

Desweiteren kann durch eine einstweilige Verfügung auch die Anwendung bestimmter Einzelregelungen eines mit der Vergabe im Zusammenhang stehenden Dokument bzw. eines rechtswidrigen Verfahrens, die gegen das Gesetz verstoßen, untersagt werden. Ebenfalls als vorläufige Maßnahme kann der Wettbewerbsrat den Auftraggeber zur Beseitigung des Verstoßes verpflichten. Auch hier kann er bei Nichterfüllung Geldbußen verhängen. Alle diese Maßnahmen können vor Abschluss des Verfahrens beim Wettbewerbsrat beantragt werden.

Ein nach Abschluss des in Rede stehenden Vertrags gestellter Antrag auf einstweilige Maßnahmen wird als verspätet abgelehnt, und der Geschädigte kann nur noch Anspruch auf Schadensersatz geltend machen. Seit dem 1. März 1998 kann der Geschädigte in diesem Fall jedoch eine Kompensationszahlung fordern (siehe oben Abschnitt 1). Der entscheidende Faktor ist hierbei, ob der Vertrag bereits im Detail erarbeitet und abgeschlossen wurde. In der Praxis ist damit üblicherweise die Vertragsunterzeichnung gemeint. Wenn der Auftraggeber nur entschieden hat, welchem Bieter er den Zuschlag erteilen will, aber noch kein detaillierter Vertrag unterzeichnet wurde, stehen alle oben angeführten Maßnahmen noch zur Verfügung.

Bei der Entscheidung über die oben beschriebenen Maßnahmen ist der Wettbewerbsrat durch das Vergabegesetz verpflichtet, die wahrscheinlichen Folgen für alle Beteiligten – einschließlich des Interesses der Allgemeinheit – zu berücksichtigen. Wenn bei dieser Abwägung die negativen Folgen die positiven überwiegen, kann er sich gegen die in Rede stehenden Maßnahmen entscheiden. Diese Vornahme der Interessensabwägung steht im Einklang mit den Rechtsmittelrichtlinien.

3.2 Aufhebung

Nach Artikel 9 Vergabegesetz kann der Wettbewerbsrat die Aufhebung bzw. Nichtigklärung von Entscheidungen anordnen. Diese Bestimmung lehnt sich eng an die entsprechenden Bestimmungen der Rechtsmittelrichtlinien an.

Liegt ein Verstoß gegen das Vergabegesetz, gegen nach diesem Gesetz erlassene Bestimmungen oder gegen Gemeinschaftsbestimmungen zum Vergabewesen vor, so kann der Wettbewerbsrat die vollständige oder teilweise Aufhebung der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers anordnen. Weiter kann er dem Auftraggeber die Anwendung bestimmter Regelungen eines mit der Vergabe in Zusammenhang stehenden Dokuments bzw. die Anwendung eines rechtswidrigen Verfahrens untersagen und ihn zur Korrektur des rechtswidrigen Verfahrens verpflichten. Der Wettbewerbsrat ist jedoch

nicht befugt, Entscheidungen des Auftraggebers selbst zu korrigieren (z.B. kann er nicht anordnen, dass der Vertrag mit einem bestimmten Bieter abgeschlossen werden muss).

Wie bei den vorläufigen Maßnahmen kann auch die Anordnung der Aufhebung jederzeit vor Vertragsabschluss erfolgen. Bis zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses können Entscheidungen des Auftraggebers auch dann aufgehoben werden, wenn sie nach finnischem Zivilrecht bereits den Charakter eines bindenden Vertrages haben.

Zur Sicherung der Einhaltung von Bestimmungen, die dem Auftraggeber die Anwendung bestimmter Regelungen eines mit der Vergabe in Zusammenhang stehenden Dokuments bzw. die Anwendung eines rechtswidrigen Verfahrens untersagen, kann der Wettbewerbsrat eine Geldstrafe androhen. Bei Anordnungen, die zur Aufhebung einer Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers führen, ist eine solche Geldstrafe jedoch nicht erforderlich, denn eine solche Anordnung führt automatisch zur Nichtigkeitserklärung der Entscheidung des Auftraggebers, ohne dass dieser irgendwelche Maßnahmen ergreifen müsste.

3.3 Schadensersatz (seit 1.3.1998)

Nach Artikel 8 Vergabegesetz hat ein öffentlicher Auftraggeber einem Bieter Schadensersatz zu leisten, wenn er ihm durch einen Verstoß gegen das Vergabegesetz, gegen nach diesem Gesetz erlassene Bestimmungen oder gegen den EG-Vertrag Schaden zugefügt hat.

Fordert ein Geschädigter nach Artikel 8 Absatz 2 Vergabegesetz die Rückerstattung der Kosten für die Angebotserstellung oder die Teilnahme an einem Vergabeverfahren, so braucht er nur nachzuweisen, dass ein Verstoß gegen die Vergabevorschriften vorliegt, dass er eine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte und dass diese Chance durch den Verstoß beeinträchtigt wurde. Diese Bestimmung entspricht Artikel 2 Absatz 7 der Rechtsmittelrichtlinie 92/13.

Nach der Vorlage zu diesem Gesetz gilt Artikel 8 Absatz 2 (Nachweis der "echten Chance") nur für Verfahren, die unter die Rechtsmittelrichtlinie 92/13 fallen (Sektorenaufträge). Mit der Änderung des Gesetzes erstreckt sich die Geltung dieser Bestimmung auch auf die so genannten klassischen Auftraggeber.

Weitere Ausführungen zur Bemessung des Schadensersatzes enthält das Gesetz nicht. Aus den Vorarbeiten zu diesem Gesetz ergibt sich jedoch, dass in vielen Fällen der Schadensersatz auf die dem Kläger im Zusammenhang mit der Teilnahme am Vergabeverfahren entstandenen Angebotskosten beschränkt werden kann. In der Praxis ist zu erwarten, dass sich der Schadensersatz grundsätzlich nur auf diese Angebotskosten erstreckt. Nach den im finnischen Recht enthaltenen vertragsrechtlichen Grundsätzen ist die Erstattung des entgangenen Gewinns nur bei einem Vertragsbruch möglich. Wer kein Vertragspartner ist, kann im Allgemeinen auch keinen solchen Anspruch geltend machen. Allerdings wird in einigen juristischen Kommentaren darauf verwiesen, dass der entgangene Gewinn gelegentlich dann erfolgreich eingeklagt werden konnte, wenn der Auftraggeber wissentlich ein rechtswidriges Vergabeverfahren durchgeführt hat. Bislang wurde hier noch kein Präzedenzrecht geschaffen.

Aus den allgemeinen Grundsätzen der finnischen Rechtsprechung ergibt sich, dass dem Geschädigten, der Anspruch auf Schadensersatz für entgangenen Gewinn geltend machen will, eine weitaus höhere Beweislast obliegt als nur der Nachweis der "echten Chance".

So muss er gegebenenfalls nachweisen, dass er ohne den Verstoß gegen die Verfahrensvorschriften den Zuschlag zumindest mit hoher Wahrscheinlichkeit erhalten hätte. Die konkreten Anforderungen in solchen Fällen sind von den finnischen Gerichten noch zu klären.

Schließlich sei noch angemerkt, dass der Antrag auf Schadensersatz unabhängig ist von der Anrufung des Wettbewerbsrats zum Zwecke der Erwirkung einer einstweiligen Verfügung oder einer Aufhebungsanordnung. Allerdings dürfte sich die Feststellung eines Rechtsverstoßes durch den Wettbewerbsrat in einem Schadensersatzverfahren vor dem Gericht erster Instanz zugunsten des Antragstellers auswirken.

Wie bereits in Abschnitt 1 beschrieben, wird mit Inkrafttreten der Gesetzesänderung am 1. März 1998 die Kompetenz des Wettbewerbsrates im Hinblick auf die Verhängung von Sanktionen erheblich gestärkt. Hätte der geschädigte Bieter bei einem korrekt durchgeführten Vergabeverfahren tatsächlich eine echte Chance auf die Zuschlagserteilung gehabt, kann der Wettbewerbsrat den Auftraggeber zu Kompensationszahlungen an den Antragsteller verpflichten. Zu diesem Mittel kann er greifen, wenn der entsprechende Antrag erst nach Abschluss des Vertrages gestellt wurde oder wenn sich bei der Interessensabwägung herausstellt, dass jede andere Form des Rechtsschutzes zu starke Nachteile mit sich brächte. Bei der Entscheidung über eine Kompensationszahlung (z. B. in Höhe des Vertragswertes) müssen die Art des Rechtsverstoßes und der erlittene Schaden Berücksichtigung finden.

4. Zugang zu den Verfahren

Gemäß Artikel 9 Vergabegesetz (nach der Änderung vom 1.3.98 Artikel 9 Buchstabe a) kann jeder Betroffene einen Antrag auf Nachprüfung stellen. Der ursprünglichen Gesetzesvorlage zufolge sind dies alle Personen mit einem rechtlichen Interesse an der Anfechtung des rechtswidrigen Verfahrens. In dieser Vorlage wurde eigens auf Artikel 1 Absatz 3 der Rechtsmittelrichtlinien verwiesen, demzufolge jeder, 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 Möglichkeit der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens haben muss. In der Praxis ist dies jeder am Vergabeverfahren interessierte Wirtschaftsteilnehmer, der in einem ordnungsgemäß durchgeführten Verfahren eine Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte.

Unter bestimmten Umständen können auch das Handels- und Industrieministerium und das Finanzministerium ein Verfahren vor dem Wettbewerbsrat wegen Verstoßes gegen das Vergabegesetz einleiten. Nach der Gesetzesänderung können gemäß Artikel 9 Buchstabe a) Verfahren auch von staatlichen Behörden eingeleitet werden, die für bestimmte Arten von Bauaufträgen (definiert in Artikel 5 Absatz 4) Subventionszahlungen geleistet haben.

5. Fristen

Gemäß Artikel 9 Vergabegesetz (nach der Änderung vom 1.3.98 Artikel 9 Buchstabe a) müssen gerichtliche Verfahren im Prinzip vor der Unterzeichnung des betreffenden Vertrags eingeleitet werden. In der Praxis musste also der Geschädigte bislang relativ zügig agieren. Nach der Änderung des Vergabegesetzes stellt der Vertragsabschluss nun kein Hindernis mehr für einen Antrag vor dem Wettbewerbsrat dar, solange dieser innerhalb von 14 Tagen eingereicht wird, nachdem der Geschädigte von der Entscheidung über die Zuschlagserteilung informiert wurde. Bislang gab es nach erfolgtem Vertragsabschluss nur die Möglichkeit der Schadensersatzklage vor einem ordentlichen Gericht. Nach der Änderung des Gesetzes kann der Antragsteller nunmehr gemäß Artikel 9 des geänderten Gesetzes auch eine Kompensationszahlung fordern.

Ein Geschädigter, der gegen die Entscheidung einer kommunalen Behörde das Bezirksverwaltungsgericht anrufen will, muss bestimmte (in der Verwaltungsgesetzgebung festgeschriebene) Fristen beachten. Üblicherweise hat er ein formales Ersuchen um Beseitigung des Verfahrensverstößes innerhalb von 14 Tagen nach Zustellung einer Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers direkt an diesen zu richten. Der Auftraggeber ist seinerseits zur umgehenden Bearbeitung des Ersuchens verpflichtet. Falls erforderlich, kann innerhalb von dreißig Tagen nach Zustellung einer Entscheidung Klage vor dem Bezirksverwaltungsgericht erhoben werden. Den Entscheidungen der Kommunalbehörde muss eine Rechtsbehelfsbelehrung beiliegen.

Schadensersatzklagen vor den ordentlichen Gerichten unterliegen der üblichen Verjährungsfrist von zehn Jahren.

6. Verfahren

6.1 Mitteilungspflicht

Ehe ein geschädigter Bieter beim Wettbewerbsrat vorläufige Maßnahmen oder die Aufhebung des Verfahrens beantragen kann, muss er den Auftraggeber von dem behaupteten Rechtsverstoß und seiner Absicht, ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten, unterrichtet haben. Dies muss er in den Unterlagen nachweisen, die er mit dem Antrag an den Wettbewerbsrat einreicht. Weitere Angaben zu dieser schriftlichen Mitteilung an den Auftraggeber enthält das Vergabegesetz nicht, ein normaler Brief oder ein Fax dürften also ausreichen.

Durch diese Mitteilungspflicht soll der Auftraggeber die Möglichkeit erhalten, das rechtswidrige Verfahren zu korrigieren, ehe der Fall vor den Wettbewerbsrat gebracht

wird. Besteht der in Rede stehende Verstoß zum Beispiel in einer eindeutigen zahlenmäßigen Fehlberechnung, so kann der Auftraggeber diese unverzüglich korrigieren und dadurch ein Verfahren vor dem Wettbewerbsrat vermeiden.

Bei Schadensersatzklagen vor einem ordentlichen Gericht besteht keine Mitteilungspflicht.

6.2 Antrag an den Wettbewerbsrat

Das Verfahren vor dem Wettbewerbsrat wird durch einen schriftlichen Antrag eingeleitet, der den Beschwerdegrund und den Beschwerdeantrag enthalten muss. Sodann wird der Auftraggeber zu einer Stellungnahme aufgefordert. Der Wettbewerbsrat kann von den Parteien weitere Schriftsätze anfordern.

Der Wettbewerbsrat kann eine mündliche Verhandlung ansetzen, in denen die Parteien ihre Beweise vorbringen und weitere Zeugen oder Experten gehört werden. Der Wettbewerbsrat kann die Parteien unter Androhung einer Geldstrafe zur Anwesenheit in der Verhandlung und zur Vorlage von Dokumenten verpflichten. In manchen Fällen werden die Parteien dann noch um Vorlage eines abschließenden Schriftsatzes ersucht.

Um die rasche Anordnung vorläufiger Maßnahmen zu ermöglichen, kann der Vorsitzende Richter des Wettbewerbsrates diese in dringenden Fällen auch in Abwesenheit der anderen Ratsmitglieder erlassen. Später wird seine Entscheidung in einer Sitzung des gesamten Wettbewerbsrates entweder bestätigt oder widerrufen. Wenn die Gefahr besteht, dass die Wirksamkeit einer vorläufigen Maßnahme hinfällig wird, kann diese auch vor Anhörung der Gegenpartei (dem öffentlichen Auftraggeber) angeordnet werden.

6.3 Klage vor dem Bezirksverwaltungsgericht

Eine Klage vor dem Bezirksverwaltungsgericht ist schriftlich unter Angabe der angefochtenen Entscheidung, des angestrebten Rechtsschutzes und einer detaillierten Klagebegründung eingereicht werden. Sodann wird der Auftraggeber zur schriftlichen Stellungnahme aufgefordert. Der den Fall bearbeitende Gerichtsbeamte kann von den Parteien weitere Schriftsätze und Informationen anfordern, die sie innerhalb bestimmter Fristen einzureichen haben. Wenn eine Partei dies beantragt, findet eine mündliche Verhandlung statt.

6.4 Schadensersatzklage vor dem ordentlichen Gericht

Wer Schadensersatz geltend machen will, muss vor einem Gericht erster Instanz einen Antrag auf Prozessladung stellen, der den Klageantrag, die Klagebegründung sowie detaillierte Angaben zum Ablauf der relevanten Ereignisse und zu den Beweisen, die er dem Gericht vorzulegen beabsichtigt, enthalten muss. Die vergebende Stelle hat dazu schriftlich Stellung zu nehmen. Sodann lädt das Gericht beide Parteien zu einer Anhörung, bei der der Streitwert festgelegt und der Fall für die Hauptverhandlung

vorbereitet wird. Alle schriftlichen Beweise müssen spätestens bei dieser vorbereitenden Anhörung vorgelegt werden.

Bei einfach gelagerten Fällen findet die Hauptverhandlung unmittelbar nach der vorbereitenden Anhörung statt, in den meisten Fällen jedoch zu einem späteren Zeitpunkt. In ihr können sich Vertreter der Parteien zur Sache äußern und Zeugen und Sachverständige gehört werden.

6.5 Verfahrensdauer

Die Dauer des Verfahrens variiert je nach Komplexität des Falles. Generell lässt sich sagen, dass der Zeitraum zwischen der Einleitung des Verfahrens und einer rechtskräftigen Entscheidung vor dem Wettbewerbsrat ca. ein bis sechs Monate beträgt, vor dem Bezirksverwaltungsgericht ca. zehn Monate und vor einem Gericht erster Instanz ein Jahr.

6.6 Anwaltszwang

Anwaltszwang besteht weder vor dem Wettbewerbsrat noch vor dem Gericht. Eine anwaltliche Vertretung ist jedoch in beiden Fällen üblich und grundsätzlich anzuraten.

7. Verfahrenskosten

Bei Beschwerden vor dem Wettbewerbsrat fallen keine Gerichtskosten an. Bei einem Verfahren vor dem Bezirksverwaltungsgericht wird eine Gebühr von 400 FIM erhoben. Die Gebühren vor den Gerichten erster Instanz liegen je nach Komplexität des Falles und Verfahrensdauer zwischen 300 und 800 FIM.

Den Hauptanteil der Verfahrenskosten dürften die Anwaltshonorare ausmachen. Diese variieren natürlich je nach Dauer und Schwierigkeitsgrad des Falles.

Grundsätzlich werden sowohl der Wettbewerbsrat als auch das Gericht die unterlegene Partei zur vollständigen oder teilweisen Übernahme der Kosten der erfolgreichen Partei verpflichtet, es sei denn, dieser ist das Aufkommen für die eigenen Kosten zuzumuten. Bei der Entscheidung, ob ein Auftraggeber die Kosten des Geschädigten zu tragen hat, sind alle Rechtsverstöße durch den Auftraggeber zu berücksichtigen. Dem Recht der erfolgreichen Partei auf Erstattung ihrer Kosten für den Rechtsstreit wird vor den erstinstanzlichen Gerichten am ausgeprägtesten stattgegeben; dort gilt als grundsätzliche Regel, dass die erfolgreiche Partei für alle erforderlichen Kosten zu entschädigen ist. Dies ist zweifellos ein wichtiger Faktor, und der sich geschädigt führende Bieter sollte ihn von Anfang an in seine Überlegungen, ob er ein Verfahren einleiten soll, einbeziehen.

8. Berufung

Nach Artikel 12 Vergabegesetz kann eine Entscheidung des Wettbewerbsrates vor dem Obersten Verwaltungsgericht angefochten werden. Dies muss innerhalb von dreißig Tagen nach der ergangenen Entscheidung erfolgen. Eine Zulassung zur Berufung braucht nicht beantragt zu werden.

Auch gegen das Urteil des Bezirksverwaltungsgerichts kann innerhalb von 30 Tagen vor dem Obersten Verwaltungsgericht Berufung eingelegt werden. Auch hier braucht keine Zulassung beantragt zu werden, wenn es sich bei dem angefochtenen Urteil um eine Entscheidung einer kommunalen Behörde handelt.

Das Urteil eines erstinstanzlichen Gerichts über eine Schadensersatzklage kann innerhalb von 30 Tagen vor dem Berufungsgericht angefochten werden. Der Beschwerdeführer muss zunächst das Gericht erster Instanz darüber informieren, dass er innerhalb von sieben Tagen Berufung einlegen wird. Eine weitere Berufung zum Obersten Gerichtshof bedarf einer Zulassung.

9. Urteilsvollstreckung

In Finnland ist die Urteilsvollstreckung generell sehr effektiv, insbesondere wenn es sich bei der beklagten Partei um eine öffentliche Behörde handelt. Wie oben bereits erwähnt, kann der Wettbewerbsrat seinem Urteil durch die Androhung einer Geldstrafe Nachdruck verleihen. Wenn der Auftraggeber einem Urteil nicht Folge leistet, wird die angedrohte Geldstrafe zur Zahlung fällig.

Nützliche Adressen

I Wettbewerbsrat

Kilpailuneuvosto
Aleksanterinkatu 4
FIN-00170
Helsinki

Tel: 09 160 3677
Fax: 09 160 4022

II Bezirksverwaltungsgerichte

Städte: Helsinki, Espoo, Vantaa

Uudenmaan lääninoikeus
Ratapihantie 9
FIN-00520
Helsinki

Tel: 09 17 3531
Fax: 09 17 35 3479

Städte: Tampere, Hämeenlinna

Hämeen lääninoikeus
Raatihuoneenkatu 1
FIN-13100
Hämeenlinna

Tel: 03 62 231
Fax: 03 622 3269

Städte: Turku, Pori

Turun ja Porin läänioikeus	Tel: 02 266 0111
Itsenäisyydenaukio 2	Fax: 02 266 1423
FIN-20800	
Turku	

Aland-Inseln

Alands Förvaltningsdomstol	Tel: 018 6350
Statens ämbetshus	Fax: 018 635 202
Torggatan 16	
FIN-22100	
Mariehamn	

III Zivilgerichte erster Instanz

Helsingin käräjäoikeus	Tel: 09 1571
Pasilanraiti 11	Fax: 09 157 2717
FIN-00240	
Helsinki	
Espoon käräjäoikeus	Tel: 09 157 206

Vitikka 1 Fax: 09 524 481

FIN-02630

Espoo

Tampereen käräjäoikeus Tel: 03 288 2111

Oikeustalo Fax: 03 288 2490

Kelloportinkatu 5A

FIN-33100

Tampere

Turunseudun käräjäoikeus Tel: 02 251 6180

Kaskenkatu 9 Fax: 02 232 8510

FIN-20700

Turku

Vantaan käräjäoikeus Tel: 09 873 091

Kielotie 21 Fax: 09 873 0939

FIN-01300

Vantaa

IV Schlichtungsgremium

Keskuskauppakamarin välityslautakunta Tel: 09 69 6969

(Vermittlungsausschuss der zentralen
Handelskammer Finnland) Fax: 09 65 0303

Aleksanterinkatu 17 (WTC)

FIN-00100

Helsinki

V Für die Vergabevorschriften zuständiges Ministerium

Kauppa-ja teollisuusministeriö

Tel: 09 1601

(Ministerium für Handel und Industrie)

Fax: 09 160 3666

Aleksanterinkatu 4

FIN-00170

Helsinki

FRANKREICH

**erstellt von Herbert Smith (Brüssel)
und Delvolvé Rouche (Paris), 1997**

INHALT

1.		
zung der Rechtsmittelrichtlinien		Umset
2.		
ndige Gremien		Zustä
3.		Zur
Verfügung stehende Rechtsmittel		
		3.1
eilige Verfügung und Nichtigklärung		Einstw
3.1.1	<i>Verfahren vor dem Verwaltungsgericht</i>	
3.1.2	<i>Verfahren vor dem Zivilgericht</i>	
3.2	Geldstrafen für Sektorenauftraggeber	
3.3	Schadensersatz	
4. Zugang zu den Verfahren		
5.		
n		Friste
6.		
hren		Verfa
		6.1
ungspflicht		Mittel
6.2	Eilverfahren zur Erwirkung einer einstweiligen Verfügung oder Nichtigklärung	
6.3	Antrag auf Verhängung einer Geldstrafe	
6.4	Schadensersatzklage vor dem Zivilgericht	
6.5	Anwaltszwang	
7.		
hrens-kosten		Verfa
8.		
ung		Beruf
9. Urteilsvollstreckung		

Anhang 1: Nützliche Adressen

FRANKREICH

1. Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien

Die Rechtsmittelrichtlinie 89/665 wurde durch das Gesetz Nr. 92-10 vom 4. Januar 1992 (mit späteren Änderungen) in das französische Recht umgesetzt. Die Bestimmungen zu den Rechtsmitteln wurden in das Gesetz Nr. 91-3 vom 3. Januar 1991 aufgenommen, das zur Umsetzung der Baurichtlinie 71/305 (einer früheren Version der Baurichtlinie 93/97) diente. Durch ein weiteres Gesetz (Nr. 93-122 vom 23. Januar 1993) wurden diese Bestimmungen erweitert, so dass sie nunmehr auch auf öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge und auf Dienstleistungskonzessionen Anwendung finden.

Für den Sektorenbereich erfolgte die Umsetzung der Richtlinie 92/13 durch das Gesetz Nr. 93-1416 vom 29. Dezember 1993, mit dem die neuen Rechtsmittelbestimmungen in das frühere Gesetz (Nr. 92-1282) zur Umsetzung der Sektorenrichtlinie 90/531 eingefügt wurden.

2. Zuständige Gremien

In Frankreich wird grundsätzlich unterschieden zwischen Angelegenheiten, die dem Verwaltungsrecht unterliegen und somit ausschließlich unter die Verwaltungsgerichtsbarkeit fallen, und solchen, für die die ordentlichen Zivilgerichte zuständig sind. Je nachdem, ob ein Vertrag seinem Wesen nach als Verwaltungsvertrag eingestuft wird, ergibt sich die folgende Gerichtszuständigkeit:

- (i) bei Verwaltungsverträgen: die *Tribunaux Administratifs*, *Cours Administratives d'Appel* bzw. der *Conseil d'Etat* (oberstes Verwaltungsgericht), im Folgenden zusammenfassend als "die Verwaltungsgerichte" bezeichnet;
- (ii) bei anderen Verträgen: die *Tribunaux de Grande Instance* bzw. *Tribunaux de Commerce*, *Cours d'Appel* sowie der *Cour de Cassation* (oberstes Gericht für Zivil- und Handelssachen), im Folgenden zusammenfassend als "die Zivilgerichte" bezeichnet.

Dabei ist jeweils der Vorsitzende des unteren Gerichts²¹ mit Befugnissen ausgestattet, die ihm in dringlichen Fällen die Durchführung beschleunigter Verfahrens (*procédures en référé*) ermöglichen.

Auf die Gefahr einer zu starken Vereinfachung hin sollte ein Vertrag immer dann als Verwaltungsvertrag gelten, wenn:

²¹ D.h. der Vorsitzende Richter des *Tribunal Administratif* bzw. sein Vertreter oder der Vorsitzende Richter des *Tribunal de Grande Instance* oder des *Tribunal de Commerce* bzw. ihre Vertreter. Wenn sie diese Funktion ausüben, können alle vorgenannten Richter auch als *juge des référés* bezeichnet werden.

- (i) er von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts geschlossen wurde, d.h. vom Zentralstaat, einem *département*, einer *commune* bzw. von deren Verwaltungsorganen, oder von einer privaten oder juristischen Person, die im Namen einer solchen öffentlichen Vergabestelle handelt; und
- (ii) der Gegenstand des Vertrags eine öffentliche Dienstleistung ist oder der Vertrag Bestimmungen enthält, die in Verträgen zwischen Privatpersonen üblicherweise nicht enthalten sind.

In Frankreich wird der weitaus größte Teil (zumindest zahlenmäßig, wenn nicht wertmäßig) der unter die Vergabegesetze fallenden Verträge mit öffentlichen Auftraggebern abgeschlossen, und zwar entweder direkt mit ihnen oder indirekt mit natürlichen oder juristischen Personen, die in ihrem Namen handeln. Gleichwohl unterliegt ein nicht unerheblicher Teil der gemäß den Vergaberichtlinien geschlossenen Verträge der zivilen Gerichtsbarkeit.

Auf der Grundlage der in Abschnitt 1 angeführten französischen Gesetze wurden Bestimmungen festgelegt, die auf *beide* Vertragstypen abzielen, und die angegebenen Rechtsmittel stehen sowohl vor den Zivil- als auch vor den Verwaltungsgerichten zur Verfügung.

3. Zur Verfügung stehende Rechtsmittel

3.1 *Einstweilige Verfügung und Nichtigklärung*

Diese beiden unterschiedlichen, aber nebeneinander zur Verfügung stehenden Rechtsmittel wurden in dieselben Bestimmungen der oben dargestellten französischen Vergabegesetzgebung aufgenommen und sind eng miteinander verknüpft. Zum Schutz des Geschädigten kann ein Richter in jedem Verfahren entweder eine einstweilige Verfügung oder eine endgültige Anordnung zur Nichtigklärung des Vergabeverfahrens erlassen. Hinzu kommt, dass bei der Entscheidung über die Gewährung eines dieser Rechtsmittel die gleichen Faktoren zu berücksichtigen sind. Aus diesem Grunde werden diese beiden Rechtsbehelfe im Folgenden zusammen besprochen.

Hier sei angemerkt, dass einstweilige Verfügungen und Nichtigklärungen nur auf Verträge mit öffentlichen Auftraggebern anwendbar sind, die in den Geltungsbereich der

Rechtsmittelrichtlinie 89/665 fallen. Nach den Bestimmungen zur Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinie 92/13 stehen diese Maßnahmen nicht für Sektorenauftraggeber zur Verfügung. Bei diesen ist die Verhängung von Geldstrafen vorgesehen (siehe Abschnitt 3.2)

3.1.1 Verfahren vor dem Verwaltungsgericht

Wer in einem Vergabeverfahren, in dem es um einen Verwaltungsvertrag geht, Schaden erlitten hat, kann sich - vor Vertragsabschluss – bei einem Verstoß gegen die Vergabebestimmungen an den Vorsitzenden Richter des *Tribunal Administratif* bzw. seinen Stellvertreter wenden. Nach Gesetz Nr. 92-10 kann der Vorsitzende Richter durch Verweis auf Artikel L 22 des *Code des Tribunaux Administratifs et des Cours Administratives d'Appel* ("die TA/CAA-Prozessordnung") bestimmte präventive Maßnahmen ergreifen. Nach diesem Artikel kann er die Vergabestelle anweisen, ihren Verpflichtungen nachzukommen, und gleichzeitig die Aussetzung der Zuschlagserteilung bzw. der Durchführung entsprechender Entscheidungen veranlassen. Darüber hinaus kann er solche Entscheidungen für nichtig erklären und Vertragsklauseln oder –bestimmungen aufheben, die zu den oben genannten Verpflichtungen im Widerspruch stehen.

Ein entsprechender Antrag an das Gericht hat präventiven Charakter: Er zielt auf das Eingreifen des Richters vor Abschluss des in Rede stehenden Vertrags ab. Folglich ist ein solcher Antrag – sei es auf einstweilige Verfügung oder auf die endgültige Nichtigkeitklärung von Entscheidungen oder Vertragsklauseln – vor Vertragsunterzeichnung zu stellen. Dem Wortlaut der Umsetzungsbestimmungen zufolge ist ein solches Eingreifen nach Vertragsunterzeichnung nicht mehr möglich, das heißt, der Richter müsste sich dann für unzuständig erklären. Da dieses Vorgehen eine klare Abweichung vom normalen Verfahren darstellt, dürften die Richter hier eher einen restriktiven Ansatz verfolgen.

Das Verfahren entspricht dem eines beschleunigten Verfahrens (*procédure en référé*). Dabei sind die Befugnisse des Richters generell auf die Anordnung vorläufiger Maßnahmen beschränkt. Nach den Bestimmungen zur Umsetzung der Richtlinie 89/655 hat der Richter hingegen umfangreichere Befugnisse und kann auch einen Verwaltungsvertrag für nichtig erklären.

Beim beschleunigten Verfahren sehen die Umsetzungsbestimmungen auch eine Entscheidung im Eilverfahren ("*en la forme des référés*") vor. Dabei handelt es sich nicht um eine typische einstweilige Verfügung ("*ordonnance de référé*"), die vorläufigen Charakter hat und später bei der Urteilsfällung in der Hauptsache ("*jugement au fond*")

vom Gericht (dem der *juge des référés* als Mitglied angehört) wieder aufgehoben werden kann. Hier ist das Urteil des *juge des référés* endgültig und bindend.

3.1.2 Verfahren vor dem Zivilgericht

Auch bei Verträgen, die unter die EU-Vergabebestimmungen fallen, aber ihrer Natur nach keine Verwaltungsverträge darstellen, können die Zivilgerichte eine einstweilige Verfügung und eine Anordnung zur Nichtigerklärung erlassen.

Das Gesetz Nr. 92-10 fügt einen neuen Artikel 11 Absatz 1 in das Gesetz Nr. 91-3 zur Durchführung der EU-Vergabebestimmungen bei Bauaufträgen ein, das auch auf öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge Anwendung findet. Diesem Artikel 11 Absatz 1 zufolge kann ein Geschädigter vor Abschluss des Vertrags vor dem Gericht eine einstweilige Verfügung erwirken. Mit dieser Verfügung wird die Vergabestelle angewiesen, ihren Verpflichtungen nachzukommen, und gleichzeitig kann damit die Aussetzung der Zuschlagserteilung bzw. der Durchführung entsprechender Entscheidungen veranlasst werden. Darüber hinaus kann der Geschädigte die Nichtigerklärung solcher Entscheidungen bzw. die Annullierung von Vertragsklauseln oder -bestimmungen beantragen, die gegen diese Bestimmungen verstoßen.

Ein solcher Antrag muss beim Vorsitzenden Richter des zuständigen Zivilgerichts bzw. bei seinem Stellvertreter gestellt werden. Das Verfahren wird als Eilverfahren (*procedure en référé*) durchgeführt.

3.2 Geldstrafen für Sektorenauftraggeber

Rechtsschutz in Form einer vorläufigen Aussetzung bzw. Nichtigerklärung (siehe Abschnitt 3.1) ist nur bei öffentlichen Auftraggebern verfügbar, die in den Geltungsbereich der Rechtsmittelrichtlinie 89/665 fallen. Bei Sektorenauftraggebern hat sich die französische Regierung für die (in Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c) der Richtlinie 92/13 vorgesehene) Alternative der Verhängung von Geldstrafen entschieden.

Je nach Art des in Rede stehenden Vertrags ist für die Anordnung einer solchen Geldstrafe das Verwaltungsgericht oder das Zivilgericht zuständig. Für die Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde der TA/CAA-Prozessordnung mit Gesetz Nr. 93-1416 ein neuer Artikel 23 hinzugefügt. Für Klagen vor dem Zivilgericht wurde den Bestimmungen zur Umsetzung der Sektorenrichtlinie 90/531 (Gesetz Nr. 92-1282) durch Gesetz Nr. 93-1416 ein neuer Artikel 7 Absatz 1 angefügt. Diese beiden neuen Bestimmungen sind praktisch identisch; somit gelten die folgenden Ausführungen gleichermaßen für Klagen vor dem Verwaltungs- und dem Zivilgericht.

Wer sich durch einen Rechtsverstoß eines Sektorenauftraggebers geschädigt fühlt, kann vor Abschluss des Vertrags Klage vor dem *Tribunal Administratif* bzw. dem Zivilgericht einreichen. Der Vorsitzende Richter kann dann den Sektorenauftraggeber anweisen, innerhalb einer bestimmten Frist seinen Verpflichtungen nachzukommen. Gleichzeitig

kann er für den Fall der Nichterfüllung nach Ablauf der Frist eine Verzugsstrafe mit bestimmten Tagessätzen (*une astreinte provisoire*) festsetzen.

Bei der Entscheidung über eine solche Anordnung hat das Gericht die wahrscheinlichen Auswirkungen der Maßnahme auf alle beteiligten Interessen (einschließlich des Interesses der Allgemeinheit) gegeneinander abzuwägen. Wenn dabei die negativen Folgen die positiven überwiegen, wird das Gericht die Maßnahme verweigern. Aus der bisherigen Rechtspraxis ergeben sich kaum Leitlinien, auf welche Weise diese Interessensabwägung konkret erfolgen soll. Nach Kenntnis der Autoren hat es bislang erst einen Fall gegeben, in dem der Vorsitzende Richter eines Verwaltungsgerichts eine solche bedingte Geldstrafe verhängte.²²

Die Geldstrafe ist im Fall der Nichterfüllung in den entsprechenden Tagessätzen zahlbar, wobei jedoch dem Verhalten des Sektorenauftraggebers und eventuellen Schwierigkeiten bei der Erfüllung der Anordnung Rechnung getragen wird. Wurde der in Rede stehende Rechtsverstoß nicht im Sinne der Anweisungen des Gerichts korrigiert, kann der Vorsitzende Richter eine endgültige Geldstrafe (*une astreinte définitive*) verhängen.

Über die Verhängung einer bedingten bzw. endgültigen Geldstrafe entscheiden der Vorsitzende Richter bzw. sein Stellvertreter im Wege des Eilverfahrens (*procedure en référé*). Wie bereits erläutert, ist diese Form von beschleunigtem Verfahren in der Regel auf vorläufige Maßnahmen beschränkt. Den Umsetzungsbestimmungen zufolge ist die teilweise oder vollumfängliche Aufhebung einer bedingten oder endgültigen Geldstrafe möglich, wenn nachgewiesen wird, dass die Nichterfüllung oder der Verzug bei der Erfüllung der richterlichen Anordnung durch den Sektorenauftraggeber auf außergewöhnliche Umstände zurückzuführen ist.

Gemäß den Umsetzungsbestimmungen erfolgt die Anordnung einer (bedingten oder endgültigen) Geldstrafe völlig unabhängig von einer Klage auf Schadensersatz. Das heißt, die Verhängung einer Geldstrafe hindert den Geschädigten nicht daran, den Sektorenauftraggeber auf Schadensersatz zu verklagen.

Schließlich ist noch anzumerken, dass die Gesetze zur Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinie 89/665 keine Bestimmung enthalten, die die Verhängung von Geldstrafen gegen klassische öffentliche Auftraggeber ausdrücklich gestattet. Gleichwohl kann eine solche Anordnung auch gegen diese Vergabestellen erlassen werden, denn sie gehört zu den Maßnahmen, die der TA/CAA-Prozessordnung und der neuen französischen Zivilprozessordnung zufolge einem *juge des référés* grundsätzlich zur Verfügung stehen.

3.3 Schadensersatz

Unabhängig von den oben beschriebenen Maßnahmen kann ein Geschädigter Schadensersatzklage vor dem ordentlichen Zivilgericht erheben.. Während die oben

²² Société Biwater Europe Ltd v. Sivom de la région d'Aigues Mortes. Hier erließ der Vorsitzende Richter das Verwaltungsgerichts von Montpellier am 14. September 1994 eine entsprechende Anordnung. *Courrier des maires*, 11. November 1994, S. 57, zit. n. Rep. *Dalloz Droit communautaire*, v marchés publics, Nr. 617.

beschriebenen Maßnahmen nur vor Vertragsabschluss gewährt werden können, ist die Klage auf Schadensersatz auch nach Vertragsabschluss möglich.

Nach den allgemeinen Grundsätzen des französischen Rechts und gemäß der Rechtsprechungspraxis kann ein Geschädigter Schadensersatzklage erheben, wenn er durch Verschulden oder Fahrlässigkeit des Beklagten in seinen Rechten beeinträchtigt wurde. Es obliegt dem Kläger, den Rechtsverstoß, den erlittenen Schaden und den ursächlichen Zusammenhang zwischen Verstoß und Schaden nachzuweisen.

Das "Verschulden" des Beklagten kann in einem Verstoß gegen eine gesetzliche Verpflichtung bestehen und somit eine rechtswidrige Handlung darstellen. Dies wird dann unterstellt, wenn der Beklagte absichtlich oder fahrlässig eine ausdrücklich festgeschriebene gesetzliche Verpflichtung nicht erfüllt hat.

Hat ein solcher Verstoß für eine Partei den Verlust der Chance auf Zuschlagserteilung zur Folge, so kann diese grundsätzlich Anspruch auf Schadensersatz erheben. Allerdings muss der Geschädigte nachweisen, dass er eine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags hatte. Die Entscheidung darüber, ob dem wirklich so ist, liegt beim Gericht. Der Schadensersatz kann den entgangenen Gewinn umfassen. Darüber hinaus kann der Geschädigte auch Ersatz für die Ausgaben im Zusammenhang mit der Angebotserstellung geltend machen.

Die französische Regierung hielt eine ausdrückliche Bestimmung zur Umsetzung von Artikel 2 Absatz 7 der Richtlinie 92/13 für nicht erforderlich. Danach muss die Partei, die Schadensersatz für die Kosten der Angebotserstellung fordert, lediglich nachweisen, dass ein Verstoß des Sektorenauftraggebers gegen die Vergabevorschriften vorliegt und dass sie eine echte Chance gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten, diese aber durch den Rechtsverstoß beeinträchtigt wurde. Auch nach den bereits geltenden französischen Gesetzen musste ein Kläger wohl ohnehin diesen Nachweis erbringen.

4. Zugang zu den Verfahren

Klageberechtigt sind alle Personen, die ein Interesse am im Rede stehenden Vertrag haben und durch den behaupteten Verstoß gegen die Vergabebestimmungen möglicherweise Schaden erleiden. Der Geschädigte muss also ein persönliches Interesse

an der Zuschlagserteilung haben, was jedoch nicht notwendigerweise bedeutet, dass er auch am Vergabeverfahren teilgenommen haben muss.

Weiter sei darauf hingewiesen, dass auch der Vertreter der Zentralregierung in einem *Département* zur Klageerhebung berechtigt ist, wenn der Vertrag mit einer regionalen oder lokalen Behörde abgeschlossen wurde oder werden soll. Auch der Staatsanwalt kann Klage erheben, wenn die Europäische Kommission der französischen Regierung mitgeteilt hat, dass ein klarer und eindeutiger Rechtsverstoß vorliegt ("Korrekturmechanismus" gemäß Rechtsmittelrichtlinien) bzw. dass sie beabsichtigt, nach Artikel 169 EG-Vertrag Klage gegen Frankreich zu erheben.

5. Fristen

In den Bestimmungen zur Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien sind keine Fristen angegeben. Einzige zeitliche Bedingung ist, dass ein Antrag auf einstweilige Verfügung, auf Nichtigerklärung oder auf Verhängung einer Geldstrafe vor Abschluss des in Rede stehenden Vertrags (d.h. vor seiner Unterzeichnung) gestellt werden muss. Dies spiegelt den präventiven Charakter dieser Rechtsbehelfe wider, die alle darauf abzielen, den öffentlichen Auftraggeber (vorläufig oder endgültig) am Abschluss eines Vertrags bzw. an der Einführung oder Beibehaltung rechtswidriger Klauseln zu hindern.

Was Schadensersatzklagen vor dem Zivilgericht anbelangt, so gilt generell, dass der Anspruch auf Klageerhebung 10 Jahre nach dem in Rede stehenden Rechtsverstoß verjährt.

6. Verfahren

6.1 Mitteilungspflicht

Wer (gemäß den Bestimmungen zur Umsetzung der Richtlinie 89/665) gegen einen öffentlichen Auftraggeber eine einstweilige Verfügung oder eine Nichtigerklärung beantragt, ist ausdrücklich verpflichtet, den Auftraggeber vorab von seiner Absicht der Einleitung eines Verfahrens in Kenntnis zu setzen. Dies gilt für Verfahren vor dem Verwaltungs- wie auch vor dem Zivilgericht. Die Mitteilung muss in Form einer schriftlichen Aufforderung an den Auftraggeber erfolgen, seinen Verpflichtungen gemäß den Vergabebestimmungen nachzukommen. Leistet der Auftraggeber dieser Aufforderung nicht innerhalb von 10 Tagen nach Zustellung Folge, kann der Geschädigte

Klage vor dem zuständigen Gericht erheben. Die Klageerhebung ist erst nach Ablauf dieser zehntägigen Frist zulässig.

Aus der bisherigen Rechtsprechung ergibt sich, dass der Geschädigte in seiner Mitteilung an den Auftraggeber seine Argumente einigermaßen ausführlich darlegen und insbesondere versuchen muss, den Auftraggeber dazu zu bewegen, die zur Erfüllung seiner Verpflichtungen erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen. Es wäre also nicht ausreichend, wenn der Geschädigte lediglich nach den Gründen fragte, warum er nicht zum Verfahren zugelassen wurde bzw. warum er den Zuschlag nicht erhielt.

