

**Rechtssache C-303/22**

**Vorabentscheidungsersuchen**

**Eingangsdatum:**

9. Mai 2022

**Vorlegendes Gericht:**

Krajský soud v Brně (Regionalgericht Brno [Brünn], Tschechische Republik)

**Datum der Vorlageentscheidung:**

5. Mai 2022

**Klägerin:**

CROSS Zlín a.s.

**Beklagter:**

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (tschechische Wettbewerbsbehörde)

---

**BESCHLUSS**

Das Regionalgericht Brno hat ... [nicht übersetzt] in der Rechtssache der

Klägerin: **CROSS Zlín, a.s.**

... [nicht übersetzt]

gegen

den Beklagten: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**

... [nicht übersetzt] Beteiligte: **Statutární město Brno** (Statutarstadt Brno [Brünn])

... [nicht übersetzt] **im Verfahren über die Klage gegen die Entscheidung des Vorsitzenden des Beklagten vom 9. November 2020, Aktenzeichen ÚOHS-34854/2020/321/ZSř,**

**wie folgt** entschieden:

I. Dem Gerichtshof der Europäischen Union wird folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

**Ist es mit Art. 2 Abs. 3 und Art. 2a Abs. 2 der Richtlinie 89/665/EWG, ausgelegt im Licht von Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, vereinbar, wenn die tschechische Regelung dem öffentlichen Auftraggeber erlaubt, einen Vertrag über einen öffentlichen Auftrag zu schließen, bevor bei einem Gericht, das für die Prüfung der Rechtmäßigkeit der zweitinstanzlichen Entscheidung des Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (tschechische Wettbewerbsbehörde) über den Ausschluss eines Bieters zuständig ist, Klage erhoben worden ist?**

II. ... [nicht übersetzt]

### Gründe:

#### I. Gegenstand des Ausgangsverfahrens

- 1 In der vorliegenden Rechtssache führte der öffentliche Auftraggeber, die Statutarstadt Brno, am 27. September 2019 ein offenes Vergabeverfahren für die Vergabe eines öffentlichen Auftrags mit dem Titel „ERWEITERUNG DER FUNKTIONEN DER VERKEHRSSTEUERUNGSZENTRALE LICHTSIGNALANLAGEN“ durch, der im Informationssystem für das öffentliche Auftragswesen unter der Nummer Z2019-034002 und im Amtsblatt der Europäischen Union unter der Nummer 2019/S 190-461538 bekannt gemacht wurde. Gegenstand des öffentlichen Auftrags war die Erweiterung der bestehenden Verkehrssteuerungszentrale und die Erbringung von Dienstleistungen, die darin bestanden, alle Lichtsignalanlagen des Auftraggebers an die Verkehrssteuerungszentrale anzuschließen, die Verkehrssteuerungszentrale mit dem System DIC 2 Brno zu verbinden, die Verkehrssteuerungszentrale mit dem städtischen Kamerasystem zu verbinden, technische Unterstützung zu leisten, das Bedienungspersonal zu schulen und vorbeugende Wartung zu leisten. Der geschätzte Wert des öffentlichen Auftrags betrug 13 805 000 CZK ohne Mehrwertsteuer.
- 2 Innerhalb der Frist erhielt der Auftraggeber zwei Angebote für den öffentlichen Auftrag, nämlich das Angebot der Klägerin CROSS Zlín, a.s. mit dem niedrigsten Angebotspreis sowie das Angebot von Siemens Mobility, s.r.o. mit dem zweitniedrigsten Angebotspreis. Nach den Ausschreibungsunterlagen hätte das Preis-Leistungsverhältnis der Angebote auf der Grundlage des niedrigsten Angebotspreises bewertet werden sollen. Mit Entscheidung vom 6. April 2020 schloss der Auftraggeber das Unternehmen CROSS Zlín wegen Nichterfüllung der Vergabebedingungen aus. Daraufhin erhielt Siemens Mobility am 7. April 2020 den Zuschlag. CROSS Zlín erhob Widerspruch gegen die Entscheidung über ihren Ausschluss, den der Auftraggeber mit Entscheidung vom 4. Mai 2020 zurückwies. Daraufhin stellte CROSS Zlín beim Úřad pro ochranu hospodářské

