

An
das Präsidium des Nationalrates,
alle Bundesministerien,
alle Sektionen des BKA,
alle Ämter der Landesregierungen und
die Verbindungsstelle der
österreichischen Bundesländer,
den Österreichischen Gemeindebund,
den Österreichischen Städtebund,
das Bundesvergabeamt

Per E-Mail

Geschäftszahl: BKA-VV.C-212/02/0004-V/A/8/2004
Abteilungsmail: v@bka.gv.at
Sachbearbeiterin: Frau Mag Martina WINKLER
Pers. E-mail: martina.winkler@bka.gv.at
Telefon : 01/53115/2332
Ihr Zeichen
vom:

Antwortschreiben bitte unter Anführung der Geschäftszahl an die
Abteilungsmail

Betrifft: Urteil des EuGH in der Rs C-212/02 Europäische Kommission gegen Republik
Österreich; Vergaberecht: Verpflichtung zum Erlass gesetzlicher Regelungen
zur Bekämpfbarkeit der Zuschlagsentscheidung; Rundschreiben

Der Gerichtshof hat mit Urteil vom 24. Juni 2004 gemäß Art. 226 EGV festgestellt, dass
die Republik Österreich gegen ihre Verpflichtungen aus den Rechtsmittelrichtlinien
89/665/EWG und 92/13/EWG verstoßen hat, weil die Landesvergabegesetze der Länder
Salzburg, Steiermark, Niederösterreich und Kärnten **keine explizite Regelung über die
Anfechtbarkeit der Zuschlagsentscheidung** im Rahmen eines
Nachprüfungsverfahrens enthalten haben.

Die Kommission hatte Österreich im Gefolge des Urteils in der Rechtssache C-81/98,
Alcatel vorgeworfen, diesem nicht ausreichend Rechnung getragen zu haben. Im
besagten Urteil hat der Gerichtshof präzisiert, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 2
Abs. 1 lit. a und b der Richtlinie 89/665/EWG verpflichtet sind, in jedem Fall die dem
Vertragsschluss vorangehende Entscheidung des Auftraggebers darüber, mit welchem
Bieter eines Vergabeverfahrens er einen Vertrag zu schließt, einem
Nachprüfungsverfahren zugänglich zu machen.

Nach Ansicht der Kommission hat das bis zum In-Kraft-Treten des BvergG 2002 noch in einigen Bundesländern bestehende österreichische System aber die Unanfechtbarkeit der Zuschlagsentscheidung bewirkt. Zum einen seien die Zuschlagsentscheidung und der Vertragsschluss zusammengefallen, weshalb eine Nachprüfung und Aufhebung der Entscheidung sowie die Verhinderung des Vertragsschlusses nicht möglich war. Zum anderen hätten die übergebenen Bieter in der Regel keine Möglichkeit gehabt, diese Entscheidung anzufechten, da sie nicht Adressaten dieser Entscheidung waren. Die Anfechtbarkeit und die Aufhebbarkeit der Zuschlagsentscheidung hätten einer expliziten gesetzlichen Regelung bedurft.

Der österreichischen Argumentation, dass

- die betroffenen Landesvergabegesetze **keine Verbote** enthielten, die Zuschlagsentscheidung bekannt zu geben,
- außerdem die Richtlinien **keine explizite Verpflichtung** dazu statuieren,
- somit das österreichische Recht einer Richtlinien konformen Interpretation im Sinne des Alcatel Urteils nicht entgegen stehe und
- darüber hinaus Erlässe bezüglich einer Richtlinien konformen Vorgangsweise existierten

hat sich die Kommission nicht angeschlossen.

