

An  
die Parlamentsdirektion,  
den Rechnungshof,  
den Verfassungsgerichtshof,  
den Verwaltungsgerichtshof,  
das Bundesverwaltungsgericht,  
alle Landesverwaltungsgerichte,  
alle Bundesministerien,  
alle Sektionen des BKA,  
die Ämter der Landesregierungen,  
die Verbindungsstelle der Bundesländer,  
den Österreichischen Gemeindebund,  
das Präsidium der Finanzprokurator,  
die Österreichische Bundesforste AG,  
die Österreichischen Bundesbahnen,  
die Wirtschaftskammer Österreich,  
die Bundesarbeitskammer,  
die Präsidentenkonferenz der  
Landwirtschaftskammern Österreich,  
die Bundeswettbewerbsbehörde,  
die Bundesbeschaffung GmbH,  
die Bundesrechenzentrum GmbH und  
die Bundesimmobilien GmbH

Antwort bitte unter Anführung der GZ an die Abteilungsmail

Betrifft: Urteil des Gerichtshofs vom 11. September 2014 in der Rechtssache C-19/13; Ministero dell'Interno gg. Fastweb SpA; Wirkung einer ex ante-Bekanntmachung und Einhaltung der Stillhaltefrist gemäß Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665 idF 2007/66 und der RL 2009/81/EG; Rundschreiben

### 1. Ausgangsverfahren

Das Ministero dell'Interno entschied am 15. Dezember 2011 – 15 Tage vor Auslaufen einer entsprechenden Vereinbarung - die Telecom Italia als Lieferant und Technologiepartner für die Verwaltung und Entwicklung von Telekommunikationsdienstleistungen weiter zu beauftragen. Im Hinblick auf die Vergabe des Auftrags war das Ministerium der Ansicht, ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung durchführen zu dürfen, weil die Telecom Italia aus technischen Gründen und aus Gründen des Schutzes (bestimmter) ausschließlicher Rechte der einzige Wirtschaftsteilnehmer sei, der den

Dienstleistungsauftrag durchführen könne (vgl. Art. 28 Abs. 1 lit. e der Richtlinie 2009/81/EG bzw. Art. 31 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2004/18/EG). Das Ministerium veröffentlichte daher am 20. Dezember 2011 im Amtsblatt der Europäischen Union eine Bekanntmachung, mit der es seine Absicht bekundete, den Auftrag über „die Lieferung elektronischer Kommunikationsdienstleistungen [...] an Telecom Italia zu vergeben“. Die Parteien unterzeichneten am 31. Dezember 2011 – folglich nach Ablauf einer Frist von zehn Tagen nach Veröffentlichung der Bekanntmachung im Amtsblatt – den Rahmenvertrag mit einer Laufzeit von sieben Jahren und einem Volumen von 521,5 Mio. €. Die Bekanntmachung der Vergabe des Auftrags wurde am 16. Februar 2012 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht.

Fastweb erhob Klage gegen die Entscheidung über die Vergabe des Auftrages und beehrte, die Vergabe für nichtig und den Vertrag für unwirksam zu erklären, da die Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung der Bekanntmachung nicht erfüllt gewesen seien. Die Vergabekontrollinstanz gab dieser Klage mit der Begründung statt, dass keine „technischen Gründe“ vorgelegen haben, die die Durchführung eines Verfahrens ohne Bekanntmachung gerechtfertigt hätten; die vom Ministerium ins Treffen geführten Umstände seien lediglich als Schwierigkeiten zu bezeichnen, die sich bei der Vergabe des Auftrags an einen anderen Wirtschaftsteilnehmer ergeben hätten.

Die Berufungsinstanz (Consiglio di Stato) bestätigte die Aufhebung der in Rede stehenden Vergabe. Die Frage nach den Konsequenzen, die sich aus einer solchen Aufhebung für den in Rede stehenden Vertrag ergeben, legte das Gericht dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vor.