soutěže (tschechische Wettbewerbsbehörde, im Folgenden: Behörde) einen Antrag auf Nachprüfung des Vorgehens des Auftraggebers und begehrte die Aufhebung der Entscheidung über ihren Ausschluss und des Zuschlags an das Unternehmen Siemens Mobility. Im Verwaltungsverfahren vor der Behörde wurde am 3. Juli 2020 von Amts wegen eine vorläufige Maßnahme erlassen, die dem Auftraggeber den Abschluss eines Vertrags über den öffentlichen Auftrag bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verwaltungsverfahrens untersagte. Mit Entscheidung vom 5. August 2020 wies die Behörde den Antrag ab. Gegen die erstinstanzliche Entscheidung legte CROSS Zlín einen Rechtsbehelf ein, den der Vorsitzende der Behörde mit Entscheidung vom 9. November 2020 zurückwies und mit dem er die erstinstanzliche Entscheidung bestätigte; diese Entscheidung wurde am 13. November 202[0] rechtskräftig. Am 18. November 2020 schloss der Auftraggeber mit dem erfolgreichen Bieter den Vertrag über den öffentlichen Auftrag.

- 3 Am 13. Januar 2021 erhob die Klägerin CROSS Zlín beim Regionalgericht Brno Klage gegen die Entscheidung des Vorsitzenden des Beklagten. Gleichzeitig mit der Klage beantragte die Klägerin, der Klage aufschiebende Wirkung zuzuerkennen und eine einstweilige Anordnung zu erlassen, mit der dem Auftraggeber der Abschluss des Vertrags über den öffentlichen Auftrag bzw. die Erfüllung dieses Vertrags untersagt werden sollte. Mit Beschluss vom 11. Februar 2021 wies das Gericht den Antrag auf Zuerkennung einer aufschiebenden Wirkung sowie auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit der Begründung zurück, dass es keinen Sinn mache, dem Auftraggeber den Vertragsabschluss zu untersagen, da der Vertrag bereits geschlossen worden sei. Selbst wenn die Klage erfolgreich wäre und das Gericht die Entscheidung des Vorsitzenden der Beklagten aufheben würde, würde die Behörde nach Zurückverweisung der Rechtssache das Verfahren unter Hinweis auf § 257 Buchst. j des Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (Gesetz Nr. 134/2016 über das öffentliche Auftragswesen, im Folgenden: Gesetz Nr. 134/2016) einstellen und sich nicht mehr mit der Sache selbst befassen. Nach Ansicht des Gerichts war es auch deshalb nicht möglich, dem Auftraggeber die Vertragserfüllung zu untersagen, weil dem Vertragsabschluss zum fraglichen Zeitpunkt (nach Rechtskraft der Entscheidung des Vorsitzenden der Behörde) kein rechtliches Hindernis entgegengestanden habe.
- 4 Mit Schreiben vom 28. März 2022 teilte das Gericht den Parteien mit, dass es erwägt, dem Gerichtshof der Europäischen Union eine Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen, und setzte ihnen eine Frist, um dazu Stellung zu nehmen. Der Beklagte teilte dem Gericht am 8. April 2022 mit, dass er sich erst im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens, sofern dieses eingeleitet werde, ausführlich zum Vorgehen des Gerichts äußern werde. Mit ihrem Schriftsatz vom 26. April 2022 teilte die Klägerin mit, dass sie vergeblich versucht habe, den Abschluss des Vertrags über den öffentlichen Auftrag nach Rechtskraft der Entscheidung des Beklagten durch einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zu verhindern. Der Abschluss von Verträgen über einen öffentlichen Auftrag nach Rechtskraft der Entscheidung des Beklagten sei eine gängige Praxis

der Auftraggeber, wodurch in die Rechte des ausgeschlossenen Bieters auf effektiven Rechtsschutz und ein faires Verfahren eingegriffen werde. Sie habe daher keine Einwände gegen ein Vorabentscheidungsersuchen. Die Situation könne jedoch gelöst werden, wenn der Beklagte im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens gegen den Auftraggeber eine vorläufige Maßnahme bis zum Ablauf der Klagefrist vor den Verwaltungsgerichten erlassen würde. ... [nicht übersetzt]

