

Antwort bitte unter Anführung der GZ an die Abteilungsmail

An
das Präsidium des Nationalrates
den Rechnungshof
den Verfassungsgerichtshof
den Verwaltungsgerichtshof
alle Bundesministerien,
alle Sektionen des Bundeskanzleramtes,
alle Ämter der Landesregierungen,
die Verbindungsstelle der österreichischen Bundesländer beim Amt der
niederösterreichischen Landesregierung
den Österreichischen Gemeindebund
den Österreichischen Städtebund
das Präsidium der Finanzprokurator
die Österreichische Bundesforste AG
die Österreichischen Bundesbahnen
das Bundesvergabeamt
zu Händen Herrn Dr. SACHS
alle unabhängigen Verwaltungssenate
die Wirtschaftskammer Österreich
zu Händen Frau Dr. MILLE
die Bundesarbeitskammer
die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs
die Bundesbeschaffungs Ges.m.b.H.
die Bundesrechenzentrum Ges.m.b.H.
die Österreichische Vereinigung für das Gas- und Wasserfach

Betrifft: Urteil des EuGH vom 2. Juni 2005 in der Rechtssache C-15/04, *Koppensteiner*,
betreffend die Nachprüfbarkeit des Widerrufs;
Rundschreiben

1. Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hat am 2. Juni 2005 das Urteil in der Rechtssache C-15/04 erlassen. Dieser Rechtssache liegt ein Vorabentscheidungsersuchen des Bundesvergabeamtes zugrunde, das die Auslegung und die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit der Art. 1 und 2 Abs. 1 lit. b der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG sowie die Frage der Nachprüfbarkeit des Widerrufs betraf.

2. Der dem Ausgangsverfahren zugrunde liegende Sachverhalt stellt sich zusammengefasst wie folgt dar: Ein öffentlicher Auftraggeber hat eine Ausschreibung aus schwerwiegenden Gründen gemäß § 105 BVergG widerrufen und nach dem Widerruf ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung über die im Wesentlichen gleiche Leistung wie die des ersten Verfahrens durchgeführt. Ein Bieter, der sowohl im ersten wie auch im zweiten Verfahren ein Angebot gelegt hat, hat einen Antrag auf Aufhebung des Widerrufs der Ausschreibung und auf Untersagung der Ausschreibung im zweiten Verfahren gestellt.

Das Bundesvergabeamt hat im Vorlagebeschluss die Ansicht vertreten, dass es ihm gemäß den einschlägigen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 (BVergG), BGBl. I Nr. 99, nicht möglich sei, einen Widerruf aufzuheben, da es nur zuständig sei, die allfällige Rechtswidrigkeit eines Widerrufs festzustellen. Das Bundesvergabeamt hat weiters die Auffassung vertreten, dass das innerstaatliche Rechtsschutzsystem gemäß der Rechtsprechung des EuGH in der Rs C-92/00, *Hospital Ingenieure*, eine Möglichkeit zur Aufhebung eines Widerrufs nach Angebotsöffnung vorsehen müsse. Das Bundesvergabeamt hat daher die Frage vorgelegt, ob die Bestimmungen des Art. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 89/665/EWG so unbedingt und hinreichend genau sind, dass sich ein Einzelner im Falle des Widerrufs der Ausschreibung nach Angebotsöffnung vor den nationalen Gerichten unmittelbar auf diese Bestimmungen berufen und zulässiger Weise darüber ein Nachprüfungsverfahren beantragen kann.¹

3. Der Gerichtshof weist in seinem äußerst knapp gehaltenen Urteil zuerst darauf hin, dass er bereits in seinem Urteil in der Rs C-92/00 *Hospital Ingenieure* festgestellt hat,

„dass die Entscheidung über den Widerruf der Ausschreibung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags zu den Entscheidungen gehört, für die die Mitgliedstaaten nach der Richtlinie 89/665 Nachprüfungsverfahren einführen müssen, um sicherzustellen, dass die Regelungen des Gemeinschaftsrechts im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, beachtet werden (Randnr. 54), und

dass die vollständige Verwirklichung des mit dieser Richtlinie verfolgten Zieles vereitelt würde, wenn die öffentlichen Auftraggeber die Ausschreibung für einen

¹ Wie aus der Begründung des Vorlagebeschlusses explizit hervorgeht (s. S. 7 des Vorlagebeschlusses), stellte sich diese Frage dem BVA vor einem spezifischen Hintergrund, nämlich „vorerst allein unter dem Aspekt der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages“. MaW: das BVA wollte einerseits wissen, ob aufgrund des Gemeinschaftsrechtes sich ein Einzelner im Falle des Widerrufs einer Ausschreibung nach Angebotsöffnung 1) unmittelbar auf die Bestimmungen der RMRL zur Stellung eines Nachprüfungsantrages stützen kann (d.h. die Antragslegitimation unmittelbar aus dem Gemeinschaftsrecht ableitbar ist) und 2) ob das BVA (und nicht ein anderes „Gericht“ des nationalen Rechtssystems) für die Durchführung eines derartigen Verfahrens zuständig ist. Trotz umfangreicher Ausführungen im Schriftsatz der Republik Österreich setzte sich der EuGH im Erkenntnis mit diesen Problemen nicht näher auseinander.