## 2. Vorlagefragen

Das vorliegende Gericht formulierte folgenden Fragen an den Gerichtshof:

*„1. Ist Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665 dahin auszulegen, dass es in Fällen, in denen ein öffentlicher Auftraggeber – bevor er den Auftrag direkt an einen bestimmten Wirtschaftsteilnehmer vergibt, den er ohne vorherige Vergabebekanntmachung ausgewählt hat – im Amtsblatt der Europäischen Union die Bekanntgabe für die Zwecke der Ex-Ante-Transparenz veröffentlicht und für den Abschluss des Vertrags mindestens zehn Tage abgewartet hat, dem nationalen Gericht – automatisch und in jedem Fall – verwehrt ist, den Vertrag für unwirksam zu erklären, auch wenn es einen Verstoß gegen die Vorschriften feststellt, die unter bestimmten Bedingungen die Vergabe des Vertrags ohne Durchführung einer Ausschreibung erlauben?“*

*2. Hilfsweise: Steht Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 2007/66 – wenn er dahin ausgelegt wird, dass er die Möglichkeit ausschließt, den Vertrag nach nationalem Recht (Art. 122 des Codice del processo amministrativo) für unwirksam zu erklären, obwohl das Gericht einen Verstoß gegen die Vorschriften feststellt, die unter bestimmten Bedingungen die Vergabe des Vertrags ohne Durchführung einer Ausschreibung erlauben – mit den Grundsätzen der Gleichheit der Parteien, der Nichtdiskriminierung und des Schutzes des Wettbewerbs in Einklang und stellt er das in Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankerte Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf sicher?“*

### 3. Zusammenfassung der Urteilsbegründung:

Der Gerichtshof führt zunächst aus, dass die Mitgliedstaaten gemäß Art. 2d Abs. 1 lit. a der Richtlinie 89/665 idF 2007/66 (idF: RMRL) dafür Sorge zu tragen haben, dass ein Vertrag von einer vom öffentlichen Auftraggeber unabhängigen Nachprüfungsstelle für unwirksam erklärt wird, wenn der öffentliche Auftraggeber einen Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben hat, ohne dass dies nach der Richtlinie 2004/18 zulässig gewesen ist. Von diesem Grundsatz sieht jedoch Art. 2d Abs. 4 der RMRL eine Ausnahme vor. Danach kommt Art. 2d Abs. 1 lit. a leg.cit. nicht zur Anwendung, wenn (1) der öffentliche Auftraggeber der Ansicht ist, dass die Auftragsvergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union gemäß der Richtlinie 2004/18 zulässig ist, (2) der öffentliche Auftraggeber im Amtsblatt eine Bekanntmachung veröffentlicht hat, wie sie in Art. 3a der Richtlinie 89/665 idF 2007/66 beschrieben ist und mit der er seine Absicht bekundet, den Vertrag abzuschließen, und (3) der Vertrag nicht vor Ablauf einer Frist von mindestens 10 Kalendertagen, gerechnet ab dem Tag nach der Veröffentlichung dieser Bekanntmachung, abgeschlossen wurde.

Das Ziel einer solchen Ausnahmeregelung sei es, die unterschiedlichen Interessen des geschädigten Unternehmens einerseits und des öffentlichen Auftraggebers bzw. des ausgewählten Unternehmens andererseits in Einklang zu bringen: Die Interessen des geschädigten Unternehmens würden die Möglichkeit der Beantragung eines vorvertraglichen vorläufigen Rechtsschutzes und die Aufhebung des rechtswidrig geschlossenen Vertrages erfordern, die Interessen des öffentlichen Auftraggebers und des ausgewählten Unternehmens würden in der Vermeidung der Rechtsunsicherheit bestehen, die sich aus der Unwirksamkeit eines Vertrages ergeben könne.

Der EuGH betonte, dass Art. 2d Abs. 4 der RMRL als Ausnahmeregelung zwar restriktiv auszulegen sei (vgl. per analogiam Rs C-275/08, *EK gegen Deutschland*, Rz 55 mwN

der Rspr), dass dies aber nicht dazu führen dürfe, dass das beabsichtigte Regelungsziel konterkariert werde (somit der Regelung kein Anwendungsbereich zukommt; vgl. per analogiam Rs C-86/09, *Future Health Technologies*, Rz 30 mwN der Rspr). Der EuGH lehnte auch das Vorbringen ab, Art. 2d Abs. 4 der RMRL habe lediglich „optionalen Charakter“. Er betonte, dass die Konsequenzen hinsichtlich des Vertrages ausschließlich nach der zitierten Bestimmung und nicht nach nationalem Recht zu beurteilen sind (siehe Art. 2 Abs. 7 der RMRL, der sich nicht auf die Fallkonstellationen gemäß Art. 2d bis 2f leg. cit. bezieht); die Mitgliedstaaten können daher für diese Fälle keine Regelungen hinsichtlich der Rechtsfolgen treffen.