Diese Verpflichtung zur Vorabmitteilung (und die Zehntagesfrist bis zur Klageerhebung) könnte zur Folge haben, dass sich die Vergabestelle zur Vermeidung einer (nur vor Vertragsunterzeichnung möglichen) gerichtlichen Anordnung veranlasst sieht, den Prozess der Vertragsunterzeichnung zu beschleunigen. In einem solchen Fall kann der Geschädigte um andere Rechtsbehelfe nachsuchen, die im Rahmen eines Eilverfahrens zur Verfügung stehen. So kann der Richter zur Verhinderung einer drohenden Benachteiligung oder eindeutig rechtswidriger Handlungen grundsätzlich vorläufige Maßnahmen ergreifen. Bei bereits erfolgter Vertragsunterzeichnung sind solche Maßnahmen allerdings praktisch wirkungslos, und der Geschädigte kann nur noch Klage auf Schadensersatz erheben.

Als weitere Möglichkeit kann der Geschädigte geltend machen, dass die Beschleunigung des Vertragsabschlusses nach seiner Mitteilung einen Rechtsmissbrauch darstellt ("*détournement de pouvoir*" bzw. "*détournement de procédure*"). Nach den allgemeinen französischen Rechtsgrundsätzen ist dies ein Grund für die Nichtigkeitserklärung eines Verwaltungsaktes bzw. einer Verwaltungsentscheidung. Hier liegt die Beweispflicht allerdings beim Kläger, und der Nachweis eines solchen Rechtsmissbrauchs dürfte schwer zu erbringen sein.

6.2 Eilverfahren zur Erwirkung einer einstweiligen Verfügung oder Nichtigklärung

Wie bereits erläutert, kann ein Geschädigter gemäß Richtlinie 89/665 gegen einen öffentlichen Auftraggeber eine einstweilige Verfügung bzw. die Nichtigklärung eines Verwaltungsakts erwirken. Je nach Art des in Rede stehenden Vertrags ist eine entsprechende Klage vor dem Verwaltungs- oder dem Zivilgericht zu erheben, und vorab muss eine Mitteilung an den Auftraggeber (siehe Abschnitt 6.1) ergangen sein.

Die Anrufung des Verwaltungsgerichts erfolgt in Form eines schriftlichen Antrags, die des Zivilgerichts in Form einer Prozessladung (*assignation*). Der Antrag wird dann vom Vorsitzenden Richter (bzw. seinem Vertreter) im Rahmen eines Eilverfahrens (*procédure en référé*) geprüft. Nach den Bestimmungen zur Umsetzung der Richtlinie 89/665 muss der Vorsitzende Richter seine Entscheidung innerhalb von 20 Tagen nach Antragstellung

bekannt geben. Die Überschreitung dieser Frist hat allerdings keine rechtliche Sanktion zur Folge und ist daher in der Praxis recht häufig.

Aus einer Entscheidung des *Conseil d'Etat* ergibt sich, dass diese Frist von 20 Tagen nur eine Empfehlung darstellt. Dem Vorsitzenden Richter wird also nicht die Zuständigkeit entzogen, nur weil er seine Entscheidung nicht innerhalb der vorgeschriebenen 20 Tage gefällt hat. Dennoch fordert der *Conseil d'Etat* grundsätzlich, dass ein *juge des référés* das anhängige Verfahren in der kürzestmöglichen Zeit durchführt. In der Tat haben einige Richter diese Verpflichtung zum Anlass genommen, das Verfahren derart zu beschleunigen, dass einige der üblichen Verfügungsgrundsätze außer Kraft gesetzt scheinen. So wurde die Ansicht vertreten, es spiele keine Rolle, wenn dem Kläger die schriftliche Klageerwiderung des Beklagten nicht rechtzeitig zugestellt worden sei, da es genüge, dass beide Parteien in der Verhandlung Gelegenheit zum mündlichen Austausch der Argumente hätten.

6.3 Antrag auf Verhängung einer Geldstrafe

Wie bereits in Abschnitt 3.2 erläutert, kann ein Geschädigter entweder vor dem Verwaltungsgericht oder vor dem Zivilgericht die Verhängung einer Geldstrafe gegen einen Sektorenauftraggeber erwirken, der gegen die Vergabevorschriften verstoßen hat. Ein entsprechender Antrag ist an den Vorsitzenden des unteren Gerichts zu richten, und die Entscheidung erfolgt im Wege des Eilverfahrens.

Zwar wird das Verfahren relativ zügig durchgeführt, es gibt jedoch keine ausdrücklich festgelegten Fristen (wie die Frist von 20 Tagen nach den Umsetzungsbestimmungen zu Richtlinie 89/665), innerhalb derer der Richter seine Entscheidung zu fällen hat. Auch besteht bei Sektorenauftraggebern keine Verpflichtung zur Vorabmitteilung (mit zehntägiger Wartezeit bis zur Klageerhebung). Ansonsten ist das Verfahren jedoch mit dem in Abschnitt 6.2 beschriebenen identisch.

6.4 Schadensersatzklage vor dem Zivilgericht

Eine Schadensersatzklage vor dem Zivilgericht wird durch eine schriftliche Prozessladung (*assignation*) eingeleitet. Diese wird beim Gericht eingereicht und durch einen Zustellungsbeamten (*huissier*) zugestellt. Der Austausch der Schriftsätze erfolgt unter Aufsicht des Richters. Schließlich nehmen die Parteien und ihre Vertreter an der Hauptverhandlung teil, bei der die Möglichkeit zum mündlichen Vorbringen besteht. In der Regel fällt der Richter sein Urteil innerhalb eines Monats nach der Verhandlung

Das gesamte Verfahren, von der Klageerhebung bis zum endgültigen Urteil, dauert vor den unteren Gerichten im Schnitt 8 bis 14 Monate. Bei Anrufung der nächsthöheren Instanz sind weitere 18 Monate zu veranschlagen.

6.5 **Anwaltszwang**

Wenn sich die Klage auf die Erwirkung der Nichtigkeitklärung einer Verwaltungsentscheidung wegen eines Rechtsverstoßes beschränkt, müssen sich die Parteien vor den Verwaltungsgerichten nicht von einem Anwalt (*avocat*) vertreten lassen. Die anwaltliche Vertretung beider Seiten ist jedoch gängige Praxis.

Vor den Zivilgerichten besteht in der Regel Anwaltszwang, auch wenn vor den unteren Handelsgerichten das mündliche Parteivorbringen selbst vorgenommen werden kann.

7. **Verfahrenskosten**

Bei den Verfahren vor den Verwaltungsgerichten und den unteren Zivilgerichten sind die einzigen nennenswerten Kosten, mit denen die Parteien rechnen müssen, die Anwaltskosten. Die erfolgreiche Partei kann nur selten eine Anordnung auf (teilweise) Rückerstattung ihrer Rechtskosten durch die unterlegene Partei erwirken.

8. **Berufung**

Bei Anträgen auf einstweilige Verfügung oder Aufhebung kann gegen die Entscheidung des Vorsitzenden Richters eines unteren Gerichts (*juge des référés*) keine Berufung, sondern nur Revision eingelegt werden. Das heißt, es kann keine neue Tatsacheninstanz vor dem *Cours d'Appel* eröffnet werden. Allerdings kann jede Partei eine Kassationsbeschwerde (*pourvoi en cassation*) vor dem obersten Zivil- und Handelsgericht (*Cour de Cassation*) einlegen. Ziel dieser Beschwerde ist die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der richterlichen Entscheidung selbst, die nur dann aufgehoben werden kann, wenn bestimmte grundlegende Prinzipien, denen jedes Urteil folgen muss, missachtet wurden. Vor dem *Cour de Cassation* erfolgt keine neue Verhandlung in der Sache.

Auch die Verhängung einer Geldstrafe gegen einen Sektorenauftraggeber durch einen *juge des référés* kann nicht in der Sache angefochten werden. Eine Berufung mit erneuter Sachprüfung vor dem *Cour d'Appel* ist jedoch möglich, wenn der Richter die bedingte Geldstrafe in eine endgültige Geldstrafe umwandelt.

Gegen die Entscheidung eines Zivilgerichts über eine Schadensersatzklage kann innerhalb eines Monats vor dem *Cour d'Appel* und in letzter Instanz vor dem *Cour de Cassation* Berufung eingelegt werden.

9. Urteilsvollstreckung

Ein öffentlicher Auftraggeber wird einem gegen ihn ergangenen Urteil relativ schnell Folge leisten, da er in aller Regel die mit langwierigen Auseinandersetzungen verbundenen Unannehmlichkeiten und eine schlechte Presse vermeiden möchte. Die Nichtbefolgung eines Urteils kann zum Beispiel dazu führen, dass der Fall dem *Médiateur de la République* (eine Art Ombudsman) übergeben wird. Bei Sektorenauftraggebern ist die Möglichkeit einer durch Tagessätze festgelegten Geldstrafe offenbar ein nachdrückliches Mittel, diese zur Erfüllung der gegen sie ergangenen Anordnungen zu veranlassen.

Sollte ein öffentlicher Auftraggeber einem Urteil auf Schadensersatzzahlung nicht Folge leisten, kann der erfolgreiche Kläger auf ein Verfahren zurückgreifen, das den Auftraggeber zur Zahlung des geschuldeten Betrags innerhalb von vier Monaten zwingt. Käme der Auftraggeber auch dieser Anweisung nicht nach, müsste der Wirtschaftsprüfer persönlich für die Schulden haften.

Nützliche Adressen

1. Ausgewählte Verwaltungsgerichte

Conseil d'Etat	Cour administrative d'appel de Paris
Palais Royal	10 rue Desaix
1 place du Palais Royal	75015 Paris
75001 Paris	
Tribunal administratif de Paris	Tribunal administratif de Versailles
Hôtel d'Aumont	56 avenue de Saint-Cloud
7 rue de Jouy	78011 Versailles Cedex
75181 Paris Cedex 04	
Tribunal administratif de Melun	Tribunal administratif de Lille
2 avenue Galliéni	143 rue Jacquemars Giéloc
77000 Melun	BP 2039
	59014 Lille Cedex
Tribunal administratif de Strasbourg	Tribunal administratif de Lyon
31 avenue de la Paix	Palais de Justice de Part-Dieu
BP 1038 F	184 rue Duguesclin
67070 Strasbourg Cedex	69433 Lyon Cedex 03

Tribunal administratif de Marseille
22 rue Breteuil
13281 Marseille Cedex 6

Tribunal administratif de Montpellier
6 rue Pitot
34063 Montpellier Cedex

Tribunal administratif de Toulouse
51 rue Raymond IV
31068 Toulouse Cedex

Tribunal administratif de Bordeaux
8 rue Tastet
BP 947
33063 Bordeaux Cedex

Tribunal administratif de Nantes
6 allée de l'île Gloriette
44041 Nantes Cedex 01

Tribunal administratif de Caen
3 rue A. Leduc
14000 Caen

Tribunal administratif de Rouen
80 Boulevard de l'Yser
BP 500
76005 Rouen Cedex

2. Ausgewählte Zivilgerichte

Cour de cassation	Cour d'appel de Paris
Palais de Justice	Palais de Justice
5 quai de l'Horloge	4 boulevard du Palais
75055 Paris RP	75055 Paris RP
Tribunal de Grande Instance de Paris	Tribunal de grande instance de Lyon
Palais de Justice	67 rue Servient
4 boulevard du Palais	69433 Lyon Cedex 3
75055 Paris RP	
Tribunal de grande instance de Marseille	Tribunal de grande instance de Lille
6 rue J. Autran	Avenue de Peuple Belge
13281 Marseille Cedex 6	59034 Lille Cedex
Tribunal de commerce de Paris	Tribunal de commerce de Lyon
Palais de Justice	44 rue de Bonnel
1 quai de Corse	69433 Lyon Cedex 03
75181 Paris Cedex 04	
Tribunal de commerce de Marseille	Tribunal de commerce de Lille
2 rue E Pollak	Halle aux Sucres
13291 Marseille Cedex 06	33 avenue de Peuple Belge
	BP 109
	59009 Lille Cedex

3. Schlichtungsgremien

Association Française d'Arbitrage
8 avenue Bertie Albrecht
75008 Paris

Chambre de Commerce Internationale
38 Cours Albert 1er
75008 Paris

4. Ministerien

Ministère de la Justice
13 place Vendôme
75001 Paris

Ministère des Affaires Etrangères
38 quai Orsay
75007 Paris

Ministère de l'Équipement
et des Travaux Publics
La Grande Arche
92055 La Defense Cedex

Ministère de l'Industrie
101 rue Grenelle
75007 Paris

DEUTSCHLAND

INHALT

1.	Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien	105
2.	Zuständige Gremien.....	106
2.1	Die Vergabekammer	106
2.2	Der Vergabesenat des Oberlandesgerichts	107
2.3	Das ordentliche Zivilgericht	107
3.	Zur Verfügung stehende Rechtsmittel	107
3.1	Aussetzung.....	107
3.2	Aufhebung bzw. Nichtigerklärung	108
3.3	Schadensersatz.....	109
4.	Zugang zu den Verfahren	111
5.	Fristen.....	111
6.	Verfahren.....	112
6.1	Verfahren vor der Vergabekammer	112
6.2	Verfahren vor dem Vergabesenat des Oberlandesgerichts	112
6.3	Verfahren vor dem Zivilgericht	113
6.4	Verfahrensdauer	114
6.5	Anwaltszwang.....	115
7.	Verfahrenskosten	115
8.	Berufung	116
9.	Urteilstvollstreckung	116
	Anhang 1 Nützliche Adressen.....	119

DEUTSCHLAND

1. Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien

In Deutschland erfolgte die Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien durch das Vergaberechtsänderungsgesetz (VgRÄG), mit dem das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) um einen neuen Vierten Teil (§§ 97 – 129) erweitert wurde.

Entsprechend dem ehemaligen § 57a des Haushaltsgrundsatzgesetzes (HGrG) hat die Bundesregierung die Vergabeverordnung (VgV) vom 22. Februar 1994 verabschiedet, die anzuwenden ist, bis die Regierung gemäß § 97 VI GWB eine neue Vergabeverordnung verabschiedet. Ein Entwurf der neuen Vergabeverordnung wurde bereits veröffentlicht, die Verabschiedung soll spätestens im Frühjahr 2000 erfolgen. Ähnlich wie in der derzeit gültigen Verordnung sind auch in der neuen Verordnung die bei der (in § 98 GWB definierten) Vergabe öffentlicher Aufträge einzuhaltenden (ebenfalls in § 98 GWB definierten) Vorschriften unter Bezugnahme auf die Bestimmungen der bereits existierenden allgemeinen Bedingungen für die öffentliche Auftragsvergabe gemäß den Verdingungsordnungen („VOB/A“²³, „VOL/A“²⁴ und „VOF“²⁵) definiert und die Schwellenwerte festgelegt. Zur Berücksichtigung der Verfahrensvorschriften für die Vergabe von Aufträgen im klassischen Bereich sowie im Sektorenbereich gemäß EG-Vergaberecht wurden entsprechende Änderungen der VOB/A und VOL/A vorgenommen.

²³ Verdingungsordnung für die Vergabe von Bauleistungen.

²⁴ Verdingungsordnung für die Vergabe von Leistungen außer Bauleistungen.

²⁵ Verdingungsordnung für die Vergabe von freiberuflichen Dienstleistungen.

Im ersten Abschnitt der Vergabevorschriften (§§ 97 – 101 GWB) sind die allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens festgelegt. Sodann werden die Begriffe „Auftraggeber“ und „öffentliche Aufträge“ definiert, auf die die Vergabe- und Nachprüfungsvorschriften anzuwenden sind. Der zweite Abschnitt (§§ 102 – 124 GWB) enthält Bestimmungen zu den Nachprüfungsgremien erster (Vergabekammer) und zweiter Instanz (Vergabesenat des Oberlandesgerichts) sowie zum Nachprüfungsverfahren selbst. Der dritte Abschnitt (§§ 125 – 129) befasst sich mit Schadensersatzregelungen und den Verfahrenskosten. Durch den ersten und den dritten Abschnitt wird die Bundesregierung – nicht aber die Bundesländer – ermächtigt, (auf Bundesebene) detailliertere Regelungen zu erlassen. Aufgrund dieser Bevollmächtigung erfolgt die Verabschiedung der vorgenannten neuen Vergabeverordnung durch die Bundesregierung.

Die folgende Darstellung konzentriert sich auf die Situation auf Bundesebene; aber die wichtigsten Aspekte der Rechtsmittelregelungen werden auch auf Länderebene behandelt.

2. Zuständige Gremien

Gemäß den deutschen Durchführungsbestimmungen besteht das Nachprüfungssystem aus einem fakultativen Nachprüfungsverfahren vor der bereits bestehenden Vergabeprüfstelle, einem Verfahren erster Instanz vor der Vergabekammer sowie aus einem Verfahren zweiter Instanz vor dem Vergabesenat des Oberlandesgerichtes. Das fakultative Nachprüfungsverfahren dient ausschließlich zur Beratung und zur Schlichtung von Streitigkeiten. Die Bundesregierung und die Bundesländer sind zur Einrichtung neuer bzw. zur Beibehaltung der bereits bestehenden Vergabeprüfstellen berechtigt. Dies kann im Einzelfall so aussehen, dass die Rechtsaufsichtsbehörden auch als Vergabeprüfstellen fungieren. Die Beschwerde bei diesem Organ ist jedoch nicht zwingende Voraussetzung für einen Antrag auf Nachprüfung vor der Vergabekammer. Aus diesem Grund sind die meisten Bundesländer gegenwärtig im Begriff, dieses fakultative Nachprüfungsorgan abzuschaffen. Auf Bundesebene gibt es lediglich beim Wirtschaftsministerium ein Nachprüfungsorgan.

2.1 Die Vergabekammer

Die Bundesregierung und die Länderregierungen wurden dazu verpflichtet, jeweils eine unabhängige Vergabekammer als Nachprüfungsbehörde erster Instanz einzurichten. Jede Vergabekammer auf Bundesebene besteht aus drei Mitgliedern, von denen mindestens zwei (einschließlich des Vorsitzenden) Beamte auf Lebenszeit mit der Befähigung zum höheren Verwaltungsdienst sein müssen und mindestens einer (vorzugsweise der Vorsitzende) die Befähigung zum Richteramt haben muss. Die beiden Beamten sollten

über gründliche Kenntnisse des Vergabewesens, der nichtbeamtete Beisitzer auch über mehrjährige praktische Erfahrungen auf dem Gebiet des Vergabewesens verfügen. Die Mitglieder der Kammer werden für eine Amtszeit von fünf Jahren bestellt.

Der Bund richtet die erforderliche Anzahl von Vergabekammern beim Bundeskartellamt ein. Bei der Einrichtung der Vergabekammern auf Länderebene muss gewährleistet sein, dass mindestens ein Mitglied die Befähigung zum Richteramt besitzt und gründliche Kenntnisse des Vergabewesens vorhanden sind.

Die Vergabekammern sind ausschließlich für die Nachprüfung von Vergabeverfahren zuständig. Ansprüche gegen öffentliche Auftraggeber, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind, können nur vor dieser Kammer geltend gemacht werden.

Die vor der Vergabekammer zur Verfügung stehenden Rechtsmittel werden in Abschnitt 3.1 näher erläutert.

2.2 Der Vergabesenat des Oberlandesgerichts

Bei den Oberlandesgerichten wird ein spezieller Vergabesenat gebildet. Dessen Aufgabe als Nachprüfungsbehörde zweiter Instanz ist die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Entscheidungen der (erstinstanzlichen) Vergabekammern. Strenggenommen ist es dem Vergabesenat nicht gestattet, die Rechtmäßigkeit des in Rede stehenden Vergabeverfahrens zu prüfen. In der Praxis wird sich der Vergabesenat jedoch davon überzeugen, ob die Vergabekammer ihrer Verpflichtung zur Prüfung des Sachverhalts und der ordnungsgemäßen Anwendung des Rechts auf diesen Sachverhalt in vollem Umfang nachgekommen ist.

Der Vergabesenat kann nur über die Rechtmäßigkeit der Entscheidung der Vergabekammer befinden. Hält er eine Beschwerde gegen deren Entscheidung für begründet, so kann er diese Entscheidung aufheben und entweder in der Sache selbst entscheiden oder aber die Vergabekammer anweisen, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Vergabesenats erneut über die Sache zu entscheiden. Andernfalls weist der Vergabesenat die Beschwerde zurück. Nach Zuschlagserteilung kann der Vergabesenat nur noch ein Feststellungsurteil fällen.

2.3 Das ordentliche Zivilgericht

Die Zuerkennung von Schadensersatz liegt nicht im Zuständigkeitsbereich der Vergabekammer oder des Vergabesenats; hier sehen die Durchführungsvorschriften des GWB vor, dass der Geschädigte seinen Anspruch auf Schadensersatz vor einem ordentlichen Zivilgericht geltend macht. Bei einem Streitwert von weniger als 10 000 DM ist das Amtsgericht, bei einem höheren Streitwert das Landgericht zuständig. Das Verfahren unterliegt den Grundsätzen des deutschen Zivilrechts und wird in Abschnitt 3.3 näher behandelt.

3. Zur Verfügung stehende Rechtsmittel

3.1 Aussetzung

Wer im Rahmen eines Vergabeverfahrens die Vergabekammer anruft, braucht sich nicht eigens um die Aussetzung des in Rede stehenden Vergabeverfahrens zu bemühen. Die Aussetzung wird (automatisch) durch die Zustellung des Antrags auf Nachprüfung des Vergabeverfahrens an den Auftraggeber wirksam. Der Erlass einer gesonderten Aussetzungsverfügung ist dazu nicht erforderlich. Der öffentliche Auftraggeber hat den Suspensiveffekt zu respektieren und darf den in Rede stehenden Zuschlag erst nach Ablauf von zwei Wochen ab Bekanntgabe der rechtskräftigen Entscheidung der Vergabekammer erteilen.

Zur Verhinderung dieses Suspensiveffekts kann der öffentliche Auftraggeber bei der Vergabekammer einen Antrag auf Gestattung der Erteilung des Zuschlags stellen. Bei der Entscheidung über einen solchen Antrag hat die Vergabekammer eine Interessensabwägung vorzunehmen. Laut GWB sind alle möglicherweise geschädigten Interessen sowie das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen; überwiegt das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Vergabeverfahren, kann die Erteilung des Zuschlags gestattet werden.

In diesem Fall wird der Suspensiveffekt aufgehoben, und der öffentliche Auftraggeber kann den Zuschlag zwei Wochen nach dieser Entscheidung erteilen, sofern der Kläger nicht den Vergabesenat des Oberlandesgerichts anruft und die Wiedereinsetzung des Suspensiveffekts beantragt. Eine sofortige Beschwerde gegen die Entscheidung für die Aufhebung des Suspensiveffekts ist nicht möglich.

Verbietet die Vergabekammer die Erteilung des Zuschlags und erhält damit den Suspensiveffekt aufrecht, kann der öffentliche Auftraggeber nach dieser Entscheidung den Vergabesenat des Oberlandesgerichts anrufen und die Gestattung der sofortigen Erteilung des Zuschlags beantragen.

Da die Vergabekammer das ausschließliche Nachprüfungsorgan erster Instanz ist und der Suspensiveffekt automatisch eintritt, ist es dem Kläger nicht länger möglich, vor dem Zivilgericht einen Antrag auf Erlass einer einstweiliger Verfügung zu stellen.

3.2 Aufhebung bzw. Nichtigklärung

Bis zur Erteilung des in Rede stehenden Zuschlags kann der Kläger bei der Vergabekammer die Nichtigklärung rechtswidriger Handlungen des öffentlichen

Auftraggebers im Zuge eines Vergabeverfahrens beantragen.²⁶ Die Vergabekammer kann Handlungen nicht im eigentlichen Wortsinn „annullieren“, aber sie kann den Auftraggeber anweisen, rechtswidrige Maßnahmen aufzuheben und rechtmäßige Maßnahmen zu treffen, z. B. die Vertragsdokumente an einen rechtswidrig aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossenen Bieter zu senden und diesem die Einreichung eines Angebots zu gestatten.

Die Vergabekammer prüft auf Antrag einer beteiligten Person die Rechtmäßigkeit des strittigen Vergabeverfahrens. Insbesondere überprüft sie, ob ein Verstoß gegen die Vergabevorschriften gemäß GWB oder VgV vorliegt. Grundsätzlich führt jeder Verstoß gegen die Vergabevorschriften zu der Entscheidung, dass das Vergabeverfahren rechtswidrig ist, denn im GWB ist nicht ausdrücklich vorgesehen, dass die Verletzung grundlegende Vorschriften betreffen oder besonders gravierender Natur sein muss. Den erläuternden Anmerkungen zum GWB zufolge sollte jedoch nur ein Verstoß gegen eine den Schutz von Bietern bezweckende Vorschrift zur Einstufung des Vergabeverfahrens als rechtswidrig führen.

Ein bereits erteilter Zuschlag kann weder von der Vergabekammer noch vom Vergabesenat des Oberlandesgericht aufgehoben werden. Die Kompetenz der Vergabekammer ist beschränkt auf die Aufhebung von Maßnahmen und Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers vor der Zuschlagserteilung. Hat der Auftraggeber den Zuschlag erteilt, ehe die Vergabekammer handeln konnte, ist die Entscheidung der Vergabekammer in allen Fällen nur noch eine Feststellungsentscheidung (die allerdings im Falle einer anschließenden Schadensersatzklage für das ordentliche Gericht bindend ist). Da die Vergabekammer das für die Nachprüfung ausschließlich zuständige Organ erster Instanz ist, kann nicht das Verwaltungsgericht angerufen werden. Aber durch den gesetzlich vorgesehenen automatisch eintretenden Suspensiveffekt ist es für die ordentlichen Gerichte in Deutschland einfacher geworden, bereits geschlossene Verträge für nichtig zu erklären. Da der - höchst unwahrscheinliche - Fall eines Vertragsabschlusses trotz Aussetzung des Vergabeverfahrens einen Gesetzesbruch darstellen würde, wäre ein solcher Vertrag gemäß § 134 BGB nichtig.

²⁶ In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass die neue, spätestens im Frühjahr 2000 zu verabschiedende Verfahrensvorschrift voraussichtlich das Urteil des EuGH zu den Rechten des Bieters auf Nachprüfung (Urteil EuGH vom 28. Oktober 1999, Rs. C-81/98 “Alcatel”) aufnehmen wird. Der Gerichtshof hat für Recht befunden, "dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, die dem Vertragsschluss vorangehende Entscheidung des Auftraggebers darüber, mit welchem Bieter eines Vergabeverfahrens er den Vertrag schließt, in jedem Fall einem Nachprüfungsverfahren zugänglich zu machen, in dem der Antragsteller unabhängig von der Möglichkeit, nach dem Vertragsschluss Schadensersatz zu erlangen, die Aufhebung der Entscheidung erwirken kann, wenn die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind."

3.3 Schadensersatz

Gemäß den Verfahrensvorschriften zur Nachprüfung im GWB und den entsprechenden Durchführungsbestimmungen sind bestimmte Schadensersatzklagen vor dem Zivilgericht zu erheben. Dies schließt eine Schadensersatzklage nach den allgemeinen Grundsätzen des deutschen Zivilrechts nicht aus. Wenn die Zuschlagserteilung bereits erfolgt ist und nicht für nichtig erklärt werden kann, ist die Schadensersatzklage der einzige zur Verfügung stehende Rechtsbehelf.

Nach § 126 GWB steht es dem geschädigten Bieter ausdrücklich zu, Schadensersatz für die Kosten der Vorbereitung des Angebots oder der Teilnahme an einem Vergabeverfahren zu verlangen. Der geltend gemachte Schaden erstreckt sich hierbei auf den unmittelbaren Verlust (so genanntes „negatives Interesse“ bzw. „Vertrauensschaden“). Ein geschädigter Bieter kann Anspruch auf Ersatz seiner Angebotskosten geltend machen, wenn der öffentliche Auftraggeber gegen eine den Schutz von Bietern bezweckende Vorschrift verstoßen hat und wenn der Bieter ohne diesen Verstoß eine echte Chance gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten. Wer Anspruch auf Ersatz der Angebotskosten geltend machen kann, ist den Bietern gegenüber privilegiert, die Anspruch auf Ersatz des sogenannten „positiven Interesses“ erheben, da die Beweislast im Fall des negativen Interesses geringer ist. Allerdings muss bei der Forderung von Ersatz für die übliche Entlohnung von mit der Angebotserstellung betrauten Mitarbeitern nachgewiesen werden, dass deren Arbeitskapazität in anderen Bereichen hätte gewinnbringend eingesetzt werden können. Darüber hinaus ist gegebenenfalls zu berücksichtigen, ob der Aufwand der Angebotserstellung ausschließlich mit der Teilnahme an einem bestimmten Vergabeverfahren verbunden war oder ob er nicht auch für andere Fälle genutzt werden konnte oder kann.

In der Vergangenheit wurde oft ein Schadensersatzanspruch infolge der Verletzung eines vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses (*culpa in contrahendo*) geltend gemacht. Danach kann Schadensersatz beansprucht werden, wenn bei Eintritt in Vertragsverhandlungen oder Kontakten im Vorfeld von Vertragsverhandlungen das zwischen den Beteiligten entstehende vertragsähnliche Vertrauensverhältnis schuldhaft von einer Partei verletzt wurde. Da der Schadensersatzanspruch nach dem Grundsatz der *culpa in contrahendo* auf unmittelbare Verluste begrenzt ist, hat er im Bereich des öffentlichen Vergabewesens stark an Bedeutung verloren, seit mit der Einführung des § 126 GWB eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für den Anspruch auf Erstattung der Angebotskosten besteht.

Schadensersatz, der über die Angebotskosten hinausgeht, kann nach § 33 GWB verlangt werden. Darüber hinaus ist nach § 823 Absatz 2 BGB grundsätzlich ein Anspruch auf Schadensersatz vorgesehen, wenn gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstoßen wurde. Nach § 97 Absatz 7 GWB kommt den Bestimmungen zum öffentlichen Vergabeverfahren der Status eines solchen Schutzgesetzes zu.

Die allgemeinen Rechtsgrundsätze führen zu der Annahme, dass mittelbare oder potentielle Verluste (das sogenannte „positive Interesse“ bzw. der „Erfüllungsschaden“) nur unter besonderen Umständen eingeklagt werden können. In diesen Fällen muss der Bieter so entschädigt werden, als ob ihm der Zuschlag erteilt worden wäre. Das heißt, auch der entgangene Gewinn kann geltend gemacht werden. Zur Bestimmung der Höhe des entgangenen Gewinns sollten Materialkosten, Löhne und Gehälter, Steuern und fixe Kosten von dem gemäß Vertrag zu erwartenden Gewinn abgezogen werden.

1992 hat der Bundesgerichtshof erstmals einem Bieter, der nachweisen konnte, dass ihm im Rahmen eines rechtmäßigen Vergabeverfahrens der Zuschlag erteilt worden wäre, Entschädigung für entgangenen Gewinn zuerkannt. Da der geforderte Nachweis vom Geschädigten extrem schwierig zu erbringen ist, wird eine Klage auf Ersatz des entgangenen Gewinns auch in Zukunft nur in Ausnahmefällen erfolgreich sein.

Damit eine Schadensersatzklage Erfolg hat, muss ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Gesetzesverstoß und dem Schaden nachgewiesen werden. Bei einem Verstoß gegen die Vergabevorschriften könnte jeder nicht berücksichtigte Bieter Schadensersatz geltend machen. Um die wirtschaftliche Belastung der öffentlichen Auftraggeber zu begrenzen, wird dieser Grundsatz des ursächlichen Zusammenhangs von den Gerichten sehr restriktiv ausgelegt. Nach dem Urteil des Bundesgerichtshofes muss ein Bieter, der Ersatz für sein positives Interesse verlangt, also nachweisen, dass er den Zuschlag mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erhalten hätte. Anders als bei der Geltendmachung des negativen Interesses (der Angebotskosten) ist hier der Nachweis einer „echten Chance“ auf Erteilung des Zuschlags nicht ausreichend. Es darf kein „begründeter Zweifel“ daran bestehen, dass dem Kläger der Zuschlag erteilt worden wäre. Somit dürfte bei solchen Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Verstößen gegen die Vergabevorschriften der Beweis sehr schwer zu erbringen sein.

Des Weiteren ist mit § 125 GWB eine Rechtsgrundlage für eine andere Schadensersatzkategorie, den Schadensersatz bei Missbrauch des Rechts auf Nachprüfung und Beschwerde gegeben. Wenn sich herausstellt, dass ein Antragsteller oder Beschwerdeführer falsche Angaben vorgetragen hat, um die Aussetzung oder eine Verlängerung der Aussetzung des Vergabeverfahrens zu erwirken, muss er den anderen Bietern und der Vergabebehörde den dadurch entstandenen Schaden ersetzen. Gleiches gilt, wenn die Nachprüfung mit dem Ziel beantragt wurde, Konkurrenten zu schädigen oder das Vergabeverfahren zu behindern bzw. wenn der Antrag in der Absicht gestellt wurde, ihn später gegen Geld zurückzunehmen.

Der Schadensersatzklage vor dem Zivilgericht muss nicht notwendigerweise ein Antrag auf Überprüfung des streitigen Sachverhalts vor der Vergabekammer bzw. eine Beschwerde vor dem Vergabesenat des Oberlandesgerichts vorausgegangen sein. Hat es jedoch ein Geschädigter versäumt, einen behaupteten Verstoß vor diesen beiden Organen vorzutragen, so kann der ihm zuerkannte Schadensersatz wegen Mitverschuldens oder

wegen Verletzung der Schadensminderungspflicht herabgesetzt werden. Hat der Geschädigte hingegen zuvor die Vergabekammer oder den Vergabesenat angerufen, so ist das Zivilgericht an deren Entscheidung gebunden und kann nicht selbst entscheiden, ob ein Verstoß gegen die Vergabevorschriften vorliegt.

4. Zugang zu den Verfahren

Jede Person, die ein Interesse an dem in Rede stehenden Auftrag hat und eine Verletzung ihrer Rechte durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht bzw. die aufgrund des behaupteten Verstoßes gegen die Vergabevorschriften Schaden erlitten hat oder zu erleiden droht, kann vor der Vergabekammer ein entsprechendes Nachprüfungsverfahren einleiten. Ein Antrag an die Vergabekammer wird jedoch als unzulässig abgelehnt, wenn der Antragsteller den behaupteten Verstoß gegen Vergabevorschriften bereits im Vergabeverfahren erkannt und nicht unverzüglich gegenüber dem Auftraggeber gerügt hat, bzw. wenn der Antragsteller Verstöße gegen Vergabevorschriften, die bereits aufgrund der Bekanntmachung erkennbar gewesen wären, nicht sofort gerügt hat. Es ist nicht notwendig, dass der Antragsteller zuvor das fakultative Nachprüfungsverfahren bei der Vergabepflichtstelle eingeleitet hat.

Die Vergabekammer leitet ein Nachprüfungsverfahren nur auf Antrag ein. Sie wird auch dann nicht von Amts wegen tätig, wenn sie Grund zu der Annahme hat, dass ein Verfahrensverstoß vorliegt. Durch die Antragstellung entsteht für den sich geschädigt fühlenden Bieter ein Rechtsanspruch auf ein Nachprüfungsverfahren.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer kann der Antragsteller vor dem Vergabesenat des Oberlandesgerichts Beschwerde einlegen. Gemäß den Durchführungsbestimmungen steht die Möglichkeit der Beschwerde auch dem öffentlichen Auftraggeber selbst sowie allen anderen Bietern offen, deren Interessen durch die Entscheidung schwerwiegend berührt werden und die deswegen von der Vergabekammer beigeladen worden sind.

Dritte, die nicht an dem in Rede stehenden Vergabeverfahren teilgenommen haben, können selbstredend auch nicht vor dem Vergabesenat gegen die Entscheidung der Vergabekammer vorgehen.

5. Fristen

Für die Stellung eines Antrags an die Vergabekammer gibt es keine Fristen. Allerdings wird der sich geschädigt fühlende Bieter ein natürliches Interesse an einem zügigen

Fortgang der Dinge haben, da die Vergabekammer nach erfolgter Zuschlagserteilung nur noch eine Feststellungsentscheidung treffen kann. Der Suspensiveffekt, einstweilige Maßnahmen oder die Aufhebung können nur dann erwirkt werden, wenn der sich geschädigtühlende Bieter vor Erteilung des Zuschlags einschreitet.

Gegen die rechtskräftige Entscheidung der Vergabekammer muss gemäß § 117 GWB innerhalb von *zwei Wochen* nach ihrer Zustellung die sogenannte „sofortige Beschwerde“ bei dem Vergabesenat des Oberlandesgerichts erhoben werden.

Für Schadensersatzklagen vor dem Zivilgericht gelten andere Fristen. Generell verjährt der Anspruch auf Kompensation bei außervertraglichen Schäden (z. B. nach § 823 Absatz 2 BGB) nach drei Jahren (§ 852 BGB).

Der Anspruch auf Schadensersatz nach dem Grundsatz der *culpa in contrahendo* bleibt prinzipiell bis zu 30 Jahren bestehen.

6. Verfahren

6.1 Verfahren vor der Vergabekammer

§§ 107 – 115 GWB enthalten keine spezifischen Verfahrensvorschriften z. B. zu Anhörungen, Anträgen der Parteien, der Hinzuziehung von Sachverständigen oder zu sonstigen Beweismitteln. Es heißt dort nur ganz allgemein, dass die Vergabekammer zu prüfen hat, ob in dem Vergabeverfahren die entsprechenden Vorschriften eingehalten wurden. Zu diesem Zweck kann die Vergabekammer beim Auftraggeber alle Informationen anfordern, die sie für die sachliche und rechtliche Bewertung als notwendig erachtet. Alle beteiligten Parteien müssen Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten und haben an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken, wie es einem auf Förderung und raschen Abschluss des Verfahrens bedachten Vorgehen entspricht. Die Vergabekammer kann den Beteiligten sogar Fristen setzen, nach deren Ablauf weiterer Vortrag unbeachtet bleiben kann. Die Vergabekammer entscheidet prinzipiell auf Grund einer mündlichen Verhandlung, liegt jedoch die Zustimmung aller Beteiligten vor, so ist auch eine Entscheidung nach Aktenlage möglich.

Mit ihrer Entscheidung stellt die Vergabekammer fest, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist, und trifft geeignete Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Sie ist nicht an die gestellten Anträge gebunden, das heißt, sie kann alle erforderlichen Maßnahmen zur Wiederherstellung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens anordnen. Der Entscheidung muss eine Rechtsbehelfsbelehrung beigefügt sein, in der über die Möglichkeit der Beschwerde gegen die Entscheidung sowie das dafür zuständige Organ informiert wird.

6.2 Verfahren vor dem Vergabesenat des Oberlandesgerichts

§ 120 GWB enthält keine detaillierten Bestimmungen zum Verfahren vor dem Vergabesenat. Dort heißt es nur, dass sich die Beteiligten durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigtem vertreten lassen und bestimmte Teile der Zivilprozessordnung Anwendung finden müssen. Gemäß § 119 GWB sind die an dem Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten auch an dem Verfahren vor dem Beschwerdegericht beteiligt.

§ 118 GWB zufolge hat die sofortige Beschwerde aufschiebende Wirkung im Hinblick auf die Entscheidung der Vergabekammer. Je nachdem, ob in erster Instanz Anträge auf Aussetzung des Vergabeverfahrens gestellt und angenommen bzw. abgelehnt wurden, bleibt die aufschiebende Wirkung entweder bis zur rechtskräftigen Entscheidung der zweiten Instanz aufrecht erhalten, oder sie endet zwei Wochen nach Ablauf der Frist zur Einreichung der sofortigen Beschwerde (sie kann jedoch auf gesonderten Antrag des Beschwerdeführers bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängert werden).

Ist die Partei, die das Verfahren eingeleitet hat, nicht klagebefugt oder wird die Beschwerde nicht fristgerecht (d.h. innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung der Entscheidung der Vergabekammer) erhoben, so kann die Beschwerde als unzulässig zurückgewiesen werden.

Die Entscheidung des Vergabesenats muss unter anderem die Namen der Mitglieder des Vergabesenats sowie die der Parteien, den Befund und die Begründung für die Entscheidung enthalten. Der Vergabesenat entscheidet mit absoluter Mehrheit seiner Mitglieder, d.h. das erforderliche Quorum sind zwei Stimmen. Die Entscheidung ist den Parteien unverzüglich zuzustellen.

Welche Entscheidungen der Vergabesenat zu fällen hat, hängt davon ab, ob die vergebende Stelle zusammen mit der sofortigen Beschwerde einen Antrag auf Vorabentscheidung über die Zuschlagserteilung gestellt hat. In diesem Fall kann der Vergabesenat die Fortsetzung des Vergabeverfahrens und die Erteilung des Zuschlags gestatten. Bei seiner Entscheidung muss er die Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde berücksichtigen bzw. eine Interessensabwägung wie bei der erstinstanzlichen Entscheidung über die Aussetzung vornehmen. Bei dieser Entscheidung hat der Vergabesenat auch die Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens zu erläutern. Im Falle einer negativen Entscheidung gilt das Vergabeverfahren nach Ablauf von 10 Tagen nach Zustellung der Entscheidung als beendet, es sei denn, die vergebende Stelle ergreift selbst die erforderlichen Maßnahmen zur Herstellung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens. Im Falle einer positiven Entscheidung kann der Zuschlag erteilt werden, und das materiell-rechtliche Verfahren hat seinen Zweck erfüllt und kann nur noch zu einer - für das Zivilgericht bindenden - Feststellungsentscheidung über die Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens führen.

Ohne einen solchen gesonderten Antrag kann der Vergabesenat die Entscheidung der Vergabekammer bestätigen oder sie aufheben und in der Sache selbst entscheiden bzw. den Fall zur erneuten Entscheidung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Vergabesenats an die Vergabekammer zurückverweisen.

Der Vergabesenat des Oberlandesgerichts ist als integraler Bestandteil eines ordentlichen Berufungsgerichts und letztinstanzliches Gericht nach Artikel 234 des EG-Vertrags als dazu befugt sowie als dazu verpflichtet zu betrachten, Fragen dem Europäischen Gerichtshof vorzulegen.

6.3 Verfahren vor dem Zivilgericht

Das Verfahren vor dem Zivilgericht unterliegt der Zivilprozessordnung. Zivilklagen beginnen mit der Zustellung einer Klageschrift, die in drei Abschriften beim Gericht einzureichen ist. Die Klageschrift muss die Namen der Parteien, den Klageantrag und den Klagegrund sowie den Streitwert enthalten.

In der Eröffnungsphase eines Zivilprozesses prüft das Gericht zunächst die Zulässigkeit der Klage und entscheidet dann, ob ein schriftliches Vorverfahren veranlasst oder ein früher erster Termin zur mündlichen Verhandlung festgelegt wird. Erscheint die Sachlage komplex und ist mit einem längeren Prozess zu rechnen, wird meist das schriftliche Vorverfahren veranlasst.

Im weiteren Verfahrensverlauf entscheidet das Gericht, was für die Sachentscheidung erforderlich ist. Bei ausreichender Beweislage setzt es den Haupttermin der mündlichen Verhandlung fest, die üblicherweise nicht länger als einen Tag dauert. Hier muss das Gericht grundsätzlich die Einzelheiten des Falles detailliert erörtern und sicherstellen, dass allen Parteien sämtliche relevanten juristischen Aspekte bekannt sind. Das Gericht führt in den Sach- und Streitstand und fasst die Argumente der Parteien zusammen, wobei es auf die schriftlichen Einlassungen der Parteien Bezug nimmt und auf alle von ihnen nicht angeführten rechtlichen Aspekte verweist. Die Parteien haben Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Die Beweisaufnahme erfolgt – nach freiem Ermessen des Richters und zuerst durch diesen – mittels Zeugen- und Sachverständigenbeweis, richterlichem Augenschein, Urkundenbeweis und Parteivernehmung.

