

An  
die Parlamensdirektion,  
den Rechnungshof,  
den Verfassungsgerichtshof,  
den Verwaltungsgerichtshof  
alle Bundesministerien,  
alle Sektionen des Bundeskanzleramtes,  
die Ämter der Landesregierungen,  
die Verbindungsstelle der Bundesländer,  
den Österreichischen Gemeindebund,  
den Österreichischen Städtebund,  
das Präsidium der Finanzprokuratur,  
die Österreichische Bundesforste AG,  
die Österreichischen Bundesbahnen,  
das Bundesvergabeamt,  
alle unabhängigen Verwaltungssenate,  
die Vergabekontrollsenate Salzburg und  
Wien,  
die Wirtschaftskammer Österreich,  
die Bundesarbeitskammer,  
die Präsidentenkonferenz der  
Landwirtschaftskammern Österreichs,  
die Bundesbeschaffung GmbH,  
die Bundesrechenzentrum GmbH und  
die Bundesimmobilien GmbH

Antwort bitte unter Anführung der GZ an die Abteilungsmail

**Betrifft:** Urteil des Gerichtshofs vom 4. Juli 2013 in der Rechtssache C-100/12, Fastweb SpA gegen Azienda Sanitaria Locale di Alessandria; Nachprüfungsverfahren; Richtlinie 89/665/EWG; Antragslegitimation des auszuscheidenden Bieters; Rundschreiben

#### 1. Ausgangsverfahren:

Das Centro Nazionale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione schloss eine Rahmenvereinbarung u.a. mit Fastweb und Telecom Italia ab. Nichtstaatliche Verwaltungen sind befugt, auf der Grundlage dieser Rahmenvereinbarung und unter Berücksichtigung des eigenen Bedarfs Aufträge zu vergeben. Die Azienda Sanitaria

Locale di Alessandria richtete auf Grundlage dieser Rahmenvereinbarung eine Angebotsanfrage betreffend „Leistungen zur Datenübertragung“ an Fastweb und Telecom Italia; in weiterer Folge wurde das von Telecom Italia eingereichte Angebot ausgewählt und ein Vertrag mit deren Tochtergesellschaft geschlossen.

Fastweb erhob Klage gegen die Entscheidung über die Vergabe des Auftrags; Telecom Italia und das Tochterunternehmen erhoben Widerklage. In Klage und Widerklage wurde jeweils die Ordnungsmäßigkeit des jeweiligen Angebots aufgrund Nichtbeachtung bestimmter, in den Ausschreibungsunterlagen angegebener technischer Anforderungen in Frage gestellt. Die vom vorlegenden Gericht angeordnete Überprüfung dieser Frage führte zur Feststellung, dass keines der Angebote alle vorgeschriebenen technischen Anforderungen erfüllte. Das vorlegende Gericht führte aus, dass aufgrund einer Entscheidung des Plenums des Consiglio di Stato die Prüfung einer Widerklage, die darauf gerichtet sei, dem Kläger die Klagebefugnis abzusprechen, weil er zu Unrecht zum fraglichen Ausschreibungsverfahren zugelassen worden sei, der Prüfung der Klage vorausgehen müsse. Dies auch dann, wenn der Kläger ein grundlegendes Interesse an der Wiederholung des gesamten Ausschreibungsverfahrens habe, unabhängig von der Zahl der teilnehmenden Mitbewerber, der Art der mit der Widerklage erhobenen Rügen und der Ansprüche der betroffenen Verwaltung. Nach Auffassung des Consiglio di Stato sei nur derjenige befugt, gegen die Entscheidung über die Vergabe des betreffenden öffentlichen Auftrags zu klagen, der rechtmäßig am Ausschreibungsverfahren teilgenommen hat.