Im Hinblick auf den Wortlaut und den Zweck der Regelung in Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665 idF 2007/66 kommt der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass den nationalen Nachprüfungsstellen die Unwirksamklärung eines Vertrages jedenfalls dann nicht erlaubt ist, wenn die darin festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind.

Zur Beurteilung des Vorliegens dieser Voraussetzungen müssen die nationalen Nachprüfungsbehörden prüfen, ob der öffentliche Auftraggeber bei der Entscheidung, ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung durchzuführen, sorgfältig gehandelt hat und demzufolge zu Recht davon ausgehen durfte, dass die Voraussetzungen für die zulässige Anwendung des Verhandlungsverfahrens vorlagen. Im Rahmen dieser Beurteilung ist insbesondere die Begründung des Auftraggebers für die Anwendung des Verhandlungsverfahrens in der zu veröffentlichenden Bekanntmachung heranzuziehen. Diese Begründung hat in klarer und eindeutiger Weise darzulegen, warum der Auftraggeber rechtmäßiger Weise davon ausgehen konnte, dass die restriktiv auszulegenden Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung der Bekanntmachung erfüllt gewesen seien. Die Nachprüfungsbehörden hätten folglich insbesondere an Hand der veröffentlichten Begründung zu beurteilen, ob der öffentliche Auftraggeber diese Entscheidung in sorgfältiger Weise getroffen hatte und demzufolge zu Recht davon ausgehen durfte, dass die Voraussetzungen für die Anwendung des Verhandlungsverfahrens tatsächlich vorlagen.

Der Gerichtshof fasst abschließend wie folgt zusammen: Kommt die nationale Nachprüfungsbehörde zum Ergebnis, dass die in Art. 2d Abs. 4 der RMRL festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind, darf der Vertrag nicht für unwirksam erklärt werden; sind

die Voraussetzungen hingegen nicht erfüllt, so muss der Vertrag gemäß dem in Art. 2 Abs. 1 lit. a der RMRL geregelten Grundsatz für unwirksam erklärt werden.

Zur zweiten Vorlagefrage führt der Gerichtshof aus, dass die in Art. 2d Abs. 4 der RMRL geregelte Ausnahme von der Unwirksamklärung des abgeschlossenen Vertrages im Hinblick auf das Interesse der Rechtssicherheit und die Möglichkeit der Inanspruchnahme eines Rechtsschutzes weder dem Grundsatz der Gleichbehandlung noch Art. 47 GRC widerspreche. Die erforderliche Veröffentlichung (inklusive der Begründung für die Inanspruchnahme des Ausnahmeverfahrens) versetzt alle potentiell Betroffenen in die Lage, die Entscheidung des Auftraggebers zur Kenntnis zu nehmen und stellt die erforderliche Transparenz sicher. Darüber hinaus garantiert die 10-tägige Stillhaltefrist, dass Betroffene vor Abschluss des Vertrages gegebenenfalls Rechtsmittel erheben können.

#### 4: Beantwortung der Vorlagefragen

Der Gerichtshof beantwortet die Vorlagefragen wie folgt [Anmerkung: mit Stand 4.11.2014 ist noch keine Übersetzung des Erkenntnisses in die deutsche Sprache verfügbar]:

*"1. On a proper construction of Article 2d (4) of Council Directive 89/665/EEC of 21 December 1989 on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of review procedures to the award of public supply and public works contracts, as amended by Directive 2007/66/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007, where a public contract is awarded without prior publication of a contract notice in the Official Journal of the European Union, but that was not permissible under Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts, the contract may not be declared ineffective if the conditions laid down in that provision are in fact satisfied, which it is for the referring court to determine.*

*2. Examination of the second question has not revealed anything which might affect the validity of Article 2d(4) of Directive 89/665, as amended by Directive 2007/66."*

#### 5. Schlussfolgerungen aus dem Urteil

Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof, obwohl sich der Auftraggeber im konkreten Fall auf die materiellen Regelungen der RL 2009/81/EG stützte, den Sachverhalt ausschließlich an Hand der RL 2004/18/EG und der RMRL (89/665/EWG idF 2007/66/EG) beurteilte. Aufgrund der Tatsache, dass die entsprechenden