Die mündliche Verhandlung schließt mit der Möglichkeit zu einer kurzen mündlichen Zusammenfassung. Diese besteht lediglich aus einem Verweis auf die Schriftsätze und Einlassungen sowie dem Schlussplädoyer. Wenn die Klage nicht vorher zurückgezogen oder die Angelegenheit gütlich beigelegt wurde, kann in diesem Stadium ein Urteil ergehen, wahrscheinlicher ist jedoch, dass zur Urteilsverkündung ein gesonderter Termin festgesetzt wird. Das Urteil wird mündlich verkündet, nachdem alle Beweise vorgebracht sind und die mündliche Verhandlung beendet wurde. Die Richter ziehen sich zur Urteilsfindung (mit einfacher Mehrheit) zurück, und das Gericht wird zur Urteilsverkündung erneut einberufen. Die detaillierte und begründete schriftliche Entscheidung wird zugestellt und dient als Grundlage für die Anrufung der nächsthöheren Instanz.

6.4 Verfahrensdauer

Die Vergabekammer muss ihre rechtskräftige Entscheidung über den materiell-rechtlichen Antrag innerhalb von fünf Wochen nach Antragstellung fällen. Bei besonderen sachlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten kann der Vorsitzende der Vergabekammer diese Frist verlängern. Trifft die Vergabekammer innerhalb dieses Zeitraums keine Entscheidung, so gilt der Antrag als abgelehnt. Der Antragsteller kann jedoch Widerspruch dagegen einlegen. Für Entscheidungen über vorläufige Maßnahmen (Gestattung der sofortigen Erteilung des Zuschlags) ist zwar nicht ausdrücklich eine Frist festgelegt, aber es liegt auf der Hand, dass die Kammer diese Entscheidungen innerhalb eines kürzeren Zeitraums zu fällen hat.

Für die Dauer des gesamten Verfahrens und die rechtskräftige materiell-rechtliche Entscheidung über die sofortige Beschwerde ist keine zeitliche Begrenzung vorgesehen. Sie wird deshalb von Fall zu Fall unterschiedlich sein und auch von der Arbeitsbelastung des Vergabesenats des Oberlandesgerichts abhängen. Vergleichbare Verfahren vor dem Berufungsgericht dauern üblicherweise neun Monate. Auch für die Entscheidungen über die Anträge (Aufrechterhaltung der aufschiebenden Wirkung oder Gestattung der sofortigen Erteilung des Zuschlags), mit denen die vorläufigen Entscheidungen der Vergabekammer über die Fortsetzung des Vergabeverfahrens angefochten werden, sind keine Fristen festgesetzt. Allerdings muss der Vergabesenat die Vorabentscheidung über die Gestattung der Zuschlagserteilung (eine durchaus problematische Maßnahme, denn mit der Gewährung bzw. der Ablehnung der Gestattung der Zuschlagserteilung wird die endgültige Entscheidung vorweggenommen) innerhalb von 5 Wochen nach Eingang des entsprechenden Antrags treffen.

Schadensersatzklagen vor dem Zivilgericht dauern üblicherweise mindestens ein Jahr, bis ein rechtskräftiges Urteil ergeht.

6.5 Anwaltszwang

Vor der Vergabekammer besteht für keine der Parteien Anwaltszwang. Allerdings ist die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts üblich und generell anzuraten. Vor dem Vergabesenat beim Oberlandesgericht besteht dagegen für alle Parteien außer für juristische Personen des öffentlichen Rechts Anwaltszwang. Juristische Personen des öffentlichen Rechts können durch eigene Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt vertreten werden.

Vor dem Zivilgericht besteht sowohl für den Kläger als auch für den Auftraggeber Anwaltszwang, wenn der Streitwert 10 000 DM überschreitet (und die Klage deshalb vor dem zuständigen Landgericht verhandelt wird).

7. Verfahrenskosten

Für das Verfahren vor der Vergabekammer kann gemäß § 128 Absatz 2 GWB eine Gebühr von mindestens 5 000 DM (mit der Möglichkeit der Ermäßigung bis auf 500 DM) und höchstens 50 000 DM (mit der Möglichkeit der Erhöhung bis auf 100 000 DM) festgesetzt werden. Bei der sofortigen Beschwerde vor dem Vergabesenat des Oberlandesgerichts ist die Gebühr auf 5 % des Auftragswertes begrenzt. Die Gerichtskosten hängen davon ab, ob (infolge von Anträgen auf Anordnung vorläufiger Maßnahmen) ein Eilverfahren durchgeführt werden muss.

Über die Höhe der Anwaltsgebühren vor der Vergabekammer und dem Vergabesenat sowie im Verfahren vor dem Zivilgericht lassen sich nur bedingt Aussagen machen. Nach der Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte können die Anwaltsgebühren auf der Grundlage des Streitwertes berechnet werden. So würden bei einem Verfahren mit einem Streitwert von 2,5 Mio. DM (wenn es zu einer mündlichen Verhandlung kommt) für jede Partei 20 450 DM (zuzüglich MwSt, Spesen usw.) anfallen. Als Faustregel gilt, dass bei einem Streitwert von mehr als 1 Mio. DM die Anwaltsgebühren je Partei ca. 3 % des Streitwerts betragen. Liegt der Streitwert unter 1 Mio. DM, steigt dieser Prozentsatz kontinuierlich (bis auf maximal 8,5 %). Während des Verfahrens fallen üblicherweise dreierlei Arten von Gebühren an (Prozessgebühr, Verhandlungsgebühr, Beweisgebühr); wird vor dem Gericht ein Vergleich erzielt, erhält der Anwalt darüber hinaus eine Vergleichsgebühr.

In größeren Anwaltskanzleien ist es gängige Praxis, dem Mandanten die für den Fall aufgewendete Zeit in Rechnung zu stellen. Das Stundenhonorar hängt von der Qualifikation und Erfahrung des Anwalts ab.

Grundsätzlich muss die im Rechtsstreit unterlegene Partei für sämtliche Gerichts- und Anwaltskosten aufkommen, einschließlich der Kosten für das Nachprüfungsverfahren beim Vergabesenat des Oberlandesgerichts. Dies gilt auch für das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer (§ 128 Absatz 4 GWB).

8. Berufung

Wie bereits erwähnt, kann gegen die Entscheidung der Vergabekammer innerhalb von zwei Wochen Beschwerde beim Vergabesenat des Oberlandesgerichts eingelegt werden. Gegen die Entscheidung dieser Instanz ist nach den Durchführungsvorschriften keine Beschwerde mehr möglich. Zwar stellt die Entscheidung einer Vergabekammer einen Verwaltungsakt dar, doch dessen Rechtmäßigkeit kann nicht vor einem Verwaltungsgericht angefochten werden, da die Vergabekammer das für die Nachprüfung von Vergabeverfahren ausschließlich zuständige Organ ist. Es steht außer Zweifel, dass der Vergabesenat beim Oberlandesgericht die Funktion eines Gerichts im Sinne von Artikel 234 des EG-Vertrags wahrnimmt und in besonderen Fällen dazu verpflichtet ist, Fragen im Zusammenhang mit der Auslegung des EG-Vertrags dem Europäischen Gerichtshof zur „Vorabentscheidung“ vorzulegen.

Übersteigt der Streitwert 1 500 DM, kann gegen das Urteil des ordentlichen Zivilgerichts innerhalb von einem Monat nach Zustellung des Urteils Berufung vor dem zuständigen Berufungsgericht eingelegt werden.

9. Urteilsvollstreckung

In Bezug auf die Urteilsvollstreckung ist zwischen der Entscheidung der Vergabekammer und der des Vergabesenats beim Oberlandesgericht zu unterscheiden.

Die Entscheidung der Vergabekammer ist ein Verwaltungsakt (§ 114 Absatz 3 GWB). Sie wird dem Kläger zugestellt und muss mit einer Belehrung über das zulässige Rechtsmittel vor dem Vergabesenat beim Oberlandesgericht versehen sein (§ 61 GWB). Wie bereits erwähnt, muss die Beschwerde innerhalb von zwei Wochen eingelegt werden. Nach dem deutschen Verwaltungsrecht erfolgt die Vollstreckung eines Verwaltungsaktes gemäß dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz des Bundes bzw. gemäß den entsprechenden Gesetzen der Länder. Verpflichtet die Vergabekammer die unterlegene Partei zur Vornahme oder Unterlassung von Handlungen, so ist nach dem entsprechenden Verwaltungsvollstreckungsgesetz eine sogenannte Ersatzvornahme möglich, oder es wird, falls die Partei dieser Pflicht nicht nachkommt, ein Zwangsgeld verhängt.

Bei Entscheidungen des Vergabesenats beim Oberlandesgericht ist die Situation etwas anders gelagert. Hier handelt es sich um rechtskräftige Endurteile, die genauso vollstreckbar sind wie Urteile, die in einem Zivilprozess um Schadensersatz vor den Amts- bzw. Landgerichten gefällt werden. In beiden Fällen erfolgt die Vollstreckung gemäß §§ 704, 724, 750 Zivilprozessordnung. Geldforderungen sind vollstreckbar nach § 803 ZPO, die Erwirkung einer Handlung oder Unterlassung nach § 883 ZPO.

Im allgemeinen werden jedoch keine Zwangsvollstreckungsmaßnahmen notwendig sein. Nach Artikel 20 Absatz 3 Grundgesetz sind die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung an Gesetz und Recht gebunden (Gesetzmäßigkeit der Verwaltung). Dies schließt die grundsätzliche Verpflichtung zur Vollstreckung sämtlicher Gerichtsurteile ein.

Schließlich sei nochmals darauf hingewiesen, dass nach § 124 GWB alle bestandskräftigen Entscheidungen der Vergabekammer und des Oberlandesgerichts für den Richter in einem möglicherweise folgenden Zivilprozess wegen Schadensersatz bindend sind.

Weiterführende Literatur

Boesen, A.

Das Vergaberechtsänderungsgesetz im Lichte der europarechtlichen Vorgaben, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1998, S. 551

Byok, J.

Das neue Vergaberecht, Neue Juristische Wochenschrift 1998, S. 2774

Heiermann, W. / Ax, Thomas

Neuordnung des Vergaberechts / des Vergaberechtsschutzes, Der Betrieb, 1998, 505

Jasper, U.

Das Vergaberechtsänderungsgesetz, Der Betrieb 1998, S. 2151

Jestaedt, T. / Kemper, K. / Marx, F. / Prieß, H.-J.

Das Recht der Auftragsvergabe, Luchterhand Verlagsgesellschaft 1999

Schumacher, F. A.

Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen. Der Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach dem europäischen Gemeinschaftsrecht und dem deutschen Recht, 1998

Adresse	F
VERGABE AUF BUNDESEBENE	
Bundeskartellamt Kaiser-Friedrich-Straße 16 D – 53113 Bonn	Telefon 00 49 228 Telefax 00 49 228 E-Mail info@bun Internet http://www
BADEN-WÜRTTEMBERG	
Landesgewerbeamt Baden-Württemberg Haus der Wirtschaft Willy-Bleicher-Straße 19 D-70174 Stuttgart	Telefon 00 49 711 Telefax 00 49 711 E-Mail poststelle@ Internet http://www
BAYERN	
<i>Postanschrift</i> Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft, Verkehr und Technologie D – 80525 München	Telefon 00 49 89 2 Telefax 00 49 89 2 E-Mail poststelle@ Internet http://www
<i>Sonst</i> Prinzregentenstraße 28 D – 80538 München	

Adresse	F
BERLIN	
Senatsverwaltung für Bauen, Wohnen und Verkehr Referat 1 F Württembergische Straße 6 D – 10702 Berlin	Telefon 00 49 30 9 Telefax 00 49 30 9 Internet http://www
BRANDENBURG	
Ministerium für Wirtschaft, Mittelstand und Technologie Ref 35 Heinrich-Mann-Allee 107 D – 14473 Potsdam	Telefon 00 49 331 Telefax 00 49 331 E-Mail mw@bran
HESSEN	
Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung Kaiser-Friedrich-Ring 75 D – 65 185 Wiesbaden	Telefon 00 49 611 Telefax 00 49 611 E-Mail hmwvl@v Internet http://www
MECKLENBURG-VORPOMMERN	
Wirtschaftsministerium Mecklenburg-Vorpommern Johannes-Stelling-Straße 14 D – 19053 Schwerin	Telefon 00 49 385 Telefax 00 49 385 E-Mail wm-pb@r Internet http://mvn

Adresse	F
NIEDERSACHSEN	
Niedersächsisches Ministerium für Wirtschaft, Technologie und Verkehr Friedrichswall 1 D – 30159 Hannover	Telefon 00 49 511 Telefax 00 49 511 E-Mail poststelle@... Internet http://www...
NORDRHEIN-WESTFALEN	
Ministerium für Wirtschaft und Mittelstand, Technologie und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen Haroldstraße 4 D – 40213 Düsseldorf	Telefon 00 49 211 Telefax 00 49 211 E-Mail poststelle@... Internet http://www...
SAARLAND	
Ministerium für Umwelt, Energie und Verkehr Halbergstraße 50 D – 66121 Saarbrücken	Telefon 00 49 681 Telefax 00 49 681 E-Mail presse@m... Internet http://www...
SACHSEN	
Regierungspräsidium Dresden Ref. 34 Stauffenbergallee 2 D – 01099 Dresden	Telefon 00 49 351 Telefax 00 49 351 E-Mail info@rpd... Internet http://www...

Adresse	F
SACHSEN-ANHALT	
Ministerium für Wirtschaft und Technologie des Landes Sachsen-Anhalt Wilhelm-Höpfner-Ring 4 D – 39116 Magdeburg	Telefon 00 49 391 Telefax 00 49 391 E-Mail zentrale@ Internet http://www
SCHLESWIG-HOLSTEIN	
<i>Postanschrift</i> Ministerium für Wirtschaft, Technologie und Verkehr des Landes Schleswig-Holstein D – 24100 Kiel <i>Sonst</i> Düsternbrooker Weg 94 D – 24105 Kiel	Telefon 00 49 431 Telefax 00 49 431 E-Mail poststelle. Internet http://www
THÜRINGEN	
Ministerium für Wirtschaft und Infrastruktur Max-Reger-Straße 4-8 D – 99096 Erfurt	Telefon 00 49 361 Telefax 00 49 361 E-Mail mailbox@ Internet http://www
BUNDESMINISTERIUM FÜR WIRTSCHAFT UND TECHN	
Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie Scharnhorststraße 36 D – 10115 Berlin	Telefon 00 49 30 2 Telefax 00 49 30 2 E-Mail poststellez

Adresse	F
	Internet http://intra

GRIECHENLAND

**erstellt von Herbert Smith (Brüssel)
und Zepos & Zepos (Athen)**

**Aktualisiert 1997 ohne Berücksichtigung der am 8. September 1997 im griechischen
Amtsblatt veröffentlichten Gesetzesänderung (N2522/1997).**

Inhalt

- 1. Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien**
- 2. Zuständige Gremien**
 - 2.1 Außergerichtliches Verfahren
 - 2.2 Verwaltungsgericht
 - 2.3 Zivilgericht
- 3. Zur Verfügung stehende Rechtsmittel**
 - 3.1 Einstweilige Verfügung
 - 3.2 Aufhebung
 - 3.3 Schadensersatz
- 4. Zugang zu den Verfahren**
- 5. Fristen**
- 6. Verfahren**
 - 6.1 Einstweilige Verfügung
 - 6.2 Verfahren vor dem Staatsrat
 - 6.3 Klage vor dem Zivilgericht
 - 6.4 Verfahrensdauer
 - 6.5 Anwaltszwang
- 7. Verfahrenskosten**
- 8. Berufung**
- 9. Urteilsvollstreckung**

Anhang 1: Nützliche Adressen

GRIECHENLAND

1. Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien

Der durch die Rechtsmittelrichtlinien 89/665 und 92/13 gesetzte Rechtsrahmen wurde in Griechenland bislang noch nicht umgesetzt. Nur das Präsidialdekret 23/1993 bezieht sich auf die Richtlinie 89/665. Dessen Anwendungsbereich ist jedoch auf die Bestimmungen zu den in Artikel 3 der Richtlinie vorgesehenen Kontrollbefugnissen der Europäischen Kommission beschränkt.

Am 6. Juli 1995 verklagte die Kommission Griechenland nach Artikel 169 EVG wegen Nichtumsetzung der Richtlinie 89/665²⁷. Am 19. September 1996 wurde Griechenland vom Europäischen Gerichtshof mit rechtskräftigem Urteil wegen Nichtumsetzung der Richtlinie verurteilt. Der Gerichtshof wies das Vorbringen Griechenlands zurück, die nationale Gesetzgebung biete bereits einen den Anforderungen der Richtlinie genügenden Rechtsschutz, und betonte, es sei für die Erfüllung des Erfordernisses der Rechtssicherheit von besonderer Bedeutung, dass die Rechtslage für den Einzelnen hinreichend bestimmt und klar ist und ihn in die Lage versetzt, von allen seinen Rechten Kenntnis zu erlangen. Die griechischen Behörden sagten den baldigen Erlass eines Präsidialdekrets zur Umsetzung der Richtlinie zu.

Die Richtlinie 92/13 muss in Griechenland allerdings erst dann umgesetzt werden, wenn die Sektorenrichtlinie 93/38 in Kraft tritt, was für Griechenland am 1. Januar 1998 erfolgt. In diesem Kapitel wird deshalb nicht auf die Sektorenauftraggeber eingegangen, sondern nur auf die Rechtsmittel im klassischen Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe.

Die zur Umsetzung der Bau- und Lieferrichtlinie erlassenen Dekrete²⁸ enthalten lediglich die materiell-rechtlichen Bestimmungen zur Vergabe von Bau- und Lieferaufträgen, nicht aber Bestimmungen zu Rechtsmitteln bei Verstößen gegen diese Vorschriften. Die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge ist nicht umfassend geregelt, da Griechenland die Dienstleistungsrichtlinie 92/50 bislang nicht umgesetzt hat.

Angesichts des Fehlens von Bestimmungen zur Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien muss die Bewertung der Rechte eines sich geschädigt fühlenden Bieters auf der Grundlage der allgemeinen gesetzlichen Regelungen für Verfahren vor dem Verwaltungsgericht bzw. dem Zivilgericht sowie der bestehenden nationalen Vorschriften zu öffentlichen Bau- und Lieferaufträgen erfolgen.

2. Zuständige Gremien

2.1 Außergerichtliches Verfahren

Ehe ein geschädigter Bieter ein Verfahren vor dem Verwaltungs- oder Zivilgericht einleiten kann, muss er seine außergerichtlichen Möglichkeiten ausgeschöpft haben. Während der verschiedenen Phasen eines Vergabeverfahrens (Vorauswahl, Einreichung der Angebote, Bewertung) kann jeder, der am Verfahren teilgenommen hat oder davon ausgeschlossen wurde, Beschwerde vor dem zuständigen Ausschuss der (dem öffentlichen Auftraggeber übergeordneten) Überwachungsbehörde einlegen. Diese Überwachungsbehörde ist grundsätzlich das Ministerium für öffentliche Arbeiten bzw. eine andere durch gesetzliche Regelungen dazu bestimmte Behörde. Sie trifft unter Berücksichtigung der gesetzlichen Aspekte eine Sachentscheidung über die Beschwerde.

2.2 Verwaltungsgericht

Eine Klage im Zusammenhang mit einem vom griechischen Staat oder einer öffentlichen Behörde geschlossenen Vertrag, von dem das Interesse der Allgemeinheit direkt berührt ist, unterliegt der Jurisdiktion der Verwaltungsgerichte. Hier ist - je nach Art der angefochtenen Entscheidung - eine von zwei "Abteilungen" des Zivilgerichts zuständig.

Wird die Nichtigkeitserklärung eines Verwaltungsaktes angestrebt, z. B. die Aufhebung einer Zuschlagserteilung, muss der Geschädigte seine Klage auf Aufhebung vor den Staatsrat (*Symvoulion Epikratias*), das höchste Verwaltungsgericht Griechenlands bringen. Vorläufige Maßnahmen werden dem mit dem Erlass von Verfügungen befassten Ausschuss des Staatsrates vorgelegt.

Will der Geschädigte Anspruch auf Schadensersatz geltend machen oder die Nichtigkeitserklärung eines Vertrags mit einem öffentlichen Auftraggeber (und nicht eine Maßnahme, die zum Abschluss eines solchen Vertrags führt) erreichen, so muss er Klage vor dem Verwaltungsgericht erster Instanz erheben.

2.3 Zivilgericht

Wenn eine öffentliche Ausschreibung durch bzw. für ein Unternehmen oder eine juristische Person erfolgte, das bzw. die sich im Staatsbesitz befindet oder vom Staat kontrolliert wird, aber ansonsten dem Privatrecht unterliegt, ist das Zivilgericht für Rechtsstreitigkeiten zuständig. Nach den relevanten Bestimmungen des Privatrechts (z. B. zur Delikthaftung oder vorvertraglichen Haftung), kann der Geschädigte nur im Hauptverfahren auf Schadensersatz klagen.

Prinzipiell könnte der Geschädigte auch eine einstweilige Verfügung anstreben. Er kann jedoch nicht vor dem Zivilgericht auf Aufhebung einer Zuschlagsentscheidung klagen, da die Zivilgerichte nicht zur Nichtigerklärung von Verwaltungsakten befugt sind.

3. Zur Verfügung stehende Rechtsmittel

3.1 Einstweilige Verfügung

Ein geschädigter Bieter, der die Aussetzung eines während des Vergabeverfahrens erfolgten Verwaltungsakts anstrebt, kann einen Antrag an den für einstweilige Verfügungen zuständigen Ausschuss des Staatsrates stellen. Gleichzeitig muss ein Antrag auf Nichtigerklärung des in Rede stehenden Verwaltungsaktes gestellt werden.

Bei der Entscheidung über einen Antrag auf einstweilige Verfügung überprüft der Ausschuss zunächst, ob ein Antrag auf Nichtigerklärung gestellt wurde und ob dieser zulässig ist. Weiter prüft er, ob der Antrag auf Nichtigerklärung rechtzeitig gestellt wurde und ob er sich auf einen rechtskräftigen Verwaltungsakt bezieht. Er nimmt jedoch weder eine sachliche Prüfung des Antrags vor, noch unterzieht er die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsakts einer eingehenden Prüfung, sondern prüft ihn lediglich daraufhin, ob er offensichtlich rechtmäßig oder offensichtlich rechtswidrig ist (im ersten Fall wird der Antrag abgelehnt, auch wenn ein irreparabler Schaden entstehen könnte, im zweiten Fall wird ihm stattgegeben).

Wichtigster Faktor bei der Entscheidung über die Anordnung einer einstweiligen Verfügung ist die Frage, ob der Geschädigte einen konkreten, direkten und nicht

wiedergutzumachenden Schaden erlitten hat. Dieser - materielle oder ideelle - Schaden muss entweder vom Geschädigten nachgewiesen oder vom Auftraggeber zugegeben werden. Ein materieller Schaden gilt üblicherweise als wiedergutzumachen, da der Geschädigte den Auftraggeber auf Schadensersatz verklagen kann. Als einzige Ausnahme gilt, wenn der finanzielle Schaden wahrscheinlich zum Bankrott des Geschädigten führt. Doch auch bei Feststellung eines nicht wiedergutzumachenden Schadens kann der Ausschuss den Erlass einer einstweiligen Verfügung ablehnen, wenn damit das Interesse der Allgemeinheit oder das einer dritten Partei gravierend beeinträchtigt würde.

Der jüngsten Entscheidungspraxis des Ausschusses zufolge muss ein Geschädigter bei Beantragung einer einstweiligen Verfügung die folgenden Nachweise erbringen:

- i dass der angefochtene Verwaltungsakt des Auftraggebers (z.B. Ausschluss des Geschädigten aus dem Vergabeverfahren) einen offensichtlichen Verstoß gegen die Verfahrensvorschriften darstellt;
- ii dass der Geschädigte infolge dessen einen ernsthaften Schaden zu erleiden droht; und
- iii dass dieser Schaden größer ist als der Schaden, der dem Interesse der Allgemeinheit oder dem Interesse von Dritten im Falle der Anordnung einer einstweiligen Verfügung entstünde (Interessensabwägung).

Unter Anwendung dieser Kriterien hat sich der Ausschuss bei Abwägung der beteiligten Interessen in nahezu der Hälfte der ihm im Zeitraum 1994 bis 1996 vorgelegten Fälle für den Erlass einer einstweiligen Verfügung entschieden. Durch diese wurde der Auftraggeber in der Regel dazu verpflichtet, den Geschädigten zum Vergabeverfahren zuzulassen. Allerdings hat der Ausschuss alle Anträge abgelehnt, die ihm nach Abschluss des betreffenden Vertrags vorgelegt wurden und bei denen der Geschädigte um die Aussetzung der rechtlichen Folgen der Zuschlagserteilung nachsuchte. Ein Antrag auf einstweilige Verfügung ist somit unbedingt vor Vertragsabschluss zu stellen.

Schließlich sei noch angemerkt, dass auch in Verfahren vor dem Zivilgericht einstweilige Verfügungen angeordnet werden können. Dort bieten sie dem Geschädigten vorläufigen Schutz seiner Interessen, insbesondere in Form der vorläufigen Aussetzung des Vergabeverfahrens.

3.2 Aufhebung

Ein während des Vergabeverfahrens ergangener rechtswidriger Verwaltungsakt bzw. eine rechtswidrige Entscheidung zur Zuschlagserteilung kann vom Verwaltungsgericht [z.B. bei Vorliegen eines Verstoßes gegen die Vergabevorschriften] aufgehoben werden. Wenn ein Vertragsabschluss aufgrund einer rechtswidrigen Entscheidung zur Zuschlagserteilung erfolgte (was in der Regel der Fall ist), wird diese Entscheidung durch die Aufhebung null und nichtig. Ein abgeschlossener Vertrag kann allerdings nur dann aufgehoben werden, wenn die Nichtigkeitserklärung durch ein rechtskräftiges Gerichtsurteil erfolgt ist.

3.3 Schadensersatz

Ein Geschädigter hat grundsätzlich Anspruch auf Schadensersatz durch den Auftraggeber, wenn dessen Entscheidung entweder von einem Verwaltungsgericht oder von einem Zivilgericht für rechtswidrig befunden wurde. Diese Haftung ergibt sich aus dem griechischen Zivilgesetzbuch.

Nach den allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts muss ein Geschädigter, der Anspruch auf Entschädigung erhebt, nachweisen, dass der erlittene Schaden als unmittelbare Folge der rechtswidrigen Handlung bzw. Unterlassung des Auftraggebers entstanden ist. Dieser ursächliche Zusammenhang zwischen Verstoß und Schaden wird dann anerkannt, wenn nachgewiesen wird, dass bei normalem Fortgang der Ereignisse damit zu rechnen war, dass der Verstoß zu dem tatsächlich eingetretenen Schaden führen würde.

Zur Schadensberechnung schreibt Artikel 298 des Zivilgesetzes vor:

"Der Schaden umfasst die Minderung des vorhandenen Vermögens des Gläubigers [positiver Schaden] sowie den entgangenen Gewinn. Der entgangene Gewinn umfasst das bei normalem Fortgang des Geschehens bzw. im Hinblick auf die besonderen Umstände vernünftigerweise zu Erwartende, insbesondere die ergriffenen vorbereitenden Maßnahmen."

Grundsätzlich gilt, dass dem geschädigte Bieter der gesamte Schaden, den er infolge des Rechtsverstößes erlitten hat, vollumfänglich zu ersetzen ist. Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge dürfte der Schadensersatz somit den "positiven Verlust" des Bieters und die übrigen ihm im Zusammenhang mit der Teilnahme am Vergabeverfahren entstandenen Kosten sowie auch den "negativen Verlust" in Form des Gewinns umfassen, den der Bieter vernünftigerweise aus dem Vertragsabschluss hätte erwarten können.

4. Zugang zu den Verfahren

Wer Verwaltungsentscheidungen vor dem Verwaltungsgericht anfechten will, muss ein persönliches, direktes und legitimes Interesse an der in Rede stehenden Entscheidung haben. Dieser Grundsatz entspricht dem der unmittelbaren und individuellen Betroffenheit nach Artikel 173 EG-Vertrag. Aus der Rechtsprechung ergibt sich, dass jeder, der seine Absicht zur Teilnahme an einem wettbewerblichen Vergabeverfahren bekundet hat, ein solches legitimes Interesse an der Anfechtung einer Zuschlagsentscheidung der Vergabestelle hat. Wer hingegen seine Teilnahmeabsicht nicht bekundet hat, auch wenn er die in der Bekanntmachung veröffentlichten Anforderungen erfüllt, kann dieses legitime Interesse nicht für sich beanspruchen. Ein geltend gemachtes zukünftiges, bedingtes oder indirektes Interesse wäre vor Gericht nicht ausreichend.

5. Fristen

Die Fristen zur Einreichung der obligatorischen außergerichtlichen Beschwerde (siehe Abschnitt 2.1) variieren je nach der Phase, die das Vergabeverfahren erreicht hat. So muss eine Beschwerde im Zusammenhang mit dem Lastenheft innerhalb einer Frist eingereicht werden, die der Hälfte des zur Einreichung der Angebote vorgesehenen Zeitraums entspricht. Beschwerden über Unregelmäßigkeiten im Vergabeverfahren oder Widerspruch gegen die Auswahl der Teilnehmer können bis zum Ablauf des ersten Arbeitstags nach der ersten "Öffnung" der Angebote vor der Vergabestelle erhoben werden.

Die Frist für eine Klage auf Nichtigerklärung vor dem Verwaltungsgericht beträgt *sechzig Tage* ab Veröffentlichung bzw. Bekanntmachung der angefochtenen Handlung. Erfolgt keine Veröffentlichung bzw. Bekanntmachung, so beträgt die Frist sechzig Tage ab dem Zeitpunkt, zu dem der Geschädigte von der angefochtenen Handlung Kenntnis erhalten hat. Reagiert der öffentliche Auftraggeber nicht auf das Vorbringen des Geschädigten, so

beginnt die Sechzig-Tage-Frist drei Monate nach Erhebung der Beschwerde. In der Praxis führt die obligatorische außergerichtliche Phase oft zu einer Verzögerung der Klageerhebung vor dem Staatsrat um drei Monate.

Die Frist zur Klageerhebung vor dem Zivilgericht beträgt fünf Jahre.

6. Verfahren

6.1 *Einstweilige Verfügung*

Der Antrag auf einstweilige Verfügung ist in Form einer gerichtlichen Urkunde beim Staatsrat einzureichen. Üblicherweise findet die Anhörung innerhalb von zwei Wochen statt. Beide Parteien haben dann Gelegenheit, dem für einstweilige Verfügung zuständigen Ausschuss schriftliche und mündliche Einlassungen vorzutragen. Das Verfahren verläuft zügig, und das Urteil ergeht meist innerhalb weniger Tage nach der Anhörung. In besonders dringenden Fällen kann der Ausschuss eine vorläufige Verfügung erlassen, die bis zur endgültigen Entscheidung über den Antrag auf einstweilige Verfügung gültig ist.

6.2 *Verfahren vor dem Staatsrat*

Ein Antrag auf Nichtigerklärung muss eine Begründung enthalten; weitere Gründe können auch in einem separaten Schriftsatz eingereicht werden, der spätestens 15 Tage vor der mündlichen Verhandlung zuzustellen ist. Dieses Verfahren dauert wesentlich länger als das vor dem Ausschuss; bis zur Urteilsverkündung können bis zu drei Jahre vergehen.

6.3 *Klage vor dem Zivilgericht*

Die erste mündliche Verhandlung findet üblicherweise mehrere Monate nach der Klageerhebung statt. In ihr vernimmt das Gericht erster Instanz die Zeugen. Bei Schadensersatzklagen, deren Streitwert 5 Millionen Drachmen übersteigt, spricht das Gericht auf der Grundlage der von den Zeugen zu belegenden Vorbringen eine vorläufige Entscheidung aus. Wenn die erste Verhandlung abgeschlossen ist und das Gericht keine weiteren Verhandlungen oder anderen verfahrenstechnischen Schritte zur Beweiserhebung angeordnet hat, ergeht (in der Regel mehrere Monate später) das Endurteil des Gerichts. Übersteigt jedoch der Streitwert 5 Millionen Drachmen, so muss auf die Zeugenvernehmung (je Partei höchstens zwei Zeugen) eine zweite mündliche Verhandlung folgen. Diese kann – je nach Erreichbarkeit der Zeugen - mehrere Monate oder auch Jahre später stattfinden.

6.4 Verfahrensdauer

Wie bereits erwähnt, kann eine einstweilige Verfügung vor dem Ausschuss des Staatsrates innerhalb einer sehr kurzen Zeitspanne (wenige Wochen oder sogar Tage) erwirkt werden. Die Anordnung einer einstweiligen Verfügung durch ein Zivilgericht dauert in der Regel länger, üblicherweise drei bis vier Monate.

Ein an den Staatsrat gerichteter Antrag auf Nichtigkeitserklärung wird frühestens nach 18 Monaten endgültig beschieden. Schadensersatzklagen vor dem Zivilgericht dauern mindestens zwei bis drei Jahre.

6.5 Anwaltszwang

In allen formellen Verfahren vor den griechischen Verwaltungs- und Zivilgerichten besteht Anwaltszwang.

7. Verfahrenskosten

Bei Verfahren vor dem Verwaltungsgericht fällt nur eine geringfügige Gebühr an. Bei Schadensersatzklagen vor dem Zivilgericht ist eine Gebühr in Höhe von 1 % der Schadensersatzforderung zu entrichten. Der Kläger kann dies vermeiden, wenn er Klage auf Anerkennung seines Rechts auf Schadensersatz (ohne Entscheidung über die Höhe der zu entrichtenden Summe) erhebt; in diesem Fall kann er jedoch keinen Anspruch auf Verzugszinsen geltend machen.

Die wesentlichen Kosten dürften bei allen Verfahren die Anwaltskosten sein. Sowohl in Verwaltungsgerichts- als auch in Zivilgerichtsverfahren wird zumeist angeordnet, dass die unterlegene Partei der erfolgreichen die Kosten des Rechtsstreits zu erstatten hat, die vom Gericht allerdings nicht so hoch bemessen werden, dass sie die gesamten Kosten der erfolgreichen Partei decken. Unter bestimmten Umständen kann das Gericht die unterlegene Partei auch ganz oder teilweise von dieser Verpflichtung zur Kostenerstattung befreien.

8. Berufung

Gegen eine einstweilige Verfügung ist kein Rechtsmittel möglich. Gegen ein Endurteil des Staatsrates bzw. der Berufungsinstanz des Verwaltungsgerichts kann innerhalb von sechzig Tagen nach Zustellung des Gerichtsurteils vor der Berufungskammer des Staatsrates Berufung eingelegt werden.

Gegen die Entscheidung eines Zivil- oder Verwaltungsgerichts erster Instanz kann innerhalb von dreißig Tagen nach Zustellung der Gerichtsentscheidung die jeweilige Berufungsinstanz angerufen werden.

Die rechtskräftige Entscheidung des erstinstanzlichen Berufungsgerichts für Zivilsachen (Rechtsfragen und öffentliche Bauaufträge) kann vor dem Obersten Gerichtshof (*Areios Pagos*) angefochten werden. Auch hier beträgt die Frist dreißig Tage.

9. Urteilsvollstreckung

Das Urteil eines Verwaltungsgerichts, mit dem ein Verwaltungsakt aufgehoben wird, ist direkt gegenüber der betreffenden Vergabestelle vollstreckbar, ebenso eine (vom Ausschuss des Staatsrates oder vom Zivilgericht angeordnete) einstweilige Verfügung.

Urteile von Zivilgerichten, in denen Schadensersatz zuerkannt wird, können nicht gegen den griechischen Staat vollstreckt werden, doch in der Praxis leisten die griechischen Behörden solchen Urteilen fast immer freiwillig Folge. Das Gleiche gilt für bestimmte in staatlichem Besitz befindliche rechtliche Einheiten, die zwar dem Privatrecht unterliegen, aber aufgrund spezieller Gesetze eine besondere Immunität genießen.

Nützliche Adressen

i Ausgewählte Verwaltungsgerichte

Erste Instanz

Athen: 1 Sofocleous St

Piräus: 31-33 Gounari St

Thessaloniki: Court Building of City 68 Fragon St

Patras: 60 Kanari St

Larissa: Court Building of City

Chania: 3 Stratigou Ganakaki St

Berufungsgericht

1 Sofocleous St

12 Nikita St

147 Riga Fereou St

12 Kouma St

3 Stratigou Ganakaki St

Staatsrat

47 Panepistimiou St, Athen

(neu: Eleftheriou Venizelou)

ii Ausgewählte Zivilgerichte

Erste Instanz

Athen: Ex Military School

Berufungsgericht

65 Socratous St

Piräus: 3-5 Skouze & Philonos St	3-5 Skouze St and Philonos St
Thessaloniki: Court Building of City	Court Building of City
Patras: 30 Gounari St	30 Gounari St
Larissa: Central Square	Central Square
Chania: Liberty Square	Liberty Square

Oberster Gerichtshof (Areios Pagos), 121 Alexandras Avenue, Athen

iii Für die Überwachung der EU-Vergabevorschriften zuständige Regierungsstellen

Ministry of Commerce (<i>Handelsministerium</i>)	Kanigos Square, Athen
Ministry of Environment and Public Works (Department of Public Works)	182 Harilaou Trikoupi St.
(<i>Ministerium für Umwelt und öffentliche Aufträge - Abteilung Öffentliche Aufträge</i>)	Athen
Ministry of Foreign Affairs (Department for EU Issues)	3 Academias St, Athen
(<i>Ministerium für Auswärtige Angelegenheiten - Abteilung EU-Angelegenheiten</i>)	

iv Unabhängige Schlichtungsgremien für Handelsstreitigkeiten

Chamber of Commerce (<i>Handelskammer</i>)	8 Academias St, Athen
Athens Bar Association (<i>Anwaltsvereinigung</i>)	60 Academias St, Athen

IRLAND

**erstellt von Herbert Smith (Brüssel)
und McCann FitzGerald (Dublin), 1997**

INHALT

Seite

- 1. Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien**
- 2. Zuständige Gremien**
- 3. Zur Verfügung stehende Rechtsmittel**
 - 3.1 Einstweilige Verfügung
 - 3.2 Aufhebung
 - 3.3 Schadensersatz
- 4. Zugang zu den Verfahren**
- 5. Fristen**
- 6. Verfahren**
 - 6.1 Mitteilungspflicht
 - 6.2 Antrag auf einstweilige Verfügung
 - 6.3 Ordentliches Gerichtsverfahren
 - 6.4 Verfahrensdauer
 - 6.5 Gerichtliche Überprüfung
 - 6.6 Anwaltszwang
- 7. Verfahrenskosten**
- 8. Berufung**
- 9. Urteilsvollstreckung**

Anhang 1: Nützliche Adressen

IRLAND

1. Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien

Die EU-Richtlinien zum Vergabewesen wurden in Irland durch eine Reihe von Verordnungen umgesetzt. Die Umsetzung der in den Rechtsmittelrichtlinien 89/665 und 92/13 enthaltenen Bestimmungen zur Vollstreckung erfolgte durch die Verordnungen Nr. 309 von 1994 bzw. Nr. 104 von 1993.

Die Umsetzung der EU-Rechtsmittelrichtlinien erfolgte nicht durch erneute Ausformulierung ihrer Bestimmungen, sondern mehrheitlich durch entsprechende Verweise. So heißt es in der Verordnung Nr. 309 von 1994 zur Durchführung von Vergabeverfahren im Anwendungsbereich der "klassischen" Richtlinien, dass die Nachprüfung von Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber "gemäß den in der [Rechtsmittel-] Richtlinie [89/665] enthaltenen Bestimmungen erfolgt". Somit wird es in Irland weitgehend durch die Bestimmungen der Rechtsmittelrichtlinien selbst geregelt, welche Rechtsmittel im öffentlichen Vergabewesen zur Verfügung stehen.

2. Zuständige Gremien

Gemäß den entsprechenden Verordnungen müssen Klagen im Zusammenhang mit öffentlichen Auftragsvergaben vor dem Obersten Gericht (*High Court*) erhoben werden. Die Verhandlung der Fälle erfolgt in der Regel im nationalen Gerichtsgebäude "Four Courts" in Dublin, gelegentlich jedoch auch – vor einem Richter des *High Court* - in anderen wichtigen Städten Irlands. Einige nützliche Adressen finden sich in Anhang 1 dieses Kapitels.

3. Zur Verfügung stehende Rechtsmittel

Gemäß den Rechtsmittelrichtlinien lassen sich die in Irland potentiell zur Verfügung stehenden Rechtsmittel in die folgenden drei Kategorien unterteilen:

3.1 *Einstweilige Verfügung*

Eine einstweilige Verfügung, mit der das betreffende Vergabeverfahren bzw. die Durchführung der von der Vergabebehörde getroffenen Entscheidungen ausgesetzt wird, ist vor dem *High Court* zu beantragen. Der Antrag ist "zum frühestmöglichen Zeitpunkt" zu stellen und kommt üblicherweise nur vor der Zuschlagserteilung in Frage.

Die Verordnungen enthalten keine Leitlinien dazu, nach welchen Grundsätzen eine einstweilige Verfügung anzuordnen ist. Es wird lediglich auf die Rechtsmittelrichtlinien verwiesen. Im Einklang mit diesen kann das Gericht:

die vorhersehbaren Folgen der Maßnahmen für alle möglicherweise geschädigten Interessen sowie das Interesse der Allgemeinheit berücksichtigen und beschließen, eine solche Maßnahmen nicht zu ergreifen, wenn die nachteiligen Folgen ihren Nutzen überwiegen könnten."²⁹.

Die Grundsätze der irischen Rechtsprechung in Bezug auf einstweilige Verfügungen gelten auch für Vergabeverfahren. Aus der Rechtsprechungspraxis in Irland (und im Vereinigten Königreich) ergibt sich, dass vorläufige Maßnahmen generell nur im Zusammenhang mit einer Hauptsacheklage erlassen werden. Um eine vorläufige Maßnahme zu erwirken, muss der Kläger zunächst nachweisen, dass die Hauptsacheklage Aussicht auf Erfolg hat. Das heißt, sein Vorbringen muss stichhaltig sein, aber nicht notwendigerweise so eindeutig, dass ihm der Richter eine mehr als 50%-ige Erfolgchance einräumt. Im Allgemeinen ist diese Anforderung ohne Probleme zu erfüllen.

Die Anordnung einer vorläufigen Maßnahme durch das Gericht hängt üblicherweise davon ab, ob der Kläger dem *High Court* zu den folgenden Fragen überzeugende Erklärungen liefern kann:

- i ob ein prima facie-Fall vorliegt;
- ii falls dies so ist, ob bei Verweigerung der vorläufigen Maßnahme die Zuerkennung von Schadensersatz einen angemessenen Rechtsbehelf darstellen würde; und
- iii falls die Zuerkennung von Schadensersatz keinen angemessenen Rechtsbehelf darstellen würde, ob die Interessensabwägung zugunsten des Klägers ausfällt. Wenn das Gericht zum Beispiel zu dem Schluss kommt, dass die Anordnung der Aussetzung des Verfahrens das Interesse der Allgemeinheit erheblich beeinträchtigen und somit den Schaden überwiegen würde, der dem Kläger zu entstehen droht, kann es die Anordnung dieser vorläufigen Maßnahme ablehnen.