## II. Angeführte Bestimmungen des Unionsrechts und des nationalen Rechts

- 5 Nach Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665/EWG stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass Nachprüfungsverfahren entsprechend den gegebenenfalls von den Mitgliedstaaten festzulegenden Bedingungen zumindest jeder Person zur Verfügung stehen, die ein Interesse an einem bestimmten öffentlichen Auftrag hat oder hatte und der durch einen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht.
- 6 Gemäß Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie 89/665/EWG sorgen die Mitgliedstaaten, wenn eine gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber unabhängige Stelle in erster Instanz mit der Nachprüfung einer Zuschlagsentscheidung befasst wird, dafür, dass der öffentliche Auftraggeber den Vertragsschluss nicht vornehmen kann, bevor die Nachprüfungsstelle eine Entscheidung über einen Antrag auf vorläufige Maßnahmen oder eine Entscheidung in der Hauptsache getroffen hat. Diese Aussetzung endet frühestens mit Ablauf der Stillhaltefrist nach Art. 2a Abs. 2 und Art. 2d Abs. 4 und 5.
- 7 Nach Art. 2a Abs. 1 der Richtlinie 89/665/EWG legen die Mitgliedstaaten nach Maßgabe der Mindestbedingungen in Abs. 2 und in Art. 2c Fristen fest, die sicherstellen, dass die in Art. 1 Abs. 3 genannten Personen gegen Zuschlagsentscheidungen der öffentlichen Auftraggeber wirksame Nachprüfungsverfahren anstrengen können.
- 8 Nach Art. 2a Abs. 2 der Richtlinie 89/665/EWG darf ein Vertrag im Anschluss an die Zuschlagsentscheidung für einen Auftrag oder eine Konzession, der in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU oder der Richtlinie 2014/23/EU fällt, frühestens zehn Kalendertage, gerechnet ab dem auf die Absendung der Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter und Bewerber folgenden Tag, bei Mitteilung per Fax oder auf elektronischem Weg, oder, falls andere Kommunikationsmittel genutzt werden, entweder frühestens 15 Kalendertage, gerechnet ab dem auf die Absendung der Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter und Bewerber folgenden Tag, oder frühestens zehn Kalendertage, gerechnet ab dem Tag nach dem Eingang der Zuschlagsentscheidung, geschlossen werden. Bieter gelten als betroffen, wenn sie noch nicht endgültig ausgeschlossen wurden. Ein Ausschluss ist endgültig, wenn er den betroffenen Bietern mitgeteilt wurde und entweder von einer unabhängigen

Nachprüfungsstelle als rechtmäßig anerkannt wurde oder keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann.

- 9 Nach Art. 47 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union hat jede Person ein Recht darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Jede Person kann sich beraten, verteidigen und vertreten lassen.
- 10 Der Schutz vor missbräuchlichem Vorgehen des öffentlichen Auftraggebers ist in der nationalen Regelung in Teil 13 des Gesetzes Nr. 134/2016 über das öffentliche Auftragswesen geregelt. Gegen das Verfahren des Auftraggebers kann innerhalb von 15 Tagen ab dem Zeitpunkt, zu dem der Beschwerdeführer vom Rechtsverstoß des Auftraggebers Kenntnis erlangt, Widerspruch erhoben werden (§§ 241 und 242 dieses Gesetzes).
- 11 Gemäß § 245 Abs. 1 des Gesetzes Nr. 134/2016 hat der Auftraggeber dem Beschwerdeführer innerhalb von 15 Tagen nach Zustellung des Widerspruchs seine Entscheidung über den Rechtsbehelf zu übermitteln. In der Entscheidung ist anzugeben, ob er dem Widerspruch stattgibt oder ihn zurückweist; die Entscheidung muss eine Begründung enthalten, in der der Auftraggeber ausführlich und verständlich zu allen Tatsachen Stellung nimmt, die vom Beschwerdeführer im Widerspruch angeführt werden. Gibt der Auftraggeber dem Widerspruch statt, so teilt er in seiner Entscheidung zugleich mit, welche Abhilfemaßnahmen er ergreifen wird.
- 12 Aus § 245 Abs. 4 des Gesetzes Nr. 134/2016 geht zudem hervor, dass der Auftraggeber den Beschwerdeführer im Fall der Zurückweisung des Widerspruchs in seiner Entscheidung zu belehren hat[:] über die Möglichkeit, innerhalb der Frist nach § 251 Abs. 2 einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bei der Behörde zu stellen, sowie über die Verpflichtung, dem Auftraggeber innerhalb derselben Frist eine Kopie des Antrags zu übermitteln.
- 13 § 246 Abs. 1 des Gesetzes Nr. 134/2016 bestimmt, dass ein Auftraggeber den Vertrag mit einem Auftragnehmer nicht schließen darf a) vor Ablauf der Frist für die Erhebung von Widersprüchen gegen die Entscheidung über den Ausschluss eines Teilnehmers vom Vergabeverfahren, den Zuschlag an den Auftragnehmer oder gegen die freiwillige Mitteilung der Absicht, einen Vertrag zu schließen, b) vor Zustellung der Entscheidung über den Widerspruch des Beschwerdeführers, wenn ein solcher eingelegt worden ist, c) vor Ablauf der Frist für die Beantragung eines Nachprüfungsverfahrens zur Überprüfung des Vorgehens des Auftraggebers, wenn dieser den Widerspruch zurückgewiesen hat, d) innerhalb der Frist von 60 Tagen nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens, sofern der Antrag auf Einleitung des Verfahrens rechtzeitig gestellt wurde; der Auftraggeber kann den Vertrag jedoch auch innerhalb dieser Frist schließen, wenn die Behörde den Antrag zurückgewiesen hat oder das Verwaltungsverfahren über den Antrag eingestellt wurde und diese Entscheidung rechtskräftig geworden ist. Nach § 246