Regelungen fast ident gestaltet sind (vgl. zur Ausnahme betreffend das Verhandlungsverfahren Art. 31 Abs. 1 lit. b 2004/18/EG bzw. Art. 28 Abs. 1 lit. e RL 2009/81/EG und Art. 2d Abs. 4 RMRL bzw. Art. 60 Abs. 4 RL 2009/81/EG), ist davon auszugehen, dass die Aussagen des Gerichtshofes für alle bezogenen Parallelregelungen in den VergabeRL Geltung beanspruchen können (vgl. in diesem Sinn auch Rs C-348/10, *Norm-A SIA*, Rz 39). Für den innerstaatlichen Bereich bedeutet dies, dass das Erkenntnis sowohl für das BVergG 2006 wie auch für das BVergVS 2012 relevant ist.

Nach Auffassung des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst ist das gegenständliche Erkenntnis des Gerichtshofs insbesondere für die Frage von Bedeutung, welche Vorgangsweise (öffentliche) Auftraggeber zu beachten haben, damit Verträge im Falle einer freiwilligen „ex ante“ – Veröffentlichung nicht für unwirksam erklärt werden können.

Gemäß den § 49 Abs. 2, 55 Abs. 5, 210 Abs. 2 und 219 Abs. 5 BVergG 2006 bzw. § 41 Abs. 2 und 47 Abs. 5 BVergGVS 2012 hat der (öffentliche) Auftraggeber die Möglichkeit einer freiwilligen „ex ante“ – Veröffentlichung einer Zuschlagsentscheidung (vgl. dazu ausführlich die Erläuterungen in 327 BlgNR XXIV. GP, 15/16 bzw. 1513 BlgNR XXIV. GP, 66/67).<sup>1</sup> Diese Entscheidung ist jedenfalls eine gesondert anfechtbare Entscheidung und somit für sich bekämpfbar. Die Veröffentlichung dieser Entscheidung erfolgt im Oberschwellenbereich unter Verwendung des einschlägigen Standardformulars (vgl. dazu das in Anhang XIV der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 842/2011 enthaltene Standardformular 15: „Freiwillige Ex-ante-Transparenzbekanntmachung“), im Unterschwellenbereich in einer Weise, die einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit gewährleistet (vgl. dazu etwa § 55 Abs. 6 BVergG 2006 und die Erläuterungen in 327 BlgNR XXIV. GP, 16/17). Sowohl im Ober- wie auch im Unterschwellenbereich sind die Gründe für die aus Sicht des Auftraggebers zulässige Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung anzuführen. Im og. Standardformular 15 (für Bekanntmachungen im Oberschwellenbereich) ist diesbezüglich auf die Anhänge D1 bis D3 zu verweisen, in denen zur Frage der Begründung der Auftragsvergabe ohne vorherige Auftragsbekanntmachung folgendes ausgeführt wird: *„Um von dem oben genannten beschränkten Zeitraum profitieren zu können, erläutern sie bitte zusätzlich zu dem/den angekreuzten Kästchen [Anmerkung BKA-VD: das sind die Tatbestände für die*

zulässige Inanspruchnahme des Verhandlungsverfahrens] *klar und ausführlich, warum die Auftragsvergabe ohne vorherige Auftragsbekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union rechtmäßig ist. Dabei sind die einschlägigen Fakten und gegebenenfalls die rechtlichen Schlussfolgerungen gemäß der Richtlinie [2004/18 bzw. 2004/17/EG bzw. 2009/81/EG] anzuführen: (max. 500 Wörter)*“.

Aus dem vorliegenden Erkenntnis folgt, dass der (öffentliche) Auftraggeber unter Beachtung eines hohen Sorgfaltsmaßstabes die Voraussetzungen für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung prüfen und in weiterer Folge detailliert begründen muss (ihn trifft nach stRspr die Beweislast dafür, dass die die Ausnahme rechtfertigenden außergewöhnlichen Umstände tatsächlich vorliegen; vgl. für viele Rs C-275/08, *EK gegen Deutschland*, Rz 56 mwN der Judikatur). So erfüllen etwa das reine Ankreuzen eines/mehrerer Ausnahmetatbestände im Standardformular ohne weitere Begründung, die Wiederholung des Gesetzes- oder Richtlinienwortlautes in der Begründung oder ein bloßer Verweis auf Expertisen nach Auffassung des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst nicht den vom EuGH geforderten Standard einer „klaren und eindeutigen Darlegung der Gründe und Umstände“ (vgl. dazu Rz 48 iVm Rz 51 des Erkenntnisses).