## 2. Vorlagefrage:

Das vorlegende Gericht formulierte folgende Frage an den Gerichtshof:

*„Stehen die Grundsätze der Gleichbehandlung der Parteien, der Nichtdiskriminierung und der Wahrung des Wettbewerbs in öffentlichen Vergabeverfahren nach der Richtlinie 89/665 dem geltenden italienischen Recht, wie es durch die Entscheidung Nr. 4/2011 des Plenums des Consiglio di Stato festgeschrieben worden ist, entgegen, wonach die Prüfung der Widerklage, die darauf gerichtet ist, dem Kläger die Klagebefugnis durch Anfechtung seiner Zulassung zum Ausschreibungsverfahren abzusprechen, notwendig der Prüfung der Klage vorausgehen muss und für diese Prüfung präjudizierende Wirkung hat, auch wenn der Kläger ein instrumentales Interesse an der Wiederholung des gesamten Selektionsverfahrens hat und es auf die Zahl der Wettbewerber, die daran teilgenommen haben, nicht ankommt, wobei insbesondere auf den Fall Bezug genommen wird, dass nur zwei Wettbewerber im Ausschreibungsverfahren verblieben sind (die zugleich dem Kläger und dem Widerkläger, der den Zuschlag erhalten hat, entsprechen), von denen jeder den jeweils anderen mit der Begründung auszuschließen sucht, dass dieser mit seinem Angebot nicht die Mindestanforderungen an die Geeignetheit der Angebote erfülle?“*

### 3. Zusammenfassung der Urteilsbegründung:

Mit Rückgriff auf das Urteil vom 19. Juni 2003, *Hackermüller*, C-249/01, Slg. 2003, I-6319, führt der Gerichtshof zunächst aus, dass einem Bieter, dessen Angebot abgelehnt wurde, sein Recht auf Nachprüfung der Entscheidung, genommen werde, wenn die für das Nachprüfungsverfahren zuständige Instanz, noch bevor sie eine Auswahl vornimmt, ihm wegen fehlender Klagsbefugnis den Zugang zu diesen Verfahren verwehrt. Dem Bieter werde aber auch das Recht genommen, die Stichhaltigkeit des Ausschlussgrundes anzuzweifeln, den die genannte Instanz angeführt hat, um ihm die Eigenschaft einer Person abzusprechen, der durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht. Zwar werde dem Bieter das Recht zuerkannt, im Rahmen des von ihm eingeleiteten Nachprüfungsverfahrens (in dem er die Rechtmäßigkeit der Entscheidung des Auftraggebers, sein Angebot nicht als das beste Angebot zu bewerten, bestreiten will) die Stichhaltigkeit dieses Ausschlussgrundes anzuzweifeln; es könne jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass die angerufene Instanz am Ende dieses Verfahrens zur Schlussfolgerung gelangt, dass das genannte Angebot tatsächlich vorher auszuschneiden gewesen und der Nachprüfungsantrag des Bieters zurückzuweisen wäre, da ihm aufgrund dieser Tatsache durch den von ihm behaupteten Rechtsverstoß kein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht. In einer derartigen Situation müsse der Bieter, der ein Nachprüfungsverfahren gegen die Entscheidung über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags eingeleitet hat, das Recht haben, vor dieser Instanz die Stichhaltigkeit des Grundes anzuzweifeln, aus dem sein Angebot auszuschneiden gewesen sei. Dies gelte auch, wenn die Einrede der Unzulässigkeit nicht von amts wegen, sondern im Rahmen einer Widerklage des erfolgreichen Bieters erfolge (vgl. Rz 27 bis 30 des Urteiles).

Sodann verweist der Gerichtshof auf die Feststellung des vorliegenden Gerichts im Ausgangsverfahren, dass sowohl das von Fastweb, als auch das von Telecom Italia eingereichte Angebot nicht alle in der Ausschreibung festgelegten technischen Anforderungen erfüllten. Dadurch unterscheide sich der vorliegende Fall von der dem Urteil *Hackermüller* zugrunde liegenden Konstellation, weil im gegenständlichen Fall festgestellt worden sei, dass das ausgewählte Angebot bei der Überprüfung der Angebote zu Unrecht nicht ausgeschlossen worden sei (vgl. Randnummern 31 und 32).