Der Gerichtshof hält in seiner rechtlichen Würdigung dazu fest, dass die Rechtsmittelrichtlinien die Bieter insbesondere vor der Willkür der öffentlichen Auftraggeber schützen sollen und daher der Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes dienen. Ein in diesem Sinne umfassender Rechtsschutz setzt die Verpflichtung der Auftraggeber voraus, die Bieter über die Zuschlagsentscheidung zu informieren, um ihnen eine tatsächliche Möglichkeit zu geben, einen Rechtsbehelf einzulegen. Die Anforderungen an die praktische Wirksamkeit der Rechtsmittelrichtlinien verpflichten die Mitgliedstaaten somit, die **Bekanntgabepflicht und eine hinreichende Frist für eine Anfechtung bezüglich der Zuschlagsentscheidung im Rahmen von nach außen verbindlichen Rechtsvorschriften** zu regeln (Rz 21 bis 24). Er verwirft damit die österreichische Argumentation, dass kein legislativer Anpassungsbedarf bestanden habe, da die österreichischen Vorschriften Richtlinien konform interpretiert werden konnten (mussten) und darüber hinaus auch entsprechende Erlässe existiert haben, die eine Anleitung dazu enthielten.

Nach dem Konzept der Richtlinien konformen Interpretation (vgl. EuGH Rs C-106/89, *Marleasing*, Rz. 8, Slg. 1990, I-04135) obliegt es allen Trägern öffentlicher Gewalt, im Rahmen ihrer Zuständigkeiten alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zu treffen, um die in einer Richtlinie vorgesehenen Ziele zu erreichen. Dies umfasst auch eine soweit wie möglich **an Wortlaut und Zweck einer Richtlinie ausgerichtete Auslegung des nationalen Rechts**.

Der Gerichtshof hat im gegenständlichen Fall aber nicht die gesetzlichen Regelungen (Landesvergabegesetze) als die maßgeblichen Vorschriften zur Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien für seine Beurteilung herangezogen, sondern das zum Alcatel Urteil ergangene Rundschreiben des Bundes sowie die darauf beruhenden Erlässe der Länder. Konsequenter Weise verweist er daher auf seine ständige Rechtsprechung, wonach Richtlinien, sofern sie Rechte und Pflichten Einzelner begründen, durch zwingende Vorschriften so umgesetzt werden müssen, dass die Betroffenen davon Kenntnis erlangen und ihre Rechte vor den nationalen Gerichten geltend machen können (vgl. EuGH Rs C-59/89 *Kommission/Deutschland*, Rz. 13, Slg 1991, I-04983). Eine bloße Anpassung der Verwaltungspraxis (zB. durch Erlässe) reicht daher diesfalls nicht aus (EuGH Rs 238/85 *Kommission/Belgien*, Rz. 7 Slg. 1986, 3645), da diese beliebig geändert werden können und nur unzureichend bekannt gemacht werden.

Weiters verweist er in diesem Zusammenhang auf seine ständige Rechtsprechung zur rechtlichen Bereinigspflicht der Mitgliedstaaten hinsichtlich der mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbaren Vorschriften. Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften genügen zur Umsetzung einer Richtlinie nämlich nur dann, wenn der Nachweis ihrer unmittelbaren Außenwirkung erbracht wird (vgl. EuGH, Rs 361/88, *Kommission/Deutschland*, Slg. 1991, I-2567, Rz. 20 bis 24).

Nach Auffassung des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst ergeben sich folgende Konsequenzen aus dem vorliegenden Urteil:

Zielt eine Richtlinie auf die Gewährleistung subjektiver Rechte des Einzelnen ab, können die Mitgliedstaaten ihrer diesbezüglichen **Umsetzungsverpflichtung nur durch den Erlass eindeutiger, zwingender Rechtsvorschriften mit Außenwirkung**

nachkommen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Inhalt der zu gewährleistenden subjektiven Rechte durch die Rechtsprechung des Gerichtshofes eine nähere Ausgestaltung erfahren hat. Gerade im zuletzt genannten Fall **reicht die Möglichkeit der Richtlinien konformen Interpretation bestehender nationaler Rechtsvorschriften nicht aus, um der Umsetzungsverpflichtung vollständig nachzukommen.** Vielmehr sind die betreffenden Rechtsvorschriften auch in formaler Hinsicht anzupassen und zu konkretisieren.

Die Bundesministerien sowie die Bundesländer werden daher ersucht, die in ihren Zuständigkeitsbereich fallenden gesetzlichen Regelungen auf vergleichbare Konstruktionen zu durchsuchen und die dargelegte Auffassung des Europäischen Gerichtshofs auch bei ihren legislativen Vorhaben entsprechend zu berücksichtigen

2. August 2004
Für den Bundeskanzler:
Wolf OKRESEK

Elektronisch gefertigt