Wie der EuGH bereits in seiner Vorjudikatur ausgeführt hat (vgl. Rs C-275/08, Rz 61f), trifft den Auftraggeber, der sich auf die Ausnahmenvorschrift des Art. 31 Abs. 1 lit. b der RL 2004/18/EG stützen möchte, eine „ernsthafte Nachforschungspflicht auf europäischer Ebene“, ob andere Unternehmen tatsächlich nicht in der Lage sind, den gegenständlichen Leistungsgegenstand zu erbringen. Unsubstantiierte Behauptungen des Auftraggebers genügen dieser Nachforschungspflicht nicht.

(Öffentliche) Auftraggeber müssen daher (die ihnen zumutbaren) Erhebungen in sorgfältiger Weise für die Beurteilung der Zulässigkeit der Inanspruchnahme des Ausnahmetatbestandes durchführen, auf dieser Bewertungsgrundlage den objektiv nachvollziehbaren Schluss ziehen können, ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchführen zu dürfen und diese Überlegungen in der Bekanntmachung offen legen. Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst weist in diesem Zusammenhang auch darauf hin, dass vom Auftraggeber eingeholte Gutachten zur Zulässigkeit des Ausnahmeverfahrens diesen nicht jedenfalls exkulpierten dürften. Im Ausgangsverfahren holte das Ministero dell'Interno vorab von der Avvocatura Generale

---

<sup>1</sup> In weiterer Folge wird zur Vereinfachung der Darstellung lediglich auf das BVergG 2006 Bezug genommen. Die nachfolgenden Ausführungen sind aber – wie bereits oben dargelegt – ebenso im Bereich

(„State Legal Advisory Service“) ein positives Gutachten zur Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens ein. Angesichts der Umstände des Falles kamen aber sowohl die Erst- und die Berufungsinstanz, wie auch der Generalanwalt (dieser vorbehaltlich der konkreten Beurteilung durch das Vorlagegericht) zum Schluss, dass der Auftraggeber nicht in vertretbarer Weise von der zulässigen Anwendbarkeit des Ausnahmetatbestandes ausgehen konnte. Der EuGH betonte in diesem Zusammenhang lediglich, dass im Rahmen der Beurteilung durch die Nachprüfungsbehörde, ob der Auftraggeber mit der gebotenen Sorgfalt vorgegangen ist, sie „insbesondere“ („among the factors which the review body must take into consideration“) alle in der Bekanntmachung angeführten Umstände und Gründe zu beurteilen hat. Daraus lässt sich der Schluss ziehen, dass neben den in der Bekanntmachung offen gelegten Informationen (bzw. Beurteilungen) auch weitere Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind.

Die Veröffentlichung der Bekanntmachung – insbesondere im Amtsblatt der Europäischen Union - und die Einhaltung der Stillhaltefrist von mindestens zehn Kalendertagen kann folglich die Unzulässigkeit eines Feststellungsantrages nach Vertragsschluss gemäß § 332 Abs. 7 BVergG 2006 nur dann bewirken, wenn der umsichtig und sorgfältig handelnde (öffentliche) Auftraggeber annehmen durfte, zu Recht ein Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchzuführen. Wie bereits ausgeführt, ist nach Ansicht des Bundeskanzleramt-Verfassungsdienstes dabei auf einen subjektiven, jedoch hohen Sorgfalts- und Begründungsmaßstab abzustellen. Unterlag dabei der (öffentliche) Auftraggeber einem entschuldbaren Rechtsirrtum, so schadet dies nicht, und ein allfälliger Feststellungsantrag wäre trotzdem unzulässig. Hat hingegen der (öffentliche) Auftraggeber diese Vorgaben nicht beachtet, so wäre trotz Veröffentlichung einer Bekanntmachung und Einhaltung der Stillhaltefrist der Feststellungsantrag zulässig und der abgeschlossene Vertrag an Hand des Maßstabes des § 334 BVergG 2006 zu beurteilen.

7. November 2014  
Für den Bundesminister für  
Kunst und Kultur, Verfassung und Medien:  
HESSE

**Elektronisch gefertigt**