Abs. 2 darf der Auftraggeber auch dann nicht innerhalb von 60 Tagen nach Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens zur Überprüfung des Vorgehens des Auftraggebers einen Vertrag mit einem Auftragnehmer schließen, wenn die Behörde ein solches Verfahren von Amts wegen eingeleitet hat; der Auftraggeber kann jedoch innerhalb dieser Frist einen Vertrag schließen, wenn das Verwaltungsverfahren eingestellt wurde und diese Entscheidung rechtskräftig geworden ist.

- 14 Nach § 254 Abs. 1 des Gesetzes Nr. 134/2016 kann ein Antrag auf Erlass eines Verbots, einen Vertrag über einen öffentlichen Auftrag zu erfüllen, von einem Antragsteller gestellt werden kann, der behauptet, dass der Auftraggeber den Vertrag a) ohne vorherige Bekanntmachung ... [nicht übersetzt], b) trotz des in diesem Gesetz oder durch eine vorläufige Maßnahme vorgesehenen Abschlussverbots, c) auf der Grundlage eines Verfahrens außerhalb des Vergabeverfahrens, ... [nicht übersetzt], oder d) nach § 135 Abs. 3 oder § 141 Abs. 4 ... [nicht übersetzt] geschlossen hat.
- 15 Nach § 264 Abs. 1 des Gesetzes Nr. 134/2016 wird dem Auftraggeber von der Behörde in einem nach gemäß § 254 eingeleiteten Verfahren ein Verbot, den Vertrag zu erfüllen, auferlegt, wenn der Vertrag über einen öffentlichen Auftrag oder der Rahmenvertrag nach dem in § 254 Abs. 1 genannten Verfahren geschlossen wurde. Ein Vertrag, über den die Behörde ein Erfüllungsverbot verhängt, ohne nach Abs. 3 zu verfahren, ist von Anfang an nichtig. Abs. 2 der vorgenannten Bestimmung sieht vor, dass ein Vertrag über die Erfüllung eines öffentlichen Auftrags wegen Verstoßes gegen dieses Gesetz nur dann nichtig ist, wenn die Behörde die Erfüllung gemäß Abs. 1 untersagt. Die Nichtigkeit aus anderen Gründen bleibt unberührt.
- 16 Nach § 257 Buchst. j des Gesetzes Nr. 134/2016 stellt die Behörde ein eingeleitetes Verfahren durch Beschluss ein, wenn der Auftraggeber während des Verwaltungsverfahrens einen Vertrag über die Erfüllung des Gegenstands des geprüften öffentlichen Auftrags geschlossen hat.
- 17 Gemäß § 61 des Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád (Gesetz Nr. 500/2004, Verwaltungsverfahrensordnung, im Folgenden: Gesetz Nr. 500/2004) kann eine Verwaltungsbehörde von Amts wegen oder auf Antrag einer Partei vor Abschluss des Verfahrens durch eine Entscheidung eine vorläufige Maßnahme erlassen, wenn dies zur vorläufigen Regelung der Verhältnisse der Parteien erforderlich ist ... [nicht übersetzt]. Mittels einer vorläufigen Maßnahme kann einer Partei oder einer anderen Person aufgegeben werden, etwas zu tun, zu unterlassen oder zu dulden, oder eine Sache beschlagnahmt werden, die als Beweismittel dienen oder Gegenstand einer Vollstreckung sein kann (Abs. 1). Über den Antrag einer Partei auf Erlass einer vorläufigen Maßnahme ist innerhalb von zehn Tagen zu entscheiden. Die Entscheidung wird nur der Partei, die sie betrifft, gegebenenfalls auch der anderen Partei, die diese beantragt hat, mitgeteilt. Der Rechtsbehelf gegen die Entscheidung über den Erlass einer vorläufigen Maßnahme hat keine aufschiebende Wirkung; er kann nur von demjenigen eingelegt werden, dem die