3.2 Aufhebung

Die irischen Gerichte können im Rahmen eines Vergabeverfahrens getroffene rechtswidrige Entscheidungen aufheben bzw. ihre Aufhebung anordnen. Ebenso können die Gerichte zur Beseitigung diskriminierender Spezifikationen die Änderung von Unterlagen (z. B der Aufforderung zur Angebotsabgabe) anordnen. Diese Maßnahmen können in jedem Fall vor Abschluss des in Rede stehenden Vertrags getroffen werden. Ob dies auch nach der Vertragsunterzeichnung noch möglich ist, hängt davon ab, ob das Vergabeverfahren den "klassischen" Richtlinien oder der Sektorenrichtlinie unterliegt.

Bei der öffentlichen Auftragsvergabe im klassischen Bereich ist der *High Court* (gemäß Verordnung Nr. 309 von 1994) nach Vertragsunterzeichnung zu den folgenden Maßnahmen befugt:

- i Nichtigerklärung des Vertrags oder einzelner Bestimmungen des Vertrags;
- ii Anerkennung der Gültigkeit des Vertrags nur nach Vornahme der vom Gericht für erforderlich gehaltenen Änderungen einschließlich Änderungen zum Schutz der Interessen einer nicht für den Rechtsverstoß verantwortlichen Vertragspartei (d.h. der dritten Partei, der der Zuschlag erteilt wurde); oder

²⁹ Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie 89/665 und Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie 92/13.

- iii Erlass einer anderen Anordnung in Bezug auf die Gültigkeit des Vertrags oder einzelner Vertragsklauseln.

Im Sektorenbereich hingegen werden dem *High Court* durch Verordnung Nr. 104 von 1993 nicht die gleichen Befugnisse eingeräumt, einen Vertrag für nichtig zu erklären, Änderungen zu fordern oder Anordnungen hinsichtlich der Gültigkeit des Vertrags zu erlassen. Daraus kann geschlossen werden, dass im Sektorenbereich Aufhebungs- oder Änderungsanordnungen nach Vertragsabschluss nicht möglich sind.

Bislang ist in Irland noch kein Urteil zu den Grundsätzen ergangen, nach denen die Verfügbarkeit dieser Maßnahmen im Vergabewesen geregelt wird. Die Gerichte dürften hier analog zum Antrag auf einstweilige Verfügung eine Interessensabwägung vornehmen.

3.3 Schadensersatz

Gemäß den irischen Vergabeverordnungen kann der *High Court* nach erfolgtem Vertragsabschluss jeder Person Schadensersatz zuerkennen, die durch einen Verstoß gegen die Vergabebestimmungen Schaden erlitten hat. Allerdings enthalten die Verordnungen keine Ausführungen dazu, unter welchen Bedingungen und in welcher Höhe dies zu erfolgen hat. Deshalb muss hier auf die allgemeinen Grundsätze der Rechtsprechung und die Rechtspraxis zurückgegriffen werden.

Diesen Grundsätzen zufolge muss der Kläger nachweisen, dass ein Rechtsverstoß vorliegt und dass er durch ihn Schaden erlitten hat oder zu erleiden droht. Ein Verstoß gegen die Richtlinien und die Verordnungen ist ein Verstoß gegen gesetzliche Verpflichtungen und somit eine unerlaubte Handlung. Nach den allgemeinen Grundsätzen des irischen Rechts ist der Geschädigte bei der Zuerkennung von Schadensersatz wegen einer unerlaubten Handlung so zu stellen, wie er ohne diesen Rechtsverstoß gestellt wäre. Dies könnte so ausgelegt werden, dass ein Kläger, der bei einem Vergabeverfahren auf Schadensersatz klagt, nachweisen muss, dass ihm ohne den Rechtsverstoß der Zuschlag für den in Rede stehenden Auftrag erteilt worden wäre. Es ist jedoch in der Regel sehr schwer nachzuweisen, dass der Zuschlag einem bestimmten Bieter hätte erteilt werden müssen. Eine solche Anforderung würde die Wirksamkeit der Rechtsmittel im Bereich des Vergabewesens erheblich beeinträchtigen. Aus diesem Grunde kann davon ausgegangen werden, dass die irischen Gerichte bereits dann Schadensersatz zuerkennen werden, wenn der Kläger nachweisen kann, dass er eine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte. In diesem Falle wäre er für den Verlust dieser Chance zu entschädigen.

Was die Bemessung des Schadens angeht, so scheint der Kläger Anspruch auf vollständigen oder teilweisen Ersatz der Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren zu haben. Denn auch der Rechtsmittelrichtlinie 92/13 (Sektorenbereich) zufolge ist er für diese Kosten zu entschädigen, wenn er nachweist, dass er eine "echte Chance" auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte und dass diese Chance durch den Rechtsverstoß beeinträchtigt wurde.

Darüber hinaus scheint der Kläger Ersatz für den entgangenen potentiellen Gewinn einklagen zu können, den er bei Abschluss des in Rede stehenden Vertrags hätte erwarten können. Natürlich muss er dazu die Höhe des Gewinns nachweisen, den er durch den Auftrag hätte erzielen können. Dabei kann das Gericht der Möglichkeit Rechnung tragen,

dass der Kläger den Auftrag möglicherweise auch ohne den Rechtsverstoß nicht erhalten hätte, und den in Rede stehenden Betrag um einen bestimmten Prozentsatz verringern.

4. Zugang zu den Verfahren

Die oben beschriebenen Rechtsbehelfe können von jeder Person beantragt werden, die ein Interesse an einem öffentlichen Auftrag im klassischen oder im Sektorenbereich hat oder hatte und die durch einen behaupteten Rechtsverstoß Schaden erlitten hat oder zu erleiden droht. Das heißt, jeder, der an einem Vergabeverfahren teilgenommen hat oder gern daran teilgenommen hätte, ist zur Klageerhebung befugt.

5. Fristen

In den Verordnungen sind keine Fristen zur Klageerhebung festgelegt. Auch die Rechtsmittelrichtlinien (auf die sich die Verordnungen beziehen) enthalten hierzu keine Angaben, mit Ausnahme des Hinweises, dass einstweilige Verfügungen "so schnell wie möglich" zu beantragen sind.

Es ist also nicht klar, welche Fristen gelten, doch ist ein Kläger sicherlich gut beraten, wenn er sich an der Dreimonats-Frist orientiert, innerhalb derer ein Antrag auf gerichtliche Überprüfung zu stellen ist, insbesondere deshalb, weil parallel zum Rechtsmittelantrag nach den Vergabeverordnungen häufig auch die gerichtliche Überprüfung beantragt wird (siehe Abschnitt 6.5). Nach den Verfahrensregeln des *High Court* ist ein Antrag auf Zulassung zur gerichtlichen Überprüfung *unverzüglich und in jedem Fall innerhalb von drei Monaten* nach dem Zeitpunkt zu stellen, zu dem die Gründe für die Antragstellung erstmals bekannt wurden (bzw. innerhalb von sechs Monaten bei einem Antrag auf Zulassung der Revision), es sei denn, das Gericht hält eine Verlängerung dieser Frist für begründet.

Einer Verlängerung der oben genannten Frist scheint das Gericht dann zuzustimmen, wenn zwischen dem Rechtsverstoß und dem Zeitpunkt, zu dem der Antragsteller eigentlich davon hätte Kenntnis erhalten müssen, eine gewisse Zeitspanne liegt. Besteht beispielsweise der Rechtsverstoß im Versäumnis der Bekanntmachung des in Rede stehenden Vertrags, so beginnt die Frist erst ab dem Zeitpunkt zu laufen, zu dem der Kläger Kenntnis davon erhielt (bzw. eigentlich hätte erhalten müssen).

6. Verfahren

6.1. Mitteilungspflicht

Ein Kläger, der entsprechend den Vergabevorschriften einen Antrag auf Überprüfung stellt, muss zunächst den öffentlichen Auftraggeber von dem behaupteten Rechtsverstoß und seiner Absicht, einen Antrag auf Überprüfung zu stellen, in Kenntnis setzen.

6.2 Antrag auf einstweilige Verfügung

Wer eine vorläufige Maßnahme wie z. B. eine einstweilige Verfügung erwirken will, muss dem Gericht einen entsprechenden Antrag (*summons*) zusammen mit einer eidesstattlichen Versicherung zustellen. Das Gericht kann bereits mit der Bearbeitung beginnen, ehe die Dokumente der Gegenpartei zugestellt werden (d.h. *ex parte*); später wird dann jedoch eine Verhandlung anberaumt, bei der die Gegenpartei anwesend ist (*inter partes*). Bei einem Antrag auf einstweilige Verfügung wird normalerweise keine mündliche Verhandlung durchgeführt, sondern die Anwälte legen dem Gericht ihre auf der Grundlage der eidesstattlichen Versicherungen erstellten Schriftsätze vor.

Wer einen Antrag auf einstweilige Verfügung stellt, muss dem Gericht eine Verpflichtungserklärung vorlegen, dass er der beklagten Partei alle Schäden erstattet, wenn seine Hauptsacheklage abgelehnt wird.

6.3 Ordentliches Gerichtsverfahren

Bei Klagen im Zusammenhang mit den Rechtsmittelrichtlinien wird das Verfahren in der Regel durch eine spezielle Klageschrift (*special summons*) eingeleitet, der der Klageantrag und unterstützende Beweismaterialien beiliegen müssen. Nach Zustellung dieser Klageschrift an die Zentralkanzlei des *High Court* wird das Verfahren auf die *Master's List* gesetzt und ein Termin für ein Vorverfahren innerhalb weniger Wochen anberaumt. Eine eidesstattliche Erklärung (*affidavit*) des Klägers, mit der dieser die Richtigkeit der in der Klageschrift genannten Beschwerde bestätigt, wird in der Zentralkanzlei eingereicht und eine Kopie der beklagten Partei zugestellt. Falls das Gericht nichts anderes entscheidet, wird ein durch *special summons* eingeleitetes Verfahren zunächst auf der Grundlage der eidesstattlichen Versicherungen geführt .

Verfahren zum öffentlichen Vergabewesen werden danach meist auf den Verhandlungskalender des *High Court* gesetzt. Dies kann mit einer Fristverlängerung zur Einreichung weiterer eidesstattlicher Erklärungen verbunden sein. Es könnte allerdings sinnvoll sein, vor dem *High Court* ein *plenary hearing* zu beantragen, das Parteivorbringen und die Befragung von Zeugen (auch im Kreuzverhör) umfasst. Allerdings kann auch bei einem Verfahren, das nur auf der Grundlage der eidesstattlichen Versicherungen geführt wird, jede Partei jeden, der eine solche eidesstattliche Erklärung abgegeben hat, auf Antrag einem Kreuzverhör unterziehen.

Nach der Zivilprozessordnung (*Rules of the Superior Courts*) können die Parteien beim *High Court* einen Antrag auf Dokumenteneinsicht stellen. Zuvor muss die Gegenpartei schriftlich um freiwillige Gewährung der Dokumenteneinsicht ersucht worden sein. Wenn nicht innerhalb von 21 Tagen nach einem solchen Ersuchen eine Zustimmung eingeht, kann der Antragsteller vom *High Court* eine Vorlageverfügung erwirken.

Die Dokumenteneinsicht erfolgt in zwei Phasen: Zustellung einer eidesstattlichen Erklärung mit einer Liste aller relevanten Dokumente an die jeweils andere Partei; Überprüfung der nicht als vertraulich eingestuften Dokumente durch die andere Partei. Der Begriff "Dokument" ist relativ weit gefasst und bezieht sich auf alle Schriftstücke und Aufzeichnungen, die sich im Besitz einer Partei befinden oder befunden haben und die sich in irgendeiner Weise auf den in Rede stehenden Fall beziehen – mit Ausnahme von Unterlagen, die durch ein Schutzrecht (*privilege*) als vertraulich geschützt sind (z.B. der Schriftverkehr zwischen einer Partei und ihrem Anwalt). Die Existenz vertraulicher

Dokumente muss angezeigt werden, die Dokumente selbst brauchen jedoch nicht zur Überprüfung bereitgestellt zu werden.

In manchen Verfahren kann die Hinzuziehung von Sachverständigen sinnvoll sein; ihre Aussagen sind in allen relevanten Fragen, die in ihren Kompetenzbereich fallen, als Sachverständigenbeweis zu würdigen. Obwohl es nicht zwingend vorgeschrieben ist, werden üblicherweise alle Zeugenaussagen vor der Verhandlung der Gegenseite zur Kenntnis gebracht.

Normalerweise wird der Fall vor einem Einzelrichter des *High Court* ohne Jury verhandelt. In der Regel sind die Parteien durch einen Anwalt vertreten, der die Parteivorbringen und das Kreuzverhör der Zeugen zu ihren eidesstattlichen Aussagen übernimmt. In manchen Fällen, in denen parallel ein Antrag auf gerichtliche Überprüfung gestellt wurde (siehe Abschnitt 6.5) und der Richter die Durchführung des Verfahrens in Form des *plenary hearing* angeordnet hat, werden wahrscheinlich beide Verfahren gemeinsam verhandelt.

6.4 Verfahrensdauer

In dringenden Fällen können vorläufige Maßnahmen praktisch umgehend vom *High Court* erwirkt werden. Hierzu muss der Kläger die Dringlichkeit in seiner dem Antrag beizufügenden eidesstattlichen Erklärung darlegen. Wie lange es dauert, bis ein Hauptsacheverfahren durchgeführt wird und ein rechtskräftiges Urteil ergeht, variiert von Fall zu Fall erheblich und hängt nicht zuletzt davon ab, wie lange die Parteien für den Austausch ihrer Vorbringen bzw. eidesstattlichen Versicherungen und für die Offenlegung der Dokumente benötigen. Nach Abschluss des schriftlichen Vorverfahrens hängt es von der Arbeitsbelastung des *High Court* ab, wann der Termin für die Hauptverhandlung anberaumt wird. Grob geschätzt können zwischen der Einleitung des Verfahrens und der Verhandlung selbst ein bis drei Jahre liegen. Wird die Urteilsverkündung ausgesetzt, kann sich der Abschluss des Verfahrens noch weiter hinauszögern.

Wenn der Fall komplexe Fragen im Zusammenhang mit dem Gemeinschaftsrecht aufwirft, kann der *High Court* den EuGH um eine "Vorabentscheidung" ersuchen. Dadurch verlängert sich die Dauer des Verfahrens vor dem nationalen Gericht um mindestens zwei weitere Jahre.

Schließlich ist noch anzumerken, dass eine Anfechtung der Entscheidung des *High Court* vor dem *Supreme Court* nochmals zu einer weiteren Verzögerung der rechtskräftigen Entscheidung führt.

6.5 Gerichtliche Überprüfung

Zusätzlich (oder auch alternativ) zu den Verfahren gemäß den Rechtsmittelrichtlinien (siehe Abschnitt 6.3) kann ein sich geschädigt fühlender Bieter auch einen Antrag auf gerichtliche Überprüfung stellen.

Hierzu muss zunächst der *High Court* die Eröffnung des Verfahrens zulassen. Der Antrag auf Zulassung ist unverzüglich und in jedem Fall innerhalb von drei Monaten nach dem Zeitpunkt zu stellen, zu dem die Gründe für die Antragstellung erstmals bekannt wurden

(bzw. innerhalb von sechs Monaten bei einem Antrag auf Zulassung der Revision). Der Antragsteller muss die "Stichhaltigkeit" seines Falles darlegen.

Nach erfolgter Zulassung wird das Verfahren in dem meisten Fällen durch einen entsprechenden Antrag an das Gericht (*notice of motion*) eingeleitet. In der Regel wird der beklagten Partei nach der Zustellung des Antrags nur eine relativ kurze Frist (ca. vier Wochen) zur Einreichung ihrer Schriftsätze eingeräumt. In der Praxis kann diese Frist (einvernehmlich) um bis zu zwei weitere Monate verlängert werden, damit dem Beklagten genügend Zeit zur Erstellung seiner eidesstattlichen Erklärungen bleibt.

Der Antrag zur Sache wird – üblicherweise in öffentlicher Sitzung - von einem Richter des *High Court* verhandelt. Gerichtliche Überprüfungsverfahren werden zumeist durch Bezugnahme auf die eidesstattlichen (und nicht auf mündlich vorgetragene) Beweismittel entschieden, einige der anderen, für Zivilverfahren geltenden formalen Abläufe finden dabei keine Anwendung. In bestimmten Fällen wird jedoch auf andere, für Zivilsachen geltende formale Verfahren (wie die Dokumenteneinsicht) zurückgegriffen, wenn dies von den Parteien vereinbart oder vom Gericht angeordnet wird.

Bei gerichtlichen Überprüfungsverfahren stehen die folgenden Rechtsmittel zur Verfügung: eine Anordnung, die dem öffentlichen Auftraggeber Handlungen außerhalb seiner Befugnis untersagt (*prohibition*); die Aufhebung der Entscheidung, verbunden mit der Verpflichtung zur erneuten Prüfung der Sache (*certiorari*); eine Anordnung, die den Auftraggeber zur Erfüllung seiner gesetzlichen oder anderen öffentlichen Pflichten auffordert (*mandamus*); die Anordnung einer einstweiligen Verfügung, und, je nach Art des Antrags, die Zuerkennung eines Schadensersatzanspruchs gegen den öffentlichen Auftraggeber.

Es ist möglich, eine Klage wegen eines Verstoßes gegen die Vergaberichtlinien mit einem Antrag auf gerichtliche Überprüfung zu verbinden. Angesichts der komplexen Wahlmöglichkeiten ist der Geschädigte gut beraten, sich an einen Rechtsanwalt zu wenden.

6.6 Anwaltszwang

Bei Rechtsstreitigkeiten vor dem *High Court* beauftragen üblicherweise beide Parteien einen Anwalt, der unter Beachtung der komplexen Verfahrensvorschriften das Parteivorbringen zur Rechtslage und zur Sache übernimmt. Zwar ist es im irischen Rechtswesen üblich, dass ein *solicitor* einen *barrister* beauftragt (bei strittigen Themen kann das der Kläger nicht selbst tun), vor dem *High Court* hingegen kann auch ein *solicitor* als Rechtsbeistand fungieren. Die Kosten für die Beauftragung eines Rechtsbeistands werden in Abschnitt 7 behandelt.

Der Kläger ist allerdings nicht verpflichtet, einen Rechtsbeistand hinzuzuziehen; in der Regel tut er dies jedoch.

7. Verfahrenskosten

Bei Einreichung der Klageschrift wird eine Gebühr in Form einer *stamp duty* in Höhe von 60 £ fällig. Bei Mitteilungen an den Prozessgegner (*notice of motion*) und eidesstattlichen Versicherungen fallen niedrigere Gebühren an.

Der wichtigste Kostenfaktor für den Geschädigten sind die Anwaltskosten. Ihre Höhe hängt von der Schwere, Komplexität und Dauer des Falls ab.

In der Regel verpflichtet der *High Court* die unterlegene Partei, den Großteil der Rechtskosten der erfolgreichen Partei zu übernehmen. Dies ist ein erheblicher, bereits zu Beginn des Rechtsstreits zu berücksichtigender Risikofaktor. Hinzu kommt, dass ein Geschädigter, der eine einstweilige Verfügung erwirken konnte, den Fall aber letztlich im Hauptsacheverfahren verliert, dem Beklagten möglicherweise Schadensersatz zahlen muss, wenn eine Verpflichtung zur Abdeckung aller Schäden des Beklagten eingegangen wurde. Wer eine einstweilige Verfügung erwirken will, muss damit rechnen, dass der *High Court* eine solche Verpflichtungserklärung von ihm verlangt.

In der Regel richten sich die zu erstattenden Kosten nach den Prozesskosten. Demnach werden der obsiegenden Partei sämtliche Kosten erstattet, die für die Erwirkung eines Urteils bzw. zur Durchsetzung oder Verteidigung ihrer Rechte notwendig bzw. angemessen sind. Können sich die Parteien auf dieser Grundlage nicht einigen, wird die Sache durch den *Taxing Master* entschieden.

Für den Zeitverlust aufgrund der Beratungsgespräche mit dem Rechtsbeistand, der Erstellung von Vorbringen und der Teilnahme am Gerichtsverfahren erhält der Kläger keine Entschädigung. Auch dies sollte bereits zu Beginn einkalkuliert werden.

8. Berufung

Die Entscheidungen des *High Court* können von der unterlegenen Partei vor dem *Supreme Court* angefochten werden. In einigen Fällen ist dazu die Zulassung durch den Richter des *High Court* oder durch den *Supreme Court* erforderlich. Vor dem *Supreme Court* ist nur die Revision möglich, d.h. es erfolgt keine erneute Verhandlung in der Sache. Verfahren vor dem *Supreme Court* werden in der Regel von drei (in Ausnahmefällen auch von fünf) Richtern gehört.

9. Urteilsvollstreckung

Falls ein öffentlicher Auftraggeber einer einstweiligen Verfügung oder Aufhebungsanordnung nicht Folge leistet, wird dies als Missachtung des Gerichts geahndet. In der ersten Instanz wird er in der Regel vor Gericht zitiert und muss Stellung zu dieser Missachtung nehmen und das beanstandete Verhalten korrigieren. Kommt der Auftraggeber auch dieser Anordnung nicht nach, droht ihm eine Gefängnisstrafe. In der Praxis ist es aber höchst unwahrscheinlich, dass ein öffentlicher Auftraggeber einer gerichtlichen Anordnung zuwiderhandelt.

Auch wenn dem Kläger Schadensersatz zuerkannt wurde, ist es in der Praxis eher unwahrscheinlich, dass die Vergabestelle die Zahlung verweigert, insbesondere wenn es sich dabei um eine Behörde handelt. Im Falle der Verweigerung könnte der Kläger ein Vollstreckungsverfahren einleiten. Insbesondere könnte er

- i das Gerichtsurteil als Anspruch auf die Vermögenswerte des Auftraggebers eintragen lassen;

- ii dem Auftraggeber eine Aufforderung zur Zahlung des Schadensersatzes innerhalb von 21 Tagen nach Erhalt der Aufforderung zustellen; käme der Auftraggeber dem nicht nach, könnte der Kläger ein Liquidationsverfahren einleiten; oder
- iii zur Tilgung der Schuld Gegenstände oder Vermögenswerte durch den Gerichtsvollzieher beschlagnahmen lassen.

In der Praxis wird ein öffentlicher Auftraggeber wohl kaum riskieren, sich durch ein Verfahren wegen Nichterfüllung öffentlich bloßzustellen.

ANHANG 1

Nützliche Adressen

High Court Central Office
(Zentralkanzlei des *High Court*)
The Four Courts
Inns Quay
Dublin 7

Chartered Institute of Arbitrators, Irish Branch
(Schlichtungsgremium)
8 Merrion Square
Dublin 2

Tel: 01 662 7867

Fax: 01 662 7891

ITALIEN

**Erstellt von Herbert Smith (Brüssel und London)
und RA Antonio Appella (Rom), 1997**

INHALT

Seite

1. **Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien**
2. **Zuständige Gremien**
3. **Zur Verfügung stehende Rechtsmittel**
 - 3.1 Einstweilige Verfügung
 - 3.2 Aufhebung
 - 3.3 Schadensersatz
4. **Zugang zu den Verfahren**
5. **Fristen**
6. **Verfahren**
 - 6.1 Mitteilungspflicht
 - 6.2 Antrag auf einstweilige Verfügung
 - 6.3 Sonstige Anträge vor dem Verwaltungsgericht
 - 6.4 Verfahren vor dem ordentlichen Zivilgericht
 - 6.5 Verfahrensdauer
 - 6.6 Anwaltszwang

7. **Verfahrenskosten**
8. **Berufung**
9. **Urteilstvollstreckung**

Anhang 1: Nützliche Adressen

ITALIEN

1. Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien

Die Rechtsmittelrichtlinie 89/665 wurde durch die Artikel 12 und 13 des Gesetzes Nr. 142 vom 19. Februar 1992 ("Gesetz 142/92") umgesetzt. Artikel 12 betrifft das Verfahren für das Eingreifen der Europäischen Kommission bei einem offenkundigen Verstoß eines italienischen öffentlichen Auftraggebers gegen die Vergabebestimmungen (siehe unten, Abschnitt 11). Mit Artikel 13 von Gesetz 142/92 wird der Grundsatz ins italienische Recht eingeführt, dass ein Lieferant Anspruch auf Schadensersatz hat, wenn eine Vergabestelle die EU-Bestimmungen zur öffentlichen Auftragsvergabe verletzt.

Die Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinie 92/13 im Hinblick auf die Vollstreckung gegen öffentliche Versorgungsunternehmen erfolgte durch Artikel 11 Absatz 1 des Gesetzes Nr. 489 vom 19. Dezember 1992 ("Gesetz 489/92"). Dort ist festgelegt, dass die Artikel 12 und 13 von Gesetz 142/92 auch für die Vergabeverfahren von Sektorenauftraggebern gelten. Zwar werden zu gegebener Zeit weitere Vorkehrungen zur Umsetzung der Richtlinie 92/13 erwartet, aber zwischenzeitlich hat die Europäische Kommission wegen unzureichender Umsetzung der Richtlinie 92/13 ein Verfahren wegen Rechtsverstoßes eingeleitet.

Das italienische Parlament hat es nicht für notwendig erachtet, die Befugnisse der Nachprüfungsorgane zur Anordnung vorläufiger Maßnahmen und zur Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen mit Hilfe spezifischer Bestimmungen festzulegen, da auch das geltende italienische Verwaltungsrecht bei Rechtsverletzungen in Vergabeverfahren umfassenden Schutz gewährt. Bereits vor der Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien konnten sich benachteiligt fühlende Bieter die Aussetzung und schließlich die Aufhebung rechtswidriger Verwaltungsakte erwirken, die gegen die Bestimmungen für die Vergabe öffentlicher Aufträge verstoßen. Die parlamentarischen Debatten vor der Verabschiedung des Gesetzes 142/92 machen deutlich, dass man die bestehenden rechtlichen Mechanismen für ausreichend hielt, um einzelne Anbieter vor den negativen Auswirkungen eines Verstoßes gegen die EU-Bestimmungen zur öffentlichen Auftragsvergabe zu schützen.

2. Zuständige Gremien

Für Rechtsmittelverfahren im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe gibt es in Italien ein spezielles System von Gerichten, die für die verschiedenen Aspekte des Nachprüfungsverfahrens zuständig sind. Die Zuständigkeit für den Erlass vorläufiger Maßnahmen und die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen liegt im Rahmen des traditionellen italienischen Verwaltungsrechts bei den Verwaltungsgerichten, während gemäß Artikel 13 von Gesetz 142/92 die ordentlichen Zivilgerichte über Schadensersatzklagen zu entscheiden haben.

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit besteht aus den *Tribunali Amministrativi Regionali* (TAR) in erster Instanz und dem *Consiglio di Stato* (Staatsrat) als Berufungsinstanz. Bei den TAR liegt die allgemeine Zuständigkeit für die Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten, die berechnigte Interessen (*interessi legittimi*) verletzen, sowie die ausschließliche Zuständigkeit für die Aufhebung rechtswidriger Verwaltungsakte. Die territoriale Zuständigkeit der TAR ist regional begrenzt: in jeder Hauptstadt einer Region gibt es ein TAR, in manchen Regionen existieren in anderen Zentren weitere dezentrale Kammern. Jedes TAR verfügt über einen Präsidenten und mindestens fünf Verwaltungsrichter.

Das System der ordentlichen Gerichte besteht aus den *Giudici di Pace* (Friedensrichtern), den *Preture* und Gerichten in erster Instanz, aus Berufungsgerichten in zweiter Instanz und dem Kassationsgericht als letzter Revisionsinstanz. In Bezug auf Verwaltungsmaßnahmen sind die ordentlichen Gerichte lediglich für Fälle zuständig, bei denen es um die Verletzung subjektiver Rechte (*diritti soggettivi*) und nicht um berechnigte Interessen geht; sie können eine Verwaltungsmaßnahme nur für rechtswidrig erklären und sie im spezifischen Fall aufheben. Zur Zuständigkeit für Schadensersatzforderungen bei Verstößen gegen die Gemeinschaftsbestimmungen zur öffentlichen Auftragsvergabe siehe Abschnitt 3.3.

3. Zur Verfügung stehende Rechtsmittel

3.1 Einstweilige Verfügung

Einstweilige Verfügungen müssen in Vergabefällen – wie in Abschnitt 2 dargestellt - bei den Verwaltungsgerichten erwirkt werden, insbesondere bei den *Tribunali Amministrativi Regionali* ("TAR"). Die Grundsätze des Erlasses einstweiliger Verfügungen durch die Verwaltungsgerichte sowie die entsprechenden Verfahren sind in einem Gesetz von 1974 festgelegt³⁰.

³⁰ Artikel 21 des Gesetzes Nr. 1034 von 1971: *Legge TAR*, d.h. Gesetz zur Einrichtung der TAR.

Nach den allgemeinen Grundsätzen musste ein Beschwerdeführer üblicherweise zwei Elemente darlegen, um den Erlass einer vorläufigen Maßnahme zu erwirken:

- i das Vorliegen eines prima-facie-Falls und
- ii die Gefahr eines schwerwiegenden, irreparablen Schadens, obgleich die Gerichte auch dann zur Aussetzung eines Verwaltungsakts bereit zu sein scheinen, wenn der in Rede stehende Schaden nicht irreparabel ist.

Bei der Entscheidung über den Erlass vorläufiger Maßnahmen sind die Verwaltungsgerichte üblicherweise auf einen sorgfältigen Interessensausgleich bedacht. Mit anderen Worten: Sie nehmen eine Abwägung der durch eine Verzögerung des Vergabeverfahrens zu erwartenden Schädigung der öffentlichen Interessen gegen die Interessen des Bieters vor.

Die Rechtsprechungspraxis hat die Anwendbarkeit vorläufiger Maßnahmen auf so genannte "negative" Verwaltungsakte ausgedehnt, d.h. auf Fälle, in denen eine Behörde sich schlicht weigert, eine Verwaltungsmaßnahme zu ergreifen. Das bedeutet bei der öffentlichen Auftragsvergabe, dass ein sich benachteiligt fühlender Bieter die Aussetzung einer Verwaltungsentscheidung beantragen kann, mit der eine Behörde ihn von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließt. Dieses Rechtsmittel ist – unabhängig vom Auftragswert - bei jedem Vergabevertrag anwendbar.

Darüber hinaus wurden in der Rechtsprechungspraxis die Befugnisse der Verwaltungsgerichte bei Entscheidungen über Anträge auf Erlass vorläufiger Maßnahmen Schritt für Schritt erweitert. Ursprünglich sollten diese lediglich befugt sein, die Aussetzung eines angefochtenen Verwaltungsaktes anzuordnen. Diese Position stand jedoch im Widerspruch zu Artikel 700 der Zivilprozessordnung, in dem sich flexiblere Bestimmungen für den Erlass vorläufiger Rechtsbehelfe durch die ordentlichen Gerichte finden. In diesem Artikel wird den Gerichten das Recht eingeräumt, in Fällen drohender irreparabler Schäden, in denen keine spezifischen vorläufigen Rechtsmittel vorgesehen sind, zur Sicherung der Wirksamkeit einer zu treffenden Entscheidung in der Hauptsache geeignete vorläufige Maßnahmen anzuordnen.

In den letzten Jahren hat die Rechtsprechung analog zu Artikel 700 der Zivilprozessordnung den Verwaltungsgerichten das Recht zuerkannt, auch andere (über die Aussetzung des Verwaltungsaktes hinausgehende) geeignete vorläufige Rechtsschutzmaßnahmen anzuordnen. Im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe bedeutet dies, dass die Verwaltungsgerichte dazu bereit sind, einen vom Vergabeverfahren ausgeschlossenen Bieter – vorbehaltlich einer Bestätigung im Nachprüfungsverfahren - per einstweiliger Verfügung zum Vergabeverfahren zuzulassen.

3.2 Aufhebung

Wie im Folgenden dargestellt, liegt die allgemeine Zuständigkeit für Streitigkeiten über die Rechtmäßigkeit einer Verwaltungsmaßnahme, die berechnigte Interessen verletzt, bei den Verwaltungsgerichten. Die Zuständigkeit beschränkt sich dabei auf Rechtsverstöße, die auf einem der drei folgenden Gründe beruhen:

- (i) Unzuständigkeit, wenn ein Verwaltungsorgan in den Zuständigkeitsbereich eines derselben Behörde angehörenden anderen Verwaltungsorgans eingreift;
- (ii) Gesetzesverletzung; und
- (iii) Kompetenzüberschreitung, z. B. durch die fehlerhafte Bewertung von Tatsachen, unlogische, ungenügende bzw. widersprüchliche Argumentation oder ungleiche/diskriminierende Behandlung.

Die Erfahrung zeigt, dass Anträge auf Aufhebung einer in einem Vergabeverfahren getroffenen Entscheidung am häufigsten auf dem Vorwurf der Kompetenzüberschreitung beruhen, vor allem was die "angemessene" Bewertung der sachlichen Anforderungen für die Teilnahme am Verfahren angeht.

Die Verwaltungsgerichte können hier die folgenden endgültigen Entscheidungen treffen:

- (i) Nichtigkeitklärung der Verwaltungsmaßnahme und Rückverweisung an die zuständige Behörde (nur im Fall der Unzuständigkeit);
- (ii) vollständige oder teilweise Aufhebung der Verwaltungsmaßnahme bei Gesetzesverletzungen oder Kompetenzüberschreitung;
- (iii) Verpflichtung der Behörde zur Übernahme der Kosten.

Über diese allgemeine Zuständigkeit hinaus sind die TAR bei Vorliegen besonderer Umstände auch für die sachliche Prüfung einer Verwaltungsmaßnahme (d.h. ihrer Vereinbarkeit mit den Grundsätzen einer ordentlichen Verwaltung) zuständig. Dann können sie auch eine Entscheidung treffen, die die angefochtene Verwaltungsmaßnahme ersetzt. Die Zuständigkeit der TAR für die sachliche Prüfung eines Verwaltungsakts ist ein Ausnahmefall und vom Gesetz eng begrenzt auf bestimmte Sachverhalte wie z. B. Vereinbarungen über Anleihen der öffentlichen Hand, die Einrichtung von öffentlichen Ausbildungsinstituten und Staatsausgaben für das öffentliche Gesundheitswesen, deren Bedeutung für die öffentliche Auftragsvergabe gering zu sein scheint.

An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass die TAR nur "Handlungen und Maßnahmen" der Verwaltungsorgane prüfen dürfen, Maßnahmen also, die formal wie substantiell den Charakter von Verwaltungsakten haben. Dadurch ist ihre Zuständigkeit im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe auf die im Verlauf des Vergabeverfahrens ergehenden Verwaltungsakte (z.B. die Aufforderung zur Angebotsabgabe, die Zuschlagserteilung usw.) beschränkt. Die abgeschlossenen Verträge sind keine Verwaltungsverträge und unterliegen den Bestimmungen des Privatrechts. Somit können sie in einem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht nicht aufgehoben bzw. für nichtig erklärt werden.

Eine andere Frage ist, ob die Aufhebung einer Vergabemaßnahme auch zur Nichtigkeit des auf der Grundlage dieser rechtswidrigen Maßnahme geschlossenen Vertrags führen kann. In Artikel 2 Absatz 6 der Richtlinie 89/665 wird es den Mitgliedstaaten überlassen, ob sie den Nachprüfungsorganen auch die Befugnis erteilen wollen, bereits abgeschlossene Verträge bzw. auf solche Verträge bezogene Entscheidungen aufzuheben. Diese Frage wird in den italienischen Gesetzen zur Umsetzung der Richtlinie nicht behandelt. Es wird darauf verwiesen, dass ein auf der Grundlage einer rechtswidrigen Entscheidung geschlossener Vertrag nach der Nichtigkeitsklärung der Vergabe durch ein Verwaltungsgericht möglicherweise von einem ordentlichen Gericht wegen Fehlens wesentlicher gesetzlicher Voraussetzungen und/oder Verletzung zwingender Vorschriften für nichtig erklärt werden kann. Wenn aber bereits mit der Erfüllung des Vertrags begonnen wurde, wird das Gericht den Vertrag nicht mehr für nichtig erklären, und der sich geschädigt führende Bieter kann nur noch Klage auf Schadensersatz erheben.

Die Frage der Wirkung fehlerhafter Handlungen im Verlauf des Verwaltungsverfahrens auf einen bereits geschlossenen Vertrag ist umstritten, und in der juristischen Fachliteratur findet sich keine einheitliche Meinung dazu.

Einerseits kann sich ein Geschädigter auf Artikel 1418 Zivilgesetz berufen, demzufolge ein Vertrag, der zwingende Vorschriften verletzt, nichtig ist. Auf der Grundlage dieser Bestimmung lässt sich die Position vertreten, dass der Verstoß gegen die Vergabebestimmungen die Gültigkeit des Vertrags beeinträchtigt und den geschädigten Bieter dazu berechtigt, vor einem ordentlichen Gericht die Erklärung der Nichtigkeit des Vertrags zu erwirken; diese Ansicht wird aber noch nicht durch die Rechtspraxis gestützt.

Andererseits ist anzumerken, dass es in der Rechtsprechung einige Hinweise gibt, denen zufolge die Möglichkeit, einen geschlossenen Vertrag aufgrund von Rechtsverletzungen im Verlauf des Vergabeverfahrens für nichtig erklären zu lassen, nur für die vergebende Behörde (nicht aber für den sich geschädigt fühlenden Bieter) besteht. Diese Ansicht stützt sich auf Artikel 1425f Zivilgesetz, demzufolge eine Partei mit der Begründung, ihr Vertragswille sei unzureichend ausgebildet, die Nichtigkeitsklärung des Vertrages verlangen kann. Somit kann die vergebende Behörde argumentieren, der Verstoß gegen die Vergabevorschriften habe ihren Vertragswillen beeinträchtigt. Aus diesem Grund kann nur die Behörde die Nichtigkeitsklärung des Vertrags beantragen, während dem geschädigten Bieter möglicherweise kein Rechtsmittel zur Verfügung steht.

Letzten Endes entsteht wegen der Schwierigkeiten, die mit beiden Auslegungen verbunden sind, und wegen des schleppenden Verfahrensablaufs in Italien der Eindruck, dass in der Praxis die Schadensersatzklage vor einem ordentlichen Gericht das wirkungsvollste Rechtsmittel darstellt. Dies gilt insbesondere, wenn bereits mit der Vertragserfüllung begonnen wurde.

Schließlich sei noch angemerkt, dass das Verwaltungsgericht die Zuschlagsentscheidung aufheben und den Zuschlag dem Kläger erteilen kann, wenn es der Überzeugung ist, dass dieser ihn ohne den Rechtsverstoß erhalten hätte. In diesem Fall sind die Interessen des Klägers gewahrt und es wird kein Schadensersatz zugesprochen.

3.3 Schadensersatz

In Artikel 13 von Gesetz 142/92 ist im Hinblick auf Schadensersatzansprüche im Falle einer Verletzung der Gemeinschaftsbestimmungen zur öffentlichen Auftragsvergabe Folgendes vorgesehen:

"Wer durch eine unter Verletzung der Gemeinschaftsbestimmungen zu öffentlichen Liefer- und Bauaufträgen bzw. der nationalen Umsetzungsbestimmungen vorgenommene Handlung geschädigt wurde, kann von der vergebenden Behörde Schadensersatz fordern. Die Schadensersatzforderung kann erst dann vor einem ordentlichen Gericht erhoben werden, wenn die rechtswidrig gefällte Entscheidung durch ein Verwaltungsgericht aufgehoben wurde."

Mit dieser neuartigen Bestimmung wird der Grundsatz, dass bei einer Verletzung der Vergabebestimmungen durch einen öffentlichen Auftraggeber der Bieter Anspruch auf Schadensersatz hat, ins italienische Rechtssystem eingeführt. Zur Erläuterung ist hier anzumerken, dass dieser nach italienischem Recht gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber nur ein berechtigtes Interesse (*interesse legittimo*), nicht aber ein subjektives Recht (*diritto soggettivo*) geltend machen kann. Vor Inkrafttreten von Artikel 13 des Gesetzes 142/92 wurde grundsätzlich nur bei einer Verletzung subjektiver Rechte, nicht aber bei einer Beeinträchtigung berechtigter Interessen Schadensersatz zuerkannt. Die im Rahmen der Bestimmungen zur öffentlichen Auftragsvergabe eingeführte Verpflichtung zur Schadensersatzleistung bei Rechtsverstößen, die traditionell als Verletzung legitimer Interessen und nicht subjektiver Rechte eingestuft wurden, kann mit Fug und Recht als revolutionäre Entwicklung der italienischen Rechtskultur bezeichnet werden.

Aus den italienischen Umsetzungsbestimmungen geht eindeutig hervor, dass ein Schadensersatzanspruch nur dann geltend gemacht werden kann, wenn die Vergabestelle unter Verletzung der Vergabevorschriften eine rechtswidrige Verwaltungsentscheidung getroffen hat und diese durch ein Verwaltungsgericht aufgehoben wurde. Das Gesetz 142/92 enthält keine weiteren Ausführungen zu den Grundsätzen, nach denen über die Berechtigung von Schadensersatzansprüchen und über die Höhe des zu leistenden Schadensatzes entschieden wird. Bei Anwendung der im Zivilgesetz enthaltenen Grundsätze zur außervertraglichen Haftung kann grundsätzlich mit der Zuerkennung von Schadensersatz sowohl für den tatsächlich erlittenen Schaden (d.h. die Angebots- und die Rechtskosten) als auch für den entgangenen Gewinn (einschließlich für den Verlust von Chancen) gerechnet werden. Es scheint klar, dass ein Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Erstellung eines Angebots und die Teilnahme am Vergabeverfahren besteht, wenn der Kläger nachweist, dass er eine echte Chance hatte, den

Zuschlag zu erhalten. Beim Nachweis des entgangenen Gewinns ist hingegen von erheblich höheren Anforderungen auszugehen. Einem solchen Anspruch würde möglicherweise nur dann entsprochen, wenn der Geschädigte nachweisen kann, dass ihm bei rechtmäßiger Vergabe der Zuschlag erteilt worden wäre.

Was die Quantifizierung des erlittenen Schadens angeht, so kann die Höhe des in Form der Angebotskosten erlittenen Verlusts ohne weiteres angegeben werden, die Ermittlung des entgangenen Gewinns hingegen ist weit problematischer. Wie schwierig sich der Nachweis der Höhe des Gewinns gestaltet, den der Bieter durch den Vertrag möglicherweise erzielt hätte, hängt von der Art des jeweiligen Auftrags ab. Mit großer Wahrscheinlichkeit wird das Gericht unter diesen Umständen die Artikel 1226 und 2056 des Zivilgesetzes anwenden und bei der Zuerkennung von Schadensersatz für entgangenen Gewinn unter Nutzung des richterlichen Ermessens "nach Billigkeit" (und somit auf einer kaum vorhersagbaren Grundlage) entscheiden.

4. Zugang zu den Verfahren

Die italienischen Gesetze zur Umsetzung der Gemeinschaftsrichtlinien sehen für die geschädigte Partei nicht ausdrücklich das Recht vor, gehört zu werden. Gemäß dem wichtigsten italienischen Verfahrensgrundsatz muss diese aber deutlich machen, dass sie ein Interesse an der Einleitung eines Gerichtsverfahrens hat. Dieser Grundsatz scheint die Anforderungen in Artikel 1 Absatz 3 der Rechtsmittelrichtlinie zu erfüllen, denen zufolge jedem ein Nachprüfungsverfahren offen 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 Erhebung einer Popularklage durch eine von der angefochtenen Maßnahme nicht betroffene Person ist nicht zulässig. Das Gleiche scheint für die Klageerhebung durch eine Organisation zu gelten, die Lieferanten repräsentiert, die an dem in Rede stehenden Vergabeverfahren nicht teilgenommen haben und deshalb von der angefochtenen Maßnahme nicht betroffen sind.