öffentlichen Dienstleistungsauftrag widerrufen könnten, ohne dass dies den Verfahren der gerichtlichen Nachprüfung unterläge, mit denen in jeder Hinsicht sichergestellt werden soll, dass die Vergaberichtlinien und die Grundsätze, auf die sie sich stützen, tatsächlich beachtet werden (Randnr. 53).“

Weiters weist der Gerichtshof darauf hin, dass er in dem genannten früheren Urteil ausgesprochen hat, dass die Entscheidung, eine Ausschreibung zu widerrufen, in einem Nachprüfungsverfahren überprüft und gegebenenfalls aufgehoben werden können muss. Ist es einem Bieter nach dem nationalen Recht nicht möglich, die Entscheidung über den Widerruf einer Ausschreibung anzufechten und ihre Aufhebung zu verlangen, genügt dies nicht den Anforderungen der Rechtsmittelrichtlinie.

4. In weiterer Folge hält der Gerichtshof zwar an seiner Auffassung fest, dass es den Mitgliedstaaten obliegt, die in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens zuständigen Nachprüfungsinstanzen festzulegen (vgl. EuGH Rs C-76/97 *Tögel*). Der Gerichtshof, geht allerdings davon aus, dass im vorliegenden Fall „feststeht“,² dass das Bundesvergabeamt für die Nachprüfung „von Entscheidungen im Sinne des Art. 1 Abs. 1 der RL 89/665 zuständig ist“. Nach (nicht weiter begründeter) Ansicht des Gerichtshofes sind die Bestimmungen des Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 89/665/EWG ferner so unbedingt und hinreichend genau, um ein Recht für einen Einzelnen zu begründen, auf das sich dieser berufen kann.

Abschließend hält der Gerichtshof Folgendes fest:

„Das zuständige Gericht ist daher verpflichtet, die nationalen Vorschriften unangewendet zu lassen, die es daran hindern, die Verpflichtungen aus den Artikeln 1 Absatz 1 und [wohl: Artikel] 2 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 89/665 zu beachten.“

5. Anders als GA *Stix-Hackl* in ihrem Schlussantrag zur Rs C-15/04 macht der Gerichtshof keine Aussagen darüber, auf welche Weise die Nachprüfbarkeit und Aufhebbarkeit der Entscheidung, eine Ausschreibung zu widerrufen, gewährleistet

² Der EuGH führt zu dieser von ihm vertretenen Auffassung keine weitere Begründung an. Insbesondere erwähnt er nicht die ausführlichen Darlegungen im Schriftsatz der Republik Österreich wonach das BVA auf der Basis des nationalen Rechts zu prüfen hätte, ob bei unmittelbarer Anwendung der Bestimmungen der Rechtsmittelrichtlinie der Anspruch auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens betreffend den Widerruf eines Vergabeverfahrens nach Angebotsöffnung vor der selben Instanz (= dem Bundesvergabeamt) geltend gemacht werden kann, die für die Durchführung von Nachprüfungsverfahren betreffend den Widerruf eines Vergabeverfahrens vor Angebotsöffnung zuständig ist (auch nach dem Gemeinschaftsrecht muss dafür nicht zwingend das selbe Gericht zuständig sein; so im Ergebnis C-54/96, *Dorsch*, Rz 41). Die Republik Österreich wies diesbezüglich darauf hin, dass etwa die ordentlichen Gerichte für die Nachprüfung von Dienstleistungskonzessionsvergaben zuständig sind und es daher im österreichischen Recht keine Allzuständigkeit des BVA für die Durchführung sämtlicher Nachprüfungsverfahren auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens gibt. Vor diesem Hintergrund sind die Aussagen des Gerichtshofes in den Rz 33/34 des Erkenntnisses jedenfalls unzutreffend.

werden kann. GA *Stix-Hackl* weist in ihrem Schlussantrag auf die Möglichkeit der Aufspaltung in eine dem Widerruf vorangehende Entscheidung und den eigentlichen Widerruf hin. Bei entsprechender Ausgestaltung der Aufspaltung wäre ein derartiges Modell als gemeinschaftsrechtskonform anzusehen.

6. Auf Grund dieses Urteils des EuGH wäre nach Ansicht des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst Folgendes zu beachten:

Aus dem vorliegenden Urteil, wonach die Nachprüfbarkeit und Aufhebbarkeit der Entscheidung über den Widerruf einer Ausschreibung vorgesehen werden muss, ergibt sich in Verbindung mit den Aussagen des Gerichtshofes im Urteil C-212/02³ implizit, dass diese Entscheidung den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern bekannt zu geben ist. Auftraggeber sollten daher nach Abschluss ihrer internen Entscheidungsfindung alle verbliebenen Bieter in geeigneter Weise (Fax, e-mail) nachweislich und schriftlich davon in Kenntnis setzen, dass (und aus welchem Grund) sie beabsichtigen, das Vergabeverfahren zu widerrufen. In diese Benachrichtigung sollte ein Hinweis aufgenommen werden, wie lange der Auftraggeber mit dem tatsächlichen Widerruf zuzuwarten gedenkt.