Entscheidung mitgeteilt worden ist (Abs. 2). Die Verwaltungsbehörde hebt die vorläufige Maßnahme unverzüglich nach Wegfall des Anordnungsgrundes durch Entscheidung auf. Unterlässt sie dies, so tritt die vorläufige Maßnahme zu dem Zeitpunkt außer Kraft, in dem die Entscheidung in der Rechtssache vollstreckbar wird oder sonstige Rechtswirkungen entfaltet (Abs. 3).

- 18 Aus § 38 des Zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (Gesetz Nr. 150/2002, Verwaltungsprozessordnung, im Folgenden: Gesetz Nr. 150/2002) geht hervor, dass das Gericht, wenn ein Antrag auf Einleitung eines Verfahrens gestellt wurde und es notwendig ist, die Verhältnisse der Parteien wegen eines drohenden ernsthaften Schadens vorübergehend zu regeln, auf Antrag auf einstweilige Anordnung hin den Parteien durch Beschluss ein Tun, Dulden oder Unterlassen aufgeben kann. Aus denselben Gründen kann das Gericht auch einem Dritten eine solche Verpflichtung auferlegen, wenn ihm dies billigerweise zugemutet werden kann (Abs. 1). Bei einem Antrag auf einstweilige Anordnung holt das Gericht gegebenenfalls die Stellungnahmen der anderen Parteien ein (Abs. 2). Das Gericht entscheidet über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung unverzüglich; ist keine Gefahr im Verzug, so entscheidet es innerhalb von 30 Tagen nach Antragstellung. Der Beschluss über den Antrag auf einstweilige Anordnung ist stets zu begründen (Abs. 3). Das Gericht kann – auch ohne Antragstellung – den Beschluss über die einstweilige Anordnung aufheben oder ändern, wenn sich die Umstände ändern. Die einstweilige Anordnung erlischt spätestens an dem Tag, an dem die Entscheidung des Gerichts, mit der das Verfahren beendet wird, vollstreckbar wird (Abs. 4).
- 19 Nach § 72 Abs. 1 des Gesetzes Nr. 150/2002 kann eine Klage innerhalb von zwei Monaten, nachdem die Entscheidung dem Kläger mittels schriftlicher Ausfertigung oder auf andere gesetzlich festgelegte Weise zugestellt worden ist, erhoben werden, sofern nicht durch ein besonderes Gesetz eine andere Frist bestimmt wird.
- 20 Nach § 78 Abs. 1 des Gesetzes Nr. 150/2002 hebt das Gericht, wenn die Klage begründet ist, die angefochtene Entscheidung wegen Rechtswidrigkeit oder aufgrund von Verfahrensmängeln auf. Das Gericht hebt die angefochtene Entscheidung auch dann wegen Rechtswidrigkeit auf, wenn es feststellt, dass die Verwaltungsbehörde die Grenzen ihres gesetzlich festgelegten Ermessens überschritten oder dieses missbraucht hat. Abs. 4 sieht vor, dass das Gericht, wenn es die Entscheidung aufhebt, zugleich ausspricht, dass die Rechtssache zur weiteren Verhandlung an den Beklagten zurückverwiesen wird.