5. Fristen

Die Frist, innerhalb derer Anträge auf Erlass vorläufiger Maßnahmen zu stellen und Nichtigkeitsklagen vor den Verwaltungsgerichten zu erheben sind, beträgt 60 Tage ab dem Tag, an dem der Geschädigte über die Maßnahme unterrichtet wurde.

Im Hinblick auf Schadensersatzklagen vor den ordentlichen Gerichten ist die Lage unklar. Je nachdem, ob von außervertraglicher oder vertraglicher Haftung der Vergabestelle ausgegangen wird, beträgt die Verjährungsfrist fünf bzw. zehn Jahre. Vernünftiger erscheint es, Schadensersatzansprüche wegen einer Verletzung von Vergabevorschriften auf der

Grundlage der Bestimmungen zur außervertraglichen Haftung zu behandeln; dadurch gilt eine Verjährungsfrist von fünf Jahren ab dem Datum, an dem das Urteil des Verwaltungsgerichts erging, mit dem die angefochtene Entscheidung aufgehoben wurde.

6. Verfahren

6.1 Mitteilungspflicht

Nach italienischem Recht ist ein geschädigter Bieter nicht verpflichtet, die vergebende Behörde bzw. das vergebende öffentliche Versorgungsunternehmen vorab davon in Kenntnis zu setzen, dass er beabsichtigt, den Rechtsweg zu beschreiten. Gleichwohl kann dies für den Geschädigten sinnvoll sein, vor allem um die Chancen für eine gütliche Beilegung der Streitigkeit ohne gerichtliche Auseinandersetzung auszuloten.

6.2 Antrag auf einstweilige Verfügung

Üblicherweise umfasst die Klage auf Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsakts auch einen Antrag auf einstweilige Verfügung; dieser kann aber auch getrennt eingebracht werden. Er wird innerhalb von 60 Tagen, nachdem der Antragsteller von der Maßnahme Kenntnis erhielt, der Behörde zugestellt, die Urheber der angefochtenen Maßnahme ist (bzw. wenn es sich dabei um ein Ministerium handelt, der Staatsanwaltschaft - *Avvocatura dello Stato*), sowie mindestens einer der an der Aufrechterhaltung des Verwaltungsakts interessierten Parteien.

Das Verfahren ist recht einfach. Das TAR trifft ohne öffentliche Verhandlung eine begründete Entscheidung, doch üblicherweise beantragen die anwaltlichen Vertreter der Parteien eine mündliche Verhandlung. Die Entscheidung über einen Antrag auf einstweilige Verfügung erfolgt kurzfristig, d. h. innerhalb von 60-90 Tagen nach der Antragstellung bzw. gegebenenfalls nach der Verhandlung.

6.3 Sonstige Anträge vor dem Verwaltungsgericht

Die Beantragung der Aufhebung eines Verwaltungsaktes erfolgt durch Zustellung eines *ricorso* (Antrag auf gerichtliche Überprüfung) an die Behörde, die Urheber der angefochtenen Maßnahme ist (bzw. wenn es sich dabei um ein Ministerium handelt, an die Staatsanwaltschaft - *Avvocatura dello Stato*), sowie an mindestens eine der an der Aufrechterhaltung des Verwaltungsakts interessierten Parteien innerhalb von 60 Tagen, nachdem der Antragsteller von der Maßnahme Kenntnis erhielt.

Das Verfahren ist in zwei Phasen unterteilt: die Untersuchungs- und die Entscheidungsphase. In der Untersuchungsphase muss die klagende Partei nachweisen, dass ihr Antrag nicht offensichtlich unbegründet ist, während die Verwaltungsrichter alle zur Beweiserhebung notwendigen Maßnahmen anordnen und insbesondere die Vorlage weiterer Dokumente sowie erforderlicher Bestätigungen und Erläuterungen verlangen können. In einem Gesetz aus jüngerer Zeit (Gesetz Nr. 241 von 1990), mit dem die Transparenz der Verwaltungsverfahren erhöht werden sollte, ist darüber hinaus vorgesehen, dass – mit einigen spezifizierten Ausnahmen - jedem, der ein Interesse am Schutz eines entsprechenden rechtlichen Anspruchs hat, Zugang zu den Verwaltungsunterlagen zu gewähren ist. Dies hat besonders große Bedeutung für die Stärkung des Rechtsschutzes übergangener Bieter, die von einem öffentlichen Auftraggeber getroffene Entscheidungen anfechten wollen.

Die endgültigen Entscheidungen, die das Verwaltungsgericht treffen kann, werden in Abschnitt 3.2 beschrieben.

6.4 Verfahren vor dem ordentlichen Zivilgericht

Die Einleitung eines Verfahrens vor einem ordentlichen Zivilgericht erfolgt durch Zustellung einer *citazione* (Prozessladung mit vollständiger Klagebegründung) an die beklagte Partei. Diese muss den Anforderungen in Artikel 163 der Zivilprozessordnung genügen und ist gemäß den Bestimmungen in Artikel 137 ZPO zuzustellen. Sie muss insbesondere die folgenden Angaben enthalten:

- i den angestrebten Rechtsbehelf,
- ii eine sachliche und rechtliche Begründung des erhobenen Anspruchs,
- iii die Beweismittel, auf die sich der Kläger stützt,
- iv die Anwaltsbestellung und
- v das Datum der ersten Sitzung, zusammen mit der Aufforderung an die beklagte Partei, spätestens 20 Tage vor diesem Termin (bzw. - im Falle verkürzter Fristen – spätestens 10 Tage davor) die Klagebeantwortung einzureichen und am festgesetzten Termin vor Gericht zu erscheinen. Außerdem enthält sie den Hinweis, dass andernfalls die in Artikel 167 Zivilprozessordnung festgelegten Rechtsverluste eintreten.

Die Nichterfüllung der o.g. Anforderungen bzw. unkorrekte Zustellung kann die Nichtigkeit der *citazione* und die Unzulässigkeit der Klage zur Folge haben.

Die Klagebeantwortung muss eventuelle Gegenansprüche sowie Angaben zu den Beweismitteln enthalten, mit denen die beklagte Partei die Vorwürfe des Klägers zu entkräften beabsichtigt.

In der ersten Sitzung kann sich der Richter darauf beschränken, die korrekte Zustellung der *citazione* zu prüfen und das Erscheinen der beklagten Partei festzustellen. Dann wird er einen zweiten Termin anberaumen, bei dem er eine formlose Vernehmung der Parteien durchführt, sich um die Klärung aller strittigen Punkte und eine gütliche Beilegung der Streitigkeit bemüht und Nachträge zu den eingereichten Schriftsätzen zulässt. Auf die Einreichung der Schriftsätze folgt gemäß Artikel 184 ZPO die Untersuchungsphase, in der der Richter über die Zulässigkeit der von den Parteien in ihren Schriftsätzen vorgetragenen Beweise bzw. der in der Sitzung beantragten neuen Beweismittel entscheidet.. Später können neue Beweismittel nur noch bei Vorliegen besonderer Umstände zugelassen werden.

In den Artikeln 191-266 Zivilprozessordnung und 2697-2739 Zivilgesetz sind die gesetzlichen Beweisregeln festgelegt. Sie behandeln die Themen Beweislast, Sachverständigenbeweis, notwendige Dokumente, Einnahme des Augenscheins, Geständnisse, formelle Parteibefragung, Vereidigung der Parteien, Rechtsvermutungen und Zeugen.

Am Ende der Untersuchungsphase legen die Parteien eine kurze Zusammenfassung ihrer Schlussfolgerungen vor, und der Fall wird dem Einzelrichter zur Entscheidung vorgelegt. Eine mündliche Verhandlung findet nur auf Antrag der Parteien statt.

6.5 Verfahrensdauer

Über Anträge auf Erlass einer vorläufigen Maßnahme wird kurzfristig entschieden, das heißt innerhalb von 60 bis 90 Tagen nach Antragstellung bzw. nach einer mündlichen Verhandlung, falls eine solche stattfindet. Im Gegensatz zur üblichen Dauer von Gerichtsverfahren werden diese Entscheidungen also in einem angemessenen Zeitraum getroffen.

Im Hinblick auf die rasche Verfügbarkeit von Rechtsbehelfen zur Anfechtung rechtlicher Maßnahmen geben die statistischen Durchschnittswerte zur Dauer der vor den Verwaltungsgerichten geführten Verfahren zur Aufhebung von Verwaltungsakten Anlass zur Sorge. Diesen Berechnungen zufolge dauern Verwaltungsgerichtsverfahren in der ersten Instanz durchschnittlich 3.077 Tage und in der Berufungsinstanz vor dem Staatsrat weitere 1.105 Tage. Bis zur rechtskräftigen Aufhebung einer Maßnahme vergehen somit durchschnittlich zehn Jahre. Zu einer kürzeren Verfahrensdauer kann Artikel 31 des Gesetzes Nr. 109 von 1994 beitragen, demzufolge innerhalb von 90 Tagen nach Stellung des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung eine mündliche Verhandlung zur Sache anzusetzen ist. Doch bis die mündliche Verhandlung tatsächlich stattfindet, kann immer noch geraume Zeit vergehen.

Wie oben dargestellt kann der Geschädigte erst dann Schadenersatzklage vor einem ordentlichen Zivilgericht erheben, wenn er vor dem Verwaltungsgericht einen Aufhebungsbeschluss erwirkt hat. Somit können mehrere Jahre vergehen, ehe er vor Gericht Schadenersatz einfordern kann. Dann beginnt ein Verfahren vor dem

Zivilgericht, das (in erster Instanz) in der Regel mindestens 3-5 Jahre dauert. Wenn gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts oder des Zivilgerichts Berufung eingelegt und/oder die Angelegenheit dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorgelegt wird, zieht sich die Sache noch länger hin. Dies kann dazu führen, dass ein Geschädigter 10 bis 15 Jahre warten muss, ehe ihm mit einer rechtskräftigen Entscheidung Schadensersatz zugebilligt wird.

6.6 Anwaltszwang

Sowohl vor dem Verwaltungsgericht als auch vor dem Zivilgericht muss sich der Kläger von einem Rechtsanwalt vertreten lassen. Es wird allgemein empfohlen und ist übliche Praxis, sich dazu eines Anwalts zu bedienen, der über große Erfahrung im Vergabesektor und mit dem komplexen Verwaltungsgerichtsverfahren verfügt und deshalb in der Lage ist, die Ansprüche des Geschädigten wirksam einzufordern.

7. Verfahrenskosten

Rechtsanwaltsgebühren und Gerichtskosten sind die wichtigsten Elemente der Verwaltungskosten.

Nach italienischem Recht werden die Anwaltsgebühren durch den *Consiglio Nazionale Forense* in periodisch publizierten Tabellen festgelegt. Die Gebühren richten sich nach dem Streitwert, abweichend davon können der Anwalt und sein Mandant aber auch Stundensätze vereinbaren. Schätzungen zufolge dürften sich im Falle einer Klage vor dem Verwaltungsgericht im Zusammenhang mit einem Vertrag, dessen Wert die entsprechenden EU-Schwellenwerte übersteigt, die Kosten für das gesamte Verfahren vom Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung bis zur Berufung vor dem Staatsrat auf etwa 100 000 bis 120 000 ECU belaufen.

Genau wie vor anderen Gerichten ist es auch vor den Verwaltungs- und Zivilgerichten übliche Praxis, dass die unterlegene Partei zur Übernahme zumindest eines Teils der Verfahrenskosten der obsiegenden Partei verpflichtet wird. Dies ist ein wichtiger Faktor, der bei der Entscheidung, ein Gericht anzurufen, berücksichtigt werden sollte.

8. Berufung

Im Verwaltungsgerichtsverfahren kann der Kläger innerhalb von 60 Tagen nach Zustellung der Entscheidung eines TAR Berufung vor dem Staatsrat einlegen. Dieser verhandelt noch einmal neu und kann eine neue Sachentscheidung treffen, die die Entscheidung des TAR ersetzt. Die Rückverweisung an das TAR erfolgt nur, wenn:

- i die Berufung aufgrund von Verfahrensmängeln zugelassen wurde,

- ii das Urteil des TAR Formfehler enthält, oder
- iii das TAR sich irrtümlich für unzuständig erklärt hat.

Gegen die Entscheidung des Staatsrats ist – nur im Falle einer Rechtsverletzung - die Revision vor dem Kassationsgericht zulässig.

Gegen die Entscheidung eines ordentlichen Zivilgerichts kann der Kläger innerhalb von 30 Tagen nach Zustellung des Urteils oder (wenn keine Zustellung erfolgt) innerhalb eines Jahres nach Hinterlegung in der Geschäftsstelle vor dem Berufungsgericht Rechtsmittel einlegen. Gegen dessen Entscheidung ist – wiederum nur aus rechtlichen Gründen – die Revision vor dem Kassationsgerichtshof als letzter Instanz zulässig.

Durch die Berufung wird die Vollstreckbarkeit des Urteils eines TAR nicht automatisch ausgesetzt; dies erfolgt nur durch eine Entscheidung des Staatsrats in Fällen, in denen die umgehende Vollstreckung ernste und irreparable Schäden verursachen könnte. Ähnlich kann die Vollstreckung des in erster Instanz ergangenen Urteils eines Zivilgerichts nur aus schwerwiegenden Gründen vom Berufungsgericht ausgesetzt werden.

9. Urteilsvollstreckung

Wenn ein öffentlicher Auftraggeber die Anforderungen eines gegen ihn verhängten Urteils nicht erfüllt, kann die geschädigte Partei vor dem Verwaltungsgericht ein Urteil erwirken, mit dem der Auftraggeber verpflichtet wird, die beantragte Handlung vorzunehmen (*giudizio di ottemperanza*). Mit Hilfe dieses Verfahrens können sowohl Urteile der ordentlichen Zivilgerichte als auch der Verwaltungsgerichte durchgesetzt werden. In der Rechtspraxis wird es auch zur Vollstreckung vorläufiger Maßnahmen eingesetzt.

Das Verfahren zur Erwirkung eines derartigen Urteils läuft folgendermaßen ab:

- (i) das Verwaltungsgericht setzt eine Frist fest, innerhalb derer der öffentliche Auftraggeber dem Urteil Folge zu leisten hat;
- (ii) tut er dies nicht innerhalb der festgesetzten Frist, so ergreift das Gericht an seiner Stelle alle zur Vollstreckung des Urteils erforderlichen Maßnahmen;
- (iii) alternativ kann das Gericht einen *ad hoc*-Beauftragten benennen, der befugt ist, an Stelle des öffentlichen Auftraggebers alle zur Vollstreckung des Urteils erforderlichen Verwaltungsmaßnahmen zu ergreifen.

Im Hinblick auf die Zuerkennung von Schadensersatz durch die Zivilgerichte ist anzumerken, dass die Rechtsprechung in jüngster Zeit den Parteien den direkten Zugang zum Vollstreckungsverfahren gemäß Zivilprozessordnung eröffnet, insbesondere zur Zwangsbeschlagnahme von Vermögenswerten. Ein Vollstreckungsgläubiger (z.B. ein Bieter, dem Schadensersatz zuerkannt wurde) besitzt somit einen individuellen Anspruch gegen den öffentlichen Auftraggeber und ist nicht auf das langwierige Verfahren zur Erwirkung eines *giudizio di ottemperanza* angewiesen, sondern hat unmittelbaren Zugang zu den üblichen Rechtsmitteln, die vor den ordentlichen Zivilgerichten zur Verfügung stehen.

NÜTZLICHE ADRESSEN

1. Ausgewählte Gerichte

Pretura Civile di Roma Tel: 06 38701

Viale Giulio Cesare 54-ang

Via Lepanto

Roma

Tribunale Civile di Roma Tel: 06 35771

Viale Giulio Cesare 54/c

Roma

Corte di Appello di Roma Tel: 06 38701

Sez Civili-Piazzale Clodio

Roma

Corte Suprema di Cassazione Tel: 06 686001

Piazza Cavour

Roma

Tribunale Amministrativo Regionale Lazio Tel: 06 686091

Piazza Nicosia 20

Roma

Consiglio di Stato Tel: 06 68271

Piazza Capo di Ferro 13

Roma

2. Für die Überwachung der öffentlichen Auftragsvergabe zuständige Ministerialabteilungen

Ministero dei Lavori Pubblici Tel: 06 44121

Piazza Porta Pia

Roma

Consiglio Superiore Presso Il Min.LL.PP. Tel: 06 4426 7395

Piazza Porta Pia

Roma

LUXEMBURG

**erstellt von Herbert Smith (Brüssel)
und Molitor, Feltgen & Harpes (Luxemburg), 1997**

INHALT

	Seite
1. Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien	
2. Zuständige Gremien	
2.1 Verwaltungsgericht und Zivilgericht	
2.2 Die Überprüfungscommission	
3. Zur Verfügung stehende Rechtsmittel	
3.1 Einstweilige Verfügung	
3.2 Aufhebung bzw. Nichtigkeitklärung	
3.3 Schadensersatz	
3.4 Rechtsmittel gegen Sektorenauftraggeber	
4. Zugang zu den Verfahren	
5. Fristen	
6. Verfahren	
6.1 Klage vor dem Verwaltungsgericht	
6.2 Klage vor dem Bezirksgericht	
6.3 Verfahrensdauer	

6.4 Anwaltszwang

7. **Verfahrenskosten**

8. **Berufung**

9. **Urteilsvollstreckung**

Anhang 1: Nützliche Adressen

LUXEMBURG

1. Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien

In Luxemburg erfolgte die Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinie 89/665 für die öffentliche Auftragsvergabe im "klassischen" Bereich durch das Gesetz vom 13. März 1993 ("Gesetz von 1993")³¹.

Bis vor kurzem galt das Gesetz von 1993 nicht für Sektorenauftraggeber, die unter die Richtlinie 93/38 und die Rechtsmittelrichtlinie 92/13 fallen. Doch am 27. Juli 1997 wurde ein neues Gesetz vom Großherzog unterschrieben, das seit dem 1. November 1997 in Kraft ist ("Gesetz von 1997"). Diesem neuen Gesetz zufolge sind die Bestimmungen des Gesetzes von 1993 auf alle Vergabeverfahren von *öffentlichen* Auftraggebern anzuwenden, auch derjenigen im Geltungsbereich der Sektorenrichtlinie. Für *private* Sektorenauftraggeber wurden eigene Rechtsmittelbestimmungen eingeführt.

2. Zuständige Gremien

2.1 Verwaltungsgericht und Zivilgericht

Wer in Luxemburg im Rahmen eines Vergabeverfahrens durch einen *öffentlichen* Auftraggeber geschädigt wurde, muss den Vorsitzenden Richter des Verwaltungsgerichts (*Tribunal administratif*) anrufen. Bis zu einer 1996 erfolgten Umstrukturierung hatten der *Conseil d'Etat* und dessen Vorsitzender diese Aufgabe wahrgenommen. Bei Vergabeverfahren *privater* Auftraggeber im Sektorenbereich muss sich der Geschädigte an den Vorsitzenden Richter des Bezirksgerichts (*Tribunal d'arrondissement*) wenden.

Wie in Abschnitt 3 ausgeführt, sind diese Gerichte zum Erlass einstweiliger Verfügungen und von Nichtigerklärungen befugt. Darüber hinaus kann das Bezirksgericht bei privaten

³¹ Mémorial A 1993, Seite 398.

Sektorenauftraggebern die Aufforderung zur Zahlung eines Geldbetrags ergehen lassen (gemäß Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c) der Rechtsmittelrichtlinie 92/13).

Schadensersatzklagen – auch gegen öffentliche Auftraggeber – sind nicht vor dem Verwaltungsgericht, sondern vor dem Bezirksgericht zu erheben. Nach luxemburgischem Recht hat das Verwaltungsgericht keine Befugnis zur Zuerkennung von Schadensersatz.

2.2 Die Überprüfungscommission

Ehe Klage vor dem Verwaltungs- oder dem Bezirksgericht erhoben wird, kann der Geschädigte Beschwerde bei der Überprüfungscommission des Ministeriums für öffentliche Arbeiten (*la Commission des Soumissions*) einlegen. Nach Artikel 36 Absatz 6 des Gesetzes zum Rechnungswesen staatlicher Organe (geändert durch das Gesetz zum öffentlichen Vergabewesen vom 4. April 1974) ist diese Kommission für die korrekte Anwendung der Vergabebestimmungen zuständig. Funktionen und Verfahren der Kommission sind durch die Artikel 44 - 46 einer Verordnung vom 2. Januar 1989 geregelt. Sie setzt sich aus Vertretern öffentlicher Behörden und Fachleuten (Anwälten, Wirtschaftsprüfern usw.) zusammen.

Die Überprüfungscommission kann zu besonderen Aufgaben herangezogen werden. So kann sie Empfehlungen aussprechen, die allerdings nicht rechtsverbindlich sind und nicht mit gerichtlichen Nachprüfungsverfahren angefochten werden können. Die Kommission übt eher eine beratende als eine urteilende Funktion aus, doch werden ihre Empfehlungen zumeist befolgt. Darüber hinaus hat sie eine schlichtende Funktion und ist somit von ihrer Rolle her zwischen der gerichtlichen Nachprüfung und den Maßnahmen auf Verwaltungsebene angesiedelt.

Der öffentliche Auftraggeber, alle Bieter und interessierte Fachverbände können sich an die Kommission wenden. Nach Prüfung der Sachlage übermittelt diese dem Auftraggeber ihren Standpunkt. Dieses Verfahren hindert den Beschwerdeführer weder an der Klageerhebung vor einem Verwaltungs- oder Bezirksgericht noch daran, die Sache direkt dem zuständigen Minister zu übertragen. Im letzteren Fall kann dieser die Angelegenheit dann vor die Kommission bringen.

Die Kommission kann auch noch angerufen werden, wenn die Entscheidung zur Erteilung eines öffentlichen Auftrags bereits gefallen ist. Ein solches Verfahren ließe sich als "nicht streitiger" Rechtsbehelf bezeichnen.

In diesem Zusammenhang sei ausdrücklich darauf hingewiesen, dass gemäß den Bestimmungen zu nicht streitigen Verwaltungsverfahren bei allen Entscheidungen die Rechte des Beklagten zu berücksichtigen sind. Dazu gehören das Recht auf

Parteivorbringen, das Recht auf Zugang zu den Unterlagen und die Anforderung, dass Verwaltungsakte stets zu begründen sind. Einige dieser Bestimmungen stellen auf das Konzept des *ordre public* ab, und das Verwaltungsgericht zieht sie oftmals von Amts wegen zur Nichtigerklärung einer abweichenden Verwaltungsentscheidung heran.

3. Zur Verfügung stehende Rechtsmittel

3.1 Einstweilige Verfügung

Mit der Einführung des Gesetzes von 1993 zur Umsetzung der Richtlinie 89/665 erhielt das Verwaltungsgericht die Befugnis zum Erlass vorläufiger Maßnahmen. Durch das Gesetz von 1997 erhielten die Bezirksgerichte ähnliche Befugnisse in Bezug auf private Sektorenauftraggeber.

Gemäß Artikel 1 des Gesetzes von 1993 kann jede interessierte Partei, die bei einem Vergabeverfahren einen Verstoß gegen die Gemeinschaftsbestimmungen zu erkennen glaubt, den Vorsitzenden Richter des Verwaltungsgerichts um vorläufige Maßnahmen ersuchen. Ein entsprechender Antrag kann jederzeit gestellt werden, solange der in Rede stehende Vertrag noch nicht abgeschlossen (unterzeichnet) wurde.

Nach Artikel 2 kann der Vorsitzende Richter zur Beseitigung des behaupteten Rechtsverstößes gegen das Gemeinschaftsrecht bzw. zur Verhinderung einer weiteren Schädigung der betroffenen Interessen vorläufige Maßnahmen anordnen, darunter auch die Aussetzung des Vergabeverfahrens, bis der öffentliche Auftraggeber den Rechtsverstoß nach Maßgabe des Vorsitzenden Richters beseitigt hat.

Gemäß Artikel 3 des Gesetzes von 1993 kann der Vorsitzende Richter bei der Entscheidung über die Anordnung vorläufiger Maßnahmen die wahrscheinlichen Folgen dieser Maßnahmen für alle wahrscheinlich davon betroffenen Interessen (einschließlich des Interesses der Allgemeinheit) gegeneinander abwägen und solche Maßnahmen ablehnen, wenn die negativen Folgen die positiven überwiegen könnten. Andere Ansprüche der Person, die um vorläufige Maßnahmen nachgesucht hat, bleiben von der Entscheidung gegen die Anordnung solcher Maßnahmen unberührt. Der *Conseil d'Etat* von Luxemburg stellt in seinem Kommentar zum Gesetz von 1993 fest, dass die Ablehnung vorläufiger Maßnahmen zu begründen ist.

Bislang wurde nur einmal ein Vergabeverfahren ausgesetzt (vom Vorsitzenden Richter des *Conseil d'Etat*).³² Mit dem Gesetz von 1993 wurde erstmals eine Verwaltungsgerichtsbarkeit für Schnellverfahren im luxemburgischen Recht verankert. Daher überrascht es nicht, dass die Vorsitzenden Richter bei der Anordnung solcher Maßnahmen eher zögerlich vorgehen. Der grundlegenden Philosophie des Verwaltungsgerichts und des *Conseil d'Etat* zufolge, wie sie in deren Rechtsprechung

³² Ursprünglich hatte die Befugnis zur Nachprüfung gemäß dem Gesetz von 1993 beim Vorsitzenden des Ausschusses für Streitverfahren des *Conseil d'Etat* gelegen. Nach zwei 1996 in Kraft getretenen neuen Gesetzen hingegen ist der Ausschuss nicht länger mit dieser gesetzlichen Vollmacht ausgestattet. Diese Befugnis wird nunmehr vom Verwaltungsgericht ausgeübt.

zum Ausdruck kommt, wird ein Verwaltungsrichter eine Verwaltungsentscheidung nur dann für nichtig erklären oder aussetzen, wenn dies unbedingt erforderlich bzw. die getroffene Entscheidung offensichtlich rechtswidrig ist. Auch der Kommentar des *Conseil d'Etat* zur Umsetzung der Vergaberichtlinien legt nahe, dass der Vorsitzende Richter des Verwaltungsgerichts den auch in anderen Bereichen verfolgten traditionellen Ansatz beibehalten wird.

3.2 Aufhebung bzw. Nichtigkeitserklärung

Nach dem Gesetz von 1993 kann der Vorsitzende Richter des Verwaltungsgerichts die Aufhebung von Entscheidungen anordnen, die in einem Vergabeverfahren rechtswidrig getroffen wurden (einschließlich der Änderung bzw. Streichung diskriminierender Spezifikationen). Gemäß diesem Gesetz hat er jedoch nicht die Befugnis, eine endgültige Entscheidung zu treffen, mit der die Zuschlagerteilung eines öffentlichen Auftraggebers aufgehoben wird. Eine solche endgültige Nichtigkeitserklärung kann nur – nach Antrag auf Nichtigkeitserklärung (*recours en annulation*) - vom Verwaltungsgericht selbst getroffen werden. Diese Möglichkeit der Anfechtung gab es in Luxemburg bereits vor der Einführung des Gesetzes von 1993.

Bei Nichtigkeitserklärung einer Verwaltungsentscheidung kann das Verwaltungsgericht keine eigene Sachentscheidung treffen. Es verweist die Angelegenheit zurück an die Vergabestelle, und auch ein rechtswidriger Vertrag bleibt in Kraft. Einige Kommentatoren schließen daraus, dass ein ordentliches Zivilgericht unter bestimmten Umständen im Wege einer einstweiligen Verfügung die Erfüllung des Vertrags aussetzen oder die Vergabestelle unter Androhung einer Geldstrafe zur Annullierung des Vertrags verpflichten könnte.

3.3 Schadensersatz

Die luxemburgischen Gesetze zur Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien enthalten keine spezifischen Bestimmungen zur Zuerkennung von Schadensersatz. Nach den allgemeinen Grundsätzen des luxemburgischen Rechts steht das Rechtsmittel der Schadensersatzklage vor den ordentlichen (Bezirks-)Gerichten zur Verfügung, wenn aufgrund einer rechtswidrig getroffenen Verwaltungsentscheidung ein Schaden entstanden ist. Diese Zuständigkeit leitet sich aus einem 1988 in Kraft getretenen Gesetz zur zivilrechtlichen Haftung des Staates und anderer öffentlicher Organe ab. Aus diesem Grunde hielt man die Einführung neuer spezifischer Bestimmungen zum Schadensersatz im Zusammenhang mit der öffentlichen Auftragsvergabe nicht für erforderlich.

Voraussetzung für eine Schadensersatzklage vor dem Zivilgericht ist die Nichtigkeitserklärung der angefochtenen Entscheidung durch ein Verwaltungsgericht.

Aus der Rechtspraxis ergibt sich, dass mit der Nichtigkeitserklärung oder *réformation* einer individuellen Verwaltungsentscheidung *automatisch* die Delikthaftung des öffentlichen Auftraggebers festgestellt wird. Dieser Grundsatz wurde bereits in mehreren

Vergabefällen angewendet, bei denen der öffentliche Auftraggeber zur Schadensersatzleistung verpflichtet wurde. Der Rechtsprechung zum Schadensersatz für geschädigte Bieter zufolge sind diese für den gesamten Verlust zu entschädigen, der auch den *entgangenen Gewinn* einschließen kann. Dazu muss der Geschädigte den Verlust einer Chance (*perte d'une chance*) nachweisen, nicht aber, dass er ohne den Rechtsverstoß den Zuschlag hätte erhalten müssen.

In verschiedenen Vergabefällen haben sich die luxemburgischen Gerichte bei der Zuerkennung von Schadensersatz für entgangenen Gewinn nicht auf die EU-Vergabebestimmungen, sondern auf Artikel 36 des Gesetzes vom 27. Juli 1936 zum Rechnungswesen staatlicher Organe berufen.

3.4 Rechtsmittel gegen Sektorenauftraggeber

Die für Sektorenauftraggeber geltende Rechtsmittelrichtlinie 92/13 wurde durch das Gesetz von 1997 umgesetzt. Dort wird eine wichtige Unterscheidung zwischen öffentlichen und privaten Sektorenauftraggebern getroffen.

Bei *öffentlichen* Versorgungsunternehmen bringt das Gesetz von 1997 die Bestimmungen des Gesetzes von 1993 zur Anwendung. Danach hat der Vorsitzende Richter des Verwaltungsgerichts hier die gleiche Befugnis zur Anordnung der Aussetzung und der Aufhebung.

Bei *privaten* Versorgungsunternehmen liegt die Zuständigkeit für die Anordnung einstweiliger Verfügungen und anderer Maßnahmen beim Vorsitzenden des Bezirksgerichts, der im Schnellverfahren entscheidet. Dieser Zivilrichter kann einstweilige Verfügungen und Aufhebungsanordnungen erlassen, wie es in Artikel 2 Absatz 1 Buchstaben a) und b) der Sektorenrichtlinie vorgesehen ist. Wichtig ist weiterhin, dass der Vorsitzende Richter des Bezirksgerichts auch, wie in Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c) der Richtlinie 92/31 vorgesehen, zur Verhängung von Strafgeldern befugt ist.

Der Zivilrichter hat im Schnellverfahren also die folgenden Möglichkeiten:

- Aussetzung des Vergabeverfahrens bzw. Anordnung der Änderung oder Streichung technischer Spezifikationen; und
- Verhängung einer Geldstrafe gegen ein privates Unternehmen, wenn eine rechtswidrige Vertragsklausel, die Schaden herbeiführen könnte, nicht geändert oder gestrichen wird.

Unabhängig davon, auf welche Möglichkeit der Zivilrichter im Schnellverfahren zurückgreift, kann der Geschädigte nach den Grundsätzen des luxemburgischen Rechts jederzeit Schadensersatzklage vor dem Zivilgericht erheben. Hingegen ist der Vorsitzende Richter des Verwaltungsgerichts nicht zur Zuerkennung von Schadensersatz oder zur Verhängung von Geldstrafen befugt.

Schließlich sei noch angemerkt, dass das Gesetz von 1997 für Sektorenauftraggeber explizit ein Schlichtungsverfahren gemäß Artikel 9 bis 11 der Richtlinie 92/13 vorsieht. Zu Einzelheiten dieser gütlichen Form der Streitbeilegung siehe Abschnitt 1.

4. Zugang zu den Verfahren

Nach den Verfahrensgrundsätzen des *Conseil d'Etat* muss, wer eine Verwaltungsentscheidung anfechten will, ein persönliches, direktes und aktuelles Interesse nachweisen. In den Gesetzen von 1993 und 1997 werden keine weiteren neuen Bedingungen für die Klagebefugnis angeführt. Der *Conseil d'Etat* hat bestätigt, dass nach den gesetzlichen Bestimmungen jeder Bieter zur Klage befugt ist, der an einem Vergabeverfahren teilnimmt (vorausgesetzt, er erfüllt die Teilnahmebedingungen). Es ist noch nicht geklärt, ob andere dritte Parteien, die nicht direkt am Vergabeverfahren teilgenommen haben, ebenfalls das Recht haben, Klage zu erheben.

5. Fristen

Klage vor dem Verwaltungsgericht muss drei Monate nach Bekanntgabe der in Rede stehenden Entscheidung erhoben werden. Wenn der Antragsteller nicht in Luxemburg ansässig ist, gilt eine Frist von vier Monaten. Diese Fristen können jedoch durch einen der freiwilligen Gerichtsbarkeit unterliegenden Antrag auf Überprüfung der getroffenen Entscheidung an den Minister oder an die Überprüfungskommission unterbrochen werden.

Wie der *Conseil d'Etat* in mehreren Fällen bestätigt hat, laufen die Fristen ab dem Datum der formalen Bekanntgabe der Entscheidung, auch wenn der Empfänger der entsprechenden Mitteilung schon vor diesem Zeitpunkt von der Entscheidung Kenntnis hatte. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass eine unbegründete Entscheidung nicht als ordnungsgemäße Bekanntgabe gilt, so dass die Frist erst zu laufen beginnt, wenn dem Empfänger auch die Entscheidungsgründe mitgeteilt wurden.

Wie bereits erwähnt, muss ein Antrag auf vorläufige Maßnahmen vor Abschluss (d.h. Unterzeichnung) des in Rede stehenden Vertrags gestellt werden.

Bei Schadensersatzklagen vor dem ordentlichen Zivilgericht beträgt die Verjährungsfrist nach dem luxemburgischen Zivilgesetz 30 Jahre.

6. Verfahren

6.1 *Klage vor dem Verwaltungsgericht*

Durch ein am 7. November 1997 erlassenes Gesetz wurde die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Luxemburg neu organisiert. Gemäß Artikel 98 dieses Gesetzes ist das Verfahren zur Klageerhebung vor dem neuen Verwaltungsgericht bis zum Erlass neuer, spezifischer Bestimmungen für dieses Gericht mit dem vorherigen Verfahren vor dem *Conseil d'Etat* identisch. Zurzeit wird im luxemburgischen Parlament ein Entwurf solcher neuer Bestimmungen diskutiert, der jedoch noch nicht verabschiedet wurde.

Das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht wird im Wesentlichen schriftlich geführt und umfasst auch den Austausch von Schriftsätzen. Eingeleitet wird es dadurch, dass der Geschädigte dem Gericht einen schriftlichen Antrag (*requête*) zustellt. Sodann tauschen die Parteien ihre Schriftsätze (*mémoires*) aus, wobei jede Partei maximal zwei *mémoires* einreichen kann. Anschließend wird eine mündliche Verhandlung anberaumt, in der die Parteien im Allgemeinen nur einige zusätzliche Informationen zu sachlichen Einzelheiten liefern. Obwohl immer eine solche mündliche Verhandlung stattfindet, ist der Austausch der Schriftsätze nach wie vor der wichtigste Teil des Verfahrens.

6.2 Klage vor dem Bezirksgericht

Auch vor dem Bezirksgericht wird das Verfahren weitgehend schriftlich durchgeführt. Der Geschädigte leitet das Verfahren durch eine Klageschrift mit Prozessladung (*assignation*) ein. Diese wird dem Beklagten durch einen Zustellungsbeamten (*huissier de Justice*) zugestellt. Sodann legen die Parteien ihre Argumente und Gegenargumente schriftlich dar (*conclusions*). Vor dem Bezirksgericht ist die Zahl der *conclusions*, die vorgelegt werden können, nicht begrenzt. Eine mündliche Verhandlung wird nur anberaumt, wenn dies zum Verständnis technischer Details erforderlich ist.

6.3 Verfahrensdauer

Über die Anordnung einstweiliger Verfügungen entscheidet der Vorsitzende Richter des Verwaltungsgerichts innerhalb weniger Wochen nach Antragstellung. Die bislang vom Vorsitzenden Richter des *Conseil d'Etat* erlassenen Aussetzungsanordnungen und einstweiligen Verfügungen ergingen praktisch alle innerhalb von 3 bis 18 Tagen nach Antragstellung. Bis zur endgültigen Entscheidung dauert es bei einem gewöhnlichen Fall (je nach Ermittlungsbedarf z.B. durch Hinzuziehung von Sachverständigen oder Ortsbesichtigung) zwischen 8 Monaten und 3 Jahren.

Schadensersatzklagen vor dem ordentlichen Zivilgericht dauern in der Regel zwischen ein und zwei Jahren, wenn keine besonderen Probleme auftauchen.

6.4 Anwaltszwang

Bei Verfahren vor dem Verwaltungsgericht und den Zivilgerichten muss sich der Kläger in der Regel von einem (in Luxemburg oder Diekirch zugelassenen) Anwalt vertreten lassen. Bei Anträgen auf einstweilige Verfügung ist die anwaltliche Vertretung nicht vorgeschrieben, gleichwohl ist sie auch hier üblich.

7. Verfahrenskosten

Nach dem luxemburgischen Rechtssystem wird unterschieden zwischen den Anwaltsgebühren, die jede Partei für ihren Rechtsbeistand zu entrichten hat, und den Gerichtskosten, die vollumfänglich von der unterlegenen Partei zu tragen sind. Die Höhe der Anwaltsgebühren variiert je nach hinzugezogenem Anwalt und hängt natürlich auch von der Dauer des Verfahrens und der Komplexität des Falls ab. Die Gerichtskosten hingegen werden anhand des Streitwerts berechnet.

8. Berufung

Nach der 1996 erfolgten Neustrukturierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit kann das Urteil eines Verwaltungsgerichts vor dem neu eingerichteten Verwaltungsgerichtshof (*Cour administrative*) angefochten werden.

Gegen alle Urteile der ordentlichen Zivilgerichte (Bezirksgerichte) kann Berufung vor dem Obersten Gerichtshof (*Cour Supérieure de Justice*) eingelegt werden, sofern der Streitwert 30 000 LUF überschreitet.

9. Urteilsvollstreckung

Die Nichtigerklärung einer Verwaltungsentscheidung durch das Verwaltungsgericht ist bindend und muss von der betreffenden Behörde befolgt werden, ebenso wie jede vorläufige Anordnung der Aussetzung. Des ungeachtet hat die klagende Partei durch ein 1986 erlassenes Gesetz nach Aufhebung der angefochtenen Verwaltungsentscheidung gewisse Möglichkeiten zur Durchsetzung des Urteils des Verwaltungsgerichts (vormals des *Conseil d'Etat*). Diesem Gesetz zufolge kann der Geschädigte, wenn der öffentliche Auftraggeber dem Urteil nicht innerhalb von 3 Monaten nach Zustellung Folge leistet,

die Bestellung eines Sonderkommissars beantragen, der anstelle der betreffenden Behörde eine neue Entscheidung trifft.

Bislang liegen im Zusammenhang mit der öffentlichen Auftragsvergabe noch keine Erfahrungen mit diesem Verfahren vor, und deshalb sind auch noch keine Aussagen über seine praktischen Auswirkungen möglich. Es erscheint zweifelhaft, ob dieses Verfahren bei Streitfällen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Vergabewesen hilfreich ist, da der in Rede stehende Vertrag auch nach Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung in Kraft bleibt. Ein auf Verwaltungsangelegenheiten spezialisierter Autor vertritt die Meinung, dass im Falle der Nichtigklärung einer Zuschlagsentscheidung kein Sonderkommissar bestellt werden kann, sondern dass der einzig mögliche Rechtsbehelf in einer Klage wegen unerlaubter Handlung liegt. Nach der Umsetzung der Richtlinie 89/665 könnte allerdings im Zuge einer einstweiligen Verfügung die Nominierung eines solchen Kommissars durch den Vorsitzenden Richter des Verwaltungsgerichts möglich werden.

NÜTZLICHE ADRESSEN

Verwaltungsgericht

Tribunal administratif
1 rue du Fort Thuengen
Nouvel Hémicycle
L-1499 Luxembourg

Bezirksgericht Luxemburg

Tribunal d'arrondissement
BP 15
L-2010 Luxembourg

Bezirksgericht Diekirch

Tribunal d'arrondissement
BP 164
L-9202 Diekirch

Berufungsgericht (Oberster Gerichtshof)

Cour Supérieure de Justice

12 côte d'Eich

L-1450 Luxembourg

Überprüfungsausschuss

Ministère des Travaux Publics

Commission des Soumissions

L-2940 Luxembourg

NIEDERLANDE

**erstellt von Herbert Smith (Brüssel)
und Wieringa Advocaten (Amsterdam), 1997**

INHALT

Seite

1. **Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien**
2. **Zuständige Gremien**
3. **Zur Verfügung stehende Rechtsmittel**
 - 3.1 Einstweilige Verfügung
 - 3.2 Aufhebung
 - 3.3 Schadensersatz
4. **Zugang zu den Verfahren**
 - 4.1 Verfahren vor dem ordentlichen Gericht
 - 4.2 Die Schiedskommission
5. **Fristen**
6. **Verfahren**
 - 6.1 Klage vor dem Zivilgericht
 - 6.2 Anrufung der Schiedskommission
 - 6.3 Verfahrensdauer
 - 6.4 Anwaltszwang
7. **Verfahrenskosten**
8. **Berufung**
9. **Urteilstvollstreckung**

Anhang 1: Nützliche Adressen

NIEDERLANDE

1. Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien

Behauptete Verstöße gegen die EU-Richtlinien zum öffentlichen Vergabewesen können in den Niederlanden vor einem ordentlichen Zivilgericht oder einem speziellen Schlichtungsgremium angefochten werden. In den meisten Fällen gründet diese Möglichkeit auf bereits vorhandenen niederländischen Gesetzesbestimmungen und nicht auf eigens zur Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien eingeführten Regelungen.

Die Richtlinie 89/665 wurde teilweise durch Artikel 6 Absatz 2 der Verordnung zur Vergabe von Bauaufträgen³³ umgesetzt. Danach müssen die zentralstaatlichen Behörden in ihrer Eigenschaft als öffentliche Auftraggeber (nicht jedoch andere öffentliche Organe) bei der Vergabe von Aufträgen, die unter die Baurichtlinie fallen, nach den Bestimmungen der einheitlichen Vergaberegulierung *Uniform Aanbestedingsreglement* (im Folgenden: "UAR-EG") vorgehen. Paragraph 67 UAR-EG schreibt vor, dass sich aus der Anwendung der UAR-EG ergebende Streitigkeiten vor der Schiedskommission für die Bauindustrie in den Niederlanden (im Folgenden: Schiedskommission)³⁴ zu klären sind. Andere öffentliche Auftraggeber können freiwillig die Einhaltung der UAR-EG (einschließlich Paragraph 67) beschließen, und zwar auch für Aufträge, die nicht unter die Baurichtlinie fallen; in diesem Fall ist ebenfalls die Schiedskommission für die Schlichtung von Streitigkeiten zuständig.