Zwischen der organisationsintern gefällten Entscheidung, die Ausschreibung widerrufen zu wollen, und dem tatsächlichen Widerruf sollte eine Stillhaltefrist beachtet werden.⁴ Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst ist der Auffassung, dass im Regelfall eine (Mindest)Frist von zwei Wochen den europarechtlichen Anforderungen an die Effektivität des Rechtsschutzes genügen dürfte. In besonderen Fällen – wie insbesondere im Falle der Durchführung eines beschleunigten Verfahrens wegen Dringlichkeit (vgl. die §§ 49, 50 Abs. 4 und 5) oder bei Verhandlungsverfahren mit nur einem Unternehmer – dürfte eine Verkürzung dieser Stillhaltefrist auf eine Woche vertretbar sein, hingegen wäre in den Fällen eines Verhandlungsverfahrens gemäß § 25 Abs. 2 Z 4, Abs. 4 Z 3 und Abs. 6 Z 3 oder bei

³ Vgl. EuGH 24.6.2004 Rs C-212/02, *Kommission gegen Österreich*, (nicht publiziert) Rz 20/21, zur analogen Situation hinsichtlich der Zuschlagsentscheidung: „Die Bestimmungen der Richtlinien 89/665 und 92/13, die die Bieter vor der Willkür des öffentlichen Auftraggebers schützen sollen, zielen darauf ab, die vorhandenen Mechanismen zur Gewährleistung der effektiven Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens zu verstärken, vor allem dann, wenn Verstöße noch beseitigt werden können. Ein solcher Schutz kann nicht effektiv sein, wenn sich der Bieter gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber nicht auf diese Vorschriften berufen kann. Ein umfassender rechtlicher Schutz setzt zunächst die Verpflichtung voraus, die Bieter über die Zuschlagsentscheidung zu informieren.“

⁴ Vgl. diesbezüglich wiederum Rs C-212/02, Rz 23: „Dieser rechtliche Schutz erfordert sodann, dass für den übergangenen Bieter die Möglichkeit vorgesehen wird, rechtzeitig die Frage der Gültigkeit der Zuschlagsentscheidung zu prüfen. Angesichts der Anforderungen an die praktische Wirksamkeit der Richtlinie folgt daraus, dass zwischen dem Zeitpunkt, zu dem die Zuschlagsentscheidung den übergangenen Bietern bekannt gegeben wird, und dem Vertragsabschluss ein angemessener Zeitraum liegen muss, insbesondere damit bis zum Vertragsabschluss ein Antrag auf vorläufige Maßnahmen gestellt werden kann.“

Direktvergaben die Einhaltung einer Stillhaltefrist nicht geboten. Während dieser Stillhaltefrist wäre darauf zu achten, dass die Bieter weiterhin an ihr Angebot gebunden bleiben, Auftraggeber dürfen ihrerseits während dieser Frist kein neuerliches Vergabeverfahren über die gleiche Leistung einleiten.

Hinzuweisen ist darauf, dass im Zuge der Neuerlassung des Bundesvergabegesetzes eine Änderung der Rechtslage im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH vorgenommen werden soll. Der Begutachtungsentwurf für eine Neuerlassung des BVergG (abrufbar unter <http://www.bundeskanzleramt.at/vergaberecht> – siehe zur Aussendung zur Begutachtung die GZ BKA-600.883/0050-V/A/8/2005) enthält in seinen §§ 141 sowie 273 ein Modell, das die Nachprüfbarkeit des Widerrufs in gemeinschaftsrechtskonformer Weise gewährleisten soll.

7. Das Bundeskanzleramt ersucht, die dargelegte Auffassung des Europäischen Gerichtshofes in Hinkunft entsprechend zu berücksichtigen.

Die Bundesministerien und die Länder werden ersucht, alle Dienststellen und ausgegliederte Einrichtungen im jeweiligen Bereich sowie – im Landesbereich – alle Gemeinden und Städte von diesem Rundschreiben in Kenntnis zu setzen. Die Nicht-Beachtung der im Urteil aufgestellten Grundsätze könnte – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – Haftungsansprüche bzw. Vertragsverletzungsverfahren gegen die Republik Österreich auslösen.

Die Ämter der Landesregierungen werden ferner ersucht, die Aussagen des Erkenntnisses im Rahmen ihrer legislativen Vorhaben entsprechend zu berücksichtigen.

11. August 2005
Für den Bundeskanzler:
Georg LIENBACHER

Elektronisch gefertigt