### **III. Analyse der Vorlagefrage**

- 21 In der vorliegenden Rechtssache hat das Gericht Zweifel, ob die tschechischen Rechtsvorschriften mit den Anforderungen der Richtlinie 89/665/EWG sowie dem Erfordernis der Gewährleistung eines effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes gemäß Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vereinbar

sind, soweit sie dem Auftraggeber gestatten, einen Vertrag über einen öffentlichen Auftrag zu schließen, bevor eine gerichtliche Nachprüfung der Entscheidung der Behörde eingeleitet wird bzw. bevor das Gericht über den Erlass einer vorläufigen Maßnahme entscheiden kann, die dem Auftraggeber den Abschluss des Vertrags bis zur Rechtskraft der Entscheidung über die Klage verbietet.

- 22 Wird ein Bieter vom Vergabeverfahren ausgeschlossen, wie dies in der vorliegenden Rechtssache der Fall ist, besteht für die Dauer des Verfahrens über den Antrag des ausgeschlossenen Bieters vor der Behörde eine Sperrfrist von 60 Tagen, während der der Vertrag über den öffentlichen Auftrag nicht geschlossen werden kann (§ 246 Abs. 1 Buchst. d des Gesetzes Nr. 134/2016). Diese Frist kann von der Behörde durch den Erlass einer vorläufigen Maßnahme gemäß § 61 des Gesetzes Nr. 500/2004 weiter verlängert werden, die darin besteht, dem Auftraggeber den Abschluss eines Vertrags über einen öffentlichen Auftrag bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Behörde über den Antrag zu untersagen. Die erlassene vorläufige Maßnahme tritt jedoch spätestens mit Rechtskraft der Entscheidung über den Rechtsbehelf außer Kraft. Nach [Eintritt der] Rechtskraft der Entscheidung des Vorsitzenden der Behörde über den Rechtsbehelf hindert den Auftraggeber nichts daran, den Vertrag über den öffentlichen Auftrag zu schließen. So kommt es häufig vor, dass der Auftraggeber den Vertrag über den öffentlichen Auftrag schließt, bevor eine Klage gegen die Entscheidung des Vorsitzenden der Behörde vor Gericht erhoben wird. Eine Klage kann innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung der zweitinstanzlichen Verwaltungsentscheidung an den Kläger beim Verwaltungsgericht erhoben (§ 72 Abs. 1 des Gesetzes Nr. 150/2002) und mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung verbunden werden, die dem Auftraggeber den Abschluss des Vertrags über einen öffentlichen Auftrag während der Dauer des gerichtlichen Verfahrens untersagt. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung kann nicht vor Klageerhebung gestellt werden (§ 38 des Gesetzes Nr. 150/2002).
- 23 Kommt es zum Abschluss eines Vertrags über einen öffentlichen Auftrag, bevor eine Klage in Verbindung mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung erhoben wird, erlässt das Gericht nach ständiger Rechtsprechung keine einstweilige Anordnung mehr, da in einer solchen Situation kein Bedürfnis mehr besteht, die Beziehungen der Parteien vorläufig zu regeln (vgl. z. B. Beschluss des Regionalgerichts Brno vom 26. November 2020, Aktenzeichen 30 Af 66/2020-88). Stellt das Gericht fest, dass die Behörde die Rechtmäßigkeit des Ausschlusses eines Bieters falsch beurteilt hat, so hebt es die Entscheidung der Behörde wegen Rechtswidrigkeit auf und verweist die Rechtssache zur weiteren Entscheidung an die Behörde zurück (§ 78 Abs. 1 und 4 des Gesetzes Nr. 150/2002). Wurde jedoch ein Vertrag über einen öffentlichen Auftrag bereits zuvor geschlossen, prüft die Behörde, nachdem das Gericht die Rechtssache zur weiteren Verhandlung zurückverwiesen hat, nicht erneut, ob der Antrag auf Nachprüfung des Vorgehens des Auftraggebers gemäß den Feststellungen des Gerichts begründet ist, sondern stellt das Verfahren über den Antrag unter Hinweis auf § 257 Buchst. j des Gesetzes Nr. 134/2016 ein. Dadurch