Wurde eine Feststellung wie im Ausgangsverfahren getroffen, könne die Widerklage des erfolgreichen Bieters jedoch dann nicht zur Abweisung der Klage eines anderen Bieters

führen, wenn die Ordnungsmäßigkeit des Angebots beider im Rahmen desselben Verfahrens und aus gleichartigen Gründen in Frage gestellt worden war. In einem solchen Fall könne sich jeder Wettbewerber auf ein berechtigtes Interesse am Ausschluss des Angebots des jeweils anderen berufen, was zur Feststellung führen könnte, dass es dem öffentlichen Auftraggeber unmöglich ist, ein ordnungsgemäßes Angebot auszuwählen (vgl. Rz 33).

#### 4. Beantwortung der Vorlagefrage:

Der Gerichtshof beantwortet die Vorlage wie folgt:

*„Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 dahin auszulegen ist, dass er, wenn im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens der erfolgreiche Bieter, dem der Auftrag erteilt wurde und der Widerklage erhoben hat, eine auf die fehlende Klagebefugnis des klagenden Bieters gestützte Einrede der Unzulässigkeit geltend macht, weil dessen Angebot wegen seiner Nichtübereinstimmung mit den in den Verdingungsunterlagen festgelegten technischen Anforderungen vom öffentlichen Auftraggeber hätte zurückgewiesen werden müssen, dem entgegensteht, dass die Klage nach der Vorabprüfung dieser Unzulässigkeitseinrede für unzulässig erklärt wird, ohne dass darüber entschieden wird, ob das Angebot des erfolgreichen Bieters, dem der Auftrag erteilt wurde, und dasjenige des Bieters, der Klage erhoben hat, den technischen Anforderungen entsprechen.“*

#### 5. Schlussfolgerungen aus dem Urteil des Gerichtshofs:

Nach Ansicht des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst stellt das vorliegende Urteil eine Weiterentwicklung der Rechtsprechung des Urteils *Hackermüller* dar und dürfte auch Auswirkungen auf die Rechtsprechung der Vergabekontrolleinrichtungen sowie des Verwaltungsgerichtshofes haben:

So kann wohl insbesondere die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs nicht mehr aufrecht erhalten werden, wonach ein Bieter nicht schutzwürdig ist (und daher nicht geltend machen kann, dass auch andere bzw. alle anderen Bieter auszuschneiden gewesen wären), wenn es ihm nicht gelingt, aufgrund einer ordnungsgemäß zustande gekommenen Ausschreibung ein für den Zuschlag geeignetes Angebot zu legen (vgl. zB VwGH 2009/04/0240 v. 11.11.2009 mit Hinweis auf VwGH 2007/04/0232 v. 28.5.2008 ua. sowie die im Gefolge dieser Rechtsprechung ergangene Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden).

Aufgrund des Urteils des Gerichtshofs kann die Zurückweisung eines Antrags auf Nachprüfung (vgl. §§ 320 ff BVergG 2006), ebenso wie auch die Zurückweisung eines Antrags auf Feststellung (vgl. §§ 330 ff BVergG 2006) nunmehr nicht allein mit der

Ungeeignetheit des Angebots eines Antragstellers für den Zuschlag (und somit seiner mangelnden Schutzwürdigkeit) begründet werden. Nach Ansicht des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst gilt dies wohl nicht nur in Verfahren mit lediglich zwei Parteien, sondern immer dann, wenn der (präsumtive) Zuschlagsempfänger ein nicht zuschlagsfähiges Angebot gelegt hat und sich der Antragsteller auf ein – mit den Worten des EuGH – „berechtigtes Interesse am Ausschluss des Angebots des anderen“ beruft.

24. Juli 2013  
Für den Bundeskanzler:  
i.V. SPORRER

**Elektronisch gefertigt**