Weitere Umsetzungsmaßnahmen wurden nicht ergriffen. Es erfolgte weder eine Umsetzung der Richtlinie 89/665 im Hinblick auf Liefer- und Dienstleistungsaufträge, noch die Einführung nationaler Regelungen zur Umsetzung der Richtlinie 92/13 zur Auftragsvergabe im Sektorenbereich. Die niederländische Regierung vertritt die Auffassung, spezifische Umsetzungsbestimmungen seien nicht erforderlich, da die Anforderungen der Rechtsmittelrichtlinien durch die bestehenden Rechtsmittel vor den ordentlichen Zivilgerichten bereits erfüllt seien.

2. Zuständige Gremien

Üblicherweise muss bei einem Verstoß gegen die EU-Vergabevorschriften Klage vor einem ordentlichen Zivilgericht erhoben werden, in der Praxis also vor dem zuständigen Arrondissementsgericht. Einzige Ausnahme sind die Fälle, in denen die UAR-EG Anwendung findet: hier ist die Schiedskommission zuständig. Wo die UAR-EG (obligatorisch oder freiwillig) keine Anwendung findet, muss gegen behauptete Verstöße gegen die Vergaberichtlinien vor den ordentlichen Zivilgerichten vorgegangen werden,

³³ [Besluit aanbesteding van werken]

³⁴ [Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland]

und zwar auf der Grundlage der Annahme, dass die Vergabebehörde eine rechtswidrige Handlung begangen hat, die einen Verstoß gegen die niederländischen Gesetze zur Umsetzung der Richtlinien darstellt.

Findet die UAR-EG Anwendung, so muss bei einem behaupteten Verstoß gegen die Vergabevorschriften in erster Instanz die Schiedskommission angerufen werden; in diesem Fall sind die ordentlichen Gerichte nicht zuständig.

Die nicht zentralstaatlichen Behörden erklären oft freiwillig, auf ein bestimmtes Vergabeverfahren (auch außerhalb des Erfassungsbereichs der Baurichtlinie) die UAR-EG anzuwenden. In diesem Fall ist bei behaupteten Verstößen gegen die relevante Vergaberichtlinie ebenfalls die Schiedskommission anzurufen (und ein ordentliches Gericht würde sich für nicht zuständig erklären).

Die detaillierten Bestimmungen zur Zusammensetzung der Schiedskommission, zum Verfahren, den Schlichtern und ihrer Bestellung sind im Statut vom 1. September 1995 festgeschrieben.

3. Zur Verfügung stehende Rechtsmittel

3.1. *Einstweilige Verfügung*

Sowohl der Vorsitzende Richter des Arrondissementsgerichts als auch der Vorsitzende der Schiedskommission können gemäß den Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz einstweilige Verfügungen anordnen. *Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz* sind zu unterscheiden von *beschleunigten Verfahren* in der Sache. Letztere können im Zivilverfahren vom Vorsitzenden Richter genehmigt werden, wenn der Geschädigte den Anscheinsbeweis für die Dringlichkeit erbringt.

Bei Verfahren vor der Schiedskommission gilt die Genehmigung des Vorsitzenden automatisch als erteilt, wenn der Geschädigte ein beschleunigtes Verfahren beantragt. Die Schiedskommission wird üblicherweise nicht um die Anordnung einer einstweiligen Verfügungen ersucht, da im beschleunigten Verfahren innerhalb weniger Wochen ein Urteil in der Sache ergeht. Vor den ordentlichen Gerichten hingegen ist das Rechtsmittel der einstweiligen Verfügung nach wie vor von großer Bedeutung, da hier ein beschleunigtes Verfahren mindestens sechs Monate dauert.

Bei einem Verstoß gegen eine Vergabevorschrift kann der geschädigte Bieter das Gericht (bzw. die Schiedskommission) um Aussetzung des Vergabeverfahrens per einstweiliger Verfügung ersuchen. Der Rechtsprechung der Arrondissementsgerichte zufolge kann der Vorsitzende Richter gegebenenfalls auch anordnen, dass das Vergabeverfahren zu beenden und unter Beachtung der Vergabevorschriften erneut zu beginnen oder dass ein unfairerweise vom Verfahren ausgeschlossener Bieter wieder zuzulassen ist bzw. dass die Vergabebehörde keinem Dritten den Zuschlag erteilen darf. Darüber hinaus kann der Vorsitzende Richter grundsätzlich jeden Vertrag, der zwar unterzeichnet, aber noch nicht erfüllt wurde, aussetzen oder aufheben.

Nach der Zivilprozessordnung ist die Anordnung einer einstweiligen Verfügung dann möglich, wenn das Ergebnis der Interessensabwägung nicht dagegen spricht und der Fall für den Geschädigten hinreichend dringlich ist, z. B. wenn er andernfalls einen irreparablen Schaden erleiden würde. Aus einer Reihe von Entscheidungen in

Vergabefällen wird jedoch deutlich, dass die Richter in diesem Bereich die Anforderungen für den Erlass einstweiliger Verfügungen weniger restriktiv auslegen. Die Vergabevorschriften gelten als schützenswertes Interesse der Allgemeinheit, und so kann eventuell schon dann eine einstweilige Verfügung erlassen werden, wenn ein Verstoß gegen die Verfahrensvorschriften als wahrscheinlich anzusehen ist. In diesen Fällen braucht der Richter keine detaillierte Abwägung der Interessen bzw. Prüfung des möglichen irreparablen Schadens für den Geschädigten vorzunehmen.

3.2 Aufhebung

Die ordentlichen Zivilgerichte und die Schiedskommission sind zur Aufhebung einer rechtswidrigen Entscheidung befugt, die im Rahmen eines Vergabeverfahrens getroffen wurde. Sie sind weiter befugt zur Nichtigkeitserklärung eines aufgrund eines rechtswidrigen Verfahrens geschlossenen Vertrages, wenn dieser noch nicht erfüllt wurde.

Die Rechtspraxis zeigt, dass bisweilen auch ohne eingehende Interessensabwägung allein auf der Grundlage des erfolgten Verfahrensverstößes ein Vertrag aufgehoben werden kann. Eine Entscheidung der Schiedskommission lässt darauf schließen, dass diese einen bereits geschlossenen Vertrag nur dann für nichtig erklären wird, wenn der Vertragsabschluss unter Verstoß gegen die Vergabevorschriften erfolgte und nach der Aufhebung der Vertrag mit dem Geschädigten abgeschlossen werden müsste.

3.3 Schadensersatz

Wer infolge eines Verfahrensverstößes einen Schaden erlitten hat, kann sich mit Schadensersatzforderungen entweder an ein ordentliches Gericht oder (falls die UAR-EG Anwendung findet) an die Schiedskommission wenden. Der öffentliche Auftraggeber muss dem Geschädigten grundsätzlich alle infolge der rechtswidrigen Handlung erlittenen Schäden ersetzen.

Nach den allgemeinen Grundsätzen des Zivilgesetzes kann Schadensersatz sowohl für entstandene Verluste und Kosten als auch für den entgangenen Gewinn gefordert werden. Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns zu erheben, scheint aber nur dann möglich zu sein, wenn der Geschädigte nachweislich ohne den Rechtsverstoß den Zuschlag erhalten hätte. Wer Ersatz für die Angebotskosten fordert, muss nur nachweisen, dass er sie aufgrund des Rechtsverstoßes vergeblich getragen hat.

In einem Fall gelangte ein Arrondissementsgericht zu der Feststellung, dass der Kläger ohne den Rechtsverstoß den Zuschlag erhalten hätte und erkannte ihm Schadensersatz in Höhe von 10 % des in seinem Angebot angegebenen Preises zu. Das Gericht befand, 10 % seien eine angemessene Bemessung des Gewinns, den der Geschädigte durch die Erfüllung des Vertrags erhalten hätte.

Theoretisch ist auch Schadensersatz für eine Imageschädigung oder entgangene Erfahrungen möglich, doch bislang gibt es hierzu noch keine einschlägigen Urteile. In der Praxis mag sich die Substantiierung dieser Art von Schäden als schwierig erweisen.

4. Zugang zu den Verfahren

4.1 Verfahren vor dem ordentlichen Gericht

Es gibt keine spezifischen Anforderungen für die Klageberechtigung; nach dem Zivilgesetz muss der Kläger lediglich ein Interesse an seinem Anspruch haben. Abgelehnte Kandidaten oder Bieter sind somit auf jeden Fall zur Einleitung eines Verfahrens befugt. Wurde der Zuschlag in einem nicht öffentlichen Verfahren erteilt, so ist jede Partei, die bei einem öffentlich bekannt gemachten Verfahren hätte teilnehmen können, zur Einreichung einer Klage befugt. Andererseits dürften Parteien, die nicht am Verfahren teilgenommen haben und auch keine stichhaltige Begründung für ihre Nicht-Teilnahme (z. B. einen Verstoß gegen die Bekanntmachungsvorschriften) liefern können, wohl kaum vor dem ordentlichen Gericht zugelassen werden. Bislang gibt es keine einschlägigen Präzedenzfälle.

Auch eine branchenspezifische Organisation (z. B. ein Handelsverband) kann Klage vor dem ordentlichen Zivilgericht erheben, wenn sie eine juristische Person ist und der Schutz der betroffenen Interessen zu ihren satzungsgemäßen Zielen gehört.

4.2 Die Schiedskommission

Vor der Schiedskommission ist die Situation anders gelagert. Nicht nur muss der Geschädigte ein Interesse an seinem Anspruch haben, die Schiedskommission ist auch nur für Streitigkeiten von Parteien zuständig, die direkt an einem Vergabeverfahren beteiligt sind, das (obligatorisch oder auf freiwilliger Basis) der UAR-EG 1991 unterliegt (Artikel 67 Absatz 1 UAR-EG 1991). Eine Partei muss also an dem in Rede stehenden Vergabeverfahren teilgenommen haben, damit ihre Beschwerde zulässig ist. Wenn die Vergabebehörde überhaupt nicht nach den für offene bzw. nicht offene Verfahren geltenden Bestimmungen vorgegangen ist, findet die UAR-EG 1991 keine Anwendung, und die Schiedskommission ist nicht zuständig. In einem solchen Fall müsste der Geschädigte ein ordentliches Gericht anrufen.

Nach Artikel 67 Absatz 2 sind Organisationen, die Bauunternehmen vertreten, als am Vergabeverfahren beteiligte Parteien anzusehen und Beschwerden von solchen Parteien zuzulassen. Beschwerden anderer Organisationen sind offenbar unzulässig.

Nicht in den Niederlanden ansässige Geschädigte können ebenfalls sowohl die Schiedskommission als auch die ordentlichen Gerichte anrufen.

5. Fristen

Zivilklage ist im Allgemeinen innerhalb von fünf Jahren zu erheben, nachdem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und der Identität des für diesen Schaden haftenden öffentlichen Auftraggebers erhalten hat. Auf keinen Fall dürfen mehr als 20 Jahre seit dem angefochtenen Ereignis vergangen sein.

Wenn die UAR-EG 1991 Anwendung findet, muss die Schiedskommission innerhalb von drei Monaten nach schriftlicher Bestätigung der Erteilung des Bauauftrags angerufen

werden (Artikel 67 Absatz 3 UAR-EG 1991). Die Anfechtung zu einem späteren Zeitpunkt ist nur bei Vorliegen von Umständen zulässig, die dem Geschädigten erst nach dieser Dreimonatsfrist zur Kenntnis gelangt sind.

6. Verfahren

6.1 Klage vor dem Zivilgericht

Eingeleitet wird die Klage vor dem Zivilgericht durch eine Prozessladung mit Klageschrift, die durch einen Zustellungsbeamten zuzustellen ist. Bei beschleunigten Verfahren ist die Genehmigung des Vorsitzenden Richters des Arrondissementsgerichts erforderlich. Bei Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz wird nach Zustellung der Ladung mit Klageschrift eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Bei den anderen Verfahrensarten reichen die Parteien einen oder zwei Schriftsätze ein, und eine mündliche Verhandlung findet nur auf Antrag einer der Parteien statt.

Bei Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz fällt der Vorsitzende Richter des Arrondissementsgerichts seine Entscheidung in Form eines vollstreckbaren Urteils, das auch die Anordnung vorläufiger Maßnahmen enthalten kann. Die anderen Verfahren führen zu einem vollstreckbaren Urteil des zuständigen Arrondissementsgerichts in der Sache.

6.2 Anrufung der Schiedskommission

Das Verfahren vor der Schiedskommission wird durch einen schriftlichen Antrag eingeleitet. Die antragstellende Partei muss eine Kauton für die Kosten des Verfahrens hinterlegen. Können sich die Parteien nicht auf einen Schlichter einigen, wählt der Vorsitzende der Schiedskommission aus einer Liste der Mitglieder der Kommission einen oder auch drei Schlichter aus. Das Verfahren wird in niederländischer Sprache durchgeführt. Es besteht kein Anwaltszwang.

Nach Einreichung eines oder zweier Schriftsätze erscheinen die Parteien zu einer Anhörung, in der jede Partei ihre Einlassungen vorträgt. Gemäß dem Statut von 1995 besteht neben dem normalen Verfahren auch die Möglichkeit eines beschleunigten Verfahrens und eines Verfahrens im einstweiligen Rechtsschutz. Subjektive wie objektive Klagenhäufung ist zulässig, ebenso das Eingreifen eines Dritten.

Die Entscheidung der Schiedskommission ergeht in Form eines rechtsverbindlichen Schiedsspruches, der durch eine Vollzugsanordnung des Arrondissementsgerichts vollstreckt werden kann.

6.3 Verfahrensdauer

Wie bereits ausgeführt, trifft die Schiedskommission ihre Entscheidung fast immer im Wege des beschleunigten Verfahrens. Dieses führt in der Regel innerhalb von ca. vier Wochen zu einer Sachentscheidung, d.h. ein Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz gilt im Allgemeinen nicht als erforderlich.

Vor dem ordentlichen Gericht wird meist das Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz gewählt. Dieses dauert in der Regel ein oder zwei Monate, doch in hinreichend

dringlichen Fällen kann dieser Zeitraum erheblich verkürzt werden. Das beschleunigte Verfahren vor einem ordentlichen Gericht dauert dagegen mindestens sechs Monate und wird normalerweise nur dann gewählt, wenn der in Rede stehende Vertrag bereits abgeschlossen wurde. Ein normales Verfahren vor dem Zivilgericht dauert gemeinhin ein Jahr und länger.

6.4 Anwaltszwang

In Verfahren vor dem Zivilgericht muss man sich von einem in den Niederlanden zugelassenen Anwalt vertreten lassen. Nur beim Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz braucht die beklagte Partei keinen Rechtsbeistand. Im Verfahren vor der Schiedskommission besteht dagegen kein Anwaltszwang. Es ist jedoch gängige Praxis und wird allgemein empfohlen, sich von einem Fachmann vertreten zu lassen.

7. Verfahrenskosten

Wer ein Verfahren vor dem Zivilgericht oder der Schiedskommission einleitet, muss eine so genannte Registrierg Gebühr entrichten. In einem Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz vor dem Arrondissementsgericht, in dem Schadenersatz in Höhe von mehr als 25 000 NLG gefordert wird, beträgt diese Gebühr 1,9 % des Streitwertes bis zu maximal 350 NLG. Im Berufungsverfahren sind die Gebühren noch höher.

Nach Abschluss des Verfahrens muss das Gericht die unterlegene Partei zur Erstattung der Verfahrenskosten an die obsiegende Partei verpflichten. Der Richter hat dabei keinerlei Ermessensspielraum und muss die Höhe der Verfahrenskosten nach einem bestimmten Tarif festlegen. Der so festgelegte Gebührensatz deckt jedoch die tatsächlich entstandenen Verfahrenskosten nicht vollständig ab.

Die Schiedskommission verpflichtet im Allgemeinen die unterlegene Partei, der erfolgreichen Partei die Verfahrenskosten zu erstatten. Sie hat jedoch einen Ermessensspielraum und kann auch anders entscheiden. Darüber hinaus ist die Schiedskommission bei der Festlegung der Kosten nicht an vorgegebene Tarife gebunden, sondern entscheidet ex aequo et bono.

8. Berufung

Alle Entscheidungen des Arrondissementsgerichts können vor dem Berufungsgericht angefochten werden.

Gemäß Artikel 1065 Zivilprozessordnung kann ein Zivilgericht die Entscheidung von Schlichtungsgremien (wie der Schiedskommission) aufheben, wenn diese Entscheidungen bzw. das entsprechende Verfahren z. B. im Widerspruch zur "öffentlichen Ordnung" bzw. zu den guten Sitten stehen. Da sowohl die Schiedskommission wie das Zivilgericht die Einhaltung der Vergaberichtlinien als Angelegenheit der öffentlichen Ordnung betrachten, ist davon auszugehen, dass gegen

eine Entscheidung der Schiedskommission Berufung vor dem Zivilgericht eingelegt werden kann, wenn gegen eine Richtlinie verstoßen wurde.

9. Urteilsvollstreckung

Die Verfügungen der Zivilgerichte sind vollstreckbare Titel im Sinne der Zivilprozessordnung. Normalerweise respektieren öffentliche Auftraggeber solche Verfügungen in jedem Fall und warten nicht auf eine zwangsweise Durchsetzung. Vor diesem Hintergrund weigern sich die Zivilgerichte häufig, in Vorwegnahme eines potentiellen Verstoßes gegen ihre Verfügung Geldstrafen anzudrohen. In dem Fall, dass eine Verfügung missachtet wird und vorab keine Geldstrafe angedroht wurde, kann der Geschädigte dies im Wege der Verfahrens im einstweiligen Rechtsschutz fordern.

Die Entscheidungen der Schiedskommission können durch eine Vollstreckungsverfügung des Zivilgerichts (Exequatur) durchgesetzt werden (Artikel 1062 Zivilprozessordnung). Das ordentliche Gericht kann eine solche Verfügung versagen, wenn es die Entscheidung der Schiedskommission als dem Interesse der Allgemeinheit offensichtlich zuwiderlaufend erachtet. Üblicherweise gibt die Schiedskommission einem Antrag auf Androhung einer Geldstrafe, die bei Missachtung ihrer Entscheidung fällig wird, auch dann statt, wenn eine staatliche Behörde betroffen ist.

Nützliche Adressen

Arrondissementsgerichte in den wichtigsten Städten:

Parnassusweg 220-228	Wilhelminaplein 100
Postbus 84500	3082 AK
1080 BN	Rotterdam
Amsterdam	

Juliana van Stolberglaan 2	Hamburgerstraat 28
2595 CL	3512 NS
Den Haag	Utrecht

Schiedskommission:

Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland

Stationsplein 29

Postbus 19290

3501 DG Utrecht

Tel: 030 234 32 22

Fax: 030 230 01 25

Für die Überwachung des öffentlichen Vergabewesens zuständiges Ministerium:

Ministerie van Economische Zaken

Bezuidenhoutseweg 30

2594 AV Den Haag

Postbus 20101

[2500 EC Den Haag?]

Tel: 070 379 89 11

Fax: 070 347 40 81

PORTUGAL

erstellt von Herbert Smith (Brüssel)
und Veiga Gomes, Bessa Monteiro, Marques Bom (Lissabon), 1997

Inhalt

	Seite
1.	
zung der Rechtsmittelrichtlinien	Umset
2.	
ndige Gremien	Zustä
3.	
gerichtliche Verfahren	Außer
	3.1
hung einer Beschwerde	Einreic
	3.2
pruch im Verwaltungsverfahren	Widers
	3.3
regelungen für die öffentliche Angebotseröffnung	Sonder
4. Rechtsmittel vor dem Verwaltungsgericht	
4.1 Einstweilige Verfügung	
4.2 Aufhebung bzw. Nichtigklärung	
4.3 Schadensersatz	
5. Zugang zu den Verfahren	
6.	
n	Friste
7.	
hren	Verfa
	7.1
auf einstweilige Verfügung oder Nichtigklärung	Antrag

auf Schadensersatz	7.2 Klage
rensdauer	7.3 Verfah
tszwang	7.4 Anwal
8.	
hrensken	Verfa
9.	
ung	Beruf
10. Urteilsvollstreckung	

Anhang 1: Nützliche Adressen

PORTUGAL

1. Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien

Die Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien 89/665 und 92/13 ist in Portugal noch nicht erfolgt. Jedoch haben nach geltendem portugiesischen Recht Bieter, die sich im Rahmen eines Vergabeverfahrens geschädigt fühlen, und andere interessierte Parteien das Recht, die Vergabe eines öffentlichen Auftrags und andere Verwaltungsentscheidungen, die in den materiell-rechtlichen Geltungsbereich der EU-Vergabevorschriften fallen, anzufechten.

Die EU-Richtlinien zu öffentlichen Bauaufträgen wurden durch das Gesetzesdekret Nr. 405/93 vom 10. Dezember 1993, die Richtlinien zu Liefer- und Dienstleistungsaufträgen durch das Dekret Nr. 55/95 vom 29. März 1995 umgesetzt. Beide Dekrete enthalten Bestimmungen zu den Beschwerde- und Klageverfahren.

Die Sektorenrichtlinie 93/38 wurde (wie die Vorgängerrichtlinie 90/531) noch nicht in portugiesisches Recht umgesetzt. Deshalb konzentriert sich dieses Kapitel vorwiegend auf die im "klassischen" Vergabesektor (und nicht im Versorgungsbereich) zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe.

2. Zuständige Gremien

Ehe ein geschädigter Bieter wegen eines behaupteten Rechtsverstoßes gegen die Vergabebestimmungen ein Gerichtsverfahren einleiten kann, muss er die außergerichtlichen Beschwerdeverfahren durchlaufen. Insbesondere muss er :

- i eine formale Beschwerde bei der Vergabestelle erheben; und
- ii wenn diese Beschwerde nicht innerhalb von 15 Tagen zufriedenstellend beantwortet wird, einen so genannten Widerspruch im Verwaltungsverfahren (*recurso hierárquico*) an die dem öffentlichen Auftraggeber vorgesetzte Behörde richten.

Diese außergerichtlichen Verfahren werden in Abschnitt 3 behandelt. Wenn sie erschöpft sind, ohne dass der Verstoß beseitigt wurde, kann der Geschädigte entweder vor einem *Tribunal Administrativo de Circulo* oder vor dem *Supremo Tribunal Administrativo* Klage erheben. Der letztgenannte Oberste Verwaltungsgerichtshof ist dann zuständig, wenn die der Vergabestelle vorgesetzte Behörde die portugiesische Regierung bzw. eine ihrer Dienststellen, die regionalen Regierungen der autonomen Regionen Azoren und Madeira bzw. eine ihrer Dienststellen oder ein Oberbefehlshaber der portugiesischen Armee ist.

3. Außergerichtliche Verfahren

3.1 Einreichung einer Beschwerde

Wer bei einem Vergabeverfahren geschädigt wurde, muss zunächst formale Beschwerde beim öffentlichen Auftraggeber erheben. Die Frist dazu beträgt acht Tage. Die Beschwerde ist in Form eines schriftlichen Antrags (in zwei Ausfertigungen) an die Vergabestelle einzureichen (bei Versendung auf dem Postweg als Einschreiben).

Die Vergabestelle muss die Beschwerde innerhalb von 15 Tagen bearbeiten. Wenn keine gütliche Beilegung der Angelegenheit erfolgt (oder die Vergabestelle das Schreiben schlicht ignoriert) gilt die Beschwerde nach Ablauf dieser 15 Tage als stillschweigend abgelehnt. Erkennt der Auftraggeber die Beschwerde an, so wird er den in Rede stehenden Verstoß korrigieren und alle aufgrund der rechtswidrigen Handlung getroffenen Entscheidungen für nichtig erklären.

3.2 Widerspruch im Verwaltungsverfahren

Gemäß Gesetzesdekret 405/93 muss nach Ablehnung einer Beschwerde im Zusammenhang mit einem Vergabeverfahren zunächst Widerspruch im Verwaltungsverfahren eingelegt werden, ehe das Gericht eingeschaltet werden kann. Bei diesem Widerspruchsverfahren ist die Behörde anzurufen, die (nach portugiesischem Recht) der Vergabestelle vorgesetzt ist (bei einer örtlichen Umweltbehörde z. B. das Umweltministerium). Einzige (aber seltene) Ausnahme ist, wenn die Vergabestelle keine vorgesetzte Behörde hat.

Der Widerspruch ist innerhalb von 8 Tagen nach Zustellung des ablehnenden Bescheids der Vergabestelle an den Geschädigten durch diesen einzulegen. Bei stillschweigender Ablehnung ist der Widerspruch innerhalb von 8 Tagen nach Ablauf der 15-Tage-Frist (innerhalb derer die Vergabestelle die Beschwerde zu bearbeiten hatte) einzulegen. Der Widerspruch ist in Form eines schriftlichen Antrags an die vorgesetzte Behörde der Vergabestelle zu richten.

Wenn dem Widerspruch stattgegeben wird, muss die Vergabestelle der Entscheidung der vorgesetzten Behörde Folge leisten und den in Rede stehenden Verstoß beseitigen. Falls erforderlich, muss sie auch alle Maßnahmen aufheben, die infolge der rechtswidrigen Handlung ergriffen wurden. Wenn dem Widerspruch nicht stattgegeben wird, ist eine Überprüfung der Angelegenheit nur noch auf dem Wege der Klage vor dem Verwaltungsgericht möglich.

In der Regel haben Beschwerde und Widerspruch keine aufschiebende Wirkung auf das Vergabeverfahren. Die einzige Ausnahme sind die im folgenden dargestellten Sonderregelungen für die öffentliche Angebotseröffnung.

3.3 Sonderregelungen für die öffentliche Angebotseröffnung (acto público do concurso)

Die beiden Gesetzesdekrete zur Umsetzung der materiell-rechtlichen Vergabebestimmungen (405/93 und 55/95) enthalten Sonderregelungen für die öffentliche Angebotseröffnung. In dieser Phase des Vergabeverfahrens werden die Angebote öffentlich geöffnet und die Bieter zugelassen oder ausgeschlossen. Die öffentliche Angebotseröffnung wird von einem Ausschuss geleitet, der aus mindestens 3 Mitgliedern besteht, von denen einer zum Vorsitzenden ernannt wird.

Ein Bieter, der an einem Vergabeverfahren teilnimmt (und bei der Öffnung der Angebote anwesend ist), kann Beschwerde erheben, um gegen seine Nichtzulassung zur Bieterliste (oder gegen die Zulassung bestimmter anderer Bieter) bzw. gegen die Ablehnung seines Angebots (oder die Annahme des Angebots eines anderen Bieters) zu protestieren. Die Beschwerde muss - während der Angebotseröffnung - mündlich oder schriftlich an den Ausschuss gerichtet werden. Versäumt ein Bieter diese sofortige Beschwerde, ist ein weiterer Rechtsbehelf (Widerspruch im Verwaltungsverfahren oder Klage vor dem Verwaltungsgericht) nicht mehr möglich.

Gemäß Artikel 95 Absatz 3 des Gesetzesdekrets Nr. 405/93 und Artikel 64 Absatz 1 des Dekrets Nr. 55/95 kann gegen die Entscheidung des Ausschusses Widerspruch im Verwaltungsverfahren bei der betreffenden Verwaltungsbehörde (*o dono da obra*) eingelegt werden. Erst wenn dies erfolgt ist, kann die Angelegenheit vor das Verwaltungsgericht gebracht werden. Bei Ausschreibungen für Bauaufträge gemäß Gesetzesdekret Nr. 405/93 muss ein interessierter Bieter diesen Widerspruch während der Öffnung der Angebote einlegen.

Im Gegensatz zur Einlegung von Beschwerden und von Widerspruch im Verwaltungsverfahren während anderer Phasen des Vergabeverfahrens hat der Widerspruch gegen während der Öffnungsphase der Angebote getroffene Entscheidungen aufschiebende Wirkung. Das heißt, die Erteilung des Zuschlags kann erst dann erfolgen, wenn die Vergabestelle alle Widersprüche, die von Bietern während der öffentlichen Angebotseröffnung eingelegt wurden, entweder explizit oder stillschweigend beschieden hat.

Der Geschädigte muss seine Beschwerde innerhalb von 5 Tagen nach Erhalt einer beglaubigten Ausfertigung des Protokolls der öffentlichen Angebotseröffnung an die betreffende Vergabestelle richten. Dieser Widerspruch im Verwaltungsverfahren gilt als stillschweigend abgelehnt, wenn der Geschädigte innerhalb von 15 Tagen (bei Bauaufträgen gemäß Gesetzesdekret Nr. 405/93) bzw. 10 Tagen (bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen gemäß Gesetzesdekret Nr. 55/95) nach Einreichung keine Antwort erhält.

Bei erfolgreichem Widerspruch wird der betreffende Verstoß beseitigt und die legitimen Rechte und Interessen des Geschädigten wiederhergestellt; falls erforderlich, wird die Ausschreibung für nichtig erklärt.

4. Rechtsmittel vor dem Verwaltungsgericht

Entscheidungen der portugiesischen Verwaltungsbehörden, einschließlich solcher, die im Verlauf eines Vergabeverfahrens getroffen werden, unterliegen der ausschließlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Im Zusammenhang mit Vergabeverfahren enthalten die Gesetzesdekrete zur Umsetzung der materiell-rechtlichen Vergabebestimmungen (Nr. 405/93 und Nr. 55/95) in Bezug auf die Verfügbarkeit von Rechtsmitteln vor dem Verwaltungsgericht zwei Einschränkungen.

Erstens muss gegen den in Rede stehenden Verfahrensverstoß eine formale Beschwerde mit anschließendem Widerspruch im Verwaltungsverfahren eingelegt worden sein, und keines der beiden Verfahren darf zum Erfolg geführt haben. Diese außergerichtlichen Verfahren wurden bereits ausführlich erläutert.

Zweitens ist vor dem Verwaltungsgericht nur eine Klage gegen "die endgültige Entscheidung im Rahmen der öffentlichen Ausschreibung" möglich (Gesetzesdekret Nr. 405/93). Diese Anforderung könnte möglicherweise bedeuten, dass nur die endgültige Entscheidung über die Zuschlagserteilung angefochten werden kann, nicht aber andere, während des Vergabeverfahrens erfolgte Entscheidungen oder Handlungen. Allerdings läßt Artikel 55 Absatz 2 des Gesetzesdekrets Nr. 405/93 den Schluss zu, dass im Rahmen der Klage gegen die endgültige Zuschlagsentscheidung sämtliche Verstöße bzw. Unregelmäßigkeiten, die während des Vergabeverfahrens erfolgt sind, zur Sprache kommen können, wenn sie direkten Einfluß auf die endgültige Zuschlagsentscheidung hatten. Der Rechtsprechung des Obersten Verwaltungsgerichts zufolge ist auch die Entscheidung, einen bestimmten Bieter vom Verfahren auszuschließen, für sich allein genommen endgültig und kann somit Gegenstand einer Klage sein.

4.1 Einstweilige Verfügung

Die Klage vor dem Verwaltungsgericht führt nicht zur Aussetzung der angefochtenen Entscheidung und somit auch nicht zur Aussetzung ihrer Durchführung bzw. Vollstreckung. In Ausnahmefällen kann jedoch vor dem Verwaltungsgericht ein gesondertes Verfahren zur Aussetzung der Durchführung einer angefochtenen Verwaltungsentscheidung eingeleitet werden. Die Aussetzung wird nur angeordnet, wenn

- (a) die Durchführung der Entscheidung zu einem Schaden führt, der nur schwer wiedergutzumachen ist (*prejuízo de difícil reparação*);
- (b) die Aussetzung nicht zu einer gravierenden Beeinträchtigung der Interessen der Allgemeinheit führt, und

- (c) der Anscheinsbeweis für die Stichhaltigkeit der Klage erbracht wird.

Wenn das Gericht der Klage auf Aussetzung stattgibt, setzt es die Vergabestelle davon in Kenntnis. Die Entscheidung darf dann solange nicht durchgeführt werden, bis im Hauptsacheverfahren über die Klage entschieden wurde. Gleichwohl kann die Vergabestelle die Durchführung ihrer Entscheidung weiter betreiben, wenn sie den Nachweis erbringt, dass diese im Interesse der Allgemeinheit oder zur Vermeidung noch größerer Schäden dringend erforderlich ist. Wenn der öffentliche Auftraggeber keine hinreichende Begründung für die Nichtbeachtung der Aussetzungsanordnung liefert, kann das Verwaltungsgericht auf Ersuchen des Klägers die Aussetzung erneut anordnen.

In der Praxis ist es bei öffentlichen Vergabeverfahren extrem schwierig, die Aussetzung einer Entscheidung über die Zuschlagserteilung oder über den Ausschluß eines Bieters zu erwirken, da die Verwaltungsgerichte in der Regel davon ausgehen, dass der Kläger im Falle der späteren Nichtigerklärung auf jeden Fall durch Schadensersatzzahlungen entschädigt werden kann.

Die Verwaltungsgerichte legen das Konzept des "nur schwer wiedergutzumachenden Schadens" (*prejuízo de difícil reparação*) sehr restriktiv aus. Im Prinzip gibt es keinen Schaden, der nicht wiedergutzumachen wäre. Da die Aussetzung einer Entscheidung über die Zuschlagserteilung oder den Ausschluss eines Bieters eher unwahrscheinlich ist, werden auch nur wenige Klagen vor dem Verwaltungsgericht angestrengt. Dies erklärt die geringe Anzahl von portugiesischen Gerichtsentscheidungen zu Rechtsverstößen gegen die Vergabebestimmungen.

4.2 Aufhebung bzw. Nichtigerklärung

Ein geschädigter Bieter kann auf Nichtigerklärung der endgültigen Entscheidung über die Zuschlagserteilung klagen. Die Verwaltungsgerichte scheinen auch andere (während des Vergabeverfahrens erfolgte) Entscheidungen oder Handlungen für nichtig zu erklären, sofern diese direkten Einfluss auf die endgültige Entscheidung haben.

Das Verwaltungsgericht kann auch dann die endgültige Zuschlagsentscheidung für nichtig erklären, wenn der betreffende Vertrag bereits abgeschlossen (d.h. unterzeichnet) wurde. In diesem Fall gilt der Vertrag als aufgelöst, und die Vergabestelle kann eine neue Ausschreibung durchführen. Wenn der Vertrag jedoch bereits teilweise erfüllt wurde, kann der öffentliche Auftraggeber mit entsprechender Begründung die Durchführung der Nichtigerklärung verhindern. Als hinreichender Grund gilt zum einen die Unmöglichkeit

der Nichtigerklärung und zum anderen die erhebliche Beeinträchtigung des Interesses der Allgemeinheit.

4.3 Schadensersatz

Wer in einem Vergabeverfahren geschädigt wurde, kann den öffentlichen Auftraggeber auf Schadensersatz verklagen. Diese Klage ist vor dem *Tribunal Administrativo de Circulo* zu erheben.

Zur Zuerkennung und Quantifizierung von Schadensersatz im Rahmen öffentlicher Vergabeverfahren gibt es keine spezifischen Bestimmungen, d.h. es gelten die Vorschriften der Zivilprozessordnung. Danach kann sich die Schadensersatzpflicht auf den direkten Schaden (*danos emergentes*) erstrecken, der alle unmittelbar mit der Ausschreibung zusammenhängenden Angebotskosten umfasst, und möglicherweise auch auf den entgangenen Gewinn (*lucros cessantes*), d.h. den Nettogewinn, den der Bieter bei Zuschlagserteilung realisiert hätte.

Ersatz für den direkten Schaden und/oder entgangenen Gewinn wird nur insoweit zuerkannt, als der kausale Zusammenhang zwischen dem Verstoß gegen die Vergabebestimmungen und dem in Rede stehenden Schaden/Verlust nachgewiesen wird.

Bislang wurde von den portugiesischen Gerichten im Zusammenhang mit Verletzungen der Vergabevorschriften noch in keinem Fall Schadensersatz zuerkannt. Somit liegen auch noch keine gerichtlichen Leitlinien für die Zuerkennung und Quantifizierung von Schadensersatz vor.

5. Zugang zu den Verfahren

Nach den Grundsätzen des portugiesischen Rechts ist jede Partei "mit einem unmittelbaren Interesse" zur Klage vor dem Verwaltungsgericht befugt. Bei Vergabeverfahren dürften dies in jedem Fall alle Bieter sein, die ein Angebot für den

betreffenden Vertrag eingereicht haben. Andere potentiell interessierte Parteien, die nicht an der Ausschreibung teilgenommen haben, scheinen hingegen nicht klagebefugt zu sein.

6. Fristen

Gemäß Verwaltungsgerichtsordnung ist die Klage auf Nichtigklärung innerhalb von 2 Monaten vor dem Verwaltungsgericht zu erheben, wenn der Kläger in Portugal ansässig ist, und innerhalb von 4 Monaten, wenn er im Ausland ansässig ist. Diese Fristen beginnen in der Regel ab dem Zeitpunkt zu laufen, zu dem die betreffende Verwaltungsentscheidung zugestellt bzw. veröffentlicht wurde. In den Fällen, in denen die Behörde es versäumt, eine Entscheidung zu treffen oder sie bekanntzugeben, beträgt die Frist ein Jahr ab dem Zeitpunkt, zu dem die stillschweigende Ablehnung des Antrags unterstellt werden kann. Bei Vergabeverfahren läuft die Frist ab dem Zeitpunkt, zu dem der erforderliche Widerspruch im Verwaltungsverfahren (ausdrücklich oder stillschweigend) abgelehnt wurde.

Für jede Schadensersatzklage vor dem Verwaltungsgericht gilt der allgemeine (zivilrechtliche) Grundsatz, dass sie innerhalb von 3 Jahren nach Vorliegen des Klagegrundes erhoben werden muss.

7. Verfahren

7.1 Antrag auf einstweilige Verfügung oder Nichtigklärung

In den Artikeln 24 bis 58 der portugiesischen Verwaltungsgerichtsordnung sind alle Verfahrensvorschriften und Schritte festgelegt, die bei Stellung eines Antrags auf Nichtigklärung (einschließlich der Erwirkung einer Aussetzungsverfügung) zu beachten sind. Das gesamte Verfahren wird schriftlich durchgeführt, eine mündliche Verhandlung vor dem Gericht findet im allgemeinen nicht statt.

Eingeleitet wird eine Klage auf Nichtigklärung durch Einreichung einer Klageschrift (*recurso contencioso*) beim zuständigen Gericht. Dabei müssen u.a. der Klagegrund angegeben und die Rechtsvorschriften benannt werden, gegen die durch die Verwaltungsentscheidung verstoßen wurde. Weiter erforderlich sind genaue Angaben zu den Streitparteien und die Benennung aller interessierten dritten Parteien, die durch die Nichtigklärung zu Schaden kommen können (z.B. der erfolgreiche Bieter, dem der in Rede stehende Zuschlag erteilt wurde).

Die Vergabestelle muss innerhalb eines Monats nach Erhalt der Klageschrift ihre Klageerwiderung einreichen und dabei dem Gericht ihre Verwaltungsakte zum betreffenden Vergabeverfahren im Original oder in beglaubigter Kopie vorlegen. Nach Einreichung der Klageerwiderung (bzw. einen Monat nach Ablauf der dafür vorgesehenen Frist) werden die interessierten dritten Parteien aufgefordert, innerhalb von 20 Tagen ihre Erwiderung vorzulegen.

Nach Vorlage aller Klageerwiderungen und vor der Entscheidung des Gerichts müssen die Parteien ihre schriftlichen Parteivorbringen zur Rechtsauslegung einreichen. Zulässig

ist - abgesehen von Ausnahmefällen (z. B. wenn es um Verwaltungsentscheidungen lokaler oder regionaler Behörden geht) - nur der Urkundenbeweis, und (mit Zustimmung des Gerichts) der Sachverständigenbeweis. Während des Verfahrens wird der Verwaltungsrichter von der Staatsanwaltschaft unterstützt.

7.2 Klage auf Schadensersatz

Das Verfahren bei einer Schadensersatzklage vor dem Verwaltungsgericht wird in den Artikeln 71 und 72 der Verwaltungsgerichtsordnung festgelegt. Gemäß Artikel 72 finden die allgemeinen Bestimmungen der Zivilprozessordnung Anwendung. Dazu gehört zwingend die Möglichkeit der mündlichen Anhörung, es sei denn, der Sachverhalt wird von der beklagten Behörde ohne Widerspruch anerkannt.

In der Regel besteht das Verfahren der Schadensersatzklage aus drei Phasen: Austausch der Schriftsätze, erste Anhörung und Vorlage der Beweise, mündliche Verhandlung im Hauptsacheverfahren und Parteivorbringen. Das Gericht wird alle von den Parteien benannten Zeugen hören, die Prozessparteien (den Kläger und die beklagte Vergabestelle) selbst aber nur auf Ersuchen der jeweiligen Gegenpartei.

7.3 Verfahrensdauer

Verfahren vor dem Verwaltungsgericht dauern meist recht lange. Eine einstweilige Verfügung wird im Schnitt in einem Zeitraum von 3 Monaten erlassen, eine Klage auf Nichtigerklärung dauert mindestens 2 Jahre und eine Klage auf Schadensersatz mindestens 3 Jahre, ehe ein Endurteil ergeht.

7.4 Anwaltszwang

Abgesehen von Verwaltungsbehörden, die sich nicht nur von einem zugelassenen Anwalt, sondern auch von einem anderen Juristen mit abgeschlossenem Studium vertreten lassen können, besteht für die Streitparteien vor dem Verwaltungsgericht Anwaltszwang.

8. Verfahrenskosten

Beim Antrag auf Nichtigerklärung eines Vergabeverfahrens sind die Kosten des Verwaltungsverfahrens nicht übermäßig hoch. Bei Abweisung der Klage muss der geschädigte Bieter mit Gerichtskosten von maximal 120 000 PTE plus Auslagen rechnen.

Bei Schadensersatzklagen hingegen werden die Gerichtskosten (wie bei Verfahren vor dem Zivilgericht) auf der Grundlage des Streitwertes berechnet. In der Regel werden die

Kosten auf höchstens 1 % des Gesamtstreitwerts festgesetzt. Wenn zum Beispiel ein aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossener Bieter Klage auf vollumfänglichen Schadensersatz (real entstandene Kosten plus entgangener Gewinn) in Höhe von 100 Mio. PTE erhebt, betragen die Gerichtskosten etwa 1 Mio. PTE.

Die unterlegene Partei wird zur Übernahme der Gerichtskosten der erfolgreichen Partei verpflichtet. Je nach Komplexität des Falles und Höhe des Streitwerts setzt das Gericht diese Summe zwischen 30 % und 80 % der insgesamt anfallenden Gerichtskosten fest.

9. Berufung

Die *Tribunais Administrativos de Circulo* sind Verwaltungsgerichte erster Instanz; ihre Urteile können vor dem *Supremo Tribunal Administrativo* angefochten werden. Dieses Oberste Verwaltungsgericht fungiert sowohl als Gericht erster Instanz wie auch als Berufungsinstanz. In seiner Funktion als Berufungsgericht ist das *Supremo Tribunal Administrativo* gleichzeitig auch die letzte Instanz. Wenn es als erstinstanzliches Gericht angerufen wird, ist Berufung vor dem *Pleno da Secção di Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo* möglich.

Berufung kann eingelegt werden von der unterlegenen Partei, von einer direkt durch das Urteil geschädigten Person und von der Staatsanwaltschaft; die Frist beträgt 10 Tage nach Verkündung des Urteils. Die Berufungsbegründung ist innerhalb von 20 Tagen nach Zulassung der Berufung durch das Gericht einzureichen.