kann eine Situation entstehen, in der das Gericht der Argumentation des ausgeschlossenen Bieters, dass die Entscheidung des Auftraggebers über seinen Ausschluss rechtswidrig gewesen sei, folgt und die zweitinstanzliche Entscheidung der Behörde wegen Rechtswidrigkeit aufhebt, der ausgeschlossene Bieter aber keine Chance mehr hat, den Zuschlag für den öffentlichen Auftrag zu erhalten, weil in der Zeit zwischen [dem Eintritt] der Rechtskraft der Entscheidung der Behörde über den Rechtsbehelf und der etwaigen Entscheidung des Gerichts, im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens eine vorläufige Maßnahme zu erlassen, der Vertrag über den öffentlichen Auftrag geschlossen wurde. Nach tschechischem Recht kann ein solcher Bieter dann nur in einem Verfahren vor den Zivilgerichten nach dem Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád (Gesetz Nr. 99/1963, Zivilprozessordnung) Schadensersatz für das rechtswidrige Verhalten des Auftraggebers verlangen. Der rechtswidrig ausgeschlossene Bieter wird im Schadensersatzverfahren jedoch nur dann Erfolg haben, wenn er: 1. das rechtswidrige Verhalten des Auftraggebers, 2. den Schadenseintritt, 3. den Kausalzusammenhang zwischen dem rechtswidrigen Verhalten des Schädigers und dem entstandenen Schaden sowie gegebenenfalls 4. das Verschulden des Schädigers gemäß § 2911 des Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (Gesetzes Nr. 89/2012, Bürgerliches Gesetzbuch) nachweist (auch wenn unter Hinweis auf das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 30. Oktober 2010, Stadt Graz [C-314/09, EU:C:2010:567], festgestellt werden kann, dass der Auftraggeber im Fall eines Schadensersatzes wegen eines Verstoßes gegen das öffentliche Vergaberecht ohne weiteres für diesen Schaden haftet). In der Praxis ist es für den rechtswidrig ausgeschlossenen Bieter dabei schwierig, den tatsächlich entstandenen Schaden und den Kausalzusammenhang zwischen dem rechtswidrigen Verhalten des Auftraggebers und dem entstandenen Schaden nachzuweisen. Es reicht nämlich nicht aus, die bloße Möglichkeit eines durch das rechtswidrige Verhalten des Auftraggebers entstandenen Schadens nachzuweisen, sondern der tatsächlich entstandene Schaden sowie der Kausalzusammenhang müssen erwiesen sein.

- 24 Nach tschechischem Recht ist die Behörde die „Nachprüfungsstelle“ im Sinne der Richtlinie 89/66/EWG. Dies belegt auch § 246 des Gesetzes Nr. 134/2016, der Fristen enthält, die den Auftraggeber daran hindern, einen Vertrag während des Verfahrens vor der Behörde zu schließen. Die Behörde kann jedoch nicht als unabhängiges, unparteiisches und durch Gesetz errichtetes Gericht im Sinne von Art. 47 der Charta angesehen werden.
- 25 Der Gerichtshof der Europäischen Union hat in seinem Urteil vom 21. Dezember 2021, Randstad (C-497/20, EU:C:2021:1037, Rn. 73), entschieden, dass Art. 2a Abs. 2 der Richtlinie 89/665/EWG im Licht von Art. 47 Abs. 2 der Charta auszulegen ist. Nach Ansicht des Gerichtshofs der Europäischen Union ist unter diesen Umständen der Begriff „unabhängige Nachprüfungsstelle“ im Sinne von Art. 2a Abs. 2 der Richtlinie 89/665/EWG für die Zwecke der Feststellung, ob der Ausschluss eines Bieters endgültig geworden ist, dahin zu verstehen, dass er sich auf ein unabhängiges, unparteiisches und zuvor durch Gesetz errichtetes Gericht im Sinne von Art. 47 der Charta bezieht.