10. Urteilsvollstreckung

Gemäß der portugiesischen Verfassung und der Verwaltungsgerichtsordnung sind die Verwaltungsbehörden grundsätzlich zur Befolgung aller Entscheidungen der Verwaltungsgerichte verpflichtet, mit denen eine Verwaltungsentscheidung für nichtig erklärt wird. Dies umfasst die Verpflichtung, die angefochtene Entscheidung durch eine gültige zu ersetzen und die Folgen der für nichtig erklärten Handlung zu korrigieren. Wenn die Vergabestelle der gerichtlichen Nichtigerklärung nicht innerhalb von 30 Tagen Folge leistet, kann der Kläger (innerhalb einer Frist von 3 Jahren) die Durchführung dieser Gerichtsentscheidung beantragen. Dann muss die Vergabestelle der Gerichtsentscheidung innerhalb von 60 Tagen nach dem entsprechenden Antrag Folge leisten. Kommt sie auch dieser Verpflichtung nicht nach, kann sich der Kläger wiederum an das Verwaltungsgericht wenden und weitere Rechtsbehelfe einlegen, darunter auch die Klage auf Schadensersatz.

Der öffentliche Auftraggeber kann jederzeit gute Gründe für die Nichtbefolgung einer Gerichtsentscheidung geltend machen (z.B. die Gefahr einer erheblichen Beeinträchtigung des Interesses der Allgemeinheit). Liegen solche Gründe nicht vor, so kann die konsequente Nichtbefolgung von Gerichtsentscheidungen letztlich zu zivilrechtlichen, disziplinarischen oder auch zu strafrechtlichen Sanktionen gegen die gesetzlichen Vertreter der Vergabebehörde führen.

Nützliche Adressen

1. Ausgewählte Verwaltungsgerichte in Portugal:

Administrative Circle Court of Coimbra
Rua da Sofia 149-4
3000 Coimbra

Tel: 039 20 140
Fax: 039 28 191

Administrative Circle Court of Lisbon
Escadinhas de S Crispin 7-3
1100 Lisboa

Tel: 01 887 6741
Fax: 01 888 3455

Administrative Circle Court of Opporto
Rua Santo Ildefonso 501
4000 Porto

Tel: 02 510 2391
Fax: 02 510 2395

Supreme Administrative Court
Rua S Pedro de Alcântara 75
1250 Lisboa

Tel: 01 346 7797
Fax: 01 346 6129

2. Für die Überwachung von Vergabeverfahren verantwortliche Ministerien:

Ministry of Equipment, Planning and Territorial Administration
Rua de São Mamede ao Caldas 21
1100 Lisboa

Tel: 01 886 1119
Fax: 01 886 7622

Ministry of Finance

Tel: 01 888 5176

Rua da Alfandega

Fax: 01 886 2360

1100 Lisboa

3. Schlichtungsgremien

Associação Comercial de Lisboa

Tel: 01 342 3277

Rua das Portas de Santo Antão 89

Lisboa

Cento de Arbitragem de Conflitos de Consumo da Cidade de Lisboa Tel: 01 888 3535

Largo do Chão do Loureiro

Lisboa

Ordem dos Advogados

Tel: 01 886 7152

Largo de São Domingos 14-1

Lisboa

SPANIEN

**Erstellt von Herbert Smith (Brüssel)
und Buffete Armero (Madrid), 1997**

INHALT

	Seite
1.	
zung der Rechtsmittelrichtlinien	Umset
2.	
ndige Gremien	Zustä
3.	
vorgeschaltete Verwaltungsverfahren	Das
4.	
Verfügung stehende Rechtsmittel	Zur
4.1 Aussetzung	
4.2 Aufhebung bzw. Nichtigerklärung	
4.3 Schadensersatz	
5. Zugang zu den Verfahren	
6.	
n	Friste
7.	
hren	Verfa
	7.1
auf einstweilige Verfügung	Antrag
	7.2
ge Klagen vor dem Verwaltungsgericht	Sonsti
	7.3
rensdauer	Verfah
	7.4
tszwang	Anwal

8.

hrensken

Verfa

9.

ung

Beruf

10. **Urteilsvollstreckung**

Anhang 1: Nützliche Adressen

SPANIEN

1. Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien

Die Umsetzung der materiell-rechtlichen Bestimmungen der Vergaberichtlinien 93/36 (öffentliche Lieferaufträge), 93/37 (Baufträge) und 92/50 (Dienstleistungsaufträge) ins spanische Recht erfolgte durch das Gesetz 13/1995: *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Die spanische Regierung geht davon aus, dass die Rechtsmittelrichtlinie 89/669 durch verschiedene Verfahrensbestimmungen, die seit langem in Kraft sind, bereits umgesetzt ist und dass somit keine spezifischen Maßnahmen erforderlich sind.

Spanien hat eine lange Tradition der Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen, die im Zuge öffentlicher Vergabeverfahren durch Behörden getroffen werden. Das heißt, die in Richtlinie 89/665 vorgesehenen Rechtsmittel stehen bereits zur Verfügung, und zwar hauptsächlich durch die folgenden beiden Gesetze:

- i Das Verwaltungsverfahrensgesetz (*Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*) (Gesetz Nr. 30/1992), das die Rechtsmittel- und Berufungsverfahren gegen die Handlungen eines Verwaltungsorgans in einem vorgeschalteten "Verwaltungsverfahren" regelt; sowie
- ii die Verwaltungsgerichtsordnung (*Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*), die die Klageverfahren vor den Verwaltungsgerichten nach Erschöpfung des außergerichtlichen Verwaltungsverfahrens regelt.

Die Umsetzung der (für den Sektorenbereich geltenden) Rechtsmittelrichtlinie 92/13 in das spanische Recht ist noch nicht erfolgt, obwohl dies eigentlich bis zum 1. Januar 1996 hätte geschehen müssen. Dies spiegelt die Tatsache wider, dass auch die materiell-rechtlichen Bestimmungen der "Sektoren"-Richtlinien 90/531 und 93/38 selbst noch nicht in spanisches Recht umgesetzt wurden. Die Umsetzung der Richtlinie 92/13 wird besondere Vorkehrungen erfordern, damit sichergestellt ist, dass Rechtsmittel auch bei Vergabeverfahren privater Sektorenauftraggeber zur Verfügung stehen, für die die oben genannten Verwaltungsgesetze nicht gelten. Die folgenden Abschnitte konzentrieren sich auf die Rechtsmittel, die gegen öffentliche Auftraggeber (einschließlich Versorgungsunternehmen, die der Definition eines öffentlichen Auftraggebers entsprechen) zur Verfügung stehen.

2. Zuständige Gremien

Nach den spanischen Gesetzen müssen Personen, die sich gegen Handlungen und Entscheidungen eines Verwaltungsorgans wehren wollen, grundsätzlich zunächst einmal die betreffende Behörden bzw. deren vorgesetzte Stelle anrufen. Dieses "vorgeschaltete Verwaltungsverfahren" wird in Abschnitt 3 beschrieben.

Nach Beendigung des vorgeschalteten Verwaltungsverfahrens kann ein im Rahmen eines Vergabeverfahrens Geschädigter vor dem Verwaltungsgericht Klage gegen den öffentlichen Auftraggeber erheben. Welche Kammer für die Klage zuständig ist, hängt von der Art der Vergabestelle und von der angefochtenen Entscheidung ab. So ist eine Klage gegen Entscheidungen des Ministerrates und gegen Organe der Zentralregierung üblicherweise vor der *Sala Tercera del Tribunal Supremo* oder der *Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional* zu erheben. Klagen gegen die Entscheidungen lokaler oder regionaler Behörden sind im Allgemeinen vor den *Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia* der betreffenden Region zu erheben.

3. Das vorgeschaltete Verwaltungsverfahren

In den meisten Fällen muss ein sich geschädigt fühlender Bieter zunächst beim Auftraggeber formale Beschwerde über den behaupteten Verstoß gegen die Vergabebestimmungen erheben. Diese Beschwerde ist entweder direkt an die Vergabestelle oder an deren vorgesetzte Behörde zu richten. Letztere entscheidet in der Regel über Verwaltungsbeschwerden.

Nur in einigen wenigen Sonderfällen kann auf diese vorgeschaltete Verwaltungsbeschwerde verzichtet werden, z. B. wenn der in Rede stehende Verwaltungsakt von einer Stelle vorgenommen wurde, der keine weitere Behörde mehr übergeordnet ist (wie dem Ministerrat oder einem Ministerium der Zentralregierung). In diesen Fällen kann der Geschädigte direkt das Verwaltungsgericht anrufen.

Zur Erhebung einer Verwaltungsbeschwerde ist jede Person berechtigt, deren Rechte bzw. legitime Interessen durch die angefochtene Verwaltungsentscheidung beeinträchtigt werden können, d. h. jeder, der an einem Vergabeverfahren (egal in welcher Phase) teilgenommen hat oder gern teilgenommen hätte.

Die Frist zur Einreichung der Beschwerde beträgt im Allgemeinen einen Monat ab dem Zeitpunkt der Zustellung bzw. Veröffentlichung der angefochtenen Entscheidung. Wenn der Rechtsverstoß im Versäumnis der Bekanntmachung im Amtsblatt besteht, beginnt die Frist erst ab dem Zeitpunkt zu laufen, zu dem der Geschädigte Kenntnis davon erhielt, dass eine bestimmte Handlung (z. B. eine Zuschlagsentscheidung) ohne Veröffentlichung vorgenommen wurde.

Die formale Beschwerdeerhebung hat keinen Suspensiveffekt und verpflichtet die Vergabestelle auch nicht dazu, die Durchführung bzw. die Wirkungen der angefochtenen Handlung oder Entscheidung auszusetzen. Gleichwohl kann der Geschädigte eine solche vorläufige Aussetzung fordern. Bei der Entscheidung über einen solchen Antrag hat die Vergabestelle abzuwägen, ob der damit möglicherweise der Allgemeinheit oder Dritten entstehende Schaden höher ist als der Schaden, der dem Beschwerdeführer bei sofortiger Durchführung der strittigen Entscheidung zu entstehen droht. In der Regel wird die

Aussetzung nur dann gewährt, wenn die Durchführung der angefochtenen Entscheidung einen Schaden verursachen kann, der nicht oder zumindest nur schwer wiedergutzumachen ist (*perjuicios de imposible o difícil reparación*). Wenn die Behörde nicht innerhalb von 30 Tagen über den Antrag auf Aussetzung entscheidet, gilt die angefochtene Handlung als ausgesetzt.

Die Verwaltungsorgane geben Anträgen auf Aussetzung nur ungern statt. In der Regel weigern sie sich, die Wirkungen der von ihnen getroffenen Entscheidungen auszusetzen. Das heißt, die Einlegung einer Verwaltungsbeschwerde führt meist nicht dazu, dass die Durchführung der angefochtenen Entscheidung aufgeschoben wird. Für Vergabeverfahren bedeutet dies, dass eine Verwaltungsbeschwerde den öffentlichen Auftraggeber nicht an der Fortsetzung des Vergabeverfahrens (und letztlich an der Zuschlagserteilung und am Vertragsabschluss) hindert.

Nach Einlegung der Beschwerde muss der Auftraggeber innerhalb von drei Monaten entscheiden, ob er der Beschwerde stattgibt (und das Verfahren entsprechend korrigiert) oder sie zurückweist. Er muss dem Kläger seine begründete Entscheidung zur Kenntnis bringen. Versäumt er dies, so gilt die Beschwerde als stillschweigend zurückgewiesen (bzw. in Ausnahmefällen als anerkannt). In den meisten Fällen gilt eine Beschwerde, wenn der Beschwerdeführer innerhalb von 3 Monaten keine Antwort von der Vergabestelle erhält, als stillschweigend zurückgewiesen.

Mit der (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Zurückweisung der Beschwerde ist das vorgeschaltete Verwaltungsverfahren abgeschlossen. Erst dann kann der Geschädigte das Verwaltungsgericht anrufen. Im Rest dieses Kapitels werden die Rechtsmittel behandelt, die vor den Verwaltungsgerichten zur Verfügung stehen.

4. Zur Verfügung stehende Rechtsmittel

4.1 Aussetzung

Gemäß der Verwaltungsgerichtsordnung (*Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*) kann der Geschädigte einen Antrag auf einstweilige Verfügung zur Aussetzung der Durchführung der angefochtenen Verwaltungsentscheidung stellen. Im öffentlichen Vergabewesen kann sich die Aussetzung auf jede Verwaltungshandlung bzw. -entscheidung im Rahmen eines Vergabeverfahrens beziehen. Das Gericht kann dem Antrag stattgeben, wenn die Durchführung der Entscheidung zu einem Schaden führen würde, der nicht oder nur schwer wiedergutzumachen ist (*perjuicios de imposible o difícil reparación*).

Aus der Rechtsprechung ergibt sich, dass die spanischen Verwaltungsgerichte je nach Lage des Falls über die Aussetzung eines Verwaltungsaktes entscheiden. Vor dem Hintergrund des Grundsatzes der pflichtgemäßen Vertragserfüllung und der Bedeutung, die dem Interesse der Allgemeinheit beigemessen wird, ist die Anordnung vorläufiger Maßnahmen traditionell eher die Ausnahme als die Regel. Einige Urteile neueren Datums lassen allerdings den Schluss zu, dass die Gerichte tendenziell keinen so rigiden Ansatz mehr verfolgen und bei der Abwägung der Interessen des Klägers gegenüber denen der öffentlichen Verwaltung und denen der Allgemeinheit insgesamt mehr Ausgewogenheit walten lassen.

Bislang wurden im Bereich öffentliches Vergabewesen nur wenige Anträge auf Aussetzung des Verfahrens gestellt. Mindestens ein Fall lässt den Schluss zu, dass die Gerichte bei öffentlichen Bauaufträgen zögerlich sind, gegen das Interesse der Allgemeinheit an der Fertigstellung des Auftrags zu entscheiden.

Ein geschädigter Bieter muss nachweisen, dass er ohne Aussetzung der angefochtenen Handlung einen Schaden erleiden wird, der nicht oder nur schwer wiedergutzumachen ist. In der Regel wird der Geschädigte hier anführen, ohne die Aussetzung des Verfahrens werde es zu einem Vertragsabschluss kommen, ohne dass er die Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt habe. Dem können die Gerichte entgegenhalten, dass der Verlust dieser Chance durchaus durch Schadensersatzzahlungen zu kompensieren ist, insbesondere da es sich im Wesentlichen um ein wirtschaftliches Interesse des Geschädigten handelt. Dieses Thema ist jedoch noch nicht abschließend durch die Gerichte geklärt.

Wenn das Gericht dem Antrag auf Aussetzung stattgibt, kann es von der klagenden Partei eine Schadensersatz-Gegenverpflichtung verlangen für den Fall, dass die Klage im Hauptsacheverfahren abgewiesen wird.

4.2 Aufhebung bzw. Nichtigkeitserklärung

Ein sich geschädigt fühlender Bieter kann das Gericht um Nichtigkeitserklärung von Verwaltungsakten ersuchen, die gegen die Vergabebestimmungen verstoßen. Nach dem Grundsatz der *actos separables* unterliegen solche Handlungen allein der Verwaltungsgerichtsbarkeit, auch wenn der abzuschließende Vertrag privatrechtlichen Charakter hat.

Ein öffentlicher Auftraggeber, dem die Nichtigkeitserklärung einer seiner Handlungen droht, hat in der Regel die Möglichkeit, diese Handlung zu korrigieren. Wenn der Rechtsverstoß z.B. im ungerechtfertigten Ausschluss eines Bieters aus einem beschränkten Ausschreibungsverfahren besteht, kann die Vergabestelle diesen Verstoß durch eine nachträgliche Aufforderung des ausgeschlossenen Bieters zur Abgabe eines Angebots beheben. Nur bei Vorliegen eines Grundes für die "absolute Nichtigkeit" ist es der Vergabestelle nicht mehr möglich, die Handlung auf diese Weise zu korrigieren. Bei Vergabeverfahren liegen die Gründe für die absolute Nichtigkeit nur selten vor.

Wenn der in Rede stehende Vertrag noch nicht unterzeichnet wurde, führt die Nichtigkeitserklärung eines oder mehrerer *actos separables* dazu, dass der entsprechende Vertrag vor Korrektur des Verstoßes nicht eingegangen werden kann. Theoretisch bedeutet die Nichtigkeitserklärung eines Verwaltungsaktes bei Vergabeverfahren, dass ein aufgrund dieses Verwaltungsaktes geschlossener Vertrag ebenfalls nichtig ist. Wenn die Nichtigkeitserklärung jedoch zu einer "schwerwiegenden Störung" der öffentlichen

Dienstleistungen führen würde, kann die Vergabestelle erklären, dass der in Rede stehende Vertrag vorübergehend einzuhalten und zu erfüllen ist.

4.3 Schadensersatz

Wer im Verlauf eines Vergabeverfahrens zu Schaden gekommen ist, kann den öffentlichen Auftraggeber auf Schadensersatz verklagen. Dazu muss er sich zunächst im Rahmen des vorgeschalteten Verwaltungsverfahrens (siehe Abschnitt 3) an den Auftraggeber selbst wenden. Ist dieses Vorgehen erfolglos, kann der Geschädigte Klage vor dem Verwaltungsgericht erheben.

Zunächst muss der Kläger nachweisen, dass er einen realen Schaden oder Verlust erlitten hat, der durch das Verhalten der Vergabestelle herbeigeführt wurde. Der Anspruch auf Schadensersatz kann sich auf den direkten Verlust (wie die Angebotskosten) und auch auf den entgangenen Gewinn (den der Geschädigte ohne den Rechtsverstoß realisiert hätte) erstrecken.

Nach spanischem Recht wird Schadensersatz für entgangenen Gewinn in der Regel nur dann zugesprochen, wenn der Bieter bei rechtmäßiger Entscheidung den Zuschlag hätte erhalten müssen, denn nur in diesem Fall ist von einem realen, direkten Verlust auszugehen. Mit anderen Worten: der Kläger muss nachweisen, dass er bei ordnungsgemäßem Verlauf des Vergabeverfahrens den Zuschlag erhalten hätte. Allein die Tatsache, dass er mit der Erteilung des Zuschlags gerechnet hat, ist hier nicht ausreichend.

Typischerweise führt der Bieter in einem solchen Rechtsstreit an, dass er – nach ordnungsgemäßer Einreichung des Angebots - ungerechtfertigterweise aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen oder in der letzten Phase des Verfahrens auf unfaire Weise diskriminiert wurde, obwohl sein Angebot das niedrigste war. In einem solchen Fall müsste er den Nachweis erbringen, dass er infolge des Verstoßes gegen die Vergabebestimmungen einen realen, wirtschaftlichen Schaden erlitten hat. Gemäß den Grundsätzen des spanischen Rechts überprüft das Gericht zunächst, ob die Rechtsstellung des Klägers nicht auf andere Weise wiederherzustellen ist, z. B. durch erneute Zulassung zum Vergabeverfahren. Dies ist unter Umständen allerdings nicht mehr möglich, zum Beispiel wenn der Vertrag bereits mit einer dritten Partei abgeschlossen wurde und seine Aufhebung nicht im Interesse der Allgemeinheit liegt. In einem solchen Fall würde die Zuerkennung von Schadensersatz eine (mit den angeführten Grundsätzen des spanischen Rechts im Einklang stehende) angemessene Wiedergutmachung darstellen.

Der Kläger dürfte größere Probleme haben, seinen Anspruch auf Schadensersatz durchzusetzen, wenn der Verstoß im Versäumnis der Bekanntmachung im EU-Amtsblatt besteht. Selbst wenn ein Unternehmen ein grundsätzliches Interesse an diesem nicht bekannt gegebenen Vergabeverfahren gehabt hätte, wären ihm infolge des Verstoßes ja weder Angebotskosten noch ein direkter Verlust entstanden. In einem solchen Fall dürfte es dem Kläger schwer fallen, einen infolge des Versäumnisses der Bekanntmachung

erlittenen realen und persönlichen Schaden nachzuweisen. Diese Frage wird nur durch die konkrete Rechtsprechung zu klären sein.

5. Zugang zu den Verfahren

Jede Partei mit einem direkten Interesse an den Folgen einer Verwaltungsentscheidung kann diese vor einem Verwaltungsgericht anfechten, vorausgesetzt, das vorgeschaltete Verwaltungsverfahren wurde bereits ohne Erfolg durchlaufen. Bei öffentlichen Vergabeverfahren wird jeder Partei, die (beispielsweise als Bieter) am Verfahren teilgenommen hat, das erforderliche direkte Interesse am Ergebnis unterstellt. Manche Juristen vertreten die Meinung, wer nicht am Verfahren teilgenommen habe, könne kein direktes Interesse nachweisen. Wenn aber der Verstoß im Versäumnis der Bekanntgabe im EU-Amtsblatt besteht, dürften Unternehmen, die sich auf die betreffenden Produkte oder Dienstleistungen spezialisiert haben, durchaus in der Lage sein, das erforderliche Interesse an der Anfechtung eines nicht bekannt gegebenen Vergabeverfahrens nachzuweisen.

6. Fristen

Die Fristen für die Klageerhebung vor dem Verwaltungsgericht hängen davon ab, auf welche Weise das vorgeschaltete Verwaltungsverfahren zum Abschluss gebracht wurde. Bei expliziter Ablehnung der Verwaltungsbeschwerde beträgt die Frist zwei Monate ab dem Tag, an dem dem Geschädigten der ablehnende Bescheid zugestellt wurde. Bei stillschweigender Ablehnung der Beschwerde kann der Geschädigte innerhalb eines Jahres nach dem Zeitpunkt klagen, zu dem die stillschweigende Ablehnung als erteilt gilt.

In den Fällen, in denen das vorgeschaltete Verwaltungsverfahren nicht erforderlich ist (z. B. wenn der Vergabestelle keine weitere Behörde übergeordnet ist) beträgt die Frist zwei Monate ab dem Datum, zu dem die angefochtene Verwaltungsentscheidung bekannt gegeben bzw. veröffentlicht wurde.

7. Verfahren

7.1 Antrag auf einstweilige Verfügung

Nach Artikel 123 der Verwaltungsgerichtsordnung müssen der Anwalt des beklagten Auftraggebers und alle dem Rechtsstreit beigetretenen Parteien innerhalb von fünf Tagen nach Beantragung der Aussetzung vor dem Gericht gehört werden. Erhebt der Anwalt des beklagten Auftraggebers unter Verweis auf die Beeinträchtigung des Interesses der Allgemeinheit Einspruch gegen die Aussetzung, kann das Gericht dem Antrag erst nach Benachrichtigung des Ministeriums bzw. der Behörde, die den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen hat, stattgeben.

Nachdem der Anwalt der beklagten Partei seinen Schriftsatz (mit dem er gegen die Aussetzung Einspruch erhebt) eingereicht hat bzw. wenn 15 Tage verstrichen sind, ohne dass dies geschehen ist, fällt das Gericht sein Urteil. Bei Gewährung der Aussetzung wird der Kläger zur Wiedergutmachung aller eventuell der Allgemeinheit oder dritten Parteien

entstehenden Schäden verpflichtet. Dazu muss er einen Geldbetrag beim Gericht hinterlegen oder eine vergleichbare Sicherheit leisten. Wie lange das Gericht bis zur Urteilsverkündung braucht, ist schwer vorherzusagen; in der Regel werden es zwei bis drei Monate sein.

7.2 Sonstige Klagen vor dem Verwaltungsgericht

Das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht wird durch eine kurze Klageschrift zum Sachinhalt des Falles eingeleitet. Der Klageschrift sind folgende Unterlagen beizufügen: die Vollmachtsurkunde des Prozessbevollmächtigten des Klägers (*procurador*), eine Kopie des angefochtenen Verwaltungsaktes und eine Kopie der Mitteilung des Klägers an den Auftraggeber über seine Absicht zur Klageerhebung.

Nach ordnungsgemäßer Einreichung der Klage gibt das Gericht diese im zuständigen Amtsblatt bekannt. Desweiteren fordert das Gericht vom öffentlichen Auftraggeber eine Kopie der Verwaltungsakte an, die dieser innerhalb von 20 Tagen einzureichen hat.

Nach Erhalt der Verwaltungsakte stellt das Gericht diese dem Kläger zu. Der Kläger reicht dem Gericht innerhalb von 20 Tagen seinen ausführlichen Klageantrag ein, und die Vergabestelle sowie jede eventuelle weitere dem Rechtsstreit beigetretene Partei legen innerhalb weiterer 20 Tage ihre Erwiderung vor. Klageantrag und Erwiderung müssen eine Sachverhaltsdarstellung, die Angabe der rechtlichen Gründe und die Ansprüche der jeweiligen Partei enthalten; relevantes Beweismaterial ist entweder beizufügen oder es ist auf die entsprechenden Dokumente zu verweisen.

Eine mündliche Verhandlung findet statt, wenn beide Parteien dies beantragen bzw. wenn das Gericht es für erforderlich hält. Andernfalls legt jede Partei in einem kurzen Vorbringen die Fakten, die angeführten Beweise und die rechtlichen Gründe dar, auf die sie ihre Forderungen stützt. Das Gericht muss sein Urteil innerhalb von 10 Tagen nach der mündlichen Verhandlung bzw. nach dem festgesetzten Termin zur Prüfung der Schriftsätze fällen.

7.3 Verfahrensdauer

Über die Aussetzung eines Vergabeverfahrens entscheidet das Verwaltungsgericht in der Regel innerhalb von zwei bis drei Monaten. Der Zeitraum bis zum Endurteil variiert von Fall zu Fall. Erstinstanzliche Entscheidungen werden zumeist im Verlauf eines Jahres gefällt. Die Dauer hängt natürlich auch von der Arbeitsbelastung des Gerichts ab. Dazu ist anzumerken, dass die spanischen Gerichte gegenwärtig sehr stark überlastet sind und die Zahl der anhängigen Fälle steigt. Wenn Berufung vor dem *Tribunal Supremo* eingelegt wird, dauert das Verfahren entsprechend länger.

7.4 Anwaltszwang

Bei der Beschwerde vor einem Verwaltungsorgan bzw. dessen übergeordneter Behörde im Rahmen des vorgeschalteten Verwaltungsverfahrens besteht kein Anwaltszwang. Vor den spanischen Verwaltungs- und Zivilgerichten ist jedoch die Hinzuziehung eines Rechtsbeistands Pflicht. Bei Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ist die Bestellung eines Prozessbevollmächtigten (*procurador*, s.u.) ratsam, aber nicht zwingend; bei

Verfahren vor dem Zivilgericht und dem *Tribunal Supremo* hingegen ist sie zwingend erforderlich.

8. Verfahrenskosten

Den Großteil der Kosten bei Gerichtsverfahren machen die Gebühren für die Anwälte und den *procurador* aus. Der *procurador* vertritt die Parteien vor Gericht und ist zuständig für das Einreichen und den Empfang der (durch die Rechtsanwälte erstellten) Unterlagen der Partei, die er vertritt.

Die Höhe der Gerichtskosten hängt natürlich von der Komplexität und Dauer des Verfahrens ab. In der Regel verpflichtet das Verwaltungsgericht die unterlegene Partei nicht zur Übernahme der Kosten der erfolgreichen Partei. Gemäß der Verwaltungsgerichtsordnung ist eine solche Anordnung nur zulässig, wenn der Kläger bösgläubig gehandelt hat.

Vor den Zivilgerichten hingegen muss die unterlegene Partei in der Regel die Rechtskosten der erfolgreichen Partei übernehmen. Wird einer Klage nur teilweise stattgegeben, muss zumeist jede Partei die eigenen Kosten tragen. Die Höhe der auferlegten Kosten wird gemäß den Bestimmungen der Zivilprozessordnung festgesetzt.

9. Berufung

Gegen die erstinstanzlichen Entscheidungen der *Audiencia Nacional* und des *Tribunal Superior de Justicia* kann das *Tribunal Supremo* angerufen werden. Dies ist allerdings nur unter bestimmten Rechtsvoraussetzungen möglich, z.B. bei Rechtsmissbrauch, Verletzung grundlegender Verfahrensbestimmungen bzw. gesetzlicher Bestimmungen oder Verstoß gegen Grundsätze der Rechtslehre bei der Beurteilung des Falls.

Der Antrag muss unter Angabe der Gründe innerhalb von 10 Tagen bei dem Gericht gestellt werden, das das angefochtene Urteil erlassen hat. Nur Parteien, die am Verfahren der ersten Instanz beteiligt waren, können dieses Rechtsmittel einlegen. Nachdem das *Tribunal Supremo* die Unterlagen erhalten hat, werden die Parteien ersucht, innerhalb von 30 Tagen ausführliche Schriftsätze vorzulegen.

10. Urteilsvollstreckung

Die öffentlichen Behörden sind grundsätzlich dazu verpflichtet, unverzüglich alle zur Befolgung eines Gerichtsurteils erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen. Nur bei Vorliegen besonders außergewöhnlicher Umstände können sie dies verweigern oder hinauszögern. Dazu ist jedoch in jedem Fall die Zustimmung des Ministerrates erforderlich. Wenn das Urteil die Zahlung eines Geldbetrags umfasst (z. B. Schadensersatzleistungen), muss der öffentliche Auftraggeber innerhalb eines Monats (nach Zustellung des Gerichtsurteils) die entsprechenden Maßnahmen einleiten.

Sollte der öffentliche Auftraggeber den gesetzlichen Bestimmungen zur Befolgung eines Urteils nicht nachkommen, können die daran beteiligten Mitarbeiter persönlich und direkt haftbar gemacht werden. In der Regel wird das Gericht zunächst Anordnungen treffen, die auf die Befolgung des Urteils hinwirken sollen; wird dem Urteil nach 6 Monaten immer noch nicht Folge geleistet, werden strengere Maßnahmen angeordnet. Die übliche

Sanktion besteht darin, die Vergabestelle zur Entschädigungsleistung an den Kläger für die Nichtbefolgung des Urteils zu verpflichten. Das Gericht ist jedoch nicht zur Beschlagnahme von Eigentum der öffentlichen Hand befugt.

In den meisten Fällen wird die Vergabestelle einem gegen sie erlassenen Urteil ohne nennenswerte zeitliche Verzögerung nachkommen. Sollte sie sich jedoch weigern, kann die Durchsetzung des Urteils mehrere Monate dauern.

Nützliche Adressen

1. Ausgewählte Verwaltungsgerichte

Sala Tercera de lo Contencioso del Tribunal Supremo
Plaza Villa de Paris, s/n
28004 Madrid

Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional
c/ Prim 12
28004 Madrid

Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid
c/ General Castaños no 1
28004 Madrid

Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia de Barcelona
c/ Paseo Luis Company s/n
08071 Barcelona

Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia de Valencia
c/ Plaza Puerta del Mar s/n
46003 Valencia

Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia de Bilbao
c/ Buenos Aires no 4 4-6
48007 Bilbao

2. Für das öffentliche Vergabewesen zuständiges Ministerium

Junta Consultiva de Contratación Administrativa Ministerio de Economía y Hacienda
c/ Velazquez no 50
29001 Madrid

SCHWEDEN

**erstellt von Herbert Smith (Brüssel)
und Advokatfirman Delphi (Stockholm), 1997**

INHALT

Seite

1. **Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien**
2. **Zuständige Gremien**
3. **Zur Verfügung stehende Rechtsmittel**
 - 3.1 Einstweilige Verfügung
 - 3.2 Aufhebung
 - 3.3 Schadensersatz
 - 3.3.1 *Zuerkennung von Schadensersatz*
 - 3.3.2 *Bemessung der Schadenshöhe*
4. **Zugang zu den Verfahren**
5. **Fristen**
6. **Verfahren**
 - 6.1 Mitteilungspflicht
 - 6.2 Klage vor dem Verwaltungsgericht
 - 6.3 Klage vor dem Bezirksgericht
 - 6.4 Verfahrensdauer
 - 6.5 Anwaltszwang

7. **Verfahrenskosten**
8. **Berufung**
9. **Urteilstvollstreckung**
10. **Gesetz über Vollstreckungsmaßnahmen bei rechtswidrigen Vergabepraktiken**

Anhang 1 Nützliche Adressen

SCHWEDEN

1. Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien

Die EU-Vergaberichtlinien wurden durch das Vergabegesetz umgesetzt, das am 1. Januar 1994³⁵ in Kraft trat und auf nach diesem Zeitpunkt eingeleitete Vergabeverfahren Anwendung findet. Die Rechtsmittelrichtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG sind in Kapitel 7 des Vergabegesetzes umgesetzt.

Das Vergabegesetz findet grundsätzlich auf alle öffentlichen Vergabeverfahren Anwendung, d.h. auch auf Aufträge, die nicht unter die EU-Richtlinien fallen (z. B. weil ihr Wert unterhalb der festgesetzten Schwellen liegt).

2. Zuständige Gremien

Bei Verstößen gegen das Vergabegesetz ist vor dem zuständigen Verwaltungsgericht (*Länsrätt*) eine "Klage auf Nachprüfung" einzuleiten. Dem Vergabegesetz zufolge ist das Verwaltungsgericht zuständig, in dessen Gerichtsbezirk der Auftraggeber ansässig ist.

Der Anspruch auf Schadensersatz hingegen wird vor dem zuständigen Bezirksgericht (*Tingsrätt*) geltend gemacht; auch hier ist das Gericht zuständig, in dem der Auftraggeber ansässig ist.

Während man sich also in Schweden mit Forderungen auf Nachprüfung und Schadensersatz an die Gerichte wenden muss, wurde die Zuständigkeit für die allgemeine Überwachung von öffentlichen Vergabeverfahren, die unter den Anwendungsbereich des Vergabegesetzes fallen, unlängst einem neuen Organ übertragen, dem Schwedischen Rat für öffentliches Auftragswesen (*Nämnden för Offentlig Upphandling*).

Zur Erfüllung dieser Überwachungsfunktion wurde der Rat für öffentliches Auftragswesen mit umfassenden Kompetenzen ausgestattet. So kann er die Vorlage von Informationen verlangen, die zur Wahrnehmung seiner Überwachungsaufgaben erforderlich sind. Diese Informationen werden in erster Linie schriftlich angefordert, können (in Ausnahmefällen) aber auch durch Besuche vor Ort erhoben werden. Der angesprochene Vertragspartner ist zur Vorlage der angeforderten Unterlagen verpflichtet.

Das dieser Überwachungsfunktion des Rates zugrundeliegende Ziel besteht darin, der schwedischen Regierung bzw. der Europäischen Kommission angemessene Informationen zu liefern. Der Europäischen Kommission sind z. B. dann Informationen zu liefern, wenn diese zur Überprüfung der Umsetzung der EU-Richtlinien zur öffentlichen Auftragsvergabe die schwedische Regierung um solche ersucht. Die schwedische Regierung hat auf jeden Fall ein grundsätzliches Interesse an Informationen über die Praktiken im öffentlichen

³⁵ Lag (1992:1528) om offentlig upphandling, geändert durch Lag 1993:1468, 1994:614, 1995:704 und 1996:433. Weitere Änderungen traten am 1. Januar 1998 in Kraft (Lag 1997:1068).

Vergabewesen. Darüber hinaus unterstützt der Rat öffentliche Auftraggeber, aber auch Unternehmen und Einzelpersonen und liefert Informationen über Auslegung und Anwendung der Vergabebestimmungen.

Alle Urteile und Entscheidungen der Gerichte im Zusammenhang mit dem Gesetz zum öffentlichen Vergabewesen müssen dem Rat vorgelegt werden.

3. Zur Verfügung stehende Rechtsmittel

3.1 Einstweilige Verfügung

Nach Artikel 7 Absatz 2 Vergabegesetz³⁶ kann ein sich geschädigt fühlender Bieter das Verwaltungsgericht anrufen, um eine einstweilige Verfügung zu erwirken, mit der das in Rede stehende Vergabeverfahren bis zur endgültigen Entscheidung des Gerichts ausgesetzt wird. Diese Verfügung kann nur vor Abschluss des Vertrags erlassen werden: die Aussetzung, Änderung oder Nichtigerklärung eines bereits geschlossenen Vertrages ist nicht möglich. Nach Artikel 7 Absatz 1 Vergabegesetz (geändert durch Lag 1997:1068) ist der "Abschluss des Vertrags" der maßgebliche Zeitpunkt, vor dem ein Antrag auf einstweilige Verfügung zu stellen ist.

Vor der Änderung des Vergabegesetzes war eine einstweilige Verfügung bereits dann nicht mehr möglich, wenn die Vergabestelle die Zuschlagsentscheidung getroffen hatte, ohne dass der Vertrag bereits geschlossen worden wäre. Diese unbefriedigende Situation wurde jedoch im Juni 1996 durch eine Grundsatzentscheidung des obersten Verwaltungsgerichts (*Regeringsrätten*) beseitigt³⁷. Der Verwaltungsgerichtshof befand, dass einstweilige Verfügungen (und andere Maßnahmen– s.u. Abschnitt 3.2) bis zu dem Zeitpunkt zur Verfügung stehen müssen, an dem der Vertrag tatsächlich eingegangen (d.h. unterzeichnet) wird.

Eine einstweilige Verfügung kann erwirkt werden, wenn die Vergabestelle eine Handlung vorgenommen hat, die (angeblich) gegen eine Bestimmung des Vergabegesetzes verstößt. Den allgemeinen Grundsätzen des schwedischen Rechts zufolge muss der Geschädigte, der eine solche Verfügung erwirken will, nachweisen, dass er ohne diese vorläufige Maßnahme wahrscheinlich einen gravierenden Schaden erleiden wird. Das Gericht kann diesen Antrag abweisen, wenn es die (dem öffentlichen Auftraggeber) aus dieser Maßnahme entstehenden Schäden bzw. widrigen Umstände für größer hält als den Schaden, der dem geschädigten Bieter durch die Verweigerung der vorläufigen Maßnahme entstünde. Aus den Vorarbeiten zu einer früheren Fassung des Gesetzes geht hervor, dass das Gericht im Rahmen dieser Interessensabwägung auch ermitteln sollte, welche Kosten die einstweilige Verfügung wahrscheinlich verursachen wird. Darüber hinaus ist bei dieser Interessensabwägung das Interesse der Allgemeinheit zu berücksichtigen. Es ist davon auszugehen, dass diese Grundsätze nach wie vor Anwendung finden sollen.

Es wird nicht ausdrücklich vom Geschädigten verlangt, dass er den Anscheinsbeweis erbringt. Aus den oben erwähnten Grundsätzen ergibt sich jedoch, dass er den drohenden

³⁶ Geändert durch Lag 1997:1068.

³⁷ RÅ 1996 ref. 50.

bzw. bereits entstandenen Schaden nachweisen und darlegen muss, dass gegen das Vergabegesetz verstoßen wurde.

3.2 Aufhebung

Für die Aufhebung bzw. Nichtigklärung einer Entscheidung durch ein Verwaltungs- oder Zivilgericht gibt es keine gesonderten Verfahrensbestimmungen. Doch jede auf der Grundlage des Vergabegesetzes gefällte Entscheidung eines Verwaltungsgerichts in der Sache würde automatisch zur Aufhebung einer rechtswidrigen Entscheidung führen. Der sich geschädigt führende Bieter kann das Verwaltungsgericht um die folgenden Maßnahmen ersuchen:

- i die Anordnung, dass das Vergabeverfahren zu wiederholen ist;
- ii die Anordnung, dass das Vergabeverfahren erst nach Korrektur des Verstoßes fortzusetzen ist; bzw.
- iii nur im Sektorenbereich: die Androhung einer Geldstrafe für den Fall, dass der Sektorenauftraggeber das Vergabeverfahren fortsetzt, ohne den Verstoß beseitigt zu haben. Aus den Vorarbeiten zu dem Vergabegesetz³⁸ ergibt sich, dass die Höhe der angedrohten Strafe mindestens 1% des Auftragswertes betragen sollte.³⁹

Nach dem Vergabegesetz kann der Geschädigte diese Maßnahmen beantragen, wenn der Auftraggeber gegen das Grundprinzip, das Vergabeverfahren auf objektive, wettbewerbsorientierte und nicht diskriminierende Weise durchzuführen⁴⁰ oder gegen andere Bestimmungen des Gesetzes verstoßen hat. Die zur Verfügung stehenden Maßnahmen sind insbesondere dann von Bedeutung, wenn der Geschädigte seinen Ausschluss aus dem Vergabeverfahren darauf zurückführt, dass z.B. die Teilnahmebedingungen, die Bekanntmachung oder andere begleitende Unterlagen vom Auftraggeber auf diskriminierende Weise und somit unter Verletzung des Vergabegesetzes erstellt wurden.

Mit der 1996 erfolgten Gesetzesänderung⁴¹ sollte klargestellt werden, dass die Interessensabwägung nur bei der Entscheidung über vorläufige Maßnahmen durchzuführen ist. Somit braucht das Verwaltungsgericht bei der Entscheidung über die Verfügung der oben aufgelisteten Maßnahmen im Rahmen der endgültigen Bewertung des Falles keine solche Abwägung vorzunehmen.

Wie bereits in Abschnitt 3.1. erwähnt, ist die Aufhebung bzw. Nichtigklärung eines bereits geschlossenen (d.h. unterzeichneten) Vertrags nicht mehr möglich.

3.3 Schadensersatz

3.3.1 Zuerkennung von Schadensersatz

Ein Bieter, der sich durch einen behaupteten Rechtsverstoß des Auftraggebers geschädigt fühlt, kann vor dem zuständigen Bezirksgericht Klage auf Schadensersatz erheben. Die Aufhebung oder Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen ist nicht Voraussetzung

³⁸ Vorschlag 1992/93:88, Seite 101.

³⁹ Auch in der Begründung, die im Zusammenhang mit der Einführung der Rechtsmittelrichtlinie im Sektorenbereich 92/13/EWG geliefert wurde, wird ein solcher Mindestbeitrag genannt.

⁴⁰ Artikel 1 Absatz 4 Vergabegesetz.

⁴¹ Lag 1996:433.

für die Zuerkennung von Schadensersatz und liegt auch nicht im Zuständigkeitsbereich der Zivilgerichte.

Die Zuerkennung von Schadensersatz folgt dem Grundsatz, dass der öffentliche Auftraggeber dem Geschädigten den infolge des Rechtsverstoßes erlittenen Schaden ersetzen muss. Nach Artikel 7 Absatz 6 Vergabegesetz muss sich das Gericht bei der Entscheidung darüber, ob ein Kläger infolge eines Rechtsverstoßes zu Schaden gekommen ist, davon überzeugen, dass die Nichterteilung des Zuschlags auf diesen Verstoß zurückzuführen ist. Es muss also ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Rechtsverstoß und dem eingetretenen Schaden bestehen. Folglich muss ein Kläger, der Schadensersatz fordert, nachweisen, dass ihm ohne den Rechtsverstoß der Zuschlag erteilt worden wäre.

Im Sektorenbereich hingegen wird eine weniger strenge Prüfung vorgenommen, wenn ein Kläger Anspruch auf Ersatz der Kosten der Erstellung des Angebots bzw. der Teilnahme am Vergabeverfahren ("Angebotskosten") erhebt. Dazu braucht der Kläger den Nachweis, dass er ohne den Rechtsverstoß den Zuschlag erhalten hätte, nicht zu führen. Er muss lediglich nachweisen, dass seine Chancen auf Erhalt des Zuschlags durch den Rechtsverstoß beeinträchtigt wurden.

Diese Sonderregelung für den Versorgungsbereich ergibt sich aus Artikel 7 Absatz 7 des Gesetzes:

Ein Bieter oder Bewerber, der an einem Vergabeverfahren gemäß Kapitel 4 teilgenommen hat, hat Anspruch auf Entschädigung für die mit der Angebotserstellung verbundenen Kosten, wenn der Verstoß gegen die Bestimmungen dieses Gesetzes zur Beeinträchtigung seiner Chance auf Erteilung des Zuschlags geführt hat.