- 26 Die Notwendigkeit, den Begriff „unabhängige Nachprüfungsstelle“ im Licht von Art. 47 der Charta auszulegen, ergibt sich auch aus dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 15. September 2016, *Star Storage* u. a. (C-439/14 und C-488/14, EU:C:2016:688), in dem es um die Auslegung sowohl der Richtlinie 89/665/EWG als auch der Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor geht. In Rn. 41 dieses Urteils wurde festgestellt, dass diese Richtlinien darauf abzielen, *„sicherzustellen, dass in allen Mitgliedstaaten Möglichkeiten einer wirksamen Nachprüfung bestehen, um die effektive Anwendung der Unionsvorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens zu gewährleisten, vor allem dann, wenn Verstöße noch beseitigt werden können.“* Nach Auffassung des Gerichtshofs der Europäischen Union sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, *„den durch Entscheidungen öffentlicher Auftraggeber geschädigten Bewerbern und Bieter ... die Beachtung des in Art. 47 der Charta verankerten Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein faires Verfahren [zu] gewährleisten.“* (vgl. Rn. 46).
- 27 Sofern die für die Nachprüfung nach Art. 2a Abs. 2 bzw. Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie 89/665/EWG unabhängige Nachprüfungsstelle ein unabhängiges Gericht sein muss, würde die tschechische Regelung, die den Abschluss eines Vertrags über einen öffentlichen Auftrag unmittelbar nach Rechtskraft der Entscheidung des Vorsitzenden der Behörde über den Rechtsbehelf, also vor der Einleitung eines Verfahrens vor dem gemäß Art. 47 der Charta eingerichteten Gericht, zulässt, gegen Art. 2a Abs. 2 der Richtlinie 89/665/EWG verstoßen und den ausgeschlossenen Bieter keine wirksame gerichtliche Nachprüfung gewährleisten. Das in Art. 47 der Charta verankerte Erfordernis einer wirksamen gerichtlichen Nachprüfung ergibt sich sowohl aus den Rn. 57 bis 58 des Urteils *Randstad* als auch beispielsweise aus dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 17. Juli 2014, *Sánchez Morcillo und Abril García* (C-169/14, Rn. 35 [und] 36).
- 28 Für die Vorgehensweise des Gerichts bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit der durch die Klage angefochtenen Entscheidung ist die Beurteilung der Vereinbarkeit der nationalen Rechtsvorschriften mit den Anforderungen der Richtlinie 89/665/EWG entscheidend. Wenn der Gerichtshof der Europäischen Union feststellen sollte, dass der tschechische Gesetzgeber die Richtlinie unzureichend umgesetzt hat, ist das Gericht der Auffassung, dass es im Fall der Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung verpflichtet ist, die Behörde in seinem Urteil mit seiner verbindlichen Rechtsauffassung zu binden, mit der Folge, dass alle dieser [Auffassung] entgegenstehenden nationalen Bestimmungen unangewendet bleiben müssen (vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 18. Mai 2021, *Asociația „Forumul Judecătorilor din România“* u. a., verbundene Rechtssachen C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 und C-397/19, EU:C:2021:393, Rn. 250 [und] 251). In der vorliegenden Rechtssache scheint die einzig sinnvolle Konsequenz unter Beachtung des Grundsatzes der Wirksamkeit

der gerichtlichen Nachprüfung darin zu bestehen, dass die Behörde, nachdem ihre Entscheidung im gerichtlichen Verfahren wegen Rechtswidrigkeit aufgehoben und zur weiteren Verhandlung zurückverwiesen wurde, die in § 257 Buchst. j des Gesetzes Nr. 134/2016 enthaltene Regel über die Möglichkeit, das Verfahren einzustellen, [weil] ein Vertrag über einen öffentlichen Auftrag [bereits] abgeschlossen wurde, nicht anwendet, sondern einen vor Erhebung der Klage geschlossenen Vertrag als nichtig beurteilt und in entsprechender Anwendung von § 254 Abs. 1 Buchst. b in Verbindung mit § 264 Abs. 1 und 2 des Gesetzes Nr. 134/2016 ein Verbot der Erfüllung dieses Vertrags verhängt. Anschließend würde die Behörde die Rechtmäßigkeit des Ausschlusses des Bieters im Einklang mit der verbindlichen Rechtsauffassung des Gerichts erneut prüfen. Auf diese Weise hätte die Klägerin weiterhin die Möglichkeit, im öffentlichen Vergabeverfahren erfolgreich zu sein.

#### **IV. Abschließende Erwägungen**

- 29 ... [nicht übersetzt]  
30 ... [nicht übersetzt]  
31 ... [nicht übersetzt]  
... [nicht übersetzt]

ARBEITSDOKUMENT