Diese Bestimmung ist eine etwas vage Umsetzung von Artikel 2 Absatz 7 der Richtlinie 92/13/EWG. Danach muss ein Kläger, der Anspruch auf Ersatz der Angebotskosten erhebt, lediglich nachweisen, dass (i) ein Verstoß gegen die Gemeinschaftsvorschriften bzw. in diesem Falle das Vergabegesetz vorliegt, (ii) er eine echte Chance gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten, und (iii) diese Chance infolge des Verstoßes beeinträchtigt wurde. Die zweite Anforderung (echte Chance auf Erhalt des Zuschlags) findet sich im besagten Artikel 7 Absatz 7 nicht, sie kann aber unterstellt werden. Diese Interpretation wird unterstützt durch die folgende Aussage in den Vorarbeiten zu diesem Gesetz:

auch wenn der Rechtsverstoß generelle Auswirkungen auf das Vergabeverfahren zeitigte, sollte keine Entschädigung zuerkannt werden, wenn der Auftraggeber nachweisen kann, dass der Lieferant aus anderen Gründen (z. B. mangelnde technische Eignung zur Erfüllung der gestellten Anforderungen) keine Chance auf Erhalt des Zuschlags gehabt hätte⁴².

3.3.2 Bemessung der Schadenshöhe

Gemäß Artikel 7 Absatz 6 Vergabegesetz umfasst der Schadensersatz nicht nur die "entstandenen Kosten", sondern auch Ersatz für unmittelbare Schäden sowie für entgangenen Gewinn. Die "entstandenen Kosten" werden nicht näher definiert, es ist

⁴² Vorschlag 1992/93:88, Seite 103.

jedoch davon auszugehen, dass darunter auch die Kosten für die Angebotserstellung fallen. Grundsätzlich sollte der Kläger finanziell so gestellt werden, wie er stünde, wenn er den Zuschlag erhalten hätte. Das Gesetz enthält keine Ausführungen zur Ermittlung der Schadenshöhe.

Bislang gab es nur sehr wenige Klagen auf Schadensersatz nach dem Vergabegesetz. In einem Fall befand das Bezirksgericht, der Schadensersatz für entgangenen Gewinn sei zu berechnen als:

die Differenz aus dem Erlös, den der Bieter bei Erteilung des Zuschlags hätte erwarten können, und den von ihm eingesparten Kosten, da keine Arbeitsleistung zu erbringen war.

4. Zugang zu den Verfahren

Jeder Erbringer von Liefer-, Dienstleistungs- oder Bauaufträgen, der an dem in Rede stehenden Vertrag interessiert ist bzw. interessiert gewesen wäre *und* der infolge eines behaupteten Verstoßes gegen das Vergabegesetz Schaden erlitten hat oder zu erleiden droht, kann vor dem Verwaltungsgericht Klage auf Nachprüfung erheben. Er muss dazu nicht am Vergabeverfahren teilgenommen haben. Hier ist jedoch anzumerken, dass für Kläger, die nicht am Vergabeverfahren teilgenommen haben, Probleme beim Nachweis des infolge des behaupteten Verstoßes erlittenen oder drohenden Schadens entstehen können.

Darüber hinaus kann jeder Erbringer von Liefer-, Dienstleistungs- oder Bauaufträgen, der behauptet, aufgrund eines Verstoßes gegen das Vergabegesetz Schaden erlitten zu haben, Schadensersatzklage vor dem Bezirksgericht erheben. Auch hier muss er nicht am Vergabeverfahren selbst teilgenommen haben, hat dann aber möglicherweise Probleme mit dem Nachweis des entstandenen Schadens. Denn das Gericht muss sich bei der Entscheidung darüber, ob ein Kläger infolge eines Rechtsverstoßes zu Schaden gekommen ist, davon überzeugen, dass die Nichterteilung des Zuschlags auf diesen Verstoß zurückzuführen ist.(s.o. Abschnitt 3).

5. Fristen

Bis zu einem Urteil des obersten Verwaltungsgerichts von 1996 konnte offenbar nur während des Vergabeverfahrens und nicht mehr nach erfolgter Zuschlagsentscheidung Klage auf Nachprüfung vor dem Verwaltungsgericht erhoben werden. Nach dem angeführten Urteil hingegen sind nunmehr Klagen bis zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung möglich, auch wenn die Zuschlagsentscheidung bereits gefällt wurde. Nach dem am 1. Januar 1998 in Kraft getretenen Gesetz zur Änderung des

Vergabegesetzes ist nunmehr die Vertragsunterzeichnung der maßgebliche Zeitpunkt, vor dem eine Klage auf Nachprüfung erhoben werden muss. Ansonsten gibt es keine Fristen.

Nach dem oben erwähnten Gesetz zur Änderung des Vergabegesetzes müssen Schadensersatzklagen innerhalb eines Jahres nach Vertragsabschluss erhoben werden. Wer diese Frist versäumt, verliert die Klageberechtigung in dieser Angelegenheit.

6. Verfahren

6.1 Mitteilungspflicht

Eine ausdrückliche Verpflichtung, die Vergabestelle von dem behaupteten Rechtsverstoß sowie von der Tatsache, dass der Geschädigte Klage zu erheben beabsichtigt, in Kenntnis zu setzen, besteht nicht. Dies explizit vorzuschreiben wurde wohl als überflüssig erachtet, da man davon ausging, dass eine entsprechende Mitteilung in jedem Fall erfolgt. Die Autoren raten jedenfalls zu einer solchen Mitteilung.

6.2 Klage vor dem Verwaltungsgericht (Länsrätt)

Die Klage auf Nachprüfung vor dem Verwaltungsgericht einschließlich Ersuchen um vorläufige Maßnahmen ist schriftlich zu erheben unter Angabe der beantragten Maßnahme und des Klagegrunds. Beweismaterial braucht zunächst nicht beigelegt zu werden. Zur Beschleunigung des Verfahrens raten die Autoren jedoch dazu, im Falle der Beantragung vorläufiger Maßnahmen bereits zu Beginn Beweise beizufügen. Darüber hinaus muss die Klageschrift detaillierte Angaben zu Kläger und Beklagten (wie Registriernummer der Organisation o.ä., Adresse, Telefonnummer usw.) enthalten. Das Gericht ist für die Übermittlung der Schriftsätze zwischen den Parteien zuständig.

Das Verfahren wird zunächst schriftlich geführt; eine mündliche Anhörung kann auf Antrag des Klägers erfolgen. Die Festsetzung einer mündlichen Verhandlung liegt jedoch im Ermessen des Gerichts. Hier ist anzumerken, dass nur selten auf eine mündliche Verhandlung zurückgegriffen wird.

6.3 Klage vor dem Bezirksgericht (Tingsrätt)

Eine Schadensersatzklage vor dem Bezirksgericht ist schriftlich als Antrag auf Prozessladung einschließlich Klageantrag zu stellen, unter Angabe des Klagegrunds und Beifügung aller Beweismittel. Der Antragsteller muss zudem angeben, welchem Nachweis die Beweismittel dienen sollen. Darüber hinaus muss die Klageschrift detaillierte Angaben zum Kläger und zum Beklagten (wie Registriernummer der Organisation o.ä., Adresse, Telefonnummer usw.) enthalten. Das Gericht ist für die Übermittlung der Schriftsätze zwischen den Parteien zuständig.

Das Verfahren wird sowohl in Schriftform als auch in Form mündlicher Anhörungen geführt. Letztere finden üblicherweise in der Vorbereitungs- und in der Endphase des Verfahrens statt. Da ein Antrag auf Schadensersatz erst nach Vertragsabschluss gestellt und ein bereits unterzeichneter Vertrag nicht mehr aufgehoben oder für nichtig erklärt werden kann, besteht kaum Veranlassung zur Anordnung vorläufiger Maßnahmen. Gerichtsverhandlungen im Zusammenhang mit einem Antrag auf Erlass vorläufiger Maßnahmen finden denn auch äußerst selten statt.

6.4 Verfahrensdauer

Zwar gibt es keine ausdrücklichen Fristen, innerhalb derer über Anträge auf Erlass vorläufiger Maßnahmen zu entscheiden ist, doch gilt grundsätzlich, dass die Nachprüfung unverzüglich erfolgen soll. Darüber hinaus kann der Kläger fordern, dass die Nachprüfung vordringlich behandelt wird. In der Praxis wird über vorläufige Maßnahmen innerhalb weniger Tage bis höchstens zweier Wochen entschieden. Wie lange dies dauert, hängt auch davon ab, ob das Gericht entscheidet, die andere Partei von dem Antrag in Kenntnis zu setzen.

Die Verwaltungsgerichte gelangen im Allgemeinen rascher zu einer rechtskräftigen Entscheidung als die Bezirksgerichte. Dies scheint vor allem daran zu liegen, dass sowohl allgemeine wirtschaftliche Gründe als auch die Interessen der beteiligten Parteien für einen möglichst raschen Vertragsabschluss sprechen. Das gilt hingegen nicht für Schadensersatzklagen vor dem Bezirksgericht. Während die Verwaltungsgerichte ihre Urteile innerhalb einiger Tage oder Wochen fällen, brauchen die Bezirksgerichte in der Regel ein bis drei Jahre dazu. Die Verfahrensdauer hängt natürlich immer auch von den spezifischen Umständen des Falles und den dem Gericht zur Verfügung stehenden Ressourcen ab.

6.5 Anwaltszwang

Zwar besteht kein Anwaltszwang, doch bei einem Verfahren vor dem Verwaltungs- oder Bezirksgericht ist generell die Hinzuziehung eines Rechtsvertreters ratsam. Dass sich natürliche Personen und Unternehmen in Schweden im Gegensatz zu einigen anderen EU-Ländern nicht zwingend von einem Anwalt vertreten lassen müssen, bedeutet nicht, dass die Gerichtsverfahren in Schweden weniger kompliziert wären als anderswo. Die Hinzuziehung eines Anwalts verringert das Risiko, den Prozess wegen Verfahrensfehlern oder unzureichender rechtlicher Begründung zu verlieren. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass das Vergabegesetz eine Umsetzung der EG-Richtlinien zum Vergabewesen darstellt, wodurch sich die Auslegung schwieriger gestaltet als bei den normalen schwedischen Gesetzen. Die mit der Beauftragung eines Anwalts verbundenen Kosten werden in Abschnitt 7 behandelt.

7. Verfahrenskosten

Bei Klagen auf Nachprüfung vor dem Verwaltungsgericht fallen keine Gebühren an. Bei Schadensersatzklagen vor dem Zivilgericht ist eine Gebühr in Höhe von 450 SEK zu entrichten.

Bei einer Klage auf Nachprüfung vor dem Verwaltungsgericht hat weder der Geschädigte noch die Vergabestelle Anspruch auf Erstattung der Verfahrenskosten (einschließlich der Anwaltsgebühren) durch die andere Partei. Bei Schadensersatzklagen vor dem Bezirksgericht hingegen wird die unterlegene Partei generell verpflichtet, die erfolgreiche Partei für die Kosten des Rechtsstreits zu entschädigen.

8. Berufung

Die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte können vor dem zuständigen Berufungsgericht (*Kammarrätt*) angefochten werden. Gegen dessen Entscheidung wiederum kann Berufung vor dem obersten Gerichtshof (*Regeringsrätt*) eingelegt werden. Mit Ausnahme von vorläufigen Maßnahmen sind Entscheidungen der Verwaltungsgerichte nicht sofort rechtskräftig, sondern jede Partei kann innerhalb von 3 Wochen nach Erhalt der Entscheidung Berufung einlegen.

Auch die Entscheidungen der Bezirksgerichte können vor dem zuständigen Berufungsgericht (*Hovrätt*) und in letzter Instanz vor dem Obersten Gericht (*Högsta domstolen*) angefochten werden. Berufung ist auch hier innerhalb von 3 Wochen nach der Entscheidung des Gerichts einzulegen.

Die Berufung ist grundsätzlich bei dem Gericht einzulegen, das das anzufechtende Urteil bzw. die anzufechtende Entscheidung getroffen hat. Für die Anrufung der Gerichte letzter Instanz ist eine Zulassung erforderlich, die grundsätzlich nur in Fällen gewährt wird, bei denen es um Fragen der Rechtsanwendung geht. Wenn der Streitwert 37 000 SEK unterschreitet, ist für das Verfahren vor dem Berufungsgericht (*Hovrätten*) ebenfalls eine Zulassung erforderlich.

9. Urteilsvollstreckung

Die Durchsetzung von Entscheidungen der Verwaltungs- und der Zivilgerichte scheint durch die schwedische Vollstreckungsbehörde (*Kronofogdemyndigheten*) zu erfolgen. Voraussetzung für die Vollstreckung ist, dass keine Berufung eingelegt wurde und die Berufungsfrist verstrichen ist. Erst dann gelten die Urteile bzw. Entscheidungen als rechtskräftig.

Die Vollstreckungsbehörde kann die Vergabestelle zu Handlungen bzw. Unterlassungen gemäß dem Urteil bzw. der Entscheidung verpflichten und diese Verpflichtung mit der Androhung einer Geldstrafe verbinden. Leistet der Auftraggeber der Anordnung der Vollstreckungsbehörde dennoch nicht Folge, so kann die Behörde - auch wenn die erste Verfügung noch keine Rechtskraft erlangt hat - eine weitere Androhung erlassen. Die Festsetzung der Höhe dieser Geldstrafe obliegt der Vollstreckungsbehörde. Nur sie kann das Verfahren zur Beitreibung der Geldstrafe einleiten, und zwar vor dem Gericht, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat.

Durch informelle Kontakte mit der Vollstreckungsbehörde wurde bestätigt, dass bislang noch keine Überprüfung eines Verfahrens zur Vollstreckung von Entscheidungen oder Urteilen im Zusammenhang mit dem Vergabegesetz erfolgte.

10. Gesetz über Vollstreckungsmaßnahmen bei rechtswidrigen Vergabepraktiken

Dieses am 1. Juli 1994 in Kraft getretene und im Folgenden "Vollstreckungsgesetz" genannte Gesetz⁴³ ermöglicht es der schwedischen Wettbewerbsbehörde (in erster Linie), bei Vergabeverfahren nach dem Vergabegesetz Maßnahmen zum Verbot rechtswidriger Praktiken zu ergreifen. Dies sind Praktiken, durch die bestimmte Unternehmen diskriminiert werden oder die im Vergabeverfahren auf andere Weise zu einer erheblichen Verzerrung des Wettbewerbs führen.

Nach dem Vollstreckungsgesetz kann die Wettbewerbsbehörde beim Marktgericht eine Entscheidung beantragen, mit der einer Vergabestelle die Anwendung solcher rechtswidriger Praktiken untersagt wird. Dieses Verbot kann mit der Androhung einer Geldstrafe verbunden werden. Das Verbot und die Androhung der Geldstrafe können als vorläufige Maßnahmen angeordnet werden. Darüber hinaus kann vor jedem Verwaltungsgericht ein Verfahren zur Androhung einer Geldstrafe eingeleitet werden. Das Verbot ist sofort rechtskräftig, bezieht sich jedoch ausschließlich auf die zukünftigen Praktiken der Vergabestelle. Folglich kann das Marktgericht keine Anordnungen zu einem bestimmten Vergabeverfahren erlassen, wie sie nach dem Vergabegesetz möglich sind. Aus diesem wichtigen Unterschied folgt, dass das Vollstreckungsgesetz als Ergänzung zum Vergabegesetz gedacht ist und dass beide Gesetze gleichzeitig Anwendung finden können.

Zwar ist die Einleitung des Verfahrens der Wettbewerbsbehörde vorbehalten, doch falls diese nicht tätig wird, können auch Gruppen von Verbrauchern, Beschäftigten und Unternehmen sowie ein durch rechtswidrige Praktiken geschädigtes Unternehmen ein Verfahren einleiten. Somit kann sich möglicherweise auch ein geschädigter Bieter auf das Vollstreckungsgesetz berufen. Da die zur Verfügung stehenden Maßnahmen jedoch nur auf das zukünftige Verhalten der Vergabestelle abstellen, sind die nach dem Vergabegesetz möglichen Formen des Rechtsschutzes für den sich geschädigt fühlenden Bieter auch weiterhin die wichtigsten Instrumente, um zu einer Entschädigung zu gelangen.

⁴³ Lag (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling.

Nützliche Adressen

VERWALTUNGSGERICHTE IN DEN DREI GRÖSSTEN STÄDTEN:

Gothenburg	Malmö	Stockholm
Länsrätten i	Länsrätten i	Länsrätten i
Göteborgs och Bohus län	Malmöhus län	Stockholms län
Box 2524	Box 4522	Box 17106
403 17 Göteborg	203 20 Malmö	104 62 Stockholm

BEZIRKSGERICHTE IN DEN DREI GRÖSSTEN STÄDTEN

Gothenburg	Malmö	Stockholm
Göteborgs tingsrätt	Malmö tingsrätt	Stockholms tingsrätt
404 83 Göteborg	Box 265	Box 8307
	201 22 Malmö	104 20 Stockholm

NÜTZLICHE ADRESSEN

Rat für öffentliches Auftragswesen:

Nämnden för offentlig upphandling (NOU)

Box 2012

103 11 Stockholm

Schlichtungsgremium:

Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut

Box 16050

103 21 Stockholm

Für die Überwachung der Vergabevorschriften zuständiges Ministerium:

Finansdepartement

Regeringskansliet

103 33 Stockholm

Schlichter

Gösta Westring

Advokatfirman Cederquist KB

Box 1670

111 96 Stockholm

**VEREINIGTES
KÖNIGREICH**

erstellt von Herbert Smith (Brüssel und London), 1997

INHALT

Seite

1. **Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien**
2. **Zuständige Gremien**
3. **Zur Verfügung stehende Rechtsmittel**
 - 3.1 Einstweilige Verfügung
 - 3.2 Aufhebung und Änderung
 - 3.3 Schadensersatz
4. **Zugang zu den Verfahren**
5. **Fristen**
6. **Verfahren**
 - 6.1 Mitteilungspflicht
 - 6.2 Antrag auf einstweilige Verfügung
 - 6.3 Verfahren vor dem ordentlichen Gericht
 - 6.4 Verfahrensdauer
 - 6.5 Gerichtliche Überprüfung
 - 6.6 Anwaltszwang

7. **Verfahrenskosten**
8. **Berufung**
9. **Urteilstvollstreckung**

ANHANG: Nützliche Adressen

VEREINIGTES KÖNIGREICH

1. Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien

Im Vereinigten Königreich erfolgte die Umsetzung der EU-Richtlinien durch die folgenden Rechtsverordnungen:

- i die *Public Works Contracts Regulations 1991*⁴⁴ (Bauleistungen);
- ii die *Public Services Contracts Regulations 1993*⁴⁵ (Dienstleistungen);
- iii die *Public Supplies Contracts Regulations 1995*⁴⁶; (Lieferleistungen) sowie
- iv die *Utilities Contracts Regulations 1996*⁴⁷ (Versorgungsleistungen).

Durch die drei erstgenannten Maßnahmenbündel werden die Vergabepraktiken der zentralstaatlichen und lokalen Behörden sowie anderer öffentlicher Organe geregelt. Die Bestimmungen für den Sektorenbereich (*Utilities Contracts Regulations 1996*) hingegen gelten für (zumeist privatisierte) Versorgungsunternehmen im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor.

Diese vier Rechtsverordnungen (im Folgenden zusammenfassend "die Vergabeverordnungen") enthalten neben den Regelungen zum Vergabewesen jeweils auch einen Abschnitt, der sich mit den Möglichkeiten der Inanspruchnahme der britischen Gerichte befasst. Die zur Verfügung stehenden Rechtsmittel werden im Folgenden beschrieben.

2. Zuständige Gremien

Für Verfahren im Zusammenhang mit den Vergabeverordnungen sind die folgenden Gerichte zuständig:

- i in England und Wales der *High Court*,
- ii in Schottland der *Court of Session*,
- iii in Nordirland der *High Court*.

⁴⁴ Statutory Instrument 1991/2680

⁴⁵ S.I. 1993/3228

⁴⁶ S.I. 1995/201

⁴⁷ S.I. 1996/2911

Ein solches Gericht befindet sich in den meisten mittleren und großen Städten des Vereinigten Königreichs. Welches Gericht im konkreten Fall zuständig ist, hängt davon ab, wo der öffentliche Auftraggeber und der Kläger ansässig sind; in der Regel wird ein Rechtsstreit vor das Gericht gebracht, das dem Sitz der Vergabestelle am nächsten gelegen ist, oder aber (bei Verfahren in England oder Wales) vor den *High Court* in London. Die Adressen der regionalen Hauptsitze der *High Courts* und die des *Court of Session* finden sich im Anhang an dieses Kapitel.

3. Zur Verfügung stehende Rechtsmittel

Die Rechtsmittel, die in einem Vergabeverfahren zu Verfügung stehen, lassen sich in drei Kategorien unterteilen, die im Folgenden einzeln behandelt werden.

3.1 *Einstweilige Verfügung*

Der Geschädigte kann das Gericht um eine einstweilige Verfügung ersuchen, mit der das behauptete rechtswidrige Vergabeverfahren bzw. die Umsetzung von Entscheidungen oder Vornahme von Handlungen durch den öffentlichen Auftraggeber im Verlauf eines solchen Verfahrens ausgesetzt wird. Dabei ist zu beachten, dass eine einstweilige Verfügung nur erlassen wird, solange noch kein Vertragsabschluss zwischen der Vergabestelle und einer dritten Partei erfolgt ist. Nach Vertragsabschluss ist nur noch die Klage auf Schadensersatz möglich (siehe Abschnitt 3.3). Es liegt somit im Interesse des Geschädigten, seinen Antrag auf vorläufige Maßnahmen so rasch wie möglich zu stellen.

Wer eine einstweilige Verfügung erwirken will, muss zunächst nachweisen, dass die Hauptsacheklage stichhaltig ist (nicht jedoch, dass die Erfolgchance über 50 % liegt). Dies stellt in der Regel keine allzu große Hürde dar. Wichtiger hingegen ist, dass der Geschädigte das Gericht davon überzeugen muss, dass die "Angemessenheitsabwägung" (*balance of convenience*) für die Anordnung einer einstweiligen Verfügung spricht. Dabei berücksichtigt das Gericht verschiedene Faktoren wie:

- i die Frage, ob der Erlass einer einstweiligen Verfügung oder ihre Verweigerung die schwerwiegenderen Folgen nach sich zieht. So könnte das Gericht entscheiden, dass die Aussetzung eines Vergabeverfahrens dem Interesse der Allgemeinheit zuwiderläuft, da sie zu einer Verzögerung der Bereitstellung wichtiger Leistungen für die Öffentlichkeit führen würde;
- ii die Frage, ob im Falle der Verweigerung einer einstweiligen Verfügung Schadensersatz einen angemessenen Rechtsschutz für den Geschädigten darstellen würde;
- iii die relative Stärke der Argumentation beider Seiten.

Die Anordnung von vorläufigen Maßnahmen erfolgt zur Sicherung eines Anspruchs, ohne dass sofort ein umfängliches Verfahren in der Sache durchgeführt wird. Über die strittigen Fragen wird dann in der Verhandlung zur Hauptsache entschieden.

3.2 *Aufhebung und Änderung*

Der *High Court* ist befugt, im Verlauf eines Vergabeverfahrens erfolgte rechtswidrige Entscheidungen oder Handlungen aufzuheben, z. B. die Entscheidung, den Zuschlag einem bestimmten Lieferanten zu erteilen, oder auch zu einem früheren Zeitpunkt gefällte Entscheidungen wie die Vorauswahl von Bewerbern für die Teilnahme am Verfahren. Eine solche Anordnung erfolgt im Hauptsacheverfahren in Form einer Unterlassungsverfügung; dabei handelt es sich (im Gegensatz zu einer vorläufigen Maßnahme) um eine endgültige Verfügung. Die im Zusammenhang mit einer solchen

Aufhebungsanordnung zu erwägenden Faktoren dürften sich kaum von denen im Zusammenhang mit einer einstweiligen Verfügung (siehe Abschnitt 2.1) unterscheiden.

Bei Verstößen gegen die Vergabevorschriften kann der *High Court* auch die Vergabestelle zur Änderung von Dokumenten verpflichten, z.B. zur Änderung diskriminierender technischer Spezifikationen oder zur Verlängerung unangemessen kurzer Fristen.

Wie die einstweilige Verfügung ist auch die Anordnung der Aufhebung bzw. von Änderungen nur vor Vertragsabschluss möglich.

3.3 Schadensersatz

Unabhängig davon, ob der Vertragsabschluss bereits erfolgt ist, kann der *High Court* einem Lieferanten, der infolge eines Verstoßes gegen die Vergabevorschriften zu Schaden gekommen ist, Schadensersatz zuerkennen. Die Vergabeverordnungen enthalten keine Angaben zu den Grundsätzen der Zuerkennung und Quantifizierung von Schadensersatz. Nur in den Verordnungen zum Sektorenbereich heißt es, dass der Kläger Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Angebotserstellung und die Teilnahme am Vergabeverfahren ("Angebotskosten") hat, wenn er den Nachweis erbringt, dass seine "echte Chance" auf Erteilung des Zuschlags durch einen Rechtsverstoß beeinträchtigt wurde. Ansonsten werden die Gerichte bei der Zuerkennung von Schadensersatz wohl auf die allgemeinen Grundsätze des britischen Rechts zurückgreifen.

Bei Klagen auf Schadensersatz muss der Geschädigte nachweisen, dass der öffentliche Auftraggeber gegen die Vergabeverordnungen verstoßen hat und dass dieser Verstoß für ihn zu Nachteilen bzw. zu einem Schaden geführt hat. Je nach Lage des Falles kann ihm dann teilweiser oder vollumfänglicher Ersatz für die Angebotskosten und/oder den entgangenen Gewinn zugesprochen werden, den er im Falle der Zuschlagserteilung realisiert hätte.

Der Geschädigte muss anscheinend nicht nachweisen, dass er ohne den Rechtsverstoß den in Rede stehenden Zuschlag mit Sicherheit erhalten hätte. Eine echte Chance auf die Zuschlagserteilung scheint auszureichen. Andererseits kann durch Verringerung des zugesprochenen Schadensersatzes um einen bestimmten Prozentsatz der Möglichkeit Rechnung getragen werden, dass sein Angebot den Zuschlag nicht erhalten hätte.

4. Zugang zu den Verfahren

Gemäß den Vergabeverordnungen hat jede Person Zugang zu den Verfahren, die sich um den in Rede stehenden Vertrag bemüht hat bzw. hätte bemühen können. Die Rechtsmittel stehen also theoretisch jedem Lieferanten offen, der ein Interesse an der Ausführung des betreffenden Vertrags hatte – also nicht nur denjenigen, die am Vergabeverfahren teilgenommen haben, sondern auch allen anderen Personen, die ohne den Rechtsverstoß ebenfalls daran teilgenommen hätten..

Die einzige weitere Bedingung ist, dass der Geschädigte Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates der EU (bzw. eines der anderen in den Vergabeverordnungen aufgelisteten europäischen Länder) und dort ansässig sein muss.

5. Fristen

In allen Vergabeverordnungen ist festgeschrieben, dass das Verfahren *unverzüglich und in jedem Fall innerhalb von drei Monaten* ab dem Zeitpunkt einzuleiten ist, zu dem die Gründe der Klage erstmals auftraten, es sei denn, das Gericht ist der Überzeugung, dass gute Gründe für eine Verlängerung dieser Frist sprechen.

Die Frist beginnt ab dem Zeitpunkt zu laufen, zu dem der angefochtene Rechtsverstoß begangen wurde. Wenn etwa ein Geschädigter dagegen vorgehen wollte, dass er im Rahmen einer Vorauswahl unberechtigtweise ausgeschlossen wurde, müsste er ein entsprechendes Verfahren (spätestens) drei Monate nach dem Zeitpunkt einleiten, zu dem die Vergabestelle die Ausschlussentscheidung gefällt hat. Allerdings steht es im Ermessen des Gerichts, diese Frist zu verlängern, wenn z. B. die Vergabestelle den Geschädigten nicht unverzüglich über den Ausschluss vom Verfahren informiert hat. In einem solchen Falle dürfte die Frist erst ab dem Zeitpunkt laufen, zu dem der Geschädigte Kenntnis von der Ausschlussentscheidung erhalten hat (bzw. hätte erhalten müssen).

6. Verfahren

6.1 Mitteilungspflicht

Gerichtsverfahren im Zusammenhang mit der öffentlichen Auftragsvergabe dürfen erst eingeleitet werden, nachdem der Geschädigte die Vergabestelle von dem Verstoß bzw. behaupteten Verstoß und seiner Absicht, dagegen gerichtlich vorzugehen, in Kenntnis gesetzt hat. Nach einem Urteil des *High Court*⁴⁸ ist dies eine zwingende Voraussetzung, und bei Missachtung dieser Pflicht, die Vergabestelle von dem behaupteten Verstoß und von der Absicht der Klageerhebung zu informieren, gilt die Klage als unzulässig. Es empfiehlt sich eine schriftliche Mitteilung an die Vergabestelle.

6.2 Antrag auf einstweilige Verfügung

Wer eine vorläufige Maßnahme wie z. B. eine einstweilige Verfügung erwirken will, muss dem Gericht einen entsprechenden Antrag (*summons*) zusammen mit einer eidesstattlichen Versicherung zustellen. Das Gericht kann bereits mit der Bearbeitung beginnen, ehe die Dokumente der Gegenpartei zugestellt werden (d.h. *ex parte*); später wird dann jedoch eine Verhandlung anberaumt, bei der die Gegenpartei anwesend ist (*inter partes*). Bei einem Antrag auf einstweilige Verfügung wird normalerweise keine mündliche Verhandlung durchgeführt, sondern die Anwälte legen dem Gericht ihre auf der Grundlage der eidesstattlichen Versicherungen erstellten Schriftsätze vor.

Der Antrag auf vorläufige Maßnahmen kann vor, gleichzeitig mit oder auch nach der Einreichung der Klageschrift mit Prozessladung (siehe Abschnitt 6.3) gestellt werden; in den Fällen, in denen er vor Einreichung der Klageschrift gestellt wird, muss sich der Kläger in der Regel dazu verpflichten, in der Folge eine Klageschrift einzureichen. Wer eine einstweilige Verfügung beantragt, muss üblicherweise eine Verpflichtungserklärung unterschreiben, dass er bei Ablehnung der Hauptsacheklage vollumfänglichen Schadensersatz leisten wird. Für im Rahmen gerichtlicher Überprüfungsverfahren gestellte Anträge auf einstweilige Verfügung gelten ähnliche (aber nicht identische) Verfahrensvorschriften (siehe Abschnitt 6.5).

6.3 Verfahren vor dem ordentlichen Gericht

⁴⁸ *The Queen v Portsmouth City Council, ex parte Bonaco Builders and others*, 6. Juni 1995; *The Times* 16.1.96. Am 8. November 1996 durch das Berufungsgericht (*Court of Appeal*) bestätigt.

Das Verfahren vor dem *High Court* wird normalerweise durch eine Klageschrift mit Prozessladung (*writ*) eingeleitet. Eine vollständige Angabe des Klagebegehrens bzw. eine konzise Aussage zur Art des Begehrens und des angestrebten Rechtsbehelfs muss beigefügt sein. Wenn das Gericht die Ladung ergehen ließ, muss diese dem Kläger innerhalb von 4 Monaten zugestellt werden. Sodann tauschen die Parteien mehrere Schriftsätze aus, in denen sie ihre Argumente vorbringen. Diese Schriftsätze (*pleadings*) enthalten in der Regel nur Angaben zum Sachverhalt, keine Rechtsauslegungen. Das erste *pleading* der klagenden Partei ist die Klagebegründungsschrift (*Statement of Claim*), die Teil des *writ* sein kann. Die beklagte Partei antwortet sodann mit einer Verteidigungsschrift; es können noch weitere Schriftsätze ausgetauscht werden. Üblicherweise erfolgt der Abschluss dieses Vorverfahrens 14 Tage nach Zustellung des letzten Schriftsatzes, allerdings kann das Gericht auch später noch Änderungen zulassen.

Nach Abschluss des Vorverfahrens ist gemäß den Prozessvorschriften des *High Court* automatisch die Dokumenteneinsicht zwischen den beiden Parteien vorgesehen. Die Dokumenteneinsicht erfolgt in zwei Phasen: Zustellung einer eidesstattlichen Erklärung mit einer Liste aller relevanten Dokumente an die jeweils andere Partei; Überprüfung der nicht als vertraulich eingestuften Dokumente durch die andere Partei. Der Begriff "Dokument" ist relativ weit gefasst und bezieht sich auf alle Schriftstücke und Aufzeichnungen, die sich im Besitz einer Partei befinden oder befunden haben und die sich in irgendeiner Weise auf den in Rede stehenden Fall beziehen - abgesehen von Unterlagen, die durch ein Schutzrecht (*privilege*) als vertraulich geschützt sind (wie z.B. der Schriftverkehr zwischen einer Partei und ihrem Anwalt).

Binnen eines Monats nach Abschluss des Vorverfahrens muss der Kläger einen Antrag auf prozessleitende Verfügungen stellen. Das eröffnet dem Gericht die Möglichkeit, mit der Vorbereitung einer mündlichen Verhandlung zu beginnen. Die prozessleitenden Verfügungen betreffen u.a. schriftliche Zeugenerklärungen und Sachverständigengutachten.

Zur Unterstützung des Parteivorbringens werden schriftliche Zeugenerklärungen verfasst, die die gleiche Wirkung haben wie in der Verhandlung gemachte mündliche Zeugenaussagen zur Sache. Sie sollten umfassend sein, da in der schriftlichen Erklärung nicht vorgebrachte Tatsachen in der Hauptverhandlung nur mit Genehmigung des Gerichts noch vorgebracht werden können. Gelegentlich ist in Gerichtsverfahren im Zusammenhang mit dem öffentlichen Vergabewesen auch der Sachverständigenbeweis sinnvoll. Sachverständige können zu allen relevanten Fragen, die in ihren Kompetenzbereich fallen, Gutachten abgeben. Die schriftlichen Zeugenaussagen und Sachverständigengutachten müssen in der Regel vor der Verhandlung der Gegenpartei zur Kenntnis gebracht werden.

Üblicherweise wird die Verhandlung von einem Einzelrichter des *High Court* ohne Jury und unter Zulassung der Öffentlichkeit geführt. Die Parteien können sich von einem Anwalt (üblicherweise ein *barrister*) vertreten lassen, der die Parteivorbringen und die Befragung der Zeugen (auch im Kreuzverhör) übernimmt.

6.4 Verfahrensdauer

In dringenden Fällen können einstweilige Verfügungen praktisch umgehend vom *High Court* erwirkt werden. Hierzu muss der Antragsteller in einer eidesstattlichen Versicherung an das Gericht die Dringlichkeit des Falles darlegen. Wie viel Zeit bis zu einem Hauptverfahren und einem rechtskräftigen Urteil vergeht, ist von Fall zu Fall verschieden und hängt natürlich auch von der Arbeitsbelastung der mit dem Fall befassten Abteilung des *High Court* ab. Als grobe Faustregel lässt sich sagen, dass die Zeitspanne von der Einleitung des Verfahrens bis zum Endurteil zwischen einem und zwei Jahren beträgt.

Wenn der Fall komplexe Fragen in Zusammenhang mit dem EU-Recht aufwirft, kann das nationale Gericht die Frage dem Europäischen Gerichtshof zur so genannten "Vorabentscheidung" vorlegen. Ein solches Vorgehen dürfte die Verfahrensdauer vor dem nationalen Gericht noch einmal um mindestens zwei Jahre verlängern. In der Praxis wird der EuGH jedoch nur in wenigen Fällen eingeschaltet.

Schließlich sei noch hinzugefügt, dass bei Anfechtung der Entscheidung des *High Court* vor den höheren Gerichten (siehe Abschnitt 8.2) weitere Monate verstreichen, ehe der Fall endgültig beschieden wird.

6.5 Gerichtliche Überprüfung

Ein alternativer und gänzlich anderer Ansatz ist das Verfahren der gerichtlichen Überprüfung (*judicial review*). Dies ist das traditionelle Verfahren, mit dem Dritte im Vereinigten Königreich gegen Handlungen und Entscheidungen öffentlicher Behörden vorgehen können. Durch die Vergabeverordnungen müssen Entscheidungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Vergabewesen nicht mehr zwingend per gerichtlicher Überprüfung angefochten werden, aber diese Option besteht nach wie vor

(und wird auch in den Vergabeverordnungen selbst durch den Hinweis bestätigt, dass ihre Anwendung den Rückgriff auf andere Rechtsbehelfe unberührt lässt).

Wer eine gerichtliche Überprüfung einleiten will, muss zunächst bei einem Richter des *High Court* die Zulassung beantragen. Dies ist wohl der größte Nachteil im Vergleich zur normalen Klageerhebung unter Berufung auf die Vergabeverordnungen. Denn gerade die Existenz dieser Verordnungen könnte einen Richter dazu veranlassen, den Antrag auf gerichtliche Überprüfung abzulehnen. Der Antrag auf Zulassung der gerichtlichen Überprüfung ist unverzüglich zu stellen, in jedem Fall binnen 3 Monaten ab dem Zeitpunkt, zu dem die Gründe für die Antragstellung vorlagen (es sei denn, gute Gründe sprechen für eine Verlängerung dieser Frist). Wenn dem Antrag stattgegeben wird (wobei die Prüfung auf Zulässigkeit entweder ausschließlich nach Aktenlage oder durch öffentliche Anhörung erfolgen kann), wird das Verfahren in der Sache fortgesetzt und der Fall (in der Regel öffentlich) vor einem Einzelrichter oder mehreren Richtern des *High Court* verhandelt.

Eine gerichtliche Überprüfung findet in der Regel auf der Grundlage eidesstattlicher Versicherungen statt. Auf mündliche Vorbringen wird hier ebenso verzichtet wie auf einige der anderen formalen Verfahrensvorschriften, die für normale Zivilstreitigkeiten gelten. Eine Dokumenteneinsicht findet oft nur in geringem Umfang oder gar nicht statt.

Bei gerichtlichen Überprüfungsverfahren stehen die folgenden Rechtsmittel zur Verfügung: eine Anordnung, die dem öffentlichen Auftraggeber Handlungen außerhalb seiner Befugnis untersagt (*prohibition*); die Aufhebung der Entscheidung, verbunden mit der Verpflichtung zur neuerlichen Prüfung der Sache (*certiorari*); eine Anordnung, die den Auftraggeber zur Erfüllung seiner gesetzlichen oder anderen öffentlichen Pflichten auffordert (*mandamus*); die Abgabe einer Erklärung zu den Rechten der Parteien; der Erlass einer einstweiligen Verfügung und unter bestimmten Umständen, je nach Art des Klageantrags, auch die Zuerkennung eines Schadensersatzanspruchs gegen die Vergabestelle. Diese Rechtsbehelfe überlappen sich erkennbar mit denen gemäß den Vergabeverordnungen, auch wenn der Anspruch auf Schadensersatz hier erheblich stärker eingeschränkt ist.

Unter bestimmten Umständen mag es für einen Geschädigten von Vorteil sein, gegen einen behaupteten Verstoß gegen die Vergabeverordnungen mit einem Antrag auf gerichtliche Überprüfung (evt. als zusätzliche Maßnahme) vorzugehen. Angesichts der komplexen Problematik ist der Geschädigte gut beraten, sich an einen Rechtsanwalt zu wenden..

6.6 *Anwaltszwang*

Bei Rechtsstreitigkeiten vor dem *High Court* beauftragen üblicherweise beide Parteien einen Anwalt, der unter Beachtung der komplexen Verfahrensvorschriften das Parteivorbringen zur Rechtslage und zur Sache übernimmt. Zudem kann nach den Verfahrensregeln des *High Court* nur ein am Gericht zugelassener Rechtsanwalt (in der Regel ein *barrister* und nicht der *solicitor*) das mündliche Parteivorbringen übernehmen. Folglich muss der Rechtsbeistand des Klägers (ein *solicitor*) seinerseits einen *barrister* beauftragen (das kann der Kläger in der Regel nicht selbst tun). Die Kosten für die Zuziehung von Rechtsbeiständen werden in Abschnitt 7 behandelt.

Der Kläger kann auch ohne Rechtsbeistand am Verfahren teilnehmen; dies ist jedoch eher die Ausnahme als die Regel und nicht zu empfehlen.

7. *Verfahrenskosten*

Bei der Einleitung eines Verfahrens fällt eine relativ geringe Gerichtsgebühr an, die bei Verfahren im Zusammenhang mit dem öffentlichen Auftragswesen 500 £ beträgt. Wichtiger ist, dass der Geschädigte sich von vornherein auf die Anwaltskosten einstellt. Deren Höhe hängt natürlich von der Schwere, der Komplexität und der Dauer des Falles ab und lässt sich kaum vorhersagen.

In der Regel verpflichtet der *High Court* die unterlegene Partei, den Großteil der Rechtskosten der erfolgreichen Partei zu übernehmen. Dies ist ein erheblicher, bereits zu Beginn des Rechtsstreits zu berücksichtigender Risikofaktor. Hinzu kommt, dass ein Geschädigter, der eine einstweilige Verfügung erwirken konnte, den Fall aber letztlich in der Hauptverhandlung verliert, dem Beklagten möglicherweise Schadensersatz zahlen muss, wenn eine Schadensersatz-Gegenverpflichtung zur Abdeckung aller Schäden des Beklagten aus der einstweiligen Verfügung eingegangen wurde. Wer eine einstweilige Verfügung erwirken will, muss damit rechnen, dass der *High Court* eine solche Verpflichtungserklärung von ihm verlangt.

8. Berufung

Nachdem der *High Court* seine Entscheidung gefällt hat, kann die unterlegene Partei gegen diese Entscheidung den *Court of Appeal* anrufen. In manchen Fällen ist dazu die Genehmigung des Richters oder des *Court of Appeal* erforderlich. Sie muss vor der Anrufung des *Court of Appeal* vorliegen. Bei der Entscheidung über die Zulassung der Berufung findet eine ganze Reihe von Faktoren Berücksichtigung, darunter die Aussicht auf Erfolg. Gegen die Entscheidungen des *Court of Appeal* wiederum kann – nach erfolgter Zulassung – das *House of Lords* angerufen werden, die höchste Justizbehörde des Vereinigten Königreichs.

9. Urteilsvollstreckung

Es ist äußerst unwahrscheinlich, dass ein öffentlicher Auftraggeber bewusst gegen eine Anordnung des *High Court* verstoßen würde, insbesondere vor dem Hintergrund der hohen Geldstrafen, die ein solches Verhalten nach sich ziehen kann. Würde sich ein Auftraggeber über die Bestimmungen einer einstweiligen Verfügung hinwegsetzen, so könnte der Geschädigte für dessen verantwortliche Mitarbeiter eine Gefängnisstrafe beantragen (allerdings würde das Gericht die Vergabestelle wohl zunächst einmal verwarnen, um sie zur Beachtung der Vergabebestimmungen zu veranlassen). Im Falle der Zuerkennung von Schadensersatz könnte der Geschädigte die Anordnung der Beschlagnahme der Vermögenswerte der Vergabestelle beantragen.

NÜTZLICHE ADRESSEN

High Court London:

Royal Courts of Justice
Strand
London WC2A 2LL

Court of Session Schottland:

Parliament House
Parliament Square
Edinburgh EH1 1RQ

High Court Nordirland:

Royal Courts of Justice
Chichester Street
Belfast BT1 3JF

Darüber hinaus gibt es in zahlreichen Städten des Vereinigten Königreichs Zweigstellen des *High Court* (bzw. des *Court of Session* in Schottland).

Anschrift der für die Überwachung der Umsetzung der EU-Vergabevorschriften zuständigen Regierungsstelle:

HM Treasury

Procurement Policy

Allington Towers

19 Allington Street

London SW1E 5EB

Tel: 0171 270 1648

Fax: 0171 270 1653